



# دراسات قانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - بغداد  
العدد (٤٨) لسنة ١٤٤١هـ / ٢٠١٩م

رئيس التحرير

أ.د. حنان محمد القيسي  
الجامعة المستنصرية / العراق

مدير التحرير

د. ذكري انعام غائب  
بيت الحكمة / العراق

هيئة التحرير

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

المراجعة اللغوية

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



## أهداف المجلة

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

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

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

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

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

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

## رؤية المجلة

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

## دليل المؤلف

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

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

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

ثالثاً: يجب أن يشتمل البحث على العناصر الآتية:

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

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

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

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

- لا تنشر المجلة مستلّات أو فصولاً من رسائل جامعية أُقرّت إلّا بشكلٍ 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 بأية لغةٍ من اللغات، شرط ألا يكون قد مضى على صدورها أكثر من ثلاث سنوات، وألاً يتجاوز عدد كلماتها ٢٨٠٠-٣٠٠٠ كلمة. ويجب أن يقع هذا الكتاب في مجال اختصاص الباحث أو في مجال اهتماماته البحثية

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

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

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

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

- تُنشر البحوث والدراسات في المجلة باللغتين العربية والإنكليزية.

رابعًا: يخضع كلّ بحث إلى تحكيم سري تام، يقوم به قارئان (محرران) 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 مرجح 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 المحررين 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	<b>كلية الحقوق</b>
سياسة جنائية	<b>قسم القانون الجزائي</b>
قانون الجزاء الخاص	القانون الجنائي وأجراءاته
<b>قسم القانون الدولي</b>	القانون العسكري
القانون الدولي	علم العقاب

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 الإثبات

الانصاف والائتمان

قانون حقوق الطبع

قانون التوثيق

قانون العمل

قانون المستهلك

منظم القانون المدني

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

## دليل المُقيّم

إنَّ المهمة الرئيسية للمُقيّم العلمي للبحوث المُرسلة للنشر، هي أن يقرأ المُقيّم البحث الذي يقع ضمن تخصصه العلمي بعناية فائقة وتقييمه وفق رؤى ومنظورٍ علمي أكاديمي لا يخضع لأيّ آراءٍ شخصية، ومن ثمّ يقوم بتثبيت ملاحظاته البناءة والصادقة حول البحث المُرسَل إليه. قبل البدء بعملية التقييم، يُرجى من المُقيّم التأكد من استعداده الكامل لتقييم البحث المُرسَل إليه، وفيما إذا كان يقع ضمن تخصصه العلمي أم لا، وهل يمتلك المُقيّم الوقت الكافي لإتمام عملية التقييم، وإلا فيمكن للمُقيّم أن يعتذر ويقترح مُقيّمٍ آخر.

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

- يجب أن لا تتجاوز عملية التقييم مدّة أسبوعين، كي لا يؤثر ذلك بشكلٍ سلبي على المؤلف.
- عدم الإفصاح عن معلومات البحث ولأيّ سببٍ كان خلال وبعد إتمام عملية التقييم، إلا بعد أخذ الإذن الخطّي من المؤلف ورئيس هيئة التحرير للمجلة، أو عند نشر البحث.
- عدم استخدام معلومات البحث لأيّ منافع شخصية، أو لغرض إلحاق الأذى بالمؤلف أو المؤسسات الراعية له.
- الإفصاح عن أيّ تضاربٍ مُحتمل في المصالح.
- يجب أن لا يتأثر المُقيّم بقومية أو ديانة أو جنس المؤلف، أو أيّة اعتباراتٍ شخصية أخرى.
- هل أن البحث أصيلاً ومهم لدرجة يجب نشره في المجلة.
- بيان فيما إذا كان البحث يتفق مع السياسة العامة للمجلة وضوابط النشر فيها.
- هل أن فكرة البحث متناولة في دراساتٍ سابقة؟ إذا كانت نعم، يُرجى الإشارة إلى تلك الدراسات.
- بيان مدى تعبير عنوان البحث عن البحث نفسه ومحتواه.
- بيان فيما إذا كان ملخص البحث يصف بشكلٍ واضح مضمون البحث وفكرته.
- هل تصف المقدمة في البحث ما يريد المؤلف الوصول إليه وتوضيحه بشكلٍ دقيق، وهل أوضّح فيها المؤلف ما هي المشكلة التي قام بدراستها.
- مناقشة المؤلف للنتائج التي توصل إليها خلال بحثه بشكلٍ علمي ومُقنع.
- يجب أن تُجرى عملية التقييم بشكلٍ سري وعدم اطلاع المؤلف على أيّ جانبٍ فيها.
- إذا أراد المُقيّم مناقشة البحث مع مُقيّمٍ آخر، فيجب إبلاغ رئيس التحرير بذلك.
- يجب أن لا تكون هنالك مخاطبات ومناقشات مباشرة بين المُقيّم والمؤلف فيما يتعلّق ببحثه المُرسَل للنشر، ويجب أن تُرسل ملاحظات المُقيّم إلى المؤلف من خلال مدير التحرير في المجلة.
- إذا رأى المُقيّم بأنّ البحث مستلماً من دراساتٍ سابقة، توجّب على المُقيّم بيان تلك الدراسات لرئيس التحرير في المجلة.
- إن ملاحظات المُقيّم العلمية وتوصياته سيعتمد عليها وبشكلٍ رئيس في قرار قبول البحث للنشر من عدمه، كما يُرجى من المُقيّم الإشارة وبشكلٍ دقيق إلى الفقرات التي تحتاج إلى تعديلٍ 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 يتضمّننها 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 إذن الدورية الأجنبية الناشرة، وباحترام 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

اثر النظامين الانتخابي والحزبي على فعالية الدور الرقابي للبرلمان

أ.د. حيدر ادهم..... ١٧

اقرار حق المستهلك بالرجوع محاولة لتحقيق التوازن في التعاقد الالكتروني

أ.د. احمد سلمان

أ.د. صدام فيصل..... ٤٣

قوة السلطة التنفيذية في مواجهة البرلمان في النظام النيابي المختلط

أ.د.كاظم علي ..... ٧١

المسؤولية المدنية للفنادق تجاه ضحايا الاتجار بالجنس

أ.م. د.حيدر فليح..... ١٠٥

الطبيعة القانونية للوساطة كوسيلة بديلة لكل المنازعات

أ. ام كلثوم صبيح

د. صباح رمضان ..... ١٣٣

الصورية

أ.م.د. امال احمد ..... ١٦٥

خصوصية العقد الطبي

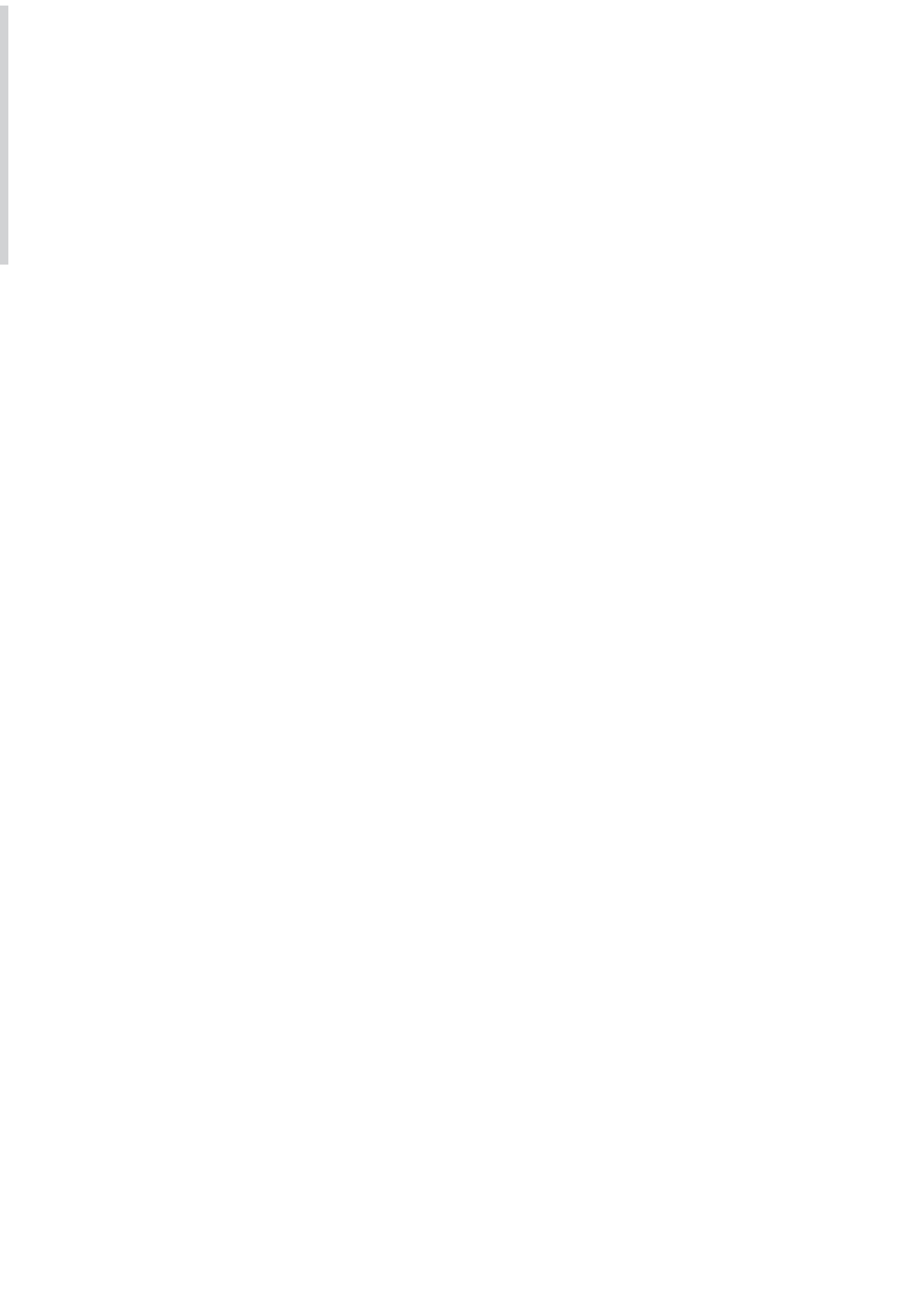
م. نادية كعب..... ١٧٧

دور المنظمات الدولية للشرطة الجنائية الانتربول في تعقب واسترداد المجرمين

م.م. جاسم محمد..... ١٩١

التمييز بين التضامن السلبي والتضامن

م.م. مها نصيف ..... ٢٢٣



## كلمة العدد

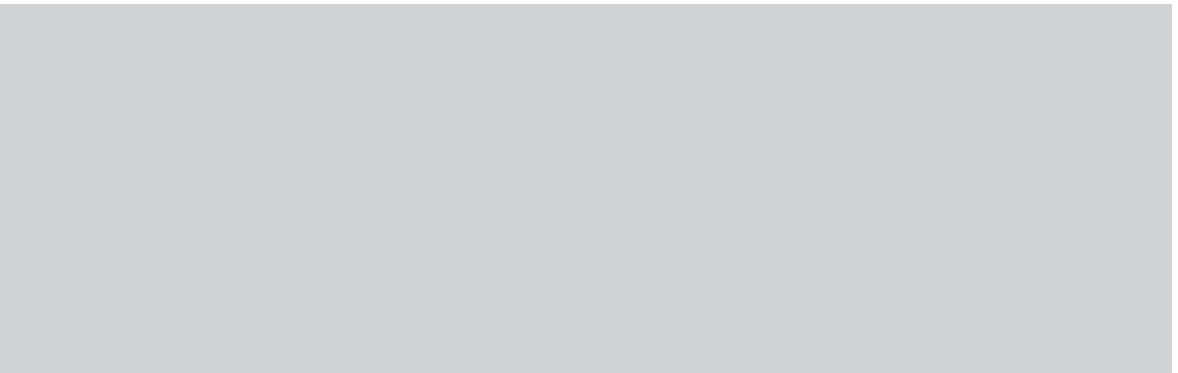
إذ خلق الله سبحانه وتعالى الحياة على الأرض فإنه هياً للإنسان جميع وسائل تلك الحياة من بيئة طبيعية مناسبة للعيش وموارد طبيعية، إلا أننا اليوم نواجه أمرين غاية في الخطورة، يتمثل أولهما في تلوث البيئة الطبيعية للإنسان، وشُحاً في الموارد الطبيعية ثانياً، إذ أنها تتناقص بشكل طردي، ولم تعد البيئة قادرة على تجديد مواردها الطبيعية نتيجة الضغط الهائل عليها بسبب التقدم الصناعي الكبير الذي يشهده العالم، خصوصاً تلك الموارد غير المتجددة مثل الفحم والبتروول وبعض الخامات المعدنية والمياه الجوفية، وأختل التوازن بين عناصر البيئة المختلفة، كما لم تعد هذه العناصر قادرة على تحليل مخلفات السكان – الذي ساهمت زيادة اعدادهم إلى ازدياد معدل التلوث – أو استهلاك النفايات الناتجة من نشاطاتهم المختلفة.

وكلا الأمرين يشكلان ضرراً كبيراً على الإنسان بالدرجة الأولى بسبب حاجته إلى تلك الأنظمة الرئيسية في حياته اليومية، ولكي يبقى على قيد الحياة. إذ أن مشكلة تلوث البيئة تُعد خطراً يهدد الجنس البشري بالزوال بعد ان طال التلوث الأرض والماء والهواء، بل ويُهدد حياة كل الكائنات الحية والنباتات.

ولاريب في أن الإنسان بتدخله غير المدروس قد أدى إلى تغيير نظام البيئة، إذ بعد أكثر من قرن ونصف من التصنيع، وإزالة الغابات، ارتفعت نسبة التلوث الى مستويات قياسية لم تشهدها الأرض منذ ثلاثة ملايين عاماً. وبينما تنمو الاقتصادات ومستويات المعيشة للسكان، فإن مستويات التلوث أخذت في الارتفاع أيضاً. وهو ما أشار إليه القرآن الكريم في قوله تعالى «ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ».

لذا يمكن القول إن غاية الإنسان كانت في مستهل تاريخه حمايته من البيئة، أما الآن فقد أصبحت الغاية الأساسية هي حماية البيئة من الإنسان. لذا تدعو مجلة دراسات قانونية الباحثين الى ايلاء موضوعات البيئة وطرق حمايتها أهمية في دراساتهم وابعاثهم العلمية علنا نساهم في إيقاف الكارثة البيئية التي يُقبل عليها الكوكب، حفاظاً على أرواح أولادنا وديمومة للأرض – بما عليها – للأجيال القادمة

رئيس التحرير



# البحوث والدراسات





# اثر النظامين الانتخابي والحزبي على فعالية الدور الرقابي للبرلمان

أ.د. حيدر ادهم(\*)

ومن ثم يمكن القول بوجود صلة بين النظامين الانتخابي والحزبي المتبع في أية دولة من جهة ودرجة فعالية الدور الرقابي للبرلمان من جهة أخرى، والذي يشكل إحدى أهم وظيفتين تقوم بهما السلطة التشريعية، فضلاً عن علاقة وجود أو صلة بين نوعية النظامين المذكورين الانتخابي والحزبي المعتمدين في العراق بدرجة الفساد الموجودة والمتصورة فيه تحديداً.

## المقدمة

يكرس مبدأ الفصل بين السلطات دوراً أساسياً للسلطة التشريعية عن طريق قيامها بوظيفة التشريع فضلاً عن أداء مهام الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية التي تتكفل بوظيفة مهمة من وظائف الدولة تتعلق بتنفيذ القوانين وتطبيقها، إلا أن الملاحظ وجود تأثير واضح لشكل النظامين الانتخابي والحزبي على مدى فعالية الدور الرقابي للبرلمان، فإذا كان هدف مشاركة المواطنين في الانتخابات يتمثل في التعبير عن الإرادة العامة التي تختار من تراه مؤهلاً لتولي مهام بعض الوظائف العليا في الدولة لكي يتسنى لمن يتبوأ هذه الوظائف القيام بإدارة الشؤون العامة وتحمل مسؤولياتها، والجانب المذكور كرسه اعلانات

## الملخص

تقوم الأنظمة الديمقراطية على اساس فكرة احترام مبدأ الفصل بين السلطات مع الاقرار بوجود علاقة متبادلة فيما بينها تتحقق من خلالها جوانب اساسية من مفهوم المسائلة او الرقابة، واذا كانت وظيفة الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية على وجه الخصوص من الوظائف الأساسية للبرلمان في اي نظام ديمقراطي فان فعالية قيام البرلمان بهذه الوظيفة الجوهرية مسالة تتاثر بالنظامين الانتخابي والحزبي المعتمدين في الدولة مما يقتضي الانتباه لهذا الجانب والعناية بتصميمهما لكي يؤدي البرلمان وظائفه بالشكل المطلوب وبما يقود الى احترام حقوق وحرية المواطنين التي تعد جوهرية اي دستور يحترم القيم الديمقراطية.

مع ضرورة الاعتراف ايضا بما للتقاليد الديمقراطية النابعة من الوعي باحترام الراي الاخر من دور في القول بوجود نظام ديمقراطي ناجح يقود بالنتيجة الى تلافي الوصول لمرحلة الدولة الفاشلة، الامر الذي لم يتحقق في العراق نتيجة التصميم غير الملائم لشكل النظامين الانتخابي والحزبي في صلتها بالدور الرقابي الذي من المفروض ان يتحقق للبرلمان.

(\*) جامعة النهريين / كلية الحقوق

ومواثيق دولية متعددة، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان أشار صراحة الى حق كل فرد في المشاركة بإدارة شؤون بلده، بصورة مباشرة أو عن طريق ممثلين منتخبين بشكل حر، وتحقيق هذا الأمر يستلزم توافر مجموعة من العناصر التي يجب أن تؤخذ بنظر الاعتبار لتحقيق الأهداف المذكورة لعل من بينها اختيار النظام الانتخابي الذي تلعب النتائج المترتبة على اعماله دوراً جوهرياً في تكريس حقائق سياسية معروفة سلفاً مما يقتضي توافر معرفة معقولة بهذا الجانب ليكون اختيار الحل الملائم أمراً غير متنازع عليه مستقبلاً، فتصميم النظام الانتخابي مسألة في غاية الأهمية، وعلى هذا النظام يتوقف استمرار نجاح عملية البناء الدستوري والمؤسسي في الدولة فضلاً عن تأثيره على مجالات أخرى ذات أهمية كما هو الحال في إدارة الصراعات بطريقة محسوبة ضمن مربع معروف الأبعاد يضمن عدم الانفلات الذي قد يؤدي إلى الدخول في دوامة من العنف، وقضايا تمثيل "الجنس اللطيف"، أو المسائل المرتبطة بنظم الأحزاب السياسية، والحقيقة أن نجاح هذه الجوانب يتوقف عليها نجاح مشاريع التحول السياسي في أي بلد، وعند التعامل مع هذا الجانب بطريقة غير صحيحة فما سيترتب على ذلك الانحراف عن خط تحقيق الأهداف المذكورة، وبالنتيجة فشل عملية التحول السياسي مع كل ما يترتب على ذلك من نتائج مأساوية على حياة الناس.

أن ما نشير إليه من وجود تأثير متبادل للخيارات ذات الصلة بالنظاميين الانتخابي والحزبي أمر لا يجب النظر إليه بوصفه يشمل نظرة تعكس كامل المشهد السياسي في الدولة، وإنما يجب أن يرتبط ذلك أي تكوين الصورة

في اطارها الصحيح ببنية الموضوع بمعنى كيفية تعاطي !!! المعنيين بالشأن السياسي مع المواضيع أو المشاكل المطروحة في اطار علاقاتهم بعضهم مع البعض الآخر.

### أولاً: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في ضرورة تلامس بعض الجوانب ذات الصلة بمكافحة الفساد المستشري في جسد الدولة العراقية الثانية (٢٠٠٣-.....) وهي ظاهرة معيقة لأية حركة مخلصنة أو رغبة صادقة يمكن أن تنبني من جانب بعض المخلصين أن وجدوا في العراق الديمقراطي الفيدرالي نتجه نحو تحقيق أهداف البناء السياسي والاقتصادي والاجتماعي، فاختيار شكل مناسب للنظاميين الانتخابي والحزبي مسألة في غاية الأهمية، وذلك لارتكاز عملية التحول السياسي والاقتصادي والاجتماعي في الدولة عليها بدرجة أو بأخرى، والموضوع المتقدم يرتبط بوجود تصور متكامل، ورؤية شاملة وواضحة لما يمكن أن يقوم به النظام الانتخابي الذي يوصف بأنه يشكل إحدى الأليات السياسية التي يسهل التلاعب بها، وإن كان النظام الانتخابي قائماً على مجموعة مبادئ وأسس قانونية، ومن المهم التنبيه إلى أن الجهد المبذول في هذه الصفحات لا يتعدى جهد المعد والمقتبس في إطار المفاهيم العامة مع وجود جوانب أخرى تعبر عن وجهة نظر شخصية للباحث، وهي مستمدة من واقع الممارسة السياسية في العراق، وبهذه الإشارة يأخذ كل ذي حق حقه.

## ثانياً: مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في الفرضية التي تقوم على أساس وجود صلة بين النظامين الانتخابي والحزبي المتبع في أية دولة من جهة ودرجة فعالية الدور الرقابي للبرلمان من جهة أخرى، والذي يشكل إحدى أهم وظيفتين تقوم بهما السلطة التشريعية، فضلاً عن علاقة وجود أو صلة بين نوعية النظامين المذكورين الانتخابي والحزبي المعتمدين في العراق بدرجة الفساد الموجودة والمتصورة فيه تحديداً، مع ضرورة ملاحظة أن مخرجات النظامين المذكورين إنما تمثل القوى الموجودة في المجتمع العراقي التقليدية منها وغير التقليدية. أي القوى التي تطرح مفاهيم أو تصور لما ينبغي أن تكون عليه الدولة بتوجهاتها المتنوعة – إن وجدت مثل هذه القوى - ولو بشكل عام أو غير واضح، فهل وصلنا في العراق إلى مرحلة الاقفال أو الانسداد التاريخي إذ أصبح الحديث عن حل ضمن اطار فكرة الإصلاح من داخل النظام السياسي كمن يتحدث عن محاولة انقاذ عرش أبو عبد الله الصغير ليلة سقوط غرناطة، فالوطن لم يسقط في العام ٢٠١٨ كما أنه لم يسقط في العام ٢٠٠٣ لكن النظام السياسي بأصنامه هو الذي سقط.

## رابعاً: خطة البحث

ستتم عملية معالجة مشكلة البحث في مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى علاقة النظامين الانتخابي والحزبي بالدور الرقابي للبرلمان في حين سينصب المبحث الثاني على محاولة استقراء بعض الجوانب ذات الصلة بأثر فشل السلطة التشريعية في القيام بوظيفتها الرقابية، وذلك وفقاً للتفصيل الآتي:

**المبحث الأول:** علاقة النظامين الانتخابي والحزبي بالدور الرقابي للسلطة التشريعية.

**المطلب الأول:** شكل النظامين الانتخابي والحزبي في ظل الدولة العراقية الثانية.

**المطلب الثاني:** الدور الرقابي للسلطة التشريعية في ظل الدولة العراقية الثانية.

**المبحث الثاني:** أثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية.

**المطلب الأول:** أثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية على حقوق الإنسان.

**المطلب الثاني:** أثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية على وظيفة الدول .

## ثالثاً: منهجية البحث

سيجري اتباع المنهجين الوصفي والتحليلي لمعرفة الإطار القانوني المنظم لشكل النظامين الانتخابي والحزبي ومدى تأثيرهما على فعالية الدور الرقابي للبرلمان ممثلاً بمجلس النواب في العراق، فالوصف السليم سينعكس بصورة إيجابية على عملية التحليل.

## المبحث الأول

### علاقة النظامين الانتخابي والحزبي بالدور الرقابي للسلطة التشريعية

يلعب النظام الانتخابي دوراً جوهرياً في تحديد الفائز في الانتخابات أو مجموعة الأحزاب والتيارات والقوى السياسية التي ترتب على مشاركتها في الانتخابات كقوى مرشحة لتبوء السلطة في الدولة لحصولها على

عدد من مقاعد البرلمان، وما يجره ذلك من مشاركتها في القيام بوظيفة التشريع والرقابة على تصرفات وأعمال السلطة التنفيذية، وهذا يعني أن من غير الممكن انكار الأثر الكبير لشكل النظامين الانتخابي والحزبي المعتمد في قانون الانتخابات، وقانون الأحزاب السياسية على نتائج العملية الانتخابية، والحقيقة أن هذا الجانب هو ما سنتعرف عليه في هذا المبحث عن طريق تحديد شكل النظامين الانتخابي والحزبي اللذين جرى تطبيقهما في ظل الدولة العراقية الثانية في مطلب أول ثم نتطرق إلى الدور الرقابي للسلطة التشريعية في ظل الدولة العراقية الثانية في مطلب ثان.

## المطلب الأول

### شكل النظامين الانتخابي والحزبي في ظل الدولة العراقية الثانية

من الصعب انكار وجود صلة وثيقة بين النظامين الانتخابي من جهة والحزبي من جهة أخرى، فالنظم الخاصة بالأحزاب السياسية من جهة طبيعتها، والتي يجري تطويرها، تتأثر إلى حد كبير بالنظام الانتخابي خاصة فيما يتعلق بالأحزاب السياسية ذات التأثير داخل البرلمان وأحجامها، ودرجة الانضباط الداخلي فيها<sup>(١)</sup>.

وقد شهد العراق أكثر من قانون منظم للعملية الانتخابية فيه قبل الاحتلال الأمريكي عام ٢٠٠٣ فمنذ نشوء الدولة العراقية الأولى عام ١٩٢١، وفي ظل الفترة الملكية (١٩٢١ - ١٩٥٨) أو الفترة الجمهورية (١٩٥٨ - ٢٠٠٣) وقبل ذلك أثناء الحكم العثماني للعراق يستطيع الباحث تلمس وجود قوانين انتخابية طبقت على سير العمليات الانتخابية في

العراق إذ جرى أولاً إصدار قانون انتخاب مجلس المبعوثان العثماني عام ١٩٠٨، وتلاه في ظل الحكم الوطني إصدار النظام المؤقت لانتخابات المجلس التأسيسي العراقي عام ١٩٢٢، ثم صدر قانون انتخاب مجلس النواب لسنة ١٩٢٤، وفي عام ١٩٤٦ صدر قانون انتخاب مجلس النواب رقم (١١) الذي جرى تطبيقه حتى صدور مرسوم انتخاب النواب رقم (٦) لسنة ١٩٥٢، ثم قانون انتخاب النواب رقم (٥٣) لسنة ١٩٥٦ في حين كان قانون انتخاب أعضاء مجلس الأمة رقم (٧) لسنة ١٩٦٧ أول تشريع انتخابي في ظل الفترة الجمهورية الذي تراه، وبعد التغيير الذي حصل في النظام السياسي عام ١٩٦٨ صدر قانون انتخاب المجلس الوطني رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٠، وبعده صدر قانون انتخاب المجلس الوطني رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥<sup>(٢)</sup>.

وبعد انهيار الدولة العراقية الأولى على وقع خطوات مسير سرفات دبابات المحتل الأمريكي إذ عار الهزيمة التي لحقت بالجيش العراقي الذي يحمل ضباطه وكبار قادته أعداداً لا تحصى من الأوسمة والنياشين والشارات العسكرية!!!!!!، وصدرت عدة تشريعات وأنظمة منظمة لجوانب العملية الانتخابية في العراق ابتداء من العام ٢٠٠٤ ومنها قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٣<sup>(٣)</sup>.

أن مجمل هذه القوانين التي صدرت بعد انهيار الدولة العراقية الأولى قد تبنت نظام التمثيل النسبي، وهو نظام انتخابي عرف منذ أكثر من قرن من الزمان وتبنته بصورة تدريجية أغلب دول العالم الأوربي منذ نهايات

القرن التاسع عشر، ونظام التمثيل النسبي يستهدف بصورة أساسية ضمان منح كل قائمة أو كل حزب عدداً من المقاعد البرلمانية يتناسب مع نسبة الأصوات التي حصل عليها في الانتخابات، ومن المفيد للغاية الإشارة إلى نجاح هذا النظام الانتخابي في سويسرا، والبلدان الاسكندنافية، وهي بلدان تتمتع بمستوى عال من الاستقرار إلا أنه بالمقابل يلاحظ أنه ترك أثراً سيئاً للغاية بل وكارثية في بلدان كبيرة مثل ألمانيا في ظل دستور فايمار (١٩١٩ - ١٩٣٣) وأيطاليا بعد الحرب العالمية الثانية، وفرنسا من العام ١٩٤٥ لغاية العام ١٩٥٦<sup>(٤)</sup>.

ولتوضيح الكيفية التي يعمل بها النظام الانتخابي المذكور نفترض وجود دائرة انتخابية واحدة لها الحق في أن ترسل ستة نواب إلى المجلس التشريعي أو النيابي في الدولة، وفي هذه الدائرة ١٢٠٠٠٠ صوت مع وجود قائمتين تتنافسان، فاذا كانت القائمة (ن) قد حصلت على ٨٠٠٠٠ صوت، والقائمة (ع) قد حصلت على ٤٠٠٠٠ صوت فإن تطبيق نظام التمثيل النسبي في ضوء النتيجة المذكورة سيكون للناخبين المؤيدين للقائمة (ن) حق المشاركة في البرلمان بأربعة نواب، في حين يكون من حق المؤيدين للقائمة (ع) المشاركة بنائين، وذلك طبقاً لعدد الأصوات التي حصلت عليها كل قائمة. وعند تطبيق نظام المشاركة الانتخابية بالأغلبية لن يتحقق للقائمة (ع) حق المشاركة بأي نائب في البرلمان، في حين ستستحوذ القائمة (ن) بحق المشاركة كاملاً عن هذه الدائرة في البرلمان بستة نواب. أي أن الحزب الذي يفوز على سبيل المثال في كل دائرة انتخابية بنسبة ٥١٪ من مجموع أصوات الناخبين يستطيع أن يحصل على ١٠٠٪ من عدد المقاعد النيابية،

في حين أن الأحزاب الأخرى ذات الأقلية السياسية، والتي قد يصل مجموع مؤيديها إلى ٤٩٪ من عدد الناخبين سيكون نصيبها صفراً، فلا تتحصل على شيء من المقاعد النيابية أي أن ٤٩٪ من الذين يملكون حق التصويت قد فقدوا حقهم في المشاركة بإدارة الشؤون العامة لبلادهم<sup>(٥)</sup>.

إن الوضع المتقدم سيزداد سوء عند تطبيق نظام الأغلبية النسبية بدورين إذ يتم الاكتفاء في الدور الثاني بتقرير الفوز في المعركة الانتخابية لمن يحصل على أكبر عدد من الأصوات دون اشتراط نسبة الأغلبية المطلقة (٥٠ + ١) فمن يحصل على نسبة ٣٥٪ من الأصوات هو الذي سيكون له حق المشاركة دون غيره من المرشحين الآخرين الذين حققوا نسب ٢٥٪ و ٢٣٪ و ١٧٪ وبهذا سيفقد ٦٥٪ من المشاركين في الانتخابات أي حق إدارة الشؤون العامة في البلد<sup>(٦)</sup>.

وإذا كان لنظام التمثيل النسبي مزايا من أبرزها أن تطبيقه يقود إلى تحقيق العدالة الحسابية في النتائج بصرف النظر عن النظام المتبع إذ تمثل جميع القوى المتنافسة على مستوى الدوائر تمثيلاً عادلاً، وكذلك الحال على مستوى الدولة إذ يكون التمثيل النسبي للأحزاب كاملاً بفارق واحد أو اثنين في المائة في المجموع، ويتلاشى في هذا النظام تضخيم نجاح الأغلبية وتصغير فشل الأقلية اللذين ينتجان عن التمثيل بالأغلبية، كما أن الناخبين ليسوا ملزمين بمنح أصواتهم للأحزاب الكبيرة حتى لا تضيق سدى طبقاً لقاعدة التصويت المجدي أو الفعال. ويرد جانب من الكتاب نجاح نظام التمثيل النسبي في سويسرا والدول الاسكندنافية إلى صغر هذه البلاد مع توافر

تقاليد ديمقراطية عريقة أوصلتها إلى درجة رفيعة من التقدم فضلاً عن بيئة اقليمية مؤاتية ومشجعة على الاستقرار وتحقيق التوازن بين المصالح المتقابلة في المجتمع، وهي بلاد لا تعاني من مشاكل اجتماعية حادة، كما أنها بعيدة عن أي شكل من أشكال التطرف، وتعدّ أيضاً من الدول المتحررة إلى حد كبير من التزامات دولية كبيرة، وهكذا يشير بعض الكتاب والمهتمين إلى أن نظام التمثيل النسبي بالقائمة هو مغامرة خطيرة خارج هذه الحدود، في حين أن التمثيل النسبي بدون قائمة والمستعمل في إيرلندا فليس مغلقاً داخل هذه الحدود، ومرد اتجاه الرأي المذكور أنه لا يقف مع تكوين أحزاب سياسية قوية ومتماسكة، فالنظم السياسية التي تنسم بدرجة عالية من مركزية الحكم المتبنية لنظام القائمة النسبية على أساس القوائم المغلقة هي التي تحفز على قيام أحزاب قوية وفعالة<sup>(٧)</sup>.

إن وجود مزايا متعددة للتمثيل النسبي تقابله عيوب خطيرة تظهر في بعض الدول التي يكون نظامها غير ملائم لتطبيق هذا النظام، وهذا ما يعاني منه العراق حالي، فاتجاهات التفتيت وبعثرة القوى واضحة عن طريق تبني مجموعة خيارات تعددية قادت إلى الفوضى إذا نظرنا إليها مجتمعة في دولة واحدة - شكل النظام السياسي، شكل النظام الانتخابي، شكل النظام الحزبي، شكل الدولة - فمن جهة تعد ميزة تمثيل أغلب المكونات السياسية في البرلمان في حد ذاتها عيباً خطيراً إذ تقود إلى تكاثر التنظيمات الحزبية وتمحورها حول قياداتها السياسية التي تتجه نحو انشاء التحالفات مع بعضها البعض لتقوية مركزها وتشكيل قوة ضاغطة تعمل على تحقيق مصالحها

الضيقة، وهذا ما يؤدي إلى أن يفقد البرلمان دوره الأساسي إذ يتحول إلى مجرد لعبة تتحكم فيه القيادات الكبيرة للأحزاب السياسية، وهو أمر ينعكس سلباً على بناء الحكومة وفعاليتها التي تستند إلى أكثرية متحالفة ضعيفة منعومة الانسجام وسهلة التفكك والانهيال في مواجهة الأزمات السياسية بالشكل الذي يقود إلى شلل المؤسسات السياسية والدستورية وانعدام الاستقرار السياسي في الدولة، بل أن بعض الدول التي اعتمدت على نظام التمثيل النسبي قد أدت إلى تشجيع وتنمية التوجهات الفاشيستية كرد فعل على فشل النظام الانتخابي المذكور في خلق حكومة قوية قادرة على الانجاز<sup>(٨)</sup>. وهكذا يبدو واضحاً أن مجمل ما أشار إليه فقه القانون الدستوري، والفقه القانوني المهتم بالعملية الانتخابية ونتائجها إنما يعكس موقفاً متفقاً من الآثار التي ذكرناها، وهي سلبية ومدمرة في مجملها، ولعل أحدث مثال على ذلك ما يشهده الموقف السياسي في العراق منذ العام ٢٠٠٣ إذ تأخر تشكيل الحكومة لعدة أشهر بعد انتخابات ١٥/١٠/٢٠٠٥ كما تأخر تشكيل الحكومة العراقية بعد الانتخابات التي جرت بتاريخ ٦/٣/٢٠١٠ وتكررت ذات المشكلة وبدرجة حدة أكثر خطورة في الانتخابات الأخيرة لمجلس النواب التي قادت الى تشكيل الوزارة برئاسة حيدر العبادي، مما قاد إلى انهيار حقيقي وتراجع ملحوظ على مستوى المحافظة على الحد الأدنى من الاستقرار الأمني فضلاً عن تأثير ذلك على انعاش ممارسة الفساد في مقابل الاحباط الذي أصاب الشارع العراقي والمعنيين من المخلصين حقاً وصدقاً بهذا الشأن من إمكانية تصور فشل التجربة الديمقراطية في العراق !!! نتيجة تبني

أسس غير سليمة أقيمت عليها الدولة العراقية الثانية، وهي في مجملها أسس قانونية ذات طبيعة دستورية عبرت عن التوجهات السياسية للقائضين على السلطة في ظل دستور عام ٢٠٠٥<sup>(٩)</sup> ذلك أن ماتم تبنيه وممارسته لا يتلائم مع التربة والواقع العراقي والاقليمي<sup>(١٠)</sup>، فضلاً أن التمثيل الذي يظهر في البرلمان العراقي يشكل انعكاساً لما يعرف بالتمثيل التصويري أو الوصفي والذي تقوم فيه تركيبة الهيئة التشريعية على صورة التركيبة الكلية «للأمة العراقية» فهي مرآة لها تعكس الشكل ذاته إذ تشعر وتفكر وتعمل بطرق تنطبق مع ما يشعر ويفكر ويعمل به عامة الشعب، فتركيبة البرلمان الوصفي أو التصويري تحتوي على ممثلين من كلا الجنسين، ومن الأعمار كافة، ومن الأغنياء والفقراء، وهي تعكس التوزيع الديني واللغوي والعربي والقبلي للمجتمع<sup>(١١)</sup>.

والتوجه المذكور المرتبط باختيار شكل النظام الانتخابي في العراق هو نتيجة أو اتجاه مفروض من جانب المجموعات القائمة، والتي تولت إعادة بناء النظام السياسي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ في مرحلة ما بعد الصراع، وهي قوات التحالف<sup>(١٢)</sup>، ومن المهم أن نذكر هنا أن المبادئ المذكورة أو الأسس المشار إليها إذا ما جردناها من ارتباطها من جهة التطبيق في العراق فإن طابع الفشل قد لا يكون ملازماً لها ذلك ان الفساد السياسي الذي رافق البناء الدستوري لعراق ما بعد العام ٢٠٠٣ إنما يعد العلامة البارزة في تاريخ الدولة العراقية الثانية مما يقتضي معالجة هذا الخلل باعتماد نظام انتخابي ملائم يحقق سلطة فعالة لحكومة قوية قادرة على المحافظة على العراق موحداً وتحمل أعباء إعادة بناء ما دمرته الحروب

المتابعة فضلاً عن القيام بحملة وطنية جادة لمكافحة الفساد، الأمر الذي يتطلب قراراً سياسياً شجاعاً من جانب القيادات السياسية في العراق هذا أن وجدت قيادات عراقية شجاعة ومخلصة حقاً طافية على السطح السياسي الاسن، ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد وإنما يجب معالجة شكل النظام السياسي إذ يصبح التحول إلى تبني نظام رئاسي بدلاً من النظام البرلماني أمر في غاية الأهمية، وهو ما يقتضي تعديلاً دستورياً للغرض المذكور، فضلاً عن اعتماد التمثيل النسبي الضامن لمستوى تمثيل كافة من شرائح المجتمع العراقي المتنوع بالنسبة لانتخاب المجالس التشريعية على المستوى الوطني دعماً وتفعيلاً لأعمال المسائلة والمحاسبة.

فيما يتعلق بتنظيم ممارسة العمل الحزبي في العراق فقد صدر قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥<sup>(١٣)</sup> الذي حدد المقصود بالحزب أو التنظيم السياسي في المادة (٢/أ) أو (لا) بقوله: (يقصد بالتعبير التالية المعاني الموضحة أزائها لأغراض هذا القانون: أولاً: الحزب أو التنظيم السياسي: هو مجموعة من المواطنين منضمة تحت أي مسمى على أسس مبادئ وأهداف ورؤى مشتركة تسعى للوصول إلى السلطة لتحقيق أهداف بطرق ديمقراطية بما لا يتعارض مع أحكام الدستور والقوانين النافذة). كما ورد في المادة (٣/ثانياً وثالثاً) من هذا القانون ان من أهدافه (ثانياً: تحقيق مبدأ التعددية السياسية والحزبية القائمة على الشرعية الدستورية) و(ثالثاً: ضمان حرية المواطنين في تأسيس الأحزاب والانضمام إليها أو الانسحاب منها).



والذي يبدو من النصوص المتقدمة أن النظام الحزبي في العراق، والمتبنى من جانب القابضين على السلطة فيه بعد العام ٢٠٠٣<sup>(١٤)</sup> تأريخ انهيار الدولة العراقية الأولى يميل كل الميل وبصورة صريحة إلى تكريس التعددية الحزبية "نظام تعدد الأحزاب" كما هو قائم في الوقت الحاضر، والمبنية على اعتبارات ضيقة "مذهبية، قومية، عشائرية، أسرية.... الخ" وهو اتجاه ينسجم مع الصورة التي عكستها ممارسة ما بعد العام ٢٠٠٣ فضلاً عن نظام التمثيل النسبي المعمول به في ظل قانون الانتخابات العراقي النافذ إذ شكل هذا التوجه خياراً سياسياً لهم، في حين أن المطلوب في العراق خلق نظام انتخابي يدفع النواب إلى الدفاع عن المصالح العامة للبلاد لا إلى تكريس مصالح ضيقة أو فئوية الأمر الذي يساعد في الوصول إلى هذه الحالة اعتماد دوائر انتخابية متعددة، ولضمان استمرار هذا التشرذم، وبقاء وضع العراق ضعيفاً، وعلى ما هو عليه فقد كرست المواد (٣٣ - ٤٥/الفصل الثامن) من قانون الأحزاب السياسية النافذ التوجه المذكور الذي نجده واضحاً على وجه الخصوص في المادة (٤٤) المحابية بدرجة كبيرة للأحزاب القائمة الممثلة في مجلس النواب، وهي الأحزاب أو التيارات أو الكتل الأكثر مائة مائة مالية بحكم سيطرتها على مقدرات العراق وثوراته بعد الاحتلال الأمريكي للعراق، ونصها: (تتولى دائرة الأحزاب توزيع المبلغ الكلي للإعانة المالية على الأحزاب السياسية وفقاً للنسب الآتية: أولاً: ٢٠٪ عشرون بالمائة بالتساوي على الأحزاب السياسية المسجلة وفق أحكام هذا القانون. ثانياً: ٨٠٪ ثمانون بالمائة على الأحزاب الممثلة في مجلس النواب وفقاً

لعدد المقاعد التي حاز عليها مرشحوها في الانتخابات النيابية. ثالثاً: يعمل بهذه المادة في الدورة الانتخابية النيابية القادمة).

إن المعالجة المشار إلى جانب منها في أعلاه تعكس تأثير النظام الحزبي في اختيار النظام الانتخابي إذ تعارض الأحزاب السياسية القائمة تبني أية تغييرات يمكن أن تضر بمصالحها، أو قد تسمح لأحزاب أخرى منافسة لها من الولوج إلى الميدان السياسي لتتذوق طعم كعكة السلطة إلا في حالة توافر ضرورات سياسية ملحة للقبول، ومن ثم تعمل الأحزاب السياسية على تقليص تنوع الخيارات المتوفرة لتغيير النظام الانتخابي<sup>(١٥)</sup>.

من جانب آخر لم نجد في قانون الأحزاب السياسية النافذ في العراق ما يشير إلى اهتمام واضعيه بمسألة المحافظة على وحدة العراق رغم أن دستور عام ٢٠٠٥ النافذ عام ٢٠٠٦ قد أشار إلى هذه المسألة عندما نصت المادة (١) منه على: (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي برلماني ديمقراطي، وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق) والتي لم يجر احترامها من جانب توجهات سياسية لبعض في حين حُظيت هذه القضية باهتمام المشرعين في أندونيسيا، وهو بلد أرخبيلي متعدد الأعراق يتألف من ٢٠٠٠٠ جزيرة وحدتها وجمعت بينها الرغبة المشتركة في مقاومة الاستعمار الهولندي (فبسبب القلق حول الحفاظ على وحدة البلاد، نص القانون على اجراءات جعلت من المستحيل تسجيل الأحزاب المحلية "الأحزاب المنحصرة في مقاطعة ما" حيث فرض قانون



## المطلب الثاني

### الدور الرقابي للسلطة التشريعية في ظل الدولة العراقية الثانية

صدر قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية عام ٢٠٠٤ وقد تضمنت نصوصه في الباب الرابع الجوانب ذات الصلة بالسلطة التشريعية الانتقالية إذ نصت المادة (٣٠) منه على: (أ- يكون لدولة العراق خلال المرحلة الانتقالية سلطة تشريعية تعرف باسم الجمعية الوطنية مهمتها الرئيسية هي تشريع القوانين والرقابة على عمل السلطة التنفيذية) ويظهر من النص المتقدم أن للسلطة التشريعية مهمتين جرى تكريسهما للجمعية الوطنية في ظل قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ثم جاءت المادة (٣٣/ز) منها لتتص على أنه: (يتضمن عمل الرقابة الذي تقوم به الجمعية الوطنية ولجانها حق استجواب المسؤولين التنفيذيين، بمن فيهم أعضاء مجلس الرئاسة ومجلس الوزراء وبضمنهم رئيس الوزراء وأي مسؤول آخر أقل رتبة في السلطة التنفيذية، ويشمل هذا حق التحقيق وطلب المعلومات واصدار الأوامر بحضور أشخاص للمثول أمامها). وبعد دخول دستور عام ٢٠٠٥ مرحلة النفاذ طبقاً لما قضت به المادة (٤٤) منه<sup>(١٨)</sup> فقد كرس هو والنظام الداخلي لمجلس النواب<sup>(١٩)</sup> بعضاً من مظاهر العلاقة التي تباشر عن طريقها السلطة التشريعية بعض الاختصاصات في ميدان السلطة التنفيذية تنصب في سياق مكافحة الفساد بصورة المتنوعة عبر ممارسة البرلمان للوسائل الرقابية الأتية<sup>(٢٠)</sup>.

١. السؤال: وبموجبه يحق لأي عضو من أعضاء البرلمان طلب إيضاحات أو استفسارات

الأحزاب السياسية على كافة الأحزاب المشاركة في الانتخابات أن يشمل تنظيمها الحزبي تسع محافظات على الأقل). وكان من الأولى أن يتم العمل بالفكرة المتقدمة في العراق على مستوى قانون الأحزاب السياسية إلا أن هذا الأمر لم يتحقق، ولن يتحقق لتعارضه الواضح مع الاعتبارات الضيقة التي تقوم عليها الأحزاب والتيارات والكتل السياسية المسيطرة (القومية، المذهبية... الخ) ذات الارتباطات الإقليمية المؤثرة على استقلالية قراراتها<sup>(١٦)</sup>، وابتعادها عن تكريس مفهوم المواطنة بصورة حقيقية وجدية رغم المضمون أو التوجه الوارد في المادة (٥/أولاً) من قانون الأحزاب السياسية النافذ، والتي نصت على: (يؤسس الحزب على أساس المواطنة وبما لا يتعارض مع أحكام الدستور). في حين جرى تعليق تمرير الدستور العراقي النافذ على شرط عدم رفضه من جانب ثلثا الناخبين في ثلاث محافظات أو أكثر طبقاً لمضمون المادة (٤) من قانون الاستفتاء على مشروع الدستور رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥ ونصها: (يكون الاستفتاء ناجحاً ومشروع الدستور مصادقاً عليه عند موافقة أكثرية الناخبين في العراق وإذا لم يرفضه ثلثا الناخبين في ثلاث محافظات أو أكثر) والأدهى من ذلك أن هذا النص الذي وضع لضمان حماية الخيارات السياسية للأحزاب الكردية، وتحديداً حزب الاتحاد الوطني الكردستاني، والحزب الديمقراطي الكردستاني، جعل دستور عام ٢٠٠٥ خياراً سياسياً كردياً مرحلياً مؤقتاً للعراق شمل كافة التراب العراقي، ومع ذلك لم يحترم هذا الدستور من جانب التحالف الكردستاني على مستوى الممارسة السياسية طيلة الفترة الزمنية الماضية.

بصدد مسألة معينة من الوزراء، والسؤال هو مجرد علاقة بين عضو البرلمان والوزير أي أن المناقشة تنحصر بينهما دون تدخل من أعضاء المجلس الآخرين، وهي تعدّ حقاً شخصياً لعضو البرلمان فله أن يتنازل عنه وله أن يجعل من موضوعه استجواباً إذا لم يقتنع العضو بإجابة الوزير عن السؤال، وهو اتجاه سار عليه المشرع المصري طبقاً للمادة (١٩٢) من النظام الداخلي لمجلس الشعب المصري لعام ١٩٧٩. ولا يرد نص مشابه في العراق إلا أن تحويل السؤال إلى استجواب يمكن أن تعد نتيجة منطقية نصل إليها عند عدم القناعة بإجابة الوزير عن السؤال المطروح من جانب عضو البرلمان، وقد أباح الدستور العراقي لعضو مجلس النواب اللجوء إلى هذا الأسلوب إذ لعضو مجلس النواب أن يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء والوزراء أسئلة في أي موضوع يدخل في اختصاصهم، ولكل منهم الإجابة عن أسئلة الأعضاء وللسائل وحده حق التعقيب على الإجابة. (المادة ٦١/سابعاً) من دستور عام ٢٠٠٥) بينما وسع هذا الحق في النظام الداخلي لمجلس النواب الصادر عام ٢٠٠٧<sup>(٢١)</sup> إذ أنه بموجب المادة (٥٠) منه يحق لكل عضو في البرلمان أن يوجه إلى أعضاء مجلس الرئاسة أو رئيس مجلس الوزراء أو نوابه أو الوزراء أو رؤساء الهيئات المستقلة ورؤساء الدوائر غير المرتبطة بوزارة أو غيرهم من أعضاء الحكومة أسئلة خطية مع إعلام هيئة الرئاسة في شأن من الأمور التي تدخل في اختصاصهم وذلك للاستفهام عن أمر لا يعلمه العضو أو هيئة الرئاسة بأدراج السؤال الذي تكون الإجابة عنه شفاهاً في جدول أعمال أقرب جلسة مناسبة، وذلك بعد أسبوع على

الأقل من تأريخ ابلاغه إلى المسؤول المعني ولا يجوز أن يتأخر الرد على السؤال أكثر من اسبوعين.

ويلاحظ هنا أن المادة (٥١) تجيز أن تدرج بجدول الأعمال الأسئلة المرتبطة بموضوعات محالة إلى لجان المجلس قبل أن تقدم اللجنة تقريرها إلى المجلس، ولا يجوز أن يدرج للعضو الواحد أكثر من سؤال في جلسة واحدة وتكون الإجابة عن الأسئلة حسب ترتيب قيدها (المادة ٥٢) وللعضو الذي قام بتوجيه السؤال دون غيره أن يستوضح المسؤول المعني، وأن يعقب على الإجابة، ومع ذلك فلرئيس المجلس إذا كان السؤال متعلقاً بموضوع له أهمية عامة أن يأذن وبحسب تقديره لرئيس اللجنة المختصة بموضوع السؤال أو لعضو آخر بأبداء تعليق موجز على الإجابة (المادة ٥٣) ويجوز للعضو الذي وجه السؤال سحب سؤاله في أي وقت إذ يسقط السؤال بزوال صفة مقدمه أو من وجه إليه<sup>(٢٢)</sup>.

## ٢. المناقشة: تعرف طلبات المناقشة العامة

التي يتقدم بها مجموعة من أعضاء البرلمان اعتباراً لها: (طرح موضوع ذي أهمية عامة للمناقشة داخل البرلمان، يشترك فيها جميع أعضائه بقصد استيضاح سياسة الحكومة حول هذا الموضوع وتبادل الرأي بشأنه)<sup>(٢٣)</sup>. وهي - المناقشة - تتطلب في النظام القانوني العراقي تجميع أكثر من نائب للجوء إلى هذه الطريقة في طرح موضوع عام لمناقشته، وبموجب المادة (٦١/سابعاً) من دستور عام ٢٠٠٥) يجوز لخمسة وعشرون عضواً في الأقل من أعضاء مجلس النواب طرح موضوع عام للمناقشة لاستيضاح سياسة وأداء مجلس الوزراء أو إحدى الوزارات يقدم إلى رئيس

مجلس النواب، ويحدد رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء موعداً للحضور أمام مجلس النواب لمناقشته، ونصت المادة (٥٥) من النظام الداخلي لمجلس النواب على هذا الأجراء أيضاً<sup>(٢٣)</sup>.

**٣. الاستجواب:** وهو أخطر من السؤال والمناقشة فلا يعد مجرد طلب أو استفسار عن مسألة معينة بل هو عبارة عن محاسبة للوزراء أو أحدهم على تصرف من التصرفات العامة، وهو يتضمن في طياته اتهاماً أو نقداً لأي عمل تقوم به السلطة التنفيذية، وبموجب المادة (٦١/٦١) سابعا/ج من دستور عام ٢٠٠٥) لأي عضو من أعضاء مجلس النواب وبموافقة خمسة وعشرين عضواً توجيه استجواب إلى رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء لمحاسبتهم في الشؤون التي تدخل في اختصاصهم ولا تجري المناقشة في الاستجواب إلا بعد سبعة أيام في الأقل من تقديمه. كما يثبت الحق لمجلس النواب في استجواب مسؤولي الهيئات المستقلة وفقاً للإجراءات المتعلقة بالوزراء وله اعفائهم بالأغلبية المطلقة، وبموجب المادة (٥٧) من النظام الداخلي يجوز لمجلس النواب مساءلة أعضاء مجلس الرئاسة بناء على طلب مسبق وبالأغلبية المطلقة لعدد أعضاءه<sup>(٢٤)</sup>، ويقدم طلب الاستجواب بصورة مكتوبة إلى رئيس المجلس موقعاً من طالب الاستجواب وبموافقة خمسة وعشرين عضواً على الأقل مبيناً فيه بصفة عامة موضوع الاستجواب وبيانياً بالأمر المستجوب عنها، والنقاط والوقائع الرئيسة التي يتناولها الاستجواب وما عند المستجوب من أسانيد تؤيد ما ذهب إليه. ولا يجوز أن يتضمن الاستجواب أموراً مخالفة للدستور أو القانون أو عبارات غير لائقة أو يكون متعلقاً بأمور

لا تدخل في اختصاص الحكومة أو أن تكون في تقديمه مصلحة خاصة شخصية للمستجوب، كما لا يجوز تقديم طلب استجواب في موضوع سبق للمجلس أن فصل فيه ما لم تطرأ وقائع جديدة تسوغ ذلك (المادة ٥٨ من النظام الداخلي لمجلس النواب) وللمستجوب الحق في سحب طلبه بالاستجواب في أي وقت ويسقط الاستجواب بزوال صفة من تقدم به أو من وجه إليه (المادة ٥٩ من النظام الداخلي لمجلس النواب) وإذا انتهت المناقشة باقتناع المجلس بوجهة نظر المستجوب تعد المسألة منتهية، وبخلافه يجوز أن يؤدي الاستجواب إلى سحب الثقة بالمستجوب على المجلس وفقاً للإجراءات الواردة في النظام الداخلي<sup>(٢٥)</sup>.

وكانت المحكمة الاتحادية العليا قد ذكرت في قرارها المرقم ٤١/اتحادية/٢٠١٢ الصادر بتاريخ ٢٠١٢/٧/٨ أنه: (يجب توفر عدة شروط وأسباب في طلب الاستجواب بأن يتضمن وقائع معينة فيها خرق للدستور أو القانون أو يترتب عليها ضرر مادي ومعنوي نتيجة لهذا الخرق وأن يتضمن وقائع محددة وواضحة مع بيان وجه المخالفة التي صدرت عن المستجوب منه وما توفر من أدلة لأثبات وجودها وبعبارة يكون طلب الاستجواب يفتقر إلى الشروط المحددة في الدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب ويكون بمثابة السؤال أو الاستيضاح<sup>(٢٦)</sup>).

**٤. حق إجراء التحقيق:** يذهب أحد الكتاب إلى تعريف التحقيق البرلماني بعده: (حق البرلمان في الوقوف بنفسه على حقيقة الأمر بشأن موضوع معين وذلك بتشكيل لجنة من أعضائه لجمع المعلومات بخصوص هذا الموضوع ورفع تقرير له بما انتهت إليه)<sup>(٢٧)</sup>.

ونكون أمام هذه الحالة اذا ما أراد البرلمان الوقوف على حقيقة معينة حتى يستطيع الحكم بنفسه على موضوع معين، وذلك إذا ما أراد الوقوف على عيوب أحد المصالح الحكومية، وتسمح الدساتير البرلمانية عادة بأن يشكل المجلس النيابي لجنة من أعضائه تقوم بمهمة تحقيق، وقد تشكلت هذه اللجنة خصيصاً لهذا الغرض، وقد تكون لجنة التحقيق دائمة، ولا يوجد نص صريح في الدستور العراقي يبين وجود هذا الحق للبرلمان إلا أن هذا الحق يمكن أن يسمح به في ظل المادة (٦١/ثانياً) من الدستور العراقي النافذ التي نصت على أن مجلس النواب يقوم بالرقابة على أداء السلطة التنفيذية<sup>(٢٨)</sup>. استناداً لنظرية الاختصاصات الضمنية<sup>(٢٩)</sup>، مع وجود ملاحظة ان النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي سمح لاحقاً لدستور عام ٢٠٠٥ طبقاً للمواد (٨٢-٨٥) بتشكيل لجان للتحقيق البرلماني ولجان مؤقتة بموافقة أغلبية عدد الحاضرين في المجلس وبناءً على اقتراح من هيئة الرئاسة أو خمسين عضواً من الأعضاء.

إن الوسائل الرقابية انفة الذكر تعتمد في تحقيق أهدافها على درجة نزاهة الطرف الذي يلجأ إليها لتحقيق غاية الرقابة على أعمال السلطات المعنية، فهناك تصور عند بعض البرلمانيين مضمونه أن عضويتهم في الهيئة التشريعية هي نتاج جهدهم ونجاحهم الشخصي فقط إذ يرتب لهم الأمر المذكور حقاً في التمتع بامتيازات المنصب دون احساس أو شعور بوجود مسؤولية بالمقابل يترتب عليهم احترام انفاذها، ولا يمكن القول أن العنصر الذي نشير إليه متوافر بالضرورة عند غالبية أعضاء الهيئات التشريعية، وبشكل خاص في

الدول التي ترتفع فيها معدلات الفساد، بل أن بعض البرلمانيين يلجؤون إلى إطلاق عبارات تحمل شيئاً من السخرية في مواجهة من أدخلوهم تحت قبة البرلمان ليعكسوا بذلك عدم استيعابهم للدور الذي يجب أن يقوموا به، ففي بابوا غينيا الجديدة صرح أحد أعضاء البرلمان قائلاً: (عندما ينتخبني الناس لعضوية البرلمان، يعتقدون بأنني أملك البنك المركزي في بابوا غينيا الجديدة). ولا يمكن عد الرد على مثل هذه التصريحات بالأمر غير الممكن على افتراض صحة ما صرح به، فإذا كان العضو البرلماني الذي أشرنا إلى تصريحه يعرف ويفهم ما يريده الناس فعليه أن لا يعترض طالما رشح نفسه لعضوية الهيئة التشريعية، كما أن عليه أن يفهم الوظيفة التي يقوم بها النائب البرلماني، فهي في إطارها الموضوعي مسؤولية أكثر من كونها امتيازاً بالمعايير الأخلاقية على أقل تقدير، وإذا كان هذا ما يعتقده الناس، وهو يعلم به، فماذا فعل لتحقيق ما يريدون؟ وإذا كان يعتقد أن هذه الصورة لفهم الناس لما ينبغي أن يقوم به النائب في البرلمان هي صورة غير صحيحة فماذا فعل لتغييرها إلى الاتجاه الصحيح؟ ما أريد أن أصل إليه نتيجة مضمونها أن عليه أن يفكر بإيجابية بدل الاستهزاء من اللذين تصدقوا عليه بأصواتهم وألبسوه بدلة عصرية تحمل علامة تجارية متميزة<sup>(٣٠)</sup>.

## المبحث الثاني

### أثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية

لا تقل الوظيفة الرقابية للسلطة التشريعية أهمية عن الوظيفة التشريعية، فهي تضمن

التي تمثل الأمة ومهمة الرقابة هي من صلب اختصاصها<sup>(٣١)</sup>.

إن فشل السلطة التشريعية في القيام بمهمة الرقابة على تصرفات السلطة التنفيذية يترك أثراً بالغاً يؤدي إلى تحويل النصوص الدستورية والقانونية ذات الصلة بضمان واحترام الحقوق والحريات العامة إلى مجرد إطار نظري لا قيمة فعلية له على مستوى الواقع، وربما يكون الحق في التنمية، من أبرز الحقوق التي قد تتأثر نتيجة استئثار ظاهرة الفساد بأبعادها المختلفة، ويراد بهذا الحق الذي يتسم بشمولية كبيرة وارتباطاً مع بقية الحقوق: (مجموعة المبادئ والقواعد التي يمكن على أساسها أن يحصل الإنسان بوصفه فرداً أو عضواً في جسم المجتمع - الدولة، الأمة أو الشعب - وفي حدود المستطاع على احتياجاته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الضرورية لكرامته وتكامله وازدهار شخصيته). في حين عرفه دوبوي بأنه: (حق لرخاء الكائن البشري)، ويشير الأستاذ (اسرائيل/ Israel) إلى أن الحق في التنمية يعبر عن الشكل الحديث للسعادة. وهكذا يبدو واضحاً وجود ارتباط وثيق للغاية بين التنمية كحق من حقوق الإنسان وكافة حقوق الإنسان المعترف بها دولياً، إذ يتحقق جانب جوهرى من الحق المذكور عن طريق اشباع الحاجات الأساسية التي تمثل الحد الأدنى لاحتياج الفرد من أجل البقاء<sup>(٣٢)</sup>. وإذا كان الحق في التنمية قد تطور نظراً لاقتراحه بالنمو الاقتصادي والثقافي والسياسي والاجتماعي إذ تعدّ المضامين المتقدمة عن مفهوم التنمية البشرية حتى أن إعلان الحق في التنمية الذي أقرته الأمم المتحدة عام ١٩٨٦ قد عرف الحق في التنمية

للسلطة التشريعية حسن تطبيق القوانين من جانب السلطة التنفيذية، وهذا الجانب يمنح المشرعين دوراً جوهرياً في بناء الدولة إذا ما أحسنوا القيام بواجباتهم ذات الطابع التشريعي والرقابي. ومن ثم سترتب مجموعة من النتائج السلبية عند فشل البرلمان في القيام بالوظيفة الرقابية، وعلى عدة مستويات، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المبحث إذ سنتعرض في المطلب الأول إلى أثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية على حقوق الانسان في حين نبحث في المطلب الثاني أثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية على وظيفة الدولة.

## المطلب الأول

### أثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية على حقوق الانسان

تقوم السلطة التشريعية بوظيفة التشريع وتمثيل الأمة فضلاً عن وظيفة الرقابة على أعمال وتصرفات السلطة التنفيذية، وفشل هذه السلطة في القيام بالوظيفة الرقابية يترك أثراً بالغاً على مجمل التزام مؤسسات الدولة بأداء مهامها ذات الصلة بحقوق الإنسان عموماً وحقوق المواطنين على وجه الخصوص ذلك أنه إذا كانت هناك أنواعاً من الرقابة التي قد تمارس في كل نظام سياسي، ومنها رقابة الرأي العام، والرقابة السياسية التي تتمثل برقابة رئيس الدولة أو الرقابة البرلمانية في أحوال قد تختلف من نظام سياسي إلى آخر فإن الشكل الأخير للرقابة يبقى الأكثر أهمية وفعالية في مواجهة الآثار التي قد تترتب على بروز ظاهرة الفساد، فالسلطة التشريعية هي

بأنها: (عملية متكاملة ذات أبعاد اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية تهدف إلى تحقيق التحسن المتواصل لرفاهية كل إنسان وكل الأفراد والتي يمكن عن طريقها اعمال حقوق الإنسان وحرياته الأساسية)؛ فالهدف من الحق في التنمية القضاء على الفقر والعمل على تدعيم كرامة الإنسان واعمال حقوقه، فضلاً عن ايجاد طرق لإدارة المجتمع والدولة بصورة جيدة بتوفير فرص متزايدة ومتساوية أمام كل الأفراد وبتحقق نموذج الإدارة الجيدة يمكن تحقيق أو انجاز جانب كبير من حقوق الإنسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية والمدنية<sup>(٣٣)</sup>. وفي هذا السياق من المفيد الإشارة إلى أن تاريخ (١) كانون الثاني ٢٠١٦ هو التاريخ الرسمي لنفاذ أهداف التنمية المستدامة السبعة عشر لخطة التنمية المستدامة للعام ٢٠٣٠ والتي اعتمدها قادة العالم في أيلول ٢٠١٥ في قمة أممية تاريخية، فضلاً عن ان الأهداف السبعة عشر ليست ملزمة من الناحية القانونية إلا أن من المتوقع أن تأخذ الحكومات حسب الأمم المتحدة المبادرة بوضع أطر وطنية لتحقيقها، فهي مسؤولية الدول أساساً<sup>(٣٤)</sup>. والحقيقة أن اثار الفساد تمتد لتشمل تدمير حق الإنسان في الأمن أيضاً على اعتبار أن من غير الممكن تصور وجود تنمية من غير وجود للأمن في أية دولة كما أن الأمن لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق التنمية، وبهذا الخصوص يشير روبرت ماكنمارا إلى الحقيقة المتقدمة في كتابه جوهر الأمن بقوله: (في أي مجتمع يمر بمرحلة التحول إلى مجتمع عصري، فإن الأمن معناه التنمية، والأمن ليس هو المعدات العسكرية وأن كان قد يتضمن المعدات العسكرية. والأمن ليس هو

القوة العسكرية، وإن كان قد يتضمنها. والأمن ليس هو النشاط العسكري التقليدي، وان كان قد يشملها. إن الأمن هو التنمية، وبدون تنمية لا يمكن أن يوجد أمن. والدول النامية التي لا تنمو في الواقع لا يمكنها ببساطة أن تظل أمنة. بسبب عتيد هو أن مواطنيها لا يمكنهم أن يتخلوا عن طبيعتهم الإنسانية...) ثم يقول ماكنمارا في تحليله لمفهوم الأمن: (..... وإذا كان الأمن يتضمن شيئاً فهو يتضمن الفقر الأدنى من النظام والاستقرار، وإذا لم توجد تنمية داخلية، أو على الأقل الحد الأدنى منها، فان النظام والاستقرار يصبحان أمراً مستحيلاً<sup>(٣٥)</sup>).

إن جوهر العلاقة بين شيوع ظاهرة الفساد وتأثيراته السلبية على حقوق الإنسان، ومنها حق الإنسان والشعوب في التنمية إنما يتمثل بوجود عدة أضرار ناشئة عن الفساد اذ تقوم مشكلة الفقر وتخلق مجموعة من العوامل التي تقف حجر عثرة أمام معالجة هذه المشكلة فضلاً عن اعاققة عملية البناء وتحقيق التنمية، وتقويض أية تجربة ديمقراطية، كما أن الفساد يقود إلى تحقيق جملة من العوامل ذات الطابع غير المادي المضرة بالدولة والمجتمع إذ يفقد المواطن ثقته بمؤسسات الدولة وهذا بدوره يرتب بشكل أو باخر خلق نوع من أنواع الإخلال بالمنظومة الاجتماعية والثقافية السائدة في المجتمع، فعلى سبيل المثال يمكن عد المقترح الذي تقدم به أحد النواب عن ائتلاف دولة القانون في الجلسة التي أعقبت انتخاب جلال طالباني رئيساً للجمهورية ولولاية ثانية، وأسامة النجيفي رئيساً لمجلس النواب إذ طلب أن يتم التصويت على اعتبار الجلسة التي جرى فيها انتخاب رئيس الجمهورية ورئيس البرلمان بداية للدورة البرلمانية وليس من تاريخ بدء الجلسة المفتوحة التي ترجع إلى ثمانية أشهر ماضية فكيف يمكن تبرير المرتبات الضخمة

والامتيازات الأخرى التي حصل عليها أعضاء البرلمان طيلة فترة الثمانية أشهر السابقة، وهذا يعني أنهم سيتقاضون مبالغ أعضاء مجلس النواب للمدة المذكورة دون وجه حق، وبشكل مخالف للدستور الذي نصت مادته (٥٦/أولاً) على أن مدة الدورة النيابية هي أربع سنوات<sup>(٣٦)</sup> وليس أربعة سنوات وثمانية أشهر مما يعكس بداية سيئة للمجلس المذكور فضلاً عن عدم وجود قرار حقيقي من جانب كبار المسؤولين في الدولة العراقية في الحد من ظاهرة الفساد ولا نقول في القضاء عليها تماماً.

من جانب آخر يمكن القول أن انتشار ظاهرة الفساد على المستوى السياسي سيقود حتماً إلى فشل السلطة التشريعية في القيام بوظيفتها الرقابية مما يؤثر سلباً على حقوق الإنسان ذات الطبيعة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على وجه الخصوص، وهي الحقوق التي تتطلب تدخلاً إيجابياً من جانب الدولة لتحقيق مضمونها، كما أنها توجب على الدولة توفير الوسائل الاقتصادية لزيادة الثروة القومية ووضع مالية الدولة على أسس واعتبارات جديدة إذ توجه نفقات الدولة بطريقة مثالية أو مقبولة لتحقيق مضامين الحقوق المذكورة، وهذا لا يعني أن الحقوق المدنية والسياسية لن تكون محلاً للتأثر إذ أنها لا تتطلب من الدولة على المستوى المادي الامتثال بما لا يتعدى التدخل.

## المطلب الثاني

### أثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية على وظيفة الدولة

تنوعت الرؤى الفكرية المطروحة من جانب المفكرين والفلاسفة إلى وظيفة الدولة إذ نلاحظ تبايناً واضحاً بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي والمذهب الاجتماعي

فضلاً عن الطروحات الفكرية الإسلامية، وهذه الاختلافات في الرؤى والمعالجات انما تعكس تبايناً في النظرة إلى مجموعة العوامل المادية والروحية التي تتشكل منها تفاصيل حياة الإنسان. فالمذهب الفردي يقرر وجود حقوق وحرريات طبيعية سابقة لقيام الدولة، فالفرد هو غاية الدولة والمجتمع المنظم سياسياً، ومن الواجب حماية حقوقه وحرياته الطبيعية، ذلك أن الفرد لا يجب أن يكون في خدمة الجماعة بل الجماعة هي التي يجب أن تكون في خدمة الفرد، وانطلاقاً من هذه الحقيقة يجب إطلاق نشاط الأفراد في انشاء وإدارة المشروعات الزراعية والصناعية والتجارية دون أدنى تدخل من جانب الدولة، وهذا يعني أن أية فكرة أو تصرف أو تشريع لا ينسجم مع الأفكار المتقدمة أو المبادئ المذكورة في أعلاه وفقاً لتوجهات هذا المذهب سيكون منظوراً إليها بعدها خيارات فاسدة لا تحقق هدف قيام الدولة، وستسئى للأفراد اللذين قامت الدولة من أجل حماية مصالحهم وتحقيق رفاهيتهم. وهذه النتيجة نصل إليها أيضاً ولكن على أسس تتباين بصورة جوهرية مع توجهات أو أسس المذهب الفردي إذا ما نظرنا إلى المسألة من وجهة نظر المذهب الاشتراكي الذي يعدّ الجماعة وليس الفرد حجر الزاوية في البناء الفكري له، فالجماعة هي غاية المذهب الاشتراكي الذي ينكر وجود حقوق وحرريات طبيعية ثابتة لا يجوز المساس بها، وينفي أتباع هذا المذهب وجود كيان ذاتي مستقل للفرد عن المجتمع، وبالنتيجة فان الدولة تستطيع أن تقيد حقوق وحرريات الأفراد كيفما تشاء إذ يمكن أن تقوم بسحبها وإلغائها إذ أن حقوق وحرريات الأفراد ليست امتيازات ثابتة لكنها حقوق من خلق المجتمع.



تتمثل بتكريس مظاهر الفساد إذ تنمأسس هذه الظاهرة ونصبح أمام دولة فاشلة<sup>(٣٦)</sup>، وهو مصطلح عبر عن واقع الدولة العراقية الثانية، وصرحت بارتباطه بواقع الحال في العراق أكثر من جهة سياسية وغير سياسية عراقية وغير عراقية، في حين تسعى دول متعددة في العالم خارج ما يعرف بدول جامعة الدول العربية الى شن حرب شعواء على الفساد<sup>(٣٧)</sup>.

### الخاتمة

بدأت بوادر الفساد تلوح في الأفق حيث صاحبت التجربة السياسية للدولة العراقية الثانية مما ولد اثاراً سلبية كبيرة على مجمل حقوق وحرريات الأفراد في المجتمع العراقي، وقد رددنا ذلك إلى شكل النظام الانتخابي - وأن كان ذلك ليس السبب الوحيد - وأثره على النظام الحزبي المتبنى في ظل التجربة التي بدأت بعد العام ٢٠٠٣ ولما أفرزته هذه التجربة من تكريس لظاهرة المحاصصة القومية والطائفية المقترنة بالبحث عن الولاء الضيق فتعطلت نتيجة ذلك الوظيفة الرقابية للبرلمان إلى حد يكاد يكون كاملاً، وفي كل الأحوال فأن النتائج السلبية المباشرة قد دفع ثمنها المواطن العراقي بالدرجة الأولى اذ انهارت منظومة الحقوق والحرريات التي حلم بها أبناء العراق، والتي كرستها نصوص دستور عام ٢٠٠٥ وربما كان أكثر المحبطين والذين فاجأهم النتائج هم الفريق القانوني أو بعضهم وربما أقل من ذلك الذي ساهم على درجات متفاوتة في اقتراح وصياغة نصوص مواد الفصل الثاني ذلك أن النيات الطيبة التي اقترنت بعملهم (لجنة الخبراء) قد تحطمت على صخور التصلب

أما المذهب الاجتماعي فهو يقوم على تبني أفكار تتوسط توجهات المذهبين الفردي والاشتراكي، وكان ظهور هذا المذهب نتيجة الفساد السياسي والاقتصادي الذي انتشر في الدول التي تبنت أفكار المذهب الفردي بظهور طبقة احتكرت الشأن السياسي والاقتصادي وحمت مصالحها فقط اعتماداً على الدور السلبي للدولة الحارسة، وهذا يعني أن المذهب الاجتماعي يشترك مع المذهب الاشتراكي في رفض توجهات المذهب الفردي فهو يدعو إلى تدخل الدولة في مجالات خارجة عن نطاق أعمال الدولة الحارسة وأن كان التدخل المذكور ليس كاملاً أو مطلقاً وبالصورة التي نادى بها المذهب الاشتراكي، وتقترب توجهات المذهب الاجتماعي من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الفكر الإسلامي في نظرتة الى وظيفة الدولة حيث لا افراط ولا تفريط حيث لا توجد حقوق مطلقة لا تقابلها واجبات أو التزامات أو مسؤوليات، فتحقق دور فعال لأساليب الرقابة على جوانب النشاطات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية يضمن قدر جيد من الحرية لممارستها دون الاخلال بالقيم الجوهرية للمجتمع الإسلامي. ومن هذا المنطلق فان تبني توجهات المذهب الاجتماعي أو ما عبر عنه الفكر الإسلامي بنظرة حديثة متجددة قابلة لاستيعاب التطورات المتحققة في الحياة هو الاتجاه الأجدى في مجتمعات متنوعة كالمجتمع العراقي والعربي أيضاً إلا أن ضمان النجاح يبقى أمراً مرتبطاً بوجود كادر يعمل على تحقيق التوجهات المذكورة بأمانة ونزاهة. وبقدر تعلق الأمر بأثر فشل السلطة التشريعية في القيام بالوظيفة الرقابية على وظيفة الدولة فالنتيجة التي سنصل إليها حتماً



استيعاب الجميع بصرف النظر عن أصولهم القومية وانتماءاتهم الدينية وتوجهاتهم المذهبية.

## الاستنتاجات

١. يظهر من مجمل الاتجاه العام الذي جرى تبنيه من جانب القوى السياسية الرسمية في العراق وجود رغبة شديدة بتكريس الأوضاع القائمة، وحصر ممارسة الشأن السياسي بالأحزاب والتيارات والكتل الموجودة، وهو اتجاه استقتلت هذه القوى على الإبقاء عليه كونه يعبر عن مصلحتها الضيقة أن لم نقل المصالح الشخصية لمجموعة من الأفراد وحاشيتهم المرتبطة بمصيرهم السياسي، والتي تتلخص في استمرار تمتعها بتذوق كعكة السلطة رغم شدة نكهة الفساد التي تنبعث منها، وهو اتجاه سار عليه النظام الانتخابي المتبنى في العراق فضلاً عن قانون الأحزاب السياسية المرقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥.

٢. من الصعب القول بنجاح أهداف النظامين الانتخابي والحزبي في العراق إذا كانت الغاية من النظامين المذكورين خلق نظامين انتخابي وحزبي يعمل على تحقيق المصلحة العامة حتى لو اقتضى الأمر المذكور تغيير في الخريطة السياسية المسيطرة على المشهد السياسي العراقي بعد الاحتلال الأمريكي، فالقوى السياسية الممثلة في البرلمان تقف عائقاً أمام أية خطوة باتجاه الإصلاح في بلد بلغت نسبة السكان الذين يعيشون فيه تحت مستوى خط الفقر إلى ما يزيد على ٣٥٪ طبقاً لتصريح وزير العمل والشؤون الاجتماعية مطلع العام ٢٠١٦.

أو الكبرياء السياسي لمجموعة من هواة الشأن الخاص بإدارة الدولة، والتي يبدو أنها احترفت بكامل إرادتها العناد السلبي مع بعضها البعض، وهذا بدوره ساهم في تعطيل دور المؤسسات الرقابية أو تحجيم هذا الدور إلى حد كبير مما يقتضي الانتباه إلى هذه الجوانب والعمل سريعاً على معالجة هذه الأخطاء، والهدف المذكور يتطلب إرادة سياسية قوية تسير بثبات نحو هدف مكافحة الفساد. فهل تتوافر مثل هذه الإرادة؟ ومتى سيتخذ القرار بوضع الحد لهذه الظاهرة ومسبباتها؟ ومن هي الشخصية السياسية، أن وجدت، التي سيفترق اسمها بشرف هذا التوجه؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة هي الخطوة الأولى باتجاه الإصلاح، ولا يبدو في ظل المشهد السياسي الحالي توافر أي "شخصية سياسية" مؤهلة لممارسة هذا الدور، فالجميع أدمن الفساد واستساعه إلى حد الثمالة فضلاً عن كون النظام السياسي الذي ظهر بعد الاحتلال الأمريكي للعراق قد تبنى قواعد للممارسة السياسية لا تتسجم مع حجم التحدي المطلوب مواجهته، ومن ثم. فهي لا تساهم في تحقيق نتائج ايجابية تنعكس على واقع حياة الناس في العراق.

من جانب آخر فإن ما الت إليه أوضاع بلاد ما بين النهرين تعكس حقيقة جوهرية مضمونها عدم وجود مشروع جذري وشامل للإصلاح، وهو ما يحتاجه العراق والعراقيون لكي يحسن من الأوضاع المتردية للمواطنين منذ عقود نتيجة السياسات المتهورة للأنظمة السياسية المتعلقة فيه، والهدف المذكور لا يمكن له أن يتحقق دون العمل على بناء دولة قادرة على

٣. ترتب على الفشل الواضح في الخيارات السياسية للنظاميين الانتخابي والحزبي فشل البرلمان العراقي في ممارسة وظيفته الرقابية، رغم التصريحات المتعددة بوجود رغبة في مكافحة الفساد، مما أدى إلى انهيار أوضاع حقوق الإنسان في العراق رغم وجود أكثر من جهة ترتبط بالحكومة والبرلمان وغيرها من الجهات التي تدعي وصلاً بلبلى من المفروض أنها تعنى بواقع حقوق الإنسان في هذا البلد إلا أن النتائج مخيبة للأمل، ولا يمكن القبول بوجود علامات ايجابية للدور الرقابي للبرلمان العراقي ناجمة عن سحب الثقة عن وزيرى الدفاع والمالية، فالذي ظهر من الاستجواب الخاص بوزير الدفاع على وجه الخصوص أن الفساد متبادل بين اقطاب السلطتين التشريعية والتنفيذية على حد سواء، مع ملاحظة أن المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم ٧٤ وموحدتها ٧٥/اتحادية/٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠١٧ والمشار إليه أنفاً كانت قد أكدت أن قرار سحب الثقة من وزير الدفاع لم يتضمن مخالفة للدستور وجاء تطبيقاً سليماً لمواده.

## التوصيات

١. من الضروري إضافة فقرة جديدة إلى المادة (٨) المتعلقة بشروط تنظيم الأحزاب السياسية برقم (خامساً) مضمونها وجوب شمول التنظيم الحزبي للحزب السياسي ولأغراض التأسيس لأكثر من نصف عدد المحافظات العراقية للدفع باتجاه خلق برامج سياسية وطنية من جانب الأحزاب والتيارات والكتل، ولكي نعطي للمادة (٥/أولاً) وهي ذات

مضمون جيد الية اجرائية لوضعها موضع التنفيذ تصبح معها المادة المذكورة فعالة، وهذه صياغة مرنة تراعي اعتبارات مستقبلية ناتجة عن ضعف البناء السياسي للدولة وطغيان روح الانتماءات الضيقة للأحزاب والتيارات والكتل السياسية، ويمكن اعتماد صيغة مرحلية للوصول إلى الهدف المذكور بتقليص عدد المحافظات التي يشملها التنظيم الحزبي خلال الدورة الانتخابية القادمة على أن نصل إلى العدد النهائي في الدورة التي تليها.

٢. ضمن حدود ما هو قائم من أطر قانونية ذات صلة بضمان احترام حقوق الإنسان في العراق فأن من المهم دفع الجهات الرسمية بشكل خاص إلى تفعيل نشاطاتها والقيام بوظائفها التي من المفروض أنها تساهم في تحسين الحال السيئ للحقوق والحريات في العراق، فمن الواضح جدا وجود قصور كبير من جانب هذه الجهات في القيام بوظائفها والتزاماتها المكرسة بموجب القانون.

٣. إذا كان جوهر الأمن يعتمد على التنمية الحقيقية لمختلف القطاعات الحيوية لحياة الإنسان، فان أبرز معوقات التنمية على المستويين المادي والمعنوي سيتمثل بالفساد الذي اصبح السمة المميزة للدولة العراقية منذ العام ٢٠٠٣ في تاريخ الاحتلال الامريكي للعراق. ومن ثم، سيكون العمل على مكافحة هذه الظاهرة السلبية والمدمرة لمؤسسات البلد وطموحات الناس من أولويات اي مشروع اصلاحى حقيقي يطرح من جانب أية جهة سياسية على وجه التحديد، رغم صعوبة المواجهة مع مافيا الفساد في العراق، وهو

ما أشار له رئيس الوزراء العراقي صراحة نهاية تشرين الثاني ٢٠١٧ والتي يبدو ان لها ارتباطات تقع خارج الحدود.

٤. الاعتراف بحقيقة مضمونها أن على الإنسان أن يموت في بعض الأحيان في سبيل تحقيق هدف ما. ومن ثم، تتعفن جثته في القبر حتى يدرك العالم ان الحقيقة كانت تتمثل بما عبر عنه، وهذا يعني ان المعركة مع الفساد مفتوحة، وستكون معركة طويلة في ظل النظام السياسي القائم منذ الاحتلال الامريكي للعراق في العام ٢٠٠٣ أو في ظل اي نظام سياسي قادم فكيفما تكونوا يولى عليكم، وإذا كان قدر الذين يحاولون محاربة الفساد الابحار دون مجاذيف في بحر تتلاطم فيه الامواج فان عليهم مصادقة الريح، وبهذه النظرة الواقعية فقط يمكن أن يصلوا إلى بر الامان.

٥. توافر كادر متميز يعمل باليات "استثنائية" ينضوي تحت تشكيل إداري يتبع السلطة التشريعية - رئاسة البرلمان ولجنة النزاهة النيابة - ويخضع لإشراف ورقابة من جانب السلطة القضائية، ويمكن أن يكون لجهاز الادعاء العام عضوية فيه، فضلاً عن تفعيل دور الأخير، فالملاحظ أنه مستغرق في سبات عميق، تكون مهمته رصد حالات الفساد، ومتابعة هذه الملفات، مع ضمان وصوله إلى المعلومات ذات الصلة تمهيدا للقضاء على مظاهر الفساد المستشرية في العراق، ومنها تلك المتواجدة في قطاع التربية والتعليم العالي فمستقبل العراق يرتبط بهذين القطاعين إلى

اقصى حد، فالفساد في ميدان التربية والتعليم يعني تدمير أخلاقيات المجتمع، وبالتالي يجب أن توجه الدولة اهتماماتها إلى المجالين المذكورين، وربط مخرجاتهما بمتطلبات سوق العمل في العراق.

٦. من الملاحظ أن دعوات مكافحة الفساد المطروحة من جانب عمالقة الفساد وصعاليكه ضمن المربع المشتغل بالشأن السياسي ما زال غير قادر مطلقاً على الارتقاء بمستوى اخلاقياته!!!! في الدعوة إلى الإصلاح بان مجرد ذلك من حساباته الانتخابية، وهذا التوجه يشكل جزءاً كبيراً من المشكلة لأنه يعكس عدم القدرة على التضحية في سبيل تحقيق هدف سامي ومهم لمستقبل الأجيال في العراق ومعلن من جانب الكافة، لذا فان من المهم مراعاة اختيار الأشخاص بطريقة صحيحة.

٧. يلاحظ وجود توجهات لا تعكس مطلقاً اية رغبة حقيقية في مكافحة الفساد سواء من جانب ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين أو ما يصدر عن السلطة التنفيذية من تعليمات فطابع المساومة بين الأطراف ذات العلاقة هو المنحكم في اعتماد بعض النصوص الأمر الذي لا يمكن أن يشكل تعبير أو عمل حقيقي باتجاه محاربة الفساد بل العكس هو الصحيح، فالقبول بمثل هذه التوجهات من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية سيشرعن الفساد، والأمر المذكور ملاحظ في توجهات وزارات متعددة ومنها وزارة التعليم العالي والبحث العلمي..... الخ

## الهوامش

أندرو رينولدز، بين ريلي، أندرو ايليس، المصدر السابق، ص ٢١.

٩. يشير الأمين العام للأمم المتحدة في تقريره المعنون: (تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها) إلى الآتي: (وعن طريق مساعدة الأمم المتحدة لعدد من عمليات وضع الدساتير عبر العديد من السنوات، تعلمنا بعض الدروس بشأن الحاجة إلى ما يأتي: توجيهات شاملة في مجال السياسات العامة بشأن المساعدة الدستورية، ونهج منتظمة تستند إلى الممارسات الجيدة، وتدعيم الذاكرة المؤسسية، وبناء الخبرة التقنية لدعم عمليات السلام والجهات الفاعلة الوطنية، ومساعدة الجهات الفاعلة الوطنية في وضع خطط لتنفيذ ورصد الدساتير بعد اعتمادها. وهناك نهج جديدة على نطاق المنظومة يشدد على أنه ينبغي أن تساهم المساعدة المقدمة من الأمم المتحدة في عمليات وضع الدساتير إذ تكون تلك العمليات شاملة وقائمة على المشاركة وشفافة. ويتطلب هذا النهج تخطيطاً مسبقاً مبكراً وخبرات في مجالات السياسة وحقوق الإنسان والتنمية المؤسسية. وبينما يمثل هذا النهج خطوة أساسية إلى الأمام، فإن الخبرات الفنية والذاكرة المؤسسية المتصلتين به، واللازميتين لدعمه، تظلان غير كافيتين)

تقرير الأمين العام، تعزيز أنشطة الأمم المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، الأمم المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، البند (٨١) من جدول الأعمال المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني والدولي (A/36/226) في ٨ اب ٢٠٠٨، ص ١٦ - ١٧

١٠. من المفيد للغاية في هذا السياق اقتباس بعض السطور لأهميتها البالغة والاستثنائية من كتاب الدكتور علي كريم سعيد الموسوم: عراق ٨ شباط ١٩٦٣، من حوار المفاهيم إلى حوار الدم، مراجعات في ذاكرة طالب شبيب، الطبعة الأولى، دار الكنوز الأدبية بيروت، ١٩٩٩، الصفحات ٢٥١ - ٢٥٣، وهي مذكرات سياسية لوزير الخارجية العراقي الأسبق طالب شبيب حيث يقول: (انتهت المحادثات بين حزب البعث وقيادة الحركة الكردية ممثلة بالحزب الديمقراطي الكردستاني. وقد نجحنا - الكلام لطالب شبيب وزير الخارجية العراقي الأسبق - في اشعار

١. أندرو رينولدز، بن ريلي، أندرو ايليس، ترجمة: أيمن أيوب، أشكال النظم الانتخابية، دليل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، السويد، ص ٢٠.

٢. أنظر نصوص هذه القوانين في رعد الجدة، التشريعات الانتخابية في العراق، الطبعة الأولى، بغداد، ٢٠٠٠.

٣. نشر هذا القانون في صحيفة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٠٠ الصادرة بتاريخ ٢ كانون الأول ٢٠١٣.

٤. سعاد الشرفاوي، عبد الله ناصيف، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، ١٩٩٤، ص ١١١.

٥. مشار إلى هذه الأمثلة في سليمان الغويل، الانتخابات والديمقراطية (دراسة قانونية مقارنة)، أكاديمية الدراسات العليا، الطبعة الأولى، طرابلس، الجماهيرية العظمى، ٢٠٠٣، ص ١٥٣ - ١٥٤.

٦. المصدر نفسه، ص ١٥٤.

من جانب آخر من المفيد الإشارة إلى أن نظام المشاركة الانتخابية بالأغلبية يتفرع إلى خمسة أنواع هي: نظام الفائز الأول، ونظام الكتلة، ونظام الكتلة الحزبية، ونظام الصوت البديل، ونظام الجولتين.

٧. سعاد الشرفاوي، عبد الله ناصيف، المصدر السابق، ص ١٣٠. أندرو رينولدز، بن ريلي، أندرو ايليس، المصدر السابق، ١٨٧.

٨. سليمان الغويل، المصدر السابق، ص ١٦٠ - ١٦١. من المفيد الإشارة إلى أنه وبشكل عام فإن النتائج التي يمكن أن تترتب على اختيار نظام انتخابي معين إنما هي مسألة تعتمد على عوامل متفرقة، (كتركيبة المجتمع الفكرية، والدينية، والعرقية، والقبلية، والمناطقية، واللغوية والطبقية، أو ما إذا كان البلد المعني يتمتع بديمقراطية راسخة أم ناشئة، أو إذا ما توفر في البلد نظام حزبي متماسك أم أن أحزابه ما زالت في بداية تكوينها، وما هو عدد الأحزاب الجادة فيه، أو إذا ما كان مؤيدو حزب ما متمركزين جغرافياً في جزء محدد من البلاد أم أنهم موزعون على مناطق واسعة).

الحركة الكردية برغبنا كحزب في حل القضية، وأصدرنا قراراً برفع الحصار وعتفواً عن السجناء والمعتقلين الأكراد. كما وضعنا خطوطاً أساسية لنظام اللامركزية لتكون قاعدة للتفاوض مستقبلاً، لكن التطورات اللاحقة أظهرت أمرين، أثار أحدهما علي صالح السعدي وهو إيواء الشيوعيين الهاربين من بغداد في كردستان – أي من شمال العراق -. والثاني: عدم توقف الحملات الإعلامية والسياسية السوفيتية الخارجية المتعاونة مع أعلام الحزب الشيوعي ضد السلطة المركزية في بغداد انطلاقاً من كردستان – شمال العراق – وقد تجلّى التعاون بين الشيوعيين والبارت عندما طلبنا من الوفد تقديم مذكرة بالمطالب الكردية للتفاوض عليها وإقرار ما نتوصل إلى اتفاق بشأنه، فقدّموا إلينا مطالب ستؤدي إذا ما أخذنا بها حتماً إلى خلق دولة داخل الدولة. فإن الأسس المبدئية لكيان أية دولة تتجلى في وحدة قواتها المسلحة ووحدة سياستها الاقتصادية والخارجية، في حين تضمنت المذكرة الكردية طلباً بتحديد تواجد وتمريبات وإجراءات الجيش العراقي في المنطقة العربية فقط، وأن يحدد تواجد قطعات الجيش وتدريباتها في المنطقة الشمالية بموافقة السلطات الكردية المحلية، حتى لو كان ذلك التواجد بدعوى حماية الحدود العراقية، وذلك يعني وجود سياستين وطنيتين في بلد واحد، ويعني أن الجيش لم يعد مسؤولاً عن حماية الحدود ولا يستطيع أن يهيمن على كامل الأراضي العراقية والدفاع عنها بوجه أي معتد أجنبي، وكان هذا في حال تطبيقه سيسبب شراً في بنية الدولة.

أما الشرح الثاني فهو مطالبة الأكراد بتوزيع كافة وظائف ومناصب الدولة بما فيها الخارجية على الأكراد والعرب بما يتناسب مع نسبتهم السكانية، أي يكون لهم ٢٠٪ من وظائف الدولة بغض النظر عن الأهلية والكفاءة. وعلى سبيل المثال فأنهم لو حصلوا على ما يطالبون به في وزارة الخارجية فستكون لنا سياستان مع الخارج. لأن تبعية الموظفين الأكراد ستكون للحركة الكردية التي سنتمسك بدورها في تسميتهم.

الشرح الثالث: طالبوا بحصة من النفط مساوية لنسبتهم السكانية، وقالوا بمذكرتهم أنهم سيتصرفون بالعوائد بحسب ما يرتأون، وبذلك ستكون للعراق

سياستان اقتصاديتان، وكان البلد قد جزئياً وشطر مسبقاً، وهو أمر ليس مقبولاً أو معقولاً. ومن الأفضل لكردستان أن تستقل عن العراق وتترك الباقي جسماً سليماً. أما أصابته بمرضين: مرض التجزئة ومرض التداخل "دولة داخل دولة، ومليشياً بيشمركة موازية للحرس القومي"، وذلك شر مستطير. وللأسف الشديد فإوضاع الأكراد استناداً إلى أهدافهم البعيدة النهائية ولم يكونوا واقعيين، ولم يفهموا المبادئ الأساسية لكيان الدولة الموحدة. فقلنا لهم إذا كنتم تريدون الاستقلال يمكنكم طرحه وعلينا مناقشته، أما أنكم تطرحون مطالب ليس من بينها الاستقلال لكنها تؤدي إلى انقسام الدولة وتحول العراق إلى كيان مريض فهو أمر لا نقبل به. ولذلك لم يكن هناك مجال للرد على مذكرتهم ولا مخالفتها، واكتفينا بعدم قبولها. وقد اعترف لنا المفاوضون الأكراد في نهاية الأمر أن مطالبهم لم تكن تصلح كقاعدة واقعية للتفاهم ولم نسع لتجاوز أو ازعاج البرزاني بالاتصال بغيره، حتى لو كان ذلك الغير هو المكتب السياسي. وكنا نعرف أنه رجل ملتزم ولا يحب المناورة والخداع. فضلاً عن أن تعدد القنوات كان سيضر بسرية العمل ويعرضنا لخطر الانكشاف للأجهزة الأمنية القاسية).

وإذا كانت الأفكار المتقدمة تعكس تجربة سياسية ناضجة وعقلانية لوزير الخارجية العراقي الأسبق، وهو أحد "البعثيين!!!" البارزين في تلك الفترة، فإن ما تم رفضه من جانب السلطة المركزية في العراق في ذلك الوقت قد تم قبوله من جانب القابضين على السلطة في العراق بعد الاحتلال الأمريكي عام ٢٠٠٣ إذ تحققت وبامتياز ذات المحاذير إلى أشار إليها طالب شبيب واعترف بخطئها المفاوضون الأكراد.

١١. أندرو رينولدز، بن ريلي، أندرو ايليس، المصدر السابق، ص ٢٤.

١٢. أندرو رينولدز، بن ريلي، أندرو ايليس، المصدر السابق، ص ٣١.

١٣. نشر قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ في صحيفة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٨٣ الصادرة بتاريخ ١٢ تشرين الأول ٢٠١٥.

١٤. نصت المادة (٦٠) من قانون الأحزاب السياسية

رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٥ على: (أولاً: يلغى قانون الأحزاب السياسية رقم (٣٠) لسنة ١٩٩١. ثانياً: يلغى أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة "قانون الأحزاب والهيئات السياسية رقم ٩٧ لسنة ٢٠٠٤).

١٥. يشير أندرو رينولدز، بن ريلي، أندرو ايليس إلى أن مسألة تمكين الأحزاب السياسية من الحصول على تمويل لها من القطاعين العام أو الخاص تعتبر إحدى المسائل المفصلية ذات العلاقة بكافة الجوانب الخاصة بتصميم النظم الانتخابية، فضلاً عن تحولها في كثير من الأحيان إلى التحدي الأكبر الذي يواجه نشوء الأحزاب السياسية القابلة للحياة.

١٦. أندرو رينولدز، بن ريلي، أندرو بليس، المصدر السابق، ص ١٨٧.

لم نجد ما يماثل الشرط المعمول به في أندونيسيا في قانون الأحزاب السياسية النافذ في العراق إذ تشترط المادة (٨) منه الشروط المدرجة في أدناه لتأسيس أي حزب وهي:

أولاً: عدم تعارض مبادئ الحزب أو أهدافه أو برامجه مع الدستور.

ثانياً: يكون للحزب برنامج الخاص لغرض تحقيق أهدافه.

ثالثاً: إن لا يكون تأسيس الحزب وعمله متخذاً شكل التنظيمات العسكرية أو شبه العسكرية، كما لا يجوز الارتباط بأية قوة مسلحة.

رابعاً: إن لا يكون من بين مؤسسي الحزب أو قياداته أو أعضائه من ثبت بحكم بات قيامه بالدعوة أو المشاركة للترويج بأية طريقة من طرق العلانية لأفكار تتعارض مع أحكام الدستور

١٧. نشر قانون الاستفتاء على مشروع الدستور رقم (٢) لسنة ٢٠٠٥ في صحيفة الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٠٣ الصادرة بتاريخ ٣٠ آب ٢٠٠٥.

١٨. نصت المادة (١٤٤) من دستور عام ٢٠٠٥ على: (يعد هذا الدستور نافذاً، بعد موافقة الشعب عليه بالاستفتاء العام، ونشره في الجريدة الرسمية، وتشكيل الحكومة بموجبه).

١٩. نصت المادة (١) من النظام الداخلي لمجلس النواب

العراقي على: (مجلس النواب هو السلطة التشريعية والرقابية العليا، ويمارس الاختصاصات المنصوص عليها في المادة ٦١ من الدستور، والمواد الأخرى ذات الصلة). وكانت المادة (٦١/أولاً وثانياً) من دستور عام ٢٠٠٥ قد كرست اختصاصي تشريع القوانين والرقابة على أعمال السلطة التشريعية.

٢٠. نظم النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي طرق الرقابة في الفصل العاشر (السؤال والمساءلة والاستجواب/المواد ٥٠ - ٦١) والفصل الحادي عشر (الاقالة سحب الثقة/المواد ٦٢ - ٦٧).

يمكن أن تثير هذه التوسعة بعض الاعتراضات القانونية، ولسنا بصدد مناقشة ذلك في هذه الصفحات.

٢١. أنظر بخصوص السؤال كأحد طرق الرقابة البرلمانية على تصرفات السلطة التشريعية سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٥٨٧ - ٥٨٩. وأنظر بخصوص السؤال عند قيام حكومة تصريف أعمال، عادل الطبباني، اختصاصات الحكومة المستقبلية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٦، ص ١٥٥ - ١٥٦.

٢٢. رمضان محمد بطيخ، التطبيقات العملية لضوابط الحصانة البرلمانية ووسائل واجراءات البرلمان الرقابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢، ص ١٨٤.

٢٣. أنظر بخصوص طرح موضوع عام للمناقشة سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص ٥٨٩.

٢٤. ذكرت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم ٧٤ وموحدتها ٧٥/اتحادية/٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٠ ان المقصود بالأغلبية المطلقة هي أغلبية عدد الأعضاء الحاضرين في الجلسة بعد تحقق النصاب القانوني للانعقاد أي نصف العدد الكلي لأعضاء مجلس النواب مضافاً إليه نائب واحد.

أنظر القرار كاملاً منشوراً في مجلة التشريع والقضاء، السنة التاسعة، العدد الثاني (تموز، اب، أيلول، تشرين الأول، تشرين الثاني، كانون الأول) ٢٠١٧، ص ١٧٢ - ١٧٥.

الإشارة إلى ما صرح به وزير العمل والشؤون الاجتماعية في العراق في الثالث الأخير من شهر كانون الثاني ٢٠١٦ إلى أن ما يقارب (٣٥٪) من العراقيين يعيشون تحت مستوى خط الفقر، وهو ما سبق أن أشرنا إليه.

٣٣. مازن ليلو راضي، حيدر أدهم عبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، دار قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، ٢٠٠٧، ص ٢٠٤.

٣٤. تتمثل الأهداف السبعة عشر بالآتي: (القضاء على الفقر، القضاء على الجوع، الصحة الجيدة والرفاه، التعليم الجيد، المساواة بين الجنسين، المياه النظيفة والنظافة الصحية، طاقة نظيفة وبأسعار معقولة، العمل اللائق ونمو الاقتصاد، الصناعة والابتكار والهياكل الأساسية، الحد من أوجه عدم المساواة، مدن ومجتمعات محلية مستدامة، الاستهلاك والانتاج المسؤولان، العمل المناخي، الحياة تحت الماء، الحياة في البر، السلام والعدل والمؤسسات القوية، عقد الشراكات لتحقيق الأهداف).

٣٥. مشار إلى هذا في عمر أحمد قدور، شكل الدولة وأثره في تنظيم مرفق الأمن، الطبعة الأولى، مكتبة مدبولي، دار الخيال، القاهرة، بيروت، ١٩٩٤، ص ١٧٥.

يرد في إعلان حق الشعوب في السلم المعتمد من جانب الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٢ تشرين الثاني ١٩٨٤ الآتي: (إن الحياة دون حرب هي بمثابة الشرط الدولي الأساسي للرفاهية المادية للبلدان ولتنميتها ولتقدمها وللتنفيذ التام لكافة الحقوق والحريات الأساسية التي تنادي بها الأمم المتحدة).

٣٦. جاء في قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٢٤/٢٠١٠/٣ الصادر بتاريخ ١٤/٣/٢٠١٠ أن الدورة الانتخابية أربع سنوات بواقع ٣٦٥ يوم لكل سنة ولا يجوز تمديد مدة العمل التمثيلي لأعضاء مجلس النواب قياساً على حكومة تصريف الأعمال أو استمرار عمل رئيس الجمهورية.

٣٧. يراد بمصطلح الدولة الفاشلة تلك الدولة ذات الحكومة المركزية الضعيفة أو غير الفعالة، والتي لا تملك الا القليل من السيطرة على جزء كبير من

٢٥. أنظر بخصوص الاستجواب سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص ٥٩٢ - ٦٠٥. عادل الطببائي، المصدر السابق، ص ١٥٧ - ١٥٩.

٢٦. أنظر القرار كاملاً منشوراً في مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة، العدد الرابع (تشرين الأول، تشرين الثاني، كانون الأول) ٢٠١٢، ص ١٧٤ - ١٧٧.

٢٧. هاشم محمد البديري، لجان التحقيق البرلمانية كوسيلة للرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في مصر، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ص ١١.

٢٨. أنظر بخصوص التحقيق البرلماني فارس محمد عمران، التحقيق البرلماني في الدول العربية والأمريكية والأوروبية، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٨.

٢٩. ظهرت هذه النظرية في العصر الحديث في إطار الفقه الدستوري الأمريكي، وهي تقوم على فكرة مضمونها إن الحكومة الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية لا تملك فقط الاختصاصات المذكورة صراحة في الدستور وإنما تستطيع أن تباشر للضرورة مجموعة من الاختصاصات الأخرى الضرورية لوضع الاختصاصات الصريحة موضع التنفيذ إضافة إلى الاختصاصات الضرورية لتحقيق الأهداف التي رسمها الدستور الفيدرالي الأمريكي.

٣٠. لا يمكن انكار وجود نماذج من النواب في البرلمان العراقي لا تختلف في سلوكها عن النائب المشار اليه في متن الصفحة.

٣١. تجد قضية حق الأمة في مراقبة الحاكم واخضاعه للتشريعات الاسلامية أساساً لها في الشريعة الإسلامية. أنظر منير حميد البياتي، الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي، دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة، الدار العربية للطباعة، الطبعة الأولى بغداد، ١٩٧٩، ص ٤٧٩ - ٤٨٦.

٣٢. أنظر بخصوص الحق في التنمية صفاء الدين محمد عبد الحكيم، حق الإنسان في التنمية الاقتصادية و حمايته دولياً، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى بيروت، ٢٠٠٥. من جانب آخر من المفيد



٣. رمضان محمد بطيخ، التطبيقات العملية لضوابط الحصانة البرلمانية ووسائل واجراءات البرلمان الرقابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١ - ٢٠٠١.

٤. سعاد الشرقاوي، عبد الله ناصيف، نظم الانتخابات في العالم وفي مصر، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، ١٩٩٤.

٥. سليمان الغويل، الانتخابات والديمقراطية (دراسة قانونية مقارنة)، أكاديمية الدراسات العليا، الطبعة الأولى، طرابلس، الجماهيرية العظمى، ٢٠٠٣.

٦. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، ١٩٨٨.

٧. صفاء الدين محمد عبد الحكيم، حق الإنسان في التنمية الاقتصادية وحمايته دولياً، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠٠٥.

٨. عادل الطبطبائي، اختصاصات الحكومة المستقلة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٦.

٩. علي كريم سعيد، عراق ٨ شباط ١٩٦٣ من حوار المفاهيم الى حوار الدم، مراجعات في ذاكرة طالب شبيب، الطبعة الأولى، دار الكنوز الأدبية، بيروت، ١٩٩٩.

١٠. عمر أحمد قدور، شكل الدولة وأثره في تنظيم مرفق الأمن، الطبعة الأولى، مكتبة مدبولي، دار الخيال، القاهرة، بيروت، ١٩٩٤.

أراضيها، واطلاق هذا المصطلح على بلد ما يحمله عواقب سياسية عديدة، وتصبح الدولة فاشلة عند ظهور مجموعة من العلامات منها فضلاً عن لما تقدم في أعلاه فقدانها حق استعمال العنف المشروع في الأراضي التي تحكمها، وفقدانها لشرعية اتخاذ القرارات العامة، وتنفيذها فضلاً عن عجزها عن توفير الحد المعقول من الخدمات العامة، وأخيراً عجزها عن التفاعل مع الدول الأخرى كعضو فاعل في الأسرة الدولية، وتندرج الخدمات البلدية والصحية والتعليمية ضمن قائمة الخدمات الأساسية والتوزيعية، كما تندرج مستلزمات اقامة وادامة أسس التوافق على شرعية الدولة كراعية لمصالح جميع سكان البلاد وليس مصالح فئة أو فئات محدودة منهم.

٣٨. يمكن الإشارة بهذا الخصوص إلى اندونيسيا حيث صرح الرئيس الاندونيسي جوكو ويدودو ان هناك تسعة وزراء وتسعة عشر محافظاً وأكثر من ثلاثمائة حاكم محلي ومائة برلماني يقعون في السجن بسبب الفساد.

مشار إلى ذلك في صحيفة الزمان الصادرة يوم الاثنين الموافق ٢٤ تشرين الاول ٢٠١٦ / العدد (٥٥٥٨) ص ٢٠

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب العربية

١. أندرو رينولدز، بن ريلي، أندرو ايليس، ترجمة: أيمن أيوب، أشكال النظم الانتخابية، دليل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، السويد.

٢. رعد الجدة، التشريعات الانتخابية في العراق، الطبعة الأولى، بغداد، ٢٠٠٠.



الأول، تشرين الثاني، كانون الأول) ٢٠١٧.  
٤. صحيفة الزمان الصادرة يوم الاثنين  
الموافق ٢٤ تشرين الأول ٢٠١٦، العدد  
(٥٥٥٨).

### ثالثاً: صحيفة الوقائع العراقية

١. صحيفة الوقائع العراقية، العدد ٤٠٠٣  
الصادرة بتاريخ ٣٠ اب ٢٠٠٥.  
٢. صحيفة الوقائع العراقية، العدد ٤٣٠٠  
الصادرة بتاريخ ٢ كانون الأول ٢٠١٣.  
٣. صحيفة الوقائع العراقية، العدد ٤٣٨٣  
الصادرة بتاريخ ١٢ تشرين الأول ٢٠١٥.

١١. فارس محمد عمران، التحقيق البرلماني  
في الدول العربية والأمريكية والأوروبية،  
دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات  
القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٢. مازن ليلو راضي، حيدر أدهم عبد  
الهادي، المدخل لدراسة حقوق الانسان، دار  
قنديل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان،  
الأردن، ٢٠٠٧.

١٣. منير حميد البياتي، الدولة القانونية  
والنظام السياسي الاسلامي، دراسة دستورية  
شرعية وقانونية مقارنة، الدار العربية  
للطباعة، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٨٦.

١٤. هاشم محمد البديري، لجان التحقيق  
البرلمانية كوسيلة للرقابة على أعمال السلطة  
التففيذية في مصر، الطبعة الأولى، دار الفكر  
العربي.

### ثانياً: التقارير والمجلات والصحف

١. تقرير الأمين العام، تعزيز أنشطة الأمم  
المتحدة في مجال سيادة القانون وتنسيقها، الأمم  
المتحدة، الجمعية العامة، الدورة الثالثة  
والستون، البند (٨١) من جدول الأعمال  
المؤقت، سيادة القانون على الصعيدين الوطني  
والدولي (A/36/226) في ٨ اب ٢٠٠٨

٢. مجلة التشريع والقضاء، السنة  
الرابعة، العدد الرابع (تشرين الأول، تشرين  
الثاني، كانون الأول) ٢٠١٢.

٣. مجلة التشريع والقضاء، السنة  
التاسعة، العدد الثاني (تموز، اب، أيلول، تشرين

# The Effect of Election and Party Systems

## on the Efficacy of the Control Role of Parliament

Prof. Dr. Haider Adham Abdulhadi<sup>(\*)</sup>

### Abstract

Democracies are based on respecting the principle of separation of powers, while recognizing the existence of a reciprocal relationship between them through which fundamental aspects of the concept of accountability or oversight are realized. If the function of overseeing the work of the executive in particular is one of the essential functions of Parliament in any democratic system, the implementation of this essential function by Parliament is a matter influenced by the electoral and party systems adopted in the State, which respects democratic values.

With the necessity of recognizing the democratic traditions, that are stemming from the awareness of respect for the other opinion, in the existence of a successful democracy that leads to avoidance of reaching the stage of a failed state, which has not been achieved in Iraq as a result of inadequate design of the form of both systems, electoral and party, in connection with the supervisory role that is supposed to be achieved for the parliament.

Thus, one can say that there is a link between the electoral and party systems in any country on the one hand and the degree of effectiveness of the supervisory role of the parliament on the other, which is one of the two most important functions of the legislature, As well as the relationship of the existence or link between the quality of these two systems accredited in Iraq to the degree of corruption that exists and perceived specifically

---

<sup>(\*)</sup>College of Rights/ Alnahrain University

# إقرار حق المستهلك

## بالرجوع محاولة لتحقيق التوازن في التعاقد الإلكتروني

”دراسة قانونية مقارنة“

أ.د. احمد سلمان شهيب السعداوي (\*)

أ.د. صدام فيصل كوكز المحمدي (\*\*)

### الملخص

المستهلكين ويؤدي بهم الى العزوف عن التعامل الإلكتروني، وبالتالي تضيع علينا فرصة الاستفادة الكاملة من وسائل التواصل الحديثة واستثمار تقنياته في تحقيق أكبر قدر من التعاملات الإلكترونية والتجارية، لذلك دأب المشرعون لتحقيق هذه الغاية وغيرها الى تبني حق المستهلك في الرجوع كمحاولة فعالة في سبيل تحقيق نوع من التوازن في العلاقة العقدية الإلكترونية بين ترجيح كفة الحماية القانونية للمستهلك في مقابل قوة البائع الاقتصادية التي تبرز واضحة في هذا النمط من التعاقد.

الكلمات المفتاحية: المستهلك، حق الرجوع، التوازن العقدي، التعاقد الإلكتروني.

### المقدمة

إنّ التركيز على الحقّ الإلزامي في الرجوع المقرر للمستهلك في التعاقد عن بعد هذه الدراسة يتم من زاوية محددة الا وهي التعرف على الاثار التي سيؤدي لها تبني حق الرجوع، من حيث كونه سيسهم فعلا في خلق حالة من التوازن في العلاقة العقدية التي تجري عن بعد، أو أنّه سيقود الى الاخلال بهذا التوازن على اعتبار وجود احتمالية تعسف المستهلك

إن تحقيق التوازن العقدي في عمليات التعاقد التي تجري عن بعد عبر شبكة الانترنت أمر يحاول المشرعون تفعيله، من خلال اقرار قواعد قانونية مستحدثة تتلائم مع طبيعة العلاقة القانونية القائمة، هذه العلاقة التي تلعب فيها وسائل الاتصال الإلكتروني وتقنيات الاتصال المستخدمة فيه دورا في ايصال الارادة التعاقدية من كلا طرفي العقد، ولكن في نفس الوقت تكون احتمالية ان يغبن أحد اطراف هذه العلاقة - والذي هو المستهلك عادة - واردة الى حد كبير، لأنه يتعاقد على سلعة لم يرها ويضع كامل ثقته في البائع الذي يعرض عليه بيعها، ومن ثم يقدم على شرائها من دون أن يتأكد يقينا من أنه سيستفيد منها الاستفادة المثلى أو انها على الاقل تلبى طموحاته ورغباته الشخصية، وفي الوقت الذي يمكن أن يكون فيه البائع قد نفذ التزامه بصورة صحيحة وحسب ما متفق عليه، الامر الذي يعني أنه ليس بمقدور المستهلك وفق القواعد العامة أن يطلب ضمان هذه السلعة المباعة مادامت حالتها كانت مطابقة لمواصفاتها المعروضة، وتطبيق حكم القواعد العامة على هذا النحو قد يصعب الأمر على

(\*) كلية القانون /جامعة البيان

(\*\*) كلية القانون /جامعة الفلوجة

في استثمار وجود مثل هكذا حق، مما يقدم فرصة افضل لتقييم شامل لجميع التأثيرات المحتملة من جهتي المستهلك الطرف الضعيف اقتصاديا، والبائع المحترف الطرف القوي اقتصاديا، نتيجة تبني حق الرجوع، سواء في حث المستهلكين على التعاقد عن بعد أو تقديم فرصة افضل للتجار لتشجيعهم نحو تطوير وتوسيع نشاطهم في البيع عن بعد.

ولما لم يتفق الفقه على موقف موحد بصدد القول بإمكانية تحقيق التوازن العقدي في التعامل الإلكتروني الناشئ عن بعد، وإنّ التعاقد الإلكتروني يمكن ان يتحقق فيه التوازن بين اطرافه، وإنما ذهبوا في صدد ذلك مذاهب شتى، منهم من ينفي هذا التوازن ليضفي صفة الازعان على هذا النوع من العقود، ومنهم من يقول بإمكانية تحقق هذا التوازن وينفي صفة الازعان عنه مطلقا، ومنهم من ذهب الى فكرة الازعان نفسها ليطورها ويحاول تطويعها لتنسجم مع خصوصية التعاقد الإلكتروني، بينما دأب المشرعون من جانب آخر إلى اعطاء المستهلكين حقا الزاميا في الرجوع عن التعاقد عن بعد، في محاولة لتحقيق نوع من التوازن بين المستهلك والتاجر في المعاملة الإلكترونية، ونحن بين هذا وذاك نرى تبني موقفا موقفا بين هذه التوجهات، ننطلق فيه من واقع التعاقد الإلكتروني خصوصيته، والاساليب المعتمدة في انجاز عمليات التعاقد عن بعد.

لذا فان ما ناقشه هنا هو تقييم شامل للقواعد القانونية التي تقرر الحق الازمائي للمستهلك

بالرجوع وبيان هل انها بالفعل تعيد التوازن بين الاطراف في اطار العلاقة القانونية التي تجري عن بعد، ام مما يحتمل فيه أن تتعكس آثاره سلبا باتجاه المزيد من النتائج الضارة التي تكاد أن تنسف الغاية من وراء اقرار الحق الازمائي للمستهلك في الرجوع عن التعاقد عن بعد .

و على ذلك جاءت هذه الدراسة معتمدة اسلوبا علميا ينطلق من تحليل النصوص القانونية ومقاربتها مع الطروحات الفقهية النظرية وأحكام القضاء قدر الامكان، وذلك بغية الخروج بافكار وطروحات تمزج ما بين هو نظري وما هو عملي للوصول الى نتائج علمية تستند الى اساس علمي منطقي سليم يمكن الاعتماد عليها في تحسين وتطوير القواعد القانونية المنظمة للعلاقات القانونية الناشئة عن بعد، وفي نفس الوقت تحقق الغايات التي من اجلها اعتمدت هذه القواعد الخاصة وتساهم في استقرار التعامل وتطويره .

لذلك ارتأينا تقسيم البحث في موضوع اقرار حق المستهلك محاولة لتحقيق التوازن في التعاقد الإلكتروني في اطار خطة علمية انقسمت بشكل عام على مباحث ثلاث، نتناول الاول منها الاتجاهات الفقهية المطروحة في مدى تحقق التوازن العقدي في التعاقد الإلكتروني، اما الثاني فسنبين فيه تبني التوجهات الاوربية للحق الازمائي للمستهلك في الرجوع في التعاقد عن بعد، أما في المبحث الثالث فسنطرح تقييما لهذه الاتجاهات الفقهية والتشريعية ورأينا بالموضوع، وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمنت

ابرز ما توصلنا اليه من استنتاجات وتوصيات نرى في الاخذ بها وتبنيها فائدة نظرية وعملية .

## المبحث الاول

### الاتجاهات الفقهية المطروحة في مدى تحقق التوازن العقدي في التعاقد الإلكتروني

لما كان انشاء التعاقد الإلكتروني يتم بتلاقي الايجاب والقبول الإلكترونيين<sup>(١)</sup>، فإننا ندرك اهمية وجود الارادة التعاقدية الحرة المختارة في الدخول في مثل هكذا نوع من التعاقد من جهة، وعندما نجد ان التعاقد الإلكتروني في غالب صوره يعقد بدون مفاوضات تسبق التعاقد أو الدخول في المرحلة الممهدة للتعاقد بصورها المختلفة<sup>(٢)</sup>، سواء كانت ممثلة بتوجيه دعوات الى التفاوض أو ابرام عقود ابتدائية أو الدخول في تعهدات مسبقة أو تبادل خطابات نوايا قبل الاتفاق على الصيغة النهائية للعقد الإلكتروني<sup>(٣)</sup>، فان ذلك يثير امامنا تساؤلا مهما مفاده، هل يتحقق التوازن العقدي بين الاطراف في التعاقد الإلكتروني، ام أن التعاقد الإلكتروني يمكن ان يوصف بأنه عقد اذعان؟ و هنا يحق لنا أن نتساءل عن مدى عد العقد الإلكتروني من عقود الاذعان، وما مدى أو هدف وكيفية اجراء المفاوضات في اطار التعاقد الإلكتروني، وهل يسهل على الطرف الاخر معرفة كافة التفاصيل الخاصة بالعقد المراد ابرامه عن طريق الوسائط التقنية والاتصالات الإلكترونية ام انها غير كافية؟ ومن ثم يوافق المتعاقد بدون رضاء واع أو مستنير بتفاصيل العقد، ومن ثم يدخل العقد

الإلكتروني بهذه الخاصية في طائفة عقود الاذعان؟ وهو الامر الذي كان محل خلاف بين الفقه، وهو ما نتج عنه ظهور اتجاهات فقهية متعددة، سنتولى عرضها بشكل موجز في مطلب اول، ثم نتناول في مطلب ثان تقويم هذا الاتجاهات ونطرح رأينا في الموضوع في مطلب ثان، وذلك على النحو الاتي :

## المطلب الاول

### اتجاه اعتبار العقد الإلكتروني عقد اذعان مطلقا

يعرّف عقد الاذعان حسب القواعد العامة بأنه ” العقد الذي لا ينعقد نتيجة نقاش بين طرفي العقد أو تفاوض بينهما، وانما يكون القبول فيه اذعانا لارادة الطرف الاخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الاخر، ولا يقبل المناقشة في شروطه<sup>(٤)</sup>”، فان الفقه والقضاء التقليديين يتفقان على ان عقد الاذعان هو ذلك العقد الذي يستقل احد اطرافه ” الطرف القوي ” بفرض شروطه ووضع بنود العقد وصياغتها، ولا يكون للمتعاقد الضعيف ” الطرف المذعن ” الا أن يسلم بهذه الشروط دون حق مناقشتها أو المساومة فيها أو تعديلها، وتتحقق عدم المساواة هذه في المراكز العقدية لاسباب مختلفة، وذلك اما لأن المتعاقد ” الطرف القوي ” محتكر لسلسلة تعد من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها، واما لعدم المساواة في العلم ” المهني ” أو المهارة ” الفنية ” بين الطرفين، لكون احدهما متعاقد محترف يتعاقد في مجال احترافه، بينما المتعاقد الاخر ” مستهلك ” ضعيف، وغير ذلك من اسباب نشوء عقود الاذعان في الحياة العملي<sup>(٥)</sup>.

و يستند انصار هذا التوجه الى ما استقر قضاء محكمة النقض في مصر على ان عقد الاذعان عقد يتعلق بسلمة أو مرفق تعتبر من الضرورات للمستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، اذ تكون سيطرته عليها من شأنها ان تجعل المنافسة محدودة النطاق وإن يكون صدور الإيجاب فيه الى الناس كافة، وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة، والسلع الضرورية هي السلع التي لا غنى للمستهلكين عنها، ولا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرونهم الى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب، ولو كانت جائرة، كما ان انفراد الموجب بانتاج السلعة أو الاتجار فيها لا يعد احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الاذعان، مالم تكن السلعة من الضروريات الاولية للجمهور بالمعنى المتقدم<sup>(١)</sup>.

لذلك يرى انصار هذا الاتجاه أن العقد الالكتروني هو حتما عقد اذعان، لأنه يتعلق في معظم تطبيقاته بمتعاقد مهني محترف يستخدم تقنية الوسائل الالكترونية للاعلان عن سلعته أو الخدمة التي يقدمها، وتكون تعاقداته في صورة معلومات وبنود وشروط يضعها هو ولا يستطيع الطرف الاخر المتمثل بالمستهلك - بسبب ظروف وطبيعة التعاقد الالكتروني ووسائله - التفاوض أو المناقشة لو طلب تعديل بعض الشروط التي يراها تعسفية في ايجاب الطرف الاول المحترف<sup>(٢)</sup>، ويبرر انصار هذا الاتجاه توجههم هذا بعد أن العقد الالكتروني عقد اذعان هو لأن ذلك يعد ضرورة لازمة لتأمين تطبيق الحماية القانونية للطرف

الضعيف في هذا النوع من العقود، وامكانية تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية التي يمكن ان يتضمنها ورفع الغبن الذي يمكن ان يصيب المتعاقد، واعادة التوازن بين الحقوق والالتزامات التعاقدية بين الطرفين<sup>(٣)</sup>.

ويذهب الى تأييد هذا الاتجاه جمع من الفقه الحديث على عد خاصية الاذعان تنسجم والعقود الالكترونية، بشرط عدم التقيد بالطبيعة النمطية أو التقليدية التي اسبغت على عقد الاذعان سلفا، والتي تقصره على عقد اداء خدمات أو بيع سلع معينة يحتكرها طرف واحد، وهو الطرف القوي ويفرض شروطه على الطرف الضعيف المتمثل بالمستهلك، بل يرى التوسع في مفهوم عقد الاذعان بحيث يتم تمييزه بالقول بأن الطرف المذعن يقبل العقد دون ان يتأكد من شروطه أو يكون ملما بها، لظروف تبادل التعبير عن الارادة وخاصة الايجاب عبر شبكة الانترنت، فلا يتمكن من مناقشة جدية لمشروع العقد النموذجي الذي ارسله له الطرف الاخر سلفا، دون استلزام وجود أي توافر لاحتكار قانوني أو فعلي لسلعة معينة حتى نضفي صفة الاذعان على العقد الالكتروني<sup>(٤)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا الى ان بعض انصار هذا الاتجاه يرون بان العقد الالكتروني عقد اذعان بالنسبة للمستهلك دائما، بعده الطرف الضعيف في التعاقد الالكتروني الذي يحتاج الى الحماية القانونية التي ترفع مظاهر الاذعان التي يكون قد تعرض لها<sup>(٥)</sup>، والمتمثلة بالشروط التي قد يتضمنها العقد، ويستند انصار هذا الاتجاه الى نص المادة ١/١٣٢ من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٤٩ لسنة ١٩٩٣، والتي اعتبرت من قبيل الشروط التعسفية التي

الالكتروني في هذا الصدد لا يستند الى معيار وجود احتكار من متعاقد لسلعة أو خدمة معينة، يفرض شروط التعاقد بشأنها، فهذا يسري على جميع عقود المحترفين والمهنيين والمحترفين ايا كانت وسيلة ابرامها، سواء كانت عادية أو الكترونية، وهو امر لا يستأثر العقد الالكتروني به وحده على وجه الخصوص، بل قد يكون العقد الالكتروني خاليا من أي احتكار أو فرض شروط أو منع تفاوض أو مناقشة، وقد يشتمل على تفاوض ومناقشة واستعلام وتبادل التعبير الارادي في المفاوضات العقدية بحرية كاملة مع حق الرجوع أو التعديل في أي تعبير ارادي، ما لم ينعقد العقد بصفة نهائية وحاسمة وقاطعة، لذلك فان انصار هذا النظر لا يولون اهتمامهم الا لكيفية تحديد الوسائل التقنية لتبادل التعبير الارادي في التعاقد الالكتروني، اذ انها تمثل حسب وجهة النظر هذه الخاصية الجديرة بالاهتمام في هذا المقام، فوجود صفة الاذعان من عدمها تكمن في كيفية تحديد الوسائل التقنية لتبادل التعبير الارادي تعبيرا واضحا مبينا لمدى الاثر القانوني لكل تعبير، حتى يتم التطابق والاقتران النهائي بين ارادتين متطابقتين قانونا بطريقة ثابتة على وجه الجزم واليقين، ودالة على انعقاد العقد الالكتروني بصفة نهائية، ووقت هذا الانعقاد قانونا والذي يبدأ في سريان اثار العقد من حقوق والتزامات على عاتق كلا الطرفين، ولذلك فانه من الأجر هنا بذل الجهد في تحديد الوسائل الفنية والاتصالات الألكترونية واثركل منها بصورة واضحة وحاسمة في المراحل العقدية<sup>(١٤)</sup> .

تنشئ من حيث موضوعها أو الاثار المترتبة عليها، اختلالا عقديا مبناه عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك وبما يتفق مع مصلحة الموجب، حيث نصت على أن ” تكون الشروط تعسفية في العقود التي تبرم بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، إذا كان موضوعها أو من أثارها احداث اختلال بين حقوق والتزامات الاطراف في العقد“<sup>(١١)</sup>.

## الفرع الثاني

### اتجاه عدم اعتبار العقد الالكتروني

#### عقد اذعان

يرى انصار هذا الاتجاه بأن صفة الاذعان في التعاقد الالكتروني لا يمكن ان تتحقق الا بحالة واحدة هي أن يرد العقد الالكتروني على سلع ضرورية للمستهلك، وتكون محتكرة من جانب المنتج أو البائع، ويفرض الأخير شروطه دون أي تفاوض أو تعديل أو مناقشة من الطرف الثاني المتمثل بالمستهلك، اذ يذهب البعض الى نفي صفة الاذعان عند التعاقد الالكتروني بسبب امكانية حصول تفاوض على العقد من خلال البريد الالكتروني<sup>(١٢)</sup>.

و هذه الحالة تنسجم والمعيار المعتمد لتمييز عقود الاذعان في القواعد العامة، وعليه فانه اذا تخلف شرط أو أكثر من هذه الشروط فلا نكون امام عقد اذعان<sup>(١٣)</sup>، وعلى ذلك فان خاصية الاذعان ليست خاصة اساسية في العقد الالكتروني، هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى، ذهب بعض الفقه الى القول بأن تكييف العقد

## المطلب الثالث

### اتجاه اعتبار العقد الالكتروني تطبيق خاص من تطبيقات عقود الازعان

يذهب بعض الفقه الحديث الى أن مفهوم عقد الازعان في عصرنا الحالي لا يقتصر معناه على وجود متعاقد قوي اقتصاديا بسبب احتكاره لسلعة معينة ويفرض شروطه على متعاقد "مستهلك" ضعيف يحتاج الى هذه السلعة، بل قد تأتي عدم المساواة هذه بين الطرفين لاعتبارات تتعلق بالمعاملات الحديثة، اما عدم المساواة في العلم والمعرفة بين الطرفين أو لكون احدهما متعاقد محترف مهنيا يتعاقد في مجال احترافه مع مستهلك عادي تنتقصه الخبرة والعلم والدراية، ولذلك يلقي على المتعاقد الاول الالتزام باعلام المتعاقد الثاني "المستهلك" بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لتنوير ارادته واحاطته علما بجوانب العقد المراد ابرامه، وايجاد رضاء مستنير وواعي عنده ليلم بكافة جوانب العقد وتفصيلاته<sup>(١٥)</sup>، وغالبا ما يكون ذلك في طائفة من العقود التي يختل فيها المركز العقدي بين الطرفين، بسبب هذه الاعتبارات الخاصة بالاحتراف والعلم والدراية والثقة وغير ذلك من اسباب عدم المساواة التعاقدية<sup>(١٦)</sup>، وهذا ينطبق على طائفة من العقود اهمها عقود الفنيين والخبراء والمستشارين والمقاوله والبيع الالكتروني وكافة تطبيقات المعاملات الالكترونية الاخرى<sup>(١٧)</sup>.

ولهذا يذهب مناصروا هذا الاتجاه الى فكرة الازعان نفسها ويرى بان الازعان الذي تقصده القواعد العامة ليس كالازعان الذي نتطلبه هنا ونبغي حماية المستهلك منه، حيث لا بد من مراعاة ما يستجد من افكار بصدد تحديد

مفهوم عقد الازعان، اذ لم يعد اليوم هذا العقد محصورا في العقود التي يكون احد اطرافها محتكرا للسلعة أو خدمة ضرورية وانما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها اعداد شروط العقد من قبل احد الطرفين بشكل معين<sup>(١٨)</sup>، وليتم ابرام العقد على اساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة - كما يرى انصار هذا الاتجاه - الشروط اللازم توفرها ليعقد العقد اذعانا الى شرط واحد فقط، هو ان الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا باعداد شروط العقد<sup>(١٩)</sup>، ويحدد التزامات الاطراف وحقوقهم، ولا يكون امام الطرف الاخر "المستهلك" الا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها.

وجدير بالذكر أنه مما يترتب على هذا التوجه ان المبدأ الحديث الذي يعد على العقد من قبيل عقود الازعان، لا يشترط ان يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة، وإن تكون هذه السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، وبذلك يكون المفهوم الحديث لعقود الازعان يقضي بالأخذ بعين الاعتبار فقط شرط قيام احد الطرفين بكتابة شروط العقد لوحده، دون اتاحة المجال للطرف الاخر لمناقشتها أو تعديلها.

وقد اتاح هذا التوجه التوسع في تعدد تطبيقات العقود التي تصنف من قبيل عقود الازعان، وبالتالي فان غاية ما يراه انصار هذا التوجه هو اقرار حماية خاصة للمستهلك مثل تفسير الشك في امر العقد لمصلحته، وإن الطرف القوي في العقد سيتحمل المسؤولية عن غموض أي نص فيه، فضلا عن تمكن القاضي واستطاعته من التدخل في شروط العقد بالتعديل أو الالغاء بهدف حماية المستهلك<sup>(٢٠)</sup>.



## المبحث الثاني

### اقرار الحق الالزامي للمستهلك في الرجوع في التعاقد عن بعد في التوجيهات الاوربية

اقر التوجيه الاوربي الصادر عام ٢٠١١ منح المستهلك الحق الالزامي في الرجوع عن العقد عن بعد الذي يكون طرفا فيه، كاستثناء على المبدأ العام الذي يقضي بان العقد شريعة المتعاقدين، والذي يلتزم بموجبه اطراف العقد باحترام القوة الملزمة للعقد الذي ارتبطوا به<sup>(٢١)</sup>، وذلك بعده حقا الزاميا لابد من توفيره في عقود البيع عن بعد<sup>(٢٢)</sup>، يمكن ان يساهم في تحقيق نوع من التوازن في التعاقد الالكتروني لصالح المستهلكين، من خلال زيادة رفاهية المستهلكين وتشجيعهم للدخول في انماط التعامل عن بعد<sup>(٢٣)</sup>.

و يذهب الفقه الى أن المقصود من حق المستهلك بالرجوع في التعاقد عن بعد هو " قدرة المتعاقد بعد أبرام العقد المفاضلة أو الاختيار بين امضائه أو الرجوع عنه "<sup>(٢٤)</sup>، بينما عرفه البعض بأنه " ميزة قانونية اعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد ان ابرم العقد صحيحا أو قبل ابرامه، دون أن تتترك على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية المتعاقد الاخر عما يصيبه من اضرار بسبب الرجوع "<sup>(٢٥)</sup>، بينما عرفه اخرون بأنه " سلطة احد المتعاقدين الانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على ارادة ومشئئة الطرف الاخر "<sup>(٢٦)</sup>، وقد ذهب بعض الفقه الى تعريفه بأنه " الاعلان عن ارادة مضادة يعتزم من خلاها المتعاقد الرجوع عن ارادته وسحبها، واعتبارها كأن ام تكن،

وذلك بهدف تجريبها من أي اثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل "<sup>(٢٧)</sup>.

و يذهب التوجيه الاوربي الصادر عام ٢٠١١ في المادة ٩ منه الى اقرار الحق في الرجوع اذ تنص على أنه " اذ تنطبق الاستثناءات المنصوص عليها في المادة ١٦، يكون للمستهلك مدة ١٤ يوما للرجوع من العقد عن بعد، ...، دون إبداء أي سبب، ودون تكبد أي تكاليف أخرى غير تلك المنصوص عليها في المادة ١٣ (٢) والمادة ١٤ "<sup>(٢٨)</sup>.

و بالتالي فان الحق في الرجوع سيعني - كما سنرى - حق المستهلك في الغاء العقد المبرم عن بعد لأي سبب من الاسباب، دون تحمل أي تبعات قانونية اذا ما مورس ضمن حدود الفترة الزمنية المقررة<sup>(٢٩)</sup>، والسبب في اقرار هذا الحق هو حماية المستهلك الذي دخل في معاملة تعاقدية عن بعد من العواقب السلبية الناجمة عن دخوله في هكذا نمط من انماط التعاقد المستحدثة<sup>(٣٠)</sup>.

وقد قصر المشرع الاوربي هذا الحق على بعض التعاملات عن بعد التي يكون فيها المستهلكون طرفا، والتي ينظر اليها على انها عرضة بشكل خاص لأن يستغل التجار فيها نقاط الضعف بالنسبة للمستهلكين الذين ليست لديهم فرصة للقاء بين بعضهم البعض مباشرة، ومناقشة شروط العقد بصورة شخصية، حيث يتم التعاقد عن بعد دون الاطلاع المباشر على السلع والخدمات المباعة أو المقدمة.

كما ويمكن ان ينظر الى موضوعه حق المستهلك الالزامي في الرجوع عن العقد المبرم عن بعد من زاوية أخرى، الا وهي الثقة

المشروعة في التعامل وحسن النية المفترض بين الطرفين، ويرجع اساس ذلك الى ان طبيعة المعاملات الالكترونية عبر الانترنت انها تجري عن بعد بدون اتصال شخصي مباشر بين الطرفين، وهذه الطبيعة قد تمنع المستهلكين من تقييم موثوقية الصفقة بشكل صحيح أو الوثوق بنجاحها التام<sup>(٣١)</sup>، فالثقة والأمن الشخصي وحماية الخصوصية تعد عناصر حاسمة في تشجيع التعامل عبر الانترنت<sup>(٣٢)</sup>، لأن انعدام الثقة بين المستهلكين والتجار سيؤدي الى فشل المعاملات عن بعد، وبالتالي فقدان الميزات التي توفرها شبكة الانترنت في تطوير وتوسيع التعامل عن بعد، فالمستهلكين في الغالب الاعم ليس لديهم اليقين الكافي من دوافع الطرف الاخر (التاجر) ونواياه، ولكن في نفس الوقت لديهم توقعات بمستوى معين تبعا للثقة التي يفترضونها بالطرف الاخر<sup>(٣٣)</sup>، وبشكل عام فان الثقة المطلقة في اطراف التعامل الالكتروني صعبة التحقق تماما، ولكن ليس من السهولة ان يقال بعدم وجودها أصلا، لأن التجار غالبا ما تكون لديهم اخلاقيات سلوكية تعزز من ثقة المستهلكين وتشجعهم على التعامل معهم، هذا من جانب ومن جانب اخر فان التعامل عبر الانترنت يحتاج الى تبادل البيانات الشخصية<sup>(٣٤)</sup>، لذلك يحتاج المستهلك لأن يطمئن لهذا النوع من التعامل من المحافظة على الامن أو الخصوصية والموثوقية من طرف المستهلكين، وهذا الامر لا يمكن ان يبنيه التجار الا من خلال بناء السمعة التجارية والمحافظة على بيانات العملاء<sup>(٣٥)</sup>، لذلك فان الحاجة الى حماية خصوصية البيانات الشخصية وتعزز ثقة المستهلكين يمكن ان يكون عن طريق الحق في الرجوع في مثل

هكذا معاملات، لزيادة ثقة المستهلكين وتعزز ثقتهم بهذا النوع من المعاملات، لأنهم اصلا لا يتقبلون بسهولة الدخول بهكذا نوع من المعاملات لوجود علاقة سببية قوية بين منح المستهلكين الحق في الرجوع وزيادة ثقتهم في نجاح المعاملات عن بعد.

كما نجد المشرع الاوربي وضع مجموعة من الاستثناءات التي لا يتحقق فيها حق المستهلك في الرجوع مثلها ما اورده المادة ١٦ من التوجيه الاوربي الصادر عام ٢٠١١ من استثناءات من حق الرجوع والتي جاء فيها " لا ينص على حق الرجوع المنصوص عليه في المواد ٩ إلى ١٥ فيما يتعلق بالتعاقد عن بعد وعقود البيع خارج المباني فيما يتعلق بما يلي :

(أ) عقود الخدمة بعد أن تم تنفيذ الخدمة تماما، إذا بدأت الأداء مع موافقة صريحة مسبقة المستهلك، ومع الإقرار بأنه سوف يفقد حقه في الرجوع نهائيا اذا ما أنجز العقد بالكامل من قبل التاجر.

(ب) توريد السلع أو الخدمات التي يعتمد تحديد السعر على التقلبات في معدلات اسعار الأسواق المالية التي لا يمكن السيطرة عليها من قبل التاجر والتي قد تحدث في غضون فترة الرجوع.

(ج) توريد السلع طبقا متطلبات المستهلك أو المعطاة صفة شخصية واضحة ؛

(د) توريد السلع التي هي عرضة للتلف أو السقوط بسرعة؛

(هـ) توريد السلع المختومة التي تتناقض مع الرجوع بسبب الحماية أو النظافة أسباب صحية وكانت تقض بعد التسليم؛

على وسيط ملموس إذا بدأ الأداء مع موافقة صريحة مسبقة للمستهلك واعترافه أنه بذلك يفقد حقه في الرجوع<sup>(٣٦)</sup>.

وتذهب التشريعات الحديثة التي تتناول موضوع حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني الى اقرار حق المستهلك في الرجوع عن العقد وتعتبره حق ثابت له<sup>(٣٧)</sup>، فقد سبق اقر المشرع الفرنسي ذلك الحق قبل التوجيهات الاوربية سابقة الذكر عندما نص في المادة ١٢١/٢٠/٢٦ من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٤٩ في ١٩٩٣ بمقتضى المرسوم ٧٤١ في ٢٠٠١<sup>(٣٨)</sup>، والسبب في اقرار هذا الحق هو ان التعاقد الإلكتروني يجري عن بعد، وبالتالي لا يكون في مقدور المستهلك معاينة السلعة أو الامام بخصائص الخدمة قبل ابرام العقد<sup>(٣٩)</sup>، وبموجب نص المادة ٢٠/١٢١ من قانون الاستهلاك الفرنسي سابق الذكر<sup>(٤٠)</sup>، فان اللحظة التي يبدأ فيها سريان مهلة الرجوع تختلف بحسب محل العقد سلعة كان أو خدمة، فاذا كان محل العقد سلعة، فان مهلة الرجوع تبدأ بالسريان منذ الوقت الذي يتم فيه تسليم السلعة للمستهلك خلال سبعة ايام، اما اذا كان محل العقد خدمة فان المدة تبدأ من تاريخ انعقاد العقد، أي منذ الوقت الذي تم فيه العقد، وهو ما يعني سريان المدة منذ لحظة قبول المستهلك لليجاب الصادر من الموجب<sup>(٤١)</sup>.

اما اذا اخل الموجب بالتزامه بتبصير المستهلك باحد المعلومات الواردة في نص المادة ١٩/١٢١ من القانون، فان للمستهلك حق الرجوع خلال مدة ثلاثة اشهر من تاريخ انعقاد العقد أو من تاريخ استلام المبيع، ولم يحدد المشرع الفرنسي شكلا خاصا لكيفية رجوع

(و) توريد السلع التي هي، بعد اخراجها، وفقا لطبيعتها، مختلطة لا تنفصل عن البنود الأخرى.

(ز) توريد المشروبات الكحولية بموجب السعر الذي تم الاتفاق عليه في وقت إبرام عقد البيع، والتسليم الذي يمكن أن يتم إلا بعد ٣٠ يوما، والقيمة الفعلية والتي تعتمد على تقلبات السوق والتي لا يمكن السيطرة عليها من قبل التاجر.

(ح) العقود التي يطلب فيها المستهلكين على وجه التحديد زيارة من التاجر لغرض إجراء إصلاحات عاجلة أو الصيانة، إذا قدم التاجر الخدمات، بمناسبة هذه الزيارة بالإضافة إلى تلك التي طلبت تحديدا من قبل المستهلك أو غيرها من السلع من قطع الغيار المستخدمة بالضرورة في تنفيذ الصيانة أو بإجراء الإصلاحات، يتعين على الحق في الرجوع تنطبق على تلك الخدمات أو السلع الإضافية .

(ط) توريد التسجيلات الصوتية بصيغة مختومة أو تسجيلات الفيديو مختومة أو مغلقة وبرامج الكمبيوتر التي تفض بعد التسليم.

(ي) توريد صحيفة، أو مجلة دورية باستثناء عقود الاشتراك لتوريد مثل هذه المنشورات؛

(ك) العقود المبرمة في مزاد علني.

(ل) توفير المباني لغرض غير سكني، لخصن البضائع، أو لخدمات تأجير السيارات والمطاعم والخدمات ذات الصلة بأنشطة أوقات الفراغ إذا نص العقد على تاريخ أو فترة أداء محددة ؛

(م) توفير المحتوى الرقمي الذي لا توفره

المستهلك عن العقد باستخدام حقه في الرجوع عن التعاقد الذي سبق ان ابرمه، وبالتالي فانه يحق له التعبير عن هذا الرجوع في أي شكل، صريحا كان هذا الرجوع أو ضمنيا، فيحق للمستهلك ارسال رسالة الكترونية الى الموجب يعلن فيها ارادته بالرجوع عن التعاقد<sup>(٤٦)</sup>.

## المبحث الثالث

### تقويم الاتجاهات الفقهية والتشريعية ورأينا بالموضوع

لاحظنا أنّ الموقف الفقهي قد انقسم في موقفه الى ثلاث اتجاهات رئيسية، وإنّ ما يمكن أن يلاحظ على الاتجاه الاول الذي يذهب انصاره الى ان العقد الالكتروني هو عقد اذعان، أنّه اضفى هذه الصفة الى العقد الالكتروني المبرم عن بعد، لا اعتبارات وأسباب ليس لها علاقة بطبيعته الالكترونية، بل استند في ذلك الى اعد ان العقد المبرم بين متعاقد ومحترف أو محتكر قوي اقتصاديا يملئ شروطه "التعسفية"، ولم يقل احد خلاف ذلك، ولكن يعاب عليه بأنّه لم يستند الى تكييف العقد الالكتروني بالنظر الى طبيعته الخاصة وظروف انعقاده عن طريق وسائل تقنية، بل استند الى عامل اخر لا علاقة له بذلك، وهو وجود احتكار ومتعاقد قوي يفرض شروطه على متعاقد ضعيف، وهو امر يؤدي حتما الى عد هذا العقد عقد اذعان بسبب هذه العوامل، ولا علاقة لذلك بالعقد الالكتروني، وأنّه اذا لم يستطع احد المتعاقدين الالمام جيدا بتفاصيل التعبير الارادي للطرف الاخر، بسبب اعتبارات فنية أو تقنية تتعلق

بوسائل نقل الإرادة الكترونيا، فلا يوجد أي مانع قانوني يمنعه من الاستعلام والتفاوض ومناقشة شروط الايجاب المرسل اليه وطلب ايضاحه بحيث لا يصدر قبوله الا في ظل ارادة واعية مستنيرة على علم بكافة تفاصيل العقد، ومن ثم لا اذعان في العقد الالكتروني لمجرد انعقاده عن بعد بوسائل الكترونية.

اما اتجاه نفي صفة الاذعان عن العقود الالكترونية، فيعاب عليه أنّه قصر الامر على المعنى التقليدي الذي تأخذ به التشريعات المدنية، وهو ما يتوافق مع توجهات القضاء وما يؤيده بعض الفقه كما تقدم ذكره، حيث اتقعد الاجماع تقليديا على وجوب توافر شروط معينة بصفة مجتمعة في العقد حتى يمكن عده عقد اذعان، وهي شروط الاحتكار وتحكم المتعاقد القوي في وضع شروط - قد يكون بعضها شروطا تعسفية - وعدم امكان المتعاقد الاخر لمناقشتها، فاما ان يقبل العقد وبنوده برمتها واما ان يرفضه، وهو ذلك المفهوم الضيق لعقد الاذعان الذي تعدل وتطور الى مفهوم اخر احدث واوسع.

و نجد في هذا الإطار أن التعاقد الالكتروني لا يمكن ان تنسب له صفة الاذعان بمفهومه التقليدي نهائيا، بسبب أن التكنولوجيا المستخدمة في الاتصال والتعاقد الالكتروني قد قضت على هذه الصفة بين اطراف العلاقات العقدية الالكترونية المبرمة عن بعد، اذ نجد اختفاء أو على الاقل ضمور الاذعان الذي تعدل وتطور الى مفهوم اخر احدث واوسع، مما ادى الى

ارادة على اخرى لأن الإرادات متساوية امام القانون.

و لكن الامر يخرج من هذه الصيغة الفلسفية في التعاقد الالكتروني، حيث اعطى المشرع للمستهلك حقا الزاميا في الرجوع عن التعاقد عن بعد، خلال فترة محددة وبدون ابداء الاسباب التي استدعته الى هذا الرجوع، والسبب في ذلك هو إن المشرع سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، تدخل في هذا النوع من العقود بشكل واضح وكبير.

٣- لم يبق لارادة الاطراف في اطار التعاقد الالكتروني عن بعد سوى النزر اليسير من الحرية يمكنها التحرك خلاله من قبل اطراف التعاقد الالكتروني، وهذه المحدودية لا تجعل من هذا النوع من العقود عقود اذعان بالمرة، سواء بالمفهوم التقليدي أو بأي مفهوم اخر، اذ بلغ التدخل التشريعي فيها - وبقواعد امرة على وجه غالب - حدا اصبحت فيه هذه الانواع من المعاملات الالكترونية بصيغة معاملات يتم انجاز التعاقد فيها عن طريق عقود نمطية أو نموذجية موحدة، لا لأنها عقود اذعان أو لأن فيها صفات هذا النوع من العقود، وانما لأنها عقود لا تحتمل تدخل الارادة بحرية واسعة في صياغة بنودها وتحديد احكامها، لذلك نجدتها متشابهة في اغلب صورها في الواقع العملي، خصوصا اذا كان من يقوم بها هو برنامج الكتروني مثل برامج الوسائط الالكترونية الذكية<sup>(٤٣)</sup>.

٤- ثم اذا كانت صفة ” الاذعان ” مرتبطة

ضعف أو قصور الاذعان كاسلوب لانجاز التعاقد في المعاملات الالكترونية، وذلك للاسباب الاتية :

١- لا نستطيع ان ننتبين من هو الطرف القوي اقتصاديا أو الذي يحتكر تقديم السلعة أو الخدمة في بيئة الانترنت، اذ ان السوق الالكترونية مفتوحة امام العالم اجمع، من جهة، ومن جهة اخرى فان آلاف من العروض يتلقاها المستهلك على خدمة أو سلعة واحدة، فضلا عن العروض الكثيرة المتاحة في الاسواق التقليدية، ولا ننسى ما لطابع المنافسة التجارية بين المواقع الالكترونية في تقليل اسعار الخدمات والسلع، وكاننا بالمستهلك قد اصبح طرفا قويا في المعادلة العقدية الالكترونية، اذ بإمكانه أن لا يتعاقد مع بائع أو عدة بائعين وتبقى امامه الفرصة سانحة للتعاقد مع مئات البائعين الاخرين عبر الشبكة، دون عناء أو تكلف سوى البحث عن هؤلاء عبر الشبكة.

٢- أن فلسفة عقود الاذعان في الاصل تقوم على اساس ما تستطيع الارادة فرضه من شروط على الارادة الاخرى، وذلك دون ان يستطيع الطرف المذعن الخروج عن هذه الحالة الارادية الا في احوال نادرة جدا، فلا يتعلق التدخل التشريعي في مثل هذه العقود، الا باستثناءات محدودة لا تكاد تؤثر على طبيعة هذه العقود، والتي هي في الاصل تمثل مجالا رحبا يصرح فيه الاقتصاد مع القانون، وتكون فيها الغلبة للاول ممثلا بالقوة الاقتصادية التي يتمتع بها احد الطرفين، بينما القانون لا يقر الا بتساوي ارادات الاطراف في التعاقد ولا يغلب

بالارادة القانونية التي تنسب الى شخص قانوني، فماذا نقول في العقود التي يكون احد اطرافها أو كليهما وسيطا الكترونيا ذكيا استخدمه احد اطراف العلاقة العقدية الالكترونية، ليقوم بانشاء التعاقدات وانجازها بصفة مستقلة ودون رقابة واشراف وتوجيه مستخدمه أو سيطرته المباشرة<sup>(٤٤)</sup>، فهل سنقول أن الطرف القوي في العلاقة هو برنامج وسيط الكتروني ذكي؟ بل ماذا سنقول اذا كان كلا طرفي العلاقة العقدية وسيطا الكترونيا ذكيا؟! وهذا الاخير لا يمتلك ارادة مستقلة، بل لا يمكن ان تنسب له ارادة قانونية اصلا<sup>(٤٥)</sup>.

٥- إن التعاقد الالكتروني يتميز من التعاقد التقليدي، بان كلا طرفيه غالبا ما يكونا ذوا علم ودراية سواء بمحل العقد الالكتروني أو بالوسيلة الالكترونية المستخدمة في انجاز التعاقد عن بعد، فلا يكاد ينعقد عقد الكتروني في واقعا العملي وأحد طرفيه جاهل تماما لمواصفات المحل المعقود عليه أو الوسيلة التقنية التي يستخدمها في اجاز هذا التعاقد، أي لا بد من توفر رضاه المستنير والواعي بشكل تام، وبالتالي هو يعلم مسبقا ماهية التعاقد الذي يقدم عليه ويستفيد من اختلاف الوسائط التكنولوجية المتاحة لديه لاتمام تعاقداته في ضوء الثقة والائتمان الذين توفرهما البيئة الالكترونية في ميدان التعامل التجاري.

و هنا تجدر الاشارة ايضا الى أنه في التعاقد عن بعد يجري منح المستهلك حقا الزاميا بالرجوع دون اية تكاليف سوى

مصارييف الارجاع، يختلف عن ما يجري في القواعد العامة في البيع من منح المتعاقد في البيع بالعربون رخصة العدول عن التعاقد، وإن كان الفقه قد ذهب باتجاهين رئيسيين في صدد تكييف حق المستهلك الالزامي في الرجوع عن العقد في التعاقد عن بعد، على أنه صورة من صور العدول عن التعاقد المقرر في عقد البيع بالعربون، اما انصار اول الاتجاهين فيرون ان الرجوع عن العقد والعدول عن التعاقد يعبران عن نظام قانوني واحد ولا يوجد فرق بينهما، ولذلك يمكن استخدام مصطلحي الرجوع والعدول كمصطلحين مترادفين للدلالة على نفس المعنى، أي ان خيار الرجوع عن العقد يعني حق العدول عنها<sup>(٤٦)</sup>.

اما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه الذي يرجح استعمال مصطلح العدول عن العقد على مصطلح الرجوع، ويستند في ذلك الى شيوع استخدامه لدى الفقه للدلالة على نقض العقود اللازمة، فضلا عن ذلك يستعمل المشرع المدني مصطلح العدول عند تطرقه للتعاقد بالعربون للدلالة على التحلل من العقد الصحيح<sup>(٤٧)</sup>.

اما نحن فلا نتشارك مع أي من الاتجاهين في الرأي، والسبب كما نرى هو أن نظام الرجوع عن العقد المقرر في قوانين حماية المستهلك نظام قانوني متميز استحدثه المشرع على المستويين الدولي والوطني لضرورات عملية فرضتها الرغبة في تشجيع التعاقد عن بعد باستخدام الوسائل الالكترونية عبر شبكة الانترنت، وهو نظام يختلف من حيث الطبيعة

التعاقد عن بعد اساسه في القانون الذي اقره، بينما يجد العدول عن العقد اساسه في العقد الذي يحتويه والقانون الذي يقره.

٤-يمثل الحق في العدول حقا للمستهلك لا يترتب عليه سوى ارجاع الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، بينما في العدول عن العقد يتحمل من يعدل عن العقد جزاء يتمثل بان اذا عدل من دفعه يخسره أو ان كان من عدل هو من اسلمته رده مضاعفا، وبذلك لا يرجع الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد كما في حق المستهلك في الرجوع .

٥-حق الرجوع مقرر لفئة خاصة من الاشخاص الا وهم المستهلكون، بينما العدول يكون للمستهلك وغير المستهلك على السواء.

٦-استخدم المشرع الاوربي في التوجيه الخاص بحماية المستهلك لعام ١٩٩٧ والتوجيه الصادر عام ٢٠١١ تعبير ” withdrawal ” ” وهو ما يعني الانسحاب أو الرجوع، وهذا المصطلح لا يعطي معنى العدول عن التعاقد المقرر في البيع بالعربون<sup>(٥٠)</sup>.

٧-الحق في الرجوع يعني ان يرجع الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، بينما يأخذ العدول عن العقد معنى التعويض أو ينتج عنه التزام بدلي<sup>(٥١)</sup>.

٨-يصلح الاتفاق على العربون في كل العقود وبالتالي يصلح ان يجري العدول عنها وفق احكام العدول في القانون المدني، بينما لا يصلح الرجوع في جميع العقود التي يكون المستهلك طرفا فيها.

والالية لنظام العدول عن العقد الذي قرره المشرع<sup>(٥٨)</sup> المدني عند تنظيمه للتعاقد في البيع بالعربون، ونستطيع ان ندرج هنا مجموعة من الخصائص التي يتميز بها حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد عن بعد، من رخصة العدول المقررة في حالة البيع بالعربون، وهي:

١-عند اقرار المشرع المدني للعدول عن البيع بالعربون في التعاقد التقليدي، فانه اعطى كلا الطرفين من بائع أو مشتري، الحق في العدول عن البيع، وذلك بان يعدل أي منهما عن اتمام تنفيذ الصفقة، باعتبار ان دفع العربون يمثل جزء من تنفيذ العقد، بينما في حق المستهلك في الرجوع عن العقد عن بعد مقرر لمصلحة المستهلك فقط.

٢-في البيع بالعربون يتم العدول عن العقد على اعتبار ان عقد البيع بالعربون هو عقد غير مكتمل التنفيذ وانما هو في مرحلة التكوين، وهو ما يعني ان العدول سيكون الاثر الاحتياطي لعدم التنفيذ الذي يتسبب به أي طرف في العقد، لذا فان كان من عدل عن العقد هو الطرف الذي دفعه، فانه سيخسره لأنه سيكون جزاء للعدول، اما اذا عدل من استلمه فسيلتزم برده مضاعفا<sup>(٥٩)</sup>، بينما في الرجوع فان العقد قد تم تنفيذه بشكل تام وتم دفع الثمن الى البائع واستلام المبيع من قبل المشتري، وعند استعمال هذا الاخير لحقه في الرجوع ضمن المده المحدده سيكون من حقه استرجاع ما دفعه من ثمن دون زيادة أو نقصان.

٣- يجد حق المستهلك في الرجوع عن



## الخاتمة

يمثل تبني المشرعون لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في التعاقد الالكتروني، خيارا مهما لجأوا اليه لفرض نوع من التوازن بين القوة الاقتصادية والتقنية والقانونية التي يتمتع بها المحترف أو المجهز عبر الشبكة، في حين أن المستهلك الذي لا يبغى سوى اشباع حاجته أو تحقيق استثمار امثل لموارده في سبيل الانتفاع الكامل من السلعة التي يريد الحصول عليها أو الخدمة التي يبغى التزوّد بها، ولما لم يكن في المستطاع ان يتحصّل اجماع على أنّ العقود الالكترونية هي عقود إذعان، لإنتفاء شروط هذا العقد في مثل هكذا تعاقد مستحدث، وعدم الرغبة في تفويت الفرصة من الاستفادة من التقدم التقني في سبيل زيادة الانتفاع واستثمار هذه التقنيات للوصول الى اقصى استثمار للوقت والوجهد والمال الذي توفره هذه الوسائل، فقد عمد المشرعون الى زيادة حقوق المستهلك في هذا الاطار، ومنحه رخصة قانونية تمكنه من الرجوع عن التعاقد دون ابداء السبب، وبدون مقابل سوى مصاريف الارجاع اذا ما مورست هذه المكنة خلال المدة المحددة قانونا، وهو أمر لا ينسجم ومبدأ شريعة المتعاقدين الذي يجد اصوله في مبدأ سلطان الارادة الذي لا يبيح للمتعاقد أن يرجع بارادته وبرغبته المنفردة عن العقد الملزم للجانبين، لا بل وإنّ هذا الرجوع ليس مسببا، أي لا يلزم المستهلك ببيان سبب لإستخدامه لهذا الحق، وهو تطور تشريعي به استطاع المشرع أن يوازن على نحو فعال بين كفتي العلاقة التعاقدية الالكترونية التي تجري

عن بعد، بحيث يسهم حق الرجوع في معادلة الكفة لمصلحة المستهلك "الضعيف اقتصاديا"، في مواجهة البائع "القوي اقتصاديا".

وحق الرجوع هذا ليس كالعدول الذي تبناه المشرع في القواعد العامة في القانون المدني، إذ لا يمكن أن نصرف حق المستهلك بالرجوع الى انه حق بالعدول، لإختلاف كلا النظامين من حيث المضمون والغاية والوسيلة المطبقة والالزام القانوني، فضلا عن اختلاف السبب في كل منهما.

لذلك يتجلى أمامنا بوضوح قصور الموقف التشريعي في العراق، خصوصا في قانون حماية المستهلك الصادر عام ٢٠١٢ النافذ، والذي للأسف لم يخرج عن إطار القواعد العامة في القانون المدني، ولم يتقدم برأينا خطوة جريئة في طريق تعزيز وتحقيق أقصى حماية للمستهلك خصوصا في مجال التعاقد الالكتروني، وبذلك فإننا ندعو بقوة الى ضرورة تعديل هذا التشريع وابرار الحماية القانونية للمستهلك على نحو اكبر، وخصوصا النص بصورة واضحة وصريحة بشكل لا لبس فيه على حق المستهلك في التعاقد الالكتروني في الرجوع عن العقد، والسير وفق النهج الذي سارت عليه القوانين الحمائية للمستهلكين والذي اثبتت فعالية وجدارة منقطة النظر في حماية المستهلك، لا بل أن الدعوات التي بدأت تتعالى من قبل جماعات المستهلكين وجمعيات حماية المستهلك ذهبت الى ابعد من ذلك، نحو فرض أحكام قانونية مرة تخرج بالتعامل الالكتروني



من الاطار الذي هو فيه الان الى تنظيم قانوني  
أوسع وأفضل تتحقق فيه مصالح المستهلكين  
والمجهزين أو المهنيين على حد سواء.

## الهوامش

١. فنجد مثلاً ما ذهب اليه المشرع العراقي في قانون  
التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٨٧  
لسنة ٢٠١٢ في المادة ١٨ منه " أولاً : يجوز أن  
يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية .  
ثانياً : تُعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع  
سواء صدرت عنه أو نيابة عنه أو بوساطة وسيط  
الالكتروني معد للعمل أو توماتيكياً بوساطة الموقع أو  
بالنيابة عنه . ثالثاً : للمرسل إليه أن يعد المستندات  
الالكترونية صادرة عن الموقع وإن يتصرف على  
هذا الأساس في أي من الحالات الآتية : أ- إذا استخدم  
المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع  
الموقع على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من إن  
المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع. ب- إذا  
كانت المستندات التي وصلت للمرسل إليه ناتجة  
عن إجراءات قام بها شخص تابع للموقع أو من  
ينوب عنه ومخول بالدخول إلى الوسيلة الالكترونية  
المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية الموقع  
٠ رابعاً : لا يُعد المستند الالكتروني صادراً عن  
الموقع إذا علم المرسل إليه بعدم صدور المستند عن  
الموقع أو لم يبذل العناية المعتادة للتأكد من ذلك".

٢. أ. د. صبري حمد خاطر : النظرية العامة للالتزام  
مصادر الالتزام – دراسة مقارنة، مطبعة جامعة  
البحرين، ٢٠٠٩، ص ١١٧ وما بعدها.

٣. د. أحمد عبد الكريم سلامة: النظام القانوني لمفاوضات  
العقود الدولية، مجلة الحقوق، المجلد الاول، جامعة  
البحرين، العدد الثاني، يولية ٢٠٠٤، ص ٣٨٩ وما  
بعدها.

٤. أ. د. صبري حمد خاطر : المرجع السابق، ص ١٣١.

٥. للمزيد في عقود الاعضان ينظر : د. عبد الرزاق  
احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني،  
الجزء ١، المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية،  
بيروت – لبنان، ص ٢٤٤ وما بعدها.

٦. قارن مع نص المادة ١٣ من اليونسيترال الانموذجي  
للتجارة الالكترونية، الصادر عام ١٩٩٦ وذلك  
فيما يتعلق بالتنظيم القانوني لاسناد رسائل البيانات  
الالكترونية، والتي نصت على أن " ( ١ ) تعتبر  
رسالة البيانات صادرة عن المنشئ اذا كان المنشئ  
هو الذي ارسلها بنفسه . ( ٢ ) في العلاقة بين  
المنشئ والمرسل اليه، تعتبر رسالة البيانات انها  
صادرة عن المنشئ اذا ارسلت : ( أ ) من شخص  
له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق  
برسالة البيانات، أو ( ب ) من نظام معلومات مبرمج  
على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً ( ٣ ) في  
العلاقة بين المنشئ والمرسل اليه، يحق للمرسل اليه  
ان يعتبر رسالة البيانات انها صادرة عن المنشئ  
وإن يتصرف على اساس هذا الافتراض، اذا :

( أ ) طبق المرسل اليه تطبيقاً سليماً، من اجل التأكد  
من ان رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ  
اجراء سبق ان وافق عليه المنشئ لهذا الغرض .  
أو ( ب ) كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل  
اليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته  
بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول الى  
طريقة يستخدمها المنشئ لاثبات ان رسالة البيانات  
صادرة عنه فعلاً. وينظر نقض مدني ١٥ مارس  
١٩٧٤ مجموعة احكام النقض ٢٥-٢٩٤-٨٠،  
اشار اليه د. صبري حمد خاطر : المرجع نفسه،  
ص ١٣١.

٧. يعرف قانون حماية المستهلك اللبناني رقم ٦٥٩

الصادر عام ٢٠٠٥ المحترف بأنه ”المحترف“ هو الشخص الطبيعي أو المعنوي، من القطاع الخاص أو العام، الذي يمارس، باسمه أو لحساب الغير، نشاطاً يتمثل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات. كما يعتبر محترفاً، لغرض تطبيق احكام هذا القانون. أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها وذلك في اطار ممارسته لنشاطه المهني“، المادة ٢ منه.

٨. والموقف لدى المشرع العراقي لا يختلف في القانون المدني النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عنه في قانون حماية المستهلك سابق الذكر، اذ تطبيق احكام القواعد العامة الواردة في المادة ١٦٧ بقولها ”١- القبول في عقود الازعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة. ٢- اذا تم العقد بطريق الازعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. ٣- ولا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الازعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دانتاً“. و المشكلة هنا أن ظاهر النص يبين أن المشرع قرن الشروط التعسفية بعقود الازعان وهو أمر لا يخلو من قصور، وتجدر الاشارة الى أن المشرع اللبناني ذهب في حماية المستهلك من الشروط التعسفية الى ابعاد مدى، فقرر بطلانها واعتبرها كأنها لم ترد في العقد، حيث ذهبت المادة ٢٦ الى بيان المقصود من البنود التعسفية وبيان حكمها بالقول ”تعتبر بنودا تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي الى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة هذا الاخير.

-يقدر الطابع التعسفي للبنود بتاريخ التعاقد وبالرجوع الى احكام العقد وملاحقه باستثناء تلك المتعلقة بالثمن. تعد بنودا تعسفية، على سبيل المثال لا الحصر، أي من البنود التالية:

- البنود النافية لمسؤولية المحترف.  
- تنازل المستهلك عن أي من حقوقه المنصوص عليها في القوانين والانظمة.  
- وضع عبء الاثبات على عاتق المستهلك في غير الحالات التي نص عليها القانون.

- منح المحترف، بصورة منفردة، صلاحية تعديل، كل أو بعض احكام العقد لاسيما تلك المتعلقة بالثمن أو تاريخ أو مكان التسليم.

- منح المحترف حق انتهاء العقد غير المحدد المدة دون ابلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مهلة معقولة.  
- الزام المستهلك، في حال عدم انفاذه ايا من موجباته التعاقدية، بتسديد المحترف تعويضا لا يتناسب مع الاضرار الناتجة عن ذلك.

- منح المحترف حق تفسير احكام العقد.  
- الزام المستهلك بانفاذ موجباته في حال امتناع المحترف عن انفاذ ما تعهد القيام به.

- عدم جواز اللجوء للوساطة أو التحكيم لحل الخلافات وفقاً لاحكام هذا القانون، أو تحميل المستهلك المصاريف التي قد تترتب على اتباع الاجراءات المذكورة.

تعتبر البنود التعسفية باطلة بطلاناً مطلقاً، على ان تنتج احكام العقد الاخرى كافة مفاعيلها.

٩. للمزيد في هذا الاتجاه ينظر : د.محمد ابراهيم بنداري: حماية المستهلك في عقود الازعان، بحث مقدم لاجمال الندوة العلمية الموسومة ” حماية المستهلك في الشريعة والقانون “، المقامة في كلية الحقوق –

porter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse.

Un décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.

Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi Dernière modification du texte le 08 mai 2015 - Document généré le 07 mai 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.

Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat

جامعة الامارات العربية المتحدة، من ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٨، ص ١٤ وما بعدها، وقارن في نفس المعنى مع كل من د. عاطف عبد الحميد حسن : حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٥٦ وما بعدها، ود. اسامة احمد بدر : حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ٢٠٠٥، ص ١٩٠ وما بعدها، ود. احمد محمد الرفاعي : الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢١٢ .  
١٠. سمير برهان : ابرام العقد التجارة الالكترونية، ط ١، مصر، المنظمة العربية للتنمية الادارية، ٢٠٠٧، ص ٥٩ .

وفي الفقه الانكليزي ينظر :

-Loza E..& killminster- Hadley S : The law of electronic contracts : The new united nations convention, technology law group, LLC,2007, pp- 30.33.

١١. نصت المادة ١٣٢ من قانون الاستهلاك الفرنسي على ان:

1-”Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 534-1, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit ap-

application du VII de l'article L. 141-1, tendant à ce qu'il supprime de ses contrats ou offres de contrat une ou plusieurs clauses mentionnées au premier alinéa du présent article peut faire l'objet d'une mesure de publicité, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat... Dernière modification du texte le 08 mai 2015 - Document généré le 07 mai 2015 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrance

١٢. صالح المنزلاوي : القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الالكترونية، ط ١ مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦، ص ٢٥ وما بعدها.

١٣. للمزيد في هذا الاتجاه ينظر د. خالد ممدوح ابراهيم : ابرام العقد الالكتروني، ط ١ مصر دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص ٦٣، ود. عبد الفتاح بيومي حجازي : النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الاول، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر العربي، الاسكندرية، سنة بلا، ص ٣٨.

١٤. للمزيد ينظر نزيه محمد الصادق المهدي : انعقاد العقد الالكتروني : بحث منشور ضمن وقائع مؤتمر العلمي السابع عشر، المعاملات الالكترونية ( التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية) المعقود عام ٢٠٠٩، ص ٢٠٠ وما بعدها.

١٥. قارن مع نص المادة ٦ من قانون حماية المستهلك العراقي سابق الذكر، ونص المواد ٧ و ٢١ و ٣٦ من قانون حماية المستهلك اللبناني سابق الذكر .

١٦. د. نزيه محمد الصادق المهدي : الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات العقدية وتطبيقاته على

لorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

Les clauses abusives sont réputées non écrites.

L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public....

2- Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du troisième alinéa de l'article L. 132-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2.

L'injonction faite à un professionnel, en

- 237-277). Munich: Sellier. European Law Publishers.37 , p. 241; Rott, P., & Terry, E.. The Right of Withdrawal and standard terms. In H.W. Micklitz, J. Stuyck & E. Terry (Eds.), Consumer Law (2010) (pp. 239-279). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. , p. 239; Twigg-Flesner, Ch., & Schulze, R.. Protecting rational choice: information and the right of withdrawal. In G. Howells, I. Ramsay, T. Wilhelmsson & D. Kraft (Eds.), Handbook of Research on International Consumer Law(2010) (pp.130-157). Cheltenham: Edward Elgar, p. 145.
- 22 .Borges, G., & Ilrenbusch, B. (2007). Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights. Journal of Institutional and Theoretical Economics, 163, 84-101., pp. 84-85; Loos 2009, p. 239; Twigg-Flesner and Schulze 2010, p. 145.
- 23 .Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 04/06/1997, p. 0019-0027, article 6. & Directive 2011/82/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 304, 22.11.2011,article 9,
- بعض انواع العقود، ط ١، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ٢١٠ وما بعدها.
١٧. وتعد هذه العقود حسب وجهة النظر هذه صورا حديثة لتطبيقات عقود الازعان في العصر الحالي، للمزيد ينظر د. نزيه محمد الصادق المهدي : المرجع نفسه، ص ٢٢٥ وما بعدها.
١٨. غسان عمر : التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٧، ص ٥، ودواس امين : المصادر الازادية – العقد والارادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤، ص ٧، ود. اسامة ابو الحسن مجاهد : خصوصية التعاقد عبر الانترنت، ص ٢٧.
١٩. غسان عمر : المرجع السابق، ص ٦٩ وعلي محيي الدين علي القره داغي : مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي، ج ١، ط ٢، لبنان دار البشائر الاسلامية ٢٠٠٢، ص ١٢٠١ وما بعدها، ود. محمود عبد الرحيم الشريفات : التراضي في التعاقد عبر الانترنت، ط ١، الاردن، دائرة المكتبة الوطنية الاردنية، ٢٠٠٥، ص ٨٤.
٢٠. قارن مع نص المادة ( ١٦٧ ) من القانون المدني العراقي سابقة الذكر.
- 21.Loos, M.. The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 15 (1), 5-36. (2007) , pp. 5-6; Loos, M.. Rights of Withdrawal. In G. Howells & R. Schulze (Eds.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law(2009) (pp.

p. 0064-0088. The Consumer Rights Directive aims at harmonizing the right of withdrawal for two types of consumer contracts: distance and doorstep selling and needs to be implemented by Member States by the end of 2013.

٢٤. د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة) بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٧٦٧.

٢٥. د. سليمان براك دايع الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق\_جامعة النهريين، مجلد (٨)، العدد (٤)، ٢٠٠٥، ص ١٦٨.

٢٦. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المصادر الارادية للالتزام، العقد والارادة المنفردة والتصرف القانوني، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الاولى، ١٩٩٥، ص ٢٧٤.

٢٧. د. عمر محمد عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٧٦٨.

٢٨. وتنص المادة ١٣ من التوجيه الاوربي الصادر عام ٢٠١١ على التزامات التاجر في حال الرجوع إذ تقضي بأن :

١. يجب على التاجر تسديد جميع الدفعات التي سلمت له من المستهلكين، بما في ذلك، عند الاقتضاء، تكاليف التسليم دون تأخير لا مبرر له، وعلى أي حال في موعد لا يتجاوز ١٤ يوما من اليوم الذي أبلغ من قرار المستهلك للرجوع من العقد وفقا للمادة ١١.

و يجب على التاجر القيام بالسداد المشار إليه في الفقرة الأولى باستخدام نفس وسائل الدفع التي اعتمدها المستهلك والمستخدم في المعاملة الأولية، إلا إذا كان المستهلك قد وافق صراحة على خلاف ذلك، وبشرط أن لا يتحمل المستهلك أي رسوم نتيجة لمثل هذا السداد.

٢. بصرف النظر عن الفقرة ١، لا يجوز أن يطلب من التاجر أن يسدد تكاليف إضافية، إذا كان المستهلك قد اختارت صراحة لنوع من تسليم أخرى من نوع أقل تكلفة التسليم القياسية المقدمة من قبل التاجر.

٣. ما لم يقر التاجر باعادة البضائع نفسه، فيما يتعلق بعقود البيع، فالتاجر حيس مايبده من ثمن السداد الى حين ان يتسلم البضائع عند ارجاعها، أو حتى يقدم المستهلك أدلة على أنه أعاد البضاعة، أيهما أقرب وقت ممكن.”

اما المادة ١٤ من التوجيه فتنص على واجبات المستهلك في حال الرجوع بقولها ” ١. ما لم يُقدم التاجر إلى جمع البضائع بنفسه، يجب على المستهلك ارسال البضائع أو تسليمها إلى التاجر أو شخص مخول من قبل التاجر في الحصول على السلع، دون تأخير لا مبرر له، وعلى أي حال في موعد لا يتجاوز ١٤ يوما من اليوم الذي كان قد بلغ التاجر بقراره الرجوع من هذا العقد، وفقا للمادة ١١. ويتم الوفاء بالموعد النهائي إذا أرسل المستهلك مرة أخرى هذه البضائع قبل فترة ١٤ يوما من انتهاء صلاحيتها.

و يجب على المستهلك تحمل فقط التكلفة المباشرة لإعادة السلع ما لم يكن التاجر قد وافق على تحملها أو فشل التاجر في إعلام المستهلك على أن المستهلك سيتحمل عنها.....

٤. يكون المستهلك فقط مسؤولا عن أي نقصان في قيمة البضاعة الناتج عن التعامل مع بضائع أخرى غير ما هو ضروري لتحديد طبيعة وخصائص وأداء السلع. ويجب على المستهلك في أي حال أن يكون مسؤولا عن نقص في قيمة البضاعة، حيث يفشل في تقديم إشعار الحق في الرجوع للتاجر وفقا للنقطة (ح) من المادة ٦ (١).

٥. يمارس المستهلك الحق في الرجوع بعد تقديم طلب

Directive 2011/82/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, op cit.

29. Loos 2007, pp. 5-6.

30. Joasia A. Luzak: To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, Universiteit van Amsterdam, P.O. Box 1030, 1000 BA Amsterdam The Netherlands, No. 2013-04, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2243645>.p-2.

31. Borges and Ilrenbusch 2007, p. 85.

٣٢. في عام ٢٠٠٨، أعرب ٤٠٪ فقط من المستهلكين في الاتحاد الأوروبي ثقتهم حول التسوق عبر الإنترنت عبر الحدود، انظر:

- European Commission 2.10.2008, p. 1

و أن ٤٨٪ من المستهلكين في الاتحاد الأوروبي أنهم كانوا أكثر ثقة عند الطلب السلع أو الخدمات عن طريق الإنترنت من التجار في بلدهم من تلك الموجودة في أجزاء أخرى من الاتحاد الأوروبي ينظر :

-European Commission. (March 2011).

Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection. Analytical report. Flash Eurobarometer 299. , p. 6.

وفقا للمادة ٧ (٣) أو المادة ٨ (٨)، يتعين على المستهلك أن يدفع إلى التاجر مبلغ يتناسب مع ما قدم حتى الوقت الذي أبلغ المستهلك التاجر من ممارسة حق الرجوع، بالمقارنة مع التغطية الكاملة للعقد. وتحسب كمية متناسبة أن تدفع من قبل المستهلك إلى التاجر على أساس السعر الإجمالي المتفق عليه في العقد. إذا كان السعر الإجمالي مبالغ فيه، فتحسب بمقدار مناسب على أساس القيمة السوقية لما قدم .

٦. يتحمل المستهلك أي تكلفة لـ:

(أ) أداء خدمات أو إمدادات المياه أو الغاز أو الكهرباء، حيث لم يضعوا للبيع في الحجم المحدود أو تعيين كمية، أو تدفئة المناطق، كليا أو جزئيا، خلال فترة الرجوع .

(ط) فشل التاجر في توفير المعلومات وفقا للنقطة (ح) أو (ي) من المادة ٦ (١).

(ب) لم يطلب المستهلك صراحة الأداء لتبدأ خلال فترة الرجوع وفقا للمادة ٧ (٣) والمادة ٨ (٨).

(ب) العرض، كليا أو جزئيا، من المحتوى الرقمي الذي لا توفيره على وسيط ملموس .

(ط) اذا لم يعط المستهلك موافقته الصريحة قبل بداية الأداء قبل نهاية فترة ١٤ يوما المشار إليها في المادة ٩.

(ب) لم يعترف المستهلك أنه يفقد حقه في الرجوع عند اعطاء موافقته.

(ج) قد يفشل التاجر لتوفير التأكيد وفقا للمادة ٧ (٢) أو المادة ٨ (٧). EN 22.11.2011. الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي L 304/79

٧. باستثناء ما هو منصوص عليه في المادة ١٣ (٢) وفي هذه المادة لا يتحمل المستهلك أي مسؤولية نتيجة لممارسة حق الرجوع. " للمزيد ينظر التوجيه الأوربي :

- livraison et qui ne peuvent être renvoyés pour des raisons d'hygiène ou de protection de la santé.
- 6° De fourniture de biens qui, après avoir été livrés et de par leur nature, sont mélangés de manière indissociable avec d'autres articles;
- 7° De fourniture de boissons alcoolisées dont la livraison est différée au-delà de trente jours et dont la valeur convenue à la conclusion du contrat dépend de fluctuations sur le marché échappant au contrôle du professionnel.
- 8° De travaux d'entretien ou de réparation à réaliser en urgence au domicile du consommateur et expressément sollicités par lui, dans la limite des pièces de rechange et travaux strictement nécessaires pour répondre à l'urgence.
- 9° De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur après la livraison.
- 10° De fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine, sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications.
- 11 ° Conclues lors d'une enchère publique;
- 12° De prestations de services d'hébergement, autres que d'hébergement résidentiel, de services de transport de biens, de lo-

33. Harridge-March 2006, p. 746. p. 748. & p. 749.

34. Harridge-March 2006, p. 749 - 750.

35. Harridge-March 2006, p. 748 ,p- 752 & p. 750.

٣٦. وجدير بالذكر هنا أنه جاء في نفس الصدد في قانون الاستهلاك الفرنسي ما نصه :

Article L121-21-8

Le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats:

1° De fourniture de services pleinement exécutés avant la fin du délai de rétractation et dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation;

2° De fourniture de biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation;

3° De fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés;

4° De fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement;

5° De fourniture de biens qui ont été descellés par le consommateur après la



37. J R Bernard D Reams : The law of electronic contracts , LEXIS Publishing , second edition , 2002 , p – 105.

٣٨ . وقد سبق ان اقر هذا الحق في القانون الفرنسي ذي الرقم ٢١/٨٨ الصادر في ٦ يناير ١٩٨٨، للمزيد في ذلك ينظر : سامح عبد الواحد التهامي : التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، ط ١، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٨، ص ٣١٩.

٣٩ . وقد اقر ابتداء التوجيه الاوربي الخاص بحماية المستهلك الصادر في ٢٠ ايار – مايو ١٩٩٧، ومن حق المستهلك في الرجوع في المادة ٦ منه، ومن ثم تولى التوجيه الاوربي الصادر ٢٥ اكتوبر عام ٢٠١١ في المادة ٩ منه.

٤٠ . نصت المادة ٢٠/٢١ من القانون المذكور على أن :

Article L121-20, Sans préjudice de l'article L. 121-19-1, le professionnel qui contacte un consommateur par téléphone en vue de conclure ou de modifier un contrat portant sur la vente d'un bien ou sur la fourniture d'un service indique au début de la conversation son identité, le cas échéant l'identité de la personne pour le compte de laquelle il effectue cet appel et la nature commerciale de celui-ci.

A la suite d'un démarchage par téléphone, le professionnel adresse au consommateur, sur papier ou sur support durable, une confirmation de l'offre qu'il a faite et reprenant toutes les informations mentionnées au I de l'article L. 121-17.

Le consommateur n'est engagé par cette

cations de voitures, de restauration ou d'activités de loisirs qui doivent être fournis à une date ou à une période déterminée;

13 °De fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation.

في حين كان التوجيه الاوربي لعام ١٩٩٧ ينص في المادة ٦ الفقرة ٣ منها الى أنه : " ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، فإن المستهلك قد لا تمارس حق الرجوع المنصوص عليه في الفقرة (١) فيما يتعلق بالعقود:

- لتوفير الخدمات إذا بدأ الأداء، مع اتفاق المستهلك، وذلك قبل نهاية فترة يوم عمل السبع المشار إليها في الفقرة ١.

- لتوريد السلع أو الخدمات التي يعتمد سعرها على التقلبات في الأسواق المالية التي لا يمكن السيطرة عليها من قبل المورد.

- لتوريد المنتجات المصنوعة وفقا لمواصفات المستهلك أو شخصية بشكل واضح أو التي، بسبب طبيعتها، لا يمكن أن تعاد أو هي عرضة للهلاك أو التلف بسرعة.

- لتوريد الصوت أو تسجيلات الفيديو أو برامج الكمبيوتر التي تقض من قبل المستهلك

- لتوريد الصحف والدوريات والمجلات.

- لخدمات الألعاب واليانصيب.

و هو نفس اتجاه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الفرنسي المادة ٢٠/٢١/٢٠١٢ منه.

offre qu'après l'avoir signée et acceptée par écrit ou avoir donné son consentement par voie électronique.

٤١. وقد ورد المشرع الفرنسي في المادة ١٢١ / ٢٠٠٢ على حق المستهلك في الرجوع، وكذلك فعل التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلك سابق الذكر، في المادة ٣/٦ وهذه الاستثناءات :

- ١- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل مدة الرجوع.
- ٢- العقود الواردة على السلع والخدمات متقلبة الأسعار.
- ٣- العقود الواردة على السلع التي يتم تصنيعها للمستهلك خاصة.
- ٤- السلعة التي لا يمكن اعادتها للبائع بحسب طبيعتها، أو التي يسرع اليها الهلاك أو التلف.
- ٥- العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات.
- ٦- العقود الواردة على عقود الرهان والبنانصيب المصرح بها "وجدير بالذكر هنا، ان القواعد الخاصة بحماية المستهلك عن بعد تعد متعلقة بالنظام العام وفق نص المادة ١٢١ / ٢٠ / ٧ من قانون الاستهلاك الفرنسي،... للمزيد من التفصيل ينظر سامح عبد الواحد التهامي : التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها .
٤٢. سامح عبد الواحد التهامي : التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص ٣٣٧ وما بعدها .
٤٣. تعرف اتفاقية الاونسيترال الصادرة عام ٢٠٠٧ نظم الرسائل الالية أي الوسيط الإلكتروني الذكي بأنه "برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة الية اخرى تستخدم لاستهلال اجراء ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام اجراء ما أو ينشئ استجابة ما " المادة ٤ / ز من الاتفاقية، ينظر منشورات الامم المتحدة ( Sales No. A.07.V.2 - ISBN 978-1-633033-0-0) متاحة على الموقع الإلكتروني [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) :
٤٤. عرفت المادة ٥/ثانياً من قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي الوسيط

الإلكتروني بأنه" برنامج أو نظام الكتروني لحاسوب أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم من اجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات"، وقد نصت المادة ٢/١٨ على أن "تعد المستندات الإلكترونية صادرة عن الموقع سواء صدرت عنه أو نيابة عنه أو بوساطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكياً بوساطة الموقع أو بالنيابة عنه".

٤٥. لاحظ المادة ٢/١٣ ب من قانون اليونسترال للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٤، والمادة ١٢ قانون اليونسترال لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٧، والمادة ١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي لعام ٢٠١٢ والمادة ١٢ من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني لعام ٢٠٠٢، والمادة ١٢ من قانون امارة دبي للمعاملات الإلكترونية لعام ٢٠٠١.

٤٦. ويطلق انصار هذا الاتجاه على حق المستهلك في الرجوع عن العقد مصطلحات عدة منها الحق في اعادة النظر أو رخصة السحب أو خيار التروي، للمزيد في هذا الاتجاه ينظر أمانج رحيم احمد : حماية المستهلك في نطاق العقد، اطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة - جامعة السليمانية، ٢٠٠٨، ص ١٨٧ وما بعدها.

٤٧. تنص المادة ٩٢ من القانون المدني العراقي على ان "١- يعتبر دفع العربون دليلاً على ان العقد اصبح باتاً لا يجوز العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا اتفق المتعاقدان على ان العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وإن عدل من قبضه رده مضاعفاً".

٤٨. ونشير هنا الى أن المشرع العراقي لم يتيّن حق المستهلك في الرجوع صراحة، وأخذ بصيغة تقليدية لحماية المستهلك إذ لم يخرج في موقفه هذا عن اطار القواعد العامة التي تفترض حسن النية في تكوين وتنفيذ العقود، للمزيد يمكن المقارنة مع احكام المادة (٦) من قانون حماية المستهلك العراقي سابق الذكر .

٩. سليمان براك دايج الجميلي، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق\_جامعة النهريين، مجلد(٨)، العدد(٤)، ٢٠٠٥.

١٠. سمير برهان: إبرام العقد التجارية الإلكترونية، ط ١، مصر، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٧.

١١. صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية، ط ١، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦.

١٢. صبري حمد خاطر: النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام – دراسة مقارنة، مطبعة جامعة البحرين، ٢٠٠٩.

١٣. عاطف عبد الحميد حسن: حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

١٤. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ١، المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان.

١٥. عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مديناً، دار الفكر العربي، الإسكندرية، سنة بلا.

١٦. علي محيي الدين علي القره داغي: مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي، ج ١، ط ٢، لبنان دار البشائر الإسلامية ٢٠٠٢.

١٧. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة) بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

٤٩. د. صبري حمد خاطر: المرجع السابق، ص ١٢٨.  
٥٠. المادة ٦ من التوجيه الاوربي لحماية المستهلك  
٥١. كما الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ك الوسيط، المرجع السابق، هامش ٢٦٨ و د. صبري حمد خاطر: المرجع السابق ص ١٢٩

## قائمة المصادر والمراجع

### اولاً:- الكتب العربية

١. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة والتصرف القانوني، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥.

٢. أحمد عبد الكريم سلامة: النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الحقوق، المجلد الأول، جامعة البحرين، العدد الثاني، يولية ٢٠٠٤.

٣. احمد محمد الرفاعي: الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

٤. اسامة احمد بدر: حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ٢٠٠٥.

٥. أمانج رحيم احمد: حماية المستهلك في نطاق العقد، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة – جامعة السليمانية، ٢٠٠٨.

٦. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ط ١ مصر دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦

٧. دواس امين: المصادر الإرادية – العقد والإرادة المنفردة، دار الشروق للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.

٨. سامح عبد الواحد التهامي: التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، ط ١، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠٠٨.

٨. اتفاقية الاونسيترال لاستعمال الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية .

### ثالثاً: الكتب الاجنبية

1. Borges, G., & Ilrenbusch, B. (2007). Fairness Crowded Out by Law: An Experimental Study on Withdrawal Rights. Journal of Institutional and Theoretical Economics, 163, 84-101.
2. Directive 2011/82/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 304, 22.11.2011.
3. Directive 2011/82/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 304, 22.11.2011.
4. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 04/06/1997, p. 0019-0027.
5. European Commission 2.10.2008.
6. European Commission. (March 2011). Consumer attitudes towards cross-border trade and consumer protection. Analytical report. Flash Eurobarometer 299. , p. 6.

١٨. غسان عمر : التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٧

١٩. محمد ابراهيم بنداري : حماية المستهلك في عقود الاذعان، بحث مقدم لأعمال الندوة العلمية الموسومة ” حماية المستهلك في الشريعة والقانون ”، المقامة في كلية الحقوق – جامعة الإمارات العربية المتحدة، من ٦-٧ ديسمبر ١٩٩٨ .

٢٠. محمود عبد الرحيم الشريفات : التراضي في التعاقد عبر الإنترنت، ط ١، الاردن، دائرة المكتبة الوطنية الأردنية، ٢٠٠٥ .

٢١. نزيه محمد الصادق المهدي : الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات العقدية وتطبيقاته على بعض انواع العقود، ط ١، دار النهضة العربية، ١٩٩٠ .

### ثانياً:- القوانين والاتفاقيات الدولية

١. قانون اليونسيترال الانموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ وتعديله عام ١٩٩٨ .

٢. قانون حماية المستهلك اللبناني رقم ٦٥٩ الصادر عام ٢٠٠٥ .

٣. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي، رقم ٨٧ لسنة ٢٠١٢ .

٤. القانون المدني النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٥. قانون المعاملات الإلكترونية البحريني لعام ٢٠٠٢ .

٦. قانون إمارة دبي للمعاملات الالكترونية لعام ٢٠٠١ .

٧. قانون الاستهلاك الفرنسي .

- standard terms. In H.W. Micklitz, J. Stuyck & E. Terry (Eds.), *Consumer Law* (2010). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
12. Twigg-Flesner, Ch., & Schulze, R.. Protecting rational choice: information and the right of withdrawal. In G. Howells, I. Ramsay, T. Wilhelmsson & D. Kraft (Eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*(2010) (pp.130-157). Cheltenham: Edward Elgar.
  7. J R Bernard D Reams : The law of electronic contracts , LEXIS Publishing , second edition , 2002.
  8. Joasia A. Luzak: To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers ,Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series , Universiteit van Amsterdam , P.O. Box 1030, 1000 BA Amsterdam The Netherlands, No. 2013-04, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2243645>.
  9. Loos, M.. Rights of Withdrawal. In G. Howells & R. Schulze (Eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*(2009). Munich: Sellier. European Law Publishers.37.
  10. Loos, M.. The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 15 (1), 5-36. (2007)
  11. Rott, P., & Terry, E.. The Right of Withdrawal and stan-

# The consumer right of withdrawal a Means to achieve the contractual balance in the electronic contracting

## Comparative Legal Study

**Prof .Dr. Ahmed salman S. AL - Saadawi<sup>(\*)</sup>**

**Prof.Dr. Sadam Faisal K. Al- Muhammadi<sup>(\*\*)</sup>**

### Abstract

The achievement of the contract balance in the contracting processes that take place remotely via the internet is Lawmakers are trying to do, through the adoption of innovative legal rules fit and the nature of the legal relationship, a relationship in which the means of electronic communication and communication technologies used in it play a role in the delivery of contractual will of Both parties to the contract, but at the same time be the possibility that penalized one of the parties of this relationship - and that is the consumer usually - incoming to a large extent, because he contracted the commodity did not see her and puts full confidence in the seller who displays to sell it, and then offer to buy them from without to make certain sure it will benefit from optimizing or it at least meets the aspirations and desires of personal, and while it can be the seller has carried out its commitment properly and as agreed, which means that it is not the consumer can according to the general rules that are required to ensure sold this item as long as her condition was identical to the specifications displayed, and the application of the rule of general rules in this manner may be difficult matter to consumers and lead them to refrain from electronic transactions, and thus lost us a chance to make full use of the means of modern communication and investment techniques to achieve the largest amount of transactions electronic business, so consistently legislators to this end and others to adopt a consumer to refer effective attempt to achieve some kind of balance in the electronic Streptococcus relationship between the right so that tipped the legal protection of the consumer .against the seller economic strength that stands out clearly in this type of contract

Key words:The consumer, the right of recourse, lumpy balance, electronic contracting.

---

<sup>(\*)</sup>Al-BayanUniversity/ College of Law

<sup>(\*\*)</sup>Al-FalojaUniversity/College Of Law

# قوة السلطة التنفيذية في مواجهة البرلمان في النظام النيابي المختلط

أ.م.د. كاظم علي عباس(\*)

إلا أن الحقيقة هي أن هذه الوسائل موجودة في صلب الدستور، إلا أن خروجها إلى حيز التنفيذ تتحكم فيه عوامل سياسية أخرى، مردها أولاً وأخيراً إلى الإرادة الشعبية، فإذا أتى الناخبون بأغلبية برلمانية مغايرة للأغلبية الرئاسية، هنا تضعف قوة رئيس الجمهورية في مواجهة الوزارة، أما حين تكون الأغلبية البرلمانية هي نفسها الأغلبية الرئاسية، يصبح الوزير الأول تابعاً سياسياً وإدارياً لرئيس الجمهورية، أي أن قوة رئيس الجمهورية في مواجهة الوزارة واستثنائه بالسلطة التنفيذية مرتبط عملياً بتأييد الأغلبية النيابية له.

## المقدمة

يعدّ البرلمان في النظام البرلماني صاحب الاختصاص الأصلي بالوظيفة التشريعية، أما السلطة التنفيذية فأنها تساهم في أمور التشريع عن طريق التقدم بمشروعات القوانين والتصديق عليها، وعلى أساس قاعدة التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، يُعطى البرلمان حق الرقابة على أعمال الحكومة ومسائلها سياسياً، كما تُعطى الأخيرة حق حل البرلمان<sup>(١)</sup>.

إلا أن الحال لم يبق على ما هو عليه إذ لجأت بعض الأنظمة الدستورية إلى تطعيم النظام البرلماني ببعض سمات النظام الرئاسي،

## الملخص

اتجهت الانظمة النيابية المختلط نحو تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، على خلاف النظام البرلماني الذي يقوم على قاعدة التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، إلا ان الحال لم يبقى على ما هو عليه اذ لجأت بعض الانظمة الدستورية الى تطعيم النظام البرلماني ببعض سمات النظام الرئاسي، فلم يعد هذا النظام الهجين برلمانيا او رئاسيا خالصا.

وقد عملت دساتير بعض الدول التي أخذت بالنظام البرلماني بصورته المطورة القائمة على توزيع الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية، خلافاً للقاعدة التي تقرر الاختصاص المطلق للبرلمان في ميدان الوظيفة التشريعية، وغدت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة في ميدان التشريع - بما تصدره من لوائح مستقلة - وأصبح اختصاص البرلمان في هذا الميدان اختصاصاً محدداً على سبيل الحصر، فضلا عن العمل على استغلال التقنيات الدستورية للحد من سيادة البرلمان عن طريق عقلنة النظام البرلماني، إذ أصبحت مسألة إثارة المسؤولية السياسية للحكومة مهمة صعبة من حيث تحقيقها في الواقع العملي.

(\*) مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية

فلم يعدّ هذا النظام الهجين برلمانياً أو رئاسياً خالصاً .

إذ أن الانظمة النيابية المختلطة اتجهت نحو تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، فضلاً عن ما أدى إليه انتخاب رئيس الجمهورية بواسطة الشعب من تقوية السلطة التنفيذية تجاه البرلمان<sup>(٢)</sup>، عملت دساتير بعض الدول التي أخذت بالنظام البرلماني بصورته المطورة على توزيع الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية، خلافاً للقاعدة التي تقرر الاختصاص المطلق للبرلمان في ميدان الوظيفة التشريعية، وغدت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة في ميدان التشريع – بما تصدره من لوائح مستقلة- وأصبح اختصاص البرلمان في هذا الميدان اختصاصاً محدداً على سبيل الحصر<sup>(٣)</sup>. فضلاً عن العمل على استغلال التقنيات الدستورية للحد من سيادة البرلمان عن طريق عقلنة النظام البرلماني<sup>(٤)</sup>، إذ أصبحت مسألة إثارة المسؤولية السياسية للحكومة مهمة صعبة من حيث تحقيقها في الواقع العملي.

إلا أن الحقيقة هي أن هذه الوسائل- السابق ذكرها – موجودة في صلب الدستور ، وأن خروجها إلى حيّز التنفيذ تتحكم فيه عوامل سياسية أخرى، مردّها أولاً وأخيراً إلى الإرادة الشعبية، فإذا أتى الناخبون بأغلبية برلمانية مغايرة للأغلبية الرئاسية، هنا تضعف قوة رئيس الجمهورية في مواجهة الوزارة، أما حين تكون الأغلبية البرلمانية هي نفسها الأغلبية الرئاسية، أي أنهما من لون حزبي واحد، يصبح الوزير الأول تابعاً سياسياً وإدارياً لرئيس الجمهورية، إعمالاً للقواعد الحزبية، كما أن الأغلبية البرلمانية لن تخذل على الإطلاق

رئيس الجمهورية الذي يحتل الصدارة في موقع الحزب<sup>(٥)</sup>. أي أن قوة رئيس الجمهورية في مواجهة الوزارة واستثنائه بالسلطة التنفيذية مرتبط عملياً بتأييد الأغلبية النيابية له<sup>(٦)</sup>.

ولأجل دراسة قوة السلطة التنفيذية في مواجهة البرلمان في ظل النظام البرلماني المختلط نقسّم هذا المبحث على المطالب الثلاث الآتية:

**المطلب الأول:** علاقة القانون باللائحة في النظام البرلماني غير المختلط.

**المطلب الثاني:** مسؤولية السلطة التنفيذية في النظام البرلماني غير المختلط.

**المطلب الثالث:** أثر الإرادة الشعبية على العلاقة بين السلطين

## المطلب الأول

### علاقة القانون باللائحة في النظام النيابي المختلط

تقضي القاعدة المتبعة في الأنظمة البرلمانية بأن يكون القانون من صنع البرلمان بعده الممثل الوحيد لسيادة الشعب<sup>(٧)</sup>، ومن ثم فإن مجاله لا يكاد يحده قيد<sup>(٨)</sup>، أما السلطة التنفيذية فلها حق إصدار اللوائح الإدارية، وهي تشريع فرعي<sup>(٩)</sup>، يجب أن يتبع أحكام التشريع العادي- القانون- والذي تكون دائرته مطلقة غير محددة بخلاف اللائحة التي يضيق مجال نطاقها في ميدان التشريع، ما دام أن التشريع العادي – القانون – يخرج كأصل عام عن اختصاص السلطة التنفيذية<sup>(١٠)</sup>.

إلا أن دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة



قد خرج على جميع المبادئ التقليدية المستقرة في هذا الصدد، ذلك أنه قد حدد مجالاً معيناً للقانون وجعل ما عداه من اختصاص اللائحة، وصار اختصاص البرلمان في تشريع القوانين اختصاصاً مقيداً، واختصاص السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح اختصاصاً عاماً<sup>(١١)</sup>، وعليه غدت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة في ميدان التشريع<sup>(١٢)</sup>.

ومن أجل دراسة علاقة القانون باللائحة في ظل التجديد الذي جاء به دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ واثره في إضعاف البرلمان وتقوية السلطة التنفيذية، نقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

**الفرع الأول: ضعف الاختصاص التشريعي للبرلمان**

**الفرع الثاني: اتساع الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية**

## الفرع الأول

### ضعف الاختصاص التشريعي للبرلمان

إن من أهم خصائص النظام السياسي للجمهورية الفرنسية الخامسة هي رغبة المشرع الدستوري في إضعاف دور البرلمان<sup>(١٣)</sup>، ولذلك أقام واضعو الدستور نظاماً برلمانياً من دون سيادة للبرلمان، وجرى قلب التراتبية بين السلطات الدستورية لصالح السلطة التنفيذية، وعلى حساب البرلمان في تحديد وظيفته التشريعية<sup>(١٤)</sup>.

وإذا كانت القاعدة التقليدية السابقة على دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ تقرر الاختصاص

المطلق للبرلمان في ميدان الوظيفة التشريعية، وأن له أن يقرر ما يشاء من التشريعات العادية، وتقرر بالتالي دائرة معينة محددة للسلطة التنفيذية لا يمكن تجاوزها في ميدان التشريع، إلا أن الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ قد عمل على التجديد في هذا الخصوص على نحو لم يسبق له مثيل في النظام القانوني الفرنسي، ذلك أنه عمل على توزيع الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية، مخالفاً في ذلك القاعدة التقليدية السابقة، إذ غدت السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة في ميدان التشريع، وأصبح اختصاص البرلمان في هذا الميدان محدداً على سبيل الحصر<sup>(١٥)</sup>.

وتطبيقاً لذلك نصت (م ٣٤) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على الموضوعات الرئيسية التي يختص بإقرارها البرلمان عن طريق القوانين، كما أضافت بعض مواد الدستور الأخرى موضوعات أخرى تدخل في نطاق القانون<sup>(١٦)</sup>.

وقد نصت المادة (٣٤) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على أن [يكون القانون من إقرار البرلمان. ويحدد القانون القواعد المتعلقة بالاتي :

-الحقوق المدنية والضمائم الأساسية التي يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة والحرية التعددية واستقلالية وسائل الإعلام وما يفرضه الدفاع الوطني على المواطنين في أنفسهم وفي ممتلكاتهم .

-الجنسية ووضع الأشخاص وأهليتهم وأنظمة الزواج والتركات والهبات .

-تحديد الجنايات والجنح والعقوبات المقررة بشأنها والإجراءات الجزائية والعفو وإنشاء

الهيئات القضائية الجديدة والقانون الأساسي للقضاة .

-أساس الضرائب بجميع أنواعها ونسبها وكيفية تحصيلها ونظام إصدار النقود

كما يحدد القانون القواعد المتعلقة بما يأتي :

- النظام الانتخابي للمجالس البرلمانية والمجالس المحلية والهيئات التمثيلية للفرنسيين المقيمين خارج فرنسا وشروط ممارسة الولايات الانتخابية والوظائف الانتخابية التي يمارسها أعضاء مجالس التداول في الجماعات الإقليمية .

-إنشاء فئات من المؤسسات العامة.

- الضمانات الأساسية التي تمنح إلى الموظفين المدنيين والعسكريين في الدولة.

- تأميم المؤسسات ونقل ملكية المؤسسات من القطاع العام إلى القطاع الخاص.

ويضبط القانون المبادئ الأساسية الآتية :

-التنظيم العام للدفاع الوطني .

-الاستقلال الإداري للجماعات الإقليمية واختصاصاتها ومواردها .

-التعليم.

- المحافظة على البيئة .

- نظم الملكية والحقوق العينية والالتزامات المدنية والتجارية.

-حق العمل والحق النقابي والضمان الاجتماعي.

تحدد قوانين الموازنة موارد الدولة وأعباءها وفق الشروط وفي ظل التحفظات

التي يقرها قانون أساسي .

تحدد قوانين تمويل الضمان الاجتماعي الشروط العامة التي تضمن توازنه المالي وتضبط نفقاته المسطرة بالنظر إلى إيراداته المتوقعة وفق الشروط وفي ظل التحفظات التي يقرها قانون أساسي .

تحدد قوانين التخطيط أهداف عمل الدولة .

تحدد قوانين التخطيط التوجيهات متعددة السنوات في مجال الموازنة العامة ، وتدرج ضمن هدف تحقيق التوازن في حسابات الإدارات العامة .

يمكن أن تحدد وتستكمل أحكام هذه المادة بموجب قانون أساسي

كما أن مواد أخرى من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ قد أوجبت إصدار قانون بالنسبة لأموال بعينها: فبعض المعاهدات لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون(م٥٣ من الدستور)، ومبدأ الحرية الشخصية في مواجهة الاعتقالات التحكومية بأن لا يجوز القبض على احد وحبسه إلا وفق القانون

(م٦٦ من الدستور)، وإنشاء الوحدات الإقليمية الجديدة وكيفية إدارتها بواسطة المجالس المنتخبة(م٧٢ من الدستور)، وتحديد وتغيير التنظيم الخاص بأقاليم ما وراء البحار(م٧٤ من الدستور)<sup>(١٧)</sup>.

وعليه يكون الدستور الفرنسي قد حدد اختصاص البرلمان في ميدان التشريع على سبيل التحديد والحصص لا على سبيل المثال، ومن ثم فإن الموضوعات الواردة على سبيل

إذ تصدرها السلطة التنفيذية من دون استناد إلى أي تشريع قائم، وهي تعدّ تشريعاً أصيلاً، بخلاف اللوائح التنفيذية التي تعدّ تشريعاً ثانوياً تصدر لتنفيذ تشريع قائم<sup>(٢١)</sup>.

وبمقتضى نص(م٣٧) من الدستور أصبح نطاق اللائحة في ميدان التشريع مطلقاً غير محدد، إذ يحق للسلطة التنفيذية أن تشرع في الموضوعات الأخرى كافة غير تلك التي حددها الدستور للبرلمان، وبذلك أضحت السلطة التنفيذية المشرع العادي وغدت السلطة التشريعية المشرع الاستثنائي، حتى عدّ جانب من الفقه إن اللائحة هي الأصل والقانون هو الاستثناء في ميدان التشريع<sup>(٢٢)</sup>.

فضلاً عن ما منحه (م٣٧ من الدستور) للسلطة التنفيذية من نطاق واسع في التشريع، فإن الدستور منحها التشريع أيضاً في بعض الموضوعات الأخرى وهي:

١- القوانين المالية: إذ قررت (م٤٠ من الدستور) بأن تخصيص الميزانية وتوزيعها على أبواب مختلفة هو حق يقتصر على الحكومة وحدها، وبموجب (م٤٧ من الدستور) فإن البرلمان مقيد بمدة زمنية معينة يتحتم عليه بها التصويت على الميزانية، وإلاّ حق للحكومة أن تنشر مشروع الميزانية بواسطة أمر يوضع موضع التنفيذ، ويهمل بالتالي اختصاص البرلمان في هذا الخصوص<sup>(٢٣)</sup>.

٢- قوانين الاستفتاء وإجراءات الظروف الاستثنائية: فبمقتضى (م١١ من الدستور) فإن لرئيس الجمهورية الحق في استفتاء الشعب على مشروعات قوانين من دون حاجة إلى إقرار البرلمان لها<sup>(٢٤)</sup>، وبعمله هذا لا يتجاوز البرلمان وإنما يعطله تماماً في هذا المجال

الحرص تمثل حداً أقصى لتدخل البرلمان في مجال التشريع، وأن البرلمان لا يستطيع معالجة الموضوعات التي لم ترد في هذا التعداد، لأن كل ما يخرج عن هذا التعداد يدخل في مجال الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية بمقتضى نص (م٣٧ من الدستور) عن طريق اللوائح المستقلة، كما أن التعداد الحصري للموضوعات جعل منها نطاقاً محجوزاً للبرلمان، ومن ثم لا يجوز للسلطة التنفيذية التشريع فيه<sup>(٢٥)</sup>.

## الفرع الثاني

### اتساع الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية

عمل دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة على تشييد وتطوير نظام برلماني يختلف في بنيانه عن النظام البرلماني التقليدي الذي ساد طوال عهد الجمهورية الثالثة والرابعة، وذلك بأن اتجه نحو تقوية السلطة التنفيذية حتى تفوقت على السلطة التشريعية في ميدانها الأصيل إلا وهو الميدان التشريعي، وكان من أثر تقوية السلطة التنفيذية إن اهترت علاقة القانون باللائحة وتغيرت الرابطة بينهما تغيراً تاماً عما كان عليه في ظل الوضع التقليدي<sup>(٢٦)</sup>.

فبعد أن حدد الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ مجال القانون على سبيل الحصر في (م٣٤) منه، قابله بقاعدة عامة فيما يختص بتحديد مجال اللائحة، ورد النص عليها في المادة (٣٧/الفقرة الأولى) من الدستور والتي نصت على أن [جميع الموضوعات التي لا تندرج في مجال القانون تعتبر ذات طبيعة لائحية...]<sup>(٢٧)</sup>، وهذه اللوائح هي ما تعرف باللوائح المستقلة

، وبموافقة الشعب يصدر القانون من دون عرض أو قرار من البرلمان<sup>(٢٥)</sup>، فضلاً عن أن لرئيس الجمهورية أثناء تطبيقه للمادة (١٦) من الدستور أن يتخذ الإجراءات والتدابير كافة التي يتطلبها الموقف ولو تعلقت بالمسائل التي يختص بها البرلمان وفقاً للمادة (٣٤) من الدستور<sup>(٢٦)</sup>.

٣- التفويض في نطاق القانون: تكريساً للدور المتزايد للسلطة التنفيذية في المجال التشريعي قررت (م٣٨ من الدستور) بأنه يجوز للحكومة لتنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان أن يأذن لها لمدة محددة بإصدار أوامر تدخل عادة في نطاق القانون<sup>(٢٧)</sup>، وبهذا التفويض يكون للسلطة التنفيذية التشريع بدلاً من البرلمان في النطاق المحدد للقانون<sup>(٢٨)</sup>.

ونخلص مما سبق أن ما جاء به دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة أدى إلى تقوية السلطة التنفيذية على حساب البرلمان، إذ إن السلطة التنفيذية وفقاً لتحديد نطاق القانون وإطلاق نطاق اللائحة في ميدان التشريع، أصبحت هي التي تملك الاختصاص العام في ميدان التشريع وتمارس في المجال اللانحي اختصاصاً تشريعياً مطلقاً.

وقد تأثرت بلدان المغرب العربي بالتجربة البرلمانية المعقنة التي سعت إلى تقليص سلطات البرلمان واختصاصاته مع تقوية سلطة الرئاسة<sup>(٢٩)</sup>.

وسيراً على نهج المشرع الدستوري الفرنسي قام المشرع المغربي المتأثر بتوجه العقلة البرلمانية بتقييد وتقليص سلطات البرلمان، وذلك بتقييد مجال النطاق الذي يشرع

فيه البرلمان، وإطلاق العنان لللائحة لتشريع بحرية كاملة في هذا المجال، إذ حددت دساتير دول المغرب العربي على سبيل الحصر المجالات التي تدخل في اختصاص القانون، وأسندت مهمة التشريع في المجالات الخارجة عنه إلى السلطة التنفيذية، ففي المغرب العربي يعدّ تحديد مجال القانون تقليدياً دستورياً تكرر منذ صدور دستور سنة ١٩٦٢، وتبنته الدساتير الأخرى المتعاقبة للسنوات (١٩٧٠، ١٩٧٢، ١٩٩٢، ١٩٩٦)، وفي الجزائر في دساتيرها للسنوات (١٩٩٦، ١٩٨٩، ١٩٧٦)، وتونس في دستورها لسنة ١٩٥٩ منذ التعديل الدستوري لعام ١٩٧٦ والتعديل الدستوري لعام ١٩٩٧، وفي موريتانيا في دساتيرها المتعاقبة للسنوات (١٩٦١، ١٩٥٩). فضلاً عن أن الدساتير المغاربية باستثناء الدستور الجزائري، قد أجمعت على التنصيص على إمكانية التفويض، أي أن البرلمان يقوم بتفويض التشريع إلى السلطة التنفيذية<sup>(٣٠)</sup>.

## المطلب الثاني

### مسؤولية السلطة التنفيذية في النظام البرلماني المختلط

عملت دساتير الدول التي أخذت بالنظام البرلماني غير التقليدي على تطوير ميدان السلطة التنفيذية، وذلك عن طريق تقويتها حتى تفوقت على السلطة التشريعية، وأصبح لرئيس الجمهورية في ظل هذا النظام الدور الرئيس الفعال في ميدان السلطة التنفيذية على حساب دور الوزارة<sup>(٣١)</sup>.

وإزاء هذه الاتجاه في تقوية السلطة التنفيذية على حساب البرلمان وكما بيناه سابقاً، ندرس

مسؤولية كل من رئيس الجمهورية والوزارة  
ضمن الفرعين الآتيين:

## الفرع الأول

### مدى مسؤولية رئيس الجمهورية في النظام البرلماني غير التقليدي

يسود في النظام البرلماني التقليدي مبدأ عدم مسؤولية رئيس الدولة سياسياً، وهو في الأنظمة البرلمانية الملكية قاعدة مطلقة، وأما في الأنظمة البرلمانية الجمهورية فالقاعدة نسبية، وقد جاء مبدأ عدم مسؤولية رئيس الدولة سياسياً نتيجة لتجرّد رئيس الدولة من صلاحيات الحكم الفعلية، فالسلطة بلا مسؤولية تشكل استبداداً محققاً والمسؤولية بلا سلطة تشكل ظلماً محققاً<sup>(٣٢)</sup>.

ولكن هل يبقى رئيس الجمهورية في ظل النظام البرلماني غير التقليدي غير مسؤول سياسياً رغم تمتعه باختصاصات فعلية واسعة ومتنوعة مستقل بمباشرتها عن الوزارة المسؤولة سياسياً؟

ولبيان هذا الأمر ومدى أثره على تقوية السلطة التنفيذية في مواجهة البرلمان، ندرس مدى مسؤولية رئيس الجمهورية في كل من فرنسا ومصر وفقاً للتقسيم الآتي:

### أولاً: مدى مسؤولية رئيس الجمهورية في فرنسا وفقاً لدستور سنة ١٩٥٨

على الرغم من مما يتمتع به رئيس الجمهورية في فرنسا من اختصاصات واسعة، فقد نص الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ في المادة (٦٨) منه على أن: [رئيس الجمهورية غير مسؤول عن الأعمال المرتكبة أثناء

ممارسته لوظائفه إلا في حالة الخيانة العظمى، ويكون اتهامه بواسطة المجلسين وبقرار موحد، يصدر بتصويت علني بالأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتكون منهم المجلسان، وتجري محاكمته أمام المحكمة القضائية العليا...]

وبمقتضى نص (٦٨م) أعلاه يكون الدستور الفرنسي قد قرر قاعدة عامة هي عدم مسؤولية رئيس الجمهورية، واستثنى منها حالة اتهامه بالخيانة العظمى<sup>(٣٣)</sup>.

ونظراً لعدم تعريف الخيانة العظمى في الدستور الفرنسي أو في قانون العقوبات، فقد حاول الفقهاء في فرنسا تحديد مضمونها، والذي يتلخص في الإهمال الشديد في أداء التزام الرئيس لواجباته الدستورية أو خرقه لأحكام الدستور<sup>(٣٤)</sup>، أما طبيعة الخيانة العظمى فقد اختلف الفقه الفرنسي فيها إلى ثلاث اتجاهات<sup>(٣٥)</sup>:

**الاتجاه الأول:** يقرر لها الطبيعة السياسية ويرتب عليها مسؤولية سياسية خاصة، مستنداً في ذلك إلى مبدأ التلازم بين السلطة والمسؤولية، نظراً لما يتمتع به رئيس الجمهورية من اختصاصات فعلية واسعة، فضلاً عن الطابع السياسي لإجراءات الاتهام والمحاكمة والجهة التي تتولى ذلك، وهي خاصة لأن مبادئ النظام البرلماني تقضي بعدم مساءلة رئيس الدولة.

**الاتجاه الثاني:** يقرر لها الطابع الجنائي، مستنداً في ذلك إلى مبادئ النظام البرلماني التقليدي في عهد الجمهورية الثالثة والرابعة، إذ إن المسؤولية السياسية تقع على الوزارة، أما المسؤولية السياسية لرئيس الدولة فلا يمكن إعمالها إلا بنص.

**الاتجاه الثالث:** وهو اتجاه توفيقى يقرر لها طابع سياسي من حيث إجراءات الاتهام والمحاكمة والجهة التي تتولى ذلك ومن حيث العقوبة وهي العزل من المنصب، كما يقرر لها في الوقت نفسه طابع جنائي لأنها تشكل في حقيقتها فعل مخالف للقانون وبذلك ينطبق عليها وصف الجريمة، كما أن الجزاء السياسي (العزل) يخالطه على وجه الدوام جزاء جنائي.

أما اشتراط الدستور لوجوب اشتراك المجلسين في ممارسة إجراءات اتهام رئيس الجمهورية، فجاء تأسيساً لمبدأ المساواة بينهما، وإعمالاً لمبدأ الرقابة والتوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>(٣٦)</sup>. أما الأستاذ (MOREAU) فيرى إن إرادة واضعي الدستور الفرنسي قصدت من اشتراك المجلسين في توجيه الاتهام، هو جعل الإجراءات أكثر صعوبة<sup>(٣٧)</sup>.

أما إجراءات اتهام رئيس الجمهورية فأنها تحرك بناءً على اقتراح موقعاً عليه من عشرة نواب، يتضمن تحديد اسم المتهم وعرض موجز للأخطاء المنسوبة إليه، ويتقرر الاتهام بناءً على تصويت يجري في كل من المجلسين، ويتم الاقتراح عليه علانية، وبالأغلبية المطلقة للأعضاء الذين يتكون منهم المجلسان<sup>(٣٨)</sup>، على أن لا يشترك أعضاء - قضاة - المحكمة القضائية العليا بالاقتراح وأن لا يعدون في الأكثرية المطلقة<sup>(٣٩)</sup>.

أما محاكمة رئيس الجمهورية المتهم بالخيانة العظمى فتجري أمام المحكمة القضائية العليا (م ٦٨ من الدستور)، وتتألف هذه المحكمة من أعضاء منتخبين ومتساويين في العدد، من بين أعضاء كل من الجمعية الوطنية ومجلس

الشيخوخ (م ٦٧ من الدستور) ، وهكذا يكون جميع أعضاء - قضاة - المحكمة القضائية العليا وفقاً للدستور سياسيون في الحقيقة<sup>(٤٠)</sup>، وعليه يتضح من تشكيل المحكمة أنها هيئة سياسية وليست محكمة بالمعنى الصحيح، إذ لا يتوافر لها بتشكيلها أو إجراءاتها وصف القضاء وضماناته فهي مكونة من رجال سياسة<sup>(٤١)</sup>.

وإن المحكمة القضائية العليا إذ تتولى محاكمة الرئيس المتهم بالخيانة العظمى، فأنها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تكليف الوقائع المنسوبة إلى رئيس الجمهورية في الاتهام وما إذا كانت تشكل خيانة عظمى من عدمه، وفي تقدير العقوبة، إذ إن المحكمة لا تتقيد بالعقوبات الواردة في قانون العقوبات، بل لها أن تفرض عقوبات جنائية أخرى، وأن تفرض جزاءً سياسياً وهو العزل<sup>(٤٢)</sup>.

أما الأحكام التي تصدرها المحكمة القضائية العليا فإنها أحكام لا تقبل الاستئناف ولا التمييز<sup>(٤٣)</sup>، ومما يلاحظ بهذا الشأن أنه لم تتم محاكمة أي رئيس للجمهورية أمام المحكمة القضائية العليا، ومن ثم فإن المحكمة لم تمارس هذا الاختصاص، ولم يصدر عنها أي تحديد للخيانة العظمى، بعدها الجهة المختصة بتكليف الأفعال المكونة لها<sup>(٤٤)</sup>.

وظلان عن النص على عدم مسؤولية رئيس الجمهورية إلا في حالة الخيانة العظمى، إلا أن الممارسة الديغولية خلقت طريقة جديدة لتقرير المسؤولية السياسية أمام الشعب<sup>(٤٥)</sup>، ذلك أن انتخاب رئيس الجمهورية بواسطة الشعب جعله مسؤولاً عملياً أمامه<sup>(٤٦)</sup>. وقد أورد الفقه ثلاث وسائل لتقرير هذا

النوع من المسؤولية وهي:

١- إذا رشح رئيس الجمهورية نفسه لولاية جديدة وخذله الناخبون فهذا يعني حتماً عزلاً ضمناً له<sup>(٤٧)</sup>.

٢- إذا جاءت الانتخابات التشريعية بأغلبية معارضة للرئيس، فهذا يعني رفض الناخبين لسياسته وما عليه إلا أن يترك منصبه<sup>(٤٨)</sup>.

٣- إذا جاءت نتيجة الاستفتاء الشعبي- التشريعي- الذي يتقدم به الرئيس، بعدم تأييد الشعب له، فهذا يعني عدم منح الشعب ثقته للرئيس مما يستوجب استقالته من منصبه<sup>(٤٩)</sup>.

إلا أن ما يلاحظ بشأن هذه الوسائل، أنها من حيث الأصل لم يرد بشأنها أي نص دستوري أو تشريعي يجبر رئيس الدولة على الاستقالة<sup>(٥٠)</sup>، كما أنها لا تجسد نظاماً للمسؤولية محدد المعالم واضح القسمات، ذلك أنها تتوقف على إرادة الرئيس شخصياً في المقام الأول، وعلى الوعي الشعبي وقوة الرأي العام والظروف السياسية المحيطة به لاسيما فيما يتعلق بالأغلبية البرلمانية، وهل هي مؤيدة أو معارضة لسياسة الرئيس<sup>(٥١)</sup>.

وإن تمتع رئيس الجمهورية باختصاصات فعلية واسعة مع تقرير عدم مسؤوليته أمام البرلمان إلا في حالة الخيانة العظمى- مع ما يشوبها من غموض- قد أدى إلى اختلال شديد في التوازن بين سلطة ومسؤولية رئيس الجمهورية، ومن ثم تقوية السلطة التنفيذية وبصفة خاصة مركز رئيس الجمهورية تجاه البرلمان<sup>(٥٢)</sup>.

إلا أن تطوراً دستورياً مهماً قد طرأ على مسؤولية رئيس الجمهورية في فرنسا، وذلك عندما عدلت المادة(٥٣/الفقرة الثانية) من

الدستور عام ١٩٩٩، وأصبحت تنص على أنه [يجوز للجمهورية أن تعترف بالاختصاص القضائي للمحكمة الجنائية الدولية على النحو الذي تنص عليه المعاهدة الموقعة في ١٨ يولييه ١٩٩٨]<sup>(٥٣)</sup>.

وأمام هذا التعديل الدستوري توسعت مسؤولية رئيس الجمهورية، فبعد أن كان لا يسأل إلا عن الخيانة العظمى، أصبح يسأل عن جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والعدوان أمام القضاء الدولي<sup>(٥٤)</sup>.

أما المادة(٦٨) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ فهي الأخرى قد طالها التعديل عام ٢٠٠٧، وأصبحت تنص على أنه [لا يجوز عزل رئيس الجمهورية إلا في حالة الإخلال بواجباته بشكل يتناقض بوضوح مع ممارسته لولايته، ويصدر الحكم بالعزل من البرلمان المشكل للمحكمة العليا. وأن اقتراح اجتماع المحكمة العليا الموافق عليه من قبل إحدى الجمعيتين يعرض مباشرة على الأخرى للبت فيه خلال ١٥ يوماً، على أن يرأس المحكمة العليا رئيس الجمعية الوطنية التي تجتمع خلال مدة شهر لتفصل بالاقتراع السري في مسألة العزل ولقرارها أثر بات...].

وإن أهم ما يلاحظ على نص المادة (٦٨) من الدستور بعد تعديلها عام ٢٠٠٧، هو خروج المشرع الدستوري الفرنسي من إشكالية الخيانة العظمى إلى معيار جديد هو(الإخلال بالواجبات) أي مسؤولية رئيس الجمهورية عن تقصيره الوظيفي وهي بلا منازع ذات طبيعة سياسية، أما جزاء العزل فقد جاء مقابل عدم المسؤولية السياسية قبل التعديل، وهو ما يسمح بإعادة التوازن للمؤسسات الدستورية



في مواجهة رئيس قوي جداً سياسياً، وإن منح صلاحية الإدانة وعزل الرئيس بالمحكمة العليا، وهي تشكّل ذو طابع سياسي ذلك إنها مؤلفة من أعضاء ينتمون للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وليس بينهم عنصر قضائي، ويرأسها رئيس الجمعية الوطنية، وإسقاط عبارة (القضائية أو العدل) من المحكمة العليا جاء تأكيداً لطابعها السياسي<sup>(٥٥)</sup>، ولاشك أن هذا التطور الدستوري في مسؤولية رئيس الجمهورية يعدّ خطوة إلى الأمام نحو الاعتراف بالمسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية<sup>(٥٦)</sup>.

### ثانياً: مدى مسؤولية رئيس الجمهورية في مصر وفقاً لدستور ٢٠١٤

فضلاً عن تمتع رئيس الجمهورية في مصر باختصاصات فعلية واسعة المدى ومتنوعة، إلا أن دستور ٢٠١٤ لم يتعرض لمسؤولية رئيس الجمهورية سياسياً<sup>(٥٧)</sup>، ومن ثم لا يجوز سحب الثقة منه لا أمام مجلس الشعب ولا أمام غيره، إلا أنه مسؤول مسؤولية جنائية وفقاً للمادة (١٥٩) من الدستور<sup>(٥٨)</sup>.

وقد نصت المادة (١٥٩) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ على أن [يكون اتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى أو بارتكاب جريمة جنائية بناءً على اقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس...، وتكون محاكمة رئيس الجمهورية أمام محكمة خاصة...، وإذا حكم بإدانته أعفي من منصبه مع عدم الإخلال بالعقوبات الأخرى].

ولما كان رئيس الجمهورية في مصر يمارس اختصاصات فعلية واسعة بل هو سلطة التقرير الفعلية في الجهاز التنفيذي، فإن انعدام

مسؤوليته السياسية يحدث اختلالاً شديداً في التوازن بين سلطته ومسؤوليته<sup>(٥٩)</sup>، كما أن انعدام مسؤوليته السياسية تمثل خطورة كبيرة على استقرار النظام السياسي لأن (السلطة بلا مسؤولية تمثل استبداداً محققاً)<sup>(٦٠)</sup>، مما يجعل سلطته مطلقة سواءً من حيث انعدام الرقابة عليها، أم من حيث انعدام أية قيود أو ضوابط على ممارسة اختصاصاته<sup>(٦١)</sup>.

وعليه فإن المشرع الدستوري المصري لم يكن موفقاً في إعفاء رئيس الجمهورية من المسؤولية السياسية، وكان من المتعين عليه أن يقرر المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية كصمام أمان لاختصاصاته الواسعة<sup>(٦٢)</sup>.

وعلى ما سار عليه المشرع الدستوري المصري في دستور سنة ١٩٧١، سار دستور الجزائر لسنة ١٩٩٦ فلم يتضمن أي نص بخصوص المسؤولية السياسية لرئيس الجمهورية، وبهذا يكون الدستور قد عبّر عن مبدأ متأصل في النظام السياسي الجزائري وهو استبعاد رئيس الجمهورية من نطاق المسؤولية السياسية لا غير، أما مسؤولية رئيس الجمهورية الجنائية فقد تقرر بموجب (م ١٨٥) من الدستور الجزائري في حالة واحدة هي الخيانة العظمى، وأوكل إلى المحكمة العليا للدولة محاكمة رئيس الجمهورية<sup>(٦٣)</sup>.

## الفرع الثاني

### المسؤولية السياسية للوزارة في النظام البرلماني غير التقليدي

من المسلم به أن المسؤولية السياسية للوزارة تعدّ في النظام البرلماني حجر الزاوية فيه وأهم ما يميزه عن غيره من أنظمة الحكم<sup>(٦٤)</sup>، وتجد المسؤولية السياسية للوزارة أساسها في المقترضات الموضوعية لكون



الوزارة صاحبة الاختصاص الأصيل في مباشرة شؤون الحكم<sup>(٦٥)</sup>.

ولكن لما كان النظام البرلماني غير التقليدي قد امتاز باتجاهه نحو تعزيز وتقوية دور السلطة التنفيذية تجاه البرلمان، وارتقاء مركز رئيس الجمهورية على حساب الوزارة في مباشرة شؤون الحكم، فكيف استطاع هذا النظام من تنظيم المسؤولية السياسية للوزارة في ظل هكذا اتجاه؟ ومن أجل الإجابة على هذا التساؤل نبحت المسؤولية السياسية للوزارة في كل من فرنسا ومصر وفقاً للتقسيم الآتي:

### أولاً: المسؤولية السياسية للوزارة في فرنسا وفقاً لدستور سنة ١٩٥٨

إعمالاً لمبدأ الرقابة والتوازن في النظام البرلماني، تخضع الوزارة في دستور ١٩٥٨ الفرنسي إلى رقابة البرلمان (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) وذلك عن طريق السؤال والتحقيق البرلماني أما مسؤوليتها السياسية فتكون أمام الجمعية الوطنية.

ونظراً لأهمية السؤال البرلماني وفائدته فقد نصت عليه المادة (٤٨/الفقرة الثانية) من الدستور وذلك بأنه [ ... يتعين تخصيص جلسة أسبوعياً لمناقشة أسئلة أعضاء البرلمان وإجابات الحكومة... ].

ويشترط في الأسئلة البرلمانية أن تقدم مكتوبة، أما وصفها (مكتوبة أو شفوية) فانه يتوقف على طلب السائل بأن يرد رد الوزير شفاهة أو كتابة<sup>(٦٦)</sup>، ويوجه السؤال إلى الوزير المختص، أما إذا تعلق السؤال بالسياسة العامة للحكومة فيجب توجيهه إلى الوزير الأول<sup>(٦٧)</sup>.

ولمعالجة التأخر في الإجابة على الأسئلة،

اقترح الرئيس جيسكار عام ١٩٧٤ صيغة جديدة من الأسئلة تعرف بـ (أسئلة الحكومة)، وقد أقرت بالاتفاق بين الحكومة والبرلمان من دون أن تقتن لائحياً، إذ تخصص الجمعية الوطنية جلسة يحضرها الوزراء للرد على أسئلة النواب العاجلة، من دون أن يكون لمقدم السؤال حق التعقيب على إجابة الوزير<sup>(٦٨)</sup>، كما أنه منذ العام ١٩٩٣ قبلت الحكومة الإذلاء بتصريح أمام الجمعية الوطنية أسبوعياً، في موضوع تختاره هي، ويتبعه نقاش من دون أن يؤدي إلى طرح الثقة بالحكومة<sup>(٦٩)</sup>.

إلا أن ما يؤخذ على حق السؤال في ظل دستور ١٩٥٨ الفرنسي هو عدم فاعليته كوسيلة رقابية، وذلك بسبب تعقيدات الشؤون العامة التي تحول من دون إمكانية الفحص العميق للأنشطة الحكومية<sup>(٧٠)</sup>، فضلاً على أنه للوزير أن لا يرد على السؤال لمقتضيات المصلحة العامة<sup>(٧١)</sup>.

أما حق الاستجواب والذي يعدّ صناعة فرنسية وكان شائعاً في الجمهوريتين الثالثة والرابعة، إلا أنه ألغي تماماً في دستور ١٩٥٨ فلم ينص عليه كوسيلة رقابية، كما حسم أمر إلغاءه المجلس الدستوري في ٢٨/تموز/١٩٥٩ وذلك بعدم جواز تحويل السؤال إلى استجواب إطلاقاً<sup>(٧٢)</sup>، وبإلغائه فأن الدور السياسي للبرلمان الفرنسي في السيطرة على أعمال الحكومة قد فقدَ دوره الأساسي دستورياً<sup>(٧٣)</sup>.

أما التحقيق البرلماني فأن دستور سنة ١٩٥٨ لم ينص عليه عند صدوره، إلا أن المرسوم رقم (٥٨/١١٠٠) الصادر في ١٧/نوفمبر/١٩٥٨ والمعدل بالقانون رقم (٧٧/٨٠٧) الصادر في ١٩/تموز/١٩٧٧ نظم

تشكيل لجان التحقيق بهدف جمع المعلومات للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ<sup>(٧٤)</sup>، ووفقاً للتعديلات الدستورية سنة ٢٠٠٩ أضفى المشرع الدستوري الفرنسي المادة (٥١/الفقرة الثانية) والتي نصت على أنه [يمكن إنشاء لجان التحقيق داخل كل مجلس للقيام وفق الشروط التي ينص عليها القانون، باستقاء معلومات تساعد على ممارسة مهام المراقبة والتقويم...].

ويتم تشكيل لجان التحقيق بقرار من البرلمان بناءً على اقتراح من الكتل السياسية، ويراعى عند تشكيلها تمثيل الأحزاب السياسية كافة التي ينتمي إليها نواب البرلمان، ولها حق الاطلاع على المستندات وجميع الأوراق في دوائر الدولة، عدا تلك التي لها طابع السرية، وللجان التحقيق سلطة استدعاء الشهود، ولا يجوز لها النظر في القضايا التي ينظرها القضاء، كما لا يجوز إعادة تشكيل لجنة التحقيق حول المسألة نفسها إلا بعد مرور سنة من انتهاء مهمتها السابقة<sup>(٧٥)</sup>.

إلا أن ما يلاحظ على دور لجان التحقيق في ظل الجمهورية الفرنسية الخامسة أنه ضعيف جداً من الناحية العملية، فهي لجان يتم تشكيلها بصفة عامة على أثر فضيحة مالية أو سياسية في أغلب الأحيان، وتستغرق المناقشات داخلها وقتاً طويلاً، ويسودها جو من اللامبالاة، ولا تسفر عن نتائج محددة<sup>(٧٦)</sup>.

أما المسؤولية السياسية للوزارة فأنها تنحصر أمام الجمعية الوطنية من دون مجلس الشيوخ نظراً لعدم إمكانية حله، ولأنه سيؤدي إلى عدم الاستقرار الحكومي الناتج عن الخلل بين المسؤولية وعدم إمكانية الحل<sup>(٧٧)</sup>، وإن المسؤولية السياسية للوزارة في دستور الجمهورية الخامسة هي مسؤولية جماعية

(تضامنية) أما المسؤولية الفردية فلم يرد بشأنها نصاً في الدستور<sup>(٧٨)</sup>. ووفقاً للمادة (٤٩) من الدستور تحرك المسؤولية السياسية للوزارة بحالتين هما:

١- طرح الحكومة الثقة بنفسها: وهي الحالة التي يطرح فيها الوزير الأول بعد تداول مجلس الوزراء الثقة بالحكومة أمام الجمعية الوطنية، بناءً على برنامجها أو على بيان السياسة العامة أو على مشروع قانون يعرض على الجمعية الوطنية للتصويت عليه، وإذا لم تحصل الحكومة على موافقة الأكثرية، فعليها أن تقدم استقالتها إلى رئيس الجمهورية.

٢- اقتراح اللوم: وهي الحالة التي تحرك فيها الجمعية الوطنية اقتراح حجب الثقة عن الحكومة ويجب أن يتقدم بهذا الاقتراح عُشر أعضاء الجمعية على الأقل، ولا يجري الاقتراح عليه إلا بعد مضي ٤٨ ساعة على إيداعه، ولا يعدّ مقبولاً إلا إذا أقرته أغلبية الأعضاء الذين تتكون منهم الجمعية الوطنية<sup>(٧٩)</sup>.

وبموجب (م ٤٩ من الدستور) فإنه لا تعدّ في حساب الأصوات إلا تلك المؤيدة للاقتراح بلوم الحكومة، أما ما عداها فأنها تكون مؤيدة لبقاء الحكومة، حتى من امتنع عن التصويت أو كان تصويته باطلاً أو كان متغيباً أو مريضاً أو رئيساً للجلسة، فكل هؤلاء يُعدّون كأنهم صوتوا لصالح الحكومة، أي إن المقترح أمام خيارين أما مع أو ضد الحكومة، ووفقاً لهذه الطريقة في حساب الأصوات، فإن من الصعب توافر الأغلبية المطلقة لقبول اقتراح اللوم، وأنه بهذا التكتيك ضمن الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ مسؤولية الحكومة بطريقة يصعب معها تقريرها، وذلك لتفادي عدم الاستقرار الوزاري

الذي كان سائداً في عهد الجمهوريتين الثالثة والرابعة، ولذلك يجمع الفقه الفرنسي على أن صياغة المادة (٤٩) من الدستور بأنها تنطوي على ذكاء شديد وعقريية<sup>(٨٠)</sup>. وأن من أهم النتائج التي تترتبت على الشروط والإجراءات التي جعلت من طرح الثقة بالحكومة محدودة وصعبة هو عقلنة النظام البرلماني في ظل الجمهورية الفرنسية الخامسة<sup>(٨١)</sup>.

وفي حالة حجب الثقة يتقدم الوزير الأول باستقالة الحكومة إلى رئيس الجمهورية وفقاً لما قرره (م ٥٠) من الدستور، وتستمر الحكومة بتصرف الأعمال لحين تعيين حكومة جديدة، ولرئيس الجمهورية في هذه الحالة حل الجمعية الوطنية بموجب (م ١٢ من الدستور)، لنقول الهيئة الناخبة كلمتها في حسم الصراع بين الحكومة والجمعية الوطنية<sup>(٨٢)</sup>.

وإذا كان اقتراح اللوم من شأنه حجب الثقة عن الحكومة وإسقاطها، فإن هذه الاستقالة تؤدي بدورها إلى حل البرلمان وإلى انتخابات جديدة، وهذا ما جعل الجمعية الوطنية تخشى من استعمال هذا السلاح مخافةً من الحل، فبدلاً من أن يكون آلة بيدها، يصبح آلة بيد الحكومة تهدد باستعماله كلما حاولت الجمعية الوطنية الخروج عن إرادتها، وهذه احد الأسباب التي ساعدت على رضوخ السلطة التشريعية لإرادة السلطة التنفيذية<sup>(٨٣)</sup>.

إلا أن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى خروج الحكومة عن رقابة البرلمان، وإذا ما خرجت عن هذه الرقابة عملياً في بعض الأحيان، فالرقابة الشعبية تكون لها بالمرصاد، إذ إنه في الأنظمة الديمقراطية تأتي المحاسبة في الانتخابات مما يعني أن هناك دائماً ضوابط

تحول من دون تحوّل النظام الديمقراطي البرلماني باتجاه الاستبداد<sup>(٨٤)</sup>.

وعلى الرغم من أن المسؤولية السياسية للوزارة في ظل دستور ١٩٥٨ الفرنسي تتعقد أمام الجمعية الوطنية وحدها، إلا أن التجربة شهدت مسؤولية الحكومة أمام رئيس الجمهورية، إذ أعلن الرئيس ديغول في مؤتمره الصحفي بتاريخ ٣١/يناير/١٩٦٤ (إن بإمكانه تغيير الوزير الأول أما لأنه أنجز المهمة الموكول إليه تنفيذها، وأما لأنه لم يعد محل ثقته)، وتطبيقاً لذلك - على الرغم من عدم وجود نص دستوري- فإن هناك أربع حالات أجبرت فيها حكومة حائزة على ثقة البرلمان على الاستقالة، وهذه الحكومات هي: (حكومة ديبريه في عام ١٩٦٢، وحكومة بومبيدو في عام ١٩٦٨، وحكومة دلماس في عام ١٩٧٢، وحكومة مسمير في عام ١٩٧٤)، وقد اختلف الفقه بشأن هذه الاستقالات الجبرية، فمنهم من يرى بأنها لا تتضمن أي خرق للدستور طالما إن الوزير الأول لم يرفض أن يقدم استقالته<sup>(٨٥)</sup>، ومن رأى بأنها وإن خالفت الدستور إلا أنها تتوافق مع نظام الحكم في فرنسا ومنطقه<sup>(٨٦)</sup>، ومن رأى بأن انتخاب رئيس الجمهورية بالاقتراع العام المباشر جعل الوزير الأول مسؤولاً أمامه رغم عدم وجود نص دستوري بهذا الشأن<sup>(٨٧)</sup>، وأخيراً من رأى بأنها انتهاك للدستور من جانب بعض الرؤساء جاء عن طريق التضييق على الوزير الأول في قيامه بمهامه لإجباره على تقديم الاستقالة<sup>(٨٨)</sup>.

**ثانياً: المسؤولية السياسية للوزارة في مصر وفقاً لدستور ١٩٧١**

أخذ دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١ بالمسؤولية السياسية للوزارة (التضامنية

والفردية)، كما منح مجلس الشعب وسائل الرقابة على أعمال الوزارة، والتي تمثلت بحق السؤال والاستيضاح وإبداء الرغبات والتحقيق والاستجواب.

أما حق السؤال فقد تقرر بموجب (م ١٢٩ من الدستور) والتي نصت على أنه [ لكل عضو من أعضاء مجلس النواب ان يوجه إلى رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو أحد الوزراء أو نوابهم أسئلة في أي موضوع يدخل في اختصاصاتهم. وعليهم الإجابة على الأسئلة في دور الانعقاد ذاته. ويجوز للعضو سحب السؤال في أي وقت ولا يجوز تحويله في نفس الجلسة إلى استجواب] (٨٩).

وحق السؤال لا يتضمن معنى النقد والاتهام، وإنما الاستفسار عن أمر معين بجهله العضو أو للتحقق من حصول واقعة غير معلومة أو تبيان نية أو قصد الحكومة في شأن من الشؤون (٩٠).

وحق السؤال مقرر لكل عضو من أعضاء مجلس الشعب على حدة، وللعضو الذي وجه السؤال من دون غيره أن يستوضح الوزير، وأن يعلق على إجابته بإيجاز، ومع ذلك فالرئيس المجلس، إذ كان السؤال متعلقاً بموضوع له أهمية عامة أن يأذن بحسب تقديره لرئيس اللجنة المختصة بموضوع السؤال أو لعضو آخر بإبداء تعليق موجز أو ملاحظات موجزة على إجابة الوزير (٩١)، وإن حظر تقديم السؤال من أكثر من عضو، يرجع إلى أن السؤال سيتحول - في فرض تعدد الموقعين على السؤال - إلى استجواب (٩٢).

وقد كان حق السؤال الذي نصت عليه (م ١٢٤) من دستور ١٩٧١ الملغي يقترب من طلب الإحاطة الذي نصت عليه المادة (١٩٤)

من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري لسنة ١٩٧٩، وذلك بأنه [ لكل عضو من أعضاء المجلس أن يطلب إحاطة رئيس مجلس الوزراء أو غيره من أعضاء الحكومة علماً بأمر له أهمية عامة وعاجلة ويكون داخلاً في اختصاص من وُجّه إليه] (٩٣).

وطلب الإحاطة يلتقي مع حق السؤال في أنه أداة رقابة على الحكومة وأداة لجمع المعلومات (٩٤) إلا أن ما يميزه عن حق السؤال هو إلفات نظر من وُجّه إليه إلى مسألة عاجلة ومهمة لكي يعطيها اهتمامه وعنايته لما لها من أهمية (٩٥)، ووفقاً لقرار اللجنة العامة لمجلس الشعب بجلسة ١٩٨٠/٢/١٧ تقرر تخصيص ساعة في بداية كل جلسة لمناقشة طلبات الإحاطة والأسئلة (٩٦).

وحسنا فعل دستور ٢٠١٤ عندما نص في المادة (١٣٤) على طلبات الاحاطة، وبهذا يكون الدستور قد وضع حداً للخلط بينه وبين السؤال.

أما بشأن حق الاستيضاح (طرح موضوع عام للمناقشة)، فقد نصت عليه المادة (١٣٢) من الدستور وذلك بأنه [ يجوز لعشرين عضواً على الأقل من أعضاء مجلس النواب طرح موضوع عام للمناقشة لاستيضاح سياسة الحكومة بشأنه] (٩٧).

وبخلاف حق السؤال فإن طرح موضوع عام للمناقشة حق مقرر لفريق من أعضاء المجلس لا يقل عن عشرين عضواً ومن شأنه أن يفتح مناقشة عامة يشترك فيها أعضاء المجلس كافة من ناحية والحكومة من ناحية أخرى (٩٨)، ويُمكن المجلس من توجيه الوزارة

ومراقبة عملها<sup>(٩٩)</sup>، كما أنه يكشف للحكومة عن اتجاهات البرلمان في شأن المسألة المطروحة للمناقشة، ومدى دعمه لها في الإجراءات التي تتخذها<sup>(١٠٠)</sup>.

كما منح دستور مصر لسنة ٢٠١٤ لكل عضو من أعضاء مجلس النواب أن يقدم بيان عاجل إلى رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو أحد الوزراء، أو نوابهم في الأمور العامة ذات الأهمية. ويقصد من البيان العاجل وضع موضوعات معينة تهم الصالح العام تحت نظر الحكومة وتبادل الرأي بشأنها، وهي وإن كانت أقرب إلى صور التعاون بين المجلس والحكومة، إلا أنها قد تؤدي بصورة غير مباشرة إلى إثارة مسؤولية الوزارة، إذ إنها تطرح وجهة نظر الحكومة بشأن موضوعات معينة قد لا تروق لأعضاء المجلس فيمارسوا عليها رقابتهم عن طريق وسائل أخرى<sup>(١٠١)</sup>.

أما التحقيق البرلماني فقد منحه الدستور لمجلس النواب وذلك في المادة (١٣٥) منه والتي اكدت على أن لمجلس النواب أن يُشكل لجنة خاصة أو يكلف لجنة من لجانته بتقصي الحقائق في موضوع عام أو بفحص نشاط... أي جهاز تنفيذي أو إداري، أو أي مشروع من المشروعات العامة، وذلك من أجل تقصي الحقائق، وإبلاغ المجلس بحقيقة الأوضاع المالية أو الإدارية أو الاقتصادية، أو إجراء تحقیقات في أي موضوع يتعلق بعمل من الأعمال السابقة. وللجنة في سبيل القيام بمهمتها أن تجمع ما تراه من أدلة، وأن تطلب سماع من ترى سماع أقواله، وعلى جميع الجهات التنفيذية والإدارية أن تستجيب إلى طلبها، وأن تضع تحت تصرفها لهذا الغرض ما تطلبه من

وثائق أو مستندات أو غير ذلك.

وإن القصد من تمتع مجلس النواب بهذا الحق هو معرفة حقيقة الأوضاع في أجهزة السلطة التنفيذية وحتى يتمكن من أعمال رقابته عليها<sup>(١٠٢)</sup>، وأن مدها يقتصر على أعمال السلطة التنفيذية ولا يتعداه إلى أعمال السلطة القضائية<sup>(١٠٣)</sup>.

وينتهي التحقيق البرلماني أما بكشف نقص في التشريع فيسن المجلس تشريعاً جديداً، أو يكشف عن أخطاء أو سوء تصرف فيؤدي إلى إثارة المسؤولية الوزارية بنوعها، أما إذا لم يكشف التحقيق عن شيء فإنه يعني تجديد الثقة بالوزارة القائمة<sup>(١٠٤)</sup>.

أما حق الاستجواب فقد نص عليه الدستور في المادة (١٣٠) منه وذلك بأن [ لكل عضو في مجلس النواب توجه استجواب إلى رئيس مجلس الوزراء أو احد نوابه أو احد الوزراء أو نوابهم لمحاسبتهم في الشؤون التي تدخل في اختصاصاتهم...]. وتبدو أهمية الاستجواب في أنه مقدمة ضرورية لإمكان سحب الثقة من الحكومة برمتها أو احد أعضائها، فهو يحمل بين طياته معنى محاسبة الحكومة في مجملها أو احد أعضائها عن تقصير أو سوء تصرف<sup>(١٠٥)</sup>.

ولا تنحصر المناقشة في الاستجواب بين مقدمه ومن يوجه إليه، وإنما يجوز لأعضاء المجلس كافة الاشتراك فيها<sup>(١٠٦)</sup>.

وبلاحظ أن الاستجواب ينتهي إلى نتيجة من ثلاث<sup>(١٠٧)</sup>:

**النتيجة الأولى:** وهي نتيجة مثالية بالنسبة للحكومة، إذ تنتهي المناقشة إلى تقرير أن الحكومة قامت بواجبها على أحسن ما يكون

بشأن المسألة محل الاستجواب، مما يستدعي توجيه الشكر إليها بصورة أو بأخرى.

**النتيجة الثانية:** تكشف المناقشة بشأن الاستجواب أن الحكومة إن لم تكن قد أخطأت، فأنها أتت بأخطاء يسيرة يمكن التجاوز عنها، وينتهي الاستجواب إلى قرار بالانتقال إلى جدول الأعمال.

**النتيجة الثالثة:** وهي النتيجة الأسوأ بالنسبة للحكومة، إذ ينتهي الاستجواب إلى إدانة مجلس الشعب لها، وهو أمر لم يحدث على الإطلاق منذ أن عرفت مصر الحياة الدستورية.

وقد شهد الواقع العملي في مصر أبان تطبيق دستور ١٩٧١ الملغي عدم فاعلية الدور الرقابي لمجلس البرلمان، إذ يميل نواب الأغلبية - نواب الحزب الديمقراطي الوطني الحاكم - إلى استعمال وسائل الرقابة التي تدعو الحكومة إلى توضيح بعض الأمور كتوجيه الأسئلة أو طلبات الإحاطة أو إبداء اقتراح برغبة، أو أن يجعلوا مصير وسائل الرقابة التي تبدو عقابية مثل الاستجواب وتشكيل لجان التحقيق إذا ما استعملت من قبل المعارضة محكوماً بعدم الوصول إلى النتيجة المرجوة، إذ يعدون استعمالها أمراً محرماً للحزب لابد من إفشاله بأغليبتهم العددية<sup>(١٠٨)</sup>، ولذلك يلاحظ أن الأغلبية الساحقة للاستجوابات في مصر تنتهي إلى توجيه الشكر للحكومة بدلاً من اللوم<sup>(١٠٩)</sup>.

أما المسؤولية السياسية للوزارة (الفردية والتضامنية) في ظل دستور ١٩٧١ المصري فأنها تنعقد أمام مجلس الشعب وأمام رئيس الجمهورية، وأما مجلس الشورى فلا دور له في تقرير هذه المسؤولية، إذ نصت المادة

(٢٠١) من الدستور على أن [رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ووزيرهم من أعضاء الحكومة غير مسؤولين أمام مجلس الشورى].

وتنعقد المسؤولية السياسية للوزارة أمام مجلس الشعب بنوعها الفردية والتضامنية وفقاً لما نص عليه الدستور وذلك بأن الوزراء مسؤولون أمام مجلس الشعب عن السياسة العامة للدولة، وكل وزير مسؤول عن أعمال وزارته.

وتتم مسؤولية الوزير السياسية عن أعمال وزارته أمام مجلس النواب وفقاً لما رسمته المادة (١٣١) من دستور ٢٠١٤ وذلك بأنه [...] لمجلس النواب أن يقرر سحب الثقة رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو أحد الوزراء أو نوابهم، ولا يجوز عرض طلب سحب الثقة إلا بعد استجواب، وبناءً على اقتراح عُشر أعضاء المجلس على الأقل. و يصدر المجلس قراره عقب مناقشة الاستجواب. ويكون سحب الثقة بأغلبية أعضاء المجلس].

وان المسؤولية السياسية لرئيس مجلس الوزراء أو للوزير منفرداً بمقتضى النص أعلاه تحرك بناءً على طلب اقتراح سحب الثقة الذي يُقدّم من أعضاء المجلس كأحد الاقتراحات التي تتمخض عنها مناقشة الاستجواب، ويعدّ هذا الطلب المحرك الأساسي أو الأداة الرئيسية النهائية لتحريك هذه المسؤولية<sup>(١١٠)</sup>. أما الأغلبية الواجب توافرها لإصدار قرار سحب الثقة من الوزير فهي الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس - أي نصف الأعضاء + واحد من الأعضاء الذي يتكون منهم المجلس - وليس الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين<sup>(١١١)</sup>،

ولاشك أن هذه الأغلبية المطلوبة هي أغلبية مشددة<sup>(١١٢)</sup>.

الوزراء كرئيس للحكومة ولأنه يمثلها بجميع وزرائها<sup>(١١٤)</sup>.

وتنتهي المادة أعلاه من الدستور على أنه (إذا قرر المجلس سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء أو أحد نوابه أو احد الوزراء أو نوابهم واعلنت الحكومة تضامنها معه قبل التصويت وجب أن تقدم الحكومة استقالتها وإذا كان قرار سحب الثقة متعلقاً بأحد اعضاء الحكومة وجبت استقالته)، أي أن رئيس مجلس الوزراء أو الوزير الذي قرر المجلس سحب الثقة منه يجب عليه تقديم استقالته وليس كما كان الأمر بموجب دستور ١٩٧١ الملغي في المادة (١٢٦) إذ يعدّ معنزلاً من منصبه بقوة القانون من تاريخ قرار عدم الثقة، وأنه لا يستمر بصفة مؤقتة لتصريف العاجل من شؤون منصبه، إذ تسند شؤون منصبه لوزير آخر أو إلى رئيس مجلس الوزراء نفسه<sup>(١١٣)</sup>.

ويتولى مجلس الشعب تحريك هذا النوع من المسؤولية وفقاً لما نصت عليه المادة (١٢٧) من الدستور المعدلة في ٢٦/مارس/٢٠٠٧ وذلك بأنه [لمجلس الشعب أن يقرر بناءً على طلب عُشر أعضائه مسؤولية رئيس مجلس الوزراء ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس. ولا يجوز أن يصدر هذا القرار إلا بعد استجواب موجه إلى الحكومة، وبعد ثلاثة أيام على الأقل من تقديم الطلب. وفي حالة تقرير المسؤولية يعد المجلس تقريراً يرفعه إلى رئيس الجمهورية متضمناً عناصر الموضوع وما انتهى إليه من رأي في هذا الشأن وأسبابه. ولرئيس الجمهورية أن يقبل استقالة الوزارة أو أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام. فإذا عاد المجلس إلى قراره بأغلبية ثلثي أعضائه قبل رئيس الجمهورية استقالة الحكومة. وإذا رفض المجلس اقتراحاً بمسؤولية رئيس مجلس الوزراء فلا يجوز لمن طلب سحب الثقة أن يطلبها مرة أخرى في ذات الدورة]<sup>(١١٥)</sup>.

وحسنا فعل دستور ٢٠١٤ عندما دمج كل من المسؤولية الجماعية للوزارة والمسؤولية الفردية لأحد الوزراء في نص المادة (١٣١) بل أضاف إليها حكماً جديداً هو سحب الثقة من الحومة إذا تضامنت مع الوزير المستجوب إذا حدث هذا التضامن قبل الاستجواب وبشرط أن يفضي استجواب الوزير إلى سحب الثقة منه.

ويتضح من النص أعلاه أن لرئيس الجمهورية كل الحرية في قبول استقالة الوزارة – والتي من المفترض أن تكون الحكومة قد قدمتها عقب تقرير مسؤوليتها من مجلس الشعب<sup>(١١٦)</sup> – أو إعادة التقرير المقدم من المجلس إليه، ولكن في حالة إعادة التقرير وإصرار المجلس بأغلبية ثلثي أعضائه على مسؤولية رئيس مجلس الوزراء، تعين على رئيس الجمهورية قبول استقالة الحكومة<sup>(١١٧)</sup>.

وقد كان دستور ١٩٧١ الملغي قد افرد للمسؤولية الفردية والجماعية نصين هما نص المادة (١٢٦) سالف الذكر ونص المادة (١٢٧) ولا بأس من التطرق لها لأهميتها وتعليق الفقه المصري عليها ولحدوث تعديل عليها .

وأن هذه المسؤولية السياسية للوزارة أمام مجلس الشعب، توازيها صلاحية السلطة

فالمسؤولية التضامنية للوزارة أمام البرلمان تتحقق في شخص رئيس مجلس



التنفيذية في حل المجلس وإجراء انتخابات مبكرة، وهي صلاحية مناصرة برئيس الجمهورية يتخذها لوحده<sup>(١١٨)</sup>، إلا أن هذا لا يعني أن هناك توازناً بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في النظام المصري، فالقرار الذي يتخذه المجلس بأغلبية أعضائه بمسؤولية الحكومة والذي يلزمها بتقديم استقالتها إلى رئيس الجمهورية، لا يلزم الرئيس بقبول الاستقالة وله أن يرد تقرير المجلس إليه وعلى المجلس أن يصوت ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه لكي يقبل الرئيس استقالة الحكومة، وهذا ما يشكل قيلاً على مجلس الشعب في القيام بدوره في مراقبة الحكومة ومحاسبتها<sup>(١١٩)</sup>.

فضلاً عن أن نص المادة (١٢٧) من الدستور استحدثت قيلاً يحد من سلطة المجلس في سحب الثقة من الحكومة، وهو ما إذا رفض المجلس اقتراحاً بمسؤولية رئيس مجلس الوزراء فلا يجوز طلب سحب الثقة مرة أخرى لذات السبب في دور الانعقاد نفسه<sup>(١٢٠)</sup>.

ومما يجب الإشارة إليه بشأن المسؤولية السياسية للوزارة أمام مجلس الشعب إن دستور ١٩٧١ لم يشترط أن يتقدم رئيس مجلس الوزراء بإعلان السياسة العامة للوزارة، طالباً التصويت عليه بالثقة، إنما هو يلقي مجرد بيان عن سياسة وزارته بعد تكليفه بتشكيل الوزارة<sup>(١٢١)</sup>.

إلا أن الجديد الذي جاءت به المادة (١٣٣) من الدستور عند تعديلها في عام ٢٠٠٧، أنها قد ألزمت رئيس مجلس الوزراء بتقديم برنامج الوزارة إلى مجلس الشعب، وإذا لم يوافق المجلس على برنامج الوزارة الجديدة بأغلبية أعضائه، فلرئيس الجمهورية أن يحل المجلس أو يقبل استقالة الوزارة<sup>(١٢٢)</sup>.

أما المسؤولية السياسية للوزارة (الفردية والتضامنية) أمام رئيس الجمهورية فذلك ما نصت عليه المادة (١٤١) من الدستور بأنه [يعين رئيس الجمهورية رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم، ويعفيهم من مناصبهم]، وأن سلطة رئيس الجمهورية في إقالة رئيس مجلس الوزراء أو أي عضو آخر من أعضاء الحكومة هي سلطة مطلقة لم يعلقها الدستور على أي شرط<sup>(١٢٣)</sup>.

أما بعد تعديل نص المادة (١٤١) من الدستور عام ٢٠٠٧ أصبحت تنص على أن [يعين رئيس الجمهورية رئيس مجلس الوزراء ويعفيه من منصبه، ويكون تعيين نواب رئيس مجلس الوزراء والوزراء ونوابهم وإعفاؤهم من مناصبهم بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي رئيس مجلس الوزراء].

ويرى الفقه أمام هذا التعديل أن رئيس الجمهورية وأن كان مُلزمًا دستورياً بأخذ رأي رئيس الحكومة، إلا أنه غير ملزم بنتيجة هذا الرأي، وهكذا لم يأت التعديل بجديد، ففي كلا الحالتين - قبل وبعد التعديل - لرئيس الجمهورية اليد الطولى في اختيار أعضاء الحكومة وإقالتهم<sup>(١٢٤)</sup>.

ويبدو من نص المادة (١٤١) من الدستور أن ملامح النظام البرلماني المتطور - غير التقليدي - أكثر وضوحاً عن طريق تبعية الحكومة لرئيس الجمهورية ومسؤوليتها أمامه<sup>(١٢٥)</sup>.

وقد جاءت هذه المسؤولية أمام رئيس الجمهورية نتيجة تبني الدستور المصري لسنة ١٩٧١ طابعاً جمع فيه بعض مظاهر النظام



الرئاسي والنظام البرلماني، فطبقاً للنظام البرلماني تكون المسؤولية أمام البرلمان، وأما النظام الرئاسي فيقر المسؤولية أمام رئيس الدولة<sup>(١٢٦)</sup>.

أما في ظل الواقع العملي فقد شهد أن البرلمان لم يسحب الثقة من أية حكومة أو وزير في مصر<sup>(١٢٧)</sup>، وإنما جرت العادة على أن رئيس الجمهورية هو الذي يقيل الوزارة برمتها أو أحد أعضائها، حتى لو كانت حائزة على ثقة البرلمان<sup>(١٢٨)</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثر الإرادة الشعبية على العلاقة بين السلطتين

ينعقد الأجماع على أن قوة رئيس الجمهورية في النظام النيابي المختلط تأتي من طريقة انتخاب الشعب له، والتي منحته مركزاً مرموقاً يتفوق على باقي السلطات في الدولة، فضلاً عن ما يمنحه له الدستور من اختصاصات منفردة واسعة، وأخرى يشترك فيها بصورة فعلية مع الوزارة، ومن ثم رجحان كفته داخل السلطة التنفيذية التي تحكمها مبدأ الثنائية حسب قواعد وarkan النظام البرلماني.

• الوسائل الدستورية الأخرى (علاقة القانون باللائحة) و(المسؤولية).

إلا أن الحقيقة هي أن هذه الوسائل - السابق ذكرها - موجودة في صلب الدستور، وأن خروجها إلى حيز التنفيذ تتحكم فيه عوامل سياسية أخرى، مردها أولاً وأخيراً إلى الإرادة الشعبية، فإذا أتى الناخبون بأغلبية برلمانية مغايرة للأغلبية الرئاسية، هنا تضعف قوة

رئيس الجمهورية في مواجهة الوزارة، أما حين تكون الأغلبية البرلمانية هي نفسها الأغلبية الرئاسية، أي أنهما من لون حزبي واحد، يصبح الوزير الأول تابعاً سياسياً وإدارياً لرئيس الجمهورية، إعمالاً للقواعد الحزبية، كما أن الأغلبية البرلمانية لن تخذل على الإطلاق رئيس الجمهورية الذي يحتل الصدارة في موقع الحزب<sup>(١٢٩)</sup>. أي أن قوة رئيس الجمهورية في مواجهة الوزارة واستثنائه بالسلطة التنفيذية مرتبط عملياً بتأييد الأغلبية النيابية له<sup>(١٣٠)</sup>.

ولبيان أثر كل من حالة اتحاد أو اختلاف الأغليبتين الرئاسية والبرلمانية على مركز وقوة رئيس الجمهورية في مواجهة الوزارة، في ظل النظام البرلماني غير التقليدي، نعرض لهما وفقاً للفرعين الآتيين:

### الفرع الأول

#### حالة اتحاد الأغليبتين الرئاسية والبرلمانية

إذا ما أسفرت الانتخابات التشريعية عن أغلبية برلمانية مؤيدة لرئيس الجمهورية، فإن رئيس الجمهورية لن يواجه مشاكل أو صعوبات كبيرة في ممارسة اختصاصاته، وفي توجيه السياسة العامة على النحو الذي يراه، إذ تشكل في هذه الحالة حكومة موالية له تعمل على تنفيذ اتجاهاته السياسية<sup>(١٣١)</sup>.

وتكمن الأسباب الحقيقية لسيطرة رئيس الجمهورية في حالة اتحاد الأغليبتين، ليس فقط في تشابه الانتماء السياسي، إنما أيضاً في كون رئيس الجمهورية يكون عادةً زعيم هذا الاتجاه السياسي أو أحد الزعامات المتنفذة فيه، فهو من الناحية الحزبية التنظيمية يشكل قمة

سيطرة تامة على مقاليد الحكم ولم يواجهوا مشاكل تذكر<sup>(١٣٧)</sup>، ومن ثم النظام البرلماني المتطور - غير التقليدي- لصالح رئيس السلطة التنفيذية<sup>(١٣٨)</sup>.

أما في مصر وفي ظل دستور سنة ١٩٧١ الملغي فقد شهدت اتحاد الأغليبتين الرئاسية والبرلمانية على الدوام، فرئيس الجمهورية يجمع في الوقت نفسه بين رئاسة الدولة ورئاسة الحزب الحاكم ذي الأغلبية البرلمانية، لذلك لم تثر مشاكل كالتى أثيرت في فرنسا منذ العام ١٩٨٦<sup>(١٣٩)</sup>، إذ كان الحزب الحاكم في مصر -قبل التعديل الدستوري لانتخاب رئيس الجمهورية في عام ٢٠٠٥- يحكم قبضته على المنفذ الوحيد للوصول إلى منصب الرئاسة، أما بعد تعديل عام ٢٠٠٥ فقد أوجد صيغة لإدخال هذا المنصب دائرة نفوذه عن طريق ضوابط الترشيح<sup>(١٤٠)</sup>.

وقد أثبتت تجارب التاريخ الدستوري في مصر، أن أنظمة الحكم اصطبغت بصفة الحكام، وارتبطت أشد الارتباط بأشخاص الرؤساء، وتميزت بتركيز جل سلطات الدولة في أيدي رؤسائها الذين يضطلعون بالدور الأول والأكبر في تسيير دفة الحكم وتنظيم شؤون الدولة، مع إضعاف مؤسسات الدولة الأخرى، كما أظهرت الممارسات العملية عدم السماح بظهور أو تواجد زعماء آخرين على الساحة السياسية<sup>(١٤١)</sup>، وعليه تعد الحكومة في مصر هيئة تنفيذية تابعة لرئيس الجمهورية لا تملك استقلالاً تجاهه فهو الذي يعينها وهو الذي يقيلها<sup>(١٤٢)</sup>.

ونخلص بالقول إلى أنه لا توجد حالة اتحاد أو اختلاف بين الأغليبتين الرئاسية والبرلمانية

الهرم الذي يجب أن يطاع، وهذا الأمر يعطي لرئيس الجمهورية سيطرة تامة على أعضاء الوزارة وعلى أغلبية أعضاء البرلمان<sup>(١٣٧)</sup>، وفي هذه الحالة يصبح رئيس الجمهورية هو صاحب السلطة الفعلية في تحديد سياسة الأمة بمساعدة الوزير الأول والحكومة، ومن ثم فإن هذه الحكومة من الناحية الواقعية لا تشكل كياناً سياسياً بقدر ما تشكل وسيلة في يد رئيس الجمهورية، يستعين بها لتنفيذ سياسة الأمة الموضوعة من قبله<sup>(١٣٨)</sup>.

وإزاء هذه الحالة اتجه البعض من الفقه إلى عد هذا النظام نظاماً شبه رئاسي، وذلك لوجود رئيس يتمتع باختصاصات واسعة إلى جانب حكومة غالباً ما تكون تابعة له ولها الأغلبية البرلمانية، مما يغلب الطابع الرئاسي أكثر من الطابع البرلماني<sup>(١٣٩)</sup>.

ولقد شهدت الجمهورية الفرنسية الخامسة منذ سنة ١٩٦٢ وحتى سنة ١٩٨٦ أفضل مثال (لواحدية أغلبية ذات هيمنة من قبل رئيس الدولة)<sup>(١٤٠)</sup>، ونتيجةً لاتحاد الأغليبتين الرئاسية والبرلمانية يصبح رئيس الدولة هو الرئيس والحكومة والمشرع في آن واحد، ويمارس هذه المهام عن طريق أعضاء الحكومة وأعضاء البرلمان، الذين يمررون له كل ما يريد، ويكون لرئيس الدولة سلطة حيال مشاكل الأمة كافة، وبتعبير أكثر إيضاحاً، تصبح الجمهورية الفرنسية الخامسة بمؤسساتها الدستورية كمجموعة تدور في محور جاذبية رئيس الدولة<sup>(١٤١)</sup>.

وقد سار النظام السياسي الفرنسي سيراً مستقراً خلال المدة من سنة ١٩٦٢ إلى سنة ١٩٨٦، وحقق رؤساء الجمهورية آنذاك

هذا إضافة إلى أنه بوسع الأغلبية البرلمانية حجب الثقة عن الحكومة الأداة الضرورية لتنفيذ سياسة رئيس الجمهورية<sup>(١٤٥)</sup>

وقد عرفت حالة اختلاف الأغليبتين الرئاسية والبرلمانية لأول مرة في ظل الجمهورية الفرنسية الخامسة، غداة الانتخابات التشريعية سنة ١٩٨٦، والتي أفرزت في البرلمان أغلبية يمينية مواجهة لرئيس جمهورية اشتراكي وهو فرانسوا ميتران، والذي اضطر إلى تعيين حكومة يمينية بقيادة جاك شيراك، وقد سميت هذه الحالة بحالة التعايش أو التعايش الدستوري إذ إن الدستور يلزمهما بالتعاون في كثير من المجالات<sup>(١٤٦)</sup>.

وإزاء هذه الحالة نادى البعض بضرورة استقالة رئيس الجمهورية من منصبه، ذلك أن نتيجة الانتخابات التشريعية تنم في الحقيقة على استفتاء غير مباشر على شخص رئيس الجمهورية، إذ تحول رأي جمهور الناخبين من التيار الاشتراكي إلى الاتجاه اليميني، وضرورة إجراء انتخابات رئاسية جديدة حتى يتحقق الانسجام بين سياسة طرفي السلطة التنفيذية، أي سياسة رئيس الدولة والأغلبية البرلمانية اليمينية، إلا أن إصرار رئيس الجمهورية على البقاء في منصبه، وإصرار الأغلبية البرلمانية على تشكيل الوزارة أظهر منذ سنة ١٩٨٦ التواجد المتعارض بين طرفي السلطة التنفيذية<sup>(١٤٧)</sup>.

ومع بداية مرحلة التعايش برز التعارض واضحاً بين سياسة رئيس الجمهورية وبين سياسة الوزارة اليمينية الجديدة، التي وقفت في مواجهة رئيس الجمهورية وساندتها الأغلبية البرلمانية<sup>(١٤٨)</sup>، وبذلك أدى التعايش إلى نقل

في ظل تجربة دستور مصر لسنة ١٩٧١ الملغي، ما دام أنها لم تشهد تعددية حزبية يكون الرئيس عضواً في أحدها تتنافس على الساحة السياسية، وإنما شهدت هيمنة حزب حاكم سيطر على الأغليبتين وأخضعهما لهيمنة ونفوذ وسلطة رئيس الجمهورية. أما في ظل تطبيق دستور ٢٠١٤ الحالي فلم تشهد الساحة السياسية المصرية حالة ائتلاف أو اختلاف بين الاغليبتين، رغم وجود تعددية حزبية وانتخابات شعبية.

## الفرع الثاني

### حالة اختلاف الأغليبتين الرئاسية والبرلمانية

إذا ما أسفرت الانتخابات التشريعية عن وجود اختلاف في الاتجاه السياسي بين رئيس الجمهورية والأغلبية البرلمانية، فإنه يصعب على رئيس الجمهورية ممارسة مهامه في ظروف ينعدم فيها الوفاق بين الأغليبتين<sup>(١٤٩)</sup>.

لأنه في هذه الحالة سيكون رئيس الجمهورية بين خيارين: أما أن يُعيّن الوزير الأول من الأغلبية البرلمانية المعارضة لاتجاهه السياسي، ومن ثم لن يستطيع فرض سياسته على الحكومة، وأما أن يفرض حكومة على رأسها وزير أول من الأقلية البرلمانية الموالية لاتجاهه السياسي ليقوم بتنفيذ سياسته، ومن ثم يسهل على الأغلبية البرلمانية أن تعرقل عمل الوزير الأول، وذلك برفضها إقرار مشروعات القوانين التي يقدمها، ومنح الاعتمادات المالية التي يطلبها، وقد تتخذ موقفاً أكثر حزمًا بتوجيه اللوم إليه، وهذا يعني أن على رئيس الجمهورية أن يدعن أو يستقيل<sup>(١٤٤)</sup>،

السلطة الحكومية التي تمتع بممارستها رؤساء الجمهورية في فرنسا منذ سنة ١٩٦٢ إلى سنة ١٩٨٦ إلى الوزير الأول<sup>(١٤٩)</sup>.

وإزاء هذه الحالة اتجه البعض من الفقه إلى عد هذا النظام نظام برلماني عقلائي، ذلك لوجود حكومة تتمتع بالأغلبية خلافاً للرئيس الذي يصبح موقفه ضعيفاً لكونه ينتمي إلى الأقلية المعارضة في البرلمان، وأنه وإن كان يحتل مركزاً مهماً في نصوص الدستور، إلا أن تصرفاته تكون مطبوعة دائماً بالتأني حفاظاً على مركزه مع ما يترتب على ذلك من تراجع مؤسسة رئاسة الجمهورية أمام الحكومة<sup>(١٥٠)</sup>.

وعليه فإن كفة الوزارة ترجح على كفة رئيس الجمهورية في ميدان السلطة التنفيذية إذا كان الرئيس لا يتمتع بأغلبية برلمانية بينما تتمتع بها الوزارة، ويسود ومن ثم النظام البرلماني التقليدي إذ تعدّ الوزارة الطرف الرئيس الفعال في ميدان السلطة التنفيذية<sup>(١٥١)</sup>، وهذا ما أكدته تجارب التعايش بين رئيس الجمهورية وحكومة مدعومة من أغلبية برلمانية غير رئاسية في الحقب ما بين ١٩٨٦ و١٩٨٨ وما بين ١٩٩٣ و١٩٩٥، وما بين ١٩٩٧ و١٩٩٩<sup>(١٥٢)</sup>.

ونخلص مما سبق إن قوة ومركز رئيس الجمهورية في ظل النظام البرلماني غير التقليدي، والتي يتفوق بها على باقي سلطات الدولة كما هو الحال في الجمهورية الفرنسية الخامسة، إنما يتمتع بها عن طريق انتخاب الشعب له، وبما أتاه الدستور من اختصاصات فعلية واسعة، وبما تمنحه له الأغلبية البرلمانية المؤيدة له من قوة ونفوذ داخل السلطة التشريعية ودعمها لوزارة تابعة وموالية لرئيس الجمهورية، إلا أن هذا الدور الريادي في

مجال الحكم الذي يتمتع به رئيس الجمهورية قد يتأثر سلباً في حالة بروز أغلبية برلمانية تنتمي إلى اتجاه سياسي معارض لاتجاه رئيس الجمهورية، إذ أنه في هذه الحالة يتراجع دور رئيس الجمهورية لحساب ولصالح الوزارة ووزيرها الأول المدعوم من الأغلبية البرلمانية المعارضة لاتجاه الرئيس، ومن ثم تتأثر طبيعة النظام السياسي، إذ إنه يكون في حالة التعايش أقرب إلى النظام البرلماني بصورته التقليدية.

## الخاتمة

بعد أن أوضحنا قوة السلطة التنفيذية في النظام السياسي في ظل دستور الجمهورية الخامسة، عن طريق بحث أثره في النظام السياسي ونوع السلطات التي تدعم هذا الدور وأثر الواقع السياسي في مدى ممارسة هذا الدور، توصلنا إلى بعض النتائج وهي كالآتي:-

إن الأسباب التي حدثت بواضعي دستور ١٩٥٨ الفرنسي، إلى تقوية دور السلطة التنفيذية، يعود أساساً إلى ما واجهته الجمهورية الرابعة، في دستورها لعام ١٩٤٦، من ملامح ضعف، والتي تتمثل في ظاهرة عدم الاستقرار الوزاري وظاهرة عدم صلاحية الجمعية الوطنية في ممارسة وظائفها وكذلك ظاهرة ضعف سلطة رئيس السلطة التنفيذية بصورة عامة.

الأمر الذي دعا الجمعية الوطنية إلى وضع سلطة الحكومة بيد الجنرال (ديغول)، بعد أن تدهورت الحياة السياسية في البلاد تدهوراً شديداً، وفوضت إليه سلطة وضع دستور جديد للبلاد، لذلك عمل الجنرال ديغول على جعل دور السلطة التنفيذية في ظل الدستور الجديد

دوراً فاعلاً ومتميزاً ، بعد أن كان دوره هامشياً في ظل كل من الجمهوريتين الثالثة والرابعة .

وكان للدور الكبير الذي تمتعت به السلطة التنفيذية عموماً ورئيس الجمهورية خصوصاً في ظل دستور ١٩٥٨ الأثر الكبير على طبيعة النظام السياسي الذي اعتنقه ، خصوصاً بعد تعديل الدستور عام ١٩٦٢ . الأمر الذي دفع الفقه إلى القول بأن النظام السياسي الذي جاء به الدستور هو النظام الرئاسي أو شبه الرئاسي أو هو على أقل تقدير نظام برلماني ولكن يصفونه بأوصاف مختلفة كالمطور أو العقلاني أو حتى المنحرف .

إن الدور المتعاظم لرئيس الجمهورية في دستور الجمهورية الخامسة يمكن أن يترجع ويتخاذه إلى مجرد دور أدبي أو شرفي ، فالدور الذي رسمه الدستور للرئيس يتوقف أساساً على مدى دعم الأغلبية البرلمانية .

فإذا أسفرت الانتخابات التشريعية عن وجود أغلبية مؤيدة أو تنتمي لنفس التيار السياسي لرئيس الجمهورية فسيكون ذلك حتماً دعماً لهذا الرئيس عن طريق سيطرته على الوزارة وعلى الأغلبية البرلمانية المؤيدة لها ، وهذا بدوره يعني قوة الدور الذي يلعبه رئيس الجمهورية في النظام السياسي عن طريق السلطات التي يمتلكها بموجب الدستور ، سواء تلك التي يمارسها بشكل منفرد أو بالاشتراك مع الوزارة .

أما إذا جاءت الانتخابات التشريعية بأغلبية برلمانية معارضة للتيار السياسي لرئيس الجمهورية ، وهو ما حدث فعلاً في فرنسا ، فإن ذلك سيعني انحسار دور رئيس الجمهورية إلى أبعد حد ممكن ، بسبب عدم سيطرته لا

على الوزارة ولا على الأغلبية البرلمانية في المجلس .

الأمر الذي يعني أن السلطات التي كفلها الدستور لرئيس الجمهورية هي ليست سلطات دائمية أو مطلقة ، إنما هي مؤقتة ومقيدة بتأييد الأغلبية البرلمانية لرئيس الجمهورية.

## الهوامش

١. دانا عبد الكريم سعيد، دور البرلمان في الأنظمة البرلمانية المعاصرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٣، ص٣١٩.

٢. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٢٨١ .

٣. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص٦٤٦ .

٤. فدوى مرابط، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط١، ٢٠١٠، ص١٦٣ .

٥. رأفت فوده، ثنائية السلطة التنفيذية بين الشكل والموضوع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٣٩٩ ، ٤٠٠ ، عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٠، ص١٤٠ .

٦. أنطوان اسعد، موقع رئيس الجمهورية ودوره في النظام السياسي اللبناني قبل وبعد الطائف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨، ص٥٦٢ .

٧. إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص٣٤٣ .

٨. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط٣، ١٩٧٤، ص١٥٣ .

٩. نظراً لطابع العموم والتجريد الذي تتميز به اللوائح يسميها الفقه عادةً بالتشريعات الفرعية، فهي تشريعية كونها قواعد عامة وفعالية لصدورها عن السلطة التنفيذية التي هي ليست السلطة الأصلية في التشريع. ينظر: محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء

الإداري، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٦.

١٠. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٤٣ وما بعدها.

١١. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، مصدر سابق، ص ١٥٣، ١٥٤.

١٢. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٤٦.

١٣. زهير شكر الوسيط في القانون الدستوري، ج ١، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط ٣، ١٩٩٤، ص ٣٠٥، ٣٠٦.

١٤. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٦٠، حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٤٢. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأفكار الرئيسية التي شكلت أساس الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ جاءت من ثلاثة مصادر هي: الجنرال ديغول وميشال دوبريه والأفكار الدستورية التي انتشرت في تلك المرحلة من خلال كبار الموظفين في مجلس الدولة، والذين حاولوا الاستفادة من تجربة الجمهورية الرابعة ومعالجة مواطن الضعف في هذه التجربة، ومنهم (ريمون جانو Raymond Janot) الذي اقنع الجنرال ديغول بضرورة تحديد مجال البرلمان في التشريع. ينظر: عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٣٤ وما بعدها.

١٥. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٤٦، سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ١٣٤.

١٦. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، مصدر سابق، ص ١٣٤.

١٧. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، مصدر سابق، ص ١٥٥، ومؤلفه الآخر، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون جهة طبع، ١٩٨٨، ص ٥٠٤، محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٥١.

١٨. وهذا ما ذهب إليه أغلب الفقه ومنهم: مورييس

دوفرجيه، مصدر سابق، ص ٢٧٤، أندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦٩ وما بعدها، هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة: محمد وطفه، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط ١، ٢٠٠١، ص ١٣١، محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٤٧، زهير شكر، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٠٦، سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، مصدر سابق، ص ١٣٤، سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، مصدر سابق، ص ١٥٤ ومؤلفه الآخر، النظم السياسية، مصدر سابق، ص ٥٠٤، إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٤٤، سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج ٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط ٤، ١٩٩٩، ص ٢٣، عثمان عبدالمك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء، جامعة الكويت، ط ٢، ١٩٩٤، ص ٩، عصمت عبدالله الشيخ، النظم السياسية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨، ١٩٩٩، ص ١٦٤.

١٩. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩، ص ٨٥٢.

٢٠. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، مصدر سابق، ص ١٥٦، سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، مصدر سابق، ص ١٣٤، عثمان عبدالمك الصالح، مصدر سابق، ص ٩.

٢١. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، مصدر سابق، ص ٨٥٥، ٨٥٦، إسماعيل البدوي، اختصاصات السلطة التنفيذية في الدولة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ١٩٩٣، ص ٤٤٦.

٢٢. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٤٧، سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، مصدر سابق، ص ١٥٤ ومؤلفه الآخر، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص ٥٠٤ محمد انس قاسم جعفر، مصدر سابق، ص ١٧٠، إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٤٤، أندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج ١، ترجمة: علي مقلد، شفيق حداد، عبد الحسن

خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، مصدر سابق، ص ٣٧٧، محمود عاطف البناء، الوسيط في النظم السياسية، بدون جهة طبع، ١٩٩٥، ١٩٩٦، ص ٣٢٩، إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٢٠، ادمون رباط، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٥٠، عبدالله إبراهيم ناصف، مدى توازن السلطة مع المسؤولية في الدول الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٩٢، نزيه رعد، مصدر سابق، ص ١٩٠.

٣٤. عبدالغني بسيوني، سلطة مسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني المؤسسة الجامعية، لبنان، ١٩٩٤، ص ٢٣١، ادمون رباط، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٥٠، عمرو فؤاد احمد بركات، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في الأنظمة الدستورية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٣٨.

كاظم علي الجنابي، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في النظام البرلماني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٠٧ وما بعدها.

٣٦. رافع خضر صالح شبر، دراسات في مسؤولية رئيس الدولة العراقية، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

37. Antide Moreau: la haute trahison du president de la republique saus la rerpullque r.d. (4/6) 1987, p.1551.

٣٨. نقلاً عن رافع خضر صالح شبر، دراسات في مسؤولية رئيس الدولة العراقية، مركز العراق للدراسات، بغداد، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٢٥٧، عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٩٨ وما بعدها، وتجدر الإشارة أنه لم يحدث أن تعرض أي رئيس في ظل الجمهورية الخامسة لتهمة الخيانة العظمى، وإن كان هناك اقتراح تقدم به رئيس مجلس الشيوخ (مونير فيل Monerville) لدى لجوء الرئيس ديغول إلى الاستفتاء بتعديل الدستور ولكن المجلسين لم يقررا توجيه تهمة الخيانة العظمى للرئيس. ينظر: سعيد بو الشعير، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٦٨.

٣٩. اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٩٩، نزيه رعد، مصدر سابق، ص ١٩١.

٤٠. عبدالغني بسيوني، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة

سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٤، ص ٤٢١، ص ٤٧٠.

٢٣. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٥٩، ٦٦٠، اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٧١، وسام صبار العاني، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية، مطبعة الميناء، بغداد، المتنبي، ط ١، ٢٠٠٣، ص ١٥١.

٢٤. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٦١، وبنفس المعنى، هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة: محمد وطفه، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط ١، ٢٠٠١، ص ١٥٠.

٢٥. حافظ علوان حمادي الدليمي، النظم السياسية في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، دار وائل، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠٠١، ص ١٥١، عيد العظيم عبدالسلام، الدور التشريعي لرئيس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٦٩.

٢٦. احمد سلامة بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٥٤٦، ٥٤٥، اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٧١.

٢٧. احمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص ٣٢١، وسام صبار العاني، مصدر سابق، ص ١٥٠.

٢٨. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٦٢، اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٧٠، هنري روسيون، مصدر سابق، ص ١٤٧.

٢٩. فدوى مرابط، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، مصدر سابق، ص ٢٧٠.

٣٠. فدوى مرابط، نفس المصدر، ص ١٦٣ وما بعدها، ص ٢٥٩.

٣١. حافظ علوان حمادي الدليمي، مصدر سابق، ص ١٥٦، محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، مصدر سابق، ص ٣٦٤ وما بعدها.

٣٢. أنطوان اسعد، مصدر سابق، ص ٤٣٦، ٤٣٧.

٣٣. اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٢٠، موريس دمفرجيه، مصدر سابق، ص ٢٣٩، محسن



ينظر: ابو الخير احمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٥، باتريك اوفير، إصلاح مسؤولية رئيس الجمهورية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، مراجعة: وسيم منصورى، مجلة القانون وعلم السياسة، ٢٤، ق ٣، ٢٠٠٧، ص ٤١٢.

٥٤. ذلك ان المادة(٢٧) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تنص على أن [ يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية وبصفة خاصة فإن الصفة الرسمية للشخص سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة... لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي...]، إضافة إلى المواد(٥، ٦، ٧، ٨) والتي تناولت أنواع الجرائم وأصبح رئيس الجمهورية مسؤولاً عنها وفقاً لنظام روما الأساسي. ينظر: باتريك اوفير، إصلاح مسؤولية رئيس الجمهورية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، مراجعة: وسيم منصورى، مجلة القانون وعلم السياسة، ٢٤، ق ٣، ٢٠٠٧، ص ٤١٠ رفعت عيد سيد، النظرية العامة للقانون الدستوري، الكتاب الثاني( نظام الحكم في دستور ١٩٧١)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٧٥.

٥٥. باتريك اوفير، مصدر سابق، ص ٤١٢ وما بعدها، وبنفس المعنى رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.

٥٦. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

٥٧. يجمع الفقه المصري على أن مفاد عدم تنظيم الدستور لهذه المسؤولية هو الإقرار بعدم مسؤولية رئيس الجمهورية سياسياً. ينظر: عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٤١١.

٥٨. وهذا ما ذهب إليه اغلب الفقه في مصر ومنهم: إبراهيم عبدالعزيز شيجا، النظام الدستوري المصري، دراسة تحليلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٣٣٦، سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١، ص ٨٦، يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤،

في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

٤١. عبدالله إبراهيم، مصدر سابق، ص ١٩٩، محمود عاطف البنا، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

٤٢. محمود عاطف البنا، مصدر سابق، ص ٣٣٠، عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٢٣، عبدالغني بسيوني، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

٤٣. اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٥٠٠، نزيه رعد، مصدر سابق، ص ١٩١.

٤٤. سامي محمد الغنام، رئيس الدولة في الأنظمة الديمقراطية الغربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص ٢٩٤.

٤٥. سعيد بوشعير، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٦٨، عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٩٣.

٤٦. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٤٢.

٤٧. عمرو فؤاد أحمد بركات، مصدر سابق، ٦٦، عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٤٣.

٤٨. سعيد بو الشعير، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٦٨، عمرو فؤاد أحمد بركات، مصدر سابق، ص ٦٧، حافظ علوان حمادي الدليمي، مصدر سابق،

ص ١٥٩، عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٤٣.

٤٩. سعيد بو الشعير، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٦٩، عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٩٦.

٥٠. كاظم علي عباس الجنابي، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ٢١٦.

٥١. عبدالغني بسيوني، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ٢٨٤، ٢٨٥.

٥٢. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٢٠٠، ٢٠١.

٥٣. جاء هذا التعديل الدستوري ليتلاءم مع بنود نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والذي صادقت فرنسا عليه في ٩/حزيران/١٩٩٩.



- ص ٢٣٧، ٢٣٨.
٦٩. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٧٢.
٧٠. إيهاب زكي سلام، الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٨٢.
٧١. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٨١، وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، مصدر سابق، ص ٢٤١، اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥١.
٧٢. وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، مصدر سابق، ص ٢٤٤، حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص ٣٤٢، ٣٤٣.
٧٣. حسان محمد شفيق العاني، المبادئ النظرية لتحليل النظم السياسية في الجزائر وإيطاليا وفرنسا، مطبعة التعليم العالي، جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص ١٦٦.
٧٤. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٨٣. وفي هذا الشأن يرى الفقيه ديكلي (أن حق إجراء التحقيق حق طبيعي لكل مجلس نيابي يكفي لتبريره الاستناد إلى النصوص الدستورية التي تجعل للمجلس حق اقتراح القوانين وإقرارها فضلاً عن النصوص الدستورية التي تقيم المسؤولية الوزارية). نقلاً عن وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، مصدر سابق، ص ٢٤٥.
٧٥. دانا عبدالكريم، مصدر سابق، ص ٢٠٠ وما بعدها.
٧٦. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٨، إيهاب زكي سلام، مصدر سابق، ص ١٤٥.
٧٧. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٧٢.
٧٨. إيهاب زكي سلام، مصدر سابق، ص ١٨٧، وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، مصدر سابق، ص ٢٧٠.
٧٩. ينظر: إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٤٨، ص ١٦٥، ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٥٢، سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٥٨٠، جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، بدون جهة طبع، ٢٠٠٧، ص ٣٤٦، ص ٣٤٩، صلاح الدين فوزي، واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ٢٠٠٣، ص ٣٧، عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٤١١، ص ٤٣٦، رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٢٦٥ وما بعدها، عبدالغني بسيوني، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ٢٣٩، ص ٢٥٩، محسن العبودي، المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة الدستورية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، ص ٥٦٦، ٥٦٦، صبري محمد السنوسي، الدور السياسي للبرلمان في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٠٨.
٥٩. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٤٤٦.
٦٠. عبدالغني بسيوني، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ٢٨٩.
٦١. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٥٨٠.
٦٢. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٢٦٧.
٦٣. عمارة فتيحة، مسؤولية رئيس الجمهورية، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد ٥، ٢٠١٠، ص ١٣٨، ص ١٤٦.
٦٤. وحيد رأفت، وايت إبراهيم، القانون الدستوري، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، مصر، ١٩٣٧، ص ٣٦٣، ٣٦٤.
٦٥. رأفت فوده، ثنائية السلطة التنفيذية، مصدر سابق، ص ٢٦٠، ٢٦١.
٦٦. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٨١.
٦٧. دانا عبد الكريم سعيد، مصدر سابق، ص ١٨٨.
٦٨. وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٨،

- ٣٤٩، زهير شكر، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مصدر سابق، ج ١، ص ٣١٢، اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٦ وما بعدها، رأفت فودة، مصدر سابق، ص ٣٨١ وما بعدها، محمد قدرى حسن، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٤٠٢ وما بعدها.
٨٠. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٨٤، ١٨٨.
٨١. ذهب الفقيه ديدر مايس (Didier Maus) إلى أن عقلنة النظام البرلماني تعني استغلال مجموع التقنيات الدستورية لحد من سيادة البرلمان، وذلك بتحديد- وبدقة- شروط تنظيم وسير البرلمان. ينظر: فدوى مرابط، مصدر سابق، ص ١٦٣ هامش رقم (١).
٨٢. عصام سليمان، مصدر سابق، ص ١٧٣. وقد حدث أن حل الرئيس ديغول الجمعية الوطنية عندما سحب الثقة من حكومة بومبيدو عام ١٩٦٢، وهي الحكومة الوحيدة التي حُجبت عنها الثقة أمام الجمعية الوطنية. ينظر: اندريه هوريو، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٦١.
٨٣. إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٤٩.
٨٤. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٨٩.
٨٥. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ١٩١ وما بعدها، رأفت فودة، مصدر سابق، ص ٣٩٠ وما بعدها.
٨٦. حافظ علوان حمادي الدليمي، مصدر السابق، ص ١٥٢.
٨٧. وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، مصدر سابق، ص ٢٧٠.
٨٨. عبدالغني بسبوني، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ١٣٧.
٨٩. وقد نظمت قواعد حق السؤال المواد من ١٨٠ إلى ١٩٣ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري لسنة ١٩٧٩.
٩٠. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، النظام الدستوري المصري، مصدر سابق، ص ٣٦٥.
٩١. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٦٤٢، محسن العبودي، مصدر سابق، ص ٦٠٧، ٦٠٨.
٩٢. إيهاب زكي سلام، مصدر سابق، ص ٥٠.
٩٣. رغم عدم نص الدستور على طلب الإحاطة إلا أنه يجد سنده في المبادئ العامة على حق المجلس النيابي في التشريع والرقابة، طبقاً للمادة ٨٦ من الدستور والتي نصت على أن [يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع... كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية...]. ينظر: وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، مصدر سابق، ص ٣٢٢.
٩٤. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٣٦٦.
٩٥. محمد رفعت عبدالوهاب، القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٤٣١، سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٥٨٩.
٩٦. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٣٦٥.
٩٧. وقد نظمت قواعد حق الاستيضاح المواد من ٢٠٨ إلى ٢١١ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصري لسنة ١٩٧٩.
٩٨. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٣٦١، رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٦٤٤.
٩٩. إبراهيم عبدالعزيز شيحا، النظام الدستوري المصري، مصدر سابق، ص ٣٦٤.
١٠٠. يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، مصدر سابق، ص ٢٢٦.
١٠١. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٤٣٠، وبنفس المعنى ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٧٦٥.
١٠٢. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٧٦٦، إبراهيم عبدالعزيز شيحا، النظام الدستوري المصري، مصدر سابق، ص ٣٦٤.
١٠٣. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٤٣٤.
١٠٤. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٣٥٦، ٣٥٧،
١٠٥. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٤٣٥، حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية،

المجلس منحلًا، والإقبال رئيس الجمهورية استقالة الوزارة].

١١٦. إذ نصت م(١٢٨) من الدستور على أن [ ... يقدم رئيس مجلس الوزراء استقالته إلى رئيس الجمهورية إذا تقررته مسؤوليته أمام مجلس الشعب]. صبري محمد السنوسي، مصدر سابق، ص ١٢٣.

١١٧. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٦٦٦.

١١٨. إذ نصت المادة (١٣٦) من الدستور بعد تعديلها عام ٢٠٠٧ إنه [لا يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرار بحل مجلس الشعب إلا عند الضرورة ...] ويذهب الفقه إلى أن تقدير الضرورة التي تبرر حل المجلس أمر عائد إلى رئيس الجمهورية وحده. ينظر: جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٤٢٧.

١١٩. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ٣٧٧.

١٢٠. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٤٤٠.

١٢١. محمد قدرى حسن، مصدر سابق، ص ٤١٥.

١٢٢. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ٣٦٥.

١٢٣. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٣٩١.

١٢٤. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٥٦٩.

١٢٥. وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، مصدر سابق، ص ٣٩٣.

١٢٦. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٦١٦.

١٢٧. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٥٩٦، ومؤلفه الآخر، السلطات الثلاث، مصدر سابق، ص ٤٩٩.

١٢٨. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٣٩١.

١٢٩. رأفت فوده، مصدر سابق، ص ٣٩٩، ٤٠٠، عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٤٠.

١٣٠. أنطوان اسعد، مصدر سابق، ص ٥٦٢.

١٣١. عبدالغني بسيوني، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ١٦٠، زهير شكر، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٠١.

منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٤٦٦.

١٠٦. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٧٦٧، ٧٦٨، حسين عثمان محمد عثمان، نفس المصدر، ص ٤٦٦.

١٠٧. ينظر: حسين عثمان محمد عثمان، المصدر السابق، ص ٤٦٧، سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٥٩٥، ٥٩٦، محمد قدرى حسن، مصدر سابق، ص ٣٧٤، ٣٧٥.

١٠٨. مصطفى كامل السيد، البرلمان في الدول العربية، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٥٥٨، ٥٥٩.

١٠٩. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٥٩٥.

١١٠. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٣٨٠.

١١١. إبراهيم عبدالعزيز شيجا، النظام الدستوري المصري، مصدر سابق، ص ٣٨٦، ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٧٧٠.

١١٢. عبدالله إبراهيم ناصف، مصدر سابق، ص ٣٨٣.

١١٣. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ٦٦٣، ٦٦٤، وجدير بالذكر انه لم تسحب الثقة من أي وزير في مصر نتيجة استجوابه من قبل مجلس الشعب، وان الاستجواب عادة ما ينتهي بمجرد مناقشة في مرحلته الأولى، ويرجع ذلك طبيعياً الحال إلى سيطرة حزب الأغلبية على البرلمان. ينظر: صبري محمد السنوسي، الدور السياسي للبرلمان في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٢٢.

١١٤. محمد رفعت عبدالوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص ٤٣٣، محمد قدرى حسن، مصدر سابق، ص ٣٧٨.

١١٥. كانت المادة (١٢٧) تنص قبل التعديل على أنه [ ... ] ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير إلى المجلس خلال عشرة أيام، فإذا عاد المجلس إلى إقراره من جديد جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة على الاستفتاء الشعبي... وتقف جلسات المجلس في هذه الحالة، فإذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة اعتبر

١٣٢. كاظم علي الجنابي، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ٨٢.

١٣٣. سعيد بو الشعير، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٧٢، ٢٧٣.

١٣٤. سعيد بو الشعير، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٨٧، عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٨٧.

١٣٥. مورييس دوفر جييه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، ترجمة: جورج سعد، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط ١، ١٩٩٢، ص ٢٥٢، عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص ١٨٨.

١٣٦. رأفت فوده، مصدر سابق، ص ٤٥٥، ٤٥٦، وبنفس المعنى حافظ علوان حمادي الدليمي، مصدر سابق، ص ١٥٧.

١٣٧. كاظم علي الجنابي، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في النظام البرلماني، مصدر سابق، ص ٨٣. ويرى حسان محمد شفيق العاني، أن دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة وضع حداً لعدم الاستقرار السياسي للحكومات المتعاقبة، وأن النظام الذي أقامه الجنرال ديغول اكتسب قوته وشرعيته من ديغول ابتداءً، وعمل على صياغته بصورة تضمن إقامة نظام برلماني عقلائي اقرب منه إلى النظام الرئاسي، إذ يتمتع رئيس الجمهورية بصلاحيات تفوق سلطة وصلاحيات الوزير الأول والبرلمان أيضاً، وقد اكتسب الدستور رضاءً عاماً في فرنسا، وترسخ العمل بقواعده حتى مع غياب الجنرال ديغول، وبذلك فإن دستور الجمهورية الخامسة قد وفر استقراراً سياسياً لفرنسا طالما كانت تفتقر إليه لاسيما في عهد الجمهورية الثالثة والرابعة. ينظر مؤلفه، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مصدر سابق، ص ١١٠، ١١١.

١٣٨. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٧٣.

١٣٩. محمد قدرى حسن، مصدر سابق، ص ٣٣٨.

١٤٠. رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ١٤٠. وللمزيد حول ضوابط الترشيح التي جاء بها تعديل سنة ٢٠٠٥ وأثرها في حصر منصب الرئاسة بمرشح الحزب الحاكم. ينظر: رفعت عيد سيد، مصدر سابق، ص ١٣٢ وما بعدها.

١٤١. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٦٩٦.

١٤٢. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٤٢٠.

١٤٣. إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٣٧، سعيد بو الشعير، مصدر سابق، ج ٢، ص ٢٨٧. وقد حاول جورج بومبيدو التقريب بين الأكثرية الرئاسية والأكثرية النيابية، فالأولى بحسب قوله تحدد بانتخابها لرئيس الدولة المسائل المهمة للأمة، أما الثانية فتحدد بواسطة البرلمان شكليات الحياة السياسية اليومية. ينظر: إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٣٧.

١٤٤. عبد الغني بسيوني، مصدر سابق، ص ١٦٢. وبنفس المعنى، زهير شكر، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مصدر سابق، ج ١، ص ٣٠١، حافظ علوان حمادي الدليمي، مصدر سابق، ص ١٥٧ وما بعدها.

١٤٥. إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٣٧.

١٤٦. مورييس دوفر جييه، مصدر سابق، ص ٢٥٣، ٢٥٤، إسماعيل الغزال، مصدر سابق، ص ٣٣٨، ٣٣٩.

١٤٧. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٧٥ وما بعدها.

١٤٨. بدأ التعارض عندما قررت الوزارة طبقاً لمبادئها إرجاع المشروعات التي أتمت عام ١٩٨٢ تبعاً لاتجاه الرئيس ميتران الاشتراكي إلى ملكية القطاع الخاص، ومع إصرار الرئيس ميتران على رفض التوقيع على مشروعات الوزارة، قامت الوزارة بعرض الأمر على البرلمان بمجلسيه، مستندة إلى ما لها من أغلبية برلمانية، وتمت موافقة البرلمان بمجلسيه. ينظر: محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص ٦٧٧ وما بعدها، كما ظهر التعارض عندما أبدى الوزير الأول شيراك رغبته في مرافقة الرئيس ميتران إلى مؤتمر قمة الدول الصناعية السبع في طوكيو، ومع معارضة الرئيس لذلك بعده ممثل فرنسا بالنسبة للعالم الخارجي، إلا أن ما أثاره شيراك وذلك بأن رئيس الجمهورية لا بد وأن يلتزم بسياسات وقرارات معينة وحتى يضعها في موضع التنفيذ لا بد من لوجهه إلى الوزير الأول المسؤول عن تنفيذ السياسة الحكومية، ومن ثم كيف يلتزم الرئيس بأشياء لا يملك أن ينفذها

ودوره في النظام السياسي اللبناني قبل وبعد الطائف، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨.

٧. إيهاب زكي سلام، الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية في النظام البرلماني، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣.

٨. باتريك أوفير، إصلاح مسؤولية رئيس الجمهورية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، مراجعة: وسيم منصور، مجلة القانون وعلم السياسة، ٢٤، ٣، ٢٠٠٧.

٩. جابر جاد نصار، الوسيط في القانون الدستوري، بدون جهة طبع، ٢٠٠٧.

١٠. حافظ علوان حمادي الدليمي، النظم السياسية في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، دار وائل، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠١.

١١. حسان محمد شفيق العاني، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦.

١٢. حسان محمد شفيق العاني، المبادئ النظرية لتحليل النظم السياسية في الجزائر وإيطاليا وفرنسا، مطبعة التعليم العالي، جامعة بغدا، ١٩٨٨.

١٣. حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

١٤. حميد حنون خالد، الأنظمة السياسية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١٤٢.

١٥. دانا عبدالكريم سعيد، دور البرلمان في الأنظمة البرلمانية المعاصرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٣.

وحده، ومن المنطقي أن يرافق الرئيس لأن مهمة التنفيذ ستقع على عاتقه هو شخصياً، هذا إضافة إلى مشكلة من يمثل الوفد الفرنسي ومن يتفاوض مع رؤساء الوفود ومن الذي يتخذ القرارات ومن يتقدم بالاقترحات. للمزيد ينظر: محمد قدرى حسن، مصدر سابق، ص٢٣٧، ٢٣٨.

١٤٩. رأي للفقهاء موريس دوفرجيه نقلاً عن وجدي ثابت غريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص٣٤١.

١٥٠. سعيد بو الشعير، مصدر سابق، ج٢، ص٢٨٧.

١٥١. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، مصدر سابق، ص٦٨٠.

١٥٢. د. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص١٤٠.

## قائمة المصادر والمراجع

١. إبراهيم عبدالعزيز شياح، النظام الدستوري المصري، دراسة تحليلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

٢. أبو الخير احمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٣. أحمد سلامة بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٤. إسماعيل البدوي، اختصاصات السلطة التنفيذية في الدولة الإسلامية والنظم الدستورية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٣.

٥. اندريه هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ج١، ترجمة: علي مقلد، شفيق حداد، عبد الحسن سعد، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٧٤.

٦. أنطوان اسعد، موقع رئيس الجمهورية

٢٦. سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، بدون جهة طبع، ١٩٨٨.  
٢٧. صبري محمد السنوسي، الدور السياسي للبرلمان في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.  
٢٨. صلاح الدين فوزي، واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ٢٠٠٣.  
٢٩. عبدالله إبراهيم ناصف، مدى توازن السلطة مع المسؤولية في الدول الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.  
٣٠. عبدالغني بسيوني، سلطة مسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني المؤسسة الجامعية، لبنان، ١٩٩٤.  
٣١. عبد العظيم عبدالسلام، الدور التشريعي لرئيس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.  
٣٢. عثمان عبدالملك الصالح، السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقهاء المقارن وأحكام القضاء، جامعة الكويت، ط٢، ١٩٩٤.  
٣٣. عصام سليمان، الأنظمة البرلمانية بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٠.  
٣٤. عصمت عبدالله الشيخ، النظم السياسية، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٨، ١٩٩٩.  
٣٥. عمارة فتيحة، مسؤولية رئيس الجمهورية، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد ٥، ٢٠١٠.  
٣٦. عمرو فؤاد احمد بركات، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في الأنظمة الدستورية المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.

١٦. رافع خضر صالح شبر، دراسات في مسؤولية رئيس الدولة العراقية، مركز العراق للدراسات، بغداد، ط١، ٢٠٠٩.  
١٧. رأفت فوده، ثنائية السلطة التنفيذية بين الشكل والموضوع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.  
١٨. رفعت عيد سيد، النظرية العامة للقانون الدستوري، الكتاب الثاني (نظام الحكم في دستور ١٩٧١)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٧٥.  
١٩. زهير شكر الوسيط في القانون الدستوري، ج١، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط٣، ١٩٩٤.  
٢٠. سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢.  
٢١. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.  
٢٢. سامي محمد محمد الغنام، رئيس الدولة في الأنظمة الديمقراطية الغربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨.  
٢٣. سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١.  
٢٤. سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط٤، ١٩٩٩.  
٢٥. سليمان الطماوي السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط٣، ١٩٧٤.

٣٧. فدوى مرابط، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط١، ٢٠١٠.
٣٨. كاظم علي الجنابي، المسؤولية السياسية لرئيس الدولة في النظام البرلماني، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ٢٠٠٠.
٣٩. ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٤٠. محسن خليل، القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.
٤١. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩.
٤٢. محسن العبودي، المبادئ الدستورية العامة وتطور الأنظمة الدستورية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨.
٤٣. محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٤٤. محمد رفعت عبدالوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١.
٤٥. محمود عاطف البنا، الوسيط في النظم السياسية، بدون جهة طبع، ١٩٩٥، ١٩٩٦.
٤٦. محمد قدرى حسن، رئيس مجلس الوزراء في النظم البرلمانية المعاصرة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٨٧.
٤٧. مصطفى كامل السيد، البرلمان في الدول العربية، المركز العربي لتطوير حكم
- القانون والنزاهة، بيروت، ٢٠٠٧.
٤٨. مورييس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، ترجمة: جورج سعد، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط١، ١٩٩٢.
٤٩. هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة: محمد وطفه، المؤسسة الجامعية، بيروت، ط١، ٢٠٠١.
٥٠. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٨.
٥١. وحيد رافت، وايت إبراهيم، القانون الدستوري، القانون الدستوري، المطبعة العصرية، مصر، ١٩٣٧.
٥٢. وسام صبار العاني، الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية، مطبعة الميناء، بغداد، المتنبي، ط١، ٢٠٠٣.
٥٣. وسيم حسام الدين الأحمد، الرقابة البرلمانية على أعمال الإدارة في النظام البرلماني والرئاسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٨.
٥٤. يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.

# Power of the Executive in Facing Parliament In Mixed Parliamentary System

Assit. Prof. Dr. Kadhim Ali Abbas<sup>(\*)</sup>

## Abstract

Unlike the parliamentary system, which based on a balance between the legislative and executive powers, the mixed parliamentary regimes tend to strengthen the executive power at the expense of the legislature. However, the situation did not remain the same as some constitutional regimes resorted to vaccinating the parliamentary system with some features of the presidential system. This hybrid system is no longer a purely parliamentary or presidential system.

Some constitutions that introduced the parliamentary system in its developed form based on the distribution of the legislative function between the parliament and the executive, contrary to the rule that determines the absolute jurisdiction of the parliament in the field of the legislation, and the executive authority became the general mandate in the field of legislation - with its independent regulations - and the competence of Parliament in this field became exclusively specific, as well as the exploitation of constitutional techniques to limit the sovereignty of Parliament through the rationalization of the parliamentary system. Because the question of raising the political responsibility of the Government has become a difficult task in practice.

However, the truth remains that these means are stipulated in the Constitution, but their entry into force, is controlled by other political factors, primarily of which is the popular will. If there is a parliamentary majority other than the presidential majority, the power of the President of the Republic in the face of the Cabinet is weak. Otherwise, if the parliamentary majority is the same as the presidential majority, the prime minister becomes a political and administrative subordinate to the president of the republic.

---

<sup>(\*)</sup>Mustansiriyah Center for Arab and International Studies



# المسؤولية المدنية للفنادق تجاه ضحايا الإتجار بالجنس دراسة مقارنة

ا.م.د حيدر فليح حسن(\*)

واردات النفط، أو المنتجات الغذائية، أو السيارات. وقد شهد العالم في ال ٧٠ سنة الماضية طفرات كبيرة في مجال السياحة، فوفقاً لمنظمة السياحة العالمية ازداد عدد المسافرين من خمس وعشرون مليون مسافر عام ١٩٥٠، إلى مليار وسبعمائة الف سائح عام ٢٠١٤<sup>(١)</sup>.

إن هذه الصناعة قد تساهم بصورة واعية أو غير واعية في الإتجار بالبشر بصورة عامة وفي تجارة الجنس (سواء بالنسبة للنساء أو الاطفال بل وحتى الرجال) بصورة خاصة، إذ تشير تقديرات منظمة العمل الدولية إلى أن ٢١ مليون شخص يتم الإتجار بهم في جميع انحاء العالم، يمثل ضحايا الإتجار بالجنس ٤،١١ مليون منهم، وغالبية هذا الرقم هم من النساء والفتيات. ويقدر اتحاد العمل الدولي عدد الاشخاص الذين يجبرون على العمل في الجنس ب ٤,٥ مليون شخص، تشكل الفتيات نسبة ٩٨٪ منها. ولعل هذه الأرقام هي ما تبرر الأرباح السنوية العالية المتحققة من تجارة الجنس والتي تتراوح بين ٧-١٢ مليون دولار سنوياً، لتحتل المرتبة الثالثة عالمياً بعد تجارة المخدرات، والأسلحة غير المشروعة، بل وعمد الكثير من تجار المخدرات والأسلحة إلى تغيير نشاطهم نحو تجارة الجنس بسبب العقوبات البسيطة التي يحكم بها عليهم في حالة كشفهم وإلقاء القبض عليهم، مقارنة بالعقوبات الشديدة لتجارة المخدرات والأسلحة<sup>(٢)</sup>.

## الملخص

بالنظر للأرباح الكبيرة التي تحققها تجارة الجنس من جهة، والعقوبات البسيطة التي يتعرض لها المتاجرون بها (السماسرة) مقارنة بالعقوبات المشددة المفروضة على تجارة المخدرات والأسلحة غير المشروعة من جهة أخرى، أخذت هذه التجارة بالزواج والانتشار في معظم دول العالم، ومن الركائز الأساسية لهذه التجارة والتي توفر ملاذاً آمناً لممارستها هي الفنادق ولاسيما تلك الفاخرة التي تحمل علامات تجارية عالمية اذ النزلاء فيها من الأغنياء والذي قد يبحث البعض منهم عن الجنس مقابل دفع مبالغ مالية، وبالنظر للإضرار الكبيرة (الجسدية والنفسية) التي تلحق بضحايا هذه التجارة، جاء هذا البحث ليلسلط الضوء على المسؤولية المدنية للفنادق تجاه هؤلاء الضحايا.

**الكلمات المفتاحية** تجارة الجنس، أسباب اختيار الفنادق لممارستها، أركان المسؤولية، أساسها وآثارها.

## المقدمة

تعدّ صناعة السياحة واحدة من الركائز الأساسية في التجارة العالمية، إذ تساوي وارداتها بل وقد تفوق في بعض الأحيان

(\*) جامعة بغداد / كلية القانون

وغالبا ما يستهدف المتاجرون بالجنس (السماسرة)<sup>(٣)</sup> الضحايا الذين تتراوح اعمارهم بين ١٢-١٤ سنة، وقدرت وزارة الخارجية الأمريكية أن مليون طفل في العالم يتم الإتجار بهم سنوياً لإغراض الجنس، وتحتل الولايات المتحدة النسبة الأكبر<sup>(٤)</sup>.

وتختلف قوانين الدول في موقفها من تجارة الجنس، ففي الوقت الذي تبيح قوانين ٤٩ دولة في العالم تجارة الجنس (وفي مقدمتها هولندا، وتاييلاند)<sup>(٥)</sup>، تسمح قوانين ٢١ دولة ببعض جوانب تجارة الجنس (مثل المانيا والدنمارك إذ يُسمح بالبقاء في هاتين الدولتين ولكن تجارة الجنس تخضع الى الكثير من المحظورات)<sup>(٦)</sup>، في حين تمنع قوانين ٣٩ دولة تجارة الجنس وتعدّها غير مشروعة<sup>(٧)</sup> (ومن ضمنها العراق)<sup>(٨)</sup>. وتدل الإحصائيات الواردة في هذا الشأن على ان تجارة الجنس تُقسم العالم إلى ثلاثة مناطق هي:

١. مناطق مصدرية: وتتركز معظمها في دول شرق وجنوب اسيا، ودول الإتحاد السوفيتي السابق، وأمريكا اللاتينية، والكاريبي، وافريقيا.

٢. مناطق مستوردة: وتتركز معظمها في الدول التي تتمتع بدرجة عالية من الاستقرار السياسي والاقتصادي، وتتركز اغلب هذه الدول في غرب آسيا، والشرق الأوسط، وغرب أوروبا، وشمال أمريكا.

٣. مناطق الترانزيت: وهي بمثابة حلقة الوصل بين المناطق المصدرية والمستوردة<sup>(٩)</sup>.

ويشمل الإتجار بالجنس أنشطة مختلفة من

قبيل البغاء، والعروض الجنسية، وتصوير الأفلام الإباحية، وتشير التقارير في الولايات المتحدة إلى أن المراكز الثلاثة الأولى التي يتم عن طريقها ممارسة عمليات الإتجار بالجنس في أمريكا هي الفنادق والموتيلات، بيوت الدعارة، شبكات الإنترنت والاعلانات، أما المراكز المتبقية فتتوزع على صالات التديك، والمنتجعات الصحية، والنوادي الليلية، بل وحتى في شوارع المناطق السكنية. وتشير التقارير ذاتها إلى أن ٤٥٪ من ضحايا الإتجار بالجنس قد تم استغلالهم عن طريق الفنادق<sup>(١٠)</sup>.

من هنا جاء هذا البحث ليسلط الضوء على المسؤولية المدنية لإحدى الركائز الأساسية التي تساهم في تجارة الجنس وتعتمد على توفير الملاذ الآمن لممارستها إلا وهي الفنادق، وذلك في ضوء القوانين التي تجرم الإتجار بالجنس وتجرم في الوقت ذاته من يساهم في توفير الملاذ الآمن لممارستها، علماً أن رجوع ضحايا الإتجار بالجنس على الفنادق بالمسؤولية المدنية لا يسلبهم حقهم في الرجوع على المسؤول الرئيس في هذه الجريمة إلا وهم تجار الجنس (السماسرة). وسوف نتولى بحث هذا الموضوع على ثلاثة مباحث نورد الأول منها للتعريف بتجارة الجنس وسبب اختيار الفنادق كملاذ آمن لممارستها، ونورد الثاني لبيان أركان المسؤولية المدنية للفنادق تجاه ضحايا الإتجار بالجنس، ثم نبين في الثالث أساس هذه المسؤولية وأثرها، لننتهي في النهاية إلى خاتمة ندرج فيها اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها بشأن موضوع البحث.

## المبحث الأول

### التعريف بتجارة الجنس وأسباب اختيار الفنادق كملادٍ آمنٍ لممارستها

ضحايا الإتجار والعنف الأمريكي لعام ٢٠٠٠<sup>(١٢)</sup> فقد عرف الإتجار بالجنس بأنه "تجنيد أو إيواءً نقل أو توفير أو الحصول على شخص لغرض ممارسة الجنس بصورة تجارية"<sup>(١٣)</sup>. في حين بين القسم (١٠٣/٨/أ) الوسائل المستعملة لارتكاب هذه الجريمة وهي (القوة، أو الاحتيال، أو الاكراه)<sup>(١٤)</sup>.

إن محاولة فهم المسؤولية المدنية للفنادق تجاه ضحايا الإتجار بالجنس، يقتضي منا التعريف بتجارة الجنس في مطلب أول، ثم بيان أسباب اختيار المتاجرين بها للفنادق كملادٍ آمنٍ لممارستها في مطلب ثاني.

## المطلب الأول

### التعريف بتجارة الجنس

أما قانون مكافحة الإتجار بالبشر العراقي رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٢، فجاء موقفه مطابقاً لموقف بروتوكول منع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص (سالف الذكر) في عدم تعريفه لجريمة الإتجار بالجنس بصورة خاصة، بل أنه أشار إليها (باعتبارها أهم صور الاتجار بالبشر) في معرض تعريفه لجريمة الإتجار بالبشر في المادة (١/أ) "يقصد بالإتجار بالبشر لأغراض هذا القانون تجنيد اشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بوساطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من اشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو السلطة أو باعطاء مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة أو ولاية على شخص اخر بهدف بيعهم أو استغلالهم في اعمال الدعارة أو الاستغلال الجنسي...."

لم يعرف بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية<sup>(١١)</sup> (والمعروف ببروتوكول باليرمو) لعام ٢٠٠٠ تجارة الجنس، بل أنه أشار إليها عند تعريفه لجريمة الإتجار بالبشر بصورة عامة في المادة (١/٣) بنصه "تجنيد الاشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بوساطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسراً، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء". أما القسم (٩/١٠٣) من قانون حماية

يتضح من هذه التعاريف أن عمليات الإتجار بالجنس تتطلب توافر عناصر ثلاثة، هي:

١. الأفعال: ويقصد بها افعال تجنيد الاشخاص أو نقلهم أو تنقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم.

٢. الوسائل: وتشمل التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو

الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو اعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على الضحية.

٣. اغراض الاستغلال: وتشمل هذه الأغراض الاستغلال لأغراض الدعارة أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي<sup>(١٥)</sup>.

أما عن الأنماط الشائعة لجذب الضحايا إلى تجارة الجنس فتتمثل في الآتي<sup>(١٦)</sup>:

١. الوعد بفرص عمل جيدة في بلد آخر أو مدينة أخرى.

٢. وعود الزواج الكاذبة التي تتحول إلى الإتجار بالجنس.

٣. بيع ضحايا الإتجار بالجنس من قبل الآباء أو الأزواج أو الأقارب أو الاصدقاء.

٤. اختطاف الضحايا من قبل المتاجرين بالجنس.

وكثيراً ما يستمر المتاجرون بالجنس في السيطرة على ضحاياهم عن طريق إيهامهم بأنهم مدينون لهم، وإن عليهم الاستمرار في ممارسة الجنس بغية سداد هذه الديون، وغالباً ما يكون مصدر هذه الديون نفقات معيشة الضحايا، ونقلهم من مكان لآخر.

## المطلب الثاني

### أسباب اختيار الفنادق كملادٍ آمنٍ لممارسة تجارة الجنس

قبل بيان الأسباب التي تدفع بتجار الجنس إلى اختيار الفنادق كملادٍ آمنٍ لممارستها، لا بدّ أولاً من تعريف الفندق، حيث عرفته المادة

(١/٥/١) من قانون المنشآت السياحية العراقي رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٧ المعدل بأنه "المكان المعد للمنام وتقديم الطعام والمشروبات أو للمنام فقط، ويحتوي على عشر غرف للنوم فأكثر".

أما عن أسباب اختيار المتاجرين بالجنس للفنادق كملادٍ آمنٍ لممارستها فتتمثل في الآتي<sup>(١٧)</sup>:

١. إنها توفر بيئة آمنة لهؤلاء التجار، فهي تساعدهم على اخفاء هوياتهم، لاسيما عند مرورهم بها بشكل عابر. وذلك بعكس بيوت الدعارة التي قد تجذب انتباه الجيران ومن ثم إبلاغ السلطات عنهم.

٢. إنها تسمح لهم بعزل ضحاياهم عن عائلاتهم واصدقائهم.

٣. إن القدرة على دفع الأجرة نقداً، أو تغيير الغرف، أو تغيير مواقع الفنادق كل ليلة، تصعب من عملية ملاحقتهم من قبل السلطات.

٤. إن الحواجز الثقافية كثيراً ما تمنع موظفي الفنادق من الإبلاغ عن المتاجرين بالجنس، خشية من فقدانهم لوظائفهم أو معاقبتهم، فضلاً عن تلقي الكثير منهم لفوائد مالية بغية السماح بحدوث مثل هذه الأفعال.

٥. عدم تلقي معظم موظفي الفنادق لدورات تدريبية تمكنهم من تشخيص مظاهر الإتجار بالجنس في الفندق<sup>(١٨)</sup>.

وفي الوقت الذي كانت فيه تجارة الجنس تمارس في الفنادق قليلة التكلفة أو القريبة من المطارات، أضحت الفنادق الفاخرة وذات العلامات التجارية المعروفة ملاذاً آمناً لممارسة هذه التجارة إذ النزلاء فيها من الأغنياء والذي

المسؤولية المدنية على صورتين احدهما عقدية ناشئة عن الإخلال بالتزام مصدره العقد، وثانيهما تقصيرية ناشئة عن الإخلال بالتزام مصدره القانون. ويتعذر (من وجهة نظرنا) تصور المسؤولية العقدية للفندق تجاه ضحايا الإتجار بالجنس لسببين مهمين، هما:

١. ندرة حالات التعاقد بشكل مباشر بين ضحايا الإتجار بالجنس من جهة وبين الفنادق التي تتخذ ملاذاً للمتاجرة بهم من جهة أخرى (وهذا ما سوف يتم تأكيده عن طريق القضايا التي سنشير إليها في المطلب الثاني من المبحث الثالث). وإن تمت مثل عملية التعاقد هذه فإنها تتم تحت أسماء وهمية أو مستعارة حتى لا يتم كشف شخصياتهم.

٢. إن العقد حتى ينعقد صحيحاً يشترط أن تتوافر فيه أركان ثلاثة (الرضا والمحل والسبب)، فإذا كان من الممكن تصور ركن المحل في هذا العقد (الأجرة بالنسبة للضيف أو النزول، وتوفير الغرفة بالنسبة للفندق)، فلا يمكن تصور ركني الرضا والسبب فيه، إذ من غير المتصور عقلاً ومنطقاً أن تعمد الضحية إلى استئجار غرفة في الفندق برضاها كي يتم عن طريقها الاعتداء عليها عشرات المرات بل ومئات المرات من قبل اشخاص مختلفين، لاسيما مع الأضرار الكبيرة الجسدية والنفسية التي تتركها عمليات الاعتداء تلك على الضحية (كما سنبين ذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث تحت عنوان ركن الضرر)، وإذا افترضنا مثل هذه الرضا بالنسبة للضحية البالغة وقلنا بصحة العقد، فكيف يمكن افتراضه بالنسبة للقاصر سواء أكانت عديمة الأهلية أو ناقصتها (ومعلوم أن عقد النزول في الفندق

قد يبحث البعض منهم عن الجنس مقابل دفع مبالغ مالية، لاسيما مع العوائد المالية الكبيرة التي تجنيها هذه الفنادق عن طريق مساهمتها في توفير المكان المناسب لممارستها<sup>(١٩)</sup>.  
علماً أن المتاجرين بالجنس أما ان يتخذوا من هذه الفنادق مقراً لممارسة تجارتهم هذه تحت عناوين مختلفة ومنها المنتجعات الصحية ومراكز المساج (كما سنبين ذلك في المطلب الخاص بركن الخطأ)، أو أنهم يلجأون إليها عند الحاجة فقط عن طريق تأجير غرف فيها<sup>(٢٠)</sup>.

## المبحث الثاني

### أركان المسؤولية المدنية للفنادق تجاه ضحايا الإتجار بالجنس

إن لفظ المسؤولية يعني تحمل عاقبة الفعل الذي قام به شخص ما، وهذا الفعل أما أن يكون خارجاً عما تأمر به قواعد الأخلاق، فتنهض بشأنه ما يعرف بالمسؤولية الأخلاقية (وهذه المسؤولية ليست هي مدار البحث)، أو أن يكون خارجاً عما يأمر به القانون، فتنهض بشأنه المسؤولية القانونية مدنية كانت أو جزائية (والأولى هي مدار البحث، علماً أن سماح الفندق باتخاذ ملاذاً لممارسة تجارة الجنس يؤثر صورتى المسؤولية المدنية والجزائية معاً). والمسؤولية بوجه عام تعرف بأنها " حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذه، أو هي محاسبة الشخص عن فعله الذي سبب ضرراً للغير، ويفترض فيه مخالفة قاعدة قانونية".

أما فيما يخص تعريف المسؤولية المدنية فهي " التزام الشخص بتعويض الضرر الذي سببه لشخص آخر"<sup>(٢١)</sup>. وتتوزع صور

من عقود المعاوضات التي تحتاج إلى أهلية كاملة<sup>(٢٢)</sup>، فإذا ما انتهينا من ركن الرضا وتيقنا من عدم توافره، فركن السبب بمعناه الحديث (الباعث الدافع الى التعاقد) أن كان موجوداً في هذا العقد، فإنه سيكون غير مشروع لمخالفته للنظام العام<sup>(٢٣)</sup> (لاسيما وأن الدول مدار البحث هي تلك التي جرمت الإتجار بالبشر بصورة عامة والإتجار بالجنس بصورة خاصة). وبالتالي فإن العقد سيكون باطلاً لعدم مشروعية سببه.

من هنا نعتقد بأن رجوع رجوع ضحايا الإتجار بالجنس على الفنادق بالتعويض إنما يكون على أساس المسؤولية التقصيرية وليست العقدية.

اذ أن للمسؤولية المدنية بصورة عامة (عقدية كانت ام تقصيرية) أركان ثلاثة. لذا فإن لمسؤولية الفنادق التقصيرية عما يلحق بضحايا الإتجار بالجنس أركان ثلاثة لا تتعدد دون توافرها، وهذه الأركان تتمثل في الخطأ الذي ينسب إلى إدارات الفنادق وموظفيها، والضرر الذي يلحق بضحايا الإتجار بالجنس، وعلاقة السببية بينهما. من هنا فأنا سنتناول في هذا المبحث هذه الأركان على مطالب ثلاث.

## المطلب الأول

### الخطأ

يعرف الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية بأنه (الإخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن إدراك)<sup>(٢٤)</sup>، وهذا الإخلال قد يتخذ صورة القيام بفعل يحرمه القانون (وهذا هو الخطأ الإيجابي)، أو صورة الامتناع عن فعل

يوجبه القانون (وهذا هو الخطأ السلبي)<sup>(٢٥)</sup>. وكلا صورتى الخطأ متصورتان بالنسبة لمسؤولية الفندق مدار البحث.

ففيما يتعلق بالخطأ الإيجابي فإنه يتمثل في سماح إدارات الفنادق باتخاذها مكاناً للممارسة تجارة الجنس سواء بصورة مباشرة عن طريق اتخاذ بعض طوابقها مراكز لتجارة الجنس تحت مسميات مختلفة من قبيل المنتجات الصحية أو مراكز المساج، أو بصورة غير مباشرة عن طريق السماح بتأجير غرف فيها لتجار الجنس (لممارسة تجارتهم) رغم معرفتها بطبيعة اعمالهم المخالفة للقانون. ففي تقرير لقناة BBC البريطانية حول ممارسة تجارة الجنس في الفنادق الصينية (وهو أمر غير قانوني في الصين)<sup>(٢٦)</sup>، وكشف التقرير عن أدلة لممارسة الدعارة وتجارة الجنس بشكل منظم في مراكز مستقلة تقع داخل عددٍ من الفنادق ذات العلامات التجارية الغربية المعروفة من قبيل سلسلة فنادق (Kaminski) وهي واحدة من سلسلة الفنادق المشهورة في أوروبا والتي تأسست في المانيا، ومقرها الآن في سويسرا، وهي تدير أكثر من ٧٠ فندقاً من فئة الخمسة نجوم في جميع انحاء العالم بما في ذلك واحداً في مدينة (Qingdao) الصينية. اذ تشير مجموعة من اللافتات الموضوعية في احد ممرات هذا الفندق الى المنتجع الصحي الموجود في الطابق السفلي، والذي هو عبارة عن غرفة صغيرة تتواجد فيها أكثر من ١٠ نساء تباع من أجل ممارسة الجنس، علماً أن إدارة هذا المنتجع كانت تتم بشكل مستقل عن إدارة الفندق. وعند ابلاغ مراسل القناة لإدارة الفندق بوجود تجارة للجنس في المنتجع المذكور، نفت إدارة الفندق علمها بذلك وادعت

فنادقها إلى جهات أخرى تتولى تشغيلها بشكل مستقل.

في ضوء ما تقدم يمكن القول أن أذعاء إدارات الفنادق المذكورة الجهل باتخاذها مركزاً لتجارة الجنس أمر غير مقبول اطلاقاً، إذ من غير المعقول أن يعلم شخص يدخل لهذه الفنادق لأول مرة بوجود تجارة للجنس فيها، وتجهل إدارتها حصول ذلك.

اما فيما يتعلق **بالخطأ السلبي** فإن له شقين:

**الأول:** يتمثل في غض إدارات الفنادق الطرف عن جميع مظاهر الإتجار بالجنس التي يمارس فيها، ولعل أهم هذه المظاهر هي (٢٧):

١. تواجد نساء داخل غرف الفندق دون هويات تعريفية (٢٨).

٢. وجود علامات سوء المعاملة على النساء، فضلاً عن علامات الخوف والقلق البادية على وجوههن.

٣. فتيات يرتدين ملابس باهظة الثمن لا تتناسب واعمارهن وتظهر اجزاءً من اجسامهن، فضلاً عن المكياج والإكسسوارات غير الطبيعية كالحلقات الموضوعة في انحاء الجسم.

٤. دفع اجرة الغرف نقداً لعدة أيام أو لأسبوع.

٥. الرجال الذين يزلون في الفندق كضيوف لا يحملون أية امتعة.

٦. وجود قاصرات مع الرجال ليلاً أو اثناء ساعات الدوام الرسمي للمدارس.

٧. رفض خدمة تنظيف الغرف لعدة أيام.

أن طرفاً ثالثاً هو من يتولى إدارة بعض مرافق الفندق، وإن هذا الطرف الثالث عليه التزام تعاقدى بالإلتزام بسياسة منع البغاء وتجارة الجنس منعاً باتاً.

وفي فندق (Intercontinental) وهو واحدٌ من سلسلة الفنادق البريطانية المشهورة، وله فرع في الصين أيضاً، كانت اللافتات تشير إلى الطابق الثاني (وهو طابق لا يخضع لإدارة الفندق وإنما لإدارة مستقلة) إذ مركز المساج، وهو مركز يتخذ من المساج مظهوراً يُخفي خلفه ممارسة تجارة الجنس، حيث أبلغ موظفو الفندق مراسل القناة بعد قليل من التردد أنه يمكن توفير الجنس لأولئك الذين يطلبونه، وقد أخبرت احدى البغايا (التي تعمل في المركز المذكور) مراسل القناة بأن فاتورة خدماتها يمكن تسويتها عند الخروج عن طريق المكتب الرئيسي في الفندق. وبالمثل أنكرت إدارة الفندق علمها بتجارة الجنس فيه.

وفي فندق (Ramada Plaza) الواقع في مدينة (Zhengzhou) الصينية، كانت اللافتات تشير مرة أخرى إلى الطابق السادس حيث مركز التدليك، وكانت اللافتة المكتوبة على مدخل المركز تُفيد بأنه متاح للذكور فقط، وقد أخبر موظف الاستقبال في المركز المذكور مراسل القناة أنه يمكن توفير الجنس لمن يرغب فيه من النزلاء في الفندق، بل وحتى من خارجه، وإنه ثمة أكثر من ٢٠ امرأة تعمل في الجنس في المركز المذكور، كما سلمه ورقة مطبوعة باللغة الإنكليزية تتضمن العبارة الآتية (العاهرة ب ٨٥ جنيه استرليني). وقد أدعت الشركة المالكة لهذه السلسلة من الفنادق أنها قد منحت امتياز تشغيل معظم

٨. علامة ثابتة على الباب مكتوب عليها (ممنوع الإزعاج).

٩. الطلب الكبير على المناشف أو الشراشف الجديد.

١٠. وجود كميات كبيرة من الواقي الذكري المستعملة والمقاة في سلة المهملات.

١١. بقاء النساء في غرف الفندق لفترات طويلة من دون أمتعة شخصية، أو مع أمتعة شخصية قليلة، أو ترك القاصرات في غرف الفندق لفترات طويلة من الزمن.

١٢. وجود مبالغ نقدية كبيرة مخزنة في الغرف.

١٣. تجمع الرجال بشكل غير مألوف خارج الغرف أو في ممرات الفندق، أو في مواقف السيارات.

١٤. تقارير عن ضوضاء مفرطة، وسماع صوت الموسيقى المرتفع على مدار اليوم بأكمله.

١٥. البحث عن الزبائن من الذكور.

١٦. تجنب الاتصال بعمال الخدمة في الفندق.

مع ملاحظة أن وجود مظهر واحد أو اثنين من هذه المظاهر لا يعني بالضرورة أن ثمة جريمة إتهام بالجنس تجري في الفندق. بيد أن وجود مجموعة من هذه المظاهر توجب على موظفي الفندق الاشتباه بوجود تجارة للجنس تمارس عن طريقه، وبالتالي يتعين عليهم إبلاغ إدارة الفندق على الفور.

وهنا يأتي دور الشق الثاني من الخطأ السلبي، والمتمثل في عدم قيام إدارات الفنادق (بعد علمها بمظاهر ممارسة تجارة الجنس فيها) بإبلاغ السلطات المختصة. علماً أن هذا الالتزام (إبلاغ السلطات المختصة) يكون مشدداً متى ما كان ضحايا الإتجار بالجنس من القاصرين<sup>(٢٩)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن قيام إدارات الفنادق بالإبلاغ عن حالات الإتجار بالجنس التي تمارس فيها بمجرد اطلاعها عليها سيساهم في<sup>(٣٠)</sup>:

١. إنقاذ حياة ضحايا الإتجار بالجنس من الإصابات الخطيرة التي قد يتعرضون لها، بل وأحياناً حتى الموت (كما سنبين ذلك في المطلب الآتي).

٢. منع النشاطات الإجرامية التي تحدث في الفندق، وذلك عن طريق منع تجار الجنس من إتخاذ الفندق ملاذاً آمناً لممارسة جريمتهم.

٣. حماية موظفي الفندق وضيوفه من المخاطر أو الإصابات التي قد يتعرضون لها بسبب هذا النشاط الإجرامي.

٤. حماية سمعة الفندق، لأن مثل هذه النشاطات الإجرامية ستؤثر يقيناً على سمعة الفندق ومن ثم على إيراداته.

٥. الحيلولة دون مسؤولية الفندق الجزائية أو المدنية (وهذه الأخيرة هي التي تهمننا بعدها مدار البحث) عن الإصابات التي تلحق بضحايا هذا النشاط الإجرامي.

يبقى أن نبين أن الخطأ الذي ينسب إلى إدارات الفنادق بصدد المسؤولية مدار البحث،



٢. استعمال العنف الجسدي من قبل الضيوف الذين يعمدون إلى ممارسة الجنس مع الضحايا، على النحو الذي يفرضي إلى الأضرار السالفة الذكر، فضلاً عن حالات الاغتصاب الجماعي.

٣. الأضرار الصحية الناشئة عن الممارسة المتكررة للجنس والتي قد تتراوح بين ٢٠- ٤٨ مرة في اليوم الواحد، من قبيل مرض نقص المناعة (الايذز)، والزهري، والسيلان، وعدوى المسالك البولية، والعقم، والاجهاض، والأم الظهر، وتشوه الاعضاء التناسلية الانثوية بسبب ختان الاناث، وخسارة الوزن بشكل كبير. فضلاً عن امراض أخرى من قبيل السل، والتهاب الكبد، والملاريا، والالتهابات الرئوية<sup>(٣٥)</sup>.

٤. الإدمان على الكحول والمخدرات.

وبالمثل يأخذ الضرر الأدبي الذي يصيب ضحايا الإتجار بالجنس صوراً مختلفة<sup>(٣٦)</sup>، منها:

١. الشعور بالعار، وصعوبة التأقلم مع المجتمع، فضلاً عن حالات الغضب المفرط التي قد تتسبب بمعارك جسدية مع الآخرين.

٢. الاكتئاب، والخوف، وعدم الثقة بالنفس، والقلق الحاد، واضطرابات الهلع.

٣. التفكير في الانتحار أو إيذاء النفس.

٤. كراهية الرجال، والكراهية للذات. فضلاً عن كراهية الاطفال الذين ينجبون من جراء العلاقات الجنسية غير المرغوب فيها أو الإجبارية.

أما أن يكون متعمداً (وهو الأقرب للأذهان) وذلك متى ما اتخذ صورة الخطأ الإيجابي أو السلبي في شقه الثاني، أو يكون ناشئاً عن اهمال كما هو الحال مع الخطأ السلبي في شقه الأول.

## المطلب الثاني

### الضرر

يمثل ركن الضرر الركيزة الثانية من الركائز الأساسية الثلاث لقيام المسؤولية المدنية، إذ لا يكفي لتحقيق هذه المسؤولية أن يقع الخطأ، بل يجب أن يفرضي ذلك الخطأ إلى إلحاق ضرر.

ويعرف الضرر في نطاق المسؤولية التصيرية بأنه "أذى يصيب الشخص في حق أو مصلحة مالية مشروعة"<sup>(٣٧)</sup>. وهو على نوعين: أما ضرر مادي يصيب الإنسان في ماله أو جسمه. أو ضرر أدبي يتمثل في الم ينتج عن إصابة أو مساس بالشعور ينتج عن إهانة أو تقييد للحرية ينتج عن حبس دون وجه حق<sup>(٣٨)</sup>. وكلا النوعين متصور بالنسبة للمسؤولية مدار البحث.

ففيما يتعلق بالضرر المادي (وخصوصا الجسدي) الذي يصيب ضحايا الإتجار بالجنس فإنه يأخذ صوراً مختلفة، منها<sup>(٣٩)</sup>:

١. استعمال العنف الجسدي من قبل المتاجرين بالجنس (السماسرة) للسيطرة على ضحاياهم، من قبيل الضرب (الذي قد يفرضي إلى كسور في العظام، أو الأصابع، أو العمود الفقري، أو النخاع الشوكي، أو ارتجاجات في المخ، أو فقدان للذاكرة، أو الصداع، أو الصداع النصفي)، والحرق، والتجويع، والحبس، واستعمال المخدرات القسري<sup>(٤٠)</sup>.

٥. الخشية من ترك من يُتاجر بهم خوفاً من القتل أو الاذى الجسدي، بل وعلى العكس يميلون إلى التعلق به لأنه يوفر لهم الملبس والسكن والطعام، وهو ما يعرف ب (متلازمة ستوكهولم).

ومن بالجدير بالذكر أن الآثار النفسية لضحايا الإتجار بالجنس قد تكون اشد من الأضرار الجسدية التي يعانون منها بسبب الممارسة المتكررة للجنس، إذ وبحسب دراسة لمنظمة الصحة العالمية أظهرت أن الضحايا الذين تم انقاذهم من الاستغلال الجنسي كانوا يعانون من أمراض نفسية وعقلية مختلفة فضلاً عن الأضرار الجسدية، وإن علاج الأولى (الامراض النفسية والعقلية) قد استغرق وقتاً أطول بكثير من علاج الأخيرة (الأضرار الجسدية)<sup>(٣٧)</sup>.

هذا ويشترط كي يمكن الحكم بالتعويض عن الضرر توافر شروط ثلاثة، أولها أن يكون ذلك الضرر محققاً، وثانيها أن يكون مباشراً، وثالثها أن يصيب حقاً أو مصلحة مالية مشروعة<sup>(٣٨)</sup>.

ففيما يتعلق بالشروط الأول وهو أن يكون الضرر محققاً، فهو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالاً أي وقع فعلاً، أو كان مستقبلاً إذا كان وجوده مؤكداً وأن تراخى وقوعه إلى زمن لاحق. ويبدو جلياً من صور الضرر بنوعيه المادي والأدبي (السالف ذكرها) أن الضرر في هذه الصور أما واقع فعلاً أو سوف يتراخى وقوعه إلى المستقبل القريب أو البعيد.

أما فيما يتعلق بالشروط الثاني وهو أن يكون الضرر مباشراً، فهو الضرر الذي يكون نتيجة

طبيعية لانحراف المخطيء في سلوكه، فلو أن إدارات الفنادق كانت قد عمدت إلى ابلاغ السلطات المختصة عن حالات الإتجار بالجنس التي تجري فيها، لتمكنت هذه الأخيرة من انقاذ الضحايا، بيد أن سكوت إدارات الفنادق عن هذه الممارسة غير المشروعة، هو من ساهم في استمرار معاناة الضحايا، فضلاً عن استمرار الأضرار الجسدية والنفسية التي تلحق بهم.

أما الضرر غير المباشر، وهو الضرر الذي لا توجد اية علاقة سببية بينه وبين الخطأ المرتكب، من قبيل موت والدة احدى ضحايا الإتجار بالجنس بسبب حزنها عليها، فإنه لا يعطي للضحية المذكورة الحق في المطالبة بالتعويض عنه.

أما الشرط الثالث وهو أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مالية مشروعة، فهو متحقق بدوره في المسؤولية مدار البحث، إذ أن إدارات الفنادق ملزمة بضمان سلامة شاغلي الفندق طيلة فترة بقاؤهم فيه، وما يتعرض له ضحايا الاتجار بالجنس من أضرار جسدية ونفسية من جراء الإتجار بهم جنسياً يتنافى وحقهم في السلامة، على نحو يوجب مسؤولية الفندق (وهو ما سوف نبينه بشيء من التفصيل في المبحث الثالث).

يبقى أن نبين الضرر الذي يلحق بضحايا الإتجار بالجنس غالباً ما لا يقتصر عليهم فحسب، بل يمتد إلى غيرهم من الأشخاص ممن تربطهم بهم رابطة معينة (في الغالب تكون أسرية) تجعلهم يتضررون مادياً أو أدبياً بالأضرار التي أصابتهم، وهو ما يعرف ب (الضرر المرتد)<sup>(٣٩)</sup>. ففي احدى القضايا قاضت والدة احدى ضحايا الإتجار بالجنس

الأرباح من وراء ذلك، وسماع إدارات الفنادق في اتخاذها ملاذاً آمناً للممارسة تلك التجارة فيها، أو غضها الطرف وعدم إبلاغها السلطات المختصة في حالة علمها بذلك). وتبرز هنا النظريتان الآتيتان<sup>(٤١)</sup>:

**الأولى:** نظرية تعدد أو تكافئ الأسباب للفقهاء الألماني (فون بري)، وبمقتضاها ينبغي بحث الأسباب جميعاً كل على انفراد ليتحدد منها ما يمكن القول أنه لولا حدوثه لما وقع الضرر، وتتعاقد الأسباب التي تحددت في تسببها بالضرر وتعد أسباباً لحدوثه، وفي هذه النظرية يعد كل من تجار الجنس وإدارات الفنادق سبباً في الأضرار التي لحقت بضحاياها.

**وثانيهما:** نظرية السبب الفعال أو السبب المنتج للفقهاء الألماني (فون كريس)، ومفادها أنه ينبغي عند تعدد الأسباب التمييز بين السبب الثانوي، وبين السبب الفعال أو المنتج ليعتد بالثاني وحده دون الأول، ولا يمكن الأخذ بهذه النظرية في المسؤولية مدار البحث، لأنه إذا كان تجار الجنس هم السبب الفعال في الأضرار التي لحقت بضحاياها، فإنه لا يمكن انكار الدور الذي تلعبه الفنادق في تلك التجارة كما بينا ذلك سلفاً.

ويقع عبء اثبات ركن العلاقة السببية على عاتق المدعي، والذي يتعين عليه قبل ذلك اثبات ركني الخطأ والضرر، وغالباً ما يكون اثبات العلاقة السببية بين ركني الضرر والخطأ سهلاً عن طريق قرائن الحال، بل وقد تنتفي الحاجة إلى اثباتها لوضوح القرائن في كثير من الحالات كما هو الحال مع المسؤولية مدار البحث. إذ غالباً ما تعفي مظاهر الإتجار بالجنس (السالف ذكرها) ضحاياها من إثبات

(والتي وجدت مقتولة على مسافة قريبة من الفندق المدعى عليه) فندق Plainfield, Inn في مدينة Houston الأمريكية، زاعمة أن إدارة الفندق كانت تعرف بتعرض ابنتها البالغة من العمر ٢١ عاماً للاعتداء جنسياً عليها لمدة عامين في الفندق المذكور دون أن تعدد تلك الإدارة إلى إتخاذ أي خطوات لإبلاغ السلطات المختصة<sup>(٤٢)</sup>.

### المطلب الثالث

### العلاقة السببية

تعني العلاقة السببية أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لإخلال المدين بواجبه القانوني. بمعنى أن تكون الأضرار المادية (الجسدية)، والأدبية (النفسية) التي لحقت بضحايا الإتجار بالجنس قد لحقت بهم إما من جراء سماح إدارات الفنادق باتخاذها ملاذاً آمناً للممارسة تجارة الجنس (الخطأ الإيجابي)، أو عن طريق غضها الطرف عن جميع مظاهر الإتجار بالجنس التي يمارس فيها، أو عدم إبلاغها السلطات المختصة في حالة علمها بممارسة تلك التجارة فيها (الخطأ السلبي).

ويثير تقدير العلاقة السببية أحياناً بعض الصعوبات لسببين:

**أولهما:** تعدد النتائج التي تترتب على سبب واحد (وهذا السبب لا يهمنها في المسؤولية مدار البحث).

**وثانيهما:** اجتماع عدد من الأسباب في إحداث الضرر (وهذه الأسباب في المسؤولية مدار البحث تتمثل في استعمال تجار الجنس لضحاياهم في ممارسة الجنس بغية تحقيق

تلك العلاقة لوضوحها. ويتحول عندئذ عبء نفيها على عاتق المدعى عليه، والذي يكون له ذلك بأحد طريقتين:

**أولهما:** الطريق المباشر، وفيه ينفي المدعى عليه العلاقة السببية عن طريق اثبات أن خطأه التصويري لم يكن هو السبب في الضرر الذي أصاب المدعى. وسلوك هذا الطريق غير متصور في المسؤولية مدار البحث إلا في حالة كون ممارسة تجارة الجنس قد تمت في الفندق (المدعى عليه) بصورة عابرة ولمرة واحدة أو مرتين، إذ تعذر على إدارة الفندق الانتباه إليها، عندها يمكن القول بعدم مسؤولية الفندق عن الأضرار التي تلحق بضحايا الإتجار بالجنس.

**وثانيهما:** الطريق غير المباشر، وفيه ينفي المدعى عليه العلاقة السببية بين خطئه التصويري وبين الضرر الذي أصاب المدعى عن طريق إثبات السبب الأجنبي، وتتعدد صور السبب الأجنبي فمن الآفة السماوية، إلى الحادث الفجائي، مروراً بفعل الغير، وانتهاءً بخطأ المضرور نفسه.

وهنا يثار التساؤل الآتي: هل يمكن تصور صور السبب الأجنبي السالفة الذكر في المسؤولية مدار البحث؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يمكننا القول، بأن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي لا يمكن تصورهما كسبب يمكن أن يفضي لقطع العلاقة السببية بين خطأ الفندق التصويري، وبين الضرر الذي لحق بضحايا الإتجار بالجنس.

أما عن فعل الغير (والذي قد يكون المتأجر بالجنس، أو الضيف الذي يعمد إلى ممارسة الجنس مع الضحايا)، فإن خطأ أيهما لا يمكن أن يُعفي إدارة الفندق من المسؤولية (في حالة علمها بممارسة تجارة الجنس فيه)، بل تنهض

مسؤوليتهم جميعاً عن الأضرار التي تلحق بالضحايا.

أما خطأ المتضرر ذاته (والذي قد يأخذ في المسؤولية مدار البحث صورة قبول الضحية ورضاها بممارسة الجنس)، فإن هذا الخطأ إن كان يمكن أن يُعفي تجار الجنس من المسؤولية أو يخفف منها (بالنسبة للبالغين من الضحايا دون القاصرين لأن هؤلاء لا يعتدّ بقبولهم أو رضاهم) على اعتبار أن الوسائل التي حددتها البروتوكولات العالمية أو القوانين الداخلية لا اعتبار تجارة الجنس جريمة معاقب عليها إنما تتمثل في استعمال القوة أو التهديد باستعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة. فإن خطأ المتضرر هذا لا يمكن أن يُعفي إدارة الفندق من المسؤولية، لأن القوانين قد منعت الفنادق من اتخاذها مقرأً وملاذماً لممارسة تجارة الجنس، وبخلافه فأنها تعرض نفسها للمسؤولية الجزائية فضلاً عن المدنية، ولا يمكن لرضا الضحية أن يحول دون هذه المسؤولية، وليس ثمة دليل على عدم رضا المتضرر أوضح من إقامته لدعوى المسؤولية المدنية ضد إدارة الفندق المدعى عليه.

من هنا يمكن القول أن جميع صور السبب الأجنبي السالفة الذكر لا يمكن أن تحول دون مسؤولية إدارة الفندق المدنية عن الأضرار التي تلحق بضحايا الإتجار بالجنس.

### المبحث الثالث

#### أساس المسؤولية المدنية للفنادق تجاه ضحايا الإتجار بالجنس وأثرها

سوف نحاول في هذا المبحث أن نبين الأساس القانوني للمسؤولية المدنية للفنادق،

والناشئة عن الأضرار التي تلحق بضحايا الإتيار بالجنس من جراء ممارسة تلك التجارة فيها، وما هو الأثر المترتب على تحققها.

## المطلب الأول

### أساس المسؤولية المدنية للفنادق

لبحث أساس مسؤولية الفندق في الصورة مدار البحث، لا بد من القول ابتداءً بأن الفندق ملتزمٌ بضمان سلامة شاغليه ابتداءً من لحظة شغلهم للغرف في الفندق لحين مغادرتهم إياه. ولقد تباينت الآراء الفقهية بصدد طبيعة هذا الالتزام إذ يرى البعض من الفقه أنه التزام ببذل عناية، في حين يرى البعض الآخر أنه التزام بتحقيق غاية (نتيجة).

### الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الإتجاه<sup>(٤٢)</sup>

إن إدارة الفندق إنما يقتصر التزامها على بذل العناية اللازمة (المعقولة) لتوفير السلامة والراحة والترفيه لشاغلي الفندق. وبالتالي يقع على عاتق المتضرر أو ورثته عبء اثبات الخطأ أو الإهمال في جانب تلك الإدارة على نحو أدى إلى الحاق الضرر به، فإذا عجز عن اثبات ذلك فلا تنهض مسؤولية الفندق. ويذهب رأي في الفقه العربي في معرض انتقاده لهذا الرأي إلى القول "إن القول بأن التزام الفندق هو التزام ببذل عناية من شأنه أن يفرغ هذا الالتزام من مضمونه ويجعله عديم الجدوى، فالمدين بأي التزام عليه أن يبذل في تنفيذه العناية اللازمة سواء وجد الالتزام بضمان السلامة أم لا،<sup>(٤٣)</sup>

فيرى أصحابه<sup>(٤٢)</sup> إن التزام إدارة الفندق بضمان سلامة الضيوف أو النزلاء إنما هو التزام بتحقيق غاية (نتيجة)<sup>(٤٤)</sup>، مفاده مغادرة الضيف أو النزيل للفندق سليماً معافى كما دخله. وبالتالي يُكتفى من الضيف أو النزيل أن يثبت عدم تحقق تلك النتيجة حتى تنهض مسؤولية الفندق، ومن دون الحاجة إلى اثبات خطئه. وعلى هذا الأخير (الفندق) إذ ما أراد التخلص من المسؤولية أن يقيم الدليل على أنه قد أتخذ كافة الاحتياطات الكفيلة لمنع وقوع الضرر، ولعل أهم هذه الاحتياطات التي يتعين على إدارات الفنادق اتخاذها بالنسبة للمسؤولية مدار البحث تتمثل في:

١. توفير التدريب اللازم لموظفي الفندق للتعرف على حالات الإتيار بالجنس التي تجري فيه، ولقد أطلقت منظمة ECPAT<sup>(٤٥)</sup> وهي منظمة غير حكومية رائدة في قطاع السياحة والفندقة لمكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية وباقي دول العالم) عام ٢٠٠٤ مدونة السلوك لحماية الأطفال من الاستغلال الجنسي في مجال السياحة، ولقد تضمنت هذه المدونة مجموعة من المبادئ التوجيهية المقبولة دولياً، مع ست خطوات تتخذها الفنادق لحماية الأطفال من الاستغلال الجنسي، وواحدة من هذه الخطوات الست هي توفير التدريب اللازم للموظفين في الفنادق للتعرف على حالات الإتيار بالجنس وذلك لمنع الاستغلال الجنسي للأطفال، وتتولى هذه المنظمة بنفسها توفير مثل هذا التدريب عن طريق دورات متخصصة بهذا الشأن<sup>(٤٦)</sup>.

٢. مراقبة الغرف التي تثير الشكوك والشبهات، والتي يُعتقد أن ثمة تجارة للجنس

أما الاتجاه الثاني والذي قام على اعقاب الإنتقادات التي وجهت إلى الإتجاه الأول،

## المطلب الثاني

### اثر المسؤولية المدنية للفنادق

متى ما توافرت أركان المسؤولية المدنية للفندق (السالف ذكرها)، ترتب أثرها وهو التعويض، ويعرف التعويض بأنه: مبلغ من النقود أو اية ترضية أخرى من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات<sup>(٤٩)</sup>. والطريق الطبيعي للحصول على التعويض هو الدعوى المدنية، فمن هم أطراف هذه الدعوى في المسؤولية مدار البحث؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول أن أطراف هذه الدعوى هم كل من الضحية أو المتضرر أو من يقوم مقامه (المدعى)، وإدارة الفنادق (المدعى عليه). وهو ما سنوضحه أدناه:

#### الطرف الأول: المدعى (الضحية او

المتضرر او من يقوم مقامه)، لقد عرف القسم (١٥٩٣/ج) من قانون حماية ضحايا الاتجار والعنف الأمريكي لعام ٢٠٠٠ المدعى في جرائم الإتجار بالجنس التجاري<sup>(٥٠)</sup> بأنه "الفرد المتضرر من جراء الجريمة بموجب هذا الفصل، وفي حالة كون الضحية دون الثامنة عشر من العمر أو كان عاجزاً أو متوفياً، فأن الوصي القانوني أو الممثل عن ممتلكات الضحية أو احد أفراد العائلة الآخرين أو اي شخص آخر يتم تعيينه على النحو المناسب من قبل المحكمة يحل محل الضحية في إقامة الدعوى..."<sup>(٥١)</sup>. ففي قضية (Jane 2016 Doe v. Grand Hotel Orlando)<sup>(٥٢)</sup> زعمت والدة الضحية (وهي فتاة قاصر تبلغ من العمر ١٦ عاماً) أنها قد أختطف وأحتجزت

تجري فيها، وطرده الضيوف أو النزلاء الذين يتم التأكد من ممارستهم للدعارة أو الجنس في الفندق، دون أن يرتب ذلك الطرد اية مسؤولية مدنية في مواجهة الفندق، ففي قضية (1918 Hurd v. Hotel Astor) عمد زوجان (المدعيان) إلى حجز غرفتين منفصلتين لهما في الفندق (المدعى عليه)، دون أن يخطرا صاحب الفندق بأنهما زوجين، وفي احدى الليالي استدعت الزوجة زوجها إلى غرفتها، الأمر الذي دفع بصاحب الفندق إلى الاشتباه بوجود حالة دعارة في فندقه، الأمر الذي دفع به إلى الدخول إلى غرفة الزوجة بالقوة وطرده الزوجين من الفندق، وعند مقاضاته من قبلهما ردت المحكمة دعواهما؛ لأن ما أقدم عليه صاحب الفندق إنما يمثل التزاماً منه بالقوانين التي تمنع من اتخاذ الفنادق ملاذاً للدعارة أو تجارة الجنس<sup>(٥٧)</sup>.

٣. عند الشعور بوجود حالة من حالات الإلتجار بالجنس في الفندق ينبغي المبادرة بأسرع وقت ممكن لإبلاغ السلطات المختصة<sup>(٥٨)</sup>.

وإذا كنا نتفق مع أصحاب الاتجاه الثاني في اعتبار التزام الفندق بضمان سلامة الضيف او النزيل هو التزام بتحقيق غاية (نتيجة) ولاسيما في المسؤولية مدار البحث، فإننا لا نتفق معهم في امكانية دفع هذه المسؤولية عن طريق السبب الأجنبي للأسباب التي بيناها سابقاً عند الحديث عن ركن العلاقة السببية.

على مرأى ومسمع من موظفي الأمن في الفندق دون أن يحرك أياً منهم ساكن، بل أكثر من هذا رفضوا جميع تقديم المساعدة لها، كما زعمت بأن المدعى عليه الأول قد ابلغها بأنه قد جلبها إلى المدينة للعمل كعاهرة في الفندق المذكور، وهو ما حصل فعلاً حيث كان يتم الاعتداء عليها جنسياً رغباً عن إرادتها من قبل العديد من الضيوف والزبائن في الفندق، وإن هذا الأمر كان يتم في بعض الأحيان بحضور احد الزوجين المالكين للفندق. ولهذا فقد اقامت المدعية دعواها ضد المدعى عليهم جميعاً بما فيهم الفندق الذي أخذ ملاذاً امناً لممارسة تجارة الجنس، وذلك استناداً لنص المادة (١٥٩٥/أ) من قانون حماية ضحايا الإتجار والعنف الامريكى لعام ٢٠٠٠ السالف الذكر والتي تعطي للمتضرر الحق في الرجوع بالمسؤولية المدنية والتعويض لا على المجرم فحسب (سواء كان المُتاجر بالجنس أو من مارسه مع الضحية)، بل وعلى أي شخص يستفيد من ذلك مالياً أو عن طريق تلقي أي شيء ذي قيمة مادية، متى كان يعلم أو كان يتعين عليه أن يعلم بأنه يشارك في هذه الجريمة<sup>(٥٤)</sup>.

وفي قضية *M.B v. Roosevelt, Inn* 2017<sup>(٥٥)</sup>، أقامت والدة الضحية (وهي فتاة قاصر تبلغ من العمر ١٧ عاماً) دعواها ضد فندق (Roosevelt) وهو احد الفنادق الواقعة في مدينة (Philadelphia)، زاعمة أن ابنتها (التي كانت تبلغ من العمر ١٤ عاماً في عام ٢٠١٤)، قد تم اغراؤها للحضور إلى الفندق المذكور، ثم تم احتجازها فيه رغباً عن إرادتها وأجبرت على ممارسة الجنس مع حوالي الف رجل من كافة الأعمار، وقد كان موظفو الفندق وإدارته يعلمون بحالات الاعتداء الجنسي الذي

في الفندق المدعى عليه، وتم الاعتداء عليها جنسياً مراراً وتكراراً من قبل ضيوف الفندق مقابل ٢٠٠ دولار في الساعة (في الوقت الذي كان فيه السمسار يراقب العملية من سيارته في موقف سيارات الفندق)، دون أن يعمد موظفو الفندق لتقديم المساعدة لها أو اتخاذ الخطوات اللازمة لتبليغ السلطات المختصة، كما زعمت بأن الفندق قد استفاد مالياً من عمليات المُتاجرة بها جنسياً عن طريق تأجير غرفه إلى السمسار المذكور باجرة تزيد كثيراً عن الأجرة الحقيقية للغرف في الفندق. وقال (Jan Rietveld) المدير التنفيذي للفندق المدعى عليه "إن الفندق ليست عنده سياسة للإبلاغ عن تجارة الجنس، ولكن موظفو الفندق لديهم تعليمات واضحة بعدم إيجار الغرف لأي شخص يشبه بممارسته لتجارة الجنس".

وفي قضية *Riccho v.Cark* Mclean, Ashvinkumar Patel,Sima Patel,Bijal,Inc, Shangri-La ho- (tel 2017)<sup>(٥٦)</sup>، زعمت المدعية أنه المدعى عليه الأول (Cark Mclean) كان قد اغراها للسفر من مدينة (Main) إذ كانت تسكن، إلى مدينة (Shangri-La) في ولاية (Massachusetts) للعمل في شركة ((Bijal,Inc المملوكة للزوجين المدعى عليهما (Sima Patel &Ashvinkumar) والذين يملكان في الوقت ذاته فندق (-Shangri-La hotel) ويقيمان فيه أيضاً. وعند وصولها إلى المدينة المذكورة تم احتجازها رغباً عن إرادتها في الفندق المذكور، وتم الاعتداء عليها مراراً وتكراراً من قبل المدعى عليه الأول وبعلم المدعى عليهما الثاني والثالث (الزوجين)، كما أنها تعرضت للضرب المبرح



كانت تتعرض له القاصر ولكنهم غصو الطرف عن الموضوع، بل وعلى العكس من ذلك وفروا غرماً للمتاجرين بالجنس الذين استغلوا لاجبار الضحية على ممارسة الجنس ابتداءً من عام ٢٠١٤ ولغاية عام ٢٠١٧. وهذه الدعوى هي الأولى التي تقام في مدينة (Philadelphia)) بموجب قانونها الصادر عام ٢٠١٤، والذي يتيح لضحايا الاتجار بالجنس مقاضاة الفنادق التي حدثت فيها حالات الاتجار بالجنس.

ومن الجدير بالذكر أنه قد تم إنشاء منظمة غير ربحية في أمريكا يطلق عليها (polaris)، يعمل فيها مجموعة من المهنيين من ذوي الخبرة والاختصاص لتوجيه ضحايا الاتجار بالجنس وتقديم النصح والإرشاد لهم من الناحية القانونية<sup>(٥٥)</sup>.

الطرف الثاني: المدعى عليه (الفندق)، تُثير المسؤولية المدنية للفنادق اشكالات عديدة للمتضررين سواء أكانوا من الضيوف أو النزلاء في الفندق بشكل عام أو ضحايا الاتجار بالجنس بشكل خاص، لعل في مقدمتها تعدد الجهات المسؤولة عن الفندق، فمن المالك إلى المطور مروراً بصاحب حق الامتياز وانتهاءً بمالك العلامة التجارية. الأمر الذي قد يُصعب عليهم معرفة المسؤول عما يعانون منه. وإذا كان هذا الأمر لم يُثر لحد الآن بشكل واضح في نطاق المسؤولية المدنية للفنادق تجاه ضحايا الاتجار بالجنس بسبب قلة الدعاوى المعروضة أمام القضاء في أمريكا بصورة عامة، وانعدامها (على حد علمنا) في الوطن العربي بشكل خاص، فانه من الممكن أن يُثار مع زيادة عدد هذه الدعاوى. ولهذا فأن إتخاذ إدارات الفنادق للاحتياطات اللازمة للحيلولة

دون اتخاذها ملاذاً لممارسة تجارة الجنس سيساهم في اعفائها من المسؤولية المدنية أو التخفيف منها تجاه ضحايا الاتجار بالجنس.

يبقى أن نبين أن التعويض في هذه الصورة من صور المسؤولية المدنية إنما يقتصر على التعويض النقدي لتعذر تصور باقي صور التعويض غير النقدي هنا (إعادة الحالة الى ما كانت عليه من قبل، أو الحكم بإدء أمر معين، أو رد المثل في المثليات). ويشمل هذا التعويض في نطاق المسؤولية التصديرية كما هو معلوم الضرر المادي فضلاً عن الضرر الأدبي، وهو في نطاق الضرر المادي يشمل ما لحق المتضرر من خسارة مالية (وهي تتمثل في المسؤولية مدار البحث بالنفقات التي تنفقها ضحية الاتجار بالجنس في سبيل العلاج من الأضرار الجسدية التي لحقت بها والتي سبق لنا بيانها، لاسيما وأن فترة العلاج قد تستغرق وقتاً طويلاً فضلاً عن أنها قد لا تقضي إلى شفاء الضحية بشكل كامل من تلك الأضرار)، وما فاتهُ من كسب تعذر على الضحية الحصول عليه طيلة فترة استغلالها جنسياً. أما التعويض عن الضرر الأدبي فإنه لا يشمل العناصر المذكورين، وإنما يُعدّ عنصراً قائماً بذاته يتولى القاضي تحديده في سبيل ترضية المتضرر، وهو على العموم لا يزيل الضرر الأدبي وإنما يخفف من وقعته.



## الخاتمة

أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها  
البحث :

### أولاً: النتائج

١. بالنظر للأرباح الكبيرة التي تحققها تجارة الجنس من جهة، والعقوبات البسيطة التي يتعرض لها المتاجرون بها (السماسرة) مقارنة بالعقوبات المشددة المفروضة على تجارة المخدرات والأسلحة غير المشروعة من جهة أخرى، أخذت هذه التجارة بالزواج والانتشار في معظم دول العالم.

٢. لم تتحد دول العالم في موقفها من تجارة الجنس، ففي الوقت الذي تبيح فيه بعض الدول تلك التجارة، يمنعها البعض الآخر منها، في حين اختط البعض الثالث موقفاً وسطاً بين الإباحة والمنع إذ سمح ببعض جوانب تلك التجارة.

٣. لم يعرف بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص (وبخاصة النساء والأطفال) المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة غير الوطنية لعام ٢٠٠٠ تجارة الجنس بل أشار إليها عند تعريفه لجريمة الإتجار بالبشر بصورة عامة، وهو ذاته موقف قانون مكافحة الإتجار بالبشر العراقي رقم ٨٢ لسنة ٢٠١٢. في حين عرفت اتفاقية حظر الإتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير لعام ١٩٤٩ تجارة الجنس، وبالمثل جاء موقف قانون حماية ضحايا الإتجار والعنف الامريكي لعام ٢٠٠٠.

٤. ثمة العديد من الأسباب التي تدفع بتجار الجنس إلى اختيار الفنادق، ولاسيما تلك التي تحمل علامات تجارية عالمية كملاذٍ آمنٍ لممارسة تجارتهم تلك.

٥. إن نوع المسؤولية المدنية المتصور بالنسبة للفنادق في المسؤولية مدار البحث هو المسؤولية التقصيرية وليست العقدية، وذلك لسببين: أولهما هو ندرة حالات التعاقد بشكل مباشر بين ضحايا الإتجار بالجنس من جهة، وبين الفنادق التي تتخذ ملاذاً للمتاجرة بهم من جهة أخرى. وثانيهما تخلف ركني الرضا والسبب الأمر الذي يجعل من العقد باطلاً في حالة القول بوجود العقد اصلاً.

٦. يتخذ الخطأ في المسؤولية مدار البحث صورتين الخطأ الإيجابي والسلبي، كما أن صورتين الضرر المادي والأدبي متصورتان أيضاً، أما ركن العلاقة السببية فمن غير المتصور انقطاعه بالسبب الاجنبي.

٧. ثمة احتياطات معينة بإمكان إدارات الفنادق اتخاذها للحيلولة دون اتخاذها ملاذاً لتجار الجنس، من شأنها أن تحول دون مسؤولية الفندق أو تخفف منها تجاه ضحايا هذه الجريمة.

٨. إن الأثر المترتب على تحقق هذه المسؤولية هو التعويض والذي غالباً ما يكون نقدياً لتعذر تصور باقي صور التعويض غير النقدي في هذه الحالة.

### ثانياً: التوصيات

١. ضرورة التشديد من مسؤولية إدارة الفنادق الجزائية في حالة توفيرها الملاذ الآمن لتجارة الجنس للحد من هذه الظاهرة قدر الإمكان.

٢. إن اشتراط الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية استعمال القوة أو التهديد باستعمالها أو غير ذلك من اشكال القسر أو الإختطاف أو الإحتيال أو الخداع للقول بوقوع جريمة الإتجار بالبشر بصورة عامة والإتجار بالجنس

– Cornwall university school of hotel administration- The Scholarly commons- 2017-p. 1.

٣- لقد عرفت المادة (١) من قانون مكافحة البغاء العراقي رقم ٨ لسنة ١٩٨٨ السمسرة بأنها "هي الوساطة بين شخصين بقصد تسهيل فعل البغاء بأية طريقة كانت ، ويشمل ذلك التحريض ولو بموافقة احد الشخصين أو طلبه، كما يشمل استغلال بغاء الشخص بالرضاء أو الاكراه".

4- Timothy Marsh- Compulsory corporate social responsibility: New York hoteliers as mandated reporters of child sex trafficking- Hofstra law review- volume 45- issue 3- article 9-2017-p. 985.

٥- للمزيد من المعلومات حول تجارة الجنس في هولندا يُنظر

Karli Bryant, Austin Larowe, Michael Morrison, Danielle Smalls, and Wes Williams- Sex Trafficking in Europe- Qualitative observations on sex trafficking situations in Prague, Amsterdam, and Stockholm- 2012.

وللمزيد من المعلومات حول تجارة الجنس في تايلاند يُنظر

Nataliya Opanovych- Human trafficking for sex exploitation in Thailand- 2017.

متاح على الموقع الالكتروني [www.civitas.edu.pl](http://www.civitas.edu.pl) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١٥.

٦- يُنظر : الدعارة حسب البلد- متاح على الموقع الالكتروني [ar.wikipedia.org](http://ar.wikipedia.org) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١٥.

7- Ann Brooks & Vanessa Heaslip- Sex Trafficking and sex tourism in Globalised world- Emerald Publishing Limited- 2018- p. 7-9.

٨- حيث تنص المادة (٢) من قانون مكافحة البغاء العراقي سالف الذكر على ان "البغاء والسمسرة

بصورة خاصة، يعني بمفهوم المخالفة أن رضا الضحية يمكن أن يحول دون القول بوقوع هذه الجريمة، وهذا غير صحيح الأمر الذي يستوجب تعديل النصوص القانونية وتجريم هذه التجارة في جميع الحالات حتى مع رضا الضحية لأن الأفعال المكونة لهذه الجريمة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي لا يمكن أن يُحول رضا الضحية هذه الأفعال من مجرمة إلى مباحة.

٣. إلزام إدارات الفنادق بتدريب موظفيها للتعرف على حالات الإتجار بالجنس.

٤. إنشاء منظمات غير حكومية تضم مجموعة من المهنيين ، والمتخصصين في القانون والطب ، وعلم النفس وغير ذلك من التخصصات تتولى تقديم النصح والإرشاد لضحايا الإتجار بالجنس وافهامهم حقوقهم سواء تجاه المُتاجرين بهم أو تجاه الفنادق التي اتخذت ملاذاً امناً لممارسة تلك الجريمة بحقهم لاسيما مع جهل الكثير منهم بحقهم في الرجوع بالمسؤولية المدنية فضلاً عن الجزائية على من ساهم في ارتكاب هذه الجريمة ووفر الملاذ الأيمن لممارستها (وهي الفنادق).

## الهوامش

1-Carolin L, Lindsay & Victor W- Sex Trafficking in Tourism industry- journal of Tourism and Hospitality-volume 4- 2015- p. 1.

2-Winters Brandon R.- The Hotel industry's role in combatting sex trafficking- Master of Arts in security study- 2017-p. 1, Giovanna L.C. Cava-ganaro- Sex trafficking: The Hospitality industry's role and responsibility

sex act is induced by force, fraud, or coercion...

ولم يشترط القسم المذكور ممارسة هذه الوسائل لوقوع الجريمة إذا كانت الضحية لم تبلغ الـ ١٨ من العمر.  
"or in which the person induced to perform such act has not attained 18 years of age."

١٥ - د. محمد يحيى مطر - الجهود الدولية في مكافحة الإتجار بالبشر - الجزء الأول - الطبعة الأولى - مكتبة الملك فهد الوطنية - الرياض - ٢٠١٠ - ص ٧.

16- Angela A. Jones- post traumatic stress disorder and victims of human sex trafficking: A perpetuation of chronic indignity- Intercultural Human Rights law review- vol.4-2009-p. 321.

17 - Belinda Luscombe- How to spot a sex trafficking victim at a hotel- 2014.

اخر <http://time.com> متاح على الموقع الالكتروني زيارة في 6/12/2018.

وانظر ايضا:

Dennis Schall- Hotel and Motel employees can be a force to spotting human- trafficking- 2017.

متاح على الموقع الالكتروني skift.com اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/٧.

18 - William D. Frye- Human sex trafficking in hotels is a major concern for hoteliers- The Rooms Chronicle journal- vol. 20- 2017- p. 1.

19 - Anna W. Shavers- Human Trafficking, the rule of law, and corporate social responsibility- South Caroline journal of international law and business-volume 9- issue 1- 2012-p. 64.

20- Sex trafficking and safe harbors in Minnesota- Resource for hotel staff-

ممنوعان".

٩ - د. حامد سيد محمد حامد- الإتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود- بين الأسباب، التدايعات، الرؤى الاستراتيجية- الطبعة الأولى- المركز القومي للإصدارات القانونية- ٢٠١٣- ص ٣٢.

10- Karlee Hemmert- Effects of sex trafficking on youth and identification: A literature review-Brighamyouniversity-BYU Scholares Archive-2018- p. 3.

١١ - اعتمد البروتوكول أعلاه وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٥) الدورة الخامسة والخمسون، المؤرخ في ٢٠٠٠/١١/١٥، ودخل حيز النفاذ بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٣. وقد صادقت جمهورية العراق على البروتوكول بموجب القانون رقم (٢٠) في ٢٠٠٧/٥/٢، ونشر في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٤١ في ٢٠٠٧/٦/١٧. وقد عرفت المادة الأولى من اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير لعام ١٩٤٩ دعارة الغير بأنها "استغلال شخص آخر أو اغوائه أو تضليله على قصد الدعارة حتى برضاء هذا الشخص". وقد اعتمدت هذه الاتفاقية وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٣١٧) في ١٩٤٩/١٢/٢، ودخلت حيز النفاذ في ١٩٥١/٧/٢٥. وقد صادقت جمهورية العراق على هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم (٧٤) لسنة ١٩٥٥، ونشر في الوقائع العراقية بالعدد ٣٦٤٤ في ١٩٥٥/٦/٥.

12- victims of trafficking and violence protection act of 2000.

متاح على الموقع الالكتروني [www.state.gov](http://www.state.gov) اخر زيارة في 7/12/2018

13 - SEX TRAFFICKING —The term "sex trafficking" means the recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person for the purpose of a commercial sex Act."

14 - sex trafficking in which a commercial

٢٨- وبهذا الصدد تنص المادة (١١) من قانون المنشآت السياحية العراقية رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٧ المعدل " على مديري الفنادق والدور السياحية إجراء ما يأتي: ١- وضع قائمة يومية في محل بارز تتضمن الغرف المشغولة، والمطلوب حجزها، واسماء شاغليها، وحاجزها ....، ٣- مسك سجل خاص بأسماء النزلاء الذين يمكنون مدة تزيد على اثنتي عشرة ساعة ويتضمن: اسم النزلي، وجنسيته، ومهنته، وتاريخ وصوله، ومغادرته، وجهة السفر، واية معلومات اخرى ترى المصلحة اضافتها". وقد عاقبت المادة ١٧ من القانون ذاته من يخالف احكام هذا القانون أو الأنظمة والتعليمات الصادرة بموجبه بغرامة لا تقل عن عشرة دنائير ولا تزيد على مائة دينار. وواضح أن هذه العقوبة لا تتناسب و فداحة الجريمة المرتكبة في المسؤولية مدار البحث، إذ أن ما تحققه هذه الفنادق من ارباح جراء السماح بأخذها ملاذاً امناً لممارسة تجارة الجنس تتجاوز هذه العقوبة بكثير.

29- Shea M. Rhodes- Sex trafficking and the hotel industry- criminal and civil liability for hotel and their employees- Villanova university school of law- 2017- p. 1.

30 - sex trafficking in hotels.

متاح على الموقع الالكتروني [www.gtha.com](http://www.gtha.com) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/٨.

٣١ - استاذنا الدكتور حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- اثبات الالتزام- طبع على نفقة الجامعة المستنصرية- ١٩٧٦- ص ٢٢٦.

٣٢- محمد احمد عابدين- التعويض عن الضرر الأدبي والمادي والموروث- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية- ١٩٩٧- ص ٥١.

33 - Leah Kaylor- Psychological impact

p.3.

متاح على الموقع الالكتروني [www.theadvocatesforhumanrights.org](http://www.theadvocatesforhumanrights.org) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١١.

٢١ - د.انور سلطان- النظرية العامة للالتزام- الجزء الاول- مصادر الالتزام- دار المعارف- مصر- ١٩٦٢- ص ٤٥٥.

٢٢- وبهذا الصدد تنص المادة(١٠٦) منالمدني العراقي على "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة".

٢٣ - وبهذا الصدد تنص المادة (١٣٢/أ) من القانون المدني العراقي على "يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للأداب".

٢٤ - د.عبد الرزاق السهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان- ص ٧٧٨.

٢٥ - د. غني حسون طه- الوجيز في النظرية العامة للالتزام- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- مطبعة المعارف- بغداد- ١٩٧١- ص ٣٤٩.

26- Chines sex trade in filtrates international hotels- 2013.

هذا التقرير متاح على الموقع الالكتروني [www.bbc.com](http://www.bbc.com) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/٥.

27 -Courtney Loechl- preventing human trafficking- The role of Hospitality industry- 2016.

متاح على الموقع الالكتروني [hostelmanagement.com](http://hostelmanagement.com) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/٦. وانظر ايضا:

What Are the Signs of Human and Child Trafficking In Hotels?

متاح على الموقع الالكتروني [theguardiangroup.org](http://theguardiangroup.org) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/٦.

المناعة البشرية (الايذز)، كما قد يعامل الضحايا ...  
بوحشية تصل إلى حد الموت“.

”Trafficking exposes victims to serious health risks. Women and children trafficked in the sex industry are exposed to deadly diseases, including HIV and AIDS. Trafficking victims are sometimes ... physically brutalized to death.“

36-Sukran Altun, Melanie Abas, Cathy Zimmerman, Louise M. Howard and Sian Oram- Mental health and human trafficking: responding to survivors’ needs- BJPsych international journal- vol.14- 2017- P.2, Laura J. Lederer and Christopher A. Wetzel- The health consequences of sex trafficking and their implications for identifying victims in health facilities- Annals of health law- vol. 23- 2014-p. 70, ,Tai Lin Hampton- Sex trafficking: impact victims mental & physical health- 2017.

مقال متاح على medium.com اخر زيارة في  
٢٠١٨/١٢/٤.

37- understanding and addressing violence against women-world health organization- 2017- p. 2.

هذه الدراسة متاحة على الموقع الالكتروني  
who.int اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/٦.

٣٨ - يُنظر في تفصيل هذه الشروط د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي- الجزء الأول- مصادر الالتزام- الناشر مكتبة السنهوري- بغداد- ٢٠٠٨- ص ٢١٣-٢١٤.

of human trafficking and sex slavery worldwide- empowerment and intervention- 2015-p. 3, Katerina Calvo- The Psychological effect of human trafficking on the second generation- Florida state university libraries- 2014- p. 9, Chris Beyrer and Julie Stachowiak- Health consequences of trafficking of women and girls in southeast Asia- The Brown journal of world affairs- volume x- issue 1- 2003-p. 105-106, Ellen Wright Claytton, Richard d. krugman and Patti Simon- Confronting commercial sexual exploitation and sex trafficking of minors in the united states- The National Academies Press- Washington,D.C.-2018-p. 80-81.

٣٤ - وقد أشار القسم (٦/١٠٢) من قانون حماية ضحايا الإتجار والعنف الأمريكي لعام ٢٠٠٠ إلى هذه صور بنصه ” غالباً ما يُجبر الضحايا وعن طريق العنف الجسدي إلى الانخراط في اعمال الجنس ...، ويتضمن هذا العنف: الاغتصاب وغيره من أشكال الإساءة الجنسية، والتعذيب والتجويد والسجن والتهديد والايذاء النفسي والإكراه.“

”Victims are often forced through physical violence to engage in sex acts ... Such force includes rape and other forms of sexual abuse, torture, starvation, imprisonment, threats, psychological abuse, and coercion.“

٣٥ - وقد أشار إلى بعض هذه الصور القسم (١١/١٠٢) من القانون المذكور بنصه ” الإتجار يعرض الضحايا لمخاطر صحية خطيرة، إذ تتعرض النساء والاطفال الذين يتم الإتجار بهم في صناعة الجنس إلى امراض فتاكة، بما في ذلك فيروس نقص

والتي نصت على "يلتزم صاحب الفندق بحماية شخص النزيل وامواله، ولا يعفى من المسؤولية عن الضرر الذي لحق بشخص النزيل أو بأمواله إلا إذا اثبت أن سبب الضرر يرجع الى قوة قاهرة أو خطأ النزيل أو فعل الأشخاص الذين يرافقونه أو يترددون عليه". مشار إليه في علي مطشر عبد الصاحب- الالتزام بضمان سلامة الأشخاص في تنفيذ العقود- اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد- ٢٠٠٧- ص ١٩٢.

#### 46 - ECPAT= End Child Prostitution and Trafficking

تعود جذور هذه المنظمة إلى الحملة التي اطلقت عام ١٩٩٠ لإنهاء حالة الاستغلال الجنسي للاطفال في السياحة الاسيوية، وفي عام ١٩٩٦ قرر الذين يعملون في هذه الحملة انشاء منظمة غير حكومية دائمة لمجابهة الاستغلال الجنسي للأطفال. لمزيد من المعلومات حول هذه المنظمة بالإمكان الرجوع إلى موقعها الرسمي على شبكة الانترنت [www.ecpat.org](http://www.ecpat.org) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١١.

ومن الجدير بالذكر ان ولاية Connecticut الأمريكية قد اصدرت قانوناً للإتجار بالبشر عام ٢٠١٧، يلزم الفنادق والموتيلات بتدريب موظفيها للتعرف على حالات الإتجار بالجنس. إذ تنص المادة (١٦-٧١/ب) من القانون المذكور على "التأكد من أن يتلقى موظفو الفندق عند تعيينهم التدريب على حالات الإتجار بالبشر، وضمان اشترآهم بحملات توعية بهذا الخصوص".

Connecticut's Recent Human Trafficking Legislation 2017: « (b) ensure that their employees receive training on human trafficking when they are hired and provide ongoing awareness campaigns. »

- Michel Guelbart and Julia Wejchert- No vacancy for child sex traffickers impact report- copyright ECPAT- USA-

٣٩- الدكتور حسن علي الذنون- المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر- دار وائل للنشر- عمان- الأردن- ٢٠٠٦- ص ١٥٥. د. عزيز كاظم جبر- الضرر المرتد وتعبئه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- ١٩٩٨- ص ٣٩.

٤٠ - مشار إليها في:

Jennifer Alsever- Hotels are key in the fight to end human trafficking- 2017

متاح على الموقع الالكتروني

[www.fastcompany.com](http://www.fastcompany.com) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١٤.

٤١- ينظر بشأن هاتين النظريتين د. عبد المجيد الحكيم وآخرون- المصدر السابق- ص ٢٣٩-٢٤٠.

42-Edward Louis Eyerman- The modern innkeepers liability for injuries to the person of his guest- Washington university law review- volume 19- issue 3- 1934-p. 234, Daniel L. Brown- Common legal issue that confront hotel operators- Hotel business review- 2008-p. 1, Daniel L. Brown- common legal issue that confront hotel operators- Hotel Business review- 2008- p.1.

٤٣- د. احمد السعيد زقرد- التزامات الفندق ومسؤوليته المدنية في مواجهة السائح او العميل- بحث منشور في مجلة جمعية المحامين الكويتيين- ١٩٩٩- ص ٧٥.

٤٤- د. احمد السعيد زقرد- الروابط القانونية الناشئة عن عقد الرحلة- مجلة الحقوق- تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت- العدد الأول- السنة الثانية والعشرون- ١٩٩٨- ص ١٦٦.

٤٥- وقد كان مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٥ قد تبنى هذا الاتجاه في المادة (٧٨٦) منه

court“.....,

وبهذا الصدد تنص المادة (٣) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على "يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، وإلا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق". ولم يبين قانون المرافعات السن المحددة لأهلية التقاضي، وحيث ان هذه الأخيرة مماثلة لأهلية التعاقد عندها يتعين الرجوع إلى نص المادة (١٠٦) من القانون المدني السالفة الذكر. من هذا النص يتضح أنه إذا لم يكن ذا أهلية كاملة وجب أن ينوب عنه من يمثله شرعاً أو قانوناً. انظر د. ادم وهيب النداوي- المرافعات المدنية- وزارة التعليم العالي والبحث العلمي-جامعة بغداد/ كلية القانون- ١٩٨٨- ص ١١٥، د. عباس زبون العبودي- شرح أحكام قانون المرافعات المدنية- الطبعة الأولى- دار السنهوري- بغداد- ٢٠١٥- ص ٢٢٩.

٥١ - تفاصيل هذه القضية متاحة على الموقع الإلكتروني [caselaw.findlaw.com](http://caselaw.findlaw.com) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١١.

٥٢- تفاصيل هذه القضية متاحة على الموقع الإلكتروني [caselaw.findlaw.com](http://caselaw.findlaw.com) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١١.

53 - An individual who is a victim of a violation of this chapter may bring a civil action against the perpetrator (or whoever knowingly benefits, financially or by receiving anything of value from participation in a venture which that person knew or should have known has engaged in an act in violation of this chapter.“...

٥٤- مشار إليها في:

2017p. 7.

٤٧ - تفاصيل القضية مشار إليها في:

Anonymous- Innkeepers right to exclude or eject guests- Fordham law review- volume 7- issue 3- article 6- 1938-p. 425, Sandra Norman-Eady- Innkeepers rights regarding guests- orl research report-2000.

48 -Tanya Mohn- Hotel on child sex slavery.

متاح على الموقع الإلكتروني [www.forbes.com](http://www.forbes.com) اخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١٠.

٤٩ - د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير- القانون المدني وأحكام الالتزام- الجزء الثاني- حقوق الطبع محفوظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- ١٩٨٠- ص ٤٣.

٥٠- لقد عرف القسم (١٥٩١/ج/١) من القانون المذكور الجنس التجاري بأنه "اي فعل جنسي يتم في مقابل شيء ذو قيمة يتم تقديمه أو استلامه من قبل اي شخص"

"The term 'commercial sex act' means any sex act, on account of which anything of value is given to or received by any person."

" - the term 'victim' means the individual harmed as a result of a crime under this chapter, including, in the case of a victim who is under 18 years of age, incompetent incapacitated, or deceased, the legal guardian of the victim or a representative of the victim's estate, or another family member, or any other person appointed as suitable by the



Jeffrey D. Kessler- Ethical obligation of legal counsel regarding human trafficking- Academy of Hospitality Industry Attorneys- 2018- p. 6.

٥٥ - للمزيد حول هذه المنظمة وطبيعة الخدمات التي تقدمها، بالإمكان زيارة موقعها الإلكتروني [polarisproject.org](http://polarisproject.org) آخر زيارة في ٢٠١٨/١٢/١٢.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً : الكتب العربية

٦. د. حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- اثبات الالتزام- طبع على نفقة الجامعة المستنصرية- ١٩٧٦.

٧. د. عباس زبون العبودي- شرح احكام قانون المرافعات المدنية- الطبعة الاولى- دار السنهوري- بغداد- ٢٠١٥.

٨. د. عزيز كاظم جبر- الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- ١٩٩٨.

٩. د. غني حسون طه- الوجيز في النظرية العامة للالتزام- الكتاب الأول- مصادر الالتزام- مطبعة المعارف- بغداد- ١٩٧١.

١٠. د. محمد يحيى مطر- الجهود الدولية في مكافحة الاتجار بالبشر- الجزء الأول- الطبعة الأولى- مكتبة الملك فهد الوطنية- الرياض- ٢٠١٠.

١١. د. أنور سلطان- النظرية العامة للالتزام- الجزء الأول- مصادر الالتزام- دار المعارف- مصر- ١٩٦٢.

١٢. د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان.

١٣. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير- القانون المدني وأحكام الالتزام- الجزء الثاني- حقوق الطبع

١. د. احمد السعيد زقرد- التزامات الفندقية ومسؤوليته المدنية في مواجهة السائح أو العميل- بحث منشور في مجلة جمعية المحامين الكويتيين- ١٩٩٩.

٢. د. احمد السعيد زقرد- الروابط القانونية الناشئة عن عقد الرحلة- مجلة الحقوق- تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت- العدد الأول- السنة الثانية والعشرون- ١٩٩٨.

٣. د. ادم وهيب النداوي- المرافعات المدنية- وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- جامعة بغداد/كلية القانون- ١٩٨٨.

٤. د. حامد سيد محمد حامد- الإتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود- بين الأسباب، التداعيات، الرؤى الاستراتيجية- الطبعة الأولى- المركز القومي للإصدارات القانونية- ٢٠١٣.

٥. د. حسن علي الذنون- المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر- دار وائل للنشر- عمان- الأردن- ٢٠٠٦.



- volume 9- issue 1- 2012.
4. Anonymous- Innkeepers right to exclude or eject guests- Fordham law review- volume 7- issue 3- article 6- 1938.
  5. Belinda Luscombe- How to spot a sex trafficking victim at a hotel- 2014.
  6. Carolin L, Lindsay & Victor W- Sex Trafficking in Tourism industry- journal of Tourism and Hospitality- volume 4- 2015.
  7. Chris Beyrer and Julie Stachowiak- Health consequences of trafficking of women and girls in southeast Asia- The Brown journal of world affairs- volume x- issue 1- 2003.
  8. Courtney Loechl- preventing human trafficking- The role of Hospitality industry- 2016.
  9. Daniel L. Brown- Common legal issue that confront hotel operators- Hotel business review- 2008.
  10. Daniel L. Brown- common legal issue that confront hotel operators- Hotel Business review- 2008.
  11. Dennis Schall- Hotel and Motel employees can be a force to spot-

محفظة لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- ١٩٨٠.

١٤. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي- الجزء الاول- مصادر الالتزام- الناشر مكتبة السنهوري- بغداد- ٢٠٠٨.

١٥. علي مطشر عبد الصاحب- الالتزام بضمان سلامة الأشخاص في تنفيذ العقود- اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون- جامعة بغداد- ٢٠٠٧.

١٦. محمد احمد عابدين- التعويض عن الضرر الأدبي والمادي والموروث- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية- ١٩٩٧.

#### ثانيا: الاجنبية

1. Angela A. Jones- post traumatic stress disorder and victims of human sex trafficking: A perpetuation of chronic indignity- Intercultural Human Rights law review- vol.4-2009.
2. Ann Brooks & Vanessa Heaslip- Sex Trafficking and sex tourism in Globalised world- Emerald Publishing Limited- 2018.
3. Anna W. Shavers- Human Trafficking, the rule of law, and corporate social responsibility- South Caroline journal of international law and business-

- Brigham young university- BYU Scholars Archive-2018.
18. Karli Bryant, Austin Larowe, Michael Morrison, Danielle Smalls, and Wes Williams- Sex Trafficking in Europe- Qualitative observations on sex trafficking situations in Prague, Amsterdam, and Stockholm- 2012.
19. Katerina Calvo- The Psychological effect of human trafficking on the second generation- Florida state university libraries- 2014.
- 20 .Laura J. Lederer and Christopher A. Wetzel- The health consequences of sex trafficking and their implications for identifying victims in health facilities- Annals of health law- vol. 23.
- 21 .Leah Kaylor- Psychological impact of human trafficking and sex slavery worldwide- empowerment and intervention- 2015.
22. Michel Guelbart and Julia Wejchert- No vacancy for child sex traffickers impact report- copy-right ECPAT- USA- 2017.
23. Nataliya Opanovych- Human trafficking for sex exploitation in Thailand- 2017.
- ting human- trafficking- 2017.
- 12 .Edward Louis Eyerman- The modern innkeepers liability for injuries to the person of his guest- Washington university law review- volume 19- issue 3- 1934.
- 13 .Ellen Wright Clayton, Richard d. krugman and Patti Simon- Confronting commercial sexual exploitation and sex trafficking of minors in the united states- The National Academies Press- Washington, D.C.-2018.
14. Giovanna L.C. Cavaganaro- Sex trafficking: The Hospitality industry's role and responsibility – Cornwall university school of hotel administration- The Scholarly commons- 2017.
15. Jeffrey D. Kessler- Ethical obligation of legal counsel regarding human trafficking- Academy of Hospitality Industry Attorneys- 2018.
16. Jennifer Alsever- Hotels are key in the fight to end human trafficking- 2017.
17. Karlee Hemmert- Effects of sex trafficking on youth and identification: A literature review-

curity study- 2017.

### ثالثا: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. قانون المنشآت السياحية العراقي رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٧ المعدل.
٣. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٤. قانون مكافحة البغاء العراقي رقم ٨ لسنة ١٩٨٨.
٥. قانون مكافحة الإتجار بالبشر العراقي رقم (٨٢) لسنة ٢٠١٢.
٦. قانون حماية ضحايا الإتجار والعنف الامريكي لعام ٢٠٠٠.
٧. قانون ولاية كونيتيكت للإتجار بالبشر لعام ٢٠١٧.

### رابعا: الاتفاقيات الدولية

١. بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الإتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لعام ٢٠٠٠.
٢. اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير لعام ١٩٤٩.

24. Shea M. Rhodes- Sex trafficking and the hotel industry- criminal and civil liability for hotel and their employees- Villanova university school of law- 2017.
25. Sukran Altun, Melanie Abas, Cathy Zimmerman, Louise M. Howard and Sian Oram- Mental health and human trafficking: responding to survivors' needs- BJPsych international journal- vol.14- 2017.
26. Tai Lin Hampton- Sex trafficking: impact victims mental & physical health- 2017.
27. Tanya Mohn- Hotel on child sex slavery.
28. Timothy Marsh- Compulsory corporate social responsibility: New York hoteliers as mandated reporters of child sex trafficking- Hofstra law review- volume 45- issue 3- article 9-2017.
29. William D. Frye- Human sex trafficking in hotels is a major concern for hoteliers- The Rooms Chronicle journal- vol. 20- 2017.
30. Winters Brandon R.- The Hotel industry's role in combatting sex trafficking- Master of Arts in se-

# Civil Liability Of Hotels Towards Victims Of Sex Trafficking

Study In U.S and Iraqi Laws

**Assit.Prof.Dr.Haider Flaih** (\*)

## Abstract

In view of the large profits made by the sex trade on the one hand, and the minor penalties imposed on the traffickers (brokers) compared with the severe penalties imposed on the drug trade and illegal weapons, on the other hand, this trade has become popular and spread in most countries of the world, and the cornerstones of this trade and A safe haven for them is hotels, especially luxury ones with international brands where their guests are rich and some may look for sex for money. Given the great physical and psychological damage to the victims, this research highlights the civil liability of hotels towards these victims in US and Iraqi law. In order not to limit the scope of the researcher theoretically, we have supported a number of cases that were presented to the US judiciary exclusively for the absence of such cases before the Iraqi judiciary (as we know). In conclusion, we have reached a number of conclusions and recommendations that we wish the Iraqi legislator to adopt.

## Keywords

Sex trade, the reasons for selecting hotels to practice, the elements of responsibility, the basis and effects.

---

(\*)Al-Mustansiriah Unoversity /College Of Law



# الطبيعة القانونية للوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات

أ.م. ام كلثوم صبيح محمد(\*)

د. صباح رمضان ياسين (\*\*)

النزاع بطريقة ودية بين الطرفين عن طريق تدخل طرف ثالث محايد يتولى عملية الوساطة ويقرب وجهات النظر بين الطرفين وصولاً إلى حل يرضيهما.

وتبرز أهمية البحث في ان الجدل ما زال قائماً بشأن الوساطة حتى الان، وخاصة حول مدى قدرتها على الزام المتخاصمين باتتبع الحلول المطروحة لحل المنازعات بينهم، لذلك فقد ان الاوان لاعادة النظر في القواعد القانونية المتعلقة بها اما بتعديلها تشريعياً او بتغيير مفهومها ليكون للوساطة اثراً فعالاً في حسم المنازعات بطريقة سلمية بعيداً عن اروقة المحاكم وتعقيدات القضاء.

## المقدمة

إن النفس البشرية بطبيعتها أمانة بالسوء، مجبولة على حب التملك والأنانية والاستئثار بالخير كله ولو على حساب الآخرين، ولاشك أن هذا قد يؤثر في العلاقات الإنسانية بعضها مع بعض فتتشابك المصالح والرغبات وتتضارب فيؤدي ذلك إلى التنازع والتخاصم، ولما كان هذا سبباً للفساد والفشل والتفرق، ورفعته مطلوب شرعاً وقانوناً وبما أن القانون مرآة للواقع والمجتمع، لأنه يمثل انعكاساً مباشراً

## المخلص

يعد اللجوء للقضاء هو الطريق التقليدي لحل النزاعات بين الافراد، فلكل مواطن الحق في اللجوء للقضاء، ولا ريب ان تزايد عدد القوانين والتطور المستمر في المجتمع وتنوع المعاملات أدى إلى ارهاق العاملين بالقضاء وتراكم القضايا، مما عكس في نفس الوقت انطباعاً لدى المواطنين بالملل من طول أمد الفصل في النزاعات نتيجة التضخم التشريعي، وظاهرة الاغراق في الشكليات والتعقيدات الإجرائية، وعدم رغبة الأطراف المتنازعة في تنفيذ جزء منها أو كلها، من دون نسيان التكاليف المادية التي تثقل كاهل المتقاضين.

ولان العدالة المبنية على أساس الاتفاق تكون أكثر إيجابية من العدالة التي يطبقها القاضي اعتماداً على نصوص قانونية مجردة، أصبح من الضروري البحث عن وسائل بديلة لحل النزاعات يلجأ إليها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ بينهم، وبالتالي تنهي خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، وتضمن لهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة أمام القضاء، وقد كانت الوساطة وسيلة من بينها. وهي - في اوسط مفاهيمها - وسيلة تهدف الى تسوية

(\*)/الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

(\*\*) جامعة زاخو/ كلية الإدارة والاقتصاد

لاحتياجاته وتطلعاته ومتطلباته، لذا كان لابد له من السعي لايجاد حلول لأي نزاع، وكان القضاء منذ القدم ولا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات، ولكن الحياة بطبيعتها متطورة ومتغيرة الأمر الذي يقتضي أن تتطور القوانين بشكل مستمر ومتواصل حتى تكون قادرة على حل ما يستجد من معضلات ومشاكل، إلا أنه كلما ازداد توسع القانون كلما كثرت القضايا التي ترفع أمام المحاكم، فالتطور المستمر في المجتمع وتنوع المعاملات أدى إلى إرهاب العاملين بالقضاء وتراكم القضايا، وعكس في نفس الوقت انطباعاً عند المواطنين بالمثل من طول أمد الفصل في النزاعات نتيجة التضخم التشريعي، وظاهرة الاغراق في الشكليات والتعقيدات الإجرائية، وعدم رغبة الأطراف المتنازعة في تنفيذ جزء منها أو كلها، دون نسيان التكاليف المادية التي تثقل كاهل المتقاضى فارتفع تكاليف التقاضي (سواء كانت المصاريف رسوما قضائية أو ما يتعين على المتقاضى دفعه من مصاريف أخرى تتمثل في أتعاب الخبراء والمحامين والمحضرين والمترجمين)، أدى إلى البطء في الإجراءات القضائية لفض النزاعات، أو حفظ الملفات دون ايجاد حل للنزاع او حدوث اخلال بمبدأ المساواة، فضلاً عن احتمالية عدم تفهم القاضي أو المحامي للمشكلة المثار النزاع بشأنها، مما قد يؤدي إلى أن يكون الحكم في بعض القضايا غير مرضي لرغبة الطرفين المتنازعين وخاصة حين لا يأخذ بعين الاعتبار مصالحهما المتبادلة، أو ما قد يؤديه الحكم من أضرار تمس مصالح أحدهما أو كلاهما معا .

ولأن العدالة المبنية على أساس الاتفاق تكون أكثر إيجابية من العدالة التي يطبقها

القاضي اعتماداً على نصوص قانونية مجردة، أصبح من الضروري البحث عن وسائل بديلة لحل النزاعات، وإبداع آليات وانظمة قانونية جديدة تكفل معالجة القضايا والدعوى وتتمثل بوجود قضاء مريح للطرفين وعدالة فاعلة خارج حلبة المحاكم، بأدنى جهد وأقل كلفة وبأقصى فاعلية من اجل ضمان تعويض المتضرر وأنها الاضطراب الناتج عن النزاع وإصلاح ذات البين بين المتقاضين بالتوافق والتراضي . فمفهوم التقاضي أمام القضاء يختلف عن مفهوم اللجوء إلى إحدى تلك الطرق البديلة لحل النزاعات، ذلك أن اللجوء إلى القضاء يعني اللجوء إلى الطريق التقليدي لحل النزاعات بين المواطنين كافة، حيث لكل مواطن الحق في اللجوء للقاضي المكلف من قبل الدولة بالفصل في المنازعات والقضايا التي تعرض عليه، أما الطرق البديلة لحل النزاعات فهي الطرق التي يلجأ إليها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ بينهم، ومن ثم تنهي خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، وتضمن لهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة أمام القضاء، فهنا يكون للأطراف كامل الحرية في اختيار الطريق البديل المناسب، وتبعاً لذلك لهم الحرية في اختيار الشخص أو الأشخاص (وسيط - محكم - متدخل) الذين يثقون بهم ويطمنون إليهم. واتفق الخبراء على تقسيم الطريق البديلة لحل النزاعات إلى أربعة طرق هي: التفاوض، التوفيق، التحكيم، والوساطة التي تمثل شكلاً من العدالة قديم جداً بل يمكن القول أنها أقدم من عدالة القانون، فالوساطة تمثل إجراء مهنياً يسهل على الجميع الانتفاع بها، ويقال من الازدحام على القضاة، بل أنها اجدت نفعاً بحل القضايا بشكل ودي وباتفاق الطرفين<sup>(١)</sup>.

## فرضية البحث

يُسلط هذا البحث الضوء على مفهوم الوساطة بعدها تؤدي إلى تسوية النزاع بطريقة ودية بين الطرفين عن طريق تدخل طرف ثالث محايد يتولى عملية الوساطة ويقرب وجهات النظر بين الطرفين وصولاً إلى حل يرضيهما ، إلا أن هذا الموضوع يعد من الموضوعات التي لم تنتشر بصورة كبيرة في كما هو شأن التحكيم لذلك تظهر عدة تساؤلات حول الموضوع منها ما المقصود بالوساطة؟ وما هي خصائصها وشروطها؟ فضلاً عن كيفية مباشرتها؟ وكيف تنتهي؟ وماهي الطبيعة القانونية لها؟ أي ماهي الوسيلة الفنية التي تستطيع عن طريقها الوساطة إنهاء النزاع و بيان صاحب الحقوق المتنازع فيها؟ فهل أن الوساطة تحسم النزاع بوساطة نقل الحقوق المتنازع فيها ، أي هل يكون لها اثر ناقل؟ ام يقتصر دورها على الكشف عن هذه الحقوق؟

## مشكلة البحث

يكشف هذا البحث بأنه فضلاً عن أهمية الوساطة في النظام القانوني في أغلب دول العالم والنص عليه في التشريعات المقارنة مع المصادقة على الاتفاقيات الدولية التي تضمنت الإطار القانوني للأخذ به، إلا أن القانون العراقي لم يأخذ بالوساطة عن طريق تشريع قانون خاص او وجود باب خاص بشأنها في تشريعاته كسائر بعض التشريعات العربية أو الاجنبية كقانون الوساطة الأردني لعام ٢٠٠٣ والمستند على سبيل المثال على قانون الاونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢ فضلاً عن وجود قواعد خاصة بالوساطة كقواعد الوساطة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) ، والنظام الفرعي العربي لتسوية المنازعات الموجود في القاهرة.

إلا أنه قد ذكر في قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم (٢٤) لعام ١٩٩١ والمستحدث بأسم (سوق العراق للأوراق المالية ) بأمر من سلطة الائتلاف رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ حيث اقتصر هذا القانون على ذكر كيفية تدخل الوسيط في حسابات الأوراق المالية مستبعداً فكرة الوساطة كوسيلة في حل المنازعات بطريقة ودية كسائر الوسائل الودية كالتحكيم والصلح والمفاوضات وغيرها من الوسائل الودية الأخرى .

## اهمية البحث

تبرز أهمية البحث في أن الوساطة مازال الجدل قائماً بشأنها حتى الآن حول مدى قدرتها على الزام المتخاصمين بإتباع الحلول المطروحة لحل المنازعات بينهم، لذلك فقد أن الأوان لإعادة النظر في القواعد القانونية السارية المفعول في كل دولة اما بتعديلها تشريعياً أو بتغيير مفهومها ليكون للوساطة اثرأ فعالاً في حسم المنازعات بطريقة سلمية بعيداً عن أروقة المحاكم وتعقيدات القضاء.

## هيكلية البحث

من أجل سير غور هذا الموضوع فقد اقتضت منهجية البحث تقسيمه على مبحثين نخصص أولهما للكلام عن الوساطة بشكل عام حيث سيقسم إلى مطلبين أولهما يبحث في مفهوم الوساطة و مراحلها ، اما الثاني فنخصه لبيان مميزات الوساطة و التمييز ما بينها وبين بعض النظم المشابهة لها ، أما المبحث الثاني فسنخصصه لبيان الطبيعة القانونية للوساطة وذلك في ثلاث مطالب نخصص المطلب الأول لدراسة الطبيعة القانونية للوساطة بشكل عام ونفرد المطلب الثاني للطبيعة الكاشفة للوساطة، ونبحث في المطلب الثالث الطبيعة

الناقلة للوساطة ، ثم الخاتمة والتي تتضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات التي ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ بها في مجال الوساطة .

## المبحث الأول

### مفهوم الوساطة وتمييزها عما يتشابه بها من أوضاع

الوساطة نظام قانوني جديد ظهر نتيجة تغيير مفهوم الشعوب للعدالة الاجتماعية، ويهدف إلى حل المنازعات بين الافراد بأسلوب غير تقليدي، فتطور البشرية أفرز تعقيداً في العلاقات والمعاملات لكثرتها، وتطلب الأمر تفكيراً جديداً لمواجهة ذلك التطور وإيجاد آلية يمكن عن طريقها مواجهته ، وقد أضحت الوساطة حلاً للحاجة البشرية إلى السرعة في فض خلافاتها، وعدم تكديسها في المحاكم ، وتخفيف جزء من معاناة القضاء نتيجة ازدياد دعاوى والاستمرار في تأجيلها. فالوساطة في حقيقتها هي وسيلة بديلة لفض النزاع وتحقيق الوفاق بين الاطراف المتنازعة. وبغية معرفة المقصود منها لابد من بيان مفهومها و تمييزها عن الوسائل المشابهة لها والمستعملة لفض المنازعات بين الافراد .

## المطلب الأول

### مفهوم الوساطة و مراحلها

اولاً : التعريف اللغوي والاصطلاحي للوساطة

**الوساطة في اللغة:** إسم للفعل وسط وهو ما بين طرفي الشيء و المعتدل من كل شيء، ووسط الشيء: صار في وسطه فهو وسط ومنها قوله تعالى ”وكذلك جعلناكم أمة

وسطاً“.(٢) ووسط القوم، وفيهم وساطة ،توسط بينهم بالحق والعدل.

**والوساطة:** التوسط بين أمرين أو شخصين لفض النزاع القائم بينهما بالتفاوض، والوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين (٣) .

و الوساطة بهذا المعنى قد تظهر في مجالات عدة كالسياسة و التجارة و غيرها.

### الوساطة في الاصطلاح الفقهي و القانوني:

قُدمت العديد من التعاريف للوساطة، فعرفت بأنها ” وسيلة من وسائل فض النزاعات تبنى على أساس قيام طرف ثالث نزيه و حيادي و مستقل يزيل الخلاف القائم بتسهيل عملية تقريب وجهات النظر بين أطراف الخصومة و ذلك باقتراح حلول عملية و منطقية بهدف إيجاد صيغة توافقية و حل يرضي الطرفين وبدون أن يفرض عليهم حلاً أو يصدر قراراً ملزماً“.(٤).

كما عرفت بأنها : ” إحدى الوسائل القانونية الحديثة لفض المنازعات يتم اللجوء إليها بحثاً عن حلول عملية للعدالة البيئية ، وتعدّ أحد وسائل التوفيق بين المتخاصمين عن طريق تدخل طرف ثالث يعد صديقاً لكلا الطرفين، يحاول التقريب بينهما تمهيداً لتسوية ودية، وقد يكون الطرف الثالث قد تدخل من تلقاء نفسه أو بطلب احد الطرفين ، ويقوم هذا الطرف عادة بتقديم اقتراحات مناسبة ترضي الطرفين دون ضغط او اكراه حتى يصل إلى حلول مناسبة تقضي على النزاع“.(٥).

وعرفت كذلك بأنها ” عملية تتم من قبل شخص ثالث يدعى الوسيط يسعى إلى مساعدة اطراف النزاع للاجتماع والحوار وتقريب



وجهات النظر وتقييمها لمحاولة التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفين ، فهي أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات تقوم على توفير ملق للأطراف المتنازعة للاجتماع و الحوار و تقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد ، وذلك لمحاولة التوسط لحل النزاع ” (١).

أما قانوناً فقد عرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون الاونسترال النموذجي لعام (٢٠٠٢) للتوفيق التجاري الدولي الوساطة بأنها ” اية عملية سواء اشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل ، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق أو الموفقين) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين“ (٧).

مما تقدم ذكره يتبين لنا أن الوساطة في حقيقتها تمثل احدى صور الوسائل البديلة لفض النزاعات المعروضة وهي عبارة عن عملية تطوعية تستند على إرادة طرفي النزاع الراغبين في اللجوء إليها ، اذ يعمل فيها الأطراف مع شخص ثالث يسمى الوسيط يتمتع بصفتي النزاهة والحياد لا يجاد حل مقبول للطرفين ينهي النزاع وذلك عن طريق استعمال فن الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء من السرية ، فالوساطة لا يمكن إن تكون وسيلة فعالة في حل المنازعات إلا إذا شارك طرفي النزاع في اجراء التوسط وكانا

راغبين فعلا في التوصل إلى حل وسط ينتهي به النزاع ، ومن هنا فإن الوساطة ليست عملية قضائية أو عملية تكملية ، لا بل أنها ليست عملية تجعل اطراف النزاع يعيشون في حالة من التوتر والقلق وعدم الارتياح وإنما هي مصممة لإعطاء الاطراف المتنازعة أدواراً ومسؤوليات متساوية ، بحيث يعطى كل طرف الفرصة للتعبير عن وجهة نظره ، بعد ذلك يقوم الوسيط بمساعدة الاطراف على تحديد حاجاتهم و مصالحهم الفعلية ، ومساعدتهم على إيجاد الأهداف المشتركة.

فالوسيط لا يصنع القرار وإنما يستعمل مجموعة من المهارات التي تعزز قدرة الاطراف على التفاوض وصولاً إلى تسوية مرضية لجميع أطراف النزاع.

إن الوساطة تضمن نقل المتخاصمين من مقاعد المرتقب و المنتظر لمقاعد الحكم و تجعلهم يساهمون في بناء حيثيات حكمهم بمساعدة الوسيط، وهي تسعى للوصول لربح الجميع وبمعنى آخر حل متفق عليه وليس حل مفروض عليهم، و في حال الوصول إلى حل، فإن أهم ما تضمنه الوساطة هو ربح جميع الاطراف، فلا يكون أحدهما خاسراً و الآخر رابحاً و إنما الاثنان فائزان .

والوساطة بهذا المعنى تشمل صوراً مختلفة منها الوساطة القضائية<sup>(٨)</sup>، والوساطة الخاصة<sup>(٩)</sup>، والوساطة الاتفاقية<sup>(١٠)</sup>. وكل هذه الصور المختلفة تهدف إلى تسوية النزاع ودياً عن طريق التراضي والتوفيق بين الخصوم بإجراءات أكثر مرونة لتلافي اجراءات التقاضي أمام المحاكم الأمر الذي يخفف من عبء تراكم القضايا لدى المحاكم ويحقق

مصلحة الخصوم في انهاء النزاع بأسهل الطرق واسرعها وبأقل التكاليف الممكنة<sup>(١١)</sup>.

## ثانياً : الوسيط (تعريفه و الشروط اللازم توافرها فيه)

عرفنا سابقاً أن الوساطة عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفاً النزاع عن طريقها على العمل مع شخص محايد يبذل جهوده صوب نقاط الخلاف ويقترح سبلاً لحل النزاع القائم بينهما ، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها، فمما لا شك فيه أن وجود شخص ثالث محايد يعمل على تقريب وجهات النظر بين المتنازعين يسهم في فض النزاع .

ويسمى هذا الشخص بالوسيط فهو الذي يتولى مهمة التوفيق بين مصالح الأطراف المتنازعة ، وقد يكون الوسيط شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، وقد يكون شخصاً عادياً تربطه علاقات معينة ودية مع اطراف النزاع أو قد يكون شخصاً تلقى تدريباً خاصاً لهذه المهمة ، كما قد يكون شخصاً محترفاً للوساطة ( أي يتعاطى أجر عنها) وقد يكون متبرعاً.

وقد يعمل الوسيط بصفته الفردية، أو يكون عمله ضمن جمعية أهلية.

ويشترط فيمن يقوم بدور الوسيط ان تتوفر فيه شروط معينة حتى يستطع القيام بدوره في الوساطة بشكل كامل، ويحقق الغاية المرجوة من الوساطة ، وقد حددت ندوة طوكيو هذه الشروط بدقة فقررت أنه "يشترط في الوسيط أن تتوفر عنده الروح الإنسانية والرغبة في خدمة المجتمع وحل مشاكله، فضلاً عن المعرفة القانونية والنفسية المناسبة التي تساعد على

استنباط الحلول العملية. وحتى يتمكن من القيام بدوره هذا يتعين أن يكون مستقلاً ومحايداً، ولا يجوز أن يكون حكماً في النزاع في حالة فشل جهود الوساطة"<sup>(١٢)</sup>.

اذن هناك شروط معينة<sup>(١٣)</sup> ينبغي توافرها في شخص الوسيط وهي النحو الآتي :-

١- **القدرة على التعمق:** وهي سمة ثمينة لا بد من توافرها في الوسيط من أجل بناء الثقة، فهي توطن العلاقة وتعمل على توحيد الأداء بين طرفي النزاع ، وتتمثل هذه القدرة في عدم اهتمام الوسيط بعلاقات طرفي النزاع فحسب وإنما يتعين عليه أن يصل إلى شعورهم وأن يغوص في اعماقهم ، حتى يتمكن من تقريب وجهات النظر فيما بينهم وتقييمها ، بغية التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفين ، وبدون ميزة التعمق هذه لا يمكن أن تتوفر عند الوسيط الرغبة الصادقة لفهم النزاع .

٢- **إرادة الفهم :** تنشأ الميزة وتبرهن عن طريق الاستماع إلى طرفي النزاع وتوجيه العديد من الأسئلة ذات الصلة بالنزاع الحاصل بينهم ، إذ إن توجيه العديد من الأسئلة الى طرفي النزاع والاستماع إلى اجاباتهم عليها، يعدّ اجراءً قوياً وفعالاً لفهم النزاع ، وحصر نقاط الخلاف الجوهرية بين الأطراف المتنازعة ولا يخفي ما لهذا الإجراء ايضاً من أثر كبير في تخطي مرحلة المناقشة للنزاع نحو خلق رؤية جماعية موحدة تمهيدا لإقامة علاقات ودية بين طرفي النزاع .

٣- **القدرة على تحديد مصدر النزاع وسببه:** إن القاعدة الأساسية لنجاح أية وساطة، تتمثل بمراعاة الوسيط الفصل بين الأشياء التي لها علاقة بالنزاع من الأشياء التي ليست لها

حتى الرسوم، المصاريف، النفقات، الخبرة الفنية والصعوبات التي واجهت- او قد تواجه - سير عملية الوساطة.

ومن الجدير بالذكر أن الطلب من الوسيط إجراء الوساطة غير ملزم بالنسبة لهذا الأخير الذي يستطيع رفض الطلب لأي سبب يراه، سواء اكان الرفض يتعلق بالموضوع ام بالأشخاص ام بحياديته واستقلاليته، لأن الزام الوسيط بالوساطة قد يؤدي إلى فشلها إذا لم يتمتع الوسيط بمقومات نجاحه التي تقتضي أن يكون قريباً من موضوع النزاع وبعيداً عن أشخاصه<sup>(١٥)</sup>.

إلا أن الوسيط لا يمتلك اية صلاحيات أو سلطة حقيقية على أي من اطراف النزاع، و تجريده من فرض رايه سيحول ولا شك دون تفعيل دوره في فض النزاع<sup>(١٦)</sup>، وعليه ومن أجل تحقيق الغايات المرجوة من الوساطة كان الأجدر منح الوسيط بعض الصلاحيات، مثل منحه صلاحية فرض الغرامات عند التأخر في تقديم الطلبات أو الردود عليها، أو عند التخلف عن حضور جلسات الوساطة وغير ذلك.

والشروط سابقة الذكر وضحتها قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي حين عرف الوساطة وبين دور الوسيط، وذلك في الفقرة الثالثة من المادة الأولى التي وضحت بأن الوساطة عملية يتم عن طريقها حل النزاع ودياً عن طريق محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل مما يعني قيام الوساطة على إرادة طرفي النزاع الحرة في اللجوء إليها كوسيلة لفض المنازعات، كما تتضمن تجريد الوسيط من سلطات الإجبار

علاقة، والأشياء ذات المعنى من الأشياء التي ليس لها معنى، وصولاً إلى تحديد السبب الرئيس للنزاع، ومحاولة تسويته عن طريق تكبير طرفي النزاع بان الماضي قد انتهى وأن المستقبل كفيل بمحو كل ما نشأ بينهما من خلاف.

٤- القدرة على الهام روح المسؤولية الشخصية و تسوية النزاع: يتعين على الوسيط أن يبذل كل ما في وسعه لأقناع طرفي النزاع على تحمل المسؤولية الشخصية لا دوارهم الخاصة في النزاع، من أجل نجاح عملية الوساطة والتوصل إلى حل سلمي ينتهي به النزاع. كما يتعين على الوسيط أن يدرك تماماً بأن كل نزاع لابد وأن تكون له نهاية، وإن الادعاء بأن الطريق مسدود أمام طرفي النزاع ليس سوى وهم وخيال لا يمكن التسليم به، فكل نزاع لابد أن تكون له حلاً مرضية تمثل بداية مرحلة جديدة بين اطرافه يستطيع الوسيط التوصل إليها بفضل ما يملكه من براعة وخبرة ومعرفة في المجال القانوني الاكاديمي والعملية بشكل يمكنه من قيادة عملية الوساطة وتحقيق الغاية المرجوة منها بجدارة وكفاءة عالية<sup>(١٤)</sup>.

٥- الخبرة القانونية والشفافية: غالباً ما يكون الوسيط الذي تم اختياره من قبل طرفي النزاع على درجة عالية من الخبرة والمعرفة القانونية، لما لذلك من اثر كبير في تحقيق راحة الاطراف وثقتهم بجدارة الوسيط في التوصل إلى حل مرضي لهما ينتهي به النزاع. كما يجب أن يتوافر في الوسيط شرط اخر يلخص كامل الشروط وهو شرط الشفافية وما ينطوي عليه من وضوح في شخص الوسيط وقيادته لعملية الوساطة مع توضيحه لهذه المراحل جميعاً

في قبول الوساطة أو الإستمرار فيها، حيث يقتصر عمله على محاولة تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، وهما من يملكان الحق في قبول توجيهاته أو رفضها.

فدور الوسيط ينحصر في مساعدتهم بالتحدث عن مشاكلهم دون قيود، ويساعدهم في التركيز على الأسس الحقيقية للنزاع وكيفية التوصل إلى حل، وتقريب وجهات النظر، والمساعدة في نزع فتيل الخلاف بينهم، عن طريق طرح الحلول البديلة أمامهم دون تدخل منه لفرض أي منها عليهم. كما أن الوسيط غير ملزم بإتباع الأصول القانونية في الجلسات، مثل تحليف الأيمان، و يتوجب عليه عدم الإجتماع مع أي طرف دون علم الأطراف الأخرى، حتى لا تنزع ثقة أحد المتنازعين فيه.

مما تقدم يتبين لنا أن دور الوسيط هو جوهر نظام الوساطة، لأنه يقوم بدور مركزي فيها، ويتوقف عليه نجاح الوساطة من عدمه لذلك يجب توفير الشروط أو المواصفات التي تم ذكرها بغية تمكنه من تحقيق غايته في فض النزاع بطريقة سلمية<sup>(١٧)</sup>.

### ثالثاً :- مراحل الوساطة:

تمر الوساطة بثلاث مراحل تتمثل بمرحلة ما قبل الوساطة، أثناءها، وبعدها وكالاتي<sup>(١٨)</sup>:

#### ١- مرحلة ما قبل الوساطة :

يلعب الوسيط ( وخاصة أن كان محامياً) دوراً هاماً في إنجاح الوساطة، فبمجرد اختياره وتنصيبه من طرف أحد المتنازعين و قبل القيام بأي إجراء وحتى يكون مساهماً بشكل إيجابي عليه أن يفسر لهذا الأخير مسلسل الوساطة وأن

يوضح الفرق بينها وبين التوفيق، كما يقوم بتحديد الأطراف الذين يحضرون جلسة الوساطة، وبيان الدور الذي سيطلع به كل طرف في النزاع أثناء اجتماعهم مع الوسيط، كما يتوجب على الوسيط توعية من اختاره بالفرصة التي ستتاح له لتوضيح نزاعه أمامه أكثر من أية جهة قضائية أخرى، وإن مشاركته من شأنها أن تساعد أكثر في إيجاد الحل لأنه سيحدث بكل حرية وسيتم الاستماع إليه، ويفسر له بأن حظوظ نجاح الوساطة رهين بمدى استعدادة للتفاوض. ويجب كذلك ان يفسر لزبونه بأن دوره يكمن في تسهيل الأمور وتقييمها والتأكد من مدى استعداد زبونه لمقابلة خصمه ( سواء في نفس الجلسة أم تفضيل الجلوس على انفراد مع الوسيط)<sup>(١٩)</sup>، واخيراً مناقشة زبونه حول النتائج التي يريد الوصول إليها في النزاع مع الاخذ بعين الاعتبار الأولويات الخاصة بالزبون ومصالحه المتعددة كالاحتفاظ بمنصبه في العمل، أو علاقة تجارية، أو الوصول إلى حل قانوني ليس من شأنه أن يؤثر مستقبلاً على المصالح التجارية بينه وبين خصمه، فضلاً عن مساعدة الطرف الآخر على تفهم أهداف ومتطلبات خصمه، والتركيز على أن المدة الزمنية التي يستغرقها النزاع أمام المحكمة من شأنها أن تشل حركة الأطراف المعنية، فالمصلحة المشتركة في إيجاد حل تكون مقبولة جداً في هذه الحالة، كما يجب على الوسيط أن يضع من يمثله في موقع الطرف الآخر عن طريق فهم أهدافه ومصالحه ومتطلباته لكي يستطيع تفهم موقف هذا الأخير للوصول إلى الخيارات الممكنة لتلاقي هذه المصالح، فبدلاً من تركيز الوسيط على المصالح المادية عليه أن يبحث مع زبونه الطرق المتعددة التي يمكنها

أن توسع وعاء التفاهم وعليه كذلك أن يجرب الخيارات على الواقع لبيان ما إذا كان الحل ينسجم مع مصالح الطرفين، وأن يؤكد لزبونه بان التفاهم مع الطرف الآخر لا يعني الوصول إلى اتفاق نهائي معه، إذ يمكن أن تفشل محاولة الوساطة<sup>(٢٠)</sup>.

٢- مرحلة الوساطة : لا بد من ملاحظة أن نجاح الوساطة رهين بحضور كل الأطراف المعنية ومشاركتها في هذه العملية ، لأن عدم حضورهم في الوساطة من شأنه أن يؤدي إلى فشلها خصوصاً من كان له دور فاعل في حل النزاع، فضلاً عن إتاحة الفرصة لكل طرف لإبراز تصورهِ للنزاع أو حله ، وهذه العملية هي أول فرصة بالنسبة لأطراف النزاع للمناقشة مباشرة فيما بينهم ، مع التأكيد على ترك الفرصة لكل طرف لعرض نزاعه وتحديد الأهداف والمصالح التي يرغب الحصول عليها، والحاجيات التي يريد الوصول إليها في الاتفاق.

### ٣- مرحلة ما بعد الوساطة:

إذا توصل الأطراف إلى اتفاق كلي أو جزئي للنزاع فإنه يتعين على الوسيط تحرير النقاط الأساسية التي يحتاج إليها في النص النهائي للاتفاق الذي يجب أن يحرر في حينه بعد انتهاء الجلسة يشار فيه إلى الحل الذي تم التوصل إليها، ويتم إيداع نسخة من هذا الاتفاق بالملف وتسلم للطرفين نسخة منه .

عن طريق ما تقدم يمكن إيجاز مراحل الوساطة بالاتي<sup>(٢١)</sup>:

١- التعاقد : حيث يتم في هذه المرحلة شرح آلية الوساطة ، وتقييم قابلية النزاع للوساطة ووضع البنى الأساسية للعمل وتحديد أدوار أطراف النزاع.

٢- معالجة مواضيع النزاع : وذلك عن طريق تحديد وجمع المعلومات ، وتحديد مواضع الاتفاق والاختلاف ما بين طرفا النزاع ، وتحديد الأمور التي يجب البت فيها.

٣- التعامل مع النزاع : وذلك عن طريق تحديد أشكال النزاع ، ومنهم وجهات النظر المتباينة عن طريق التفرقة بين الوقائع القانونية وأولويات الأطراف ، ومن ثم إعادة النظر في النزاع .

٤- تطوير وتقييم الخيارات : وذلك عن طريق طرح الخيارات ومن ثم تقييمها من حيث الأهداف ومدى ملائمتها لنقاط المرجعية، وبعدها يتم امتحان الخيارات واختيار أهميتها.

٥- الوصول إلى الاتفاق : وذلك عن طريق صياغة مسودة للاتفاقية النهائية ليتم مراجعتها من قبل الأطراف أو المحامين أو غيرهم من المستشارين والمحاسبين ، على أن يتم تنفيذها بعد ذلك<sup>(٢٢)</sup>.

أما بالنسبة لإنهاء عملية الوساطة فهذه تنتهي بإحدى الحالتين الآتيتين :

**الحالة الأولى :** توصل الوسيط إلى تسوية النزاع ودياً بين الخصوم : فإذا توصل الوسيط إلى تسوية سلمية للنزاع وتمت المصادقة على اتفاق التسوية من قبل طرفي النزاع تنتهي عملية الوساطة في لحظة المصادقة على اتفاق التسوية<sup>(٢٣)</sup> . إذ يعدّ هذا الاتفاق بعد المصادقة عليه ملزماً وواجب النفاذ قانونياً وبمثابة حكم قطعي لا يخضع لأي طريق من طرائق الطعن.

**الحالة الثانية :** عدم توصل الوسيط إلى تسوية النزاع ودياً بين الخصوم : حيث يندرج تحت هذه الحالة مجموعة من الأسباب التي يترتب على توافر احدها انتهاء عملية الوساطة

ومن امثلة هذه الأسباب اصدار الوسيط بعد التشاور مع طرفي النزاع اعلاناً يبين فيه أنه لا يوجد ما يسوغ القيام بمزيد من جهود التوفيق، أو اصدار احد طرفي النزاع اعلاناً موجهاً إلى الطرف الآخر أو الاطراف الأخرى وإلى الوسيط يفيد بانتهاء اجراءات التوفيق، أو تغيب طرفي النزاع أو كلاهما عن جلسات الوساطة بدون معذرة مشروعة (٢٤).

ويتعين على الوسيط عند انتهاء عملية الوساطة أن يعيد إلى طرفي النزاع المذكرات والمستندات التي قدموها اثناء عملية الوساطة ولا يجوز له الاحتفاظ بأي صور عنها . وأخيراً إذا انتهت عملية الوساطة واحيل النزاع إلى القضاء أو التحكيم لتسويته فانه لا يجوز للوسيط أن يقوم بدور القاضي أو المحكم في اية اجراءات تحكيمية او قضائية منظورة او مستقبلية ذات صلة بموضوع النزاع الذي سبق وأن كان محلاً للتوفيق ما لم ينص قانون المحكمة التي تنظر النزاع على جواز قيام الوسيط بدور القاضي أو المحكم أو يتفق طرفاً النزاع كتابة على تفويضه للقيام بهذا الدور (٢٥).

## المطلب الثاني

### مميزات الوساطة و التمييز ما بين الوساطة وبعض النظم المشابهة لها

اولاً: مميزات وفوائد الوساطة :

تتميز الوساطة كأحد الوسائل البديلة لفض المنازعات بعدد من المميزات التي جعلتها من أكثر الحلول البديلة فعالية في فض المنازعات وتتمثل هذه الفوائد والمميزات بما يأتي:-

١- الخصوصية والسرية: إذ يجب أن يجري التفاوض أو التفاهم في جو من السرية وهذه

القاعدة أساسية في الوساطة ، فغالبا ما يفضل طرفاً النزاع حل المشاكل العالقة بينهما بعيداً عن إجراءات المحاكمة العلنية، وعندها يلتزم الأطراف الذين ارتضوا اللجوء إلى الوساطة كتابة، بعدم إفشاء ما راج أمام الوسيط، في حالة فشل محاولة هذا الأخير . كما أنه لا يجوز لهم الاحتجاج فيما وقع التنازل عنه أمام الوسيط في حالة ما إذا طرح النزاع أمام القضاء، ما دام هذا التنازل قد تم في ظل تفاهم ووساطة وفي جلسة سرية ، ومن ثم تعدّ الوساطة ضماناً للأطراف وحماية للقاضي ضد خطر الانحياز أو المحاباة فهي تحافظ على تلك الخصوصية مما يشجع الأطراف المتنازعة على اللجوء إلى ذلك النظام. كما أن السرية تساعد أطراف القضية على الوصول إلى حلول سريعة ومرضية لهم، وذلك عن طريق إقرار أحد الأطراف على نفسه أو الكشف عن أوراق أو مستندات قد لا يكشفها الشخص إذا علم أنها ستعرض أمام القاضي. وهذه السرية تمنع القاضي من استدعاء الوسيط للشهادة حول ما جرى في جلسة الوساطة (٢٦).

٢- وجود طرف ثالث محايد (الوسيط): وجود الوسيط يساعد أطراف القضية على إيجاد الحلول التي ترضي جميع الأطراف. فالحوار عادة ما ينتشعب ويتطرق لقضايا وخلافات تاريخية قد لا تخدم المتخاصمين في القضية المتنازع فيها. وقد يرى الوسيط بعده طرفاً ثالثاً حيادياً ما لا يراه المتخاصمان فيساعدهما عن طريق اقتراح بعض الحلول (٢٧) على إيجاد مخرج للخلاف بينهما . ولا بد أن يتميز الوسيط بالحياد ، النزاهة ، الكفاءة والصبر لأنها عوامل من شأنها أن تعطي للوساطة قوة ، فحل القضية من طرف الوسيط المختص في نوع النزاع، والمسلك بالمعلومات

مكاسبهما ومصالحهما المشتركة ، كما أن الاتفاق الذي يتم التوصل إليه عن طريق عملية الوساطة يكون من صنع الخصوم وبمساعدة الوسيط ومن ثم فإن متانة هذا الاتفاق وطبيعة التوصل إليه تؤدي إلى سرعة تنفيذه على عكس الأحكام القضائية التي قد يتطلب تنفيذها وقتاً زمنياً وإجراءات عند الجهات المختصة تنسم بالجبر أحياناً (٢٠).

٥- المحافظة على العلاقات الودية والمصالح المشتركة بين طرفي النزاع : تسوية النزاع بين الخصوم عن طريق الوساطة من شأنه التوصل لحل يرضي طرفي النزاع ويحقق مصالحهما المشتركة وفي نفس الوقت يبقى المجال مفتوحاً بين طرفي النزاع في استمرار وتطوير العلاقات المتبادلة بينهما، وبما أن الوساطة في حقيقتها عبارة عن عملية تطوعية أي أن القرار النهائي غير ملزم لطرفي النزاع، فهي حل اختياري وليس إلزامي، وتقوم على إرادة الطرفين ورغبتهما في استعمالها، ومن شأن ذلك أن يسمح بحل نزاعاتهم على المقاس الذي يرغبون فيه . وهو ما يعني أن الوسيط غير ملزم باتباع مسطرة معينة ما دام الهدف هو إيصال الأطراف إلى الحل الذي يرغبون فيه ، في حين أن نتيجة الخصومة القضائية تقضي في الغالب إلى قطع مثل هذه العلاقات (٢١). وإمكانية اللجوء إلى الوساطة واردة في مختلف مراحل النزاع لأن القانون لا يمنع الأطراف من الاتفاق أو إخضاع النزاع بكامله أو جزء منه للوساطة وفقاً لرغبتهم أمام وسيط حر أو تابع للمحكمة (٢٢).

فضلاً عن ذلك أنها تتيح لطرفي النزاع حرية الانسحاب واللجوء للتقاضي حيث أن بإمكان أي منهما الانسحاب في أي لحظة من متابعة عملية الوساطة والعودة إلى التمسك

القانونية أو التقنية، وهو في نفس الوقت يحظى بثقة الأطراف والقاضي ، يعدّ ضماناً أخرى لا تتوفر في القاضي الذي يبت في النزاعات التقليدية التي ترفع أمام المحاكم. فالثقة في الوسيط والمجهود و الذكاء الذي يبذله في إقناع الأطراف، بتقديم تنازلات وتعديل مراكزهم القانونية للوصول إلى حل وسط ، تجعلهم يطمنون لحياده وحسن اختياره الحلول التي يرتضونها، لان الوسيط لا يعدّ فقط رجل الإدارة الجيدة بل هو إنسان مغمم بالإنسانية مؤهل للاستماع والحوار وتهيئة الحل بمساعدة الأطراف لتهيئة الوضع (٢٣).

٣- السرعة ومحدودية تكاليف الوساطة مقارنه بتكاليف المحاكمة : توفر الوساطة الوقت والجهد والرسوم والمصاريف والنفقات، كما تمتاز بملائمة مواعيد جلسات الوساطة ومكانها لطرفي النزاع، فاللجوء للمحاكم من شأنه أن يكبد الأطراف مصاريف ورسوم ونفقات كما أنها تتطلب وقتاً أطول من إجراءات الوساطة لأن النزاع وعن طريق الوساطة يمكن تسويته في الغالب بجلسة أو بجلستين لأن الوسيط و الأطراف قاموا بتقييم الوسائل الناجحة للاتفاق و المصالحة في مرحلة مبكرة إيماناً منهم بأن البحث عن الحل، أحسن من ضياع الوقت للوصول إلى الحق بكامله ، في حين أن إجراءات المحاكمة تتطلب وقتاً زمنياً أكثر من ذلك وما ستتبعه من رسوم ومصاريف و نفقات وجهد يمكن تفاديه باللجوء إلى نظام الوساطة (٢٤).

٤- تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع : إن التسوية النهائية في الوساطة تكون قائمة على رضا طرفي النزاع بالحل الذي تم التوصل إليه بإرادتهما الحرة ، والذي يكون قائماً على تحقيق



بكافة الحقوق والدفع القانونية أمام القضاء دون أي تأثير لآليات الحل البديلة على اجراءات التقاضي فضلاً عن انها عملية تسمح للوسيط بتقييم المراكز القانونية للخصوم<sup>(٣٣)</sup>.

ثانياً : التمييز ما بين الوساطة وبعض النظم المشابهة لها

الوساطة في اطارها العام تؤدي إلى تقريب وجهات النظر للوصول إلى حل يرضي الطرفين بعيداً عن القضاء وبذلك فهي تقترب من بعض النظم القانونية كالمفاوضات والصلح. فهذه الوسائل تهدف إلى التقريب بين اطراف النزاع و مساعدتهم على الوصول إلى اتفاق مشترك بمساعدة طرف ثالث ، الأمر الذي يقودنا إلى ضرورة التمييز بينها وبين بعض الوسائل التي تقترب منها لتجنب الخلط بين المفاهيم.

#### ١ - الوساطة والمفاوضات .

تعدّ المفاوضات إحدى الوسائل البديلة لحل النزاعات، فهي تعطي لطرفي النزاع فرصة مباشرة لحل نزاعهما بأنفسهما دونما ادنى تدخل من جانب جهة ثالثة سواء كانت جهة وساطة او تحكيم أو جهة قضاء ، على نحو يتفادى الادعاءات والإجراءات القانونية التي قد يتخذها احد طرفي النزاع لحل مشكلة فضلاً عما تحققه من ميزة المحافظة على سمعة الاطراف المتنازعة<sup>(٣٤)</sup>.

وفي المفاوضات يسيطر الأطراف على العملية ونتائجها بالكامل ، وإذا ما وصل الأطراف في عملية التفاوض إلى نقطة يمكن فيها أن يفقدوا السيطرة على العملية فهم عادة ما يلجأوا إلى تدخل طرف ثالث ( ليس له اي مصلحة في نتيجة المفاوضات) لمساعدتهم في التوصل إلى اتفاق ، ويسهل عملية التفاوض

بينهم ، وهو ما يطلق عليه ”الوسيط , وليس هناك ما يمنع أن يكون للأطراف المتنازعة وكلاء عنهم أو محامين يمثلونهم في عملية التفاوض ، إذ انه لا يغير من طبيعة ومضمون عملية التفاوض ، مادام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكلهم، ويكمن الأساس في عملية التفاوض وجوهرها في رغبة الأطراف الجادة في التوصل إلى حل للنزاع القائم بينهما، وإلا ستكون عملية التفاوض شكلية مفرغة من مضمونها ، وتكون المفاوضات عبارة عن عملية مجادلات بين الأطراف دون جدوى ، كما ويشترط لصحة نجاح المفاوضات تكافؤ الأطراف من حيث القدر والقوة ، وإلا ستتحول عملية التفاوض إلى عملية فرض شروط وإملاءات وليست عملية تفاوضية فضلاً عن ذلك على ذلك ما تمتاز به المفاوضات المباشرة من توفير للوقت والمال ، كل ذلك يكشف عن جدوى ومدى فاعلية هذه الوسيلة في تسوية المنازعات<sup>(٣٥)</sup> .

أما الوساطة فتعدّ عملية اختيارية يكون أطرافها هم أصحاب سلطة اتخاذ القرار فيها وهي تمثل طريقاً متقدماً عن المفاوضات في طرق حل النزاعات، إذ يقوم بالوساطة طرف ثالث محايد (وسيط) لمساعدة شخصين متنازعين أو أكثر لتسوية خلافاتهم بطريقة طواعية تفاوضية، ويستعمل هذا الوسيط أساليب ومهارات مختلفة لمساعدة الأطراف للتوصل إلى تسوية فيما بينهم ، ولكن ليس لديه السلطة للبت في النزاع ، كما لا يلزم الأطراف بالسير في عملية الوساطة حتى نهايتها، فيستطيع أي طرف من الأطراف الانسحاب من العملية في أي وقت يشاء ، ما لم يتم التوصل إلى تسوية، من غير أن يترتب عليه



العقبات وإيجاد الحلول لكل المشاكل و العراقيل التي تطرأ أثناء محاولة حل النزاعات .

- إذا لم يستطع اطراف النزاع التوصل إلى حل ملائم ينهي النزاع عن طريق التفاوض وكانوا يرغبون فعلا في تسوية فإن بإمكانهم أن يطلبوا تعيين وسيط على درجة عالية من الخبرة والمعرفة القانونية بهدف مساعدتهما في التوصل إلى حل عادل ومقبول يؤدي إلى إنهاء النزاع (٣٨).

## ٢- الوساطة والصلح .

عقد الصلح هو عقد رضائي يتفق عن طريقه الطرفان أما على حسم نزاع قائم بينهما او يتجنبان به نزاعاً محتملاً وذلك عن طريق تنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته ، وعلى ذلك فالصلح يحتوي على ثلاث عناصر : وجود نزاع قائم أو محتمل ، ونية حسم النزاع ، ونزول كل من طرفي النزاع عن جزء من ادعاءه على وجه التقابل ، ولا يشترط في الصلح أن يكون النزول من الجانبين متعادلاً أو متساوياً ولذا لا محل لادعاء الغبن في الصلح ، كما لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز في المصالح المالية المترتبة على الأحوال الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم .

وتشترط الكتابة لأثبات عقد الصلح لا لانعقاده ، لأنه قد يتضمن شروطاً واتفاقيات معقدة نتيجة المساومات الطويلة الناشئة عن الأخذ والرد ، ويجب على القاضي التصديق على الصلح بمقتضى سلطته الولائية لا أن يصدر حكماً متفقاً عليه ، والصلح عقد رضائي ملزم للجانبين كاشف للحقوق ولا ينجزأ فبطلان

أية نتائج قانونية ، إلا أن التسوية الناشئة عن عملية الوساطة ، فيما لو تم التوصل إليها تصبح ملزمة لأطرافها، وتتميز عملية الوساطة أيضا بالسرية ، إذ يحظر على الوسيط أو الأطراف إفشاء ما دار فيها أو استعماله أمام أية محكمة أو هيئة تحكيم (٣٦) .

وتختلف المفاوضات المباشرة عن عملية الوساطة في عدة نواحي أهمها :

- في المفاوضات المباشرة يجري الاتصال بين طرفي النزاع مع بعضهم البعض لحل سوء التفاهم والنزاعات بينهم دون أي تدخل من جانب الوسيط وتمتاز عملية المفاوضات المباشرة بأن جميع مراحلها مجانية (٣٧)، بينما الوساطة تشترط وجود شخص ثالث غير اطراف النزاع ، واغلب صور الوساطة تكون فيها بمقابل .

- إن المفاوضات ستؤدي إلى تسوية النزاع بشكل سريع اذا فكر طرفي النزاع بحل النزاع بهذه الطريقة من ذلك مثلاً أن يحاول كل طرف منهم فهم وجهة نظر الطرف الآخر وأن يستمع إلى آراءه وأفكاره وأن يأخذ بعين الاعتبار ضرورة البحث عن حل وسط وعادل لا يحقق مصلحته فقط وإنما يراعي مصلحة الطرف الآخر وبخلاف ذلك فأن النزاع سيستغرق وقتاً طويلاً ويكون من الصعوبة بمكان تسويته خاصة إذا بنى احد طرفي النزاع مفاوضاتهم على استراتيجيات مواجهة ، كاستعمال العدوان أو النقد او السخرية ، فمثل هذه الاستراتيجيات ستحول دون تحقيق التعاون بين الاطراف المتنازعة نحو حل النزاع ، أما الوساطة فتعتمد فضلاً عن رغبة الطرفين بحل النزاع على مدى قدرة الوسيط في تقريب وجهات النظر وتذليل

جزء منه يبطل العقد كله اياً كان سبب الابطال أو البطلان ، وبالصالح يحسم النزاع وتنقضي الحقوق والادعاءات التي نزل عنها كل من الطرفين نزولاً نهائياً<sup>(٣٦)</sup> .

بناءً على ما تقدم يتبين لنا أن الوساطة والصالح وسيلتان اختياريتان لفض المنازعات بين طرفي النزاع بعيداً عن اللجوء إلى قضاء الدولة ، فكل منهما يجد مصدره في اتفاق الاطراف على السعي لفض الخلافات بينهما من أجل حل النزاع، كما تتم الوساطة والصالح بحوار مشترك (مباشر أو غير مباشر) بين طرفي النزاع أو ممثليهما لمناقشة النزاع<sup>(٣٧)</sup> .

فضلاً عن ذلك أن نطاق تطبيق الوساطة والصالح متطابق فلا يجوز الصلح أو الوساطة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية أو النظام العام ، لكن يجوز الصلح أو الوساطة في المسائل المالية التي تنرتب عليهما . وكل من الوساطة والصالح لهما أثر كاشف بالنسبة لحقوق طرفي النزاع ، لأن كل طرف يكون على علم أو بصيرة بما هو مقدم عليه ، لذا فكلاهما يتطلب اهلية التصرف في اطرافه ، كما يتطلب وكالة خاصة لا برامه . ومحل عقد الصلح هو تسوية مباشرة للنزاع بتنازل كل من طرفي النزاع عن بعض ما يدعيه نزولاً مرضياً لكل من المتنازعين ، ويتم الصلح في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة المطروح عليها النزاع ، وينتهي النزاع بالصلح بمجرد تنازل كل من طرفي النزاع عن جزء من ادعاءاته في صورة عقد صلح بينهما ، وما تم الاتفاق عليه يعد دفعا يستطيع ان يتمسك به كلا طرفاه للقول بانتقضاء المنازعة بالصلح عند عرض النزاع نفسه أمام القضاء . فعقد الصلح يلزم اطرافه ، وغير قابل للطعن عليه بطرق الطعن في الأحكام ، وان كان قابلاً للفسخ

والبطلان بحسب قواعد القانون المدني<sup>(٣٨)</sup> . أما في الوساطة فيجوز لطرفي النزاع اللجوء إلى القضاء بعد عملية الوساطة بخلاف الحال بعد الصلح ، وتوصية الوسيط واتفاق الصلح لا يتمتعان بالقوة التنفيذية إلا بعد توثيقهما أو تصديقهما من القضاء ، ويقتصر أثر الصلح والوساطة على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها . ويترتب على عقد الصلح حسم وانهاء المنازعات بمجرد ابرامه ، بينما اتفاق الوساطة لا ينهي النزاع وانما ينتهي بقبول طرفي النزاع للتوصية وتوقيعها عليها مع الوسيط ، وفي الوساطة لا بد من تدخل طرف ثالث وسيط لفض النزاع ، بينما في الصلح لا يشترط وجود طرف ثالث محايد ، بل قد يتم الصلح بواسطة طرفي النزاع انفسهما أو عن طريق ممثليهما، وإن كلاً من الوسيط والمصلح ليسا عضوين في الجهاز القضائي للدولة ، كما أن كلاهما يخضع عند ممارسة مهمته لشروط واحدة هي الموضوعية والاستقلال والحياد وأن رأي كل منهما ينصب على المسائل الواقعية والقانونية . كما ان مصدر سلطات كل من الوسيط والمصلح هو اتفاق النشأة ولا يجوز لأي من الوسيط أو المصلح أن يمثل في مصالح متعارضة مع مصلحة أي منهما<sup>(٣٩)</sup> .

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للوساطة

الوساطة في حقيقتها عبارة عن عملية ميكانيكية تسهل التواصل بين اطراف النزاع حتى تجد بنفسها الحلول التي تناسبها، ويجب ان تكون عملية طلب التوسط ارادية وطوعية مع التأكيد على أن الوساطة ليست عملية ارتجالية بل تخضع لتأهيل ومفاهيم وتسلك

## أولاً : الوساطة صورة من صور الصلح

إن كلاً من الصلح والوساطة يقومان على أساس توافق وتطابق إرادة أطراف النزاع وفي حال انعدام هذه الإرادة فلا مكان للوساطة ولا للصلح ، وهناك شبه إجماع عند الفقهاء على اعتبار العدالة التصالحية ذات طبيعة عقدية ، وتشابه مع عقد الصلح المنصوص عليه في القانون المدني<sup>(٤٤)</sup>.

فعندما تنشأ المنازعات ، يكون بإمكان أطراف الدعوى إبرام عقد الصلح لحسم النزاع القائم بينهم سواء طرحت المسألة على المحكمة أم لم تطرح استناداً إلى نص المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها " الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي"<sup>(٤٥)</sup>

أما الوساطة فتعد من الإجراءات المطلقة التي تهدف إلى إقامة علاقات أو قنوات اتصال بين الأطراف المتنازعة لغرض فض النزاع و التصالح فيما بينهم ، بمعنى أن الوساطة في نظر البعض من أنصار هذا الاتجاه تعدّ تصرفاً قانونياً تتقابل فيه إرادة طرفي النزاع من أجل تسوية النزاع وهي بمثابة عقد صلح، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الوساطة هي عقد مساومة تتم فيه مساومة الأطراف المتنازعة على قبول الوساطة ، و يرى آخرون أن الوساطة في حقيقتها ماهي لإعقد إذعان وخاصة في حالة الوساطة الجنائية ، حينما تكون فيه النيابة أو المحكمة الطرف المدعن الذي يملئ شروطه على الطرف الآخر (الجانبي)<sup>(٤٦)</sup>.

مساراً معيناً في عملية البحث عن حلول ، فإذا انتهت الوساطة وقبل طرفي النزاع التوصية التي وضعها الوسيط ووقعا عليها مع الوسيط انتهى النزاع ، ويتمتع القرار النهائي بالقوة التنفيذية بعد تصديقه من القضاء ، ومن ثم تصبح توصية الوسيط ملزمة للجانبين ، وهذا يعني أن للوساطة اثرأ جوهرياً يتمثل في رفع النزاع وقطع الخصومة هذا من جهة وتملك ما نتج عن الوساطة من جهة أخرى ، وعليه فعمل الوسيط بالنسبة إلى الحقوق المتنازع فيها كاشف للحق لا منشئ له اما بالنسبة إلى بدل الوساطة فهو ناقل له، ولا بد من ملاحظة أنه ليس هناك اتفاق بين فقهاء القانون حول تحديد الطبيعة القانونية للوساطة ، إذ يوجد أكثر من رأي حول ذلك، بسبب استنادهم القانونية، واجتهاداتهم الفقهية، وميرراتهم الفلسفية حول طبيعة الوساطة وعلى هذا الأساس سنتناول طبيعة الوساطة وذلك على ثلاث مطالب :

المطلب الأول : طبيعة الوساطة بشكل عام  
المطلب الثاني : الطبيعة الكاشفة للوساطة  
المطلب الثالث : الطبيعة الناقلة للوساطة

## المطلب الأول

### طبيعة الوساطة بشكل عام

لم ينتبه الفقه إلى مسألة تحديد الطبيعة القانونية للوساطة فظهرت اتجاهات عديدة حول ذلك ، اذ ذهب بعض الفقهاء إلى عدالوساطة ذات طبيعة عقدية ، بينما يرى آخرون أنها ذات طبيعة اجتماعية ، وقال بعضهم انها ذات طبيعة إدارية بحتة وهناك من عدّها بديلاً للدعوى وخاصة في المجال الجزائي<sup>(٤٧)</sup>.

## ثانياً: الوساطة ذات طبيعة اجتماعية

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى عدالوساطة في حقيقتها تسعى إلى تحقيق السلام الاجتماعي، ومساعدة اطراف النزاع في تسوية المشاكل بينهما بشكل ودي بعيداً عن التعقيدات الشكلية للتقاضي، فالوساطة تعبر عن نموذج لعدالة غير قسرية بل ناعمة ليس الغرض منها حل المنازعات التي قد تثار بين الافراد، وإنما خلق أماكن حقيقية للتنشئة الاجتماعية داخل مراكز المدن وفي الأحياء السكنية<sup>(٤٧)</sup>، ويؤكد أنصار هذا الرأي بأن تلك المراكز ليست مصممة لتحقيق العدالة وإنما لمساعدة المجتمع، وأن الوساطة بعدها تنظيم اجتماعي تدور في فلك القانون، وهناك من يرى أن الوساطة يمتزج فيها الفن الاجتماعي بالقانون ويرى آخرون أن الوساطة في حقيقتها تعبر عن توليفة اجتماعية عائلية.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى نموذج وساطة الأحياء ومكاتب القانون المطبقة في فرنسا ونموذج مراكز عدالة الجوار في الولايات المتحدة الأمريكية وهي هياكل وساطة ذات صيغة اجتماعية تهدف إلى تحقيق السلام الاجتماعي في الأحياء السكنية، فالوساطة تجعل الإجراءات القانونية أكثر إنسانية عن طريق تدخل وسيط يتمتع بصفات الحياد والاستقلال ولا يفرض رأيه على اطراف النزاع فيكون لهم حرية الاختيار<sup>(٤٨)</sup>.

وبالإستناد لهذا الرأي تعدّ الوساطة شكلاً من أشكال التدخل لتسوية المشاكل ذات الطبيعة الاجتماعية التي يمكن أن تنشأ داخل أي مكون من مكونات المجتمع الأساسية سواء تعلق الأمر بالأسرة عندما تتوتر العلاقات وتعمق

الخلافات بين أفرادها أو تعلق الأمر داخل الحي السكني كوحدة جغرافية يتعايش فيها عدد من الأسر يمكن أن تحدث الخلافات بين أفرادها في اية لحظة أو سواء تعلق الأمر بالقبيلة كمجموعة سكنية تجمع بين عادات وتقاليد و أعراف مختلفة فتعتمد الوساطة كآلية لتسهيل عملية التواصل بين أطراف تختلف أحياناً وتكون في حاجة ماسة لوسيط يقرب بين وجهه نظرها في علاقاتها مع الآخر الذي يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً<sup>(٤٩)</sup>.

## ثالثاً: الوساطة ذات طبيعة إدارية

ذهب أنصار هذا الرأي إلى مسألة تحديد الصيغة القانونية للوساطة وخاصة الوساطة الجنائية على أنها ذات طبيعة إدارية، انطلاقاً من كونها ليست عقداً مدنياً وإنما هي مجرد اجراء إداري يمارسه القضاء في الدعاوى المدنية أو النيابة العامة في الدعوى الجزائية، فهي لا تتوقف على موافقة اطراف الدعوى، وإنما تعود المسألة لتقدير القاضي (في الدعوى المدنية)<sup>(٤٩)</sup> في إطار سلطته. لأن توصية الوسيط لا تصبح ملزمة إلا إذا تم تصديقها من قبل القاضي<sup>(٥٠)</sup>.

## رابعاً: الوساطة تعدّ من بدائل الدعوى

يرى أنصار هذا الرأي أن الوساطة من بدائل رفع الدعوى واستبعاد الاجراءات القضائية وتهدف لفض النزاع وتعويض المتضرر. ويستندون في ذلك، على النقطة الأساسية التي تختلف فيها الوساطة عن الصلح والمتمثلة في نطاق التطبيق والأثر.

فمن حيث التطبيق نص القانون المدني على الصلح وبين أثاره ونطاقه، بينما لم يرد ذكر الوساطة في القانون، أما من حيث الأثر

فإنه يترتب على الصلح انتهاء النزاع بحيث لا يمكن لأي طرف رفع دعوى بخصوص محل النزاع ذاته أمام القضاء مرة أخرى أي تنقضي الدعوى القانونية، بينما لا يترتب على الوساطة أي أثر قانوني ويكون لأي من اطراف النزاع مطلق حرية التصرف في إقامة الدعوى<sup>(٥٢)</sup> .

بعد استعراض مجمل الآراء الفقهية حول طبيعة الوساطة (ما يبين من بعدها عقد صلح ومن بعدها اجراء إدارياً، واخر يصفها بأنها بديل للدعوى ) نخلص إلى أن الوساطة في حقيقتها ماهي إلا اجراء يدخل في منطوق الحلول الرضائية والوسائل البديلة للمنازعات من أجل اصلاح العلاقات الاجتماعية .

## المطلب الثاني:

### الطبيعة الكاشفة للوساطة

يقصد بالطبيعة الكاشفة للوساطة أنها لا تقوم بأنشاء او نقل للحقوق المتنازع فيها بل يقتصر دورها على الكشف عن وجود الحق مستنداً إلى مصدره الأول ، كان يتنازع شخصين على أرض ومنزل كان يملكهما مورث مشترك واتفقا بعد وساطة احد اقاربهما على أن يختص احدهما بالأرض و الآخر بالمنزل ، فهنا يعدّ كل منهما مالكا لما اختص به لا من وقت الوساطة والاتفاق بل من وقت موت المورث ، وأنه قد ملكه لا بالوساطة بل بالميراث .

أما فيما يتعلق بنطاق هذا الأثر فإنه يقتصر على الحقوق ذاتها التي كانت محلاً للنزاع بين الطرفين، أما كون الوساطة قد تتضمن مبلغاً من النقود يقدمه احد الطرفين للأخر مقابل تنازله عن حق الدعوى في الشيء المتنازع فيه، فهنا الاثر الكاشف لا يلحق هذا المبلغ بل

يقتصر على الحق موضوع النزاع، لكون نتيجة الوساطة في هذه الحالة يتضمن انتقالاً لحق ثابت لاحد الطرفين إلى الآخر فتسري عليه جميع الأحكام و الأثار القانونية ، وهذا ما أشار إليه القانون المدني المصري بأن الأثر الكاشف يقتصر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها ، وبذلك يكون للوساطة أثران : أثر كاشف بالنسبة للحقوق المتنازع فيها و أثر ناقل بالنسبة إلى بدل الوساطة و لا تعارض بين الأثرين<sup>(٥٣)</sup> .

وقد ظهرت عدة نظريات لتحديد الأساس القانوني للطبيعة الكاشفة للوساطة ومنها :

### اولاً : النظرية التقليدية : اعتمدت هذه

النظرية إلى قسم من نصوص القانون الروماني الذي قرر الأثر الكاشف للوساطة والتي نقلت للقانون الفرنسي القديم ، وهي تذهب إلى أن الوساطة تكشف او تقرر الحق المتنازع فيه على أساس ان التراضي تم بناءً على وساطة، وهو هنا يعترف لخصمه بكل أو ببعض الحق المتنازع فيه الثابت لهذا الخصم بسبب سابق على تدخل الوسيط، وقد ذهب قسم من الفقه في فرنسا إلى تأسيس الأثر الكاشف للوساطة على الشبه بينها وبين الحكم، فالوساطة كاشفة لأنها كالحكم يقتصر على الاعتراف بقيام الحقوق و الالتزامات ، والوساطة تؤدي إلى نتيجة قضائية بوسيلة اتفاقية<sup>(٥٤)</sup> .

وانتقدت هذه النظرية لأن تبرير الطبيعة الكاشفة للوساطة وتشبيهاها بالحكم أمر لا يستقيم لوجود اوجه اختلاف كبيرة بينهما، كما أن في اعطاء الوساطة حجية الامر المقضي فيه لا يلزم منه القول بالأثر الكاشف لها، وإنما يقتصر أثرها على انتهاء النزاع بين طرفيه ، و لا دخل له بتحديد الطبيعة القانونية للوساطة وقام انصار هذه النظرية بتطويرها فذهبوا

**ثالثاً: النظرية الحديثة:** تقوم هذه النظرية على تحليل الأساس القانوني للطبيعة الكاشفة للوساطة وذلك بتحديد موضوع التنازل وهو حق الدعوى، وإن الوساطة لا تتضمن أي إقرار بحق الطرف الآخر، بل قد يرد على حقوق لا يشك المتنازل لا في ثبوتها له ولا في أن القضاء سيقرها إذا سارت الخصومة إلى نهايتها، وهذا التنازل عن حق الدعوى يتجنب به البحث في الماضي لتحديد الحقوق الثابتة لكل من الطرفين قبل تدخل الوسيط ويقتصر على إنهاء النزاع<sup>(٥٧)</sup>. لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الوساطة ليست كاشفة للحقوق ولا ناقلة لها بل تعد تصرفاً مسقطاً للحق المتنازل عليه ومنهية للنزاع فقط، وهذا بدوره يغنيها عن فكرة الأثر الكاشف بالرغم من الاحتفاظ بنتائج العملية التي تقوم على أن كلا من الطرفين ليس خلفاً للآخر.

وقد انتقد هذا الرأي من إذ أنه لا يكفي القول بأن الوساطة مسقطة للحق لأن الأثر الكاشف هو الذي يميز الوساطة عن غيرها من التصرفات المسقطة كالإبراء من الدين، فالوساطة لا يقتصر أثرها على التنازل المسقط بل يشمل إلى جانب هذا العنصر السلبي عنصراً إيجابياً يتمثل في تمكين الطرفين من استعمال الحقوق التي كانوا يدعونها بحرية، لأن كل طرف من الأطراف المتنازعة يزيل بتنازله عن حق الدعوى عقبة كانت تعترض استعمال حق الطرف الآخر نتيجة تدخل الوسيط وهنا يكون للوساطة أثر محرر للحقوق<sup>(٥٨)</sup>.

ويميل انصار هذه النظرية إلى القول بأن الأثر الكاشف للوساطة يتضمن جانبين أولهما سلبي يتمثل في عدم انتقال الحقوق أو انشائها

إلى أن أساس الطبيعة الكاشفة للوساطة هو الإقرار أو الاعتراف من أحد الطرفين بثبوت الحق للطرف الآخر، وهذا لا يستند إلى طبيعة الأشياء وإنما هو تحايل قانوني لا بد من اللجوء إليه لمنع قيام الخصومة من جديد، وأيد آخرون هذا التحايل ووصفوه أنه من صنع القانون، بينما وصفه غيرهم بعدها من صنع إرادة الأطراف وهذا يدل على عجزهم عن اكتشاف الصياغة القانونية الملائمة، لذلك تبدو النظرية التقليدية غير مقبولة سواء في صورتها الأولى أو في الثانية المعدلة بفكرة التحايل القانوني<sup>(٥٩)</sup>.

**ثانياً: نظرية دسرتو:** ذهب صاحب هذه النظرية إلى أنه لا يترتب على الوساطة الالتزام بالضمان، فإذا استحق محل النزاع والذي انتهى لأحد الأطراف، فإن الطرف الآخر لا يلزم بالضمان، كما أنه لا يفسخ ما تم الإتفاق عليه بناءً على الوساطة بسبب عدم تنفيذ الالتزام الناشئة عنه، فقد وجد (دسرتو) أن هذه النتائج مرتبطة بالعلاقة فيما بين الأطراف المتنازعة، ووصل إلى القول بأن الوساطة ذات طبيعة كاشفة بين طرفيها، وإنها واجبة التسجيل ويمكن عدها سبباً صحيحاً في مواجهة الغير، ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية من دائني أحد طرفي النزاع الذين تم التوسط بينهما، وبالنتيجة فإن الوساطة ذات طبيعة ناقلة بالنسبة للغير.

ولكن تعرضت هذه النظرية للانتقاد باعتبارها تتضمن مخالفة واضحة للقانون الفرنسي، فالفقه والقضاء الفرنسي مجمعان على عدم تطبيق الأثر الناقل بالنسبة للغير في جميع الحالات، فهذه النظرية تخالف الحقائق القانونية المقررة في القانون الوضعي، كما أنها تخالف الواقع القانوني<sup>(٥٦)</sup>.

الوسيط نقل حيازة الشيء المتنازع فيه أو بقاءه في حيازة واضع اليد الحالي<sup>(٦١)</sup>.

ج- انعدام الخلاف بين الاطراف المتنازعة فيما يتعلق بالحق المتنازع فيه ، إذ ان كل طرف لا يعدّ متلقياً للحق المتنازع فيه من الطرف الآخر ولا يكون خلفاً له في هذا الحق، لذلك لا يستطيع المستفيد من الوساطة إذا ما نازعه الغير أن يحتج في مواجهتهم بالمستندات التي كانت للطرف الآخر والتي تتعلق بالحق موضوع الدعوى<sup>(٦٢)</sup>.

**ثانياً:- نتائج الطبيعة الكاشفة للوساطة بالنسبة للغير**

أ- لا تصلح الوساطة كسبب صحيح لاكتساب الملكية في التقادم الخمسي ، لأن السبب الصحيح هو ما ينقل به الملك ولو كان صادراً من غير المالك الحقيقي<sup>(٦٣)</sup>، فإذا كان هناك شخصان متنازعان على عقار وخلص العقار لاحدهما نتيجة الوساطة ، فوضع هذا الأخير يده على العقار بحسن نية خمس سنوات ثم ظهر ان لهذا العقار مستحقاً فلا يستطيع واضع اليد أن يتمسك بالتقادم القصير ، لأن الوساطة ليست سبباً صحيحاً فهي كاشفة عن الحق وليس ناقلة له، لكن يستطيع واضع اليد أن يتمسك بالتقادم الطويل إذا وضع يده خمسة عشر سنة .

ونرى أنه لا يصح أن يتفق أي طرف مع غير المالك فضلاً عن ذلك أن هذه الحالة مخالفة لإرادة المستفيد من الوساطة .

ب- الأثر الرجعي للوساطة واثراً تسجيله بالنسبة للغير، فقد ثار الخلاف ولا يزال هذا الخلاف قائماً حول معرفة ما إذا كان للوساطة

بين الاطراف المتنازعة وهذا بدوره يبرر الأثر المنهني أو المسقط للوساطة، أما الجانب الآخر فهو ايجابي يتمثل في القوة الكاملة و النفاذ إلى الحقوق التي كانت معطلة قبل ابرام الاتفاق نتيجة تدخل الوسيط<sup>(٥٩)</sup>.

### **نتائج الطبيعة الكاشفة للوساطة :**

هناك نوعان من النتائج تترتب على الطبيعة الكاشفة يتعلق النوع الأول بالأطراف المتنازعة الذين تدخل الوسيط بينهما، بينما يرتبط النوع الثاني من النتائج بالغير وكالاتي :

**أولاً : نتائج الطبيعة الكاشفة بين الاطراف الذين تم التوسط بينهم :**

أ- انعدام التجديد : لا يترتب على توصية الوسيط تجديد الالتزامات التي يقرها بل تحتفظ بصفاتها و دفعها و تأميناتها التي كانت مقررة لها قبل حصول الوساطة و لكن إذا كان الأصل هو انعدام التجديد إلا أننا نلاحظ أن هذه الطبيعة ذات طابع عرفي بحث لأن العبرة في التجديد تتمثل بتوافر نية التجديد لدى الطرفين، وليس من طبيعة تدخل الوسيط ما يحول دون حدوث التجديد إذا توافرت شروطه، إذ قد يتجه الطرفان إلى التجديد إذا كانت الروابط بينهما من التعقيد و التداخل بحيث يفضلان تجديدها بأنشاء التزامات جديدة موحدة<sup>(٦٠)</sup> .

ب - انعدام الالتزام بالضمان في ذمة أحد الاطراف لمصلحة الطرف الآخر إذا ما استحق المال موضوع النزاع، إذ لا يترتب على توصية الوسيط الالتزام بالضمان بين الاطراف إلا من حيث ضمان الافعال الشخصية، لأن الشخص لا يضمن إلا ما ينقله إلى الغير من حقوق ويستوي في ذلك أن يترتب على تدخل



أثر رجعي ام لا ؟ ومدى الصلة بين الاثر الكاشف والأثر الرجعي إلا أن الراجح بأن الأثر الرجعي هو المكمل الضروري للأثر الكاشف<sup>(٦٤)</sup>، أما بالنسبة إلى أثر تسجيل الوساطة بالنسبة إلى الغير فقد يبدو للوهلة الأولى أن هناك تعارضاً واضحاً بين اثار التسجيل التي تعتمد على الأولوية في تاريخ تسجيل التصرف وبين الأثر الرجعي للوساطة الذي يرجع بالوساطة إلى تاريخ سابق<sup>(٦٥)</sup>.

ج- طلب الشفعة والوساطة : اجمع الفقه<sup>(٦٦)</sup> والقضاء على أنه لا شفعة في العقار المتنازع فيه، والذي خلص نتيجة الوساطة لاحد الاطراف، لأن توصية الوسيط الواردة على الملكية مقابل دفع مبلغ معين من النقود لا تعتبر ناقلة للملكية بل كاشفة عنها ومقررة لها، وإن المبلغ المدفوع لا يمثل قيمة العقار وإنما نصيب كل من الطرفين من كسب أو خسارة دعوى الملكية .

فضلاً عن أن السماح بأخذ العقار الذي آل إلى أحد الطرفين نتيجة الوساطة عن طريق الشفعة قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة لان الشفيع سيأخذ العقار مقابل أداء مثل البديل الذي أداه من خلص له العقار وفي الغالب لا يكون البديل معادلاً لثمن العقار، ثم أن من خصائص الوساطة التضحية المتبادلة ولا يجوز أن ينتفع الأجنبي بفائدة مقررة لمنفعة احد الأطراف المتنازعة<sup>(٦٧)</sup>.

## المطلب الثالث

### الطبيعة الناقلة للوساطة

أخذ بعض الفقهاء بنظرية الأثر الناقل للوساطة ويمكن تمييز مرحلتين مرت بهما هذه النظرية وهما :

**المرحلة الأولى :** ظهرت على يد بعض فقهاء القرن التاسع عشر و اوائل القرن العشرين الذين أكدوا أن الأثر الناقل للوساطة ناتج عن الطبيعة الذاتية لعملية الوساطة بحد ذاتها ، وأنه لا يمكن قبول الأثر الكاشف للوساطة لأنه يؤدي إلى نتائج شاذة ، فضلاً عن ذلك أنه يتنافى مع العدالة ، وذهب قسم منهم إلى القول بجواز أن يكون للوساطة اثر كاشف إذا نص المتعاقدان على ذلك صراحة ، وإن الأصل في الوساطة انها ذات اثر ناقل، ورغم كل ما قيل من اصحاب هذا الاتجاه إلا انهم لم يضعوا نظرية كاملة للأثر الناقل ، واكتفوا بأنكار النظرية التقليدية في الأثر الكاشف ، ثم وصفوا ما ينتج عن الوساطة بأنه تصرف ناقل و سردوا النتائج المترتبة على ذلك وهي بطبيعة الحال عكس النتائج المترتبة على عد الوساطة تصرفاً كاشفاً للحقوق<sup>(٦٨)</sup> .

**المرحلة الثانية :** وهي المرحلة التي قرر فيها الفقهاء أن التنازل أو حوالة الحقوق نتيجة الوساطة أما يرد على حقوق مشكوك فيها او متنازع عليها ، أي أن الوساطة في حقيقتها تتضمن حوالة للحقوق المتنازع عليها وهي بذلك تكون تصرفاً ناقلاً ، وقالوا أن هذا التحليل أقرب إلى قصد المتعاقدين من القول بالأثر الكاشف للوساطة<sup>(٦٩)</sup> ، كما أن الوساطة ذات أثر نسبي، بمعنى أن التنازل يقتصر على الحقوق و الادعاءات محل النزاع لذلك تنهي الوساطة النزاع القائم بالتنازل ، وهنا لا بدّ من التمييز بين التنازل الوارد على الحق العيني و التنازل الوارد على الحق الشخصي ، فعندما يكون محل التنازل حقا عينياً فإنه يكون تصرفاً ناقلاً بمعنى أن هذه التنازلات تكون ذات طبيعة



ناقلة ، أما إذا كان محله حقاً شخصياً فإنه يكون ابراءً من الدين أو اسقاطاً ويكون في الوقت نفسه تصرفاً ناقلاً أيضاً .

وقد وجه لهذه النظرية عدة انتقادات، أولها يتمثل في أن الفقه الحديث لم يعد يقبل القول بأن التصرف الكاشف لا يتضمن تغييراً في المراكز السابقة كما يقول الفقه التقليدي، فالتصرف الكاشف لا يقتصر اثره على الدلالة بل ينصب على حق مصدره موجود من قبل وبهذا يتميز عن التصرف الناقل، بل أنه يجعل من الحق مؤكداً أو يزيد من فاعليته أو يحدد مضمونه أو محله<sup>(٧٠)</sup>. أما الانتقاد الثاني فانصب على فكرة حوالة الحقوق المتنازع فيها والتي قيل أن الوساطة تنطوي عليها ، فهذه الفكرة لا تتناسب مع طبيعة الوساطة لأن حوالة الحق تكون لشخص أجنبي عن العقد بينما في الوساطة يكون التنازل أن وجد للطرف الآخر في العقد نفسه<sup>(٧١)</sup> .

وبما أن الوساطة في صورتها البسيطة بما لها من أثر جوهري في حسم النزاع تنشئ على كل طرف فيه التزاماً جديداً يتمثل في عدم تجديد النزاع الذي حسم نتيجة تدخل الوسيط ونجاحه في الوساطة ، إلا أن الوساطة قد تؤدي إلى انشاء التزامات أخرى إلى جانب الالتزام العام ، فقد تتناول الوساطة حقوقاً غير متنازع فيها، وفي هذه الحالة سوف تنتقل حقوقاً أو تنشئ التزامات، فيكون لها أثر ناقل بالنسبة إلى البديل الذي أقرته الوساطة أو ما أوصى به الوسيط<sup>(٧٢)</sup>، ويترتب على هذا الأثر أنه إذا كان البديل المتفق عليه نتيجة الوساطة عيناً فأنها تعدّ في معنى البيع وهنا تسري أحكام البيع، فإذا كانت العين عقاراً فإنه لا بد من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وفقاً لأحكام المادة

( ١١٢٦ ) من القانون المدني العراقي .

ويثبت للمدعي الذي حصل على بدل نتيجة الوساطة جميع الخيارات التي تثبت في عقد المعاوضة لأن ما يأخذه نتيجة الوساطة يعدّ عوضاً عما يدعيه ، وبهذا فإذا كان بدل الوساطة عقاراً فيجوز اخذه بالشفعة لأن المدعي يأخذ هذا العقار في مقابل حقه الذي يدعي به فيأخذه بزعمه ، أي يعدّ اقراره حجة عليه و لا يمنع انكار المدعي من اجراء الشفعة<sup>(٧٤)</sup> . وكذلك يترتب أنه إذا استحق البديل المتفق عليه كلا أو بعضاً بالبينة فإن كان مما لا يتعين بالتعيين رجع المدعى عليه بمثل ما استحق ، وإن كان مما يتعين رجع إلى الدعوى بما يقابل البديل المستحق كلاً أو جزءاً<sup>(٧٥)</sup> .

و المثال الآتي يوضح ما سلف ذكره فقد يتنازع شخصان على ملكية أرض و منزل، ونتيجة تدخل الوسيط يتفقان على أن يختص احدهما بالأرض و الآخر بالمنزل، فإذا كانت قيمة المنزل أكبر من قيمة الأرض، وتتطلب أن يدفع من اختص بالمنزل مبلغاً من النقود لمن اختص بالأرض فهنا أنشأت الوساطة التزاماً في ذمة من اختص بالمنزل، فضلاً عن أن هذا البديل لم يكن ضمن الحقوق المتنازع فيها، فهنا تكون الوساطة ذات اثر منشئ . وبهذا يمكن الاستناد إلى عد الوساطة ذات اثر ناقل بسبب صحيح يؤدي إلى تملك العقار بتقادم خمس سنين، وفي حالة استحقاق العقار بعده بدل الوساطة، ففي هذه الحالة لم يتحقق الغرض من دفع البديل ويستطيع أن يرجع من استحق العقار من تحت يده بضمان الاستحقاق على الطرف الآخر، إذ لا يستطيع المدعي تجديد النزاع بدعوى ضياع مقابل الوساطة في يده لأنه قد نزل نتيجة الوساطة عن كل ادعاءاته،

ولذلك لا يستطيع المدعي الرجوع على المدعى عليه إلا بدعوى الضمان .

ولا بد لنا أخيراً من التأكيد على أن الوساطة شأنها شأن سائر الوسائل البديلة لحل النزاعات لها أثر نسبي فهي مقصورة على النزاع الذي تدخلت لحله، ونتيجتها تختص حصراً بالطرفين الذين وقع النزاع بينهما وعلى السبب الذي وقع من أجله، وهي بهذا تشبه الحكم في أن الأثر الجوهري المترتب عليها يتمثل في إنهاء النزاع و انقضاء المطالبة الأصلية وكالاتي :

### الطبيعة النسبية للوساطة

الوساطة شأنها شأن سائر الوسائل التي تنهي النزاع لها اثر نسبي، فهي مقصورة على الطرفين الذين تم التوسط بينهما , أي أن ما تم التوصل إليه بين الأطراف نتيجة تدخل الوسيط لا ينصرف إلى الغير ( إذ لا يستفاد منها و لا يضار، وإن كان يمكن أن يكسبه حقاً ) ، إلا أنه يجب التأكيد على أن نسبية الأثر من حيث الأشخاص لا تخل بقواعد النيابة على الأشخاص (كالقاصر و المحجور عليه) بالنسبة إلى حل النزاع نتيجة الوساطة بين الأوصياء، فمن يملك حق القوامة بإذن المحكمة المختصة ويوكل بالاتفاق لإنهاء النزاع ومن ثم يتفق مع خصم القاصر على إنهاء النزاع نتيجة تدخل الوسيط فإن ما تم التوصل إليه يكون ملزماً للقاصر بعد بلوغه، وكذلك الأمر بالنسبة للورثة الذين يملكون حصة شائعة بالنسبة إلى الاتفاق الذي يعقده سلفهم نتيجة الوساطة وضمن القيود نفسها (٧٥) .

اما فيما يتعلق بالخلف الخاص كالمشترى و الدائن و المرتهن و من في حكمهم من اصحاب الحقوق العينية فأنهم لا يتأثرون بنتيجة الوساطة وما يتم الاتفاق عليه بسببها مع البائع أو المدين

الراهن إلا إذا رتب الاتفاق حقوقاً عينية على العفار المبيع أو المرهون .

والعبرة في معنى اتفاق الخصوم هي بصفاتهم لا بأشخاصهم، فالاتفاق الذي يحصل مع شخص بصفته الشخصية لا تكون له حجية قبل هذا بعده ناظراً للوقف مثلاً، لأن صفة النظارة مغايرة للصفة الشخصية للخصم المائل في الاتفاق محل الوساطة (٧٦) ، إلا أن هذه القاعدة لها استثناءات منها ما يتعلق بحالة الكفالة فالكفيل يستفيد من نتيجة الوساطة التي تمت بين الدائن و المدين المكفول إذا كان الاتفاق في مصلحته، أما إذا كان يزيد من اعبائه فلا يحتج به عليه (٧٧)، ومنها ما يتعلق بحالة التضامن، إذ يجوز للمتضامن ( دائناً كان أم مديناً ) أن يتمسك بما تم الإتفاق عليه نتيجة الوساطة أن كان فيه نفع ، أما إذا كان ضاراً بمصلحة الدائن أو المدين المتضامن كان يزيد من التزاماته (اي المدين ) أو يسئ إلى مركز الدائن المتضامن فإنه لا ينفذ في حقه إلا بقدر ما يعود عليه بفائدة (٧٨) .

وكما أن نتيجة الوساطة تقتصر على من تمت الوساطة بينهما كذلك فإن أثرها يقتصر على النزاع الذي تدخلت لحله و لا يمتد إلى نزاع آخر لم تشمله الوساطة أي أن أثر الوساطة نسبي من حيث محله فالتمسك بما اتفق عليه بموجب الوساطة يشترط فيه أن يكون هذا النزاع قد حسم بها (٧٩) ، وهذه القاعدة هي نتيجة للأثر النسبي للعقد بصفة عامة إلا أنها أكثر وضوحاً هنا ، نظراً لتطبيق مبدأ التفسير الضيق عند تفسير نتيجة الوساطة ، فإذا قبل وارث (نتيجة تدخل الوسيط) أخذ جزء محدد من ميراث معين ، اقتصر هذا القبول على الميراث الذي تدخل فيه الوسيط ، و لا يتناول ميراثاً آخر يشارك فيه بقية الورثة .

ولما تقدم يجب على أطراف النزاع تنفيذ الالتزامات الناشئة عن اتفاق الوساطة و لا يلتزمون بشيء اخر خارج ما تم التوصل إليه من تسوية نتيجة الوساطة .

اما المقصود بنسبية أثر الوساطة من حيث سببه فيتمثل بأنه إذا نشأ نزاع جديد بين الأطراف الذين تم فض نزاعهما السابق نتيجة الوساطة وكان سبب النزاع الأخير يختلف عن سبب النزاع الأول فلا محل للاحتجاج باتفاق الوساطة الحاسم للنزاع الأول<sup>(٨٠)</sup>، وهنا الأثر النسبي للوساطة يتعلق بالسبب فإذا نازع الوارث في صحة وصية صادرة لشخصين ، ثم ونتيجة تدخل الوسيط تنازل احد الموصى لهما عن وصيته، فإن هذا التنازل لا يحتج به على الموصى له الآخر، وهذه هي النسبية في الاشخاص كما سبق ذكره ، فإذا فرض أن الموصى له الآخر قد مات وورثه الموصى له الأول الذي قبل التنازل نتيجة الوساطة ، فإنه يجوز في هذه الحالة للموصى له الأول أن يعود إلى النزاع في الوصية فيما يتعلق بحقه في الإرث من الموصى له الثاني ولا يستطيع الوارث أن يحتج عليه بتنازله بالرغم من وحدة المحل (وهو الوصية) ووحدة الأشخاص (وهما الوارث والموصى له الأول) وذلك لأن السبب لم يتحد ، فالموصى له الأول تقيد بالتنازل كموصى له وهو الآن يتقدم بسبب جديد هو الميراث من الموصى له الآخر، ومن ثم لا يتقيد بما اتفق عليه بالوساطة لاختلاف السبب<sup>(٨١)</sup>.

## الخاتمة

تعدّ الوساطة وسيلة لحل المنازعات التي تحدث بين الافراد بالطرق الودية كونها الفكرة البديلة عن الدعوى القانونية ومن ثم الوسيلة

البديلة عن القضاء أيضاً، فهي أحد البدائل وليس البديل الوحيد للدعوى كالمفاوضات والصلح والتحكيم ، وهي أيضاً تعدّ الثقافة القانونية الحديثة في إدارة الدعوى خاصة الوسيط الذي يطلب منه ثقافة أو قدرة خاصة في تقريب طرفي الدعوى وإدارته للمفاوضات بينهما.

وقد ظهرت الوساطة نتيجة الضغط المتزايد على القضاء لتخفيف أعباءه واختصار إجراءاته ، فهي لا تسلب من السلطة القضائية اختصاصها في الفصل في النزاع ، فلا يتم تنفيذ ما نتج عن الوساطة بشكل ملزم الا بعد تصديق القاضي على توصية الوسيط بمعنى أنه يكون للقاضي القرار النهائي أما بقبول أو عدم قبول الوساطة .

إن الدراسة التي قمنا بها للطبيعة القانونية للوساطة في المنازعات كوسيلة لتسوية ودية يكشف بوضوح عن اهمية دورها في تلك المنازعات ونستطيع أن نبرز ما تمخض عن هذا البحث على النحو الآتي :

١- إن تبني نظام الوساطة اليوم ضمن المنظومة القانونية لأي دولة ، أصبح ضرورة ملحة تفرضاها المشاكل التي يعاني منها القضاء الرسمي ، وما يفرضه من تعقيدات وشكليات تشكل هدرا للوقت والمال والجهد . في حين أن هذه الوساطة تعود فاعليتها بالأساس إلى بساطتها ومرونتها و ما تؤديه من استمرار لعلاقات العمل الودية ما بين المتنازعين وتجاوز ما يعترضهم بسرعة اكبر ومجهود اقل، وهو ما يكفل تطبيقها تبعا لظروف كل قضية ، بما ينهي النزاع دون قطع للروابط الأسرية والاجتماعية أو التجارية .

٢- إن نجاح نظام الوساطة لحل المنازعات يبقى رهين الثقة التي يضعها الخصوم في هذا النظام بحسن نية ، لأنه يعمل على تقريب مواقفهم اتفاقيا ، فهو النظام الذي يحترم مساواتهم دون أن يرمي إلى إطالة النزاع ، وهو غير مرهق مالياً ويسمح بمناقشة النزاع دون قيد اجرائي وفي سرية تامة ، وينتهي باتفاق قابل للتنفيذ.

٣- إن نجاح الوساطة كحل بديل رهين بالمشاركة الشخصية للمتقاضين ، والسرية التي يتم فيهما التفاوض، وعدم استعمال أية سلطة قضائية من طرف الوسيط ، للبحث عن حلول عادلة أو على الأقل مقبولة من الطرفين معاً .

٤- اختلف الفقه والقضاء في تحديد الطبيعة القانونية للوساطة فذهب بعضهم إلى أنها تعدّ صورة من صور الصلح بينما ذهب آخرون إلى عدها مجرد اجراء إداري وقرر جانب آخر اعتبارها بديلاً عن الدعوى .

٥- للوساطة طبيعة كاشفة عن الحقوق فهي لا تنشئ حقاً لأي طرف وإنما توصله ويترتب على ذلك عدم إمكانية التجديد وعدم الضمان .

٦- الوساطة إذن طبيعة منشئة للحق وذلك حين يتم الإتفاق على دفع بدل من احد طرفي النزاع للطرف الآخر نتيجة تدخل الوسيط .

## التوصيات

١- على المشرع العراقي وضع مشروع قانون خاص بالوساطة شأنه شأن مشروع قانون التحكيم .

٢-فتح مراكز للوساطة وإقامة دورات

متطورة حول موضوع الوساطة حتى يتسنى فسح المجال للأفراد لتثقيفهم والالمام التام بالوساطة بوصفها وسيلة ودية من وسائل فض المنازعات .

٣- العمل على تأهيل قضاة ووسطاء متخصصين لحل جميع المنازعات التي تثقل كاهل القضاء .

٤- وضع قواعد سلوك ، تحكم سلوك الوسطاء والمحكمين أثناء الوساطة والتحكيم وبعدهما .

٥- إن اللجوء إلى الوسائل البديلة وان كانت اجراءاتها قصيرة فإنه لا شيء يحول دون امتدادها لفترة زمنية طويلة ، وهو ما قد يدفع البعض إلى استغلال تلك الإمكانية فيعتمد المماطلة للاستفادة من أجل التقادم والسقوط للدعوى القضائية ، وعليه نرى ضرورة التدخل تشريعياً بإصدار نص قانوني أو تنقيح يضمن تعليق أجل التقادم والسقوط طوال المدة التي تكون فيها اجراءات الطرق البديلة وخاصة الوساطة جارية بذلك لا تحسب مدتها في ذلك .

## الهوامش

١- فالوساطة لها جذورها العميقة في الحضارات القديمة، فقد استعمل الفينيقيون والبابليون الوساطة في القضايا التجارية ، وتطورت ممارستها عند اليونانيين في العصر الإغريقي وخاصة في مجال العلاقات الزوجية، ومن ثم ظهرت الوساطة في الحضارة الرومانية في عصر جوستينيان فقد كان للوسيط في القانون الروماني عدة تسميات منها الشفيع أو المصلح ، وكان ينظر الى الوسيط في مختلف الحضارات القديمة باعتباره شخصية بارزة مقدسة تستحق الاحترام وتحاكي شخصية الحكيم او شيخ القبيلة.

اما الشريعة الإسلامية فقد حثت في مصادرها المختلفة على الإصلاح وفض المنازعات ، فعرفت فضلاً عن التحكيم ، الوساطة والصلح وهذا ظاهر من قوله تعالى ” انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون ” سورة الحج الآية ( ١٠ ) ، فكانت الشريعة الإسلامية السباقة في الاسترشاد بالوساطة كطريقة لحل النزاعات سواء القائمة بين القبائل أو بين الافراد في الأسرة الواحدة، وكذلك في المعاملات التجارية بمختلف صورها.

٢ - سورة البقرة الآية ١٤٣

٣ - عبد الغني ابو العزم - المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية وانظر كذلك ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي الانصاري ، معجم لسان العرب ، وللمزيد انظر الموقع الالكتروني [http : lexicons.Sakhr.com](http://lexicons.Sakhr.com)

٤ - بن حمري الهادي ، الطابع القانوني لنظام الوساطة كبديل لفض النزاعات على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، محاضرة أقيمت بمجلس قضاء المسيلة ، الجزائر ٢٣ / ٤ / ٢٠٠٩ ص ٤ ، وانظر كذلك الخير قشبي ، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية في تسوية المنازعات الدولية ، ط ١ ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩ ، ص ٨٤ .

٥ - تعريف قانون ويبستر وللمزيد انظر د. أنور محمد صدقي المساعدة ود. بشير سعد زغلول ، الوساطة في إنهاء الخصوم الجنائية ، دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد الرابعين - ٢٠٠٩ ص ٢٨٩ و انظر كذلك ضحى ابراهيم الزباني ، شرط التحكيم في العقود المدنية ، اطروحة دكتوراه ، مصر ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ٨٧ . و رضا السيد عبد الحميد ، مسائل التحكيم- الكتاب الأول- تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة . دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ص ٤ .

6-<http://www.bambooweb.com/articles/m/mediation.html>.

٧ - كما عرفت المادة الاولى من نظام المركز العربي لتسوية المنازعات في الأردن بأنها ” الوسيلة التي يتم بموجبها السعي لفض النزاع دون اي سلطة للوسيط او الموفق لفض قراره في النزاع وذلك

عن طريق تقريب وجهات النظر وابداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الوسيلة” .

٨- الوساطة القضائية تتم من خلال قاضي محكمة البداية الذي يختاره رئيس محكمة البداية للقيام بهذه المهمة ويطلق عليه اسم قاضي الوساطة

٩- الوساطة الخاصة تتم من خلال قضاة متقاعدين او محامين او مهنيين مشهود لهم بالحيادية والنزاهة يسميهم وزير العدل ويطلق عليهم وسطاء خصوصيين

١٠ - الوساطة الاتفاقية تتم عن طريق الوسيط المتفق عليه من قبل اطراف النزاع . انظر نحو دراسة مفصلة للصور المختلفة للوساطة:

Jean-claude Goldsmith, «les modes de règlement amiable des différends “Rdal.1996, p.221

١١- احمد كناكريه و وليد القطاونة، الدعوى المدنية، ط ١، بدون مكان نشر، ٢٠٠١، ص ٨٢-٨٥ .

١٢ - الندوة الدولية لقانون العقوبات التي عقدت في طوكيو باليابان في الفترة من ١٤ - ١٦ مارس ١٩٨٣

١٣ - نصت الفقرة الخامسة من قانون الاوسنترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على انه عند مفاتحة شخص بشأن احتمال تعيينه موقفاً، عليه ان يكشف عن أي ظروف يحتمل ان تثير شكوكا لهما بسبب بشأن حياته واستقلاليتيه وعلى الموفق منذ تعيينه وطوال اجراءات التوفيق ان يكشف للطرفين عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن قد سبق له ان ابلغهما بذلك .وللمزيد انظر محمد سلام: دور الطرق البديلة لحل النزاعات في إصلاح القضاء وتأهيله لمواجهة تحديات العولمة. مجلة الملف. العدد ٢ نونبر ٢٠٠٣ ص ١٧، و انظر كذلك إسماعيل بو بلعيد، مدي إمكانية تفعيل الوساطة في الواقع المغربي، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال، ص ١٢ .

١٤ - محمد سلام : المصدر السابق - ص ١٧-١٨ .

١٥ - وحرصاً على حياد واستقلال الوسيط فقد حظر المشرع الفرنسي بشكل مطلق كل من يمتحن العمل القضائي في ممارسة مهنة الوساطة ويشمل هذا

الحظر الطوائف التالية: ( رجال القضاء- قضاة النيابة العامة – قضاة الحكم، المحامون، الخبراء، وكلاء الدعوى، المحضرين، قضاة محكمة العمل، القاضي القضلي، كتاب المحاكم سواء أكانت محاكم عادية أم إدارية - المواد من ٤٠٥ و ١٥ من المرسوم ٩٦- ٣٠٥ لسنة ١٩٩٦ ) ١٦ - كما أكدت على نفس المبدأ في تجريد الوسيط من سلطات الإجبار هيئة التحكيم الأمريكية American Arbitration Association (AAA) عندما نصت في المادة العاشرة من إجراءات الوساطة على ،

"The mediator does not have the authority" to impose a settlement on the parties but will attempt to help them reach a satisfactory resolution of their dispute, The mediator is authorized to conduct joint and separate meetings with the parties and to make oral and written recommendations for settlement

١٧ - وقد يلعب المحامي دور الوسيط حيث تساهم الوساطة كحل بديل لتسوية النزاعات القضائية في تحويل المحامي ، من مجرد مدافع عن موكله ، إلى رجل استشارة وناصح قادر على تقييم الأخطار القانونية والمالية التي تلحق مصالح زبونه. وبذلك يمكن القول بان دور المحامي لم يعد مقتصرًا على الدفاع عن زبونه فقط بل توسع دوره إذ أصبح يقوم بتقديم الاقتراح والحلول العملية فالمحامي بوصفه صاحب لسان فصيح ورجل تقني يمكنه توظيف النصوص القانونية، تفسيرها واستعمالها بكثرة ومن هنا تعمل اغلب الدول الانجلوساكسونية على إرشاد المحامين بإقتناع زبائنهم بجدوى الحلول البديلة لتسوية النزاعات القضائية، وخصوصا منها الوساطة وللمزيد انظر : محمد سلام: المصدر السابق- ص ١٧.

١٨ - ادريس جلام : الوسائل البديلة لحل النزاعات وعلاقتها القضاء، مجلة المحاكم عدد ١٢ فبراير ٢٠٠٨ ص ٩٧. و انظر : دليل الوساطة، مأخوذ من الموقع الإلكتروني، www. SFCJ. programmes/ marocca/pdf

١٩ - عادل علي المانع : الوساطة في حل المنازعات

الجنائية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع السنة الثلاثون – ديسمبر ٢٠٠٦ ص ٣٥  
٢٠ - احمد كناكريه و وليد القطاونة ، المصدر السابق – ص ٨٥ .

٢١ - إسماعيل بو بلعيد، المصدر السابق – ص ٢٠- ٢٢ ، وانظر كذلك انور محمد صدقي وبشير سعد زعلول – المصدر السابق – ص ٣٠١

٢٢- عادل علي المانع – المصدر نفسه – ص ٣٥  
٢٣- الخير قنشي ، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية في تسوية المنازعات الدولية ، المصدر السابق – ص ٨٥-٨٨ .

٢٤- احمد كناكريه و وليد القطاونة ، المصدر السابق – ص ٨٦

٢٥- نصت الفقرة الثانية من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) على :

"the centre shall keep to the said notice of the mediator confidential and shall not without the written authorization of the parties , disclose either the existence or the result of the mediation to any person"

ونصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) على :

"the centre may , however , include information concerning the mediation in any aggregate statistical date that it publishes concerning its activities provided that such information does not reveal the identity of the parties or enable the particular circumstances of the dispute to be identified."

كذلك نصت المادة ٢٠ من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) على :

"unless required by a court of law or authorized in writing by the parties , the mediator shall not act in any capacity what so ever , otherwise than as a mediator , in any pending or future proceedings , whether judicial , arbitral or otherwise , relating to the subject matter of the dispute. "

وتقابلها المادة ١٢ من قانون الاستتار التي نصت على انه " لا يجوز للموفق ان يقوم بدور محكم في نزاع

المصدر السابق ، ص ٨٧ .

٣٥ - الياس ناصيف ، العقود التحكيم الالكترونية الدولية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢ ، ص ٧٨ .

٣٦ - محمد احمد علي المحاسنة ، تنازع القوانين في العقود الالكترونية ، ط ١، عمان ، الاردن ، ٢٠١٣ ، ص ٢٢٠ .

٣٧ - عبد الباسط جاسم محمد ، ابرام العقد عبر الانترنت ، ط ١ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ١١٠ .

٣٨ - عبد الباسط جاسم محمد - المصدر السابق ، ص ١١٢ .

٣٩ - محمد احمد علي ، المصدر السابق، ص ٢٢٢ . وكذلك انظر : محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، التحكيم الالكتروني ، دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٠ ، ص ٢٦ وما بعدها .

٤٠ - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢ ، تنقيح احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، بند ٣٤٣ وما بعده ، ص ٣٨٩ . وانظر كذلك د. شيماء سعيد خضر البوراني ، احكام عقد الصلح ، الدار العلمية الدولية لنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ط ١ ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٨ .

٤١ - د. يس محمد يحيى ، عقد الصلح بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٢٥٢ . د. حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، بند ١٦ ، ص ٢٠ - ٢١ . وانظر د. محمود مختار احمد بريري ، التحكيم التجاري الدولي ، ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، بند ١١ ، ص ٢٠-٢١ .

٤٢ - احمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، بند ١٠ ، ص ٣٠-٣١ ، وانظر د. عزمي عبد الفتاح عطيه ، قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، ط ١ ، ص ١٧-١٨ ، وكذلك د. نجلاء حسين سيد احمد خليل ، التحكيم في المنازعات الادارية ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٦ وما بعدها .

٤٣ - ازاد شكور صالح ، الوساطة البديلة ذات الطابع التفاوضي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة إلى مجلس

شكل او يشكل موضوع اجراءات التوفيق او في نزاع اخر قد نشأ عن العقد ذاته ، او عن العلاقة القانونية ذاتها او عن أي عقد او علاقة قانونية ذات صلة به ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ” .

٢٦ - عبد الباسط عبد المحسن : دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعي ، دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ ، ص ٢٢ .

٢٧ - نصت المادة ٥ من قانون الاونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على انه ” ١- يكون هناك موفق واحد ما لم يتفق الطرفان على ان يكون هناك موفقان او اكثر ٢- على الطرفين ان يسعيا الى التوصل الى اتفاق على موفق او اكثر ما لم يكن قد اتفق على اجراءات معينة لتعيينه ٣- يجوز للطرفين ان يلتصبا المساعدة من مؤسسة او من شخص فيما يتعلق في تعيين الموفقين وعلى وجه الخصوص : أ- يجوز لأي طرف ان يطلب من تلك المؤسسة او ذلك الشخص تزكية اشخاص ملائمين للعمل كموفقين او ب- يجوز للطرفين ان يتفقا على ان تقوم تلك المؤسسة أو ذلك الشخص بتعيين موفق واحد او اكثر مباشرة . وكذلك الفقرة الأولى من المادة ٦ من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) والتي نصت :

” unless the parties have agreed themselves on the person of the mediator or in the another procedure for appointing the mediator shall be a painted by the centre after consulation with the parties

٢٨ - عبد الباسط عبد المحسن - المصدر نفسه - ص ٢٤ ، وانظر كذلك محمد سلام - المصدر السابق ص ١٧ .

٢٩ - انور محمد صدقي و بشير سعد ز غلول ، المصدر السابق - ص ٣٠٧ ، وانظر كذلك عبد الباسط عبد المحسن ، المصدر السابق ، ص ١٨-١٩ .

٣٠ - عادل علي المانع - المصدر السابق ص ٣٦ .

31-Geneva , switzerland conference on mediation /march , 29 , 1996

٣٢ - الخير قشسي - المصدر السابق - ص ٨٧ .

٣٣ - احمد كناكريه ، وليد القطاونة ، ادارة الدعاوى المدنية ، مصدر سابق ، ص ٨٦-٨٧ .

٣٤ - الخير قشسي ، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية في تسوية المنازعات الدولية ،



56 - Malaurie et Aynes : op. p 162  
57-Philille malaurie: Cantnaets speclaux,P  
aris,1997 op.cit,p423

٥٨- عباس العبودي : الاثبات بالدليل الكتابي ، بحث  
مشترك مع د. عبد الرزاق الصفار ، منشور في  
مجلة القضاء ، العراق ، العددان ٣-٤ سنة ١٩٨٩  
ص١٣٦ .

٥٩ - محمود جلال حمزة ، التبسيط في شرح القانون  
المدني ، الاردن - الحقوق العينية الاصلية ٦٠-ج٥  
ط١ ، دار الثقافة للنشر و التوزيع -عمان ١٩٩٨  
ص ٣٥ .

٦٠ - جمال الدين العطيفي : المذكرة الايضاحية للقانون  
المدني المصري - دار النشر للجامعات المصرية  
-١٩٤٩ - ج٣ - ص٤٢٨ .

٦١- محمد علي عرفة : شرح القانون المدني الجديد في  
التامين و العقود الصغيرة - مطبعة جامعة الاوائل  
- القاهرة - ١٩٥٠ ص٣٢١

٦٢- محمد سلام ، المصدر السابق، ص ٢٢ .

٦٣ - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني  
- ج٥ مجلد ٢ ( الهبة و الشركة و القرض و الدخل  
الدائم و الصلح ) - ١٩٦٢ ص٥٨٨-٥٨٩ .

٦٤ - إسماعيل غانم : الحقوق العينية الاصلية - حق  
الملكية ، ج ١ ، مكتبة عبد الله و هبة ، القاهرة ، ١٩٥٩ ،  
ص ٢٠٧-٢٠٨ .

٦٥- محمد لبيب شنب : الوجيز في شرح الحقوق العينية  
الاصلية - ط٢ مطبعة دار المعارف - الإسكندرية  
- ١٩٩٣ - ص١٠٧ .

٦٦ - السنهوري ، المصدر السابق ، ج٥ ص ٥٨٨ و  
محمد علي عرفة ، المصدر السابق ، ص ٣٢٠ ،  
وانظر كذلك : نبيل ابراهيم سعد : الشفعة علما و  
عملا - منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ ص٧ .

٦٧ - نبيل ابراهيم سعد : المصدر السابق ، ص ١٥

٦٨ - السنهوري : المصدر السابق ، ص ٥٨٩ .

٦٩- منصور مصطفى منصور ، مذكرات في القانون  
المدني ، العقود المسماة ، دار المعارف ، مصر ،  
١٩٥٧ ص ٩٨ .

٧٠- اكنم الخولي ، المصدر السابق، ص ١٧ .

٧١- اكنم الخولي ، نفس المصدر ، ص ١٨ .

٧٢- حسن علي الذنون : العقود المسماة - ج٣ شركة  
الرابطة للطباعة و النشر ، بغداد ، ١٩٥٤ ص ٥٧٢

كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، أربيل  
كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون  
الخاص ٢٠١٢ ، ص ١٧٤

٤٤- ازاد حيدر باوة ، دور الوساطة القضائية في  
تسوية المنازعات المدنية، دراسة مقارنة، رسالة  
مقدمة إلى مجلس كلية القانون السياسية، جامعة  
صلاح الدين وذلك كجزء من متطلبات نيل درجة  
الماجستير في القانون الخاص، ٢٠١١ ، ص ١٦

٤٥- ووضحت المادة ( ١٢٧ ) من قانون المرافعات  
الفرنسي على أن الصلح ” يقصد به التوفيق الذي  
يمكن ان يتم في أي حال كانت عليها الخصومة بناء  
على مبادرة من الخصوم أنفسهم أو استيعاب لمبادرة  
من القاضي.

٤٦ - محمود مختار احمد بريري، المصدر السابق -  
ص ٢٣ .

٤٧- وكأن الهدف من مراكز العدالة في فرنسا هو بناء  
تنظيم ذاتي للمنازعات في الإحياء من خلال دعوة  
الاطراف المتنازعة إلى مراكز العدالة قبل الشروع  
في الإجراءات القانونية وللمزيد انظر صباح  
احمد نادر : التنظيم القانوني للوساطة الجنائية و  
امكانية تطبيقها في القانون العراقي ” دراسة مقارنة  
” بحث مقدم الى مجلس القضاء في اقليم كردستان  
العراق، ٢٠١٤ ، ص ١٤

٤٨ -رامي متولي القاضي - الوساطة في القانون  
الجنائي الاجرائي المقارن ، بدون دار نشر ،  
٢٠١٠ ، ص ٢٦٢

٤٩- محمد ليبيدي . الوساطة كوسيلة من الوسائل  
البديلة لفض المنازعات. الطبعة الأولى. دار القلم.  
الرباط، ٢٠٠٩، ص ٤٧.

٥٠- او النيابة العامة ( في الدعوى الجزائية)

٥١- نجلاء حسين سيد احمد خليل : المصدر السابق ،  
ص ٣٩ - ٤٠ .

٥٢- ازاد حيدر باوة ، المصدر السابق . ص ٢٣ و ازاد  
شكور صالح ، المصدر السابق - ص ٤٥ - ٤٧ .

٥٣ - انظر القانون المدني المصري - مجموعة  
الاعمال التحضيرية ، الجزء الرابع - مطابع  
مذكور - القاهرة ص ٤٥٣ - ٤٥٤ .

54- Philille malaurie: Cantnaets speclaux,  
Paris,1997 op.cit,p641

٥٥ - اكنم الخولي ،العقود المدنية ( الصلح و الهبة  
و الوكالة ) ، الطبعة الثانية ، دار النهضة بمصر ،  
القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٥٧



من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص، ٢٠١١ .

٦. أزداد شكور صالح، الوساطة البديلة ذات الطابع التفاوضي لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، أربيل كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ٢٠١٢ .

٧. إسماعيل بو بلعبد، مدى إمكانية تفعيل الوساطة في الواقع المغربي، مقال منشور في مجلة القانون والأعمال .

٨. إسماعيل غانم : الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية ، ج ١ ، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة ، ١٩٥٩

٩. أنور محمد صدقي المساعدة ود. بشير سعد زغلول، الوساطة في إنهاء الخصوم الجنائية، دراسة تحليلية مقارنة , مجلة الشريعة والقانون , العدد الأربعين -٢٠٠٩ .

١٠. بن حمري الهادي، الطابع القانوني لنظام الوساطة كبديل لفض النزاعات على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، محاضرة أقيمت بمجلس قضاء المسيلة، الجزائر ٢٣/٤/٢٠٠٩ .

١١. جمال الدين العطيفي : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري - دار النشر للجامعات المصرية -١٩٤٩ - ج٣ .

١٢. حسن علي الذنون : العقود المسماة-ج٣ شركة الرابطة للطباعة والنشر - بغداد- ١٩٥٤

١٣. حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

١٤. الخير قشي ، المفاضلة بين الوسائل التحكيمية وغير التحكيمية في تسوية المنازعات الدولية ، ط١ ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩ .

٧٣- علي الخفيف : مختصر احكام المعاملات الشرعية، ص٢٦٤

٧٤- السنهوري ، المصدر السابق، ج٥ ص٥٨٨، ٥٨٩ .

٧٥- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، ج١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ص٣٩١

٧٦- محمد كامل مرسي ، العقود المسماة في شرح القانون المدني الجديد ، المطبعة السلفية ، مصر، ١٩٥٧، ص ٣٧٥-٣٧٦

٧٧- محمد كامل مرسي ، نفس المصدر ، ص ٣٧٦

٧٨- اكثم الخولي ، المصدر السابق ، ص ٥٠

٧٩- شيماء محمد سعيد ، ص ١٨٤ ، ومجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، المصدر السابق ، ص٤٥٦

٨٠- شيماء محمد سعيد ، المصدر السابق ، ١٨٥

٨١- محمد كامل مرسي ، المصدر السابق، ص٣٧٦ و اكثم الخولي ، المصدر السابق، ص ٥٥ .

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب العربية

١. اكثم الخولي - العقود المدنية ( الصلح و الهبة و الوكالة ) - الطبعة الثانية - دار النهضة بمصر - القاهرة -١٩٦١

٢. أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختياري والاجباري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ .

٣. أحمد كناكريه وليد القطوانة، الدعوى المدنية، ط١، بدون مكان نشر.

٤. إدريس جلام : الوسائل البديلة لحل النزاعات وعلاقتها القضاء، مجلة المحاكم عدد ١٢ فبراير ٢٠٠٨ .

٥. أزداد حيدر باوة، دور الوساطة القضائية في تسوية المنازعات المدنية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون -السياسية، جامعة صلاح الدين، وذلك كجزء

٢٥. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢ ، تنقيح احمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤.

٢٦. عبد الغني أبو العزم ، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بجمهورية مصر العربية.

٢٧. عزمي عبد الفتاح عطيه ، قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، ط١.

٢٨. علي الخفيف : مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، لا يوجد مكان وسنة طبع .

٢٩. القانون المدني المصري ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، الجزء الرابع ، مطابع مذكور، القاهرة .

٣٠. محمد ابراهيم ابو الهيجاء ، التحكيم الالكتروني، دار الثقافة ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٠.

٣١. محمد أحمد علي المحاسنة ، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية ، ط١ ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٣.

٣٢. محمد سلام: دور الطرق البديلة لحل النزاعات في إصلاح القضاء وتأهيله لمواجهة تحديات العولمة، مجلة الملف، العدد ٢ نونبر ٢٠٠٣ .

٣٣. محمد علي عرفة : شرح القانون المدني الجديد في التامين و العقود الصغيرة – مطبعة جامعة الأوائل – القاهرة - ١٩٥٠ .

٣٤. محمد كامل مرسي ، العقود المسماة في شرح القانون المدني الجديد ، المطبعة السلفية مصر ، ١٩٥٧.

١٥.رامي متولي القضائي – الوساطة في القانون الجنائي الإجرائي المقارن – بدون دار نشر – ٢٠١٠ .

١٦. رضا السيد عبد الحميد ” مسائل التحكيم-الكتاب الأول-تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة.“ دار النهضة العربية ٢٠٠٣.

١٧. شيماء محمد سعيد خضر البوراني ، احكام عقد الصلح ، الدار العلمية الدولية لنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ط١ ، ٢٠٠٣.

١٨. صباح احمد نادر : التنظيم القانوني للوساطة الجنائية و امكانية تطبيقها في القانون العراقي ” دراسة مقارنة ” بحث مقدم الى مجلس القضاء في اقليم كوردستان العراق – ٢٠١٤.

١٩. ضحى ابراهيم الزباني ، شرط التحكيم في العقود المدنية ، اطروحة دكتوراه ، مصر ، القاهرة ، ٢٠٠٣.

٢٠. عادل علي المانع : الوساطة في حل المنازعات الجنائية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الرابع السنة الثلاثون ، ديسمبر ٢٠٠٦

٢١. عباس العبودي : الاثبات بالدليل الكتابي – بحث مشترك مع د. عبد الرزاق الصفار ، منشور في مجلة القضاء – العراق – العددان ٣-٤ سنة ١٩٨٩ .

٢٢. عبد الباسط جاسم محمد ، ابرام العقد عبر الإنترنت، ط١ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠.

٢٣. عبد الباسط عبد المحسن : دور الوساطة في تسوية منازعات العمل الجماعي، دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠ .

٢٤. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني – ج٥ مجلد ٢ ( الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح ) ١٩٦٢-

بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢ .

٤٥. يس محمد يحيى ، عقد الصلح بين  
الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، دار الفكر  
العربي ، القاهرة ، ١٩٧٨ .

#### ثانياً: الكتب الأجنبية

1.Genva,switzerland conference  
on mediation /march , 29 , 1996-

2.[http://www.bambooweb.com/  
articles/m/mediation.html](http://www.bambooweb.com/articles/m/mediation.html)-.

3.Jean-claude Goldsmith, «les  
modes de règlement amiable des  
différends Rdal.1996-

4.lexicons.Sakhr.com // http-

5.Philille malaurie: Cantnaets  
speclaux, aris,1997 op.cit-

6.WWW.SFCJ.programmes/  
marocca/pdf.

٣٥.محمد لبيب شنب : الوجيز في شرح  
الحقوق العينية الاصلية - ط٢ مطبعة دار  
المعارف - الاسكندرية -١٩٩٣ .

٣٦.محمد ليديدي . الوساطة كوسيلة من  
الوسائل البديلة لفض المنازعات. الطبعة  
الأولى. دار القلم.الرباط.٢٠٠٩ .

٣٧.محمود جلال حمزة ، التبسيط في  
شرح القانون المدني ، الأردن ، الحقوق العينية  
الاصلية ، ج ٥ ط ١ ، دار الثقافة للنشر و  
التوزيع، عمان ، ١٩٩٨ .

٣٨ . محمود مختار احمد بريري ، التحكيم  
التجاري الدولي ، ط٣ ، دار النهضة العربية ،  
القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٣٩.منصور مصطفى منصور ، مذكرات  
في القانون المدني ، العقود المسماة، دار  
المعارف ، مصر ، ١٩٥٧ .

٤٠ . ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي  
الانصاري ، معجم لسان العرب .

٤١.نبيل ابراهيم سعد : الشفعة علما و عملا  
، منشأة المعارف ، الإسكندرية -١٩٩٧ .

٤٢.نجلاء حسين سيد احمد خليل ، التحكيم  
في المنازعات الإدارية ، ط٢ ، دار النهضة  
العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٤٣.الندوة الدولية لقانون العقوبات التي  
عقدت في طوكيو باليابان في الفترة من ١٤ -  
١٦ مارس ١٩٨٣ .

٤٤.الياس ناصيف ، العقود الدولية التحكيم  
الالكترونية ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية،

# Legal Nature of Mediation as an Alternative to Resolving Disputes

(\*)Asst. Prof. Um Kulthoum Sabih Muhammed

Dr. Sabah Ramadan Yaseen(\*\*)

## Abstract

Resort to the judiciary is the traditional way of resolving disputes between individuals. Every citizen has the right to resort to the judiciary. There is no doubt that the increasing number of laws, the continuous development in society, and the diversity of transactions led to fatigue of the judiciary and the accumulation of cases. At the same time, it reflected the boredom of the citizens of prolonging the resolution of disputes because of legislative inflation, the phenomenon of dumping in formalities and procedural complications, and the unwillingness of the conflicting parties to implement part or all of them, without forgetting the material costs that burden the litigant.

And because justice based on agreement is more positive than justice applied by the judge based on abstract legal provisions, it is necessary to seek alternative means of resolving disputes that the parties resort to settle disputes that arise between them, thus ending their differences quickly, fairly, effectively, and guaranteeing them flexibility and freedom. and mediation has been one of them. It is, in its simplest terms, a means to settle the dispute amicably between the two parties through the intervention of a neutral third party to mediate the process and bring the views of the parties to a solution that satisfies them.

We must say that the controversy still exists on mediation so far, especially on the extent of its ability to oblige opponents to follow the solutions offered to resolve disputes between them, and we think that it is time to review the legal rules related to mediation, either by amending them or by changing their concept to make mediation an effective means to settle disputes peacefully away from the corridors of the courts and the complexities of the judiciary.

---

(\*) College of Law/ Mustansiriyah University

(\*\*) College of Administration and Economics/ Zakho University

# الصورية

د. امال احمد ناجي (\*)

على ما يوجد منها في ذمته وقت هذا التنفيذ. مما يستدعي التوفيق والموازنة بين مبدأي سلطان الإرادة واستقرار المعاملات، فمن جهة إرادة المتعاقدين يجب أن تُحترم رغم ما فيها من مظهر كاذب، وعليه فالعقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين، ومن جهة أخرى يجب مراعاة مبدأ استقرار المعاملات من خلال السماح للغير حسن النية في التمسك بالعقد الصوري أو المستتر حسب ما تقتضي مصلحته.

## المقدمة

قد يعمد الدائن عندما يقترب دائنيه من التنفيذ على أمواله إلى تهريبها كلياً أو جزئياً عن طريق التصرف بها بموجب تصرفات صورية لا علاقة لها بالواقع، ويحدث هذا عندما يتفق طرفا العقد على إظهار تصرف قانوني معين أمام الناس، في حين يكون التصرف الحقيقي بينهما مستتراً.

ويكون ذلك باتفاق الطرفين معاً، كأن يقوم المدين الذي يقصد تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه ببيعها صورياً دون نقل ملكيتها حقيقة، وفي هذه الحالة تظل هذه الأموال في الحقيقة مملوكة للمدين بينما تبدو في الظاهر أنها مملوكة للغير إبعاداً لها عن متناول الدائنين، وهذه هي الصورية التي سنتناول بحثها عن طريق أربعة مباحث وهي كالآتي:

## الملخص

قد يعمد المدين إلى تهريب أمواله كلياً أو جزئياً عندما يقترب دائنيه من التنفيذ عليها، وذلك من خلال التصرف بها بموجب تصرفات صورية لا علاقة لها بالواقع، أي اصطناع المتعاقدين مظهراً كاذباً عند إجراء تصرف قانوني لإخفاء حقيقة ما، بعبارة أخرى فالصورية هي ستر عقد حقيقي بين الطرفين المتعاقدين (العقد المستتر) بأخر ليس له في الظاهر إلا صورة العقد (العقد الصوري)، حيث يكون قصد الطرفين التمسك بالعقد الحقيقي مع التظاهر بالقصد إلى العقد الصوري.

والصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان، وإنما يبطل العقد إذا كان الغرض من الصورية مخالفة القانون والغش، وعلى ذلك فإنه إذا لم يكن الهدف من الصورية التحايل على القانون والغش، فإن الكشف عن الصورية لا يؤدي إلى بطلان التصرف المستتر ما دام مشروعاً، ولكن يعامل الطرفان بنقيض نيتهما، فلا يتحقق الغرض الذي ابتغياه بتحاييلهما.

ومثل هذه التصرفات الصورية من المدين تمثل إخلالاً واضحاً بالضمان العام للدائنين وزعزعة للثقة في هذا النظام القائم على ترك الحرية للمدين في التصرف في أمواله وإدارتها في مقابل تخويل الدائنين حق التنفيذ

(\*) الجامعة العراقية / كلية القانون

**المبحث الأول:** تعريف الصورية وبيان أهميتها .

**المبحث الثاني:** أنواع الصورية .

**المبحث الثالث:** الآثار القانونية للصورية .

**المبحث الرابع:** موقف الفقه الإسلامي من الصورية .

## المبحث الأول

### تعريف الصورية وبيان أهميتها

تُعرف الصورية في الفقه القانوني بأنها: إصطناع مظهر كاذب عند إجراء تصرف قانوني يلجأ إليه المتعاقدان لإخفاء حقيقة ما<sup>(١)</sup>، كما عرفها البعض الآخر بأنها عمل إرادي نتيجته خلق مظهر كاذب وخادع بالنسبة للغير حسن النية<sup>(٢)</sup>.

كما قيل أن الصورية تعني "ستر عقد حقيقي بين الطرفين المتعاقدين (العقد المستتر) بآخر ليس له في الظاهر إلا صورة العقد (العقد الصوري) ، إذ يكون قصد الطرفين التمسك بالعقد الحقيقي مع التظاهر بالقصد إلى العقد الصوري"<sup>(٣)</sup>.

فالصورية تتألف من تصرفين، أحدهما تصرف ظاهر غير حقيقي، وهو ما اتجهت إليه الإرادة إلى إنشائه دون الالتزام بأحكامه كلها أو بعضها، والآخر تصرف حقيقي خفي، وهو ما اتجهت إليه الإرادة إلى إنشائه والالتزام بأحكامه.

فيكون المتعاقدان في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما ظاهر، ولكنه كاذب، يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقي مستتر لا يعلم عنه الغير شيئاً، وتسميه المحاكم عادة بـ (ورقة الضد)<sup>(٤)</sup>.

ومن الواضح أن مثل هذه التصرفات من المدين تمثل إخلالاً واضحاً بالضمان العام للدائنين وزعزعة للثقة في هذا النظام القائم على ترك الحرية للمدين في التصرف في أمواله وإدارتها في مقابل تخويل الدائنين حق التنفيذ على ما يوجد منها في ذمته وقت هذا التنفيذ دون تمييز بين مال وآخر، ودون حاجة إلى أخذ ضمان خاص على مال معين من هذه الأموال .

لذلك فقد وضع المشرع في يد الدائنين دعوى الصورية لمنع هذا الإخلال بالضمان العام ورد المال المتصرف فيه تصرفاً صورياً إلى حظيرة هذا الضمان<sup>(٥)</sup>.

وتهدف النظرية الصورية من جهة إلى تكريس القوة الملزمة للعمل القانوني المستتر بالنسبة لأطرافه ومن في حكمهم، ولحماية الغير حسن النية من جهة أخرى، وهذا ما يتبين من نص م/١٤٧ ف١ مدني عراقي والتي تنص على (إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر)<sup>(٦)</sup>.

كما تنص م/١٤٨ ف١ من القانون نفسه على (يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا اثر للعقد الظاهر فيما بينهم)<sup>(٧)</sup>.

وعن طريق نص هاتين المادتين نجد أن المشرع العراقي سلك طريقاً وسطاً من شأنه التوفيق والموازنة بين مبدأي سلطان الإرادة واستقرار المعاملات، فمن جهة إرادة المتعاقدين يجب أن تُحترم رغم ما فيها من مظهر كاذب، وعليه فالعقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين.

ومن جهة أخرى يجب مراعاة مبدأ استقرار المعاملات عن طريق السماح للغير حسن النية في التمسك بالعقد الصوري أو المستتر حسب ما تقتضيه مصلحته.

وتظهر أهمية دعوى الصورية عن طريق المحافظة على الضمان العام للدائنين عندما يتصرف المدين تصرفاً غير جدي فيُخرج في الظاهر لا في الواقع هذا المال من ذمته المالية إذ تكون للدائن مصلحة في إثبات صورية ذلك التصرف لاعتبار المال المذكور باقياً على ملك مدينه للتنفيذ عليه<sup>(٨)</sup>.

وتعدّ التصرفات القانونية مجالاً خصباً للصورية، خاصة التصرفات العقدية، فأكثر ماتكون الصورية في العقود، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد؛ كالتنازل عن حق عيني، أو الإبراء من دين، شرط أن يوجه هذا التصرف إلى شخص معين، ذلك لأن الصورية تقوم على الاتفاق ولا وجود للاتفاق إلا بين شخصين يتعاملان معاً<sup>(٩)</sup>.

وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات فإنها تكون أيضاً في الأحكام، خاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية، ثم إيقاع البيع لمن رسا عليه المزاد<sup>(١٠)</sup>.

## المبحث الثاني

### أنواع الصورية

تتنوع الصورية تبعاً لدرجة الاختلاف ونوعه بين الوضعين الظاهر والخفي على الشكل الآتي:

أ- **الصورية المطلقة:** وتتحقق عندما يلغي الاتفاق الخفي بشكل كامل وجود الوضع

الظاهر، إذ يتناول هذا النوع من الصورية العقد ذاته فلا يكون للعقد الظاهر وجود في الحقيقة<sup>(١١)</sup>، إذ يفتق المتعاقدان على اصطناع مظهر كاذب لتصرف لم تتجه إرادتهما إطلاقاً إليه، كما لو أبرم عقد وأُنفق في الخفاء على عدم وجود هذا العقد، وعادة ما يحتاط المدين لنفسه في مواجهة هذا الأخير فيستكتبه إقراراً يسمى "ورقة الضد" يكون فحواه أن هذا البيع لا وجود له في الحقيقة.

ب- **الصورية النسبية:** وتتحقق عندما يُغير الاتفاق الخفي جانباً من جوانب الوضع الظاهر، أي أن في هذا النوع من الصورية تكون هناك علاقة قانونية أو تصرف قانوني حقيقي بين المتعاقدين ويقوم التصرف بتغيير أو أخفاء جانب منه.

وتصنف الصورية النسبية تبعاً للجانب المتغير من العقد الحقيقي إلى ثلاثة أصناف هي:

١- **الصورية بطريق التستر:** وتتحقق عندما يتناول التغيير طبيعة العلاقة القانونية، كإبرام عقد بيع والاتفاق في الخفاء على أنه هبة وليس بيعاً، أو بالعكس قد يستر المتعاقدان عقد الهبة في صورة بيع لجعل استعمال الدائن لدعوى عدم نفاذ التصرف أكثر صعوبة<sup>(١٢)</sup>.

٢- **الصورية بطريقة التسخير:** وتتحقق عندما يتناول التغيير شخصية المتعاقد، كما لو أبرم عقداً باسمه ولكن لحساب شخص آخر لم يرد اسمه في العقد، والغرض من هذا النوع من الصورية هو التحايل على بعض أحكام القانون التي قد تحرم على بعض الأشخاص مباشرة بعض العقود أو التعامل في بعض الحقوق، مثال ذلك شراء القاضي متسترأً بشخص آخر أموالاً يكون ممنوعاً من شرائها نظراً لأن

القانون يمنعه من شراء الحقوق المتنازع فيها والتي يكون نظرها من اختصاص المحكمة التي يباشر أعماله في دائرتها<sup>(١٣)</sup>.

٣- الصورية بطريقة الضد: وتتحقق عندما يتناول التغيير ركناً أو شرطاً في العقد، مثلاً إخفاء السبب غير المشروع وإظهار سبب مشروع، أو إخفاء الثمن الحقيقي بذكر ثمن أعلى لإعاقبة الشفيع عن التمسك بالشفعة مثلاً أو بذكر ثمن أدنى منه<sup>(١٤)</sup> للتهرب من الضرائب أو رسوم التسجيل مثلاً.

ومن هنا يتضح أن الصورية تنطوي على الحيلة، لأنها مهما كان الشكل الذي تتخذه فإنها تنطوي على وجود اتفاق خفي يزدوج بالاتفاق الظاهر ليُعدم أو ليُغير أو ينقل آثاره وذلك حسب نوع الصورية التي تعاقدها عليها الطرفان.

وهذا يعني أن جميع أشكال الصورية إنما هي وسائل تخالف الحقيقية، بيد أن هذه المخالفة قد تكون لأهداف مشروعة، كما لو أراد شخص تفضيل أحد ورثته لباعث مشروع فأعطاه جزء من أمواله، ولغرض تجنب ما قد يحصل من غل عليه من بقية الورثة باع له هذه الأموال بيعاً صورياً، فالصورية هنا تكون مشروعة لأنها تُمكن الشخص من تقديم المساعدة لأحد ورثته دون إثارة الشحنة والبغضاء بين أفراد الأسرة فتحافظ على تماسكهم.

كما قد تكون الصورية لأهداف غير مشروعة، لذلك فإن الحكم على الصورية بوصفها مشروعة أو غير مشروعة يكون تبعاً للغرض المقصود منها<sup>(١٥)</sup>.

ومما تجدر الإشارة إلى أنه إذا تحققت الصورية ولم يكن كلاً من العقدين الظاهر والمستتر باطلاً، فالصورية ليست بذاتها سبباً للبطان، وإنما يبطل العقد إذا كان الغرض من

الصورية مخالفة القانون والغش، ومثال على ذلك عقد الهبة الذي يقصد به استدامة معايشة غير شرعية، فيستتر المتعاقدين تحت ستار عقد بيع أو قرض، فإنه يترتب على الكشف عن الصورية بطلان العقد الحقيقي لعدم مشروعيته.

وعلى ذلك فإنه إذا لم يكن الهدف من الصورية التحايل على القانون والغش، فإن الكشف عن الصورية لا يؤدي إلى بطلان التصرف المستتر ما دام مشروعاً، ولكن يعامل الطرفان بنقيض نيتهما، فلا يتحقق الغرض الذي ابتغياه بتحايلهما<sup>(١٦)</sup>.

ولكن يندر استعمال الصورية لتحقيق أغراض مشروعة وغالباً ما تستعمل لتحقيق أغراض غير مشروعة، وهذا النوع من الصورية كثير ومتعدد، إلا أنه يمكن تصنيف هذه الأغراض أو الغايات غير المشروعة للصورية إلى:

أ- ما كان منها غير مشروع للغش والإضرار بحقوق الآخرين، والأمثلة على ذلك عديدة، منها قصد المتعاقدان الإضرار بالشفيع بأن يخفيا البيع تحت ستار الهبة، أو يُذكر في العقد ثمن أعلى من الثمن الحقيقي لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة، ومنها لجوء المدين إلى الصورية للإضرار بدانيه، فيتواطأ مع مشتري صوري على إخراج أمواله التي يستطيع الدائنون حجزها لاستيفاء ديونهم من الضمان العام، وكذلك ما يُقدم عليه المتعاقدان من تقديم تاريخ العقد الذي ينعقد في مرض الموت، ليُجاز التصرف في مواجهة الورثة فلا تسري عليه أحكام الوصية.

ب- ما كان من الصورية غير مشروع للغش نحو الخزانة العامة، ويتحقق ذلك عندما يذكر المتعاقدان في العقد ثمناً أقل من الثمن



الحقيقي ، أو أن يكون عقد البيع في صورة عقد قسمة ، تهرباً من دفع رسوم تسجيل البيع.

ت- ما كان من الصورية غير مشروع للغش نحو القانون والتحايل على أحكامه الأمرة والمتعلقة بالنظام العام أو الآداب. كما لو يستعير شخص أسم شخص آخر ليتعاقد بإسمه عندما يُحرم القانون عليه أن يتعاقد بنفسه .

وقد تكون الصورية وسيلة للمرابين لكي يستطيعوا أن يستروا بها الربا الفاحش الذي يمنعه القانون تحت ستار عقود كثيرة كالبيع أو الإجارة.

ويمكن القول أن جميع أنواع الصورية سالفة الذكر إنما هي صورية غير مشروعة الغرض منها هو الغش نحو القانون أو نحو الغير ، وأينما حل استعمالها حل الغش وأستقر ، حتى أصبحت كلمة (ورقة الضد) ترادف كلمة الغش ، وقد أنتشر استعمالها حتى باتت تشكل خطراً على استقرار المعاملات الذي يتطلب قدراً من العلانية والتي يرتب الناس عليها أوضاعهم في معاملاتهم.

مما دعا بالبعض من الفقهاء إلى عدها جريمة معاقب عليها<sup>(١٧)</sup>.

## المبحث الثالث

### الآثار القانونية للصورية

أما عن الآثار القانونية المترتبة على الصورية نرى أن أغلب التشريعات المقارنة<sup>(١٨)</sup> ، وكذلك التشريع العراقي في م/١٤٧ و م/١٤٨ - سالفنا الذكر - تميز في العلاقة بين المتعاقدين وخلفهما العام عنها بالنسبة للغير من حيث أثر الصورية على التصرف القانوني .

فطبقاً لنص م/١٤٨ ف١ مدني عراقي والتي تنص على أنه ( يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم) .

والذي يُعد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، فإن العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفهما العام هو العقد الحقيقي (العقد المستتر) كونه العقد الذي يعبر عن النية الحقيقية للطرفين ، وإذ إن الصورية تتم بالاتفاق بين طرفي تصرف على حجب حقيقة ما اتجهت إليه إرادتهما وراء مظهر كاذب ، فمن المنطقي أن يكون التصرف الحقيقي (المستور) هو الذي يُعتمد به في مواجهة المتعاقدين باعتباره التصرف الذي يعكس إرادتهما الحقيقة ، ويأخذ حكم المتعاقدين في هذا الشأن خلفهما العام .

إلا أن المشرع العراقي أورد في الفقرة الثانية من م/١٤٨ قيداً على هذا الأثر وأوجب أن يكون العقد الحقيقي مستوفياً لشروط صحته وإلا فلا يكون له أثر إن كان باطلاً ، إذ نصت الفقرة أعلاه على ( وإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد أستوفى شرائط صحته ) .

وبناءً على ذلك يجب البحث عن مدى توافر أركان وشروط التصرف القانوني في التصرف الحقيقي وليس الصوري ، ومثال ذلك إفراغ عقد الهبة في صورة عقد بيع ، ففي هذا الفرض يصح العقد بوصفه هبةً لا يبيعاً متى توافرت جميع شروط صحة عقد الهبة ، فيلزم أن يكون البائع الصوري ( الواهب حقيقةً ) أهلاً للتبرع ويكفي أن يكون المشتري صورياً ( الموهوب له حقيقةً ) أهلاً لمباشرة الأعمال النافعة نفعاً محضاً ، كما يمكن للبائع الصوري ( الواهب ) أن يرجع في هذا التصرف وفق أحكام الرجوع في الهبة<sup>(١٩)</sup>.

يتبين من هذا أن صورية التصرف ليست بذاتها سبباً لبطلانه ؛ فالتصرف القانوني الذي يهدف إليه الطرفان يكون هو التصرف القائم بينهما بصرف النظر عن التصرف الظاهر الذي يخفيان خلفه هذا التصرف الحقيقي ، غير أن هذا التصرف الحقيقي ( التصرف المستتر ) قد يكون باطلاً ، ويكون القصد من الصورية إخفاء سبب البطلان ، ولذلك فإزالة التصرف الظاهر يستتبع إبطال التصرف الحقيقي ، فإذا ما أتضح أن البيع مثلاً يخفي هبة الباعث عليها غير مشروع ، فأن كشف الصورية يستتبع بطلان التصرف الحقيقي غير المشروع وهو (الهبة) (٢٠).

أما عن أثر الصورية بالنسبة للغير (٢١) ، فقد نصت م/١٤٧ ف١ مدني عراقي على ( إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر) .

لذا يجوز للغير وفقاً لأحكام الفقرة أعلاه أن يتمسك بحقيقة العلاقة بين الطرفين \_ أي أن يتمسك بالعقد الحقيقي المستتر\_ إذا ما كانت مصلحته في ذلك ، مثال وجود مصلحة لدائن البائع في التمسك بالعقد الحقيقي ، أي أن يتمسك بأن البيع في حقيقته هبة مستترة حتى لا يخرج المبيع من الضمان العام للمدين ، وفي هذه الحالة يتعين على الغير إثبات صورية التصرف الظاهر بجميع طرق الإثبات ، ذلك لأنه يستحيل عليه الحصول على ورقة الضد التي تثبت حقيقة التصرف كونه ليس طرفاً في التصرف .

وماان تجدر الإشارة إلى إن التصرفات القانونية الواقعة على العقار والتي تمّ تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري لا يجوز الطعن

بها بالصورية استناداً إلى نص م/ ١٤٩ مدني عراقي التي تنص على أنه ( لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري ) .

لذا فإن للغير أن يتمسك بالعقد الصوري إذا كانت مصلحته في ذلك ، على الرغم أن العقد الصوري لا يمثل الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إلا أنه أنشأ مظهراً كاذباً يمكن أن يتصل بعلم الغير الذي يرتب تعامله على أساسه وهو في جهل بحقيقة الأمور (٢٢) .

واتساقاً مع مبدأ استقرار المعاملات فإنه يجب حماية من تعامل وهو معتقداً بحقيقة الوضع الظاهر ، شرط أن يكون هذا الغير حسن النية لا يعلم بحقيقة الواقع ، أي لا يعلم بصورية العقد الظاهر (٢٣) ، مثال ذلك إذا باع شخص لآخر ببيعاً صورياً صورية مطلقة ، ففي هذه الحالة تكون مصلحة دائن المشتري في الاعتداد بالعقد الظاهر ، كذلك الشأن بالنسبة لمن يبيع له هذا المشتري من جديد .

يتضح مما تقدم أن مصالح الأغيار قد تتضارب فيكون من مصلحة بعضهم التمسك بالعقد الظاهر ، في حين يكون من مصلحة البعض الآخر التمسك بالعقد الحقيقي .

ففي البيع الصوري تكون مصلحة دائني المشتري في التمسك بالعقد الظاهر ليتمكنوا من التنفيذ على المال الذي أشتراه مدينهم ( المشتري الصوري ) ، في حين تكون مصلحة دائني البائع في إثبات صورية هذا البيع والتمسك بالعقد الحقيقي حتى لا يخرج المبيع من الضمان العام لمدينهم ومن ثم ليتمكنوا من التنفيذ عليه .

إلا أن المشرع قد حسم هذا التعارض بين مصالح الأغيار بتفضيله من يتمسك بالعقد

فأن بيع الهازل وتصرفاته المالية لا تصح عند القاضي أبي يعلى وأكثر أصحابه من الحنابلة وهو قول الحنفية والمالكية .

أما بيع التلجئة، والذي عرفه الإمام الكاساني في البدائع فقال ما نصه ( بيع التلجئة هو ما لجأ إليه الإنسان بغير اختياره) (٢٧) ، ويسمى بيع الأمانة وبيع المضطر (٢٨).

فالعاقدان يظهران بيعاً لم يلتزمه باطناً، بل خوفاً من ظالم ودفعاً له فهو كالهزل من حيث الحكم ، إلا أن الهزل أعم من التلجئة لأنه يجوز أن لا يكون مضطراً إليه .

كما لو أراد ظالم أن يأخذ مال شخص فيضطر الأخير إلى بيع هذا المال صورة لتجنب ذلك الظالم، فأصل التسمية يعود إلى أن هذا الشخص ألجئ إلى هذا الأمر (٢٩).

ولبيع التلجئة عدة صور ، فقد تكون التلجئة في نفس المبيع ، أما في إنشاء البيع ، أو في إقراره ، ويحصل ذلك حين يتواطأ أثنان على إظهار البيع ولا يقصدانه حقيقة وإنما هو رياء ليحتمى بذلك ، أو يقران على أنهما تبايعا على كذا ، فإذا زال سبب الألجاء رجع كل إلى ماله .

وقد تكون التلجئة في البذل ، أما في قدر الثمن أو جنسه ، كأن يتفقا في السر على أن يكون الثمن الفأ ويتبايعان في الظاهر بألفين .

وروي عن أبي حنيفة أن البيع باطل ، وهو قول أبي يوسف ومحمد والحنابلة ، وجه قولهما أنهما اتفقا على أنهما لم يقصدا حقيقة العقد كالهازلين فلا ينعقد ، إذ الهازل والمُلجأ لا يكونان مختارين للحكم ولا راضيين به (٣٠).

الظاهر تجسيدا لنظرية الوضع الظاهر التي تغلب الوضع الظاهر على الوضع المستتر في حالة التعارض فضلاً عن من عدم اتجاه إرادة المتعاقدين الحقيقية إليه ، وهذا يعني إن المشرع قد فضل ضرورة استقرار المعاملات على مبدأ سلطان الإرادة .

وهذا ما يتضح من نص الفقرة ٢ من م/١٤٧ مدني عراقي (٢٤) التي تنص على (وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن تمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين ) .

## المبحث الرابع

### موقف الفقه الإسلامي من الصورية

أما عن موقف الفقه الإسلامي من الصورية فلا بد من الإشارة ابتداءً إلى أن مصطلح (الصورية) مصطلح قانوني ، ولكن هناك بعض التطبيقات في الفقه الإسلامي يمكن أن توصف بأنها تصرفات صورية، كتصرفات الهازل وبيع التلجئة (٢٥) .

والهازل هو من يتكلم بكلام من غير قصد لإرادة حقيقته ، بل على وجه اللعب، ونقيضه الجاد، وهو الذي يقصد حقيقة الكلام .

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة بعض عقود الهازل مثل نكاح الهازل وطلاقه وعتقه ورجعته .

وأساس هذا الرأي ما ورد عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: ” ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة“ (٢٦).

فهذه التصرفات فيها حق الله، بخلاف البيع ونحوه ، فلا يجوز فيها اللعب أو المزاح ، لذا

## الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع الصورية توصلنا إلى جملة نتائج أهمها :

١- تعني الصورية ستر عقد حقيقي بين الطرفين المتعاقدين ( العقد المستتر) بأخر ليس له في الظاهر إلا صورة العقد ( العقد الصوري ) ، إذ يكون قصد الطرفين التمسك بالعقد الحقيقي مع التظاهر بالقصد إلى العقد الصوري .

٢- تتألف الصورية من تصرفين، أحدهما تصرف ظاهر غير حقيقي ، وهو ما اتجهت الإرادة إلى إنشائه دون الالتزام بأحكامه كلها أو بعضها ، والآخر تصرف حقيقي خفي، وهو ما اتجهت الإرادة إلى إنشائه والالتزام بأحكامه.

٣- إن مثل هذه التصرفات الصورية من المدين تمثل إخلالاً واضحاً بالضمان العام للدائنين وزعزعة للثقة في هذا النظام القائم على ترك الحرية للمدين في التصرف في أمواله وإدارتها في مقابل تخويل الدائنين حق التنفيذ على ما يوجد منها في ذمته وقت هذا التنفيذ.

٤- وضع المشرع في يد الدائنين دعوى الصورية لمنع هذا الإخلال بالضمان العام ورد المال المتصرف فيه تصرفاً صورياً إلى حظيرة هذا الضمان .

٥- تبين لنا أن المشرع العراقي سلك طريقاً وسطاً من شأنه التوفيق والموازنة بين مبدأي سلطان الإرادة واستقرار المعاملات ، فمن جهة إرادة المتعاقدين يجب أن تُحترم رغم ما فيها من مظهر كاذب ، وعليه فالعقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين. ومن جهة أخرى يجب مراعاة مبدأ استقرار المعاملات عن

طريق السماح للغير حسن النية في التمسك بالعقد الصوري أو المستتر حسب ما تقتضي مصلحته.

٦- التصرفات القانونية الواقعة على العقار والتي تمّ تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري لا يجوز الطعن بها بالصورية استناداً إلى نص م/ ١٤٩ مدني عراقي.

٧- تنطوي الصورية على الحيلة، لأنها مهما كان الشكل الذي تتخذه فإنها تنطوي على وجود اتفاق خفي يزدوج بالاتفاق الظاهر ليعدم أو ليغير أو ينقل آثاره وذلك حسب نوع الصورية التي تعاقدها عليها الطرفان.

٨- الصورية ليست بذاتها سبباً للبطان ، وإنما يبطل العقد إذا كان الغرض من الصورية مخالفة القانون والغش ، وعلى ذلك فإنه إذا لم يكن الهدف من الصورية التحايل على القانون والغش ، فإن الكشف عن الصورية لا يؤدي إلى بطلان التصرف المستتر ما دام مشروعاً ، ولكن يعامل الطرفان بنقيض نيتهم ، فلا يتحقق الغرض الذي ابتغياه بتحاليهما .

٩- إن مصالح الأغيار قد تتضارب فيكون من مصلحة بعضهم التمسك بالعقد الظاهر ، في حين يكون من مصلحة البعض الآخر التمسك بالعقد الحقيقي ، إلا أن المشرع قد حسم هذا التعارض بين مصالح الأغيار بتفضيله من يتمسك بالعقد الظاهر تجسيداً لنظرية الوضع الظاهر التي تغلب الوضع الظاهر على الوضع المستتر في حالة التعارض بالرغم من عدم اتجاه إرادة المتعاقدين الحقيقية إليه ، وهذا يعني إن المشرع قد فضل ضرورة استقرار المعاملات على مبدأ سلطان الإرادة .

١٠- إن مصطلح (الصورية) مصطلح قانوني ، ولكن هناك بعض التطبيقات في الفقه

الإسلامي يمكن أن توصف بأنها تصرفات  
صورية، كتصرفات الهازل وبيع الثلجئة

## الهوامش

بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمل على التعاقد ،  
وقد يصدر التدليس من أحد المتعاقدين أو من أجنبي  
عن العقد .

١٠ - د. السنهوري، الوسيط، ج١، المصدر السابق،  
ص١٠٨.

١١ - مصطفى أحمد أبو عمرو ، موجز أحكام الالتزام  
، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ب ت ،  
ص٩٢ .

١٢ - د . عبد القادر الفار ، المصدر السابق ، ص ١٠٤ .

١٣ - تتص م/٥٩٥ مدني عراقي على ( لا يجوز  
للحكام ولا للقضاة ولا للمدعين العامين ونوابهم ولا  
للمحامين ولا لكتابة المحاكم ومساعديهم أن يشتروا  
لا باسمهم ولا بأسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو  
بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص  
المحكمة التي يبشرون عملهم في دائرتها ) . وفي  
نفس الإطار أنظر م/ ٥٨٩ و م/٥٩٦ مدني عراقي  
و م / ٤١ ف ٢ من قانون المحاماة العراقي رقم  
١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل والتي نصت على (يحظر  
على المحامي :

ثانياً : شراء كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها في  
القضايا التي هو وكيل فيها ) .

١٤ - علي هادي علوان، التحايل على القانون، أطروحة  
دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥ ،  
ص٥٢-٥٣ .

١٥ - د. عز الدين الديناصوري و د. عبد الحميد  
الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقانون،  
مطابع دار المعارف، ١٩٨٦، ص٧٩ .

١٦ - مصطفى أحمد أبو عمرو ، موجز أحكام الالتزام  
، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، بلا سنة طبع  
، ص ٩٤ .

١٧ - د. محمود عبد الرحيم الديب، المصدر السابق  
ص٢٨٣، عزيز بك خانكي المحامي، الصورية  
ووجوب اعتبارها جريمة ، مقال منشور في مجلة  
القانون والاقتصاد، القسم الاول، السنة السابعة،  
ص٤٢٧-٤٢٨ .

١٨ - أنظر م/ ٢٤٤ و م/٢٤٥ من القانون المدني

١ - د. محمد عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني،  
دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ،  
ص٥٨ ؛ د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح  
القانون المدني، مصادر الالتزام وأحكامها، دار  
الثقافة ، عمان ، ٢٠١٢ ، ص ٤٧٧ .

٢ - د. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون  
المدني، ط١، بيروت، ١٩٧٧، ص٨٩ .

٣ - د . عبد القادر الفار ، أحكام الالتزام ، دار الثقافة للنشر  
، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص١٠٣ .

٤ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح  
القانون المدني الجديد ، ج١، دار النهضة العربية،  
القاهرة ، ١٩٨٣ ص١٠٦٩ ؛ د. احمد سلامة،  
مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الثاني، مكتبة  
عين الشمس، ص٨٠ بند ٥٣ .

٥ - د. مصطفى الجمال ، د. رمضان أبو السعود ؛  
د. نبيل إبراهيم سعد ، مصادر وأحكام الالتزام ،  
منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ص٦٥٩ .

٦ - تقابلها م/٣٦٨ مدني أردني و م/ ٢٤٤ مدني مصري.  
كما نصت م/١٣٢١ مدني فرنسي على (العقود  
المستترة لا تنتج أثرها إلا فيما بين المتعاقدين ، ولا  
يكون لها أثر ضد الغير) .

٧ - تقابلها م/٣٦٩ مدني أردني و م/٢٤٥ مدني مصري.

٨ - د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني  
، ج٢ ، الالتزامات ، المجلد الرابع ، ط٢ ، القاهرة  
، ١٩٩٢ ، ص٦٨٣ ؛ د. منذر الفضل ، الوسيط في  
شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام وأحكامها  
، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠١٢ ، ص ٤٧٥

٩ - وفي هذا تختلف الصورية عن التدليس في إنها من  
عمل المتعاقدين معاً ، فلا يغش أحدهما الآخر وإنما  
يريدان معاً غش الغير أو إخفاء أمر معين ، وإن  
القصود منها إما الإضرار بالذائنين أو التحايل على  
أحكام القانون ، أما التدليس فهو استعمال الحيلة

٢٧- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين ابن بكر مسعود الكاساني، دار التراث العربي ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ج٥، ص١٧٦.

٢٨- د. سليمان خلف الحميد، محاضرات في فقه المعاضات المالية، ط١، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، بغداد، ٢٠١١، ص٢٠٥.

٢٩- رد المحتار على الدر المختار المعروفة ب (حاشية ابن عابدين)، لمحمد امين الشهير بابن عابدين، ج٤، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩، ص٢٧٢.

٣٠- د. سليمان خلف الحميد، المصدر السابق.

## قائمة المصادر و المراجع

### أولاً: الفقهية ومعاجم اللغة

١. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين ابن بكر مسعود الكاساني، دار التراث العربي، ط٢، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ج٥.

٢. رد المحتار على الدر المختار المعروفة ب (حاشية ابن عابدين)، لمحمد امين الشهير بابن عابدين، ج٤، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩.

٣. سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، كتاب الطلاق، طبعة دار الفكر، بلا سنة طبع.

٤. لسان العرب ج ١٢، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٩٩٤.

٥. المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، ج٢، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤٢١هـ.

المصري؛ و م/٣٦٨ و م/٣٦٩ من القانون المدني الأردني؛ و م/٢٤٥ و م/٢٤٦ من القانون المدني السوري

١٩- د. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤، ص١٠٧.

٢٠- د. مصطفى الجمال، المصدر السابق، ص٦٦١.

٢١- يقصد بالغير في الصورية كل من لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً لأحد طرفيه، فيعتبر من الغير دائنو المتعاقدين وخلفهما الخاص (د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، بيروت، ١٩٨٤، ص٢٠٥).

٢٢- د. عبد القادر الفار، المصدر السابق، ص١٠٩.

٢٣- والعبرة في تقدير حسن النية هو بوقت التعامل ونشوء الالتزام، وحسن النية مفترض وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه، وإذا ثبت علم الغير وقت تعامله بالعقد المستتر أنقذت الحكمة من حمايته ولزمه العقد الحقيقي (المستتر) شأنه في ذلك شأن المتعاقدين. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧، بند ١٦٠.

٢٤- تطابق م/٢٤٤ ف ٢ مدني مصري وتقابلها م/٣٦٩ مدني أردني.

٢٥- التلجنة في اللغة هي الإكراه وهي من (لجأ) فيقال لجأت إلى فلان والتلجأت وتلجأت إذا أستندت إليه واعتضدت به، فألجأت أمري الى الله توكلت عليه واستندت عليه، والتلجنة أن يلجئك شخص أن تأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره. لسان العرب ج ١٢، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٩٩٤، ص٢٣٧ مادة (لجأ)؛ المصباح المنير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، ج٢، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤٢١هـ، ص٥٥٠ مادة (لجأ).

٢٦- سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، كتاب الطلاق، الباب التاسع، طبعة دار الفكر، بلا سنة طبع.

## ثانياً: القانونية

الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقانون، مطابع دار المعارف، ١٩٨٦.

١٢. عزيز بك خانكي المحامي، الصورية ووجوب اعتبارها جريمة، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الاول، السنة السابعة.

١٣. علي هادي علوان، التحايل على القانون، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥.

١٤. محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

١٥. مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بلا سنة طبع.

١٦. مصطفى الجمال، د. رمضان أبو السعود؛ د. نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

١٧. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات وأحكامها، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠١٢.

### ثالثاً: القوانين

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل

١. احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الثاني، مكتبة عين الشمس.

٢. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه، بيروت، ١٩٨٤.

٣. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٧.

٤. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، ط ١، بيروت، ١٩٧٧.

٥. سليمان خلف الحميد، فقه المعاملات المالية، ٢ من البيوع المنهي عنها، ط ١، مطبعة أمير البغدادي، بغداد، ٢٠١٣.

٦. سليمان خلف الحميد، محاضرات في فقه المعاوزات المالية، ط ١، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، بغداد، ٢٠١١.

٧. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢، الالتزامات، المجلد الرابع، ط ٢، القاهرة، ١٩٩٢.

٨. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

٩. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٨.

١٠. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٤.

١١. عز الدين الديناصوري و د. عبد الحميد

# Fictitiousness

**Dr. Amaal Ahmed Naji<sup>(\*)</sup>**

## Abstract

A debtor may smuggle all of his money or part of it, when his creditors come close to execute on it, by acting under sham acts that have nothing to do with reality, that is, the false appearance of the contractors when conducting a legal act to conceal a fact, In other words, sham is to cover a real contract between two contracting parties (concealed contract) with another sham one (sham contract), where the intention of the parties to adhere to the real .contract while pretending to intent to the sham one

The sham is not in itself a cause of invalidity, but it invalidates the contract if the purpose of sham is against the law and considered as fraud. Thus, if the aim of sham is not to circumvent the law and not a fraud, the disclosure of sham does not lead to the invalidity of concealed behavior as long as it is legitimate, but the parties treated contrary to their intention, the purpose they .sought to circumvent not achieved

Such sham actions by the debtor represent a clear breach of the general security of creditors and undermine confidence in a system that based on leaving the debtor free to dispose of and manage his property in return for authorizing creditors the right to execute what is in his possession at the time of execution. This requires the reconciliation of the principles of willpower and stability of transactions. On the one hand, the will of the contractors must respected despite its false appearance, and therefore the hidden contract is in force among the contractors. On the other hand, the principle of the stability of the transactions must observed by allowing others of good faith to uphold .with a sham or concealed contract, as his interest requires

---

<sup>(\*)</sup>College of Law/ Aliraqiyah University



# خصوصية العقد الطبي

م.م. نادية كعب جبر (\*)

المبحث الثاني/آثار العقد الطبي.

**المطلب الاول/طبيعة التزام الطبيب في العقد الطبي.**

**المطلب الثاني/حالات عدم مسؤولية الطبيب في العقد الطبي.**

لم ينظم القانون العراقي العقد الطبي سواء كان بقانون خاص به او تنظيمه في اطار العقود المسماة لذا ندعو المشرع لتنظيمه بشكل كامل نظرا لمساس هذا العقد بحياة الفرد.

ان موضوع القيد الطبي من المواضيع القانونية التي تحتاج الى تنظيم دقيق ومفصل نظرا للخصوصية التي يتمتع بها هذا النوع من العقود خاصة بعد التطور الكبير الذي

حصل في القطاع الطبي واستعمال الاجهزة والأدوات الطبية الحديثة وانتشار العيادات الخاصة بشكل واسع.

## المقدمة

إن مهنة الطبيب تعد مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية قديمة قدم وجود الإنسان على سطح الأرض، وعليه وجب على من يمارسها احترام الشخصية الإنسانية في جميع الظروف وأن يكون مستقيماً في سلوكه ومعاملاته مراعيًا في ذلك أرواح الناس. وبما أن العالم في تطور دائم في المجالات الطبية ولاشك أن لهذا التطور

## الملخص

لقد اختلف فقهاء القانون على تحديد ماهية العقد المبرم بين الطبيب والمريض لان الالتزامات الناتجة عن العقود اما أن تكون محددة مسبقا من قبل الطرفين واما أن وعليه فان العقد الطبي حسب اجماع الفقهاء هو عقد انساني ينفرد دون غيره بهذه السمة اذ يجب فيه احترام حياة الانسان وكرامته بدون التمييز بسبب اللون او العرق او الدين او الوضع الاجتماعي او السياسي, ومن هنا وجدنا اهمية لدراسة هذا العقد لما له من دور كبير في حياتنا

ولابد من الاشارة الى أن معظم احكام العقد الطبي تخضع للقواعد العامة في القانون لذلك فاننا سوف نفتقر في هذا البحث عن الاشياء التي تميز العقد الطبي عن غيره من العقود تاركين الامور التي تخضع للقواعد العامة منعا للتكرار. ومن اجل الإحاطة السليمة بالموضوع من جميع جوانبه قسمنا البحث الى مبحثين :

وعلى النحو الآتي:

**المبحث الاول / ماهية العقد الطبي.**

**المطلب الاول/تعريف العقد الطبي.**

**المطلب الثاني/التكييف القانوني للعقد الطبي.**

(\*)الجامعة المستنصرية / كلية القانون

تأثير كبير في الكثير من الأصول والمبادئ المتفق عليها في علمي الطب والقانون .

ولقد اختلف فقهاء القانون على تحديد ماهية العقد المبرم بين الطبيب والمريض لأن الالتزامات الناتجة عن العقود أما أن تكون محددة مسبقاً من قبل الطرفين وأما أن يتدخل القانون لتحديد شروطها ولو وضع شروطها إذ لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها.

وعليه فإن العقد الطبي حسب اجماع الفقهاء هو عقد إنساني ينفرد دون غيره بهذه السمة إذ يجب فيه احترام حياة الإنسان وكرامته بدون تمييز بسبب اللون أو العرق أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو السياسي، ومن هنا وجدنا أهمية لدراسة هذا العقد لما له من دور كبير في حياتنا.

ولا بدّ من الإشارة إلى أن معظم أحكام العقد الطبي تخضع للقواعد العامة في القانون العراقي؛ لذلك فأننا سوف نقتصر في هذا البحث على الأشياء التي تميز العقد الطبي عن غيره من العقود تاركين الأمور التي تخضع للقواعد العامة منعاً للتكرار.

ومن أجل الإحاطة السليمة بالموضوع من جميع جوانبه قسمنا البحث على مبحثين وعلى النحو الآتي:

**المبحث الأول / ماهية العقد الطبي.**

**المطلب الأول/ تعريف العقد الطبي.**

**المطلب الثاني/ التكييف القانوني للعقد الطبي.**

**المبحث الثاني / آثار العقد الطبي.**

**المطلب الأول/ طبيعة التزام الطبيب في العقد الطبي.**

**المطلب الثاني/ حالات عدم مسؤولية الطبيب في العقد الطبي.**

## المبحث الأول

### ماهية العقد الطبي

إن لسلامة جسم الإنسان وحياته قيمة لا تعادلها قيمة أخرى ، وإن للطبيب اتصالاً وثيقاً بسلامة الإنسان في جسمه وحياته مادام هو من يبشر معالجة ما يهدد هذه السلامة والحياة من الأفات والأمراض وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين، الأول في تعريف العقد الطبي والثاني في تكييف هذا العقد وعلى النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### تعريف العقد الطبي

يعرف العقد الطبي بأنه ( اتفاق بين الطبيب من جهة والذي يريد العلاج أو من يمثله من جهة أخرى، يتعهد بموجبه الطبيب لمن يريد العلاج على تقديم الإرشادات والفحوصات اللازمة)<sup>(١)</sup>.

وعرف أيضاً بأنه ( عقد مبرم بين الطبيب والمريض الذي يتلقى العلاج ويلتزم الطبيب بموجب هذا العقد بتقديم العلاج الملائم للمريض ويقع عليه واجب الرعاية التامة وعلى وجه مطابق للأصول والقواعد العلمية من أجل نجاح العلاج الذي يقدمه للمريض بقدر الإمكان او على الأقل التخفيف مما يعانيه من آلام<sup>(٢)</sup>

وعليه يتضح لنا بأن العقد الطبي يتميز بخصائص ينفرد بها عن غيره من العقود ومن أهم هذه الخصائص ما يأتي:

أولاً : إن العقد الطبي عقد يقوم على الاعتبار الشخصي وذلك لأن المريض يلجأ

إلى الطبيب الذي سيعالجه اعتماداً منه على الثقة التي يتمتع بها الطبيب، حيث أن هذه الثقة تقوم على أساس مبدأ الاختيار الحر للطبيب من قبل المريض، أما حرية الطبيب في اختيار مريضه فتكون موجودة نوعاً ما ولكنها خارج حدود حالات الطوارئ التي إذا اخل بها الطبيب يعدّ مخالفاً بالواجبات الإنسانية التي تفرضها عليه قواعد مهنته.<sup>(٣)</sup>

ثانياً: يتميز العقد الطبي بأنه عقد مستمر أي أنه قائم على عنصر الزمن الذي يعدّ عنصراً جوهرياً في تنفيذه إذ أن الطبيب عند قبوله علاج المريض فإنه يلتزم حسب قواعد المهنة بمتابعة علاجه وأن لا يتركه قبل أنتهاء العلاج طالما كان المريض بحاجة إلى جهوده وعليه فإن الفحوص والعلاج التي يقوم بها الطبيب تمتد فترة من الزمن قد تطول أو تقصر حسب الأحوال الأمر الذي يجعل للعقد الطبي صفة التتابع<sup>(٤)</sup>

وقد جاء في قضاء محكمة السين الفرنسية بهذا الخصوص إذ أن طبيباً استدعي إلى منزل طفل صغير لمعالجته من ألم في الحلق وأرتفاع في درجة حرارة جسمه إذ وصف له الطبيب العلاج المناسب ووعد بزيارته في اليوم التالي، إلا أن الطفل ساءت صحته بعد خروج الطبيب وأصبح يعاني من صعوبة في التنفس إذ لجأ والده إلى الاتصال بالطبيب الذي قام بتوجيه النصائح ولم يقم بزيارة المريض مما أدى إلى وفاة الطفل في نفس الليلة بالدفتيريا.

إذ جاء في قضاء المحكمة (بأنه إذا كان الطبيب قد قبل علاج المريض وبدأ به ثم لم يحضر لزيارته بعد أن كشفت له أسرته عن

التطور الخطير غير المتوقع في صحته، فأذا لم يحرك الطبيب ساكناً أمام هذا الحال فإنه لا شك ارتكب تقصيراً وأهمالاً يسأل عنهما)<sup>(٥)</sup>

ومن أفضوية محكمة السين الفرنسية في نفس الموضوع مسؤولية طبيب في خدمة القوات المسلحة الذي رفض زيارة جندي مريض بحجة أن هذا الجندي كان مخموراً وكان قد وضع في السجن التأديبي بناءً على أمر هذا الطبيب إلا أن هذا الجندي مات بعد وقت قصير من رفض الطبيب زيارته.<sup>(٦)</sup>

ثالثاً: يعدّ العقد الطبي من عقود المعاوضة حيث يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الطبي للمريض ويقدم له الرعاية الكاملة وبمقابل ذلك يلتزم المريض بأن يدفع له الأجر المتفق عليه على عد أن هذا العقد يتضمن التزامات متقابلة<sup>(٧)</sup>.

رابعاً: يعدّ العقد الطبي عقداً مندياً أي أنه لا يحمل الطابع التجاري في مزاولته.<sup>(٨)</sup>

خامساً: يعدّ العقد الطبي عقداً إنسانياً حيث أنه ينفرد بهذه الخاصية عن غيره من العقود إذ يفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته بدون التفرقة بسبب اللون أو العرق أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو السياسي.<sup>(٩)</sup>

سادساً: يكتسب العقد الطبي أهمية خاصة في الشريعة الإسلامية إذ لا يجوز للمريض أن يشترط على شفاؤه بشكل كامل لأن الشفاء بيد الله وحده لقوله تعالى (وأذا مرضت فهو يشفين)<sup>(١٠)</sup> فضلاً عن أن الشفاء تحكمه عوامل طبية وعلمية أخرى وقوة المقاومة والمناعة في جسم المريض الأمر الذي يختلف من شخص إلى آخر .

## المطلب الثاني

### التكييف القانوني للعقد الطبي

أنقسم الفقه في تكييف العقد الطبي وكان هذا الخلاف حول طبيعة هذا العقد، هل هو عقد وكالة ام عقد أيجار أشخاص (عقد عمل) ام عقد مقاوله أو هو عقد من نوع خاص أي أنه عقد قائم بذاته، ولتحديد هذه الطبيعة لا بد من التطرق الى كل رأي على جهة وعلى النحو الآتي :-

أولاً:-العقد الطبي عقد وكالة بين الطبيب والمريض :-

ذهب البعض من الفقهاء إلى عد العقد الطبي عقد وكالة ويجد هذا الاتجاه أساسه في القانون الروماني الذي قسم المجتمع إلى ثلاث طبقات اجتماعية هي طبقة المواطنين الرومان وطبقة العبيد وطبقة العتقاء وعليه فإن هذا الرأي يتعلق بأسباب اجتماعية تتمثل بنظرة المجتمع الروماني لأنه كان من العقود التي يصعب تقديرها بالمال حيث أن الطبيب يقوم بمعالجة المريض بدون مقابل (١١).

هذا الاتجاه أنتقده الكثير من شراح القانون بسبب أنه ولد في مجتمع لا يحترم مهنة الطب كما أن هذا التكييف لا يتفق مع طبيعة عقد الوكالة الذي يقوم على أساس التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لصالح موكله (١٢).

كما أن عقد الوكالة ينصرف إلى الغير ويقوم على أساس فكرة النيابة في التصرفات القانونية ولا وجود لهذا الكلام في العقد الطبي لأن الطبيب يكون التزامه بالعلاج وتحديد

الدواء (١٣) إذ أنه يقوم بعمله بأسمه الشخصي أو بأسم المستشفى التي يعمل بها وعمله فني بعيد جداً عن التصرفات القانونية كما أن الطبيب ليس وكيلاً عن المريض لأن الوكيل مجبراً على أداء التزامه أمام الموكل ويخضع لرقابته في حين أن الطبيب ليس عليه رقيب إلا ضميره وشرفه الطبي (١٤).

ثانياً:العقد الطبي عقد أيجار أشخاص :-

ذهب هذا الاتجاه إلى أن العقد الطبي هو عقد أجارة أشخاص أو عقد أجارة خدمات أو عقد عمل حسب مصطلحات بعض الشراح .

وهذا الاتجاه لا بدّ من مناقشته من ناحيتين

الأولى رأي المحاكم والفقهاء والثانية رأي الشريعة الإسلامية .

فبالنسبة لرأي المحاكم والفقهاء فقد وصفت بعض المحاكم العقد الطبي بأنه عقد أجارة أشخاص على اعتبار أن الطبيب يقوم بخدمة بمقابل أجر معين فالطبيب يقوم بمهمة إنسانية مقابل أجر (١٥)

وعليه فإن العقد الطبي يقوم على أساس استقلال الطبيب في مواجهة المريض فجهل المريض بالنواحي الطبية وحالته الصحية تمنعان من خضوع الطبيب للمريض، هذا وأنه لا يوجد عقد أجارة أشخاص دون وجود تبعية من جانب العامل اتجاه رب العمل، كذلك لا يوجد مثل هذا الكلام في العقد الطبي (١٦).

وقد تبنت محكمة أستئناف (ديجون) الفرنسية الرأي السابق وقضت (بأن المستشفى

تكون مسؤولة عن نشاط الطبيب الذي يعمل على رأسه) وهذه المحكمة بنت هذا الحكم على أساس المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي التي وصفت العلاقة بين الطبيب والمستشفى بأنها علاقة تبعية<sup>(١٧)</sup>.

أما بالنسبة لرأي الشريعة الإسلامية من العقد الطبي فهي تعدّ العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة مؤجر بمستأجر، إذ أن الطبيب يؤجر علمه وتجاربه إلى المريض فهو عقد أيجار<sup>(١٨)</sup>.

ثالثاً :- العقد الطبي عقد عمل :-

ذهب البعض من الفقهاء إلى عد العقد المبرم بين الطبيب والمريض عقد عمل إذ يرى هذا الاتجاه أن الطبيب يخضع لإشراف عميله ولو كان هذا الإشراف من الناحية الإدارية فقط ويبقى الطبيب مستقلاً في عمله من الناحية الفنية وفي كل الأحوال فإن العقد المبرم بين الطبيب والمريض هو عقد عمل لأن من المميزات التي تميز عقد العمل عن غيره من العقود هو أن أحد أطراف العلاقة العقدية يعمل لخدمة الطرف الآخر وتحت إدارته وأشرافه وعقد العمل هذا من الممكن أن يتحول إلى عقد بيع عندما يقوم الطبيب بتوفي العلاج فضلاً عن العمل<sup>(١٩)</sup>.

وقد وجهت انتقادات إلى هذا الاتجاه إذ أنه رغم قيام الطبيب بتقديم خدمة مقابل أجر إلا أن صفة الخضوع القانوني غير موجودة فالطبيب يكون صاحب القرار ويقوم بعمل ما هو مناسب للمريض ولا يتلقى أي أوامر من المريض .

رابعاً :- العقد الطبي عقد مقاوله :-

يذهب هذا الاتجاه إلى عد العقد الطبي عقد مقاوله (عقد أستصناع ) إلا أنه يختلف عن عقد المقاوله من حيث أن طبيعة التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة في حين ينذر تعهد الطبيب بتحقيق نتيجة في العمل الطبي.

وعلى صعيد القضاء قضت محكمة مصر الجزئية المختلطة ( بأن تعهد الطبيب أتجاه المريض هو من قبيل عقد الاستصناع ومن ثم يخول المريض حق الفسخ الانفرادي مع حفظ حق الطبيب في التعويض ليس عما لحقه من ضرر بل عما تكبده من عبء في العمل )<sup>(٢٠)</sup>.

كما أن المؤهلات الشخصية تكون محل اعتبار في التعاقد وينتهي العقد الطبي بموت الطبيب على خلاف عقد المقاوله فلا ينتهي بموت المقاول دائماً<sup>(٢١)</sup>

كما أن العقد المبرم بين الطبيب والمريض غير ملزم للطرفين، إذ يستطيع كل منهما التحلل منه وفسخ العقد مقابل تعويض مدني وليس له صفة العقود التجارية في حين يكون التعويض في عقد المقاوله على أساس ما فاته من كسب<sup>(٢٢)</sup>.

خامساً :- العقد الطبي عقد من نوع خاص :-

نتيجة عدم صلاحية التكييفات السابقة للعقد الطبي أتجه جانب من الفقه إلى عد العقد الطبي عقد من نوع خاص (عقد غير مسمى) إذ أن العقد الطبي لا يجمع العناصر المكونة لأي من العقود التي نص عليها القانون لأنه

قدر من المجازفة والخطورة<sup>(٢٥)</sup>.

كما يقع على الطبيب التزاماً بتبصير المريض بنتيجة العلاج الطبي وما يلزم أخذاه من وسائل في المستقبل لتلافي الآثار السلبية التي تنشأ من استعمال العلاج<sup>(٢٦)</sup>.

كما يقع على الطبيب التزاماً بالحفاظ على السر الطبي بخصوص حالة المريض وفي مقابل ذلك يلتزم المريض بعدة التزامات أهمها التزامه بالتعاون مع الطبيب لأنجاح العلاج وكذلك التزامه بدفع أتعاب الطبيب<sup>(٢٧)</sup>.

ونظراً لكثرة الإشارة إلى هذه الالتزامات من قبل المؤلفين نقتصر في هذا المبحث على الخصوصية التي يتمتع هذا العقد عن غيره فنبحث في المطلب الأول طبيعة التزام الطبيب في العقد الطبي وفي المطلب الثاني حالات عدم مسؤولية الطبيب في العقد الطبي وعلى النحو الآتي :-

## المطلب الأول

### طبيعة التزام الطبيب في العقد الطبي

إن المريض عند شعوره بالآلام والمعاناة يلجأ مباشرة إلى الطبيب بقصد العلاج ومن ثم يجب على الطبيب تحقيق نتيجة فعلية باتباع الأساليب الجيدة لتحقيق الشفاء والحرص على حالته الصحية ومنع حدوث مضاعفات في حالة المريض<sup>(٢٨)</sup>.

هذا ويقع على عاتق الطبيب في العقد الطبي التزامات عدة من ضمنها أحاطة المريض بكافة المعلومات الخاصة بمرضه وكذلك

له خصائصه المميزة التي تمنع من خضوعه لنظام لم يوضع له فالعقد الطبي هو عقد له طابع خاص به وهو بعيد عن أي عقد آخر حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه وقضت بأن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة قانونية يربطها عقد قائم بذاته ليس له علاقة بأي من العقود المشار إليها سابقاً<sup>(٢٩)</sup>.

كما أن الفقه في مصر ذهب إلى عد العقد الطبي عقد من نوع خاص يختلف موضوعه عن العقود الأخرى وأن أوجه الشبه بينه وبين العقود الأخرى لا يمنع من تمتعه بصفته المستقلة<sup>(٣٠)</sup>.

وعليه فإن الرأي الاضوب هو عد العقد الطبي عقد قائم بذاته له طبيعته ومميزاته الخاصة .

## المبحث الثاني

### آثار العقد الطبي

يرتب العقد الطبي بوصفه من العقود الملزمة لجانبين التزامات تقع على عاتق الطبيب والمريض ولا بد من الإشارة إلى أن هناك كثير من الأطباء لا يعرفون التزاماتهم اتجاه مرضاهم إذ يتصورون بأنها التزامات أدبية تخضع لسلطتهم التقديرية، مما أدى إلى كثرة ارتكابهم الأخطاء، لذلك وجدنا أنه من الضروري الإشارة إلى التزامات الطبيب إذ يقع عليه العديد من الالتزامات منها الالتزام بأعلام المريض عن حالته الصحية بعده واجب قانوني نظراً لأهميته وبالاحص في حالات التدخل الجراحي أو إذا كان التدخل الطبي على

أن يبرم عقداً مع المريض يتضمن التزامه بالشفاء<sup>(٣١)</sup> .

وعليه فإن الرأي السائد في الفقه يقضي بأن التزام الطبيب أتجاه المريض هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة .

ولا بدّ من الإشارة في هذا المجال أن هناك عدة عوامل تحدد مدى التزام الطبيب أتجاه مريضه تتمثل هذه العوامل بما يأتي :-

١- القواعد المهنية والمستوى المهني للطبيب .

٢- مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب .

٣- الجهود التي يبذلها الطبيب<sup>(٣٢)</sup> .

إلا أن بعض الأعمال الطبية أكتسبت معطيات علمية اذ يمكن الوصول إلى نتائج مؤكدة لأن الاجهزة المتطورة أصبحت في متناول اليد وفي هذه الحالة يصبح التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة اذ ان مسؤوليته تقوم على أساس الخطأ المفترض ، ولا يمكنه التخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن الخطأ كان نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة والامثلة كثيرة في هذا المجال مثل قلع الأسنان والعمليات الجراحية الروتينية والتحاليل المختبرية وحفظ الدم والاعضاء وأعدادها للزراعة اذ هنا يحتاج الأمر أتخاذ كافة الاختبارات اللازمة، فإذا حصلت للمريض عدوى أو أصابه أي شي آخر فهذا يعني أن الاختبارات لم تكن على الوجه الصحيح<sup>(٣٣)</sup>

النتائج المحتملة والضارة التي يمكن أن تنتج عن العلاج ، ولا بد من الإشارة إلى أنه وحسب القواعد القانونية وقواعد المهن الطبية سواء كانت العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية أم غير عقدية ، فأنها لاتفرض على الطبيب التزام بشفاء المريض بل تلزمه ببذل قدر معين من العناية فقط بحيث أنه يبري ذمته بمجرد أن يبذل العناية المطلوبة للشفاء .

وعليه فإن طبيعة الالتزامات بشكل عام أما أن يكون التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية ويكاد الفقه يجمع على أن الاصل في التزام الطبيب اتجاه المريض التزاماً عاماً بالحرص والعناية أي أن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض لأن شفاء المريض أمر احتمالي غير مؤكد فالطبيب غير ملزم بنجاح العملية الجراحية التي يقوم بها لكنه ملزم بأن يبذل جهوداً صادقة تكشف عن ضميره في معالجة المريض<sup>(٣٤)</sup> .

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٣٦/٥/٢٠ (أن العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الطبيب أن لم يكن بطبيعة الحال الالتزام بشفاء المريض، فعلى الاقل بأن يبذل عناية لا من أي نوع بل جهوداً صادقة يقظة تتوافق مع الظروف التي تحيط بالمريض ومع الاصول العلمية الثابتة)<sup>(٣٥)</sup>

ولا بدّ من الإشارة إلى أن بعض البلدان مثل مقاطعة كيوبك في كندا تمنع الطبيب من أن يضمن الشفاء للمريض من مرض معين في حين أن ولاية أنديانا الأمريكية تتيح للطبيب

## المطلب الثاني

### حالات عدم مسؤولية الطبيب

#### في العقد الطبي

لم يعدّ هناك خلاف في الفقه والقضاء حول عد الطبيب مسؤولاً عن أخطائه المهنية ، وأن أساس مسؤوليته قد تكون عقديّة عند وجود عقد مبرم بين المريض والطبيب ، وقد تكون تقصيرية عند صدور عمل غير مشروع من قبل الطبيب أي في حاله وصول الخطأ الطبي إلى درجة الخطأ الجنائي أو حالة انعدام العقد أو عدم صحته .

هناك مبدأ مشهور في المسؤولية يقضي بأنه متى أثبت المتضرر الخطأ والضرر وكان من الطبيعي أن ذلك الخطأ يؤدي إلى هذا الضرر، فإن القرينة على وجود العلاقة السببية تقوم لصالح المتضرر وللمسؤول أثبات عكس هذه القرينة وذلك بأن الضرر نجم عن سبب أجنبي لا يد له فيه<sup>(٣٤)</sup> .

والسبب الأجنبي الذي تنتفي بموجبه الرابطة السببية بين الخطأ والضرر هو كل أمر لا دخل لأرادة الشخص فيه ويكون هو السبب في أحداث الضرر ويترتب عليه أنتفاء المسؤولية عنه .

وعليه يتبين لنا أن حالات عدم مسؤولية الطبيب تتمثل في ثلاث حالات وهي :-

١- الحادث الفجائي أو القوة القاهرة .

٢- خطأ المتضرر .

٣- خطأ الغير<sup>(٣٥)</sup> .

أولاً :- الحادث الفجائي أو القوة القاهرة :-

ذهب البعض من الفقه الى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائي اذ أن الاثنين يتفقان في أن كلاً منهما يصعب دفعه ولا يمكن تصوره ويختلفان في أن القوة القاهرة حادث يأتي من الخارج ولا يتصل بنشاط ( المدعى عليه ) المتمثل هنا بالطبيب مثل العاصفة أو الزلزال بينما الحادث الفجائي يأتي من الداخل ويكون متصلاً بنشاطه كما في حالة انفجار آلة أو احتراق مادة إلا أن جمهور الفقهاء لا يفرقان بينهما ويعدهما شيئاً واحداً من حيث أثرهما الذي يقطع العلاقة السببية<sup>(٣٦)</sup> .

هذا ويشترط في الحادث الفجائي والقوة القاهرة حتى تنتفي المسؤولية بموجبها عدم إمكان توقعهما وصعوبة دفعهما، فإذا قامت هذه الشروط تنتفي الرابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر وبذلك ليس هناك إمكانية للمطالبة بالتعويض، هذا و أن تحديد الواقعة بأنها قوة القاهرة مسألة تتعلق بمحكمة الموضوع ومن أمثلة ذلك وفاة المريض بالقلب على أثر رد مفاجي أو زلزال أو انقطاع التيار الكهربائي أثناء إجراء العملية الجراحية أو حدوث حريق في غرفة العمليات مما يؤدي الى حدوث ضرر للمريض<sup>(٣٧)</sup> .

#### ثانياً :- خطأ المريض :-

إن خطأ المريض يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا كان وحده هو السبب في أحداث الضرر، أما إذا كان خطأ المريض قد ساهم مع خطأ الطبيب في أحداث الضرر ، فإن ذلك يؤدي إلى تخفيض التعويض المقرر من



### ثالثاً :- خطأ الغير :-

تنتفي العلاقة السببية التي تقوم عليها مسؤولية الطبيب إذا كان الضرر قد وقع بفعل خطأ الغير اذ يجب أن يكون الضرر راجعاً سببياً إلى خطأ الطبيب بالذات دون أن يحجبه عنه عامل خارجي يكفي لاستغراقه .

وعليه أن حدث الضرر نتيجة خطأ الغير وكان هو السبب الرئيس في أحداث الضرر كان الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر، أما إذا وقع خطأ من الطبيب وأشترك في أحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير فهنا يثير التساؤل عن الشخص الذي يتحمل المسؤولية؟

المقصود بالغير الذي لا يتحمل الطبيب خطاه هو ذلك الشخص أو الأشخاص الذين لا يكون الطبيب مسؤولاً عنهم، أما إذا كان الغير ممن هم تحت إشرافه أو تابعاً له فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسؤولية الطبيب اتجاه المريض وعليه فإن خطأ مساعد الطبيب أثناء التدخل الجراحي لا يعدّ خطأ صادراً من الغير بالنسبة للجراح المسؤول عن العلاج وكذلك رئيس الفريق الطبي بالنسبة لأعضاء الفريق كما لا يعدّون المساعدون الذين استعانوا بهم الطبيب في إجراء عملية معينة من قبل الغير بالنسبة للجراح مثل طبيب التخدير، طبيب الأشعة وغيرهم<sup>(٤١)</sup>.

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال (إن الضرر الناشئ عن انفجار آلة كهربائية كان يستعملها الطبيب بدون اهمال أو خطأ منه لا يسأل عنه الطبيب بل المستشفى)، كما أن ظهور مرض جلدي بعد عدة سنوات من

قبل المحكمة بقدر خطأ المريض وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن خطأ المريض لا يرفع المسؤولية وإنما يخفّضها ولا يعفى المسؤول إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المريض هو العامل الأساسي في أحداث الضرر وأنه بلغ من الجسامة درجة يستغرق خطأ الطبيب<sup>(٣٨)</sup> .

يعدّ خطأ المريض في حكم السبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة بين الخطأ والضرر ويؤدي إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية كأن يكون السبب في فشل العلاج أو الحاق الضرر عائداً إلى خطأ المريض اذ انه تناول أشياء منعها الطبيب بشكل قاطع بعد أن وضح الطبيب النتائج المترتبة على عدم امتثال المريض لتوجيهاته التي يتقيد بها الأخير وكذلك إذا امتنع المريض عن أخذ الدواء وفقاً لتوجيهات الطبيب، ففي هذه الحالات يكون سبب الضرر هو خطأ المريض، ومن ثم تنقطع العلاقة السببية بين ما نسب إلى الطبيب والضرر الحاصل وبالتالي لا تقوم مسؤولية الطبيب<sup>(٣٩)</sup> .

ولكن الأمر لا يؤخذ على إطلاقه في كل الأحوال، ففي بعض الحالات إذا قام الطبيب الجراح بأجراء عملية لا تدعو إليها الحالة الصحية للمريض، فإن الطبيب يعدّ مخطئاً حتى لو رضي المريض مسبقاً بأجراء هذه العملية، وبالتالي لا يعفى من المسؤولية حتى وأن كان المريض قد قبل مسبقاً نتائج هذه العملية، بل قد تذهب بعض المحاكم إلى تحميل الطبيب كامل المسؤولية خاصة في الأحوال التي يجب عليه فيها أفتاح المريض بعدم جدوى العملية أو أنها لن تؤدي إلى النتائج المقصودة<sup>(٤٠)</sup>.

العلاقة السببية عند قيام أسباب وعوامل متعددة يمكن أن تكون جميعها سبباً للضرر، وإن الوقوف على هذه المسألة هو أمر عسير إذ يجب على المحكمة أن تأخذ حذرهما عند بحثها، إذ لا تقم نفسها بالمسائل العلمية الفنية التي يصعب استظهارها، إذ عليها في مثل هذه الحالة الاستعانة بأهل الخبرة للاستتارة برايمهم وخبرتهم في هذه المسائل ومعرفة مدى علاقتها بالضرر الذي لحق بالمريض على أن ذلك لا يسلب من المحكمة سلطتها في استخلاص الرابطة السببية من بعض القرائن القضائية فمثلاً إذا كان من اللازم اتخاذ احتياطات عند اجراء الجراحة تمنع تلوث الجرح فإنه يجوز للمحكمة أن تتخذ من حصول هذا التلوث قرينة على وقوع الإهمال من الطبيب في اتخاذ الاحتياطات اللازمة وهو الأمر الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية<sup>(٤٤)</sup>.

## الخاتمة

تضمن البحث الإشارة إلى الخصوصية التي يتمتع بها العقد الطبي عن غيره من العقود إذ تمت الإشارة إلى الأحكام التي يتميز بها تاركاً الأحكام التي تخضع للقواعد العامة منعا للتكرار فيما يخص أركان العقد وكيفية انعقاده.

## النتائج:

نستنتج مما تقدم ما يأتي:

١- إن العقد الطبي من العقود المدنية، وإن مزاوله العمل الطبي ليس ممارسة لعمل تجاري ولا يغير من هذا الكلام ممارسة الطبيب لعمله

انتهاء العلاج بالأشعة لا يجوز نسبه إلى خطأ الطبيب الذي قام بالعلاج، إذ لا توجد علاقة سببية بين العلاج والمريض خلال المدة التي تفصل الأول عن الثاني أي العلاج والمريض فقد يكون المريض قد استعمال علاجاً آخر خلال هذه الفترة<sup>(٤٢)</sup>.

ولا بد من الإشارة في هذا المجال إلى حالة الخطأ المشترك والذي يحصل نتيجة خطأين من شخصين مختلفين أو أكثر وفي هذا الاتجاه قضى بأن تعدد الأخطاء المؤدية إلى وقوع الحادث يفرض المسؤولية على كل من أسهم فيها بقدر خطاه المنسوب إليه يتساوى في ذلك أن يكون سبباً مباشراً أو غير مباشر في حصوله وعليه يعدّ خطأ مشترك بين الجراح والمستشفى سبب موت المريض المصاب بالسكتة القلبية أثناء العملية الجراحية لأن الجراح لم يقم بفحص المريض من الناحية البلولوجية قبل اجراء العملية للتأكد من مدى قابليته للتحمل إذ ان المستشفى لم تتوفر فيها المادة المنبّهة التي تستعمل في مثل هذه الحالات، كما قضى في طبيب حرر وصفة لمريضة متضمنه دواءً ساماً يعطى في حقنة شرجية بمقدار ٢٥ نقطة في الزجاجة ولم يكتب كلمة نقطة بشكل واضح، فاختلفت عند مساعد الصيدلي مع كلمة غرام فقام الأخير بتركيب دواء على أساس ٢٥ غرام ولذا توفيت المريضة من استعماله، فعدت المحكمة الطبيب والصيدلي ومساعدهم مسؤولين جميعاً عن قتل المريضة<sup>(٤٣)</sup>.

وعليه يتبين لنا أن هناك صعوبة في تقرير

الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت، ط ٢، ١٩٨٧، ص ١٠٠ .

٤- د. عبد اللطيف الحسيني، مصدر سابق، ص ١٠١ .

٥- أنظر قرار محكمة السين الفرنسية ١٩٣٨/١/٤ أشار إليه علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، ص ٢٧١ .

٦- د. علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص ٢٧١ .

٧- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٣ .

٨- د. احمد حسن الحياوي، مصدر سابق، ص ٦٩ .

٩- القاضي عفيف شمس الدين، مصدر سابق، ص ٩٦ .

١٠- أنظر سورة الشعراء، آية ٨٠ .

١١- د. احمد حسن الحياوي، مصدر سابق، ص ٦٥ .

١٢- أنظر المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ويقابلها المادة ٥٧١ من القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥ والمادة ٨٣٣ من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ .

١٣- القاضي عفيف شمس الدين، مصدر سابق، ص ٨٣ .

١٤- القاضي عفيف شمس الدين، مصدر سابق، ص ٨٣ .

١٥- د. احمد حسن الحياوي، مصدر سابق، ص ٦٦ .

١٦- د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص ١٠٨ .

١٧- د السلام التونسي، المسؤولية المدنية (مسؤولية الطبيب في القانون المقارن، ط ٢، ١٩٧٥، ص ٢٤٨ .

١٨- القاضي عفيف شمس الدين، مصدر سابق، ص ٨٦، ٨٧ .

١٩- د. احمد حسن الحياوي، مصدر سابق، ص ٦٦ .

٢٠- د. حسن الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات العربية، ١٩٥١، ص ٩٧ .

في مستشفى خاص أو شركة أو مصنع كما أن هذا العقد هو عقد غير مسمى ولكنه من نوع خاص وقائم بذاته .

٢- كما أن العقد الطبي هو من العقود المبرمة بين الطبيب والمريض أو من ينوب عنه ومحلّه جسم الإنسان فيلتزم بمقتضاه الطبيب ببذل عناية أو تحقيق نتيجة بحسب طبيعة العمل الطبي بعد الحصول على موافقة المريض.

## التوصيات

ولما كان القانون العراقي لم ينظم العقد الطبي سواء كان بقانون خاص به أو تنظيمه في اطار العقود المسماة لذا ندعو المشرع لتنظيمه بشكل كامل نظراً لمساس هذا العقد بحياة الفرد

إن موضوع العقد الطبي من المواضيع القانونية التي تحتاج إلى تنظيم دقيق ومفصل نظراً للخصوصية التي يتمتع بها هذا النوع من العقود خاصة بعد التطور الكبير الذي حصل في القطاع الطبي ، واستعمال الأجهزة والأدوات الطبية الحديثة وانتشار العيادات الخاصة بشكل واسع.

## الهوامش

١- د. احمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠٠٨ ، ص ٦٩ .

٢- القاضي عفيف شمس الدين، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة )، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٤ .

٣- د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن

- ٤٠- لسنة ١٩٥١ وتقابلها المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨، والمادتين ١٣١ و٣٤١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢ والمادة ٢٦١ من القانون المدني الأردني .
- ٣٥-المستشار منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص٥١١ .
- ٣٦-منير رياض حنا ، مصدر سابق، ص٥١٣
- ٣٧-د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٨٩ .
- ٣٨-منير رياض حنا، مصدر سابق، ص ٥٢٠
- ٣٩-منير رياض حنا، مصدر سابق، ص ٥٢٠
- ٤٠-د. عبد السلام التونسي، مصدر سابق، ص ٣٢١
- ٤١-منير رياض حنا، مصدر سابق، ص ٥٢٦
- ٤٢-القاضي عفيف شمس الدين، مصدر سابق، ص ٤٠٦
- ٤٣-منير رياض حنا، مصدر سابق، ص ٥٣٠
- ٤٤-د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات البلاد العربية، مطبعة البجلوي، ط ٢، ١٩٧٠، ص ٣٩٠

## المصادر

١. احمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام، القانوني الردي والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٨.
٢. اكرم محمود حسين و زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، مجلة الرافدين لحقوق، مجلد ٨ ، السنة الحادية عشرة، عد ٣، ٢٠١٦.
- ٣-حدة قندور، الالتزام بالعلان في عقد العلاج الطبي، بحث مقدم استكمال متطلبات درجة الماجستير الى كلية الحقوق والعلوم

- ٢١- انظر المواد (٨٨٤- ٨٩٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، تقابلها المادة ٥٦٩ من القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥ والمادة ٨٠٤ من القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦ .
- ٢٢- انظر المادة ٨٨٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، تقابلها المادة ٥٦٦ من القانون المدني الجزائري والمادة ٨٠٠ من القانون المدني الأردني .
- ٢٣- انظر نقض مدني فرنسي في ١٢ / ٩ / ١٩٣٧ نقلاً عن سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢، مصر الجديدة، ٢٤-
- ٢٤-د. عبد السلام التونسي، مصدر سابق، ص ٢٥٣ .
- ٢٥- حدة قندور، الالتزام بالإعلان في عقد العلاج الطبي، بحث مقدم لاستكمال متطلبات درجة الماجستير الى كلية الحقوق والعلوم السياسية / قسم حقوق / جامعة قاصدي مرباح -ورقلة، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٥ .
- ٢٦-د. اكرم محمود حسين و زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد ٨، السنة الحادية عشرة، عدد ٣، ٢٠٠٦، ص ٣ .
- ٢٧- محمد احمد سلامة أبو ذويب، النظام القانوني لعقد العلاج الطبي، رسالة ماجستير، كلية القانون / جامعة ال البيت، ٢٠١٠- ٢٠١١، ص ٩١- ١١٥ .
- ٢٨-حدة قندور، مصدر سابق، ص ٣٦ .
- ٢٩-د. محمد احمد سلامة أبو ذويب، مصدر سابق، ص ٧٩ .
- ٣٠-د. حسن الإبراشي، مصدر سابق، ص ٢٣٠ .
- ٣١-القاضي عفيف شمس الدين، مصدر سابق، ص ١٠٠، ١٠١ .
- ٣٢-د. احمد حسن الحيارى، مصدر سابق، ص ٤٤ .
- ٣٣-القاضي عفيف شمس الدين، مصدر سابق، ص ١١٩ .
- ٣٤-أنظر المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي رقم

المدنية في مجال طب، وجراحة السنن، دار  
النهضة العربية، القاهرة، ٢١١٤

١٤. منير رياض حنا، المسؤولية  
المدنية لأطباء والجراحين، دار الفكر  
الجامعي، الاسكندرية، ٢١١١.

#### القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ١٤ لسنة  
١٥٩١

٢- القانون المدني الجزائري لسنة ٥٧٩١

٣- القانون المدني الاردني رقم ٣٤ لسنة  
٦٧٩١

٤- القانون المدني المصري لسنة ٨٤٩١

٥- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة  
١٩٣٢

السياسية / قسم حقوق / جامعة قاصدي مرباح -  
ورقلة، ٢١١٣-٢١١٤.

٤. حسن البراشي، مسؤولية الأطباء  
والجراحين المدنية في التشريع المصري  
والقانون المقارن، دار النشر للجامعات  
العربية، ١٩٥١.

٥. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في  
التقنيات البلاد العربية، مطبعة البجالي،  
ط ١٩٧١، ٢.

٦. سليمان مرقس، الوافي في شرح  
القانون المدني، ج ٢، مصر الجديدة، الطبعة  
الخامسة، ١٩٩٢.

٧. عبد الرشيد مأمون، عقد العالج بين النظرية  
والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بال سنة  
طبع.

٨. عبد السالم التونجي، المسؤولية المدنية،  
مسؤولية الطبيب في القانون لمقارن،  
ط ١٩٧٥، ٢.

٩. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية  
عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب،  
بيروت، ط ١٩٨٧، ٢.

١٠. عفيف شمس الدين، المسؤولية المدنية  
للطبيب (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة  
للكتاب، لبنان، ٢١١٤.

١١. علي حسين نجيدة، التزامات  
الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة  
العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

١٢. محمد احمد سالمة أبو زويب، النظام  
القانوني لعقد العالج الطبي، رسالة ماجستير، كلية  
القانون / جامعة ال البيت، ٢١١١ - ٢١١١.

١٣. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية

# Privacy Of The Medical Contact

Teach. Nadia K. Zuhai<sup>(\*)</sup>

## Abstract

The profession of a doctor is considered a humanitarian profession and old scientific since the existence of man on earth, and it should be on those who practice respect for personal humanity in all circumstances and be upright in his behavior and transactions taking into account people's lives. Since the world is in constant evolution in medical fields, is no doubt that this development a major impact on a lot of assets and guideline principles agreed upon in scientific medicine and the law.

The jurists differ on what constitutes the contract between the doctor and the patient, because the obligations resulting from contracts are either predefined by the parties and that either interfere with the law to be identified and to set the conditions so that the parties can not agree on the dispute.

Accordingly, the medical contract according to the consensus of jurists is humanist holding unique exclusively for this attribute as it must respect human life and dignity without discrimination on grounds of color, race or religion, social status, political, and here we found significance for the study of this decade because of its significant role in our lives.

It should be noted that most of the provisions of the medical contract is subject to the general rules of the law, so we will limit ourselves in this search for the things that characterize the medical contract for other contracts, leaving the things that are subject to the general rules to prevent a repeat.

In order to take the subject of sound in all its aspects divided into two sections and search as follows:

The first topic : what medical contract.

First requirement : medical contract definition.

The second requirement : legal qualification for medical contract.

The second topic : medical effects of the contract.

First requirement : nature of the commitment of the physician in the medical contract.

The second requirement : cases of non-responsibility of the doctor in the medical contract

---

<sup>(\*)</sup> College of Law / Al- Mustansiriyah University



# دور المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول في تعقب واسترداد المجرمين

م.م. جاسم محمد علي جاسم(\*)

و الانتقال بين الدول ، وإن هذا الأمر يتطلب تعاون جاد وحقيقي مع منظمة الشرطة الجنائية الإنتربول، لكننا نجد أن هنالك دول خرجت عن هذا الأمر أو المضمار وذلك لعدم اعترافها بالنشرات التي يصدرها الإنتربول أو رفضها تسليم رعاياها إلى دولة أخرى بحجة السيادة أو ربط الجريمة بانها جريمة سياسية تمنع تسليم مرتكبها الأمر الذي سيؤدي إلى تفاقم أكثر للجرائم وتسهيل فرار مرتكبيها من العقاب .

## المقدمة

سعت الدول جاهدة على مر الأزمنة والعصور على توفير الأمن والاستقرار لشعوبها والقضاء على الجرام والمجرمين، وهذا الأمر يضمن لها بقاءها في السلطة وفرض قوانينها وهيمنتها على شعوبها، لكن هذا الأمر سرعان ما بدء في الانحسار أمام تطور وزيادة الجرائم والمجرمين الأمر الذي فاق إمكانيات الدولة الواحدة ليأخذ الإجرام المنظم صدها في أكثر من دولة وظهور الجرائم المنظمة العابرة للحدود الوطنية ومن ثم ظهور الجرائم الرقمية أو المعلوماتية وظهور المافيات الدولية التي تقوم بالمتاجرة بالأعضاء البشرية وبالمخدرات أو تهريب السلاح، وغيرها من الأنشطة غير المشروعة وصعوبة إلقاء القبض على أولئك المجرمين وذلك يعود إلى هروب المجرمين

## الملخص

لقد انشأت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول منذ العام ١٩٢٣ ومن ثم استمرت بالنمو والتطور والاتساع لتصبح أول منظمة دولية غير حكومية معنية بمكافحة الجرائم بمختلف أنواعها واشكالها وتعقب والقاء القبض على المجرمين وتسليمهم إلى الجهات الطالبة لهم وقد بلغ عدد اعضائها ١٩٣ دولة وقت كتابة هذا البحث، وبهذا أصبحت هذه المنظمة تشكل سداً منيعاً صامد بوجه الأجرام والمجرمين لما تملكه من أجهزة ووسائل وخبرات ولما تقوم به من تدريب لضباط الشرطة والمكلفين بإنفاذ القانون في مختلف بلدان الدول الاعضاء عن طريق المكاتب المركزية للإنتربول و المنتشرة في أراضي الدول الأعضاء و تتمثل هذه الوسائل بالنشرات الدولية التي تصدرها منظمة الشرطة الجنائية الإنتربول واستحداث منظومة اتصالات آمنة وسريعة لنقل المعلومات والبيانات المتعلقة بالجرائم والمجرمين حيث فاقت هذه الجهود والإمكانيات جهود دولة واحدة او مجموعة من الدول نظراً لعجز هذه الدول عن التخفيف أو الحد من الجرائم والمجرمين وخاصة في ظل تطور الجرائم والمجرمين في عصر التكنولوجيا

(\*)الجامعة العراقية/ كلية القانون والعلوم السياسية

واستقرارهم في دول اخرى بغية التخلص من الملاحقة القضائية وكذلك الحال عدم قدرة رجال الشرطة على ملاحقة المجرمين والقبض عليهم داخل تلك الدول إلا بعد الحصول على موافقتها كما أن رجال الشرطة داخل دولة ما لا يستطيعون القبض على مجرمين لارتكابهم جرائم خارج اقليم تلك الدولة إلا بعد التنسيق والتعاون مع تلك الدولة طالبة لهذا الشخص وبموجب اتفاقيات تبرم لتسليم المجرمين، فكان لابد من إيجاد جهاز شرطي دولي غير حكومي مستقل يتولى ملاحقة المجرمين والقبض عليهم ويتعدى هذا الجهاز حدود الدولة الواحدة ويستعمل عدة وسائل وأساليب لتبادل ونقل المعلومات والبيانات من أجل تسهيل عملية ملاحقة المجرمين والقبض عليهم وبهذا انشأت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول منذ العام ١٩٢٣ واستمرت هذه المنظمة بالتوسع والانتشار في اعمالها ونشاطها محاولة ردم الهوة بين الأساليب المتبعة للحد من والجرائم والمجرمين وأساليبهم وتعزيز أطر التعاون والتنسيق المشترك بين الدول والهيئات الدولية الأخرى وصولاً إلى ماهي عليه في يومنا هذا ، اشكالية البحث فتظهر عن طريق معرفة أهم المراحل والسوابق التي أدت ظهور ما يعرف اليوم بالمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول ومعرفة أهدافها ومبادئها والوسائل المتبعة من قبلها في مكافحة الجرائم والمجرمين واهم اتفاقيات التعاون بين الإنتربول وسائر الاجهزة الدولية الاخرى في مجال مكافحة الاجرام كما ويهدف البحث إلى محاولة

تسليط الضوء على الاجهزة التي تتكون منها منظمة الشرطة الجنائية الإنتربول وبيان أنواع النشرات الدولية التي تصدرها الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول ودور المكاتب المركزية الوطنية في الدول الاعضاء وكذلك الحال التعريف بمنظومة الاتصال الأمانة والمتطورة والخاصة بالإنتربول وما دور الإنتربول في تعقب وتسليم المجرمين ؟ ووجه التعاون والتنسيق بين الأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية من جهة والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول ؟ اما فرضية البحث فقد اعتمدنا في بحثنا هذا منهجاً وصفيًا وتحليليًا لـمواد القانون الأساسي لمنظمة الإنتربول ولهيكليّة عمل منظمة الإنتربول معززين ذلك بالمشاكل والمعوقات التي تواجه عمل منظمة الإنتربول وأبرز الحلول والتوصيات الخاصة بشأنها أو تذليلها، وأما عن هيكلية البحث اذ تم تقسيم البحث على ثلاث مباحث تناول في المبحث الأول الأجهزة الرئيسية والثانوية لمنظمة الشرطة الجنائية الإنتربول في حين تناول المبحث الثاني لدور منظمة الإنتربول في تعقب واسترداد المجرمين عن طريق الابلاغ عن المجرمين والقبض عليهم وكذلك النشرات التي تصدر من الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول ومنظومة الاتصال الأمانة والفعالة والخاصة بنقل البيانات والبصمات والأدلة بين الدول الأعضاء ومنظمة الإنتربول أما المبحث الثالث تناول للعلاقة بين الإنتربول وسائر الأجهزة الدولية الأخرى المتمثلة بالأمم المتحدة و المحكمة الجنائية الدولية ومن ثم تليها خاتمة



البحث والتي تتضمن النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول

### التعريف بالمنظمة الدولية

#### للشرطة الجنائية الإنتربول

رغم التطور الهائل في مختلف جوانب ونواحي الحياة وفي مختلف المجالات فإن موجات الاجرام والجريمة لم تقل أو يخف تأثيرها بل انتشرت وتوزعت على مختلف البلدان وفي أكثر من مكان في هذا العالم مما حدا بالمجتمع الدولي إلى ايجاد لجنة دولية للشرطة الجنائية تكون مهمتها مكافحة الجريمة العابرة للحدود الوطنية للدول وملاحقة مرتكبيها وتطورت هذه اللجنة وأصبحت تعرف فيما بعد بالمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول<sup>(١)</sup>، وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنخصص المطلب الأول لنشأة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول في حين سنخصص المطلب الثاني لأجهزة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول

## المطلب الأول

### نشأة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية

#### الإنتربول

تعود فكرة إنشاء المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول الى العام ١٩١٤ عندما عقد أول اجتماع للجمعية الدولية للقانون الجنائي في مدينة موناكو الفرنسية و أستمرت هذه الجهود منذ ذلك العام لإيجاد جهاز دولي يمارس العمل الشرطي بصفة دولية مستقلة وما لبثت

هذا الجهود أن توقفت على أثر اندلاع الحرب العالمية الأولى لتستمر هذا الجهود بعد انتهائها ولتتوقف أيضاً نتيجة لاندلاع الحرب العالمية الثانية ولتستأنف نشاطها أيضاً بقوة هذه المرة بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ولیمتخض عنها في العام ١٩٥٦ إقرار النظام الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول ولتمارس أعمالها كمنظمة دولية مستقلة في مجال العمل الشرطي وليكون مقرها في باريس<sup>(٢)</sup>، وفي العام ١٩٨٩ تم تعديل نظامها الأساسي وتم نقل مقرها إلى مدينة ليون في فرنسا<sup>(٣)</sup>، أما عن أهدافها فقد نصت عليها المادة ٢ من نظامها الأساسي لعام ١٩٥٦<sup>(٤)</sup>، ومن ثم فإن هذه المنظمة معنية بجرائم الإرهاب، والمتاجرة بالمخدرات، والاعتقالات، والسرقة، وتهريب البضائع، وتجارة الرقيق، وتزيف، وتقليد العملات وسرقة الأعمال الفنية والأثرية، وكذلك جمع وتبادل المعلومات والبيانات عن المجرمين وأماكن تواجدهم ومساعدة أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء والتعاون معها عن طريق تدريب تلك العناصر وعمل الندوات والمؤتمرات من أجل العمل على مكافحة الإجرام<sup>(٥)</sup>، أما عن العضوية فيها فتم التأكيد في نظامها الأساسي على الصفة الدولية والعالمية بموجب نص المادة ٤ والتي نصت على لكل بلدان يعين لعضوية المنظمة اي هيئة رسمية من هيئات الشرطة تدخل وظائفها في نطاق عمل المنظمة، يقدم المرجع الحكومي طلب الانضمام إلى الأمين العام، ولا يكتسب الانضمام الصفة القطعية إلا بعد موافقة الجمعية

العامه عليه بأغلبية الثلثين (٦) .

## المطلب الثاني

### أجهزة المنظمة الدولية للشرطة الجنايية الإنتربول

المنظمة الدولية للشرطة الجنائية كمثيلاتها من المنظمات الدولية تملك عدد من الأجهزة تتولى تنفيذ أعمالها وإجراء التنسيق بينها وبين الدول الأعضاء وقد نص نظامها الأساسي على ذلك بموجب المادة ٥ منه بأن المنظمة تتكون من الجمعية العامة، و اللجنة التنفيذية، والأمانة العامة، والمكاتب المركزية الوطنية، والمستشارين، ولجنة الرقابة على المحفوظات (٧) وهذا ما سنبينه تباعاً عن طريق الأجهزة الرئيسية في الفرع الأول وسنخصص الفرع الثاني للأجهزة الثانوية في منظمة الإنتربول .

### الفرع الأول

#### الأجهزة الرئيسية

إن منظمة الشرطة الجنائية الإنتربول تعدّ من المنظمات الدولية والتي هي كغيرها من المنظمات الدولية تتكون من عدد من الأجهزة الرئيسية والتي لا تخلو منظمة دولية منها تمارس مهامها واعمالها على اكمل وجه وفي ضوء الاهداف والمبادئ التي انشأت المنظمة من أجلها ومن هذه الأجهزة الرئيسية هي :

#### اولاً: الجمعية العامة

تعدّ الجمعية العامة للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول الجهاز الرئيس فيها وهي أعلى جهاز فيها وتمثل السلطة التشريعية فيها , وتتكون من ممثلي جميع الدول الاعضاء فيها

على أساس المساواة بينهم (٨) ، إذ أن لكل بلد أن يعين مندوباً واحداً أو عدة مندوبين على أن يرأسهم شخصاً واحداً تعينه السلطة المختصة في تلك الدولة (٩) ، تختص الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول بعدد من المهام نصت عليها المادة ٨ من نظام المنظمة وهي :

أ- النهوض بالأعباء التي ينص عليها القانون الأساسي الحالي .

ب - تحديد المبادئ ووضع الإجراءات العامة الكفيلة بتحقيق أهداف المنظمة المنصوص عليها في المادة ٢ .

ج - دراسة برنامج عمل السنة التالية الذي يقدمه الأمين العام والموافقة عليه .

د- تحديد أحكام كل نظام يعد ضرورياً .

ه - انتخاب الأشخاص للوظائف التي ينص عليها القانون الأساسي .

و- اعتماد القرارات وتوجيه التوصيات إلى الأعضاء بشأن المسائل المشمولة باختصاص المنظمة .

ز- تحديد سياسية المنظمة المالية .

ح - تدارس الاتفاقيات مع المنظمات الأخرى والموافقة عليها (١٠) ، كما وقد اوجبت المادة ٩ من النظام الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية على الأعضاء بذل كافة الجهود التي تنسجم مع مستلزماتهم الخاصة من أجل تنفيذ قرارات الجمعية (١١) ، اما عن اجتماعات الجمعية العامة فتعقد في دورة واحدة في السنة ولها ان تعقد دورات استثنائية بناء

غير ملزمة لها، لكن من باب أولى إلى أن الدول متى ما أصبحت عضو في المنظمة وقبلت بميثاقها ففتحتم التزاماتها وتنفذ قراراتها إلا إذا كان القرار ينطوي على مخالفة للمبادئ والاعراف المستقرة في القانون الدولي<sup>(١٨)</sup>. ويرى الباحث أن فترة اجتماع الجمعية العامة هي مرة في السنة وهي مدة طويلة وكفيلة بإجراء تغييرات كثيرة وكبيرة في مجال الجرائم والمجرمين تصعب معها مجاراتها واللاحق بها فمن الأفضل جعل اجتماعاتها كل ٣ اشهر وبصفة دورية ومتسلسلة داخل اراضي جميع الدول الأعضاء وبصورة متساوية.

### ثانياً: اللجنة التنفيذية

المنظمة الدولية للشرطة الجنائية تحتوي على اللجنة التنفيذية والتي تتكون من رئيس المنظمة وثلاثة نواب للرئيس وتسعة مندوبين ويجب أن يكون أعضاء اللجنة التنفيذية الثلاثة عشر من بلدان مختلفة وأن يراعى التوزيع الجغرافي العادل في اختيارهم<sup>(١٩)</sup>، كما تقوم الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول بانتخاب أعضاء اللجنة التنفيذية التسعة لثلاث سنوات ولا يجوز إعادة انتخابهم مباشرة لنفس هذه الوظائف<sup>(٢٠)</sup> وتجتمع اللجنة التنفيذية لمرة واحدة في السنة على الأقل بدعوة من رئيس المنظمة<sup>(٢١)</sup>، مهم بوظائفهم فأنهم يتصرفون بعدهم ممثلين للمنظمة لا لبلدانهم<sup>(٢٢)</sup>، أما عن اختصاصات اللجنة التنفيذية فهي كما يأتي:

أ. تشرف على تنفيذ قرارات الجمعية العامة.

ب. تعدّ جداول اعمال دورات الجمعية

على طلب اللجنة التنفيذية أو اغلبية الأعضاء<sup>(٢٣)</sup>، ويكون حق التصويت في الجمعية العامة للإنتربول لمندوب واحد عن كل بلد<sup>(٢٤)</sup>، والقرارات التي تصدر من الجمعية العامة تتخذ بأغلبية البسيطة عدا القرارات التي يجب بالنظام الأساسي اصداها بأغلبية الثلثين<sup>(٢٥)</sup>، كما وتتولى الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول انتخاب رئيس المنظمة ونوابه الثلاثة من بين المندوبين وينتخب رئيس المنظمة بأغلبية الثلثين ويتم الاكتفاء بالأغلبية البسيطة نتيجة لاقتراعين لم يسفرا عن نتيجة ويجب أن يكون الرئيس ونوابه الثلاثة من قارات مختلفة<sup>(٢٦)</sup>، ويتم انتخاب الرئيس (رئيس المنظمة) لأربع سنوات وينتخب نوابه لثلاث سنوات، ولا يجوز إعادة انتخابهم مباشرة لنفس الوظائف ولا لوظيفة مندوب عند اللجنة التنفيذية<sup>(٢٧)</sup>، ومن الجدير بالذكر أن لغات العمل الرسمية داخل الجمعية العامة للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول أربعة وهي: العربية، والفرنسية، و الانجليزية، والإسبانية ومن ثم فإن كافة الوثائق والمستندات والاحاديث التي يدلى بها اعضاء الوفود يتم ترجمتها إلى هذه اللغات الأربع<sup>(٢٨)</sup>، كما ثار خلاف بين الفقهاء حول القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول وهل هي ملزمة من عدمها فقد استقر الرأي على أنه يجب التمييز بين نوعين من القرارات الأولى تتعلق بمنظمة الإنتربول فهذه بطبيعة الحال ملزمة وهي من المسائل الداخلية وصادرة من أعلى سلطة في منظمة الإنتربول والثاني قرارات تتعلق بالدول الأعضاء فهنا الدول ليست ملزمة بهذه القرارات والتي لا تعدو أن تكون مجرد توصية

العامية .

ج . تعرض على الجمعية العامة كل ما تعتبره مفيداً من برامج العمل والمشاريع .

د . تراقب إدارة الامين العام .

هـ . تمارس كافة السلطات التي توكلها إليها الجمعية العامة<sup>(٢٣)</sup>، وإذا مات أحد أعضاء اللجنة التنفيذية أو استقال تنتخب الجمعية العامة خلفاً له لما تبقى من مدة تفويضه التي تنتهي بانتهاء مدة تفويض سلفه . وتنتهي مدة التفويض حكماً إذا فقد العضو صفة المندوب عند المنظمة<sup>(٢٤)</sup> كما ويبقى أعضاء اللجنة التنفيذية في وظائفهم حتى انتهاء دورة الجمعية العامة التي تعقد في السنة التي تنتهي فيها مدة تفويضهم<sup>(٢٥)</sup> اما عن طريقة التصويت في اللجنة التنفيذية فيموجب نص المادة ١٨ من النظام العام للمنظمة الدولية فإنه يكون لكل بلد عضو صوت واحد كما هو الحال في إقرار الميزانية أو تعديل نظامها الأساسي أو إقرارها للهيئات أو تنحية الأمين العام من منصبه<sup>(٢٦)</sup>، هذا وأن اللجنة التنفيذية تقوم بمتابعة تنفيذ القرارات والتوصيات التي تصدرها الجمعية العامة لمنظمة الإنترنت وعلى مدى عام كامل وذلك من أجل رفع مكانة العمل الشرطي والارتقاء به نحو تحقيق أقصى الدرجات والمتطلبات وهذا جميعاً يتم عن طريق الالتزام بتحقيق أهداف المنظمة والالتزام كذلك بقانونها الأساسي<sup>(٢٧)</sup>، ومن الجدير بالذكر أن هنالك اختلاف بين القانون الأساسي لمنظمة الإنترنت ونظامها العام حيث الأول يحتوي على القواعد العامة والأهداف والمبادئ لمنظمة الإنترنت بينما يحتوي النظام

العام على القواعد الإجرائية لعمل المنظمة وأن القانون الأساسي لمنظمة الإنترنت أعلى شأنًا وأكثر أهمية من النظام العام لتلك المنظمة<sup>(٢٨)</sup> .

### ثالثاً: الأمانة العامة

تلعب الأمانة العامة للإنترنت دوراً مهماً وحيوياً في إدارة العمل اليومي لهذه المنظمة فهي تعدّ بمثابة الروح للهيكل العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية للإنترنت<sup>(٢٩)</sup>، وتتألف الأمانة العامة من الأمين العام ومن موظفين فنيين وإداريين مكلفين بالاضطلاع بأعمال المنظمة<sup>(٣٠)</sup>، كما أن المادة ٢٦ من القانون الأساسي للمنظمة الدولية للإنترنت قد نصت على اختصاصات الأمانة العامة بما يأتي:

أ . تطبق قرارات الجمعية العامة واللجنة التنفيذية .

ب . تعمل كمركز دولي لمكافحة جرائم القانون العام .

ج . تعمل كمركز فني واعي .

د . تضطلع بإدارة المنظمة العامة .

هـ . تؤمن الاتصال بالسلطات الوطنية والدولية ، على أن تعالج مسائل التحري الجنائي عن طريق المكاتب المركزية الوطنية .

و . تعدّ وتصدر المنشورات التي تعدّ مفيدة .

ز . تنظم وتنفذ مهام السكرتارية في دورات الجمعية العامة واللجنة التنفيذية وعند الاقتضاء لأي هيئة أخرى من هيئات المنظمة .

ح . تضع خطة عمل السنة التالية التي

تعرض على اللجنة التنفيذية والجمعية العامة لدراستها والموافقة عليها .

ط . تبقى على قدر الامكان على اتصال مباشر ومستمر برئيس المنظمة<sup>(٣١)</sup>، كما ويتم تعيين الأمين العام من قبل الجمعية العامة للإنتربول لمدة خمس سنوات بناءً على اقتراح من اللجنة التنفيذية وبالإمكان تجديد تفويضه، ولكن لا يجوز ابقاءه في وظيفته إلى ما بعد سن الخامسة والستين لكن له أن يتم مدة تفويضه إذا بلغ الخامسة والستين إثناءها، يجب اختيار الأمين العام من ذوي الكفاءة العالية في شؤون الشرطة، للجنة التنفيذية أن تقترح على الجمعية العامة إنهاء تفويض الأمين العام إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية<sup>(٣٢)</sup> ، وإذا تعذر على الأمين العام الاضطلاع بمهام وظيفته يتولها بالوكالة أعلى موظفي الأمانة العامة رتبة إلا إذا اتخذت اللجنة التنفيذية قراراً مخالفاً<sup>(٣٣)</sup>، ويختار الأمين العام الموظفين ويديرهم ويضطلع بالإدارة المالية وينظم الأقسام الدائمة ويشرف عليها ويديرها وفقاً للتوجيهات التي تقرها اللجنة التنفيذية والجمعية العامة ، ويقدم الأمين العام إلى اللجنة التنفيذية والجمعية العامة المقترحات والمشاريع المتعلقة بعمل المنظمة ، كما أن الأمين العام مسؤول أمام اللجنة التنفيذية والجمعية العامة ، وله حكماً حق الاشتراك في مناقشات الجمعية العامة واللجنة التنفيذية وكافة الهيئات التابعة لهما ، وهو في قيامه بوظيفته يمثل المنظمة لا بلداً معيناً<sup>(٣٤)</sup> ، كما لا يحق للأمين العام والموظفين أثناء قيامهم بوظائفهم أن يطلبوا أن يقبلوا تعليمات من أي حكومة أو سلطة خارج المنظمة، وعليهم أن لا يقوموا بأي

عمل قد يسيء إلى مهمتهم الدولية ، ويلتزم كل عضو باحترام الطابع الدولي الصرف لمهمة الأمين العام والموظفين وبعدم التأثير عليهم عند قيامهم بمهامهم ، ويبدل كل عضو في المنظمة ما في وسعه لتسهيل اضطلاع الأمين العام والموظفين بوظائفهم<sup>(٣٥)</sup> .

#### رابعاً: المكاتب المركزية الوطنية للإنتربول

إن الجريمة تمثل بحد ذاتها مشكلة من المشكلات الكبرى في المجتمع وفي العالم على حد سواء فإن القضاء عليها لا يتم إلا بالتعاون الوثيق و السعي الحثيث بين الدول وهذا ما ادركته الدول الأعضاء في المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول<sup>(٣٦)</sup> .

وقد تمثل ذلك عن طريق إنشاء شبكة من المكاتب الوطنية للشرطة الجنائية اذ وجد لكل دولة عضو مكتباً يقوم بدور قسم التنسيق الشرطي ولكن على مستوى اقليم الدولة وتؤدي هذه المكاتب أعمالها المعنية على وفق الدستور المؤسس للمنظمة وأن تشكيل هذه المكاتب يعود إلى اختصاص الدول المعنية وتضم هذه المكاتب عادة ضباط شرطة وخبراء في مجال الجريمة والمهمة هذه المكاتب الأساسية هي الاتصال الفعال والمستمر مع اجهزة وادارات الشرطة في مختلف مناطق الدولة أو المكاتب المناظرة لها عند الدول الأعضاء ، وتقوم بتجميع وفرز ما تحصل عليه من معلومات وبيانات من مختلف الجهات في سبيل مكافحة الجريمة ومعرفة مرتكبيها<sup>(٣٧)</sup> كما أن هذا التعاون نصت عليه المادة ٣١ من النظام الأساسي للمنظمة بأنه تحتاج المنظمة لبلوغ

اهدافها إلى تعاون دائم ونشط من الأعضاء الذين يتوجب عليهم بذل كافة الجهود المنسجمة مع قوانين بلدانهم للمشاركة بهمة في نشاطات المنظمة<sup>(٣٨)</sup> ، إذ أنه يوجد عند كل دولة عضو في الجمعية العامة للإنتربول مكتب مركزي وطني مهمته الاتصال اليومي الدائم بين هذه الدولة والمنظمة في مقرها في ليون بفرنسا<sup>(٣٩)</sup>، كما أن تأمين هذا التعاون والتنسيق قد نصت عليه المادة ٣٢ من النظام الأساسي للمنظمة وذلك لتأمين هذا التعاون يعين كل بلد هيئة تعمل فيه كمكتب مركزي وطني ويؤمن هذا المكتب الاتصال :

أ- بمختلف اجهزة البلد .

ب- بالهيئات التي تعمل في البلدان الأخرى كمكاتب مركزية وطنية .

ج - بالأمانة العامة للمنظمة<sup>(٤٠)</sup>، وإذا تبين أن أحكام المادة ٣٢ غير قابلة للتطبيق في بعض البلدان أو غير ملائمة لقيام تعاون فعال و مركزي ، تحدد الأمانة العامة بالاتفاق مع هذه البلدان سبل التعاون الأكثر ملائمة<sup>(٤١)</sup>، جدير بالذكر أن التعاون الدولي الشرطي بين الدول قد واجه عواقب عدة ومشاكل لعل من أبرزها :

١- الاختلاف في التكوين بين اجهزة الشرطة الوطنية في كل بلد مما جعل من الصعب تحديد الجهاز الكفء لمعالجة مهمة معينة أو اعطاء معلومات

٢- الحواجز اللغوية وتعدد لغات اعضاء المنظمة .

٣- اختلاف النظم القضائية بين مختلف البلدان الاعضاء<sup>(٤٢)</sup>، هذا وتختص هذه

المكاتب المركزية بالمهام والواجبات الآتية : -  
قيامها بتجميع البيانات والمعلومات المتوفرة عند أجهزة الشرطة المختلفة في الدول المعنية من أجل مكافحة الجريمة وتبادلها مع المكاتب المركزية الوطنية بين الدول الأخرى الاعضاء في منظمة الإنتربول وإرسال نسخة منها للأمانة العامة لتلك المنظمة ، وتكمن أهمية هذه المعلومات في مكافحة الجريمة فعن طريق هذه المعلومات والبيانات يتم اعداد ملفات وبيانات تسهل وضع مرتكبي الجرائم الدولية تحت الرقابة الدولية .

- الاستجابة في حدود القوانين الوطنية لطلبات المكاتب المركزية الوطنية والتي هي موجودة في الدول الأخرى والمتعلقة بمواضيع القبض على شخص واستجوابه أو إرساله نتيجة لارتكابه جريمة في اقليم الدولة الطالبة التسليم على وفق قوانينها الوطنية.

-الالتزام بتنفيذ قرارات الجمعية العامة للإنتربول كما ويحضر رؤساء دورات انعقاد الجمعية العامة للإنتربول .

-الالتزام بنشر النشرات عن المجرمين الهاربين وإجراء التحريات عنهم وكذلك الاعلان عن الجرائم التي كشفت وضبط مرتكبيها وكذلك عائديه وظروف ارتكاب تلك الجرائم<sup>(٤٣)</sup> .

## الفرع الثاني

### الاجهزة الثانوية لمنظمة الإنتربول

تمتلك المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول عدداً من الأجهزة الثانوية فضلاً عن

كما أنه يجوز أن ينتمي عدة مستشارين إلى بلد واحد<sup>(٥٠)</sup> ، وللمستشارين الاجتماع بدعوة من رئيس المنظمة<sup>(٥١)</sup>.

### ثانياً : لجنة الرقابة على المحفوظات

إن لجنة الرقابة على المحفوظات هي هيئة مستقلة تحرص على أن تكون معاملة المنظمة للمعلومات ذات الطابع الشخصي موافقة للأنظمة التي وضعتها المنظمة لنفسها بهذا الخصوص، تقدم لجنة الرقابة على المحفوظات المشورة للمنظمة فيما يخص أي مشروع أية عملية أي نظام أو أية مسألة أخرى تتطلب معلومات ذات طابع شخصي، تعامل لجنة الرقابة على المحفوظات الطلبات المتعلقة بالمعلومات المضمنة في محفوظات المنظمة<sup>(٥٢)</sup> ، ويجب أن يتمتع أعضاء لجنة الرقابة على المحفوظات بالخبرة اللازمة التي تتيح للجنة الاضطلاع بمهامها ، وقد اعتمدت الجمعية العامة قواعد خاصة حدد نسق تشكيل اللجنة واشتغالها<sup>(٥٣)</sup> ، ومن الجدير بالذكر أن لجنة الرقابة على المحفوظات تتكون من خمسة أعضاء من مختلف الجنسيات ومهمتها التحقق من أن ما تضمنه محفوظات الإنترنت من معلومات قد تكون ذات طابع شخصي مع ضرورة ملاحظة أن هذه المحفوظات :

- تم الحصول عليها وعولمت على وفق ما يقضي به القانون الأساسي للمنظمة .
- سجلت لأغراض محددة ولا تستعمل استعمالاً لا يتفق وهذه الاغراض .
- سليمة ودقيقة .

أجهزتها الرئيسة إذ تمكنها هذه الأجهزة الثانوية من إداء مهامها وواجباتها وهذه الأجهزة تختلف عن ما موجود لدى بقية المنظمات الدولية الأخرى ومن هذه الأجهزة هي :

### أولاً : المستشارون

تقوم المنظمة الدولية للشرطة الجنائية للإنتربول بالاستعانة بعدد من المستشارين من ذوي الخبرة العالمية تعيينهم للجنة التنفيذية لدراسة مسائل خاصة ومحددة تتعلق بعمل المنظمة<sup>(٤٤)</sup> ، وقد أشار القانون الأساسي لمنظمة الإنترنت للمستشارين بأن للمنظمة أن تستعين بمستشارين لدراسة المسائل العلمية ودور المستشارين استشاري صرف<sup>(٤٥)</sup> ، ويجري تعيين المستشارين من قبل اللجنة التنفيذية لمدة ثلاثة سنوات ولا يكتسب تعيينهم الصفة القطعية إلا بعد أن تسجله الجمعية العامة، يختار المستشارون من بين الأشخاص الذين اكتسبوا شهرة ونفاذ رأي دوليين نتيجة قيامهم بأبحاث في احد المجالات التي تهتم المنظمة، ويمكن سحب صفة المستشار بقرار من تتخذه الجمعية العامة<sup>(٤٦)</sup> ، كما أنه يجوز بمبادرة من الجمعية العامة أو اللجنة التنفيذية أو الرئيس أو الأمين العام الاستئناس برأي المستشارين منفردين او مجتمعين، وللمستشارين ان يقدموا للأمانة العامة أو اللجنة التنفيذية اقتراحات ذات طابع عملي<sup>(٤٧)</sup> ، و يقدم المستشارون التقارير أو البحوث العلمية إلى الجمعية بناء على دعوة منها أو من اللجنة التنفيذية أو من الأمين العام<sup>(٤٨)</sup> ، ويحق للمستشارين حضور دورات الجمعية العامة كمراقبين ويمكنهم من الاشتراك في المناقشة بدعوة من الرئيس<sup>(٤٩)</sup> ،

تحفظ لفترة معينة على وفق الشروط التي حددتها المنظمة<sup>(٥٤)</sup>، كما أنه تبنت لجنة الرقابة على المحفوظات نظام التعاون ويهدف هذا إلى تقديم ضمانات كافية للبلدان الأعضاء من أي إساءة أو استغلال للمعلومات الشريطية يمس أو يخل بحقوق الإنسان والحريات الأساسية وهذا يأتي انسجاماً مع مبادئ وأهداف المنظمة الدولية للشرطة الجنائية للإنتربول<sup>(٥٥)</sup>

### ثالثاً : المكاتب الإقليمية للإنتربول .

منذ العام ١٩٨٥ استحدثت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول عدة مكاتب اقليمية في عدد من الدول الأعضاء في مختلف قارات العالم تكون مهمة هذه المكاتب أنها تكون بمثابة همزة الوصل بين الأمانة العامة للمنظمة في ليون بفرنسا وبين المكاتب المركزية الوطنية والتي تخضع لهذه المكاتب الإقليمية ومن هذه المكاتب :

١- المكتب الاقليمي في بانكوك عاصمة تايلاند في قارة اسيا .

٢- المكتب الاقليمي في بيونس آيرس بالأرجنتين في قارة امريكا الجنوبية .

٣- مكتب الاتصال الاوروبي .

٤- المكتب الاقليمي في ابيدجان في ساحل العاج ( كوت دي فوار ) في قارة افريقيا<sup>(٥٦)</sup>، وتختص هذه المكاتب في مساعدة الأمانة العامة للإنتربول في استلام المعلومات الشريطية اللازمة بشكل سريع من المكاتب المركزية للدول الاعضاء ، وقيامها بتجميع وتحليل المعلومات الشريطية المتعلقة بالإقليم الذي يقع فيه المكتب الخاص بالجرائم محل

مكافحة الإنتربول وذلك لمعرفة أنواع تلك الجرائم وأوقات ارتكابها وأساليبها ونوع الجناة وأعمارهم وجنسياتهم وسوابقهم الاجرامية ودراسة اتجاهات الإجرام الدولي في ذلك الاقليم كما ويتم تقديم تقارير عنها إلى الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول وذلك من أجل اعداد خطط مكافحة تلك الجرائم الدولية ، كما ويتم تقديم المساعدة في التحضير والاعداد والتجهيز للمؤتمرات والندوات والاجتماعات الدولية والخاصة بعمل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول والتي ستعقد في اي دولة تتبع ذلك الاقليم<sup>(٥٧)</sup>، كما ويتحدد عمل هذه المكاتب الاقليمية والوضع القانوني لها كما يأتي :

- بأنها قسم من اقسام الأمانة العامة لمنظمة الشرطة الجنائية الإنتربول .

- الأمين العام لمنظمة الإنتربول هو الذي

يعين رئيسه ويشرف عليه اشرافاً عاماً

- ويتمتع رئيس المكتب الاقليمي بقدر من الاستقلالية<sup>(٥٨)</sup>، وإن هدف هذه المكاتب الرئيسي هو تمثيل الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول في الاقليم المعني لتلك الدولة وتقديم الدعم للمكاتب المركزية الوطنية في عملها اليومي والمستمر من أجل تعزيز وتنسيق التعاون الشرطي والإداري وتسهيل مهمة الكشف عن الجرائم ومعرفة فاعليها وملاحقتهم وإلقاء القبض عليه تمهيدا لمحاكمتهم<sup>(٥٩)</sup> ويتم تطبيق القانون الأساسي للمنظمة ونظامها العام على العاملين في هذه المكاتب وتمتع هذه المكاتب بالاستقلالية حيث لا تستطيع الدولة الموجود على أرضها هذا المكتب من التدخل في شؤونه , كما أن



العاملين في هذا المكتب الاقليمي يمثلون منظمة الإنترنت لادولهم تحقيقاً للعدالة وللإستقلالية في العمل<sup>(٦٠)</sup> .

## المبحث الثاني

### دور منظمة الإنترنت في تعقب واسترداد المجرمين

تمارس المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنترنت عملها الأساسي المتعلق بمكافحة الجريمة وتعقب واسترداد المجرمين وذلك عن طريق عدة أعمال وإجراءات وذلك بناء على طلب الدول الأعضاء في المنظمة عن طريق المكاتب المركزية الوطنية الموجودة في أقاليمها والتي تقوم بالاتصال بالمركز الرئيسي والأمانة العامة للمنظمة في فرنسا حيث تقوم بعدها باتخاذ اليات وإجراءات وتدابير في مجال مكافحة الجرائم و الرصد الأمني للفتات المشتبه بهم والقاء القبض عليهم<sup>(٦١)</sup> ، وتمثل هذه الألية والتي سنبجتها عن طريق المطلب الأول الإبلاغ عن الجرائم والمجرمين والقبض عليهم في حين سنخصص المطلب الثاني لنشرات الإنترنت أما المطلب الثالث سنخصصه لمنظومة الاتصالات العالمية الأمنة والفعالة اذ تساهم هذه الأليات والوسائل والتدابير مجتمعة في الحد من الجرائم وتعقب واسترداد المجرمين الفارين .

### المطلب الأول

#### الإبلاغ عن المجرمين والقبض عليهم

ويتمثل بقيام المحققين في الدولة المعنية وبعد الانتهاء من أعمال التقصي والتحقيق وجمع الأدلة حول هذه الجريمة ووصولهم إلى حقيقة أن مرتكبها قد أصبح خارج إقليم تلك

الدولة وينبغي استرداده والقاء القبض عليه، اذ تبادر بعدها الجهات القضائية في تلك الدولة إلى مفاتحة المكتب الوطني لمنظمة الإنترنت في تلك الدولة ويقوم المكتب الوطني في البداية بفحص الطلب المقدم من قبل الهيئات القضائية الوطنية التابعة للدولة الطالبة للقبض أو استرداد هذا الشخص ومدى مطابقتها مع دستور منظمة الإنترنت وعدم تعارضه مع المادة ٣ والتي نصت على يحظر على المنظمة حظراً باتا أن تنشط أو تتدخل في مسائل أو شؤون ذات طابع سياسي أو عسكري أو ديني أو عنصري<sup>(٦٢)</sup>، وفي حالة الموافقة على الطلب المقدم وعدم التعارض يرسل الطلب إلى الأمانة العامة للمنظمة لتقوم بتعميمه على بقية مكاتب الإنترنت المنتشرة في أنحاء العالم، وطبقاً للطلب المقدم تقوم الأمانة العامة لمنظمة الإنترنت بإصدار نشرة دولية تتوافق وطبيعة هذا الطلب المقدم، والنشرة بحد ذاتها هي بمثابة أمر دولي لجميع المكاتب المركزية الوطنية للدول الأعضاء<sup>(٦٣)</sup>، وهذا ويتضمن الطلب من الدولة المعنية إلى المكاتب المركزية الوطنية على الاتي :

١- الوثائق الرسمية الصادرة عن السلطة القضائية الوطنية في تلك الدولة .

٢- أمر التحري او القبض على الشخص المطلوب .

٣- حكم الإدانة القضائية في حال صدورها تجاه شخص فار من تنفيذ عقوبة أو محكوم غيابياً .

٤- البيان الكامل للفعل الجرمي المرتكب

من قبل المتهم أو المحكوم عليه .

DNA لمعرفة الهوية الحقيقية لهذا الشخص ،  
اما المحور الثالث فهو يتمثل باسترداد والقبض  
على الاشخاص الصادرة بحقهم احكام قضائية،  
فالقبض على المجرمين الدوليين واستردادهم  
يبقى في اطار الزجر الجزائي ويعد من اهم  
اعمال المنظمة الدولية للشرطة الجنائية  
الإنتربول ويتطلب هذا الأمر توافر عدة شروط  
منها : أولاً أن يكون مكان الشخص المجرم  
معلوم والثاني أن تكتشف الهوية الحقيقية لهذا  
المجرم الموقوف وثالثاً أن يكون قد صدر  
بحقه امر قضائي بإلقاء القبض عليه ورابعاً  
أن يكون قد طلب استرداد هذا الشخص من  
الدولة المعنية<sup>(٦٥)</sup> ، فالإنتربول هو جهاز  
بوليسي وليس جهاز قضائي كما أنه لا يتمتع  
بسلطة تعلق على إرادة الدول الأعضاء فهو  
هنا يعمل بإرادة الدول الأعضاء واختيارها  
له للمساعدة في تعقب والقاء القبض واسترداد  
المجرمين تمهيداً لمحاكمتهم اما دولياً او داخلياً  
وهو مخول حق التدخل للقبض على المجرمين  
في الدول ضمن مبدأ احترام السيادة الوطنية  
كما أن اشخاص شرطة منظمة الإنتربول  
هم من اعضاء الشرطة الوطنية لتلك الدولة  
لكنهم مخصصون للخدمة في مكتب الاتصال  
الدولي والذي هو المكتب الوطني للإنتربول  
في تلك الدولة والذي يقوم بأجراء التنسيق  
والمتابعة ، وتبادل المعلومات مع المكتب  
الرئيسي في ليون بفرنسا ومع بقية المكاتب  
المركزية في بقية انحاء العالم<sup>(٦٦)</sup> ، كما تقوم  
منظمة الإنتربول بمكافحة الجريمة ايضاً  
عن طريق الكراسات التي تصدرها الأمانة  
العامة للمنظمة اذ تحتوي هذه الكراسات  
على الصور وبصمات الأصابع والاسماء

٥- التكييف القانوني الوطني للجرم  
المرتكب، جدير بالذكر أنه لا ينظر في طلبات  
الدول إذا ما كانت التهم الموجه سياسية أو  
عنصرية أو مخالفة لدستور منظمة الإنتربول  
وخاصة نص المادة الثالثة من دستور منظمة  
الإنتربول سابقة الذكر والتي تمنع منظمة  
الإنتربول من التدخل في المسائل السياسية  
أو العنصرية أو العسكرية أو الدينية<sup>(٦٤)</sup>، هذا  
وبناء على ما تقدم أن عملية تعقب واسترداد  
المجرمين والقبض عليهم تمر بثلاث محاور  
رئيسية هي : المحور الأول يتمثل في تبادل  
المعلومات بين المكاتب المركزية للدول  
الاعضاء والمكتب الرئيس والأمانة العامة  
للمنظمة والمحور الثاني يتمثل بالكشف عن  
هويات الاشخاص الملاحقين الحقيقية حيث  
غالباً ما يستعمل المجرمون هويات ومستندات  
ووثائق ثبوتية مزورة تعمل على اخفاء هويتهم  
الحقيقية، وبناء على ما تقدم هذا وأن عملية  
تعقب واسترداد المجرمين والقبض عليهم تمر  
بثلاث محاور رئيسية هي : المحور الأول يتمثل  
في تبادل المعلومات والبيانات بين المكاتب  
المركزية للدول الاعضاء والمكتب الرئيسي  
والأمانة العامة للمنظمة، والمحور الثاني يتمثل  
بالكشف عن هويات الاشخاص الملاحقين  
الحقيقية اذ غالباً ما يستعمل المجرمون هويات  
ومستندات ووثائق ثبوتية مزورة تعمل على  
اخفاء هويتهم الحقيقية والتي سرعان ما  
تنكشف هذه الأمور بالاعتماد على بصمات  
الأصابع ، وبعد التطور الذي حصل في هذا  
المجال بالاعتماد على تقنية الحمض النووي

إلى هذا المتهم لا تشكل أي جريمة بموجب قانون هذه الدولة (٦٨) .

## المطلب الثاني

### نشرات الإنتربول

تقوم المنظمة الدولية للشرطة الجنائية بإصدار النشرات والنشرة : هي اشعار تقص صادر بلغات الإنتربول الرسمية الأربع (الإسبانية والإنكليزية والعربية والفرنسية) وتصدر النشرة من الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول بناء على طلب من المكاتب المركزية الوطنية أو بناء على طلب السلطات القضائية في الدولة العضو، وقد ظهر استعمال النشرات لأول مرة منذ العام ١٩٤٧ ومن الجدير بالذكر أن الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول عندما تصدر نشرة ما تتقيد بقانون منظمة الإنتربول وبخاصة المادة ٣ منه وتعمم هذه النشرة إلى كافة الدول الأعضاء في منظمة الإنتربول (٦٩)، ونشرات الإنتربول هذه تتضمن عدة أنواع تحمل في طياتها مختلف الأمور وهذه النشرات هي :

#### أولاً : النشرة الدولية الحمراء

وهي تستهدف طلب التوقيف المؤقت للأفراد المطلوبين للعدالة وذلك تمهيد لتسليمهم بالاستناد إلى مذكرة توقيف أو قرار من السلطات القضائية الوطنية في البلد المعني تصدرها الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول (٧٠)، كما وتصدر هذه النشرة في حالتين هما :

١- حالة صدور حكم قضائي ضد الشخص الملاحق في هذه النشرة في جنابة أو جنحة .

المستعارة والهويات المزورة وتفصيل الهوية الحقيقية للمجرمين وتوزع هذه الكراسات على جميع المكاتب المركزية للدول الاعضاء، كما وتقوم منظمة الشرطة الجنائية الإنتربول بعقد الندوات والمؤتمرات وإجراء التدريب والتوعية لرجال الشرطة الوطنية المكلفين بإنفاذ القانون في مجال مكافحة الجرائم والحد منها وبخاصة جرائم المخدرات والاتجار بالبشر وتزييف وتقليد العملة والجرائم الأخرى ذات الطابع الدولي (٦٧)، إلا أنه على الرغم مما ذكر سلفاً توجد بعض المشكلات التي تعترى هذه القضية منها :

١- إن الدولة تقوم بحماية رعاياها وتستند في ذلك إلى مبدأ السيادة فعند ورود طلب تسليم شخص إلى دولة ما ويحمل هذا الشخص جنسيتها فإن الأخيرة تمتنع عن تسليمه لأنه من رعاياها ومستندة إلى فكرة السيادة لذلك فقد نصت الكثير من دساتير الدول وقوانينها على هذه المسألة .

٢- إن الدولة المعنية بأمر التسليم غير ملزمة بتسليم الشخص المطلوب ما لم تكن ملتزمة باتفاقية دولية تقضي بتسليم المجرمين بينها وبين الدولة طالبة التسليم ، لكن هذا لا يمنع دائماً من التسليم حيث تستند الدولة في ذلك عند عدم وجود اتفاقية دولية إلى مبدأ المعاملة بالمثل أو المجاملات الدولية لكنها مسالة ليست ملزمة للدول .

٣- كما أنه قد تلجأ بعض الدول لشل و افشال عملية القبض على هذا المتهم وتسليمه حيث أنه تتذرع بكون العمل والتهمة المسنودة

٢- في حالة اتهام الشخص الملاحق بارتكاب جريمة جنائية وصدور قرار بالقبض عليه من السلطات القضائية المختصة<sup>(٧١)</sup>، اما عن محتويات هذه النشرة فهي تحتوي على البيانات الأساسية للشخص الملاحق من صور، وبصمات أصابع، والاسم، واسم العائلة، والجنسية وأوصاف هذا الشخص مثل الطول الوزن، والشعر، واللغة، كما تحتوي هذه النشرة على تفاصيل القضية المدان فيها هذا الشخص حيث تشمل هذا البيانات وقائع القضية ووصفها وتاريخها ومكان ارتكابها وظروفها والأسلوب الإجرامي لارتكابها والتهمة المنسوبة والقانون الذي ارتكبت الجريمة في ظلّه وتاريخ ورقم مذكرة التوقيف الصادرة بحق هذا الشخص وما يثبت أنها صادرة من سلطة قضائية اما الأمر الأخير الذي تحتوي عليه النشرة الدولية الحمراء فهو التحرك المطلوب به عند العثور على هذا الشخص وهذا الأمر موجه إلى المكاتب المركزية الوطنية داخل أراضي الدول الأعضاء والأجهزة الأمنية الأخرى المكلفة بإنفاذ القانون وهذا الأمر لا يخرج عن احتمالين: الأول طلب القبض عليه فوراً، والثاني أخطار الدولة الطالبة بأن هذا الشخص المطلوب قد تم العثور عليه في تلك الدولة المعنية، وهذا ويتم تسليم هذا الشخص المدان الذي تم العثور عليه والقاء القبض عليه بين الدولتين ( الدولة الطالبة ودولة القبض أو العثور عليه ) أما على أساس وجود اتفاقية تبادل وتسليم المجرمين نافذة وسارية المفعول بينهما أو لم توجد مثل هذه الاتفاقية فعلى أساس المعاملة بالمثل، هذا وأن هذه النشرة تصدر بلغات منظمة الإنتربول الأربعة، كما أن

هذه النشرة لا تصدر إلا في الجرائم الجسيمة وأن يكون المجرم ذا خطورة إجرامية وهذه الخطورة الإجرامية اما تعود إلى شخصية المجرم أو إلى خطورة الجريمة المرتكبة أو إلى نوع تلك الجريمة ومقدار عقوبتها<sup>(٧٢)</sup>، كما أن الجرائم التي تصدر بها هذه النشرة هي جرائم القانون العام وبشرط أن تكون عقوبة هذه الجريمة جنائية أو جنحة كما وتخرج عن إطار هذه النشرة الجرائم السياسية أو العسكرية أو الجرائم العنصرية أو الدينية لكن في الوقت الراهن اصبح مستقراً ومعروفاً إصدار نشرة دولية حمراء في ملاحقة والقبض لمرتكبي الجرائم الإرهابية حتى وأن كان الدافع من وراء ارتكابها سياسياً لمن تشكله هذه الجريمة من ابعاد ومخاطر لا يحمد عقابها<sup>(٧٣)</sup>، كما و بذلت منظمة الإنتربول جهود مضيئة وحثيثة منذ بداية العام ١٩٩٧ تمثلت بقيام الأمين العام لمنظمة الإنتربول بإرسال طلبات إلى وزراء العدل في الدول الأعضاء من أجل اكتساب النشرة الحمراء القومية القانونية لمذكرة توقيف احتياطية دولية فاستجابت الدول الاعضاء وبنسبة ٧١ ٪ معتبرة أن النشرة الحمراء هي مذكرة توقيف سارية المفعول وهذه نسبة معقولة وما تزال منظمة الإنتربول تبذل جهود كثيرة من أجل إعطاء النشرة الدولية الحمراء القيمة القانونية الدولية والاعتراف الدولي لها بصفتها مذكرة توقيف مؤقتة دولية ويجب تنفيذها<sup>(٧٤)</sup>، ومن الجدير بالذكر أن منظومة تسليم المجرمين بين دول الكومنولث تعترف اعترافاً صريحاً بالقيمة القانونية للنشرة الدولية الحمراء بموجب نص المادة ٤ فقرة ١ والتي نصت على أنه في حالة وجود مجرم هارب

في حالة وجود الشخص الملاحق على أراضيها فالإجراء هنا هو اخطار الدولة الطالبة بتاريخ دخول هذا الشخص لهذه الدولة وتاريخ مغادرتها والوجهة التي سيغادر إليها والالتزام بالإخطار هنا أدبي وليس ملزم للدولة الموجود على أرضها هذا الشخص ويعد نوع من المجاملة الدولية ، ومن الجدير بالذكر أنه يتم اللجوء إلى هذه النشرة في حالة عدم وجود اتفاقيات تسليم أو تبادل المجرمين أو حالات معاملة بالمثل بين الدولة الطالبة والدولة أو الدول التي يوجد بها الأشخاص الملاحقين داخل أراضيها (٧٧) .

### ثالثاً : النشرة الدولية الخضراء

وهي نشرة تصدرها الأمانة العامة لمنظمة الإنترنت وتشابه بيناتها بيانات كل من النشرة الدولية الحمراء والنشرة الدولية الزرقاء إلا أنها تختلف عنهما في أنها تستعمل للتحذير من اشخاص ارتكبوا جرائم جنائية ويرجح ارتكابهم لجرائم مماثلة في دول أخرى فهي بمثابة اجراء وقائي أو استباقي لمنع وقوع جرائم جديدة، وتستطيع الأمانة العامة لمنظمة الإنترنت إصدار هذه النشرة في حالتين هما :

١- الجرائم المرتكبة من قبل أعضاء المجموعات الإجرامية المنظمة .

٢- مرتكبو الجرائم الجنسية ضد الأطفال(٧٨) ويتجلى دور هذه النشرة بحث الأجهزة الأمنية في تلك الدولة إذا دخل هذا المجرم أراضيها بضرورة مراقبته ومتابعة أعماله ومنعه من ارتكاب جرائم داخل اقليمها وهذا يدخل في صميم عمل أجهزة الشرطة في أي دولة في منع الجرائم قبل حدوثها والذي يمثل حماية للأفراد والمجتمع على حد سواء من وقوع الجرائم ومن آثارها السلبية(٧٩)

مقيم في جزء من أجزاء الكومنولث أو يشتبه في إقامته فيه أو توجهه إليه ولم تصدر بشأنه اي مذكرة توقيف فيإمكان السلطات القضائية في ذلك الجزء من الكومنولث إصدار مذكرة مؤقتة لتوقيفه استناداً إلى المعلومات المتضمنة في نشرة دولية صادرة عن المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنترنت والمتعلقة بذلك الشخص أو الأخذ بعين الاعتبار معلومات اخرى(٧٥)، صحيح أن النشرة الدولية الحمراء قد ساهمت وبشكل فاعل ومؤثر في توقيف والقاء القبض على عدد كبير من المجرمين في مختلف بلدان الدول الأعضاء إلا أنها لازالت لا تتمتع بقوة تنفيذية تجاه عدد من الدول لعل من ابرزها الولايات المتحدة الأمريكية والتي لا تمتلك لهذه النشرة وطلب القبض الذي فيها فهذه النشرات بحاجة إلى اعطائها المزيدة من القدرة والدعم واعطائها قوة التنفيذ داخل اقاليم الدول الاعضاء عن طريق سن قوانين وعقد اتفاقيات دولية تتعلق بتسليم المجرمين امتثالاً للنشرة الدولية الحمراء من اجل مكافحة الإجرام والقاء القبض على المجرمين .

### ثانياً : النشرة الدولية الزرقاء

وهي تصدر من الأمانة العامة لمنظمة الإنترنت وبناء على طلب الدولة المعنية أو بناء على طلب احد المكاتب المركزية الوطنية من اجل تحديد مكان إقامة الشخص أو اقامة مجموعة من الأشخاص ومن أجل ايضاً جمع معلومات تفصيلية وتكميلية عن هوية أشخاص معينين أو عن انشطتهم غير المشروعة في أطار قضية جنائية (٧٦) ، فهي تحتوي نفس بيانات النشرة الحمراء باستثناء الاجراء المتخذ

## رابعاً : النشرة الدولية البرتقالية

لمنظمة الإنترنتبول طبيعة الإجراء المتخذ في حالة العثور على هذا الشخص أو على جثته والأشخاص الذين يمكن الاتصال بهم في هذه الحالة وتقوم الأمانة العامة لمنظمة الإنترنتبول بتعميم هذه النشرة على المكاتب المركزية الوطنية للدول الأعضاء ليتم بعدها في كل دولة عضو مخاطبة إدارة الجوزات والمصحات النفسية ومراجعة حوادث القتل للأشخاص مجهولي الهوية لمعرفة اي معلومات تؤدي إلى الوصول للشخص الذي صدرت بحقه هذه النشرة<sup>(٨١)</sup>.

## سادساً : النشرة الدولية السوداء

وهي من النشرات التي تصدرها الأمانة العامة لمنظمة الإنترنتبول وتتعلق بتبيان الهوية لجثث الموتى التي عثر عليهم والذين تعذر معرفة هويتهم ويجب احتواء هذه النشرات على معلومات تفصيلية عن هذه الجثة أو الجثث المجهولة كأوصافها، وتاريخ ومكان العثور عليها ، والاصابات التي بها والملابس التي يرتديها صاحب الجثة المجهولة وصور هذه الجثة من مختلف الزوايا ، وبصمات الأصابع، وبصمات الأسنان، وتبيان المكان المحفوظة فيه الجثة وتقوم الأمانة العامة لمنظمة الإنترنتبول بتعميم هذه النشرة على المكاتب المركزية للدول الاعضاء وتصدر بلغات الإنترنتبول الأربعة<sup>(٨٢)</sup>.

## سابعاً : النشرة الدولية الخاصة

وهي نشرة تصدر من الأمانة العامة لمنظمة الإنترنتبول من أجل إبلاغ الدول الأعضاء من أن أفراد أو كيانات أو منظمات

وهي النشرة التي تصدرها الأمانة العامة لمنظمة الإنترنتبول بناء على طلب من الدولة المعنية أو من المكتب المركزي الوطني لدولة عضو بعد تزويد الأمانة العامة بكافة الوثائق والمستندات والحقائق حول عدد من الأشخاص المجرمين واعمالهم ، فهي تعدّ بمثابة انذار أو تحذير أمني للأجهزة الأمنية والمكلفين بإنفاذ القانون داخل أراضي الدول الأعضاء وتكون بصورة تعميم حول تهديدات إرهابية ممكن ارتكابها من قبل أشخاص أو مجموعات يصنفون بالخطرين و الإرهابيين أو عن طرود أو اغلفة أو مظاريف تحوي على أسلحة حارقة أو سامة أو مواد جراثومية ممكن أن تشكل خطراً على الجمهور<sup>(٨٠)</sup>.

## خامساً : النشرة الدولية الصفراء

وتستعمل هذه النشرة للمساعدة في تحديد مكان وجود للمفقودين وخاصة القاصرين أو المساعدة في تبيان هوية الأشخاص العاجزين عن تحديد هويتهم كالذين يعانون من فقدان الذاكرة أو عجزهم عن التعريف بأنفسهم وذلك لفقدانهم الأهلية، كما تتضمن هذه النشرة بيانات تتعلق بهذا الشخص كاسمه، وتاريخ ميلاده ، وأوصافه ، ووظيفته ، ومحل إقامته، وصورته الفوتوغرافية ، وصوره جواز سفره، وبصمات أصابعه، واللغات التي يجيدها، والملابس التي كان يرتديها عند غيابه، وأخر مرة شوهد فيها، ورقم وتاريخ المحضر المتعلق بغياب هذا الشخص كما ويجب أن يتضمن الأخطار الذي ترسله الأمانة العامة

تعدّ إرهابية ، وقد ظهر هذا النوع من النشرات في العام ٢٠٠٥ من أجل مساعدة ودعم مجلس الأمن للقيام بتجميد الأصول المالية وحظر السفر والانتقال ومنع التوريد لبعض السلع للكيانات والمنظمات المصنفة إرهابياً<sup>(٨٣)</sup>، وتتضمن هذه النشرة معلومات عن تفاصيل الهوية والأوصاف والصور وبصمات الأصابع ومعلومات المهنة واللغة وأرقام وثائق الهوية وتتضمن أيضاً هذه النشرة المعلومات القضائية المتعلقة بالتهمة والقانون الواجب التطبيق و والعقوبة المحتملة لهذا النوع من الجريمة والتفاصيل المتعلقة بالدولة التي ستطلب تسليم هذا او أولئك الأشخاص في حالة القاء القبض عليهم داخل أراضي دولة عضو في منظمة الإنترنتبول<sup>(٨٤)</sup>، ومن الجدير بالذكر أنه توجد نشرات أخرى تصدرها الأمانة العامة لمنظمة الإنترنتبول منها ما يتعلق بالأطفال المفقودين ونشرات متعلقة بالنقود المزيفة ونشرات أخرى متعلقة بالأثار و التحف الأثرية والفنية ، فمن المتعذر الإشارة إليها جميعاً فاكتمل الباحث بما عرضه من نشرات سابقة وجدها جديرة بالاهتمام، ولكونها متعلقة بموضوع البحث .

## المطلب الثالث

### منظومة الاتصالات العالمية

#### الأمنة والفعالة

انشأ الإنترنتبول منظومة أمنية واسعة ومتكاملة لنقل وتبادل البيانات بسرعة بين الدول الاعضاء تسمى منظومة ( I-7/24 ) وهي تعني سبعة أيام في الأسبوع وعلى مدار

أربع وعشرين ساعة ويرمز الحرف ( I ) للإنترنتبول وذلك منذ مطلع العام ٢٠٠٣ وكانت كندا أول دولة عضو تدرشن هذه المنظومة ووصل عدد الدول في نهاية تموز ٢٠٠٦ إلى ١٨٣ دولة فضلاً عن المكاتب المركزية والوطنية كما قامت المنظمة بوضع عدة حلول لتسهيل استعمال هذه المنظومة عن طريق ربطها بالأقمار الاصطناعية من أجل الوصول السهل لقاعدة البيانات وتذليل الصعوبات للدول الأعضاء في المنظمة<sup>(٨٥)</sup> ، وذلك من أجل اللحاق بركب التطورات الجديدة على الساحة الدولية وذلك عن طريق استحداث أنواع ووسائل جديدة ومبتكرة للأجرام الدولي فضلاً عن تعدد وازدياد اعداد المجرمين في مختلف بلدان العالم وذلك أدى إلى ازدياد الجرائم تبعاً فكان لا بد للإنترنتبول من المضي قدماً في محاربة هذا الاجرام مع هذه التطورات التي طرأت عليه وتمثلت باستحداث هذه المنظومة فهي تقوم بتوفير البيانات والمعلومات مثل بصمات الأصابع والصور والعلامات الفارقة للمجرمين ووثائق السفر المسروقة والسيارات المسروقة ونقلها بصورة سريعة جداً إلى الدول الأعضاء والمكاتب المركزية الوطنية عن طريق وسائل آمنة يصعب اختراقها أو العبث بها كما وتتيح هذه المنظومة الاطلاع على كافة قواعد بيانات الإنترنتبول الجنائية والمركزية في ليون بفرنسا وتكون هذه البيانات بلغات الإنترنتبول الأربعة وهي ( العربية والانكليزية والفرنسية والاسبانية ) وبإمكان الاجهزة الشرطية البحث والتدقيق فيها وبشكل فوري وآني من أي مكان موصول ومربوط بهذه الشبكة أو المنظومة أو تعميم معلومة سرية ايضاً بسرعة قياسية



وتسليمهم والحد أو التخفيف من ارتكاب تلك الجرائم، وتتمثل هذه الهيئات بالأمم المتحدة والتي سنبحثها في المطلب الأول في حين سنخصص المطلب الثاني للمحكمة الجنائية الدولية وتعاونها مع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول.

## المطلب الأول

### علاقة منظمة الإنتربول بالأمم المتحدة

توجد علاقة وثيقة بين منظمة الإنتربول والأمم المتحدة عن طريق التعاون وتنسيق الجهود بينهما إذ جرى الاعتراف لمنظمة الإنتربول من قبل الأمم المتحدة بالصفة الاستشارية للمنظمات الدولية غير الحكومية منذ العام ١٩٤٩، وهذا الاعتراف يأتي منسجماً على ما نص عليه القانون الأساسي لمنظمة الإنتربول والذي أجاز لمنظمة الإنتربول من عقد و إبرام اتفاقيات مع المنظمات الدولية والإقليمية وذلك بموجب نص المادة ٤١<sup>(٨٩)</sup>، وتوالت بعد الجهود الرامية إلى التنسيق والعمل المشترك بين منظمة الإنتربول ومنظمة الأمم المتحدة والهيئات الدولية التابعة لها وصولاً إلى العام ١٩٧٩ عندما تم توقيع اتفاق بين منظمة الإنتربول والمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة وهذا الاتفاق يشمل هيئات المجلس أيضاً كلجنة المخدرات، ومركز حقوق الإنسان وأيضاً فرع تدارك ومنع الجريمة وسمح المجلس الاقتصادي والاجتماعي لمنظمة الإنتربول بعدها بالحضور في الجلسات والاشتراك في المناقشات دون أن يكون لها حق التصويت<sup>(٩٠)</sup>، وبعدها وفي ٨

على جميع الدول الأعضاء في المنظمة<sup>(٨٦)</sup>، كما أن العديد من البلدان الأعضاء في منظمة الإنتربول قد قررت توسيع عمل هذه المنظومة وجعلها في مراكز تنفيذ وتطبيق القانون خاصة في الأماكن المهمة مثل المطارات والموانئ ومناطق الكمارك والحدود كما أن هذه المنظومة اثبت فعاليتها وكفاءتها وذلك عن طريق التبادل السريع للبيانات اذ تم القاء القبض على مهرب مخدرات دولي معروف في مطار هافانا في كوبا في العام ٢٠٠٩ وذلك بعد محاولته دخول كوبا بهوية مزورة فتم التحقق من صورته وبصمات أصابعه والتي أرسلت بواسطة المنظومة إلى المكاتب المركزية ليتم الكشف عن هويته الحقيقية وتم بعد ذلك القاء القبض عليه، كما أنه أيضاً تم إلقاء القبض على متهم اخر مطلوب عند السلطات الإسبانية وذلك بعد اشتراكه في تفجيرات مدريد في اسبانيا في العام ٢٠٠٣ وذلك يعود لقيام ضابط من المكتب المركزي الوطني في بلغراد بنقل اوصاف وبيانات هذا الشخص المطلوب وذلك عن طريق هذه المنظومة<sup>(٨٧)</sup>، كما وتستعين أو تعتمد عدد من الاتفاقيات الدولية على منظومة الاتصال الأمانة والفعالة والخاصة بالإنتربول<sup>(٨٨)</sup>.

## المبحث الثالث

### التعاون بين منظمة الإنتربول والهيئات الدولية

في مجال القبض على المجرمين وتسليمهم لا بد من وجود تعاون وتنسيق مشترك بين منظمة الإنتربول والعديد من الهيئات الدولية تسهم في تعقب المجرمين والقاء القبض عليهم



تموز من العام ١٩٩٧ تم إبرام اتفاق تعاون بين الإنترنتبول و منظمة الأمم المتحدة من قبل الامين العام لمنظمة الإنترنتبول والأمين العام للأمم المتحدة في مقر الأمم المتحدة في نيويورك ودخل حيز النفاذ هذا الاتفاق بعد إقراره وذلك بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (AGN/66/RES/5) والذي اعتمد في دورة الجمعية العامة للأمم المتحدة في نيودلهي لعام ١٩٩٧<sup>(٩١)</sup>، ومن الجدير بالذكر أن هذا الاتفاق قد حل محل الاتفاق المبرم لعام ١٩٧١، هذا وان اتفاق ١٩٩٧ حدد حالات التعاون التقني وتبادل المعلومات والبيانات بين منظمة الإنترنتبول والأمم المتحدة ونص الاتفاق ايضاً على التمثيل المشترك في الاجتماعات التي تعقدتها كل منظمة وإبرام اتفاقيات مشتركة مع الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة<sup>(٩٢)</sup>، كما أصدر مجلس الأمن عدد من القرارات في العام ٢٠٠٦ والتي حثت الدول الاعضاء في منظمة الأمم المتحدة على التعاون والتنسيق مع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنترنتبول ومنها القرار ١٦٩٩ في ٢٠٠٦ إذ بموجب هذا القرار أيضاً طلب من الأمين العام للأمم المتحدة زيادة التعاون بين الأمم المتحدة والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنترنتبول وتزويد الدول الاعضاء بمزيد من الأدوات والفعالية لتنفيذ التدابير التي يتخذها مجلس الأمن بما في ذلك تجميد الأرصدة وحظر السفر وحظر توريد الأسلحة ، كما شجع القرار الدول الأعضاء على ضرورة استعمال الأدوات التي يوفرها الإنترنتبول ومنها النظام العالمي للاتصالات الشرطةية المأمونة وعلى مدار اليوم وعلى مدار ٧ ايام في الأسبوع لتدعيم

وتعزيز التدابير التي يتخذها مجلس الأمن<sup>(٩٣)</sup>، وقد شهد العام ٢٠٠٧ تعاون وثيق بين منظمة الأمم المتحدة ومنظمة الإنترنتبول في مجال مكافحة الإرهاب وامن الحدود والقيام بجمله من الاجراءات والخبرات الفنية في مجال مكافحة الإرهاب وحماية الاهداف غير المنيعه وإلى منظمة الإنترنتبول يعود الفضل في :

- وضع اول دليل الكتروني للأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب .

- مؤتمر مجلس الأمن والذي عقد في نيروبي في تشرين الأول من نفس العام من أجل منع حركة الإرهابيين وتعزيز أمن الحدود.

- سبع زيارات تقييمية قامت عن طريقها الإدارة التنفيذية لمكافحة الإرهاب بتقييم أجهزة انفاذ القانون في البلدان والتي تمت زيارتها من أجل مساعدتها في مكافحة الإرهاب ، وبعد ذلك اصدرت الجمعية العامة لمنظمة الإنترنتبول قراراً في العام ٢٠٠٩ بخصوص التعاون بين منظمة الإنترنتبول والأمم المتحدة فيما يخص لجان الجزاء المشكلة بموجب قرارات مجلس الأمن السابقة ويعد هذا القرار مكمل لاتفاق التعاون بين منظمة الإنترنتبول والأمم المتحدة حيث أن الجمعية العامة لمنظمة الإنترنتبول تضع في عداها نص المادة ٤١ من القانون الأساسي لمنظمة الإنترنتبول اذ تتعلق هذه المادة بالتعاون والاتفاق بين منظمة الإنترنتبول وسائر المنظمات الدولية الأخرى وهذا التعاون والاتفاق لا يتم إلا بعد موافقة الجمعية العامة لمنظمة الإنترنتبول كما وترى الجمعية العامة لمنظمة الإنترنتبول ضرورة تعزيز وتنسيق

التعاون بين منظمة الإنتربول ومنظمة الأمم المتحدة واطلاع هيئات الأمم المتحدة على نظام الاتصالات المأمونة والوصول إلى قاعدة البيانات المتعلقة بالمجرمين والجرائم وإيماناً منها بفاعلية لجان الجزاء المشكلة بموجب قرارات مجلس الأمن وضرورة مساعدة تلك اللجان في إلقاء القبض على المجرمين ومحاسبتهم وترى الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول أن هذا التعاون والاتفاق ينسجم مع مبادئ منظمة الإنتربول واهدافها وإذ تتصرف الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول بموجب المادة ٤١ من قانونها الأساسي اذ لا يعمل بالاتفاق أو التعاون أو التنسيق مع سائر المنظمات الدولية الأخرى إلا بعد موافقة الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول وبناءً على ما تقدم تقرر الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول اتفاق التعاون والتنسيق مع الأمم المتحدة بموجب القرار السابق الذكر<sup>(٩٥)</sup>، وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً بتاريخ ٢١ تشرين الثاني ٢٠١٦ بخصوص التعاون بين منظمة الأمم المتحدة ومنظمة الشرطة الجنائية الإنتربول حيث أشارت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى ما اتخذته من إجراءات سابقة تجاه منظمة الإنتربول من اعترافها لمنظمة الإنتربول بصفة المراقب و إلى اتفاق التعاون بين الأمم المتحدة ومنظمة الإنتربول وإلى جميع القرارات ذات الصلة بخصوص التعاون بين الأمم المتحدة ومنظمة الإنتربول وأن هدف هذا التعاون هو منه عمليات الإرهاب والتصدي لنقل الإرهابيين ومكافحة الجريمة المنظمة ، والاتجار بالأشخاص، والاتجار غير المشروع بالمواد النووية والبيولوجية

والكيميائية والإشعاعية ، وغسيل الأموال ، والجرائم التي تؤثر على البيئة والاتجار غير المشروع بالأسلحة والتدمير المتعمد غير القانوني للأثار والتراث والممتلكات الثقافية أو الاتجار بها ، وإذ تسلم الجمعية العامة للأمم المتحدة بان منظمة الإنتربول منظمة دولية حيادية مستقلة غير سياسية معهود لها بضمان المساعدة وتبادل الخبرات للأجهزة الشرطية العالمية في ضوء احترام سيادة الدول وعدم التدخل في المسائل الداخلية لتلك الدول في ضوء القوانين والوائح الداخلية لتلك الدول وعلى وفق القانون الأساسي والنظام العام لمنظمة الإنتربول حيث أن الجمعية العامة للأمم المتحدة وبموجب قرارها أعلاه تدعو الى تعزيز التعاون بين منظمة الإنتربول و منظمة الأمم المتحدة في مجال مكافحة الجريمة والتصدي لها و انفاذ القوانين ومنع الاعمال الإرهابية ومحاسبة مرتكبي تلك الاعمال، و تشدد على اهمية التنسيق والتعاون بين الأمم المتحدة والإنتربول في مجال مكافحة الجريمة العابرة للحدود الوطنية فيما تعرف بالجريمة المنظمة، وتشجع على زيادة التعاون والتنسيق بين منظمة الأمم المتحدة ومنظمة الإنتربول عن طريق المكاتب المركزية للدول الاعضاء

الأمن عن طريق قيام الإنترنت ب إصدار  
النشرة الدولية الخاصة والتي تعدّ امتثالاً لنظام  
الجزاء المفروض من قبل مجلس الأمن على  
اشخاص أو جهات أو منظمات تعدّ إرهابية  
وتقضي هذه الإجراءات بحجز وتجميد أموال  
هذه الجهات والقاء القبض على اعضائها  
وملاحقتهم قضائياً .

## المطلب الثاني

### علاقة منظمة الإنترنت بالمحكمة الجنائية الدولية

أقر نظام هذه المحكمة في ١٧ تموز عام  
١٩٩٨ لتكون محكمة جنائية دولية دائمة تتولى  
محكمة مرتكبي الجرائم الدولية ودخل نظامها  
الأساسي حيز النفاذ في العام ٢٠٠٢ حيث مثلت  
ولادة هذه المحكمة بعد جهود مضنية  
وحيثية بذلت منذ العام ١٩٤٦ حيث تولدت  
منذ تلك الفترة رغبة جادة وحقيقية في إيجاد  
قضاء دولي جنائي دائم واستمرت تلك الجهود  
حتى خرجت هذه المحكمة إلى النور<sup>(٩٨)</sup>، وقد  
نص نظامها الأساسي على أن هذه المحكمة هي  
هيئة قضائية دائمة ومكاملة للولايات القضائية  
الوطنية وليست بديلاً عنها<sup>(٩٩)</sup>، وإن هذه  
المحكمة هي مستقلة عن منظمة الأمم المتحدة  
وليست تابعة لها أو فرعاً منها وأن العلاقة بين  
المحكمة الجنائية الدولية والأمم المتحدة تنظم  
بموجب اتفاق تعتمده جمعية الدول الأطراف  
في المحكمة الجنائية الدولية ويبرمه رئيس  
المحكمة نيابة عنها<sup>(١٠٠)</sup>، كما جرى النص  
في نظام المحكمة إلى أن المحكمة تختص في  
النظر في الجرائم الآتية وهي :

والاطلاع على المعلومات والبيانات في  
قاعدة الإنترنت والوصول الأمن إلى منظومة  
الاتصالات الشرطية I-24/7 والتي تتيح  
تبادل المعلومات بين الدول الأعضاء والمكاتب  
المركزية الوطنية بصورة سريعة ومأمونة و  
دعم وتعميم نشرات الإنترنت لتنبه سلطات  
انفاذ القانون ومساعدتها وكذلك الأخذ بنظر  
الاعتبار تحليلات الإنترنت والأدلة المتحصلة  
في المسائل الجنائية وبرامج

الإنترنت، ومبادراته التدريبية، والتوعوية  
لرجال الشرطة الوطنية التابعين للدول  
الأعضاء كما قررت الجمعية العامة للأمم  
المتحدة أن تنشأ بنشأة فرعيّاً بعنوان التعاون  
بين الأمم المتحدة والمنظمة الدولية للشرطة  
الجنائية الإنترنت في إطار البند المعنون  
التعاون بين الأمم المتحدة والمنظمات الإقليمية  
والمنظمات الأخرى<sup>(٩٦)</sup>، كما قامت منظمة  
الإنترنت بالتعاون مع منظمة الصحة العالمية  
في مجال استئصال الأدوية المقلدة ومنع تقليد  
الأدوية كما ساهم الإنترنت في وضع دليل  
محدد موجه للمحققين في البلدان ذات القدرات  
المحدودة أو الضعيفة في مجال التصدي ومنع  
تصنيع الأدوية والمواد الصيدلانية المقلدة<sup>(٩٧)</sup>،  
يفهم مما تقدم أن هنالك تعاون وتنسيق واضح  
بين الأمم المتحدة وأجهزتها ومنظمة الإنترنت  
كما أن هنالك اتفاق بين الجمعية العامة للأمم  
المتحدة ومنظمة الإنترنت بهدف التعاون  
وتنسيق الجهود والسماح لمنظمة الأمم المتحدة  
وهيئاتها على الاطلاع على منظومات الاتصال  
الأمنة الخاصة بالإنترنت كما لا يمكن اغفال  
اهمية التعاون بين منظمة الإنترنت ومجلس

١- جريمة الإبادة الجماعية .

٢- الجرائم ضد الإنسانية .

٣- جرائم الحرب .

٤- جريمة العدوان (١٠١)

كما وتختص المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة الأشخاص الطبيعيين ولا مجال لمحاكمة ومسألة الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية ، فالمسؤولية لا تقع إلا على الإنسان سواء بصفته فاعلاً أصلياً أو شريك في الجريمة(١٠٢)، أما فيما يتعلق بالتعاون والتنسيق بين المحكمة الجنائية الدولية ومنظمة الشرطة الجنائية الإنتربول فقد أشار نظام روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية إلى ذلك وبموجب المادة ٨٧ فيما يتعلق بطلبات التعاون والتي نصت على:-

١- (أ) تكون للمحكمة سلطة تقديم طلبات تعاون إلى الدول الأطراف , وتحال الطلبات عن طريق القناة الدبلوماسية أو اية قناة أخرى مناسبة تحدها كل دولة طرف عند التصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام .

ويكون على كل دولة طرف أن تجري اية تغييرات لاحقة في تحديد القنوات وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات .

(ب) يجوز حسبما يكون مناسباً ودون الإخلال بأحكام الفقرة الفرعية (أ) ، إحالة الطلبات ايضاً عن طريق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية أو اي منظمة اقليمية مناسبة(١٠٣) .

٦- للمحكمة أن تطلب إلى أي منظمة

حكومية دولية تقديم معلومات أو مستندات وللمحكمة أيضاً أن تطلب أشكالاً أخرى من أشكال التعاون والمساعدة يتفق عليها مع المنظمة وتتوافق مع اختصاصها أو ولايتها .

٧- في حالة عدم امتثال دولة طرف لطلب تعاون مقدم من المحكمة بما ينافي وأحكام هذا النظام الأساسي ويجول دون ممارسة المحكمة وظائفها وسلطاتها بموجب هذا النظام يجوز للمحكمة أن تتخذ قراراً بهذا المعنى وأن تحيل المسألة إلى جمعية الدول الأطراف أو إلى مجلس الأمن إذا كان مجلس الأمن قد أحال المسألة إلى المحكمة(١٠٤) .

يفهم مما تقدم من هذه المادة السابقة أن طلبات التعاون والتقديم تقدم إلى الدول عن طريق القنوات الدبلوماسية ، والرسمية والمتمثلة بالسفارات والقنصليات وقد استحدثت المادة سابقة الذكر طريقة ووسيلة جديدة من غير القنوات الدبلوماسية إلا وهي أن طلبات القبض والتسليم يكون بواسطة وعن طريق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول ؛ فالدول الأعضاء قد أخذت اشعار أو وصل لها العلم بوجود مذكرة التوقيف عن طريق العلاقة بينهم وبين المحكمة الجنائية الدولية وعن طريق القنوات المحددة طبقاً للمادة ٨٧ سابقة الذكر ويبدو لنا جلياً أن النشرات الحمراء التي تصدر بناء على طلب من المحكمة الجنائية الدولية لا تضيف إلى الطلبات المقدمة من قبل المحكمة الجنائية الدولية اي قوة تنفيذية بل مجرد علم بوجود مذكرة التوقيف وتلتزم بها طبقاً لنظام المحكمة الأساسي اما إذا امتنعت دولة طرف فتستطيع المحكمة هنا اللجوء إلى جمعية الدول

الأطراف من أجل تجميد عضوية تلك الدولة ومنعها من المشاركة في التصويت أو اللجوء إلى مجلس الأمن إذا كان مجلس الأمن هو من أحال القضية إلى المحكمة طبقاً لنص المادة ٨٧ فقرة ٥ و ٧ من نظام المحكمة اما الدول غير الأطراف فهي غير ملزمة بتنفيذ طلبات المحكمة الجنائية الدولية فالإنتربول هنا بإصداره لنشرة حمراء يقيد من حركة هذا الشخص ويسهل عملية العثور عليه<sup>(١٠٥)</sup>، ونستطيع أن نخرج بنتيجة طبقاً للمادة المعروضة سابقاً الذكر و المتمثلة بالتعاون بين منظمة الإنتربول والمحكمة الجنائية الدولية مفادها أن الإنتربول هنا يمكن أن يقوم بأحد الأمرين أو الدورين وذلك عن طريق :

**أولاً :** إن يقوم الإنتربول بتوصيل طلب القبض والتقديم إلى سلطات البوليس الوطني في الدولة المطلوب منها تسليم الشخص المطلوب القبض عليه وذلك عن طريق مكتب منظمة الإنتربول داخل اقليم تلك الدولة والتي يتواجد الشخص المطلوب على اقليمها ؛ فالإنتربول هنا لا يقوم بالقبض بنفسه وإنما عن طريق البوليس الوطني لتلك الدولة ويقتصر دور الإنتربول على تقديم المعونة والمساعدة في تسليم طلب القبض والتقديم إلى الجهة المعنية .

**ثانياً :** إن تقدم المحكمة الجنائية الدولية طلب القبض والتقديم إلى الإنتربول وبواسطة الدائرة التمهيديّة وعن طريق المدعي العام للمحكمة فيقوم الإنتربول عن طريق أجهزته وضباطه بالقبض على الشخص المطلوب وتقديمه إلى المحكمة ويقوم الضباط في الإنتربول بإجراءات التحري والفحص والتأكد من هوية

الشخص المطلوب ومن ثم يقوم الإنتربول بإصدار نشرات القبض على الشخص المطلوب وتوزيعها على مكاتبها الاقليمية والوطنية للدول الأعضاء بغية القبض على الشخص المعني و هذه النشرات تعدّ بمثابة أمر قبض دولي ويجب تنفيذه في إطار مشروعية عمل المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول<sup>(١٠٦)</sup>،

وقد عقدت الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول اجتماعاً للمدة من ٥-٨ تشرين الأول من العام ٢٠٠٤ تمخض عنه ابرام اتفاق تعاون بين الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول والمحكمة الجنائية الدولية وانسجاماً مع المادتين ٢ ب و ٤١ من قانون المنظمة الأساسي، كما واعدت منظمة الإنتربول أن الجرائم التي تختص بالنظر فيها هي من مهام عمل الإنتربول ايضاً وذلك على اعتبار أن هنالك قواسم مشتركة تجمعهما في قمع الجرائم ومحاسبة مرتكبيها فنتيجة لما تقدم ابرم اتفاق التعاون هذا بين المحكمة الجنائية الدولية ومنظمة الإنتربول<sup>(١٠٧)</sup>، و بعد ذلك وتحديداً في نيسان من العام ٢٠٠٦ فقد تعاون الإنتربول بشكل وثيق وفاعل مع المحكمة الجنائية الدولية والتي منحت السلطة والصلاحيّة من أجل استعمال منظومة الإنتربول في الاتصال(24/7) – I) وهذه الصلاحيّة لم تكن مقتصرة على المحكمة الجنائية الدولية فقط وإنما منحت أيضاً الى محكمتيّ يوغسلافيا ورواندا ومن حق تلك المحاكم الطلب من الإنتربول إصدار نشرات دولية حمراء لطلب توقيف الأشخاص المرتكبين للجرائم المتمثلة بانتهاكات القانون الدولي الإنساني والجرائم الأخرى الداخلة في اختصاص منظمة الإنتربول<sup>(١٠٨)</sup>، وفي

شهر حزيران من العام ٢٠٠٦ ايضاً فقد اصدرت منظمة الإنتربول أول ٥ نشرات دولية حمراء بناء على طلب المحكمة الجنائية الدولية بخصوص ٥ أفراد من منظمة Lords Resistance Army وذلك بعد اتهام اولئك الأشخاص بارتكاب جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية في اوغندا ومن بين الاشخاص قائد مجموعة المتمردين المسمى الجنرال جوزيف كوني<sup>(١٠٩)</sup>، وفي نهاية المطاف ثبت لنا أن هنالك تعاون وتنسيق مشترك بين المحكمة الجنائية الدولية ومنظمة الإنتربول وذلك لأن كليهما يعملان على قمع الجرائم الدولية ومنع ارتكابها او الحد منها ومحاسبة مرتكبيها، لكن غالباً ما تلعب الاعتبارات السياسية محل الاعتبارات القانونية ومنع تسليم المتهم إلى المحكمة الجنائية الدولية لعدة أسباب منها مبدأ سيادة الدولة على رعاياها ومحاكمته في دولته وأمام قضاء تلك الدولة وكذلك الحال عدم الاعتراف بالمحكمة الجنائية الدولية ونشرات الإنتربول التي يصدرها ورفض التعاون وتسليم المجرمين إلى هذه الجهات من قبل عدد من الدول .

## الخاتمة

توصلنا في بحثنا هذا إلى جملة من النتائج والتوصيات لعل من أبرزها :

### أولاً : النتائج

١- المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول هي منظمة دولية غير حكومية تتمتع بالاستقلالية وبالإرادة الذاتية بدأت كفكرة منذ العام ١٩١٤ وظهرت إلى حيز الوجود منذ العام ١٩٢٣ واستمرت بالنمو، والتطور،

واتساع نشاطها حتى بلغت ١٩٣ دولة عند كتابة هذا البحث، كما أنها منظمة دولية ليست تابعة إلى الأمم المتحدة أو جزءاً من فروعها .

٢- تتكون المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول من عدد من الأجهزة الرئيسية تتمثل في الجمعية العامة والأمانة العامة واللجنة التنفيذية والمكاتب المركزية كما وتملك منظمة الإنتربول عدد من الأجهزة الثانوية تتمثل في المستشارون والمكاتب الاقليمية ولجنة الرقابة على محفوظات الإنتربول وتساهم جميع هذه الأجهزة في تحقيق مهام وأهداف الإنتربول كما لغات العمل داخل منظمة الإنتربول هي أربع لغات ( الإنكليزية، الإسبانية، الفرنسية و العربية ) .

٣- تعدّ الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول أعلى سلطة فيها ويمثل كل دولة عضواً واحداً فيها، ويكون لكل دولة ايضاً صوتاً واحداً وتجتمع مرة واحدة في السنة .

٤- يوجد في كل بلد عضو في منظمة الإنتربول مكتب مركزي وطني يعمل فيه موظفون وطنيون من أجل انفاذ القانون ويشكل هذا المكتب حلقة وصل أو نقطة اتصال بين هذا المكتب ومكتب اخر ومع شبكة الإنتربول العالمية لتبادل المعلومات والبيانات بخصوص الجرائم والمجرمين وأماكن تواجدهم .

٥- تصدر الأمانة العامة لمنظمة الإنتربول عدد من النشرات الدولية بناءً على طلب من المكاتب المركزية أو المنظمات الأخرى أو المحكمة الجنائية الدولية أو من تلقاء نفسها ومن هذه النشرات هي ( الحمراء، الزرقاء، الخضراء، الصفراء، السوداء ، البرتقالية

فضلاً عن النشرة الدولية الخاصة وذلك منذ العام ٢٠٠٥ وبناءً على طلب من مجلس الأمن لمنظمة الإنتربول .

٦- إن الإنتربول انشأ منظومة الاتصال (I-7/24) منذ بداية العام ٢٠٠٣ وهي منظومة حديثة ومتطورة تستعمل لنقل وتبادل البيانات والصور المتعلقة بالمجرمين وبصمات الأصابع وبقيّة المعلومات التفصيلية المتعلقة بالجرائم والمجرمين فيما بين الإنتربول والمكاتب المركزية للدول الأعضاء وغيرها من الجهات المرتبطة باتفاقيات مع الإنتربول لاستعمال هذه الوسيلة الآمنة والفعالة والسريعة.

٧- يوجد تعاون وتنسيق واضح بين الأمم المتحدة وأجهزتها والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول تمثل عن طريق عقد اتفاق بين الأمم المتحدة ومنظمة الإنتربول أتاح هذا التعاون بان تسمح منظمة الإنتربول بالوصول إلى منظومة الاتصال الآمنة والفعالة وقيام منظمة الإنتربول بإصدار النشرة الدولية الخاصة والتي تصدر امتثالاً لمجلس الأمن لتجميد وحظر سفر أشخاص لهم صلة بأعمال إرهابية، كما أن هنالك تعاون وتنسيق أيضاً بين منظمة الإنتربول والمحكمة الجنائية الدولية تمخض عنه عقد اتفاق بين الطرفين السابقين أتاح هذا الاتفاق للمحكمة الجنائية حق الوصول إلى منظومة الاتصال الآمنة والفعالة والخاصة بمنظمة الإنتربول كما منحت المحكمة الجنائية الدولية لمنظمة الإنتربول صلاحية لقاء القبض وتسليم المجرمين المتهمين بارتكاب جرائم دولية إلى المحكمة الجنائية الدولية .

## ثانياً : التوصيات :

١- إجراء تعديل في المادة ٣ من القانون الأساسي لمنظمة الإنتربول والتي تمنع منظمة الشرطة الجنائية الإنتربول من التدخل في الجرائم المرتكبة على أساس سياسي أو عسكري أو ديني وعنصري واقتصار المنع على الجرائم السياسية فقط وفسح المجال لمنظمة الإنتربول في تعقب وإلقاء القبض على المجرمين الذين ارتكبوا جرائم بحق اشخاص على أساس عرقي أو ديني وطائفي بل وحتى الجرائم ذات الطابع العسكري ولكي لا تكون هذا الأمور ثغرة أو نقطة ضعف في مهام وواجبات منظمة الشرطة الجنائية الإنتربول .

٢- توسيع اللغات المعمول بها داخل منظمة الشرطة الجنائية إلى سبع لغات هي ( الإنكليزية، الفرنسية، الصينية، الإسبانية، الروسية، الألمانية و العربية ) .

٣- حث المزيد من دول العالم الأخرى على الانضمام إلى المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول بما يساهم في مكافحة الجرائم والحد منها وإلقاء القبض على المجرمين .

٤- دعوة الدول الأعضاء في منظمة الشرطة الجنائية إلى إبرام المزيد من اتفاقيات تسليم وتبادل المجرمين .

٥- قيام الدول الأعضاء في منظمة الشرطة الجنائية الدولية بإصدار التشريعات القانونية التي تعطي قوة تنفيذية للنشرات الدولية التي يصدرها الإنتربول وبخاصة النشرة الدولية الحمراء باعتبارها أمر قبض ساري المفعول ويجب تنفيذها .

٦- قيام الحكومة العراقية بالتعاون مع



منظمة الإنتربول وذلك عن طريق تزويد منظمة الإنتربول بأسماء المجرمين الفارين وتفاصيل تلك الجرائم التي ارتكبوها وبصمات الأصابع وسائر الأدلة الأخرى المتحصلة عن تلك الجرائم وكذلك قيام منظمة الإنتربول بإجراء الندوات والمؤتمرات في العراق وتدريب رجال الشرطة العراقية المكلفين بإنفاذ القانون .

٧- دعوة الدول الأعضاء في منظمة الشرطة الجنائية الإنتربول إلى التخلي عن فكرة السيادة المتمثلة بمحاكمة رعاياها أمام قضائها وإيجاد معايير واضحة وصريحة للترقية بين الجريمة السياسية والجرائم الأخرى وخاصة المستحدثة منها في عصر التكنولوجيا هذا وعلى أساس أن الجريمة السياسية لا يجوز تسليم مرتكبها .

٨- ربط المطارات والأماكن الحدودية وأماكن الكمارك وتبادل البضائع للدول الأعضاء بمنظومة الاتصال الأمانة والفعالة والخاصة بالإنتربول لتكون هذه الجهات على اطلاع وبشكل فوري على الجرائم المرتكبة أو المواد المهربة وكذلك الاطلاع على المجرمين واوصافهم منعا لخروجهم من ذلك البلد أو القاء القبض عليهم عند دخولهم لتلك الدولة باعتبارهم مطلوبين للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول .

## الهوامش

١-محمد سعد الله، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في مناهضة الإرهاب الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون، ٢٠١٠-٢٠١١، ص ٦ .

٢- د. منتصر سعيد حمودة، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨، ص ١١ أيضاً لوكال مريم، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في قمع الجريمة

العالمية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق بن عكنون، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ٩ .

٣- د. خليل حسين، التنظيم الدولي - المجلد الثاني المنظمات القارية والاقليمية، دار المنهل اللبناني، لبنان - بيروت، ط١، ٢٠١٠، ص ٥٠٢ .

٤- ١-تامين وتنمية التعاون المتبادل على اوسع نطاق بين كافة سلطات الشرطة الجنائية في إطار القوانين القائمة في مختلف البلدان وبروح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان .

٢- إنشاء وتنمية كافة المؤسسات القادرة على المساهمة الفعالة في الوقاية من جرائم القانون العام وفي مكافحتها المادة من القانون للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول ١٩٥٦ .

٥- د. خليل حسين، التنظيم الدولي، المرجع السابق، ص ٥٠٣، أيضاً د. يوسف حسن يوسف، حقوق تبادل المسجونين بين الدول وفق الاتفاقيات الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠١٥، ص ٥٥، ٥٦، أيضاً د. ضياء عبد الله الجابر وآخرون، أبحاث في القانون العام، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، د.ط، ٢٠١٣، ص ٢٣ .

٦- المادة ٤ من القانون الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .

٧- المادة ٥ من القانون الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .

٨- المادة ٦ من القانون الأساسي للمنظمة .

٩- المادة ٧ من القانون الأساسي للمنظمة .

١٠- المادة ٨ من القانون الأساسي للمنظمة .

١١- المادة ٩ من القانون الأساسي للمنظمة .

١٢- المادة ١٠ من القانون الأساسي للمنظمة .

١٣- المادة ١٣ من القانون الأساسي للمنظمة .

١٤- المادة ١٤ من القانون الأساسي للمنظمة .

١٥- المادة ١٦ من القانون الأساسي للمنظمة .

١٦- المادة ١٧ من القانون الأساسي للمنظمة .

١٧- د. منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص ٢٣ .

١٨- لوكال مريم، المرجع السابق، ص ٥٣، ٥٤ .



- ١٩- المادة ١٥ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٢٠- المادة ١٩ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٢١- المادة ٢٠ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٢٢- المادة ٢١ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٢٣- المادة ٢٢ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٢٤- المادة ٢٣ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٢٥- المادة ٢٤ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٢٦- المادة ١٨ من النظام العام لمنظمة الإنتربول لعام ١٩٥٦ .
- ٢٧- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق، ص٤٨،٤٧ .
- ٢٨- . منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق، ص ١٥ .
- ٢٩- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق ، ص٥٥ .
- ٣٠- المادة ٢٧ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٣١- المادة ٢٦ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٣٢- المادة ٢٨ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٣٣- المادة ٢٥ من النظام العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .
- ٣٤- المادة ٢٩ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٣٥- المادة ٣٠ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٣٦- فنور حاسين ، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣ ، ص٤٩ .
- ٣٧- د. حسين فتحي الحامولي ، التعاون الدولي الأمني في تنفيذ الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٥٢٦ .
- ٣٨- المادة ٣١ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٣٩- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق ، ص٦٧ .
- ٤٠- المادة ٣٢ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٤١- المادة ٣٣ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٤٢- محمد سعد الله ، المرجع السابق، ص ٣٢ .
- ٤٣- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق، ص٦٩ - ٧٢ .
- ٤٤- د. خليل حسين ، المرجع السابق، ص ٥٠٥ .
- ٤٥- المادة ٣٤ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٤٦- المادة ٣٥ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٤٧- المادة ٤٦ من النظام العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .
- ٤٨- المادة ٤٧ من النظام العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .
- ٤٩- المادة ٤٨ من النظام العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .
- ٥٠- المادة ٤٩ من النظام العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .
- ٥١- المادة ٥٠ من النظام العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .
- ٥٢- المادة ٣٦ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٥٣- المادة ٣٧ من القانون الأساسي للمنظمة .
- ٥٤- د. حسنين فتحي الحامولي، المرجع السابق ، ص ٥٢٥ .
- ٥٥- لوكال مريم ، المرجع السابق ، ص ٣٣، أيضاً د. راستي الحاج ، الإرهاب في وجه المساءلة الجزائية محلياً و دولياً دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ط١، ٢٠١٢ ، ص ٥٨٤ .
- ٥٦- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .
- ٥٧- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق ، ص ٨١ .
- ٥٩- محمد سعد الله، المرجع السابق، ص ٣٤ .
- ٦٠- د. عبد العزيز حسن الحمادي، نشاط المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) وانشطتها في ضوء القانون الدولي ، بحث منشور في مركز بحوث شرطة الشارقة ، العدد ١٧٢، السنة ٢٠١٣ ، ص ٨٤ .
- ٦١- د. علي جميل حرب ، نظام تسليم واسترداد المطلوبين تسليم المجرمين في القانونين : الدولي والوطني الموسوعة الجزائرية الدولية الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط١، ٢٠١٥ ص ٢١٧ .
- ٦٢- المادة ٣ من القانون الأساسي للمنظمة .

٢١٨ - ٦٣. د. علي جميل حرب ، المرجع السابق ، ص ٢١٧ ،  
٢١٨ .

٦٤- د. علي جميل حرب، المرجع السابق، ص ٢١٨ .

٦٥- د. محمد الفاضل، التعاون الدولي في مكافحة  
الاجرام ، منشورات جامعة دمشق ، د . ط ،  
١٩٦٦، ص ٤٠-٤٢ نقلاً عن د. حسين فتحي  
الحامولي، المرجع السابق، ص ٥٢٨، ٥٢٩ .

٦٦- د. علي جميل حرب ، المرجع السابق، ص ٢١٧ .

٦٧- د. خليل حسين ، المرجع السابق ، ص ٥٠٨ ، ٥٠٩ .

٦٨- د. يوسف حسن يوسف، المرجع السابق، ٤٠- ٤٢

٦٩- نسرين عبد الحميد نبيه ، الجرائم الدولية  
والإنترنت، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،  
د. ط ، ٢٠١١، ص ٢٦٠ .

٧٠- د. ضياء عبد الله الجابر وآخرون، المرجع السابق،  
ص ٣٠ .

٧١- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق، ص  
١٢٠- ١٢١ .

٧١- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق، ص  
١٢٢، ١٢٣ .

٧٣- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق ،  
ص ١٢١ .

٧٤- لوكال مريم ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

٧٥- المادة ٤ فقرة ١ من منظومة تسليم المجرمين بين  
دول الكومنولث لعام ١٩٦٦ .

٧٦- راستي الحاج ، المرجع السابق، ص ٥٩١ ايضاً  
د. علي جميل حرب ، المرجع السابق، ص ٢١٨

٧٧- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق، ص  
١٢٤، ١٢٥ .

٧٨- راستي الحاج، المرجع السابق، ص ٥٩٢ ايضاً.  
علي جميل حرب ، المرجع السابق، ٢١٨ - ٢١٩ .

٧٩- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق، ص ١٢٤ .

٨٠- د. خليل حسين، المرجع السابق ، ص ٥١٢، ايضاً  
د. حسين فتحي الحامولي، المرجع السابق ،  
٥٣٦، ٥٣٧ .

٨١- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق ، ص  
١٢٥- ١٢٦ ايضاً د. راستي الحاج ، المرجع  
السابق، ص ٥٩٢ .

٨٢- د. منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق ، ص ١٢٦  
- ١٢٧ ايضاً د. حسين فتحي الحامولي، المرجع  
السابق ، ٥٣٦ .

٨٣- راستي الحاج ، المرجع السابق ، ص ٥٩٢ .

٨٤- د. ضياء عبد الله الجابر وآخرون ، المرجع  
السابق، ص ٣١، ٣٢ .

٨٥- التقرير السنوي لنشاط المنظمة لسنة ٢٠٠٣، الأمانة  
العامة للإنترنت، ص ٢، ايضاً د. شعبان أبو عجيلة  
عصار - د. ابو المعالي محمد عيسى ، الرصد  
المبكر لخطر الجريمة ، مجلة العلوم القانونية  
والشرعية ، جامعة الزاوية، العدد السادس ، كانون  
الاول ، ٢٠١٥، ص ٣٢١ .

٨٦- التقرير السنوي للإنترنت لعام ٢٠٠٦ ، الأمانة  
العامة للإنترنت، ص ٩ .

٨٧- التقرير السنوي لنشاط المنظمة لسنة ٢٠٠٧،  
الأمانة العامة للإنترنت، ص ٨ .

٨٨- منها الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة تمويل  
الإرهاب لعام ١٩٩٩ بموجب المادة ١٨ فقرة ٤  
التي نصت على ( للدول ان تتبادل المعلومات من  
خلال الإنترنت ) .

٨٩- نصت المادة ٤١ من القانون الأساسي لمنظمة  
الإنترنت على ( للمنظمة أن تقيم علاقات مع وأن  
تتعاون مع غيرها من المنظمات الدولية سواء  
أكانت دولية حكومية ام غير حكومية كلما وجدت  
ذلك مناسباً ومتوافقاً والاهداف التي ينص عليها  
القانون الأساسي ولا تلتزم المنظمة بأي وثيقة  
تنص على إقامة علاقات دائمة مع منظمات دولية  
حكومية أو غير حكومية إلا بعد موافقة الجمعية  
العامة للمنظمة في جميع المسائل التي تدخل في  
اختصاصها أن تستشير المنظمات الدولية غير  
الحكومية أو المنظمات الوطنية الحكومية أو غير  
الحكومية للجنة التنفيذية ، وفي الحالات الطارئة

١٠٢- المادة ٢٥ من القانون الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ .

١٠٣- المادة ٨٧ فقرة ١ (أ) و (ب) من القانون الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ .

١٠٤- المادة ٨٧ فقرات ٦، ٧ من القانون الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ .

١٠٥- احمد محمود حمودي ، التعاون الدولي مع المحاكم الجنائية الدولية في ضوء القانون الدولي العام (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بيروت العربية ، ٢٠١٦ ، ص ١٤٤، ١٤٣ .

١٠٦- د. سلوى الأكيايبي ، إجراءات القبض والتقديم للمحكمة الجنائية الدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ط١ ، ٢٠١١ ، ص ١٨٨ ، ١٨٩ .

١٠٧- اتفاق التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية وثيقة AG-2004-RES-16

١٠٨- التقرير السنوي لنشاط المنظمة لسنة ٢٠٠٦ ، الامانة العامة للإنتربول، ص ٢٧ .

١٠٩- التقرير السنوي لنشاط المنظمة لسنة ٢٠٠٧ ، الامانة العامة للإنتربول، ص ١٥

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً : الكتب العربية

١- د . حسين فتحي الحامولي ، التعاون

الدولي الأمني في تنفيذ الأحكام الجنائية ، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ط ، ٢٠١٤- ٢٠١٥ .

٢- د. خليل حسين ، التنظيم الدولي - المجلد الثاني المنظمات القارية والاقليمية ، دار

للأمين العام ، قبول الاضطلاع بمهام أو وظائف تدخل في نطاق نشاطاتهما و اختصاصهما اما بناء على طلب منظمات او هيئات دولية اخرى أو تطبيقاً لاتفاقيات دولية شريطة موافقة الجمعية العامة على ذلك . ) المادة ٤١ من القانون الأساسي لمنظمة الإنتربول لعام ١٩٥٦ .

٩٠- فنور حاسين ، المرجع السابق ، ص ١١٣ .

٩١- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة وثيقة ((AGN/66/RES/5))

٩٢- د. نور الدين خازم ، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول ، بحث منشور في مجلة جامعة البعث السورية ، المجلد ٣٨ ، العدد ٥٠ ، السنة ٢٠١٦ ، ص ١٥٤، ١٥٣ .

٩٣- قرار مجلس الأمن ١٦٩٩ في ٢٠٠٦ وثيقة (S/RES/1699/2006) .

٩٤- التقرير السنوي لنشاط المنظمة لسنة ٢٠٠٧ ، الأمانة العامة للإنتربول، ص ٢٨ .

٩٥- قرار الجمعية العامة لمنظمة الإنتربول وثيقة AG-2009-RES-15

٩٦- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة وثيقة A/RES/71/19 .

٩٧- التقرير السنوي لنشاط المنظمة لسنة ٢٠٠٧ ، الأمانة العامة للإنتربول، ص ٢٨ .

٩٨- د. علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي أهم الجرائم الدولية ، المحاكم الدولية الجنائية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، ط١، ٢٠٠١، ص ١٩٨- ٢٢٣ .

٩٩- المادة ١ من القانون الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ .

١٠٠- المادة ٢ من القانون الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ .

١٠١- المادة ٥ من القانون الأساسي المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ .

المنهل اللبناني، لبنان - بيروت، ط ١، ٢٠١٠ .

٣- د. راستي الحاج ، الارهاب في وجه المساءلة الجزائية محلياً و دولياً دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان، ط ١، ٢٠١٢ .

٤- د. سلوى الأكيابي، إجراءات القبض والتقديم للمحكمة الجنائية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠١١ .

٥- د. ضياء عبد الله الجابر وآخرون، ابحاث في القانون العام، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، د ط، ٢٠١٣ .

٦- د. علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، ط ١، ٢٠٠١ .

٧- د. علي جميل حرب، نظام تسليم واسترداد المطلوبين تسليم المجرمين في القانونين : الدولي والوطني الموسوعة الجزائية الدولية الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط ١، ٢٠١٥ .

٨- د. منتصر سعيد حمودة، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٨ .

٩- نسرين عبد الحميد نبيه، الجرائم الدولية والإنتربول، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، د. ط، ٢٠١١ .

١٠- د. يوسف حسن يوسف، حقوق تبادل المسجونين بين الدول وفق الاتفاقيات الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط ١، ٢٠١٥ .

### ثانياً : الاطاريح والرسائل

١- احمد محمود حمودي ، التعاون الدولي مع المحاكم الجنائية الدولية في ضوء القانون الدولي العام (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بيروت العربية ، ٢٠١٦ .

٢- فنور حاسين ، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، ٢٠١٢-٢٠١٣ .

٣- لوكال مريم ، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في قمع الجريمة العالمية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة كلية الحقوق بن عكنون ، ٢٠٠٨-٢٠٠٩ .

٤- محمد سعد الله ، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في مناهضة الإرهاب الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون ، ٢٠١٠-٢٠١١ .

### ثالثاً : البحوث

١- د. شعبان ابو عجيبة عصار - د. أبو المعالي محمد عيسى ، الرصد المبكر لخطر

#### سادساً : القرارات والوثائق الدولية

١- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة وثيقة (( AGN/66/RES/5)).

٢- قرار مجلس الأمن ١٦٩٩ في ٢٠٠٦ وثيقة (S/RES/1699/2006) .

٣- قرار الجمعية العامة لمنظمة الإتربول وثيقة AG-2009- RES - 15

٤- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة وثيقة A/RES/71/19 .

٥- اتفاق التعاون مع المحكمة الجنائية الدولية وثيقة AG-2004-RES-16 .

#### سابعاً : التقارير الدولية

١-التقرير السنوي لنشاط المنظمة الأمانة العامة للإتربول للسنوات ٢٠٠٣،٢٠٠٦،٢٠٠٧ .

الجريمة، مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية ، العدد السادس ، كانون الاول، ٢٠١٥ .

٢- د. عبد العزيز حسن الحمادي , نشاط المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) وانشطتها في ضوء القانون الدولي ، بحث منشور في مركز بحوث شرطة الشارقة ، العدد ١٧٢، السنة ٢٠١٣ .

٣- د. نور الدين خازم ، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول ، بحث منشور في مجلة جامعة البعث السورية ، المجلد ٣٨ ، العدد ٥٠ ، السنة ٢٠١٦ .

#### رابعاً : الاتفاقيات الدولية

١- منظومة تسليم المجرمين بين دول الكومنولث لعام ١٩٦٦ .

٢- الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة تمويل الإرهاب لعام ١٩٩٩ .

#### خامساً : المواثيق الدولية

١- القانون الأساسي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإتربول ١٩٥٦ .

٢- النظام العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الإنتربول لعام ١٩٥٦ .

٣- ميثاق روما المنشئ للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ .

# The Role Of International Criminal Police Organization Interpol In The Track And Estanada Criminal

Assit.Tech. Jassim Mohammed<sup>(\*)</sup>

## Abstract

Established International Criminal Police Organization Interpol since 1923 and then continued growth and development and breadth to become the first international organization non- governmental organization concerned with the fight against crimes in various kinds and forms and track arrest on the extradition proceedings to the authorities requesting them The number of its members 193 the State of the time of writing this research, thus become this organization constitute a bulwark stainless general crime and criminals to what is owned of devices and experiences when its training for police officers- holders of law enforcement in the various countries of the member states through the central offices Interpol and deployed in the Lands member states as and is this means bulletins the International issued by the Criminal Police Organization Interpol the development of communication system safe and fast transfer information and data relating to crimes and criminals, where higher than these efforts and possibilities efforts to the State of one or a group of countries due to the inability of these countries for mitigation or reduce the crimes and criminals, especially in light of the development of crimes and criminals in the age of technology and Jump among States and that this it requires cooperation serious and real with the Criminal Police Organization Interpol, but we find that there is the countries came out about this matter or regard to lack of its recognition of bulletins issued by the Interpol or its refusal to deliver its nationals to Other under the pretext of sovereignty or linked to the crime as a political crime prevent the delivery of the perpetrator, which will lead to exacerbate the more crimes and facilitate the escape of the perpetrators of punishment.

---

(\*)Colleg of Law and Political Science/Al -Iraqia Univesity /

# التمييز بين التضامن السلبي والتضامن

م.م. مها نصيف جاسم(\*)

منهم ازاء الدائن بذات الدين وتربطه بالدائن  
رابطة مستقلة ولكن مصدر التزام كل منهم  
مستقل عن مصدر التزام الاخر.

## المقدمة

يمثل التضامن السلبي وصفاً استثنائياً  
وخروجاً على قاعدة انقسام الدين بين  
المدينين قبل الدائن ، هذا وقد تغلب الاستثناء  
على الأصل اذ أصبح التضامن السلبي كثير  
الوقوع في العمل وقل أن نرى دائناً له مدينون  
متعددون في التزام واحد ولا يشترط تضامنهم،  
فالتضامن السلبي يحقق مصلحة أكيدة للدائن  
فبدلاً من أن يقتصر على ماله من ضمان  
عام على أموال مدين واحد فإنه يتركب على  
اشتراط التضامن من أن يشمل ذلك الضمان  
أموال مدينين متعددين لذلك يعدّ التضامن  
السلبي صورة من صورة التأمين ولكنه ليس  
تأمين عيني وإنما تأمين شخصي قوامه تعدد  
أشخاص المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، وهو  
أقوى بلا شك من الكفالة الشخصية، فالالتزام  
كل من المدينين المتضامنين يعدّ التزاماً أصلياً  
بينما يعدّ الالتزام الكفيل التزام تبعي احتياطي  
لالتزام المدين الأصلي فيبطل ببطان الالتزام  
الأصلي في حين أن بطلان التزام احد المدينين  
الأصليين لا يؤثر في قيام الالتزام الباقيين ،  
حيث تعدّ التزاماتهم كلها أصلية<sup>(١)</sup>.

ويقوم التضامن السلبي على فكرة بسيطة  
مؤداها أنه في حالة تعدد المدينين يلتزم كل  
منهم تجاه الدائنين ويعد كل منهم في علاقته

## الملخص

يقوم التضامن السلبي على اساس تعدد  
المدينين بدين واحد في مصدره بحيث يجوز  
للدائن مطالبة المدينين مجتمعين او منفردين  
بالدين المضمون، بمعنى انه يقوم على فكرة  
بسيطة مؤداها انه في حالة تعدد المدينين يلتزم  
كل منهم تجاه الدائنين ويعد كل منهم في علاقته  
بالدائن كمدين بمجموع هذا الدين، فيكون للدائن  
ان يطالب اي مدين يشاء بكل الدين، كما يكون  
لكل مدين ان يبئ ذمته و ذمة سائر المدينين  
معه بوفاء كل الدين للدائن.

وعلى الرغم من ان التضامن السلبي يعد  
وصفاً استثنائياً وخروجاً على قاعدة انقسام  
الدين بين المدينين قبل الدائن، الا ان هذا  
الاستثناء تغلب على الأصل، اذ أصبح التضامن  
السلبي كثير الوقوع في العمل وقل ان نجد دائناً  
له مدينون متعددون في التزام واحد ولا يشترط  
تضامنهم، لذلك يعدّ التضامن السلبي صورة من  
صورة التأمين ولكنه ليس تأمين عيني وإنما  
تأمين شخصي قوامه تعدد أشخاص المسؤولين  
عن تنفيذ الالتزام.

ومع انفراد التضامن السلبي بخواصه، الا  
ان ثمة نظم قد تتشابه به مما يستوجب تمييز هذا  
النوع من التضامن مع غيره من النظم ومنها  
التضامن، وهو الالتزام الذي يتعدد فيه المدينون  
بدين واحد دون تضامن بحيث يلتزم كل مدين

(\*) الجامعة العراقية /كلية القانون

بالدائن كمدین بمجموع هذا الدين فيكون للدائن أن يطالب أي مدين يشاء بكل الدين كما يكون لكل مدين أن يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين معه بوفاء كل الدين للدائن<sup>(٢)</sup>.

ولما كان التضامن السلبي يوجد حينما يكون هناك عدة مدينين يكون كل منهم ملتزماً بكل الدين بحيث يستطيع الدائن أن يطالب أي منهم بكل الدين ، وهو بذلك ينفرد بهذه الخاصية فإن ثمة نظم قد تتشابه به مما يستوجب تمييز هذا النوع من التضامن مع غيره من النظم كالكفالة والتضامم وعدم القابلية للانقسام . وعليه خصصت الباحثة هذا البحث لبيان أوجه الاختلاف والتشابه ما بين التضامن السلبي والتضامن في مبحثين : المبحث الأول مفهومي التضامن السلبي والتضامم ، اما المبحث الثاني لبيان أوجه الشبه والاختلاف بين التضامن السلبي والتضامم .

## المبحث الأول

### مفهوم التضامن السلبي والتضامم

للتعرف على مفهوم التضامن السلبي والتضامم سنجزئ هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول مفهوم التضامن السلبي وفي المطلب الثاني سنبحث في مفهوم التضامم

## المطلب الأول

### مفهوم التضامن السلبي

التضامن لغةً مصدر الفعل : تضامن والضمان مصدر الفعل الثلاثي ضمن، والضمين: الكفيل يقال ضمن الشيء وبه ضمناً وضماناً كفل به وضمناه إياه : كفله ، ويقال ضمن الشيء اضمناه ضماناً فأنا ضامن ، هو مضمون<sup>(٣)</sup> والكافل

والكفيل الضامن ومنه قوله تعالى ( وكفلهما زكريا)<sup>(٤)</sup> ، أي ضمن القيام بأمرها .

وعليه فإن الضمان يعني الكفالة او التزام الغرم وهو لا يكون إلا من جانبين ، والتضامن التزام الغني او القوي معاونة الفقير أو الضعيف يقال ايضاً ضمن الشيء ضماناً يعني كفل به، ويقال ضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عنه، ويقال ايضاً ضامن وضمين وكافل وكفيل، والضمان والكفالة والالتزام وتضامنوا التزم كل منهم أن يؤدي عن الآخر ما يقصر عن إدائه ، فالتضامن بين المدينين لغة يعرف بأنه ( تضامن الغرماء : أي ضمن بعضهم بعضاً تجاه صاحب الحق)<sup>(٥)</sup>

اما في اصطلاح الفقه الإسلامي فقد تعددت تعريفات الضمان عند الفقهاء بتعدد المذاهب الفقهية، فالحنفية عالجوا مسائل الضمان في باب الكفالة وظهرت بصورة جلية صور فقهية عديدة تتشابه مع التضامن السلبي في باب تعدد الكفلاء على نحو ما سنرى قريباً، وقد عرف فقهاء الحنفية الكفالة (الضمان) بتعريفين أولهما :- أنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو بدين أو بعين<sup>(٦)</sup> ، وثانيهما : ضم ذمة إلى ذمة في الدين<sup>(٧)</sup>.

وعن طريق التعريفين السابقين يتبين أن الحنفية يعرفون نظريتين في الضم وهي :-

١- ضم في المطالبة من غير ان تنشغل ذمة الكفيل.

٢- ضم مع شغل ذمة الكفيل بدين الأصيل . والنظرية الثانية هي التي تعيننا لأنها تتفق ومفهوم التضامن السلبي في فقه القانون الوضعي .

اما المالكية فيرون أن الكفالة والضمانة كلها بمعنى واحد وحقيقة الضمان عندهم (شغل ذمة



أخرى بالحق<sup>(٨)</sup>. ويرى المالكية أن الضمان عندهم ينقسم إلى ضمان مال و ضمان وجه و ضمان طلب .

و ضمان المال هو أن يضمن شخص آخر في مال عليه فإنه بذلك يشغل ذمته بذلك المال كما شغلت به ذمة المدين الأصلي بدون أن يتوقف على أمر آخر<sup>(٩)</sup>. وهذا المفهوم للضمان هو ما يوضح معنى التضامن السلبي في القانون الوضعي بجلاء ودقه.

أما ضمان الوجه و ضمان الطلب فهما خارجين عن نطاق البحث و من ثم فلا حاجة لنا بمدلولهما.

أما الشافعية فيذهب إلى أن الضمين و الضامن و الكفيل كلها بمعنى واحد و يطلق الضمان و الكفالة عندهم على التزام الدين و البدن و العين و على العقد المحصل لذلك<sup>(١٠)</sup>، كما يعرفه البعض بأنه (التزام ما في ذمة الغير من المال)<sup>(١١)</sup> .

و عرفه فريق ثالث منهم بأنه التزام حق

ثابت في ذمة الغير<sup>(١٢)</sup>. و يظهر من هذه التعريفات كلها أن الضمان عند الشافعية ثلاثة أقسام :-

١- ضمان الدين .

٢- ضمان رد العين المضمونة .

٣- ضمان بإحضار شخص .

ف ضمان الدين هو ما يلتزم فيه الضامن بما في ذمة المدين من حق بحيث تشغل ذمته بالحق كما شغلت به ذمة المدين الأصلي و هو ما دل عليه قوله (التزام حق ثابت ..) و هذا التصوير لمعنى الضمان يتفق و التصوير الذي ذهب إليه فقه القانون الوضعي لمفهوم التضامن السلبي

أما ضمان رد العين المضمونة و ضمان احضار الشخص فهما خارجان عن نطاق بحثنا و من ثم فلا داعي لبيان احكامها .

أما التضامن عند الحنابلة هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً و لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما<sup>(١٣)</sup>. أما الظاهرية يعرفون التضامن بأنه نقل حق مالي من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن برضاها<sup>(١٤)</sup> .

و يتبين من تعريف التضامن عند فقهاء المسلمين أنهم يكادون يتفقون على أنه ” ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بحق مالي، كما أن جمهور الفقهاء ” المالكية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية و الحنفية في رأي راجح عندهم يتفقون على أن الضامن أو الضامنين يلتزم بعين ما التزم به المضمون عنه و يثبت الدين في ذمتها جميعاً، و يثبت لصاحب الحق المالي مطالبة من شاء منهما ، بينما ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الضم يكون في المطالبة فقط لا في الدين ” بمعنى أن الأصل ملتزم بأمرين و هما المطالبة و الدين اما الضامن فهو ملتزم بأمر واحد هو المطالبة فقط .

أما القوانين العربية فجاءت خالية من تعريف للتضامن بنوعية السلبي و الإيجابي و حسنا فعلت ، و ذلك لأن وضع التعريفات من عمل الفقه لا ينبغي أن يكون من وضع المشرع، و من ثم فقد كانت هناك محاولات من قبل الفقه لوضع تعريف محدد للتضامن ، فعرفه الاستاذ الدكتور حسن علي الذنون ” بأنه هو أن يتعدد المدينون بالتزام واحد قابل للانقسام بطبيعته يكون كل منهم بناءً على اتفاق خاص أو نص في القانون ملزماً بأداء كل الدين عند المطالبة . فالدائن مطالبة أي من المدينين بتنفيذ

كامل الالتزام وليس بوسع المدين الذي طُوبى التمسك بالتنفيذ الجزئي ( بما يعادل حصته فقط)<sup>(١٥)</sup> . وعرفه آخرون بأنه وصف يقوم بالالتزام المتعدد الأطراف فيمنع من انقسامه . ذلك تأسيساً على أن التضامن لا يعدو أن يكون التزاماً موصوفاً<sup>(١٦)</sup> .

في حين عرفه آخرون<sup>(١٧)</sup> ، بأنه حالة يكون فيها كل مدين ملتزماً قبل الدائن بكل الدين إذ يستطيع هذا الأخير أن يطالب أي منهم بكل الدين . وذلك على أساس أن التضامن، ولاسيما التضامن السلبي هو وضع استثنائي على الأقل من الناحية النظرية من الأصل العام الذي يقضي بأنه إذا تعدد المدينون لا يكونون متضامنين ، وأن كان الاستثناء من الناحية العملية قد طغى على الأصل ويندر أن نجد دائناً له مدينون متعددون في التزام واحد ولا يشترط تضامنهم<sup>(١٨)</sup> .

وترتيباً على ما تقدم فإن التعريفات السابقة في مجملها تقرر أن المدينين يكونون متضامنين إذا كان للدائن مطالبة أي منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام . فإذا وفي أحدهم برئت ذمته وضمم الباقيين فلو باع شخص شيئاً لخمسة أشخاص واشترط أن يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن كان له الحق في مطالبتهم مجتمعين أو منفردين وإذا اختار الدائن مديناً معيناً وطالبه بالثمن يكون هذا المدين ملتزماً بالوفاء بكامل الثمن.

فضلاً عن هذه التعريفات السابقة أعطت مدلولاً يكاد يكون صحيحاً للتضامن بوجه عام والتضامن السلبي بوجه خاص إلا أنها تعريفات منتقدة لأنها عرفت التضامن أما بأنه وصف أو حالة ، ووجه الانتقاد إذا تضامن المدينين بوجه خاص ينشأ على عاتق المدينين التزاماً يتميز بوحدة المحل المستحق في نفس الوقت الذي تعدد فيه الروابط<sup>(١٩)</sup> .

من ثم نجد أن التضامن السلبي قد تدخل على سبيل الضمان ليزيل العقبات الناشئة عن تقسيم الدين وليضع المدينين المتعددين على قدم المساواة في مواجهه الدائن<sup>(٢٠)</sup> . هذا فضلاً عن أن رابطة احد المدينين أو بعضهم بالدائن قد تكون موصوفة كما لو كانت مضافة إلى شرط أو معلقة على أجل وقد تكون روابط بقية المدينين به بسيطة<sup>(٢١)</sup> .

وإزاء ما تقدم يمكن ان نعرف التضامن السلبي بأنه حق الدائن في مطالبة ما شاء من المدينين المتضامنين أو جميعهم بكل الدين حتى يكون كل منهم ملتزماً بكل الدين في مواجهته . أما أركان التضامن السلبي وفقاً للتعريف التي اوردها في الفقه الإسلامي والفقه القانوني هي :

١-مضمون له : (الدائن) وهو صاحب الدين.

٢-ضامن : وهو من التزم الأداء مع المدين الأصلي سواء كان واحداً أو متعدداً .

٣-مضمون عنه : وهو المدين الأصلي بالدين (الأصيل) .

٤-مضمون : (محل الضامن ) أي ذلك الذي وقع الضمان بسببه.

٥- الصيغة : وهي ما ينعقد بها الضمان وسواء بعد ذلك كانت صريحة أم ضمنية<sup>(٢٢)</sup> مع الأخذ في الاعتبار أن التضامن الضمني غير التضامن المفترض إذ التضامن لا يقوم على شرط مفترض ولكن يجوز أن يقوم على شرط ضمني<sup>(٢٣)</sup> .

بشرط أن تكون الظروف مرجحه له ولا تدع سبيلاً للشك فيه كما لو تعهد كل مدين مثلاً

بينهم وهذا ما يعرف بالالتزام التضاممي أو المسؤولية المجتمعة<sup>(٢٧)</sup>، فتجتمع مسؤولية عدة اشخاص عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن فيما بينهم<sup>(٢٨)</sup>.

ومثال ذلك قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه انه ” إذا تعاقد شخص مع شركة لنقل البضائع وقام بنفس الوقت بالتأمين على هذه البضائع عند شركة تأمين فإذا حدث نقص في هذه البضاعة التزمت شركة النقل بالتعويض بناءً على عقد النقل والتزمت شركة التأمين بالتعويض بموجب عقد التأمين وبذلك فأنهما يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدرين مختلفين عقد النقل وعقد التأمين ولا يكون هناك تضامن بينهما إذا أن الالتزام التضاممي يقتضي وحده المصدر<sup>(٢٩)</sup>، فيسأل عدة أشخاص عن دين واحد نشأ عن مصدر واحد كعقد أو عمل غير مشروع... الخ. ومن التطبيقات العملية الأخرى للالتزام التضاممي هي :-

- ١- التزام أكثر من مدين بدين النفقة .
- ٢- مسؤولية شركة التأمين والمؤمن له قبل المضرور .
- ٣- مسؤولية البائع والصانع للشيء المبيع قبل المشتري عن العيوب في صناعة الشيء الذي تسبب له ضرراً .
- ٤- مسؤولية كل من المحرض على الاخلال بالالتزام التعاقدية والمتعاقد المخل بالتزامه في مواجهه المتعاقد المضرور .
- ٥- في دعاوى المباشرة حيث يكون أمام الدائن شخصان مسؤولان عن الدين المدين ومدين المدين .
- ٦- مسؤولية المنيب و المناب قبل المناب لديه في الإنابة الناقصة .

بنفس الدين في التزام مستقل فأن ذلك ما يستخلص منه التضامن . ومما سبق يتضح لنا عن طريق تعريف الفقه الإسلامي والقانون المدني للتضامن السلبى في أنهما يتفقان في الجملة في أن المدينين المتضامنين يكون كل واحد منهم مسؤولاً نحو الدائن عن كل الدين، لأن التضامن يقتضي التزام كل مدين بأن يؤدي عن الآخر ما قصر في أدائه ، فالضامن يلتزم بما التزم به الأصيل وللدائن أن يرجع على كل واحد منهما دون أن يكون له الحق في الدفع بالمطالبة بالرجوع على الآخر، ولذا فأن رجوع صاحب الحق على الضامن كرجوعه على الأصيل .

## المطلب الثاني

### مفهوم التضامم

يقصد بالتضامم الحالات التي يكون فيها اشخاص مسؤولين عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن بينهم<sup>(٢٤)</sup> .

كما عرفه البعض الآخر بأنه تعدد احد طرفي الالتزام بذات المحل مع تعدد مصادره دون تضامن أو عدم قابلية للانقسام<sup>(٢٥)</sup> .

وهناك من عرفه بأنه الالتزام الذي يتعدد فيه المدينون بدين واحد دون تضامن إذ يلتزم كل مدين منهم ازاء الدائن بذات الدين وتربطه بالدائن رابطة مستقلة ولكن مصدر التزام كل منهم مستقل عن مصدر التزام الآخر<sup>(٢٦)</sup>. ومن هذه التعاريف يتضح لنا أن من المتصور أن يتعدد المدينون ويلتزمون بالتزام واحد إلا أن التزام كل منهم قد نشأ عن مصدر يختلف عن المصدر الذي نشأ عنه التزام الآخر فلا يكون هؤلاء المدينين متضامنين فيسأل كل منهم عن الدين بأكمله بغير أن يكون هناك تضامن فيما

٧- مسؤولية كل من المدين والكفيل قبل كفيل الكفيل الذي اوفى بالدين للدائن .

والقاسم المشترك في هذه الحالات هو تعدد المدينين، وبالتالي تعدد الالتزامات وتميزها بالرغم من تماثلها لاختلاف المصدر ولذلك لا يمكن أن يكون هناك مجال لنظام التضامن<sup>(٣٠)</sup>.

أما أساس الالتزام التضامني في فقد اختلف الفقهاء فيه إذ ذهب رأي في الفقه إلى أن التضامم هو نوع من التضامن إذ يوجد حسب وجهة نظرهم نوعان من التضامن هما التضامن الكامل الذي ينتج كل الآثار الرئيسية والثانوية والتضامن الناقص الذي يعطي للدائن الحق في مطالبة أي واحد من المدينين بكل الدين ولكن لا ينتج الآثار الثانوية للتضامن ويرى هؤلاء الفقهاء أن الآثار الثانوية للتضامن تفترض وجود نيابة ضمنية بين المدينين ولكن في بعض الأحيان يستحيل أن يسمح بوجود هذه النيابة أما بسبب أن المدينين لا يعرفون بعضهم البعض ولم يكونا قد اتفقوا على الالتزام معاً.

وأما بسبب أن محل التزامهم ذو طبيعة غير مشروعة يبطل كل نيابة معطاة ففي هاتين الحالتين لا يمكن نيابة المدينين بعضهم عن البعض الآخر فأن الآثار القانونية للتضامن يجب أن تزول ، ولذلك خلص هؤلاء الفقهاء إلى أن التضامن إذا كان مصدره الاتفاق فهو تضامن كامل دائماً أما إذا كان مصدره نص القانون فإنه يكون تارة كاملة وتارة اخرى ناقصة وفقاً لما إذا كان هذا النص يقيم التضامن مباشرة بين المدينين فيكون تضامناً ناقصاً أو أنه يقتصر دوره على أن يجعل للدائن الحق في أن يطالب عدة مدينين بدين واحد وبدون أن تكون بينهم نيابة تبادلية فيكون تضامناً ناقصاً<sup>(٣١)</sup>.

وقد تعرض هذا الاتجاه إلى انتقادات عنيفة من غالبية الفقهاء الفرنسيين<sup>(٣٢)</sup> إذا لا يوجد إلا نوع واحد من التضامن هو التضامن الكامل والالتزام التضاممي الذي يطلق عليه تسمية التضامن الناقص ليس شكل من الالتزام بل هو نظام مستقل تماماً<sup>(٣٣)</sup> . واهم الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية هي :-

١- إن هذه النظرية لا سند لها في القانون وهي تقوم على أساس استبدادي لأن وجود النيابة التبادلية بين المدينين أو غيابها يخضع للتقدير الشخصي .

٢- كما أنها تنسب للتضامن معنى مختلفاً كما ورد في نصوص القانون فضلاً عنها أنها أدت إلى تقسيمات مختلفة وأن كانت ذات أساس تاريخي يرجع إلى فترة القانون الروماني إلا أن القانون المدني الفرنسي هجرها<sup>(٣٤)</sup> .

وازاء هذه الانتقادات التي وجهت إلى نظرية التضامن الناقص بوصفها أساساً للالتزام التضاممي ذهب جانب من الفقه في فرنسا منهم (مازوستارك) إلى أن الالتزام التضاممي ينتج مع طبيعة الأشياء فمصدر التضامن هو الاتفاق أو القانون

أما نظام التضامم فإنه يوجد خارج كل النصوص التشريعية وخارج كل شرط اتفاقي بسبب أنه ينتج من السببية (causalite)<sup>(٣٥)</sup> إذ يجعل القانون مدينين متعددين مسؤولين عن دين واحد نحو دائن واحد فيكونون هؤلاء المدينون متضامنين في هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم ففي الالتزام بالتضامم كل مدين يلتزم بمقتضى السبب الخاص به<sup>(٣٦)</sup> .

ولقد تعرضت هذه النظرية للانتقادات ايضاً فغالباً لا توج دبين الفاعلين قسمة سببية بمعنى

## المبحث الثاني

### التمييز بين التضامن السلبي والتضامن

ومن أجل التمييز بين التضامن السلبي والالتزام التضاممي لابد من الوقوف على أوجه الشبه والاختلاف لكل منها وذلك من حيث المصدر والآثار والطبيعة وعلى النحو الآتي :-

#### المطلب الأول

#### أوجه الشبه والاختلاف بين التضامن السلبي والالتزام التضاممي من حيث المصدر .

إن ما يجمع بين التضامن السلبي والتضامن هو أنه يوجد في كل من الالتزامين مدينون متعددون فالطرف المدين ليس شخصاً واحداً بل شخصين أو أكثر يلتزمون بذات الدين أمام ذات الدائن<sup>(٣٩)</sup>.

إلا أنهما يختلفان بعد ذلك من حيث المصدر فالالتزام التضاممي يجد مصدره في طبيعة الأشياء ذاتها أما التضامن فمصدره الاتفاق أو القانون ، ففي التضامن يوجد على عاتق كل من المدينين منذ البداية التزام بكل الدين التزام بأداء مماثل لا يقبل التجزئة ويرجع ذلك إلى تعاصر التزامات متميزة ولكنها ترمي إلى هدف واحد، وهذه الالتزامات المتماثلة تنشأ نتيجة الصدفة المحضة أو نتيجة لظروف معينة لا دخل للدائن فيها<sup>(٤٠)</sup>.

بينما في التضامن الاتفاقي نجد أن هذا التضامن يركز على اتفاق مسبق بين المدينين

قسمة المسؤولية عندما يمكن تحديد الدور الفعال لأي سبب من أسباب الضرر كذلك كيف يفهم الرجوع بين المسؤولين وأخيراً يوجد اعتراض حاسم وذلك عندما يتضمن الضرر عدة عناصر وكل عنصر ينتج من فاعل مستقل إذ لا يوجد التزام بالتضامن في هذه الحالة طبقاً لهذه النظرية<sup>(٣٧)</sup>.

وأمام هذه الانتقادات ذهب رأي من الفقه يبدو موقفاً في تحديد الأساس القانوني للالتزام التضاممي ، والذي يعد هذا الالتزام نوعاً من الضمان في يد القضاء يحكم به في بعض الحالات متى كانت مصلحة المتضرر تقتضي هذا الضمان في حصوله على حقه في التعويض عند الدائنين .

ويلاحظ أن هذا الاتجاه يأخذ بنظر الاعتبار سلطة القاضي التقديرية من جهة ويتفق مع القانون والعدالة من جهة أخرى فالقانون يلزم من أحدث الضرر بتعويضه والعدالة ترفض أن يكون في تعدد أسباب الضرر اجحاف بالمتضرر عندما يكون أحد المتسببين في الضرر سواء أكان ذلك في نطاق المسؤولية التعاقدية أم التصيرية معسراً أو غير معروف مثلاً أو لا يمكن تحريك الدعوى ضده لأي سبب كان<sup>(٣٨)</sup>.

ومن أجل التمييز بين التضامن السلبي والالتزام التضاممي لابد من الوقوف على الخصائص المميزة لكل منها وذلك من حيث المصدر والآثار والطبيعة وذلك على النحو الآتي:-

## المطلب الثالث

### أوجه الشبه الاختلاف بين التضامم والتضامن السلبي من حيث الطبيعة

في التضامن السلبي نظراً لطبيعة انقسام الدين على جميع المدينين المتضامنين . إذ يكون لمن وفي منهم بالدين للدائن أن يرجع على الآخرين كل بقدر حصته في الدين وحق الرجوع هذا اما أن يكون بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول<sup>(٤٤)</sup>.

أما في الالتزام التضاممي فإن الرجوع فيه ليس مبدأ عاماً حيث يتوقف الأمر على طبيعة كل حالة من حالات التضامم على حدة فمثلاً نجد أن الرجوع مستبعد في الحالات التي يكون فيها تامين على المسؤولية ، فشركة التامين إذا دفعت التعويض المستحق للمضرور طبقاً لأحكام عقد التامين ليس لها أن ترجع بعد ذلك على المؤمن عليه لتطالبه بهذا المبلغ .

وفي حالة مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه نجد أن المضرور إذا رجع على التابع وأخذ منه مبلغ التعويض فإن التابع لا يكون له حق الرجوع على المتبوع ليطالبه بهذا المبلغ<sup>(٤٥)</sup>.

وهكذا نجد أنه لا توجد قاعدة عامة في انقسام الدين بالنسبة للالتزام التضاممي بينما نجد أن القاعدة العامة في التضامن السلبي هو انقسام الدين على جميع المدينين المتضامنين على التفصيل السابق بيانه<sup>(٤٦)</sup>.

والدائن على عدم انقسام الدين بينهم إذ يلتزم كل منهم بأداء الدين كاملاً وهنا فضلاً عن تعدد الروابط إلا أن كل المدينين يلتزمون بشيء واحد .

أما في التضامم فلا يوجد ثمة اتفاق بين المدينين والدائن بأن يضعوا ديونهم معاً في دين واحد قبل الدائن فشركة التامين مسؤولة عن تعويض الضرر بالكامل في مواجهة المضرر لأن عقد التامين يلزمها بذلك<sup>(٤٧)</sup> .

## المطلب الثاني

### أوجه الشبه والاختلاف بين التضامم السلبي من حيث الآثار

للدائن في كل من التضامن السلبي والتضامم أن يرجع على اي من المدينين ليطالبه بكل الدين ويترتب على الوفاء بالدين من احد المدينين براءة ذمة الباقيين جميعاً<sup>(٤٨)</sup>.

إلا أن التضامن السلبي يختلف عن التضامم من حيث أنه يستوجب وجود مصلحة مشتركة بينهم ، ومن ثم هناك نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفعهم فيستفيد سائر المدينين من أي عمل يقوم به احدهم ويحقق نفعهم<sup>(٤٩)</sup>.

وينشأ عن هذه النيابة آثار ثانوية يقرره الفانون نفسه أو يقرره القضاء في بعض الاحوال بينما لا ينتج التضامم أيأ من هذه الآثار الثانوية لعدم وجود مصلحة مشتركة بين المدينين ، ومن ثم تعدد النيابة التبادلية فيما بينهم .

## الخاتمة

توصل البحث إلى جملة من النتائج هي :-  
١- يقوم التضامن السلبي على أساس تعدد المدنيين بدين واحد في مصدره إذ يجوز للدائن مطالبة المدنيين مجتمعين أو منفردين بالدين المضمون .

٢- التضامن السلبي يعني - في رأينا - حق الدائن في مطالبة من يشاء من المدنيين المتضامنين أو جميعهم بكل الدين حين يكون كل منهم ملتزماً بكل الدين في مواجهته .

٣- التضامم هو الالتزام الذي يتعدد فيه المدنيون بدين واحد دون تضامن إذ يلتزم كل مدين منهم ازاء الدائن بذات الدين وتربطه بالدائن رابطة مستقلة ولكن مصدر التزام كل منهم مستقل عن مصدر التزام الآخر .

٣- يتشابه التضامن السلبي والتضامم من حيث أنه يوجد في كل من الالتزامين مدنيون متعددون فالطرف المدين ليس شخصاً واحداً بل شخصين أو أكثر يلتزمون بذات الدين امام ذات الدائن.

٤- للدائن في كل من التضامن السلبي والتضامم أن يرجع على أي من المدنيين ليطالبه بكل الدين ويترتب على الوفاء بالدين من احد المدنيين براءة ذمة الباقيين جميعاً.

## الهوامش

١- د. اسماعيل غانم، لنظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام والاثبات، ج٢، مصر، ١٩٩٦، ص٣.

٢- د. رمضان ابوالسعود، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٦٨.

٣- لسان العرب لابن منظور ، المجلد الثاني، اعداد وتصنيف يوسف الخياط و نديم مرعشلي ط١، بيروت باب الضاد ، ص٥٥٠

٤- سورة ال عمران، اية رقم (٣٧)

٥- المنجد الابجدي ، طه ، دار المشرق ، بيروت، ١٩٨٧، ص٢٥٨

٦- الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج٤، ط١٣٨٦، ص٢٥٢، ص٣٤٦

٧- الهداية على العناية للبايرتي، ج٥ ، بولاق، ١٣١٨هـ، ص٣٨٩

٨- الشرح كبير للدريري، ج٥، ط٢، ١٣٢٩، ص٩٦

٩- منح الجليل للشيخ عيش، م طبعة بولاق ١٢٩٤، ج٣، ص٢٤٣

١٠- نهاية المحتاج لشهاب الدين الرملي، ج٤، ط١، مصطفى الحلبي، ١٣٧٥هـ، ص٤٣٢

١١- شرح الجلال للمحلي، ج٢، ط١، محمد صبيح، ص٣.

١٢- مغني المحتاج للشربيني الخطيب، ج٢، ١٩٣٢، ص١٩٨

١٣- المغني لأبن قدامة، ج٥، ١٩٧٢م-١٣٩٥هـ، ص٧٠

١٣- المحلى لابن حزم الظاهري، ج٨ ، ١٣٥، ص١١١.

١٥- د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام - احكام الالتزام - اثبات الالتزام، الجامعة المستنصرية ، ١٩٧٦ ، ص٤١٣ . د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام احكام التزام ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص٢٣٠

١٦- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام - احكام الالتزام ، بدون دار نشر، ١٩٧٤، ص٣٣٦ ود. صلاح الدين ناهي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، بدون دار نشر ، ١٩٥٠ ، ص٣٤٦ ، ود. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، ج٢، دار المعارف ، مصر ، ص٢٧٩ ، ود. عبد الودود يحيى ، دروس في احكام الالتزام ، دار النهضة العربية، مصر ، ص١٤١

١٧- د. محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري ط١٩٨٧، ج٣، ص٨٧٨-٨٧٩. ود. فتحي عبد الرحيم دروس في احكام الالتزام ، ١٩٧٧، ص١٧٥

١٨- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٣، مصدر سابق ، ص٢٥٩.



التضامني ليقابله الالتزام التضامني السنهوري ،  
مصدر سابق، ص ٣٢٢

٢٨- د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة  
للالتزام، احكام الالتزام - بدون دار نشر، ٢٠٠٠،  
ص ٣١

٢٩- نقض مدني في ١٧ ابرابر، ١٩٦٦، مجموعة  
احكام س١٧ق - ٤٦- ص ٣٢٩

٣٠- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام  
، احكام التزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية  
، ٢٠٠٣، ص ٣٣ وكذلك د. صبري حمد خاطر،  
النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، بدون دار  
نشر، ٢٠٠٦، ص ٢٢٤-٢٢٥

31 -C.Aubryetc.Ran :coursed droit civil  
français, T.4, par Bartin 6ed, Edtechni-  
ques , paris , p298.

٣٢- غني ريسان جادر، تعدد المسؤولين واثره على  
ضمان حق المتضرر، اطروحة دكتوراه، جامعة  
بغداد، ٢٠٠٦، ص ١٤

33 -Riper et Boulanger,traite de droit civ-  
il, t.2, paris, 1957 p.663

٣٤- د. محمد جاد ، احكام التزام التضامني مصدر  
سابق ص ٣١.

35 -Mazeaud:lecons de droit civil ,p.689

36 -starck : droit civil , obligations , 2ed  
paris, 1986 p.727

٣٧- نواف حازم خالد، الألتزام التضامني، اطروحة  
دكتوراه مقدمة الى جامعة الموصل، ١٩٩٩، ص  
٢٦

٣٨- د. غني ريسان جادر ، تعدد المسؤولين واثره على  
ضمان حق المتضرر ، مصدر سابق ص ١٨-١٧

٣٩- د. محمد جاد محمد جاد ، احكام الالتزام التضامني  
، مصدر سابق، ص ١١٣

٤٠- د بيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام ،  
مصدر سابق، ص ٢٣٤. ليث عبد الرزاق الأنباري  
، الالتزام التضامني ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل  
، ص ٦٤.

٤١- د. اسماعيل عبد النبي شاهين ، مصدر سابق ، ص  
٤٦

١٩- وتطبيقاً لهذه المبادئ جاء في حكم محكمة النقض  
المصرية "ان تفسير القواعد الخاصة بالتضامن  
السلبى والايجابى منوط بفكرتين هما وحدة الدين  
وتعدد الروابط ومن مقتضى الفكرة الاولى للتضامن  
السلبى أن يكون كل المدنين المتضامين ملتزماً في  
مواجهه الدائن بالدين كاملاً غير منقسم وللدائن ان  
يوجه مطالبته الى من يختاره منهم على انفراد او  
اليهم مجتمعين ... ومن مقتضى الفكرة الثانية ان  
كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة وتمييزة عن  
الروابط التي تربط المدنين الآخرين بهذا الدائن"  
نقضي مدني في ١٦/١٦ اذار / ١٩٦١ مجموعة احكام  
النقض س ٣١ رقم ٢٣٤.

٢٠- د. نبيل ابراهيم ، التضامن ومبدأ عدم افتراض  
التضامن ، مصدر سابق، ١٩٨٦، ص ١٦.

٢١- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق ،  
ص ٨٨١

٢٢- د. نبيل ابراهيم ، التضامن ومبدأ عدم افتراض  
التضامن ، دراسة تحليلية مقارنة، بدون دار  
نشر، ١٩٨٦، ص ١٦.

٢٣- عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٢٦٣  
- ٢٦٥.

٢٤- البيه محسن ، التضامن والتضامم في قضاء  
محكمة الاستئناف العليا الكويتية ، بالقضائين  
الفرنسي والمصري ، ج ٢، مجلة الحقوق والشريعة  
، كلية الحقوق والشريعة، المجلد ١٣ ، جامعة الكويت  
العدد الرابع، ١٩٨٩، ص ١٠٥

٢٥- د. محمد جاد محمد جاد ، احكام الالتزام التضامني  
، بدون دار نشر ، ٢٠٠٣، ص ١٠٩

٢٦- د. محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزامات  
في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة  
القاهرة، بدون سنة طبع ، ط ٣، ص ١٦٢

٢٧- ويطلق عليه في القانون الفرنسي Obligation  
in solium " او total «Obligation» كما  
يفضل البعض ان يطلق عليه في مجال المسؤولة:  
المسؤولية المجتمعة "Responsabilite"

collective «G. marty et P.Roynud,Droit  
Les obligotions, No 797.p800 وفي  
الفقه العربي سمي ايضاً المسؤولية المجتمعة ولكن  
يؤثر الاستاذ الكبير السنهوري ان يسميه الالتزام



٧- محمد بن محمود البابر تي، الهداية على  
العناية، ج ٥، دار الفكر، بولاق، ١٣١٨هـ.

٨- مغني المحتاج الأمام محمد خطيب  
الشربيني، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

### ثالثاً: الكتب القانونية

١- أنور سلطان، النظرية العامة  
للاللتزام، ج ٢، دار المعارف، مصر .

٢- حسن علي الذنون، النظرية العامة  
للاللتزامات، مصادر الللتزام - أحكام  
اللتزام- إثبات الللتزام، الجامعة المستنصرية  
، ١٩٧٦ .

٣- حسن علي الذنون ود. محمد سعيد  
الرحو، الوجيز في النظرية العادة لللتزام  
احكام التزام، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٤ .

٤- صبري حمد خاطر، النظرية العامة  
للاللتزام، احكام الللتزام، بدون دار نشر، ٢٠٠٦ .

٥- صلاح الدين ناهي، الوجيز في النظرية  
العامة لللتزام، بدون دار نشر، ١٩٥٠ .

٦- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في  
شرح القانون المدني الجديد، ج ٣، الإسكندرية،  
منشأة المعارف، ٢٠٠٤ .

٧- عبد الودود يحيى، دروس في احكام  
اللتزام، دار النهضة العربية، مصر .

٨- فتحى عبد الرحيم دروس في احكام  
اللتزام، ١٩٧٧ .

٩- محمد جاد محمد جاد، احكام الللتزام  
التضاممي، بدون دار نشر، ٢٠٠٣ .

١٠- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية

٤٢- د. أنور سلطان، النظرية العامة لللتزام، مصدر  
سابق، ص ٢٦٨

٤٣- د. مصطفى عبدالحميد عدوي، مصدر سابق، ص  
٣١٤

٤٤- د. لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٣٤١

٤٥- د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٣٨

٤٦- د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ٣٧

### قائمة المصادر والمراجع

#### أولاً: كتب اللغة

١. لسان العرب لابن منظور، المجلد  
الثاني، اعداد وتصنيف يوسف الخياط و نديم  
مرعشلي ط١، بيروت باب الضاد .

٢. المنجد الابجدي، ط ٥، دار المشرق،  
بيروت، ١٩٨٧ .

#### ثانياً: كتب الفقه الإسلامي

١. ابن حزم الظاهري، المحلى، دار الافاق  
الجديدة، بيروت، بدون سنة طبع، ح ٨ .

٢. ابن عابدين، الشيخ محمد امين، الدر المختار  
شرح تنوير الابصار، ج ٤، ط ١٣٨٦، ٢هـ .

٣. أبي البركات احمد بن محمد العدوي  
الشهير بالدردير، الشرح الكبير، دار احياء  
الكتب العربية، ج ٥، ط ٢، ١٣٢٩ .

٤. أبي عبدالله الشيخ محمد احمد عليش، منح  
الجليل، مطبعة بولاق ١٢٩٤، ج ٣،

٥. أبي محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة،  
المغنى ٥، ١٩٧٢م-١٣٩هـ .

٦. شهاب الدين الرملي نهاية المحتاج، ح ٤،  
ط مصطفى الحلبي، ١٣٧٥هـ .

#### خامساً : الكتب الاجنبية

1.C.Aubryetc.Ran :coursed droit civil francais, T.4, par Martin 6ed, Edtechniques , paris , p298.

2.Mazeaud:lecons de droit civil, t.2, Paris, 1966,

3.Riper et Boulanger,traite de droit civil, t.2, paris, 1957

4.starck : droit civil , obligations, 2ed par is, 1986

الالتزام - احكام الالتزام ، بدون دار نشر، ١٩٧٤ .

١١- محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري ط٣، ١٩٨١

١٢- محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة، بدون سنة طبع ، ط٣.

١٣- مصطفى عبد الحميد عدوي ،النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام - بدون دار نشر، ٢٠٠٠.

١٤- نبيل ابراهيم ، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن ،دراسة تحليلية مقارنة، بدون دار نشر، ١٩٨٦.

١٥- نبيل ابراهيم سعد ،النظرية العامة للالتزام ،احكام التزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٣، ص ٣٣ .

#### رابعاً: البحوث والرسائل الجامعية

١.الالتزام التضامني ،اطروحة دكتوراه للطالب نواف حازم خالد، مقدمة الى جامعة الموصل ، ١٩٩٩

٢.تعدد المسؤولين واثره على ضمان حق المتضرر اطروحة دكتوراه تقدم بها الطالب غني ريسان جادر، جامعة بغداد ٢٠٠٦،

٣. البيه محسن ، التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية،بالقضائين الفرنسي والمصري ، ج٢، مجلة الحقوق والشريعة ،كلية الحقوق والشريعة، المجلد ١٣ ، جامعة الكويت العدد الرابع، ١٩٨٩

# Distinguishing between Negative Solidarity and Concurrence

Asst. Lect. Maha Nusaif Jassim<sup>(\*)</sup>

## Abstract

Negative solidarity is based on the multiplicity of debtors with one debt at its source, so that the creditor may claim the debtors collectively or individually with the secured debt, in the sense that it is based on a simple idea that: in the case of multiple debtors, each of them shall be bound by the creditors and each of them shall be considered as a total debtor. The creditor may claim any debtor he wishes for all the debt, and each debtor shall have the right to discharge the debt of the other debtors with him by paying all the debt to the creditor.

Although negative solidarity is considered as an exceptional description, and a departure from the basis of the division of debt between debtors before the creditor, this exception has overcome the original. For negative solidarity has become popular in practical life, and it is rare to find a creditor with multiple debtors in one commitment, and does not require solidarity. Therefore, negative solidarity is one form of insurance, but not a corporeal insurance, but personal insurance, based on the multiplicity of persons responsible for the implementation of the obligation.

While negative solidarity is unique in its characteristics, there are similar systems that may require differentiation of this type of solidarity with other systems, such as the commitment in which multiple debtors with one debt without solidarity, where each of them owes to the creditor with the same debt and linked to the creditor independent, but the source of commitment is independent from each other.

---

<sup>(\*)</sup> College of Law/AlirIraqiyah University



# Contents

## Research and Studies

Editor.....	13
- The Effect of Election and Party Systems on the Efficacy of the Control Role of Parliament	
Prof. Dr. Haider Adham Abdulhadi.....	42
- The consumer right of with drawalaMeans to achieve the contractual balance in the electronic contracting	
Prof .Dr. Ahmed salman S. AL - Saadawi	
Prof.Dr.SadamFaisalK. Al- Muhammadi.....	70
- Power of the Executive in Facing Parliament In Mixed Parliamentary System	
Assit. Prof. Dr. Kadhim Ali Abbas.....	104
-Civil Liability Of Hotels Towards Victims Of Sex Trafficking Study In U.S and Iraqi Laws	
Assit.Prof.Dr.Haider Flaih .....	132
- Legal Nature of Mediation as an Alternative to Resolving Disputes	
Asst. Prof. Um Kulthoum Sabih Muhammed	
Dr. Sabah Ramadan Yaseen.....	164
- Fictitiousness	
Dr. Amaal Ahmed Naji.....	176
- Privacy Of The Medical Contact	
Teach. Nadia K. Zuhai.....	190
-The Role Of International Criminal PoliceOrganization InterpoleInThe Track And Estanada Criminal	
Assit.Tech. Jassim Mohammed .....	222
- Distinguishing between Negative Solidarity and Concurrence	
Asst. Lect. Maha Nusaiif Jassim.....	235

## 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:

<b>Law(I)</b>	PublicInternational Law LI/003
<b>Department of Criminal Law(LP)</b>	Common Market Law LI/004
Criminal Law &Producer Lp/001	InternationalOrganization LI/005
Military Law LP/002	InternationalEconomicLaLI/006
Penology Lp/003	Human Rights LI/007
Criminology LP/004	InternationalLaw Of Sea LI/008
Criminal Policy LP/005	EnvironmentInternationalLI/009
Criminal Private Law LP/006	Setting International disputLI/010
<b>DepartmentofInternational Law(LI)</b>	International Law of Human Rights LI/011
International Law LI/001	Humanitarian International Law LI/012
Private International LI/002	

prepared in a new way for the Journal provided that the researcher refers to this providing sufficient data concerning the thesis title, the discussion date and the university where the discussion took place.

-A research should be within the field of the Journal's goals and research concerns.

-The Journal is interested in critical reviews of important books recently published in the fields of its specialization in any the languages, provided that these books published not more than three years. A review does not exceed 2800-3000 words. Books reviewed should be within the field of the researcher's specialization or his basic research interests. Book reviews are subject to the same assessment criteria followed in the assessment of researches.

-The Journal devotes a special forum for the discussion of an idea, a theory or an issue raised in the field of social studies. The number of words in the discussion does not exceed 2800-3000 words. Discussions are subject to the same assessment criteria.

-The number of a research words, including references to sources and footnotes, bibliography, list of words of tables, if any, and annexes, if any, are between 8000 and 10,000 words. The journal may publish, in its discretion and in exceptional cases, some research and studies whose words exceed the number of words mentioned above

-Charts, figures, equations, graphs or tables are to be sent in the way they are originally used in Excel or Word. They be supplemented a good quality original pictures in a separate file as well.

-Researches and studies may published in Arabic or English.

**Fourthly:** Each research is subject to a complete confidential assessment conducted by two readers (referees) who are competent and specialized in the subject of the research, have the academic expertise of what has been accomplished in concerned field and who are accredited in the list of readers in Bayt al-Hikma. In case there are contradictions in assessment results, the research is sent to a third reader. The Journal is committed to provide the researcher with its final decision: publishing / publishing after making specific amendments / apologies

## Author Guidelines

The “Journal of Legal Studies“ depends, in the selection of its content, certain formal and intellectual specification as they are manifested in the international refereed journals, according to the following:

**Firstly:** the search has to be original specially prepared for the Journal, not published in full or in any other way, in paper or electronically, or presented in an academic event held Beit al-Hikma or organized by any other party.

**Second:** a C.V., in both Arabic and English, must be attached to the research.

**Third:** The research should include the following elements:

-Research title in Arabic and English and a brief introduction to the researcher and the academic foundation where s/he works in an independent page.

-An abstract of the research in Arabic and English in about 250-300 words, followed by the key words. The abstract should state the in short, accurate and clear sentences the main problem of research, methods used and conclusions.

-The identification of research problem, objectives of the study, its significance, the critical reviews written including the latest materials published on the subject, defining the specifications of the research hypothesis, the conceptual perception and its main indicators, a description of methodology, analysis, results, and conclusions; provided that a list of sources and references referred to by the researcher or used in the research body. The list should include the research date in its original foreign language in case of using several sources in several languages.

-A research should abide by documentation conditions in accordance with the reference assignment depended by Bayt al-Hikma which is compatible with the international standards research methodology.

-The Journal does not publish chapters or researches taken ready made from university endorsed theses except for certain cases where they are

## The Journal Objectives

Intellectual property rights: Bayt al-Hikma ( The House of Wisdom ) owns the intellectual property rights of the articles published in its academic journals and may not be reproduced in whole or in part, either in Arabic or translated into foreign languages, without express written permission from Bayt al-Hikma.

- Journal of Legal Studies complies with the publication of translated articles in full compliance with a permission of the foreign periodical ; and complies with the respect of intellectual property rights.

- Free Publishing : Journal of Legal Studies is committed to free publication, and exempts researchers and authors from all publishing fees.

Journal of Legal Studies is a referee semi-annual periodical issued by Bait al-Hikma, carrying the international standard number (ISSN2223-819)It is specialized in legal academic studies and research, supervised by a cadre of experts and academics from various Iraqi and Arab universities. It is published in hard and doft copies (paper and electronic). It aims to:

- 1 -.Publish and disseminate academic research, which has not been published previously, prepared by researchers in the academic fields related to legal issues, and encourage researchers to publish their academic output in the Journal , in order to enrich and develop academic research in these fields. .

2. Provide the opportunity for academic assessment and evaluation of research by subjecting research to the academic opinion which assesses the academic and methodological aspects in academic research.

- 3.consolidate and strengthen academic links and to intellectual ties between the Legal Studies Department, scholars and the corresponding institutions of mutual interest, in addition to achieve scientific communication and to create channels of communication between specialists in the legal field.

- 4.Address contemporary humanitarian issues in the context of academic research and enrich knowledge within the framework of law and employing it in the service of humanity.

- 5.Follow up academic movement trends within the scope of law in different branches by following up academic results of all research issued by educational institutions and research centers, as well as follow up modern legislation and new judicial trends

## The Journals Vision

The vision of Legal Studies Journal is that law may be different of all other branches of knowledge as a branch in the process of permanent formation ; hence , it assimilates the methodologies of all other branches and their approaches within its open methodology, including the approaches of scientific branches . Within the framework of this vision, the Journal encourages research and studies based on statistical tables and field surveys that bring law closer to the field of experimentation, thus making it interactive with other branches . The Journal also seeks to stimulate Arab legal research in all its methods. However , it pays special attention to the researches that are concerned with new and emerging issues, questions and concepts , including the new East-Orography treatments of a law that appears to be “accomplished”. The science of law is defined as the science of research and exploration regardless of the chronology of legal times and times . It is not only the law of the past but also the understanding of the law of the future, without confusing it with the philosophy of teleological law.





# Law Studies

Quarterly journal issued by Department of Historical Studies In BaytulHikma

No.(48) Baghdad-2019

## **Editor -In-Cheif**

Prof. Dr.Hanan M. Al kais/Al-Mustansiriya/Iraq

## **Editor Manager**

Dr. Thakra Inam Ghaeb/ BaitAl-Hikma/Iraq

## **Editonial Board**

**Prof. dr. Ahmed Abdel - / Assiut University/ Egypt**

**Prof. dr. El Tayeb Belwadeh / Boudiaf University /Algeria**

**prof. dr. Tamem Taher Ahmed/ Al-Mustansyriah/Iraq**

**Prof. dr. Jawad Alrabaa/ University of Ibn Zahr Agadir / Morocco**

**prof. dr. Said Ghafil / University of Kufa/Iraq**

**Prof. dr. Amer Zagher / University of Missan/Iraq**

**Prof. dr. Amer Ayash Abd / University of Tikrit/Iraq**

**prof. dr. Abdul Ali Swadi / University of Karbala/Iraq**

**Prof. dr. Adnan Aajel / University of Al-Qadisiyah/Iraq**

**prof. dr. Fawzi Hussein Salman / University of Kirkuk/Iraq**

## **Linguistic Correction**

Dr.Khmael shaker Ghanim(ArabicLanguage)

Lect.Rania AdnanAziz (English Language)