

سهڻ نقڙيسهر

پ.د. قاسم أحمد قاسم

زانكويآ دهوك

سكرتيرئ نقڙيسينئ

پ.ه. د. فرهاد سعيد سعدي

زانكويآ دهوك

ئه ندامين دهسته يا نقڙيسينئ:

- 1- پ.د. عصمت عبدالمجيد بكر، زانكويآ جيهان، ياسا شارستاني؛
- 2- پ.د. فخري عبدالرزاق الحديثي، زانكويآ بهغداد، ياسا تاواني؛
- 3- پ.د. حسين توفيق فيض الله، زانكويآ سهلاحه ددين، ياسا بازرگاني ومافئ هزروبيران؛
- 4- پ.د. اكرم ياملكي، زانكويآ جيهان، ياسا بازرگاني؛
- 5- پ.د. اكرم محمود حسين البدو، زانكويآ مووسل، ياسا شارستاني؛
- 6- پ.د. خلو ق ضيف الله اغا، زانكويآ زانستين ئيسلامئ يا جيهانئ -ئوردن، شهريعه تا ئيسلامئ وبارئ كه سايه تي؛
- 7- پ.د. هيثم حامد خليل المصاروة، زانكويآ پاشا عبدالعزيز-سعوديه، ياسا شارستاني؛
- 8- پ.د. أيمن سعد عبدالمجيد سليم، زانكويآ قاهره-كومارا ميسر يا عه ره بي، ياسا شارستاني؛
- 9- پ.د. عبدالكريم صالح عبدالكريم، زانكويآ دهوك، ياسا شارستاني؛
- 10- پ.ه. د. نجدت صبري العقراوي، وه زاره تا خواندنا بلند وقه كولينين زانستئ-هه رئا كوردستانا عيراقئ، ياسا نيئ دهوله تي يا گشتئ؛
- 11- پ.ه. د. محمد عمر مولود، زانكويآ تيشك يا نيئ دهوله تي-عيراق، ياسا ده ستورئ؛
- 12- پ.ه. د. علي يونس اسماعيل، زانكويآ دهوك، ياسا كارگيرئ؛
- 13- پ.ه. د. ايمان يوسف نوري، زانكويآ دهوك، ياسا شارستاني.

ئەندامىن دەستەيا راوئىزكارى:

- 1- پ.د. عبدالله علي عبو ، زانكوييا دهوك، ياسا نيڧ دەوله تى يا گشتى؛
- 2- پ.د. هادي نعيم المالكي ، زانكوييا به غداد، ياسا نيڧ دەوله تى يا گشتى؛
- 3- پ.د. اسماعيل ابابكر علي ، زانكوييا دهوك، شه ريعه تا ئيسلامى وبارئ كه ساپه تى؛
- 4- پ.ه. د. محمد رشيد الجاف ، زانكوييا سلېمانى، ياسا تاوانى؛
- 5- پ.ه. د. هادي مسلم يونس ، ئەنجومه نى راوئىزكاريا هه رېما كوردستانى، ياسا بازرگانى؛
- 6- پ.ه. د. عثمان علي ويسى ، په رله مانى هه رېما كوردستانى، ياسا ده ستورى؛
- 7- پ.ه. د. احسان أحمد رشيد ، زانكوييا دهوك، ياسا شارستانى.

رئيس التحرير

أ.د. قاسم احمد قاسم

جامعة دهوك.

سكرتير التحرير

أ.م.د. فرهاد سعيد سعدي

جامعة دهوك.

هيئة التحرير:

- 1- أ.د. عصمت عبدالمجيد بكر، جامعة جيهان، القانون المدني؛
- 2- أ.د. فخري الحديثي، جامعة بغداد، القانون الجنائي؛
- 3- أ.د. حسين توفيق فيض الله، جامعة صلاح الدين، القانون التجاري والملكية الفكرية؛
- 4- أ.د. اكرم ياملكي، جامعة جيهان، القانون التجاري؛
- 5- أ.د. اكرم محمود حسين البدو، جامعة الموصل، القانون المدني؛
- 6- أ.د. خلوق ضيف الله آغا، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، الاردن، الشريعة الاسلامية والاحوال الشخصية؛
- 7- أ.د. هيثم حامد خليل المصاروة ، جامعة الملك عبدالعزيز، السعودية. القانون المدني؛
- 8- أ.د. ايمن سعد عبدالمجيد سليم، جامعة القاهرة، جمهورية مصر العربية. القانون المدني؛
- 9- أ.د. عبدالكريم صالح عبدالكريم، جامعة دهوك، القانون المدني؛
- 10- أ.م.د. نجدت صبري العفراوي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- اقليم كردستان العراق. القانون الدولي العام؛
- 11- أ.م.د. محمد عمر مولود، جامعة تيشك الدولية- العراق، القانون الدستوري؛
- 12- أ.م.د. علي يونس اسماعيل، جامعة دهوك، القانون الاداري؛
- 13- أ.م.د. ايمان يوسف نوري، جامعة دهوك، القانون المدني.

الهيئة الاستشارية:

- 1- أ. د. عبدالله علي عبو. جامعة دهوك، القانون الدولي العام؛
- 2- أ. د. هادي نعيم المالكي، جامعة بغداد، القانون الدولي العام؛
- 3- أ. د. اسماعيل ابا بكر علي، جامعة دهوك، الشريعة الاسلامية – الاحوال الشخصية؛
- 4- أ. د. محمد رشيد الجاف، جامعة السليمانية، القانون الجنائي؛
- 5- أ. م. د. هادي مسلم يونس، مجلس شورى اقليم كردستان- العراق، القانون التجاري؛
- 6- أ. م. د. عثمان علي ويسى، برلمان اقليم كردستان، القانون الدستوري؛
- 7- أ. م. د. احسان احمد رشيد، جامعة دهوك، القانون المدني.

المراجعة اللغوية:

1. أ. د. مصطفى محمد امين حيدر؛
2. أ. د. عابد حسن جميل؛
3. د. نزار امين محمد؛
4. م. م. اوس اكرم ابراهيم.

التصميم والإشراف الفني

أفراز سردار إبراهيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة رئيس التحرير

إِهْتِدَاءً بِآيَاتِ الذِّكْرِ الْحَكِيمِ: ﴿وَقُلْ اَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالَمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ (التوبة - 105).

تأسست كلية القانون في جامعة دهوك في العام الدراسي 1997-1998 كقسم في كلية الادارة والاقتصاد، وفي سنة 1999 اصبحت كلية مستقلة بحسب قرار مجلس التعليم العالي والبحث العلمي لإقليم كردستان - العراق ذي الرقم (15) في 1999/5/22.

وإيماناً منها بأهمية البحث العلمي ودوره في تحقيق التقدم والتطور الحضاري وإستمراريته، عملت عمادة كلية القانون في جامعة دهوك، وبخطاً حثيثة، على بذل كل ما في وسعها من أجل توفير الظروف الملائمة والوسائل اللازمة للنهوض بواقع البحث العلمي في إقليم كردستان- العراق بشكل خاص، والعراق بشكل عام، وعلى مستوى كل من الدراسات الأولية والعليا في القانون. ولما كان توفر المراجع والمصادر العلمية حجر الأساس للعملية البحثية، فقد أخذت عمادة الكلية على عاتقها، وبدعم من رئاسة الجامعة، تطوير مكتبة الكلية وتوسيعها منذ عام 2012 ولحد الآن، لتضم عدداً كبيراً من الكتب القانونية والموسوعات والدوريات الاكاديمية والقضائية والرسائل والاطاريح الجامعية وغيرها، ذات القيمة العلمية الكبيرة، والتي يمكن أن تعدّ الأولى من نوعها من بين مكتبات كليات القانون في الجامعات العراقية من حيث كمية الكتب ونوعيتها، والتي بلغت حالياً (47306) مصدراً ومرجعاً، و من الجدير بالذكر انه يمكن الاطلاع عليها من خلال تطبيق الكتروني خاص بالمكتبة ومن خلال الموقع الالكتروني للكلية.

وبالإضافة الى ذلك تم فتح كل من العيادة القانونية والمحكمة النموذجية في الكلية في 2014، لغرض تعزيز روابط التعاون مع المجتمع ومنظماته المدنية والحكومية، وتقديم خدماتها القانونية المجانية للأفراد من ذوي الدخل المحدود من جهة، وتطوير الجانب العملي والتطبيقي لدى طلبة الدراسات الأولية من جهة ثانية.

وأما الخطوة التالية فقد تمثلت في تأسيس مركز علمي للبحوث القانونية في الكلية عام 2017،
لما لهذه المراكز من دور فعّال في تهيئة بيئة مناسبة للبحث العلمي القانوني.

كما لم يفت عمادة الكلية، أن تولي إهتماماً بالغاً بالمؤتمرات العلمية، لمواكبة أهم القضايا
القانونية المعاصرة، والوقوف على التطورات التشريعية في الأنظمة القانونية المقارنة، فعقدت، وعلى
مستوى عال من التنظيم والمشاركة المحلية والدولية، مؤتمرات دوليين في عامي 2015 و 2019،
نشرت وقائعهما في عدد من خاصين من مجلة جامعة دهوك.

وبالتزامن مع الجهود السابقة، كانت عمادة الكلية، ومنذ عام 2016، قد وضعت نصب أعينها
إصدار مجلة علمية أكاديمية متخصصة، ولم تدخر جهداً في سبيل تحقيق ذلك، لتكون نافذة جديدة
للباحثين لنشر بحوثهم ودراساتهم القانونية، ليس على مستوى الجامعات المحلية فقط، وإنما على
المستويين العربي والعالمي أيضاً، وكوّنت جلاً جهدها لتذليل العقبات التي إعترضت هذا الطموح، ليتكلم
أخيراً بإستحصال الموافقة الأولية من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في حكومة إقليم كردستان
بموجب الامر الوزاري ذي الرقم (10406) في (20) حزيران 2022 بصدر المجلة، وتلاه الأمر
الجامعي ذي الرقم (6722) للسنة نفسها، على أن يصدر الأمر بالموافقة النهائية بعد صدور العدد
(صفر) منها، وخضوعه لتقييم دائرة البحث والتطوير في الوزارة.

إن سياسة عمادة كلية القانون لا تقف عند مجرد الحصول على الموافقة النهائية لصدور المجلة،
وإنما خطط منذ البداية لأن تكون هذه المجلة في مصاف المجلات الرصينة على المستوى العالمي، وأن
تدخل ضمن المجلات الموجودة في مستوعبات سكوبس وكلايفيت، لذلك كان من الضروري تحري
الدقة والموضوعية في إختيار أعضاء الهيئتين، الإستشارية والتحرير، من أساتذة القانون في الجامعات
المحلية والدولية، ممن يتمتعون بباع طويل في مجال تخصصهم، ومشهود لهم بالخبرة والكفاءة، وأن
تستوفي المجلة جميع الشروط العلمية والموضوعية والفنية المطلوبة، سواء تعلق الأمر بإختيار المحكمين
لتقييم البحوث المقدمة للنشر، أم بالمسائل الفنية الحديثة المتمثلة بإستخدام التقنيات الرقمية في التواصل،
والحصول على معرف الوثيقة الرقمي للبحوث المنشورة في المجلة (Digital Object Identifier)،
لتكون ادارة المجلة من خلال نظام الالكتروني معتمد (Open journal System) وللمجلة ايضاً رقم
التسلسلي المعياري الدولي خاص بالمجلات (International Standard Serial Number).

اما بخصوص مسمى المجلة، فكان لا بد من إختيار إسم يتفق والغرض من رسالة كلية القانون وأهدافها، ويرتبط بعلم القانون إرتباطاً وثيقاً، بعيداً عن التسميات المستخدمة لنظيراتها من المجالات، فوق الإختيار على كلمة (يقين) لما تحمله من معان ودلالات قانونية، إذ تعبر الكلمة عن العلم الذي لا تطرقه الشكوك والأوهام، وهذا هو القصد والغاية الاخيرة من نشر البحوث، أي إثبات نظرية أو فكرة أو رأي، وفي مجال القانون فإن اليقين من أهم المبادئ التي تحقق الأمن القانوني، من خلال وضوح القاعدة القانونية وسهولة الوصول إليها، وهذا في مجمله يدخل ضمن الهدف الحقيقي للمجلة.

وفي الختام، لا بدّ من كلمة شكر وتقدير لكل من ساهم، بشكل مباشر أو غير مباشر، في أن ترى هذه المجلة الفتية النور، ونخص بالذكر منهم أساتذة كلية القانون في جامعة دهوك، الذين لم يألوا جهداً من أجل خروج المجلة بحلتها التي بين أيديكم، ورئاسة جامعة دهوك ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي في حكومة إقليم كردستان- العراق، وبشكل خاص دائرة البحث والتطوير في الوزارة. ونزجو المولى عز وجلّ أن تكون ولادة هذه المجلة بذرة خير في خدمة العلم والعلماء، وأن تكون منارةً تهدي الباحثين للخوض في غمار النشر العلمي وأهدافه النبيلة. وما التوفيق إلا من عند الله....

أ. د. قاسم أحمد قاسم
رئيس التحرير

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة العدد

بعون من الله وتوفيقه، وبعد جهد كبير بذلته هيئة التحرير، تكاملت الاستعدادات لاصدار العدد صفر من مجلة يقين للدراسات القانونية وهي مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر من كلية القانون في جامعة دهوك وتعنى بنشر البحوث والدراسات العلمية الرصينة في مجال القانون، وبهذه المناسبة تدعو هيئة التحرير الباحثين واعضاء الهيئات التدريسية الى نشر افكارهم النيرة عبر صفحات المجلة، كما ترحب المجلة بالمقترحات كلها التي من شأنها المساهمة في تحقيق رسالة المجلة وغاياتها المتمثلة في تدعيم البحث العلمي وتناضيله.

وفي الختام فاننا على يقين من ان صدور العدد صفر وما يليه من اعداد مجلتنا سيكون من ضمن اوعية المعلومات المهمة التي تسعى الى انتاج المعرفة وتقديمها وفق اصول البحث العلمي الذي يتسم بالاصالة العلمية والاسهام الفعال في حقل المعرفة الانسانية مع مواكبة التطورات في حقل القانون...

والله ولي التوفيق

هيئة التحرير

قواعد النشر

مجلة يقين للدراسات القانونية

مجلة يقين مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن كلية القانون - جامعة دهوك، تعنى بنشر البحوث والدراسات في مجال القانون، ويقبل النشر فيها باللغات الثلاث، الكوردية، العربية، والانكليزية، وذلك وفقاً للقواعد الآتية:

أولاً: القواعد العامة:

- 1- أن يتسم البحث بالعمق والاصالة وفيه اضافة جديدة الى حقل المعرفة القانونية، وذلك من خلال اتباع المنهجية العلمية، سواء من ناحية الفرضيات أم من ناحية استخدام المداخل النظرية والنظريات التي جاء البحث أو الدراسة ليؤكدھا، أو ان يضيفي البحث عليها بعض التغييرات أو ربما يبرز تناقضاتها، وعدم تماسكھا، وأن يراعي الباحث الجانب المتعلق بالإشارة إلى المصادر سواء تعلق الأمر بالإقتباس أم بنقل فكرة معينة.
- 2- يراعي الباحث الآراء والتصحيحات والتصويبات التي ترد بصيغة تعديلات من قبل المحكمين.
- 3- يتعهد الباحث كتابياً بكون بحثه لم يسبق أن نشره ورقياً أو إلكترونياً، وأن لا يكون مقدماً للنشر الى أية جهة أخرى بالتزامن مع تقديمه للمجلة.
- 4- يجب أن يكون محتوى البحث مستوفياً لشروط السلامة الفكرية بشكل يضمن عدم المساس بالنظام العام والآداب العامة.
- 5- تحتفظ المجلة بجميع حقوق الطبع والترجمة والنشر ورقياً وإلكترونياً بعد قبول نشره. ولا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى أو بأي صيغة أخرى إلا بعد الموافقة التحريرية لرئيس التحرير.
- 6- أن لا يزيد عدد كلمات البحث عن 8 الاف كلمة.
- 7- تقدم البحوث بشكل إلكتروني على موقع المجلة حسب الخطوات والآليات المبينة فيه مع مراعاة استيفاء متطلبات كل خطوة علما ان المجلة تعتمد نظام المجالات المفتوحة (OJS).
- 8- ينبغي إرفاق ملخص للبحث باللغات الثلاث المبينة أعلاه مع ترجمة العنوان الرئيسي والكلمات المفتاحية، وعلى أن لا تزيد عن 250 كلمة.
- 9- الآراء والأفكار التي تتضمنها البحوث والدراسات تعبر عن رأي أصحابها والمجلة غير مسؤولة عنها.

ثانياً: القواعد الخاصة:

على الباحث الالتزام بإصول البحث العلمي وقواعده العامة ومراعاة الآتي:

1- يستخدم للكتابة في (المتن والهوامش) التنسيقات الآتية:

(a) خط Ali-K-ALwand للغة الكوردية.

(b) خط Simplified Arabic للغة العربية.

(c) خط Times New Roman للغة الانكليزية.

2- أن يكون حجم الخط (18) للعناوين الرئيسية، و(16) للعناوين الفرعية، و(14) للمتن، و(12) للهوامش.

3- ترك مسافة (2.5) سم للجهات الاربع للصفحة، و(1.15) سم ما بين الخطوط.

4- يشار الى الهوامش بأرقام متسلسلة لكل صفحة على حدة، بحيث يتم كتابة مصادر ومراجع كل صفحة في حاشيتها السفلى.

5- تكتب الهوامش بالطريقة الآتية:

(a) اسم المؤلف (الباحث)، عنوان المصدر، رقم الجزء، رقم الطبعة (الثانية فما فوق)، جهة النشر، مكان النشر، سنة النشر، رقم الصفحة او الصفحات.

(b) في حال كون المصدر الذي يتم الاقتباس منه بحثاً في دورية علمية، فيذكر فيه التالي : اسم الباحث ، عنوان البحث، اسم الدورية، الجهة التي تصدر عنها، العدد، المجلد، السنة، رقم الصفحة او الصفحات.

(c) بخصوص رسائل الماجستير والأطاريح، فيكتب عنوان الرسالة او الاطروحة، اسم الباحث، الكلية او الجامعة المانحة للشهادة، السنة، رقم الصفحة او الصفحات.

(d) عند الإشارة الى المصادر المأخوذة من المواقع الإلكترونية الموثوقة، ينبغي كتابة المصدر بالصيغة السابقة حسب نوع المصدر المشار اليه اعلاه، ثم كتابة العنوان الإلكتروني كاملاً وتاريخ نشر المصدر على الشبكة إن وجد، وتاريخ زيارة الباحث للموقع.

6- ادراج قائمة مصنفة بالمصادر في نهاية البحث تتضمن جميع المصادر المستخدمة في البحث .

7- تخضع البحوث المقدمة للاستلال والنسبة المعتمدة وفقاً للبرنامج المعمول به في جامعة دهوك وهي 24%. على أن يتقيد الباحث بضوابط الاقتباس الحرفي والمعنى على وفق سياقات اصول البحث القانوني بأن لا يزيد النص المنقول عن ستة اسطر ويوضع بين قوسين مزدوجين.

المحتويات

- 1- العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية 48-12
أ. د. احمد خلف حسين الدخيل
- 2- القُصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء (دراسة مقارنة) 71-49
أ. د. أكرم ياملكي
- 3- أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة) 104-72
أ. د. عمار سعدون حامد المشهداني والباحث حسن عبد محسن العامري
- 4- اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية 153-105
أ. م. د. سردار عماد الدين محمد سعيد
- 5- مضامين جدلية في طبيعة السلوك الاجرامي 188-154
أ. د. مجيد خضر احمد السبعواوي
- 6- الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد "قراءة في نظرية الدكتور سمير تناغو" 214-189
أ. د. علي شاكر عبد القادر البدري
- 7- حماية المياه باعتبارها جزءاً من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة 251-215
أ. د. صلاح جبير البصيصي

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

Criminal Justice

And it's Role in the Enforcement of Financial Laws

أ. د. احمد خلف حسين الدخيل

أستاذ المالية العامة والقانون المالي

كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، جمهورية العراق

Prof. Dr. Ahmed Khalaf Hussein Al-Dikhil

Professor of Public Finance & Financial Law

College of Law

University of Tikrit

DOI: <https://doi.org/10.56599/yageenjournal.v1i1.6>

تاريخ استلام البحث: 2022-06-30، تاريخ القبول بالنشر: 2022-07-17

ملخص البحث

يسلط هذا البحث الضوء على صورة مهمة من صور العدالة الوظيفية الا وهي العدالة الجزائية بما فيها من الجانب الموضوعي والجانب الاجرائي وبما يتخللها من بعدين مادي ومعنوي في الوقت ذاته كونها تمثل اتباع سياسة تجريم وعقاب عادلة من منظور المخاطبين بالقانون معززة بإجراءات مقنعة بضرورة الامتثال لها، فضلاً عن العوامل المؤثرة في ادراكها من تضخم لسياسات التجريم ومدى ضرورة الجزاء ومدى التوافق بين الانظمة العقابية وبين المعايير النفسية والاجتماعية والتداخل مع أنواع العدالة الأخرى، ناهيك عن ميكانيزم الدعوى الجزائية وسرعة الاجراءات وسهولتها ومدى توافر العدالة الإصلاحية، والنتائج الايجابية المترتبة على تحققها او السلبية المترتبة على غيابها فيما يتعلق بإنفاذ القوانين المالية، مما يفرض على المشرع الحرص على ادراكها بكافة الوسائل ومنها ترشيح سياسات التجريم والعقاب وتسهيل وتسريع اجراءات المحاكمة عبر انشاء قضاء مالي متخصص.

الكلمات المفتاحية : العدالة الجزائية، القوانين المالية، إنفاذ، الدعوى الجزائية، سياسة التجريم.

دادپهروهريا سزايي وروئى وى دجيبه جيكرنا ياسايين دارايي

پوخته

ئهُ فُه كولينه تيشكى دئخيتته لسهر وينه يه كى گرنك ژدادپهروهريا وهزيفى ئه وژى دادپهروهريا سزايي يه بهردوو لايينين بابته وپيرابوونى دگهل هردوو لايه نين مادي ومعهنوى دهه مان دهمدا، ژبهر بابته پيگريا سياهه تا تاوانكرنى وسزادانى يه بشيوه يه كى دادپهروهريانه دديتنا كه سانين پى دهينه ملكه چ كرن، وده يته موكم كرن بيپرابوونين هايلىكري بگرنگيا پيگريا وان، زيده باري هوكارين كارتيكهر دزانيا وى دا پيخه مهت زانيا مهزكرنا سياهه تا تاوانكاريى وگرنگيا هه بوونا سزاي وهه بوونا ته وفاقى دگهل سيسته ميئن سزايي وپيفهرين دهر ونى وجفاكى وهه بوونا تداخلى دگهل جورين دى يين دادپهروهريى، زيده باري ميكانزما سكال سزايي وبله ز نه نجام دانا پيرابوونان وئاسانبوونا وان دگهل چه ندايا هه بوونا دادپهروهريا جفاكى، دگهل هه بوونا دهرئه نجامين نه ريئى يين په يداد دبن يان دهرئه نجامين نه ريئى دگهل نه بوونا وان لدهمى جيبه جيكرنا ياسايين دارايي. له ورا لسهر ياسادانه رى پيئقيه بزانيئن بهه مى ريكان ورا بيتن بچاكرنا سياهه تين تاوانكرنى وسزادانى وئاسانكرن وبله ز نه نجام دانا پيرابوونين دادگه هكرنى بريكا دروست كرنا قه زائه كا دارايى يا تايبه تمه ند.

په يقين دهستپيكي: دادپهروهريا سزايي، ياسايين دارايي، جيبه جيكرن، سكال سزايي، سياهه تا تاوانكرنى

Abstract

This research sheds light on an important form of functional justice, which is retributive justice, including an objective and a procedural aspect, and what permeates the material and moral dimensions, at the same time as it represents adopting a policy of criminalization and re-punishment from the perspective of those who are spoken law is reinforced with procedures Compelling necessity proverbs as well as the factors affecting its perception off well for policies incrimination and extent necessity the penalty and extent Compatibility between systems punitive and between Standards Mental and social and overlap with Species Justice other, not to mention mechanics law suit penal and speed Measures and ease and extent availability Justice Reform, and the positive or negative consequences of its absence in relation to the enforcement of financial laws, which imposes on the legislator keenness to realize them by all means, including streamlining the policies of criminalization and punishment, and facilitating and accelerating court procedures through the establishment of a specialized financial judiciary.

Key Words: *Criminal justice, financial laws, enforcement, criminal proceedings, criminalization policy.*

المقدمة

لعل فقه القانون الجنائي قد سبق الفقه في فروع القانون الأخرى من عام وخاص في البحث عن العدالة واستطاع افراد نوع من العدالة خاصة بالشأن الجزائي سميت بالعدالة الجزائية، وراح يضع لها الاسباب المباشرة وغير المباشرة ويقترح لها من الحلول ما هو مناسباً مما جعلها مرتكزاً من مرتكزات العدالة الوظيفية تحظى باهتمام الفقه في جميع فروع القانون وذلك بحكم وجود العنصر الجزائي حاضراً لضمان توفير الانفاذ المنشود لكل فرع من الفروع، بحيث لا يكاد يخلو أي قانون عاماً كان أم خاصاً من نصوص تحوي قواعد جزائية لضمان احترام قواعده وحسن تنفيذها إلى درجة بحيث اصبح غياب القواعد الجزائية من أي قانون يعد عيباً جوهرياً فيه يجب تلافيه في اقرب فرصة للتعديل دون أن يكتفى بالقواعد العامة في قانون العقوبات.

ولأجل الاحاطة بالموضوع من كافة الجوانب كان لا بد من تناول ما يأتي:.

أولاً- أهمية البحث: تنبع أهمية البحث في العدالة الجزائية من أهمية هذه العدالة كإحدى صور العدالة الوظيفية لتقابل كل من العدالة التوزيعية والعدالة الاجرائية، فما بالك إذا ما تم ربطها بالانعكاسات التي يمكن ان تتركها مثل هذه العدالة على انفاذ القوانين بشكل عام والمالية منها بشكل خاص، لا شك ان الأهمية ستتضاعف فالعدالة هنا ستكون غاية ووسيلة في الوقت ذاته وذلك من خلال استخدام العدالة الجزائية للوصول الى دفع المكلفين بالفرائض المالية والمستحقين للامتيازات القانونية الى الشعور بالعدالة الجزائية ومن ثم الامتثال للقوانين المالية.

ثانياً- إشكالية البحث: تكمن الإشكالية في أن دراسة الفقه الجنائي لهذه العدالة وتركيزه على وجوب التجديد في سياسة التجريم والعقاب كان نابعاً من نظرة مادية نفعية بحتة تهتم بعقلانية الإنسان وتأخذ بنظر الاعتبار حسابات الربح والخسارة دون حسابات المشاعر والاحاسيس والجوانب الاجتماعية الاخرى المرتبطة بسلوك الاشخاص في المجتمع، مما جعلها تتفوق ضمن البحث عن وسائل العدالة الجزائية في القاعدة القانونية الجزائية لوحدها دون غيرها، وهو ما جعل الحلول والوسائل المطروحة تدور في حلقة مفرغة من الازمات لعل ابرزها ازمة العدالة الجزائية وتراجع دورها في عملية الانفاذ المنشودة للقوانين.

ثالثاً- فرضية البحث: ينطلق البحث من افتراض ما يأتي:.

1. لا يمكن قصر موضوع العدالة عموماً والعدالة الجزائية خصوصاً على الجانب المادي فقط وإنما ينبغي أن يضاف إليه بعداً معنوياً بما يضمن تحقق فعلي لتلك العدالة.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

2. ينعكس تحقق العدالة الجزائية إيجاباً على إنفاذ القوانين المالية والنعكس بالعكس.

رابعاً- منهج البحث: سيتم اعتماد المنهج التحليلي لممارسات العدالة الجزائية ومدى تضمنها للجانبين المادي والمعنوي معاً ، ومن ثم معرفة مدى انعكاسات تحققها وغيابها على انفاذ القوانين المالية.

خامساً- هيكلية البحث: سنحاول تناول الموضوع بشيء من التفصيل وذلك عبر تقسيم هذا البحث على مطلبين نخصص الأول لمضمون العدالة الجزائية ونتناول في الثاني انعكاسات العدالة الجزائية على إنفاذ القوانين المالية.

المطلب الأول

مضمون العدالة الجزائية

لم تعد العدالة كما كانت في السابق ينظر إليها على إنها مسألة موضوعية بحتة وإنما اخذت بعداً نفسياً واجتماعياً اضاف إليها الكثير وحولها من مجرد جانب مادي إلى جانب شعوري لا يكفي بما اورده القاعدة القانونية من مضامين مادية وانما يضيف إليها تصورات المخاطبين بالقاعدة القانونية بعدالتها من الناحية الجزائية وبعدها عن الظلم والجور والتمييز السلبي ضد الأفراد أو الجماعات أو المجتمعات حسب الأحوال، ولكن هل الأمر بهذه السهولة ؟ لا شك أن فيه الكثير من التفصيلات التي تحتاج إلى الدراسة والبحث المستفيض الذي يمكننا من الوصول إلى حقيقة هذا النوع المهم من أنواع العدالة الوظيفية.

وعليه وبغرض الوصول إلى الفهم الاشمل لهذا النوع من العدالة تمهيداً للتعرف على الانعكاسات التي تتركها على إنفاذ القوانين المالية كان لابد من تناول مفهوم هذه العدالة ومن ثم عناصرها والعوامل المؤثرة في ادراك كل عنصر منها، وذلك في الفرعين الآتيين:.

الفرع الأول

مفهوم العدالة الجزائية

إذا كانت الدراسات القانونية شبه منعدمة في نوعي العدالة الوظيفية الأخرى من العدالة التوزيعية والعدالة الاجرائية فإن الدراسات القانونية كثيرة ومتنوعة التي تتناول بالبحث والدراسة العدالة الجزائية ، ولكن الحقيقة أن تعدد المصادر لا يكون دائماً عاملاً مساعداً في تسهيل الدراسات في موضوع معين، بل ربما يشقت القارئ ويجعله يبحث ربما في امور متعددة وبعيدة عن التركيز على الجوانب المهمة في هذه العدالة قدر تعلق الأمر بموضوع الآثار التي تتركها في انفاذ القوانين المالية ، فقد وصف مفهوم العدالة الجزائية بشكله التقليدي بأنه (يتمثل في تحقيق الثأر من المتهم وهو ما جعلها تسمى بالعدالة العقابية الثأرية أو الانتقامية وذلك لكونها تسعى إلى الانتقام من الجاني وتأر المجني عليه منه).⁽¹⁾

(1) د. جمال ابراهيم الحيدري : احكام العدالة الجنائية التصالحية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، مجلد 3 ، ع 2 ، 2015 ، ص 8.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

ويبدو لنا أن التعريف أعلاه تعريف مقتضب جداً بحيث كان مخرلاً بالمعنى وذلك لتركيزه على دور تلك العدالة أو هدفها فقط دون عناصرها ووسائلها ، كما أن الباحث اعطى للعدالة الجزائية معنى حديثاً جعله يرتبط بالعدالة التصالحية أو العدالة الاصلاحية رغم أن الاخيرة تختلف كثيراً عن الاولى ولا تصب في مصبها.

وعرفت كذلك بانها (علم تؤسس بناء عليه الاجراءات والنظم المتعلقة بمكافحة الجريمة سواء من خلال اغراض العقوبة أو الاجراءات الوقائية المرتبطة والتي من شأنها التصدي للخطورة الاجرامية للجناة).⁽¹⁾

وقد اعتبر هذا التعريف أن العدالة الجزائية علم مستقل، ولكن الغريب أنه عاد ووصف العدالة الجزائية بانها فرع من فروع القانون الجنائي وهو امر لا يمكن قبوله، كما أن واضع التعريف ركز في حديث سابق على الجوانب الموضوعية والاجرائية في العدالة الجزائية، ولكنه عندما وضع التعريف النهائي اشار إلى الجوانب الاجرائية دون الموضوعية في وضع غريب لا يمكن قبوله.

وقد عرفت أيضاً بأنها (عدالة شكل وشدة العقوبة المفروضة على مرتكبي الجرائم الضريبية تؤثر على الامتثال).⁽²⁾

ويبدو واضحاً قصور هذا التعريف لربطه العدالة الجزائية بالشأن الضريبي لوحده ، ناهيك عن اغفاله الإشارة إلى الجانب النفسي في الموضوع مثله مثل التعريفات السابقة رغم ما يحسب له بانه أثار مسألة ارتباط الامتثال للقواعد الضريبية بوجود عدالة الجزاء فيها.

وعرفت أيضاً بأنها (عدالة العقوبات وردود الفعل على كسر القواعد والاعراف الاجتماعية والتي تعتمد على الأهمية المتصورة للقاعدة المنتهكة وخطورة انتهاك القاعدة ودرجة المسؤولية واللوم المنسوب إلى الفاعل).⁽³⁾

(1) .د.د. سر الختم عثمان ادريس : العدالة الجنائية (المفهوم . الازمة . الأسباب . وسبل العلاج) ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة افريقيا العالمية ، السودان ، س16 ، ع32 ، اغسطس 2018 ، ص336.

(2) James Alm , Erich Kirchler and Stephan Muehlacher : Combining Psychology and Economics in the Analysis of Compliance : From Enforcement to Cooperation , Economic Analysis and Policy , Vol.42,No.2, September , 2012,p.5.

(3) Michael Wenzel : Tax Compliance and the Psychology of Justice : Mapping the Field , Taxing Democracy , the Ashgate Nation Publishing Ltd. , England, 2002 ,p.46.

ورغم ما يحسب لهذا التعريف من اهتمامه بجوانب آثار تحقق أو تخلف هذه العدالة على إنفاذ القوانين الا أنه يعاب بتركيزه على الجانب الموضوعي دون الاجرائي في هذه العدالة.

وقد وضع موقع ويكيبيديا تعريفاً لمصطلح العدالة الجزائية ليقول بانها (نظام من الممارسات والمؤسسات الحكومية التي تستهدف الرقابة الاجتماعية وردع وتخفيف الجرائم ومعاقبة المنتهكين للنظام مع عقوبات جنائية مع اعادة تأهيل).⁽¹⁾

ومع الإشارة الواضحة في هذا التعريف إلى الجوانب الاجتماعية في الموضوع الا أن القصور كان واضحاً فيه نتيجة اغفال الجانب الاجرائي في تحقيق هذه العدالة.

وقد دفعنا ذلك كله إلى محاولة وضع تعريف جامع مانع للعدالة الجزائية بحيث يشمل كل عناصرها ويشير إلى تأثيرها في عملية الانفاذ المنشودة للقوانين بشكل عام والمالية منها بشكل خاص لنعرفها بانها اتباع سياسة تجريم وعقاب عادلة من منظور المخاطبين بالقانون المالي معززة بإجراءات مقنعة بضرورة الامتثال لها.

فقد حرصنا في وضع هذا التعريف على أن تكون العدالة الجزائية هنا شاملة للجانبين الموضوعي والاجرائي في تحقيق العدالة وعدم اغفال أحدهما لحساب الآخر، ناهيك عن اضافة جانب نفسي اجتماعي على الموضوع عبر الإشارة إلى ضرورة اقتناع المكلفين بالقواعد القانونية بما فيها القواعد المالية بأن الجزاءات الموضوعية في تلك النصوص القانونية جاءت لتعزيز العدالة المالية من توزيعية واجرائية لتكتمل لدينا العدالة الوظيفية بكافة ابعادها الثلاثة مما يجعل التعريف يلم بكل العناصر والجوانب المهمة في العدالة الجزائية ولا يغفل أي منها، وبالتالي يتجاوز الانتقادات الموجهة إلى التعريفات السابقة والمؤشرة على كل واحد منها بشكل تفصيلي.

(1) ينظر موقع ويكيبيديا على شبكة الانترنت متاح على الرابط الآتي:

<https://ar.wikipedia.org/wiki>

الفرع الثاني

عناصر العدالة الجزائية

يمكن القول بأن التعريف أعلاه جاء بعنصرين رئيسين للعدالة الجزائية هما العنصر الموضوعي المتعلق بسياسة التجريم والعقاب والعنصر الاجرائي المتجسد في اجراءات وآليات وضع تلك السياسة موضع التنفيذ، دون أن نغفل في كل عنصر من هذين العنصرين الارتباط بالجوانب النفسية والاجتماعية للمخاطبين بالقانون ومدى قدرة هذين العنصرين على إقناعهم بانها تحقق العدالة الجزائية كوسيلة لإنفاذ القوانين، وهو ما يتطلب منا الحديث عن كل عنصر من هذين العنصرين والعوامل المؤثرة في إدراكه ، وكما يأتي:.

أولاً- العنصر الموضوعي:

يتجسد العنصر الموضوعي في العدالة الجزائية بسياسة التجريم والعقاب وهي لن تكون كذلك إلا إذا توافرت مجموعة من العوامل يتعلق البعض منها بسياسة التجريم ويرتبط البعض الآخر منها بسياسة العقاب ومدى توافق كل منها مع المعايير النفسية والاجتماعية والتداخل مع أنواع العدالة الوظيفية الأخرى، وعلى التصيل الوارد في الإشارة إلى العوامل المؤثرة في ادراك هذا العنصر وهي:.

1. تضخم سياسات التجريم:

بالنظر لما اصاب الفكر القانوني بشكل عام والجزائي منه بشكل خاص نتيجة التطورات الفكرية التي تلت الازمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929 التي ادت إلى التدخل المبكر للدولة في جميع مجالات الحياة وانتشار الآلة والتطورات التقنية الحديثة ، فقد اصاب ذلك سياسات التجريم على مستوى جميع الدول ولو بنسب متفاوتة، رغم أن ذلك التفاوت يكاد يكون بسيطاً، اصاب تلك السياسات بالتضخم بسبب الارتقاع الشديد بعدد النصوص القانونية التي تجرم الافعال لكي تضمن بها الدولة وهيئاتها العامة نوع من الأمن الجزائي وضمان احترام مبادئ حقوق الإنسان وعدم التعدي عليها أو الانتقاص منها أو حتى المساس بها، بحيث لم يعد يكتفى بالقواعد العامة في قانون العقوبات وانما وضعت في نهاية كل قانون نصوص خاصة بتجريم الافعال المنتهكة لنصوصه ضمن فصل مستقل فيه عادة ما يطلق عليه بالجرائم والعقوبات وهو ما ضاعف من مشكلة التضخم في سياسات

التجريم وجعلها تشكل ازمة للقاعدة الجزائرية بشكل عام وللعدالة الجزائرية بشكل خاص لاسيما وانها قلصت من مساحاتالسلوك الانساني المباح سلبياً كان أم ايجابياً لصالح السلوك الانساني المجرم. (1)

والغريب أنه حتى عندما تم التخلي عن سياسات التدخل المفروضة من الدولة والعودة إلى وضع مشابه لما قبل ازمة 1929 بعد انهيار الاتحاد السوفيتي مع بدايات العقد الأخير من القرن العشرين الا أن سياسة التجريم بقيت تسير بالوتيرة ذاتها نحو المزيد من التضخم، وإن خفت بعض الشيء في الدول المتقدمة ولكنها بقيت في الدول المتخلفة تسير بخطى متسارعة، وربما بشكل اكبر نتيجة لما افرزته التقنيات الحديثة خاصة في المجال المالي من ادوات ووسائل لا يمكن التحكم بها الا بأسلوب التجريم وعدم السماح باستخدام البعض منها والا كان مصير مستخدميها الخضوع لنصوص التجريم والعقاب القاسية ،حتى مع عدم امكانية السيطرة على بعض تلك الافعال أو على الأقل معرفة هوية القائمين بها، وهو ما جعل الفقه المؤسسات العامة تنتبه إلى مشكلة التضخم تلك وتستشعر فيها اخلالاً واضحاً بالعدالة الجزائرية المنشودة، ومن ثم البحث عن ضرورات التخفيف من ذلك التضخم بحيث تقلب المعادلة لصالح السلوكيات الانسانية المباحة، فالتضخم التجريمي فضلاً عن كونه يخالف المنطق فإنه يتجافى وضرورات الترشيح للقوانين وتسهيل تنفيذها ووضوحها، فكلما كانت القوانين رشيقة قليلة النصوص واضحة المعالم كانت اسهل في التنفيذ وكانت أكثر عدالة.

وقد اشارت بعض الدراسات إلى ضرورة تكريس سياسات ترشيح القواعد الجزائرية لاسيما في الشؤون المالية بالتسهيل من سياسات التجريم على المتعاونين من المكلفين والمستحقين في القوانين المالية وعلى العكس التشديد على غير المتعاونين أو المعروفين بسجلهم الاجرامي المالي العريق بحيث يكون هناك نوع من التمييز الايجابي لصالح الفئة الاولى على حساب الفئة الثانية وذلك لما يتركه مثل هذا التمييز من انعكاسات ايجابية على قناعة المكلفين بالقاعدة القانونية من عدالة وبعد عن الظلم والجور الذي يمكن أن تشكله المساواة النظرية بين الفئتين فمساواة المكلف المتعاون الذي يخرق القاعدة لأول مرة وعن غير قصد مع المكلفين المعروفين بسجلهم الاجرامي الطويل والذين يرتكبون الفعل عن سبق اصرار وترصد فيه الكثير من المجافاة للعدالة. (2)

(1) د. حمودي ناصر : أزمة العدالة الجزائرية دراسة في الأسباب والطول ، مجلة المعارف ، س12 ، ع22 ، جوان 2017 ، ص23 وما بعدها.

(2)- Valerie Braithwaite : A New Approach to Compliance , Taxing Democracy , the Ashgate Nation Publishing Ltd. , England, 2002,p.2.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

.....
والأكثر من ذلك ينبغي أن يؤخذ بنظر الاعتبار مسألة التمييز العنصري ضد بعض فئات المجتمع من الفقراء والفئات الهشة أو المهمشة والذين يكونون يحكم وضعهم المادي الضعيف وامكانياتهم المادية البسيطة عرضة لارتكاب الجرائم المالية، خاصة إذا ما كانت الافعال المجرمة لا تأخذ بنظر الاعتبار وضعهم المادي وتجعلهم لا محالة مرتكبين لتلك الافعال كأن يكونوا غير قادرين على دفع التكاليف المالية المفروضة عليهم بموجب قوانين الضرائب أو الرسوم أو الغرامات أو المصادرات والتي تجعل منهم مجرمين بالنتيجة.⁽¹⁾

2. مدى ضرورة الجزاء:

سبق ان شككنا بضرورة الجزاء (العقاب) لضمان نفاذ القاعدة القانونية لاسيما المالية منها واكدنا على وجود بدائل لعل من بينها الحوافز المادية أو بالأحرى الوجه الآخر للجزاء وهو الثواب وما يمكن أن يلعبه التلويح بالحوافز عوضاً عن العقاب، فقد لا يكون عصا الانفاذ ضرورية، لا بل أننا نرى أن هناك وسائل بديلة أخرى عن الجزاء المادي القسري الذي تفرضه السلطة العامة أو عن الثواب الملوح به من قبل المشرع وذلك عبر استخدام وسائل أو آليات الاقتصاد السلوكي من تسهيل وجاذبية واجتماعية وحسن توقيت فإذا ما كان القانون سهلاً في الفهم والتنفيذ وجذاباً واجتماعياً واحسن اختيار التوقيت له فإنه سيكون فعالاً لا محالة، وقد سبق أن فصلنا موضوع طبيعة الجزاء ومدى أهميته في القاعدة القانونية سواء كان في صورة عقاب أو ثواب وانتهينا إلى أن الجزاء بشكل عام لا يعدو أن يكون مجرد خصيصة في القاعدة القانونية لا عنصراً أو ركناً فيها وبالتالي فإن وجوده من عدمه لا يؤثر على قاعدية القاعدة القانونية ولا ينتقص منها بل لا يؤثر حتى على فعاليتها التي يمكن أن تضمن بوسائل أخرى لعل ابرزها وسائل أو آليات الاقتصاد السلوكي التي اثبتت نجاحها في العلوم الأخرى من اقتصاد وسياسة واجتماع وادارة وغيرها فلا شك في نجاحها في مجال علم القانون بالنتيجة.⁽²⁾

فبالنظر للجانب النفسي والاجتماعي للعدالة بشكل عام والجزائية منها بشكل خاص وحكم العلاقة بين المكلفين والمستحقين من جهة والسلطة المالية من جهة أخرى بعقد نفسي كان استخدام الجزاءات وخاصة

(1) آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية : الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت، هيئات وآليات حقوق الإنسان ، الجمعية العامة للأمم المتحدة ، 30 تموز 2013 ، ص14.

(2) .د. احمد خلف حسين الدخيل : الاقتصاد السلوكي ثورة ضد المبادئ التقليدية للقانون ، ط1 ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد، 2020، ص193.

العقوبات يمكن أن يأتي بنتائج عكسية ، فهذه العقوبات وخاصة في مجال القوانين المالية يمكن أن تشكل عامل ضغط سلبي على دافعي الفرائض المالية بحيث أن القوانين التي تعمل على أساس افتراض أن المكلفين هم عبارة عن لصوص وإن السلطة المالية هي بمثابة الشرطي الذي يلاحقهم سيكون لها ردود فعل سلبية، إذ تجعل من الكثير منهم لصوصاً حقيقيين وذلك بمحاولتهم الافلات من تلك الفرائض والتخلص من ملاحقة السلطة المالية في حين أن الكثير منهم ليسوا كذلك وإنما أوصلتهم السياسات التجريبية إلى هذا الوضع. (1)

نعم لا شك في تأثير التدخلات الخارجية في اغلبها سلباً على الدافع الداخلي لدى المكلفين بالامتثال للفرائض المالية فكما أن الجزاء في صورة العقاب وخاصة القاسي منه يمكن أن يجعل من المكلفين متهربين من تلك الفرائض ويؤدي إلى أن يكون أسلوب الردع فيه تقويض للرغبة الاصلية لدى الاشخاص للامتثال للقوانين المالية ، فإن الثواب وخاصة إذا ما كان في صورة حوافز مادية يمكن أن يكون له آثار سلبية في المستقبل وإن نجح في بداية تنفيذه، ذلك أن مثل هذه السياسة يمكن أن تجعل المكلفين يتعودون عليها وبالتالي لا يقومون بعملية الامتثال الا إذا ربطت بالحوافز المادية(2) وهو ما بدا واضحاً في سياسة الحوافز المستخدمة في بعض دوائر الدولة في العراق اذ لوحظ بعد مدة من استخدامها أن الموظفين في تلك الدوائر راحوا يتقاعسون عن تنفيذ واجباتهم الأخرى ما لم تقترن بالحوافز المادية ، وقد اثبتت ذلك دراسات تجريبية خرجت بنتائج مغايرة تماماً لما رددته مراراً وتكراراً دراسات نظرية عديدة من ان سياسات الردع العقابي يمكن أن يكون لها أثر ايجابي وذلك لارتباط تلك السياسات بتغيير العدالة الجزائية واثبتت أنه كلما زاد الردع زادت حالات التهرب المالي، ذلك أن للردع جانبان مختلفان إذ ينبغي أن تحقق سياسة العقاب قناعة لدى المكلفين النزيهين بعدم استغلالهم من قبل المكلفين المحتالين، وإن كان لا بد من اعتماد الردع فالأجدر أن يتم جدولة العقوبات وتطعيمها بالغرامات المخففة للتهرب المالي البسيط في حين يتم استخدام العقوبات العالية على الاحتيال المالي بحيث يمكن المعاقبة على المخالفات البسيطة بشكل أقل بحيث نحافظ على العقد النفسي بين المكلفين والسلطة العامة.(3)

(1) James Alm and others, op. cit. ,p.12.

(2) Lars P. Feld and Bruno S. Frey : Tax Compliance as a Result of a Psychological Tax Contract : The Role of Incentives and Responsive Regulation , Law and Policy , Vol.129 , No.1,January 2007,p.105.

(3) Lars P. Feld and Bruno S. Frey, op. cit. ,p.108-109.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

فاعتماد سياسات الردع البحتة وغير العادلة يمكن أن ينعكس سلباً على الشعور بالعدالة الجزائية ، فحتى العقلانية التي تفترضها النظرية العامة التقليدية للقانون وهي تخاطب المكلفين بالقاعدة القانونية ، ورغم عدم دقتها، إلا أنه حتى لو افترضنا جدلاً صدقها، فإن اعتماد سياسات جزائية أو بالأحرى عقابية دون وسائل معززة ومكرسة أخرى فإنها لن تأتي بنتائج طيبة، خاصة إذا ما استطاع أي منهم الافلات منها فإنه لن يتردد في ذلك وهو ما يحدث في الغالب مع حالات الاقتصاد النقدي غير المنظور ، فلما كانت العدالة بشكل عام والجزائية منها بشكل خاص ليست مسألة موضوعية بحتة بل مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالجانب النفسي والاجتماعي للمكلف، فإن سوء استخدام سياسات العقاب المفرطة يمكن أن ينعكس سلباً على ذلك الشعور بعدم تحقق العدالة الجزائية وبالتالي يقوض سلامة النظام المالي بشكل عام والجنائي منه بشكل خاص⁽¹⁾ لا سيما مع الاستخدام المفرط للقوة وزيادة استخدام العقوبات القاسية.⁽²⁾

3. التوافق بين الانظمة العقابية المالية وبين المعايير النفسية والاجتماعية:

لا يمكن أن تكون القاعدة القانونية الجزائية وخاصة منها المتضمنة في نصوص القوانين المالية عادلة جزائياً ما لم تكن تحاكي - سواء في جانبها التجريمي أو في جانبها العقابي - الظروف النفسية للمخاطبين بها والاطواع الاجتماعية التي يعيشونها فلا تأتي منفصلة عن واقع كل من تلك الظروف والمعطيات والا وصفت بعدم العدالة الجزائية، رغم أن فكرة كهذه ليست جديدة على القوانين الجزائية فقد حرصت قوانين سابقة على هذه المسألة ومنها القانون العقابي السوفياتي الذي كان يربط تجريم أي فعل بكونه يشكل اعتداءً على المعايير الاجتماعية في البلاد، بل حتى بعض النصوص في القوانين المعاصرة فاشترط المشرع المصري وكذلك العراقي في قوانين العقوبات بأن لا يشكل الفعل تزييفاً للعملة الا إذا كان من شأنه أن يجعل ابناء المجتمع غير قادرين على تمييز العملة المزيفة من العملة الحقيقية فعندها فقط يمكن ان يشكل فعله اعتداءً على النظام الاجتماعي

(1) Natalie Taylor : Understanding Taxpayer Attitudes ; Through Understanding Taxpayer Identities , Taxing Democracy , the Ashgate Nation Publishing Ltd. , England, 2002,p.72.

2 د. محمود شريف بسبوني : ضمانات العدالة في الاجراءات الجنائية دراسة مقارنة للمعايير الدولية والاقليمية والدستورية ، ص700 ، بحث منشور على شبكة الانترنت متاح على الرابط الآتي:

https://constitutionnet.org/sites/default/files/guarantees_of_justice_for_criminal_procedures_a_comparative_study_of_international_regional_and_constitutional_standards.pdf.

والا فإذا كان من السهولة بمكان معرفة تزوير تلك العملة فإن فعله لن يشكل اعتداءً على ذلك النظام وبالتالي يفترض أن لا جريمة في الفعل. (1)

وبالمثل فإن الأفعال المالية ينبغي أن لا يتم تجريمها وفرض العقوبات عليها الا إذا كان ابناء المجتمع على قناعة بأن القيام بها يشكل اعتداء على النظام الاجتماعي في البلاد ولن يكون لديهم مثل هذا الشعور الا إذا اقتنعوا بعدالة النظام المالي القائم ومضامينه وإن الاموال التي سيدفعها المكلفون ستعود مرة ثانية لهم ولبقية ابناء المجتمع على شكل خدمات أو سلع عامة فعندها سيتقبلون عملية التجريم والعقاب وسياساتها والا فسيعملون بالصد من تلك السياسة⁽²⁾ فحتى الفرائض المالية الدينية إذا لم يقتنع المكلفون بانها سوف تذهب إلى الجهات المستحقة لها فانهم لن يدفعوها ولن يتعاونوا مع النظام المالي الذي يقوم بجبايتها ، ولنا في التجربة المريرة لأبناء المناطق التي سيطرت عليها عصابات داعش الارهابية في العراق مثلاً حياً على ذلك ، فرغم قناعة ابناء تلك المناطق بأن الزكاة فريضة اسلامية اصيلة وهي ركن من اركان الاسلام الا انهم كانوا يرفضون دفعها لتلك الجماعات لعدم قناعتهم بأنها ستذهب إلى المستحقين لها، وبالتالي لم يشكل فعل عدم دفعها لتلك العصابات اعتداء على النظام الاجتماعي في البلاد فكان المجتمع يتقبل بل يساعد على عدم الامتثال لأوامر فرضها وجبايتها ويقوم المكلفون بدفعها للمستحقين مباشرة وليس عن طريق تلك الجماعات الارهابية.

وفي هذا الاطار يمكن أن تلعب سياسات الاستفتاء على القوانين المالية أو على الأقل منح نوع من اللامركزية الادارية في عملية فرض وجباية الايرادات العامة وفرض الجزاءات المالية دور كبير في تقرير اجتماعية تلك القوانين أو تلك الجزاءات ومن ثم تقبلها واحترامها والالتزام بها⁽³⁾ من ابناء المجتمع والتعاون في تنفيذها والابلاغ عن المخالفين لها ان وجدوا، لا بل أن مثل هذه السياسات تمارس أثراً فعالاً في الوصول إلى العدالة التصالحية ذات البعد التعويضي بعيداً عن العدالة الجزائية التقليدية ذات البعد الانتقامي البحت الذي يكرس الجانب الفردي أكثر من تكريسه البعد الاجتماعي الذي توفره العدالة التصالحية. (4)

ولعل ذلك هو ما يدفع المشرع إلى التعديل المستمر للقانون بحيث يؤكد تلك المعايير الاجتماعية والنفسية فيحرم أو يجرم الأفعال التي تصبح مشكلة اعتداء على النظام الاجتماعي أولاً بأول، فلا يمكن ادارة النظام

(1) د. احمد الدخيل : الاقتصاد السلوكي ، مصدر سابق ، ص119.

(2) James Alm and others,op.cit.,p16.

(3) Lars P. Feld and Bruno S. Frey,op.cit.,p113.

(4) آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية ، مصدر سابق ، ص16.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

البشري بشكل عام والاجتماعي منه بشكل خاص في غياب مراجعة مستمرة للنظام العقابي لاسيما المتصل منه بالشأن المالي في محاولة لمحاكاة مشاعر المخاطبين بالقاعدة القانونية واللعب على الوتر الاجتماعي وارسال رسالة مفادها أن المشرع يوفر دعامة رئيسية للتفسير الاجتماعي للقانون الجزائي وهو ما يجعل عملية الاصلاح المالي ترتبط بالإصلاح الجزائي فكلما كان هناك اصلاح جزائي يراعي الجوانب الاجتماعية ويتوافق معها كلما كانت هناك فرصة أكبر لنجاح الاصلاح المالي، واذا ما علمنا أن المجتمع يتغير بسرعة فيفترض أن تواكب التعديلات القانونية تلك التغيرات وتحاول ان تلاحقها أولاً بأول والا فإن أية فجوة يمكن أن تكون بين الجانب القانوني والاجتماعي ستعكس سلباً على معالم العدالة الجزائية المنشودة.⁽¹⁾

والحقيقة أن الارتباط بين الانظمة العقابية والنظام الاجتماعي وكونها عاملاً مهماً من العوامل المؤثرة في العدالة الجزائية يرجع إلى كون هذه الاخيرة هي مسألة نفسية أكثر منها موضوعية إذ تتعلق بشؤون المخاطبين بالقانون لا بالقانون ذاته فقط ، فقد يبدو القانون لواضعه عادلاً ولكنه قد لا يبدو كذلك لدى المخاطبين به مما يقوض فرص تحقق العدالة الجزائية فيه، فهي ليست مسألة مادية بحتة وانما تتأثر بالظروف المحيطة بالمجتمع سواء كانت نفسية أو اجتماعية أو سياسية أو غيرها وبالتالي ترتبط بالنظام الاجتماعي ولا يمكن فصلها عنه بأي حال من الاحوال والا كانت عدالة مادية جوفاء لا تحقق الغرض المنشود منها وعلى راسها المساهمة في الامتثال الطوعي للقوانين المالية.⁽²⁾

وقد ذهبت بعض الدراسات ابعد من ذلك إلى تشكيل النظام الاجتماعي المرغوب فيه قبل وضع النظام الجزائي المتوافق معه لضمان شعور المكلف بعدالة ذلك النظام جزائياً عن طريق ما اسمته بالتنظيم المتجاوب والذي استخدم في غير مرة لضمان اجتماعية السياسات الجزائية أو حتى للتقليل من اللجوء إلى سياسات الردع والاكتفاء بتوجيه أو تكوين رأي عام اجتماعي مساند للفرائض المالية ومؤازر لها ومنكر على كل من يخالفها وذلك باستخدام فذ ودقيق لوسائل الاعلام المختلفة لخلق رأي عام متعاطف مع الفرائض المالية أو على الأقل الجزاءات المفروضة على كل من يخالفها⁽³⁾ أو عبر رفع سقف مقترحات بعض الفرائض ثم التنازل والاكتفاء ببعضها وهو المخطط في الاصل كما حدث في مشروع قانون الموازنة العامة لسنة 2021 في العراق عندما

(1) Valerie Braithwaite,op.cit.,p.9.

(2) Natalie Taylor,op.cit.,p.77.

(3) Jenny Job and David Hanaker: Short-term Experience with Responsive Regulation in the Australian Taxation Office, Taxing Democracy, the Ashgate Nation Publishing Ltd., England, 2002, p.113.

رفعت الحكومة العراقية سقف مقترحاتها المالية والجزاءات المترتبة على مخالفتها رغم معرفتها بان مجلس النواب لن يوافق عليها ولكنها سعت إلى الظفر ببعض تلك الفرائض والجزاءات وهو ما تحقق لها فعلاً.

ولا ننسى الإشارة هنا إلى دور عملية التدرج في الفرائض المالية ووضع الجزاءات على من يخالفها بحيث يتقبلها المجتمع وتصبح جزءاً من التنظيم المتجاوب، ولنا في فريضة الزكاة والتدرج في فرضها من مرحلة التمهيد إلى ضرورة وجود فريضة مالية ومن ثم مرحلة التعاون بين المسلمين عبر المؤاخاة وغيرها من الأنظمة الأخرى بحيث شكلت التزاماً ادبياً للتعاون الاجتماعي ثم تلت ذلك مرحلة فرضها لتصبح أمراً واجباً وركناً من أركان الاسلام فكان تقبلها ناجماً عن ذلك التدرج بحيث أصبحت مقبولةً وجزءاً من النظام الاجتماعي⁽¹⁾، فأضحى من يخالفها يستحق الجزاء لكونه يعتدي على النظام الاجتماعي للدولة العربية الاسلامية.

4 . التداخل مع أنواع العدالة الأخرى:

لا يمكن تصور قيام العدالة الجزائية بمعزل عن أنواع العدالة الأخرى من عدالة توزيعية وعدالة اجرائية ، هذا في مجال العدالة الوظيفية أما في مجال العدالة المتوازية فلا يمكن فصل العدالة الفردية والعدالة المجموعية والعدالة المجتمعية عن العدالة الجزائية فكل منها يكمل الاولى ويجعل كل نوع من أنواع العدالة الاخرى عاملاً مؤثراً في تحقيق العدالة الجزائية أو غيابه فإذا ما فقدت العدالة التوزيعية أو غابت العدالة الاجرائية أو تخلفت أنواع العدالة المتوازية الثلاث فلا شك أن ذلك سيمس أساس العدالة الجزائية ذلك ان ميزان هذه العدالة ستميل إحدى كفتيه إذا كان فرض الفريضة المالية أو توزيع العبء المالي أو توزيع الايرادات غير عادلي.

ولكن بالمقابل فإن قيام أو تحقق العدالة التوزيعية أو العدالة الاجرائية أو العدالة المتوازية بشكل عام لا يعني بالنتيجة تحقق العدالة الجزائية وإنما هو مجرد عامل من العوامل المؤثرة في تحقيقها، إذ يجعل امر تحققها محتملاً أو ممكناً ولا يعرقل قيامها بأي شكل من الاشكال فيساهم في الوصول إليها ذلك أن غياب أي منها يغيب امكانية تحقق العدالة الجزائية في حين ان وجودها هو مجرد عامل مسهل لوجود العدالة الجزائية ، والعلاقة متبادلة في هذا الجانب فتحقيق العدالة الجزائية يسهم كذلك في تحقيق أنواع العدالة دون أن يفضي حتماً إلى تحقيقها ولكن غياب العدالة الجزائية يقوض فرص اقامة أنواع العدالة الاخرى.

(1) د. عاطف السيد : فكرة العدالة الضريبية في الزكاة في صدر الاسلام ، بلا مكان ولا سنة نشر ، ص 280.

ثانياً- العنصر الاجرائي

فضلاً عن العدالة الاجرائية المرتبطة باجراءات تنفيذ القوانين المالية فإن هناك عنصراً اجرائياً آخر يرتبط باجراءات التبليغ والشكوى والكشف والتحقيق والمحاكمة وتنفيذ الأحكام منها أو اطفاء الاموال الناجمة عنها ومدى تحقيق كل ذلك للعدالة لدى المخاطبين بالقاعدة القانونية فقد يتحقق العنصر الموضوعي الأول للعدالة الجزائية ولكن لن تكتمل العدالة الجزائية الا بتحقيق العنصر الاجرائي الثاني والذي يلعب في تحقيقه أيضاً مجموعة من العوامل ، لعل ابرزها:.

1. ميكانيزم الدعوى الجزائية:

إذا كان التضخم في سياسة التجريم والعقاب قد قاد إلى تزامح أو تراكم الدعاوى الجزائية على رفوف المحاكم الجزائية وفي ادراج المحققين والمؤسسات الاصلاحية فإن ذلك للأسف يتفق مع ميكانيزم الدعوى الجزائية في الاصل فهي تتسم بالتعقيد والبطء الشديد في الاجراءات وعدم التوافق بين عدد المحاكم وكم القضايا المنظورة امامها ، مما يشكل عاملاً مهماً في تعييب العدالة الجزائية فالعدالة البطيئة والمعقدة لا يمكن أن تكون عدالة حقيقية بل هي اقرب إلى الظلم والجور منها إلى العدل والعدالة، وهو ما جعل الدعوى الجزائية محوراً لنقاشات الفقه الجنائي بضرورة اصلاحها بالشكل الذي يقبل المعادلة فيها لصالح العدالة أو البحث عن بدائل حقيقية لها أسوة ببقية فروع القانون الأخرى من عام وخاص.

بيد أن وسائل الاصلاح الداخلية للدعوى الجزائية كانت مجرد حلول ترقيعية لم تستطع ان تنتشلها من واقعها المرير فالوسائل المستخدمة في ذلك سواء كانت موضوعية أو ذات صلة بالجانب الاجرائي أو اجرائية بحتة كوقف تنفيذ العقوبة واستخدام الاعذار المخففة وتأجيل النطق بالحكم العقابي وبدائل العقوبات السالبة للحرية وتخفيف العقوبات واستخدام التدابير الاحترازية وسياسات العفو العام والعفو الخاص واشتراط الطلب والتنازل والصلح الجزائي والامر بحفظ الدعوى والوسائل العمومية الجزائية والامر الجزائي أو المحاكمة الموجزة والتسوية الجنائية والتفاوض على الاعتراف أو الاتفاق مع بعض الجناة على الاعتراف بالجريمة وتحويل وصف بعض المتهمين إلى شهود وغيرها الكثير، فكل تلك السياسات لم تستطع أن تنقل الدعوى الجزائية إلى دعوى عادلة وهو ما انعكس سلباً على نتائج الردع العام والردع الخاص التي يفترض أن تحققها هذه الدعوى فهي

ليست غاية في حد ذاتها وإنما وسيلة لتحقيق تلك النتائج فإذا ما فشلت في تحقيق العدالة وفي تحقيق الردع فالبحث عن بدائل عنها يكون أمراً واجباً.⁽¹⁾

لكن الاشكالية تكمن في صعوبة، إن لم نقل استحالة، الاستعانة بالوسائل البديلة المستخدمة في فروع القوانين الاخرى بفض المنازعات الجزائية كالتحكيم والتوفيق والمصالحة وغيرها وذلك بحكم احتكار الدولة للفصل في هذه المنازعات وعدم القدرة على التخلي عنها لصالح تلك الوسائل أسوة بفروع القوانين الأخرى تحت ذريعة المحافظة على حقوق الإنسان وكيان المجتمع ووحدة الدولة وحماية نظامها السياسي، وهو ما دفع أطراف الدعوى الجزائية امام هذا التعنت الرسمي بعدم التخلي عن الدعوى الجزائية الذي ولد عدم عدالة جزائية إلى ترك هذه الاجراءات الرسمية للدولة وهيئاتها القضائية واعتماد مسار موازي يسمى لدينا في العراق بالمسار العشائري يحاول أن يكون بديلاً ولو غير رسمي ليصل إلى العدالة الجزائية التي تقنع اطراف النزاع أو ترضي على الأقل المجني عليه وذويه والمجتمع.

هذا كله في الاوضاع الطبيعية التي تسير فيها الجوانب القانونية بشكل دقيق وسليم فما بالك في دول يحدث فيها التمييز العنصري ضد بعض فئات المجتمع مما يجعلهم عرضة أكثر من غيرهم لأن يكونوا ضحايا للعديد من الجرائم دون أن يكون من السهل عليهم الوصول إلى الاجراءات الجزائية الوافية كعدم تلبية شكاوهم أو البطء المتعمد في اعمال اجراءات التحقيق أو عدم معاملتهم معاملة انسانية إذا ما كانوا قد ارتكبوا جرائم وحكم عليهم بالسجن أو الحبس أو حتى عدم توفير المساعدة القانونية لهم والمتمثلة باللجوء إلى المحامي أو عدم القدرة على دفع تكاليف تلك المساعدة أو دفعهم إلى ارتكاب الجرائم نتيجة لسياسات الفقر والحرمان من التشغيل والتوظيف وغيرها، لا شك أن الوضع سيكون اسوأ بكثير ولنا في هذا الشأن العديد من الامثلة التاريخية والمعاصرة على اوضاع التمييز العنصري المذكورة أعلاه.

لا بل أنه حتى في غياب تمييز عنصري ضد فئة معينة من ابناء المجتمع فيجب أن لا ننسى أن من يباشر الدعوى الجزائية هم مجموعة من عناصر الشرطة التابعة في للسلطة التنفيذية وبعض عناصر الهيئات القضائية التابعة للسلطة القضائية ومن ثم وبعد الحكم يحال الأمر إلى عناصر من وزارة العدل سواء في المؤسسات الاصلاحية أو غيرها والتابعة للسلطة التنفيذية وهم جميعاً من البشر الخاطئين وليسوا من الملائكة، وهو ما يجعل تصرفاتهم يتخللها النسيان والسهو والخطأ والانصياع للمغريات والخضوع لضغوط واستغلال

(1) د. حمودي ناصر ، مصدر سابق ، ص 29-51.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

.....

المواقف مما يجعل العدالة الجزائية في مهب ربح عاصفة لا هواده فيها ويجعل طرفي الدعوى الجزائية من جاني ومجني عليه يسبرون في طريق مظلم لا نور فيها، ويتطلب احاطة معطيات وظروف العدالة الجزائية المنشودة بالكثير من أسباب التحقق التي تتناغم والآليات الموضوعية لها، ولنا في الادب الاجرامي والوقائع التي واكبناها أو الأقل مجرد الشكوك في احقية بعض الاشخاص في البراءة أو جدارة بعض الاشخاص في الحكم عليه بعقوبة معينة فيه تقويض لفرص اقامة تلك العدالة ، فالمسألة مسألة شأن نفسي واجتماعي أكثر منها مسألة مادية.

2. سرعة الاجراءات:

كلما كانت اجراءات اقامة الدعوى الجزائية سريعة بعيدة عن البطء والاطالة كلما كانت الدعوى الجزائية أكثر عدالة ، وهي ما يغيب في غالب الاحيان بحكم التضخم الذي اشرفنا في جانبي التجريم من جهة والعقاب من جهة أخرى، والدعوى افرزت كما سبق التفصيل، التراكم الكبير للدعاوى الجزائية امام القضاء وجعلتها تنتظر دورها في المباشرة والاستمرار وحتى الانتهاء بل حتى عمليات تنفيذ الأحكام القضائية في هذه الدعاوى قد يطاله البطء مما يقوض فرص الوصول إلى العدالة الجزائية ومن ثم تحقيق الردع العام والردع الخاص فيقضي على الأسباب المؤدية إلى وجود هذه الدعاوى.

وإذا كان الأمر يتعلق بالدعوى الجزائية بشكل عام فما بالك إذا كانت تلك الدعوى الجزائية تتعلق بالشأن المالي سواء بالنسبة للدولة وهيئاتها العامة كطرف في المنازعة الجزائية المالية أو بالمكلفين بالفرائض المالية أو بالمستحقين للنفقات العامة كطرف ثاني في هذه المنازعة، لا شك أن السرعة ستكون مطلوبة بصورة أكثر فبالنسبة للطرف الأول فإنه من المهم والأكثر عدالة له أن يحصل على حقة بأسرع وقت ممكن لرفد الخزينة العامة بحقوق مالية على جانب كبير من الأهمية لاسيما وإن هذه الاموال تستخدم، من المفترض، لتمويل النفقات العامة التي تخصص لإشباع الحاجات العامة عبر تقديم الخدمات العامة ، وبالمثل فإن المكلف أو المستحق من مصلحته ومن العدالة أن يتم حسم النزاع سريعاً لأن بقاء الأمر معلقاً واطالة امد النزاع سيشوش على أعماله التجارية ويقوض فرص الاستقرار المنشودة التي يفترض أن يحظى بها ليستمر في عطائه الاقتصادي به وبأقرانه لتسير بأعمالهم عجلة الاقتصاد الوطني وهو ما ينعكس سلباً على الشعور العام لدى ابناء المجتمع بتعطيل الدعوى الجزائية المالية لسير تلك العجلة وتقويض العدالة الجزائية.

وقد بادرت بعض الدول إلى استحداث أو تخصيص محاكم وإجراءات خاصة بالدعوى الجزائية المالية بعيداً عن المحاكم الجزائية متأثرة بوجهة النظر أعلاه وحرصاً منها على سرعة إنجاز الدعاوي المالية، ولعل المثال الحي على ذلك هو قيام المشرع الضريبي الأردني باستقطاع الدعاوي الجزائية الضريبية من اختصاص المحاكم الجزائية وتحويلها إلى المحاكم الضريبية ضماناً لسرعة ودقة الحسم وتجنباً للبطء وغياب التخصص الدقيق فكلما كانت المحكمة أكثر تخصصاً كلما كانت أكثر دقة وبالتالي أكثر سرعة في حسم النزاع المعروض أمامها، وكذلك الحال مع انشاء المشرع العراقي للمحاكم الكمركية وتخصيصها للفصل في المنازعات الخاصة بقضايا أو منازعات قانون الكمارك وخاصة الجزائية منها. (1)

3. سهولة الاجراءات:

على المنوال ذاته الذي تسير فيه سرعة الاجراءات يمكن أن تنعكس سهولة الاجراءات ايجاباً على تحقق العدالة الجزائية، فلا عدالة في تعقيد الاجراءات فشتان بين التآني من جهة وبين التعقيد من جهة أخرى، ولا تلازم بين الاثنتين فالسهولة يمكن أن تحقق التآني والدقة في الوقت ذاته كما لا تلازم بين التعقيد وبين العدالة الجزائية بل على العكس كلما كانت الدعوى سهلة الحسم وبأدلة واضحة وغير معقدة كلما كانت العدالة أكثر انجازاً وقد وفرت التقنيات الحديثة اليوم وسائل وطرق وآليات يمكن أن تحول الدعوى الجزائية من دعوى معقدة إلى دعوى سهلة وبسيطة وبالتالي تحقيق العدالة الجزائية.

وإذا كان الأمر كذلك في الدعوى الجزائية العامة فما بالك بالدعوى الجزائية المالية لا شك بأن السهولة ستكون مطلوبة بشكل أكبر وستكون انعكاساتها على تحقيق العدالة الجزائية في حال توافرها اعمق واقوى لاسيما وإن التقنيات الحديثة التي تتطور يوماً بعد يوم تسهل من اجراءات الدعوى وتسرع في حسمها وبالتالي الوصول إلى العدالة الجزائية المنشودة ليس في الجانب الموضوعي فقط بل في الجانب الشعوري المعنوي أيضاً ذلك أن الادلة التي توفرها تلك التكنولوجيا الحديثة والاكتشافات العلمية المستمرة لا تحقق فقط السرعة والدقة والسهولة في الوصول إلى الدليل وانما توفر القناة الكاملة بالأدلة العلمية الحديثة بما يعزز الشعور بعدالة الاجراءات الجزائية المتخذة ، وفي المقابل فإن ترك أو استبعاد تلك الادلة والتي اصبح الكثير منها في متناول الجميع

(1) د. احمد خلف حسين الدخيل : القضاء الضريبي بين الشريعة والقانون ، بحث منشور السجل العلمي للمؤتمر الدولي للقضاء والتحكيم ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، المملكة العربية السعودية ، مجلد 2 ، 2015 ، ص 1591 وما بعدها.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

بحكم الانتشار الواسع والشفافية التي وفرتها وسائل التواصل الاجتماعي يؤدي إلى تفويت فرصة الظفر بالعدالة الجزائية مادياً ومعنوياً على حد سواء .

والحقيقة أنه وكما قادتنا ظروف أو متطلبات سرعة الحسم إلى ضرورة اعتماد التخصص القضائي وأهمية انشاء قضاء مالي متخصص فإن ضرورات السهولة في حسم الدعوى الجزائية تتطلب أيضاً قضاءً متخصصاً في الشأن المالي، إن لم يكن في الشأن الجزائي المالي، ليستطيع أن يواكب احدث الاكتشافات والادلة العملية والعلمية في اكتشاف أو نسبة الجرائم الى فاعليها ونفيها عن غير الفاعلين مما يسهم في ادراك العدالة بشكل عام والجزائية منها بشكل خاص لا سيما ونحن بأمس الحاجة إلى شعور المواطن عموماً والمكلف أو المستحق خصوصاً بعدالة هذه الاجراءات والمحاكمات ونتائجها .

4. العدالة الاصلاحية (التصالحية)

شكلت فكرة العدالة الاصلاحية أو بالأحرى العدالة التصالحية وسيلة أو ردة فعل على عدم عدالة الدعوى الجزائية لعلها تكون بديلاً عن تلك الدعوى وتحقيق العدالة الجزائية المنشودة، ومن ثم فهي عامل مهم من العوامل المؤثرة في انجاز العدالة الجزائية والا فإن هذه العدالة لم تأت من فراغ بل مرت بتطورات تاريخية طويلة وواكبت بعض الوسائل أو الحلول الترقيعية لعدم عدالة الدعوى الجزائية، وعلى التفصيل الآتي:⁽¹⁾

المرحلة الاولى: مرحلة الانتقام الفردي (الخاص)

وهي مرحلة ما قبل نشوء الدولة وتجلت باقتصاص المجني عليه أو ذويه من الجاني أو ذويه ومن ثم تطور إلى اقتصاص عشيرة أو قبيلة المجني عليه من عشيرة الجاني أو من الجاني نفسه أو من ذويه أو بالاتفاق على شروط معينة.

المرحلة الثانية: مرحلة الانتقام العام

بدأت مع نشوء الدولة والتي بقي فيها نظام الانتقام أو الاقتصاص ولكنه تحول من انتقام فردي إلى انتقام عام تباشره الدولة وهيئاتها العامة من الجاني وتميزت بقسوة العقوبات وانتقاميتها.

(1) د.علي حسين الخلف ود.سلطان الشاوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، القسم العام ، مطابع الرسالة ، الكويت ، 1982، ص13-14.

المرحلة الثالثة: مرحلة أنسنة القانون الجزائري

وبدأت مع القرن الثامن عشر وتجلت في افكار الكتاب والمصلحين ورفضهم لفكرة الإنتقام فردياً كان أم جماعياً وتحولت الفكرة من انتقام إلى تحقيق الردع العام والردع الخاص بأسلوب وفكر نفعي مادي بحت.

المرحلة الرابعة: المرحلة العلمية

وبدأت مع الثلث الأخير من القرن التاسع عشر والتي تشاطر سابقتها بضرورة التحول من الانتقام إلى فكرة الاصلاح وبالتالي الاعتماد على الخطورة الاجرامية لا خطورة الفعل ولا جسامة الضرر مما جعل العقوبات تميل إلى الردع العام والردع الخاص.

ورغم أن هذه المراحل لقانون العقوبات إلا أنها انعكست على قوانين الاجراءات الجزائية وتخللت هذه المرحلة مجموعة من الوسائل لعل ابرزها العفو العام من بعض الجرائم والذي يصدر بقانون ويشمل جميع المشمولين به وفقاً لذلك القانون وليس لشخص محدد، وكذلك العفو الخاص الذي يصدر بقرار أو مرسوم جمهوري من رأس السلطة التنفيذية في البلاد، والصلح والذي يتم في بعض الجرائم ذات الطابع الشخصي التي لا يدخل فيها الحق العام أو يخف، وقد تركز الكثير من هذه الوسائل في الجرائم والعقوبات المالية على أساس أن لهذه الجرائم ذاتية تجعل الغاية من التجريم هو ضمان حقوق الخزينة العامة والذي ربما يتحقق بشكل اكبر عبر استخدام وسائل العفو عاماً كان أم خاصاً أو حتى الصلح مع المتهم أو المحكوم عليه على حسب الاحوال خاصة إذا ترتب على ذلك حصول الخزينة العامة على حقوقها المالية أو أكثر منها أو حتى أقل منها بقليل خاصة إذا كانت العقوبات المفروضة على تلك الجرائم هي العقوبات السالبة للحرية على أساس إنها يمكن أن تكلف الدولة المزيد من النفقات على نزلاء الاصلاحيات أو إنها تؤدي إلى اختلاط المحكوم عليهم في الجرائم المالية قليلي الخطورة الاجرامية مع الجناة المجرمين، كما أن الصلح على مبلغ معين أو العفو بشروط معينة كدفع مبلغ الفريضة المالية أو ضعف مبلغها يمكن أن يقابل بالضد افكار واهداف وغايات المحكوم عليهم بالتهرب المالي والتخلف عن الدفع دون وجه حق.

لا بل أن بعض التشريعات ومنها قانون الادارة المالية الاتحادية العراقي رقم 6 لسنة 2019 المعدل قد منح السلطة التنفيذية سلطة ما يسمى بشطب الديون الحكومية أو اطفائها بما فيها الفرائض المالية التقليدية من رسوم وضرائب أو حتى الجزاءات المالية كالغرامات عندما منح ذلك الاختصاص لوزير المالية ومجلس الوزراء

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

والوزير المختص ورئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة ولو كان ذلك بشروط معينة وتحت رقابة متعددة برلمانية وإدارية وقضائية ومستقلة سابقة ومعاصرة ولا حقة لعملية الشطب أو الاطفاء.⁽¹⁾

وبعيداً عن الخلاف الفقهي الجنائي منه والمالي حول مزايا وعيوب الوسائل المذكورة من عفو عام وعفو خاص وصلح لاسيما الضريبي منه وشطب الديون أو اطفائها ومدى ترجيح المزايا على العيوب أو بالعكس وفق منظور مادي نفعي بحث فإن هناك من يرى في جميع هذه الوسائل أثراً سلبياً كبيراً يقوض جهود تحقيق العدالة الجزائية فالعدالة لا تكمن فقط في عدم محاسبة أو معاقبة الملتزمين بالقوانين المالية وإنما أيضاً بمعاقبة المخالفين لتلك القوانين وعدم اعفائهم بشكل عام أو بشكل خاص أو التصالح معهم أو اطفاء ديونهم المفروضة بتلك القوانين والا مثل ذلك امتيازاً يمنح لهؤلاء على حساب اقرانهم ممن لم يخالفوا القانون فقد يكون المنطق يتفق مع وجود مثل هذه الوسائل إذا ما حققت الأهداف المرجوة من القوانين المالية، ولكنها ستصيب شعور المكلفين بهذه القوانين بعدم العدالة الجزائية وبالتمييز السلبي لصالح مرتكبي الجرائم المالية لاشيء الا لأغراض نفعية مادية بحثة في حين أن النتائج المترتبة عليها يمكن أن تكون أكثر خسارة للدولة والخزينة العامة فتزيد من عدد المخالفين للقانون المالي بسبب الشعور بعدم العدالة الجزائية.⁽²⁾

كل هذه المشاكل التي انتابت مراحل تطور القوانين الجزائية والوسائل المستخدمة لتحقيق أهداف القوانين المالية ومنحها الخصوصية ناهيك عن الشعور بعدم العدالة الجزائية بشكل عام دفع عبر المراحل كافة وفي ظل جميع الوسائل أعلاه إلى اعتماد ما بات يسمى بالعدالة التصالحية أو التعويضية التي تحاول أن تعوض ما فات من عدالة جزائية نتيجة للاخفاقات التي طالت الدعوى الجزائية فهي تؤدي إلى تعاون اكبر مع القانون وقبول أعلى للقرار من قبل المتنازعين⁽³⁾، كتركيز العدالة التصالحية على معالجة الضرر الذي اصاب المجني عليه والمجتمع من جراء الافعال الاجرامية وذلك عبر اشراك جميع المتضررين من تلك الافعال، بل ربما يتجاوز تركيز العدالة التصالحية اعادة ترتيب العلاقات بين اطراف المنازعة والوصول إلى بدائل حقيقية ناجعة

(1) تنظر المادة (46) من قانون الادارة المالية الاتحادية العراقي رقم 6 لسنة 2019 المعدل والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 4550 في 5 آب 2019 ، وينظر في تفصيلها حيدر حسين علي : الاختصاصات المالية للسلطة التنفيذية في قانون الادارة المالية الاتحادية رقم 6 لسنة 2019 النافذ ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، 2021 ، ص95 وما بعدها.

(2) Michael Wenzel , op. cit. ,p.60.

(3)Tom R. Tyler : Psychological perspectives on Legitimacy and Legitimation , Annu. Rev. Psychol. ,1st Published , July, 2006, p.5.

للدعوى الجزائية، وقد حظيت مثل هذه العدالة البديلة بدعم واعتراف دولي كبير ولكن بشكل متفاوت يختلف من دولة إلى أخرى، وحتى في الدول التي اعتمدها كانت قد وضعت عليها بعض القيود أو الشروط التنظيمية وأهمها حصول الأشخاص القائمين عليها على تدريب رسمي كافي في مجال اختصاص القانون والحصول على شهادات من كبار الخبراء، فضلاً عن ضرورة خضوع نظام العدالة التصالحية لأحكام العدالة العادية، وهو ما يقوض الكثير من الآمال في الوصول إلى بديل حقيقي عن الدعوى الجزائية يحقق العدالة الجزائية⁽¹⁾، مما ابقى الباب مفتوحاً لبدائل جديدة في المستقبل القريب أو البعيد بحيث بدأت تطرح افكاراً جديدة بخصصة مرفق القضاء بالكامل أو اعتماد الوسائل البديلة في حل المنازعات ومنها المنازعات الجزائية المالية كالتصالح بين الجاني والمجنى عليه فهي الوحيدة التي تحاكي فطرة الإنسان وترضي شعوره بالعدالة بعيداً عن تحكيمات السلطات القضائية والتنفيذية ذات الصلة بالدعوى الجزائية والتي ربما ترجح كفة احد طرفي النزاع على حساب الطرف الآخر لاسيما في مجال نزعات القانون العام بشكل عام والمالي منه بشكل خاص والجزائية منها بالتحديد، ذلك أن السلطات ستحرص مبدئياً على حماية المصلحة العامة للخزينة العامة ولا تفرط واقعياً بتلك المصلحة لحساب مصالح خاصة بها أو بالأشخاص أو الجهات التي تضغط عليها، ناهيك عن امكانية استخدام أنواع جديدة من الجزاءات المعنوية أو الجزاءات التلقائية.⁽²⁾

المطلب الثاني

انعكاسات العدالة الجزائية على إنفاذ القوانين المالية

لم يكن هذا الجهد الكبير المبذول من فقه القانون الجنائي وفقهاء القانون الجنائي المالي عشوائياً في البحث عن مواطن القوة والوهن في الدعوى الجزائية وانعكاساتها على تحقق أو غياب العدالة الجزائية ومن ثم البحث عن وسائل بديلة أو عدالة بديلة وانما كان بغرض سامي ودافع عظيم الا وهو الوصول، أو على الأقل الاسهام، في إنفاذ أو امتثال طوعي للقوانين بشكل عام والمالية منها بشكل خاص، فاذا كانت الدعوى الجزائية أو بالأحرى القانون الجزائي بشقيه الموضوعي والاجرائي ليس سوى وسيلة لإدراك العدالة الجزائية فإن هذه العدالة يمكن استثمارها في سبيل الوصول إلى عملية الامتثال الطوعي المنشودة أو على أقل تقدير التقليل من حالات التهرب أو التجنب المالي المنتشرة اليوم في جميع انحاء العالم ولو بنسب متفاوتة.

(1) آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية، مصدر سابق، ص17.

(2) د. احمد الدخيل : الاقتصاد السلوكي، مصدر سابق، ص113.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

وهو ما يتطلب منا الخوض في تفاصيل هذه الانعكاسات آخذين بنظر الاعتبار الاحتمالين الواردين الأول المتعلق بتحقق العدالة الجزائية لنتعرف على انعكاساته على إنفاذ القوانين المالية والثاني المتمثل بغياب هذه العدالة وانعكاساته على عملية الانفاذ المنشودة ، وذلك في الفرعين الآتيين:.

الفرع الأول

انعكاسات تحقق العدالة الجزائية على إنفاذ القوانين المالية

على الرغم من أن فقه القانون الجنائي تفوق على الفقه في بقية فروع القانون الأخرى بالاهتمام بالجوانب النفسية والاجتماعية الا أن اهتمامه لم يكن كبيراً وإنما كان بحدود معينة وفي مسائل محددة ولم يكن عاماً في جميع الجوانب السياسة الجنائية مما انعكس سلباً على تحقق العدالة الجزائية، بيد أن ذلك لا يعني غياب أية فرصة لتحقيق هذه العدالة فعلى العكس هناك بعض صور هذه العدالة قد تحقق في كثير من الدول مما يوجب التعرف على الآثار التي تتركها في عملية الانفاذ ، وعليه تتجلى ابرز انعكاسات تحقق العدالة الجزائية هنا بما يأتي:.

أولاً: ارتفاع حالات الامتثال الطوعي

كلما كانت قرارات المحاكم الجزائية في الجانب المالي عادلة استطاعت أن تكون رأياً عاماً بأن العدالة الجزائية متوافرة وبالتالي ينعكس ايجابياً على حالات الامتثال الطوعي للقوانين المالية لاسيما إذا ما كان هناك ترادف مع أنواع العدالة الأخرى من توزيعية واجرائية ومتوازية، إذ أن شعور المكلفين أو المستحقين بأن هناك عدالة في التعامل مع المخالفين من جهة والملتزمين من جهة أخرى بأن يأخذ كل منهم حقه بأن يعاقب الأول ولا يعاقب الثاني وفق اجراءات عادلة فإن ذلك سيكون له مردود ايجابي على حالات الامتثال الطوعي⁽¹⁾ ذلك أن الرأي العام الذي تولد بضرورة الامتثال لتكون العدالة الجزائية يمكن أن يتضمن جزاءات اجتماعية تفرض على المخالفين لها بالإضافة إلى الجزاءات المادية التي تفرضها السلطات القضائية المختصة ولو كانت تلك الجزاءات معنوية تفرض بشكل تلقائي وليس من سلطة معينة وإنما من المجتمع نفسه.

(1)Tom R. Tylor, op. cit. ,p.6.

والحقيقة أن الامتثال الطوعي للقوانين المالية ليس وضعاً مثالياً لا يمكن تحقيقه في الواقع كما قد يظن البعض، ذلك أن تحقق العدالة ومنها الجزائية يمكن أن يسهم في عملية الامتثال هذه بشكل كبير، ولنا في الفرائض الإسلامية التي يدفعها المسلمون خاصة في الدول التي لا تجبر المواطن على دفعها مثلاً حياً على ذلك الامتثال لاسيما إذا ما تولي المكلف بنفسه دفع تلك الفريضة للأشخاص المستحقين لها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فهو يؤمن أن تحقق العدالة الجزائية الإلهية يكون بالجزاء الدنيوي الذي قد يصيب الشخص في أي لحظة والجزاء الآخروي المؤجل سيكون دافعاً له للامتثال لتلك الفرائض رغم أنه غير مجبر على دفعها سلطوياً أو بالأحرى دنيوياً وإنما بشكل إلهي سماوي بحت.

ثانياً: انخفاض عدد حالات التهرب والتجنب المالي

لا يقتصر أثر تحقق العدالة الجزائية على الامتثال الطوعي وإنما قد يتعدى ذلك إلى انخفاض عدد حالات التهرب المالي، إذ أن الأمر لا يعتمد فقط على الجانب المادي النفعي في الموضوع وحسابات الربح والخسارة وإنما على العكس يمكن أن تكون الجوانب النفسية والاجتماعية والشعور بأن هناك عدالة ليس في الفرض والتوزيع والاجراءات وإنما في ايقاع الجزاء على المخالفين وفقاً للقانون، فإن ذلك سيكون له مردوداً ايجابياً كبيراً على حالات التهرب من الفرائض المالية فسيكون مصيرها الانخفاض بحكم الايمان بالعدالة الجزائية التي تحققت في هذا الشأن.

بل حتى حالات التجنب المالي يمكن أن تنخفض اعدادها ذلك أن وجود العدالة الجزائية ولو أنه لا يصيب سوى حالات التهرب دون التجنب التي يفترض ان تكون في الاصل متوافقة والقانون الا أن الايمان بأن هناك حاجة وحرص من المشرع على تحقيق تلك الايرادات سيدفع المكلفين بها إلى الامتثال لها وعدم مخالفتها وتجنبها حرصاً على تحقيق تلك العدالة وايراداتها التي ستصب في النهاية في خدمة المجتمع بجميع فئاته بما فيها المكلفين.

نعم إن غياب التمييز السلبي بين المخالفين للقاعدة القانونية المالية وفرض الجزاءات المناسبة عليهم وعدم اعفائهم أو عدم اطفاء الديون المترتبة عليهم نتيجة تلك الجزاءات فيه عدالة حقيقية لعملية فرض الجزاءات يمكن، أو إنها تؤدي في الغالب، إلى التقليل من حالات التهرب والتجنب المالي التي انتشرت في الدول التي لم تحرص على تحقيق العدالة الجزائية وراحت تميز عنصرياً أو فردياً بين المخالفين لتلك الجزاءات ضاربة

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

.....
عرض الحائط بمعايير العدالة الجزائية لتكون النتائج وخيمة على إنفاذ القوانين المالية⁽¹⁾، مما يدفعنا إلى حث المشرع العراقي كما باقي المشرعين إلى الحرص الشديد على تحقيق العدالة الجزائية ومنع أي سبب من أسباب غيابها حتى وإن كان ذلك الحرص ليس ايماناً بأهمية العدالة ذاتها وإنما حرصاً على الاسهام بتقليل عديد حالات التهرب والتجنب اسوة بما يفعله من يقوم بإنشاء المصارف الاسلامية والنوافذ الاسلامية في المصارف التقليدية من غير المسلمين وحرصهم على تطبيق الشريعة الاسلامية ليس ايماناً بها ولكن رغبة في الظفر بمدخرات المسلمين.

ثالثاً: غياب شرعية السلطة يقوض الآثار الايجابية لتحقيق العدالة الجزائية

كما ذكرنا في أثر غياب الشرعية في التقليل أو اعدام الآثار الايجابية لتحقيق العدالة التوزيعية والعدالة الاجرائية فإن غياب الشرعية يؤدي إلى تقويض الآثار الايجابية لتحقيق العدالة الجزائية وذلك للأهمية البالغة التي تتركها شرعية السلطة التشريعية كانت أو تنفيذية أو قضائية على عملية الانفاذ المنشودة للقوانين بما فيها المالية بما يجعل غيابها يترك أثراً سلبية تغطي على جميع الايجابيات التي تتركها الممارسات السلطوية الأخرى من ممارسات عدالة ومشروعية، ذلك أن قناعة ابناء المجتمع أن القائمين على تحصيل الإيرادات العامة بما فيها من جزاءات ليست على قدر المسؤولية المناطة بهم كونهم قد وصلوا إلى السلطة بصورة غير شرعية أو أنهم لا يحظون بثقة الجماهير فلا طائل من عدالة جزائية تسمح لهم بالحصول على المزيد من الاموال لتعزيز وتكريس سلطتهم غير الشرعية وتمنع وصول السلطة الشرعية إلى سدة الحكم في البلاد وإن على كل مواطن أن يبادر إلى محاولة التهرب والتجنب من تلك القوانين التي تفرض تلك الفرائض لا لشيء الا لنقض غزل السلطة العامة وحرمانها من الإيرادات التي تستخدمها لتعزيز سلطتها.

رابعاً: غياب المشروعية يخفف من الآثار الايجابية لتحقيق العدالة الجزائية

بالنظر إلى عدم وجود تلازم بين العدالة بشكل عام والجزائية منها بشكل خاص مع مبدأ المشروعية فحتى السلطات الأكثر دكتاتورية أو ما يصطلح عليه بالدكتاتوريات التامة التي تتصرف بصورة غير عادلة وتوزع ظلمها بشكل عادل يمكن أن تحترم مبدأ المشروعية، وفي الوقت ذاته فإذا ما حصل وتحققت العدالة الجزائية في ظل غياب لمبدأ المشروعية ، رغم أنه افتراض صعب التحقق، فإنه سيؤدي إلى التقليل من الآثار الايجابية

(1). Lars P. Feld and Bruno S. Frey , op. cit. p.14.

المتوقعة من تحقق العدالة الجزائية خاصة فيما يتعلق بدورها في إنفاذ القوانين المالية عبر الامتثال الطوعي لها أو على الأقل انخفاض عدد حالات التهرب والتجنب المالي، مما يوجب علينا دعوة المشرع العراقي إلى محاولة التوفيق بين مبادئ العدالة والمشروعية سوياً لكي نضمن الانفاذ السليم والدقيق للقوانين المالية والا فإن غياب المشروعية حتى مع تحقق العدالة الجزائية سيقلل من فرص الاستفادة المرجوة من تلك العدالة دون مبرر يذكر.

الفرع الثاني

انعكاسات غياب العدالة الجزائية على إنفاذ القوانين المالية

إذا كان احتمال غياب العدالة الجزائية هو الأكثر حدوثاً نتيجة صعوبة تحقيقها والارباك الذي يرافق الدعوى الجزائية وغياب البدائل الحقيقية المناسبة فإن ذلك سينعكس سلباً لا محالة على عمليات إنفاذ القوانين المالية ، وعلى التفصيل الآتي:

أولاً: تراجع أو غياب حالات الامتثال الطوعي

لا شك أن غياب العدالة الجزائية سيؤثر على مشاعر المكلفين بالفرائض المالية والمستحقين للنفقات العامة فيحاولون خرق القانون بصورة مشروعة أو بصورة غير مشروعة للتخلص من أحكامه أو الاستفادة من المزايا التي يوفرها على التوالي، وهو ما يجعل الامتثال الطوعي لتلك القوانين في ذيل اولويات المخاطبين بالقاعدة القانونية المالية فالشعور بالظلم يدفع المكلفين إلى الامتناع على أقل تقدير عن الامتثال الطوعي لتلك القوانين ومحاولة التأخر في التسديد إلى الوقت الذي يستطيعون وانتظار إجراءات الادارة المالية على الوقت يقدم مخرجاً للتخلص من ذلك الالتزام فيكون الحد الأدنى من آثار غياب العدالة الجزائية هو تراجع أو غياب الامتثال الطوعي للقوانين المالية.

ثانياً: ارتفاع عدد حالات التهرب والتجنب المالي

لا تقتصر الآثار السلبية لغياب العدالة الجزائية على تراجع وانعدام حالات الامتثال الطوعي للقوانين المالية بل تتجاوزها إلى ارتفاع عديد حالات التهرب المالي باستخدام الوسائل غير المشروعة للتخلص من الالتزامات المالية لاعتقاد المكلفين بتلك الالتزامات بأن عملهم هذا هو نوع من ردة الفعل على الحكومة ليشكل محاولة لاستعادة العدالة أو الانتقام من السلطة الجائرة التي لم تستطع توفير العدالة الجزائية المنشودة ومحاولة توفير

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

العدالة لأنفسهم بديلاً عن العدالة الرسمية المفقودة ، وبالتالي يخاطرون بمحاولة التهرب رغم علمهم باحتمال اكتشاف امرهم ثم الخضوع للجزاءات غير العادلة ولكنهم يعولون على عدم عدالة تلك الجزاءات ويأملون بالتخلص منها مستغلين نصوص التجريم والعقاب والنصوص الاجرائية المتعلقة بالدعوى الجزائية.

وحتى إذا ما كانت الخشية أكبر في اكتشاف امرهم وعدم قدرتهم على محاولة التهرب فانهم سيبدلون جهدهم ليستعينون بالمحاسبين أو خبراء القانون المحترفين ليؤشر لهم المواطن الذي يمكن النفاذ منها بحيث يصبحون خارج نطاق سريان القواعد التي تفرض الالتزامات المالية أو أن يكونوا ضمن نطاق سريان القواعد التي تعطي امتيازات مالية رغم انهم في الاصل غير خاضعين للأولى وغير مشمولين بالثانية فكلما زادت حالات التمييز السلبي بين المخالفين للقواعد المالية القانونية وفرض الجزاءات على البعض واعفاء البعض الآخر فإن النتيجة الا وهي غياب العدالة الجزائية ستكون سبباً لعمليات التهرب والتجنب المالي وبشكل مفرط.

ثالثاً: التأثير السلبي على أنواع العدالة الأخرى

بالنظر للصعوبة التي تكتنف الوصول إلى العدالة الجزائية فإن ذلك سينعكس سلباً على تحقق أنواع العدالة الأخرى من وظيفية ومتوازية فيغيب أي نوع منها وبالتالي تغيب امكانية أو سبل تنفيذ القوانين المالية في ذلك طوعياً أو زيادة محاولات التهرب المالي والتجنب المالي لأن غياب العدالة الجزائية يكون له آثار مزدوجة الاولى بالتأثير على أنواع العدالة الأخرى ومن ثم على إنفاذ القوانين المالية بشكل سلبي وذلك بحكم التداخل بين أنواع العدالة المختلفة والتي يؤثر كل منها على الآخر بشكل ايجابي أو سلبي على حسب الاحوال.

رابعاً: تحقق الشرعية يخفف من الآثار السلبية لغياب العدالة الجزائية

بما أن مبدأ الشرعية يحتل موقعاً مرموقاً في مؤشرات إنفاذ القوانين المالية حتى لو غابت العدالة الجزائية فإن وجود الشرعية أو على الأقل ثقة الشعب بالسلطة العامة يمكن أن يخفف من الآثار السلبية لغياب العدالة الجزائية، فالثقة بالسلطة ووصولها بطريقة شرعية له سحر يدفع المواطن مكلفاً كان أم مستحقاً إلى الالتزام بالقوانين لا سيما المالية منها.

خامساً: تحقق المشروعية يخفف من الآثار السلبية لغياب العدالة الجزائية

إذا افترضنا غياب العدالة الجزائية في دولة معينة مع احترام مبدأ المشروعية فإن وجود هذا المبدأ يمكن أن ينعكس ايجاباً على إنفاذ القوانين المالية، أو على الأقل يخفف على المدى القصير من الآثار السلبية لغياب

العدالة الجزائرية، بحكم عدم الترابط أو التلازم بين وجود العدالة بشكل عام والجزائية منها بشكل خاص وبين خضوع الجميع لحكم القانون ولكن وجود هذا الخضوع يمكن أن يشكل جانباً ايجابياً على إنفاذ القوانين المالية فيعوض بعض الشيء جزءاً من الاندفاع الذي افقده غياب العدالة الجزائرية.

الخاتمة

يجدر بنا ان نبرز في ختام هذا البحث أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا إليها ، وذلك في نقطتين ، وكما يأتي:.

أولاً: الاستنتاجات: تتجلى أهم الاستنتاجات فيما يأتي:.

1. العدالة الجزائية هي اتباع سياسة تجريم وعقاب عادلة من منظور المخاطبين بالقانون المالي معززة بإجراءات مقنعة بضرورة الامتثال لها.
2. للعدالة الجزائية عنصران الاول هو العنصر الموضوعي الخاص بسياسات التجريم والعقاب والثاني هو العنصر الاجرائي الخاص بعدالة اجراءات الاتهام والتبرأة.
3. يتوقف تحقق العنصر الموضوعي في العدالة الجزائية على تضخم سياسات التجريم ومدى ضرورة الجزاء ومدى التوافق بين الانظمة العقابية وبين المعايير النفسية والاجتماعية والتداخل مع أنواع العدالة الأخرى.
4. يتوقف تحقق العنصر الاجرائي في العدالة الجزائية على ميكانيزم الدعوى الجزائية وسرعة الاجراءات وسهولتها ومدى توافر العدالة الإصلاحية.
5. ينعكس تحقق العدالة الجزائية ايجاباً على انفاذ القوانين المالية.
6. يؤدي ادراك العدالة الجزائية إلى ارتفاع حالات الامتثال الطوعي للقوانين المالية وانخفاض عدد حالات التهرب والتجنب والشمول المالي، اللهم الا إذا كانت فقدت السلطة شرعيتها او كانت ممارساتها غير مشروعة فإنها ستقلب المعادلة.
7. ينعكس غياب العدالة الجزائية سلباً على انفاذ القوانين المالية.
8. يتراجع عديد حالات الامتثال الطوعي وترتفع حالات التهرب والتجنب والشمول المالي وتتأثر سلباً أنواع العدالة الأخرى بغياب العدالة الجزائية الا إذا توافرت شرعية السلطة أو طغت ممارسات المشروعية على ذلك.

ثانياً: التوصيات: يبدو لنا بأن أبرز التوصيات هي: .:

1. اخذ المشرع بنظر الاعتبار الجوانب المعنوية بشكل عام والنفسية والاجتماعية بشكل خاص ، فضلاً عن العوامل الاقتصادية والقانونية عند سعيه لتحقيق العدالة المالية ولو بصورة تدريجية.
2. السعي إلى اعتماد اسهل الطرق في تنفيذ القوانين واسرع الاجراءات في الوصول الى العدالة الجزائية.
3. جدولة العقوبات وتطعيمها بالغرامات المخففة للتهرب المالي البسيط في حين يتم استخدام العقوبات العالية على الاحتيال المالي.
4. تبني سياسات ترشيق القواعد الجزائية لاسيما في الشؤون المالية بالتسهيل من سياسات التجريم على المتعاونين من المكلفين والمستحقين في القوانين المالية وعلى العكس التشديد على غير المتعاونين أو المعروفين بسجلهم الاجرامي المالي العريق.
5. الابتعاد عن التمييز العنصري ضد بعض فئات المجتمع من الفقراء والفئات الهشة أو المهمشة والذين يكونون بحكم وضعهم المادي الضعيف وامكانياتهم المادية البسيطة عرضة لارتكاب الجرائم المالية، خاصة إذا ما كانت الافعال المجرمة لا تأخذ بنظر الاعتبار وضعهم المادي وتجعلهم لا محالة مرتكبين لتلك الافعال.
6. الابتعاد عن سوء استخدام سياسات العقاب المفرطة الذي يمكن أن ينعكس سلباً على الشعور بعدم تحقق العدالة الجزائية وبالتالي يقوض سلامة النظام المالي بشكل عام والجبايي منه بشكل خاص.
7. عدم تجريم الافعال المالية وفرض العقوبات عليها الا إذا كان ابناء المجتمع على قناعة بأن القيام بها يشكل اعتداء على النظام الاجتماعي في البلاد.
8. اعتماد سياسات الاستفتاء على القوانين المالية أو على الأقل منح نوع من اللامركزية الادارية في عملية فرض وجباية الايرادات العامة وفرض الجزاءات المالية لما لها من دور كبير في تقرير اجتماعية تلك القوانين أو تلك الجزاءات ومن ثم تقبلها واحترامها والالتزام بها.
9. التعديل المستمر للقانون بحيث يتم ملاحقة المعايير الاجتماعية والنفسية فيتم تجريم الافعال التي تصبح مشكلة اعتداء على النظام الاجتماعي أولاً بأول.
10. اعتماد التدرج في الفرائض المالية ووضع الجزاءات على من يخالفها بحيث يتقبلها المجتمع وتصبح جزءاً من التنظيم المتجاوب.
11. انشاء قضاء مالي متخصص ضماناً لدقة وسرعة حسم المنازعات المالية.

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

.....

12. الاستعانة بالتقنيات الحديثة لتسهيل اجراءات الدعوى وتسريع حسمها وبالتالي الوصول إلى العدالة الجزائية المنشودة ليس في الجانب الموضوعي فقط بل في الجانب الشعوري المعنوي أيضاً.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر باللغة العربية

أ. كتب القانون

1. د. احمد خلف حسين الدخيل : الاقتصاد السلوكي ثورة ضد المبادئ التقليدية للقانون ، ط1 ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، 2020.

2. د. عاطف السيد : فكرة العدالة الضريبية في الزكاة في صدر الاسلام ، بلا مكان ولا سنة نشر.

3. د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، القسم العام ، مطابع الرسالة ، الكويت ، 1982.

ب . المجلات والدوريات

1. د. د. احمد خلف حسين الدخيل : القضاء الضريبي بين الشريعة والقانون ، بحث منشور السجل العلمي للمؤتمر الدولي للقضاء والتحكيم ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ، المملكة العربية السعودية ، مجلد 2 ، 2015.

2. آلية الخبراء المعنية بحقوق الشعوب الأصلية : الوصول إلى العدالة في مجال تعزيز وحماية حقوق الشعوب الأصلية ، مجلس حقوق الإنسان ، الدورة الرابعة والعشرون ، البند 5 من جدول الأعمال المؤقت، هيئات وآليات حقوق الإنسان ، الجمعية العامة للأمم المتحدة ، 30 تموز 2013.

3. د. جمال ابراهيم الحيدري : احكام العدالة الجنائية التصالحية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، مجلد 3 ، ع 2 ، 2015.

4. د. حمودي ناصر : أزمة العدالة الجزائية دراسة في الأسباب والحلول ، مجلة المعارف ، س12 ، ع 22 ، جوان 2017.

5. د. سر الختم عثمان ادريس : العدالة الجنائية (المفهوم . الازمة . الأسباب . وسبل العلاج) ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، جامعة افريقيا العالمية ، السودان ، س16 ، ع32 ، اغسطس 2018.

ج . الرسائل والاطاريح

العدالة الجزائية ودورها في انفاذ القوانين المالية

1. حيدر حسين علي : الاختصاصات المالية للسلطة التنفيذية في قانون الادارة المالية الاتحادية رقم 6 لسنة 2019 النافذ ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، 2021.

د. التشريعات

1. قانون الادارة المالية الاتحادية العراقي رقم 6 لسنة 2019 المعدل، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم 4550 في 5 آب 2019.

هـ . مراجع الانترنت

1.د. محمود شريف بسيوني : ضمانات العدالة في الاجراءات الجنائية دراسة مقارنة للمعايير الدولية والاقليمية والدستورية ، بحث منشور على شبكة الانترنت متاح على الرابط الآتي :

https://constitutionnet.org/sites/default/files/guarantees_of_justice_for_criminal_procedures_a_comparative_study_of_international_regional_and_constitutional_standards.pdf.

2. موقع ويكيبيديا على شبكة الانترنت متاح على الرابط الآتي:

<https://ar.wikipedia.org/wiki>

ثانياً: المصادر باللغة الانكليزية

- 1-James Alm , Erich Kirchler and Stephan Muehlacher : Combining Psychology and Economics in the Analysis of Compliance : From Enforcement to Cooperation , Economic Analysis and Policy , Vol.42,No.2, September , 2012.
- 2-Jenny Job and David Hanaker: Short-term Experience with Responsive Regulation in the Australian Taxation Office, Taxing Democracy , the Ashgate Nation Publishing Ltd. , England, 2002.
- 3-Lars P. Feld and Bruno S. Frey : Tax Compliance as a Result of a Psychological Tax Contract : The Role of Incentives and Responsive Regulation , Law and Policy , Vol.129 , No.1,January 2007.
- 4-Michael Wenzel : Tax Compliance and the Psychology of Justice : Mapping the Field , Taxing Democracy , the Ashgate Nation Publishing Ltd. , England, 2002.

- 5-Natalie Taylor : Understanding Taxpayer Attitudes ; Through Understanding Taxpayer Identities , Taxing Democracy , the Ashgate Nation Publishing Ltd. , England, 2002.
- 6-Tom R. Tyler : Psychological perspectives on Legitimacy and Legitimation , Annu. Rev. Psychol. ,1st Published , July, 2006.
- 7-Valerie Braithwaite : A New Approach to Compliance , Taxing Democracy , the Ashgate Nation Publishing Ltd. , England, 2002.

القُصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

القُصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

(دراسة مقارنة)

**The lacuna in the Rules Governing the Transport
of Persons and Things
(A Comparative Study)**

أ. د. أكرم ياملكي

أستاذ القانون التجاري

رئيس فرع القانون التجاري في كلية القانون/جامعة بغداد سابقاً.

Professor Dr. Akram Yamulki

**President of Commercial Law Section/Faculty of law/University of Baghdad
(Formerly).**

DOI: <https://doi.org/10.56599/vaqeenjournal.v1i1.14>

تاريخ استلام البحث: 2022-07-12، تاريخ القبول بالنشر: 2022-07-27

ملخص البحث

يُعتبر نقل الأشخاص ونقل الأشياء من أهم النشاطات التي مارسها الإنسان منذ أقدم العصور، وما زال يمارسها حتى الآن، مع ما تميّز به من تنوع الطرق والوسائل التي يجري بها في اليابسة والماء والهواء.

وبالرغم من تناول مشرّعنا العراقي أحكام هذا النشاط في مختلف قوانيننا، وخصوصاً في قانون التجارة الأسبق رقم (60) لسنة 1943، ثم في قانون التجارة اللاحق رقم (149) لسنة 1970، وبعدهما في قانون النقل رقم (80) لسنة 1983، فإن الأحكام المنظمة لهذا النشاط ما زالت تعاني من أوجه قصور عديدة، لا بُدَّ من تسليط الضوء عليها وبيان كيفية معالجتها، وصولاً في تنظيم هذا النشاط إلى مستوى أعلى، ضماناً لحقوق جميع المنخرطين فيه، من الركاب المسافرين ومالكي الأشياء المنقولة، إلى الناقلين منفذي العملية.

وخلصنا في الخاتمة إلى أن هذا النقص في تشريعنا العراقي وبقية التشريعات يقتضي تدخل المشرعين لتكملة الأحكام القانونية المنظمة للنقل، مع توفير الأجهزة الكفوءة والنزبهة لتطبيقها بصورة حديثة وموضوعية، حفاظاً على مصلحة جميع أشخاص العقد والمجتمع عموماً.

الكلمات المفتاحية: القُصور، نقل الأشخاص ، نقل الأشياء ، الناقل، الراكب، المرسل، المرسل اليه، المسؤولية المدنية.

كیماسی دحوکمین ریخه بو فهگوهاستنا تاکهکسان وکهل وپهلان (شروفهکرنهکا

بهراوردی)

پوخته

فهگوهاستنا کهسان وتشتان ئیکه ژجالاکیین گرنک بین کو مروف نهنجام ددمن ژکهفن دا، وحتى نوکه دگهل ههبوونا ریکن جیواز بین فهگوهاستنی وهک نافه هشکاتی وههوا.

سهرمراى هندئى كو ياسا دانهرئى عيرافئى نهف جالاکيه نهنجام دابه، بتایبهتی یاسا بازرگانی یا هژماره60 یا سالا 1943، پاشی یاسا بازرگانی یا هژماره 149 یا سالا 1970، ویاسا بازرگانی یا هژماره 80 یا سالا 1983، بهن حوکمین فان جالاکیان ریكدیخن هیشتا گهلهک لاوازی وکیماسی دگهل دا ههنه، لهورا دفتیت تیشک لسهر بهیته کرن وچاوانیا چارهسهرکرنا وی، تا دگههینه ریخهستنا وی تا بلندترین ناست، وهک گهرهنتی ژبو مافین کهسین تیومر دبن، وهک کهسین دهینه فهگوهاستن وخودان ترومبیلین کاری وکهسانین جیبهجی دکن.

په یقین دهستیکی: کیماسی، فهگوهاستنا تاکهکسان، فهگوهاستنا کهل وپهلان، فهگوهاستنکر، فریکر، کهسی بودهیچته فریکرن، بهرپرسیارهتیا مهدهنی

Abstract

The transport of persons and things is one of the most important activities exercised by the human being since ancient times, in land, water and air.

Notwithstanding that our Iraqi legislator tackled the rules of this activity in the various laws, especially the laws of commerce No. (60) of 1943 and No. (80) of 1983, these rules still suffer from several lacunas, which needs to be enlightened to reach the higher level of governing this activity.

We came in the conclusion to that this lacuna requires the intervention of the legislators for the perfection of the legal rules governing transport.

Key Words: Lacuna, Transport of Persons, Transport of Things, Transporter, Passenger, Consignor, Consignee, Civil Responsibility.

تمهيد وتقسيم:

تسهيلاً للإمام بالموضوع من مختلف نواحيه، قسّمنا بحثنا هذا على ثلاثة فروع. فبيّنا في الفرع الأول قصور الأحكام الخاصة بنقل الأشخاص وكيفية معالجته، من خلال استعراض التزامات الناقل والتزامات الركاب. وبيّنا في الفرع الثاني قصور الأحكام الخاصة بنقل الأشياء، باستعراض التزامات كل من الناقل والمُرسل والمُرسل إليه. أما الفرع الثالث، فقد خصصناه لبيان قصور الأحكام المنظمة للمسؤولية المدنية لأشخاص عقد النقل.

الفرع الأول

قُصور الأحكام الخاصة بنقل الأشخاص وكيفية معالجته

1- يكمن قصور الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص في عدم مراعاة المشرعين فيها عموماً، كما يجب، الخصيصة التي يكاد أن ينفرد بها عقد نقل الأشخاص، من أن الراكب، بالإضافة إلى كونه أحد طرفي العقد، هو العنصر المهم في محله، وخصوصاً بالنظر للاختلاف الكبير في الطرق المتبعة فيه وتنوع وتطور الوسائط المستخدمة في تنفيذه، وما يقتضيه ذلك من حرص على راحة وسلامة الراكب أثناء النقل ووصوله إلى المكان المقصود في الوقت المناسب. وهذا ما تمت ملاحظته على مختلف القوانين، ومنها قانونا التجارة العراقيين الأسبق لسنة 1943 والسابق لسنة 1970، قبل مبادرة المشرع، وحسناً فعل، إلى اصدار قانون خاص بالنقل، القانون رقم (80) لسنة 1983.

2- ويُشهد لهذا القانون، أنه بعد نصه في المادة الأولى منه، في الباب الأول منه في أهداف وأسس وسريان القانون، من هدفه إلى تنظيم النقل بما يضمن توفير أفضل الخدمات في مجالي نقل الشخص ونقل الشيء، وإيجاد التوازن العادل بين التزامات أشخاص عقد النقل، والمساهمة في تحقيق متطلبات خطط التنمية القومية، خصص الباب الثاني لأحكام النقل العامة في خمسة فصول، الفصل الأول في عقد النقل، عموماً. والفصل الثاني في الالتزامات والحقوق الناشئة منه، في فرعين، الأول في نقل الشخص والثاني في نقل الشيء. والفصل الثالث في مُستندات النقل في فرعين، الأول في تذكرة النقل والثاني في وثيقة النقل. والفصل الرابع في الوكالة في فرعين، الأول في الوكالة بالعمولة بالنقل، والثاني في الوكالة في النقل. والفصل الخامس في التقادم. قبل أن يخصص الباب الثالث لأحكام النقل الخاصة، ابتداءً من الفصل الأول للنقل البري في فرعين، الأول للنقل بالسيارات، والثاني للنقل بالسكك الحديدية، ومروراً في الفصل الثاني بالنقل الجوي، وانتهاءً في الفصل الثالث

بالنقل المائي، في فرعين، الأول في النقل البحري والثاني في النقل النهري. بما يمكن معه اعتبار هذا القانون نموذجاً متكاملًا لتنظيم النقل لم يسبق له مثيل، يُمكن أن يُحتذى به من بقسة المشرعين.

3- ونذكر من أهم أحكامه، ما نصت عليه المادة (9) في إلزام الناقل، أولاً، بنقل الراكب وأمتعته (بواسطة نقل صالحة لهذا الغرض من جميع الوجوه إلى مكان الوصول.. الخ). والتزامه، ثانياً، بإحاطة الراكب علماً بتعليماته. وما تضمنته المادة (10) في شمول تنفيذ العقد الفترة الواقعة بين شروع الراكب في الصعود إلى واسطة النقل في مكان القيام ونزوله منها فعلاً في مكان الوصول. وكذلك ما قضت به المادة (12) في إعطاء الأسبقية في نقل الشخص لصاحب الحجز الأسبق ولمن تعيّن ميعاد تنفيذ نقله في تذكرة النقل.. الخ.

وفي مقابل ذلك، ما نصت عليه المادة (18) من إلزام الراكب بأداء أجرة النقل في موعدها المحدد، واتباع تعليمات النقل المعلنة من الناقل.

4- وبالرغم من جميع هذه الأحكام الإيجابية التي يمتاز بها هذا القانون، فإنه مما يمكن أن يؤخذ عليه، أنه في إلزامه الناقل بإحاطة الراكب علماً بتعليمات النقل، لم يورد ما يقتضيه ذلك من ضوابط.

ذلك أن واسطة النقل تضم مجتمعاً صغيراً من الركاب فيعتبر التزام كل منهم باتباع تعليمات النقل حقاً يمكن أن يتمسك به الآخرون⁽¹⁾. وهذا بالإضافة إلى ما قيل في اعتبار هذا الالتزام من جانب آخر التزاماً (أدبياً) يفرضه واقع حماية المسافرين وضمان راحتهم والمحافظة على وسائط النقل⁽²⁾. فكان الأولى بالمشرع أن يلزم الراكب باتباع تعليمات الناقل ليس كأنه التزام لمصلحة الناقل وحده، وإنما بما يفيد كونه أيضاً لمصلحة الراكب نفسه ومصلحة الركاب الآخرين معه، مع بيان ما ينبغي على الراكب عموماً الالتزام به، خصوصاً في عدم الإخلال بسلامة وراحة غيره، بالامتناع عن التدخين أو تناول المشروبات الكحولية وعن أحداث الضوضاء أو القيام بحركات مزعجة في الواسطة، مع تخويل الناقل وتابعيه سلطة منع المخالف قسراً إلى حد احتجازه أو انزاله من الواسطة إذا تطلب الأمر ذلك.

(1) الدكتور علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، الإسكندرية، 1966، بند 170، ص 229.

(2) الدكتور باسم محمد صالح، القانون التجاري/النظرية العامة-التاجر-العقود التجارية-العمليات المصرفية-القطاع التجاري الاشتراكي، بغداد، 2011، بند 188، ص 214.

القصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

5- وهذا ما يصدق أيضاً بالنسبة لبقية القوانين. ونذكر منها، أولاً وخصوصاً، قانون التجارة اللبناني رقم (304) لسنة 1942، لخلوه من أية أحكام في عقد النقل، باستثناء ما نصت عليه المادة (263) من أن ((البيع والتسليف و(عقد النقل) وعقد الضمان وجميع العقود التي لم تحدد قواعدها بمقتضى هذا القانون هي خاضعة لقانون الموجبات وللعرف. (وتطبق أيضاً على عقد النقل والقواعد الخاصة المتعلقة بمشاريع النقل العمومية)). ومن ذلك، ما نصت عليه المادة (680) من قانون الموجبات والعقود من أنه ((ليس النقل إلا نوعاً من إجارة العمل أو من التزام المشاريع وله بحكم الضرورة صفة العقود ذات العوض. والشخص الذي يتعاطاه يُسمى ناقلاً ويُقال له بالأخص مُلزم النقل، إذا جعل هذا العمل مهنته العادية)). ثم ما نصت عليه بعد ذلك المادة (688) منه في انعقاد عقد النقل بمجرد حصول الرضى، والمادة (689) في التزام الناقل بإيصال المسافر سالماً إلى المحل المعين وفي المدة المتفق عليها⁽¹⁾. وهذا على العكس من قانون التجارة البحرية لسنة 1947 الذي حرص المشرع على أن ينص في المادة (230) منه على أنه ((يتحتم على الراكب وهو على متن السفينة أن يتقيد بالنظام الذي يسنّه الريان وأن يرتسم أوامر السفينة)).

6- كما نذكر المجلة التجارية التونسية رقم (29) لسنة 1959، التي وإن خصصت منها أربعة عشر فصلاً (مادة) (653-666) لنقل الأشخاص، إلا أن أحكامها جاءت مقتضبة جداً، وفيما عدا ما أوجبه في الفصل (المادة) (653) على ناقل الأشخاص من إيصال المسافر على وجهته المقصودة سالماً وفي حدود الوقت المعين بالعقد، فأنها لم تأت على ذكر لالتزامه بإحاطة المسافر علماً بتعليماته ولا بالتزام هذا الأخير بها.

7- الموجبات والعقود اللبناني. وفات على المشرع النص على إلزام الناقل بإحاطة المسافر علماً بتعليماته أو إلزام المسافر بهذه التعليمات، خلافاً لنصه في المادة (233) من قانون التجارة البحرية رقم (12) لسنة 1972، على ما يقرب من نص المادة (230) من قانون التجارة البحرية اللبناني، من أنه ((يتحتم على الراكب وهو على متن السفينة أن يتقيد بالنظام الذي يسنّه الريان وأن يراعي أوامر السفينة)). ونصه في المادة (45ج) من قانون الطيران المدني لسنة 2007 على تخويل قائد الطائرة تجاه أي شخص ارتكب أو شرع في ارتكاب جريمة أو فعل يعتقد أنه يعرّض سلامة الطائرة للخطر، سلطة اتخاذ التدابير الضرورية بما في ذلك تقييد الحرية⁽²⁾.

(1) الدكتور الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء الثامن/العقود التجارية، طرابلس-لبنان، 2008، ص344 و346 و409 وما بعدها.

(2) الدكتور أكرم ياملكي، القانون التجاري- دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والمنجر والعقود التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2010، بند 167، ص241.

8- كما جاءت المواد (62-77) من القانون التجاري الجزائري لسنة 1975، المخصصة لنقل الأشخاص، أيضاً مُبتَرة وخالية تماماً من أية إشارة إلى التزام الناقل والراكب بهذا الخصوص.

والملاحظ على قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980 أيضاً، أنه نص في المادة (196) على إلزام الراكب باتباع (تعليمات النقل المتعلقة بالنقل)، دون النص على إلزام الناقل بإحاطة الراكب علماً بتعليماته.

9- والأمر كذلك، بالنسبة لكل من المادة (252) من قانون التجارة البحريني رقم (7) لسنة 1987، والمادة (323) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993، والمادة (255) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999، والمادة (206) من قانون التجارة القطري رقم (27) لسنة 2006، التي نصت جميعها على التزام الراكب باتباع تعليمات الناقل ((المتعلقة بالنقل))، دون النص على إلزام هذا الأخير بإحاطة الراكب علماً بهذه التعليمات.

10- في حين ذهبت مدونة التجارة المغربية رقم (95) لسنة 1995، المنشورة سنة 1996، مذهباً آخر، بنصها في المادة (476)، وهي أولى المواد المخصصة لنقل الأشخاص، على أنه ((يجب على المسافر أن يحترم النظام الداخلي الذي تضعه السلطة الحكومية المختصة))، دون الإشارة إلى تعليمات الناقل والتزامه بإحاطة المسافر بها. ومثلها، بالضبط، مدونة التجارة الموريتانية رقم (5) لسنة 2000، في المادة (1201).

11- بينما يؤخذ على قانون التجارة السوري رقم (33) لسنة 2007 عدم تخصيصه لنقل الأشخاص غير المواد الأربع (150-153)، وعدم إيراده فيها غير بعض أحكامه، دون بقية الأحكام المهمة، ومنها إلزام الناقل بإحاطة الراكب علماً بتعليمات النقل وإلزام الراكب باتباعها.

12- وما هذا بوجه القصور الوحيد في هذه القوانين. إذ إن من أوجهه الأخرى، عدم نص معظمها على ما نصت عليه المادة (6) من قانون النقل العراقي، في انعقاد عقد النقل عموماً بمجرد الاتفاق وجواز اثباته بجميع الطرق، وفي انعقاد عقد نقل الأشخاص ضمناً باعتبار صعود الراكب إلى واسطة النقل قبولاً للإيجاب الصادر من الناقل ما لم يثبت عدم اتجاه نية الراكب إلى إبرام عقد النقل.

13- وبأهمية أكبر من ذلك ما نصت عليه الفقرة (أولاً) من المادة (9) منه، في إلزام الناقل بنقل الراكب وأمتعته بواسطة نقل صالحة لهذا الغرض من جميع الوجوه إلى مكان الوصول حسب الاتفاق وفي الموعد المعين لذلك وإلا في الموعد الذي يستغرقه الناقل العادي في نفس الظروف. وما نصت عليه الفقرة (ثالثاً) من المادة (10)

القصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

منه في شمول تنفيذ العقد الفترة بين شروع الراكب في الصعود إلى واسطة النقل عند المغادرة ونزوله منها فعلاً عند الوصول. وإلزام المادة (19) منه الراكب بحراسة الأمتعة التي يحتفظ بها معه والحيوانات المرخص له بنقلها ومسؤوليته عما تسببه من ضرر. وكذلك ما نصت عليه المواد (20-23) منه في عدم استحقاق الأجرة على الراكب عند إلغاء النقل أو عدم مباشرته بسبب لا يعود إليه، وحقه في العدول عن النقل عند تعطله بسبب من الناقل أو تابعيه، وغير ذلك من الملاحظات الماسة بحقوق الراكب.

وهذا بالإضافة إلى الأحكام الخاصة بنقل الشخص بالسيارات، وبالسكك الحديدية، وبالطائرة، وبالسفينة.

الفرع الثاني

قصور الأحكام الخاصة بنقل الأشياء وكيفية معالجته

13- أورد قانون النقل العراقي الأحكام المنظمة لنقل الشيء عموماً على وجه التفصيل في المواد (26-69)، ابتداءً بالحكم المهم الذي تميزت به الفقرة (أولاً) من المادة (26)، في إلزام الناقل بقبول طلبات النقل المقدمة إليه إذا كانت ضمن إمكاناته، وما تبعته الفقرة (ثانياً) منها في إلزامه في قبول الطلبات بمراعاة أرجحية الطلب الأسبق تاريخياً وأولوية نقل المواد الضرورية الماسة بحياة المواطنين. كما أملت التوجهات الاجتماعية للمشرع. وليس، كما قيل، في غياب نص من هذا القبيل في القوانين الأخرى، من ((أن أساس إلزام الناقل بقبول طلبات النقل قد يكون مصدره الامتياز الفعلي الذي يتمتع به الناقل .. باعتبار أن الناقل ليس تاجراً عادياً يتمتع بالحرية التي يتمتع بها سائر التجار، حتى في الحالات التي يتخذ فيها مشروع النقل صفة المرفق العام، فهو يخضع لنوع من الإشراف الإداري))⁽¹⁾.

وكذلك حكم الفقرة (أولاً) من المادة (29) في إلزام الناقل بنقل الشيء بوسائط نقل صالحة من جميع الوجوه، وحكم المادة (31) في إلزامه في النقل بسلوك الطريق المتفق عليه أو الطريق الأقصر، بإستثناء حالة

⁽¹⁾الدكتور المعتمد بالله الغزياني، القانون التجاري، المعاملات التجارية، العقود التجارية-عمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 116 و 117، كما أشار إليه الدكتور فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، مقدمة عامة-الأعمال التجارية-التاجر-العقود التجارية-عمليات المصارف، دار السيسبان، بغداد، 2015، ص 214، هامش (1).

الضرورة. وحكم المادة (32) بتوصيل الشيء في الميعاد المتفق عليه وإلا ففي ميعاد معقول تحدده ظروف النقل.

وغير ذلك من الأحكام الخاصة بشحن الشيء ورصه (الفقرة (أولاً) من المادة (30)). وبالمحافظة على سلامته أثناء تنفيذه النقل (المادة (46)). وبتفريغه عند وصوله (المادة (34)). وبتسليمه إلى المرسل إليه فعلاً أو حكماً في المحل المتفق عليه (الفقرة (أولاً) من المادة (35)). وما يتعلق بأجرة نقل الشيء (المواد 39-43). إضافة إلى التزامات كل من المرسل (المواد 59-64) والمرسل إليه (المواد 65-69).

14- وإن تؤخذ على هذا القانون، استعارته في المادة (33) الحكم الذي كانت قد نصت عليه المادة (263) من قانون التجارة السابق رقم (149) لسنة 1970، دون تغيير، بالرغم من الانتقاد الموجه إليه في حينه (1). ذلك، أن المادة (33) هذه من قانون النقل، كالمادة (263) من قانون التجارة السابق، بعد أن نصت في الفقرة (أولاً) على إلزام الناقل عند الضرورة بإعادة الحزم أو إصلاح الأغلفة وغيرها من التدابير الضرورية التي ينبغي عليه القيام بها أثناء الطريق، مع حقه في الرجوع على المرسل أو المرسل إليه بما استلزمه ذلك منه من مصروفات، وهذا من المبادئ الحميدة المستقرة في النقل، نصت في الفقرة (ثانياً) على عدم التزام الناقل (بالتدابير غير المعتادة في النقل كرش النبات بالماء أو إطعام الحيوان أو سقيه أو تقديم الخدمات الطبية له إلا إذا أتفق على قيامه بها)). إذ كما سبق بيانه مراراً وتكراراً، قد يدخل رش النبات أو إطعام الحيوان أو سقيه أو تقديم الخدمات الطبية له ضمن التزامات الناقل المعتاد على ذلك، ولو لم يُتفق على إلزامه بذلك (2).

15- كما تؤخذ على هذا القانون استعارته كذلك، في الفقرة (ثانياً) من المادة (44)، الحكم الذي كانت قد نصت عليه الفقرة (ثانياً) من المادة (276) من قانون التجارة السابق لسنة 1970، أيضاً دون تغيير، بالرغم من الانتقاد الموجه إليه لذلك في حينه (3). ذلك، أن المادة (44) هذه من قانون النقل، كالمادة (276) من قانون التجارة السابق لسنة 1970، بعد أن نصت في الفقرة (أولاً) على عدم مسؤولية الناقل عما يلحق الشيء

(1) الدكتور أكرم ياملكي، العقود التجارية، 1- عقد النقل، بغداد، 1972، ص13.

(2) الدكتور أكرم ياملكي، القانون التجاري/دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والعقود التجارية والعمليات المصرفية والبيوع الدولية، الطبعة الثانية، أربيل، 2015، بند 167، ص218 و 219.

(3) الدكتور أكرم ياملكي، في المؤلف المشترك مع الدكتور باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول/الأعمال التجارية والتاجر/العقود التجارية/العمليات المصرفية والقطاع الاشتراكي، كلية القانون والسياسة/جامعة بغداد، 1982، بند96، ص193 و 194.

النُّصُور فِي الْأَحْكَامِ الْمُنظَّمَةِ لِنَقْلِ الْأَشْخَاصِ وَنَقْلِ الْأَشْيَاءِ

بحكم طبيعته من نقصٍ في الوزن أو الحجم أثناء النقل، وهذا من المبادئ العادلة المستقرة في النقل، نصت في الفقرة (ثانياً)، على أنه ((إذا كانت وثيقة النقل تشمل عدة أشياء مُقسّمة إلى مجموعات أو طرود حُدِّدَ النقص المُتسامح فيه على أساس وزن كل مجموعة أو كل طرد إذا كان الوزن معيَّناً على وجه الاستقلال في وثيقة النقل أو كان من الممكن تعيينه)). إذ أنه بالرغم من سلامة المبدأ الذي تضمنته هذه الفقرة، فأنا لا نرى مُبرراً لقصره على الحالة التي يتم فيها النقل بموجب وثيقة نقل دون الأحوال الأخرى التي لا تُحرر فيها وثيقة، وخصوصاً تلك التي يُكتفى فيها بإعطاء المرسل إيصالاً بتسلم الشيء محل النقل.

16- ومما قيل في نقل الشيء في القانون اللبناني، عدم جواز رفض الناقل التعاقد دون سبب مقبول، تحت طائلة اعتبار امتناعه استبدادياً، وبالتالي إلزامه بتبعته تطبيقاً لأحكام المادة (181) من قانون الموجبات والعقود⁽¹⁾. وهو بلا شك حلّ مقبول في غياب نص في القانون بذلك.

ولكن الذي يعيب القانون اللبناني في نقل الشيء، كما في نقل الشخص، عموماً، عدم نصّه على أحكام النقل أصلاً لا في قانون التجارة ولا في قانون خاص، والاعتماد فيه، بالتالي، على القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الموجبات والعقود.

17- كما أن المجلة التجارية التونسية لسنة 1959، بالرغم من تخصيصها ثلاثة وعشرين فصلاً (مادة) (الفصول/المواد 630-652) لهذا النقل، ومنها نصها في (الفصل/المادة 640) على ضمان الناقل من وقت تسلّمه الأشياء المراد نقلها ضياعها كلاً أو بعضاً أو تعييبها أو التأخير في تسليمها، إلا أن هذه الأحكام، كما بالنسبة لأحكام نقل الأشخاص، قد جاءت مُقتضبة جداً لا تتناسب وأهمية هذا النشاط الحيوي، وما تنبغي إحاطته به من شروط وقبود، ضماناً لمصالح المتعاملين فيه ومصحة المجتمع في عمومه.

18- كما أن قانون التجارة الأردني لم يخصص لنقل الأشياء غير المواد السبع (70-76). وهو وإن حرص على تقرير مبدأ رضائية عقد النقل عموماً، بنصّه في المادة (70) على تمام عقد نقل الأشياء باتفاق الطرفين على عناصره وشروطه ((حتى قبل تسليم الشيء إلى الناقل))، ونصه بعد ذلك في الفقرة (1) من المادة (77) على تمام التعاقد على نقل الأشخاص ((كالتعاقد على نقل الأشياء)) (بمجرد حصول الرضى)، بما يعني عدم اعتبار عقد النقل عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بالكتابة، ولا عقداً عينياً لا يتم إلا بتسليم محل الالتزام المعقود عليه

(1) الدكتور الياس ناصيف، المصدر السابق، ص351.

(1)، إلا أن الأحكام المنصوص عليها في هذه المواد، كما بالنسبة لتلك الواردة في المادتين (77 و 78) في نقل الأشخاص، قد جاءت مقتضبة جداً، لا تتناسب أيضاً وأهمية هذا النشاط وما تقتضيه من ضوابط دقيقة، سواء في إلزام الناقل بتهيئة واسطة نقل صالحة من الناحيتين الفنية والتجارية، وبتسليم الأشياء من المرسل وشحنها، بتحميلها على الواسطة ورصّها فيها كما يجب تمهيداً لنقلها، والتقيّد بالطريق الواجب سلوكه والوقت الي يستغرقه النقل، فالمحافظة على سلامة الأشياء حتى إيصالها إلى المكان المقصود وتسليمها على المرسل إليه. أو بإلزام المرسل إعداد الأشياء للنقل، فتسليمها على الناقل في المكان والزمان المقررين مع دفع أجرة النقل. أو كذلك بإلزام المرسل إليه بتسليم الأشياء من الناقل ودفع أية مبالغ مستحقة عليه عن النقل. والتي جميعها لم يُعالجها المشرع إلا بشكلٍ منقوص في المادة (71) وبصورةٍ غير مباشرة في المواد (72 و 73 و75).

19- كذلك الأمر بالنسبة للقانون التجاري الجزائري، الذي بالرغم من تخصيصه لنقل الأشياء المواد الثماني عشرة (39-55 و61)، إلا أنه ركزّ فيها على التزامات المرسل والمرسل إليه، ولم يُعنَ بالتزامات الناقل كما يجب.

20- وهذا على العكس من قانون التجارة الكويتي، الذي فصل أحكام نقل الأشياء في المواد الخمس والعشرين (163-187) بشكلٍ أوفى، ابتداءً بالتزامات المرسل والمرسل إليه، ثم التزامات الناقل، وإن لم يرد فيها ذكر لالتزامه بتهيئة واسطة نقل صالحة من جميع النواحي لنقل الأشياء، مع ما لذلك من أهمية.

والأمر كذلك، بالنسبة لكل من قانون التجارة البحريني، الذي فصل أحكام نقل الأشياء في المواد الست والعشرين (226-251)، وقانون التجارة القطري الذي فصلها في المواد التسع عشرة (179-197).

21- في حين أن قانون المعاملات التجارية الإماراتي خصص إحدى وأربعين مادة (282-322) لنقل الأشياء. وغني ببيان التزامات كل من المرسل والمرسل إليه والناقل بشكلٍ وافٍ، وإن ليس بالترتيب المفروض، ودون أن يُورد فيها ذكراً أيضاً لالتزام الناقل بتهيئة واسطة نقل صالحة.

(1) الدكتور أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والمنجر والعقود التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان/الأردن، 2010، بند 173، ص 245.

القُصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

22- وهذا ما نلاحظه أيضاً على المواد الإحدى والثلاثين (445-475) من مدونة التجارة المغربية، ومثلها المواد (1170-1200) من مدونة التجارة الموريتانية، والمواد الثماني والثلاثين من قانون التجارة المصري (217-254)، والمواد الأربع عشرة (136-149) من قانون التجارة السوري، التي جميعها بحاجة لإعادة ترتيبها وتكاملتها، لسدّ ما فيها من نقص.

23- ومع ملاحظة تورط المشرع المصري في الفقرة (2) من المادة (229) في نفس ما تورط فيه قبله المشرع العراقي في كل من قانون التجارة السابق لسنة 1970 وقانون النقل لسنة 1983، (من عدم التزام الناقل بالقيام بالتدابير غير المعتادة في النقل كرش النباتات بالماء أو إطعام الحيوان أو سقياه أو تقديم الخدمات الطبية له ما لم يتفق على غير ذلك). بالنظر لما سبق بيانه من أنه قد يدخل أي من هذه التدابير ضمن التزامات الناقل المعتاد على ذلك، ولو لم يتفق على إلزامه بذلك.

الفرع الثالث

قُصور الأحكام المنظمة للمسؤولية المدنية لأشخاص عقد النقل

24- تتفاوت الأحكام المنظمة للمسؤولية المدنية لأشخاص عقد النقل في مختلف القوانين، من حيث الترتيب والصيغة وأحياناً المحتوى.

25- فمن الأحكام التي كان قد نصّ عليها قانون التجارة العراقي الأسبق لسنة 1943 في نقل الأشياء، اعتبار المادة (315) الناقل مسؤولاً عما يصيب الأشياء من ضياع أو تلف خلال المدة من تاريخ تسلمه إياها إلى تاريخ تسليمها إلى المرسل إليه، مع اعتبار كل اشتراط بعدم المسؤولية باطلاً، وإن كان يتخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت أن الضياع أو التلف ناشئ:

1- من سبب قهري أو من حالة فوق العادة لم تكن من خطئه، أو

2- من النقائص والمعاييب الموجودة في الأشياء أصلاً أو من ماهية الأشياء أو من رداءة التغليف، أو

3- من قبل المرسل أو المرسل إليه أو من تطبيق التعليمات الصادرة من كليّ منهما.

واعتبار المادة (320) المرسل مسؤولاً عن (العطل والضرر) الناتجين من عدم بيان (ورقة الشحن) المؤرخة جنس و وزن وعدد أو حجم الأشياء أو ميعاد النقل أو المستحق من التعويض عن التأخير، أو ادراجها مخالفةً للحقيقة، ومن عدم بيان خطورة المواد الخطرة. مثلما اعتبرته المادة (317) هو المسؤول عن عدم انتظام أوراق

الكمرك والوثائق الأخرى المطلوبة أو عدم كفاءتها أو عدم مطابقتها للحقيقة. مع نص المادة (337) على عدم مسؤولية الناقل عن ضياع أو تلف الأشياء الثمينة غير المصرح بها ((باستثناء ما إذا كان للناقل احتيال أو تقصير فاحش)).

26- وفي نقل الأشخاص، ما كان قد نص عليه هذا القانون في المادة (355) من عدم وجوب الضمان على الناقل إذا كان تأخر الحركة ناجماً عن (سبب مُجبر أو فوق العادة)، وفي المادة (358) من عدم مسؤوليته عن الأشياء التي يحفظها المسافر لديه، وفي المادة (360) من عدم مسؤوليته عن الحوادث التي يتعرض إليها المسافر (قضاءً وقدرًا) أثناء السفر، ولم يثبت حدوثها بفعل الناقل أو بتقصيره أو بأفعال من هو مسؤول عنهم.

27- وجاء قانون التجارة اللاحق لسنة 1970، لينص بدوره على مسؤولية المرسل عن الأضرار الناجمة عن عدم صحة أو عدم كفاية البيانات التي يقدمها للناقل (الفقرة (2) من المادة (252))، وعن العيب في التغليف أو التعبئة أو الحزم، مع اعتبار الناقل هو المسؤول عنها عند قبوله النقل مع علمه بالعيب أو إذا كان العيب ظاهراً أو كان مما لا يخفى على الناقل العادي (الفقرة (2) من المادة (258)). وبالعكس، لينص على عدم مسؤوليته عما يلحق الشيء عادة بحكم طبيعته من نقص في الوزن أو الحجم أثناء النقل ما لم يثبت أن النقص نشأ عن سبب آخر (الفقرة (1) من المادة (276))، وكذلك عدم مسؤوليته إذا نقل الشيء في حراسة المرسل أو المرسل إليه، ما لم يثبت الغش أو الخطأ الجسيم منه أو من تابعيه. مع نص المادة (278)، بالمقابل، على عدم جواز نفي مسؤوليته عن هلاك الشيء أو تلفه أو التأخير في تسليمه إلاً بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو المرسل إليه.

28- وبالنسبة لنقل الأشخاص، نص هذا القانون على مسؤولية الناقل عن التأخير في الوصول وعما يلحق الراكب أثناء تنفيذ النقل من أضرار بدنية أو مادية (المادة (300)). وعلى عدم جواز نفي مسؤوليته هذه إلاً بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب (المادة (301)). وبالمقابل، على مسؤولية الراكب عن الضرر الذي يلحق الناقل أو الغير بسبب الأمتعة أو الحيوانات التي ينقلها معه (المادة (304)).

29- وكدليل على إيلاء المشرع العراقي أهمية أكبر لسلامة ومصلحة الراكب وسلامة المال ومصلحة صاحبه، فقد ابتدأ قانون النقل لسنة 1983 بالأحكام المنظمة لنقل الشخص، ونص في المادة (10) على مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل، حتى لو كان النقل مجاناً متى كان الناقل محترفاً للنقل

القصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

ولم تكن له فيه مصلحة مادية. ليتبع ذلك بالنص في المادة (11) على عدم جواز دفع مسؤولية الناقل عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب إلا إذا أثبت كون الضرر راجعاً إلى خطأ الراكب أو إلى قوة القاهرة نتجت عن عوامل خارجية لم تتنبع من دائرة نشاط الناقل ولم يكن بالإمكان توقعها أو تلافي آثارها. مع النص، تكريساً للقاعدة المستقرة في القانون البحري، في المادة (17)، على عدم مسؤولية الناقل عن تعويض الضرر الناشئ عن تعطيل النقل أو الانحراف عن الطريق المعين له بسبب الاضطرار إلى تقديم المساعدة لأي شخص مريض أو مُصاب أو في خطر، إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من جانب الناقل أو من جانب تابعيه. وبالمقابل، النص في الفقرة (ثالثاً) من المادة (19) على مسؤولية الراكب عما يلحق الناقل من ضرر بسبب الأمتعة أو الحيوانات المصاحبة للراكب. ولكن، لم يرد في هذا القانون نص في مسؤولية الراكب عن عدم اتباعه تعليمات الناقل وما يتسبب فيه بذلك من ضرر للناقل أو لغيره.

30- وبالنسبة لنقل الأشياء، جاءت الأحكام كسابقتها في قانون التجارة لسنة 1970 عموماً، مع النص في المادة (48) على عدم مسؤولية الناقل عن النقص الذي يظهر في الشيء المنقول في حاوية أو ما شاكلها، مُجهزة من قبل المرسل ومختومة بختمه، إذا سلمها الناقل إلى المرسل إليه سالمة الختم المذكور.

والنص في المادة (131)، فيما يتعلق بنطاق مسؤولية الناقل البحري من حيث الزمان، المحصور في المدة المبتدئة بتسليم الشيء المنقول والمنتوية بتسليمه⁽¹⁾، على أن مسؤولية الناقل تبدأ ((عند دخول الشيء في عهده وتنتهي بتسليمه إلى المرسل إليه في محل الوصول أو وضعه تحت تصرفه وفقاً للعقد أو القانون أو تسليمه إلى جهة مَحْوَله))، مع توضيحها المقصود من دخول الشيء ((عهدة الناقل))، بكونه وضعه تحت سيطرة الناقل أو رقبته، انسجاماً مع ما نصّت عليه اتفاقية هامبورغ في النقل البحري للبضائع بموجب سندات الشحن⁽²⁾.

31- مع ملاحظة تخصيص المشرع في قانون النقل هذا، فصلاً خاصاً للتقادم، وهو الفصل الثاني من الباب الثاني في أحكام النقل العامة (المواد 86-93). حيث نص على تقادم دعوى مطالبة الناقل بالتعويض عن وفاة الراكب أو إصابته بأضرار بدنية بثلاث سنوات، وتقدم الدعاوى الأخرى الناشئة عن عقد الشخص بسنتين (المادة 86). وهي نفس المدة التي حددها لتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد نقل الأشياء (المادتان 87 و 88)، باستثناء دعوى رجوع ناقلي الشيء المتعاقبين بعضهم البعض التي تتقادم بتسعين يوماً من تاريخ المطالبة

(1) الدكتور عبد القادر العطير، الوسيط في القانون التجاري الأردني، عمان/الأردن، 1993، بند 405، ص 561 و 562.

(2) الدكتور لطيف جبر كومانبي، القانون البحري، عمان/الأردن، 1996، بند 99، ص 151.

.....
بالتعويض رسمياً أو من تاريخ الوفاء به. ومع هذا الحكم الذي أورده في المادة (93)، من جواز الاتفاق كتابة على تمديد مدد التقادم المنصوص عليها في هذا الفصل.

32- أما فيما يتعلق بأحكام المسؤولية المدنية في عقد النقل في القانون اللبناني، فقد نصت المادة (683) من قانون الموجبات والعقود على كون الناقل ((مسؤولاً عن هلاك الأشياء وعن تعييبها ونقصانها فيما خلا الأحوال الناشئة عن القوة القاهرة أو عن عيب في المنقول أو عن خطأ المرسل. وأن إقامة البينة على هذه الأحوال المبرئة من التبعة تُطلب من الناقل إلا إذا تحفظ عند الاستلام من جراء عيب في حزم البضاعة، وهذا التحفظ يُولد لمصلحة الناقل قرينة يحق للمرسل أو المرسل إليه أن يطعنا فيها عند الاقتضاء)). ونصت المادة (687) منه على تقادم الدعوى في نقل الأشياء بسنة⁽¹⁾.

33- وقد اقتبس المشرع الأردني في المادة (72) من قانون التجارة نص المادة (683) من قانون الموجبات والعقود اللبناني، كما هو بالضبط، كما نص في المادة (76) على سقوط الحق في إقامة الدعوى على الناقل بعد سنة من يوم التسليم في حالة التعيب ومن اليوم الذي كان يجب فيه التسليم في حالة هلاك الشيء أو التأخر عن تسليمه.

ولعدم ورود نص في تقادم الدعوى الناشئة في عقد نقل الأشخاص، بما في ذلك من قصور، فإنه لا مناص من الأخذ في الأردن، بما نصت عليه المادة (58) من قانون التجارة، ضمن الأحكام العامة للعقود التجارية، من أنه: ((1- في المواد التجارية يسقط بالتقادم حق الادعاء بمرور عشر سنوات إن لم يُعيّن أجل أقصر. 2- ويسقط بالتقادم حق الاستفادة من الأحكام المكتسبة قوة القضية المقضية بمرور خمس عشرة سنة)).

34- بينما أوردت المجلة التجارية التونسية جملة أحكام في كل من المسؤولية في نقل الأشياء والمسؤولية في نقل الأشخاص. ومنها ما نصت عليه في الفصل/المادة (635) في اعتبار المرسل مسؤولاً بالأضرار (عن الأضرار) الحاصلة من عدم إحكام لفّ الأشياء المنقولة، وإن اعتبرت الناقل ضامناً لهذه الأضرار إذا قبل الأشياء وهو عالم بعدم إحكام لفّها أو إهمالها تماماً، مع هذه العبارة غير الدقيقة في النهاية ((ولا يترتب عن (على) عدم إمكان لفّ الشيء المنقول تملص الناقل من الالتزامات الواجبة عليه بمقتضى عقود نقل أخرى)).
وتحديدها في الفصل/المادة (652) مدة مرور الزمن في كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء أو توسط العميل

(1) في تفصيل ذلك، الدكتور الياس ناصيف، المصدر السابق، ص 396-399.

القصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

في نقلها بمضي عام واحد، مع العبارة، غير الدقيقة أيضاً، من أنه يجب القيام بدعوى الرجوع في ظرف شهر واحد (ولا يبتدئ هذا الأجل من يوم القيام بالدعوى على المنتفع بالضمان).

35- في حين نصت المادة (61) من القانون التجاري الجزائري على تقادم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء أو عن عقد العمولة لنقلها بسنة واحدة وكل دعوى رجوع بثلاثة أشهر (من يوم رفع الدعوى على المكفول). ونصت المادة (74) منه على تقادم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشخاص أو عقد العمولة لنقلهم بمضي مهلة ثلاثة أعوام. مع ملاحظة العبارة غير الدقيقة أيضاً الواردة في المادة (44)، الشبيهة بعبارة الفصل/المادة (635) من المجلة التجارية التونسية ((فإن عيوب التحريم الخاص بالشيء المنقول لا يعفي الناقل من التزاماته المتولدة بموجب عقود نقل أخرى)).

36- ونصت المادة (162) من قانون التجارة الكويتي، من جانبها، على تقادم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء أو عقد نقل الأشخاص أو عقد الوكالة بالعمولة بالنقل بسنة، مع عدم جواز تمسك من صدر منه خطأ عمدي أو خطأ جسيم بهذا التقادم واعتبار كل اتفاق مخالف لذلك باطلاً.

37- بينما نصت المادتان (270 و 271) من قانون التجارة البحريني، بما يقرب من أحكام القانون التجاري الجزائري، على تقادم دعاوى نقل الأشياء بسنة ودعاوى نقل الأشخاص بثلاث سنوات.

38- أما فيما يتعلق بقانون المعاملات التجارية الإماراتي، فإنه لا بد لنا من أن نذكر الأحكام المهمة التي نصت عليها المادة (279) منه، في عدم اعتبارها من القوة القاهرة في تنفيذ عقد النقل انفجار وسائل النقل أو احتراقها أو خروجها من القضبان التي تسير عليها أو تصادمها أو غير ذلك من الحوادث التي ترجع إلى الأدوات والآلات التي يستعملها الناقل في تنفيذ النقل (ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل ومنع ما قد تحدثه من ضرر). والأمر كذلك، بالنسبة للحوادث التي ترجع إلى وفاة تابعي الناقل فجأة أو إصابتهم بضعف بدني أو عقلي أثناء العمل (ولو ثبت أن الناقل أخذ الحيطة لضمان لياقتهم البدنية والعقلية)⁽¹⁾، مع ما نصت عليه، بالمقابل، المادة (280)، كالمادة (17) من قانون النقل العراقي، في عدم مسؤولية الناقل عن تعويض الضرر الناشئ عن تعطيل النقل أو الانحراف عن الطريق المعين له بسبب الاضطرار إلى تقديم المساعدة لأي شخص مريض أو مصاب أو في خطر.

(1)الدكتور عدنان أحمد ولي العزاوي، شرح قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993، الجزء الأول (في النظرية العامة-المبادئ العامة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص238.

وهو نفس ما نص عليه بعد ذلك قانون التجارة المصري في المادتين (214 و 215) منه.

ومع ملاحظة، أنه في حين نصت المادة (321) من القانون الإماراتي على أنه ((لا تسمع عند الإنكار وعدم العذر الشرعي، الدعاوى المقامة على الناقل بسبب التأخير أو الهلاك الناشئة عن عقد نقل الأشياء بمرور ستة أشهر بالنسبة لداخل الدولة وسنة بالنسبة للنقل الخارجي..))، ودعوى الناقل بالرجوع على الناقلين المتعاقبين بمرور ستين يوماً، وهي نفس المدد التي نصت عليها بعد ذلك المادة (352) بالنسبة للدعوى الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة للنقل، نصت المادة (254) من قانون التجارة المصري على تقادم كل دعوى ناشئة عن نقل الأشياء بمضي سنة، وتقدم دعوى الناقل في الرجوع على الناقلين المتعاقبين بمضي تسعين يوماً، كما نصت المادة (272) على تقادم دعوى مطالبة الناقل بالتعويض عن وفاة الراكب أو إصابته بأضرار بدنية بمضي سنتين، وتقدم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشخاص بمضي سنة.

39- ومن الأحكام الواردة في مدونة التجارة المغربية، فيما يخص المسؤولية المدنية، ما نصت عليه المادة (457) في نقل الأشياء، من عدم مسؤولية الناقل عن التأخير إذا ثبت أن المتسبب فيه هو المرسل أو المرسل إليه أو نتج عن قوة قاهرة أو حادث فجائي لا يُنسب إلى خطئه، ولكن مع عدم اعتبار عدم وجود أو عدم كفاية وسائل النقل مُبرراً للتأخير. وما نصت عليه المادة (485) في نقل الأشخاص، من مسؤولية الناقل عن الأضرار اللاحقة بشخص المسافر خلال النقل إلا بإثبات حالة القوة القاهرة أو خطأ المتضرر.

وهو نفس ما نصت عليه مدونة التجارة الموريتانية في المادتين (1182 و 1210).

40- كما لا يُدّ لنا من الإشارة إلى تحديد المادة (149) من قانون التجارة السوري مدة سقوط الدعوى الناجمة عن عقد نقل الأشياء بسنة ومدة سقوط حق رجوع الضامن أو الوكيل بالعمولة على الناقل أو رجوع أحد الناقلين على ناقل آخر بانقضاء شهر على دفعه التعويض إذا تم رضائياً، أو على الادعاء عليه رسمياً ما لم تكن مدة التقادم السنة لم تكتمل بعد. وتحديد المادة (153) مدة سقوط الدعاوى الناجمة عن عقد نقل الأشخاص بانقضاء سنتين على الحادث الذي أسست عليه الدعوى، وسقوط حق رجوع ناقل على آخر، كما في سقوط حق الرجوع في عقد نقل الأشياء، بانقضاء شهر.

41- ويتبين في هذا العرض لبعض أحكام المسؤولية المدنية لأشخاص كل من عقد نقل الأشخاص وعقد نقل الأشياء، إلى جانب إيرادها في بعض الدول في قوانين متعددة، كقوانين التجارة (البرية) والقوانين (البحرية)

القصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

والقوانين (الجوية)، أو قوانين (الطيران المدني)، باستثناء العراق الذي آثر جمعها في قانون واحد، وهو قانون النقل رقم (80) لسنة 1983، مدى التفاوت بين أحكام هذه القوانين، في ترتيبها وصياغتها وحتى في مضامينها. مع أن عقدي نقل الأشخاص ونقل الأشياء هما من أهم العقود التي ينبغي على المشرعين جميعاً تنقيح أحكامها، لسد ما فيها من نقص وتلافي ما فيها من عيوب، لما لهذه الأحكام من مساس مباشر بسلامة ومصالح الركاب ومصالح أصحاب الأشياء المنقولة عموماً، من مختلف الجنسيات، في داخل الدولة الواحدة وبين مختلف دول العالم، للنص على أفضل الحلول التي توصل إليها المشرعون خلال التجارب الغنية بالدروس التي تلقاها البشر وما أملت عليهم التطورات الهائلة من النواحي الفنية والفكرية عبر القرون العديدة الماضية.

الخاتمة

أولاً- النتائج

توصلنا من هذا البحث إلى النتائج الآتية:

1- إن نقل الأشخاص ونقل الأشياء بمختلف الطرق والوسائل المستخدمة فيهما، بالرغم من أهميتهما الحيوية للجميع، يُعانيان من أوجه قصور عديدة، لورود أحكامهما، باستثناء العراق، في قوانين متعددة للدولة صادرة في تواريخ مختلفة، دون التنسيق فيما بينها أو تحديثها لمواكبة التطورات الهائلة من النواحي الفنية أو الفكرية في هذا النشاط.

2- إن القصور في أحكام النقل لا يقتصر على الناحية الشكلية، من حيث الترتيب والصياغة، وإنما يشمل الناحية الموضوعية، لإغفال معظم القوانين تنظيم عدد من المسائل المهمة، سواء في نقل الأشخاص أو نقل الأشياء.

3- إن إصدار المشرع العراقي قانون النقل رقم (80) لسنة 1983، المنظم لأحكامه، ابتداءً بالأحكام العامة لعقد النقل الشاملة للالتزامات والحقوق الناشئة عنه في كل من نقل الشخص ونقل الشيء، ومروراً بالأحكام الخاصة بكل من النقل البري بالسيارات والسكك الحديدية والنقل الجوي والنقل المائي، البحري والنهري، يُعتبر نموذجاً يُمكن أن يُحتذى به، لتوحيد أحكام النقل، مع مراعاة خصوصية كل نوع من أنواعه. وإن لم يأتِ هذا القانون أيضاً خالياً من كل قصور، لا بُدَّ من معالجته، كما هو شأن أي قانون من صُنْع الإنسان الذي لا يمكن أن يصل فيه إلى درجة الكمال.

ثانياً- التوصيات

1- نقترح على المشرعين في جميع الدول العربية الاقتداء بالمبادرة العراقية في جمع أحكام النقل في قانون واحد، لتقادي الاختلاف القائم في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء، نتيجة اختلاف تواريخ صدور هذه الأحكام واختلاف مصادرها.

القصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

2- نوصي المشرع العراقي بإكمال مبادرته الأولى في جمع أحكام النقل في قانون واحد، بمبادرة ثانية، للعمل هذه المرة على توحيد أحكام النقل في جميع الدول العربية، لإزالة الفوارق القائمة بينها، بما يساهم في تسهيل وتنمية هذا النشاط الذي يُعتبر الشريان الحيوي للحياة الاقتصادية والاجتماعية لشعوبها جمعاء.

3- نقترح على المشرع العراقي والمشرعين في بقية الدول العربية، تشكيل لجنة عليا تضم المتخصصين في القانون التجاري ومن يكون من الضروري ضمّهم إليها من المتخصصين بالتجارة، لدراسة وتدقيق جميع القوانين العربية، وإعداد مشروع قانون موحد للنقل، تمهيداً لعرضه على المجالس التشريعية للدول العربية لإقراره وإصداره، في أقرب وقت.

وعسى أن يستجيب الجميع لهذا المقترح.

4- نوصي السلطتين التشريعية والتنفيذية في العراق والدول العربية جميعها، بالعمل على توفير الأجهزة الكفوءة والنزاهة لتطبيق الأحكام القانونية المنظمة للنقل، بصورة جدية وموضوعية، حفاظاً على مصلحة جميع أشخاص العقد والمجتمع عموماً.

المصادر والمراجع

أولاً- الكتب:

- 1- الدكتور أكرم ياملكي، القانون التجاري/دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والعقود التجارية والعمليات المصرفية والبيوع الدولية، الطبعة الثانية، أربيل، 2015.
 - 2- الدكتور أكرم ياملكي، القانون التجاري/دراسة مقارنة في الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، 2010.
 - 3- الدكتور أكرم ياملكي، العقود التجارية، 1- عقد النقل، بغداد، 1972.
 - 4- الدكتور أكرم ياملكي، والدكتور باسم محمد صالح، القانون التجاري/القسم الأول/الأعمال التجارية والتاجر/العقود التجارية/العمليات المصرفية/القطاع الاشتراكي، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1982.
 - 5- الدكتور الياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء الثاني/العقود التجارية، طرابلس-لبنان، 2008.
 - 6- الدكتور باسم محمد صالح، القانون التجاري/النظرية العامة-التاجر-العقود التجارية-العمليات المصرفية-القطاع التجاري الاشتراكي، بغداد، 2011.
 - 7- الدكتور عبد القادر العطير، الوسيط في القانون التجاري الأردني، عمان/الأردن، 1993.
 - 8- الدكتور عدنان أحمد ولي العزاوي، شرح قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (18) لسنة 1993، الجزء الأول (في النظرية العامة-المبادئ العامة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009.
 - 9- الدكتور علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، الإسكندرية، 1966.
 - 10- الدكتور علي البارودي والدكتور محمد فريد العريني والدكتور محمد السيد الفقي، القانون البحري والجوي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001.
 - 11- الدكتور فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، مقدمة عامة-الأعمال التجارية-التاجر-العقود التجارية-عمليات المصارف، دار السيسبان، بغداد، 2015.
 - 12- الدكتور لطيف جبر كومانبي، القانون البحري، عمان/الأردن، 1996.
- ثانياً- التشريعات:

القُصور في الأحكام المنظمة لنقل الأشخاص ونقل الأشياء

- 1- قانون النقل العراقي رقم (80) لسنة 1983.
- 2- قانون التجارة العراقي رقم (60) لسنة 1943.
- 3- قانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة 1970.
- 4- قانون الموجبات والعقود اللبناني.
- 5- قانون التجارة اللبناني لسنة 1942.
- 6- المجلة التجارية التونسية لسنة 1959.
- 7- قانون التجارة الأردني لسنة 1966.
- 8- القانون التجاري الجزائري لسنة 1975.
- 9- قانون التجارة الكويتي لسنة 1980.
- 10- قانون التجارة البحريني لسنة 1987.
- 11- قانون المعاملات التجارية الإماراتي لسنة 1993.
- 12- مُدونة التجارة المغربية لسنة 1995.
- 13- قانون التجارة المصري لسنة 1999.
- 14- مُدونة التجارة الموريتانية لسنة 2000.
- 15- قانون التجارة القطري لسنة 2006.
- 16- قانون التجارة السوري لسنة 2007.
- 17- قانون التجارة البحرية اللبناني لسنة 1947.
- 18- قانون التجارة البحرية الأردني لسنة 1972.
- 19- قانون الطيران المدني الأردني لسنة 2007.

أ. د. عمار سعدون حامد المشهداني والباحث حسن عبد المحسن العامري

.....

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

Limited Litigation Eligibility for Minor Litigant

(Comparative Study)

أ. د. عمار سعدون حامد المشهداني

أستاذ قانون المرافعات المدنية

كلية القانون ، جامعة نينوى ، العراق

و

الباحث حسن عبد محسن العامري

طالب في الدراسات العليا ، كلية القانون ، الجامعة المستنصرية، العراق

Prof. Dr. Ammar Sadoon Hamed Al-Mashhadany

Civil Procedures Law

College of law – University of Ninevah

&

researcher Hassan Abud Mohsen Al-Amri

PG. Student studies, College of law – University of AL – Mustansiriya.

DOI: <https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.13>

تاريخ استلام البحث: 2022-07-04 تاريخ القبول بالنشر: 2022-07-25

ملخص البحث

يتحدد موضوع هذه الدراسة بالأهلية الاجرائية المحدودة للخصم القاصر ، حيث أن هذه الأهلية ترتبط بمضمون المركز القانوني للخصم القاصر ، فمتى ما توافرت في شخص الخصم القاصر كان له الحق في مباشرة كافة الاجراءات القضائية المتعلقة بالدعوى بنفسه ، وإذا كانت أهلية التقاضي تتوافر لكل من تثبت له أهلية الاداء بالنسبة للحق المراد حمايته قضائياً ، وأن هذه الأهلية تتطلب أن يكون الخصم بالغاً سن الرشد (18 سنة) غير محجور عليه ، إلا أن هناك من الحالات التي يكون فيها للقاصر أهلية تقاضي تتحدد بحدود دعاوي معينة ، ومنها دعاوي الولاية على النفس ودعاوي الأذن القضائي ، فأهلية التقاضي الممنوحة للقاصر في هذه الدعاوي محدودة بنطاق موضوعي معين ، أما خارج هذا النطاق فيبقى غير أهل للتقاضي فلا يجوز له ممارسة حقوقه الإجرائية بنفسه بل لابد من أن ينوب عنه في ذلك من يمثله قانوناً أو قضاء .

الكلمات المفتاحية: قاصر، أهلية، أذن ، زواج، المحكمة، المشرع، المستعجل، الحيابة .

شیانین دادبینی یا سنوردار یا ههفرکی (ههفدزئی) ناکام
(شروفهکرنهکا بهراوردی)

پوخته

بابهتی فی خواندنئی ئەهلیهتا پیرابوونی یه یا سنوردار بو ههفدزئی قاصر، ئەف ئەهلیهته گریډای بابتهتی سهنتهئری یاسایی یه یی ههفدزئی قاصر، ئەگەر ئەف ئەهلیهته پهیدا بوو لدهف ههفدزئی قاصر لوی دهمی وی مافی ئەنجامدان و بکارئینانا ههمی پیرابوونین دادوهری ههیه گریډای ههمان سکالا، ئەگەر ئەهلیهتا سکالا بلندکرنی هاته دان بو ههركهسی ئەهلیهتا اداء ههی دهربارهی مافی کو بهیته پاراستن ژلایئ دادوهریئ فه، ئەف ئەهلیهته دخوازیت کو ههفدز (18) سالی بیتن ونهیی بهربهند کری بیتن، بهئ هندهک حالهت ههنه کو قاصری ئەهلیهتا سکالا بلند کرنی هه بیتن ودهیته دهست نیشان کرن بهندهک سکالایین دهست نیشان کریقه، ژوانا سکالایین ویلایهتی لسهر نهفسی و سکالایین ئیزنا فهزائی، ئەف ئەهلیهتهتا هاتیه دان بو قاصری دچارچوفهکی دیار کری دایه، دهرفهی وی چارچوفهی ئەو یی بی ئەهلیهته لهورا نابیت ئەو بخۆ رابیت بکارئینانا مافیئ خو بیئ پیرابوونی بهلکو دقیت نوینهرهک هه بیتن پیش و یقه ژلایئ یاسایی یان فهزائی.

په یقین دهستیکی: سنپله، ئەهلیهت، دهستی، هاوسهگریری، دادگهه، یاسادانه، بهز، دهست سهرداگرتن

Abstract

The subject of this study is determined by the limited procedural capacity of the minor defendant, as this capacity is linked to the content of the legal status of the minor defendant. Whenever it is available for the person who is the minor defendant, he has the right to practice all the judicial procedures related to the case himself, and if the capacity to initiate litigation is available to everyone who proves his capacity Perform legal actions with regard to the right to be judicially protected, and that this capacity requires that the litigant be of majority capacity (18 years) and not under interdiction. The litigation capacity granted to the minor in these cases is limited to a specific objective scope, but outside this scope he remains unable for litigation.

Key words: minor, capacity, permission, marriage, court, legislator, urgent, possession

المقدمة

أولاً : مدخل تعريفي بموضوع البحث :

إن الأثر المترتب على وجود القاصر في مركز قانوني إجرائي ، هو اكتسابه مجموعة من الحقوق الإجرائية " droit procedural " ، حيث أن مصدر هذه الحقوق هو وجود القاصر في هذا المركز ، الذي يتكون مضمونه من عدة حقوق إجرائية يزود بها هذا الخصم أو من يمثله بقصد تمكينه من تكوين الرأي القضائي لصالحه ، فالحقوق الإجرائية هي مجرد وسائل يقرها القانون الإجرائي لأشخاص الخصومة من أجل إضفاء الحماية القضائية على الحقوق الموضوعية المتنازع عليها ، هذا وتتنوع هذه الحقوق وتعدد إذ لا يكفي الاقرار للإفراد بالحق في الالتجاء الى القضاء بل لابد من تزويدهم بالوسائل التي تمكنهم من استعمال هذا الحق وما يتفرع عنه من حقوق أخرى ، ألا إن ممارسة الحقوق الأجرائية من قبل الخصم القاصر تتطلب وجود أهلية التقاضي ، إذ لا يكفي وجود أهلية الاختصاص لممارسة هذه الحقوق ، بل لابد من وجود اهلية التقاضي أو الاهلية الاجرائية " Capacite Processuelle " ، وأهلية التقاضي هي صلاحية الخصم للقيام بالإعمال الإجرائية على نحو صحيح ، وأنها تعبير عن أهلية الأداء في المجال الإجرائي وهكذا فإن القاعدة في أهلية التقاضي أن يكون الخصم بالغاً سن الرشد غير محجور عليه ، ولما كان الخصم القاصر في العادة فاقد لهذه الأهلية أو ناقصها فإن القاعدة هي عدم جواز قيامه بممارسته حقوقه الإجرائية بنفسه بل لابد أن تمارس هذه الحقوق من قبل شخص اخر ينوب عنه في ذلك يدعى ب (الممثل الاجرائي) ، إلا إن هناك حالات محددة أشار اليها القانون العراقي والقوانين الأخرى موضع المقارنة وفقهاء القانون الإجرائي يكون فيها للقاصر أهلية تقاضي في مسائل معينة ، وهذا ما سوف نتناوله بالبحث في هذه الدراسة .

ثانياً : أهمية موضوع الدراسة وأسباب اختياره :

تكمن أهمية دراسة أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر ، في أنها ترتبط بالخصم القاصر ، بل أن أهلية التقاضي هي أهم ما يثار عند دراسة نظرية المركز القانوني للخصم القاصر ، إذ ترتبط بحق التقاضي وهو أحد الحقوق الدستورية الأساسية للفرد ، بل وتندرج أهلية التقاضي للخصم القاصر كذلك ضمن نظرية الأصول للعمل الإجرائي ، وبالتالي هي من أساسيات التقاضي .

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

وإن الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع هو أن قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل أشار في المادة الثالثة منه الى وجوب توفر الأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى ، علماً أن هذه الأهلية ذو طبيعة خاصة تختلف عن الأهلية الموضوعية لممارسة التصرفات القانونية من عقد وإرادة منفردة ، مما يتطلب الأمر بحث هذا الموضوع وذلك من أجل بيان مدى تمتع الخصم القاصر بأهلية تقاضي تمكنه من مباشرة حقوقه الإجرائية بنفسه وتحمل الواجبات الاجرائية المترتبة على وجوده في مركز قانوني إجرائي .

ثالثاً : مشكلة البحث

إن المشكلة الرئيسية التي يثيرها هذا البحث تتمثل في عدم تنظيم المشرع العراقي لأهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر بنصوص خاصة، مما يعد ذلك نقصاً تشريعياً يثير العديد من التساؤلات منها :

1. ما هي حقيقة المركز القانوني للخصم القاصر فيما يتعلق بحقه في ممارسة إجراءات التقاضي بنفسه في بعض الدعاوي الشخصية والمالية ؟

2. ما مدى الاعتراف بفكرة اهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر، وما هو نطاق هذه الاهلية فيما يتعلق بحالة الصغير المأذون له بالزواج أو التجارة ؟

3. اذا كانت القاعدة العامة في اهلية التقاضي إنها تتوفر لمن تثبت اليه أهلية الاداء بالنسبة للحق المطلوب حمايته قضائياً، فهل يجوز الخروج عن هذه القاعدة فيما يتعلق بممارسة إجراءات التقاضي في الدعاوى غير الماسة بأصل الحق، والإقرار للقاصر بالحق في مباشرة اجراءات التقاضي بنفسه ؟

رابعاً: منهجية البحث :

سوف نعتمد في هذا البحث على المناهج الآتية :

1. المنهج التحليلي : من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية وذلك من أجل الخروج بأفضل مقترحات ونتائج تغني موضوع البحث .

2. المنهج المقارن : وذلك من خلال مقارنة النصوص القانونية التي تتعلق بموضوع البحث في القوانين العراقية ومنها القانون المدني النافذ وقانون رعاية القاصرين المعدل مع القواعد القانونية الواردة في القانون المدني المصري وقانون الولاية على المال المصري والقانون المدني الفرنسي فيما يخص موضوع البحث ، وذلك من أجل الاستفادة من الأحكام التي تقرها هذه القوانين، كما إن نطاق المقارنة لم يقف عند هذا الحد

بل يشمل أيضاً مقارنة هذه القوانين مع ما جاء في الفقه الإسلامي، من أجل تقديم مقترحات مناسبة لحل المشكلات التي يثيرها موضوع الدراسة .

3. المنهج التطبيقي : إذ يتم تعزيز المواقف التشريعية والآراء الفقهية بالأحكام القضائية الصادرة عن القضاء العراقي كلما تطلب الأمر ذلك .

خامساً: هيكلية البحث

المبحث الأول : أهلية القاصر المحدودة للتقاضي في مسائل الاحوال الشخصية

المطلب الأول : أهلية القاصر للتقاضي في مسائل للزواج وأثاره

المطلب الثاني : أهلية القاصر للتقاضي في مسائل الولاية على النفس

المبحث الثاني : أهلية القاصر المحدودة للتقاضي في المسائل المالية المأذون له فيها

المطلب الأول : أهلية القاصر للتقاضي في المسائل المأذون له بمباشرتها من الولي او المحكمة

المطلب الثاني : أهلية القاصر للتقاضي في المسائل المأذون له بمباشرتها قانوناً

المبحث الثالث : أهلية القاصر المحدودة للتقاضي في الدعاوي غير الماسة بأصل الحق الموضوعي

المطلب الأول : أهلية القاصر للتقاضي أمام القضاء المستعجل

المطلب الثاني : أهلية القاصر للتقاضي بشأن دعاوي الحياة

المبحث الأول

أهلية القاصر المحدودة للتقاضي في مسائل الاحوال الشخصية

القاعدة العامة إن أهلية التقاضي في جميع الدعاوى سواء كانت ذات طابع مالي أم شخصي بحت تتوفر لمن تثبت لديه أهلية الأداء بالنسبة للحق المطلوب حمايته قضائياً، كما أن القاعدة في أهلية التقاضي أن يكون الخصم بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، إلا أن هناك حالات محددة يكون فيها للقاصر أهلية تقاضي بالنسبة لدعاوي الاحوال الشخصية تتحدد بحدود مسائل معينة ومنها دعاوي الزواج وأثاره ودعاوي الولاية على النفس ، وهذا ما سوف نبينه من خلال تقسيم هذا المبحث الى المطالبين التاليين :

المطلب الأول

أهلية القاصر للتقاضي في مسائل الزواج وأثاره

لقد أعطى المشرع العراقي للصغير الحق في تقديم طلب الى المحكمة للأذن له بالزواج ، وللقاضي ان يسمح له بذلك إذا ثبت له الاهلية والقابلية البدنية على الزواج وبعد أن يتم أخذ موافقة وليه الشرعي أو كان اعتراض هذا الولي غير جدير بالاعتبار⁽¹⁾ ، كما رتب المشرع العراقي على زواجه العديد من الاثار أهمها اعتباره كاملاً للأهلية وذلك استناداً الى المادة (3 / أولاً / أ) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل⁽²⁾ ، التي نصت على انه " ... يعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية "، مما يترتب عليه تمتع هذا الصغير بأهلية التقاضي التي يستطيع من خلالها أن يخاصم ويختصم بشخصه ، إلا إن اكتساب الصغير هذه الاهلية مقيد بقيدتين هما :

1. أن يكون هذا الصغير قد أكمل الخامسة عشر من العمر : فلا يعد أهلاً لتقاضي من كان دون هذا السن حتى ولو كان متزوجاً، وهذا هو اتجاه محكمة التمييز الاتحادية العراقية في إحدى قراراتها التي جاء فيه ما يأتي : (إذا كان الزوج دون سن الخامسة عشرة فلا يصلح خصماً في دعوى المطاوعة ويكون الخصم القانوني وليه الذي تقام الدعوى منه ابتداءً ولا يصححها ادخاله شخصاً ثالثاً)⁽³⁾ .

(1) ينظر : المادة (8) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل رقم (188) لسنة 1959 .

(2) قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة 1980 المعدل .

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 800 / منقول / 2004 في 8 / 11 / 2004 ، غير منشور .

2. أن يتم الزواج بعد الحصول على إذن المحكمة : فإذا تزوج الصغير بغير أذنها فلا يعد أهلاً للتقاضي حتى لو صدقت المحكمة زواجه لاحقاً ، لان المشرع علق اكتساب الصغير لأهلية التقاضي على زواجه بأذن من المحكمة ، فإذا تزوج بغير إذنها تخلف الشرط، فلا يعد كامل الأهلية لان النص المذكور استثناء من القواعد العامة فلا يجوز التوسع في تفسيره ، وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق الاتحادية في أحد قراراتها الذي جاء فيه ما يأتي : (أن قرار المحكمة برد دعوى المدعي حسب ولايته الجبرية على ابنه القاصر لعدم توجه الخصومة غير صحيح رغم زواج أبنه عندما كان بعمر ست عشرة سنة وأربعة اشهر ، لان زواجه كان خارج المحكمة وجرى تصديقه فيما بعد، وبذلك فإنه لا يستفيد من حكم المادة 3/أولا من قانون رعاية القاصرين كون الزواج أصلاً لم يحصل بأذن من المحكمة حتى يعتبر الزوج كاملة الأهلية، وبذلك تكون اقامة الدعوى من قبل المميز حسب ولايته الجبرية على ابنه القاصر صحيحاً وكان الواجب على المحكمة قبولها كون الخصومة فيها متحققة)⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن السبب في عدم عد الصغير المتزوج كامل الأهلية يكمن في أن المشرع اشترط في المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية للأذن بزواج من اكمل الخامسة عشر من عمره شروط منها ان يثبت للقاضي (أهليته وقابليته البدنية) على حد قول المشرع، في حين لا يتم التحقق من مثل هذه الشروط في حالة الزواج خارج المحكمة، لان المحكمة هنا مضطرة على تصديق واقعة حصلت خارج المحكمة لا مناص من تصديقها⁽²⁾ .

وقبل أن نناقش نطاق هذه الأهلية الاجرائية تستوقفنا العبارة التي جاءت في نص المادة (3 / أ / 3) من قانون رعاية القاصرين العراقي المعدل التي جاء بها ما يأتي : (... يعتبر من اكمل الخامسة عشر وتزوج...)، فهل قصد المشرع من خلال العبارة الزوج و الزوجة القاصرين معا ؟ أم أنه قصد الزوج القاصر دون الزوجة القاصرة ؟ فإذا اكتفينا بالتفسير الضيق للعبارة يكون المقصود بها الزوج الذكر فقط ، أما إذا أخذنا بالمعنى الواسع لعبارة وتزوج، فيكون المقصود بها كل زوج قاصر أو زوجة قاصرة أبرما عقد زواج بإذن من القاضي، ويلاحظ أن القضاء العراقي أخذ بالتفسير الاخير كونه ينسجم مع المنطق القانوني السليم الذي يقتضي

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 982 / شرعية / 2018 في 13 / 3 / 2018 ، (غير منشور) .

(2) القاضي رحيم حسن العكلي ، دراسات في قانون المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد . العراق ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار ، ص 150 .

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

المساواة بين الرجل والمرأة قدر الامكان إذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية ما يأتي : (إذا كانت الزوجة قد اتمت الخامسة عشر من العمر فتعتبر خصما في دعوى الاحوال الشخصية ولا تصح خصومة والداها عنها)⁽¹⁾، فمن هذا القرار يمكن أن نستنتج أن زواج الصغيرة التي أكملت سن الخامسة عشر من عمرها بعد حصولها على إذن المحكمة يؤدي الى تمتعها بأهلية التقاضي، إلا أن السؤال الذي يثار في هذا الصدد، هل إن هذه الاهلية قاصرة على القضايا الشخصية البحتة أم أنها تمتد الى كافة القضايا الشخصية والمالية، خاصة إن قانون رعاية القاصرين قد أعتبر الصغير المأدون بالزواج بمنزلة كامل الأهلية اي إن النص جاء بصيغة مطلقة ؟

ذهب رأي في الفقه الى القول بأن الصغير في هذه الحالة يعد كامل الأهلية فيما يتعلق بالقضايا الشخصية البحتة أما فيما يتعلق بالقضايا المالية والتجارية فإنه لا يزال قاصراً⁽²⁾، وبهذا الاتجاه كانت تأخذ محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار سابق لها جاء فيه أن (اعتبار من اكمل الخامسة عشر وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية إنما يتعلق بالحقوق الشخصية لا الحقوق المالية)⁽³⁾ .

إلا أن القضاء العراقي عدل عن هذا التوجه فيما بعد ، فقد جاء في أحد القرارات الحديثة لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية ما يأتي : (استناداً لأحكام الفقرة (أ) من المادة (الثالثة أولاً) من قانون رعاية القاصرين، تصح خصومة من اكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بإذن المحكمة باعتباره كامل الأهلية في الدعاوى الشخصية والمالية على حدّ سواء)⁽⁴⁾ .

وبدورنا نرى أن التطبيق السليم لنص المادة 3 من قانون رعاية القاصرين يقتضي تفسيره بأن نعد الصغير في هذه الحالة كامل الاهلية بجميع المسائل الشخصية والمالية البحتة، لان النص جاء مطلقاً، والمبدأ أن المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل على تقيده ، وذلك استناداً الى المادة (160) من القانون المدني

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 598 / شخصية / 2021 في 10 / 5 / 2021 (غير منشور) .

(2) د. بريك فارس حسين الجبوري و فارس هاشم حسين الجبوري ، كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن جامعة تكريت - كلية القانون ، المجلد الثامن ، العدد الأول ، 2019 ، ص 11 .

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2907 / شرعية / 2009 في 20 / 7 / 2009 مشار اليه لدى المحامي مؤيد حميد الأسدي ، الوجيز الميسر في قانون الاحوال الشخصية العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد . العراق ، 2016 ، ص 273 .

(4) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2473 / منقول / 2015 في 13 / 5 / 2015 ، (غير منشور) .

العراقي، فلا يوجد سند قانوني لمن يدعي بأن النص قاصر على الدعوى الشخصية البحتة، ولو سلمنا بهذا الرأي فإنه يؤدي الى أثار لا يمكن قبولها والتي تتمثل فيما يأتي :

1. من حيث المبدأ فإن هذا الرأي يؤدي الى الفصل بين المركز الأجرائي للزوجة القاصر بوصفها زوجة كاملة الأهلية وبين حقها في التصرف بالحقوق المالية المتعلقة بهذا المركز، مما يؤدي الى غل يدها عن التصرف في الاموال المتعلقة بالزواج وهذا لا يستقيم مع المنطق السليم، لأنه يعطي الزوجة القاصر الحق في رفع دعوى الخلع بوصفها كاملة الاهلية بالحقوق الشخصية البحتة، ولكن لا يجوز لها دفع بدل الخلع لأنه تصرف مالي محض، فأن دفعته جاز لوليها أو الوصي عليها رفع دعوى لاسترداده لأنها تعتبر ناقصة الأهلية في المسائل المالية البحتة، أما الزوج القاصر فيجوز له قبض بدل الخلع لأنه تصرفه هذا نافع نفعاً محض وفقاً للقواعد العامة وبالتالي فأن هذا الامر لا يمكن قبوله لأنه لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم والغرض الذي وجد هذا الاستثناء من أجله كما سوف نرى لاحقاً .

2. إن هذا الرأي يجعل من الصغيرة المتزوجة بإذن المحكمة كامل الاهلية فيما يتعلق بالحقوق دون الاسقاطات، فلو حدد للزوجة مهراً أقل من مهرا المثل برضاها وكانت قاصرة فيما يتعلق بالتصرف المالي المحض، لجاز للولي على المال رفع دعوى يطلب فيها رفع المهر ، وذلك لان الحظ من المهر تصرف مالي محض .

بعد أن ذكرنا أن التطبيق السليم لنص المادة (3 / أولاً / أ) من قانون رعاية القاصرين يقتضي تفسيره بأن نعد الصغير في هذه الحالة أهلاً لتقاضي بجميع المسائل الشخصية والمالية البحتة ، إلا أن السؤال الذي يثار هنا، هل أن تمتع الصغير بهذه الاهلية بشكل مطلق يتفق مع الغرض الذي وجد هذا الاستثناء لأجله، وهل كان المشرع العراقي موفق في ذلك ؟

من المتفق عليه إن تمتع الصغير المتزوج بأذن المحكمة بأهلية التقاضي هو محض استثناء على الأصل لا يجوز التوسع فيه بما يتجاوز الغرض الذي وجد هذا الاستثناء لأجله ، فضلاً عن أن القول بخلاف ذلك يجعل الباب مفتوحاً للتحايل على القانون بأن يقدم البعض الى إبرام عقد الزواج حتى ولو كان بطريقة صورية لأجل اكتساب الأهلية ممن هو ليس أهلاً لها وما يشكله ذلك من خطر على حقوقه⁽¹⁾، لذا فإن الحل العملي

(1) القاضي عقيل طارق محمد ، خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية ، ط 1 ، المكتبة القانونية ، بغداد . العراق ، 2020 ، ص 107 .

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

يمكن في اعطاء الصغير المتزوج أهلية مقيدة بمسائل الأحوال الشخصية فقط المالية والشخصية على حد سواء، كدعوى المهر والنفقة والطلاق والخلع وما ينجم عنه من التزامات مالية وسائر الآثار الزوجية.

وبعد أن بينا المسلك الواجب اتخاذه بشأن أهلية الصغير المتزوج ، يبدو أنه من الضروري أيراد مبررات تدعم هذا المقترح التي يمكن إيجازها بما يأتي :

1. إن هذا المسلك يوسع من نطاق أهلية الصغير المتزوج ولا يقصرها على المسائل الشخصية البحتة، وبالتالي نرى أنه يتفق مع الغاية من منح هذه الأهلية الاستثنائية والتي تتمثل بإعطاء الصغير المتزوج الحق في ممارسة إجراءات التقاضي والتصرف بالحقوق الموضوعية المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية المالية منها وغير المالية، وهذا ما أكدته مجلس شورى الدولة العراقي في أحد قراراته الذي جاء فيه ما يأتي : (أن من أكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بأذن من المحكمة يعد كامل الأهلية فيما يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية ولا يتعدى أثر ذلك إلى جميع التصرفات المالية والتجارية)⁽¹⁾ .

2. إن هذا المقترح يتفق مع الهدف الذي يسعى اليه قانون رعاية القاصرين والذي يتمثل بالمحافظة على اموال القاصر واستثمارها، وإبعاد اي تصرف صادر من القاصر من شأنه تسريب هذه الاموال عن طريق اسناد هذا التصرف الى نص قانوني استثنائي جاء معيياً بصياغته، وهذا ما أكدته الواقع العملي حيث يلجأ الولي الى تزويج القاصر ومن ثم تطبيقه حيث تكون معظم العقود الزوجية لهؤلاء الصغار هي عقود صورية بغية الاستفادة من اعتبار القاصر كامل الأهلية، وبالتالي سحب أموالهم وبيعها، وبالتالي عدم استفادته من الحماية التي جاءت بها نصوص قانون رعاية القاصرين⁽²⁾ .

وبعد أن استعرضنا موقف المشرع العراقي يأتي الدور الى بيان موقف التشريعات المقارنة، فعند الرجوع الى القانون المصري نلاحظ انه لم يأخذ بنظام الأذن القضائي لمن لم يبلغ السن القانوني ، ولكنه حدد سن الزواج، وميز بين الذكر والأنثى، حيث نصت المادة (17) من قانون تنظيم بعض أوضاع وأجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري⁽³⁾، على أنه (لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن

(1) قرار مجلس شورى الدولة المرقم 24 / 2005 في 8 / 6 / 2005 ، منشور في موقع وزارة العدل العراقية ، تاريخ الزيارة
15 / 2 / 2022 ، الرابط <https://www.moj.gov.iq/view.2988> .

(2) القاضي عقيل طارق محمد ، خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية ، مصدر سابق ، ص 107 .

(3) المادة (17) من قانون تنظيم بعض أوضاع وأجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري رقم (1) لسنة 2000
النافذ .

.....
الزوجة يقل عن ست عشر سنة ميلادية، أو كان سن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى ...) ، كما منعت لائحة الإجراءات الشرعية للموظفين الرسميين إجراء عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين السن القانوني⁽¹⁾ .

أما موقف المشرع الفرنسي فقد أعتبر زواج الصغير بأذن من قاضي الوصايا بعد بلوغه سن السادسة عشر من عمره رافعاً للولاية عن الصغير أو بمعنى آخر حسب تعبير المشرع الفرنسي محرراً من سلطة أبيه ووالدته⁽²⁾، عندها يعتبر الصغير بمنزلة البالغ ، أي كاملاً الأهلية ، مما يستطيع أن يخاصم ويختصم بنفسه من دون الحاجة الى وجود ممثل قانوني أو قضائي، وبهذا يكون موقف المشرع الفرنسي مشابهاً لموقف المشرع العراقي فيما يتعلق بإعطاء الصغير المتزوج بأذن المحكمة أهلية كاملة في جميع المسائل الشخصية والمالية على حد سواء .

المطلب الثاني

أهلية القاصر للتقاضي في مسائل الولاية على النفس

لقد ذكرنا في الحالة السابقة إن المشرع العراقي اعتبر من الصغير المتزوج بأذن المحكمة كامل الأهلية، فيستطيع أن يخاصم ويختصم بنفسه في الدعاوي المتعلقة بالزواج وأثاره، ألا إن المشرع العراقي لم يعط للفئات الأخرى التي تندرج تحت مصطلح القاصر والتي اشارت اليهم المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين المعدل الأهلية اللازمة لممارسة الحقوق الإجرائية في الدعاوي ذات الطابع الشخصي مثال ذلك الصغير الذي أكمل الخامسة عشر من العمر ولم يتزوج بأذن المحكمة والسفيه وذو الغفلة فيما يتعلق بدعاوى الولاية على النفس، ونتيجة لذلك نرى أنه من الضروري استعراض موقف القوانين المقارنة وأراء الفقه لأجل بيان الرأي الصائب، فعند الرجوع الى موقف التشريعات المقارنه نلاحظ أن المشرع المصري قد حاول معالجة هذه الحالة ولكن معالجته كانت قاصرة على فئة معينة من القصر دون غيرهم وهم فئة القاصرين بحسب السن (الصغير)، فقد

(1) د. اسماعيل أمين نواهضة و د. أحمد محمد المومني ، الأحوال الشخصية ، ط 1 ، دار الميسرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، الأردن ، 2010 ، ص 64 .

(2) ينظر : المادة (1 / 413) من القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل ، والتي تنص على :
Article (413-1) code civil: << Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage >>

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

جعل من بلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشر من العمر سبباً لانتهاء الولاية على النفس فيستطيع الصغير أن يخاصم ويختصم بشخصه فيما يتعلق بشؤون نفسه⁽¹⁾. وكما هو الحال - للقانون المصري - نرى أن القانون المدني الفرنسي قبل تعديله كان يسمح بإقامة بعض الدعاوى الشخصية البحتة من قبل الصغير مثل دعوى النسب إذا كانت الام غير قادرة على التعبير عن ارادتها أو كانت متوفية⁽²⁾.

وبهذا يتفق موقف المشرع المصري والفرنسي - قبل تعديله - مع الرأي الراجح عند جمهور فقهاء المسلمين⁽³⁾، الذين جعلوا من بلوغ الصغير سن الخامسة عشر من العمر سبباً لانتهاء الولاية على النفس إذا لم تظهر أمارات بلوغ النكاح ، بعد الثانية عشر للصغير وبعد التاسعة للصغيرة، وبالتالي يستطيع القاصر أن يخاصم ويختصم بنفسه من دون الحاجة الى من يمثله إجرائياً، كون الدعوى تصرفاً عند فقهاء المسلمين ، خلافاً لما ذهب اليه أبو حنيفة والمالكية من إن سن البلوغ الذي تنتهي به الولاية على الصغير عند عدم ظهور علامات البلوغ هو استكمال ثمانية عشر سنة بالنسبة للصغير وسبعة عشر بالنسبة للجارية عند أبو حنيفة⁽⁴⁾، وثماني عشرة سنة للصبي والفتاة أيضاً عند المالكية⁽⁵⁾.

إلا أن أهم ما يجب الإشارة اليه هو أهلية التقاضي بالنسبة للسفيه وذو الغفلة كونهم ناقصي الأهلية وليسوا عديميها، فعند رجوعنا الى القانون العراقي والقوانين الأخرى موضع المقارنة نلاحظ إن هذه القوانين قد أشارت

(1) ينظر : المادة (2) من قانون تنظيم بعض اوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية المصري النافذ .

(2) ينظر : المادة (340 / 2) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله بالمرسوم رقم (131) لسنة 2016 .

(3) ينظر : عند الحنفية رأي صاحبان (محمد وابو يوسف) : الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية ، ط 1 ، الجزء الخامس ، دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان ، 2000 ، ص 67 ؛ وعند الشافعية : أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان ، 2004 ، ص 171 ؛ وعند الحنابلة : عثمان أحمد النجدي الحنبلي ، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ، دار محمد ، السعودية ، 1996 ، ص 535 ؛ وعند الامامية : أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، ط 2 ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، قم . إيران ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار ، ص 411 .

(4) برهان الدين أبو المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري ، المحيط البرهان ، ط 1 ، المجلد التاسع عشر ، ادارة القرآن والعلوم الاسلامية ، باكستان ، 2004 ، ص 191 .

(5) محمد الامير الكبير ، الاكليل شرح مختصر خليل ، مكتبة القاهرة ، مصر ، من دون ذكر تاريخ الطبع والإصدار ، ص 308 .

الى الحجر على السفية وذو الغفلة⁽¹⁾، ولكنها لم تحدد نطاق هذا الحجر هل يشمل كافة التصرفات المالية والشخصية على حد سواء أم يقتصر على التصرفات المالية البحتة فقط، خلافاً لفقهاء المسلمين الذين اتفقوا على أن السفية وذو الغفلة يحجر عليهم باستثناء ابو حنيفة، وإن الحجر يقتصر على التصرفات المالية فقط، أما التصرفات غير المالية فتعتبر صحيحة⁽²⁾ .

أما أبو حنيفة فقد ذهب الى القول بعدم جواز الحجر على من بلغ عاقلاً، لان الرشد ليس شرطاً لتسليم الأموال الى أصحابها فإذا بلغ رشيداً ثم عرض له السفه فلا يجوز الحجر عليه حتى لو كان سنه دون الخامس والعشرين، أما إذا بلغ سفياً بحيث يتصل السفه بالصغر، فيمنع عليه ماله حتى يبلغ خمس وعشرين سنة فإذا بلغها سلم المال إليه بكل الأحوال سواء كان مفسداً أم غير مفسد⁽³⁾ .

ونتيجة لما تقدم نستطيع القول إن السفية وذو الغفلة غير متمتعين بأهلية التقاضي في الدعاوى ذات الطابع المالي عند فقهاء المذاهب الإسلامية، لان كلاً من السفية وذو الغفلة محجور عليهم في التصرفات المالية مما يستوجب استمرار الولاية المالية عليهم، وبالتالي فأنهما يتقاضيا عن طريق من ينوب عنهم . أما في الدعاوى ذات الطابع الشخصي كدعاوى النسب والمطواعة والطلاق والتفريق والخلع ورفع الحجر، فلهما أهلية كاملة تمكنهم من التقاضي بشخصهم من دون الحاجة الى من يمثلهم قانوناً أو قضاءً .

هذا وقد حظي ما اتجه اليه فقهاء المذاهب الإسلامية بتأييد بعض فقهاء القانون الإجرائي فلقد اتجه جانب من الفقه الى القول بأن ناقص الأهلية له أهلية للتقاضي في الدعاوى ذات الطابع الشخصي، كدعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة ببطلان الزواج والنسب، وكذلك الطلبات المتعلقة بأهليته مثل طلب المحجور عليه رفع الحجر وطلب القاصر بطلان الأجراء لنقص اهليته لان هذه الطلبات تقتض بطبيعتها نقص أهليته⁽⁴⁾ .

(1) ينظر : المادة (95) من القانون المدني العراقي النافذ ، وتقابلها المادة (113) من القانون المدني المصري المعدل ، والمادة (425) من القانون المدني الفرنسي المعدل .

(2) الوزير أبي المظفر بن محمد بن هبيرة الشيباني ، أختلاف الائمة العلماء ، الجزء الأول ، ط 1 ، دار الكتب العامة ، بيروت - لبنان ، 2002 ، ص 429 .

(3) أبن عابدين محمد أمين الشهر ، رد المحتار على الدر المختار ، المجلد التاسع ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار ، 223 .

(4) ينظر : د. أنور العمروسي ، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية مصر ، 1983 ، ص 81 ؛ د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون ذكر

المبحث الثاني

أهلية القاصر المحدودة للتقاضي في المسائل المالية المأذون له فيها

إن القاصر المأذون له بمباشرة أعمال معينة يعتبر أهلاً للتقاضي بالنسبة للحقوق المتعلقة بهذه الأعمال ، وذلك لأنه يعتبر كامل الأهلية بالنسبة لها، حيث أن هذه الأهلية قد تثبت تبعاً للاعتراف للقاصر بأهلية الأداء ، بالنسبة لبعض المسائل بأذن الولي، كما وقد تثبت هذه الأهلية للقاصر بنص القانون تبعاً للنص على الاعتراف للقاصر بأهلية الأداء، عليه واستناداً لما تقدم سوف نتحدث عن هذه الأهلية المحدودة وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى المطالبين التاليين:

المطلب الأول

أهلية القاصر للتقاضي في المسائل المأذون له

بمباشرتها من الولي أو المحكمة

لقد سمح المشرع العراقي للصغير الذي أكمل الخامسة عشر من عمره وأذن له وليه بمباشرة أعمال معينة مثل الأذن بالتجارة أو الإدارة ، ممارسة إجراءات التقاضي بشخصه بالنسبة للحقوق المتعلقة بهذه الأعمال⁽¹⁾، وذلك استناداً إلى المادة (99) من القانون المدني العراقي، التي نصت على أن (الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الأذن بمنزلة البالغ سن الرشد). وهذا ما أخذت به محكمة تمييز العراق في أحد قراراتها الذي جاء به ما يأتي : (إذا استحصل المدعي على إذن من القاضي لإقامة دعوى بتصحيح عمره

سنة الطبع ، ص 256 ؛ د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2001 ، ص 354 ؛ وفي الفقه الفرنسي ينظر :

Henry solus et Roger Perrot , droit judiciaire prive , siery , paris , tomel , 1961 , p:274 .

مشار إليه عند عبد الحكيم عباس قرني عكاشه ، الصفة في العمل الاجرائي في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، أطروحة دكتوراه ، قدمت إلى جامعة القاهرة - كلية الحقوق ، 1995 ، ص 93 .

(1) القاضي لفته هامل العجيلي ، إجراءات التقاضي في الدعوى المدنية ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت . لبنان ، 2017 ، ص 23 .

فلا يسمع الدفع بعدم اهليته للخصومة بسبب صغر سنه (1). كما يجوز له استعمال الحقوق المتفرعة عن الأعمال المأذون فيها ، كما لو اقيمت الدعوى عليه، حيث ان القانون المدني العراقي أجاز صراحة في المادة (٤٣ ف ٢) منه للصغير المأذون له بالتجارة أن يتخذ موطناً خاصاً بالنسبة للإعمال والتصرفات التي يعتبره القانون اهلاً لمباشرتها .

أما بالنسبة لموقف التشريعات المقارنة فنلاحظ أن المشرع المصري لا يعطي هذا الاذن إلا إذا بلغ الصغير سن الثامن عشر من عمره(2)، كما انه أشار صراحة الى تمتع الصغير المأذون بأهلية التقاضي صراحةً، وذلك في المادة (64) من قانون الولاية على المال المعدل ، التي جاء فيها ما يأتي : (يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كاملاً للأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه) . أما موقف المشرع الفرنسي فنلاحظ أنه لا يعطي هذا الاذن إلا إذا بلغ الصغير سن السادسة عشر من العمر(3)، عندئذ يعتبر بمنزلة البالغ في التصرفات الداخلة في حدود الأذن(4)، وبالتالي يجوز له من باب أولى التقاضي في جميع الدعاوى المتعلقة بالتصرفات المأذون فيها .

ولكن نلاحظ إن هناك أختلاف في الفقه الاسلامي حول جواز إعطاء الأذن للصغير المميز لممارسة التجارة تجريباً له، ومن ثم اعتباره اهلاً لتقاضي في التجارة المأذون وذلك على النحو الآتي :

(1) قرار محكمة التمييز المرقم ٨٦١ / مدنية رابعة / ١٩٧٤ الصادر في 1974/6/26 ، مشار اليه عند القاضي عباس زياد السعدي ، الخصومة في الدعوى المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد - العراق ، 2012 ، ص 78 .

(2) ينظر : المادة (57) من قانون الولاية على المال المصري رقم (119) لسنة 1952 المعدل .

(3) ينظر : المادة (2 / 413) من القانون المدني الفرنسي المعدل ، والتي تنص على ما يأتي :

Article (413-2) code civil : << Le mineur, même non marié , pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus ...>>

(4) ينظر : المادة (6 / 413) من القانون المدني الفرنسي المعدل ، والتي تنص على ما يأتي :

Article (413-6) code civil : << Le mineur émancipé est capable , comme un majeur, de tous les actes de la vie civile ... >>

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

1- فذهب الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾، الى جواز إعطاء الأذن للصغير للممارسة التجارية تجرية له من قبل وليه، لان الإذن بالتجارة يزيل الحجر عنه بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيصح بيعه وأجارته . أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فلا يزول الحجر عنه إلا بالبلوغ، فلا يصح إقراره ولا يهب من ماله ولا يتصدق به .

2- في حين ذهب الشافعية⁽³⁾ والأمامية⁽⁴⁾، الى عدم جواز إعطاء الأذن حتى يبلغ، لأنه غير مكلف أشبه غير المميز ولان العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لخفائه، فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة .

هذا وتجدر الإشارة أخيراً الى أن المشرع المصري وخلافاً للمشرع العراقي والتشريعات الأخرى موضع المقارنة قد أجاز تسليم المحجور عليه للسفه أو للغفلة جزءاً من أمواله أو كلها لإدارتها وذلك بأذن من المحكمة كما أنه أشار صراحة الى سريان الأحكام التي تسري على القاصر المأذون عليهم، مما يعني ذلك أن كلاً من السفه وذو الغفلة يتمتعون بأهلية إجرائية محدودة تمكنهم من مباشرة إجراءات التقاضي بأنفسهم في الدعوي المتعلقة بالأموال المأذون لهم بأدارتها⁽⁵⁾.

وبدورنا نرجح موقف المشرع المصري وندعو المشرع العراقي الى السير بهذا الاتجاه وذلك أن القاضي قد يجد هناك تحسن في حالة السفه أو ذي الغفلة ، مما يتطلب ذلك اعطائه إذناً لإدارة جزء من أمواله لكي يتم التأكد من تحسين حالته واكتسابه رشداً .

(1) أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي ، المغني على مختصر الخراقي ، الجزء الرابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار ، ص 176 .

(2) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي الأندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، ط I ، دار الكتب العامة ، بيروت ، لبنان ، 1992 ، ص 623 .

(3) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي المنوفي المصري الأنصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، المجلد الرابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ص 355 .

(4) السيد علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني ، دار المؤرخ العربي ، النجف . العراق ، 1439 هـ ، ص 359 .

(5) المادة (67) من قانون الولاية على المال المصري المعدل ، والتي تنص على انه (يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة بإذن من المحكمة ان يتسلم امواله كلها أو بعضها لإدارتها وفي هذه الحالة تسري عليه الاحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون) .

المطلب الثاني

أهلية القاصر للتقاضي في المسائل المأذون له

بمباشرتها قانوناً

يعترف القانون للقاصر بأهلية تقاضي محدودة في بعض الدعاوى المالية ، وذلك استجابةً للضرورات العملية التي تجعل من القاصر مسلطاً بحكم الواقع على مال يتعامل الناس في حدوده، إذ أن رعاية مصالح القاصر والمحافظة على حقوقه تتطلب إعطائه اهلية لمباشرة إجراءات التقاضي بنفسه فيما يتعلق بالأموال التي تسلم اليه، كأموال العمل والنفقة، بناءً على ذلك فأنا سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين، نتحدث في الفرع الأول عن أهلية القاصر للتقاضي بشأن دعاوي عقد العمل الفردي، على أن نخصص الفرع الثاني للحديث عن أهلية القاصر للتقاضي بشأن دعاوي المال المخصص لأغراض النفقة ، وكما يأتي :

الفرع الأول

أهلية القاصر للتقاضي بشأن دعاوي عقد العمل الفردي

لقد حدد المشرع العراقي الحد الأدنى لسن العمل، وذلك في قانون العمل النافذ الذي نص على انه (الحد الأدنى لسن العمل في جمهورية العراق هو خمسة عشر عاماً⁽¹⁾)، ألا إن المشرع العراقي لم يعط لمن بلغ هذا السن أهلية لإبرام عقد العمل الفردي، كما أنه لم يمنحه أهلية التقاضي بشأن الدعاوى الناشئة عن هذا العقد، وذلك خلافاً للتشريعات المقارنة .

فعند الرجوع الى القانون المصري نلاحظ أنه أجاز للقاصر إبرام عقد العمل الفردي، كما أنه أعطى للقاصر الذي بلغ سن السادسة عشر أهلية للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره من المكافآت والحوافز⁽²⁾، وبالتالي يكون له من باب أولى أهلية للتقاضي في كل ما يخص هذا العقد من حيث تكوينه وصحته وبطلانه والتصرفات التي يجربها القاصر والمتعلقة فيما يكسبه من هذا العقد، أي يستطيع أن يباشر بنفسه ولحسابه

(1) ينظر : المادة (7) من قانون العمل العراقي رقم (37) لسنة 2015 النافذ .

(2) ينظر : المادة (62) والمادة (63) من قانون الولاية على المال المصري المعدل .

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

جميع إجراءات الدعاوي التي يكون محلها هذا العقد أو التصرفات المتعلقة بالأموال التي اكتسبها من هذا العقد سواء كان مدعياً أو مدعياً عليه .

أما المشرع الفرنسي فقد أعترف أيضاً للقصر الذين عجزت والدتهم أو والدهم أو الوصي عليهم عن رعايتهم يمكن أن يسمح لهم مجلس العمال وأصحاب العمل بالتقاضي أو بالإدعاء أو بالدفاع أمامه⁽¹⁾ .

الفرع الثاني

أهلية القاصر للتقاضي بشأن دعاوي المال المخصص لأغراض النفقة

لقد أشار القانون المصري وخلافاً للقانون العراقي والفرنسي الى تمتع القاصر بأهلية التصرف فيما يسلم له أو ما يوضع تحت تصرفه من مال لإغراض النفقة وذلك في المادة (61) من قانون الولاية على المال المصري المعدل والتي جاء فيها ما يأتي : (للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لإغراض نفقته)، وبهذا يكون المشرع المصري قد اعطى للقاصر بين السابعة وإحدى وعشرين عاماً أهلية أداء كاملة للتصرف والإدارة بالنسبة لما يوضع من مال تحت تصرفه لأغراض نفقته ، فيستطيع مثلاً شراء ما يحتاج إليه من غذاء وكسوة وما يلزم لدراسته، ولا يحتاج في هذا الشأن إلى إذن أحد، ولكن هذه الأهلية لا تمتد إلى التبرع ، فليس للقاصر أن يتبرع بأمواله المخصصة لأغراض نفقته ، حيث خصصت المادة 61 من القانون المذكور أهلية القاصر في حدود أغراض النفقة، حيث يقتضي ذلك الصرف في الأوجه التي يعود على القاصر منها بقدر من النفع، ولا يتحقق ذلك عند التبرع بهذه الأموال⁽²⁾.

ويترتب على ثبوت أهلية الأداء للقاصر بشأن الأموال المخصصة لأغراض نفقته تمتعه أيضاً بأهلية التقاضي في حدود هذه الأموال، فيصح أن يباشر بنفسه ولحسابه إجراءات جميع الدعاوي التي ترفع في شأن هذه الأموال سواء كان مدعياً أو مدعياً عليه، فالقاصر يكون أهلاً للتقاضي إذا ثارت المنازعات بشأن ما يلزم لغذائه أو كسائه أو دراسته ولكن في حدود الأموال التي تسلم له أو توضع تحت تصرفه لأغراض نفقته⁽³⁾.

(1)Article (516/1) du Code du travail français modifié .

(2) فتحي عبد الرحيم ود. أحمد شوقي ، النظرية العامة للحق ، ط 1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر ، 2001 ، ص 97 .

(3) د. هبة بدر أحمد محمد صادق ، الأهلية الاجرائية المحدودة ، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية) ، المجلد الأول ، العدد العاشر ، 2021 ، ص 138 .

نستنتج مما سبق إن المشرع العراقي وخلافاً للمشرع المصري لم ينص صراحة على تمتع القاصر بأهلية للتقاضي بشأن الدعوي المتعلقة بالأموال المخصصة لأغراض النفقة مما يعد ذلك نقصاً تشريعياً ندعو المشرع العراقي الى تلافيه وذلك من خلال إضافة فقرة ثالثة الى المادة (45) من قانون رعاية القاصرين المعدل، ومن الأفضل أن تكون هذه الفقرة بالصيغة الآتية : (ثالثاً : على الولي أو الوصي أو القيم تسليم ناقص الأهلية النفقة الشهرية التي تقدرها المحكمة إذا كان رشيداً، ويكون القاصر أهلاً للتصرف والتقاضي فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادةً من مال لإغراض نفقته)، فهذه الفقرة المقترحة تمنع تسليم المال الذي تخصصه المحكمة لغرض النفقة على القاصر ما لم يكن الاخير رشيداً وقادراً على تدبير شؤونه، كما انها تمنح للقاصر أهلية تمكنه من التقاضي بنفسه في الدعاوي المتعلقة بهذه الأموال .

المبحث الثالث

أهلية القاصر المحدودة للتقاضي في الدعاوي غير الماسة

بأصل الحق الموضوعي

من المستقر عليه فقهاً أن ناقص الاهلية أهل للتقاضي بالنسبة للإجراءات القضائية غير الماسة بأصل الحق الموضوعي ، مما يترتب على ذلك أن القاصر أهل للتقاضي أمام القضاء المستعجل وكذلك بشأن دعاوي الحيازة، وهذا ما سوف نبينه وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى المطالبين التاليين :

المطلب الأول

أهلية القاصر للتقاضي أمام القضاء المستعجل

يقصد بالقضاء المستعجل ذلك الفرع من فروع القضاء المدني الذي لا يتقيد بإجراءات التقاضي العادي، ويختص بالفصل في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت وذلك بقرار عاجل ومؤقت، لا يمس أصل الحق ، غايته ابعاد الخطر الحقيقي المحيط بالحق المراد حمايته ريثما يتم الفصل بأصل الحق من قبل القضاء الموضوعي⁽¹⁾. فهو بهذا المعنى يهدف الى الحفاظ على الحقوق والمراكز التي تحتاج الى إجراء

(1) ندى حمزة صاحب الربيعي ، القضاء المستعجل وتطبيقاته في قانون المرافعات المدنية العراقي ، رسالة ماجستير ، قدمت الى جامعة النهرين .كلية الحقوق ، 2008 ، ص 5 .

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

عاجل، لان إتباع اجراءات التقاضي العادي يؤدي الى الحاق ضرر بهذه الحقوق⁽¹⁾، ولما كانت هذه المسائل لا تحتتمل التأخير وتطلب القيام بإجراء عاجل، فقد ذهب جانب من الفقه الاجرائي⁽²⁾، الى القول أن لناقص الاهلية في حالة الضرورة أن يتقاضى بشخصه أمام القضاء المستعجل سواءً كان مدعياً أو مدعى عليه وذلك للمبررات التالية :

1. إن أعطاء ناقص الاهلية الحق في التقاضي في الامور المستعجلة يتفق مع الغاية التي شرع من أجلها نظام القضاء المستعجل الذي يقتضي الإسراع في الدعوى لحماية الحقوق، فليس من الحكمة ضياع الوقت من أجل الحرص على صحة التمثيل الأجرائي، مما يؤدي هذا الحرص الى ضياع الحق أو تغيير معالمه⁽³⁾.
2. إن القضاء المستعجل ممنوع من المساس بأصل الحق وهذا يعني عدم وجود أي خطر يهدد وجود الحق الموضوعي، كما لا يمكن عد التقاضي امام القضاء المستعجل بمثابة تصرف قانوني في هذا الحق أو المركز القانوني، بل هو عمل تحفظي لإسعاف أطراف النزاع بأحكام سريعة بدون التصدي لأصل الحق المتنازع عليه⁽⁴⁾.

(1) عزالدین الدیناصوري وحامد عكاز ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ، ط 3 ، دار المحامي للإصدارات القانونية ، مصر ، 1991 ، ص 11 .

(2) ينظر : د. محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني ، الجزء الثاني ، ط 1 ، دار الفكر القانوني ، مصر ، بدون ذكر سنة النشر ، ص 256 ؛ د. محمد علي راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، ط 4 ، دار الفكر العربي ، القاهرة . مصر ، من دون ذكر تاريخ الطبع والإصدار ، ص 144 ؛ د. رمضان جمال كامل ، شرح دعوى إثبات الحالة ، ط 4 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة . مصر ، 2007 ، ص 50 ؛ وفي الفقه الفرنسي ينظر :

Pierre Estoup , La Pratique des procedures Rapides , Litec , Paris – France , 1990 , p : 37 .

H. Solus et R. Perrot , Droit judiciaire privé , op – cit , P : 377 .

مشار اليه عند : د. وجدي راغب فهمي ، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها جامعة عين الشمس . كلية الحقوق ، المجلد الخامس عشر ، العدد الاول ، 1973 ، ص 38 .

(3) ديمین يوسف غفور ، الخصومة في الدعوى المدنية وإشكالاتها في القانون العراقي ، ط 1 ، المركز العربي ، القاهرة – مصر ، 2018 ، ص 122 .

(4) القاضي عباس زياد السعدي ، الخصومة في الدعوى المدنية ، مصدر سابق ، ص 78 .

وقد حظي هذا الرأي بتأييد بعض فقهاء القانون الأجرائي المصري⁽¹⁾، بل أتجه رأي في الفقه المصري الى القول بإمكانية رفع الدعوى المستعجلة في حالة تعارض مصلحة ناقص الاهلية مع مصلحة الوصي أو القيم⁽²⁾. في حين يذهب جانب اخر من الفقه الأجرائي⁽³⁾، الى القول بعدم كفاية التبريرات السابقة لإعطاء ناقص الاهلية الحق في التقاضي امام القضاء المستعجل، خصوصاً ان اجراءات القضاء المستعجل قد يكون لها اثر هام وجوهري على اصل الحق لاسيما عندما يضع القرار المستعجل الخصوم في مراكز تغنيهم فيما بعد عن اللجوء الى القضاء العادي.

وعند الرجوع الى القانون العراقي والقوانين الاخرى موضع المقارنة لم نجد نصاً قانونياً يجيز لناقص الاهلية اقامة دعوى في حالة الضرورة، كما لم نجد أي تطبيق قضائي لذلك في العراق وفرنسا، وذلك خلافاً لموقف القضاء المصري الذي أجاز رفع الدعوى من قبل ناقص الاهلية في حالة الضرورة القصوى، فقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية ما يأتي : (... لا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تتوافر للخصوم الأهلية التامة للتقاضي لأن الحكم المطلوب يكون حكماً وقتياً لا يمس الموضوع، ولأن شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحرص على صحة التمثيل القانوني من وقت)⁽⁴⁾ .

وبدورنا نرى ان المبدأ القانوني المتعلق بوجوب توافر أهلية التقاضي لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى ، يطبق على القضاء العادي والمستعجل على حدأ سواء، وذلك لان المشرع العراقي اشار صراحة الى سريان أحكام القضاء العادي على القضاء المستعجل في المادة (150) من قانون المرافعات المدنية العراقية

(1) د. احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية . مصر ، 2000 ، ص 25 ، د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة المدنية ، مصدر سابق ، ص 256 .

(2) د.عبد الباسط جميعي ، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، دار الفكر العربي ، القاهرة . مصر ، 1974 ، ص 129 .

(3) القاضي عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الجزء الثالث ، ط 1 مطبعة العاني ، بغداد . العراق ، 1970 ، ص 114 ؛ عمار سعدون حامد المشهداني ، القضاء المستعجل دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، قدمت الى جامعة الموصل . كلية القانون ، 2000 ، ص 96 .

(4) قرار محكمة النقض المصرية المرقم 69 / 2 / استئناف / 1982 في 26 / 3 / 1981 ، مشار إليه عند : د. طلعت يوسف خاطر ، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والتجارية ، ط 1 ، دار الفكر والقانون ، المنصورة . مصر ، 2010 ، ص 417 .

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

المعدل⁽¹⁾، مما يعني وجوب الرجوع الى المادة (3) من القانون المذكور التي اشارت صراحة الى وجوب توفر الأهلية لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، حيث أن القواعد المنظمة للأهلية قواعد امرأة لا يجوز مخالفتها لأنها من النظام العام، لذا فلا يجوز اعطاء ناقص الاهلية الحق في التقاضي بنفسه أمام القضاء المستعجل

المطلب الثاني

أهلية القاصر للتقاضي بشأن دعاوى الحيازة

تعرف الحيازة بأنها وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق⁽²⁾. فالحيازة بهذا المعنى مجرد واقعة قانونية يحميها القانون لذاتها إذا كانت واردة على عقار، من خلال دعاوى معينة يطلق عليها بـ (دعاوى الحيازة) ، وهذه الدعاوى هي دعوى استرداد الحيازة، ودعوى منع التعرض، ودعوى وقف الاعمال الجديدة⁽³⁾، ولما كان محل هذه الدعوى مركزاً واقعياً وليس الحق في العقار، لذا أتجه جانب من الفقه الاجرائي⁽⁴⁾، الى القول بأن ناقص الاهلية أهل للتقاضي في هذه الدعاوى، لأنها دعاوى لا تحمي حقاً موضوعياً وإنما محلها مركزاً واقعياً، فلا يشترط فيها

(1) قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل .

(2) ينظر : المادة (1 / 1145) من القانون المدني العراقي المعدل ، أما في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 فلم يرد تعريف للحيازة ، خلافاً لموقف المشرع الفرنسي الذي عرف الحيازة في المادة (2255) من القانون المدني الفرنسي المعدل في اللغة الفرنسية بما يأتي :

Article (2255) code civil : << La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.>>

(3) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، دار السنهوري ، بغداد . العراق ، 2016 ، ص 2015 .

(4) د. فتحي والي ، المبسوط في قانون القضاء المدني ، الجزء الاول ن ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة . مصر ، 2017 ، ص 679 ؛ د. نصري انطوان دياب ، نظرية وتطبيق أصول المحاكمات المدنية ، ط 1 ، المنشورات الحقوقية صادر ، بيروت . لبنان ، 2009 ، ص 131 ؛ وفي الفقه الفرنسي ينظر :

H.Solus.R.perrot , droit judiciaire prive , op – cit , p:149 .

نقلا عن د. وجدي راغب فهمي ، دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن جامعة عين الشمس – كلية الحقوق ، المجلد الثامن عشر ، العدد الأول ، 1996 ، ص 87 .

.....

أهلية الأداء التي تشترط بالنسبة للتصرف في الحق، لذا فأنها تأخذ حكم التقاضي أمام القضاء المستعجل، والتي يكون فيها التقاضي جائزاً لناقص الأهلية.

وبدورنا نرى بان هذا الرأي لا يمكن قبوله من جانبين، أولهما لان قواعد الاهلية من النظام العام لا يجوز مخالفتها كما ذكرنا ونحن بصدد الحديث عن ناقص الاهلية امام القضاء المستعجل، ومن جانب آخر لا يمكن قياس دعاوى الحيازة على التقاضي أمام القضاء المستعجل، وذلك لان دعاوى الحيازة دعاوى موضوعية، والحكم الصادر فيها يمس الحق الموضوعي لناقص الاهلية، حيث إن حماية الحيازة يعتبر في الحقيقة حماية للحق نفسه بطريقة غير مباشرة ، لان الحائز غالباً ما يكون مالكا للعقار أو صاحب حق عيني اخر عليه .

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات وعلى النحو الآتي :

أولاً : النتائج

1. إن أهلية الخصم القاصر لمباشرة حقوقه الإجرائية تثبت له بمسائل محددة وفي قيود معينة يترتب على عدم مراعاتها عدم تمتعه بهذه الاهلية .
2. يتمتع الصغير الذي أكمل سن الخامس عشر من العمر وتزوج بأذن المحكمة بأهلية تقاضي محددة في مسائل الزواج وأثاره ، أما بالنسبة للمسائل الأخرى فيعتبر ناقص أهلية مما يترتب على ذلك عدم جواز قيامه بمباشرة إجراءات التقاضي في الدعوى غير المتعلقة بالزواج .
3. لا يتمتع الصغير الذي أكمل سن الخامسة عشر وتزوج بغير إذن من المحكمة بأهلية تقاضي محدودة تمكنه من ممارسة حقوقه الاجرائية المتعلقة بالزواج وأثاره .
4. إن أتمام الصغير سن الخامسة عشر من العمر يؤدي الى زوال الولاية على النفس مما يستطيع به هذا الصغير أن يخاصم ويختصم بنفسه من دون الحاجة الى من يمثله وذلك في الدعوي الشخصية البحثه فقط .
5. إن نطاق الحجر على ناقصي الأهلية كالسفيه وذي الغفلة يقتصر على المسائل المالية البحثه أما المسائل الشخصية فيعتبر كامل الأهلية بشأنها .
6. إن الأثر المترتب على إعطاء الأذن بالتجارة للصغير الذي أكمل الخامسة تمتعه بأهلية تقاضي محدودة في المسائل المالية المتعلقة بهذا الأذن فقط دون غيرها .

ثانياً : المقترحات

1. لا يمكن الجمع ما بين نطاق سريان قانون رعاية القاصرين من حيث الأشخاص وفكرة الأهلية المحدودة للقاصر في مادة واحدة ، لذا نقترح تعديل المادة (3) من قانون رعاية القاصرين، وذلك بحذف العبارة الآتية : (... ويعتبر من أكمل الخامس عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية) .

-
2. لم ينظم قانون رعاية القاصرين المعدل أحكام الأهلية المحدودة للقاصر بشكل يستوعب جميع الحالات التي يثبت فيها للقاصر أهلية محدودة، لذا نقترح إضافة فرع ثالث الى الفصل الأول من هذا القانون وتكون المادة الأولى منه بالصيغة الآتية : (أولاً : للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقاً لإحكام القانون وللمحكمة بناء على طلب الولي أو الوصي انهاء هذا العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله. ثانياً : يكون القاصر الذي أكمل الخامسة عشر أهلاً للتصرف والتقاضي فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى اثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته).
3. على المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري الذي حدد صراحة نطاق كمال أهلية القاصر المتزوج بإذن المحكمة في المسائل القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية فقط كالنفقة والمهر والميراث والخلع دون المسائل الأخرى، واستناداً إلى ما تقدم نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة ثانية الى الفرع الثالث المقترح أضافه الى قانون رعاية القاصرين المعدل ليكون نصها بالشكل الآتي : (يعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية فيما يتعلق بالزواج وأثاره من مهر ونفقه وحضانة وطلاق وتفريق وخلع وما يتفرع عنه من التزامات مالية، ويبقى محتفظاً بهذه الأهلية في حال انحلال الرابطة الزوجية لأي سبب من الأسباب).
4. نأمل من المشرع العراقي أيراد مادة قانونية في قانون رعاية القاصرين المعدل بوصفه القانون الذي يهتم بحماية القصر، يسمح بمقتضاه لناقص الاهلية ممارسة حقوقه الإجرائية المتعلقة بالدعوى بشخصه فيما يتعلق بمسائل الولاية على النفس، ومن الأفضل أن يتم إضافته هذه المادة الى الفرع الثالث المقترح وأن تحمل هذه المادة رقم (3) مراعاة للتسلسل المنطقي للمواد المتعلقة بالأهلية المحدودة للقاصر وأن يكون هذا النص بالصيغة التالية : (تثبت أهلية التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية للولاية على النفس لكل من الصغير الذي أكمل الخامسة عشر من العمر والسفيه وذو الغلة).
5. أن الضرورات العملية تتطلب إعطاء القاصر أهلية تمكنه من التقاضي بنفسه في الحالات التي يعتبر فيها هذا القاصر مسلطاً بحكم الواقع على بعض الأموال ومنها النفقة، لذا نقترح على المشرع العراق الاقتداء بما أخذ به المشرع المصري من عد القاصر أهلاً للتقاضي فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادةً من مال لإغراض نفقته .

المصادر والمراجع

أولاً : مراجع الفقه الإسلامي

1. أبو عابدين محمد أمين الشهر ، رد المحتار على الدر المختار ، المجلد التاسع ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
2. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي الأندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، ط 1 ، دار الكتب العامة ، بيروت - لبنان ، ١٩٩٢ .
3. أبو بكر بن حسن الكشناوي ، شرح ارشاد السالك في فقه امام الائمة مالك ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
4. أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الحر العاملي ، وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، ط 2 ، مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، قم . إيران ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
5. ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي ، المبسوط في الفقه الإمامي ، الجزء الثاني ، المكتبة الرضوية لإحياء الاثار الجعفرية ، النجف - العراق ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
6. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 2004 .
7. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي ، المغني على مختصر الخراقي ، الجزء الرابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
8. الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء العاشر ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
9. برهان الدين أبو المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري ، المحيط البرهان ، ط 1 ، المجلد التاسع عشر ، ادارة القران والعلوم الاسلامية ، باكستان ، 2004 .
10. السيد علي الحسيني السستاني ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني ، دار المؤرخ العربي ، النجف - العراق ، 1439 هـ .

-
11. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي المنوفي المصري الأنصاري ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، المجلد الرابع ،، دار الكتب العلمية ن بيروت - لبنان .
12. الشيخ النظام وجماعة من علماء الهند- من الفتاوى الهندية ، ط 1 ، الجزء الخامس ، دار الكتب العلمية ، بيروت . لبنان ، 2000 .
13. عثمان أحمد النجدي الحنبلي ، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ، دار محمد ،، السعودية ، 1996 .
14. محمد الامير الكبير ، الاكليل شرح مختصر خليل ، مكتبة القاهرة ، مصر ، من دون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
15. الوزير أبي المظفر بن محمد بن هبيرة الشيباني ، اختلاف الائمة العلماء ، الجزء الأول ،، ط 1 ، دار الكتب العامة ، بيروت - لبنان ، 2002 .
- ثانياً : الكتب القانونية
1. د. احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر ، 2000 .
2. د. اسماعيل أمين نواضة و د . أحمد محمد المومني ، الأحوال الشخصية ، ط 1 ، دار الميسرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، الأردن ، 2010 .
3. د. أنور العمروسي ، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية - مصر ، 1983 .
4. د. رمضان جمال كامل ، شرح دعوى إثبات الحالة ، ط 4 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة - مصر ، 2007 .
5. د. طلعت يوسف خاطر ، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والتجارية ، ط 1 ، دار الفكر والقانون ، المنصورة - مصر ، 2010 .
6. د. فتحي والي ، المبسوط في قانون القضاء المدني ، الجزء الاول ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، 2017 .

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

-
7. د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2001.
8. د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، دار السنهوري ، بغداد - العراق ، 2016 .
9. د. محمد علي راتب ، قضاء الأمور المستعجلة ، ط 4 ، دار الفكر العربي ، القاهرة - مصر ، من دون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
10. د. محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني ، الجزء الثاني ، ط 1 ، دار الفكر القانوني ، مصر ، بدون ذكر سنة النشر .
11. د. نصري انطوان دياب ، نظرية وتطبيق أصول المحاكمات المدنية ، ط 1 ، المنشورات الحقوقية صادر ، بيروت . لبنان ، 2009 .
12. د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار الفكر العربي ، مصر ، بدون ذكر سنة الطبع.
13. د. عبد الباسط جمعي ، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، دار الفكر العربي ، القاهرة - مصر ، 1974 .
14. ديمن يوسف غفور ، الخصومة في الدعوى المدنية وإشكالاتها في القانون العراقي ، ط 1 ، المركز العربي ، القاهرة - مصر ، 2018 .
15. عزالدين الديناصوري وحامد عكاز ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ، ط 3 ، دار المحامي للإصدارات القانونية ، مصر ، 1991 .
16. فتحي عبد الرحيم ود. أحمد شوقي ، النظرية العامة للحق ، ط 1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر ، 2001 .
17. القاضي رحيم حسن العكلي ، دراسات في قانون المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد . العراق ، بدون ذكر تاريخ الطبع والإصدار .
18. القاضي عباس زياد السعدي ، الخصومة في الدعوى المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد - العراق ، 2012 .

-
19. القاضي عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الجزء الثالث ، ط 1 ، مطبعة العاني ، بغداد . العراق ، 1970 .
20. القاضي عقيل طارق محمد ، خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية ، ط 1 ، المكتبة القانونية ، بغداد . العراق ، 2020 .
21. القاضي لفته هامل العجيلي ، إجراءات التقاضي في الدعوى المدنية ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2017 .
22. المحامي مؤيد حميد الأسدي ، الوجيز الميسر في قانون الاحوال الشخصية العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد ، العراق ، 2016 .

ثالثاً : الرسائل والأطاريح الجامعية

1. عبد الحكيم عباس قرني عكاشه ، الصفة في العمل الاجرائي في قانون المرافعات المصري والفرنسي ، أطروحة دكتوراه ، قدمت الى جامعة القاهرة - كلية الحقوق ، 1995 .
2. عمار سعدون حامد المشهداني ، القضاء المستعجل دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، قدمت الى جامعة الموصل - كلية القانون ، 2000 .
3. ندى حمزة صاحب الربيعي ، القضاء المستعجل وتطبيقاته في قانون المرافعات المدنية العراقي ، رسالة ماجستير ، قدمت الى جامعة النهرين - كلية الحقوق ، 2008 .

رابعاً : البحوث

1. د. بيرك فارس حسين الجبوري و فارس هاشم حسين الجبوري ، كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن جامعة تكريت - كلية القانون ، المجلد الثامن ، العدد الأول ، 2019 .
2. د. هبة بدر أحمد محمد صادق ، الأهلية الاجرائية المحدودة ، بحث منشور في المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية) ، المجلد الأول ، العدد العاشر ، 2021 .

أهلية التقاضي المحدودة للخصم القاصر (دراسة مقارنة)

3. د. وجدي راغب فهمي ، دراسات في مركز الخصم امام القضاء المدني ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن جامعة عين الشمس - كلية الحقوق ، المجلد الثامن عشر ، العدد الأول ، 1996 .

4. د. وجدي راغب فهمي ، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدرها جامعة عين الشمس - كلية الحقوق ، المجلد الخامس عشر ، العدد الأول ، 1973 .

خامساً : المراجع الأجنبية

1. Henry Solus et Roger Perrot , droit judiciaire prive , siery , paris , tomel , 1961.
2. Pierre Estoup , La Pratique des procedures Rapides , Litec , Paris , 1990 .

سادساً : المراجع الالكترونية

1. <https://www.moj.gov.iq/view.2988>

سابعاً : القوانين

1. القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 المعدل .
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل .
3. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ .
4. قانون الولاية على المال المصري رقم (119) لسنة 1952 المعدل .
5. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل .
6. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل .
7. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة 1980 المعدل .
8. قانون تنظيم بعض اوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري رقم (1) لسنة 2000 النافذ .

.....

9. قانون العمل العراقي رقم (37) لسنة 2015 النافذ .

10. قانون العمل الفرنسي رقم (1088) لسنة 2016 المعدل .

ثامناً : القرارات القضائية الغير منشورة

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 800 / منقول / 2004 / في 8 / 11 / 2004 ، غير منشور .

2. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 2473 / أستثنائية منقول / 2015 / في 13 / 5 / 2015 .

3. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراق رقم 982 / شرعية / 2018 / في 13 / 3 / 2018 .

4. قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم 598 / شخصية / 2021 / في 10 / 5 / 2021.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية
" دراسة تحليلية في ضوء قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد
" 48/اتحادية/2021 "

**Jurisdiction of the Iraqi Supreme Federal Court of Interpreting
legal Texts**
"Analytical study in the light of the decision of the Iraqi supreme
federal court number 48/federal/2021"

أ. م. د. سردار عماد الدين محمد سعيد

أستاذ القانون العام المساعد

كلية القانون – جامعة دهوك – إقليم كردستان – العراق

Assist. Prof. Dr. Sardar Imadaddeen Mohammed Saeed
College of Law- University of Duhok.

DOI: <https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.10>

تاريخ استلام البحث: 2022-07-01 تاريخ القبول بالنشر: 2022-07-23

ملخص البحث

تتلخص فكرة هذا البحث في التعرف على مدى اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في العراق بتفسير النصوص القانونية بصفة أصلية، وذلك من خلال تحديد المحاور التالية: أساس الاختصاص ما إذا كان يتأصل من سند تشريعي أو من قرار المحكمة ذاتها، طبيعة الاختصاص ما إذا كان اختصاصا مانعا قاصرا على المحكمة أم مشتركا بينها وبين غيرها متمثلا بمجلس الدولة، ونطاق الاختصاص موضوعيا وإجرائيا. أما النطاق الموضوعي فيبحث فيه ما يخضع لاختصاص المحكمة التفسيرية من نصوص تشريعية وهي نصوص القانون العادي فقط أم أنه يشمل غيرها من نصوص كالأنظمة والتعليمات والقوانين الأساسية، وأما النطاق الإجرائي فيتناول ما يستلزم اختصاص المحكمة هذا من إجراءات كتقديم الطلب والجهات التي يجوز لها تقديم مثل هذا الطلب، ولزوم انتفاء طرق الطعن على غرار شاكلة اختصاص مجلس الدولة الاستشاري المنصوص عليه في قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل.

الكلمات المفتاحية: المحكمة الاتحادية العليا ، اختصاص، تفسير، نصوص قانونية.

تایبه‌تمه‌ندیاداگه‌ها فیدرال یا عیراقی بشروفه‌کرنا تیکستین یاسایی، خواندنه‌ک لگوره‌ی

بریارا دادگه‌ها فیدرال یا بالا یا هژماره 48/اتحادیه/2021

پوخته

هزرا فی فه‌کولینئ لسهر زانینا تایبه‌تمه‌ندیاداگه‌ها فیدرالی یا بالا لعیراقی بشروفه‌کرنا تیکستین یاسایی دا بسیفته‌تی نه‌سلی، بریکا دست نیشان کرنا ته‌وه‌رین لخوازی: بنه‌ره‌تی تایبه‌تمه‌ندی ج هاتبیت ژتیکسته‌کی ته‌شریعی یان ژبریارا دادگه‌هی بخو، سروشتی تایبه‌تمه‌ندی ج یی (مانع) بیتن لسهر دادگه‌هی بتنی یان هه‌فیشک بیتن دناقبه‌را دادگه‌هی ولایه‌نین دی وه‌ک نه‌نجومهنئ دادوه‌ری. چارچوفی تایبه‌تمه‌ندی ج بابه‌تی بیتن یان پی‌رابوونی، چارچوفی بابه‌تی گری‌دایه بتایبه‌تمه‌ندیاداگه‌هی دشروفه‌کرنا تیکستین یاسایی بواتا هندئ کا بتنی تیکستین یاسا نورمال بخوفه‌دگریتن یان زی رینما یاسایین سه‌ره‌کی زی. چارچوفی پی‌رابوونی باس لپی‌رابوونین تایبه‌تمه‌ندیاداگه‌هی دکه‌تن وه‌ک پیشکیشکرنا داخوایی ولایه‌نین دبیت نه‌و داخوایی بهیته بو بهیته بلند کرن، هه‌وه‌سا نه‌مانا ریکین تانه لیدانی وه‌ک تایبه‌تمه‌ندی نه‌نجومهنئ ده‌وله یی شیوه‌رکاری یا‌کو هاتی دیاسا جفاتا ده‌وله یا هژماره 65 یا سالا 1979 یا هه‌موار کری.

په یقین ده‌ستپیکی: دادگه‌ها فیدرال یا بالا، تایبه‌تمه‌ندی، شروفه‌کرنا، ده‌قین یاسایی

Abstract

The idea of this research is to identify the extent of the jurisdiction of the Federal Supreme Court in Iraq interpreting the legal texts originally, by defining the following axes: the basis of jurisdiction, whether it is originated from a legislative basis or from the decision of the court itself, the nature of jurisdiction, whether it is a precluded jurisdiction limited to the court or joint Between them and others, represented by the State Council, the scope of jurisdiction is objectively and procedurally. As for the objective scope, it examines the legislative texts that are subject to the interpretative jurisdiction of the court, whether they are the texts of ordinary law, or whether it includes other texts such as regulations, instructions and organic laws. As for the procedural scope, it deals with the procedures that this court's jurisdiction requires, such as submitting the request, the organs that have the right of submitting a such request, and the necessity of eliminating the means of appeal, similar to the jurisdiction of the State Consultative Council stipulated in the State Council Law No. 65 of 1979 as amended.

Key words: supreme federal court, competence, interpretation, legal texts

المقدمة

أهمية البحث: من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا تفسير نصوص الدستور استنادا إلى المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، أما تفسير القوانين فلم تختص هذه المحكمة بذلك لا في الدستور ولا في قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل. وعليه فإن قيام المحكمة بممارسة هذا الاختصاص الأخير لا يستند إلى نص صريح، إنما إلى قرار⁽¹⁾ صادر عن المحكمة نفسها اجتهدت فيه، الأمر

⁽¹⁾ نص قرار المحكمة الاتحادية العليا: "تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ 6-6-2021 برئاسة القاضي ... وعضوية ... وأصدرت قرارها الآتي:

طالب الاستفسار.../ رئيس اللجنة القانونية في مجلس النواب.

أولا: خلاصة الاستفسار: تضمن الاستفسار المقدم إلى المحكمة الاتحادية العليا من قبل رئيس اللجنة القانونية في مجلس النواب ... بموجب الكتاب الصادر من مجلس النواب / اللجنة القانونية بالعدد (156) في 2021/5/24، بعنوان (تفسير القوانين الاتحادية)، ما يلي: (بالنظر للاجتهادات الكبيرة فيما يتعلق بالجهة المختصة بتفسير القوانين الاتحادية وقيام الدائرة القانونية في الامانة العامة لمجلس الوزراء والدوائر القانونية للوزارات بإصدار إعامات بتفسير القوانين الاتحادية أدت إلى تطبيقها بصورة تخالف الأسباب الموجبة لتشريعها لما تقدم يرجى تفضلكم ببيان الجهة المختصة بتفسير القوانين استنادا للدستور والقوانين النافذة خدمة للصالح العام.

ثانيا - القرار:

لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا وجد أن رئيس اللجنة القانونية في مجلس النواب، وبموجب الكتاب الصادر من مجلس النواب / اللجنة القانونية بالعدد (156) في 2021/5/24، الموجه إلى المحكمة الاتحادية العليا، بعنوان (تفسير القوانين الاتحادية)، يطلب فيه (بيان الجهة المختصة بتفسير القوانين استنادا للدستور والقوانين النافذة، للأسباب المذكورة تفصيلا بالكتاب المذكور آنف الذكر، وتجد المحكمة الاتحادية العليا، ان اختصاصات وصلاحيات هذه المحكمة تم تحديدها بموجب المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، كما حددت تلك الاختصاصات أيضا المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل، وعند تدقيق المادة (93) من الدستور آنف الذكر التي تحدد بموجبا اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا الحصرية والأصلية، إذ نصت على انه (تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يلي : أولا - الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، ثانيا-تفسير نصوص الدستور)، إضافة إلى الاختصاصات الأخرى المشار إليها في الفقرات اللاحقة للفقرة آنفة الذكر من نفس المادة، ولما كانت المحكمة الاتحادية العليا مختصة بتفسير نصوص الدستور، ولما كان التسلسل الهرمي للقواعد القانونية يقتضي أن يكون الدستور في مرتبة أعلى من القوانين والتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية، وعلى السلطة التشريعية أن تلتزم حكم الدستور في تشريعاتها، وإلا عدت منتهكة لأحكامه، ولما كان الفصل في دستورية قانون نافذ يتطلب الوقوف على قصد المشرع وغاياته عند تشريعه للوقوف على حقيقة أسبابه الموجبة وبيان مدى تطابقها مع المصالح العليا في الدولة وحمايتها بما يؤمن مصالح المجتمع والأفراد معا في ضوء أحكام الدستور للحيلولة دون انتهاك أحكامه أو التجاوز عليها، وأن ذلك يتطلب في بعض الأحيان تفسير نصوص القانون بمناسبة واقعة او خصومة عرضت على هذه المحكمة للبت فيها، ولما كان من يملك الكل يملك الجزء، ولما كان تفسير أحكام الدستور

هو من اختصاص هذه المحكمة، مما يعني انعقاد اختصاصها في تفسير أحكام القانون، إذ يعد ذلك الاختصاص متفرعا من اختصاصها في تفسير أحكام الدستور، استنادا للقاعدة أنفة الذكر وإعمالا لمبدأ التفسير القضائي لنصوص القانون، على أن يتم ذلك وفقا لضوابط معينة تتجسد بضرورة أن تكون القوانين نافذة، وأن تفسيرها كان بمناسبة خصومة قائمة منظورة أمام هذه المحكمة للبت بدستورية القانون موضوع التفسير، أو بمناسبة استفسار يرد إليها حصراً صادر من إحدى السلطات الاتحادية في الدولة، (السلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب ومجلس الاتحاد، السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، السلطة القضائية ممثلة في مجلس القضاء الأعلى) أو من رئيس الوزراء في حكومة إقليم كردستان، على أن لا يكون الاستفسار بمناسبة تطبيق القانون على خصومة قائمة أمام هذه المحكمة أو قضية معروضة على القضاء العادي أو الإداري، التي حدد مرجع للطعن فيها، وعلى أن يرد الاستفسار بكتاب موقع من رئيس السلطة أو رئيس الوزراء في الإقليم حصراً، وبذلك فليس للجهات الرسمية الأخرى بوزارة أو غير المرتبطة بوزارة والهيئات المستقلة والأفراد، تلك الصلاحية، ذلك أن اختصاص هذه المحكمة بتفسير القوانين جاء على سبيل الاستثناء وفقاً لوجهة نظر المحكمة استناداً لاختصاصها الأصلي والحصري بتفسير نصوص الدستور والحق المتفرع منه والمتجسد باختصاصها في تفسير نصوص القانون ذلك أن من يملك الكل يملك الجزء، وعلى أساس ذلك فإن ما ثبت على سبيل الاستثناء لا يجوز التوسع فيه، ولا سيما أن ذلك لا يتعارض مع اختصاصات مجلس الدولة استناداً إلى أحكام قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (71) لسنة 2017، إذ نصت المادة (4) منه على أنه (يختص المجلس بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة وإعداد ودراسة وتدقيق مشروعات القوانين وإبداء الرأي في الأمور القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام)، كما حددت المادة (6) منه اختصاصات مجلس الدولة في مجال الرأي والمشورة القانونية ويكون رأي المجلس ملزماً بالنسبة للوزارة أو الجهة طالبة الرأي استناداً لأحكام الفقرة (رابعا) من المادة أنفة الذكر، وإن تلك الاختصاصات انحصرت في مجال إبداء الرأي وفقاً ل فقرات المادة المذكورة باستثناء ما جاء بالفقرة (خامسا) منها إذ نصت على أنه (توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها أحد الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة)، ولم تتضمن فقرات المادة المذكورة صلاحية مجلس الدولة أو اختصاصاته في تفسير أحكام القانون النافذ، وإن اختصاص مجلس الدولة في الإفتاء وإبداء الرأي وتوضيح الأحكام القانونية لا يسلب سلطة القضاء وصلحياته في تفسير أحكام القانون، كما لا يحول بين المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها في التفسير، سواء أكان ذلك بالنسبة للدستور أو القوانين النافذة وفقاً للتفصيل المشار إليه آنفاً، واستناداً لما تقدم تقرر إجابة الدائرة القانونية في مجلس النواب بأن للمحكمة الاتحادية العليا صلاحية تفسير نصوص القوانين في ضوء الاختصاصات المحددة في الدستور وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم (25) لسنة 2021 ووفقاً للضوابط التي تم الإشارة إليها، المتجسدة بما يلي : 1. أن تكون القوانين نافذة. 2. أن يكون تفسيرها بمناسبة خصومة قائمة منظورة أمام هذه المحكمة للبت بدستورية القانون موضوع التفسير. 3. أو أن يكون التفسير بمناسبة استفسار يرد إليها حصراً من إحدى السلطات الاتحادية في الدولة، (السلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب ومجلس الاتحاد، السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، السلطة القضائية ممثلة في مجلس القضاء الأعلى) أو من (رئيس الوزراء في حكومة إقليم كردستان). ويشترط في ذلك ما يلي : أ. أن لا يكون الاستفسار بمناسبة تطبيق القانون على خصومة قائمة أو قضية معروضة على القضاء العادي أو الإداري، التي حدد مرجع للطعن فيها. ب. أن يرد الاستفسار بكتاب موقع من رئيس السلطة حصراً. 4. ليس للجهات الرسمية الأخرى المرتبطة بوزارة أو غير المرتبطة بها أو الأفراد طلب تفسير نص قانوني، وصدر القرار بالاتفاق

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

.....
الذي يثير إشكالا حول مدى سلامة هذا الاجتهاد من عدمه، لا سيما إذا علمنا ان هناك قرارات أخرى قررت فيها المحكمة عدم اختصاصها بتفسير القوانين لخلو النصوص المنظمة لاختصاصاتها من ذلك. ويعد القرار الذي أصدرته المحكمة عماداً لاستنهاض اختصاص المحكمة المشار إليه لا من حيث مدى أحقية المحكمة في الاضطلاع بالاختصاص المذكور، بل من حيث الضوابط والإجراءات التي ينبغي ان تتبع حين ممارسة ذلك الاختصاص.

مشكلة البحث: مشكلة هذا البحث تتمثل بأن المحكمة الاتحادية العليا أقرت لنفسها اختصاصا لم يرد ذكره في النصوص القانونية المنظمة لاختصاصاتها سواء تلك التي وردت في دستور جمهورية العراق لعام 2005 أم تلك التي تضمنها قانون المحكمة ذو الرقم 30 لسنة 2005 المعدل، وأن هناك جهة أخرى تضطلع بمهمة تفسير القوانين من خلال إبداء الرأي والمشورة القانونية هي مجلس الدولة، الأمر الذي قد يثير تنازعا للاختصاص بين هاتين الهيئتين. هذا من جانب، من جانب آخر توارت مشكلة هذا البحث وراء عدم دقة المحكمة في صياغة الضوابط والشروط التي تعمل بمقتضاها ذلك الاختصاص.

تساؤلات البحث: في ضوء قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد 48/اتحادية/2021 تتم الإجابة في هذا البحث على التساؤلات التالية : 1- هل أن المحكمة الاتحادية العليا تختص بتفسير النصوص القانونية ؟ 2- ما هي الأسس التي اعتمدت عليها المحكمة الاتحادية العليا لتبرير اختصاصها بتفسير النصوص القانونية ؟ 2- ما هي علاقة مجلس الدولة بتفسير النصوص القانونية ؟ 2- في حال انعقاد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية، ما هو نطاق ذلك الاختصاص موضوعيا وإجرائيا ؟ وهل أن المحكمة كانت موفقة في تحديد ذلك النطاق ؟

فرضية البحث: ينطلق هذا البحث من فرضية قوامها أن ممارسة المحكمة الاتحادية العليا، كأية محكمة أخرى، اختصاصا تفسيريا للنصوص القانونية بصفة تبعية بمناسبة ممارسة اختصاصاتها المنصوص عليها في الدستور لا تثير إشكالا قط، أما أن تمارس ذلك الاختصاص اختصاصا أصليا، فإن ذلك يحتاج إلى نص يخولها مثل هذا الاختصاص وفق قيود وشروط محددة على نحو دقيق، وإلا فإن احتمال حدوث التنازع بين اختصاص

باتا وملزما للسلطات كافة... قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 48/اتحادية/2021، منشور على الرابط التالي ضمن الموقع

الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا :

https://www.iraqfsc.iq/krarat/2/2021/48_fed_2021.pdf

المحكمة واختصاص مجلس الدولة بتفسير النصوص القانونية أمر لا مناص منه، وعلى فرض انعقاد الاختصاص المذكور للمحكمة الاتحادية العليا من غير مزاحمة مجلس الدولة وفق الشروط التي حددتها في قرارها لا يخلو من عوائق عند التطبيق.

نطاق البحث: يقتصر نطاق البحث على مدى اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في تفسير النصوص القانونية وما يشترط لممارسة ذلك الاختصاص من شروط، وبذلك لا يتناول البحث اختصاصات المحكمة الأخرى.

منهج البحث: اعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي في البحث، إذ تم تحليل موقف المشرع الدستوري والعادي في العراق وكذلك موقف القضاء الدستوري من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية بصفة أصلية، وذلك من خلال عرض تفاصيل جزئية بغية تأصيل مبادئ عامة في هذا الشأن تارة، وسبر أغوار أحكام عامة من أجل استنباط أحكام جزئية منها تارة أخرى.

هدف البحث: إن الهدف من البحث هو بيان مدى صحة توجه المحكمة الاتحادية العليا إزاء اختصاصها بتفسير النصوص القانونية بصفة أصلية وتحديد الجهة المختصة بذلك، وتحديد طبيعة هذا الاختصاص والنطاق الذي تأطر به موضوعيا وإجرائيا.

الدراسات السابقة:

1- د. علي هادي عطيه الهلالي: الجهة المختصة بتفسير النصوص القانونية في ظل قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 48 لسنة 2021، مقال منشور على الرابط التالي :

<https://www.hjc.iq/view.68631/> . تناول هذا المقال اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية، إزاء خلو دستور جمهورية العراق لعام 2005 وقانون المحكمة الاتحادية العليا المرقم (30) لسنة 2005 المعدل من نص صريح يمنحها مثل هذا الاختصاص، وذلك من خلال مناقشة الحجج التي اعتمدها المحكمة في قرارها المشار إليه أنفا لتبرير ذلك الاختصاص بصفة أصلية، مقرا بعدم سلامة تلك الحجج كونها حججا قانونية عامة لا تتناسب مع كون الاختصاص من النظام العام وأنه لا يفترض ولا يقاس عليه، ولذا تبقى المحكمة المذكورة ملتزمة بتفسير النصوص القانونية بمناسبة ممارسة اختصاصاتها الأخرى، أي أثناء نظر دعوى أو طلب تفسير دستوري أمامها وليس بناء على طلب مباشر، وذلك تجنباً لحصول تداخل بين اختصاصات المحكمة تلك وبين اختصاص مجلس الدولة بإيضاح الأحكام المستوضح عنها من قبل إحدى

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

الوزارات. ومما جاء في المقال أيضاً، إن توجه المحكمة الاتحادية العليا بقبول تفسير القانون عن طريق الطلب المباشر قد يكون من شأنه تقديم تفسيرات للقوانين من دون تدقيق مدى دستورية هذه القوانين أو قد تقف تفسيراتها للقوانين حائلاً من دون الغائها في حال لو تم الطعن بعدم دستورتيتها مستقبلاً، لا سيما وأن المحكمة لم تشترط لتقديم طلب التفسير بيان المشكلات التي يثيرها القانون محل التفسير. وتناول المقال كذلك مدى إلزامية قرارات المحكمة الاتحادية العليا بتفسير نصوص القانون، موضحاً أنه بالرغم من كون قرارات المحكمة باتة وملزمة إلا أن جعل تفسير القانون من بين اختصاصات المحكمة لا يمنع بقية الجهات التشريعية والتنفيذية من تقديم تفسيراتها للقانون كلما كانت الجهات التي حددتها المحكمة مترددة من تقديم طلب التفسير. كما أوضح أنه لا يمكن حجب اختصاص السلطة التنفيذية بتفسير القانون من خلال إصدار الأنظمة والتعليمات بعده اختصاصاً دستورياً لها ولصلته الوثيقة بمبدأ استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد.

2- أحمد طلال البديري: المحكمة الاتحادية العليا وتفسير التشريعات، مقال منشور على الرابط التالي:

<https://www.azzaman.com>.

تناول هذا المقال موضوع اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية في ضوء قرارها المشار إليه سابقاً، مؤكداً على عدم اختصاص المحكمة بتفسير القانون بصفة أصلية على الرغم من وضع المحكمة لضوابط لذلك في ذلك القرار، نظراً لعدم ورود ذلك الاختصاص لا في دستور جمهورية العراق لعام 2005 ولا في قانون المحكمة الاتحادية العليا المعدل ولا في نظامها الداخلي، وبين المقال أنه بما أن المحكمة قررت أن تفسير التشريع يكون على سبيل الاستثناء ليجوز التوسع فيه، فلا يجوز أن تعقد لنفسها اختصاصاً أصلياً بقبول طلب لتفسير التشريعات على نحو أصلي، وإلا كنا إزاء حالة (استثناء على الاستثناء)، وعليه تبقى المحكمة مختصة بتفسير نصوص القانون بصفة تبعية لاختصاصها الأصلي بتفسير الدستور، أي أن تفسير القانون يكون من أجل حسم المنازعة الدستورية المعروضة عليها، ممارسة لاختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، بينما يختص مجلس الدولة بتوضيح الأحكام القانونية الذي هو جوهر التفسير.

3- د. حيدر أدهم عبدالهادي: قراءة في الرقابة على دستورية تفسير القانون العراقي، مقال منشور على الرابط التالي: <https://www.mohamy.online/blog> : تناول هذا المقال موضوع اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير نصوص القانون العادي مقراً لها بذلك الاختصاص لحجج وهي، أن من يملك الأعلى

يملك الأدي، الاقتصاد في الإجراءات، ضمان وحدة التفسيرات، منع ظهور تفسيرات غير دستورية من قبل هيئات تنفيذية للقاعدة القانونية العادية، وفكرة الاختصاصات الضمنية.

إن ما يميز دراستنا مما سبقها من دراسات، أن هذه الدراسة جاءت بصيغة بحث، فصل فيه ما تناولته الدراسات السابقة من موضوع اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية، لا سيما في ضوء قرارها المرقم 48/اتحادية/2021، حيث تم تحليل كل الأسانيد والحجج التي اتخذتها المحكمة لتبرير اختصاصها بتفسير النصوص القانونية في هذا القرار وتم التعليق عليها ومناقشتها باستفاضة مع مناقشة حجج الاتجاه الفقهي المؤيد للمحكمة في هذا الخصوص، كما أن البحث أجرى مقارنة بين اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية وبين اختصاص مجلس الدولة في هذا المجال لا من ناحية مدى أحقية أي منهما بممارسة ذلك الاختصاص وطبيعة القرار الصادر عنهما نتيجة ممارسته فحسب، بل من ناحية القيد الإجرائي الوارد على ممارستهما لذلك الاختصاص أيضا، ومدى تأثير المحكمة بمنهج المشرع في قانون مجلس الدولة عند صياغة ذلك القيد. إلى جانب ذلك، تولى هذا البحث تحليل منهجية المحكمة الاتحادية العليا في صياغة القرار المنوه عنه آنفا فيما يتعلق بتحديد نطاق اختصاصها المذكور من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، ومدى دقة المحكمة في تك الصياغة. بعبارة أخرى، أن البحث فضلا على سبره لأغوار فلسفة المحكمة الاتحادية العليا في تأصيل أساس اختصاصها بتفسير النصوص القانونية، ولج في فرضية استنثار المحكمة بذلك الاختصاص وممارستها له وفق الشروط والضوابط التي وضعتها المحكمة نفسها في القرار محل البحث، والكشف عما قد تواجهه المحكمة من عوائق عند تطبيق تلك الشروط والضوابط.

تقسيم البحث: بين مقدمة وخاتمة يقسم هذا البحث على ثلاثة مباحث، يخص المبحث الأول لأساس اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية ضمن مطلبين، يتناول المطلب الأول تأصيل أساس اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية، فيما يتطرق في المطلب الثاني إلى أثر العدول القضائي الدستوري على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية. أما المبحث الثاني فيسلط فيه الضوء على طبيعة اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية في مطلبين أيضا، يكون المطلب الأول مخصصا لمدى استنثار المحكمة الاتحادية العليا باختصاص تفسير النصوص القانونية، والمطلب الثاني لمدى إلزامية اللجوء إلى المحكمة الاتحادية العليا لطلب التفسير والقرار التفسيري الصادر عنها. أما المبحث الثالث والأخير فكان من نصيب نطاق اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

.....

النصوص القانونية مقسما على مطلبين هو الآخر، الأول يحدد فيه النطاق الموضوعي لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية، بينما يبين في الثاني النطاق الإجرائي لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية.

المبحث الأول

أساس اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

من خلال التمعن في قرار المحكمة الاتحادية العليا، سنلاحظ أنها سعت جاهدة لتأصيل أساس اختصاصها بتفسير النصوص القانونية من نصوص الدستور ونصوص قانون المحكمة التي تكفلت ببيان اختصاصاتها، متكئة في ذلك على جملة من الأسباب حددت بالمحكمة إلى العدول عن قرارات سبق وأن أصدرتها في نفس الموضوع. من هنا ارتأينا أن نتناول هذا المبحث ضمن مطلبين، نخصص أحدهما لتأصيل أساس اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية، ونفرد الآخر لعلاقة العدول القضائي باختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية.

المطلب الأول

تأصيل أساس اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

بانعام النظر في نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005 ونصوص قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل، سنرى أن اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا واردة على سبيل الحصر في

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

تلك النصوص (1)(2)، وليس من بينها تفسير النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية ولا غيرها من التشريعات الفرعية، الأمر الذي يثير تساؤلاً عن مدى اختصاص المحكمة للاضطلاع بتفسير تلك نصوص (3)؟

جواباً على هذا التساؤل، نقول إن التفسير القضائي (4)، للنصوص القانونية يمكن أن يتصور في فرضين اثنين: أولهما أن يتصدى له القضاء بصفة تبعية بمناسبة ممارسة اختصاصه الأصيل بفض المنازعات

(1) حيث نصت المادة (93) من الدستور المنوه عنه في أعلاه على أن " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة. ثانياً: - تفسير نصوص الدستور ثالثاً: - الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة رابعاً: - الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية، وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية. خامساً: - الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الاقاليم او المحافظات. سادساً: - الفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء وينظم ذلك بقانون. سابعاً: - المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب. ثامناً: - 1- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي، والهيئات القضائية للاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم. ب- الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للاقاليم، او المحافظات غير المنتظمة في اقليم "

(2) إذ ورد في المادة (4) من هذا القانون على أنه " تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة. ثانياً: تفسير نصوص الدستور. ثالثاً: الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون لكل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة. رابعاً: الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية. خامساً: الفصل في المنازعات التي تحصل بين حكومات الأقاليم أو المحافظات. سادساً: الفصل في الاتهامات الموجهة إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء. سابعاً: التصديق على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب. ثامناً: أ - الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم. ب - الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للإقليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم. تاسعاً: النظر بالطعن في قرار مجلس النواب الصادر على وفق صلاحياتها المنصوص عليها في المادة (52) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 وذلك خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره."

(3) حول هذا الموضوع أنظر د. علي هادي عطيه الهلالي: الجهة المختصة بتفسير النصوص القانونية في ظل قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 48 لسنة 2021، مقال منشور على الرابط التالي: <https://www.hjc.iq/view.68631/>. تاريخ الزيارة: 2022-1-23.

(4) يراد بالتفسير القضائي ذلك التفسير الذي تتولاه المحاكم عندما تدعى إلى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة أمامها. د. حسن كيره: المدخل إلى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف، إسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص 401.

المعروضة عليه عن طريق تطبيق القانون، ثانيهما أن يمارسه القضاء بصفة أصلية من غير لزوم وجود منازعة معروضة أمامه⁽¹⁾، فيكون عندئذ اختصاصا افتائيا يمارسه على سبيل الاستثناء.

وبالرجوع إلى قرار المحكمة محل الدراسة، سيلحظ فيه ان المحكمة قد صرحت بأن اختصاصها بتفسير النصوص القانونية إما أن يكون بمناسبة خصومة قائمة منظورة أمامها للبت بدستورية القانون موضوع التفسير، وإما أن يكون بمناسبة استفسار يرد إليها حصرا من إحدى السلطات الاتحادية في الدولة. أي أنها تمارس الاختصاص التفسيري للنصوص القانونية بصفتين؛ أصلية وفرعية، أو مستقلة وتبعية، حيث جاء في ذلك القرار أنه "... لما كانت المحكمة الاتحادية العليا مختصة بتفسير نصوص الدستور، ولما كان التسلسل الهرمي للقواعد القانونية يقتضي ان يكون الدستور في مرتبة اعلى من القوانين والتشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية، وعلى السلطة التشريعية أن تلتزم حكم الدستور في تشريعاتها، وإلا عدت منتهكة لأحكامه، ولما كان الفصل في دستورية قانون نافذ يتطلب الوقوف على قصد المشرع وغاياته عند تشريعه للوقوف على حقيقة أسبابه الموجبة وبيان مدى تطابقها مع المصالح العليا في الدولة وحماتها بما يؤمن حماية مصالح المجتمع والأفراد معاً في ضوء أحكام الدستور للحيلولة دون انتهاك أحكامه أو التجاوز عليها، وأن ذلك يتطلب في بعض الأحيان تفسير نصوص القانون بمناسبة واقعة أو خصومة عرضت على هذه المحكمة للبت فيها، ولما كان من يملك الكل يملك الجزء، ولما كان تفسير أحكام الدستور هو من اختصاص هذه المحكمة، مما يعني انعقاد اختصاصها في تفسير احكام القانون، إذ يعد ذلك الاختصاص متفرعا من اختصاصها في تفسير أحكام الدستور، استنادا للقاعدة آفة الذكر وإعمالا لمبدأ التفسير القضائي لنصوص القانون، على أن يتم ذلك وفقا لضوابط معينة تتجسد بضرورة أن تكون القوانين نافذة، وأن تفسيرها كان بمناسبة خصومة قائمة منظورة أمام هذه المحكمة للبت بدستورية القانون موضوع التفسير، أو بمناسبة استفسار يرد إليها حصراً من إحدى السلطات الاتحادية في الدولة، (السلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب ومجلس الاتحاد، السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، السلطة القضائية ممثلة في مجلس القضاء الأعلى) أو من رئيس الوزراء في حكومة

⁽¹⁾ وفي هذا الصدد يطلق البعض اصطلاح الولاية المباشرة على اختصاص القضاء الدستوري بتفسير نصوص الدستور. للمزيد أنظر د. نعمان احمد الخطيب: تفسير نصوص الدستور الأردني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد (46)، عدد (3)، 2019، ص 37 وما بعدها، على الرابط التالي:

https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw/article/viewFile/101365/10617?target=_blank تاريخ الزيارة:

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

إقليم كوردستان، على أن لا يكون الاستفسار بمناسبة تطبيق القانون على خصومة قائمة أمام هذه المحكمة أو قضية معروضة على القضاء العادي أو الإداري، التي حدد مرجع للطعن فيها...".

بإلقاء نظرة فاحصة على هذا المقتطف من قرار المحكمة، يتبدى لنا أن المحكمة قد اتخذت من ذات السبب لتبرير اختصاصها بتفسير النصوص القانونية بصفته التبعية والأصلية وهو ما كان محل نظر⁽¹⁾. ذلك أن اختصاص المحكمة التفسيري بصيغة الفرض الأول، أي بصفة تبعية، تفرضه طبيعة عملها بعدّها محكمة، كأية محكمة أخرى، فتمارسه تبعاً لممارسة اختصاصاتها الأصلية المنصوص عليها قانوناً، لا بمناسبة النظر في دعوى دستورية قانون ما حسب، إنما بمناسبة ممارستها لكل اختصاص من الاختصاصات الواردة في دستور جمهورية العراق لعام 2005 وقانون المحكمة رقم 30 لسنة 2005 المعدل، لا بل أن اختصاصها بتفسير نصوص الدستور هو الآخر متاح أمام المحكمة بالإضافة عن طريق التفسير الأصلي أو المباشر، من خلال اضطلاعها بممارسة اختصاصاتها الأخرى الموكولة إليها⁽²⁾ على أن لا تفسر هذه النصوص وفق نصوص تشريعية أدنى منها مرتبة امتثالاً لمبدأ علو الدستور⁽³⁾، وتجنباً للوقوع في إشكالات قد تقسح المجال أمام مصالح أخرى لاستغلال التفسير⁽⁴⁾.

ويعلل اختصاص المحكمة بتفسير النصوص القانونية بصفة تبعية بأن تطبيق القانون غير ممكن من غير تفسيره ابتداءً، إذ أن تطبيق القانون يتكون من عنصرين، عنصر المعاينة وعنصر القرار. ويقصد بعنصر المعاينة إدخال النزاع المعروض على القضاء في الفرض الخاص بالقاعدة القانونية، فيما يراد بعنصر القرار أعمال الحل الموجود في القاعدة على النزاع المعروض. والمعاينة لا يمكن أن تكون ما لم يسبقها تفسير للفروض الخاصة بالقواعد القانونية كلها وما لم يسبقها تكييف للنزاع بما يسمح بإدخال هذا الأخير في الفرض الخاص بإحدى القواعد القانونية وفق ما ينتهي إليه القضاء في تفسيره لهذا الفرض أو ذاك⁽⁵⁾.

(1) للوقوف على مدى سلامة حجج المحكمة الاتحادية العليا لتبرير اختصاصها الأصلي بتفسير النصوص القانونية أنظر د. علي هادي عطيه الهلالي: المرجع السابق.

(2) د. عدنان عجیل عبید : الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثامنة، 2016، ص 431.

(3) د. محمد باهي أبو يونس: الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2008، ص 105-106.

(4) د. نعمان احمد الخطيب: المرجع السابق، ص 39.

(5) د. سمير عبد السيد تتاغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، إسكندرية، 1986، 742-743.

من ذلك يفهم، أن التفسير امر مطلوب حتى لو كان النص واضحاً غير غامض، فإن لم يكن كذلك، عدّ التفسير وسيلة لتجلية غموضه وإزالة إبهامه من خلال التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية عن طريق ألفاظ النص أو فحواه فيتضح بذلك نطاق الحالة الواقعية التي لم توضع القاعدة القانونية إلا من أجلها⁽¹⁾. فكل تطبيق للقانون إذاً يقتضي تفسيره بغض النظر عن غموض النص ووضوحه، ذلك أن النص الواضح قد يكون من العموم أو الإطلاق أو التعارض مع غيره من النصوص أو النقص ما يستلزم تخصيصه أو تقييده أو ترجيحه أو إكماله، ومن هذا المنطلق ليس للقاضي الامتناع عن إصدار الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص القانوني أو نقصه وإلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق طبقاً لأحكام المادة (30) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل⁽²⁾. فوظيفة التفسير هي معيار لمهارة القاضي القانونية وحذقه، وما قصوره في التفسير سوى دليل على عدم استيعابه للنص على نحو يعجزه عن تطبيقه، بعدّ التفسير مفترضاً أولياً لحسن تطبيق النص على وقائع الدعوى⁽³⁾.

وأما اختصاص المحكمة بتفسير القوانين بصيغة الفرض الآخر، أي بصفة أصلية وهو ما يفهم من قولها بـ " أو بمناسبة استفسار يرد إليها حصراً من إحدى السلطات الاتحادية في الدولة "، فيلاحظ أنه بالرغم من عدم ورود نص بشأنه لا في الدستور ولا في قانون المحكمة، يوسد إلى هذه الأخيرة ممارستها مثلما عهد نص المادة (93/ثانياً) من الدستور إليها باختصاص تفسير نصوص الدستور، فإنها عقدت لنفسها ذلك الاختصاص عن طريق الربط بين نصين هما: نص البند (أولاً) من المادة (93) من الدستور وهو " الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة "، ونص البند (ثانياً) من نفس المادة وهو " تفسير نصوص الدستور "، وخرجت من ذلك بنتيجة مفادها انعقاد اختصاصها بتفسير أحكام القانون تبعاً لاختصاصها بتفسير أحكام الدستور.

وهنا نكرر فنقول إن هذا الترخيص سليم بالنسبة لاختصاص المحكمة التبعي بتفسير النصوص القانونية، إلا أنه لا يصلح سنداً للقول باختصاصها الأصلي بالتفسير⁽⁴⁾، ذلك أن هذا الأخير يقتصر على نصوص

(1) د. عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، القسم الأول، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، دون ذكر مكان النشر، 1965، ص 241.

(2) د. علي هادي عطيه الهاللي: المرجع السابق.

(3) د. محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص 6.

(4) أحمد طلال البدري: المحكمة الاتحادية العليا وتفسير التشريعات، مقال منشور على الرابط التالي: تاريخ الزيارة : 25-6-2022.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

الدستور وفق منطوق نص المادة (93/ثانيا) من الدستور لا غير، ويخرج عنه كل ما لا يصدق عليه وصف النص الدستوري كالنصوص القانونية والمعاهدات والانظمة والتعليمات عملا بالمفهوم المخالف للنص⁽¹⁾⁽²⁾. هكذا كان ينبغي أن تؤول المحكمة النص الدستوري المشار إليه آنفا فلتتزم حدوده، لا أن تخرج عليه من أجل بسط ولايتها على شيء لو أراد المشرع أن يجعله من اختصاصها، لفعل ذلك على سبيل التصريح مثلما فعل ذلك بالنسبة لغيره من الاختصاصات⁽³⁾⁽⁴⁾.

وفيما يخص استنباط المحكمة لقاعدة ان من يملك الكل يملك الجزء من منطلق أنه طالما أنها ذات اختصاص بتفسير أحكام الدستور، فإنها تملك عين الاختصاص بالنسبة لأحكام القانون، لا شائبة في ذلك قدر تعلق الأمر باختصاصها بالبت في دستورية القوانين، أي في حال قيام المحكمة بتفسير نصوص القانون تبعا لاختصاصها الأصلي بالبت في دستورية قانون ما، لأن الأخير يستلزم تفسير نصوص القانون محل الطعن بدستوريته للوقوف -على حد قول المحكمة- "... على قصد المشرع وغاياته عند تشريعه للوقوف على حقيقة

<https://www.azzaman.com/>

(1) د. محمد عبد الكاظم عوفي: اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير الدستور، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - العدد 3 - العدد التسلسلي 31 / محرم - صفر 1442 هـ / سبتمبر 2020م، ص 660.

(2) يعد الاستنتاج بالمفهوم المخالف للنص من ادوات التفسير المتبعة لاستخلاص نية المشرع المفترضة، ويقصد بذلك إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها إما لاختلاف الحالتين من حيث العلة وإما لأن اقتصار حكم النص على الحالة المنصوص عليها يفيد تخصيصها بالحكم المنصوص عليه في النص ونفيه عما عداها من حالات من ذات النوع. د. حسن كيره : المرجع السابق، ص 406.

(3) هذا ما سار عليه المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة 1979 المعدل، حيث نصت المادة (26) منه على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها ".

(4) وفي هذا الصدد أنكر بعض الفقه على المحكمة الدستورية في الكويت عقد الاختصاص لنفسها بتفسير القوانين العادية بالقول " بأنه - أي المحكمة - تقرر اختصاصها استقلالا بتفسير أحكام القوانين العادية. وهو ما لم يرد لها المشرع، الذي إن كان قد أراده، لكان صرح به في مواد الدستور. كما فعل المشرع الدستوري في بعض الدول. ومنها على سبيل المثال مصر عندما قرر للمحكمة الدستورية العليا الاختصاص بتفسير أحكام القوانين العادية دون الدستور " د. عادل الطبطبائي: الطلب الحكومي بتفسير المادة (99) من الدستور والمواد المرتبطة بها وموقف المحكمة الدستورية منه، مجلة الحقوق، السنة الثلاثون، العدد الأول، مارس، 2006، ص 15 وما بعدها، مشار إليه لدى د. محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص 20-21.

أسبابه الموجبة وبيان مدى تطابقها مع المصالح العليا في الدولة وحمايتها بما يؤمن حماية مصالح المجتمع والأفراد معاً في ضوء أحكام الدستور للحيلولة دون انتهاك أحكامه أو التجاوز عليها...".

أما قيام المحكمة بتفسير النصوص القانونية من خلال استفسار مقدم إليها على نحو مستقل دون أن تكون ثمة منازعة معروضة أمامها وفق إحدى الحالات المنصوص عليها في الدستور أو في قانونها، فلا يصح أن ينسحب عليه حكم تلك القاعدة، إلا إذا فسرت هذه القاعدة على غير مقتضاها، أي أن يعبر عن الكل باختصاص المحكمة الأصلي بتفسير النص الدستوري وعن الجزء باختصاصها الأصلي بتفسير النص القانوني وهذا ما لم ترده المحكمة دون شك من وراء تخريجها لذلك الحكم. ومن شأن القول بخلاف ذلك تكون المحكمة قد استخرجت من تفسيرها للنص الدستوري إرادة المشرع الدستوري المفترضة أو الوهمية لا الحقيقية، وهذا ما يتعارض مع أصول التفسير⁽¹⁾.

وقد ذهب البعض إلى أن نص المادة (93/ثانياً) وإن لم يمنح المحكمة الاتحادية العليا تفسير نصوص القوانين العادية، فإن اختصاصها هذا يمكن أن يبني على أسس أخرى : أولها أن من يملك الأعلى يملك الأدنى، أي أن المحكمة طالما تملك اختصاص تفسير نصوص الدستور فمن باب أولى أن يعقد لها الاختصاص بتفسير نصوص القوانين العادية، ثانيها الاقتصاد في الإجراءات حيث أن المحاكم ذوات الدرجة الأولى تمارس هذا الاختصاص في المراحل الأولى من نظر الدعاوى وخصوصاً قدر تعلق الأمر بالقوانين الخاصة كالقانون المدني، وقانون الأحوال الشخصية، وقانون الشركات مثلاً، وتبقى المحاكم الأخرى الأعلى درجة جهة استئناف أو تمييز، ثالثها ضمان وحدة التفسيرات في الدولة الفدرالية وتحديدًا بالنسبة للقوانين التي تعنى بإدارة النظام الفدرالي كقانون الانتخابات والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، رابعها الاختصاص الضمني للمحكمة ومفاده أن من يملك الأعلى يملك الأدنى سالف الذكر، وخامسها تجنب ظهور تفسيرات غير دستورية للقوانين العادية التي تطبقها هيئات تنفيذية⁽²⁾.

(1) د. محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص 41.

(2) د. حيدر أدهم عبدالهادي: قراءة في الرقابة على دستورية تفسير القانون العراقي، مقال منشور على الرابط التالي :

<https://www.mohamy.online/blog/>

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

وعلى قدر ما في الرأي من مناقب يجليها نبل أهدافه، فإن الحجج التي بني عليها محل نظر من قبل الباحث. فمن ناحية، لا يمكن تبرير اختصاص المحكمة بتفسير نصوص القوانين العادية بقاعدة (أن من يملك الاعلى يملك الأدنى)، لأن من شأن هذا القول زعزعة تنظيم قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، ويكون للمحكمة أن تدعي اختصاصها بتفسير القرارات الإدارية بنوعها التنظيمية والفردية باعتبارها أدنى مرتبة من الدستور، وهذا ما لا يمكن التسليم به. ومن ناحية أخرى، إنه لما كانت قواعد الاختصاص من النظام العام⁽¹⁾ فلا يصح التحجج بمبدأ الاقتصاد في الإجراءات في مقام تلك القواعد، ومن ناحية أخيرة، إن ضمان وحدة التفسيرات للقوانين سواء تلك التي تعنى بالنظام الفدرالي أو غيرها من القوانين وتجنب ظهور تفسيرات غير دستورية للقوانين العادية، قد تكفلت جهة أخرى بذلك وهي مجلس الدولة، إذ يسعى هذا المجلس جاهداً إلى أن تكون تلك القوانين متجانسة مع نصوص الدستور لفظاً وروحاً غير مخالفة لها، وذلك من خلال ممارسة وظيفته الاستشارية في مجال إبداء الرأي والمشورة القانونية، بل في مجال التقنين أيضاً⁽²⁾. ولما كان الاختصاص التفسيري للقضاء اختصاصاً افتائياً، فإنه اختصاص محدد بالدور الدستوري الذي يعهده المشرع الدستوري بالمحكمة⁽³⁾، بعدّه اختصاصاً تمارسه المحكمة خلافاً للأصل القاضي بأن القاضي لا يستفتى⁽⁴⁾، مما يستنتج منه أن انعقاد مثل هذا الاختصاص للمحكمة سواء كان في شأن النصوص القانونية أم النصوص الدستورية يكون على سبيل الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه، فضلاً على أن الاختصاص من النظام العام لا يستمد من الافتراض، ولا من حجة سمو الدستور وعلوه، ذلك أن رقابة المحكمة لمدى التزام المشرع العادي بالسمو شيء وتفسير النصوص القانونية وتوضيح احكامها شيء آخر⁽⁵⁾.

وفق هذا التصوير، إن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير نصوص الدستور بصفة أصلية لا يستتبعه انعقاد اختصاصها بتفسير نصوص القانون اختصاصاً أصلياً، وبذلك تظل المحكمة ملزمة بما رسمه

(1) د. علي هادي عطيه الهلالي: المرجع السابق.

(2) يمارس مجلس الدولة اختصاصه في مجال التقنين وفق المادة (5/ثالثاً) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979 المعدل الناصه على " الاسهام في ضمان وحدة التشريع وتوحيد اسس الصياغة التشريعية وتوحيد المصطلحات والتعبير القانونية".

(3) د. محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص 18.

(4) د. غازي فيصل مهدي: قانون تعديل المحكمة الاتحادية العليا في الميزان (3)، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج3، ط1، دار المسلة، بغداد، 2022، ص88.

(5) د. علي هادي عطيه الهلالي: المرجع السابق.

المشرع لها من اختصاص، وإن ممارستها لأي اختصاص آخر خارج عما أورده المشرع تستلزم وجود نص دستوري يبيح لها ذلك، لعل أن اختصاصات المحكمة واردة على سبيل الحصر بحيث لا يجوز إضافة أي اختصاص آخر إليها بواسطة القوانين، ولذلك يرى بعض الفقه أن النصوص القانونية الواردة في بعض القوانين التي عهدت إلى المحكمة المذكورة بممارسة اختصاص النظر في بعض المنازعات تخالف الدستور وقابلة للطعن فيها إلغاءً أمامها⁽¹⁾. وما يلفت النظر هو أن المحكمة نفسها قد أوردت بما يفيد أن اختصاصاتها واردة على سبيل الحصر قائلة بأنه " ... وعند تدقيق المادة (93) من الدستور آف الذكر التي تحدد بموجبه اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا الحصرية والأصلية..."، فكيف لها إذاً أن تضيف اختصاصاً آخر إلى تلك الاختصاصات؟

المطلب الثاني

علاقة العدول القضائي الدستوري باختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

قد يتبادر إلى الذهن أن يكون قرار المحكمة الاتحادية العليا ذاته أساساً لاختصاصها بالنظر في طلبات تفسير النصوص القانونية، على سند من القول بأن في استطاعة المحكمة أن تتحول عن قرار سبق وأن أصدرته وتستبدل به قراراً آخر تعتق فيه ما كانت تعارضه من قبل. أو بكلمات أخرى أن يعدل القاضي عن مبدأ قانوني سابق لصالح مبدأ آخر جديد من غير الاستناد إلى تعديل النص الدستوري المتعلق بالموضوع⁽²⁾. وبإلقاء نظرة شاحصة على مذهب المحكمة الاتحادية العليا إزاء اختصاصها بتفسير النصوص القانونية، سنجد أنها ترددت في مسألة الاختصاص بتفسير النصوص القانونية⁽³⁾، إذ أنها شهدت في أولى قراراتها - كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه - شيئاً من الريبك، وذلك بتصديها لتفسير العديد من النصوص القانونية إلى جانب النصوص الدستورية، ومنها طلب تفسير الفقرة ٦ / من م ١ / من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة

(1) د. غازي فيصل مهدي: اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج1، ط1، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، 2020، ص36-38.

(2) شرين أحمد سعدالله: معايير التحول القضائي الدستوري وضوابطه - دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، 2020، ص 8.

(3) د. علي هادي عطيه الهلالي: المرجع السابق.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

٢٠٠٦ (الملغى) والمواد ٣٧ و ٣٨ من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١، بيد أنها عدلت عن هذا الموقف هذا فصحت مسارها بالامتناع عن التصدي لتفسير نصوص القوانين⁽¹⁾.

ولقد صدرت قرارات عن المحكمة الاتحادية العليا تترا لتؤكد على عدم اختصاصها بتفسير القوانين وإعطاء الرأي فيها⁽²⁾، وتفسير القرارات الإدارية⁽³⁾، واقتصار اختصاصها على تفسير نصوص الدستور⁽⁴⁾. وظلت المحكمة تناصر هذه الفكرة حيناً من الدهر، ثم رغبت عنها، باعتناقها فكرة اختصاصها بتفسير النصوص القانونية بصفة أصلية، وذلك في القرار الذي صدر عنها مؤخراً مدار البحث. ولئن كان من بين ما أقامته عليه المحكمة قرارها الأخير هو منع انتهاك أحكام الدستور أو التجاوز عليها من خلال الوقوف على قصد المشرع وغاياته والوقوف على حقيقة أسبابه الموجبة وبيان مدى مطابقتها للمصالح العليا في الدولة وحمايتها بما يؤمن مصالح الأفراد والمجتمع معاً، وكل ذلك من نبل غاياتها ولا شك، فإن ذلك لا يمكن أن يكون حول حمى قواعد الاختصاص، تلك القواعد التي تتعلق بالنظام العام والتي من خلال مدى التزام المحكمة بالنقيد بها كأعلى هيئة قضائية في الدولة، تبرهن على مدى احترامها للدستور، الذي تستأثر بتفسير نصوصه دون غيرها من المحاكم⁽⁵⁾.

حقاً، إنه لا ينبغي أن يغلق أمام القاضي الدستوري باب الرجوع عن تفسير خاطئ أبداً تحقيقاً للهدف الأساسي من التفسير واستناداً إلى ما يسمى بالتحول أو العدول القضائي، بيد أن ذلك مقيد بألا يفضي تفسير

(1) د. حنان محمد مطلق القيسي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، مجلة المسلة، العدد ١، السنة ٢٠١٠، ص ١٤١، مشار إليه لدى هديل حسن محمد المياحي: العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، 2015، ص 83.

(2) من ذلك مثلاً قرارها المرقم 5/اتحادية/2009، 2009/2/4، المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا للسنوات (٢٠٠٥ - ٢٠١٨)، من إصدارات المحكمة الاتحادية العليا، متاح على الرابط التالي <https://www.iraqfsc.iq/fehrest.pdf> تاريخ الزيارة: 2022-6-25

(3) قرار المحكمة الاتحادية العليا: رقم 57/اتحادية/2010، 2010/8/16، المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا للسنوات (٢٠٠٥ - ٢٠١٨)، المرجع السابق.

(4) قرار المحكمة الاتحادية العليا: رقم 13/اتحادية/2011، 2011/1/18، المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا للسنوات (٢٠٠٥ - ٢٠١٨)، المرجع السابق.

(5) د. محمد عبد الكاظم عوفي: المرجع السابق، 665.

الدستور إلى تعديله على خلاف الإجراءات المتطلبة لتعديله⁽¹⁾، ومخالفة ذلك القيد تتعارض مع ما ينبغي أن يكون للدستور من استقرار⁽²⁾. أو كما قال البعض أن العدول ممكن بشرط أن يكون في أضيق حدوده وبأعلى ضماناته، والتي تتجسد في عمق فكر القاضي الدستوري ونزاهة المفسر وحيدته، والتزام حدود المشروعية والصالح العام المتكاملة في البناء السياسي والإقتصادي والثقافي والإجتماعي للمجتمع، وتتخذ السلطات فيها قراراتها الإستراتيجية في نطاق ما يسمى بالنظام العام⁽³⁾.

هذا من جانب، من جانب ثان، بما أن نص البند ثانيا من المادة (93) من الدستور - وهو ما كان ذا نصيب وافر لتبرير اختصاص المحكمة بتفسير النصوص القانونية - نص واضح لا غموض فيه، كان يفترض بالمحكمة أن تتقبله بقبول حسن فتلتزم حدوده، لا أن تتذبذب إزاءه بين تبني فكرة الاختصاص بتفسير النصوص القانونية تارة ونبذها تارة أخرى. إذ المعهود في أصول التفسير، أنه في حال وضوح النص الدستوري المتجلى من مجرد الاطلاع على ألفاظه من غير حاجة للالتجاء إلى وسائل أخرى للتفسير، عدم صحة قبول طلب التفسير⁽⁴⁾ لانتفاء مناطه وهو غموض النص. حقا، إن الطلب المقدم إلى المحكمة لم يكن بخصوص تفسير نص المادة (93/ثانيا) من الدستور، إلا أن المحكمة تصدت لتفسيره كمفترض أولي للإجابة على الطلب الأصلي وهو تحديد الجهة المختصة بتفسير القوانين الاتحادية. وحتى في مثل هذه الحالة، كان الأجدر بالمحكمة - وفق رؤية الباحث - ألا تتعرض لتفسير النص المشار إليه أنفا لانتفاء علة التفسير فيه.

(1) د. عادل الطيببائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، منشورات جامعة الكويت، المدينة الجامعية (الشيخ التعليمية) 2000، ص 357 وما بعدها، مشار إليه لدى شرين أحمد سعدالله: المرجع السابق، ص 22.

(2) د. محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص 106.

(3) نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 64.

(4) د. محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص 109.

المبحث الثاني

طبيعة اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

في ضوء ما ورد في قرار المحكمة الذي بين أيدينا يثور تساؤل مفاده مدى استئثار المحكمة بتفسير النصوص القانونية دون غيرها من الجهات، ومدى الطابع الملزم لهذا الاختصاص سواء من حيث اللجوء إليها لطلب التفسير أو من حيث الالتزام بما يصدر عنها نتيجة التفسير. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في أولهما مدى استئثار المحكمة الاتحادية العليا بالاختصاص التفسيري الأصلي لتفسير النصوص القانونية، فيما نتطرق في ثانيهما إلى مدى إلزامية اللجوء إلى المحكمة الاتحادية العليا لاستنهاض اختصاصها الأصلي بالتفسير ومدى إلزامية القرار الذي يصدر عنها نتيجة التفسير.

المطلب الأول

مدى استئثار المحكمة الاتحادية العليا باختصاص تفسير النصوص القانونية

من بين ما استدلت به المحكمة الاتحادية العليا في قرارها لتبرير اختصاصها بتفسير النصوص القانونية المادتان (4) و (6) من قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل، إذ قررت بأن " ... ذلك لا يتعارض مع اختصاصات مجلس الدولة استنادا إلى احكام قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم (71) لسنة 2017، إذ نصت المادة (4) منه على أنه (يختص المجلس بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة وإعداد ودراسة وتدقيق مشروعات القوانين وإبداء الرأي في الأمور القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام)، كما حددت المادة (6) منه اختصاصات مجلس الدولة في مجال الرأي والمشورة القانونية⁽¹⁾ ويكون رأي المجلس ملزما بالنسبة للوزارة أو الجهة طالبة الرأي استنادا لأحكام الفقرة (رابعا) من المادة آنفة

⁽¹⁾ حيث نصت على أن " يمارس المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية اختصاصاته على النحو الآتي - : أولا - ابداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها عليه الجهات العليا، ثانيا - ابداء المشورة القانونية في الاتفاقات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها، ثالثا - ابداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين الوزارات وبينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة إذا احتكم أطراف القضية إلى المجلس ويكون رأي المجلس ملزما لها. رابعا - ابداء الرأي في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة على أن تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوب ابداء الرأي بشأنها، والأسباب التي دعت إلى عرضها على المجلس ويكون رايه ملزما للوزارة أو للجهة طالبة الرأي خامسا - توضيح الاحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل إحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة. سادسا - لا يجوز لغير الوزير المختص أو الرئيس الأعلى للجهة غير المرتبطة بوزارة عرض القضايا على المجلس".

الذكر، وإن تلك الاختصاصات انحصرت في مجال إبداء الرأي وفقاً لفقرات المادة المذكورة باستثناء ما جاء بالفقرة (خامساً) منها إذ نصت على أنه (توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل أحد الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة)، ولم تتضمن فقرات المادة المذكورة صلاحية مجلس الدولة أو اختصاصاته في تفسير أحكام القانون النافذ، وإن اختصاص مجلس الدولة في الإفتاء وإبداء الرأي وتوضيح الأحكام القانونية لا يسلب سلطة القضاء وصلاحياته في تفسير أحكام القانون، كما لا يحول بين المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها في التفسير، سواء أكان ذلك بالنسبة للدستور أو القوانين النافذة...".

وبإنعام النظر في هذا الاستدلال، يتبدى لنا أن المحكمة قد أصابت فيما يخص فكرة أن اختصاص مجلس الدولة في الإفتاء وإبداء الرأي وتوضيح الأحكام القانونية لا يسلب اختصاص القضاء على خلاف أنواعه وتعدد درجاته في تفسير أحكام القانون، ولا يسلب اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ذاتها بتفسير القانون بصفة تبعية، أي عند ممارسة اختصاصاتها المنصوص عليها قانوناً، لا بصفة أصلية وكما سلفت الإشارة إلى ذلك من قبل، لأن تفسير النص من مقترضات الفصل في المنازعات المعروضة على القضاء.

أما قولها أن: " ... تلك الاختصاصات - أي اختصاصات مجلس الدولة - انحصرت في مجال إبداء الرأي وفقاً لفقرات المادة المذكورة باستثناء ما جاء بالفقرة (خامساً) منها إذ نصت على أنه (توضيح الأحكام القانونية عند الاستيضاح عنها من قبل أحد الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة)، ولم تتضمن فقرات المادة المذكورة صلاحية مجلس الدولة أو اختصاصاته في تفسير أحكام القانون النافذ..."، لا يفهم منه أن مجلس الدولة لا يتعرض لتفسير نصوص القانون أثناء ممارسته لاختصاصاته المتمثلة بإبداء الرأي والمشورة القانونية وتوضيح الأحكام القانونية، ذلك أن ممارسة هذه الاختصاصات جميعاً تستلزم تفسير القانون ضمناً⁽¹⁾، إذ لا يطبق المجلس توضيح حكم قانوني أو إبداء رأي أو مشورة قانونية في مسألة ما معروضة عليه ما لم يسبر في

(1) وتجدر الإشارة إلى مجلس الدولة قد أفتى بتفسير القوانين في بعض قراراتها من ذلك مثلاً تفسير سلطة (الفصل) الواردة في أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم 15 لسنة 2004، وكذلك تفسير عبارة (أثناء الخدمة الوظيفية أو بسببها) الواردة في البند (أولاً/1) من الأمر التشريعي رقم 17 لسنة 2005، وتفسير اصطلاح (الزيادة) الوارد ذكره في البنود (أولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) و(رابعاً) و(خامساً) من المادة (8) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام. د. محمد ماضي: اختصاص مجلس شورى الدولة في إبداء الرأي والمشورة القانونية، ط1، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2013، ص 65-68.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

أغوار النص القانوني ذي العلاقة بتلك المسألة وما لم يلج في أعماقه لاستخلاص إرادة المشرع منه وتحديد أطر تطبيقه.

هذا ولئن بدت الفقرة (خامسا) من المادة (6) من قانون مجلس الدولة المنوه عنه أنفاً من أكثر فقراتها قرباً من معنى تفسير القانون، فإن الفقرة (ثالثاً) من تلك المادة هي أكثرها اقتضاً لتفسير القانون، لأن من شروط تطبيق هذه الفقرة وجود اختلاف في الرأي أو في وجهات النظر في مسألة قانونية معينة أو في قراءة وفهم نص قانوني معين بين الجهات المحددة⁽¹⁾، وهذا أول مفترض من مفترضات تفسير النصوص القانونية⁽²⁾، ولعل هذا ما دفع ببعض الفقه إلى تقديم مقترح مفاده إيراد نص في قانون المحكمة الاتحادية العليا بشأن تفسير نصوص الدستور⁽³⁾ شبيهه - على ما يبدو - بنص المادة (6/ثالثاً) الواردة في قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل.

فالإشكال إذاً يتوارى خلف عدم إيراد المشرع العراقي لفظ "تفسير القانون" من بين اختصاصات مجلس الدولة في المادة (6) من قانونه المرقم 65 لسنة 1979 المعدل، وكان هذا سبباً لانقسام الفقه بشأن اختصاص مجلس الدولة بتفسير النصوص القانونية على رأيين. أما الرأي الأول فذاهب إلى أن اختصاصات مجلس الدولة في إبداء الرأي أو بيانه أو إبداء المشورة أو الاستشارة القانونية أو الفتوى إنما هي في حقيقتها تفسير للقانون⁽⁴⁾، وأما الرأي الآخر فيعترض ذلك ويرى أن من شأن مجارة الرأي الأول منح اختصاصات المجلس غير طبيعتها رغم تنوعها، معللاً ذلك بأن اختصاصات مجلس الدولة في إبداء الرأي والمشورة القانونية يدخل فيها تفسير

(1) د. سردار عماد الدين محمد سعيد: اختصاص مجلس الدولة العراقي بإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين أشخاص القانون العام (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المصري)، المجلة الأكاديمية لجامعة نوروز، المجلد 7، العدد 1، (2018)، ص 95.

(2) ويلاحظ في هذا الصدد وبمقتضى أحكام المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم 48 لسنة 1979 المعدل، أنه لا يكفي مجرد اختلاف في الرأي حول نص معين لقبول طلب التفسير من قبل المحكمة الدستورية العليا، إنما يشترط لقبول مثل هذا الطلب لزوم كون النص المطلوب تفسيره مما أثار خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها. أنظر المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري رقم 48 لسنة 1979 المعدل.

(3) والنص المقترح هو كالاتي " اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص الدستورية المختلف في تفسيرها بين السلطات العامة فيما بينها، أو بين الوزارات أو بينها وبين الجهات غير المرتبطة بوزارة، إذا احتكم أطراف الموضوع إلى المحكمة، ويكون حكم المحكمة باتاً وملزماً ". د. محمد عبد الكاظم عوفي: المرجع السابق، ص 660.

(4) د. عصمت عبد المجيد: مجلس الدولة، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2011، ص 202؛ أحمد طلال البديري: المرجع السابق.

القانون ضمنا، بيد أن نطاقه لا يتحدد بالتفسير وإلا لانفتت العلة من ذكر اختصاص إبداء الرأي والمشورة القانونية في المادة (6) من القانون، فضلا عن أن الرأي أو المشورة القانونية لا تصدر عن مجلس الدولة بصورة تفسير القانون بالمعنى القانوني للتفسير، على أن ذلك لا يعد - وفق رؤية صاحب الرأي - فراغا تشريعا في تفسير القانون ولا يشكل خلافا في نطاق اختصاصاته من الناحيتين النظرية والعملية⁽¹⁾.

ولعل ما يدعم ذلك أن من الطلبات ما قدم إلى مجلس الدولة استنادا إلى أحكام الفقرة (خامسا) من المادة (6) المنوه عنها آنفا، تضمنت عبارات صريحة عن تفسير نصوص القانون⁽²⁾ ومع ذلك لم ينكر المجلس على الجهة مقدمة الطلب حقها في مثل ذلك الطلب، ولم ينأ بنفسه عن التصدي للطلب بذريعة أن تفسير نصوص القانون ليس من اختصاصه.

وسواء اعتقنا منطق الرأي الأول أم سلمنا بما آل إليه الثاني، وتجنبنا لتداخل الاختصاص بين المحكمة الاتحادية العليا ومجلس الدولة⁽³⁾، يظل هذا الأخير الجهة المختصة بتفسير النصوص القانونية طبقا لأحكام

(1) د. محمد ماضي : المرجع السابق، ص 65-66.

(2) من ذلك مثلا القرار الذي صدر من المجلس بناء طلب تقدمت به وزارة الصحة والبيئة لتستوضح فيه "... الرأي من مجلس الدولة استنادا إلى أحكام البند (خامسا) من المادة (6) من قانون المجلس رقم (65) لسنة 1979 في شأن تفسير المادة (14) من قانون الوقاية من الإشعاعات المؤينة رقم (99) لسنة 1980 والمتعلقة بمنح العاملين في مجال الإشعاع اجازة اعتيادية براتب تام بمعدل يوم واحد عن كل عشرة ايام من مدة خدمته، وعليه التمتع بما لا يقل عن (21) يوما وفيما اذا كانت هذه المدة اضافة الى المدد المقررة للموظف من الاجازات الاعتيادية المنصوص عليها في قانون الخدمة المدنية... بينت وزارة الصحة والبيئة بكتابها المذكور...وبينت وزارة المالية بكتابها المرقم ... حيث ان البند (ثالثا) من المادة (1) من قانون الإشعاعات المؤينة رقم (99) لسنة 1980 عرف مخاطر الإشعاع... وحيث ان البند (ثانيا) من المادة (14) من القانون المذكور آنفا نص على ... وحيث ان المادة (21) من القانون المذكور آنفا قضت... وحيث ان الفقرة (1) من المادة (الثالثة والاربعون) من قانون الخدمة المدنية نصت على ... وحيث ان قانون الوقاية من الإشعاعات المؤينة رقم (99) لسنة 1989 المذكور آنفا اكد الحكم العام الوارد في قانون الخدمة المدنية ... الا انه اضاف حكما خاصا ... يرى المجلس ان مدة (21) واحد وعشرين يوما المنصوص عليها في البند (أولا) من المادة (14) من قانون الوقاية من الإشعاعات المؤينة رقم (99) لسنة 1989 هي من ضمن مدة الاجازة الاعتيادية التي يستحقها الموظف بموجب المادة (43) من قانون الخدمة المدنية وليست اضافة عليها... " قرار مجلس الدولة : رقم 2018/108، 2018/11/14، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2018، مطبوعة الوقف الحديثة، بغداد، 2019، ص259-260. أنظر كذلك قرار مجلس الدولة العراقي رقم 2018/19، 2018/2/13، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2018، المرجع نفسه، ص62.

(3) د. علي هادي عطيه الهلالي: المرجع السابق.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل⁽¹⁾ اختصاصاً أصلياً قاصراً عليه لا شريك له في ممارسته بهذا الوصف. وكأين من قرار صدرت عن المحكمة الاتحادية العليا ساندت فيه هذا التوجه، أي عدم اختصاصها بتفسير النصوص القانونية لخروجه عن الاختصاصات المنصوص عليها في المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 والمادة (4) من قانون المحكمة رقم (30) لسنة 2005 المعدل ودخوله في اختصاص مجلس الدولة⁽²⁾، وهو ذات السلوك الذي سلكه هذا الأخير من جانبه بخصوص تفسير النصوص الدستورية، مفتياً بعدم اختصاصه بالنظر في تفسير احكام الدستور لكونه من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا⁽³⁾.

هذا وعلى الرغم من أن ما يمارسه مجلس الدولة من اختصاص استناداً إلى المادة (6) لا يكون بناء على طلب صريح مضمونه " تفسير نص قانوني " في أغلب الأحيان، فلا يمكن عدّه تفسيراً تبعياً كالذي يقوم به القضاء كأحد موجبات تطبيق النص القانوني على النزاع المعروض عليه، إذ أن هناك تبايناً بين التفسيرين بيئاً، فما يمارسه المجلس من اختصاص بمقتضى أحكام المادة (6)، يقتضي وجود اختلاف في وجهات النظر حول مسألة ما بين الوزارات والجهات الرسمية، أو بين دائرة وأخرى ضمن الوزارة أو الجهة الرسمية الواحدة، دون أن يصل إلى حد النزاع⁽⁴⁾، ويحصل مثل هذا الاختلاف أثر قرارات مختلفة لنص أو نصوص قانونية من جهات إدارية مختلفة، فينجم عن ذلك خلاف في تطبيق النص على نحو يميز فيه بين المخاطبين به المتماثلة مراكزهم القانونية مما يحدث نوعاً من الإخلال بمساواتهم أمام القانون⁽⁵⁾. أما ما يقوم به المجلس عن طريق هيئاته القضائية من تفسير للنصوص القانونية فهو تمهيد لإنزال حكم النص القانوني الأنسب على المنازعة المعروضة أمامها بعد تكييفها وفق التفصيل الذي بحثناه من قبل.

(1) د. عدنان عجيل عبيد : المرجع السابق، ص 432؛ د. محمد عبد الكاظم عوفي: المرجع السابق، ص 660.

(2) من هذه القرارات على سبيل التمثيل: قرار المحكمة الاتحادية العليا: رقم 58/اتحادية/2010، 2010/8/19، قرارها: رقم 71/اتحادية/2010، 2010/10/24، المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا للسنوات (2005 - 2018)، المرجع السابق.

(3) أنظر قرار مجلس الدولة العراقي: رقم 2018/92، 2018/9/16، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2018، المرجع السابق، ص 227.

(4) د. عصمت عبدالمجيد بكر: المرجع السابق، ص 192.

(5) د. محمد السناري: ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دراسة تحليلية ونقدية لقانون وأحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص 136.

وعلى فرض جهر المشرع قولاً في قانون مجلس الدولة بـ "اختصاص مجلس الدولة بتفسير النصوص القانونية" فإن ذلك لا يعني، وما ينبغي أن يعني، منع المحاكم على اختلاف أنواعها وتعدد درجاتها من التصدي لتفسير القانون وهي بصدد ممارسة وظيفتها المتمثلة بحسم المنازعات المعروضة عليها، لأن تفسير القانون عملية تسبق إنزال حكمه على الواقعة المعروضة أمامها⁽¹⁾، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تعطيل عمل القضاء أو إلى إبطاء عملية التقاضي في أحسن الأحوال، طالما أن على القاضي أن يلجأ إلى مجلس الدولة في حال استلزام الأمر تفسير نص ما يراد تطبيقه على الوقائع المعروضة أمامه، وكان حينئذ ما يمكن تسميته التفسير الملزم⁽²⁾.

المطلب الثاني

مدى إلزامية اللجوء إلى المحكمة الاتحادية العليا لطلب التفسير ومدى إلزامية القرار التفسيري

الصادر عنها

إذا أمعنا النظر في اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا المنصوص عليها في الدستور وفي قانونها المعدل، سنجد أن تحرك هذه الاختصاصات ليس متصوراً إلا بطلب من الجهات المعنية، أي أن اللجوء إلى المحكمة ليس ملزماً، بل هو أمر متروك لتلك الجهات. وعدم إلزامية اللجوء إلى المحكمة يشمل اختصاص

(1) د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، 742 وما بعدها.

(2) وهذا يكون أشبه بنظام التفسير التشريعي الإلزامي الذي تبناه النظام الفرنسي عقب الثورة الفرنسية مباشرة والذي كان سبباً لارهاق المجلس التشريعي آنذاك وتعطيل البت في المنازعات القضائية مما أدى إلى إلغاء ذلك النظام استناداً إلى تشريع 30 يوليو سنة 1828 وتشريع أول إبريل سنة 1837، ومن أجل الإحاطة بنظام التفسير التشريعي الإلزامي، يرى الفقيه د. سمير عبد السيد تناغو أنه لا مندح عن الربط بين ذلك النظام وبين نظام محكمة النقض التي تم انشاؤها بمقتضى تشريع 27 نوفمبر - 1 ديسمبر سنة 1790، حيث ورد في المادة الأولى من ذلك التشريع " تنشأ محكمة للنقض إلى جانب المجلس التشريعي". وكانت فكرة من وضعوا هذا القانون أن تكون محكمة النقض من الهيئات التابعة للمجلس التشريعي لا من تلك التي تتبع السلطة القضائية وأن تكون وظيفة هذه المحكمة السهر على حسن تطبيق القانون وإصدار قرارات بنقض أحكام القضاء التي تخالف التشريع وتعد قراراتها مراسيم. ففي حال إصدار محكمة النقض قراراً بنقض حكم قضائي وصدور حكم قضائي آخر بعد ذلك مخالف للتفسير الذي قرره محكمة النقض، بما يستلزم نقض هذا الحكم أيضاً، فإن ذلك يعني أن التشريع محل التفسير فيه غموض دفع بالمحاكم إلى مقاومة التفسير الذي أقرته محكمة النقض. وفي مثل هذه الحالة يتحتم على محكمة النقض إحالة المسألة المختلف في تفسيرها إلى المجلس التشريعي لكي يقوم بإصدار تشريع تفسيري، ويكون الرجوع إلى المجلس رجوعاً إلزامياً. المرجع نفسه، 739-740.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

المحكمة بتفسير النصوص القانونية أيضا، فلا يمكن أن ينهض من غير طلب مقدم إليها سواء بشكل غير مباشر وذلك من خلال مباشرة أحد اختصاصاتها المنصوص عليها دستورا أو قانونا، أو بشكل مباشر كممارسة لاختصاصها المدعى بتفسير النصوص القانونية على سبيل الاستقلال، وهذا ما ورد في قرار المحكمة ذي العدد 48/اتحادية/2021 محل البحث، بأن " ... أن يكون تفسيرها بمناسبة خصومة قائمة منظورة أمام هذه المحكمة للبت بدستورية القانون موضوع التفسير... أو أن يكون التفسير بمناسبة استفسار يرد إليها حصرا من إحدى السلطات الاتحادية في الدولة...". وهذا هو المعهود في نطاق مجلس الدولة بشأن اختصاصه في مجال الرأي والمشورة القانونية، إذ الأمر متروك للجهة الإدارية الراغبة في طلب الرأي أو المشورة القانونية إن شاءت قامت بذلك وإن لم تتشأ أعرضت عنه (1).

أما بخصوص قيمة القرار التفسيري الذي تصدره المحكمة الاتحادية العليا، فبالرغم من عدم تناول القرار محل الدراسة ذلك، فإن منطوق نص المادة (94) من الدستور ينهي أي خلاف حول كون جميع قرارات المحكمة الاتحادية العليا باثة وملزمة لكافة السلطات (2)، وبذلك تلتزم المحاكم التابعة للقضائين - أي العادي والإداري - بقرارات التفسير التي صدرت من المحكمة ويجب عليها أن تطبقها على جميع الأنزعة المعروضة عليها وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى المتعلقة بتلك الأنزعة ولو كانت أمام محكمة النقض أو الإدارية العليا والإلتعيب حكمها يعيب مخالفة القانون في حال تبنيها تفسيراً غير ذلك التفسير الذي أصدرته المحكمة الدستورية العليا (3).

(1) على أن يلاحظ بأن حكم الفقرة (ثانيا) من المادة (6) من قانون المجلس مفيد بما ورد في المادة (27) من قانون عقد المعاهدات رقم (35) لسنة 2015 والتي توجب على الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة بإرسال مشروع المعاهدة إلى مجلس الدولة لطلب المشورة القانونية، الذي يقوم بدوره باستطلاع رأي الجهات الحكومية ذات الشأن قبل إبداء رأيها وقد ورد في المادة المشار إليها أعلاه ما يلي: " ولا - على الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة إرسال مشروع المعاهدة إلى مجلس شورى الدولة لطلب المشورة القانونية ويقوم مجلس شورى الدولة باستطلاع رأي الجهات الحكومية ذات الصلة بشأن إبرام المعاهدة قبل اصدار المشورة القانونية. ثانيا - يقوم مجلس شورى الدولة بإرسال النسخة المعتمدة من قبله من مشروع المعاهدة و المشورة القانونية إلى الامانة العامة لمجلس الوزراء و الجهة الحكومية المعنية. ثالثا - تتولى الامانة العامة لمجلس الوزراء برفع النص المعتمد من مشروع المعاهدة و المشورة القانونية الواردة من مجلس شورى الدولة إلى مجلس الوزراء للحصول على موافقته على التحويل بالتفاوض و التوقيع على المعاهدة...".

(2) د. علي هادي عطيه الهاللي: المرجع السابق.

(3) د. محمد السنارى : المرجع السابق، ص207.

على نقيض ذلك، يلاحظ أن الرأي الذي يبديه مجلس الدولة في النص المستفسر عنه غير ملزم للجهة المستفسرة ولغيرها من الجهات استنادا إلى أحكام المادة (6) من قانون المجلس، باستثناء الفقرة (ثالثا) منها الخاصة بالاحتكام إلى المجلس حيث يكون رأيه ملزما للجهات المحكمة إليه فقط، أما الفقرة (رابعا) من نفس المادة التي استشهدت بها المحكمة الاتحادية العليا للتدليل على إلزامية رأي المجلس، فلم تعد نافذة بعد صدور قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017، حيث نصت المادة (2) من هذا القانون الأخير على أن " تسري احكام قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته باستثناء الفقرة (رابعا) من المادة (6) منه على مجلس الدولة المنصوص عليه في المادة (1) من هذا القانون. وتحل تسمية (مجلس الدولة) محل (مجلس شورى الدولة) اينما وردت في التشريعات ". ولقد كان موقف المشرع من هذا القانون الأخير موضعاً للانتقاد من قبل البعض ناعتا إياه بعدم رغبته في دعم مجلس الدولة في قانون 2017، متطلعا في الوقت ذاته إلى توسيع سلطات المجلس وأن يجعل من الاستشارة التي يمارسها ذات طابع ملزم ليس في مواجهة الجهة طالبة الرأي حسب، بل بالنسبة لكل الجهات الأخرى غير طالبة الرأي، كما هو الحال بالنسبة لقرارات المحكمة الاتحادية العليا الصادرة في شأن تفسير نصوص الدستور⁽¹⁾.

المبحث الثالث

نطاق اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

المراد من نطاق اختصاص المحكمة بتفسير النصوص القانونية، تحديد اختصاصها في هذا الشأن سواء من الناحية الموضوعية وذلك من خلال تحديد القوانين التي تكون نصوصها محلا لاختصاص المحكمة بالتفسير، أم من الناحية الإجرائية وذلك من خلال التعرف على الإجراءات المتبعة لاضطلاع المحكمة بممارسة ذلك الاختصاص. ولأجل الإحاطة بالموضوع سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول النطاق الموضوعي لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية، ونعمد في المطلب الثاني إلى الوقوف على النطاق الإجرائي لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية.

(1) للمزيد انظر د. فارس عبدالرحيم حاتم: مدى فاعلية مجلس الدولة العراقي في ظل قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017 - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد (59)، المجلد (1)، 2020، ص 205.

المطلب الأول

النطاق الموضوعي لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

بالعودة إلى قرار المحكمة الاتحادية العليا محل البحث، يتضح لنا ان الطلب المقدم إليها كان لبيان الجهة المختصة بتفسير " القوانين الاتحادية "، حيث ورد فيه "... لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا وجد أن رئيس اللجنة القانونية في مجلس النواب، وبموجب الكتاب الصادر من مجلس النواب / اللجنة القانونية بالعدد (156) في 2021/5/24، الموجه إلى المحكمة الاتحادية العليا، بعنوان (تفسير القوانين الاتحادية)...".

بمعنى أن نطاق اختصاص المحكمة التفسيرية موضوعياً يتحدد بالقوانين الاتحادية، والمقصود بالقوانين الاتحادية هي القواعد العامة المجردة التي تسنها السلطة التشريعية في العراق متمثلة بمجلس النواب العراقي⁽¹⁾، وعليه فإن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية في إقليم كردستان العراق لا تكون مشمولة باختصاص المحكمة التفسيرية لأنها تصدر عن السلطة التشريعية في الإقليم ويقتصر أثرها عليه فلا يعتد به، كما لا يشمل اختصاص المحكمة تفسير ما يسمى بالتشريعات المحلية التي تختص بإصدارها مجالس المحافظات غير المنتظمة في إقليم، لأن مثل هذه التشريعات لا ترقى إلى مستوى القوانين الاتحادية، إنما ينحصر أثرها في حدود الوحدة الإدارية الصادرة فيها⁽²⁾.

ولأن المحكمة لم تفصل في قرارها معنى " القوانين الاتحادية "، فإن التساؤل يبقى جانلاً في ذهن عما إذا كان اختصاص المحكمة التفسيرية ينبسط على كل ما يصدر عن مجلس النواب من عمل قانوني كالقرارات

(1) نصت المادة (60) على أن " يختص مجلس النواب بما يأتي : أولاً : - تشريع القوانين الاتحادية...".

(2) ويشترط للعمل بها عدم مخالفتها للقوانين الاتحادية، فضلاً عن عدم مخالفتها للدستور، وهذا ما وكده المادة (2) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم 21 لسنة 2008 المعدل بقولها " أولاً :- مجلس المحافظة : هو السلطة التشريعية والرقابية في المحافظة وله حق إصدار التشريعات المحلية بما يمكنه من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية التي تندرج ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ...". كما نصت المادة (7) من ذات القانون على أن "يختص مجلس المحافظة بما يلي :... ثالثاً: إصدار التشريعات المحلية والأنظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الإدارية والمالية بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية وبما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية...".

التشريعية والقرارات الإدارية⁽¹⁾، أم أنه يبقى مقتصرًا على القوانين بمعناها الفني الدقيق؟ جوابا على هذا التساؤل، نقول أنه لما كان اختصاص المحكمة بتفسير النصوص القانونية محكوماً بمبدأ اقرته المحكمة نفسها في قرارها محل البحث، وهو أنه اختصاص على سبيل الاستثناء غير جائز التوسع فيه والقياس عليه، فإن من مقتضى ذلك أن لا يمتد ذلك الاختصاص إلى ما عدا القوانين بمعناها الفني الدقيق.

هكذا تبقى القرارات التشريعية الصادرة عن مجلس النواب غير خاضعة لاختصاص المحكمة التفسيرية تقيداً بالمبدأ آنف الذكر⁽³⁾. من ناحية أخرى، لم تبين المحكمة مدى شمول اختصاصها من عدم شموله لتفسير ما يسمى بالقوانين الأساسية أو العضوية، مما يثير تساؤلاً آخر فحواه هل أن تلك القوانين تخضع لاختصاص المحكمة بتفسير النصوص القانونية أم أنها تلحق بالدستور فتأخذ حكم نصوصه تبعاً وتخضع لاختصاص المحكمة بتفسير النصوص الدستورية استناداً إلى البند ثانياً من المادة (93) من الدستور؟

والسبب الذي يدفعنا إلى إثارة مثل هذا التساؤل هو طبيعة هذه القوانين، إذ أنها تمتاز عن القوانين العادية من حيث الموضوع بأنها تحدد وتكمل نصوص الدستور، ومن حيث الشكل بأن الدستور يحدد على نحو صريح

(1) لا تقتصر البرلمانات في دول العالم على سن القوانين حسب، إنما تصدر إلى جانب ذلك القرارات التشريعية والقرارات الإدارية، وهذا ما يلاحظ في دستور جمهورية العراق لعام 2005، حيث ورد ذكر القرارات التشريعية في نص المادة (59/ثانياً) القاضي بإصدار القرارات في جلسات مجلس النواب بالأغلبية البسيطة بعد تحقق النصاب ما لم ينص على خلاف ذلك، وكذلك نص المادة (93/ثالثاً) منه والذي قضى باختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة. للمزيد أنظر د. غازي فيصل مهدي: القرارات التشريعية لمجلس النواب، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج1، المرجع السابق، ص8-9.

(2) ما يمارسه البرلمان من أعمال عدا القوانين لتسيير شؤونه الداخلية والتي لا يصدق عليها وصف القوانين بالمعنى الفني الدقيقهي تسمى أعمالاً برلمانية، ويقسم بعض الفقه الاعمال البرلمانية إلى اربعة أقسام: أعمال تنظيمية يمارسها البرلمان لتسيير شؤونه الداخلية مثل وضع لائحته الداخلية، أعمال رقابية يمارسها البرلمان لإعمال رقبته على السلطة التنفيذية، أعمال قضائية يأتيها البرلمان فصلاً في أنواع محددة من المنازعات والقضايا لطبيعتها الخاصة كالفصل في صحة عضوية أعضائه، وأعمال إدارية يمارسها البرلمان بواسطة جهازه الإداري الذي يدير شؤونه المختلفة من خلال عدد من الموظفين والعاملين يقومون بمختلف الاعمال الإدارية والمالية اللازمة كغيرهم من الموظفين في المصالح الإدارية او الهيئات العامة. للمزيد أنظر د. محمد باهي أبو يونس: أحكام القانون الإداري - القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، إسكندرية، 1996، ص45-47.

(3) في حين أن هذه القرارات جائزة الطعن بها أمام المحكمة في حال اختراقها لأحكام الدستور على الرغم من انها تتوسط من حيث المرتبة بين القانون والنظام الصادر عن مجلس الوزراء بدلالة المادة (93/ثالثاً) من الدستور وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 المعدل د. غازي فيصل مهدي: القيمة القانونية للقرارات التشريعية، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج1، المرجع السابق، ص9-10.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

الموضوعات التي تنظمها مثل هذه القوانين على سبيل الحصر في مواد متفرقة، ومن حيث الإجراءات المتبعة في إعدادها وإقرارها والتي تعد أكثر تشدداً من تلك التي تتبع في شأن القوانين العادية⁽¹⁾. وقد تعلق الموضوع بالتفسير، ذهب بعض الفقه إلى أنه لا يمكن أن يؤخذ اصطلاح القوانين الأساسية أو العضوية بعمومه لئلا تصنف ضمن مفهوم النص الدستوري، بل لا بد من الرجوع إلى الدستور نفسه للثبوت مما يعده هو من القوانين مكملاً له، واتباع هذا السلوك يستوجب توافر شرطين اثنين في القانون الأساسي أو العضوي، أولهما أن يتولى تنظيم موضوع ما يختص الدستور بتنظيمه وعلى النحو الذي يحدده النص الدستوري، وثانيهما لزوم إصداره أو تعديله بذات الإجراءات واجبة الاتباع لإصدار أو تعديل الدستور⁽²⁾.

وبالرجوع إلى دستور جمهورية العراق لعام 2005، يتضح أنه لم يشير بصورة صريحة إلى التفرقة بين القوانين العادية والقوانين الأساسية من حيث الشكل والإجراءات باستثناء ما يتعلق بقانون مجلس الاتحاد المنصوص عليه في المادة (65)⁽³⁾ منه، وقانون المحكمة الاتحادية العليا الوارد ذكره في المادة (92/ثانياً) منه⁽⁴⁾، حيث اشترط المشرع لإصدار هذين القانونين أن يوافق ثلثاً أعضاء مجلس النواب، وما عداها فإن القوانين صدرت إما بالأغلبية المطلقة أو البسيطة⁽⁵⁾.

وعلى الرغم من اتصاف هذين القانونين بوصف الأساسية أو العضوية كونهما ينظمان موضوعاً كان من المفترض تنظيمه بنصوص دستورية، فلا ينطبق عليهما حكم المادة (93/ثانياً) من الدستور، ذلك أن الإجراءات المتبعة في إصدارها وإن كانت أكثر تشدداً من تلك التي تتبع في إصدار القوانين العادية على نحو ما سلف

(1) أنظر د. محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان، الدار الجامعية، بيروت، 2000، ص 226.

(2) د. محمد باهي أبو يونس: الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية...، المرجع السابق، ص 66.

(3) إذ نصت على أن " يتم انشاء مجلس تشريعي يُدعى بمجلس الاتحاد يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم، وينظم تكوينه، وشروط العضوية فيه، واختصاصاته، وكل ما يتعلق به، بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب".

(4) حيث ورد فيها فيها ما يلي : " ثانياً : - تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة، وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم، وتنظم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة، بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب " .

(5) د. غازي فيصل مهدي: القوانين العضوية أو الأساسية، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج3، المرجع السابق، ص 96-97.

من إيضاح، فإنها لا ترقى إلى الإجراءات المتبعة في إصدار وتعديل الدستور⁽¹⁾. أضف إلى ذلك، فإن المشرع الدستوري في العراق قد قصر اختصاص المحكمة في المادة (93/ثانياً) من الدستور على تفسير نصوص الدستور الواردة في وثيقة الدستور دون غيرها من النصوص غير الواردة في وثيقة الدستور وإن كانت ذات طبيعة دستورية⁽²⁾، بدليل أنه نص في المادة (93/ثانياً) على " تفسير نصوص الدستور"، ولم يستعمل عبارة " تفسير النصوص الدستورية" والفرق جلي بين العبارتين⁽³⁾. وعليه فإن مثل هذه القوانين لا تلحق - بنظر الباحث - وإن كانت ذات طبيعة دستورية فإنها لا تلحق بنصوص الدستور لغرض شمولها باختصاص المحكمة التفسيرية وفق المادة المشار إليها آنفاً، بل ينطبق عليها حكم القوانين العادية في هذا الشأن استصحاباً لعموم عبارة " القوانين الاتحادية" الواردة في القرار وعدم تخصيصها بما يفيد اقتصرها على القوانين العادية دون القوانين الأساسية.

أما بخصوص نصوص التشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنفيذية الاتحادية، كالأنظمة والتعليمات والتي تتضمن قواعد عامة ومجردة، من المفترض أن تخضع لاختصاص المحكمة التفسيرية شأنها شأن القوانين العادية لسببين، أولهما كون العلة التي عقدت على أساسها المحكمة لنفسها الاختصاص بتفسير النصوص القانونية العادية الصادرة عن مجلس النواب هي ذات العلة التي يمكن أن تتحجج بها المحكمة لاختصاصها بتفسير نصوص التشريعات الفرعية، وهي توحيد تفسيرها بغية تطبيقها تطبيقاً موحداً بحق جميع الأشخاص

(1) حيث ورد في المادة (126) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 " ولا : - لرئيس الجمهورية ومجلس الوزراء مجتمعين، او لخمس 5/1 اعضاء مجلس النواب، اقتراح تعديل الدستور. ثانياً : - لا يجوز تعديل المبادئ الاساسية الواردة في الباب الاول، والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور، الا بعد دورتين انتخابيتين متعاقبتين، وبناء على موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب عليه، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة ايام. ثالثاً : - لا يجوز تعديل المواد الاخرى غير المنصوص عليها في البند ثانياً من هذه المادة، الا بعد موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب عليه، وموافقة الشعب بالاستفتاء العام، ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة ايام. رابعاً : - لا يجوز اجراء اي تعديل على مواد الدستور، من شأنه ان ينعقد من صلاحيات الاقاليم التي لا تكون داخلية ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، الا بموافقة السلطة التشريعية في الاقليم المعني، وموافقة اغلبيه سكانه باستفتاء عام. خامساً: - يعد التعديل مصادقاً عليه من قبل رئيس الجمهورية بعد انتهاء المدة المنصوص عليها في البند ثانياً وثالثاً من هذه المادة، في حالة عدم تصديقه. ب- يعد التعديل نافذاً، من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية."

(2) هذا نفس ما اتبعه المشرع الدستوري الأردني بشأن اختصاص المحكمة الدستورية بتفسير نصوص الدستور. للمزيد أنظر د.

نعمان أحمد الخطيب: المرجع السابق، ص 51-52.

(3) المرجع نفسه: الصفحات نفسها.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

الذين تنطبق عليهم، ثانيهما إنه لما كانت المحكمة تختص بالنظر في دستورية القوانين والأنظمة النافذة بنص الدستور، فمن المنطق أن يكون اختصاصها التفسيري شاملا للإثنين، أي للتشريعات العادية والتشريعات الفرعية على حد سواء⁽¹⁾، ومن الواضح أن قوام السببين سالف الذكر هو القياس وهما لا يصمدان أمام المبدأ القاضي بأن ما يمارسه القضاء من اختصاص تفسيري بصفة أصلية هو اختصاص منعقد له على سبيل الاستثناء وبالتالي فلا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه كما سلف بيان ذلك. هكذا تبقى التشريعات الفرعية خارجة عن ذلك الاختصاص.

هذا ويشترط في القانون الذي يكون محلا للتفسير - كما ورد في قرار المحكمة - أن يكون قانونا نافذا معمولا به، مما يفهم من ذلك مخالفة عدم تصدي المحكمة لطلب بتفسير قانون لم يعد نافذا، أي إذا أصبح قانونا ملغى إلغاء صريحا أو ضمنيا، ويبدو ان المحكمة اقتبست حكم هذا الشرط مما نصت عليه المادة (93/أولا) بخصوص اختصاصها برقابة دستورية القوانين والأنظمة، حيث قيد المشرع كلا منهما، أي القوانين والأنظمة بلزوم كونها نافذة، وبغض النظر عما إذا كان صدرها سابقا على الدستور أم لاحقا عليه⁽²⁾.

ومما يلاحظ على قرار المحكمة محل البحث، أنها لم توضح مستوى ما يثيره النص القانوني المطلوب تفسيره من خلاف كشرط لقبول طلب التفسير، وهو خلاف في تطبيق ذلك النص مثلما اقتضى ذلك قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 المصري المعدل كما سلف بيان ذلك، أم هو خلاف حول قراءة النص دون الوصول إلى حد الخلاف في التطبيق؟ يرجح الباحث المعنى الأول من الخلاف، أي الخلاف في التطبيق، انطلاقا من مضمون الطلب المقدم إلى المحكمة بصدد تحديد الجهة المختصة بتفسير النصوص القانونية الصادر على أساسه قرار المحكمة محل البحث، إذ ورد فيه "... بالنظر للاجتهادات الكبيرة فيما يتعلق بالجهة المختصة بتفسير القوانين الاتحادية وقيام الدائرة القانونية في الامانة العامة لمجلس الوزراء والدوائر

⁽¹⁾ وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه في مصر إلى المحكمة الدستورية العليا جدر بها أن تتولى تفسير اللوائح عموما أسوة بما لها من اختصاص بدستورية اللوائح، إذ لا يوجد مبرر لأن تغاير بين تفسير اللوائح ورقابة دستورتها لا سيما وأن اللوائح تتضمن قواعد عامة مجردة مما يستلزم توحيد تفسيرها لإمكانية توحيد تطبيقها على كل من تنطبق عليهم، بالإضافة إلى أن اللوائح التنفيذية تختص بوضع القوانين موضع التنفيذ الأمر الذي يقتضي توحيد تفسيرها. د. محمد السناري: المرجع السابق، ص 111؛ د. هشام عبد المنعم عكاشة: المحكمة الدستورية العليا قاضي التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 70.

⁽²⁾ م. علي يونس إسماعيل و م.م. رجب علي حسن: اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على مشروعية الأنظمة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (7)، السنة (2)، 2010، ص 374-375.

القانونية للوزارات بإصدار إعلانات بتفسير القوانين الاتحادية أدت إلى تطبيقها بصورة تخالف الأسباب الموجبة لتشريعها... "وعليه فإن مجرد وقوع خلاف حول قراءة نص ما لا يكفي لقبول طلب تفسيره من قبل المحكمة.

وما يجدر بالقول ان اضطلاع المحكمة بتفسير النصوص القانونية عن طريق الطلب المباشر، لا سيما مع عدم اشتراطها لقبول ذلك الطلب لزوم تضمنه المشكلات التي أثارها النص القانوني محل التفسير، قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تقديم تفسير للنصوص القانونية من دون تدقيق مدى دستورية تلك النصوص، أو قد يحول تفسير تلك النصوص دون الغائها مستقبلاً في حال الطعن بعدم دستورتها، مما يشكل عيباً يوصم به تفسير المحكمة للنصوص القانونية بشكل مباشر، خصوصاً إذا لم يحوِ الطلب أوجه التفسير وأسبابه وصلة النص القانوني المطلوب تفسيره بغيره من النصوص الدستورية والقانونية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

النطاق الإجرائي لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

بإنعام النظر في قرار المحكمة الاتحادية العليا، يتجلى أن المحكمة أرادت ان تكون ممارستها لاختصاصها بتفسير النصوص القانونية مقيدا بجملة من الإجراءات، بعضها يتعلق بلزوم تقديم طلب إليها، والبعض الآخر يتعلق بالجهات التي يحق لها تقديم مثل ذلك الطلب.

أما شرط الطلب فإنه مفهوم من قول المحكمة بأن "... يكون تفسيرها بمناسبة خصومة قائمة منظورة أمام هذه المحكمة للبت بدستورية القانون موضوع التفسير ... أو أن يكون التفسير بمناسبة استفسار يرد إليها...". وهذا المقتطف من قرار المحكمة يوحي بأن طلب التفسير إنما يتحدد بحسب التفسير الذي تقوم به المحكمة والذي يتجسد في صورتين: أما الصورة الأولى فهي أن المحكمة تتصدى لتفسير النص القانوني بمناسبة البت في مدى دستوريته، بمعنى أنه يشترط أن تكون دعوى بعدم دستورية نص قانوني قد رفعت أمام المحكمة وفق الإجراءات المنصوص عليها قانوناً⁽²⁾، فتلجأ عندئذ إلى تفسير النص المطعون بعدم دستوريته، أي من المفترض

(1) د. علي هادي عطيه الهاللي: المرجع السابق.

(2) تحرك دعوى الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا بعدة طرق: طريقة الإحالة من محكمة الموضوع، طريقة الدفع الفرعي، طريقة الدعوى المقدمة من قبل الجهات الرسمية، وطريقة الدعوى الأصلية وذلك استناداً إلى المواد (3، 4، 5، 6) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2005. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر رومان خليل رسول: الرقابة

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

.....
أن يكون هناك طلب مقدم إلى المحكمة للبت في دستورية النص المطعون فيه، فيقتضي ذلك تفسير ذلك النص وغيره من النصوص ذات الصلة من قبل المحكمة، وبالتالي فإن المحكمة لا تمارس اختصاص التفسير من وحي نفسها كما يبدو للوهلة الأولى، بل بناءً على طلب وإن كان ذلك الأخير غير مباشر. وقد سبق أن قلنا بأن اختصاص المحكمة القضائي يقتضي منها تفسير النصوص القانونية سواء نص على ذلك أم لم ينص عليه وعلى النحو الذي فصلناه من ذي قبل، وليس في حال نظرها لدعوى الدستورية حسب، بل عند فضها لجميع الأنزعة التي عهد إليها المشرع بفضها⁽¹⁾، وبالتالي كانت المحكمة في غنى عن ذكر هذه الحالة لتبرير اختصاصها بتفسير النصوص القانونية، باعتبار ذلك الأخير اختصاصاً تبعياً لاختصاصها الأصلي بنظر المنازعة التي من المفترض أن تكون قد طرحت أمامها بطلب.

أما الصورة الأخرى من التفسير فتمارسه المحكمة بناءً على طلب مقدم إليها بشكل أصلي من إحدى الجهات التي يرد بيانها لاحقاً. هذا وإن ما شرطته المحكمة من شرط في هذه الحالة، ليس ابتداءً، إنما هو إعمال لأصل معمول به وهو أن ولاية القضاء لا يمكن أن تمارس من غير طلب، إذ الطلب هو الإجراء الذي يسبغ لقاضي الموضوع أن يمارس وظيفته القضائية، الأمر الذي يترتب عليه عدم جواز قضائه من تلقاء نفسه وإن كان على يقين من سلامة ما يقضي به⁽²⁾. وإذا كان القاضي الدستوري في حل من الالتزام بمبدأ لا تفسير بغير طلب في حالة التفسير التبعي، فإن الأمر على عكس ذلك بالنسبة لحالة التفسير الأصلي⁽³⁾، إذ لا بد من ورود طلب إلى المحكمة على النحو المبين قانوناً.

على دستورية القوانين في العراق، ط1، دار العالمية للطباعة والنشر، المثنى، السماوة، جمهورية العراق، 2019، ص 73 وما بعدها.

(1) "والقول بخلاف ذلك - كما يذهب إلى ذلك بعض الفقه - يجعل المحكمة بمواجهة اتهام سافر بأنها تصدر أحكامها دون الاستناد إلى تحليل متكامل للنصوص الدستورية والقانونية ذات الصلة بالقضايا المنظورة" أ.د. علي هادي الهلالي. النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ط1، 2011، ص 209 - 211، نقلاً عن د. علي هادي عطيه الهلالي: المرجع السابق.

(2) د. محمد باهي أبو يونس: الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية وفق قانون المرافعات الإدارية الفرنسي مع دراسة للإصلاح القضائي الجديد بالاعتراف للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لتنفيذ أحكامه، ط3، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2011-2012، ص 198.

(3) د. محمد باهي أبو يونس: الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية...، المرجع السابق، ص 79.

وبإنعام النظر فيما يشترط في الطلب المقدم إلى المحكمة يلاحظ بأنه مفيد بجملة من القيود، اولها لزوم كونه مقدما من الجهات التي حددتها المحكمة في القرار وهي "... إحدى السلطات الاتحادية في الدولة، (السلطة التشريعية ممثلة في مجلس النواب ومجلس الاتحاد، السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، السلطة القضائية ممثلة في مجلس القضاء الأعلى) أو من (رئيس الوزراء في حكومة إقليم كردستان)..."، وعليه الأساس ليس لأية جهة رسمية أخرى أن تستقر المحكمة الاتحادية العليا عن أي نص قانوني، وهذا ما أكدته المحكمة في نهاية القرار بقولها أنه "... ليس للجهات الرسمية الأخرى المرتبطة بوزارة أو غير المرتبطة بها أو الأفراد طلب تفسير نص قانوني...".

ويبدو أن المحكمة لم تكن دقيقة في تحديد الجهات المستثناة من الجهات التي يحق لها تقديم طلب التفسير من ناحيتين. فمن ناحية أولى، إن عبارة " الجهات الرسمية الأخرى المرتبطة بوزارة " تشير إبهاما، وهو هل أن عبارة " الجهات الرسمية المرتبطة بوزارة " تشمل الوزارة ذاتها وما يرتبط بها من جهات (1)، أم أن المراد منها هو الجهات المرتبطة بوزارة دون الوزارة ذاتها كما يفهم من الصياغة اللغوية للعبارة ؟ يبدو أن المحكمة لم تقصد من وراء العبارة المذكورة المعنى الثاني، بل المعنى الأول، أي الوزارة وما يرتبط بها من جهات أو تشكيلات، على سند من القول بأن عبارة (الجهات الرسمية المرتبطة بوزارة) عطفت على عبارة (غير المرتبطة بها) وهي الجهات غير المرتبطة بوزارة (2)، ولا شك إن التلازم بين الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة أمر دارج في كثير من التشريعات العراقية (3) ومن ثم فليس من المنطق أن تخرج المحكمة عما ألفه المشرع من

(1) سماها المشرع التشكيلات المرتبطة بالوزارة، مثال ذلك ما ورد في المادة (5) من قانون وزارة التربية العراقي رقم (22) لسنة 2011 من أن " ثانيا - التشكيلات المرتبطة بالوزارة : أ - المديرات العامة للتربية في المحافظات. ب- الشركة العامة لانتاج المستلزمات التربوية. ج - الكلية التربوية المفتوحة". وكذلك ما نصت عليه المادة (4) من قانون وزارة الصحة العراقي رقم (10) لسنة 1983 المعدل من أن " ترتبط بالوزارة التشكيلات الآتية :- أولا- الهيئة العامة للخدمات الصحية... ثانيا- الهيئة العامة للتعليم والتدريب الصحي وتنظم بقانون. ثالثا- المؤسسة العامة للأدوية والمستلزمات الطبية وتنظم بقانون. رابعا- المنشأة العامة لتشييد المشاريع الصحية . خامسا - مستشفى ابن سينا".

(2) يقصد بالجهات غير المرتبطة بوزارة أو بالأحرى الدوائر غير المرتبطة بوزارة هي تلك الدوائر التي تتبع جهات عليا مثل رئاسة الجمهورية أو مجلس الوزراء، يرأسها موظف بدرجة وزير أو وكيل وزير. د. غازي فيصل مهدي: تقاعد رؤساء الدوائر غير المرتبطة بوزارة والهيئات المستقلة، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج2، المرجع السابق، ص151.

(3) من ذلك مثلا المادة (5/أولا) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل؛ المادة (2/أولا) من النظام الداخلي لمجلس الوزراء العراقي رقم (2) لسنة 2019 المعدل.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

استعمال لتعبير أو اصطلاح تشريعي. فضلا على ذلك، لم تورد المحكمة لفظة الوزارة من بين الجهات المسموح لها تقديم طلب التفسير إلى المحكمة، فتكون ممنوعة من القيام بذلك عملا بالمفهوم المخالف للنص. لذا، ومادام الأمر كذلك كانت المحكمة في غنى عن ذكر الجهات المستثناة من تقديم طلبات التفسير والاكتفاء بذكر الجهات الجائز لها تقديم مثل تلك الطلبات. هذا ولقد أبعدت المحكمة من إمكانية تقديم طلبات التفسير الهيئات المستقلة أيضا⁽¹⁾، إضافة إلى كل ذلك، استثنت المحكمة الأفراد من إمكانية تقديم طلبات التفسير، وكان

(1) تم تناول موضوع الهيئات المستقلة في الفصل الرابع من الباب الثالث من دستور جمهورية العراق لعام 2005، ويلاحظ أن هناك تباينا في موقف المشرع الدستوري من هذه الهيئات، إذ انه لم يعاملها على قدم وساق، إنما جعل لكل منها أحكاما مختلفة عن الأخرى، فمنها ما جعلها المشرع خاضعة لرقابة مجلس النواب كالمفوضية العليا لحقوق الانسان والمفوضية العليا المستقلة للانتخابات وهيئة النزاهة، ومنها ما جعلها مسؤولة أمام مجلس النواب كالبنيك المركزي، ومنها ما ربطها بمجلس النواب كديوان الرقابة المالية وهيئة الإعلام والاتصالات وهيئة المساءلة والعدالة وهيئة دعاوى الملكية، ومنها ما ربطها بمجلس الوزراء كدواوين الأوقاف ومؤسسة الشهداء، ومنها ما لم يربطها بأية جهة، وهي الهيئة العامة لضمان حقوق الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية ومجلس الخدمة العامة الاتحادي. أنظر المواد (102-107) و (135) و (136) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005. وفي قرار للمحكمة الاتحادية العليا، فصلت فيه أحكام الهيئات المستقلة، فقررت بأن "... هذه الهيئات ليست إحدى السلطات الاتحادية المستقلة التي تتكون منها جمهورية العراق المنصوص عليها حصريا في المادة (47) من الدستور وهي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية... وإنما هي ... جزء من إحدى هذه السلطات ومرجعيتها...". وذهبت المحكمة في هذا القرار إلى أن مفهوم الارتباط المنصوص عليه في الدستور بخصوص هذه الهيئات هو ارتباط الهيئة ورئيسها بمجلس النواب او مجلس الوزراء وانه يعني فقط رسم السياسة العامة للهيئة المستقلة المرتبطة بها دون التدخل في قراراتها وإجراءاتها وشؤونها الفنية الخاصة بها، باعتبارها هيئات ذوات استقلال مالي وإداري بنص الدستور. وأنه على الرغم من وجوب احترام النصوص الدستورية الخاصة بربط هذه الهيئات بمجلس النواب ومجلس الوزراء، إلا أن ربط بعض هذه الهيئات ذوات الطبيعة التنفيذية بمجلس النواب أمر غير متفق مع اختصاصات هذا الأخير الأساسية المنصوص عليها في المادة (61) و (62) من الدستور المتمثلتين بالتشريع والرقابة على اعمال السلطة التنفيذية، فضلا على تعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (47) من ذات الدستور. وأضافت المحكمة إلى ذلك، بأن ارتباط بعض الهيئات المستقلة بمجلس النواب لا يمنع من اشراف مجلس الوزراء على أنشطتها عملا بأحكام المادة (80/أولا) من الدستور بعدّ هذه الهيئات غير مرتبطة بوزارة. كما أوضحت المحكمة في نفس القرار أن الهيئات المستقلة التي لم يربطها الدستور بمجلس النواب أو مجلس الوزراء وتمارس مهام تنفيذية، وجعل البعض منها خاضعة لرقابة مجلس النواب والبعض الآخر مسؤولة أمامه، تكون مرجعيتها لمجلس الوزراء ولغلبة الصفة التنفيذية على نشاطها مع مراعاة استقلالها المالي والإداري الذي منحها الدستور، وفي مقابل ذلك يملك مجلس النواب حق الرقابة بيقى على نشاطات وأعمال تلك الهيئات، وتكون هذه الاخيرة مسؤولة أمامه وذلك استنادا إلى عموم اختصاصه الرقابي على أعمال السلطة التنفيذية. أنظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 88/اتحادية/2010، 2011/1/18. منشور على الرابط التالي ضمن الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا بتاريخ 22-8-2021:

https://www.iraqfsc.iq/krarid/88_fed_2010.pdf

الأجدر بها أن تستبدل بلفظة الأفراد اصطلاح أشخاص القانون الخاص كون هذا الأخير يشمل الأفراد وغيرهم من فئة تلك الأشخاص كالمنظمات المهنية والشركات التابعة للقطاع الخاص⁽¹⁾.

هذا وقد اشترطت المحكمة أن يكون الاستفسار، أي طلب التفسير، واردا إليها من إحدى السلطات الاتحادية، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وأن يكون موقعا عليه من رئيس السلطة حصرا. وبما أن المحكمة الاتحادية العليا قد اعتبرت مجلس القضاء الأعلى ممثلا للسلطة القضائية الاتحادية في هذا الشأن، يفترض أن يكون طلب التفسير موقعا عليه من قبل رئيس المجلس كرئيس للسلطة القضائية الاتحادية، وهذا النظر لا يستقيم مع دستور جمهورية العراق لعام 2005، إذ لا يوجد بموجبه رئيس للسلطة القضائية الاتحادية، وما مجلس القضاء الأعلى سوى جزء من السلطة القضائية الاتحادية⁽²⁾⁽³⁾، وبالتالي فلا يصح، كما يستنتج من القرار، أن يكون رئيس المجلس المذكور رئيسا للسلطة القضائية الاتحادية. عموما يتألف هذا الشرط من شقين، أولهما لزوم وروده إلى المحكمة من السلطات المحددة ولزوم كونه موقعا عليه من رئيس تلك السلطة. وعليه، يكون الطلب مردودا في حال وروده من جهة أخرى غير السلطات التي حددها القرار، أو في حال وروده من إحدى تلك السلطات ولكن بتوقيع آخر غير توقيع رئيس السلطة مقدمة الطلب.

عموما، مهما كان تقييد المحكمة للجهات المؤهلة لتقديم طلبات تفسير النصوص القانونية، فإن هذا التقييد لا يمنع - كما يذهب إلى ذلك بعض الفقه بحق - من استمرار قيام الوزارات والدوائر القانونية في الأمانة العامة في إصدار إعمامات لتفسير القانون لا سيما وأن المحكمة نفسها قد استثنت الجهات الرسمية الأخرى من غير الجهات المذكورة آنفا من تقديم طلبات التفسير، إلى جانب أن الأصل يقضي بعدم استطاعة المحكمة تعطيل اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار الأنظمة والتعليمات - والتي قد تتضمن تفسيراً للقانون - بعده اختصاصا منعقدا لها بنص الدستور، بالإضافة إلى ذلك، فإن مبدأ استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد، يستلزم

(1) ينطبق ذات الحكم على اختصاص المحكمة بتفسير نصوص الدستور. انظر د. غازي فيصل مهدي: قانون تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا في الميزان (3)، المرجع السابق، ص 88.

(2) حيث نصت المادة (89) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 على أن "تتكون السلطة القضائية الاتحادية، من مجلس القضاء الأعلى، والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام، وهيئة الاشراف القضائي والمحاكم الاتحادية الاخرى، التي تنظم وفقا للقانون".

(3) للمزيد حول الموضوع أنظر د. غازي فيصل مهدي: هل يوجد رئيس للسلطة القضائية الاتحادية، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج3، المرجع السابق، ص 52-53.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

قيام الإدارة بإصدار القرارات الإدارية بنوعها الفردية والتنظيمية والتي قد تتضمن تفسيرات للقانون، وعليه فإن المحكمة الاتحادية لم تسد الطريق أمام تفسيرات القانون المختلفة أو المتعارضة مع الأسباب الموجبة لإصدار القانون⁽¹⁾.

ومن ضمن الشروط الإجرائية لاختصاص المحكمة التفسيرية " ... أن لا يكون الاستفسار بمناسبة تطبيق القانون على خصومة قائمة أو قضية معروضة على القضاء العادي أو الإداري، التي حدد مرجع للطعن فيها...". ويشأن هذا الشرط نقول، أنه إذا كانت المحكمة قد اقتفت أثرها بخصوص اختصاصها بتفسير نصوص الدستور، إذ ردت بعضا من الطلبات المقدمة إليها لوجود جهة مختصة بالفصل في موضوع الطلب⁽²⁾، فإن تأثرها بشرعة المشرع العادي في قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل القاضي بمنع المجلس من إبداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء أو في القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن⁽³⁾ أوضح وأجل⁽⁴⁾، بيد أن المحكمة لم تكن دقيقة في صياغة الشرط المذكور لسببين: أولهما أنها كررت الفقرة المذكورة آنفا مرتين، مرة بالصياغة المنوه عنها آنفا، ومرة أخرى بصياغة مختلفة بعض الشيء وهي: "... على أن لا يكون الاستفسار بمناسبة تطبيق القانون على خصومة قائمة أمام هذه المحكمة أو قضية معروضة على القضاء العادي أو الإداري، التي حدد مرجع للطعن فيها...". ووجه الاختلاف بين الصياغتين واضح

(1) د. علي هادي عطيه الهلالي: المرجع السابق.

(2) محمد عبد الكاظم عوفي: المرجع السابق، ص 665.

(3) نصت المادة (8) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979 المعدل على أن " يتمتع المجلس عن ابداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن".

(4) وفي هذا الصدد ذهب البعض إلى أن القيد المنصوص عليه في قانون مجلس الدولة في شقه المتعلق بالمرجع القانوني للطعن لا يمكن إعماله إلا إذا تعلق الطعن بقرار إداري، ذلك ان المشرع قد نص على أن " يتمتع المجلس عن ابداء الرأي والمشورة القانونية في القضايا المعروضة على القضاء وفي القرارات التي لها مرجع قانوني للطعن"، من ثم إن كان ما يعرض على المجلس مجرد خلاف في الرأي حول مفهوم نص قانوني ما من غير الوصول إلى حد الطعن بقرار إداري، فلا جناح عليه ان يبدي رأيه فيه ولو كان هناك مرجع قانوني للطعن. أما إذا وصل الأمر إلى حد الطعن بقرار إداري، كان المجلس ملزما عندئذ بإعمال القيد المذكور. حول هذا الشرط في قانون مجلس الدولة العراقي أنظر د. سردار عماد الدين محمد سعيد: المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

.....
مبين، وهو أن الصياغة الأخيرة أضيفت فيها إلى عبارة "... خصومة قائمة..." عبارة "... أمام هذه المحكمة ..."، بينما لم ترد هذه العبارة الأخيرة في الصياغة الأولى الأمر الذي جعلها غير مفهومة (1).

أما السبب الآخر لعدم دقة صياغة القرار فراجع إلى أن المحكمة أتت بعبارة " التي حدد مرجع للطعن فيها"، والواقع أن المحكمة كانت في غنى عن ذكر هذه العبارة، كونها تفيد باشتراط أن يكون المشرع قد حدد مرجعا للطعن في القضية المعروضة على القضاء، وهذا ما لا يصح، ذلك أن القضية إذا كانت معروضة على القضاء عاديا كان القضاء أو إداريا، عنى ذلك أنها تنظر من قبل المرجع المحدد للنظر فيها، ثم إن من غير السليم أن تكون القضية أو الخصومة محلا للطعن، بل الذي يكون كذلك هو القانون أو القرار الإداري أو الحكم حسب نوع الطعن.

إذا قوام الشرط المذكور ووفق الصياغة الثانية له، هو أن قبول طلب التفسير مقيد بقيدين هما: ألا يكون بمناسبة تطبيق القانون على خصومة قائمة أمام المحكمة ذاتها، أي أمام المحكمة الاتحادية العليا، وألا يكون تطبيق القانون على قضية معروضة على القضاء العادي أو الإداري.

ولما كانت العلة من هذا القيد هي عدم حرمان جهات الطعن القضائية على اختلاف أنواعها من ممارسة اختصاصها المرسوم لها قانونا، فإن وروده مع اختصاص المحكمة التفسيرية - سواء كان تعلق الأمر بتفسير نصوص دستورية أم نصوص قانونية - في غير محله، ذلك أن ما تمارسه المحكمة من اختصاص تفسيري لا ينبغي أن يكون نتيجة منازعة بين جهتين أو أكثر، إذ لو اتسم الخلاف المعروض على المحكمة بطابع قضائي وارتقى إلى مصاف المنازعة القضائية، يفترض أن تنظره المحكمة وفق اختصاصاتها الأخرى لا بموجب اختصاصها التفسيري (2).

(1) ومن الجدير بالذكر إن المحكمة استعملت اصطلاح الخصومة والقضية دون أن تبين سبب ذلك رغم ما بين الاصطلاحين من اختلاف في الفقه الإجرائي. للمزيد أنظر: محمد باهي أبو يونس: انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2014، ص 3 وما بعدها.
(2) محمد عبد الكاظم عوفي: المرجع السابق، ص 657 - 658.

الخاتمة

بعد الفراغ من كتابة هذا البحث تم التوصل إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات نلخص أهمها بالآتي:

أولاً : الاستنتاجات:

- 1- إن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية بصفة تبعية ينعقد للمحكمة بمناسبة ممارسة اختصاصاتها الأخرى كأية محكمة أخرى، في حين أن اختصاصها بتفسير النصوص القانونية اختصاصاً أصلياً يستلزم وجود نص دستوري يبيح لها ذلك، لعل أن اختصاصات المحكمة واردة على سبيل الحصر بحيث لا يجوز إضافة أي اختصاص آخر إليها بواسطة أداة أخرى غير نص الدستور.
- 2- إن عدول المحكمة الاتحادية العليا عن قراراتها وإن كان له ما يبرره في ظل ما يسمى بتحول أو عدول القضاء الدستوري، فإن ذلك مقيد بعدم إفضاء تفسير الدستور إلى تعديله على نحو مغاير للإجراءات المتطلبة لتعديله، وإلا فقد الدستور ما ينبغي أن يكون له من استقرار وثبات.
- 3- بالرغم من عدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل يعقد له الاختصاص بممارسة تفسير النصوص القانونية، فإن هذا الأخير يمارسه المجلس من خلال ممارسته لاختصاصه بإبداء الرأي والمشورة القانونية وتوضيح الأحكام القانونية المنصوص عليها في المادة (6) من القانون المشار إليه آنفاً.
- 4- في حال انعقاد اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية، يتمتع القرار التفسيري للمحكمة بقوة ملزمة لكافة السلطات استناداً إلى أحكام المادة (94) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، فيما لا تحظى قرارات مجلس الدولة التفسيرية بمثل هذه القوة باستثناء ما ورد في المادة (6/ثالثاً) من قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل، بشأن الاحتكام إلى المجلس فيكون القرار الصادر منه ملزماً للأطراف المحتكمة إليه حسب.
- 5- إزاء عدم وضوح موقف المحكمة الاتحادية العليا في قرارها التفسيري ذي العدد 48/اتحادية لسنة 2021 من المقصود بالقوانين الاتحادية، والتزاماً بالقاعدة القاضية بأن الاختصاص التفسيري للمحكمة اختصاص افتائي تمارسه على سبيل الاستثناء على نحو لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه، يقتصر اختصاص المحكمة التفسيري في ضوء ذلك القرار على نصوص القوانين الصادرة عن مجلس النواب، كما أن القوانين

.....
الأساسية هي الأخرى تبقى في حكم القوانين العادية من حيث اختصاصها التفسيري ولا تلحق بالنصوص الدستورية استصحابا لعموم اصطلاح القوانين الاتحادية. أما التشريعات الفرعية فعلى الرغم من تضمنها قواعد عامة مجردة، فإنها تستبعد من اختصاص المحكمة التفسيري بصفة أصلية تقيدا بالقاعدة المنوه عنها آنفا.

6- على الرغم من عدم إشارة المحكمة إلى مستوى ما يثيره النص المطلوب تفسيره من خلاف كشرط لإعمال اختصاصها التفسيري الأصلي، فإن المفهوم من مضمون الطلب المقدم إليها الصادر على أساسه قرارها محل البحث، يوحي بأنه لا يكفي مجرد وقوع خلاف حول قراءة النص القانوني حتى تتصدى المحكمة لطلب التفسير، إنما لا بد من وقوع خلاف حول تطبيقه دون أن يصل إلى مستوى النزاع.

7- بالرغم من تأكيد المحكمة الاتحادية العليا على لزوم ان يكون تفسير النصوص القانونية بطلب، فإنها لم تتوخى الدقة في صياغة الاصطلاح الدال على الجهات الرسمية التي يحق لها تقديم الطلب، مما أدى إلى أن يكون معيارها في ذلك الشأن غير جامع وغير مانع.

ثانيا : المقترحات :

1- من اجل إعمال أصول التفسير على النحو الصحيح، نذكر المحكمة الاتحادية العليا بأن من شأن لزوم كون النص المطلوب تفسيره نصوصا دستوريا كشرط لانعقاد اختصاصها بالتفسير، خروج ما عداها من نصوص قانونية كالنصوص القانونية العادية والمعاهدات والانظمة والتعليمات من ذلك الاختصاص عملا بالمفهوم المخالف للنص، ونذكرها كذلك بأن قاعدة ان من يملك الكل يملك الجزء يقتصر حكمها على اختصاص المحكمة التفسيري بصفة تبعية لا بصفة أصلية.

2- نناشد المحكمة الاتحادية العليا - وهي الأمانة على الدستور - أن تلتزم باختصاصاتها المنصوص عليها في المادة (93) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وكذلك في قانونها المرقم (30) لسنة 2005 المعدل، وإن أرادت أن تضطلع باختصاص خارج عن تلك الاختصاصات، فعليها اتباع الإجراءات المشتركة لتعديل الدستور المبينة في الدستور.

3- يهاب بالمحكمة الاتحادية العليا أن تضع نصب أعينها - وهي بصدد العدول عن اجتهاداتها السابقة - ما ينبغي أن يكون للدستور من استقرار وان يكون العدول فيما لم يحدد بنص الدستور من اختصاص.

.....

4- إزاء اللبس والغموض اللذين يعتريان بعض فقرات قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد / 48 / اتحادية، نهيب بالمحكمة أن تتوخى الدقة في صياغة قراراتها حتى لا تكون عرضة للتأويل والتفسير من قبل هيئات وسلطات يفترض أن تلتزم بتلك القرارات.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب:

- 1- د. حسن كيرة : المدخل إلى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف، إسكندرية، دون ذكر سنة النشر.
- 2- د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، إسكندرية، 1986.
- 3- د. عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، القسم الأول، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، دون ذكر مكان النشر، 1965.
- 4- د. عصمت عبد المجيد : مجلس الدولة، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2011.
- 5- د. محمد السناري: ضوابط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية، دراسة تحليلية ونقدية لقانون وأحكام وقرارات المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة النشر.
- 6- د. محمد باهي أبو يونس : الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2008.
- 7- د. محمد باهي أبو يونس: أحكام القانون الإداري - القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، إسكندرية، 1996.
- 8- د. محمد باهي أبو يونس: الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية وفق قانون المرافعات الإدارية الفرنسي مع دراسة للإصلاح القضائي الجديد بالاعتراف للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لتنفيذ أحكامه، ط3، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2011-2012.
- 9- د. محمد باهي أبو يونس: انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة للخصوم في المرافعات الإدارية، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2014.
- 10- د. محمد رفعت عبد الوهاب: رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري في لبنان، الدار الجامعية، بيروت، 2000.
- 11- د. محمد ماضي: اختصاص مجلس شورى الدولة في إبداء الرأي والمشورة القانونية، ط1، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2013.

اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير النصوص القانونية

12- د. هشام عبد المنعم عكاشة: المحكمة الدستورية العليا قاضي التفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

13- رومان خليل رسول: الرقابة على دستورية القوانين في العراق، ط1، دار العالمية للطباعة والنشر، المثنى، جمهورية العراق، 2019.

ثانياً: رسائل الماجستير:

1- شرين أحمد سعد الله: معايير التحول القضائي الدستوري وضوابطه - دراسة مقارنة - ، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة دهوك، 2020.

2- هديل حسن محمد المياحي: العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، 2015.

ثالثاً: البحوث والمقالات

1- أحمد طلال البدري: المحكمة الاتحادية العليا وتفسير التشريعات، مقال منشور على الرابط التالي:

<https://www.azzaman.com/>

2- د. حيدر أدهم عبدالهادي: قراءة في الرقابة على دستورية تفسير القانون العراقي، مقال منشور على الرابط التالي: <https://www.mohamy.online/>

3- د. سردار عماد الدين محمد سعيد: اختصاص مجلس الدولة العراقي بإبداء الرأي في المسائل المختلف فيها بين أشخاص القانون العام (دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المصري)، المجلة الأكاديمية لجامعة نورو، المجلد 7، العدد 1، (2018).

4- د. عدنان عجيل عبيد: الاختصاص التفسيري للقضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثامنة، 2016.

5- د. علي هادي عطيه الهلالي: الجهة المختصة بتفسير النصوص القانونية في ظل قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد 48 لسنة 2021، مقال منشور على الرابط التالي:

<https://www.hjc.iq/view.68631/>

6- د. غازي فيصل مهدي: مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج1، ط1، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، 2020.

- 7- د. غازي فيصل مهدي: مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج2، ط1، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، 2021.
- 8- د. غازي فيصل مهدي: مقالات في مجال القانونين العام والخاص، ج3، ط1، دار المسلة، بغداد، 2022.
- 9- د. فارس عبدالرحيم حاتم: مدى فاعلية مجلس الدولة العراقي في ظل قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017 - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد (59)، المجلد (1)، 2020.
- 10- د. محمد عبد الكاظم عوفي: اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير الدستور، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الثامنة - العدد 3 - العدد التسلسلي 31 / محرم - صفر 1442 هـ/ سبتمبر 2020م.
- 11- م. علي يونس إسماعيل و م.م. رجب علي حسن: اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على مشروعية الأنظمة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد (7)، السنة (2)، 2010.
- 12- د. نعمان احمد الخطيب: تفسير نصوص الدستور الأردني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد (46)، عدد (3)، 2019، منشور على الرابط التالي:

[https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw/article/viewFile/101365/10617?target= blank](https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw/article/viewFile/101365/10617?target=blank)

رابعاً: المجموعات والقرارات القضائية

- 1- المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا للسنوات (٢٠٠٥ - ٢٠١٨)، من إصدارات المحكمة الاتحادية العليا، منشور على الرابط التالي:
<https://www.iraqfsc.iq/fehrest.pdf>
- 2- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 48/اتحادية/2021، منشور على الرابط التالي ضمن الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا :
https://www.iraqfsc.iq/krarat/2/2021/48_fed_2021.pdf
- 1- قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 88/اتحادية/2010، منشور على الرابط التالي ضمن الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا :
https://www.iraqfsc.iq/krarid/88_fed_2010.pdf
- 2- قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2018، مطبعة الوقف الحديثة، بغداد، 2019.

خامسا: الدساتير والقوانين والأنظمة الداخلية:

- 1- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.
- 2- قانون مجلس الدولة العراقي رقم 65 لسنة 1979 المعدل.
- 3- قانون وزارة الصحة العراقي رقم (10) لسنة 1980 المعدل.
- 4- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل.
- 5- قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم 21 لسنة 2008 المعدل.
- 6- قانون وزارة التربية العراقي رقم (22) لسنة 2011.
- 7- قانون عقد المعاهدات رقم 35 لسنة 2015 المعدل.
- 8- النظام الداخلي لمجلس الوزراء العراقي رقم (2) لسنة 2019.
- 9- قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم (48) لسنة 1979 المعدل.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

The Nature of Criminal Behavior and its Provisions.

أ.د. مجيد خضر احمد السبعاعي

أستاذ القانون الجنائي

كلية القانون والعلوم السياسية والادارة- جامعة سوران.

اقليم كوردستان - العراق

Prof. Dr. Majeed Khedher Ahmed

Soran University – Faculty of Law, political Science and Management

DOI: <https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.16>

تاريخ استلام البحث: 2022-07-17 تاريخ القبول بالنشر: 2022-07-23

ملخص البحث

يتسع البحث لتسليط الضوء على طبيعة السلوك بوصفه عنصراً مهماً في تكوين الركن المادي للجريمة ومن بعد الجريمة برمتها، ويمثل العنصر الأبرز والأهم في هذا البنيان، وهو في سياق ذلك يثير تساؤلات وتجاذبات في الفقه الجنائي وفي القضاء بل حتى بين التشريعات الجزائية، من حيث صلاحية السلوك مهما كانت طبيعته لبلوغ النتيجة الجرمية وتحقيق المسؤولية الجزائية، ولا يهم ان يكون سلوكاً ذا طبيعة مادية او معنوية أو ان يكون سلوكاً ايجابياً أو سلبياً، ويزداد الأمر صعوبة في حالات دقيقة يختلط فيها السلوك بطبيعته القانونية مع عناصر لا يهتم لها في الغالب المشرع الجزائي، مثل الأداة والطريقة والوسيلة ونحو ذلك.

الكلمات المفتاحية: طبيعة السلوك، السلوك المعنوي، الوسيلة، الأداة، الطريقة، المسؤولية الجزائية.

ناقهاروكيڻ ناكوكهر دسروشتي رهفتارا تاواني دا

پوخته

ئەف فەكولینه تیشکی دئیخه لسه سروسشتی رهفتاری وهك رهگهزهك گرنهك ددروسكنا ستینا مادی یا تاوانی پستی تاوان دهیته ئەنجام دان، ودهیته هژمارتن رهگهزهکی ژهمیا دیارتر دفی پیکهاتهیدا، دفی دهربارهی دا گهلهك پرسیار وسهرههچ پهیدا دبن دقهقی و دادگهها سزایی دا ههروهسا یاسایی سزایی، دهربارهی شیانیڤ رهفتاری چ بیت سروسشتی وئ وهك گههشتن بئهناجمی تاوانی و پهیدا بوونا بهرپرسیارهتیا سزایی، گرنهك نینه ئهوه رهفتاره سروسشتی مادی یان معنوی ههبیتن یان رهفتار نیگهتیف یان پوزتف بیتن، ئهرك بزحههت تر لی دهیته دهنهك حالهتین هیر دا كو تییدا رهفتار بسروسشتی خو یی یاسایی تیکهلی هندهك رهگهزا دبیتن كو یاسا دانهری سزایی گرنگیی پی نادهتن، وهك ئالهت وریکا دهیته بكار ئینان...هتد.

په یقین دهستیکی: سروسشتی رهفتاری، رهفتارا معنوی، ریک، ئامره، ریک، بهرپرسیارهتیا سزایی

Abstract

The research expands to shed light on the nature of behavior as an important element in the formation of the material pillar and after the crime as a whole, and represents the most prominent and most important element in this structure, and in the context of that raises questions and quarrels in criminal jurisprudence and in the judiciary and even between penal legislation, in terms of the validity of behavior, whatever it may be. Its nature is to reach the criminal result and achieve penal responsibility, and it does not matter that it is a behavior of a material or moral nature, or that it is a positive or negative behavior. method, and so on.

Key Words: nature of behavior, moral behavior, the means, the tool, method, Criminal liability.

المقدمة

قد يبدو السلوك الاجرامي وهو عنصر من عناصر الركن المادي، عنصراً طبيعياً اعتيادياً لا يشير أية مشكلة من حيث ادراك مضمونه وبلوغ مقاصده وأدواره ، بيد ان هذا السلوك يشكل عضد الركن المادي وقوامه وهو ما دل عليه قانون العقوبات في المادة 28 منه في إطار تعريف الركن المادي بكونه (... سلوك اجرامي يارتكاب فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل أمر به القانون) وهو بذلك يعدّه جوهر الركن المادي حيث لا يمكن ان يقوم الركن المادي الاّ به حتى في حالة غياب النتيجة والسببية كعنصرين في الركن المذكور (كالجرائم الشكلية البحتة أو الشروع في الجريمة مثلاً) . وفي إطار ذلك يقع جدل ونقاش في طبيعة السلوك الإجرامي وفي صوره وما يتعلق بذلك من مضامين وآثار جدلية تتعلق به. فالسلوك الإيجابي والسلوك السلبي، والسلوك الاجرامي أو الاداة او الوسيلة أو الطريقة الاجرامية، والسلوك الاجرامي او الفعل المعنوي ونحو ذلك . الأمر الذي يعطي للسلوك الاجرامي أهمية بالغة تتعلق ببنيان الجريمة والمسؤولية عنها أكثر مما قد يظن البعض. بيد أننا سوف نركز على الجوانب الأكثر أهمية في موضوع طبيعة هذا السلوك وما يحيط به من مسائل قد تكون خلافية او جدلية ونذر المسائل الأخرى كالسلوك الإيجابي والسلبي كون البحث فيها مستغرقاً وفائضاً ولا حاجة للإعادة والتكرار ، إلاّ حيث وجدنا الى ذلك ضرورة . وفي نطاق المقدمة لا بد أن نمر على بعض مفرداتها الضرورية ، وكما يلي :

أولاً - أهمية البحث : تكمن أهمية البحث في كون السلوك الاجرامي وكما قدمنا يدخل في بنيان الجريمة ومسؤوليتها وإن الوقوف على طبيعته وأحكامه يدخل في ضرورة حسم الجدل بخصوصه بغية استقرار هذا البنيان وتلك المسؤولية .

ثانياً - إشكالية البحث : الإشكالية الأهم تتركز بالتداخل الحرج في طبيعة السلوك الواحد وتعدد أوصافه ومعانيه في الإطار الجنائي دون وضوح حاسم في التشريع العقابي ، فعلى الرغم من المساواة في المادة 4/19 عقوبات ، بين السلوك الإيجابي والسلوك السلبي (الامتناع) ، إلاّ أن المشرع لم يتعرض الى حالة السلوك والأداة أو الوسيلة أو الطريقة بل أحياناً يخلط (بينها) كما في المادة 456 عقوبات والمادة 287 عقوبات مثلاً . ولم يرد مفهوم السلوك المعنوي في ثنايا قانون العقوبات، وهو أمر بلغ جدله في القوانين المقارنة أيضاً، لا سيما ان الفقه والقضاء أثارا مثل هذا الموضوع كثيراً وإن لم يتعرض له التشريع .

.....
ثالثاً - فرضية البحث : ينطلق البحث من فرضية مفادها أن كل السلوكيات قد تصلح في بنیان الركن المادي للجريمة مهما كانت طبيعتها ، إنما يجب وضع الفروق بين السلوكيات والوسائل والطرق ليتمكن الوقوف على ما يعد منها عنصراً في الركن المادي وما لا يعد كذلك مما لا يأبى له المشرع في ذلك البنیان كالوسائل التي لا تؤثر في البنیان الجرمي ولا في العقوبة إلا استثناءً وفي جرائم ضيقة ومحددة .

رابعاً - منهجية البحث : يعتمد البحث على منهجية تحليلية تطبيقية تتلائم مع غرض البحث وأهدافه ومعالجة اشكاليته .

خامساً - هيكلية البحث : يتكون البحث من مبحثين : المبحث الأول كرس لماهية طبيعة السلوك الإجرامي، وينقسم على مطلبين، الأول هو مفهوم طبيعة السلوك الاجرامي ، بينما الثاني خصصناه لنظريات طبيعة السلوك الإجرامي. أما المبحث الثاني فهو أحكام المضامين الجدلية في طبيعة السلوك الإجرامي، ويتكون من مطلبين، المطلب الأول عن أحكام السلوك والوسيلة، بينما المطلب الثاني عن أحكام السلوك الايجابي والسلوك المعنوي .

المبحث الأول

طبيعة السلوك الإجرامي

لا بد لنا في إطار بيان ماهية السلوك الاجرامي أن نبحت أولاً في المسائل التي تتكون منها هذه الماهية لتكون مدخلاً مناسباً لولوج الموضوع الأساسي للبحث. ومن هنا قسمنا هذا المبحث على مطلبين : الأول، لمفهوم طبيعة السلوك الاجرامي، بينما الثاني، لنظريات طبيعة السلوك الإجرامي :

المطلب الأول

مفهوم السلوك الاجرامي

يعكس السلوك الإجرامي من حيث سبب ارتكابه خللاً في شخصية من يصدر عنه، ربما نتيجة التركيب الجسدي أو العضوي أو النفسي لتلك الشخصية، أو نتيجة إفرزات وظروف البيئة الاجتماعية المحيطة، وقد يعكس هذا السلوك وفقاً لأرجح الآراء وضعاً معيناً لدى المجرم له خلفياته العضوية والنفسية والاجتماعية التي تفاعلت كلها وجعلته يتخذ سلوكاً شاذاً مختلفاً عن سلوك سائر البشر يعد بموجب القوانين جريمة⁽¹⁾.

أما لو نظرنا إلى ذلك السلوك من حيث النوع الذي يمثل الإطار الذي ترتكز عليه الجريمة بين وجودها كحدث مجرم وبين عدم وجودها، ذلك الإطار الذي لا نكون فيه بصدد جريمة إلا بتصور سلوك لها⁽²⁾، فإننا بذلك لا نعني مفهومه الفلسفي الواسع، ذلك المفهوم الذي قوامه أي نشاط يصدر عن الإنسان من أفكار ومقاصد ورغبات وحركات، وأي نشاط يصدر عن الحيوان، وأي حركة للأشياء⁽³⁾. فليس السلوك الذي يعيننا هو الأفكار والمقاصد والرغبات والحركات التي تمثل لفيف من الأفعال المادية والرمزية التي تميل بالإنسان في موقف معين إلى تحقيق إمكانياته وخفض التوترات التي تحدد حركاته وجعله ينشط⁽⁴⁾، حتى ينطلق السلوك من تلك الحركات

(1) د. واثبة السعدي - الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الإجرامية - مطبعة ديانا - بغداد - 1990م ص 6.

(2) د. مأمون سلامة - النظرية الغائية للسلوك في القانون الجنائي - بحث منشور في المجلة الجنائية القومية - العدد الأول - المجلد الثاني عشر - مارس 1969 - ص 137.

(3) مصطفى فهمي - علم النفس أصوله وتطبيقاته التربوية - مطبعة المجد، القاهرة - بدون سنة طبع - ص 16.

(4) دانييل لاجاش - المنشأ النفسي للجريمة - ترجمة عبد الحميد محمود - بحث منشور في المجلة الجنائية القومية - العدد الأول - المجلد الثالث عشر - 1970 - ص 109.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

.....
اللاإرادية، ابتداء من ضربات القلب وإفرازات الغدد حتى يظهر الفعل الإرادي الذي يبدي فيه الإنسان موقفاً معيناً من الممارسة⁽¹⁾. نقول إننا لا نعني بالسلوك الإجرامي كل ذلك، وإنما نعني معناه الذي يضيق على وفق المفهوم القانوني له، حيث لا يتدخل المشرع بتجريم السلوك الإنساني، إلا إذا اتخذ هذا السلوك مظهراً خارجياً مادياً. وعلى ذلك فلا يعتد القانون بكل نشاط يصدر عن الإنسان، إنما يهتم بذلك الجزء الإرادي الذي يرقى إلى مستوى معين، بحيث يتعارض مع قاعدة قانونية تجرمه عندما يكشف عن مظهر خارجي يتجاوز نفسية الإنسان، بأن يتجاوز ذلك النشاط النفسي الذي حدث في بواطن النفس إلى الخارج، محدثاً تغييراً في الواقع المادي، حيث النشاط المادي الملموس الذي يكون محل اعتبار القانون⁽²⁾.

إن السلوك الإجرامي على ذلك هو: ((الأمر الذي يصدر عن الفاعل ويؤدي إلى إحداث ضرر يوجب تدخل المشرع للعقاب عليه))⁽³⁾ وهو تعريف منتقد لاحتمال تحقق الخطر كنتيجة الى جانب الضرر، أو ((النشاط المادي الخارجي المكون للجريمة))⁽⁴⁾، وهو عند بعضهم ((حركة عضوية إرادية، أو مجموعة حركات عضوية، طالما أمكن ردها إلى قرار إرادي واحد))⁽⁵⁾. وقد أشارت المادة (4/19 عقوبات عراقي)) إلى مفهوم (الفعل) (مع ان الفقه يرى ان يكون مصطلح السلوك الإجرامي بديلاً عنه) - بقولها أنه: ((كل تصرف جرمه القانون إيجابياً كان أم سلبياً كالترك والامتناع ما لم يرد نص على خلاف ذلك)).

تخلص الدكتورة فوزية عبد الستار من جملة هذه التعريفات التي وصفت السلوك الإجرامي إلى القول بأن هذا السلوك هو النشاط الذي يصدر عن الفاعل ويتكون من فعل أو امتناع عن فعل من شأنه إحداث تغيير في العالم الخارجي، ويعد مظهراً معبراً عن الإرادة الإجرامية لمرتكبه⁽⁶⁾. ومؤدي ذلك ضرورة أن يكون النشاط الذي يصدر عن الفاعل إرادياً حتى يكتسب وصف السلوك، وبذلك تخرج الأفعال الطبيعية والأفعال غير الإرادية

(1) محمد عماد الدين إسماعيل - المنهج العلمي وتفسير السلوك - بدون تحديد سنة الطبع والمطبعة ومكانها - ص 191.

(2) د. جلال ثروت - نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1986 - ص 146.

(3) د. ماهر عبد شويش - الأحكام العامة في قانون العقوبات - دار الحكمة للطباعة والنشر - الموصل - 1990 - ص 188.

(4) د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات - مطابع الرسالة - الكويت 1982م - ص 139.

(5) د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الأردني - ط2 - طبع مكتبة دار الثقافة - عمان - الأردن - 1991 - ص 81.

(6) د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة - 1992م - ص 343.

.....
عن هذا الوصف حتى في حالات المسؤولية المفترضة، لأن الافتراض يتعلق بالركن المعنوي وليس بالركن المادي⁽¹⁾.

المطلب الثاني

نظريات طبيعة السلوك الإجرامي

إن تحديد دور الإرادة في السلوك أثار خلافاً في الفقه يمكن رده إلى نظريتين أساسيتين هما:- النظرية السببية ((الطبيعية))، والنظرية الغائية.

الفرع الاول

النظرية السببية (الطبيعية)

لقد تبلورت الآراء التي جاء بها المفهوم الطبيعي للسلوك في المدرسة الوضعية التي ولدت في النصف الثاني من القرن الماضي⁽²⁾. ويقرر أصحاب المفهوم الطبيعي أن السلوك هو السبب الذي أدى إلى النتيجة الجرمية⁽³⁾. والسلوك ذاته لا يأتي من فراغ، بل عبر سبب أيضاً يتمثل في إرادة مرتكب السلوك⁽⁴⁾. أي إن هناك دورة من السببية تبدأ من المرحلة التي تسبق السلوك إلى نقطة حدوث النتيجة، وكل يتصل بسابقه. وبكلمة أخرى أن هناك رابطة سببية بين النتيجة والسلوك وبين السلوك والإرادة. لذلك فقد تم النظر إلى السلوك الإجرامي بوصفه قوة سببية تدفع عجلة السببية إلى إحداث آثار مادية خارجية⁽⁵⁾.

على ذلك ، فإن النظرية السببية تقيم تحليلها للسلوك الجرمي على أساس التمييز بين جانبيين: الأول مادي، ويتمثل في الحركة العضوية التي تدفع عجلة السببية لترتيب نتائج معينة يأخذها المشرع بعين الاعتبار، والثاني معنوي، يتمثل في الأصل الإرادي لارتكاب السلوك. فالسلوك إذاً سبب النتيجة الإجرامية ((المادي))، وله سبب

(1) د. مأمون محمد سلامة - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة - 1991م - ص 128.

(2) د. مأمون محمد سلامة - النظرية الغائية للسلوك ، المصدر السابق - ص 131.

(3) د. سمير الشناوي - الشروع في الجريمة - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - 1971 - ص 84.

(4) د. محمود نجيب حسني - النظرية العامة للقصد الجنائي - ط3 - دار النهضة العربية - القاهرة - 1987 - ص 4.

(5) د. سمير الشناوي - المصدر السابق - ص 86.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

((معنوي)) يتمثل في إرادة مرتكبه⁽¹⁾. فالإرادة ، هي السبب المنشئ للسلوك وهي مرتبطة به من جميع أجزائه مما يجعلها عنصراً في السلوك⁽²⁾. ودور الإرادة في هذه الحالة لا يتعدى ارتباطها بالسلوك على النحو المتقدم، أما كل ما يترتب على السلوك من نتائج فحملها الركن المعنوي للجريمة، فالنظرية السببية تقوم على التمييز بين الأصل الإرادي والاتجاه الإرادي للسلوك⁽³⁾.

ومما يؤخذ نقداً على هذه النظرية، أنها نظرت إلى جوهر السلوك من حيث إن الإرادة سبب له، وإن الأصل الإرادي للسلوك كاف لا يعتبره سلوكاً إرادياً، دون الاعتداد بالاتجاه الإرادي الذي يعد أهم عنصر من عناصر السلوك الإرادي، لأن الإنسان يستهدف بسلوكه غاية معينة يتجه إلى تحقيقها⁽⁴⁾. كما أن النظرية السببية تبتعد عن القانون، فالقانون هو مجموعة من الأوامر والنواهي يكون الالتزام بها أو مخالفتها مناط اهتمام القانون، ومحل ذلك الالتزام هو الاتجاه الإرادي، وليس الأصل الإرادي للسلوك⁽⁵⁾. وإن إفراط هذه النظرية في التركيز على القوة السببية للسلوك الإجرامي لا على السلوك ذاته قد أتاح نقدها بالقول: إنها نظرت إلى السلوك الإنساني كأية ظاهرة طبيعية، مما خلغ عن هذا السلوك صفته الإنسانية التي يمتاز بها عن غيره من القوى الطبيعية الأخرى التي تسهم في نطاق السببية بإحداث النتائج⁽⁶⁾. فضلاً عن كل ذلك النقد ، فقد قرح بعضهم بها على أساس أن قوانين السببية الطبيعية لا يعيرها المشرع أهمية تذكر عندما يذهب إلى تحديد آثار السلوك التي يعتد بها وينتقي منها النتيجة الإجرامية، فقد يترتب على السلوك الإنساني العديد من النتائج، إلا أن القانون لا يهتم إلا بجزء منها. وأمام هذه العاصفة النقدية أتخذ هذا المفهوم صورة أخرى هي ((السببية الاجتماعية))، وقوامها أن المشرع ينتقي من قوانين السببية الطبيعية وما يترتب عليها من آثار عديدة ما يجده ذا أهمية قانونية، وبذلك ينحصر السلوك الإجرامي في المجال الذي يحدده القانون⁽⁷⁾. وبناء على هذا الاتجاه فقد كان ينظر إلى السلوك

(1) د. إبراهيم عطا شعبان - النظرية العامة للامتناع في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - 1981 - ص 31.

(2) د. نبيل مدحت سالم - الخطأ غير العمدي - ط2 - دار النهضة العربية - القاهرة - 1987 - ص 10.

(3) د. سامي النصراري - النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي - ج1 - ط2 - مكتبة المعارف - الرباط - 1986 - ص 116.

(4) د. مأمون محمد سلامة - النظرية الغائية للسلوك ، المصدر السابق - ص 152.

(5) د. محمود نجيب حسني - علاقة السببية ، المصدر السابق، ص 33.

(6) د. مأمون محمد سلامة - النظرية الغائية للسلوك ، المصدر السابق ص 134.

(7) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام ، المصدر السابق، ص 292.

.....
السلبى على أنه عدم، وهذا خطأ كبير، لأن السلوك السلبى هو سلوك طبيعى وليس عدماً، لا بل إن التسليم بهذا القول يوفر فرصة كبيرة للجناة الذى يرتكبون جرائم قد تكون عمدية وعظيمة الخطورة عن طريق الامتناع للتلصص من العقاب.

الفرع الثانى

النظرية الغائية

تقوم هذه النظرية على أساس من النقد الذى وجه إلى النظرية السببية والذى عاب عليها فصلها بين الأصل الإرادى والاتجاه الإرادى للسلوك. إذ إن السلوك فى جانبه المادى وفقاً للنظرية الغائية لا يقف عند الحركة العضوية أو الجسمانية وإنما هو سلوك غائى، أى متجه إلى غاية معينة قصدتها الفاعل⁽¹⁾. فما يميز السلوك الإنسانى عن الحوادث الطبيعية أن له غاية معينة استهدف الفاعل تحقيقها من خلال ارتكابه ذلك السلوك، لأن الإنسان بمقدوره وفقاً لما يتمتع به من قدرات عقلية أن يتوقع النتائج المحتملة المترتبة على سلوكه. وبناءً عليه، فإن السلوك الغائى يشمل - إلى جانب الحركة العضوية - النتيجة المتحققة فى العالم الخارجى. بمعنى إن الاتجاه الإرادى إلى نتيجة معينة هو عنصر من عناصر السلوك⁽²⁾، وإن تجريد السلوك من الاتجاه الإرادى هو تجريد للسلوك من عنصره الأول والهبوط به إلى مستوى الوقائع الطبيعية غير المدركة التى لا تتضمن معنى الإرادة⁽³⁾. وبناءً على ذلك، فإن النظرية الغائية تجعل الاتجاه الإرادى ((القصد الجنائى)) عنصراً فى السلوك ومن ثم عنصراً فى الركن المادى للجريمة، وبالتالى لا يمكن فصل القصد الجنائى عن السلوك والبحث عنه كونه نوعاً من الإثم بمعناه التقليدى⁽⁴⁾، لأن اتجاه الإرادة إلى غرض معين لتحقيق نتيجة معينة إنما يتصل بالسلوك ذاته كونها مكتملة له. ولذلك فإذا ما فصل القصد عن السلوك، فإنه سيؤدى حتماً إلى تجريده من معناه القانونى والاجتماعى⁽⁵⁾. وهذا يعنى إخراج القصد الجنائى من الركن المعنوي⁽⁶⁾.

(1) د. مأمون محمد سلامة - النظرية الغائية للسلوك، المصدر السابق، ص 154 وما بعدها.

(2) د. نبيل مدحت سالم - المصدر السابق - ص 8.

(3) د. محمود نجيب حسنى - النظرية العامة للقصد الجنائى - ص 5.

(4) د. سامى النصراوى - المصدر السابق - ص 118.

(5) د. مأمون محمد سلامة - النظرية الغائية للسلوك المصدر السابق، ص 157 وما بعدها.

(6) د. محمود نجيب حسنى - النظرية العامة للقصد الجنائى المصدر السابق، ص 6.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

لم تكن هذه النظرية بمنأى عن التجريح والنقد أيضاً، فقد قال بعضهم إن هذه النظرية تقرر أن الاتجاه الإرادي هو عنصر في الفعل، أي في الركن المادي للجريمة. وهذا المفهوم يقود إلى إشكالية في حالة الجرائم غير عمدية، حيث إن هذه الجرائم لا تنطوي على اتجاه إرادي نحو النتيجة الإجرامية، لأنها حدثت خلافاً لما أراد الفاعل⁽¹⁾. كما أن المفهوم الذي تذهب إليه هذه النظرية يؤدي إلى إنكار استقلالية أركان الجريمة والخلط بينها، الأمر الذي يؤدي إلى نتائج لا تستقيم مع ما استقر عليه الفقه الجنائي الحديث⁽²⁾.

رأينا : نحن نميل إلى ترجيح النظرية السببية التي ميزت بين أركان الجريمة، ووضعت السلوك الإرادي في وضعه الصحيح كونه كياناً مادياً ذا أصل إرادي، فهو كيان مادي لأنه يحدث تغييراً في العالم الخارجي من خلال النشاط الإيجابي أو السلبي للفرد. فالنشاط الإيجابي يتمثل بحركة الجاني العضوية سواء بالعمل المادي أم بالقول أم بالرسم وغيرها⁽³⁾، أما النشاط السلبي فيتمثل بامتناع الجاني عن القيام بفعل معين يتوجب القيام به بناءً على قاعدة قانونية⁽⁴⁾. فالامتناع يملك القدرة والكفاءة لإحداث النتيجة الإجرامية شأنه في ذلك شأن النشاط الإيجابي، فالأم التي تمتنع عن إرضاع طفلها فيموت يكون امتناعها سبباً في تلك النتيجة⁽⁵⁾. ويقتصر ذلك الالتزام الذي يؤدي الإخلال به إلى ارتكاب جريمة واستحقاق العقوبة على الواجب القانوني دون الالتزام الأدبي الذي يقع على عاتق الجميع بمساعدة من يتعرض للخطر⁽⁶⁾. وقد يكون مصدر الواجب القانوني هو القانون ذاته، كامتناع القاضي النظر في قضية معروضة أمام محكمته ((م 121 عقوبات يمانى))، أو يكون مصدره المبادئ العامة للقانون، كالالتزام المفروض على الأم في العناية بطفلها، أو يكون العقد هو المصدر، كما لو

(1) د. محمود نجيب حسني - علاقة السببية المصدر السابق، ص 30. وأنظر كذلك د. جلال ثروت - نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن - منشأة المعارف - الإسكندرية 1986 - ص 56.

(2) د. يسر أنور علي - شرح قانون العقوبات - القسم العام - بدون ذكر للطبعة - 1992 - ص 267.

(3) د. إبراهيم عطا شعبان - النظرية العامة للامتناع في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي جامعة القاهرة - كلية الحقوق - 1981 - ص 47.

(4) د. مأمون سلامة - شرح قانون العقوبات - القسم العام المصدر السابق، ص 134.

(5) د. محمود نجيب حسني - علاقة السببية المصدر السابق، ص 441.

(6) د. فوزية عبد الستار - المصدر السابق - ص 245 وما بعدها.

وقعت جريمة قتل من مدرب السباحة إذا امتنع عن إنقاذ تلميذه من الغرق بخلاف العقد. ويطلق على الجريمة التي تقع عن طريق الامتناع بالجريمة السلبية، والجريمة التي تقع نتيجة نشاط إيجابي بالجريمة الإيجابية⁽¹⁾. والسلوك ذو كيان أصله إرادي، لأنه إيجابياً كان أم سلبياً لا يكفيهِ لكيما يكتسب قيمته الجنائية مجرد توفر العنصر المادي له، بل لا بد وأن تتوفر رابطة نفسية بين إرادة الفاعل وذلك السلوك، وأن تكون إرادة حرة واعية حتى تكون للفعل المادي قيمته القانونية⁽²⁾. فالفعل والامتناع كلاهما سلوك إنساني لا يعتد به القانون ما لم يصدر عن إرادة، ويرتبط دور الإرادة القانوني بالتمييز بين الحركات الإرادية والحركات اللاإرادية - الحركات اللاشعورية -⁽³⁾، فيعتد القانون بالأولى ويرتب عليها آثاره، بينما لا يحفل بالأخرى ولا يرتب عليها آثاره. ولا نعني بالأصل الإرادي للسلوك أن الإرادة عنصر في الفعل، ولا نؤمن بالخلط بينهما، ولكننا نعني بذلك أن الإرادة ومقامها الركن المعنوي ترد على الفعل ومقامه الركن المادي - عند قيام المسؤولية - فتدفع به إلى الظهور بصورة نشاط مادي جرمي، وندع تبرير هذا الرأي إلى موضع لاحق.

أما السلوك في الفقه الإسلامي فلا يختلف في معناه عما هو في القانون الجنائي، إذ إن السلوك في الفقه الإسلامي عبارة عن حركة إرادية تحدث تغييراً في العالم الخارجي، سواء بصورة مباشرة كأفعال الضرب والجرح⁽⁴⁾، أو بصورة غير مباشرة كمن يحفر حفرة للإضرار بشخص معين ثم يقع ذلك الشخص في الحفرة، الأمر الذي يؤدي إلى وفاته، أو بإغراء حيوان للاعتداء على المجني عليه⁽⁵⁾. وبذلك تخرج التصرفات الإرادية الباطنية التي لا تحدث أثراً في العالم الخارجي بشكل ملموس والحركات اللاإرادية عن هذا النطاق⁽⁶⁾. وإن الفقه الإسلامي يساوي بين النشاط الإيجابي ((الفعل)) والنشاط السلبي ((الامتناع)) من حيث ترتيب الآثار. ويتحقق السلوك الإيجابي إذا عمل الإنسان عملاً ينشأ عنه الضرر، كأن يطرح المجني عليه في نار حتى يموت أو أن

(1) د. محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على الأشخاص - ط4 - منشورات وزارة الثقافة - دمشق - 1990 - ص 159.

(2) د. مأمون محمد سلامة - شرح قانون العقوبات - القسم العام المصدر السابق، ص 127 وما بعدها.

(3) د. جلال ثروت - نظرية الجريمة المتعدية القصد - ص 58 وما بعدها.

(4) الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي - الأم - ج6 - دار الكتب العلمية - بيروت - بدون سنة طبع - ص 108.

(5) أبي البركات سيدي أحمد الدردير - الشرح الكبير - ج4 - دار إحياء الكتب العربية - إصدار عيسى البابي الحلبي - بدون سنة طبع - ص 14.

(6) إبراهيم عطا شعبان - المصدر السابق - ص 54.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

يرميه بخنجر⁽¹⁾، أو يجعل الدابة تقف في الطريق العام، أو يرش المياه فيه. أما السلوك السلبي فإنه يتحقق إذا قصر الإنسان في القيام بما يجب القيام به شرعاً أو عرفاً⁽²⁾. فإذا وقع طفل من سطح فمات، فإن كان ممن يحفظ نفسه كان هذا بمنزلة البالغ، وإن كان ممن لا يحفظ نفسه فعلى أبويه الدية والكفارة، لأن حفظه عليهما فتجب الكفارة عليهما إن كان في حجرهما، وإن كان في حجر أحدهما فالكفارة عليه⁽³⁾.

فالقاعدة أن الممتنع يسأل عن النتيجة الإجرامية التي ترتبت على ذلك الامتناع كلما أستوجب التدخل شرعاً أو عرفاً⁽⁴⁾. والمعيار الذي أخذ به الفقه الإسلامي يتسع لحالات كثيرة خلافاً للمعيار الذي أخذ به القانون الوضعي، وهذا يوضح مقدار عناية الفقه الإسلامي بحق الإنسان على الإنسان وإن لم يكن بينهما التزام خاص⁽⁵⁾.

المبحث الثاني

صور السلوك وتمييزه عن الوسيلة

يجدر بنا ونحن نخوض في بيان أحكام المضامين الجدلية في طبيعة السلوك الإجرامي أن نمر على صور السلوك في مطلب أول، وفي المطلب الثاني نقف عند تمييز السلوك عن الوسيلة.

(1) تصنيف أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري - الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي - شرح مختصر المزني - ج12 - ط1 - دار الكتب العلمية - بيروت (1414 هـ - 1994م) - ص 141.

(2) الإمام محمد شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - ط2 - دار القلم - القاهرة - 1964 - ص 426.

(3) الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - ط2 - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - (1383 هـ - 1973م) - ص 394.

(4) الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة - المغني مع الشرح الكبير - ج9 - دار الكتب العلمية - بيروت - ص 580.

(5) الإمام محمد شلتوت، المصدر السابق، ص 428.

المطلب الأول

صور السلوك

إن وسيلة الفعل المعنوي أو ما يسمى بارتكاب الجريمة بوسيلة نفسية أو معنوية وأثره في بلوغ النتيجة الجرمية هو أمر يخرج عن نطاق القانون والمنطق، إذ يجب النظر فحسب إلى مدى كفاية الوسيلة ((معنوية كانت أم مادية)) في صوغ النتيجة، الأمر الذي يخرج المشكلة من نطاق نظرية السلوك ويدخلها في نطاق نظرية السببية، وبالتالي فلا يصح البحث في صلاحية الوسيلة النفسية لبلوغ النتيجة الجرمية من جانب الفقه القانوني ولو سلمنا بصعوبة إثبات سببيتها، إذ إن هذه مسألة فنية يقول الطب فيها كلمته في كل قضية على حدة، وهو عموماً لا ينكر على هذه الوسيلة قدرتها على إحداث النتيجة الجرمية كالوفاة⁽¹⁾. ولقد كان مبعث هذا الخلاف إنكار الفقه الفرنسي على هذه الوسيلة كفايتها في إحداث القتل، إذ لا يقع القتل وفقاً لهذا الفقه إلا بوسائل مادية ملموسة تنزل بجسد الضحية، ولم يكن مبعث هذا الرأي اعتبارات نظرية، بل اعتبارات عملية تكمن في صعوبة إثبات السببية المادية فيها بين الوفاة والوسيلة المعنوية⁽²⁾. ولكن الفقيه الفرنسي ((مسيو روتيه)) قد خالف جمع الفقهاء الفرنسيين ودعا إلى الاعتراف بالقتل الحاصل بوسيلة معنوية متى نهضت السببية بين الفعل والنتيجة الجرمية⁽³⁾. كما أن الفقيه الفرنسي روتر ((Rauter)) كان قد قال في بداية القرن التاسع عشر بخصوص القتل بوسائل الإرهاب المعنوي أو التعذيب النفسي: ((إن إمرءاً يترع لزوجه وولده كؤوس الهم والغم والأسى، وينزل بهما صنوف الإساءة والإرهاب والتعذيب والترويع، حتى يطفىء فيهما حذوة الحياة، ويهد قواهما، ويدفع بهما إلى القبر، لهو مجرم شديد الإجرام، وحري به عقاب القتل))⁽⁴⁾. بيد أن الأمر اختلف بعد ذلك إذ استقر الفقه الفرنسي على عدم صلاحية الأفعال المعنوية في تكوين الركن المادي لجرائم القتل العمد لاستحالة إثبات السببية. ولعل مرد هذا التشدد يعود إلى التشدد في الضوابط التي يضعها الفقه الفرنسي لرابطة السببية، فهو يشترط أن تكون السببية مباشرة ومنتجة، بأن يكون فعل الجاني مباشراً منتجاً في حدوث الوفاة⁽⁵⁾.

(1) د. عوض محمد - جرائم الأشخاص والأموال المصدر السابق، ص 17 وما بعدها.

(2) د. محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات - القسم الخاص المصدر السابق، ص 416 وما بعدها.

(3) د. نظام الدين عبد الحميد - المصدر السابق - ص 113 وما بعدها.

(4) د. محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على الأشخاص المصدر السابق، ص 151.

(5) د. محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على الأشخاص المصدر السابق، ص 152 وما بعدها.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

وهذا في تصورنا تضيق في اشتراط السببية لا نجد تبريراً له يفضي إلى إفلات عتاة المجرمين ممن يمتلكون نيات جرمية خطيرة استحالت إلى جرائم ملموسة، وقد نفذوا من العقاب لا شيء إلا لسلوكهم وسيلة تختلف عما هو مألوف لدى الناس في سبيل بلوغ جرائمهم، فترك القانون أمرهم وهم طلقاء لمجرد إحساسه بصعوبة إثبات جرائمهم.

ذهب الشراح الفرنسيون في مذهبهم إلى القول إن الوسيلة التي يستخدمها الجاني للقتل يجب أن تكون مادية، إذ إن الوسيلة المعنوية تعد السببية فيها غير مباشرة في وقت يشترط فيه القانون السببية المباشرة. ولكن الحقيقية أن القانون لم يتطلب ذلك، بل جاءت عباراته فضفاضة رحبة لا تفرق بين وسيلة مادية أو معنوية، فليس من العدل في شيء أن يفلت من العقاب مجرم يلقي على مسامح مريض ما خيراً مؤلماً ويكون عالماً بأن حالته الصحية لا تحمل ذلك، قاصداً كل القصد قتله، فيخر المريض ميتاً فور سماعه الخبر⁽¹⁾.

لو ألقينا المادة ((28 عقوبات عراقي)) لوجدنا لنا سنداً في القول بأن التعبير عن السلوك الجرمي جاء مطلقاً يتسع للفعل المادي أو المعنوي، فقد نصت على أن ((الركن المادي للجريمة سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون أو الامتناع عن فعل أمر به القانون)).

أما الفقه المصري والسوري والألماني والسويسري والروسي فإن الغالب فيه عدم التفرقة في المعاقبة على القتل بين أن يقع بوسيلة مادية أو كيميائية أو نفسية⁽²⁾.

يميل الفقه الجزائري الحديث في إنكلترا أيضاً إلى إمكان بلوغ القتل بوسائل غير مادية، وفي قضية عرضت على محكمة جنايات ميدستون عام 1908 وهي قضية ((هيوارد))، أن هيوارد هذا كان قد غضب من زوجته غضباً بالغاً، وطفق يهددها ويتوعدها فخشيت المغبة، وفرت مسرعة، وهو يلحق بها متوعداً ومهدداً في عرض الطريق حيث سقطت مغشياً عليها، فقتل الزوج الغاضب الصاحب عائداً إدراجه تاركاً زوجته بعد أن ركلها على ذراعها الأيسر، ولما حاول بعض المارة إفاقة زوجته من كبوتها اكتشفوا أنها قد فارقت الحياة، وجاء في تقرير الصفة التشريحية أن الوفاة لم تكن نتيجة ركل الزوج وإنما كان ((النهى العصبي)) هو سبب الوفاة، إذ كانت تعاني تلك المرأة من غدة سعتريّة مزمنة تحت القلب، بحيث إن الإرهاق المعنوي أو الجسدي كاف لإنهاء

(1) د. أحمد أمين - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ط3 - مكتبة النهضة ببيروت - بغداد - بدون ذكر للسنة - ص 311 وما بعدها.

(2) د. محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على الأشخاص المصدر السابق، ص 154.

حياتها. وجاء في توصيات القاضي ((ريدلي)) لهيئة المحلفين أن القتل يمكن أن يقع بالترويع أو التهديد غير المشروع بالعنف، ولا عبء بعد ذلك بإصابة المجني عليها بالغدة السعترية سواء علم الجاني بها أم لا، مادام فعل الاعتداء قد عجل بموت المجني عليها. وقد أدين الفاعل بجريمة القتل الخالي من نية إزهاق الروح ((Manslaughter))⁽¹⁾. ويسوق الأستاذ ستيفن ((Stephen)) أمثله على القتل بطرق معنوية، فيعد قاتلاً من أجبر آخر على البقاء يقضاً حتى أثير غضبه وحنقه ومات بسبب اليقظة، وكان قاصداً قتله. وكذلك يعد قاتلاً الوريث الذي يأتي مورثه الذي يعاني من مرض تحدد الأوعية الدموية في القلب ويدخل عليه غرفته الموصدة ويصرخ في آذانه قائلاً ((زوجتك ماتت)) قاصداً قتله فيموت من أثر الصراخ والخبر المفزع⁽²⁾.

وفي قضية ((R)) ضد ((Towers)) في عام 1974، هاجم المتهم امرأة وأمسك بشعرها وضربها بينما كانت تحمل طفلاً بين ذراعيها يناهز عمره أربعة أشهر، فتعالى صراخها حتى امتقع وجه الطفل وتحول لونه إلى لون مخيف داكن، ثم وافاه الأجل بعد ستة أشهر عانى خلالها من تشنجات ألهمت جسده النحيل بعد أن كانت صحته جيدة قبل الهجوم. فأدين المتهم بقتل الطفل عمداً⁽³⁾.

ويثار في هذا الصدد أمر بالغ الأهمية يكمن في مراوغة الضحية أو هروبها إثر تهديد الجاني لها أو ذعرها من فعله غير المشروع فتتخذ الضحية فعلاً معيناً لتجنب ذلك فنهلك نفسها. فإن كان تصرف الضحية معقولاً ومنتوقاً فإن الجاني يعد مسؤولاً عما يسفر عنه تصرف الضحية⁽⁴⁾. وفي قضية من القضاء الإنكليزي أتهم المستأنف للدعوى بجريمة القتل العمد وأدين عن جريمة قتل خطأ في قضية تدور حول رجل تشاجر مع عشيقته التي تسكن معه فر غرفة نومه، فحاول أن يضربها وهي تصرخ ((دعني أخرج)) و ((جريمة قتل)) و ((الشرطة))، وقبل أن يلمسها العشيق ألقت بنفسها من النافذة، فماتت⁽⁵⁾. وفي قضية أخرى أخذ المتهم ((P))

(1) د. محمد الفاضل - المصدر السابق نفسه - ص 154 وما بعدها.

(2) Smith and Hogan - Criminal Law - Cases and Materials - Sixth edition Butter Worths - London - Dublin and Edinburgh - 1996. P. 354 - 355.

(3) D.W. Elliott and J.C. Wood - A case Book On Criminal Law -third edition - London - Sweet and Maxwell - 1974 . P. 55.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

بتهديد السلاح فتاة يحبها تدعى ((K)) عنوة من دار أهلها وكانت حاملاً في الشهر السادس من حملها، فطاردته الشرطة وأمتثل لأمرها وتوقف إلا أنه وضع الفتاة أمامه كستار، وفجأة هربت الفتاة وأفلتت نفسها من بين يديه فأطلق النار على الشرطة فوراً، ثم رد عليه ضابطي الشرطة بإطلاق النار بشكل غريزي عشوائي فأصيبت الفتاة وماتت. فأدين المتهم ((المختطف)) بجريمة القتل غير العمدي إضافة إلى التهم الأخرى طبعاً. فطعن المتهم بالحكم مدعياً انقطاع السببية بين هروب الفتاة والوفاة، فتعقدت القضية. فردت عليه المحكمة العليا بالقول إن الضابطين قد أطلقا النار دفاعاً عن نفسيهما وإن محاولة هروب الفتاة للتخلص من عنف المتهم وتهديده كانت مجرى معقولاً للأحداث، وإن ذلك في الحقيقة هو الذي تسبب في موت الفتاة، فضلاً عن كون إطلاق الضابطين النار خطأ على الفتاة كان قد سببه فعل المتهم⁽¹⁾.

أما في الشريعة الإسلامية فإن القتل بالطريقة المعنوية عند المالكية والظاهرية يعد قتلاً عمداً فالمقصود بالقتل العمد عندهم هو القتل بما يقتل به مثله، فإذا تعمد شخص عداوة إلقاء حية سامة على شخص آخر فمات الأخير من الفزع دون أن تلدغه، فإنه يكون قاتلاً عمداً ويستحق القصاص. أما الشافعية فلهم رأي مشابه، إذ هم يقولون بلزوم القصاص أو الدية على من يقصد إفزاع طفل أو إفزاع ضعيف التمييز أو امرأة مختلة أو بالغ مجنون بصيحة منكرة أو بصوت مزعج يصدره من آلة إذا وقع أيهم من الفزع ومات بعد مدة. أما الأحناف فلهم رأي مخالف إذ هم يقررون إن صاح شخص بوجه آخر فمات الأخير فلا قصاص على ذلك الشخص.

أما السحر، وهو أمر معنوي، فقد قال فيه صاحب المذهب وصاحب الأنوار والحنابلة، إن كان من النوع الذي يقتل غالباً، وسبب فاعله موت أحد به فإنه قاتل عامد يستحق القود لأنه قتل بما يقتل غالباً، وإن الساحر إذا تمكن من قتل إنسان فهو إنما يفعل ذلك بما وفر لديه من وسائل ذات تأثير نفسي على شخص المجني عليه بعد انقياد هذا الأخير إلى أوامره، فالقتل على هذا الوجه يعد قتلاً عمداً ولو صدر من ساحر إذا تم إيقاعه على وجه يقتل غالباً عند الشافعية والحنابلة والمالكية والظاهرية.

المطلب الثاني

تمييز السلوك عن الوسيلة

يذهب الفقه الايطالي الى عدم جواز التفرقة بين السلوك والوسيلة المستعملة في تنفيذه، على اعتبار أن تلك الوسيلة ليس لها في الواقع القانوني كيان ذاتي مستقل عن السلوك، فهي تندمج فيه. لأن استعمال الفاعل لوسيلة معينة في تنفيذ سلوكه الارادي ليس هو في الحقيقة سوى نوع أو نمط أو طراز لهذا السلوك. والحقيقة ، أن الأمر غير ذلك ، إذ إن طراز السلوك أو نوعه وشكله أمر يختلف عن الوسيلة المستعملة في تنفيذ السلوك ، ((فالطراز)): ما هو الا وصف للكيفية التي أخرج بها الفاعل سلوكه الى حيز الواقع. أي هو عبارة عن صورة أو نمط من أنماط التعبير الحركي عن الارادة. على حين تمثل ((الوسيلة)): الأداة أو الآلة نفسها التي يستعين بها الجاني في تنفيذ سلوكه الارادي أيأ كان طراز هذا السلوك. الأمر الذي يعني أن مفهوم ((الوسيلة)) التي يتطلب المشرع استعمال الفاعل ايأها في تنفيذ سلوكه الارادي أيأ كان طرازه يتمثل في كون الوسيلة هي الآلة أو الأداة ، أي الشيء المادي الذي يكون له كيانه الذاتي المستقل والتميز عن السلوك نفسه، أيأ كانت الكيفية أو الصورة التي أخرج بها الفاعل هذا السلوك الى عالم الواقع الظاهر⁽¹⁾ .

ينبغي اذا عدم الخلط بين أداة الجريمة وموضوعها، فبينما يمثل موضوع الجريمة الشخص أو الشيء الذي ينصب عليه سلوك الجاني، تمثل الأداة الوسيلة التي ينفذ الجاني بها الجريمة في ذلك الموضوع. غير أن هذه التفرقة لا تكون يسيرة في كل الحالات، فنرى في كثير من الجرائم اختلاط الموضوع بالأداة ، ولا سيما في الجرائم التي يتمثل ركنها المادي باستعمال شيء معين، كما في جريمة استعمال المفرقات أو المتفجرات استعمالاً من شأنه تعريض حياة الناس للخطر (المادة/345 عقوبات عراقي)، وجريمة استعمال المحرر المزور (المادة/298 عقوبات عراقي) التي يكون فيها المحرر هو موضوع السلوك وفي الوقت نفسه تكون الأداة المستعملة في هذا السلوك. وليس الأمر كذلك في جريمة من يصنع أو يحوز من غير مسوغ أدوات أو آلات أو معدات تستعمل في تقليد العملة أو تزيفها أو تزويرها (المادة/285 عقوبات عراقي)، إذ تعد هذه الأشياء بمثابة الموضوع الذي ينصب عليه سلوك الفاعل لا بمثابة اداة لهذا السلوك.

(1). د. محمد زكي محمود - المصدر السابق - ص 137 وما بعدها.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

ولإمكان القول ان هناك أداة معينة لا بد منها لقيام الجريمة، فان أنموذج الجريمة يجب أن يكون مباشراً في طلبه هذه الأداة عن طريق عبارة واضحة تفيد لزومها. وكثيراً ما تعبر الصيغة الواردة بشأن ذلك عن وصف لصورة من صور سلوك الفاعل وليس وصفاً لحقيقة الأداة المستخدمة في السلوك، وهذا مانراه حقيقة في عبارة (الطرق الاحتمالية) الواردة في جريمة الاحتيال(المادة/1/456/أ عقوبات عراقي).

وتثير أداة الجريمة صعوبات كثيرة وكبيرة يقف في مقدمتها التعريف بماهية الأداة نفسها، وحصراً ما يدخل في معناها وتحديده، الأمر الذي ينبغي معه تحديد المشرع اياها بدقة، كما يفعل في تحديده المقصود بالسلاح أو المفردات ونحوها. وتثير الأداة ايضاً صعوبة اخرى غير التعريف بها، وذلك حين تكون الأداة حيواناً. فقد يستخدم الجاني حيواناً ويسخره لارتكاب الجريمة بدلاً عنه، دون أن يكون لازماً بحسب أنموذجها استخدام الحيوان خاصة في تنفيذها. فاذا أطلق الجاني حيواناً لغرض السرقة، فانه يكون قد استنفذ من جانبه السلوك اللازم لتنفيذ السرقة، فاذا وقعت تامة سئل الفاعل عن جريمة تامة، والا فيسأل عن جريمة شروع تام في صورته الخائبة⁽¹⁾.

وإذا كانت الوسيلة (مطلقة) لا يشترطها المشرع لقيام الجريمة، والغلط فيها يكون (جوهرياً) نافياً للقصد، أو كانت الوسيلة ((مقيدة)) يستلزمها المشرع لقيام الجريمة ويعلق عليها أهمية قانونية، والغلط فيها يكون (ثانويًا) لا يؤثر في توافر القصد. فان البحث في الحالات الاستثنائية التي جاءت على سبيل الحصر في القانون في بعض الوسائل التي تطلبها المشرع في تنفيذ الجريمة يكون أمراً لازماً لا بد من ولوجه.

ودوننا الاحكام القانونية في بعض الوسائل المقيدة :

لا ينهض القصد الجرمي قائماً الا بانصراف ارادة الفاعل الى السلوك المكون للجريمة والى كل العناصر الأخرى التي يتطلبها أنموذجها القانوني، وهو فوق ذلك علم حقيقي بكل هذه العناصر. وهكذا يقتضي ذلك القصد بالضرورة توافر علم الفاعل علماً فعلياً وصحيحاً بماهية الاداة أو الوسيلة التي يستلزم المشرع استعمالها في تنفيذ

(1). د. د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي المصدر السابق، ص 665 - 667. وهذه هي حالة (الفاعل المادي) وتختلف عن حالة (الفاعل المعنوي) حيث يدفع الفاعل بأية وسيلة شخصاً غير مسؤول جزائياً لاي سبب على تنفيذ الجريمة (المادة/3/47 من قانون العقوبات العراقي).

سلوكه. ويكون الغلط في ماهيتها أو اعتقاده الزائف بأنها ليست هي الوسيلة التي نص القانون عليها، في حين انها كذلك، أمر لا ريب ينفي القصد الجرمي لدى الفاعل.⁽¹⁾

وحسبنا أن نستعرض بعض النماذج القانونية لجرائم معينة في التشريع الجنائي العراقي لا يتكامل لها كيانها المادي أو الموضوعي الا اذا استعمل الجاني في مباشرة سلوكه وسيلة معينة كونها جاءت في نص مستقل عن نص المادة (405) عقوبات، وهي في حقيقتها لا تعدو ان تكون ظرفاً مشدداً لجريمة النص الأصلي . فالمشرع قد حددها حيناً في صورة استعمال مادة سامة أو مفرقة أو متفجرة حين نص في (المادة/406 عقوبات عراقي) على أنه: ((1. يعاقب بالاعدام من قتل نفساً عمداً في احدى الحالات التالية... ب. اذا حصل القتل باستعمال مادة سامة ، أو مفرقة أو متفجرة)). وكذلك (المادة/482/ثانيا عقوبات عراقي) بقولها ((يعاقب بالحبس ... من سمّ سمكاً من الاسماك الموجودة في نهر أو ترعة أو غدير أو مستنقع أو حوض أو استعمل في صيدها أو اتلافها طريقة من طرق الابادة الجماعية كالمتفجرات والمواد الكيماوية والوسائل الكهربائية وغيرها)).

وحدد المشرع العراقي الوسيلة حيناً آخر في صورة استعمال السلاح وبعض الآلات والمواد الأخرى في جرائم الجرح والضرب والايذاء العمد، ومثل ذلك ما نصت عليه (المادة/1/267 عقوبات) بقولها ((... وتكون العقوبة الحبس اذا وقعت الجريمة ... أو بالتهديد أو بالعنف... وتكون العقوبة السجن ... اذا وقعت الجريمة باستعمال السلاح أو بالتهديد باستعماله))، وكذلك ماجاء في نص (المادة/3/413 عقوبات) بقولها ((وتكون العقوبة الحبس اذا حدث الايذاء باستعمال سلاح ناري أو آلة معدة لغرض الايذاء أو مادة محرقة أو آكلة أو ضارة)). وكذلك هو الأمر في جرائم السرقة الواردة في (المواد/3/440 و 3/441 و 442/أولاً/ثانياً و 443/ثانياً و 444/ثالثاً عقوبات) وكلها تقضي بمعاينة الفاعل بعقوبات مشددة اذا ارتكب جريمة السرقة وهو يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً أو يستخدمه. وفي هذه النصوص يشترط المشرع أن يكون الجاني قد استعمل واقعياً في تهديده المجني عليه أو في سرقة أمواله ((السلاح)) الناري أو الآلة أو المادة المذكورة في النص، فإذا استعمل وسيلة اخرى لا يتكامل الكيان المادي لأنموذج الجريمة، كما لو لجأ الجاني في التهديد أو في السرقة الى استعمال قبضة يده أو رجله أو هدد المجني عليه بهتك عرضه أو اختطافه أو افشاء أسراراً خطيرة تتعلق به أو حتى اذا

(1). د. د. محمد زكي محمود - المصدر السابق - ص138 وما بعدها.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

هَدَّ بقتله، مهما كان تأثير هذه الوسائل ومهما بلغ وقعها في ترويع المجني عليه وشلَّ مقاومته أو اضعافها، وأن أمكن في أحيان معينة أن تكون هذه الوسائل العنيفة سبباً للتشديد في نصوص أخرى لاسيما في جريمة السرقة. وقد توسَّع جانب من الفقه المصري في مدلول كلمة ((السلح)) في هذه الجرائم الى الحد الذي جعل فيه السلح يشمل كل الأدوات الصالحة للاعتداء بطبيعتها، كالمسدس والبندقية والسكين ونحوها، أو المخصصة أصلاً للاستعمال في الحياة الاعتيادية كالعصا والحجر ونحوها. وهذا توسع يعوزه المستوغ والدليل.

وبعد، فإن الغلط في ماهية الوسيلة أمر بعيد التصوّر اذا ورد فيها نص محدد. بيد أن ورود عبارات فضفاضة واسعة مثل عبارة ((وغيرها من الآلات)) أو عبارة ((أية وسيلة أخرى)) وغيرها من العبارات غير المحددة يمكن أن يثير الخلط والغلط في ماهية الوسيلة، ولاسيما ان هناك من الوسائل ماتكون قابلة للتأويل. ومثل ذلك النص على استعمال (المواد السامة) من دون تحديد طبيعة هذه المواد التي هي على أنواع كثيرة وأنماط مختلفة وتأثيرات متفاوتة، فمنها السموم النباتية والحيوانية والمعدنية، وهي مواد لاتحمل في هيأتها المحسوسة دليلاً على ماهيتها الحقيقية ولا تفصح بذاتها أو بمظهرها أو بمذاقها عن فاعليتها وهويتها، وان أنماطها تتشابه في الغالب فيما بينها ومع غيرها من المواد غير السامة، الأمر الذي عادةً ما يضطر معه القاضي أو المحقق الى الاستعانة بالخبراء والمختصين للفصل في ذلك⁽¹⁾. وبناءً على ذلك، فإن الفاعل اذا اعتقد اعتقاداً زائفاً بأنه يستعمل مادة غير سامة - في حين أنها سامة - فإنه لايسأل عن جريمة القتل بالتسميم المنصوص عليها في المادتين (1/406/ ب و 482/ ثانياً عقوبات عراقي).

وأكثر من ذلك، فإن الغلط في وسيلة السلوك، كالغلط في وسيلة السم مثلاً، قد يعد قرينة على انتفاء نية ازهاق الروح نفسها كلياً، فلايسأل عن قتل عمدي بكل صورته ونماذجه بل يسأل عن قتل خطأ اذا توافرت أركانه؛ فالصيدلي الذي يستبدل مادة غير سامة في دواء قام بتحضيره بأخرى سامة، معتقداً بحسن نية وبناءً على أسباب مقعولة بأنها غير سامة، ويموت المجني عليه، فإنه لايسأل عن قتل عمدي. لا بل انه لا يسأل مطلقاً حتى عن قتل غير عمدي في حالة ما لو أنه أعطى الى آخر جرعة دواء ظاناً أنها الجرعة المقصودة ولم يكن يعلم أن شخصاً ما قد استبدلها بجرعة سامة قضت على المجني عليه فور تناولها. وكذلك هو الحال في استعمال المفرعات والمتفجرات، فمن يقذف بشيء أو أداة - وجدها في الطريق صدفة- أمام أحد المنازل من دون أن

(1). يُنظر تفصيلاً: د. سليم حربية-القتل العمد ووصافه المختلفة- ط1-مطبعة بابل/بغداد-1988-ص225-235.

يعلم بأنها قنبلة صغيرة ومعتقداً بأنها قطعة حديدية اعتيادية ثم تنفجر وتحدث أضراراً بالمنزل واهله لا يعد القصد الجرمي متوافراً لديه¹.

وتعد المنشورات مثل الصحف والمجلات وحتى الكتب أحياناً من قبيل أدوات الجريمة وذلك في جرائم النشر ، فالصحف مثلاً تعد وسيلة للعلانية في الجرائم التي يستلزم القانون العلانية فيها بصفتها عنصراً يدخل في تكوين أنموذجها الجرمي، فقد نصت (المادة/81 عقوبات عراقي) على أنه ((مع عدم الاخلال بالمسؤولية الجزائية بالنسبة الى مؤلف الكتاب أو واضع الرسم الى غير ذلك من طرق التعبير يعاقب رئيس تحرير الصحيفة بصفته فاعلاً للجرائم التي ارتكبت بواسطة صحيفته واذا لم يكن ثمة رئيس تحرير يعاقب المحرر المسؤول عن القسم الذي يحصل فيه النشر...))، وكذلك جريمة النشر الماسة بسير القضاء في(المادة/236 عقوبات عراقي) التي نصت على أنه ((يعاقب بالحبس ... من نشر باحدى طرق العلانية: 1. أخبار بشأن محاكمة قرر القانون سريانها أو منعت المحكمة نشرها أو تحقيقاً قائماً في جنابة أو جنحة أو وثيقة من وثائق هذا التحقيق اذا كانت سلطة التحقيق قد حظرت اذاعة شيء عنه. 2. أخبار بشأن التحقيقات أو الاجراءات في دعاوى النسب أو الزوجية أو الطلاق أو الهجر أو التفريق أو الزنا. 3. مداولات المحاكم. 4. ما جرى في الجلسات العلنية للمحاكم بغير أمانة وبسوء قصد. 5. نشر أسماء أو صور المجنى عليهم في جرائم الاغتصاب والاعتداء على العرض واسماء أو صور المتهمين الأحداث. 6. ماجرى في الدعاوى المدنية أو الجنائية التي قررت المحاكم سماعها في جلسة سرية أو ماجرى في التحقيقات أو الاجراءات المتعلقة بجرائم القذف أو السب أو افشاء الاسرار، ولا عقاب على مجرد نشر الحكم اذا تم بإذن المحكمة المختصة)). ولو ألفينا المادة (287 عقوبات عراقي)⁽²⁾ لوجدنا أن الفقرة الأولى

(1). د. محمد زكي محمود - المصدر السابق - ص139-144.

(2). تنص المادة (287 من قانون العقوبات العراقي) على أنه ((1. يقع التزوير المادي باحدى الطرق التالية: أ. وضع امضاء أو بصمة ابهام أو ختم مزورة أو تغيير امضاء أو بصمة ابهام أو ختم صحيحة. ب. الحصول بطريق المباغته أو الغش على امضاء أو بصمة أو ختم لشخص لا يعلم مضمون المحرر على حقيقته. ج. ملء ورقة ممضاة أو مبسوطة أو مختومة على بياض بغير اقرار صاحب الامضاء أو البصمة أو الختم. وكذلك اساءة استعمال الامضاء أو البصمة أو الختم. د. اجراء أي تغيير بالاضافة أو الحذف أو التعديل أو بغير ذلك في كتابة المحرر أو الارقام أو الصور أو العلامات أو أي أمر آخر مثبت فيه. هـ. اصطناع محرر أو تقليده. 2. ويقع التزوير المعنوي باحدى الطرق التالية:- أ. تغيير اقرار أولي الشأن الذي كان الغرض من تحرير المحرر ادراجه فيه. ب. جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة مع العلم بتزويرها. ج. جعل واقعة غير معترف بها في صورة واقعة معترف بها. د. انتحال شخصية الغير أو استبدالها أو الاتصاف بصفة غير صحيحة وعلى وجه العموم تحريف الحقيقة في محرر أو اغفال ذكر بيان فيه حال تحريره فيما أعذ لاثباته)).

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

.....

منها تحدد صراحة طرق التزوير المادي، والفقرة الثانية تحدد صراحة أيضاً طرق التزوير المعنوي. وقد أشارت الفقرة (1/ب) من هذه المادة الى احدى طرق التزوير المادي وهي ((الحصول بطريق المباغثة أو الغش على امضاء أو بصمة أو ختم لشخص لا يعلم مضمون المحرر على حقيقته)). وطبقاً لهذه الطريقة ، يعد الامضاء أو بصمة الابهام أو الختم مزوراً على الرغم من صدوره عن صاحبه ، مادام الجاني قد حملته على التوقيع من دون أن يعلم بمضمون المحرر على حقيقته، ويكون ذلك بكل ما يحمل الانسان على الغلط الذي يجعله يقوم بالتوقيع من دون علمه بمحتويات المحرر على حقيقته. ومثال ذلك من يحرر اقراراً بدينٍ على شخص معين ثم يدس المحرر بين أوراق أخرى يقوم المجني عليه بتوقيعها، فيوقع المحرر الذي دس له معتقداً أنه صورة من تلك الأوراق دون أن ينتبه الى حقيقة مافي المحرر المزور⁽¹⁾. وكذلك هو الأمر في (المادة/292 عقوبات عراقي) وقد نصت على أنه ((يعاقب... من توصل بانتحال اسم كاذب أو شخصية كاذبة الى الحصول على أية رخصة رسمية أو تذكرة هوية أو تذكرة انتخاب عام أو تصريح نقل أو انتقال أو مرور داخل البلاد ...) ، وقد حدّد المشرّع في هذه المادة الوسيلة التي يتمكّن من خلالها الفاعل ارتكاب جريمته، مثلما فعل المشرّع في نص (المادة/456 عقوبات) الخاصة بالاحتيال ونصّها: ((يعاقب بالحبس كل من توصل الى تسلّم أو نقل حيازة مال منقول مملوك للغير لنفسه أو الى شخص آخر وذلك باحدى الوسائل التالية:- أ. باستعمال طرق احتيالية . ب. باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة أو تقرير أمر كاذب عن واقعة معينة متى كان من شأن ذلك خدع المجني عليه وحمله على التسليم. 2. ...)). ويفهم من ذلك النص أن الاحتيال قوامه اعتداء على حق الملكية المنقولة أو العقارية، بأن يصدر عن المحتال فعل خداع باحدى الوسائل التي حددها النص فيتربّط عليه وقوع المجني عليه في ((الغلط)) الأمر الذي يحمله على الاقدام على تصرف مالي أو حى به المحتال اليه وجعله يعتقد أنه من مصلحة أو من مصلحة غيره، وكان من شأن هذا التصرف تسليم المال الى المحتال الذي يستولي عليه بنية تملكه⁽²⁾. ولا يكتمل الركن المادي في جريمة الاحتيال على حسب النص المتقدم الا اذا قامت رابطة سببية بين الوسيلة التي عوّل الجاني عليها في خدع المجني عليه وتسليم المال أو نقل حيازته. أي يتعين أن يثبت بأن تسليم المجني عليه المال الى الجاني قد حصل نتيجة الخداع الذي أوقع المجني عليه في الغلط. فرابطة السببية

(1). د. فخرى عبد الرزاق الحديثي - قانون العقوبات القسم الخاص المصدر السابق، ص33.

(2). د. عباس الحسني - شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته - المجلد الثاني/ القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال - مطبعة العاني/ بغداد - 1974 - ص241.

.....

في جريمة الاحتيال تفيد بأن وسيلة الجاني كانت بمثابة السبب الذي دفع المجني عليه الى التسليم. بمعنى أن المجني عليه قد انخدع بوسيلة الجاني فسلم المال اليه نتيجة لأثر الغش والخداع الذي انطلى عليه. وتنتفي السببية حين يثبت أن تسليم المال من طرف المجني عليه الى الجاني لم يكن حاصلًا بتأثير الغش والخداع، أو نتيجة الغلط الذي ولّته في نفسه الوسيلة التي استعملها الجاني، وانما حصل بسبب الخوف أو الرغبة في التصدق. ومثال ذلك أن يستعين الجاني في تدعيم مزاعمه باشخاص كانوا الى جانبه، الا أن هذه المزاعم لم تتطل على المجني عليه، فيسلم الى الجاني ماله خوفاً من بطش أولئك الذين استعان بهم الجاني في تأكيد ادعائه، فهنا تنتفي السببية بين تسليم المال والوسيلة الاحتمالية التي استعملها الجاني ازاء المجني عليه وعوّل عليها في تغليظه⁽¹⁾. وعليه يمكن القول بأنه ينبغي لقيام رابطة السببية في جريمة الاحتيال توافر ثلاثة شروط: الأول، وقوع المجني عليه في الغلط نتيجة استخدام الجاني احدى وسائل الخداع المنصوص عليها في (المادة/456 عقوبات) والثاني، أن يكون تسليم المال قد حصل نتيجة للغلط، أي أن يدفع الغلط المجني عليه الى تسليم المال الى الجاني. والثالث، أن يكون وقوع المجني عليه في الغلط قبل التسليم⁽²⁾.

واختلف الفقه حول الضابط الذي يعتد به لتحديد وقوع المجني عليه في غلط مؤثر بسبب فعل الاحتيال، بين معيار موضوعي يقاس غلط المجني عليه بموجبه على أساس رجل متوسط الذكاء والحرص (الرجل الاعتيادي)، ومعيار شخصي ينظر فيه الى المجني عليه والظروف التي وجد فيها، فان كان يقع في غلط نتيجة فعل الاحتيال الذي صدر عن الجاني فان رابطة السببية تعد قائمة بين فعل الاحتيال والغلط، ويسأل الجاني عنها. والمعيار الشخصي مفضّل على المعيار الموضوعي، لأنه يؤدي الى انضباط تحديد الغلط بالنظر الى كل حالة على حدة والى كل مجني عليه وظروفه، كما أنه يسمح بملاحقة كل أفعال الاحتيال التي من شأنها أن تؤثر في المجني عليهم وتوقعهم في الغلط، وهو يحقق في النهاية حماية لفئة من الناس البسطاء الذين يمثلون في الغالب هدف

(1). د. فخري عبد الرزاق الحديثي - قانون العقوبات القسم الخاص ، المصدر السابق، ص 390-392.

(2). ينظر شرح هذه الشروط تفصيلاً في مصدر : أياد حسين عباس العزاوي - جريمة الاحتيال في القانون العراقي - مطبعة عصام/بغداد - 1988 - ص 329-352 . وينظر التفصيل ايضاً في مصدر د. محمد زكي أبو عامر و د. عبد القادر القهوجي-المصدر السابق - ص 336 - 340.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

المحتالين⁽¹⁾. ومن القوانين التي اعتنقت المذهب الشخصي قانون العقوبات اللبناني اذ جاء في (المادة/655)⁽²⁾ عند بيانه للمناورات الاحتيالية مانصه: ((الأعمال التي من شأنها ايها المجرم عليه ... تفتيق كذوبية يصدقها المجرم عليه))، وقانون العقوبات العراقي اذ جاء في (المادة/1/456ب) مايتي: ((... متى كان من شأن ذلك خدع المجرم عليه وحمله على التسليم)).

ومن الجرائم الأخرى التي حدد المشرع فيها وسيلة تنفيذ الجريمة فكانت محل اعتبار ، جرائم الغش في المعاملات التجارية، فقد نصت (المادة/466 عقوبات عراقي) على أنه: ((يعاقب ... كل من تسبب في ارتفاع أو انخفاض أسعار السلع أو الاوراق المالية المعدة للتداول أو اختفاء سلعة من السلع المعدة للاستهلاك بإذاعته عمداً وقائع مختلفة أو اخباراً غير صحيحة أو ادعاءات كاذبة أو بارتكاب أي عمل ينطوي على غش أو تدليس))، والمادة (467 عقوبات عراقي) وقد نصت على انه:- ((يعاقب... من غش متعاقداً معه في : حقيقة بضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أو نوع البضاعة أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر فيها ذلك سبباً أساسياً في التعاقد أو كان الغش في عدد البضاعة أو مقدارها أو مقياسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو في ذاتية البضاعة اذا كان ماسلم منها غير ماتم التعاقد عليه)). كما نصت (المادة/الثانية عشرة) من قانون تنظيم التجارة رقم (20) لسنة 1970 علأنه:- ((يعاقب بالسجن... من غش في نوعية السلع المعدة للتصدير أو للإستهلاك المحلي أو أسبغ صفة على السلع المستوردة خلافاً لحقيقتها بقصد التخلص من أحكام أي قانون أو بيان صادر بمقتضى القانون أو ارتكب عمداً فعلاً يضاعف الثقة بتجارة العراق)). أما (المادة/الثالثة عشرة) من نفس القانون فقد نصت على انه:- ((يعاقب بالسجن ... 2. من تلاعب بالقوائم التجارية أو وضع عليها أسعاراً أو معلومات غير صحيحة))⁽³⁾ .

(1). د. محمد زكي أبو عامر و د. عبد القادر القهوجي - المصدر السابق - ص338 ومابعدها.

(2). وقد نصت المادة(655 عقوبات لبناني) على خمس وسائل للاحتيال هي: 1. استعمال الدساتس. 2. تفتيق الكذوبية أيدها شخص ثالث ولو عن حسن نية 3. التمهيد بظرف أو الافادة من ظرف موجود 4. التصرف في أموال منقولة أو غير منقولة مع العلم بأن ليس له صفة التصرف بها. استعمال اسم مستعار أو صفة كاذبة. أما (المادة/336 عقوبات مصري) و (المادة/417 عقوبات أردني) فقد قالت بأن جريمة النصب لا تتحقق الا باحدى وسائل التدليس الثلاث وهي:- 1. استعمال طرق احتيالية. 2. اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة. 3. التصرف في مال ليس ملكاً للجاني ولا له حق التصرف فيه. يُنظر: د. جلال ثروت - نظم القسم الخاص - ص141 - هامش رقم(1)

(3). واحياناً يشير المشرع صراحة في النص الى عدم أهمية الوسيلة أو الطريقة التي ترتكب بها الجريمة أو يشير الى عبارات فضفاضة واسعة وغير محددة، كما في نص (المادة/255 عقوبات عراقي) بقولها:- ((يعاقب بنفس عقوبة شاهد الزور:- 1.

ولو عدنا الى بعض القوانين الجنائية التي اخذت بمذهب تحديد الوسائل المعيرة عن النشاط التحريضي لوجدناها تشير الى بعض الوسائل التي يكون من شأنها إيهام الفاعل وتزيين أفعاله الجرمية أو توجيهه نحو الجريمة بخدع ودسائس تورث العزم لديه وتزيده اقداماً على ارتكاب الجريمة. وهنا يتمكّن المحرّض بوسائل احتيالية من دفع الفاعل نحو ارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون. ولو تطلّعنا الى وسائل الإيهام والتغليط التي يستخدمها المحرّض في ايقاع الفاعل في الغلط ثم ارتكاب الجريمة في ظل اعتقاد زائف مخالف للحقيقة، فاننا سنجدها لا تعدو عن ((المخادعة والدسيسة)) و((النصيحة أو الارشاد المضلل)). فقد أخذ بعض القوانين الجنائية العربية بوسيلة المخادعة والدسيسة ونصّت عليها تحت مصطلح ((التحايل أو التدليس الاجرامي))، كالقانون الجزائري (المادة/42)، والمغربي (المادة/129)، اذ اشترط أن يكون التحايل أو التدليس الوسيلة المستخدمة في التحريض ليتمكن توافر هذه الجريمة. ويرى الفقه هناك أن المشرّع أراد بذلك وسائل الغش والخداع والمكيدة والمكر وما يماثلها، بحيث تقضي هذه الوسائل الى خلق حالة من الغلط في ذهن الشخص لدفعه الى ارتكاب الجريمة، ولا تكفي أية مناقشة أو نصيحة لقيام حالة المخادعة والدسيسة ما لم تكن مقرونة باستخدام وسائل التمويه أو الخداع أو الغش. ويرى الرأي الراجح في الفقه الجنائي أن مصطلحي (المخادعة والدسيسة) مترادفان ويشملان كل صور الغش والدس والخداع والمخادعة والمخاتلة والدهاء والخزعبلات وغيرها مما يوهم الناس ويوقعهم في غلط يفضي الى تصور الأمر خلافاً لحقيقته⁽¹⁾. ومن قبيل الجرائم الأخرى التي أشار المشرّع فيها الى وسيلة ارتكابها ما ورد في نص (المادة/1/342 عقوبات عراقي) بقولها: - ((يعاقب بالسجن... كل من اشعل ناراً عمداً في مال منقول ولو كان مملوكاً له اذا كان من شأن ذلك تعريض حياة الناس أو أموالهم للخطر)).

كل من كلف من احدى المحاكم أو الجهات المذكورة في المادة(151) باداء أعمال الخبرة أو الترجمة فغير الحقيقة عمداً بأية طريقة كانت(...)). وكذلك نصّ (المادة/181/ب) عقوبات عراقي بقولها: ((... ب. اذا وقعت الجريمة في زمن الحرب أو باستعمال وسيلة من وسائل الخداع أو الغش أو التخفي أو اخفاء الشخصية أو الجنسية أو المهنة أو الصنعة تكون العقوبة (السجن...)).

(1) د. محمد عبد الجليل الحديثي-جرائم التحريض وصورها - دائرة الشؤون الثقافية والنشر/العراق-1984-ص151-154.

الخاتمة

أولاً - الاستنتاجات

- 1 . لا يعتد القانون بكل نشاط يصدر عن الإنسان، إنما يهتم بذلك الجزء الإرادي الذي يرقى إلى مستوى معين، بحيث يتعارض مع قاعدة قانونية تجرمه عندما يكشف عن مظهر خارجي يتجاوز نفسية الإنسان، بأن يتجاوز ذلك النشاط النفسي الذي حدث في بواطن النفس إلى الخارج، محدثاً تغييراً في الواقع المادي، حيث النشاط المادي الملموس الذي يكون محل اعتبار القانون .
- 2 . ضرورة أن يكون النشاط الذي يصدر عن الفاعل إرادياً حتى يكتسب وصف السلوك، وبذلك تخرج الأفعال الطبيعية والأفعال غير الإرادية عن هذا الوصف حتى في حالات المسؤولية المفترضة، لأن الافتراض يتعلق بالركن المعنوي وليس بالركن المادي.
- 3 . تبلورت الآراء التي جاء بها المفهوم الطبيعي للسلوك في المدرسة الوضعية التي ولدت في النصف الثاني من القرن الماضي. ويقرر أصحاب المفهوم الطبيعي أن السلوك هو السبب الذي أدى إلى النتيجة الجرمية. والسلوك ذاته لا يأتي من فراع، بل عبر سبب أيضاً يتمثل في إرادة مرتكب السلوك. أي إن هناك دورة من السببية تبدأ من المرحلة التي تسبق السلوك إلى نقطة حدوث النتيجة، وكل يتصل بسببه . وعلى ذلك ، فإن النظرية السببية تقيم تحليلها للسلوك الجرمي على أساس التمييز بين جانبيين: الأول مادي، ويتمثل في الحركة العضوية التي تدفع عجلة السببية لترتيب نتائج معينة يأخذها المشرع بعين الاعتبار، والثاني معنوي، يتمثل في الأصل الإرادي لارتكاب السلوك. فالسلوك إذاً سبب النتيجة الإجرامية ((المادي))، وله سبب ((معنوي)) يتمثل في إرادة مرتكبه .
- 4 . إن النظرية الغائية تجعل الاتجاه الإرادي ((القصد الجنائي)) عنصراً في السلوك ومن ثم عنصراً في الركن المادي للجريمة، وبالتالي لا يمكن فصل القصد الجنائي عن السلوك والبحث عنه كونه نوعاً من الإثم بمعناه التقليدي، لأن اتجاه الإرادة إلى غرض معين لتحقيق نتيجة معينة إنما يتصل بالسلوك ذاته كونها مكملة له ، حيث إن السلوك الغائي يشمل - إلى جانب الحركة العضوية - النتيجة المتحققة في العالم الخارجي. بمعنى أن الاتجاه الإرادي إلى نتيجة معينة هو عنصر من عناصر السلوك .

5. يذهب الفقه الايطالي الى عدم جواز التفرقة بين السلوك والوسيلة المستعملة في تنفيذه، على اعتبار أن تلك الوسيلة ليس لها في الواقع القانوني كيان ذاتي مستقل عن السلوك، فهي تندمج فيه. لأن استعمال الفاعل لوسيلة معينة في تنفيذ سلوكه الارادي ليس هو في الحقيقة سوى نوع أو نمط أو طراز لهذا السلوك. والحقيقة أن الأمر غير ذلك ، إذ ان طراز السلوك أو نوعه وشكله أمر يختلف عن الوسيلة المستعملة في تنفيذ السلوك ، ((فالطراز)): ما هو الا وصف للكيفية التي أخرج بها الفاعل سلوكه الى حيز الواقع. أي هو عبارة عن صورة أو نمط من أنماط التعبير الحركي عن الارادة. على حين تمثل ((الوسيلة)): الأداة أو الآلة نفسها التي يستعين بها الجاني في تنفيذ سلوكه الارادي أيًا كان طراز هذا السلوك. الأمر الذي يعني أن مفهوم ((الوسيلة)) التي يتطلب المشرع استعمال الفاعل اياها في تنفيذ سلوكه الارادي أيًا كان طرازه يتمثل في كون الوسيلة هي الآلة أو الأداة ، أي الشيء المادي الذي يكون له كيانه الذاتي المستقل والمتميز عن السلوك نفسه، أيًا كانت الكيفية أو الصورة التي أخرج بها الفاعل هذا السلوك الى عالم الواقع الظاهر .

6 . ينبغي اذا عدم الخلط بين أداة الجريمة وموضوعها، فبينما يمثل موضوع الجريمة الشخص أو الشئ الذي ينصب عليه سلوك الجاني، تمثل الأداة الوسيلة التي ينفذ الجاني بها الجريمة في ذلك الموضوع. غير أن هذه التفرقة لا تكون يسيرة في كل الحالات، فنرى في كثير من الجرائم اختلاط الموضوع بالأداة ، ولا سيما في الجرائم التي يتمثل ركنها المادي باستعمال شيء معين، كما في جريمة استعمال المفرقات أو المتفجرات استعمالاً من شأنه تعريض حياة الناس للخطر (المادة/345 عقوبات عراقي) .

7 . ان الغلط في ماهية الوسيلة أمر بعيد التصور اذا ورد فيها نص محدد. بيد أن ورود عبارات فضفاضة واسعة مثل عبارة ((وغيرها من الآلات)) أو عبارة ((أية وسيلة أخرى)) وغيرها من العبارات غير المحددة يمكن أن يثير الخط والغلط في ماهية الوسيلة، ولا سيما إن هناك من الوسائل ماتكون قابلة للتأويل . بيد أن الغلط في وسيلة السلوك، كالغلط في وسيلة السمّ مثلاً ، قد يعد قرينة على انتفاء نيّة اذهاق الروح نفسها كلياً، فلايسأل عن قتل عمدي بكل صورته ونماذجه بل يسأل عن قتل خطأ اذا توافرت أركانه .

8 .إن وسيلة الفعل المعنوي أو ما يسمى بارتكاب الجريمة بوسيلة نفسية أو معنوية وأثره في بلوغ النتيجة الجرمية هو أمر يخرج عن نطاق القانون والمنطق، إذ يجب النظر فحسب إلى مدى كفاية الوسيلة ((معنوية كانت أم مادية)) في صوغ النتيجة، الأمر الذي يخرج المشكلة من نطاق نظرية السلوك ويدخلها في نطاق نظرية السببية، وبالتالي فلا يصح البحث في صلاحية الوسيلة النفسية لبلوغ النتيجة الجرمية من جانب الفقه

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

القانوني ولو سلمنا بصعوبة إثبات سببيتها، إذ إن هذه مسألة فنية يقول الطب فيها كلمته في كل قضية على حده، وهو عموماً لا ينكر على هذه الوسيلة قدرتها على إحداث النتيجة الجرمية كالوفاة .

9. لقد كان مبعث الخلاف هو إنكار الفقه الفرنسي على هذه الوسيلة كفايتها في إحداث القتل، إذ لا يقع القتل وفقاً لهذا الفقه إلا بوسائل مادية ملموسة تنزل بجسد الضحية، ولم يكن مبعث هذا الرأي اعتبارات نظرية، بل اعتبارات عملية تكمن في صعوبة إثبات السببية المادية فيها بين الوفاة والوسيلة المعنوية . وذهب الشراح الفرنسيون في مذهبهم إلى القول أن الوسيلة التي يستخدمها الجاني للقتل يجب أن تكون مادية، إذ أن الوسيلة المعنوية تعد السببية فيها غير مباشرة في وقت يشترط فيه القانون السببية المباشرة. ولكن الحقيقية أن القانون لم يتطلب ذلك، بل جاءت عباراته فضفاضة رحبة لا تفرق بين وسيلة مادية أو معنوية . ويميل الفقه الجزائي الحديث في إنكلترا أيضاً إلى إمكان بلوغ القتل بوسائل غير مادية .

10. أما في الشريعة الإسلامية فإن القتل بالطريقة المعنوية عند المالكية والظاهرية يعد قتلأ عمداً فالمقصود بالقتل العمد عندهم هو القتل بما يقتل به مثله، فإذا تعمد شخص عداوة إلقاء حية سامية على شخص آخر فمات الأخير من الفرع دون أن تلدغه، فإنه يكون قاتلاً عمداً ويستحق القصاص .

ثانياً - التوصيات :

1. ندعو مشرعنا العراقي الى تعديل المادة (4/19) عقوبات المتعلقة بتعريف الفعل لتكون بالشكل التالي : (كل تصرف جرمه القانون سواء كان ايجابياً أم سلبياً كالترك والامتناع وسواء كان مادياً أو معنوياً ما لم يرد نص على خلاف ذلك) .

2. ندعو مشرعنا العراقي الى تعديل المادة (28) عقوبات المتعلقة بتعريف الركن المادي لتكون بالشكل التالي : (الركن المادي للجريمة سلوك إجرامي بارتكاب فعل مادي أو معنوي جرمه القانون أو الامتناع عن فعل مادي أو معنوي أمر به القانون ، مهما كانت النتيجة التي ترتبت عليه من ضرر أو خطر، مالم ينص القانون على عدم تطلب نتيجة معينة) .

3. ندعو مشرعنا الى إزالة الشروط التي وضعها في المادة 34/ أ عقوبات والمتعلقة بارتكاب الجريمة العمدية بسلوك سلبى لاسيما اشتراطه السببية المباشرة وهي شروط صعبة لتحقيق الجريمة بسلوك سلبى تسهم في افلات المجرم عن المسؤولية بسهولة ، بينما اشترط وقوع الجريمة العمدية الإيجابية بالسببية الملائمة او

.....
بتعادل الأسباب في المادة (29) عقوبات وهو توسيع كبير في المسؤولية ، وذلك تمييز يتناقض مع المساواة التي عقدها المشرع في المادتين (4/19 و 28) عقوبات بين السلوك الإيجابي والسلبي .

المصادر والمراجع

1- باللغة العربية:

أولاً: الشريعة والفقہ الاسلامي

- 1- الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي - الأم - ج 6 - دار الكتب العلمية - بيروت - بدون سنة طبع.
- 2- أبي البركات سيدي أحمد الدردير - الشرح الكبير - ج 4 - دار إحياء الكتب العربية - إصدار عيسى البابي الحلبي - بدون سنة طبع.
- 3- الإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - ط 2 - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة - 1383 هـ - 1973 م.
- 4- تصنيف أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري - الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي - شرح مختصر المزني - ج 12 - ط 1 - دار الكتب العلمية - بيروت (1414 هـ - 1994 م).
- 5- الإمام محمد شلتوت - الإسلام عقيدة وشريعة - ط 2 - دار القلم - القاهرة - 1964.
- 6- الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن قدامة - المغني مع الشرح الكبير - ج 9 - دار الكتب العلمية - بيروت.

ثانياً: القانون

1. د. إبراهيم عطا شعبان - النظرية العامة للامتناع في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي - دراسة مقارنة - جامعة القاهرة - كلية الحقوق - 1981.
2. د. أحمد أمين - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ط 3 - مكتبة النهضة بيروت - بغداد - بدون ذكر للسنة.
3. أياد حسين عباس العزاوي - جريمة الاحتيال في القانون العراقي - مطبعة عصام/بغداد - 1988
4. د. مأمون سلامة - النظرية الغائية للسلوك في القانون الجنائي - بحث منشور في المجلة الجنائية القومية - العدد الأول - المجلد الثاني عشر - مارس 1969 .

-
5. دانييل لاجاش - المنشأ النفسي للجريمة - ترجمة عبد الحميد محمود - بحث منشور في المجلة الجنائية القومية - العدد الأول - المجلد الثالث عشر - 1970.
6. د. جلال ثروت - نظم القسم الخاص - ج1 - الاعتداء على الأشخاص - الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع - 1984م
7. د. جلال ثروت - نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1986.
8. د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1995م.
9. د. سليم حربة-القتل العمد واوصافه المختلفة- ط/1-مطبعة بابل/بغداد-1988.
10. د. سمير الشناوي - الشروع في الجريمة - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - 1971.
11. د. سامي النصراوي - النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي - ج1 - ط2 - مكتبة المعارف - الرباط - 1986.
12. د. عباس الحسني - شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته - المجلد الثاني/ القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال - مطبعة العاني/ بغداد - 1974 - ص241.
13. عطا شعبان - النظرية العامة للامتناع في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي كلية الحقوق - جامعة القاهرة - 1981.
14. د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي - المبادئ العامة في قانون العقوبات - مطابع الرسالة - الكويت 1982م.
15. د. عوض محمد - جرائم الأشخاص والأموال - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - 1984م.
16. د. فخري عبد الرزاق الحديثي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - مطبعة اوفسيت الزمان - بغداد - 1996م.
17. د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة - 1992.

مضامين جدلية في طبيعة السلوك الإجرامي

-
18. د. كامل السعيد - شرح قانون العقوبات الأردني - ط2 - طبع مكتبة دار الثقافة - عمان - الأردن - 1991.
19. د. مأمون محمد سلامة - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - القاهرة - 1991.
20. د. ماهر عبد شويش - الأحكام العامة في قانون العقوبات - دار الحكمة للطباعة والنشر - الموصل - 1990.
21. محمد عماد الدين إسماعيل - المنهج العلمي وتفسير السلوك - بدون تحديد سنة الطبع والمطبعة.
22. د. محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على الأشخاص - ط4 - منشورات وزارة الثقافة - دمشق - 1990.
23. د. محمد زكي محمود - أثر الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية - طبع دار الفكر العربي - 1967
24. د. محمد زكي أبو عامر و د. علي عبد القادر القهوجي - القانون الجنائي - القسم الخاص - الدار الجامعية - بيروت - 1985م.
25. د. محمد عبد الجليل الحديثي-جرائم التحريض وصورها - دائرة الشؤون الثقافية والنشر/العراق-1984.
26. د. محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات - القسم الخاص - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - مصر 1977م.
27. د. محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على الأشخاص - ط4 - منشورات وزارة الثقافة - دمشق - 1990م.
28. د. محمود نجيب حسني - النظرية العامة للقصد الجنائي - ط3 - دار النهضة العربية - القاهرة - 1987.
29. د. محمود نجيب حسني - العلاقة السببية في قانون العقوبات - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - 1983م.
30. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - ط5 - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - 1982م.
31. مصطفى فهمي - علم النفس أصوله وتطبيقاته التربوية - مطبعة المجد - بدون سنة طبع ..
32. د. نبيل مدحت سالم - الخطأ غير العمدي - ط2 - دار النهضة العربية - القاهرة - 1987.

.....
33. د. واثبة السعدي - الأسس النظرية لعلمي الإجرام والسياسة الإجرامية - مطبعة ديانا - بغداد - 1990م.

34. د. يسر أنور علي - شرح قانون العقوبات - القسم العام - بدون ذكر للطبعة - 1992.

- القوانين العراقية بحسب تاريخ صدورها

1. قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 (الملغي)

2. قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 (المعدل).

3. قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 (المعدل).

4. قانون إصلاح النظام القانوني رقم (35) لسنة 1977.

2 . المصادر باللغة الأنكليزية

(¹)D.W. Elliott and J.C. Wood - A case Book On Criminal Law -third edition
- London - Sweet and Maxwell - 1974 .

(²)Smith and Hogan - Criminal Law - Cases and Materials - Sixth edition
Butter Worths - London - Dublin and Edinburgh - 1996..

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد
”قراءة في نظرية الدكتور سمير تناغو“

Judicial Ruling as the Source of New Obligation.

“ Study in the light of Dr. Samir Tanagho’s Theory”.

أ. د. علي شاكّر عبد القادر البدري
كلية القانون ، جامعة كربلاء، جمهورية العراق

Prof. Dr. Ali Shaker Abdl Qader Al Badri.
College of Law- University of Kerbala

DOI: <https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.7>

تاريخ استلام البحث: 2022-06-30 تاريخ القبول بالنشر: 2022-07-27

.....

ملخص البحث

إن مصادر الإلتزام المعروفة خمسة ، وهذا ما استقر عليه الفقه منذ مدة طويلة، وللدكتور سمير تناغو رأي بإضافة مصادر أخرى منها الحكم القضائي، ويدعم رأيه باسناد وأدلة وبراهين، وسناقش فكرته من حيث وجود المصدر السادس للإلتزام محاولين الغوص في أطروحاته، لنستخلص منها تثبيت الأطروحة أو عدمها . وهل بإمكان الحكم القضائي أن يعد مصدراً للإلتزام، أم أن الحكم القضائي هو تطبيق القضاء لمصادر الإلتزام الخمسة المعروفة .

الكلمات المفتاحية :. العدالة الجزائية ، القوانين المالية ، انفاذ ، الدعوى الجزائية ، سياسة التجريم.

.....

حوكمى قهزائى ژيڊهرى پيگيرى يى نوى

خاندنهك د تيوريا دكتور سميتر تناغو دا

پوخته

ژيڊهرين پيگيرى پينجين ديارن، نه فقيهه يا فقه لسهر سهقام گير بوى، بهلى فقيهه تناغو بووچونه كا زيڊه كرى بو فان ژيڊهران نه وڙى حوكمى دادگهه وهندهك بهلگه وسه نه دا دئيينين، نه دم دى هزرا وى گهنگه شه كهين وهك ژيڊهرى شه شى يى پيگيرى دگهل ناما وى يا دكتورايى، دا نه دم بگههين هندهك دهر نه نجامان ژبو سه لاندنى يان پالدانى، نه رى حوكمى دادگهه دبينه ژيڊهر بو پيگيرى، يان زى نهو حوكمه جيبه جيكرنه بو ژيڊهرين پينج يين ياسايى ژلايى دادگهه فقه.

په يقين دهستپيكي: سروشتى رهفتارى، رهفتارا معنوى، ريك، ناميره، ريك، په رپرسيارمبيا سزايى

.....

Abstract

Sources of obligations are the well-known five, and this is what the jurists agreed on it. However, Jurist Smir Tanagho has added the court ruling as the source of obligation, with brining support by providing evidence, we will discuss this argument with a deep analysis with his thesis, to find out whether or not the court ruling can be a source of obligation or it is a mere application of the court to the source of obligations.

Key words: Contract, obligation, Judicial ruling, contractual liability, tort liability.

المقدمة

أولاً - موضوع البحث

تعد نظرية الالتزام العمود الفقري للقانون، واهم نظرياته، وكما نعلم فإن مصادر الإلتزام الأربعة قد بينت في مسودة جستنيان وهي كل من العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة، ولكن إزاء التطور الفقهي ابتدع الفقيه الروماني (مودستان) القانون كمصدر خامس للالتزام.

وكما هو معروف فإن تقنين نابليون نقل هذه المصادر من الفقه الروماني دون أي تغيير، وإزاء التطور القانوني اضيفت الارادة المنفردة مصدراً جديداً للالتزام، وأبدلت تسمية الجريمة وشبه الجريمة للعمل غير المشروع، واطلق على شبه العقد الكسب دون سبب. وقد جاء الفقيه الدكتور سمير تناغو بمصدر جديد للالتزام وذلك بتسمية الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد.

ثانياً - أهمية البحث

من وجهة نظر الفقه القانوني فإنه يستعصي على الالتزام التجديدات ، ووجدت فكرة جديدة إن الحكم القضائي والقرار الاداري كمصدرين جديدين للالتزام لذا سنناقش هذه الفكرة في الحكم القضائي تاركين القرار الاداري لبحث قادم ان شاء الله .

ان وجود مصدر جديد للالتزام يثير نقاشاً فقهيًا عميقاً لاستقرار الفقه منذ فترة طويلة على وجود هذه المصادر الخمسة المعروفة دون سواها، كما أن عديداً من الالتزامات ستنسب لهذا المصدر، ان صح وجود هذا المصدر الجديد .

ثالثاً- مشكلة البحث

ان القضاء كما هو معلوم يحمي الحقوق ولا ينشئها، فالأصل هو أن الحكم القضائي يكون كاشفاً للحق لا منشئاً له، والحقيقة ان وظيفة القضاء هي اقامة العدل في النزاع المعروف عليه، ولكن وجد إن فكرة الحكم القضائي تصلح ان تكون مصدراً للالتزام مثله مثل المصادر الاخرى المعروفة، وان القانون هو من يعطي هذا الحكم القضائي قوة انشاء الالتزام .

.....

إن القضاء له سلطة تعديل العقد بموجب سلطته التقديرية، فانه يقوم بموجب تفويض من القانون بانقضاء التزامات وانشاء التزامات اخرى جديدة تحل محلها، مصدرها حكم القاضي، وهذا التجديد هو تجديد ضروري يقابل التجديد الاتفاقي الذي ندرسه في انقضاء الالتزامات والتجديد بشكل مختصر هو حلول امر محل امر آخر ، وفي الالتزام حلول التزام محل التزام آخر ، لذا لا بد من بيان التجديد الضروري . فتكمن المشكلة في ان الحكم القضائي هو مجرد تطبيق للنصوص القانونية أم أنه مصدر للالتزام لم يكشف اللثام عنه .

رابعا :- منهجية وخطة البحث

وسنقسم هذا البحث على مبحثين نبيين في اولهما مفهوم فكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام ونكرس المبحث الثاني لمناقشة الفكرة، وقد اعتمدنا المنهج التحليلي في ذلك .

المبحث الاول

مفهوم فكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام

سنبين في هذا المبحث فكرة الفقيه الدكتور سمير تناغو، فنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب سنتناول في المطلب الاول التجديد الضروري، ونكرس في المطلب الثاني الحكم القضائي كمصدر للالتزام، ونبين في المطلب الثالث تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وتحليله وآثاره.

المطلب الاول

التجديد الضروري

سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في اولهما التجديد الضروري في القانون الروماني واثره في القوانين الحديثة، ونتناول في ثانيهما التجديد الضروري في القانون الحديث.

الفرع الاول

التجديد الضروري في القانون الروماني

سنقسم هذا الفرع على فترتين نتناول في اولهما التجديد الضروري في القانون الروماني، ونبين في ثانيها اثر التجديد الضروري على القانون الحديث .

ولاً:- التجديد الضروري في القانون الروماني

هناك اقوال عدة ما بين الحق والدعوى ، والذي يهمننا في حالة وجود نزاع قضائي، هل يوجد تجديد فيه؟، التجديد عموماً هو حلول امر محل آخر، والحلول كأنقضاء الالتزام ليس جوهر موضوعنا، فالتجديد هنا ضروري يحدث اثناء نظر الدعوى، فالخصومة تجديد للحق المتنازع عليه، فما تطلبه قبل القضاء شيء وما يحكم بعد نظر الدعوى شيء اخر، فما حدث هو تجديد ضروري⁽¹⁾ .

ان الخصومة امام القضاء تنشأ انقضاء للحق الاصلي ونشوء التزام اخر جديد، فما يحدث هو تجديد للحق المتنازع عليه، فما كان متنازعا عليه شيء وما تم الحكم به شيء آخر، وان الحق الذي ينشأ (الحق

(1) د. سمير تناغو ، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء ، الاسكندرية ، ط1، 2014 ، ص15

.....
الجديد)، حق ذو طبيعة واحدة وهو حق شخصي بصرف النظر عن الحق المتنازع عليه سواء كان حقا شخصيا ام حقا عينيا، وكذلك فإن الحق الجديد نقدي ومعلق على شرط وهو ان يلتزم المدعى عليه بدفع المبلغ النقدي اذا تحققت الشروط الواردة في صياغة الدعوى.

في التجديد سواء أكان رضائيا ام قضائيا لابد ان ينقضي الالتزام القديم وينشأ التزام جديد، ولكن في التجديد الضروري هو نتيجة ضرورية لإحكام القانون وليس العقد بينما التجديد الاتفاقي يتم بشكل عقد، وان التجديد الضروري تبقى الفوائد فيه على عكس التجديد الاتفاقي لا تبقى الفوائد فيه، ويستمر سريان الشرط الجزائي في التجديد الضروري على خلاف التجديد الاتفاقي .

ثانياً :- تأثير القانون الروماني على التجديد الضروري في القوانين الحديثة

ان القانون الروماني له تأثير على القوانين الحديثة، وعلى الرغم من ان القوانين الحديثة لم تبين بصورة واضحة تمسكها بفكرة التجديد الضروري في الخصومة القضائية من عدمها، وإزاء ذلك اختلفت الآراء الفقهية من وجود التجديد الضروري من عدمه في الخصومة .

فمن قال بوجود التجديد الضروري، اختلف في كيفية ذلك ، فمن جهة حاول بعض الفقه التمسك بفكرة التجديد الضروري عن طريق وجود اتفاق ضمني لتجديد إلتزامات الاطراف، فهناك اتفاق مقتضاه تنفيذ الحكم القضائي الذي سيصدر مستقبلا والذي سيحل محل المستندات السابقة⁽¹⁾.

بينما يرى أحد الفقهاء إن هناك تجديدين احدهما بواسطة الخصومة والاخر بواسطة الحكم⁽²⁾.

بينما يرى فقيه آخر ان هناك تجديداً بواسطة الحكم فقط، و التجديد الذي حصل ادى لانقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد، بينما يرى فقيه آخر يتفق مع الفقيه السابق في ان التجديد في الحكم، ولكن هذا التجديد في

(2) BERGSON(H).-LES deux sources de la morala et de la religion. 100 ed., P.U .F.,1960.p110

(2) روتير ، دروس في المرافعات المدنية الفرنسية ، باريس ، 1834 ، ص121 . اثار اليه - د. سمير تتاغو، المرجع السابق ، ص112 .

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

الحكم لم يسبب انقضاء الالتزام السابق بل يؤكد ويقويه، فمن الصعب تصور انقضاء الالتزام القديم بل يقتصر أثر التجديد على نشوء التزام جديد، فالأثر التجديدي ينشأ حالة قانونية جديدة نتيجة الحكم (1).

وهناك من ينكر اي اثر للتجديد في الحكم القضائي، ويبين رأيه أنه لم يفكر القضاء اصلا بذلك، فمن اين أتت فكرة الأثر التجديدي (2).

الفرع الثاني: التجديد الضروري في القوانين الحديثة

لم ينكر الفقه الحديث التجديد الضروري ولكنهم لم يسلموا بشكل مطلق له فكانت له آراء مختلفة فيها، سنبينها في فقرتين، نتناول في اولها التجديد الضروري في نطاق المسؤولية العقدية، وفي الفقرة الثانية التجديد الضروري في نطاق المسؤولية التقصيرية.

أولاً :-التجديد الضروري في نطاق المسؤولية العقدية

بين انصار هذا الرأي بانه إذا هلك شيء بفعل المدين تحول الالتزام من رد الشيء الهالك الى تعويض عن الضرر، فالتعويض التزم جديد حل محل الالتزام القديم المتنازع عليه، وكذلك من ايد هذا الاتجاه بذكر تطبيقات اخرى مثل استحالة رد الشيء المعين بالذات بسبب المدين واستحال عليه رد الشيء المعين بالذات ترتبت عليه مسؤوليته بالتعويض .

ويرى بعض من الفقه ان التجديد يحدث وفق نظرية وحدة المسؤولية المدنية ،اي وحدة المسؤولية العقدية والتقصيرية، فان استحالة تنفيذ التزم عقدي بخطأ المدين فلا يمكن تطبيق احكام المسؤولية العقدية لانقضاء العقد ، بينما يمكن تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية فيكون هناك تعويض وفق المسؤولية التقصيرية، والتجديد هنا حدث في المصدر اذ كان عقداً فتحول الى خطأ في المسؤولية التقصيرية، وتجديد في المحل.

(2) BERGSON(H).op.cit.p117 .

(3) MoRIN(G).- Vers la revision de la technique juridique .in Arch.de phi l. du dr.et de soc .Jur.,N 1-2,1931,pp73-85 ..

ويرى فقيه آخر ان هناك التزاماً محله قيام بعمل او امتناع عن عمل او إعطاء شيء، ولم ينفذ هذا الالتزام، نشأ عنه خطأ ترتب عليه التعويض، فنحن امام التزامين، اولهما الذي حدث به اخلال، والالتزام بالتعويض وهذان الالتزامان لا يتعاصران انما يتتابعان، وهذه فكرة التجديد الضروري⁽¹⁾ .

بينما يرى الفقيه كلسن وهو من انصار وحدة المسؤولية ان هناك تجديدين متعاقبين، فهناك التزام اصلي بعدم الاضرار بالغير، وهناك التزام بديل هو التزام بإصلاح الضرر وعند كلسن لا يعد هذا جزء الاخلال انما التزام احتياطي يحل محل الالتزام الذي لم ينفذ، فان لم ينفذ الالتزام البديل (الاحتياطي) تنتقل للجزاء وهو الالتزام الثالث وهو التنفيذ الجبري .

بينما انصار ازدواج المسؤولية يرون ان التجديد الضروري يكون في المسؤولية العقدية، وذهبت محكمة النقض الفرنسية التي ترى انه في حالة الخطأ العادي يكون هناك ازدواج بالمسؤولية فهناك التزام لم ينفذ مما ادى ان يكون هناك التزام اخر بالتعويض، والحكم بالتعويض كاشف وليس منشئاً، فالحكم القضائي لا يحول الالتزام الى التزام جديد، والالتزام الذي يبينه الحكم القضائي مصدره ليس العقد بل مصدره عدم تنفيذ العقد، اما ان كان الخطأ جسيماً فيكون حكم منشئاً على وحدة المسؤولية⁽²⁾ .

ثانياً :-التجديد الضروري في نطاق المسؤولية التقصيرية

يرى الفقه ان في المسؤولية التقصيرية ثلاثة التزامات وتجديدين، فهناك التزام بعدم الاضرار بالغير، والاخلال بهذا الالتزام ينشئ التزاماً بإصلاح الضرر، وهذا الالتزام من خلال الحكم يتحول الى التزام بدفع التعويض، وان كان يوجد اتجاه في الفقه الى عدم الاعتراف بالالتزام الاول لان عدم الاضرار بالغير هو واجب قانوني، ولذا فلا يوجد الا تجديد التزام واحد وهو ما يحدث بالحكم القضائي.

توجد توجهات فقهية مختلفة في بعض التفاصيل وان كانت تدور في فلك واحد وهو التجديد الضروري.

بينما توجد نظريات عدة تخالف ذلك ولا ترى اثرًا للتجديد الضروري في المسؤولية التقصيرية فتوجد النظرية التقليدية التي ترى ان الحكم القضائي كاشف لا منشئ .

(1) بلانبيول، المرجع السابق، فقرة 891، ص 293

- PLANIOL(M).-Note sur La nature de la Jurisdiction gracieuse.d.,1906.1,p337

(2) -نقض عرائض 2 ابريل 1941 اشار اليه د. سمير تتاغو، ص 54 .

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

وينكر الفقيه ديجي ان التجديد الضروري يكون في المسؤولية التقصيرية، فقبل الحكم القضائي لم يكن هناك حق حتى نقول ان الحكم القضائي حوله الى حق آخر، وكذلك يتفق الفقيه جوليو من حيث النتيجة مع ديجي من انه تجب التفرقة بين انشاء الحق وتنفيذه (سيولته)، فلا يوجد إلا التزام واحد والحكم القضائي يعطيه قوته (سيولته) (1).

المطلب الثاني

الحكم مصدراً للالتزام

ان الحكم القضائي عندما يعدل الالتزام العقدي فهو يؤدي لانقضائه و ينشا التزام جديد حل محل الالتزام القديم، عليه سنقسم هذا المطلب على فرعين: اولهما التعديل المنشئ للالتزام القضائي، وفي الفرع الثاني الحكم المنشئ للالتزام .

الفرع الاول

التعديل المنشئ للالتزام القضائي

العقد يهدف الى تحقيق العدل، فعندما يقوم القاضي بتعديل العقد من خلال الحكم فهو يستهدف الى اعادة تحقيق العدل، والعلاقة بين القانون والعقد هي علاقة تدرج، فالعقد هو المصدر المباشر للالتزام، والقانون هو مصدره غير المباشر، واعتماد العقد على القانون لا يغير من طبيعة المنشئة للالتزام، والتدرج المقصود ان هناك تناسقاً وليس تنازاعاً بين القانون والعقد، والتناسق مفترض فالعقد لابد ان يوافق القانون، وعدم التنازع يكون بشكل واضح من خلال تفسير العقد وتكملة العقد و انقاص العقد والتكييف (2).

فالقاضي عندما يفسر العقد يقوم بالبحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين، وبمعنى آخر ان القاضي يحترم ارادة المتعاقدين، فلا يوجد اي تنازع في التفسير بين العقد والقانون، وكذلك في تكملة العقد، وان كان القاضي يطبق القواعد المكملة والعادات الجارية ويراعي مبادئ العدالة ولكنه لا يوجد اي تنازع بين القانون

(1)- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1963، ص 98 .

(2)-التفسير :- هو البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين، شمس الدين الوكيل، دراسة حول صياغة الالتزام العقدي في القانون المدني المصري، 1952، ص 67 .

والعقد ، فالالتزام الذي يكون عن طريق التكملة السابقة ولذا فلا يحل محل العقد شيء، بخلاف الحكم القضائي وهو التزام يضاف للالتزامات، والالتزامات عن طريق التكملة انما تضاف اليه بشكل تبعي، وكذلك في انقاص العقد ليس هناك تنازع بين العقد والقانون، بل يبقى العقد سليما بعد ازالة الجزء غير السليم منه - الباطل - اي ان انقاص العقد يتم بإرادة الطرفين المتفقة مع القانون ،وكذلك التكيف ليس هناك تنازع بين العقد والقانون، وانما القاضي يعطي لإرادة الافراد اسمها الصحيح ويكون الامر متفقا مع القانون ،اي يكون وفق التدرج الطبيعي بين العقد والقانون .

ما يقوم به القاضي هو التعديل الضروري ، اي تحل ارادته محل ارادة الطرفين، والامر ليس له علاقة بالإرادة، فيقوم القاضي بالتعديل دون الرجوع لا طرف النزاع، فالعقد الذي كان بين اطراف النزاع اصبح لا يحقق العدل المطلوب، لذا على القاضي ان يقوم بالتعديل لحدوث نزاع بين القانون والعقد، ولان استمرارية العقد تقتض عدم وجود تنازع بينه وبين القانون، فان حدث تنازع بين العقد والقانون، فهنا العقد يستغنى عنه ويختفي لصالح القانون .

الفرع الثاني

فكرة الحكم المنشئ للالتزام

ان فكرة الحكم المنشئ للالتزام تشبه كثيرا فكرة العقد الموجه، من حيث حصول تعديل في العقد، فالقاضي يتدخل في العقد ويوجهه بمقتضى تحقيق العدل، فعندما لا يحقق العقد العدل فانه ينقض الالتزام العقدي، بل اكثر من ذلك فإن القاضي لا يقتصر دوره على انقضاء الالتزام العقدي بل يقيم بدلا عنه تنظيما جديدا، اي ان الحكم القضائي يعد مجدداً ومنشئاً ومصدراً للالتزام .

وتعديل العقد ينشئ التزاما جديدا هو الالتزام القضائي، وهذه الفكرة المنطقية الطبيعية، واضحة من ناحية التطبيق على الرغم من عدم تسليط الضوء عليها من قبل الفقه، فما يحدث ان القاضي يقضي على الالتزام العقدي الاصلي وينشئ التزاماً آخر جديد لم يتفق عليه المتعاقدان .

ان الحكم القضائي يجدد مصدر الالتزام (السبب المنشئ)، فكان مصدر الالتزام السابق هو العقد فتحول الى الحكم القضائي وهذا ما يميز التجديد الضروري، ان تغيير المصدر يستتبعه تغيير في محل الالتزام او تغيير في أوصافه .

ان القاضي عندما يقوم بالتجديد القضائي فلا بد ان يكون بتفويض من القانون بمصادره المختلفة، اي ان التعديل القضائي يكون بتفويض من المشرع، والقاضي يتصرف هنا بإرادة حرة حتى يكون تدخل القاضي خالفاً ومنشئاً للالتزام، فالقاضي يقوم بتجسيد العدالة باستبدال وسيلة فنية بوسيلة فنية أخرى⁽¹⁾.

المطلب الثالث

تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وتحليله وآثاره

سنقسم هذا المطلب على فرعين اولهما تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام وثانيهما تحليل وأثر الحكم المنشئ للالتزام.

الفرع الاول

تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام

يمكن القول ان ما يجمع فكرة تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام هو الغبن بمعناه الواسع، ونقصد بالمعنى الواسع عدم التعادل بين الالتزامات، والغبن اما ان يكون مصاحباً لبرام العقد او يطرأ بعد العقد .

فالغبن المعاصر للعقد يوجد في الاستغلال، ونقصد بالغبن، هو الغبن الفاحش (الغبن الجسيم)، ولكي نعلم انه غبن فاحش من عدمه يوجد معيار نص عليه القانون، او معيار تقويم المقومين، وفي بعض القوانين مثل القانون المدني المصري للقاضي سلطة تقديرية بين الابطال وبين تعديل العقد، فالقاضي يجيز العقد بدءاً ثم يعدل فيه، ومقدار تعديل القاضي في الغبن الفاحش بمقدار ما يقتضيه العدل، اي ان القاضي ينشأ التزامات جديدة ، وفي القانون المدني العراقي للقاضي سلطة في رفع الغبن الى الحد المعقول، والحد المعقول تعود تقديرها للقاضي⁽²⁾.

وفي القانون المدني المصري للقاضي التدخل في أجر الوكالة وكذلك في القانون المدني العراقي يخضع لتقدير المحكمة⁽³⁾، وهذا ما ذهب اليه القضاء الفرنسي في قرار له: ((فان المحاكم تختص بتعديل

(1)- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 . ، ص 646 .

(1)- انظر نص المادة 125 من القانون المدني العراقي .

(3) - انظر نص المادة 709 من القانون المدني المصري ، والمادة 940 من القانون المدني العراقي .

اجر الوكيل المتفق عليه عندما لا يتناسب مع الخدمة التي أداها (...)⁽¹⁾، فللقاضي سلطة في تحديد الاجر العادل ، فهنا تحل ارادة القاضي محل ارادة المتعاقدين. للقاضي في عقد الاذعان سلطة تقديرية في تعديل الشروط التعسفية في العقد، وذلك وفق ما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل التزام مخالف لذلك ، وبتعديل عقد الاذعان المنطوي على غبن، فان القاضي يحل محل الالتزام العقدي التزاما قضائيا⁽²⁾ .

اما الغبن الطارئ بعد العقد ، فسلطة القاضي في نظرية الظروف الطارئة تعد منشئة للالتزام القضائي، فللقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، حسب تعبير القانون المدني المصري، او ينتقص الالتزام الى الحد المعقول حسب تعبير القانون المدني العراقي، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

الفرع الثاني

تحليل وأثر الحكم المنشئ للالتزام

لا يكاد يخفى ان التشريع هو المصدر الاول للقانون سواء في العراق ام في مصر ام في فرنسا، وكما هو معلوم فإن هناك نقصاً في التشريع سواء كان النقص في حالة السكوت الكامل في التشريع ام حتى مع وجود حكم عام في التشريع في بعض الحالات الخاصة، وكما يعبر احد الفقهاء ان النقص صفة ملازمة بالقاعدة التشريعية⁽³⁾.

ورغم وضوح النقص في التشريع واتفاقه مع طبيعة الاشياء وتبيان ذلك من فلاسفة وفقهاء القانون مثل- ارسطو وديجي - الا انه وجد من ينكر ذلك بادعاء كمال التشريع وبتبديرات غير مقنعة، ولعل الرد الاقوى بوجود النقص في التشريع بما نصت عليه القوانين بشكل او بآخر من وجود فكرة النقص في التشريع⁽⁴⁾.

(1) - نقض مدني فرنسي في 29 يناير 1867 اشار اليه د. سمير تتاغو ، ص132 .

(2) - د. حسن علي ذنون ، الميسوط في القانون المدني - الضرر ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2006 ، ص156.

(3) - روبيه ، الحق والمراكز القانونية ، اشار اليه د. سمير تتاغو ، ص133

(4) - ينظر نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي والمصري وكذلك المادة الرابعة من القانون الفرنسي والمادة 30 من قانون المرافعات العراقي .

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

ان مبدأ الفصل بين السلطات هو من المبادئ المهمة المستقرة في الأذهان، وهذا المبدأ يفترض وجود فصل بين السلطات ولكن ليس تاماً فهناك تعاون بين هذه السلطات، وتنسيق بينها، فالقضاء وان كانت وظيفته الأساسية في تطبيق القانون، ووظيفة المشرع الأصلية خلق القانون، ولكن القضاء قد يخلق قاعدة قانونية اما بتكملة التشريع الناقص، او بتعديل القانون عن طريق التفسير، ولكن ليس باعتباره حكماً فردياً في نزاع ما، ولكن بتكرار ذلك في احكام أخرى يخلق قاعدة عامة قضائية، وليس هناك ما يمنع من ان يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون، بل ان القواعد القانونية الجديدة أكثرها من خلق القضاء، فالقضاء يخلق التزامات قضائية بتفويض من القانون، ولعل شرط التفويض من القانون هو شرط مشترك لكافة الالتزامات الأخرى.

ان الحكم القضائي يتحلل لعنصرين هما معاينة وقرار، والمعاينة هي ادخال مسألة معروضة بقاعدة من قواعد القانون، اما القرار فهو إخضاع المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة، فان كان القضاء يملك سلطة تقديرية في المعاينة، اي التحقق من وقوع الواقعة، وكذلك يملك سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ القرار ومضمونه، فلو افترضنا مثلاً بنظرية الظروف الطارئة، فالمعاينة تكون بالتحقق من وجود الظروف الاستثنائية، وللقضاء سلطة تقديرية في ذلك، وفي اتخاذ القرار وفي مضمونه له سلطة تقديرية في رد الالتزام المرهق للحد المعقول او نقص الالتزام للحد المعقول حسب تعبير القانون المدني العراقي .

فالقضاء ان وجد حقاً موجوداً فله ان يعدل فيه طبقاً لقواعد العدالة، فالعقد لا يستمد وجوده من ارادة المتعاقدين بل من تحقيق العدل، فان لم يحقق ذلك فقد العقد قوته وينبغي ان يعدل من قبل القضاء الذي ينهي الالتزام العقدي ويخلق التزاماً جديداً، فبذلك يكون حكم القضاء مجدداً ومنشأً ومصدراً للالتزام .

المبحث الثاني

مناقشة فكرة الحكم المنشئ للالتزام

ان مناقشتنا لهذه الفكرة لعل معظمها من افكارنا وبعضها من الاخرين، فكان لا بد من فرض الفرضيات المعارضة والمؤيدة ومن ثم الترجيح.

سنقسم هذا المبحث الاول على ثلاثة مطالب نتناول في اولها الاتجاه المؤيد للحكم المنشئ للالتزام، ونكرس في ثانيهما الاتجاه المعارض للحكم المنشئ للالتزام، ونبين في ثالثهما ترجيح فكرة الحكم المنشئ للالتزام.

المطلب الاول

الاتجاه المؤيد لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام

ان مصادر الالتزام قد مرت بمراحل تاريخية وتطورت الى ان وصلت الى ماهي عليه من مصادر الالتزام الخمسة، وكما بينا سلفا فإن الارادة المنفردة هي آخر مصدر اضيف لمصادر الالتزام، وان الارادة المنفردة في القانون المدني العراقي لا تنشأ التزاما الا في الحالات التي بينها القانون فقد نصت المادة 184 ف1 على ان ((لا تلزم الارادة المنفردة صاحبها الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك))، فعلى الرغم من دور الارادة المنفردة كمصدر لنشوء التزامات الا ان القانون عده مصدراً في حالات محددة، وكذلك ذهب الفقه إلى أن الارادة المنفردة تنشأ التزامات في حالات محددة.

فان كان للإرادة المنفردة هذا الدور في حالات معينة حددها بالقانون وعدت مصدراً للالتزام، فيمكن القول بان الحكم القضائي ينشئ التزاما وبالأخص ان دوره اوسع في انشاء الالتزام من الارادة المنفردة، وان كان الفقه قد انشأ مصدراً جديداً اضيف للمصادر الاربعة السابقة فان بإمكان الفقه ان ينشئ مصدراً سادساً وسابعاً .

ان محور الموضوع هو بوجود التزامات جديدة لا يمكن ردها لأي مصدر من مصادر الالتزام لا العقد ولا غيره، فلو اخذنا بعض التطبيقات لاتضح لنا وجود التزام دون وجود مصدر، فمثلاً اتفاق المحامي مع موكله

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

.....

بالطعن في قرار الحكم في الدعوى (1)، ومضي المدة القانونية المطلوبة للطعن ولم يقيم المحامي بالطعن في الدعوى، مما أدى لضياع حقوق موكله، فهنا التزام المحامي العقدي هو القيام بعمل وهو الطعن بقرار الحكم في الدعوى، وعند حدوث النزاع القضائي بين المحامي وموكله، تبين للمحكمة ان محل الالتزام كان القيام بعمل وقد استحالت تنفيذه نتيجة لان رفع الدعوى يكون لمدة محددة وقد فاتت المدة بتقصير من المحامي، وسبب هذه الاستحالة المدين نفسه، فقررت المحكمة الزام المحامي بتعويض موكله وفق المسؤولية التقصيرية، لان العقد لا يمكن تنفيذه لاستحالة التنفيذ، فهنا قد نشأ التزام آخر يختلف عن الالتزام الاصيل فالالتزام الاصيل هو قيام المحامي بعمل وهو رفع الدعوى وما حل محله التزام اخر وهو دفع المحامي التعويض لعدم القيام بتنفيذ التزامه، فنحن امام التزامين، اولهما الذي حدث به اخلالا، والتزام آخر بالتعويض حل محل الالتزام الاصيل، وهذان الالتزامان لا يتعاصران انما يتتابعان، وهنا فكرة التجديد الضروري موجودة في هذا التطبيق، وقد اختلف في مصدر الالتزام من العقد الى العمل غير المشروع، فهنا الحكم القضائي قد انشأ التزامات غير متفق عليها بين المتعاقدين، وغير مصدر الالتزام من مصدر الالتزام السابق وهو العقد الى الحكم القضائي وبتعويض من المشرع.

فلو اردنا ان نبين كيف نشأ التزام التعويض مع ان الالتزام الاصيل هو القيام بعمل، نجد ان العقد قد انشأ التزاما بالقيام بعمل وهو الطعن بقرار الحكم بالدعوى، ولكن القضاء ابدل الالتزام المستحيل تنفيذه الى التزام آخر وهو التعويض الذي لم يتفق عليه المتعاقدان، وهنا الالتزام الجديد مصدره ليس العقد، بل ان العقد انقضى لاستحالة التنفيذ، ونشأ التزام آخر مترتب عن المسؤولية التقصيرية وهو التعويض.

ولو اخذنا تطبيقا آخر وهو الحكم القضائي في نظرية الظروف الطارئة، لوجدنا ان الالتزام الاصيل ورد في عقد مثل عقد التوريد ونتيجة ظرف استثنائي عام غير متوقع عند ابرام العقد جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا، مما أدى الى عدم امكانية التنفيذ بالشروط السابقة، فتطلب الامر تغييرا بالالتزامات لوجود غيب بالمفهوم الواسع وتتطلب ذلك تدخل القضاء لإعادة التوازن برفع الارهاق وفق السلطة التقديرية للقضاء (2)، فيغير القاضي التزامات المتعاقدين الى نحو يحقق فيها العدالة، وهذه الالتزامات الجديدة لا يمكن ردها للعقد

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 151

(2) يمكن تعريف السلطة التقديرية بأنها ((النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في اطار الدعوى المعروضة عليه والذي يستطيع من خلاله ان ينشئ حقوقاً مالية لاحد اطراف الدعوى...))، انظر، د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام

الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 160

لان العقد لم ينص عليها، ولم يتفق عليها المتعاقدان ، ولا لمصادر الالتزام الاخرى من ارادة منفردة او عمل غير مشروع او الكسب دون سبب، لذا فلا بد ان الحكم القضائي هو الذي انشأ الالتزامات الجديدة، فان القضاء ملزم في البت بالدعاوى التي ينظر فيها⁽¹⁾.

إن المشرع في القانون المدني العراقي اعطى للقاضي سلطة تقديرية في رفع الغبن في الاستغلال⁽²⁾، وذلك بإضافة التزامات او انقاص التزامات، اي ان القاضي قد انشأ التزامات جديدة لم تكن موجودة، قبل حدوث الغبن، وبمعنى آخر ان القضاء بإضافة وانقاص الالتزامات يعد مصدراً لنشوء الالتزامات، وكذلك فعل المشرع في القانون المدني المصري حيث اعطى للقضاء سلطة تقديرية بين ابطال العقد او انقاص الالتزامات⁽³⁾.

وما تقدم من التزامات حكم بها القضاء لا نجد لها مصدراً لا العقد ولا غيره من المصادر، بل لا يلتفت فيها لإرادة الأطراف وانما التزامات ترجع للحكم القضائي .

بل ان رأياً في الفقه يذهب إلى ان القانون لا يعد حقيقة مصدراً مباشراً للالتزامات، وانما يكون له دور المنظم لهذه الالتزامات، فدور القانون موجه عام للأشخاص يفرض عليهم واجب عام هو احترام الحقوق وعدم الاعتداء عليها، وواجب على الأشخاص اداء ما عليهم من التزامات في مواجهة الآخرين⁽⁴⁾، وخير دليل على رأيهم ان وجود النص لقانوني لا يعني وجود الالتزام مالم توجد عوامل أخرى، فدور القانون اشبه بدور الشرط الذي يتفاعل مع عوامل أخرى لإحداث أثر⁽⁵⁾.

بل يرى البعض ان الحكم القضائي يكسب الملكية ، فالتعهد بنقل ملكية عقار وفق القانون المدني العراقي لا يمكن تصور التنفيذ العيني فيه، بل يقتصر الامر على التعويض وفق المادة 1127 وبعد صدور قراري مجلس قيادة الثورة المنحل 1198 لسنة 1977 والقرار 1426 لسنة 1983 اصبح بالإمكان التنفيذ العيني الجبري، والذي اعطى سلطة تقديرية للقضاء في تملك عقار بشروط معينة، فالقضاء هو الذي جعل مشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري مالكا لا بموجب العقد، فالعقد يعد باطلا وانما بحكم القضاء، الذي يعد

(1) ينظر المادة 30 من قانون المرافعات العراقي .

(2) د. توفيق حسن فرج، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري، من دون ذكر للمطبعة ومكان الطبع، 1957، ص 78.

(3) انظر نص المادة 125 من القانون المدني العراقي والمادة 129 من القانون المدني المصري.

(4) د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية ،بيروت ، 2017،ص412

(5) د. سمير تناغو، المصدر السابق، ص145.

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

مصدرا لكسب الملكية، وكذلك في القانون المدني المصري وان كان عقد بيع العقار غير المسجل لا يعد باطلا ولكنه لا يرتب اثره من حيث نقل الملكية، ولكن من خلال رفع دعوتي صحة التوقيع وصحة التعاقد يقوم الحكم مقام العقد، فالقضاء هو من رتب التزام نقل الملكية.

المطلب الثاني

الاتجاه الراض لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام

بعد تسليط الضوء على فكرة الدكتور سمير تناغو من وجود حكم قضائي منشئ للالتزام قائم على فكرة التجديد الضروري التي نوهنا اليها سابقا وبيننا استدلالاته الفقهية المؤيدة لتلك الفكرة .

والمتمسك لفكرة التجديد الضروري يجدها فكرة رومانبة المنشئ والتطبيق، ولم تبين التشريعات الحديثة تأييدها لهذه الفكرة، ولو سلمنا بفكرة د. سمير تناغو من ان الحكم القضائي ينشئ التزاما بناءً على فكرة التجديد الضروري ، فان أكثر الالتزامات ستنشأ من مصدرين، وهما أما العقد أو الحكم القضائي، فالمخاصمة التي تحدث امام القضاء ستغير مصدر الالتزام مما يجعل الحكم القضائي مصدراً لها، ومما يؤدي هذا القول الى التنازل عن المصادر الاخرى، وهذا ما لا يمكن قبوله، لان المصدر هو الذي ينشأ الالتزام والحكم القضائي الا وسيلة لتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ رضائياً⁽¹⁾ .

إن فكرة الدكتور تناغو من اعتبار الحكم القضائي منشئاً للالتزام مشروطة بتعديل الالتزامات السابقة، اي انه يوجد التزام سابق وقد تم تعديله بالحكم القضائي وانشأ التزاما جديدا مصدرا الاخير، بينما نجد ان مصادر الالتزام- التقليدية - اوجدت التزامات جديدة لم تكن موجودة، وشتان ما بين الاثنين، بين التزامات جديدة، وما بين التزام جرى عليه التعديل، ولو قبلنا بالفكرة من ان الحكم القضائي ينشأ التزامات لوجدنا صاحب هذه الفكرة يبين ان مصدر الالتزام لابد ان يتغير، ويتغير تبعاً لذلك محله ووصفه، ولو رجعنا للتطبيقات التي ذكرت خلال البحث، لوجدنا مثلا ان مصدر الالتزام يتغير وفق فكرة تناغو فمثلا ان استحالة تنفيذ العقد بخطأ المدين فيقوم القضاء بتغيير المصدر، وينشأ بذلك التزام جديد بمصدر جديد، ولكن لو تتبعنا حقيقة الامر لوجدنا ان مصدر الالتزام لم يتغير فالعقد ما زال مصدرا لهذه الالتزامات الجديدة.

(1) د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق ، ص126.

ان الدكتور تناغو قد ابدى من خلال فكرته ان الحكم القضائي لا ينشئ التزاماً الا بتقويض من المشرع، اي ان الحكم القضائي لا ينشئ التزاماً من العدم انما لابد من نص قانوني يجيز للقضاء انشاء هذه الالتزامات، والمتفحص للتطبيقات التي تم ذكرها نجد ان تقويض المشرع لوحده لا يكفي لإنشاء التزامات من قبل القضاء، فلا بد من تقويض آخر من قبل ارادة الاطراف المتنازعة التي طلبت من القضاء التدخل وتعديل الالتزامات السابقة⁽¹⁾.

ان الدكتور تناغو بين ان حكم القضاء لا يكون مصدراً للقاعدة القانونية الا في حالة التكرار، والمتحصل مما تقدم يجد ان التكرار هو من يجعل الحكم القضائي مصدراً، وهذا القول فضلاً عن غرابته، لا نعلم كيفية تطبيقه من الناحية العملية، فكم عدد الاحكام القضائية التي لا بد ان تصدر حتى نعد الحكم القضائي مصدراً للقاعدة القانونية.

المطلب الثالث

ترجيح فكرة الحكم المنشيء للالتزام

ان الافكار الجديدة تواجه نقداً عنيفاً حتى تستقر، ولو افترضنا اننا في زمن الفقيه الروماني (مودستان) لانقدها باضافة مصدر جديد للالتزام، وبقراءة متمعنة لفكرة الدكتور تناغو محاولين معرفة الحقيقة وليس غير الحقيقة مطلبنا، فلو يميننا وجهتنا نحو الحكم القضائي المنشيء للالتزام وناقشنا مضمون الفكرة باعتبار الحكم القضائي مصدراً سادساً للالتزام. سنناقش الفكرة من خلال امرين اولهما الجانب النظري للفكرة وثانيهما الجانب العملي لها.

بنى الدكتور سمير تناغو فكرته على التجديد الضروري، وعلى الرغم من ذكر الفقه المؤيد لفكرة التجديد الضروري ولكننا لم نجد الا تأييداً للفكرة بصورة عامة دون الخوض في التفاصيل، فلا نعلم ما هي فكرة الدكتور سمير تناغو بصورة جلية للتجديد الضروري حتى نقف على ارض خصباء، ومع ذلك يمكننا القول ان التجديد الضروري هو حلول التزام محل التزام آخر، مثل ما اشرنا اليه في القول فيما مضى وكما بينا سابقاً فان الالتزام الجديد الذي ينشئه الحكم القضائي نقدي وبالتفاصيل التي ذكرناها سابقاً، ولكن مع ذلك وجدنا اراء فقهية يذكرها الدكتور تناغو مناقضة للتجديد الضروري دون بيانه موافقته او مخالفته لها، وكأنه ترك الامر لنا في ان نجتهد

(1) د. محمد سليمان الاحمد، المرجع نفسه، ص 415.

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

.....
فيها، ولعل غموض الفكرة وعدم معرفة حدودها جعل الدكتور تناغو يستعرض الآراء الفقهية دون مناقشة عميقة لها، ولعل السؤال الأهم هو هل يوجد تجديد ضروري في الامر، ويستتبع هذا السؤال سؤال آخر هل انقضى الالتزام السابق ام لم ينقض وهل نشأ التزام جديد فعلا وما هو مصدره إن نشأ.

بيننا سابقا ان القوانين الحديثة لم تبين أخذها بالتجديد الضروري وان التجديد الضروري موجود في القانون الروماني، ولو اراد المشرع في تلك القوانين الحديثة الاخذ بالتجديد الضروري لنص عليها كما فعل بالنص على التجديد الرضائي، ولا يمكن للمشرع اغفال ما لا يجوز اغفاله.

ولكن بإمكاننا الدفاع عن فكرة التجديد الضروري بالقول انها بمثابة تبرير لوجود التزام جديد حل محل التزام قديم ، فقواعد القانون لا تسعفنا بالإجابة عن نشوء التزام جديد حل محل الالتزام القديم ما لم نركن الى التجديد الضروري، ولو افترضنا جدلاً ان هناك تجديداً ضرورياً فهل ان الالتزام السابق انقضى فعلاً؟، ان اسباب انقضاء الالتزام اما ان تكون وفاء او بما يعادل الوفاء او بدون وفاء، اما الاخلال بالالتزام فلا يعد وسيلة لانقضاء الالتزام، فقد يؤكد حكم القضاء على تنفيذ الالتزام نفسه، وحتى وان ابدل القضاء الالتزام بالتزام آخر وفق نص قانوني لا نكون بالضرورة أمام تجديد للالتزام الا اذا تبدل المصدر وتبعه تغير في المحل او الوصف، ونجد غالبية الفقه تقطع بانه إن وجد إخلالاً بالعقد ونشأ عنه التزاماً جديداً فإن ذلك لا يغير من اعتبار العقد - ان كان هو مصدر الالتزام - مصدراً للالتزامات الجديدة، وبما تقدم من القول يفتقد أحد شروط التجديد الضروري من تبدل المصدر، ولكن الدكتور سمير تناغو لم يساير فكرة تغير المصدر الى النهاية لان بعض تطبيقاته لنشوء التزامات لم يشترط فيها ذلك.

ان ما سرده الدكتور سمير تناغو من أدلة تبين وجود مصدر - مخفي - للالتزام، ورغم وجهة حجه للوهلة الاولى الا اننا لم نجد ضاللتنا في هذه الحجج، فيمكن ان نسجل عدة مواقف على فكرته .

ففي فكرة التعديل الضروري، نجد ان اساس الفكرة مبنية على تحقيق العدل ، فالقضاء يجري تعديلا ضروريا على الالتزامات ساعيا لتحقيق العدل واعادة التوازن بين طرفي الخصومة للتخلص من الغبن الذي وقع فيه احد اطرافه.

ولو وضعنا هذه الفكرة تحت مطرقة النقد لتبين لنا ان القضاء يسعى دائما لتحقيق العدل سواء أكان الحكم منشأ للالتزام ام غير منشأ للالتزام، وكذلك ليس بالضرورة وجود الغبن لكي نكون امام حكم منشئ للالتزام، وحيثا لا نكون امام وجود غبن في الخصومة المعروضة امام القضاء مثل التعويض وفق المسؤولية

التقصيرية ، فعلى الرغم من ان الدكتور سمير تناغو يعد التعويض وفق المسؤولية التقصيرية من تطبيقات الحكم المنشئ للالتزام الا ان هذا التطبيق لا يوجد فيه غبن، ولا توجد فيه السلطة التقديرية للقاضي.

ولو سايرنا الدكتور تناغو في فكرته فكأننا نعد كثيرا من الاحكام القضائية منشئة للالتزام، وهذا القول جدا خطير اذ نستبدل مصدره الحقيقي بمصدر آخر بحجة وجود حكم قضائي، ولو صح ذلك وهو لا يصح لإختزلنا دور المصادر الاخرى للالتزام على حساب الحكم القضائي .

لقد حاول الدكتور سمير تناغو تأييد فكرته بالقول بوجود نقص تشريعي، ولم نجد صلة بين النقص التشريعي وحلول التزام بدل التزام آخر ، كما ان ما ذكره من مبدأ الفصل بين السلطات لم نجد له علاقته بينه وبين الحكم القضائي المنشئ للالتزام .

ولا بد من الاشارة الى بعض التطبيقات التي طوعها الدكتور سمير تناغو لفكرة الحكم القضائي المنشئ للالتزام ليتبين لنا حقيقة الامر، فمثلا في نظرية الظروف الطارئة للقاضي سلطة تقديرية في اعادة التوازن ورفع الغبن الذي لحق احد طرفي العقد ، ويبدو للوهلة الاولى ان حكم القضاء قد انشأ التزاماً بديلاً للالتزام الاصلي، ولا يتم ذلك الا بالقول ان الحكم القضائي هو من انشأ الالتزامات الجديدة وفق السلطة التقديرية للقاضي، ولو تمعنا في هذا التطبيق لوجدنا ان العقد مازال ساريا كمصدر للالتزام لم يتغير قبل تدخل القضاء ولم يتغير بعد تدخل القضاء، وكل ما هنالك وجد القضاء التزاما عده مرهقا وغير عادل اقتضى تعديله، وهذا التعديل لا يغير من طبيعة المصدر، فالقانون هو من اجاز تعديل العقد وماحكم القضاء الا تنفيذ لما نص عليه القانون.

ولا بد من تسليط الضوء على موقف القانون من هذه الالتزامات الجديدة، فالقانون مصدر اما مباشر او غير مباشر، وبصرف النظر عما قيل من ان القانون له دور غير مباشر ، ولكن لا يخفى ان له دوراً مباشراً في انشاء الالتزامات مثل التزامات الجوار والنفقة، فالقانون هو من يلزم الاب بالنفقة على ابنه الصغير وما الحكم القضائي الا وسيلة لتسهيل تنفيذ ما لزم به القانون، مع ان الحكم القضائي يتدخل في تحديد مقدار النفقة، ولكن لم يقل أحد ان الحكم القضائي هو الذي ينشأ التزام بالنفقة بل القانون ، وما قيل هناك يقال هنا مع الفارق، ففي نظرية الظروف الطارئة لا يمكن القول بان القانون انشأ الالتزام بانقاص التزامات الى الحد المعقول فورا، انما القانون اعطى السلطة التقديرية للقضاء ان ينقص الالتزامات الى الحد المعقول ،فكل ما في الامر ان القضاء انقص التزاما موجودا بنص القانون متوافرة شروطه ولكن فرض هذا الالتزام وتقديره موكل للقضاء في

الحكم القضائي مصدر الالتزام الجديد

.....

ذلك ، ولا يختلف هذا عن القول بان القانون الزم الاب بنفقة الصغير ولكن فرض النفقة وتقديرها عائد للقضاء ، وان كان القضاء له دور أكبر في فرض الالتزامات في نظرية الظروف الطارئة، فالأمر يتعلق بالتطبيقين السابقين بإيهما دور القضاء اوسع مدى ،ولا يمكن القول بانه لولا الحكم القضائي لم ينشأ التزام، فأنشاء الالتزام شيء، وتنفيذه شيء آخر ولا يمكن الخلط بينهما، فالعقد او القانون هو الذي ينشئ التزاماً ولكن الحكم القضائي هو الذي يقدر توافر الشروط وتقدير ذلك وتنفيذه، ولا يخفى ان كل ذلك موكول بوجود طلب من احد اطراف العلاقة القانونية .

والحقيقة ان الفیصل في معرفة وجود حكم منشئ للالتزام هو بدور القانون كمصدر للالتزام، وقد بينا سلفا ان هناك من ذكر ان القانون ليس مصدرا انما موجه للالتزامات، ودوره دور الشرط، فلا يكفي لوحده بإنتاج الالتزامات، ولكن يرد على هذا القول ان بقية المصادر كذلك تحتاج لامور اخرى حتى تنشئ التزاماً، فالعقد ان لم يصف القانون له قوة الانشاء لا ينشئ التزامات، ونشير في هذا المجال الى من قال ان القانون لا يعيد مصدرا وانما هو موجه، اراد بذلك الاضفاء على الحكم القضائي القوة المنشئة للالتزام، لانه لو ابقينا على القانون كمصدر مباشر لنسبنا هذه الالتزامات الجديدة الى القانون لا الى الحكم القضائي ان لم نجد مصدرا آخراً للالتزامات الجديدة، فيتبين مما تقدم ان دور الحكم القضائي ليس اكثر من وسيلة تساعد الخصوم على الحصول على حقوقهم فالقضاء وسيلة لتنفيذ الالتزامات وليس مصدرا لها .

ويتحصل لدينا مما تقدم ان الالتزامات الجديدة في نظرية الظروف الطارئة نص عليها القانون، اما دور القضاء في هذا التطبيق فهو البحث عن توافر الشروط وعن كيفية رفع الازهاق، اي ان دور القضاء تكميلي لدور القانون، وحتى السلطة التقديرية التي عدها الدكتور سمير تناغو احد شروط نشوء الحكم القضائي ليست حكرا في القانون المدني بل ان القانون الجنائي فيه السلطة التقديرية اكبر، ولم يقل احد ان القاضي الجنائي يخلق عقوبة او جريمة من عنده وكيف يفعل ذلك وهو محكوم بقاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص.

الخاتمة

- 1- ان فكرة الحكم المنشئ للالتزام نجد تبريرها في التجديد الضروري بحلول التزام بدلا من التزام آخر .
- 2- ان القضاء يجري تعديلاً ضرورياً في الالتزامات الظالمة بإبدالها بالتزامات أخرى عادلة.
- 3- فكرة الحكم المنشئ للالتزام يشترط فيها وجود الغبن بمعناه الواسع، وان تكون هناك سلطة تقديرية للقضاء، ومع ذلك وجدنا في تطبيقات التعويض في المسؤولية التقصيرية أنه لا وجود للغبن ولا للسلطة التقديرية، وقد عد انصار الحكم المنشئ من تطبيقاتها .
- 4- يرى اصحاب الاتجاه الموافق للحكم المنشئ للالتزام، ان الحكم القضائي ينشئ الحقوق الشخصية والحقوق العينية .
- 5- يرى اصحاب الاتجاه المعارض ان الحكم المنشئ للالتزام لا يمكنه انشاء التزامات، وما ينشئ الالتزام اما القانون او المصادر الاخرى للالتزام .
- 6- نرى ان الحكم القضائي لا يعد مصدراً للالتزام بل انه وسيلة لتنفيذ الالتزامات .

المصادر والمراجع

أولاً- الكتب القانونية :-

- 1- د. سمير تناغو ، الالتزام القضائي، مكتبة الوفاء ، الاسكندرية، ط1، 2014 .
- 2- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2000 .
- 3- شمس الدين الوكيل ، دراسة حول صياغة الالتزام العقدي في القانون المدني المصري، 1952.
- 4- د. محمد سليمان الاحمد ، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية ،بيروت ، 2017.
- 5- د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005.
- 6- د. توفيق حسن فرج ، نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري ،من دون ذكر المطبعة ومكان الطبع، 1957 .
- 7- د. حسن علي ذنون ، المبسوط في القانون المدني - الضرر ،دار وائل للنشر ، عمان ، 2006 .
- 8- د. صلاح الدين الناهي ،الوجيز في نظرية العامة للالتزامات ،من دون ذكر للمطبعة، بغداد ، 1959 .
- 9- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1، مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1963 .

ثانياً - القوانين :

- 1- القانون المدني المصري رقم 31 لسنة 1948
- 2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
- 3- قانون السجل العيني المصري رقم 142 لسنة 1964 .
- 4- قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 1198 لسنة 1977 والمعدل بالقرار رقم 1426 لسنة 1983 .

ثالثاً - المصادر الأجنبية

.....

- 1- BERGSON (H).LES deux sources de la morale et de la religion. 100 ed, P.U .F. 1960.
- 2- MORIN(G). Vers la révision de la technique juridique .in Arch.de phi l. du dr.et de soc .Jur., N 1-2,1931.
- 3- PLANIOL (M) .Note sur La nature de la Juridiction gracieuse, 1906.

حماية المياه باعتبارها جزءاً من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

حماية المياه باعتبارها جزءاً من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

Protecting Water as Part of the Natural Environment Amid Armed Conflicts.

أ.د. صلاح جبير البصيصي

استاذ القانون الدولي العام

كلية القانون ، جامعة كربلاء ، جمهورية العراق

Prof. Dr. Salah Jubair Al-Basisy

College of Law – University of Kerbala

DOI: <https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.12>

تاريخ استلام البحث: 2022-07-15 تاريخ القبول بالنشر: 2022-07-27

ملخص البحث

قد يبدو من غير المعتاد إلى حد ما مناقشة الحق في الماء في أوقات النزاع المسلح ، خاصة وأن القواعد الدولية المتعلقة بمثل هذه النزاعات تهدف إلى حماية فئات خاصة من الأشخاص والممتلكات ولا توفر نظاماً خاصاً لحماية مرافق المياه ومع ذلك هناك من يعتقد أن الماء والبيئة لا ينفصلان عن بعض ويدعم القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان الحق في الماء والحق في البيئة وحماية أحدهما هي في الواقع حماية للأخر وتهديد أحدهما هو أيضاً تهديد للأخر ومع ذلك لم يتجاهل القانون الدولي الإنساني تماماً حماية المياه سواء بشكل صريح أم ضمني وقد ربط القانون الدولي الإنساني حماية المياه بحماية الاعيان المدنية وحماية البيئة الطبيعية وإن الآثار الفورية والطويلة الأجل للنزاعات المسلحة المعاصرة تتجاوز أهدافها العسكرية وخاصة عند استعمال الأسلحة الحديثة والتي تتجاوز فيها الاهداف المشروعة للتهديد الموارد البيئية الحيوية وبما في ذلك المياه.

الكلمات المفتاحية: الحق في المياه، البنية التحتية للمياه، الاعيان المدنية، البيئة الطبيعية، النزاع المسلح.

پاراستنا ئافى وەك بەشەك ژۇینگەها سروشتى دمللانىن چەكدار دا

پوخته

دبیت نه یا هزر كرى بیتن بو رادئ گەنگەشا مافى دئافى دا لدەمى مملانىن چەكدار دا، بتایبەتى كو ريسايين دەولى يين گريدای فان مملانان مەرم بى پاراستنا تەخەكا تابەتە ژتاکەكەسان وکەل وپەلان بەئى چ سىستەمىن تايبەت پەيدا ناکەن ژبو پاراستنا مرفەقى ئافى، سەرەراى ھندى ھەنە وەسا ھزر دکەن كو ئاف وژینگەھ ژىک جودا نابن ویاسا دەولى ویاسا دەولى یا مافىن مروفى پالپشتیا مافى دئافى ودژینگەھى دا دکەن، وپاراستنا ئىک ژوان پاراستنە بو یادى وگەفکرن لىسر ئىک ژوان گەفکرنە بو یادى، سەرەراى ھندى یاسا دەولى یا مروفایەتى پاراستنا مافى ئافى پاشگوھ نەھافىتیه ژ بشیومەیکى ئاشکەرا یان یان نە ئاشکەرا، وئ یاسایى پاراستنا ئافى گريدایە بپاراستنا کەل وپەلان وپاراستنا ژینگەھى و سروشتى، وکارتیکرنىن دريژ خایەن يين مملانىن چەكدار دەربازى مەرمەين لەشکەرى دبن بتایبەتى لدەمى بکارئینانا چەکى سەردەمى وپیشکەفتى يين کو دەربازى مەرمەين رەوا دبن بەرەف گەفکرنى لىسرچاوهيین ژيانى ژوانا ئاف.

پە یقین دەستپیکى: ماف دئافى دا، ژپر خاننا ئافى یا بنەرەتى، تىشتين مەدەنى، ژینگەها سروشتى، مملانا چەكدار

Abstract

It may appear somewhat unusual to discuss the right to water in times of armed conflict ,especially since international rules pertaining to such conflicts are aimed at protecting special categories of persons and property and do not provide a special system for the protection of water facilities.However, there are those that believe that water and the environment are inseparable .International Humanitarian Law (IHL) and International Human Rights Law supportthe right to water and the right to the environment. The protection of one is actually the protection of other, and a threat to one is also a threat to the other. However, IHL has not totally overlooked the protection of water, either explicitly or implicitly.IHL has linked the protection of water to the protection of civilian objects and the protection of the natural environment .The immediate and long-term effects of contemporary armed conflicts exceed their military objectives, especially when using modern weapons, which exceed the legitimate objectives to threaten vital environmental resources, including water.

Key Words: The right to water, Water Infrastructure, Civilian Object, The natural environment, Armed conflict.

المقدمة

أولاً : - **موضوع البحث:** تعد المياه مورداً طبيعياً محدوداً وهي مورد ضروري لحياة الإنسان ويجب أن لا يتأثر هذا المورد بالنزاع المسلح، إذ يجب على أطراف النزاع أن لا تتعرض بالهجوم أو التدمير لهذا المورد لأنه يرتبط ببيئة وحياة السكان المدنيين ورغم هذه الحقيقة إلا أن الملاحظ خلال النزاعات المسلحة أن هناك الكثير من الهجمات على مصادر المياه ومنشأتها وبذرائع مختلفة وقد كشف العديد من النزاعات المسلحة أن الكثير من الناس لا يحصلون على مياه نظيفة وآمنة وكافية خلال فترة النزاعات.

ثانياً : - **أهمية البحث:** إن هذا البحث يسلط الضوء على موضوع حيوي وفي غاية الأهمية لتعلقه بحياة الإنسان، لا بل بحياة جميع الكائنات الحية وخاصة في فترة النزاع المسلح، إذ من المحتمل أن تكون المياه هدفاً للحرب من أجل السيطرة على مصادر المياه في ظل قلة هذه المصادر وقد تستعمل المياه كوسيلة للحرب أي استهدافها أو تدميرها لإخضاع العدو وفي كلتا الحالتين أعلاه نجد أن هناك انتهاكاً لمبادئ القانون الدولي الإنساني التي تؤكد على حماية المدنيين وأن يكون هناك استعمال لوسائل واساليب مشروعة في القتال.

ثالثاً : - **مشكلة البحث:** إن مشكلة عدم توفر المياه أو نقصانها واستهدافها أثناء النزاعات المسلحة أصبحت مسألة معتادة رغم انها تعد جزءا من البيئة الطبيعية وتجب حمايتها ولعل السبب في ذلك يتجلى في عدم وجود قواعد قانونية مستقلة لحماية المياه في اتفاقيات القانون الدولي الإنساني ولذلك تم ربط حمايتها بالبيئة الطبيعية وبالأعيان المدنية ومما اضعف هذه الحماية ايضا عدم وجود آليات ملزمة للدول المتنازعة توفر حماية للمياه ومنشأتها وتضمن استمراريتها خلال النزاع المسلح.

رابعاً:- نطاق البحث: ان حمايه المياه في ظل النزاعات المسلحة تدخل في مجال القانون الانساني بالدرجة الاساس ومع ذلك يمكن ان يتناولها بالحماية كل من القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي البيئي.

خامساً:-فرضية البحث: يحاول البحث ربط حماية المياه من خلال حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة وذلك لعدم وجود نصوص حماية خاصة بالمياه بحد ذاتها.

سادساً : - **هدف البحث:** يحاول البحث بيان الأساس القانوني للحق في المياه ومدى كفاية احكام الحماية المتعلقة به في النزاعات المسلحة من أجل الإقرار بان هذا الحق هو أولوية قصوى في وقت النزاع، كما هو أولوية في وقت السلم وهنا تظهر الحاجة الى استعراض هذه الحماية من اجل بيان نقاط القوة والضعف فيها.

.....

سابعاً : - منهجية البحث: سوف يتم الاعتماد على المنهج التحليلي لقواعد القانون الدولي الإنساني المتمثلة في اتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين لعام 1977 وسائر الاتفاقيات الأخرى ذات الصلة المباشرة وغير المباشرة فضلاً عن دور العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون من أجل استكشاف الحماية الممكنة للمياه.

ثامناً : - خطة البحث :- سوف يتم تناول البحث في مطلبين , يتناول المطلب الأول مفهوم البيئة الطبيعية والحق في المياه في النزاعات المسلحة ويتناول المطلب الثاني حماية المياه في النزاعات المسلحة.

المطلب الأول

مفهوم البيئة الطبيعية والحق في المياه في النزاعات المسلحة

إن هناك علاقة مهمة بين البيئة الطبيعية وحق الانسان في المياه سواء في اوقات السلم ام في اوقات النزاع ولكن توفر المياه لأغراض الشرب والنظافة والصرف الصحي في اوقات النزاع المسلح يتعرض الى مخاطر عديدة ويعود السبب في ذلك ان الماء يمكن ان يستخدم كسلاح او هدف في النزاع مما يعرض حياة السكان المدنيين للخطر.

الفرع الأول

مفهوم البيئة الطبيعية

البيئة بشكل عام تتضمن مفهومين احدهما مفهوم ضيق (ايكولوجي) يقصر البيئة على مجرد البيئة الطبيعية بعناصرها المختلفة (الحية وغير الحية) وبذلك البيئة الطبيعية تمثل المحيط الحيوي (Biosphere) الذي يشمل الكائنات الحية وما يحيط بها من هواء وماء وتربة، اما المفهوم الواسع فيشمل بالإضافة الى البيئة الطبيعية، البيئة البشرية وهي ما يقوم الانسان بإنشائه من ابنية ومنشآت، وبذلك تنقسم البيئة على قسمين رئيسيين هما، البيئة الطبيعية وتمثل المظاهر التي لا دخل للإنسان في وجودها، والبيئة الصناعية او المشيدة والتي بناها الانسان من اجل اشباع حاجاته الاساسية وسوف يتم التركيز على البيئة الطبيعية باعتبارها مدار البحث.

اولا: تعريف البيئة الطبيعية: يقصد بالبيئة الطبيعية كل ما يحيط بالإنسان من ظواهر حية او غير حية وليس للإنسان دخل في وجودها⁽¹⁾، والبيئة الطبيعية تتكون من عناصر اساسية حية وهي الانسان والحيوان والنبات وعناصر غير حية وهي التربة والماء والهواء ويجمع بين هذه العناصر نوع من التوازن البيئي الدقيق⁽²⁾، ويؤدي المساس بها الى اضطراب الحياة والاخلال بنظامها المحكم، علما ان هذا التوازن يتم من خلال عمليتين جوهريتين هما انسياب الطاقة والدورة الغذائية⁽³⁾.

(1) عبد الفتاح مراد، شرح التشريعات البيئية، ط1، بلا دار نشر، مصر، 1994، ص19.

(2) ان التوازن البيئي يعكس قدرة الله سبحانه وتعالى الذي خلق كل شيء بقدر معلوم وكما في قوله تعالى (وَالْأَرْضُ مَدَنُهَا وَأَلْفَيْنَا فِيهَا زُؤَانِي وَأَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَّزْجُونِ) سورة الحجر الآية (19).

(3) جمال عبد الكريم، الحماية الدولية للبيئة، مجلة البحوث السياسية والادارية، العدد 10، 2019، ص238.

هذا ولم يُعرف القانون الدولي الانساني البيئة الطبيعية ولكن اشار بعض التقارير المقدمة للمؤتمر الدبلوماسي عام 1974-1977 التحضيري للبروتوكولين الاضافيين لعام 1977 الى ان البيئة الطبيعية تتعلق بالظروف الخارجية والتأثيرات التي تؤثر على حياة وتطور وبقاء السكان المدنيين والكائنات الحية ويشير المعنى الواسع الى نظام العلاقات المتبادلة التي لا تنفصم بين الكائنات الحية وبيئتها غير الحية والغلاف الارضي والغلاف الجوي وبما في ذلك الحيوانات والنباتات والمحيطات وغيرها من المسطحات المائية والتربة والصخور⁽¹⁾، ويبدو ان القانون الدولي الانساني يأخذ بالمفهوم الايكولوجي للبيئة (المعنى الضيق للبيئة)، اذ ركز على الوسط الطبيعي (العناصر الحية وغير الحية) المحيط بميدان القتال ولم يأخذ بالمعنى الواسع ولذلك استعمل القانون الدولي الانساني مصطلح (البيئة الطبيعية) عند الكلام عن حماية البيئة اثناء النزاعات المسلحة، اذ ذكرت المادتان (3/35) و(55) من البروتوكول الاضافي الاول لعام 1977 هذا المصطلح وحظرت كلا المادتين استخدام اساليب او وسائل قتال اذا كان يقصد بها او يتوقع منها ان تلحق بالبيئة الطبيعية اضرارا بالغة وواسعة الانتشار ويلاحظ على المادتين السابقتين انهما لم تمنعا استهداف البيئة اثناء النزاع المسلح، بل منعنا الاعمال التي تلحق اضرارا فادحة ولا يمكن علاجها وفي هذا تقول محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية الاسلحة النووية عام 1996 (ان على الدول ان تأخذ الاعتبارات البيئية بالحسبان عند تقييم ما هو ضروري ومتناسب في سعيها لتحديد الاهداف العسكرية المشروعة)⁽²⁾. ولذلك يمكن ان يطال الهجوم البيئية الطبيعية لكن بالقدر الذي يضمن تطبيق مبدأ التناسب وتحقيق الميزة العسكرية وبالتالي امكانية الحاق اضرار خفيفة بالبيئة ولكن ليس اضرارا جسيمة تؤثر على النظام الايكولوجي⁽³⁾، الذي يخلق ظروف العيش اللازمة للكائنات الحية ومنها الانسان ويلاحظ في هذا المقام ان الانسان نفسه يعتبر عنصرا حيا من عناصر البيئة الطبيعية وقد اكد ذلك الميثاق العالمي للطبيعة عام 1982 بالقول ان الجنس البشري يعد جزءا من الطبيعة ولكن لم تسلط عليه الحماية الصريحة في المادتين السابقتين من البروتوكول الاول ولعل السبب في ذلك يعود الى ان توفير الحماية للإنسان يمثل جوهر حماية القانون

(1) Guidelines on the protection of the natural environment in armed conflict ,The International Committee of the Red Cross ,2020,p11

(2) موجز الاحكام والفتاوى والاورام الصادرة من محكمة العدل الدولية ،الامم المتحدة، نيويورك،2005.

(3) النظام الايكولوجي: مجموعة العناصر الموجودة في البيئة والتي يحدث بينها تفاعل متبادل ويعتمد بعضها على البعض الاخر ويؤدي التغيير في احد عناصرها الى تغيير في العناصر الاخرى لهذا النظام ومصطلح الأيكولوجي يمثل المجال المكاني الذي يعيش فيه الانسان بما يضم من ظواهر طبيعية وبشرية ويتأثر بها ويؤثر فيها .

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

الدولي الانساني في قواعده الاتفاقية والعرفية ولهذا جرى التركيز على حماية البيئة الطبيعية في البروتوكولين لأنها تعتبر من الامور المستحدثة⁽¹⁾.

وينكر دليل سان ريمو بشأن القانون المطبق على النزاعات المسلحة في البحار لعام 1994 في المادة (44) بانه يجب استخدام وسائل الحرب واساليبها مع المراعاة الواجبة للبيئة الطبيعية استنادا الى قواعد القانون الدولي ذات الصلة وتحظر الاضرار واعمال التدمير التي تلحق بالبيئة الطبيعية والتي لا تبررها الضرورات العسكرية وتباشر بشكل تعسفي، ويمكن القول ان البروتوكول الاول ودليل سان ريمو يحظران اللجوء الى ما يسمى (بالحرب الايكولوجية) أي استخدام وسائل القتال التي تخل بتوازنات طبيعية لا غنى عنها لحياة الكائنات الحية ومنها الانسان، في حين ان الاعتداءات على البيئة التي تنص عليها اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لعام 1976 (ENMOD) مختلفة وتتعلق بما يسمى (بالحرب الجيوفيزيائية) والتي تترتب على التدخل المتعمد في العمليات الطبيعية بما يؤدي الى حدوث ظواهر مثل الاعاصير او الامواج البحرية العنيفة وسقوط الامطار او الهزات الارضية وسقوط الثلوج⁽²⁾.

وقد يقال اخيرا ان القانون الدولي الانساني قد وفر الحماية للبيئة الطبيعية دون البيئة الصناعية او المستحدثة أي بعبارة اخرى انه وفر الحماية للبيئة بالمعنى الضيق (فقط البيئة الطبيعية) وليس البيئة بالمعنى الواسع (البيئة الطبيعية والصناعية) والقول هذا محل نظر ذلك ان الحماية المباشرة والصريحة للبيئة الطبيعية جاء لأهميتها التكوينية والتأسيسية ولكنه أي القانون الدولي الانساني وفر ايضا حماية غير مباشرة للبيئة الصناعية من قبيل السدود والجسور ومحطات الطاقة الكهربائية وغيرها وذلك بجعلها من الاعيان المدنية المرتبطة بحياة السكان المدنيين وهكذا وفر لها القانون الدولي الانساني حماية في وقت مبكر منذ اتفاقيات

(1) اعلنت منظمة اليونسكو منذ عام 1971 عن برنامجها (الانسان والمحيط الحيوي) (Man and the Biosphere (MAB Programme) وهو برنامج علمي حكومي دولي يهدف إلى إنشاء أساس علمي لتعزيز العلاقة بين الناس وبيئاتهم. فهو يجمع بين العلوم الطبيعية والاجتماعية بهدف تحسين سبل عيش الإنسان وحماية النظم البيئية الطبيعية وبالتالي تعزيز النهج المبتكرة للتنمية الاقتصادية الملائمة اجتماعيا وثقافيا والمستدامة بيئيا. ينظر : <https://en.unesco.org/mab> تاريخ الزيارة 2021/10/23

(2) انطوان بوفيه، حماية البيئة الطبيعية في فترة النزاع المسلح، كتاب دراسات في القانون الدولي الانساني، دار المستقبل العربي، 2000، ص198.

جنيف عام 1949 ولذلك جاء مفهوم البيئة قاصرا على البيئة الطبيعية في البرتوكولين الاضافيين عام 1977 وحدها لأنها لم تكن محمية سابقا.

ثانيا: ارتباط المياه بالبيئة الطبيعية: ان المياه مورد طبيعي لا غنى عنها للحياة وهي في نفس الوقت جزء اساسي من النظام البيئي⁽¹⁾ , ويذكر البعض - وبحق - ان الماء يشكل ضرورة قصوى من اجل صحة الانسان ونتاج الغذاء، كما انه يخفف من حدة الكوارث الطبيعية ويحمي البيئة ويحافظ على الموارد الطبيعية⁽²⁾ ولقد ذكرت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر عام 1997 في قضية مشروع غابتشيكوفو- ناغيماروس (Gabcikovo-Nagymoros) بين المجر و سلوفاكيا (ان البيئة ليست فكرة مجردة ولكنها تمثل حيز المعيشة ونوعية الحياة وصحة البشر وبما في ذلك الاجيال اللاحقة)⁽³⁾، وعليه فان الحق في المياه لا يشير الى حقوق الانسان فقط وانما يعد من متطلبات البيئة فيما يتعلق بالأنهار والبحيرات والمحيطات وان الحق في المياه يجب ان يشمل بالإضافة الى الاحتياجات الآنية المحافظة على النظام الايكولوجي والاستخدام المستدام⁽⁴⁾، ولذلك فان هناك ارتباطاً جوهرياً بين البيئة الطبيعية ومكوناتها الاساسية ولا سيما المياه وتأثيرها الكبير على وجود الانسان وصحته وباعتبار المياه عنصراً جوهرياً من عناصر البيئة الطبيعية فقد تتأثر بالنزاعات المسلحة، كما قد تتأثر بتغيير المناخ وكما يلي:

1- الارتباط في النزاعات المسلحة : تتأثر البيئة ومكوناتها ومنها المياه بالنزاعات المسلحة وتزداد خطورة وفداحة الأثار السلبية على البيئة كلما زادت خطورة ومدى انتشار الاسلحة المستخدمة وخاصة بعد ظهور ما يسمى بأسلحة الدمار الشامل المتمثلة في الاسلحة الكيميائية والبيولوجية والنووية، مما يؤثر بصورة مباشرة على الانسان، فالتوازن البيئي والأيكولوجي يعتبر عنصراً اساسياً للبيئة والصحة والحياة وان هذا التوازن يفقد سلاسته في النزاعات المسلحة وخاصة عقب ظهور تلك الاسلحة المتطورة وعند ذاك تكون البيئة الطبيعية

(1)Mara Tignino, Water ,International and Peace and Security,International Review of The Red Cross, Vol 92,N879,2010 P.674.

(2)Rupesh Mishra, Legal Protection of Water in Times of Armed Conflict ,37 ELR,2007,p.1

(3) ان من اهم المبادئ التي تضمنها الحكم بخصوص المياه والبيئة: 1- عدم جواز الغاء المعاهدات المائية من جانب واحد 2-التوفيق بين التنمية وحماية البيئة 3- الاقتسام العادل والمعقول للمياه 4- مبدأ التعاون في استعمال الموارد المائية المشتركة. ينظر: موجز الاحكام والفتاوى والاورام الصادرة من محكمة العدل الدولية، مصدر سابق.

(4)Amanda Chaill ,The Human Right to Water and its application in occupied Palestinian Territories, First Published, Rutledge taylor&Francis Group,2011,p.49

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

معرضة لأخطار جمة ولعل اول اخطارها تلوث المياه والذي من شأنه الاضرار بصحة السكان المدنيين وحتى العسكريين ومن شأن ذلك ان يعرض حياتهم للخطر⁽¹⁾، اذ ان من شأن الاشعاعات المنبثقة عن الاسلحة النووية ان تؤثر على الموارد المائية في مساحات واسعة سواء كانت المياه سطحية ام جوفية ويمكن ان يمتد اثرها عبر الزمن على الاجيال اللاحقة ، فطابعها التدميري وآثارها لا يمكن احتواءها فهي عابرة للحدود ومن جهة اخرى فان تدمير البنية التحتية للمياه والصرف الصحي يؤدي الى تلوث موارد المياه، كما ان استهداف الطاقة الكهربائية يؤدي الى انقطاع امدادات المياه مما يدفع الناس الى استخدام مياه غير صالحة وما يسبب ذلك من امراض وحالات نزوح وعلى سبيل المثال في النزاع في كوسوفو عام 1999 اذ تسببت الهجمات على المرافق الصناعية الواقعة على نهر الدانوب بإطلاق مواد ملوثة في النهر وقد ادى قصف مصافي النفط ايضا الى استشعار الخشية من اضرار بيئية واسعة الانتشار بموارد المياه⁽²⁾، وفي اليمن ادت الهجمات على البنية التحتية للمياه الى حرمان آلاف الاشخاص من الوصول الى مياه الشرب الآمنة مما ادى الى تقشي الكوليرا الذي تسبب في وفاة ما يقدر بنحو 4000 شخص⁽³⁾، والحال ينطبق على سوريا التي اندلعت فيها حرب اهلية منذ اذار/مارس من عام 2001 ولحد الان والتي تسببت بانتشار الفقر والجوع وتدمير معظم البنى التحتية للمياه وخاصة السدود ومحطات ضخ وشبكات المياه بالإضافة الى هجرة ونزوح اكثر من ثمانية ملايين شخص الى دول العالم.

وتؤكد قواعد القانون الدولي الانساني على ضرورة استمرار امدادات مياه الشرب وخدمات الصرف الصحي لضمان المحافظة على حياة الافراد وخاصة الاطفال والنساء وكبار السن وذوي الاحتياجات الخاصة والمرضى ولتجنب حصول حالات تلوث البيئة وانتشار الامراض والابوئة او حصول حالات تسمم للمياه بفعل استعمال الاسلحة المحظورة لان في ذلك حرمان ملايين البشر من مياه الشرب حين تتعرض مصادرها للتلوث او الدمار مما تكون له عواقب وخيمة على السكان المدنيين ويزيد هذا العطش والمرض من شدة البؤس الذي تحدثه الحرب⁽⁴⁾. وعليه ان حماية البيئة الطبيعية تقتضي المحافظة على مكونات هذه البيئة من انسان وحيوان وغابات ومياه وانهار والتي تتأثر بشكل خاص في النزاعات المسلحة، اذ ان تلويث الانهار من شأنه ان

(1) زناتي مصطفى ، الحماية الدولية لموارد المياه والمنشآت المائية أثناء النزاعات المسلحة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2016 ، ص96.

(2) Mara Tignino, Water.. ,op.cit, p.670.

(3) ينظر.: www.unicef.org/mena/press-releases/access-water -تاريخ الزيارة 2021-9-16

(4) اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، المياه والسكن في زمن الحرب 21 مارس/اذار، 2000.

يهدد حياة السكان المدنيين من خلال تلويث مياه الشرب التي يتم انتاجها من خلال تلك الانهار وهذا التلوث يحدث عند الاستعمال المفرط لوسائل واساليب الحرب او نتيجة استخدام اسلحة من شأنها الحاق اضرار بالغة وطويلة الامد بهذه البيئة الطبيعية .

2-الارتباط عند تغير المناخ : ان تغير المناخ ظاهرة عالمية وتجب معالجتها بصورة جماعية من خلال التعاون الدولي، فالنظام المناخي مورد طبيعي مشترك يجب ان ينظم ويدار لصالح ومنفعة الاجيال الحالية والمستقبلية ومسؤولية حمايته تقع على المجتمع الدولي ككل⁽¹⁾.

ان تغير المناخ يؤثر على كمية ونوع المياه ، فمن ناحية الكمية تنقلص موارد المياه العذبة وتزيد الندرة بسبب تفاوت توزيع الامطار من حيث الزمان والمكان ويسبب تفاوت معدلات التبخر اعتمادا على نسبة الرطوبة ودرجة الحرارة التي تؤثر على الكمية المتاحة لتجديد امدادات المياه الجوفية وزيادة استنزافها مما يؤثر بشكل خاص على الامن الغذائي للناس، اما من حيث نوعية المياه، فان تغير المناخ يزيد من تلوث المياه بالرواسب والمغذيات بسبب الكربون العضوي المنحل والعوامل المرضية والتلوث الحراري بسبب تغير درجات الحرارة والانماط الهيدرولوجية ،كما يتسبب بالجفاف والفيضانات وارتفاع منسوب مياه البحار⁽²⁾، ويؤدي تغير المناخ الى تفاقم مشكلة الحصول على مياه الشرب المأمونة وتفاقم التهديدات الامنية للوصول الى المياه وبحلول عام 2050 من المتوقع ان يعاني ما يقرب من ستة مليارات شخص من ندرة المياه النظيفة وسيعاني حوالي سبع مئة مليون شخص حول العالم من خطر النزوح بسبب ندرة الماء الشديدة بحلول عام 2030⁽³⁾، ومن آثار التغيرات المناخية ايضا حصول عسكرة لمراكز وموارد المياه فبسبب التغير الطارئ على وفرة المياه وندرتها جراء تغير المناخ تتجه بعض الاطراف المتنازعة الى استخدام الماء كسلاح، فمثلا في الحرب الاهلية في الصومال قامت جماعة الشباب الجهادية بعزل المدن المحررة عن موارد المياه لتفرض سيطرتها مما انعكس ذلك على السكان الذين لم يتمكنوا من الحصول على موارد المياه والمساعدات الانسانية وقد ترتب

(1) Christoph Schwarte, Will Frank, The International Law Association's Legal Principles On Climate Change And Climate Liability Under Public International Law, Climate Law, V: 4, 2014,p.204

(2) شافعي ام السعد ،الامن المائي، رسالة ماجستير-جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013،ص139

(3) Mara Tignino, Sjostedt Britta, Searching for holistic approaches to protect water in relation to armed , Review of European ,Comparative and International Environment Law,Vol.29,N.1,2020,P.3

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

على ذلك وفاة اكثر من 250000 شخص وتشرد مئات الالاف من الاشخاص⁽¹⁾، وفي سياق الالتزام بمنع الاضرار البيئية والمناخية اثناء النزاعات المسلحة يمكن التمييز بين نوعين من الانبعاثات المسببة لتغير المناخ :

أ-الانبعاثات الضرورية (Necessary Emission) وهي تلك الانبعاثات الضرورية لتحقيق عمل مشروع مثل انبعاثات الغازات الدفيئة نتيجة تدمير الاهداف التي تقدم دعما مباشرا للعدو.

ب-الانبعاثات المفرطة (Excessive Emission) وهي تلك الانبعاثات التي تتجاوز الحد الضروري لتحقيق الاهداف العسكرية مثل الانبعاثات الناجمة عن استهداف الاعيان المدنية المحظورة في القانون الدولي الانساني والبيئي⁽²⁾، ويمكن القول ان التخفيف والتكيف يشكلان الاستراتيجية الرئيسية في مجال التصدي الى تغير المناخ⁽³⁾، اذ يهدف التخفيف الى التقليل من الاحترار العالمي وذلك بتخفيض مستويات انبعاث الغازات الدفيئة، اما التكيف فيتوخى تعزيز قدرة المجتمعات والنظم البيئية على مواجهة مخاطر تغير المناخ وآثاره والتكيف معها وفي هذا السياق بلورت اللجنة الدولية للصليب الاحمر استراتيجيتها المؤسسية للأعوام 2019-2022 بهدف الحد من الآثار السلبية للتغير المناخي في دول النزاعات المسلحة وتعزيز قدرة المجتمعات المتضررة على استيعاب الآثار المجتمعية للنزاع او العنف والصدمات المناخية وبناء تأثير انساني اكثر استدامة⁽⁴⁾، هذا وتسعى وحدة المياه والسكن في اللجنة الدولية للصليب الاحمر منذ تأسيسها عام 1983 الى توفير فرص الحصول على المياه والصرف الصحي والنظافة في زمن النزاعات المسلحة وتبذل قصارى جهدها للتخفيف من اثر النزاع على السكان واستهلاك الطاقة واستخدام الموارد والحفاظ على النظام الايكولوجي.

(1) ينظر : <https://ar.unesco.org/courier/2018-2/tgywr-lmnkh-yhdwd-bnzt-jdyd> تاريخ الزيارة: 16-9-2021

(2) عبيد علي السلوم ، اثر النزاعات المسلحة على تطبيق المعاهدات البيئية متعددة الاطراف، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق -جامعة حلب، 2018، ص72-73.

(3) الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ (IPCC) ، تغير المناخ والماء، جنيف، سويسرا، 2008.

(4) احمد زكي عثمان، مناخ يفاقم من معاناة المدنيين في اوقات الحروب، مجلة الانساني، العدد 65، 2019.

الفرع الثاني

مفهوم الحق في المياه في النزاعات المسلحة

ينظم القانون الدولي الإنساني مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم تصرفات الدول والجهات الفاعلة الأخرى في حالات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية إضافة إلى حالات الاحتلال وإذا كان القانون الدولي الإنساني يحرص على حماية الحياة البشرية بالدرجة الأولى فان الأضرار التي تلحق بالموارد الطبيعية اللازمة لحياة الإنسان لا تقل خطراً وضرراً عن الأضرار البشرية ذاتها.

أولاً: تعريف الحق في المياه في النزاعات المسلحة: أن الحق في المياه كحق من حقوق الإنسان لا يقل بالأهمية عن حقوق الإنسان الأخرى الواردة في الإعلانات والاتفاقيات الدولية على غرار الحق في الحياة والحق في الصحة والحق في التعليم وقد عرف برنامج الأمم المتحدة الإنمائي (UNDP) الحق في المياه بأنه ان تتاح لكل شخص مصدر للمياه ويشترط في هذه المياه أن تكون مأمونة وبالقدر الكافي وبالسعر المناسب وحتى يتمكن الشخص من العيش بحياة صحية وكريمة مع الحفاظ في نفس الوقت على النظم الأيكولوجية المساعدة على اعادة انتاج المياه⁽¹⁾، وقد عرفته اللجنة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بأنه حق الفرد بالحصول على كمية المياه الكافية المأمونة والمقبولة والتي يمكن الحصول عليها مادياً والميسورة مالياً لاستخدامها للأغراض الشخصية والمنزلية⁽²⁾، ولما كانت المياه من الأشياء التي يستحيل على البشر العيش بدونها في اوقات السلم، فإن الحاجة تبرز لها بشكل اكبر في اوقات النزاع المسلح، اذ يعني هذا الحق الوصول لإمدادات المياه الآمنة والخالية من المواد السامة والملوثة وغالبا ما يشكل استهداف البنية التحتية للمياه والصرف الصحي عائقا اساسيا للتمتع بهذا الحق ويشكل تدمير هذه البنى التحتية حرمان للسكان من اسباب البقاء ولذلك تطرقت اتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكولين الاضافيين لعام 1977 إلى الحق في المياه سواء أكان للمدنيين أم للعسكريين وان استخدام المياه يكون من اجل البقاء على قيد الحياة (Water for Survival)، اذ ان وجود المياه الكافية يمنع الوفاة بسبب فقدان الجسم للسوائل⁽³⁾. وإذا كانت المياه الصالحة للشرب قد جرى التأكيد عليها بشكل كبير في اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الاضافيين فإنه مع ذلك

(1) تقرير التنمية الانسانية، برنامج الامم المتحدة الانمائي، 2006.

(2) التعليق رقم (15) الحق في الماء، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة (229)، 2002.

(3) ينظر: Amanda Chaill, op.cit, p.43.

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

.....

فقد ذكرت انواع اخرى من المياه كتلك المستخدمة في الاستحمام أو بداعي الصحة وعلى وجه التحديد حصرت اتفاقيات القانون الدولي الإنساني المياه في ثلاثة أنواع ومن ذلك ما اشارت له اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بمعاملة اسرى الحرب لعام 1949 والتي بينت هذه الانواع من المياه وهي⁽¹⁾:

1- **مياه الشرب** : ونصت عليها المادتان (26 و 46) من ذات الاتفاقية وذلك بوجوب توفير مياه الشرب الكافية لأسرى الحرب .

2- **المياه الصالحة للشرب** : وقد وردت ضمن المادة (20) والتي الزمت السلطة التي تحتجز الاسرى بتزويدهم بما يكفي من طعام ومياه صالحة للشرب .

3- **مياه الاستحمام ومياه المراحيض والغسيل** : ونصت عليها المادة (29) من الاتفاقية بأن تخصص لفائدة الاسرى مياه الاستحمام وكمية كافية من المياه والصابون للمراحيض الخاصة بهم ولغسل ملابسهم .

وعلى نفس التوجه سارت اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية الاشخاص المدنيين لعام 1949 والتي اكدت فيها المادة (85) بأن السلطة الحاجزة تعمل على تزويد المعتقلين بمياه الشرب، أما البروتوكولان الاضافيان لاتفاقيات جنيف لعام 1977 فقد اشارا إلى تزويد الاشخاص بالغذاء ومياه الشرب , بل وقد اقرا ولأول مرة تدابير اخرى من شأنها حماية المياه ومنشأتها من الهجوم والتدمير خلال النزاع المسلح⁽²⁾، ولا شك أن في ذلك ضمانا الحماية الاقتصادية والصحية للسكان المدنيين ومنعاً من تعرضهم للمجاعة.

ثانياً: الأساس القانوني للحق في المياه في النزاعات المسلحة: ان القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الانسان لم يتضمنا أية صيغة صريحة تنظم حق الأفراد في المياه وان الارتباط بين القانونين السابقين يتضمن حماية افضل للمياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية مع العلم ان قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان يمكن تطبيقها في وقت النزاع وهو ما اكدت عليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول مشروعية استخدام الاسلحة النووية عام 1996 وفي رأيها الاستشاري في قضية الجدار العازل في الاراضي الفلسطينية المحتلة عام 2004 وكذلك الحال في قضية الأنشطة العسكرية في اقليم الكونغو عام 2005⁽³⁾.

1- **الاساس القانوني للحق في المياه في القانون الدولي لحقوق الانسان:** أن الشرعة الدولية لحقوق الانسان لم تشر إلى الحق في المياه صراحة ولكن نصوصها قد اعترفت ضمناً بالحق بالمياه في

(1) زناتي مصطفى , مصدر سابق, ص183.

(2) ينظر المادة (3/85) من البروتوكول الاضافي الاول لعام 1977 .

(3) Mara Tignino, Water ..,op.cit,p.668

سياق نصوصها التي تتعلق بالحق في الحياة والحق في الصحة والحق بمستوى المعيشة اللائق وبما في ذلك الحق في الغذاء والسكن. ويمكن القول أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 لا يشير الى الحق في المياه إلا أنه أشار بصورة ضمنية إلى بعض الحقوق التي تتضمن هذا الحق، إذ أشارت المادة (3) إلى أن لكل شخص الحق في الحياة والأمان والمادة (1/25) نصت على أن لكل فرد الحق في مستوى معيشي لائق بصحته ورفاهيته واسرته وبما في ذلك الغذاء والملبس والمسكن والرعاية الطبية والخدمات الاجتماعية اللازمة وكذلك تنص المادة (1/2) المشتركة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966 على أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال حرمان أي شخص من أسباب عيشه وكذلك نصت المادة (6/1) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسة على أنه لكل أنسان الحق الأصلي في الحياة وتجب حماية هذا الحق ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً ويمكن القول أن الحق في المياه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحق في الحياة والحق في الصحة والحق في السكن اللائق والمستوى المعيشي اللائق، إذ إنه لا يمكن تحقيق هذه الحقوق بدون وجود الحق في المياه⁽¹⁾ ويذهب البعض للقول بأن لجنة حقوق الإنسان عام 1966 عند اعتماد نصي العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان قد اعتبرت الحق بالمياه أمراً مفروضاً منه وأنه كان بكميات وفيرة في تلك الفترة⁽²⁾.

لقد كان التطور المهم في هذا المجال في تشرين الثاني/ نوفمبر من عام 2002 والذي تم فيه اعتماد التعليق العام رقم (15) بشأن الحق في الماء من قبل اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والذي اعتبر الحق بالمياه حقاً أساسياً من حقوق الإنسان وبينت الفقرة الأولى من التعليق من أن الماء مورد طبيعي محدود وحق من حقوق الإنسان والتي لا يمكن الاستغناء عنه والعيش بدونه وأنه شرط أساس لأعمال حقوق الإنسان الأخرى⁽³⁾، وأشارت الفقرة الثانية من التعليق بأن الحق بالماء يخول الجميع بالحصول على المياه بكمية كافية وأمنة ومقبولة ويمكن الوصول إليه فعلياً وبأسعار معقولة للاستخدام الشخصي والمنزلي، وعلى الرغم من ان هذا التعليق ليس ملزماً قانوناً بالنسبة للدول، إلا أنه بلا شك يكشف عن أهمية الحق في

(1) قحطان عدنان عزيز ، الاساس القانوني الدولي لحق الإنسان في المياه ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 27، العدد 25 ، 2019، ص75 .

(2) E. Riedel ,The Human Right to Water and General Comment N.15 of the CESCR , 2006 P.3.

(3) اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الدورة التاسعة والعشرون، 2002، التعليق رقم 15، (الحق في الماء) المادتان 11 و 12 .

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

.....

المياه وأنه لا يمكن اعمال الكثير من الحقوق بدونها ولعل أهمها الحق في الحياة والحق في الصحة والحق في المستوى المعيشي اللائق.

2- الأساس القانوني للحق في المياه في القانون الدولي الانساني: تتطوي معاهدات القانون الدولي الإنساني على قواعد قانونية ملزمة لأطراف النزاع المسلح من أجل تأمين الحصول على المياه المأمونة من أجل الصحة والبقاء على قيد الحياة أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية .

أ-الحق في المياه في اتفاقيات جنيف : أشارت اتفاقيات جنيف الاربع لعام 1949 إلى الحق في المياه بشكل صريح وبشكل ضمني ضمن الحقوق الأخرى للمدنيين والمقاتلين والأسرى ولكن كانت الإشارة بشكل كبير في اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب وكذلك في اتفاقية جنيف الرابعة المتعلقة بحماية المدنيين، فقد بينت اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بمعاملة الأسرى بصورة صريحة حق الإنسان في المياه، إذ نصت المادة (20) على أنه يجب على الدولة الحاجزة تزويد اسرى الحرب الذي يتم اجلاؤهم بالطعام الكافي والماء الصالح للشرب وكذلك اكدت المادة (26) على أنه يجب توفير مياه شرب كافية لأسرى الحرب وكذلك الزمت المادة (29) الدولة الحاجزة باتخاذ جميع الإجراءات الصحية اللازمة وتزويد اسرى الحرب بالماء لاستعمالاتهم الشخصية وازافت المادة (46) بأن على الدولة الحاجزة تزويد الاسرى اثناء النقل بالطعام الكافي ومياه الشرب للحفاظ على صحتهم، وقد اشارت هذه الاتفاقية ضمناً لحق المياه عندما نصت في المادتين (15 و 51) على بتوفير الرعاية الطبية للأسير ومنحهم ظروف عمل مناسبة ولا سيما فيما يتعلق بالسكن والغذاء والملابس، اما اتفاقية جنيف الرابعة المتعلقة بحماية المدنيين فقديبتت في المادة (85) منها إلى التزام الدولة الحاجزة بتزويد الاشخاص المحميين بالماء للأغراض والاستعمالات الشخصية وأكدت المادة (89) على توفير مياه شرب كافية للمعتقلين أما المادة (127) فقد اشارت أن تقوم الدولة الحاجزة بتزويد المعتقلين أثناء النقل بمياه الشرب والاغذية الكافية من حيث الكمية والنوعية للحفاظ على صحة جيدة وازافة للأحكام الصريحة السابقة فقد تضمنت اتفاقية جنيف الرابعة عدداً من الاحكام الضمنية التي تتضمن حق الإنسان في المياه ومثال ذلك المادة (55) من الاتفاقية التي أكدت على اتخاذ التدابير اللازمة لتوفير المؤن الغذائية والإمدادات الطبية وغيرها من الخدمات التي تنطوي ضمناً على الالتزام بتوفير المياه والأمر ينطبق كذلك على مواد أخرى كثيرة نصت عليها الاتفاقية⁽¹⁾.

(¹) see: Mara Tignino, Reflection on the Legal Regime of Water during Armed Conflicts ,The Hague,2004,p.5.

ب- الحق في المياه في البروتوكولين الإضافيين : تطرق البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 إلى حماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية وتطرق البروتوكول الثاني إلى حماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية وكلاهما اشارا بشكل صريح وضمني للحق في المياه⁽¹⁾، اذ ان البروتوكول الإضافي الاول نص في المادة (2/54) على أنه يحظر مهاجمة أو تدمير أو إزالة أو نقل الأشياء أو الاعيان التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين (مثل المواد الغذائية ... ومنشآت وامدادات مياه الشرب والري) وقد اشار البروتوكول الاول ضمناً إلى حق الإنسان في المياه في المادتين (55 , 69) عندما أكد على عدم المساس بصحة الإنسان وبقائه ولاسيما فيما يتعلق بالغذاء واللوازم الطبية ووسائل المأوى واللوازم الاخرى الضرورية لبقاء السكان المدنيين، اما البروتوكول الإضافي الثاني فقد نص في المادة (5 / ب) على تزويد الاشخاص بالغذاء ومياه الشرب وان يحصلوا على ضمانات فيما يتعلق بالصحة والنظافة والحماية من قسوة المناخ ومخاطر النزاع المسلح ونصت المادة (14) منه على حظر مهاجمة أو تدمير أو إزالة أو نقل الأشياء التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين مثل المواد الغذائية ... ومنشآت امدادات مياه الشرب والري، كما اشار البروتوكول ضمناً إلى الحق في المياه في المادة (18) منه والتي نص فيها على توفير المواد الاساسية لبقاء السكان المدنيين مثل المواد الغذائية واللوازم الطبية وبطبيعة الحال يشمل ذلك توفير المياه باعتبار أن هذه المواد جاءت على سبيل المثال لا الحصر، كما أن المواد الغذائية والطبية تشمل ضرورة توفير المياه .

(¹) جيلاني الحسين , الوضع القانوني للموارد والمنشآت المائية في زمن النزاعات المسلحة , مجلة القانون والعلوم السياسية , المجلد 24, العدد 2 , تموز 2018 , ص101 .

المطلب الثاني

حماية المياه في النزاعات المسلحة

ان هناك عددا محدودا من الاحكام القانونية التي تناولها القانون الدولي الانساني في مجال حماية المياه وقد جاءت حماية المياه فيها بشكل عرضي أي لم تستهدف حماية المياه في حد ذاتها وانما استهدفت اما حماية البيئة الطبيعية باعتبار ان المياه احد مكوناتها الاساسية او استهدفت بمناسبة حماية المدنيين واحتياجاتهم للمياه باعتبارها لا غنى عنها لبقائهم على قيد الحياة .

الفرع الاول

حماية المياه في اطار حماية البيئة الطبيعية

تتحقق حماية المياه من خلال حماية البيئة الطبيعية والتي يعتبر الماء من اهم مكوناتها ولذلك فان المحافظة على البيئة الطبيعية تؤدي الى حماية المياه والعكس صحيح.

اولا - الحماية الاتفاقية للمياه : تناول البروتوكول الاضافي الاول الملحق باتفاقيات جنيف لعام 1977 حظر الاضرار البالغة بالبيئة وتقييد اساليب ووسائل القتال وحظر الاعمال الانتقامية.

1-حظر الاضرار البالغة بالبيئة: حظر البروتوكول الاول الملحق باتفاقيات جنيف على المادة (3/35) استخدام وسائل أو اساليب القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية اضرارا بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الامد واعاد هذا البروتوكول التذكير بهذا الحظر في المادة (55) منه والفرق بين المادتين ان المادة (3/35) تهدف الى حماية البيئة بحد ذاتها في حين ان الحظر جاء في المادة (55) بهدف الحفاظ على المدنيين وذلك ان المادة المذكورة جاءت في الباب الرابع من البروتوكول الاول المعنون (حماية السكان المدنيين) والملاحظة على هذه المادة الاخيرة انها استخدمت مصطلح (السكان) بشكل مطلق وغير مقيد بوصف المدنيين مما يشمل كل من المدنيين والعسكريين ، كما ان عبارة (الاضرار بصحة وبقاء السكان) تعني ان الحماية المقررة للبيئة لا تتضمن حماية حياة السكان فقط وانما تشمل حماية صحتهم والتي يمكن ان تتعرض للخطر عند

الإصابة بعيوب خلقية أو تشوهات جسدية من جراء استخدام وسائل وإساليب قتال غير مشروعة⁽¹⁾، ويمكن إيراد عدة ملاحظات على المادتين السابقتين فيما يتعلق بالضرر البيئي ومنها:

أ - عدم تحديد الضرر البيئي المحظور (الضرر البالغ وواسع الانتشار وطويل الأمد) بشكل دقيق وواضح وإن حجم الضرر البيئي الذي يعتبر غير قانوني ليس ثابتاً وبذلك يبقى معيار الضرر البيئي معياراً شخصياً خاضعاً للتقدير الذاتي للخصوم بعيداً عن المعيار الموضوعي⁽²⁾، ولذلك ليس من الغريب أن ينتهي تقرير اللجنة المكلفة لتقدير الضرر البيئي الذي سببه حلف الناتو في كوسوفو وعلى الرغم من جسامته إلى القول بأن ذلك الضرر لم يصل إلى درجة الأضرار البالغة وطويلة الأمد وواسعة الانتشار⁽³⁾.

ب - أن عبارة (الضرر طويل الأمد) في البرتوكول لا تتطابق مع نفس العبارة الواردة في اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لعام 1976، إذ أن العبارة في الاتفاقية الأخيرة تعني فترة عدة شهور أو فصل واحد بينما العبارة في البرتوكول تعني عدة عقود من السنين وتكمن خطورة الأضرار البيئية التي تسببها الحروب في أن هذه الأضرار لا تقتصر على تدمير المنشآت والموارد الطبيعية بل تؤثر سلباً على قدرة المجتمعات المحلية على استعادة عافيتها من أضرار الحرب وعلى مستقبل السلام والاستقرار في المناطق المتأثرة على المدى الطويل⁽⁴⁾.

ج - أن شروط الضرر البيئي في البرتوكول من حيث المدة والخطورة والانتشار هي شروط تراكمية أي يجب تحققها جميعاً لتحقيق الضرر البيئي لأن تلك الشروط ربطت بحرف (الواو) بينما شروط الضرر البيئي في

(1) أحمد عبد الونيس، الحماية الدولية للبيئة في أوقات النزاع المسلح، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 52، 1996، ص50

(2) اقترح برنامج الأمم المتحدة للبيئة (UNEP) تفسيراً للمصطلحات المتقدمة وهي: 1- أن مصطلح (واسع الانتشار) يعني شموله مساحة عدة كيلومترات مربعة 2- أن مصطلح (طويل الأجل) يقدر بفترة أشهر أو ما يقارب موسم واحد 3- أن مصطلح (الضرر الجسيم) ينطوي على خطورة أو اعتبار تعطيل أو ضرر بالغ للحياة البشرية وللموارد الاقتصادية الطبيعية. ينظر: الحسين الشكراني، تناقضات القانون الدولي - مدخل تحليلي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2019، ص238

(3) Marie-Louise Tougas, the Environment in Armed Conflict, IN: Jorge E. Viñuales (Ed), the Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary, UK: OUP, 2015, p57.

(4) Silke Marie Christiansen, Climate Conflicts, Case of International Environmental and Humanitarian Law, Switzerland: Springer International Publishing, 2016, p5.

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

.....

اتفاقية حظر التقنيات تبادلية أي يتحقق الضرر البيئي بتحقيق احدها وذلك لان تلك الشروط ربطت بحرف (و).

ان مياه الشرب تعتبر جزءا من البيئة الطبيعية وهي محمية على هذا الاساس واذا كانت منشأة المياه او محطة تحلية المياه لا تعد جزءا من البيئة الطبيعية ولكن تشغيلها يمثل العمود الفقري الذي يحافظ على الانسان وسائر الكائنات الحية الاخرى، فبالتالي ان استهدافها يعطل النظام البيئي الذي يعتمد على هذه المنشآت لتوفير امدادات المياه وبالتالي يؤثر سلبا على البيئة الطبيعية، هذا ومن الملاحظ انه لا توجد حماية للبيئة الطبيعية في البروتوكول الثاني الخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية وهذا بالتالي يعرض البيئة ومكوناتها الاساسية ومنها المياه الى الخطر ويمكن القول ان الحماية العامة الموجودة في المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف قليلة الفاعلية في هذا المجال ولذلك يذهب البعض للقول ان حماية القانون الدولي الانساني للبيئة الطبيعية تحتوي عدة ثغرات يجعل من احكام حماية البيئة غير كافية⁽¹⁾، ويمكن القول ان غياب التنظيم القانوني لحماية البيئة الطبيعية اثناء النزاعات المسلحة غير الدولية يجد تبريره بان معظم النزاعات التي كانت سائدة وقت ابرام اتفاقيات جنيف والبروتوكولين الاضافيين كانت نزاعات مسلحة ذات طابع دولي او حروب تحرير وطنية في حين اليوم تغير الوضع ، فالنزاعات غير الدولية هي السائدة ولذلك تجب اعادة النظر في نطاق تطبيق القانون الدولي الانساني ومد حمايته للنزاعات المسلحة غير الدولية وذلك لتفادي الاضرار البيئية الجسمية التي يمكن ان تحدث خلال تلك النزاعات ومثال ذلك النزاع في كوسوفو ،اذ قامت قوات صربيا بتسميم الابار وتبني سياسة الارض المحروقة اتجاه الالبان وكذلك الحال في الحرب الاهلية في كولمبيا ،اذ قام المتمردون في كولمبيا بتفجير انابيب النفط مما تسبب بتسرب النفط الى الانهار وبالتالي تلوث مياه الشرب ومياه الري وقتل الاسماك وتسبب بحرق الغابات وتضرر التربة والمجتمعات المحلية على ضفاف الانهار حتى ان الضرر البيئي اصاب الدول المجاورة مثل فنزويلا والتي طالبت بالتعويض عن الاضرار البيئية التي لحقتها⁽²⁾.

2- تقييد اساليب ووسائل القتال : تناولت الفقرة الاولى من المادة (35) من البروتوكول الاضافي الاول

عام 1977 تقييداً لوسائل واساليب القتال بالنص (ان حق اطراف اي نزاع مسلح باختيار اساليب ووسائل القتال

⁽¹⁾ مايكل بوت، كارل بروخ، جوردن دابمند، دافيد ينسن، القانون الدولي لحماية البيئة اثناء النزاعات المسلحة :الثغرات والفرص، المجلة الدولية للصليب الاحمر ،المجلد 92، العدد 879، سبتمبر/ايلول، 2001،ص24

⁽²⁾ Julian Wyatt, Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict, IRRIC, V: 92(879), 2010,p.612

ليس حقاً لا تقيده قيود) وكما قالت أيضاً المادة (22) من اتفاقية لاهاي لعام 1907 بأنه (ليس للمتحاربين حق مطلق في وسائل الحاق الضرر بالعدو) ويلاحظ ان البروتوكول الاول استعمل مصطلح (اطراف النزاع) بدلا من مصطلح (المتحاربين) في اتفاقية لاهاي وذلك لمسايرة التطور القانوني الحديث المتمثل بصدور ميثاق الامم المتحدة عام 1945 الذي منع استخدام القوة او الحرب في تسوية المنازعات الدولية وعلى ذلك لا يجوز استخدام الاسلحة التي لا تميز بين المقاتلين والمدنيين او التي لا تميز بين الاهداف العسكرية والاعيان المدنية او تلك الاسلحة التي تسبب اصابات مفرطة والآلام لا مبرر لها ولذلك حظرت الفقرة الثالثة من المادة (35) من البروتوكول الاول الحاق اضرار بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الامد بالبيئة الطبيعية ولعل هذا ما تحدته الاسلحة المتطورة والتي تمثل الاسلحة الكيميائية والبيولوجية والنوية وفيما يتعلق بموضوعنا فانه بموجب المادة الاولى من اتفاقية حظر استخدام تقنيات تغيير البيئة لعام 1976 يحظر استخدام تقنيات تغيير البيئة ذات الاثار الواسعة او طويلة البقاء او الشديدة لأغراض عسكرية وكذلك يحظر تحويل المياه لأغراض عسكرية عندما يكون من شأنه أن يسبب معاناة كبيرة للسكان المدنيين أو ضرراً للتوازن الايكولوجي للمنطقة المحيطة أو القضاء على تلك الظروف بهدف ارهاب السكان⁽¹⁾، كما ويؤكد المبدأ (4) من قائمة مبادئ جنيف لحماية البنية التحتية للمياه لعام 2019 بان على الاطراف المتنازعة الامتناع عن استخدام البنية التحتية للمياه كوسيلة حرب ، كما تؤكد القاعدة (3) من ارشادات اللجنة الدولية للصليب الاحمر بشأن حماية البيئة الطبيعية اثناء النزاعات لعام 2020 على حظر استخدام البيئة الطبيعية كأداة سلاح.

3- حظر الاعمال الانتقامية ضد البيئة: حظرت المادة (2/55) من البروتوكول الاضافي الاول هجمات الردع التي تشن على البيئة الطبيعية في حين لا يوجد نص مماثل في البروتوكول الثاني وهذا يشكل نقطة ضعف في الحماية المقررة للبيئة في النزاعات المسلحة غير الدولية ويقصد بأعمال الردع او الانتقام اعمال القمع التي تضطر دولة الى اتخاذها ضد دولة اخرى ردا على افعال غير قانونية ارتكبتها كوسيلة اكره لإجبارها على احترام التزاماتها وبالتالي اذا وجه احد اطراف النزاع هجوما ضد البيئة الطبيعية فلا يجوز للطرف الاخر الرد عليه بالمثل، اذ ان طبيعة اتفاقيات القانون الدولي الانساني ترفض الطابع التبادلي اي تقوم على استبعاد مبدأ المعاملة بالمثل، فانتهاك احد الاطراف المتنازعة لأحكام هذه الاتفاقيات لا يبيح للطرف الاخر التحلل من

(¹)International law Association , Report of the fifty seventh conference held in Madrid August 30th, 1976.

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

التزاماته⁽¹⁾ ، هذا وقد حظرت القاعدة (4) مناشادات اللجنة الدولية للصليب الاحمر بشأن حماية البيئة الطبيعية اثناء النزاعات لعام 2020 الاعتداء على البيئة الطبيعية عن طريق الانتقام ويؤكد التعليق رقم 15 بشأن الحق في المياه الذي اعتمدته اللجنة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 2002 على التزام الدول بالامتناع عن تعييد الوصول الى خدمات المياه والبنى التحتية او تدميرها كأجراء عقابي خلال النزاعات المسلحة ولذلك يحظر تخريب الاعيان الضرورية لبقاء المدنيين على قيد الحياة ولعل اهمها هنا هو المنشآت المائية والمخصصة لأغراض شرب المياه ولذلك حتى وان قام أحد اطراف النزاع بتدمير المصادر والمنشآت المائية فإنه ليس للطرف الاخر الرد بالمثل ولا يجوز التذرع بالدفاع الشرعي لضرب منشآت المياه لأن ذلك لا يتماشى مع شروط الدفاع الشرعي ، كما أنه يعد خرقا لاتفاقيات ومبادئ القانون الدولي الانساني .

ثانياً : الحماية العرفية للمياه : إن القانون الدولي الانساني يعد في الحقيقة حصيلة عدد لا بأس به من الاعراف الدولية والتي سرعان ما تسابقت الاتفاقيات الدولية على تدوين قسم منها ، علماً بأن عدم تدوين القسم الاخر لا يعني عدم الزاميتها وقد وفرت القواعد العرفية (43و44و45) من دراسة اللجنة الدولية للصليب الاحمر حماية اضافية للبيئة الطبيعية عندما حظرت تدمير البيئة الطبيعية في غير حالة الضرورة او التسبب بأضرار مفرطة تتجاوز الميزة العسكرية ، كما حظرت استخدام اساليب ووسائل القتال التي يقصد بها او يتوقع منها تسبب اضرار بالغة وواسعة الانتشار وطويلة الامد ومن تطبيقات الحماية العرفية للمياه:

1- شرط مارتينز : يشكل شرط مارتينز (Clause Martens) الحد الادنى الذي يتعين تطبيقه في حالة عدم وجود نص للحماية ولذلك يعد شرط مارتينز عرفاً قديماً تم تأطيره في الفقرة الثانية من المادة الاولى من البروتوكول الاضافي الاول الملحق باتفاقيات جنيف عام 1977 بالنص (يظل المدنيون والمقاتلون في الحالات التي لا ينص عليها في هذا الملحق أو أي اتفاق دولي آخر تحت حماية وسلطان مبادئ القانون الدولي كما استقر بها العرف ومبادئ الانسانية وما يمليه الضمير العام) وهذا الشرط يكرس الحماية للبيئتين الطبيعية والصناعية من منشآت واشغال هندسية ولذلك يؤكد جانب من الفقه ان عبارة (ما يمليه الضمير العام) تشمل الاعتبارات والمبادئ المدونة في المعاهدات البيئية مثل مبدأ منع الاضرار البيئية والمبدأ الوقائي ومبدأ العدالة

⁽¹⁾ صلاح جبير البصيصي ، دور محكمة العدل الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي الانساني ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2017 ، ص 75

بين الاجيال ولذلك فهي واجبة التطبيق اثناء النزاعات المسلحة⁽¹⁾، ولذلك يمكن تطبيق شرط مارتينز لتوفير الحماية القانونية للمياه ومواردها مع العلم ان كل الارشادات والتوجيهات الانسانية قد اشار لهذا الشرط⁽²⁾.

2- حظر السم أو الاسلحة السامة: ان حظر السم والاسلحة السامة قاعدة قديمة العهد في القانون الدولي العرفي اقر في المادة (23 / أ) من لائحة لاهاي وقد سبق لقانون ليبر (Liber Code) الذي نشر عام 1863 الخاص بالجيش الامريكي أن حظرها أيضاً وبمقتضى النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية بشكل استخدام السم أو الاسلحة السامة جريمة حرب في النزاعات المسلحة الدولية بمقتضى المادة (2/8 / ب - 17) ويمكن ان تسبب الهجمات على البنية التحتية للمياه وخاصة محطات الصرف الصحي الحاق اضرار جسيمة بالبيئة ، اذ تحتوي محطات معالجة المياه ومحطات الضخ على احتياطات من المواد الكيميائية الصناعية السامة والتي يمكن ان تكون لها اثارا سلبية كبيرة على البيئة ويمكن ان يشمل الضرر الذي يلحق بالبيئة تلوث موارد المياه السطحية والجوفية وتضرر النباتات والحيوانات والتربة وهذا لا يشكل اضرار جسيمة بالبيئة فقط بل يشكل مخاطر جسيمة بحق صحة السكان المدنيين وسبل عيشهم ، هذا وقد حظرت استعمال السم كل من القاعدة (19) من ارشادات اللجنة الدولية للصليب الاحمر لعام 2020 والمبدأ (5) من قائمة مبادئ جنيف لحماية البيئة التحتية للمياه لعام 2019.

ثالثاً : حماية المياه بمقتضى المبادئ العامة للقانون الدولي الانساني: يبدو ان الاحكام السابقة غير كافية لضمان حماية فعالة للمياه وهذا يؤدي الى اللجوء الى مبادئ اكثر عمومية في القانون الدولي الانساني وان كانت غير متعلقة بالمياه من اجل معالجة اوجه القصور وسد الثغرات في تلك الاحكام ولا شك في ان المبادئ العامة للقانون الدولي الانساني تحقق هذا الهدف ومن ابرز هذه المبادئ:

1- مبدأ الضرورة (Necessity) : يدور مبدأ الضرورة في اطار فكرة قوامها ان استعمال اساليب العنف والقسوة في الحرب تقف عند هزيمة العدو ولا تتمدى او تزيد عن اخضاع العدو ولذلك مثلاً لا يمكن التذرع بالضرورة العسكرية للمساس بالبيئة الطبيعية اثناء النزاع المسلح ولذلك فان عمليات اشعال النار في ابار النفط

(1) ينظر: عبيد علي السلوم، مصدر سابق ، ص72-73

(2) تنظر المادة (23) من قائمة مبادئ جنيف لحماية البنية التحتية للمياه لعام 2019 والمادة (12) من مشروع لجنة القانون الدولي بشأن حماية البيئة اثناء النزاعات المسلحة لعام 2019 والمادة (16) من ارشادات اللجنة الدولية للصليب الاحمر بشأن حماية البيئة الطبيعية لعام 2020.

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

لتحقيق ميزة عسكرية لتضليل العدو يرتب اثار جسيمة على البيئة الطبيعية وبالتالي لا تكون مشروعة بموجب المبادئ السابقة التي منعت التذرع بالضرورة العسكرية للخروج عن قواعد الحماية⁽¹⁾, ومن الملفت للنظر ان حماية البيئة الطبيعية بمقتضى المادتين (3/35 و 55) من البروتوكول الاضافي الاول لعام 1977 قد امتازتا عن بقية النصوص الاخرى في البروتوكول الاول وعن اتفاقيات جنيف لعام 1949 بانهما لم تشيرا الى تطبيق قاعدة الضرورة العسكرية وبذلك فان هناك حصانة للبيئة الطبيعية من الاستهداف ولا يجوز التذرع بالضرورة لاستهدافها باي حال من الاحوال في حين نجد ان المادتين (54 و 56) من البروتوكول الاول الخاصة بحماية الاعيان المدنية والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان والاشغال التي تحتوي قوى خطرة اجازتا الاستهداف في حالة الضرورة مع الفارق في حالة الضرورة بين المادتين السابقتين، اذ بمقتضى المادة(54) تطبق الضرورة في اطار حق الدفاع الشرعي والمقرر لطرف واحد وهو الطرف المعتدى عليه وليس المعتدي، اما المادة (56) فان تطبيق حالة الضرورة ممكن من قبل الطرفين المتنازعين مع وجود شروط مشددة تتمثل في دعم الاعيان المدنية للعمليات العسكرية بشكل منتظم ومباشر وان الهجوم على تلك الاعيان هو السبيل الوحيد لإنهاء الدعم .

2- مبدأ التناسب (Proportionality): يقصد به مراعاة التناسب بين الضرر الذي يلحق بالخصم والمزايا العسكرية الممكن تحقيقها نتيجة استخدام القوة اثناء سير العمليات العدائية أي يجب اتخاذ الاحتياطات الممكنة لتحقيق التوازن بين الميزة العسكرية والاثار غير المباشرة والاصابات الجانبية المتوقعة ولذلك يحظر الهجوم على هدف عسكري اذا كان يتوقع منه ان يتسبب بأضرار عارضة للبيئة ويكون مفرطا في تجاوز الميزة العسكرية الملموسة وقد ذكر مبدأ التناسب في المادة (8-2-ب-4) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية بقولها (تعتمد شن هجوم مع العلم انه سيسفر عنه...الحاق ضرر واسع وطويل الامد وشديد للبيئة الطبيعية يكون افراطا واضحا بالقياس الى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة والملموسة والمباشرة) .

3- مبدأ التمييز (Discrimination): يتضمن هذا المبدأ تمييز الاشخاص والاموال المساهمة في العمليات القتالية (المقاتلين والاهداف العسكرية) عن الاشخاص والاموال المدنية غير المساهمة في العمليات القتالية (المدنيين والاعيان المدنية وبما في ذلك البيئة الطبيعية) بحيث يتم قصر الهجمات على الفئة الاولى وحدها

(¹) Stephanie .N. Simonds, Conventional Warfare Environment Protection :appraisal for International Legal Reform, Stanford Journal of International Law, Vol 29,1992,p206

دون الفئة الثانية مادامت غير مشتركة بالقتال⁽¹⁾، وبذلك تتمتع البيئة الطبيعية بالحصانة التي يوفرها مبدأ التمييز، إذ تعتبر البيئة الطبيعية ومكوناتها الحية (الإنسان المدني والحيوان والنبات) وغير الحية (الماء والهواء والتربة) من الأعيان المدنية ويحظر استهدافها وكذا الحال مع الأعيان المدنية التي لا غنى عنها للسكان المدنيين والأشغال التي تحوي قوى خفية والتي تتمتع بالحماية أيضاً استناداً إلى مبدأ التمييز والذي يشكل ضابطاً أساسياً في إيجاد الحد الفاصل بين السكان المدنيين والمقاتلين والأعيان المدنية والأهداف العسكرية .

رابعاً: حماية المياه بمقتضى المبادئ والتوجيهات الصادرة من المنظمات والهيئات المتخصصة:

تم في الآونة الأخيرة وبسبب ندرة الأحكام القانونية التفصيلية المتعلقة بحماية المياه والبيئة أثناء النزاعات المسلحة أن تتجه الأنظار إلى وضع مبادئ توجيهية من قبل المنظمات والهيئات المتخصصة، تدعو الأطراف المتنازعة للالتزام بها من أجل التخفيف من الأضرار التي تلحق بالبيئة والمياه ويمكن القول أن هذه المبادئ تدخل في ما يسمى القانون الدولي المرن (Soft Law) والتي يمكن أن تتحول إلى القانون الدولي الصلب (Hard Law) بالنص عليها في الاتفاقيات الدولية أو تحولها بمرور الزمن إلى أعراف دولية وفي هذا الشأن صدرت قائمة مبادئ جنيف لحماية البنية التحتية للمياه عام 2019 وصدر مشروع لجنة القانون الدولي الذي يتعلق بحماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة عام 2019 وأخيراً صدرت إرشادات اللجنة الدولية للصليب الأحمر المحدثة بشأن حماية البيئة الطبيعية عام 2020.

1- قائمة جنيف للمبادئ المتعلقة بحماية البنية التحتية للمياه لعام 2019: لقد أعد هذه القائمة

مركز جنيف للمياه (Geneva Water Hub) بالتعاون مع العديد من الشركاء الأكاديميين والمنظمات الحكومية وغير الحكومية المتخصصة وتعد هذه القائمة وثيقة مرجعية تم إعدادها للاستخدام من قبل الأطراف المتنازعة وبما في ذلك حالات ما قبل النزاع وما بعده وتعتبر المبادرة الأولى التي تنظم القواعد الرئيسية المطبقة على حماية البنية التحتية للمياه وتتكون من (24) مبدأً وأشار المبدأ الأول أن هدف القائمة هو حماية البنية التحتية للمياه أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية وأنها موجهة للدول والجهات الفاعلة من غير الدول وأن هذه البنية التحتية للمياه تشمل جميع المرافق والمنشآت والأشغال التي تقدم مساهمة أساسية لتشغيل البنية التحتية للمياه وأن تدميرها يعطل البنية التحتية للمياه.

⁽¹⁾ حسين علي الدريدي، دور قاعدة التمييز في حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة، مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية،

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

.....

2- مشروع لجنة القانون الدولي بشأن حماية البيئة في النزاعات المسلحة: ويتألف هذا المشروع من (28) مبدأ وتم قراءته للمرة الاولى عام 2019 وسوف يصوت عليه في الجمعية العامة عام 2022 بعد تقديم الدول والمنظمات تعليقاتها على المشروع وتميز هذا المشروع عن غيره بأنه يتناول جميع مراحل النزاع اي قبل واثناء وبعد النزاع، اذ يتناول التدريب والنشر ومراجعة الاسلحة وانشاء مناطق الحماية وحماية اراضي الشعوب الاصليّة والتدابير التشريعية قبل النزاع ويتناول شرط مارتينز وحماية البيئة من الاضرار ومراعاة الاعتبارات البيئية وتطبيق مبادئ التناسب والضرورة والتزامات الاحتلال.. الخ اثناء النزاع ويتناول اخيرا المبادئ الواجبة التطبيق بعد النزاع من قبيل عمليات السلام والتقييمات البيئية واعمال الاغاثة والمساعدة وازالة مخلفات الحرب.

3- ارشادات اللجنة الدولية للصليب الاحمر المحدثّة بشأن حماية البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة لعام 2020: اصدرت اللجنة الدولية للصليب الاحمر عام 2020 نسختها المحدثّة من هذه الارشادات بعد اصدارها نسختها الاولى عام 1994 وتتكون هذه الارشادات الجديدة من (32) قاعدة من قواعد القانون الدولي الانساني وتعكس هذه النسخة المحدثّة التطورات في القانون الدولي الانساني من ذلك الحين وخاصة في مجالات قانونية الاسلحة المستخدمة الى كيفية تطبيق قواعد سير الاعمال العدائية على البيئة الطبيعية وهي وثيقة مرجعية للدول الاطراف في النزاع والجهات الفاعلة الاخرى وتسعى هذه الارشادات لسد الفجوة بين واقع النزاعات المسلحة الحالية والمعاهدات النافذة ذات الصلة.

الفرع الثاني

حماية المياه في اطار حماية المدنيين

وفر القانون الدولي الانساني حماية للمياه والموارد والمنشآت المائية أثناء النزاعات المسلحة في اطار حماية الاعيان المدنية الضرورية لبقاء السكان المدنيين وفي ظل حماية المنشآت التي تحتوي على قوى خطرة⁽¹⁾، وتتحقق الحماية هنا لصالح السكان المدنيين والبيئة الطبيعية على حد سواء وقد يقال ان حماية المدنيين لا علاقة لها البتة بحماية البيئة الطبيعية ولكن هذا الرأي غير دقيق وذلك لأنه اذا كانت حماية المدنيين تتحقق

(¹)Theo Boutruche ,Le Statute de L'eau en Droit International Humanitaire, RICR, December, Vol.82 , N,840,2000,p.887

بشكل مباشر، فإن حماية البيئة الطبيعية تتحقق بشكل غير مباشر وذلك لان أي استهداف للاعيان المدنية والمنشآت الخطرة يهدد الحياة الانسانية والحياة النباتية والحياة الحيوانية والتي هي جزء من البيئة الطبيعية وخاصة عند تلوث المياه نتيجة استهدافها المباشر او بسبب تسرب المواد السامة لها نتيجة استهداف الاعيان والمنشآت الخطرة.

أولاً : الحماية المباشرة للمياه: تضمنت اتفاقيات القانون الدولي الانساني نصوصاً واحكاماً مباشرة توفر الحماية للمياه والموارد والمنشآت المائية والتي لا غنى عنها لتلبية الحاجات الاولى للأشخاص المحميين⁽¹⁾ وفيما يلي عدد من حالات الحظر المتعلقة بحماية المياه والموارد والمنشآت المائية:

1- حظر الهجوم على المياه أو البنية التحتية لها أو تدميرها : تنص الفقرة الثانية من المادة (54) من البروتوكول الاضافي الاول الملحق باتفاقيات جنيف على أنه (يحظر الهجوم على الاهداف التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين أو تدميرها أو إزالتها أو جعلها عديمة الفائدة مثل منشآت مياه الشرب وامداداتها واعمال الري ...) , وقد ورد هذا الحظر ايضاً في المادة (14) من البروتوكول الثاني وبنفس الصياغة ويقصد بالمنشآت المائية الابنية أو الانشاءات التي تستخدم في عملية تجميع وتخزين المياه وتسييرها وتشمل هذه المنشآت السدود ومحطات تحلية مياه البحر ومحطات الطاقة الكهربائية المرافقة لهذه المنشآت وتعتبر هذه المنشآت اعياناً مدنية في القانون الدولي الانساني وبالتالي لا يجوز استهدافها ويرقى هذا الالتزام الى مصاف الالتزام الدولي العام الذي يوجب على الاطراف المتنازعة اعطاء الاولوية الكاملة بمقتضى احكامه من اجل حماية موارد المياه والمنشآت المائية من الاضرار الناجمة عن النزاعات المسلحة⁽²⁾ وتعتبر الانهار والبحيرات وموارد المياه الجوفية عموماً اعياناً مدنية وتتمتع بصفتها هذه بكافة اشكال الحماية الممنوحة للاعيان المدنية⁽³⁾, وحسب الفقرة الاولى من المادة (52) من البروتوكول الاول فإنه تقصد بالأعيان المدنية كافة الاعيان التي ليست اهدافاً عسكرية وإن الاهداف العسكرية حسب الفقرة الثانية من نفس المادة هي الاعيان التي تساهم

(1) تقرير الفريق العالمي رفيع المستوى المعني بالمياه والسلام، مسألة بقاء , 14/ آب - اغسطس 2017
(2) ينظر: Sandoz, Unlawful Damage in Armed Conflicts and Redress under International Humanitarian Law ,International Review of the Red Cross ,N.228,1982,p144

(3) Karen Hulme , War Torn Environment Interpreting the Legal Threshold ,Martinus, Nijhoff Publishers,2004,p.300

حماية المياه باعتبارها جزءاً من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

.....

مساهمة فعالة في العمل العسكري وان تدميرها أو تعطيلها يحقق ميزة عسكرية اكدية وبذلك فان الاعيان التي لا تحقق هذه الميزة تعتبر اعياناً مدنية ولا يجوز استهدافها اثناء العمليات العدائية وبما أن الموارد والمنشآت المائية تصنف ضمن الممتلكات المحمية وهي ضرورية لبقاء السكان على قيد الحياة ، فأنها بالتالي تدخل ضمن طائفة الاعيان المدنية وبالتالي تحظر مهاجمتها والاعتداء عليها بحكم ارتباطها بحياة المدنيين ومما تقدم يمكن ملاحظة ما يلي:

أ- ان الحماية المقررة في هذه المادة هي حماية للأشياء التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين وليس للمياه بشكل اساسي، فالرابط بين البشر والماء هو الذي يمثل اساس الحماية وليس الرغبة في حماية المياه ذاتها.

ب- ان حصانة الاعيان والمنشآت المائية ليست مطلقة لان الفقرة الثالثة من المادة (54) سحبت الحماية عند اخذ الاحتياجات العسكرية بالاعتبار وذلك عند استعمال تلك الاعيان والمواد للدعم المباشر للعمل العسكري وان كان من غير المتصور ان تستخدم المحاصيل الزراعية وامدادات المياه كدعم مباشر للعمل العسكري وقد أكد ذلك المادة نفسها بقولها بان لا يؤدي الاستهداف بأي حال من الاحوال الى المجاعة او نزوح المدنيين.

ج- يشكل انتهاك الحماية المقررة للاعيان المدنية جرائم حرب وفقاً للمادة (5) من اتفاقية جنيف الاولى والمادة (51) من الاتفاقية الثانية والمادة (143) من اتفاقية جنيف الرابعة والمادة (85) من البروتوكول الاول والمادة (8 / 2 / ب - 2) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية.

2- **حظر تجويع المدنيين** : يحظر تجويع المدنيين كوسيلة من وسائل الحرب في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية وحسب المادتين (54 / 1) من البروتوكول الأول والمادة (14) من البروتوكول الثاني وخلال المفاوضات بشأن اركان جريمة الحرب في المحكمة الجنائية الدولية ، تم الاتفاق أن المعنى العادي لكلمة (تجويع) لا تعني المعنى الضيق فقط بالحرمان من الماء والغذاء فحسب وإنما تعني المعنى الواسع بالحرمان من بعض السلع الاساسية للبقاء مثل الادوية والبطانيات في بعض الحالات⁽¹⁾، وعليه فإن الحصار العسكري غير محظور إذا كان الغرض منه تحقيق هدف عسكري وليس تجويع السكان المدنيين ولكن في حالة كون المدنيين غير مزودين بما يكفي من المياه والاعذية فإنه يجب على الطرف الذي يفرض الحصار أن يسمح بمرور امدادات الغوث الانساني ولذلك تضمنت المادة (102) من دليل سان ريمو بانه يحظر اعلان الحصار او فرضه اذا كان الغرض منه تجويع المدنيين او منعهم من الوصول الى المواد الضرورية لبقائهم وكذلك يحظر

(1) جون ماري هيكرتس ولويس دوز والد-ك، القانون الدولي الانساني العرفي، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، 2007، ص224

الحصار اذا كانت الاضرار التي تلحق بالسكان المدنيين مفرطة او يتوقع ان تكون مفرطة مقارنة بالفائدة العسكرية المباشرة .

وبحسب ما تقدم فإن المياه تعتبر عنصراً أساسياً لبقاء السكان المدنيين وهي ضرورية لتجنب تجويع المدنيين وبالتالي يحظر التجويع كسلاح وبذلك تتحقق حماية المياه من خلال حظر التجويع وبمقتضى النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية فإن تعمد تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب يشكل جريمة حرب في النزاعات المسلحة الدولية ، كما بينت ذلك المادة (م 8 / 2 - ب / 25).

ثانياً: الحماية غير المباشرة للمياه: تضمنت احكام القانون الدولي الانساني نصوصاً غير مباشرة لحماية المياه.

1- حظر الهجمات ضد المنشآت التي تحتوي قوى خطرة: لقد حظر البروتوكولان الاضافيان لعام 1977 الهجوم على الاشغال الهندسية والمنشآت التي تحوي على قوى خطرة وهي (السدود والجسور والمحطات النووية لتوليد الطاقة الكهربائية) إذا كان من شأن هذا الهجوم أن يتسبب بحدوث خسائر فادحة بين السكان المدنيين ، وبقدر تعلق الأمر بالسدود باعتبارها من المنشآت المائية فإنها تستخدم بشكل اساسي من اجل توفير مياه الشرب والري، كما يمكن استخدامها في توليد الكهرباء والسيطرة على الفيضانات وبالتالي فإن استهدافها يعني توقف مياه الشرب عن المدنيين فضلاً عن خطورة فيضان هذه السدود على حياة المدنيين ويتم تشجيع اطراف النزاع المسلح على وضع العلامات لتمييز الاشغال والمنشآت التي تجري فيها أنشطة خطرة وكذلك المواقع التي تكون اساسية للصحة الانسانية والبيئة⁽¹⁾، ولذلك حظرت المادة (56 / 1) من البروتوكول الاول هذا الاستهداف وكذلك فعلت المادة (15) من البروتوكول الثاني ولكن الفارق بين المادتين ان البروتوكول الاول اجاز في الفقرة الثانية منه استهداف هذه السدود أو الجسور وبشروط صارمة وذلك عند استخدامها لدعم العمليات العسكرية بشكل منتظم وهام ومباشر وكان يجب هذا الاستهداف هو الطريق الوحيد لإيقاف الدعم في حين أن البروتوكول الثاني منع الاستهداف لهذه السدود والجسور ولو كانت اهدافاً عسكرية، إذا كان من شأن هذا الهجوم ان يتسبب في وقوع خسائر فادحة بين السكان المدنيين ولذلك تضع المادتان (56) و (15) من البروتوكول الاول والبروتوكول الثاني على التوالي، المنشآت المتعلقة بالمياه في قلب نظام الحماية بسبب الطبيعة

⁽¹⁾ ان العلامة المعترف بها دولياً هي مجموعة من ثلاثة دوائر برتقالية زاهية متساوية الحجم وموضوعة على نفس المحور والمسافة بين كل دائرة هي نصف قطر واحد. ينظر المادة (7/56) من البروتوكول الاضافي الاول لعام 1977.

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

الخطرة التي يمكن ان تحملها⁽¹⁾. وعليه فإن حماية الاعيان والاشغال الهندسية التي تحوي قوى خطرة يوفر حماية غير مباشرة للبيئة الطبيعية من الاثار الضارة للنزاعات المسلحة وذلك باعتبار ان تدمير السدود والجسور والمحطات النووية يترتب عليه تسرب واطلاق قوى خطرة تهدد البيئة الطبيعية ومكوناتها.

2-حظر تدمير ممتلكات العدو : ان هذه قاعدة قديمة في القانون الدولي العرفي ومعترف بها في مدونة

ليبر وعلان بروكسل ومقننة في لائحة لاهاي وبمقتضى اتفاقيات جنيف⁽²⁾، اذ تبين المادة (23) فقرة (ز) من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين واعراف الحرب البرية عام 1907 على انه (يحظر تدمير ممتلكات العدو او حجزها ، الا اذا كانت ضرورات الحرب تقضي حتما هذا التدمير والحجز) ومن هذه الممتلكات تلك التي تتعلق بالبيئة مثل الاشجار والانهار والينابيع والاراضي الزراعية وكذلك تنص المادة (53) من اتفاقية جنيف الرابعة على انه (يحظر على دولة الاحتلال ان تدمر أي ممتلكات خاصة ثابتة او منقولة تتعلق بأفراد او جماعات او بالدولة او السلطات العامة او المنظمات الاجتماعية او التعاونية ، الا اذا كانت العمليات الحربية تقتضي حتما هذا التدمير) ويمكن أن تكون المياه أو المنشآت المائية جزءا من الملكية العامة أو الملكية الخاصة ولذلك لا يجوز تدميرها أو الاستيلاء عليها على نطاق واسع وبطريقة غير مشروعة أو تعسفية ما لم تبرر ذلك الضرورات الحربية ولذلك نجد على سبيل المثال ان قرار محكمة العدل الدولية بخصوص الجدار العازل عام 2002 تضمن خطورة بناء هذا الجدار في مجال المياه، اذ انه سوف يؤدي الى السيطرة المطلقة لإسرائيل على اكبر واهم الاحواض المائية الجوفية داخل الاراضي الفلسطينية وبالتالي حرمان المواطنين من الانتفاع بالمياه لاحتياجاتهم الاساسية والمنزلية والزراعية والصناعية⁽³⁾، ويمكن القول ان مبدأ حظر تدمير ممتلكات العدو قد اضعف بشدة بسبب الاستثناء المتعلق بالضرورة العسكرية ومع ذلك فان التدمير أو الاستيلاء غير المشروع على ممتلكات العدو يعد جريمة حرب في النزاعات المسلحة الدولية بمقتضى المادة (8 / 2 / ب / 13) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية .

(1) Theo Boutruche ,op.cit ,p890

(2) جون ماري هيكرتس ولويس دوز والد-بك، مصدر سابق ، ص223

(3) الحسين الشكراني ، مصدر سابق ، ص227

الخاتمة

بعد استكمال بحثنا حول حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية فقد لاحظنا عدم كفاية الحماية المقررة للمياه في القانون الدولي الانساني وان هناك بعض الثغرات في هذه الحماية بسبب ان هذه الحماية غير مستقلة بالمياه بحد ذاتها ويقاؤها مرتبطة بحماية الاعيان المدنية وحماية البيئة ،هذا وقد لاحظت لنا بعض النتائج والتوصيات.

أولاً : النتائج :

- 1- إن حماية حق الانسان في المياه يمثل حماية لاهم حق من حقوق الانسان وهو الحق في الحياة وقد جاء الاعتراف بهذه الحماية في وقت السلم ووقت الحرب على حد سواء وقد تجسدت هذه الحماية بالذات في القانون الدولي الانساني والقانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي البيئي.
- 2- إن اتفاقيات القانون الدولي الانساني اشارت إلى مراعاة الاعتبارات الانسانية في العديد من النصوص ولا شك ان استهداف المنشآت المائية والتي هي من الاعيان المدنية يعد انتهاكا صارخا لتلك الاعتبارات.
- 3- على الرغم من عدم وجود نظام مستقل ومحدد يهدف الى حماية المياه بحد ذاتها اثناء النزاعات المسلحة ،الا ان هناك تقييد لحق اطراف النزاع في استخدام وسائل او اساليب من شأنها حرمان المدنيين والعسكريين من الحق في المياه .
- 4- يمكن ان تعد القواعد العرفية الدولية والمبادئ العامة للقانون وسائل حماية اضافية للبيئة الطبيعية ومن ضمنها المياه في حالة نقص او غموض القواعد الاتفاقية في اتفاقيات لاهاي وجنيف والبروتوكولين الاضافيين.
- 5- إن الاعتداء على مصادر المياه ومنشأتها يعد من جرائم الحرب والتي تجعل المحكمة الجنائية الدولية تعاقب كل من يقوم بهذه الاعتداءات في حالة غياب الجزاء الوطني.

ثانياً : التوصيات :

- 1- يمكن ان تدعو اللجنة الدولية للصليب الاحمر الى مؤتمر دولي من اجل ابرام اتفاقية او بروتوكول رابع خاص بحماية المياه بشكل خاص وحماية البيئة بشكل عام اسوة بقيامها عام 2005 بإقرار بروتوكول ثالث باستحداث شارة دولية جديدة للحماية.
- 2- ضرورة ان يتضمن مشروع لجنة القانون الدولي الذي يعمل عليه حالياً بشأن حماية البيئة اثناء النزاعات المسلحة ،نصوصاً واضحة من اجل حماية المياه باعتبارها من اهم عناصر البيئة الطبيعية.
- 3- يجب على الجماعات المسلحة واسوة بالدول الالتزام بحماية البيئة والمياه اثناء النزاع المسلح من خلال اعلانها الالتزام بالاتفاقيات والاعراف الدولية ذات الصلة.
- 4- ان تقوم الدول بسن تشريعات وطنية من اجل حماية البيئة والمياه وان تقوم بنشر القواعد والمبادئ الخاصة بحماية البيئة والمياه على اوسع نطاق وان تدرجها في برامج التدريب والتعليمات العسكرية.
- 5- ان تتبادل الدول المتنازعة فيما بينها قوائم بالمناطق المحمية والمناطق المحايدة ومنها مناطق المنشآت المائية والبنى التحتية الملحقة بها ومناطق الحماية البيئية من اجل تجنب استهدافها.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب القانونية

- 1- احمد زكي عثمان، مناخ يفاقم من معاناة المدنيين في اوقات الحروب، مجلة الانساني، العدد 65، 2019
- 2- انطوان بوفيه، حماية البيئة الطبيعية في فترة النزاع المسلح، كتاب دراسات في القانون الدولي الانساني، دار المستقبل العربي، 2000
- 3- جون ماري هيكرتس ولويس دوز والد-بك، القانون الدولي الانساني العرفي، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، 2007
- 4- صلاح جبير البصيصي ، دور محكمة العدل الدولية في تطوير مبادئ القانون الدولي الانساني، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2017
- 5- عبد الفتاح مراد ،شرح التشريعات البيئية، ط1، بلا دار نشر، مصر، 1994

ثانياً: الرسائل والاطاريح

- 1- زناتي مصطفى، الحماية الدولية لموارد المياه والمنشآت المائية أثناء النزاعات المسلحة، اطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2016
- 2- شافعي ام السعد ،الامن المائي، رسالة ماجستير-جامعة سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013
- 4- عبيد علي السلوم، اثر النزاعات المسلحة على تطبيق المعاهدات البيئية متعددة الاطراف، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق -جامعة حلب، 2018

ثالثاً: الابحاث

- 1- احمد عبد الونيس ، الحماية الدولية للبيئة في اوقات النزاع المسلح ، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 52، 1996
- 2- الحسين الشكراني، تناقضات القانون الدولي-مدخل تحليلي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2019

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

-
- 3- جمال عبد الكريم، الحماية الدولية للبيئة، مجلة البحوث السياسية والادارية، العدد 10، 2019،
- 4- جيلاني الحسين ، الوضع القانوني للموارد والمنشآت المائية في زمن النزاعات المسلحة ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، المجلد 24، العدد 2 ، تموز 2018
- 5- حسين علي اليردي، دور قاعدة التمييز في حماية البيئة اثناء النزاعات المسلحة ،مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، العدد 7، تموز ، 2021
- 6- قحطان عدنان عزيز ، ، الاساس القانوني الدولي لحق الإنسان في المياه ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ، المجلد 27، العدد 25 ، 2019
- 7- مايكل بوتيه، كارل بروخ، جوردين دايمند، دافيد ينسن، القانون الدولي لحماية البيئة اثناء النزاعات المسلحة :الثغرات والفرص، المجلة الدولية للصليب الاحمر ،المجلد 92، العدد 879، سبتمبر/ايلول 2001،

رابعا: المصادر الاجنبية

First :Books

1. Amanda Chail ,The Human Right to Water and its application in occupied Palestinian Territories, First Published, Rutledge taylor&Francis Group,2011.
2. Mara Tignino ,Reflection on the Legal Regime of Water during Armed Conflicts ,The Hague,2004.
3. Marie-Louise Tougas, the Environment in Armed Conflict, IN: Jorge E.Viñuales(Ed), the Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary, UK: OUP, 2015.
4. International law Association , Report of the fifty seventh conference held in Madrid August 30th, 1976 .
5. Karen Hulme , War Torn Environment Interpreting the Legal Threshold ,Martinus, Nijhoff Publishers,2004.

6. Silke Marie Christiansen, Climate Conflicts , Case of International Environmental and Humanitarian Law, Switzerland: Springer International Publishing, 2016.

Second:Articles

- 1-Christoph Schwarte, Will Frank, The International Law Association's Legal Principles On Climate Change And Climate Liability Under Public International Law, Climate Law, V: 4, 2014
- 2-E.Riedel ,The Human Right to Water and General Comment N.15 of the CESCR ,2006
- 3- Julian Wyatt, Law-making at the intersection of international environmental, humanitarian and criminal law: the issue of damage to the environment in international armed conflict, IRRC, V: 92(879), 2010.
- 4-Mara Tignino, Water ,International and Peace and Security,International Review of The Red Cross, Vol 92,N879,2010
- 5-Mara Tignino, Sjostedt Britta, Searching for holistic approaches to protect water in relation to armed , Review of European ,Comparative and International Environment Law, Vol.29,N.1,2020
- 6-Rupesh Mishra, Legal Protection of Water in Times of Armed Conflict ,37 ELR,2007
- 7-Theo Boutruche , Le Statute de L'eau en Droit International umanitaire,RICR,December,Vol.82 , N,840,2000
- 8-Stephanie .N. Simonds, Conventional Warfare Environment Protection :appraisal for International Legal Reform, Stanford Journal of International Law, Vol 29,1992
- 9-Sandoz, Unlawful Damage in Armed Conflicts and Redress under International Humanitarian Law ,International Review of the Red Cross ,N.228,1982

خامسا: الوثائق والتقارير الدولية

- 1-اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية , الدورة التاسعة والعشرون , 2002 , التعليق رقم 15 , (الحق في الماء) المادتان 11و12

حماية المياه باعتبارها جزءا من البيئة الطبيعية في النزاعات المسلحة

2-اللجنة الدولية للصليب الاحمر , المياه والسكن في زمن الحرب 21 مارس/اذار،2000

3-برنامج الامم المتحدة الانمائي، تقرير التنمية الانسانية،2006.

4-تقرير الفريق العالمي رفيع المستوى المعني بالمياه والسلام، مسألة بقاء , 14/ آب - اغسطس 2017

5-الهيئة الحكومية الدولية المعنية بتغير المناخ (IPCC) ، تغير المناخ والماء، جنيف ، سويسرا،2008.

6-موجز الاحكام والفتوى والاورام الصادرة من محكمة العدل الدولية ،الامم المتحدة ، نيويورك ،2005.

سادسا: المواقع الالكترونية

<https://ar.unesco.org/courier/2018-2/tgywr-lmnkh-yhdwd-bnzt-jdyd>

<https://en.unesco.org/mab>

www.unicef.org/mena/press-releases/access-water

5- Write the footnotes in the following ways:

a- The name of the author (the researcher), the source's title, the part number, the publishing body, the edition number (the second and above), the place of publication, the year of publication, the page number or pages.

b- In case that the source is taken from which the citation is a research in a scientific journal, the following shall be stated: the name of the researcher, the title of the research, the name of the journal, the number, volume, year, page number or pages.

c- The title of the thesis or dissertation, the name of the researcher, the college or university awarding the certificate, the year, the page number or pages.

d- When referring to sources taken from reliable websites, the source should be written in the previous format according to the type of source referred to above, then write the full electronic e-link, the date the source was published on the site, and the date of the researcher's visit to the site.

6- At the end, the research paper should include a categorized list of sources of the research including all the sources and materials used in the research.

7- The Research submitted is subject to (Plagiarism) in pursuance with the approved percentage and in accordance with the programs in place at the University of Duhok in the rate of 24%. To this end, the researcher should adhere to the rules of the literal quotation (exact wording) and meaning according to the contexts of the legal research principles. In any case, the quoted text should not exceed six lines and should be put between double brackets.

6-The word count for the search or article should not exceed 8 thousand words.

7-Researches are submitted electronically on the journal's website according to the steps and mechanisms stated therein, taking into account the fulfillment of the requirements of each step. To be noted, the journal adopts the (OJS) system.

8-Summaries of the research papers should be attached in three languages indicated above, along with the translation of the main title and keywords as well, provided that the word count of the abstract should not be less than 150 words and no more than 250 words.

9- Opinions and ideas stated in research and studies express the opinion of their owners, and the journal is not responsible for any ideas published therein.

B- Specific rules:

The researcher must abide by the principles and general rules of scientific research and further take into account the following specific rules:

1- Research papers are written to include (body + Footnotes) with the following norms:

A- Ali-K-ALwand font for the Kurdish language.

B- Simplified Arabic Font for the Arabic language.

C- Times New Roman font for the English language.

2- The font size should be (18) for the main headings, (16) for the sub-headings, (14) for the body, and (12) for the footnotes.

3-A space of (2.5) cm should be left for the four sides of the page, and (1.5) cm between the lines.

4- Footnotes are indicated by sequential numbers for each page separately, so that the sources and references of each page are written in its footnote.

Publication Rules

Yaqeen Journal for Legal Studies

Yaqeen journal is a scientific peer-reviewed journal, issued from the College of Law- University of Duhok on a semi- annual base. The journal publishes research papers, articles and comments on the judicial rulings and summaries of thesis and university dissertations, and in three languages, Kurdish, Arabic, and English, with the following **general and specific rules in place:**

A- General Rules:

- 1- The research should be in depth and has originality to add novelty to the field of legal knowledge, via following scientific methodology, whether in terms of hypothesis or using theoretical inductions to prove the study and affirm it, or add some amendments and changes which may show contradictions or inconsistency or a failure, then interpreting the phenomenon subject to the study, with paying regards to the aspect of using the sources properly whether in terms of quotations or transferring an idea.
- 2- The researcher should adhere to the opinions and corrections made on his/her research by reviewers who are known for their expertise and scientific reputation.
- 3- The researcher should undertake in writing that his/her research has never been published on paper or electronically, and that it has not been submitted for publication to any other party in line with its submission to the journal.
- 4- The content of the research or the article must meet the requirements of intellectual integrity in a way that ensures that public order and morals are not violated.
- 5- The journal preserves all copyright, translation and publishing rights, both in paper and electronic format, after its publication has been accepted. It is not permissible to publish the research or the article in another scientific journal or in any other format without the written approval of the editor of the journal.

Advisory Board :

- 1- Prof. Dr. Abdullah Ali Abbu, University of Duhok, Public International Law.
- 2- Prof. Dr. Hadi Naim Al-Maliki, University of Baghdad, Public International Law.
- 3- Prof. Dr. Ismail Ababaker Ali, University of Duhok. Islamic law - Personal Status.
- 4- Prof. Dr. Muhammad Rashid Al-Jaf, University of Sulaymaniyah, Criminal Law.
- 5- Assist. Prof. Dr. Othman Ali Waysi, Parliament of Kudistan region, Constitutional law.
- 6- Assist. Prof Dr. Hadi Muslim Younis, the Advisory Council of the Region, Commercial Law.
- 7- Assist. Prof Dr. Ihsan Ahmed Rashid, University of Duhok, Civil law.

Edited: August 1, 2022

Editor: Prof. Dr. Qassim Ahmed Qassim

Editorial Secretary: Assist. prof. Dr. Farhad Seaid Saadi

Editorial Board:

- 1- Prof. Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr, Cihan University. Civil law.
- 2- Prof. Dr. Fakhri Al-Hadithi, University of Baghdad. Criminal Law.
- 3- Prof. Dr. Hussein Tawfiq Faydallah, Salahaddin University, Commercial Law and Intellectual Property.
- 4- Prof. Dr. Akram Yamulki, Cihan University. Commercial Law.
- 5- Prof. Dr. Akram Mahmoud Hussein Al-Bado, University of Mosul. Civil law.
- 6- Prof. Dr. Khallouq Dhaifullah Agha, International University of Islamic Sciences, Jordan. Islamic Law and Personal Status.
- 7- Prof. Dr. Haitham Hamed Khalil Al-Masarwa, King Abdulaziz University, Saudi Arabia. Civil law.
- 8- Prof. Dr . Ayman Saad Abdel-Meguid Selim, Cairo University. The Egyptian Arabic Republic. Civil law.
- 9- Prof. Dr. Abdulkareem Saleh Abdulkareem, University of Duhok. Civil law.
- 10- Assist. Prof. Dr. Najdat Sabri Al-Aqrawi, Ministry of Higher Education and Scientific Research - Kurdistan Region of Iraq. Public International Law.
- 11- Assist. Prof. Dr. Muhammad Omar Mouloud, Tishk International University - Iraq. Constitutional law.
- 12- Assist. Prof. Dr. Ali Younus Ismael, University of Duhok, Administrative Law.
- 13- Assist. Prof .Dr. Iman Yousif Noori, University of Duhok, Civil law.