

P-ISSN:2789-4533
E-ISSN:3005-6640
DOI Prefix:10.56599
OJS / PKP

حکومتا ھەرئما
کوردستانن - عێراق
وزارەتا خواندنا بلند و ھەکولینین
زانستی
زانکۆیا ھەووک - کولێژا یاسا

ھجەتە یقین للدراسات القانونية



مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر
عن كلية القانون - جامعة دهوك

گوشارا یقین

یا خواندنین یاسایی

أيار
گۆلان
2024

السنة (سال) : 1
العدد (ژمارا) : 1

Kurdistan Regional
Government - Iraq
Ministry of Higher
Education and Scientific
Research
University of Duhok
College of Law

P-ISSN:2789-4533
E-ISSN:3005-6640
DOI Prefix:10.56599
OJS / PKP

Yaqeen Journal

FOR LEGAL STUDIES

**Scientific Peer-Reviewed, Semi-Annual
Journal**

UNIVERSITY OF DUHOK

College Of Law



**1ST YEAR
ISSUE : 1**

**MAY
2024**



P-ISSN 2789-4533

E-ISSN 3005-6640

DOI Prefix: 10.56599

OJS/PKP

Yaqeen Journal *for legal studies*

Web Site

<https://clp.uod.ac/yaqeen>

Email

yaqeen.jls@uod.ac

PHONE

+9647515199009



Zakho Street 38 ,1006AJ Duhok
Kurdistan Region – Iraq

FIRST YEAR
ISSUE (1)



MAY
2024

P-ISSN 2789-4533
E-ISSN 3005-6640
DOI Prefix: 10.56599
OJS/PKP

مجلة يقين للدراسات القانونية

Web Site
<https://clp.uod.ac/yaqeen>

Email
yaqeen.jls@uod.ac

PHONE
+9647515199009



أيار
جولان
٢٠٢٤

دهوك شارع زاخو، 38، 1006AJ
اقليم كردستان - العراق



السنة الاولى
العدد: (١)

سه نقيسه

پ. د. قاسم أحمد قاسم

زانكویا دهوك

سكرتیری نقيسینی

پ. ه. د. فرهاد سعید سعیدی

زانكویا دهوك

ئهندامین دهستهیا نقيسینی:

- 1- پ. د. اکرم یاملكي ، زانكویا جیهان، یاسا بازرگانی.
- 2- پ. د. عصمت عبدالمجید بكر ، زانكویا جیهان، یاسا شارستانی.
- 3- پ. د. فخري عبدالرزاق الحدیثي، زانكویا بهغداد، یاسا تاوانی.
- 4- پ. د. حسین توفیق فیض الله ، زانكویا سه لاهه دین ، یاسا بازرگانی و مافی هزرو بیران.
- 5- پ. د. اکرم محمود حسین البدو ، زانكویا مووسل، یاسا شارستانی.
- 6- پ. د. خلوق ضیف الله اغا ، زانكویا زانستین ئیسلامی یا جیهانی -ئوردن، شه ریعتا ئیسلامی وبارئ که سایه تی.
- 7- پ. د. هیثم حامد خلیل المصاروة ، زانكویا پاشا عبدالعزيز-سعودیه، یاسا شارستانی.
- 8- پ. د. ایمن سعد عبدالمجید سلیم ، زانكویا قاهره-کومارا میسر یا عه ربی، یاسا شارستانی.
- 9- پ. د. عبدالکریم صالح عبدالکریم، زانكویا دهوك، یاسا شارستانی.
- 10- پ. د. علي یونس اسماعیل، زانكویا دهوك، یاسا کارگیری.
- 11- پ. ه. د. نجدت صبري العقراوي، وهزارتا خواندنا بلند و فکولینین زانستی-هه ریما کوردستانا عیراقی، یاسا نیف دهوله تی یا گشتی.
- 12- پ. ه. د. محمد عمر مولود ، زانكویا تیشک یا نیف دهوله تی- عیراق، یاسا دهستوری.
- 13- پ. ه. د. ایمان یوسف نوري، زانكویا دهوك، یاسا شارستانی.

ئەندامىن دەستەيا راوئىزكارى:

- 1- پ. د. عبدالله علي عبو ، زانكوييا دهوك ، ياسا نىف دهولەتى يا گشتى.
- 2- پ. د. هادي نعيم المالكي ، زانكوييا بهغداد ، ياسا نىف دهولەتى يا گشت.
- 3- پ. د. اسماعيل ابابكر علي ، زانكوييا دهوك ، شەرىعەتا ئىسلامى وبارى كەسايەتى.
- 4- پ. د. محمد رشيد الجاف ، زانكوييا سلئمانى ، ياسا تاوانى.
- 5- پ. ه. د. هادي مسلم يونس ، ئەنجومەنى راوئىزكارىيا هەرىما كوردستانى ، ياسا بازىرگانى.
- 6- پ. ه. د. عثمان علي ويسى ، پەرلەمانى هەرىما كوردستانى ، ياسا دەستورى.
- 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. اكرم ياملكي، جامعة جيهان، القانون التجاري.
- 2- أ.د. عصمت عبدالمجيد بكر، جامعة جيهان، القانون المدني.
- 3- أ.د. فخري الحديثي، جامعة بغداد، القانون الجنائي.
- 4- أ.د. حسين توفيق فيض الله، جامعة صلاح الدين، القانون التجاري والملكية الفكرية.
- 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.د. علي يونس اسماعيل، جامعة دهوك، القانون الاداري.
- 11- أ.م.د. نجدت صبري العقراوي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي- اقليم كردستان العراق. القانون الدولي العام.
- 12- أ.م.د. محمد عمر مولود، جامعة تيشك الدولية- العراق، القانون الدستوري.
- 13- أ.م.د. ايمن 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 ويسبي، برلمان اقليم كردستان، القانون الدستوري.
- 7- أ. م. د. احسان احمد رشيد، جامعة دهوك، القانون المدني.

المراجعة اللغوية:

1. أ. م. د. فرهاد سعيد سعدي.
2. د. آزاد سالم محمد.

لجنة التنضيد والاستلال والإخراج الفني :

- 1- أ. م. د. إيمان يوسف نوري.
- 2- م. سلطان احمد طرو.
- 3- السيدة زيني عادل توفيق.
- 4- الباحث نزار صادق سعيد.
- 5- السيد اقراز سردار إبراهيم.

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة رئيس التحرير

إهداءً بآيات الذكر الحكيم (وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ) سورة هود، الآية (88)، الحمد لله رب العالمين على عظيم نعمه التي لا تعد ولا تحصى وعلى توفيقه لنا في إكمال الإجراءات لإصدار هذه المجلة.

كما هو معلوم أن مهمة الجامعة تتمثل في البحث العلمي إضافة الى دورها في التعليم لتسهم بذلك في خدمة المجتمع، وينبغي لي الأستاذ الجامعي أن يكون حريصاً على تطوير وتوسيع أفكاره من خلال البحث العلمي كحرصه على التعليم؛ لذلك فإن مجلة يقين تعنتي بنشر هذه الأفكار من خلال البحوث التي تقوم بنشرها لتسهل الإستفادة منها .

بعد استحصال الموافقة الأولية من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في حكومة إقليم كردستان بموجب الأمر الوزاري ذي الرقم (10406) في (20) حزيران 2022 بشأن صدور المجلة، وتلاه الأمر الجامعي ذو الرقم (6722) في السنة نفسها، وتم إصدار الأمر بالموافقة النهائية بعد خضوع المجلة لتقييم من قبل دائرة البحث والتطوير في الوزارة بالأمر الوزاري المرقم 16408 في 2023/8/28 وإصدار المجلد (1)، العدد (صفر) في آب / 2022 / السنة الأولى .

إن سياسة هيئة التحرير 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 مستودعات سكوبس وكلاريفنت؛ لذلك من الضروري تحري الدقة والموضوعية في اختيار أعضاء الهيئتين، الاستشارية و هيئة التحرير، من اساتذة 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 باختيار المحكمين لتقييم البحوث المقدمة للنشر، أم المسائل الفنية الحديثة باستخدام التقنيات الرقمية في التواصل والحصول

على معرف الوثيقة الرقمية للبحوث المنشورة في المجلة (Digital Object Identifier) لتكون إدارة المجلة من خلال نظام معتمد (Open Journal System) وللمجلة أيضاً رقم تسلسلي المعياري الدولي خاص بالمجلات (International Standard Serial Number). وبعد إصدار العدد (صفر) من المجلة تم الحصول على الرقم التسلسلي المعياري الدولي الألكتروني .

أما بخصوص مسمى المجلة، فكان لابد من اختيار اسم يتفق والغرض من رسالة كلية القانون وأهدافها، ويرتبط بعلم القانون ارتباطاً وثيقاً، بعيداً عن التسميات المستخدمة لنظيراتها من المجلات، فوقع الاختيار على كلمة (يقين) لما تحمله من معانٍ ودلالات قانونية ، إذ تعبر الكلمة عن العلم الذي لا تفرقه الشكوك والأوهام ، وهذا هو القصد والغاية الأخيرة 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 ريب أن إصدار العدد الأول في ظل الظروف الصعبة وغير المستقرة، إنما يدل على وجود إرادة قوية قادرة على تحدي الصعوبات من أجل المساهمة في دفع المسيرة العلمية. ونرجو من المولى عز وجل 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 الله وتوفيقه ، وبعد جهد كبير بذلته هيئة التحرير ، إكتملت الإستعدادات لإصدار العدد الأول من مجلة يقين للدراسات القانونية . وهي مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن كلية القانون في جامعة دهوك وتعنى بنشر البحوث والدراسات العلمية الرصينة في مجال القانون . وبهذه المناسبة تدعو هيئة التحرير الباحثين وأعضاء الهيئات التدريسية إلى نشر أفكارهم النيرة ، وأن يساهموا في إنماء وتطوير المجلة الوليدة وتطعيمها بثمرة اجتهاداتهم وآرائهم السديدة .

وقد نشرت هيئة التحرير في هذا العدد ثمانية بحوث محكمة ومدققة لغوياً وإلكترونياً ، خصص الأول منها لبيان دور القضاء الدستوري في إرساء الدستورية ، وكان الثاني في إشكاليات التكييف القانوني لتقنية النقر بالأذنين كمؤثر عقلي رقمي بين مقاربتى المخدرات التقليدية والاحتتيال الإلكتروني ، وتناول الثالث الإشكاليات التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراق ، وتطرق الرابع إلى توضيح الجهات المختصة بنظر منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية ، أما الخامس فقد بيّن التنظيم القانوني للوساطة الإدارية ، وجاء السادس لبيان موقف القوانين المدنية من الفقه الإسلامي ، بينما أوضح السابع المسؤولية المدنية الناشئة عن هبوط مخزون المياه الجوفية ، وجاء الأخير في استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي .

وفي الختام فإننا على يقين من أن صدور العدد الأول وما يليه من أعداد مجلتنا ستكون ضمن أوعية المعلومات المهمة ، التي تسعى الى انتاج المعرفة وتقديمها وفق أصول البحث العلمي ، الذي يتسم بالأصالة العلمية والإسهام الفعال في حقول المعرفة الإنسانية مع مواكبة التطورات في حقل القانون ؛ ونسأل الله تعالى أن تكون هذه المجلة منارة للبحث العلمي .

والله وليّ 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، والإنكليزية، وذلك وفقاً للقواعد الآتية:

أولاً: القواعد العامة:

- 1- أن يتسم البحث بالعمق والأصالة وفيه إضافة جديدة إلى 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 ليؤكددها، أو أن يضفي البحث عليها بعض التغييرات أو ربما يبرز تناقضاتها، وعدم تماسكها، وأن يراعي الباحث الجانب المتعلق بالإشارة إلى المصادر سواء تعلق الأمر بالاقتباس 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 إلى 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 تسلم الباحث قبول النشر. ولا يجوز له عندئذ نشر البحث في مجلة علمية أخرى أو بأي صيغة أخرى إلا بعد الموافقة التحريرية لرئيس التحرير.
- 6- أن لا يزيد عدد كلمات البحث على 8 الاف كلمة.
- 7- تقدم البحوث بشكل إلكتروني على موقع المجلة حسب الخطوات والآليات المبينة فيه مع مراعاة استيفاء متطلبات كل خطوة ، علماً أن المجلة تعتمد نظام المجلات المفتوحة (OJS).
- 8- ينبغي إرفاق ملخص للبحث باللغات الثلاث المبينة أعلاه مع ترجمة العنوان الرئيسي والكلمات المفتاحية، وعلى أن لا تزيد على 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 الأربع 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 إليه 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 وبالنسبة المعتمدة ووفقا 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 على ستة اسطر ويوضع بين قوسين مزدوجين.

المحتويات

- 1- دور القضاء الدستوري في إرساء الدستورية.....11-64
م. م. شيرين احمد سعدالله
- 2- إشكالية التكييف القانوني لتقنية النقر بالأذنين كمؤثر عقلي رقمي بين مقاربتتي المخدرات التقليدية والاحتيايل الإلكتروني 65-92
م. د. فهيل عبدالباسط عبدالكريم
- 3- إشكاليات التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراق 93-146
أ. د. سيفان باكراد مسيروب
- 4- الجهات المختصة بنظر منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية دراسة في بعض التشريعات العربية الحديثة 147-188
د. عمرو سيد مرعي شلقامي
- 5- التنظيم القانوني للوساطة الإدارية 189-228
أ.د. علي يونس إسماعيل
- 6- موقف القوانين المدنية العربية من الفقه الإسلامي 229-316
د. عصمت عبد المجيد بكر
- 7- المسؤولية المدنية الناشئة عن هبوط مخزون المياه الجوفية..... 317-350
م.م آرام ابلحد منصور
- 8- استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي 351-395
نزار صادق سعيد برواري

دور القضاء الدستوري في إرساء الدستورية

- دراسة مقارنة -

**The Role of the Constitutional Judiciary in Establishing
Constitutionality**

- Comparative Study -

م. م. شيرين احمد سعدالله

القانون العام / القانون الدستوري

كلية القانون ، جامعة دهوك ، إقليم كردستان - العراق

. Asst. Lecturer. Shereen Ahmed Saddallah

Public Law

College of Law

University of Duhok

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.22>

تاريخ استلام البحث: 2023-12-04 ؛ تاريخ القبول بالنشر: 2024-02-06

ملخص البحث

ان موضوع البحث (دور القضاء الدستوري في إرساء الدستورية) من المواضيع الدستورية ذات الأهمية، فالدستورية ضرورة حضارية، لأنها تحمي مصالح المجتمع، و صارت من المبادئ الأساسية في النظم القانونية المعاصرة ففي ظلها تكون سلطات الدولة مقيدة بأحكام الدستور اثناء أدائها لمهامها.

والقضاء الدستوري يدعم مسألة الدستورية بكونه يمثل ضمانة حقيقية لحماية الدستور وتطويره. ويمارس دوراً مهماً في بث الحياة في الدستور من خلال تفسيراته. وبهذا فالدستورية تعني سيادة حكم الدستور. وهذا يتحقق من جانبين: اولهما، يتمثل بالتزام الحكام والمحكومين بأحكام الدستور. وثانيهما، يتمثل بتفعيل نصوص الدستور. و بقدر ما يعلق الأمر بموضوع بحثنا هذا، فقد ركزنا على الجانب الثاني، من خلال بيان دور القضاء الدستوري في جعل الدستور عملاً مستمراً ينبض بالحياة. بالتركيز على القضاء الدستوري في كل من امريكا و فرنسا وجمهورية مصر وجمهورية العراق. وقد إعتدنا في سبيل تحقيق ذلك، المنهج الوصفي و التحليلي من خلال وصف فقرات الموضوع وتحليل بعضا من النصوص القانونية التي تتعامل معه. وبأسلوب مقارن للقضاء الدستوري في الدول عينة البحث، بتقسيم الموضوع الى مبحثين يتقدمهما مطلب تمهيدي.

وقد توصلنا في نهاية بحثنا الى، ان الدستور كقانون أساسي للدولة شهدت النظرة له طيلة العقود الأخيرة تحولا هاما، وان تحقيق مبدأ الدستورية أصبح من اكبر التحديات التي يواجهها اي مجتمع يريد النهوض والتقدم. وان استقلال القضاء يعد من اهم مكونات الدستورية.

واهم المقترحات التي طرحتها البحث: تتمثل بأن يكون تفسير القضاء الدستوري في العراق، تأكيداً للدستورية وضماناً لحقوق الأفراد، بالشكل الذي لا يؤدي الى تعديل الدستور من ناحية. ويمنح له الحق في التحول، من ناحية أخرى. حيث يتبين من استقراء احكامه، انه لم ينتهج معايير محددة على أرض الواقع أثناء عمله القضائي في تطوير الدستور، خصوصا عند استخدامه وسيلة التحول.

الكلمات المفتاحية: الدستورية، القضاء الدستوري، المحكمة الاتحادية العليا، التفسير المتطور، التحول القضائي.

پوخته

بابه تی فیه کولینی (رولی دادوهریا دستوری د به جهسته کرنا دستوریه تی دا) ئیکه ژ بابه تین هره گرنگ، چونکی ده ستوریهت بوویه پیدفیه کا شارستانی، و به رژه وهندی ت کومه لگه هی دپاریزیت. پره نسیبین دستوری (الدستوریه) ئیکه ژ پره نسیبیت بنه رته تی د سیسته مین یاساییین هه فچه رخدا. کو لژی ر سیبه را وی، گشت دهسته دلالتین دهوله تی لیدیف دستوری کار دکهن. دهسته لاتا یاسادانانی ودهسته لاتا جیبه جیکار ههروه سا دفتیت دهسته لاتا دادوهری د چارچوفه کیدا کار بکن، کو دستوری بو دستنیشان کربیت. ههژی گوتنیییه دادگه ها دستوری وله کی به رجاف دپارستن وجیبه جیکرنا دستوریدا دبینیت؛ نهوژی بریکا رافه کرنی ژیانی ددهته دهفتین دستوری و ب فی چندی بابه تی دستوریه تی به رجسته دکهت. ژپیخه مهت فی چندی هه می، گه له ک جارا په نایی دبه ته بهر فیه گوهاسنتی، کو رافه کرنه نی ددهته دهقی ددهته دهقه کی دستوری یان ژی هنده ک پره نسیبان دگوه ریت.

ب فی چندی رانا (الدستوریه) نهوه: سهروه ریا حکمی دستوری. و نهف چهنده ژدوو لایه نان فیه دهیته بدهسته ئینان: لایه نی ئیک، هه می کهس ههروه سا هه می دهسته لات ل دهوله تی دفتیت ب حوکمین دستوری دپیگیرین. ولایه نی دووی نهوه، پیشقه برنا دهفتین دستوری، لفیری رولی گرنگ یی دادگه ها دستوری دیار دبیت.

دمیانا روونکرنا رولی دادگه ها دستوری و بوونا دستوری وهکو کاره کی به ردهوام به ردهوامی ددیته ژیان، ژبو بدهسته ئینانا فی چندی مه ریکا وهسفی شیکاری بکارئینایه، نهوژی دمیانا سالوخذانا برگه یین بابه تی وشلوفه کرنا هنده ک تیکتین یاسایی گریدا بابه تی، وب شیوازی بهراورکاری ددادگه ها دستوری یا دهوله تی وهکو نموونا فیه کولینی، بابه ت دابه شی دوو به شا دبیت و ب دهسته پیکه کی دهسته پیکهت. رنگی ددهته لایه نی دووی، بریکا دانه نیاسینا رولی دادگه ها دستوری، ب جه ختکرن لسه ر دادگه ها دستوری ل نه مریکا وفره نسا و مسر و عیراقی. فیه کولین ل دوماهی گه هشته وی نهنجامی کو دستور وهکو یاسایه کا بنه رمت و سه ره کی ل دهوله تی، پیشقه فتن ل دمین دووماهی دیتیه، ههروه سا بده سته ئینانا پره نسیبی (الدستوریه)، بوویه ئیک ژه فرکیین مه زن ل هه ر کومه لگه هه کا به رده ف پیشقه چونیقه دچیت. وسه ربه خو یا دهسته لاتا داد بوویه ئیک ژ گرنگترین پیکهاته یین دستوری و ب مه ره ما پاراستنا دهستوری دستوربوونی دادگه ها - ددهمی ته فسیر کرنا دهفتین دستوری دا - په نایی دبه ته بیروکا فیه گوهاسنتی .

ژگرنگترین پیشنیارین فیه کولینی کرین: دادگه ها دستوری ل عیراقی نوینه راتییا شروفه کرنا بکهت. ژبو دستوربوون و پاراستنا مافین تاکان ب شیوه کی کو ژ لایه کی فیه دستور نه هیته راستقه کرن ومافی فیه گوهاسنتی پی بدمت و ژلایه کی دیتر جچیگیر بوونا بنه مایین وی بکهت. کو لدویف چ میتودین پیشهر دستنیشانگری لسه ر رووی نهدهی و دکه تواریدا دکاری دادگه هی و پیشقه فتنین وی دا ناجیت ب تایبته دهمی وهکو نامرازی فیه گوهاسنتی بکار دئینیت.

بهیفتین سه ره کی: دستوریهت، دادوهریا دستوری، دادگه ها بلند یا ئیکگری، شروفه کرنا پیشقه فتی یا دستوری فیه گوهاسنتا دادوهری .

Abstract

The subject of the research (The role of the constitutional judiciary in Establishing constitutionality), is one of the significant constitutional topics. As, constitutionality is a civilized necessity, because it protects the interests of society, and the principle of (constitutionality) has become one of the basic principles in contemporary legal systems, under which all state authorities abide by the provisions of the constitution. The legislative authority, by issuing legislation compatible with the provisions of the Constitution, operates within its limits. And the executive authority when it conveys constitutional principles In drawing up public policy, its role is no less than that of the legislative authority. The judiciary also, adheres to the constitution through the judge not abstaining from deciding any case brought before him on the pretext that there is no legal basis to apply it to the dispute, as well as his commitment to refrain from applying the law that is contrary to the constitution, as well as his role in giving life to the provisions of the constitution through his interpretations. It supports the issue of constitutionalism by being a real guarantee for the protection and development of the constitution. In this study, we will focus on the second aspect by explaining the role of the constitutional judiciary in making the constitution a continuous and vibrant work.

Thus, constitutionalism means the supremacy of the rule of the constitution, and this is achieved from two aspects, the first of which is the commitment of the rulers and the ruled to the provisions of the constitution, and the second is represented by activating and developing the provisions of the constitution, as far as the subject of our research is concerned.

The research aims to identify the role played by the constitutional judiciary in protecting constitutionality by focusing on the constitutional judiciary in America, France, the Republic of Egypt and the Republic of Iraq. At the end of the research, the research concluded that the constitution as a basic law of the state has witnessed an important transformation in recent decades, and that achieving the principle of constitutionalism has become one of the biggest challenges facing any society that wants advancement and progress. And that the independence of the judiciary is one of the most important components of constitutionalism, as the institutions of judicial

oversight, in addition to the constitution document, have had other references that the constitutional judge uses while he is in the process of an interpretation. He may resort to the means of transformation in order to preserve the constitutionality by ensuring the application of the provisions of the constitution.

Among the most important proposals involved in the research; That the interpretation of the Iraqi Federal Supreme Court must be a justification to affirm the constitutionality and a greater guarantee of rights. Rather, its interpretation must be a contemporary interpretation of the constitution in a way that does not include a constitutional amendment on the one hand and allows it to shift in its rulings on the other hand, as it is clear from the extrapolation of its rulings that it works within the texts of the constitution to be issued Its judgments are consistent with the provisions of the constitution, however, in some of them it deviated from that, and it did not follow specific standards during its judicial work in developing the provisions of the constitution, especially when it used the means of transformation.

Keywords: constitutionalism, Iraqi Federal Court, constitutional judiciary, evolutionary interpretation of the constitution, judicial transformation.

المقدمة

الدستور باعتباره ينظم عمل جميع السلطات في الدولة، ويتكفل بحماية الحقوق والحريات، يكون القانون الذي لا يعلى عليه في الحاضر والمستقبل. وتتمثل الفلسفة الدستورية بفرض احترام الدستور وضرورة مواكبه لطبيعة الحياة التي تتطور بصفة دائمة. وهذا يتجسد من خلال التفسيرالقضائي سواء بناء على طلب أصلي ام بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين، بشرط ان يؤدي تفسير القضاء الى تفعيل نصوص الدستور وليس تحويرها.

اولاً/ اهمية موضوع البحث

تبرز أهمية موضوع البحث من نواحي عديدة، فمن خلال الدستورية يؤدي القاضي الدستوري وظيفته الأساسية المتمثلة بحماية الدستور والحفاظ على المبادئ والأحكام الواردة فيه، وبتعزيزه لمسألة الدستورية استطاع القضاء الدستوري تجاوز التطور و ملء الفجوة بين نصوص الدستور والواقع المتغير، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، ان تدعيم مسألة الدستورية تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على صون حقوق وحريات الأفراد. حيث أن الدستور يعد ضمانة حقيقية لحقوق الأفراد وحرياتهم. وحمائته تعد حماية لهذه الحقوق والحريات.

ثانياً/ مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الاجابة على التساؤلات الآتية:

- ماذا نعني بفكرة الدستورية وكيف تطورت الفكرة؟.

- ماهي المبادئ التي تقوم عليها فكرة الدستورية؟.

- كيف تعامل القضاء الدستوري المقارن مع فكرة الدستورية وما الأساس الذي استند عليه؟.

. هل وفقت المحكمة الاتحادية العليا العراقية في حماية الدستورية من خلال قراراتها وخصوصا عند استخدامها وسيلة التحول؟ .

ثالثاً/ فرضية البحث

ينطلق البحث من فرضية مفادها، ان الدستور لا يمكن ان يغيب، فالدولة بأكملها من افراد و سلطات تكون محكومة به وتعمل ضمن اطاره، ويجب تجديده ليستوعب ما يحدث في المجتمع من احداث مستجدة مع تطور الحياة، وهذه النظرة الجديدة اوجدها القاضي الدستوري من خلال التوسع في تفسيره للنصوص الدستورية. فهو يؤدي وظيفته في الحفاظ على الدستور ويساهم في تحقيق الدستورية التي أصبحت ضرورة حتمية لنجاح كل دولة عصرية.

رابعاً /نطاق البحث

يتناول البحث موضوع (دور القضاء الدستوري في إرساء الدستورية)، من خلال بيان مفهومه في ضوء أهم تطبيقات مؤسسات القضاء الدستوري المقارن وأحكامه، في قضاء كل من المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية والمجلس الدستوري في جمهورية فرنسا والمحكمة الدستورية العليا في مصر وأخيراً المحكمة الاتحادية العليا في جمهورية العراق.

خامساً / منهجية البحث

بغية الاجابة على اسئلة البحث ومعالجة موضوعه، معالجة شاملة، سنعتمد المنهج الوصفي، من خلال تحديد و وصف الفقرات التي ينطوي عليها البحث. والمنهج التاريخي لمتابعة التطور الذي لحق بالدستورية كفكرة والتأمل في حالات لجوء القاضي إليها. فضلاً عن المنهج التحليلي وذلك بتحليل بعضا من النصوص القانونية التي تتعامل مع الموضوع، وبأسلوب مقارن لكل من الولايات المتحدة في أمريكا و كذلك جمهورية فرنسا و مصر وجمهورية العراق. فضلاً عن عرض الآراء الفقهية في المجال الدستوري، وذلك لإثراء موضوع البحث.

. سادساً / هدف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان دور مؤسسات الرقابة القضائية الدستورية المقارنة في حماية وتفعيل الدستور، بغية تعزيز عمل القضاء الدستوري بشكل عام وقضاء المحكمة الاتحادية العليا في جمهورية العراق بشكل خاص.

سابعاً / خطة البحث

نتناول موضوع البحث من خلال مبحثين يتقدمهما مطلب تمهيدي، نتطرق فيه لمفهوم القضاء الدستوري والجهة المختصة به في العراق. ونتطرق في المبحث الاول، لماهية الدستورية، بتقسيمه الى مطلبين: يختص

المطلب الاول، ببيان مفهوم الدستورية. والمطلب الثاني، يتضمن اهم المبادئ التي تقوم عليها الدستورية. أما المبحث الثاني، فيتناول، الدستورية أمام القضاء الدستوري. وينقسم الى مطلبين: يختص المطلب الاول، بموقف القضاء الدستوري من التفسير المتطور. والمطلب الثاني، يختص، بالدستورية والتحول القضائي الدستوري.

المطلب التمهيدي

مفهوم القضاء الدستوري والجهة المختصة به في العراق

يهدف القضاء الدستوري إلى حماية نصوص الدستور وروحه من الانتهاكات التي ترتكبها السلطان التشريعية والتنفيذية، وتمثل وسائل الحماية في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور.

الفرع الأول

تعريف القضاء الدستوري

يعد القضاء الدستوري سواء كان ممثلاً بالمحاكم الدستورية أو المجالس الدستورية . بحسب تسميات الدول . من أهم مفاصل الجهاز القضائي في أية دولة وذلك لأهمية الدور الذي يقوم به. فإن مفهوم القضاء الدستوري قد يضيق أو يتسع حسب المهام التي يؤديها، فإذا اخذنا بالمفهوم الضيق فتتصدر مهمته في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين فقط. أما إذا اتسع مفهوم القضاء الدستوري فهنا لا تقتصر مهمة القضاء الدستوري على ممارسة اختصاص الرقابة على دستورية القوانين فقط، وإنما تشمل الاختصاصات كافة الممنوحة له بموجب نصوص الدستور أو القوانين، فتشمل الرقابة الدستورية والتفسير، ومحاكمة الرئيس و أعضاء السلطة التنفيذية وغيرها من الاختصاصات. وبذلك ينطوي القضاء الدستوري على معنيين⁽¹⁾:

(1) د. محمد باهي أبو يونس ، أصول القضاء الدستوري، مصر ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص5.

1- المعنى الشكلي او العضوي للقضاء الدستوري: ويتمثل بالجهة او الهيئة التي تمارس اختصاص الرقابة على دستورية القوانين او مهمة القضاء الدستوري، ويستوي في ذلك ان تكون هيئة قضائية أو سياسية او مختلطة. وتأسيساً على ذلك، يعرف القضاء الدستوري: "على انه هيئة أو سلطة دستورية أوجدتها الإدارة الشعبية كغيرها من بقية السلطات وحددت صلاحياتها بشكل حصري، وذلك لكي تحافظ بالدرجة الأولى على احترام قواعد توزيع الصلاحيات السلطات، وعدم انتهاك أي منها لصلاحيات أخرى التي خصها بها الدستور" (1).

2- المعنى الموضوعي او المادي للقضاء الدستوري: ينصرف المعنى الموضوعي للقضاء الدستوري الى مجموعة الاحكام والقرارات التي تقرها الجهة التي تمارس الرقابة على دستورية القوانين. أي ان القضاء الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية المستنبطة من أحكام المحاكم في المجال الدستوري(2).

وتختلف نشأة القضاء الدستوري في كل دولة عن أخرى، وذلك لاختلاف العوامل والاسس التي احاطت بنشأته. فتعد فرنسا من الدول التي اخذت بالرقابة السياسية، والسبب في إناطة مهمة الرقابة إلى هيئة سياسية وعدم إناطتها إلى هيئة قضائية في هذه الدولة، يعود إلى عوامل تاريخية. حيث اناط الدستور الفرنسي لعام 1958 مهمة الرقابة إلى هيئة اسمها المجلس الدستوري، وهي هيئة غير متخصصة لانها تمارس بالاضافة الى الرقابة جملة من الاختصاصات(3).

ونص دستور جمهورية مصر سنة 1971 الملغي على المحكمة الدستورية العليا في المادة (174) بقولها ان "المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية مقرها مدينة القاهرة"، ونص في المادة (176) على ان ينظم القانون كيفية تشكيل المحكمة ويبين الشروط الواجب توافرها في

(1) د. امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، لبنان ، طرابلس ، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2002، ص 114.

(2) د. ماجد راغب الحلو القانون الدستوري، الاسكندرية، مصر ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012، ص 11.

(3) ينظر المواد (58، 59، 60) من دستور فرنسا لعام 1958.

اعضائها وحقوقهم وحصانتهم". وبناء على ذلك صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (48) لسنة (1979) والذي نص على ان " المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها مقرها مدينة القاهرة". أما في جمهورية العراق فسوف نتطرق الى الجهة المختصة بالقضاء الدستوري، بشئ من التفصيل وذلك في الفرع التالي.

الفرع الثاني

الجهة المختصة بالقضاء الدستوري في العراق

بعد التغيير الذي حصل في العراق في سنة 2003، و صدور قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، الذي حول شكل الدولة من دولة بسيطة الى دولة اتحادية، الامر الذي اقتضى تقاسم السلطة فيها بين الحكومة المركزية وحكومات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والبلديات والإدارات المحلية. وأصبح نظام الحكم في الدولة اتحادي، ديمقراطي، فدعت الحاجة الواقعية والقانونية والسياسية الى انشاء هيئة قضائية مستقلة مهمتها مراقبة دستورية القوانين والنظر في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية⁽¹⁾.

فاخذ هذا الدستور المؤقت بالرقابة القضائية على دستورية القوانين وأناط هذه المهمة بالمحكمة الاتحادية العليا؛ حيث نصت المادة (44) منه في الفقرة (أ) على "يجري تشكيل محكمه في العراق بقانون وتسمى المحكمة

(1) في ظل دساتير العهد الملكي نص القانون الأساسي العراقي لعام 1925 في المادة (81) منه على أنشاء محكمه سميت المحكمة العليا. و في ظل دساتير العهد الجمهوري بقيام ثورة 14 تموز 1958 سقط النظام الملكي وكذلك القانون الاساسي العراقي لعام 1925، واختفت فكرة القضاء الدستوري في ظل دستور عام 1958 و دستور 4 نيسان 1963، و دستور عام 1964. وعاد القضاء الدستوري للظهور مجدداً في ظل دستور 1968، حيث اناط هذه المهمة بالمحكمة الدستورية العليا. ثم الغي هذا الدستور بصور دستور 1970 والذي لم ينص على إنشاء هذه المحكمه، مما دفع المختصون الى القول بان المحكمة فقدت سندها الدستوري. وبكل حال، المحكمة لم يكن لها وجود على ارض الواقع. وان تجارب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في العهدين الملكي والجمهوري كانت متواضعة جدا ولم تؤسس لاية تقاليد دستورية ذات قيمة. وكان ذلك ما دفع بالقضاة ورجال القانون بعد سقوط النظام السابق إلى المطالبة بضرورة حماية استقلال القضاء وتقرير الرقابة على دستورية القوانين. لمزيد من التفاصيل ينظر، د. فوزي حسين سلمان الجبوري ، نظرات حول تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في العراق، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 7 السنة 2/، ص179 وما بعدها.

الاتحادية العليا. " تختص بالرقابة على دستورية القوانين بالاضافة الى اختصاصات اخرى بينها الفقرة (ب) من المادة المذكورة. كما بينت الفقرة (هـ) منها كيفية تكوين المحكمة⁽¹⁾.

واستنادا الى النص الدستوري سالف الذكر، صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005، المعدل ونص هذا القانون في مادته الأولى على أن " تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد وتمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون". ثم جاء دستور (2005) وألغى قانون إدارة الدولة المؤقت، فأشار في المادة (92) منه إلى المحكمة الاتحادية العليا وعدها جزء من السلطة القضائية وهي هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً، وحرص الدستور على استقلال القضاة⁽²⁾.

فاستمر وجود هذه المحكمة كهيئة دستورية حتى بعد نفاذ دستور عام 2005، حيث أورد النص عليها وحدد اختصاصاتها، وأحيل إلى القانون تنظيم عملها واختيار أعضائها.

ومن الجدير بالذكر إن المحكمة تعرضت لانتقادات سواء ما يخص تكوينها او اختصاصاتها، على اساس انها أسست قبل صياغة الدستور العراقي النافذ لسنة 2005، ثم فقدت الاساس الدستوري لها بإلغاء قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، وكان ينبغي أن تتأسس محكمة جديدة بعد صدور دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ، لكن المحكمة مستمرة، منذ ذلك الحين، رغم عدم وجود سند قانوني لاستمرارها. فذهب رأي من الفقه إلى القول، أن هذا يشكل خللاً من الناحية الدستورية ويشكك في مشروعية وجود المحكمة وقانونية الأحكام الصادرة منها ويبرر ذلك بانتفاء السند الدستوري لوجودها المتمثل بالمادة (44) من قانون إدارة الدولة العراقية، حيث تم إلغاء هذا القانون إلغاءً صريحاً بموجب المادة (143) من دستور جمهورية

(1) ينظر المادة (44/أ، ب، هـ) من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية الملغى.

(2) كما هو مبين في المادة (87) منه والتي تنص على: «السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون» وما نصت عليه المادة (88) من الدستور بأن "القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة".

العراق لعام سنة 2005⁽¹⁾. ويذهب رأي آخر إلى أن قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005، يعد أساساً شرعياً من الناحية الدستورية والقانونية لهذه المحكمة، لأنه مازال نافذاً استناداً لما جاء في المادة (130) من دستور 2005 التي نصت على أنه ((تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لإحكام هذا الدستور)) فضلاً عن أن المحكمة مارست اختصاصاتها عملياً وأصدرت أحكامها في القضايا المعروضة عليها⁽²⁾.

وتطرق دستور جمهورية العراق لعام 2005، للمحكمة الاتحادية العليا في المواد (92-94)، فنصت الفقرة (أولاً) من المادة (92) منه على:

"أولاً: المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة مالياً وإدارياً.

ثانياً: تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب).

وعند التمعن في قراءة الفقرة ثانياً من المادة (92) نلاحظ أن الدستور لم يحدد عدد أعضاء المحكمة الاتحادية إلا أنه اشترط تكوينها من قضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون، محيلاً تحديد عددهم وطريقة اختيارهم وعمل المحكمة إلى تشريع يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب. وهذا قد يؤثر سلباً على عمل المحكمة، فالسلطة التشريعية يمكنها في أي وقت أن تعدل تكوين المحكمة وطريقة اختيار أعضائها للضغط عليها أو الانتقاص من استقلالها، لذا كان من الأفضل أن يحدد المشرع الدستوري عدد أعضاء المحكمة وطريقة وشروط اختيارهم ومدة ولايتهم بنصوص دستورية صريحة. أما بالنسبة للاختصاصات الممنوحة للمحكمة فقد حددتها المادة (93) من الدستور. إلا أن القانون الخاص بالمحكمة الاتحادية العليا المزمع صدوره، لم يشرع لحد الآن نظراً للجدل والخلاف الكبير في وجهات النظر بين شركاء العملية السياسية وتفاوت الآراء وتباينها في مجلس

(1) د. مها بهجت الصالحي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بيت الحكمة ، ط1، بغداد ، 2008، ص 55.

(2) ينظر: مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام والقرارات، دار الضياء للطباعة ، النجف، 2007 ، ص126 . وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا بقرارها المرقم 37 / اتحادية / 2010.

النواب، فقد اخفقوا عن تشريع قانون المحكمة الاتحادية العليا وفقاً لما هو مرسوم في الفقرة (ثانياً) من المادة (93) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، وحمل الاتفاق على تعديل قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 بموجب قانون التعديل الأول للأمر رقم 30 لسنة 2005 (قانون المحكمة الاتحادية العليا) وذلك في 18/3/2021.

ونصت المادة الأولى منه على: يلغى نص المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا ويحل محله ما يأتي:

المادة - 3 - "أولاً: أ. تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس ونائب للرئيس وسبعة اعضاء اصليين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (15) خمس عشرة سنة.

ب. للمحكمة اربعة اعضاء احتياط غير متفرغين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (15) خمس عشرة سنة.

ثانياً: يتولى رئيس مجلس القضاء الأعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس جهاز الادعاء العام ورئيس جهاز الاشراف القضائي، اختيار رئيس المحكمة ونائبه والاعضاء من بين القضاة المرشحين مع تمثيل الاقاليم في تكوين المحكمة وترفع اسمائهم الى رئيس الجمهورية لاصدار المرسوم الجمهوري بالتعيين خلال مدة اقصاها (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ اختيارهم."

و بينت المادة الثانية من القانون المذكور إختصاصات المحكمة و أكدت على الاختصاصات المنصوص عليها في دستور العراق لسنة 2005⁽¹⁾. ومن بين هذه الإختصاصات الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص الدستور.

(1) ينظر المادة (93) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005. والمادة (2) من قانون التعديل الأول للأمر رقم 30 لسنة 2005، المرقم (25) في سنة 2021.

وتجدر الإشارة الى ان قانون التعديل السابق ذكره، هو الآخر لم يخلص من النقد وتعرض لإنتقادات لا مجال لذكرها

المبحث الاول

ماهية الدستورية

أن الجهة المختصة بالقضاء الدستوري في الدولة، تتمثل مهمتها، بمواجهة الأحداث التي تتجدد والحاجات التي تتطور في المجتمع وتضع حلولاً مناسبة لها، والدستورية تتيح للقضاء الدستوري فرصة القيام بذلك. وبهذا اصبحت الدستورية من المبادئ المهمة في أي نظام قانوني معاصر. وللاحاطة بماهية هذا المبدأ، نقوم بتقسيم هذا المبحث الى المطلبين الاتيين: .

المطلب الاول

مفهوم وتطور الدستورية

لا شك أن علوية قواعد الدستور هو المصدر الأساسي لفكرة الدستورية. ويمكن القول ان الدستور بدأ بالظهور عندما ظهرت الدولة الحديثة وانتشرت أفكار الديمقراطية وسيادة القانون، فبعد الثورة الأمريكية التي قامت في عام 1776 والثورة الفرنسية في عام 1789، وظهر مطالب رواد الثورتين، بوجود دستور ينظم العلاقة بين سلطات الدولة. وكذلك ينظم علاقة الدولة مع الأفراد، ونادوا بعدم خضوع الشعب للحكام، وضرورة وجود تشريعات مقننة وفي مقدمتها دستور⁽¹⁾ يحكم الحكام والمحكومين.

(1) ومنذ عام 1989 ازدهرت عمليات بناء الدساتير وهناك نماذج مهمة، فبدأت البرازيل ببناء دستور جديد في عام 1998 تبعتها كولومبيا عام 1991 والأرجنتين عام 1994. وشهدت أفريقيا بناء دساتير جديدة في (23) دولة، خصوصاً بعد صراعات داخلية في التسعينيات، ترافق ذلك بناء دساتير جديدة لدول أوروبا الشرقية في بولونيا والمجر ثم (التشيك والسلوفاك كجمهوريتين مستقلتين) منذ عام (1993) ويوغسلافيا بأجزائها الستة لاحقاً واندمجت ألمانيا الديمقراطية بجمهورية ألمانيا الاتحادية عام 1991 والاتحاد السوفيتي السابق الذي تضمن (15) دولة. ودول اخرى عديدة.

فيكون الدستور على قمة الهرم القانوني في الدولة، وتظل الأحكام والمبادئ الواردة فيه تهيمن على عمل سلطات الدولة جميعها. مع هذا، لا بد من الإشارة الى ان العديد من الدول الدكتاتورية كانت تمتلك دساتيراً، كما هو الحال بالنسبة لدولة ألمانيا في عهد هتلر و إيطاليا في زمن موسوليني وكذلك أنظمة العالم الثالث، لكنها كانت تمارس سلطة تعسفية. فإن الدستورية - كونها في جوهرها سلطة محدودة - تمثل نقيضاً للسلطات التعسفية التي يمارسها الدكتاتور. وتظهر معنى الدستورية من طبيعة الدولة بحد ذاتها، فيسعى المجتمع إلى وضع قيم في صميم نظامه السياسي، و السلطات و من ضمنها الحكومة عليها ان تضمن التطور المنظم لهذه القيم داخل الهيكل القانوني. ومع ذلك، فإن ثمة سلطة تؤدي بسهولة إلى تدمير تلك القيم في ممارسة غير مبررة للقوة. وبالتالي، يجب التحكم في عمل السلطات كضرورة لتحقيق قيم يؤمن بها المجتمع. وهذا ما يتحقق من خلال تطبيق الدستورية⁽¹⁾.

وقد تغير الدستور عندما تغيرت الدولة، حيث أحدثت الثورات تغييراً كاملاً في حياة الدول. على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي. فيرى (McIlwain)⁽²⁾، إن تتبع الظهور التاريخي للثورة في أمريكا و في فرنسا يأتي من الثورة الدستورية في العصور اليونانية القديمة حتى أوائل القرن العشرين، ثم امتلك الدستور مفهوما حديثاً، حيث يشتمل على "صياغة واعية من قبل الشعب لقانونه الأساسي". واصبح مبدأ (سمو الدستور)

أما في آسيا فقد شهدت بناء دساتير جديدة منذ أواخر التسعينيات كأندونيسيا والباكستان والنيبال... الخ. ولاشك إن مرحلة الإزدهار الدستوري انعكست على دول عربية غير قليلة، وبعد الإطاحة بالنظام السابق في العراق في 9 نيسان (ابريل) 2003، بدأت مرحلة جديدة في الحياة الدستورية حيث تم سن " قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية" في 8 آذار 2004. ثم بدأت مرحلة الدستور الدائم عام 2005. للمزيد من التفاصيل ينظر، د. عبد الحسين شعبان، في الدستور والدستورانية و"الديسترة"، بحث منشور في مجلة قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية جامعة النهرين، العدد 62، السنة 12، 2020، ص 211 و 212.

(1) د. عبد الحسين شعبان، المصدر السابق، ص 211 و 212.

(2) McIlwain, Charles H. 1947 [1940]. Constitutionalism: Ancient and Modern. Ithaca, NY: Cornell University Press. P. 28-33

من المبادئ التي إهتم بها الفقه الدستوري حتى لو أغفلت الدساتير النص عليه، وهو من مميزات دولة القانون⁽¹⁾. بتعبير آخر، بدأت الدستورية في شكل بدائي في اليونان، ثم تم وضع بذرة الدستورية الحديثة، من خلال "نظرية الدستور الروماني التي تقول ان "الشعب وحده، مصدر كل القوانين"، ومن خلال تأثير قانون جستنيان، انتشرت بذرة الدستورية هذه إلى انكلترا بواسطة هنري براتون. وكان للمفكر السياسي جون لوك مساهمة محورية في تطوير النظرية الدستورية. كل ذلك كان الأساس لفكرة الحكومة الدستورية وقد تم ترسيخه في فلسفة مجتمع القرون الوسطى - وخاصة المبدأ القائل بأن كل السلطة مستمدة من الشعب - على أساس ان القانون الطبيعي يضع كل سلطة سياسية في الشعب، وبالتالي يجعل الدولة بكل آلياتها وكيلاً للشعب⁽²⁾. وبهذا فالدستورية: هي أيديولوجية ترى أن سلطة الحكومة مستمدة من الشعب ويجب أن تكون مقيدة بدستور يحدد ما يمكن للحكومة أن تفعله وما لا تستطيع ان تفعله. ولها تاريخ طويل ولا مع يعود إلى آلاف السنين. وشهدت العقود الأخيرة انتشار فكرة الدستورية، وبشكل كبير بظهور عقيدة الفصل الوظيفي بين السلطات، وسرعان ما أصبحت مهيمنة. فبالنظر إلى غاية الدستور، فإن المعنى الذي ساد بين الفقه الدستوري في القرن التاسع عشر ولغاية منتصف القرن العشرين، جاء متأثراً بمضمون المادة (16) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة 1789⁽³⁾، التي تظهر لنا أن الدستور لا وجود له عندما ينتفي شرطين أساسيين في تكوين المجتمع وهما: مبدأ فصل السلطات و ضمانة الحقوق⁽⁴⁾. فقد حدد هذان المبدئان الدستورية⁽⁵⁾، ومع ملاحظة أن التركيز كان في بداية الأمر على

(1) د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص53.

(2) Tamanna Akther Suma, The constitution and Constitutionalism. Posted on the website: <https://www.researchgate>, date of visit 20/ 7/2023.

(3) للمزيد من التفاصيل راجع، د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2002، ص57. ود. مصطفى محمد عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، جامعة عين شمس، الكويت، 1998، ص14 . 17.

(4) من نص المادة (16) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 يمكن إستخلاص مقالة (كل مجتمع لا تتوفر فيه ضمانات الحقوق ولا يقر بمبدأ الفصل بين السلطات لا دستور له).

(5) Richard Bellamy, constitutionalism in transformation, Blackwell publisher, USA, 1996, p.24.

مبدأ الفصل بين السلطات بالدرجة الأولى، وحماية حقوق المواطنين وحياتهم بالدرجة الثانية، إلى أن التصور حول مبدأ الدستورية قد تغير بفعل الفكر الثوري الفرنسي وبدأت النظرة تتغير ألى الدستور لتشمل البعدين معاً أي (فصل السلطات والحيات). وقد أصبح في السنوات الأخيرة يقال إن الحقوق تشمل العنصر الأساسي في الدستورية⁽¹⁾.

بناءً على ذلك، فإن (الدستورية) صارت مبدأً أساسياً تقوم عليه دولة القانون كونه يجعل جميع سلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية تحرص على العمل بأحكام الدستور وأثناء أدائها لمهامها، فالسلطة التشريعية حينما تصدر تشريعات متوافقة مع أحكام ومبادئ الدستور، يبرز دورها في ترجمة فلسفة الدستور والحرص على العمل ضمن حدوده، والسلطة التنفيذية عندما تنفذ المبادئ الدستورية في رسم السياسة العامة في الدولة فهي تقوم بدور لا يقل عن السلطة التشريعية. والسلطة القضائية تنقيد بالدستور من خلال عدم أمتناع القاضي عن البت في أية قضية معروضة أمامه بحجة عدم وجود قاعدة قانونية لتطبيقها على النزاع، وكذلك إلتزامه بالإمتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور سواء وجد دفع بذلك أم من تلقاء نفسه؛ فبدون رقابة القاضي لدستورية القوانين، فإن حماية أحكام الدستور تصبح مهددة و تفقد سيادة الدستور معناها⁽²⁾. فضلا عن الدور الكبير الذي يمارسه القاضي الدستوري في بث الحياة في نصوص الدستور من خلال تفسيراته.

فالدستورية يقصد بها إلتزام الدولة بحكامها ومحكومياتها بالمبادئ والقواعد التي تثبت في الوثيقة الدستورية. وهي الإعتقاد الداعم للدستور بوصفه ينظم السلطة السياسية بصورة لا يمكن إستعمالها على نحو تعسفي⁽³⁾. وتظل الدستورية في حالة تغير مستمر وديناميكي وتقدمي⁽⁴⁾ فتشمل ضرورة تطوير نصوص الدستور وهذا ما

(1) Richard Bellamy, op, cit, p.24.

(2) د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دارالنهضة العربية، القاهرة، 1993، ص11.

(3) د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص161.162.

(4) يقدم الدستور الهندي لعام 1949 المعدل في 2016، مثلاً نموذجياً على ديناميكية مبدأ الدستورية فرغم انه يجعل الدستورية شرطاً مسبقاً لحكومة هندية محدودة، فالحكومة تتحمل المسؤولية الأكبر عن تنفيذ الدستورية من خلال التقيد الذاتي، الا انه تسعى

كان سبباً في ظهور فكرة الدستور الحي. فالوجود الحقيقي لهذه الفكرة في الفقه الدستوري، يمكن ان نُؤشر بداياتها منذ تصاعد الجدل حول الكتاب الذي نشره البروفيسور (Howard Lee McBain)، استاذ القانون في جامعة كولومبيا الامريكية، تحت عنوان "الدستور الحي" سنة 1927، ويعد أول مؤلف يخصص لمناقشة الفكرة على طاولة الفقه الدستوري بشكل متكامل بعد ذلك تناولت المؤلفات البحث في الفكرة ذاتها⁽¹⁾. فظهرت اتجاهات فقهية، بعضها يعارض فكرة الدستور الحي والبعض الاخر يؤيدها وينادي بها:

فالالاتجاه الفقهي المعارض للفكرة يسمى في الفقه بالمدارس الأصولية السلفية (**Originalism**) ، يتبنى هذا الاتجاه وهو الاسبق في الظهور، فكرة تفسير النصوص على وفق المعاني التي تم وضعها تحديداً واضعوا النص انفسهم، وهذا ما ظهر واضحاً في آراء جيمس ويلسون (James Wilson) ⁽²⁾، بأن " القاعدة الأولى والحاكمة في تفسير القانون تتمثل بالعودة لنية واضعي ذلك القانون." اما الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الدستور الحي، فينظر الى معاني الدستور، بناء على المبادئ المتوافق والمتعارف عليها بين الناس في لحظة

ديباجة الدستور إلى ان تؤمن لجميع المواطنين: العدالة وحرية الفكر وما يضمن كرامة الفرد، فتعمل هذه القيم معاً على تعزيز الدستورية. و إن دور القضاء محوري في هذه العملية. ففي عام 1950، عندما طُلب من المحكمة تفسير تعبير "الإجراءات القانونية الواجبة"، الواردة في المادة (21) من الدستور ، فسرت المحكمة بشكل ضيق. ثم عادت المحكمة إلى هذا التفسير للمادة 21 في قضايا لاحقة وأبرزها (أ. ر. كوبر R.C. Cooper v. Union of India, A.I.R. 1970 S.C. 564) ومانيكافاندي (Maneka Gandhi v. Union of India, A.I.R. 1978 S.C. 594). واعطت تفسيراً واسعاً بأن "الإجراء المنصوص عليه في القانون" يمكن أن يشمل العدالة والإنصاف والمعقولية. وهكذا تستخدم المحكمة سلطاتها في الرقابة القضائية ، لمزيد من التفاصيل ينظر،

Babie, Paul T., and Arvind P. Bhanu. The Form and Formation of Constitutionalism in India.

Posted on the website: <https://doi.org/10.3390/laws11020033> .date of visit 27/7/2023

(1) Howard Lee McBain , "The Living Constitution. A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law" The MacMillan Company, New York. 1927 .11 .Stone, Ivan.

(2) استاذ القانون في جامعة بنسلفانيا وهو أحد الموقعين على اعلان الاستقلال ووثيقة الدستور الأمريكي.

تاريخية معينة مثل اللحظة المعاصرة. فيقول اميل دوركهايم⁽¹⁾. وهو من انصار هذا الاتجاه . ان القاعدة الحقوقية لم تعد تبدو كشيء ثابت وشبه مقدس إذ إنها متغيرة ومتحركة كالمجتمعات البشرية التي تعبر هذه القواعد عن تطلعاتها تعبيراً كاملاً⁽²⁾. وفي هذا الشأن ايضا، يذكر الفقه الفرنسي إن القاضي الدستوري يفسر الدستور تفسيراً واسعاً، فقد ذكرالفقيه الأستاذ (Dominique Rousseau)، أن الدستور بإعتباره يوضع بواسطة رجال فيبقى مجرد وثيقة والقاضي الدستوري يلتزم بلحظة معينة بتحديد مضمون النص الدستوري، إلا إن الثبات على نفس المعنى لا يظل دائماً، فكلمة المساواة مثلاً، كانت تعنى في البداية المساواة بين الرجال، ثم أخذت تعني المساواة بين الرجال والنساء، ثم اخذت معنى المساواة بين المواطنين والأجانب، فالكلمة لم تتغير إلا أن معناها تطور مع تطور طرق التفكير⁽³⁾. وفي هذا أوجد المجلس الدستوري الفرنسي مبادئ معينة في ضوء التفسير المعاصر لنصوص الدستور وأطلق عليها المبادئ الضرورية للعصر كالحق في الإضراب.

بالنسبة للفقه المصري، فيرى أن تفسير الدستور متنوع ومتطور إستجابةً من القضاء لتغيير الظروف لكي لا يكون النص الدستوري بمثابة قالب جامد إنما يعبر عن الحقائق الخالدة. ويجب أن يحمل القاضي الدستوري معنى النص على النحو الذي يكون أكثر إستجابةً للحاجات المتطورة والاتجاهات المتغيرة في المجتمع⁽⁴⁾.

ويرجع هذا الاختلاف الفقهي، الى الاختلاف حول اعتناق فلسفة محددة للدستور، فيميل الفريق الأول، نحو اعتبار الدستور وثيقة لتقييد السلطات السياسية وجعلها تتحمل المسؤولية السياسية الكاملة أمام مواطنيها، إذ يرى ان واضعي الدستور يؤمنون بأن الدستور موجود ليس فقط لوصف نظام الحكم، ولكن لديه وظيفته الأساسية

(1) اميل دوركهايم (15 ابريل 1858 - 15 نوفمبر 1917) فيلسوف وعالم اجتماع فرنسي.

(2) للمزيد من التفاصيل لهذين الأتجاهين، يراجع، د. فوزي محمد نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط1 دار النهضة العربية، القاهرة، 2009 ص 49 .

(3) انظر مقالة Dominique Rousseau مشار إليه في د.مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، 2003، ص62.

(4) ينظر كل من: د. مصطفى محمد عفيفي، المصدر السابق، ص40. وفي نفس المعنى د.رمزي الشاعر، النظام الدستوري، المصدر السابق، ص497. ود. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، القاهرة ، دار النهضة العربية، 1960، ص8وما بعدها.

المتتمثلة في تقييد ممارسة السلطة السياسية وضمان عدم تجاوز السلطات السياسية على حقوق وامتيازات المواطنين، لذلك هم يفضلون الاكتفاء بما هو محدد بالدستور في وقت وضعه، وعدم السماح للحكومة أو القضاء تبني تفسيرات واقعية جديدة رغم وجود امكانية الاعتراف بحقوق جديدة للمواطنين. في حين يعتنق الاتجاه الثاني . ونحن نؤيده . فلسفة كون الدستور هو وثيقة للحقوق والحريات بالدرجة الأساس، أي أن الجانب الغالب فيها والغرض الاساس منها هو تأمين أكبر قدر لازم من الحقوق والامتيازات والحريات لمواطني الدولة. وإن دور القضاء محوري في تعزيز فكرة الدستور الحي، فالدستورية التي يسعى القضاء لتحقيقها تؤمن بالتطورات السريعة التي تستجيب لإرادة وتطلعات الناس. وإن القضاء الدستوري المقارن يمارس الآن دورا واضحا في ترسيخ مبادئ الدستورية الحديثة من خلال التفسير التطوري لنصوص الدستور⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك كله، نقول إن الدستورية تعني سيادة حكم الدستور وضمان التطبيق المستمر لنصوصه.

المطلب الثاني

المبادئ التي تقوم عليها الدستورية

لغرض بيان المبادئ التي تقوم عليها الدستورية أرتأينا ان نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع فرعين، في الفرع الاول نبين مبدأ سيادة الدستور وفي الفرع الثاني نتطرق الى مبدأ استقلال القضاء، اما الفرع الثالث سنوضح دسترة الحقوق والحريات.

الفرع الاول

مبدأ سيادة القانون

سيادة القانون تعني التزام الدولة بأكملها من افراد وسلطات، باحترام القانون. واصبح مبدأ سيادة القانون من المبادئ الاساسية لترسيخ دولة القانون. وتضمنته دساتير غالبية الدول، لإضفاء الحماية عليه. كدستور

(1) سنتناول موقف القضاء الدستوري من التفسير التطوري للدستور ، في المبحث الثاني من هذا البحث، ص15 و ما بعدها.

جمهورية العراق لسنة 2005 الذي نص على المبدأ في المادة الخامسة منه وعده من المبادئ الاساسية⁽¹⁾. فيقصد بهذا المبدأ: قيام سلطات الدولة الثلاث، التنفيذية والتشريعية والقضائية باحترام القواعد والاليات التشريعية والقانونية النافذة، ويشمل ذلك بالتأكيد الدستور والقوانين والانظمة الصادرة عن السلطة التنفيذية بشرط توافقها مع القانون والدستور⁽²⁾.

فالالتزام بالقانون يمنح المشروعية للاعمال والتصرفات الصادرة عن السلطات العامة في الدولة. وبخضوع سلطات الدولة للمشروعية، يتم ترسيخ مبدأ سيادة القانون. والدولة في العصور القديمة لم تكن تخضع للقانون، بالذات في الدول التي سادت فيها الانظمة الدكتاتورية والمستبدة. اما الدول الحديثة التي تقوم على اساس ترسيخ مبادئ الديمقراطية وتسعى نحو تحقيق دولة القانون؛ لابد أن يكون شعارها حكم القانون وبتعبير آخر، ان لا أحد فوق القانون مهما كانت مكانته. فالعلاقة اذاً بين المشروعية وسيادة القانون وثيقة، ومعنى ذلك أن سيادة القانون تعني وجوب ان تتحقق المشروعية في كل مرة يحصل فيها تطبيق للقانون⁽³⁾.

من جانب آخر اصبح مبدأ سيادة القانون من المبادئ المهمة لتحقيق الدستورية. فسيادة القانون تتناسب طردياً مع الدستورية؛ حيث كلما كان حكم الدستور - بكونه القانون الأعلى في الدولة - سائداً، كلما كانت الدستورية مصانة. وعلى العكس من ذلك، تنعدم الدستورية و تختفي مع وجود الالتفاف حول نصوص الدستور والخروج عن احكامه. فكما ذكرنا سابقاً ان مجرد وجود الدستور لا يعني توفر الدستورية، فالاخيرة هي نظرية سياسية معيارية تؤكد أن جميع ممارسات السلطة الحكومية، سواء كانت تمثل إرادة شخص واحد أو نخبة أو

(1) تنص المادة (5) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على "السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها...".

(2) د. عيسى تركي خلف، مبدأ سيادة القانون وأثره في مكافحة الفساد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد خاص، 2020، ص 187 و 188.

(3) د. ظافر مدحي فيصل ود. ظريفي نادية، ضمانات مبدأ سيادة القانون، مجلة العلوم القانونية/كلية القانون - جامعة بغداد / العدد الخاص بمؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان "الاصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول" للمدة 13-2018/11/14، ص 289.

.....
أغلبية ساحقة من المواطنين، تخضع لقيود موضوعية مهمة⁽¹⁾. ومن الجدير بالذكر أنه ولكي تتحقق السيادة للدساتير وان تتجح وتستمر ، لا بد أن تتوافق مع الأعراف والتقاليد المنبثقة من الشعب، وأن تكون استجابة حقيقية لرغباتهم وغاياتهم، وأن يكون الدستور الوسيلة التي تمكن كل جيل من ان يحكم نفسه بنفسه⁽²⁾.

ولكي يسود حكم القانون لا بد من وجود رقابة دستورية، تتمثل بالرقابة القضائية على دستورية كل القوانين، فهذه من الضمانات المهمة لتحقيق سيادة الدستور لمنع كل محاولات الاستبداد. فيحق للسلطات القضائية مراجعة القوانين والقرارات التنفيذية لمعرفة مدى دستورتيتها. فعلى سبيل المثال: في أمريكا أعطى الدستور الأمريكي المحكمة العليا الحق في النظر في أي قانون أو قرار إداري والتأكد من دستوريته، وفي العراق، تمارس المحكمة الاتحادية العليا الرقابة الدستورية على القوانين والأنظمة الصادرة عن سلطات الدولة، بموجب الدستور.

الفرع الثاني

مبدأ إستقلال القضاء

لا شك انه بدون التنفيذ الصحيح لنصوص الدستور يصبح مجرد وثيقة شكلية. وإن تطبيق الدستور يتطلب وجود سلطات قضائية مختصة ومستقلة تعمل على إحترامه وصيانتته. وبذلك فإن أغلب دساتير العالم تشير الى مبدأ استقلال القضاء كمبدأ أساسي لبناء دولة القانون، واستقلال القضاء يعني: تحرر السلطة القضائية من أي إعتداء أو تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعدم خضوع القضاة لغيرالقانون⁽³⁾. فواجب القاضي في حماية الدستور يقتضي منه أن يكشف عن إرادة المشرع الدستوري على الوجه الصحيح، ولا يمكن

Murphy, Constitutionalism, International Encyclopedia of the Social & Behavioral W.F. (1) Sciences, 2001. Posted on the website: <https://www.sciencedirect.com/topics/social-3.202sciences/constitutionalism> ,Date of visit 18/8/

(2) محمد عبد الرحمن بالروين، من مفهوم الدستورية، (ب. م. ن)، 2011، ص12.

(3) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص275.

أن يؤدي هذا الواجب و إستخلاص هذه الإرادة إلا إذا كان كامل الحرية وغير خاضع لتدخل الجهات الأخرى. إلا أن هذا الاستقلال لايعني التحكم والإستبداد، بل يعني خضوع القاضي لضميره وإقتناعه السليم والحر⁽¹⁾.

وقد ورد مبدأ استقلال القضاء في المواثيق الدولية بإعتباره من الحقوق الإنسانية، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948 حرص على هذا المبدأ و أشار اليه، في المادة العاشرة منه والتي تنص على إن (لكل شخص الحق في محاكمة منصفة علنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة). وكذلك في العهدين الدوليين لعام 1966 تم التأكيد على المبدأ، وأثمر عن المؤتمر العالمي لاستقلال القضاء في مونتريال بكندا 1983 إعلان عالمي لاستقلال القضاء .

في العراق حصل القضاء على استقلاله من السلطة التنفيذية، على وفق أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (35) لسنة 2003، الذي تم بموجبه إنشاء مجلس القضاء الأعلى بعد أن كان القضاء تابعاً لوزارة العدل. والدستور العراقي النافذ أكد على استقلال القضاء في الفصل الخامس من الباب الثالث منه في المواد (87 لغاية 101)، إختصت منها المواد (92، 93، 94) بالمحكمة الاتحادية العليا. ودرساتير أغلب الدول لم تخلُ من النص على هذا المبدأ، كالدستور الفرنسي عام 1958 ودستوري مصر لعام 1971، وعام 2014⁽²⁾. بناءً على ما تقدم يمكن القول ان، ثمة إرتباط وثيق بين استقلال القضاء وحماية الدستورية، وكلما كان القضاء مستقلاً كلما كان الدستور مصاناً. وهذا يعني ان استقلال القضاء يعد ضماناً أساسية لحماية الدستور ومبدأ الدستورية.

(1) د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مطبعة أطلس، القاهرة، 1968، ص209. 211.

(2) ينظرالمادة (64) من الدستور الفرنسي لعام 1958، والمواد (165 ، 166) من الدستورالمصري عام 1971 الملغي، والمادة (184) من دستور مصر لعام 2014.

الفرع الثالث

دسترة الحقوق والحريات

الحق هو المصلحة المستحقة والقانون هو الذي يقرر هذه المصلحة⁽¹⁾. والحق أيضاً هو قدرة إرادية يعترف بها القانون للغير ويكفل حمايتها أو هو ما يستطيع الفرد العمل به في إطار الشرعية القانونية⁽²⁾. أمّا الحرية في أبسط معانيها هي قدرة الإنسان على القيام بما يريد دون وجود إرغام خارجي. وفي معناها العام، فالحرية تعني أن يتصرف الإنسان وفقاً لإرادته وطبيعته⁽³⁾. ولا بد من الإشارة إلى أن دساتير معظم دول العالم على إختلاف أيديولوجيتها وأهدافها لا تنشئ الحقوق والحريات بل تقرها، إلا أنها عملت على أن تتضمن العديد من النصوص حول هذه الحقوق والحريات. فإذا كان الهدف من وضع القواعد القانونية هو حماية حق الفرد وحرية من كل إعتداء وترتيب جزاءات على كل إنتهاك، فأن وضع القواعد الدستورية تكون لتأكيد ضمانات لهذه الحقوق والحريات، وهذه الضمانات هي في حقيقة الأمر مبادئ، كمبدأ عدم رجعية القوانين والقانون الأصلح للمتعم وغيرها من المبادئ التي تحقق هدف كل مجتمع يصون حقوق الإنسان الطبيعية والخالدة والمتمثلة أساساً في الحرية والملكية والأمن.

وتجدر الإشارة أيضاً الى ان فكرة حقوق الإنسان في المجال الدستوري وصلت إلى ما هي عليه الآن بشكل تدريجي وإختلف ذلك من دولة لأخرى باختلاف أنظمة الحكم والنظم الدستورية السائدة فيها وعلى أثر إختلاف ما جرى فيها من أحداث سياسية. فعلى سبيل المثال لعبت الثورات الإنسانية الكبرى التي كانت ذات أبعاد عالمية دوراً كبيراً في تحرير الشعوب من إستبداد السلطات الدكتاتورية (كالثورة الأمريكية والثورة الفرنسية). وبهذا اشتملت غالبية الدساتير الغربية على الكثير من الشعارات التي نادى بها رجال تلك الثورات. ففي إنكلترا

(1) لقد عرف فقهاء القانون الحق تعاريف عديدة ومتباينة وذهبوا في ذلك مذاهب شتى، إلا أن التعريف الموضوعي له يتمثل بأنه "مصلحة يحميها القانون. ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، القاهرة، دار المعارف، 1967، ص5.

(2) جعفر كاظم المالكي، مفهوم الحق في القانون، منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: www.mohamah.net تاريخ الزيارة 2023/8/12 .

(3) د. خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2005، ص14.

وعلى أثر ثورات شعبية دفعت السلطات القائمة حينذاك على وضع وثائق ذات طبيعة دستورية تنطوي على المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان والتي من أهمها العهد الأعظم التي صدرت عام 1215. وعلى الرغم من إن دستور أمريكا الفدرالي عام 1787 لم يتضمن أية إشارة إلى حقوق الأفراد لأن الدولة الفدرالية لم تكن مدعوة لإقامة علاقات مع المواطنين بشكل مباشر، إنما ينظم علاقة الدولة الفدرالية مع الدول الأعضاء. لكنه لم يبق على حاله بل وردت عليه تعديلات عديدة سميت بالتعديلات العشرة الأولى وتلتها تعديلات أخرى وجميعها نصت على حريات أساسية للإنسان. أما في فرنسا وعلى أثر نجاح الثورة فيها عام 1789، صدرت العديد من الإعلانات التي حرصت على التقييد بمبادئ حقوق الإنسان، وكان أهمها إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي عام 1789 وجاء هذا الإعلان بمثابة إعلان عالمي لجميع البشر وليس للفرنسيين فحسب. وفي عام 1791 صدر الدستور الفرنسي وألحقت به نصوص هذا الإعلان، ثم صدرت إعلانات جديدة للحقوق في فرنسا وألحقت بدساتيرها⁽¹⁾. وحول دسترة حقوق الإنسان على صعيد الدول العربية، فقد حصلت معظم هذه الدول على استقلالها بعد الحربين العالميتين⁽²⁾، وإن غالبية الدساتير العربية متشابهة وقريبة من حيث المضمون مما جاء بشأن حقوق الإنسان في الدساتير الغربية. وقد خصص دستور جمهورية العراق لسنة 2005، الباب الثاني منه للحقوق والحريات في (46) مادة تضمنت الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك الحريات الأساسية للإنسان.

والقاضي الدستوري يراقب التشريعات فيما إذا خرجت عن الحدود المرسومة للمشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات، ودخلت دائرة الإنتقاص المحظور والمخالف للدستور، ف ضمان الحقوق والحريات يتم من خلال الرقابة الدستورية. والاتجاه الذي أخذ به القضاء الدستوري في مصر و فرنسا وأمريكا يوسع من مفهوم الحرية

(1) م. أمال عبد الجبار، حقوق الإنسان، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، www.Uotiq.org تاريخ الزيارة 2023/12/15، ص 17.

(2) سعت منظمة الأمم المتحدة إلى معالجة ما دمرته هاتان الحربان بإصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام 1948 والذي ركز على الحريات الفردية وعدم مصادرتها.

الشخصية⁽¹⁾. وفي هذا السياق لا ينكر أن المحكمة الاتحادية العليا في العراق مارست دوراً هاماً في مجال حماية الحقوق و الحريات و أصدرت الكثير من القرارات في هذا الشأن أثناء قيامها بالرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾، ولكن في قرارات أخرى يظهر دورها السلبي في حماية الحقوق⁽³⁾. ويظهر أنها لم تتجاوز التطبيق الحرفي لنصوص الدستور ولم تمارس دوراً إنشائياً يعالج أمور الحياة المتطورة و يضمن تحقيق أكثر للعدالة⁽⁴⁾، ونحن نأمل بأن المحكمة و بعد ان منحت لنفسها حق التصدي⁽⁵⁾ . لأي نص تشريعي يتعلق في النص محل الطعن . لها ان تزيد من فعالية دورها في حماية حقوق وحرريات الافراد .

(1) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، المصدر السابق، ص143.

(2) كالقرارات التي أصدرتها في مجال حماية حق السفر والتنقل، الذي يقصد به حق الفرد في مغادرة بلده والعودة إليه متى شاء. لمزيد من التفاصيل ينظر، د. سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة، عمان، 2009، ص179.

(3) و خير مثال على ذلك، رأي المحكمة حول تفسير المادة (76) من الدستور الذي يبرز دورها السلبي في حماية حق الناخب السياسي، وقد اثار جدلاً بين المختصين، لأن تفسير المحكمة لم يكن ضمن أي إطار قانوني و دستوري. ينظر رأي المحكمة الاتحادية العليا رقم 25 / اتحادية / 2010 في 25 / 3 / 2010 مأخوذ من الانترنت عبر الموقع الرسمي للمحكمة: www.thefedralsupremecourt.iraq.com، تاريخ الزيارة 2022/12/13.

(4) رغم ان نوع الرقابة التي تمارسها المحكمة هي رقابة إلغاء، ولكن لا تستطيع مباشرتها من تلقاء نفسها وإنما بناء على طلب مقدم من قبل المحاكم الأخرى، أو جهة رسمية، أو مدع ذي مصلحة، كما جاء في المادة (41) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة . 2022. وهذا سينعكس سلبا على دورها بحماية حقوق الإنسان، فتبقى عاجزة عن إلغاء العديد من القوانين والقرارات المتعارضة مع الدستور لعدم ورود الطلبات من الجهات المخولة، ولذلك هناك العديد من قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ما زالت نافذة بموجب المادة (130) من الدستور التي تنص على "تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغ أو تعدل، وفقا لإحكام هذا الدستور".

(5) تنص المادة (46) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا، رقم (1) لسنة 2022، على إنه " عند النظر في الطعن بعدم دستورية نص تشريعي ان تتصدى لعدم دستورية أي نص تشريعي آخر يتعلق في النص المطعون فيه."

المبحث الثاني

الدستورية أمام القضاء الدستوري

يؤدي القضاء الدستوري الدور الاساسي في تحقيق الدستورية من خلال تفسير الدستور تفسيراً تطويراً والذي يتيح له التحول عن بعض أحكامه السابقة. عليه ولبيان ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين: نتناول في المطلب الأول، موقف القضاء الدستوري من التفسير المتطور لنصوص الدستور. ونتناول في المطلب الثاني، الدستورية و التحول القضائي الدستوري.

المطلب الأول

موقف القضاء الدستوري من التفسير المتطور

نظرية التفسير المتطور للدستور تجعل منه عملاً مستمراً يواكب طبيعة الحياة المتطورة. وقد لاقى إهتماماً بين الفقه والقضاء الدستوري، بسبب التطورات التي تحدثت بعد وضع الدساتير. و تطوير التفسير يقصد به: كل حالة أو حادث مستجد أو ظرف متغير يظهر في الواقع ويقتضي بالضرورة تطوير التفسير السابق للنص الدستوري على نحو مغاير، سواء بتوسيع أو تضيق نطاقه أو تغيير دلالاته⁽¹⁾. والقاضي الدستوري يجعل النص يكسب مع الزمن معناً جديداً أو يطبق على حالات جديدة وهذا هو أساس التفسير المتطور للدستور⁽²⁾. فالهدف من التفسير هو، بيان معنى النص الدستوري والكشف عن دلالاته. بينما الهدف من تطوير التفسير هو، الإتيان بحل دستوري لأحداث مستجدة وظروف متغيرة، وذلك بإلحاقه بإطار التفسير الدستوري السابق ونطاقه، أمّا إذا أدى سبب التطوير ونتيجته إلى نسخ أو إلغاء نتيجة التفسير السابق فيكون تغييراً للتفسير.

(1) د.علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016، ص223.

(2) عادل عازر، التفسير التشريعي وأثره على الماضي، منشور على الموقع www.books.google.iq تاريخ الزيارة 2022/12/13.

بعبارة أخرى فإن أي توسعة في أسباب الحكم أو ظروفه هو تطوير للتفسير، أما تبديل فقرة الحكم في القرار التفسيري السابق يكون بمثابة تغيير للتفسير⁽¹⁾.

وكما هو شأن فقهاء وفلاسفة القانون، اختلف القضاء حول تفسير الدستور تفسيراً متطوراً، إذ بين مؤيد ومعارض للفكرة، تراوحت أحكامهم وتباينت آراؤهم في البدء حول مشروعية الفكرة. بالنظر لفلسفة وضع الدستور، وإمكانية تطبيقها. وظهر اتجاهين في صدد ذلك نوضحهما في الفرعيت التاليتين:

الفرع الأول

الاتجاه القضائي الراض لفكرة التفسير المتطور لنصوص الدستور

ان التفسير المتطور لم يكن مقبولاً بادئ الأمر، فقد رفض جانب من القضاء الدستوري تبني فكرة التفسير التطوري للدستور، وهذا ليس مستغرباً أمام عدم اقرار القضاء الدستوري باختصاصه أصلاً بتفسير نصوص الدستور، فبالنسبة للقضاء الدستوري في مصر، على سبيل المثال، قد أكدت المحكمة الدستورية العليا عدم إمتدادها لتفسير نصوص الدستور، وذلك في المادة (26) من قانون إنشائها المرقم (48) لسنة 1979⁽²⁾. وأمام صراحة نصوص الدستور وكذلك نصوص قانون انشاء المحكمة، ليس لها الاختصاص الأصلي بتفسير الدستور تفسيراً ملزماً، إلا أن المحكمة تقوم بتفسير نصوص الدستور أثناء قيامها بالرقابة الدستورية، فلا يمكن فحص دستورية القانون دون فهم محتواه وفهم محتوى النص الدستوري الواجب التطبيق أيضاً، وهذا ما سارت عليه المحكمة في

(1) د.علي هادي عطية الهلالي، المستتير من تفسير أحكام الدساتير، المصدر السابق، ص223.

(2) نصت (26) من قانون المحكمة على أنه " تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير النصوص التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور ..."

قضائها⁽¹⁾، فضلاً عن إن الدستور لم يمنع قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الدستوري بالطلب الأصلي، صراحةً⁽²⁾.

فقد ثار الجدل سابقاً في الفقه الدستوري حول عدم صحة اختصاص المحاكم الدستورية في تفسير الدستور من خلال طلبات التفسير المباشرة، بالإضافة الى ذلك، قد استند الاتجاه المعارض للتطوير القضائي لتفسير الدستور، على عدة مبررات تتمثل في منع القاضي الدستوري من الخروج عن مجال اختصاصه المتمثل في رقابة دستورية القوانين. وحتى لا يكون التفسير حجةً لمحاولة تعديل الدستور دون مراعاة إجراءات التعديل الرسمية واحترام إرادة المشرع الدستوري، فالقاضي وهو بصدد القيام بمهمة التفسير ليس من شأنه تقرير ملائمة القانون أو عدم ملائمته.

وبعد أن تم منح القضاء الدستوري الاختصاص بتفسير الدستور، قد وضع هذا القضاء قيوداً على اختصاصه هذا، كتعبير عن خطواته الخجولة الأولى نحو تفسير الدستور⁽³⁾.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية، كان القاضي سكاليا . أثناء رئاسته للمحكمة العليا الأمريكية . يرى ضرورة تمسك القضاة بالمعنى العام للكلمات الواردة في الدستور سواء أكانت موجودة في متنه أم ضمن التعديلات التي ترد عليه، وكما فهمها الناس في وقت الاتفاق على الدستور، كما انه لم يتوانى عن نشر افكاره على زملائه من القضاة وأساتذة القانون حول ضرورة محاربة فكرة الدستور الحي أو الدستور الموابك للتطور، وكان يصرح أن الدستور الأفضل هو الدستور الميت (the good constitution is the dead. constitution) ، ويلخص المشكلة في فكرة الدستور الموابك (المتطور)، بأن "تقرير حقوق جديدة وفقاً لتفسيرات جديدة هو مسؤولية

(1) د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية بالطلب الأصلي بالتفسير، دارالنهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 40 وما بعدها.

(2) دستور عام 2014 نص في المادة (192) منه على إختصاص المحكمة بتفسير النصوص التشريعية، ولم ينص صراحةً على اختصاصها بتفسير الدستور.

(3) وفي هذا الإطار بينت المحكمة الدستورية في الكويت في إطار اختصاصها بتفسير نصوص الدستور، بقولها " أن دورها في إطار ما عقد لها من اختصاص في هذا الشأن يقتصر في المقام الأول على تفسير نصوص الدستور وفق ضوابط محددة ترد إلى صياغة هذه النصوص ودلالاتها والاهداف المقصودة منها". للمزيد من التفاصيل ينظر: ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (27)، العدد (1)، 2019، ص 449.

هائلة لا يمكن ان توضع على عائق تسعة محامين ولا حتى ثلاثين، في ظل النظام الديمقراطي " وكان يعتقد اعتقادا شديدا بأن الدستور ثابت المعنى وغير قابل للتعبير الا بطريق التعديل الدستوري، وعلى هذا الأساس اتسمت الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الأمريكية في زمن تولي (القاضي سكاليا) رئاسة المحكمة، بأنها اعتمدت منهج التفسير السلفي الأصولي (الحرفي). وللمحكمة قرارات حول مسألة اقتناء السلاح وحمله بموجب التعديل الثاني للدستور الأمريكي ، وقد صدر أول قرار المحكمة الأمريكية العليا حول قضية تنظيم اقتناء الاسلحة الشخصية وفقا لهذا التعديل في العام 1939 في قضية (United States v Miller)، وفيها قررت المحكمة حق السلطة المركزية في تنظيم عملية اقتناء الاسلحة وحملها من قبل القوات النظامية اللازمة لحماية الولاية، واستمر هذا التفسير نافذا بهذه الصيغة حتى قضية مقاطعة كولومبيا ضد ميلر، حيث تبنت المحكمة تفسيراً بالعودة إلى الترجمة النصوية لمعاني كلمات التعديل⁽¹⁾.

في حين ترى جماعة أخرى من القضاة وهم من رواد فلسفة الأصولية، لتبرير تمسكهم الحرفي بنصوص الدستور واردة المؤسسين . أمثال القاضي(وليام رينكوست) (رئيس المحكمة العليا 1986 – 2005) . أن تدخل القضاء بإصدار قرارات قضائية لا تستند إلى نصوص الدستور الواضحة كما وضعها المؤسسون، يعد خرقاً لمبدأ حكم الأغلبية لكون الدستور هو اختيار الأغلبية الشعبية⁽²⁾.

Bruce Allen Murphy, "Justice Antonin Scalia and the 'Dead' Constitution" The New York Times, (1)
.Feb. 14, 2016

(2) ينظر في تفصيل ذلك، د . احمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، ط2، دارالشروق، القاهرة، 2000 ص 165 .

الفرع الثاني

الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة التفسير المتطور لنصوص الدستور

لم يتردد جانب من القضاء الدستوري في اعتناق فكرة التفسير التطوري، ولعله سبق الفقه في تبنيتها بل وفي انزالها على أرض الواقع من خلال التطبيق العملي الذي يظهر في أحكام وقرارات محاكم ومجالس القضاء الدستوري وذلك بالتوسع في تحديد المبادي والقواعد الدستورية بما يتجاوز الكلمات الواردة في نصوص الدستور. و بدورنا نؤيد هذا الرأي ونرى أنه : على الرغم من أن دساتير غالبية الدول لا تنطوي على نصوص دستورية صريحة . على حد علمنا . تنظم مسألة التفسير المتطور، وهذا ما يصدق على دساتير كل من الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية فرنسا ومصر و جمهورية العراق، إلا أنه لا يوجد نص في دساتير هذه الدول، وفي القوانين المنشئة للقضاء الدستوري فيها ولا في أنظمتها الداخلية، يحول دون تفسير نصوص الدستور تفسيراً تطورياً سواء بطريق مباشر أو غير مباشر. ونضيف الى ذلك أن عمل القاضي والإلتزام المترتب على عاتقه هو الإلتزام بتحقيق نتيجة لا يحده قيد، وعليه أن يبتدع الحلول المناسبة للمسألة المعروضة أمامه.

فالقاضي الدستوري يتبع أسلوب التفسير المتطور لنصوص الدستور لحماية هذه النصوص وضمان إستمرار تطبيقها. حتى أن بعض المحاكم الدستورية . أثناء الفصل في الدعاوي الدستورية سواء بالرفض أو عدم الدستورية . إتجهت إلى تغيير المبادئ التي أقرتها في أحكامها السابقة للإستجابة للمتغيرات التي تحدث بعد وضع التشريع، فذهبت المحكمة الدستورية النمساوية إلى مخالفة ما قضت به سابقاً في المسائل الدستورية بالاستناد إلى أن لها سلطة إعتناق أفكار وقيم جديدة، حيث إنه بموجب دستور نمسا الفدرالي، للمحكمة سلطة تفسير نصوصه بالاستناد إلى الأفكار التي تتجدد⁽¹⁾. وفي إسبانيا، المحكمة الدستورية تتبع أسلوب التفسير الواسع من خلال ربط النص الدستوري محل التفسير بالظروف التي تحدث في المجتمع، خصوصاً النصوص التي تتعلق بالحقوق والحريات، كتفسيرها بالإستناد إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعاهدات المصادق عليها

(1) Article (138) of Federal Constitutional Law of Austria in 1920.

وللمزيد من التفاصيل يرجع: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدر السابق، ص 262.

من قبل الدولة⁽¹⁾. أما في ألمانيا فقد إستقر قضاء المحكمة الدستورية على إنه إذا وجدت ظروف متغيرة، فلها تغيير حكمها التفسيري الذي سبق وأن أصدرته بمناسبة الفصل في دستورية القوانين، وذلك بالاستناد إلى نظرية التفسير المتطور للدستور. وكذلك المحكمة الإيطالية لها أن تغير إتجاهها في ظل التطورات المتتالية في المبادئ القانونية الأساسية وهي بصدد الفصل في المسائل الدستورية⁽²⁾. كما يلاحظ على قضاء المجلس الدستوري في فرنسا أنه يجوز له أن يقرر عدم إلزامية التفسير الصادر منه في المسائل الدستورية⁽³⁾. فإنه يملك سلطة تفسيرية من خلال التفسير المضيف ليكمل النقص الموجود في القانون وقد صدرت منه قرارات عديدة في هذا الشأن منها قراره المرقم 897 في 1989/7/25 الخاص بالوقاية من حالات التسريح من الوظيفة لأسباب اقتصادية. وإستطاع المجلس الدستوري في فرنسا أن يوسع من مجال القانون ويضيف القيمة الدستورية على مقدمة دستور 1958 من خلال أحكامه التفسيرية أثناء قيامه بالرقابة على دستورية القوانين.

في هذا المجال يقول رئيس المحكمة الدستورية العليا في مصر سابقاً، (الدكتور عوض المر): "تفسير جهة الرقابة على الدستورية، لنصوص الدستور تفسيراً ديناميكياً، يمنحها معاني جديدة غير التي كانت عليها صورتها ابتداءً، ..."⁽⁴⁾. وفي هذا السياق قضت المحكمة بضرورة أن يكون تفسيرها تطورياً⁽⁵⁾. وهي تمارس دوراً إنشائياً يتجاوز حدود التطبيق الحرفي لنصوص الدستور و يتحقق عن طريق قيامها بتفسير نصوص الدستور والقوانين واللوائح التي يطرح عليها أمر دستوريها، وقد اصدرت المحكمة حكمها الشهير، عندما قررت "عدم دستورية المادة الخامسة من القانون رقم (38) لسنة 1972 بشأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم 188 لسنة 1986

(1) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، المصدر السابق، ص252.

(2) ميثم حنظل شريف وآخرون، المصدر السابق، ص1189.

(3) فقد ذكر القاضي (luchair) في هذا الشأن "إن القاعدة الدستورية ملزمة ومفروضة على الكافة، ومن بينهم السلطة التشريعية وعلى القاضي، وذلك على الرغم من إن هذا الأخير لا يرتبط بقضائه لأنه يملك الحرية دائماً في تغييره والرجوع عنه. مشار إليه في د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص79.

(4) د.عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية - جان دبوي للقانون والتنمية، 2003، ص376.

(5) القضية رقم (23) سنة(16) قضائية دستورية في 18(أذار) 1995، منشور على الموقع

الإلكتروني www.sccouet.gov.eg .

.....
التي تقرر فيه ان تطبيق الانتخاب الفردي والانتخاب بالقائمة يؤدي إلى بطلان تكوين المجلس منذ انتخابه، غير انها مع ذلك، قررت أنه لا يترتب على هذا البطلان إسقاط ما أقره المجلس سابقاً من قوانين وقرارات، وما اتخذه من إجراءات.

وفي اتجاه المحكمة الدستورية العليا نفسها في مصر، سارت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، ويتضح ذلك في القضية الشهيرة (The passenger case) حيث يقول رئيسها (Taney): "... ان آراءها في تفسير الدستور تظل دائماً مفتوحة للبحث لإعادة النظر فيها ..."⁽¹⁾. وهي من خلال ما يسمى بشرط الوسائل القانونية الصحيحة، تقوم بتفسير نصوص الدستور تفسيراً واسعاً، فتأخذ بنظرية التفسير المتطور للدستور⁽²⁾. إلا أنه يشترط أن لا يؤدي تفسيرها هذا الى تعديل الدستور بغير الإجراءات الدستورية المطلوبة لتعديله⁽³⁾.

أما المحكمة الاتحادية العليا العراقية فلها إختصاص تفسير الدستور وفقاً لما ورد في دستور جمهورية العراق لعام 2005، وقد أدت المحكمة دوراً مهماً في هذا النطاق، لكنها لا تمارس هذا الاختصاص التفسيري من تلقاء نفسها. كما ذكرنا سابقاً. بل تقوم بذلك بناءً على طلب، وهذا ما هو وارد في نص المادة (41) من النظام الداخلي للمحكمة رقم (1) لعام 2022⁽⁴⁾، ولا يتضح من قراراتها انها اتبعت منهجاً معيناً، فمن الصعوبة الاستدلال إلى

(1) The Passenger Cases ,48 U.S.283(1849)

منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة <https://supreme.justia.com> تاريخ الزيارة 2023/1/31 .

(2) راجع د. حسن شلبي يوسف، الضمانات الدستورية للحريات الشخصية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1992، ص202 .
203

(3) د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، منشورات جامعة الكويت، المدينة الجامعية (الشيخ التعليمية)، 2000، ص357 وما بعدها .

(4) تنص المادة (41) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق على انه: (أولاً: تُقدم الدعاوى والطلبات إلى المحكمة من قبل المدعي بالذات او وكيله من المحامين ذي الصلاحية المطلقة. (ثانياً: تقدم الدعاوى والطلبات من الدوائر الرسمية ويتم الترافع فيها اذا رأت المحكمة ذلك من ممثليها القانوني بشرط أن لا يقل عنوانه الوظيفي عن مستشار أو مستشار مساعد أو مدير)

أخذها بالتفسير المتطور، ولعل ذلك يرجع لكون المحكمة كانت و لازالت تتأثر بالتيارات السياسية، فتكون قراراتها غير واضحة ويغلب عليها الضبابية ونهجها غير مستقر .

ومن الجدير بالذكر أن تعدد قنوات التفسير الدستوري للمحكمة . بمناسبة قيامها بالنظر في الدعاوي المطروحة أمامها . يؤدي الى عدم اتخاذها معايير واضحة تتكفل بتحقيق العدالة. فالمحكمة تقدم تفسيراتها إما عن طريق الطلب الأصلي بتفسير الدستور أو عندما تقوم بالرقابة على دستورية القوانين أو تنظر في الطعون التمييزية⁽¹⁾.

حتى ان موقفها يتصف أحيانا بالابتعاد عن نصوص الدستور. وان التوجهات المركزية، تبدو واضحة في بعض قراراتها⁽²⁾. محاولةً منها إغفال الحقيقة الثابتة بنصوص الدستور والتي هي قوة سلطة الاقليم امام ضعف سلطة المركز⁽³⁾. ومع التسليم بان تقسيم الاختصاصات كما هو وارد في نصوص الدستور العراقي النافذ،

(1) ينظر في تفصيل ذلك علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في التفسير، المصدر السابق، ص 234. 239.

(2) خير مثال على ذلك حكمها الذي اصدرته في الدعوى (59/ اتحادية /2022) بتاريخ 2022/2/15 والذي يقضي بعدم دستورية قانون النفط والغاز لحكومة اقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007 والغائه لمخالفته احكام المواد (110، 111، 112، 115، 121/اولا) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005. فثار الجدل حول توقيت إصدار هذا القرار، من قبل المتخصصين في مجال القانون و السياسية فالقرار يتعلق بدعويين أقيمت الأولى عام 2012، وأقيمت الثانية عام 2019، فالتأخير في حسمها طيلة هذه المدة غير مفهوم. ومن جهة أخرى اذا كانت المحكمة قد اصدرت حكمها هذا واخذت بعين الاعتبار ترسيخ مبادئ النظام الاتحادي فلماذا اغفلت الإشارة الى بعض مواد الدستور بهذا الشأن- حتى ان الذين أيدوا قرارها واعتبروه دستوريا بالنتيجة، قد التقوا لذلك - وبذلك خالفت القاعدة التي توجب النظر الى الدستور كوحدة متكاملة واجراء التقارب بين نصوصه اثناء عملية التفسير التي تسبق الرقابة. فلا توجد في حيثيات قرار المحكمة إشارة صريحة الى احكام المادة (1) من الدستور المتعلقة بالنظام الفدرالي والتي تنص على "جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة...". وكذلك المادة (13/ثانياً) التي لا تجيز سن قانون يتعارض مع الدستور .

(3) حيث أن صلاحيات السلطة المركزية الاتحادية حددت على سبيل الحصر في المادة (110) من الدستور. وتم تغليب صلاحيات الاقليم على المركز في حالة التعارض، إذ تنص المادة (115) من الدستور على انه (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم تكون الأولوية فيها. لقانون الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم في حالة الخلاف بينهما) ، وبموجب نص المادة (121/ثانياً) من الدستور، اعطى المشرع الدستوري الاولوية لقانون الاقليم في التطبيق في حال الخلاف مع المركز في الاختصاصات التي لا تقع ضمن نطاق الاختصاص الحصري للحكومة الاتحادية او المشتركة مع الاقليم.

أمر نادر الركون اليه في الانظمة الاتحادية⁽¹⁾، إلا ان المحكمة - أثناء ادائها لعملها والبت في دستورية القانون محل الطعن - يقتضي ان تعطي تفسيراتها وتحكم بالإستناد بما هو وارد في نصوص الدستور⁽²⁾.

والبعض يرى ان المحكمة في الأونة الأخيرة و من خلال قراراتها تضع نفسها مكان المشرع الدستوري⁽³⁾. وهذا يمس بدورها الذي يتحدد حصراً بحماية نصوص الدستور والعمل بالاحكام والمبادئ التي تتضمنها وتفعيل هذه النصوص بما يحقق العدالة، وليس الالتفاف حولها تحت اية تأثيرات.

ومن القرارات التي صدرت عن المحكمة مؤخراً . والتي تعد مجحفة بحق أقليم كوردستان . قرارها المرقم (170/أتحادية/2022)، المتعلق بعدم صحة القرارات الصادرة عن مجلس الوزراء بشأن إرسال الأموال إلى إقليم

بالإضافة الى تحديد الامور المشتركة بين الجهتين على سبيل المثال ولا الحصر، حيث يفهم من عبارة (تكون الاختصاصات الآتية...) الواردة في صدر المادة (114) من الدستور، انه يمكن إضافة اختصاصات اخرى غير التي ذكرت في فقرات المادة (114) من الدستور .

(1) فتحديد الصلاحيات وفق هذا الاسلوب وكما تضمنه نصوص دستور جمهورية العراق لسنة 2005، تعد مخالفة للقاعدة العامة التي اجمع عليها الفقه بان انشاء دولة برلمانية اتحادية عن طريق التفتيح للدولة البسيطة يخلق دستوراً اتحادياً يميل الى تغليب اختصاصات المركز على حساب اختصاصات الاقليم. فالاولى، تحديد اختصاصات الاقاليم او الولايات او الكانتونات على سبيل الحصر وما عدا ذلك يكون من اختصاص الحكومة الاتحادية. لمزيد من التفاصيل ينظر، علي حسين أحمد، وجهة نظر قانونية في ازمة الادارة المحلية في العراق بعد العام 2003، مجلة الجامعة العراقية، عدد 43، جزء 3، ص 257.

(2) ومن الجدير بالذكر أن ظروف وضع الدستور العراقي مختلفة حيث تم الاخذ بنظر الاعتبار، توفير ضمانات لمكونات الشعب التي تعرضت للاضطهاد على يد النظام الدكتاتوري السابق، كالمكون الكردي.

(3). لمزيد من التفاصيل يرجع، د. يحيى الكبسي، المحكمة الاتحادية العليا: من التفسير إلى التشريع، منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة المدى <https://almadapaper.net//view.ph> بتاريخ 17 / 2 / 2022. تاريخ الزيارة 7 / 8 / 2022. ود. وعدي سليمان المزوري، المحكمة الاتحادية العليا تحل نفسها محل المشرعين الدستوري والعادي بموجب نظامها الداخلي رقم (1) لسنة 2022، مقال منشور على الموقع الإلكتروني <https://kurdistan24.net> بتاريخ 18/7/2022، تاريخ الزيارة 26/1/2022.

كوردستان. وقد أثار هو الآخر، تساؤلات عن دستوريته⁽¹⁾، حيث جاء القرار مستندا على القرار السابق والمتعلق بعدم دستورية قانون النفط والغاز في كردستان، حيث يرى المختصون والخبراء في مجال القانون الدستوري أن قرارها هذا لا يخلو من الوجهة السياسية وبعيد عن الإعتبارات الانسانية⁽²⁾.

المطلب الثاني

الدستورية و التحول القضائي الدستوري

القاضي الدستوري في العراق والنظم المقارنة إستخدم تفسير نصوص الدستور تفسيراً معاصراً يتيح له التحول في أحكامه وذلك بظهور مستجدات تستلزم فهماً جديداً للنص الدستوري الذي سبق وأن تم تفسيره، ذلك للحيلولة دون تعديله⁽³⁾. لذا يقتضي تناول هذا المطلب؛ بيان ماهية التحول القضائي الدستوري في الفرع الاول ثم بيان علاقة التحول القضائي الدستوري بالدستورية في الفرع الثاني.

(1) بالاستنتاج من المناقشات التي تمت خلال ندوة علمية بخصوص قرار المحكمة المذكور، بعنوان (دراسة قانونية وسياسية لقرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (170/اتحادية/2022)، التي تم انعقادها من قبل مركز البحوث القانونية والسياسية في كلية القانون، بتاريخ 2023/3/25 و بحضور السادة، د. فرست أحمد، وزير العدل في اقليم كردستان. والقاضي، محمد أمين الشرفاني و د. أحمد الصفار، عضو . مجلس النواب العراقي سابقا. و د. وعدي سليمان المزوري، المستشار القانوني في مجلس النواب في اقليم كردستان. ود. ريناس جانو، استاذ في جامعة دهوك وكان عضوا في مجلس النواب العراقي سابقا.

(2) وفي هذا الشأن، يقول القاضي رزكار محمد أمين "... أن تجويع جزء من الشعب غير دستوري، بل مخالف له، لأن هناك حقوقا متساوية لأبناء الشعب العراقي كافة بموجب الدستور، وعدم إعطاء حقوق هذا الجزء مخالف للدستور ... وعلى القضاء أن يقف في الوسط ويراعي في قراراته الجانب الإنساني والعدالة قبل الجانب القانوني." مأخوذ من مقال منشور على الموقع الإلكتروني ل (شفق نيوز) بتاريخ 2023/1/26. <https://shafaq.com>، تاريخ الزيارة 2023/1/28.

(3) إن دستور العراق النافذ يتضمن العديد من النصوص التي يشوبها الغموض، وهذا يفسح المجال للمحكمة الاتحادية العليا تفسيرها بشكل يواكب التطور الحاصل في المجتمع من جميع النواحي، لما يتمتع به القضاء الدستوري من المرونة في تفسير الدستور.

الفرع الاول

ماهية التحول القضائي الدستوري

ان فكرة التحول لقيت تطوراً واضحاً في نطاق القضاء الدستوري، وأصبحت أهميتها تزداد بشكل ملحوظ، فوسيلة التحول تمنح القاضي الدستوري حرية تطوير الأحكام الصادرة عنه. وبالرجوع الى الفقه الدستوري، يلاحظ أن الظهور الأولي لتعبير التحول كان ضمن كتابات الفقه الدستوري في فرنسا في عام 1998 وبأوصاف مختلفة، ولكن في مجال التشريع، لم تتناول التشريعات، تعريفاً للتحول، فلا نجد تعريفاً له، لا في الدساتير ولا في التشريعات العادية أو اللائحية، ولم تتطرق له القوانين التي تتعلق بالجهات المختصة بالقضاء الدستوري، لا في العراق ولا في الدول الأخرى، فرغم ان المشرع العادي أعطى للمحكمة الاتحادية العليا في العراق امكانية اللجوء الى وسيلة التحول و تغيير المبادئ التي اشارت اليها في احكامها السابقة و بشكل صريح بعد ان اصدر نظامها الجديد⁽¹⁾، إلا إنه لم يأتي بتعريف لهذا التحول. ولا نجد تعريفاً لفكرة التحول في القضاء ايضاً على الرغم من ان مسألة التحول تعد عملاً قضائياً.

إلا إنه وردت تعريفات فقهية مختلفة حول الفكرة، كان ابرزها، تعريف الدكتورة (Sandrine Coursoux) الذي إنطوى على "إفترض وجود حلين قضائيين يختلف أحدهما عن الآخر وأحدهما يمثل الحل القديم، والآخر

(1) تنص المادة (45) من النظام الداخلي للمحكمة على ان " للمحكمة عند الضرورة وكلما اقتضت المصلحة الدستورية والعامه ، أن تعدل عن مبدأ سابق أقرته في إحدى قراراتها، على أن لا يمس ذلك استقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة ".

يتضمن حلاً جديداً بالتحول عن الحل القديم" (1)، وكذلك يعرف التحول في الأحكام القضائية بأنه: "عدول عن مبدأ قرره المحكمة الدستورية العليا في بعض أحكامها السابقة"(2).

ويمكن أن نورد تعريفاً للتحول على أنه: "عدول القاضي عن مبدأ قانوني أقره في أحكامه السابقة لصالح مبدأ جديد، دون أن يستند القاضي في عدوله هذا إلى تعديل النص الدستوري الخاص بالموضوع".

ومن خلال التمعن في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، نرى أن المحكمة جعلت المصلحة الدستورية والمصلحة العامة هما المعياران لأستخدامها وسيلة التحول (العدول) واشترطت أن يكون تحولها نحو المستقبل ولا يمس الحقوق المكتسبة للأفراد. ونحن نؤيد اتجاه المحكمة هذا ونقول أن لجوء القاضي الدستوري الى وسيلة التحول يجب أن يكون ضمن معايير وضوابط معينة حتى يحقق التحول النتائج المرجوة منه. إلا أنه قبل هذا التنظيم شهد قضاء المحكمة تحولها عن الكثير من أحكامها، بل وانها توسعت في اللجوء الى وسيلة التحول . مقارنةً بحداثة تجربتها . وذلك لعدم استقرارها ولم يظهر تقيدها بهذه المعايير ولا توجد ضوابط واضحة لعملها التفسيري. وإن عدم تبنيتها منهجاً علمياً سليماً في العمل التفسيري الذي تقوم به، كان السبب في إصدارها قرارات مختلفة في الحالات المتشابهة أثناء التفسير. وهذا ما دفعها للتحول عن قراراتها التفسيرية، فنظرت في دعاوى وأصدرت الحكم فيها أحياناً وقضت بعدم اختصاصها بموضوع الدعوى في دعاوى تنطوي على ذات الموضوع أحياناً أخرى. ولا ننكر دورها الواضح الذي مارسته في حماية المبادئ الدستورية(3)، ألا أنه لا يظهر في الدور الذي قامت به من خلال التحول حماية واضحة للحقوق، بل أحياناً تكون قد أعطت تفسيراً خاطئاً لمواد

(1) S.Cursoux, Irevirement de jurisprudence du conseil constitutionnel en contentieux de la constitutionnalité ANRT,2004, P.319 .

مشار إليه في، د. عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص25.

(2) أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص14.

(3) راجع في ذلك، د. براء منذر عبد اللطيف و بدر حمادة صالح، نحو تعزيز استقلال القضاء العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، السنة 1، ص255.

الدستور. وخير مثال على ذلك، قرارها بعدم دستورية الفقرة (4) من المادة (11) (1) من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع الأستراكي المرقم (14) لعام 1991، والمتعلقة بعدم إخضاع (عقوبة لفت النظر وعقوبة الأنداز) للطعن، وقررت إلغائها، وإستندت في قرارها هذا على المادة (100) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 التي تحظر تحصين أي عمل أو قرار اداري من الطعن(2)، ثم عدلت عن اتجاهها هذا وإعتبرت قانون وزارة التربية رقم (34) لسنة 1998، الذي يقضي بتحسين بعض القرارات المتخذة من وزارة التربية(3)، بأنه لا يتعارض مع حق التقاضي(4)، رغم إن قرارها كانا متعلقين بمسألة واحدة تدخل ضمن نطاق حق التقاضي.

وكذلك قرارها الصادر في 2009/12/3 المتعلق ببعض صلاحيات من يشغلون المناصب الادارية العليا في محافظة ذي قار، حيث أنه في هذا القرار بينت المحكمة أن الموضوع يخرج من دائرة اختصاصها. فتكون قد عدلت عن قرار سابق لها والذي كان يعطي الاختصاص بالنقل والتنسيب والاقالة لمن يشغلون تلك المناصب، أي إنها كانت قد نظرت في موضوع الدعوى (5). حتى إن هناك من إتهمها بإستخدامها التفسير حجةً لتعقيب

(1) تنص المادة (4/11) على انه " تكون العقوبات التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة أو الموظف المخول بآته، باستثناء العقوبات الآتية:

أ. التوبيخ ب. إنقاص الراتب ج. تنزيل الدرجة د. الفصل هـ. العزل .

. والتي ألغيت بموجب المادة (4) من قانون التعديل الأول لقانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (5) لسنة 2008 المنشور بجريدة الوقائع العراقية رقم 4399 في 2008/12/14.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 4/أحادية/2007، في 2007/7/2، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة.

(3) تنص المادة (38) قانون وزارة التربية رقم (34) لسنة 1998 على انه " لاتسمع المحاكم الدعاوى التي تقام على الوزارة أو الدوائر التابعة لها أو المدارس والمعاهد في كل ما يتعلق بالقول والانتقال أو الامتحانات أو العقوبات الأنضباطية التي تفرض على التلاميذ والطلاب بسبب الرسوب وغيره. ويكون للوزارة والدوائر التابعة لها كل حسب اختصاصه حق البت في الشكاوي التي تنشأ عن هذه الأمور، وتحدد بتعليمات يصدرها الوزير اصول التظلم والجهات التي تمتلك حق البت فيه.

(4) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق بلاعدد، في 2008/1/13.

(5) ينظر قرار المحكمة (رقم 4/أحادية/2009) في 2009/12/3.

عمل المشرع و تصويب أخطائه فقامت بالإلتفاف حول نصوص الدستور وتحويلها في بعض قراراتها⁽¹⁾، كما يلاحظ ذلك من موقفها في مسألة صلاحية التشريع لمجالس المحافظات، حيث أصدرت قرارين متباينين⁽²⁾ في هذا الشأن⁽³⁾.

فيتعين على المحكمة أن تجعل نشاطها التفسيري لتطوير نصوص الدستور في ضوء الأهداف المرجوة منه. فتنبنى سياسة قضائية قائمة على أساس جعل الدستور يساير طبيعة الحياة المتطورة عند استخدامها لوسيلة التحول. وخصوصاً إنها قد ألزمت نفسها بذلك من خلال النص في نظامها الداخلي، على ضرورة حماية مصالح المجتمع والعمل على التطبيق السليم لنصوص الدستور. فتوجد بعض المعايير على القاضي الدستوري أن يتقيد بها وهو بصدد التحول عن أحكامه، وأهم هذه المعايير هو معيار الدستورية، بالإضافة إلى استخدام وسيلة التحول ضمن ضوابط، بحيث لا يتجاوز القاضي الدستوري . وبحجة ضرورة التحول . قصد المشرع الدستوري. وتتمثل أهم ضوابط التحول في أن يكون تحول جوهري وإيجابي، إرادي ومحدود، وأن لا يخرج من إطار الدستور والكتلة الدستورية و تتجه آثاره نحو المستقبل⁽⁴⁾.

(1) د.علي يوسف شكري، التعديل القضائي للدستور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون/جامعة بابل، العدد(3)، السنة (7)، 2015، ص51. ود. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، المصدر السابق، ص24.

(2) قرار المحكمة بالعدد13/اتحادية/2006، الصادر في 2007/7/16، وكذلك قرارها رقم 16 /إتحادية/ 2008 في 2008/4/21 منشوران على الموقع الإلكتروني للمحكمة السابق ذكره، تاريخ الزيارة 2019/7/26.

(3) للمزيد من التفاصيل حول قراري المحكمة راجع ميثم حنظل شريف و آخرون ، المصدر السابق، ص1201.

(4) لمزيد من التفاصيل حول معايير وضوابط التحول، يرجع، شرين أحمد سعدالله، معايير التحول القضائي الدستوري وضوابطه. دراسة مقارنة . رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة دهوك، 2020، ص 26 و 74 و ما بعدهما.

الفرع الثاني

علاقة التحول القضائي الدستوري بالدستورية.

ترتبط الدستورية إرتباطاً وثيقاً بالتحول القضائي، بل إن الهدف الذي يكمن وراء إستخدام القاضي الدستوري لوسيلة التحول، يتمثل بحماية الدستورية، فالقاضي، عندما يعطي تفسيراً معيناً لنص معين في الدستور، ومع مضي الوقت يصبح هذا التفسير غير ملائم مع التطور الذي يصيب المجتمع من جميع نواحيه، يتعين عليه أن يعيد النظر في ذلك التفسير من خلال وسيلة التحول. فيترتب على ذلك حماية للنصوص الدستورية وتتحقق الدستورية (1).

فتظهر أهمية التحول القضائي الدستوري عندما تتغير ظروف المجتمع، مع عدم إمكانية ملاحقة الدستور لهذه الظروف المتغيرة وذلك لجمود نصوصه. الأمر الذي يدفع بالقاضي الدستوري الى أن يتصرف و يجعل نصوص الدستور تلائم التغيير الذي حدث في المجتمع. ومع صعوبة إجراء التعديل الدستوري، فإن الواقع والقانون يلزم القاضي بأن يطبق الدستور لحين تعديله (2)، بالشكل الذي يسمح بتطبيق مبدأ (تغيير الأحكام بتغيير الأزمان) مع إشتراط تمسكه بمهمة التفسيرية، فموقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق أنتقد بأنها ذهبت إلى عكس ذلك. في قرارها الذي أصدرته في 6/12/2006، حول مسألة تمديد حالة الطوارئ في العراق، فعلى الرغم من، أن الدستور لم يخول صلاحية التمديد لهيئة الرئاسة. إلا ان المحكمة قررت إمكانية مجلس النواب أن يخول هيئة رئاسة المجلس هذه الصلاحية (3).

(1) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، المصدر السابق، ص158.

(2) فلا بد أن يتضمن الدستور بين نصوصه حق الأجيال القادمة بتتقيح الدستور لكي يتوافق مع تطوراتها، ويمكن تحديد ذلك كأن ينص الدستور على إمكانية إعادة النظر فيه بعد مرور فترة (30) أو (50) سنة مع بيان كيفية عمل ذلك وتحديد الأسس المبدئية لإجرائه ضمن أسلوب سلمي وديمقراطي. د. نبيل عبدالرحمن حياوي، ضمانات الدستور، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص75.

(3) لمزيد من التفاصيل راجع: د.علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في تفسير الدستور، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص24.

ومن الجدير بالذكر إن التحول بإعتباره يدعم الحقوق والحريات، فهو يضمن تحقيق مبدأ الدستورية. ففي مجال خصوصية الإنسان وحياته الشخصية، وجدت إجتهدات عديدة للقضاء الدستوري، على سبيل المثال، مسألة الإجهاض، فالقضاء الدستوري الفرنسي، أخذ بفكرة (حرية المرأة) المنبثقة من إعلان 1789 في مادته الثانية. وقام المجلس الدستوري أثناء فحص دستورية قانون يرفع المدة الزمنية للتخلص من الحمل⁽¹⁾، بإعادة صياغة مبادئ وردت في حكم سابق له في 15 كانون الثاني عام 1975 يعالج الموضوع ذاته⁽²⁾.

وهذا ما سار عليه القضاة في الدول الأخرى. فقد استخدم القضاء الدستوري الأمريكي (مبدأ المساواة) ليقر بعدم التمييز بين الأشخاص ذو البشرة السوداء والأشخاص البيض⁽³⁾، حين حكمت المحكمة الاتحادية العليا بالمساواة المقيدة بينهم، ثم عدلت عن إتجاهها وقضت بالمساواة الكاملة بينهم في حكم آخر لها أصدرته في 1954⁽⁴⁾.

أما القضاء الدستوري في مصر فقد سعى الى صون حقوق الانسان من خلال أحكامه⁽⁵⁾، فالمحكمة الدستورية العليا لديها الكثير من القرارات التي تؤكد على ضرورة أخذ المشرع بعين الإعتبار، الحقوق المعترف بها في الدول التي تؤمن بمبادئ الديمقراطية. وقضت في إحدى قراراتها أن الدستور يكفل الحماية للحقوق من

(1) قرار المجلس C.C,27 juin 2001,446 DC. مشار إليه في: د.محمد عطية محمد فودة، المصدر السابق، ص320.

(2) L. Fsuoreu etL.Philip, Les grands décisionsduconseil constitutinel,sirey 1997,p.305.

نقلاً عن: محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، المصدر نفسه، ص320.

(3) Plessy V.Ferguson163 us 537(1896)، نقلاً عن د.عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في

ملاحها الرئيسية، المصدر السابق، ص77.

(4) Brown V.board of education 347us 483(1954) نقلاً عن د.عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين

في ملاحها الرئيسية، المصدر نفسه، ص77.

(5) قرار المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم (3) لسنة (10) قضائية دستورية، الصادر في 1/2 /1993. منشور على الموقع

الرسمي للمحكمة
www.sccouet.gov.eg

جوانبها العملية وليس من معطياتها النظرية⁽¹⁾. وفي إطار تحول المحكمة، نجد تطبيقات واضحة لحالات تحولت فيها المحكمة عن إتجاهها بمناسبة تطبيق مبدأ المساواة⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الدستوري في العراق، فالمحكمة الاتحادية العليا لها أن تستند الى بنود الاتفاقيات والاعلانات الدولية على سبيل الأسترشاد، لكي تصل الى التفسير الملائم لنصوص الدستور. وخصوصاً إن الاتفاقيات الدولية لا تنفذ مباشرة داخل الإطار الوطني إلا بإتباع إجراءات معينة⁽³⁾. فضلاً عن إن الدستور لم يحظر على القضاء الدستوري من الرجوع الى الصكوك الدولية التي توفر الحماية للحقوق والحريات. بل إنه من خلال نصوصه أكد على الأخذ بمبادئ حقوق الإنسان المعترف بها دولياً في حالات عديدة⁽⁴⁾.

(1) للمزيد من التفاصيل حول قرار المحكمة راجع، د.محمد أبراهيم درويش، الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016. ص400.

(2) لمزيد من التفاصيل حول هذه التطبيقات راجع، د.عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، المصدر السابق، ص219 وما بعدها.

(3) ينظر المادة (17) من قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (38) الصادر في عام 2015، والتي تنص على إنه " يخضع إنترام جمهورية العراق بالمعاهدات المعقودة وفقاً لأحكام هذا القانون إلى موافقة مجلس النواب على قانون التصديق على المعاهدة أو قانون الإنضمام إليها بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس،...".

(4) ينظر المواد (8، 9/ أولاً/د) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

الخاتمة

أولاً / الاستنتاجات:

1. أصبحت الدستورية من المبادئ المهمة في النظم القانونية المعاصرة. وتتمثل فلسفتها بحماية الدستور وتدعيم الحقوق والحريات. و هي تقوم على بعض العناصر والتي من اهمها استقلال القضاء ، فالقضاء يدعم الدستورية من خلال استقلاله.
2. ان القضاء الدستوري يختص بتفسير نصوص الدستور بصفة أصلية حتى وإن لم ينص الدستور على ذلك بنصوص صريحة، حيث يضمن هذا القضاء التطبيق العملي لنصوص الدستور، ولكي يتمكن من تطبيق المبادئ والأحكام الواردة في الدستور، تطبيقاً سليماً، له ان يعيد النظر في تفسيراته بما يكسب النصوص محل التفسير قوة و حداثة.
3. الأسس التي تكمن وراء منح القضاء الدستوري صلاحية تفسير نصوص الدستور تفسيراً تطويراً اي تفسيراً واسعاً، هي ضرورة جعل نص الدستور يواكب التغيير المستمر في الحياة.
4. إن دساتير غالبية الدول ومن ضمنها الدستور الأمريكي و الدستور الفرنسي و دستور كل من جمهورية مصر وجمهورية العراق، وكذلك قوانين إنشاء المحاكم الدستورية في تلك الدول لم تأتي بنصوص تنظم موضوع التحول في الأحكام . والمحكمة الاتحادية العليا في العراق . قبل صدور نظامها الداخلي الجديد . عند إستخدامها وسيلة التحول . لم يظهر تقيدها بأية ضوابط واضحة، وبعيداً عن مبدأ الدستورية، تحولت المحكمة عن الكثير من أحكامها تحت تأثير الضغوطات السياسية وقضت لصالح جهات معينة. على عكس محاكم القضاء الدستوري المقارن، فقد مارس المجلس الدستوري الفرنسي بتحوله وكذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر، دوراً واضحاً في صون حقوق الافراد وحررياتهم. والمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية تبنت منهج المصالح الاجتماعية وكانت تتحاشى التحول المفاجئ. إلا ان النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العراقية الجديد رقم (1) لعام 2022، قد نص على حق المحكمة في التحول ضمن ضوابط معينة وهذا مسلك يحمد عليه المشرع العراقي. ونأمل أن المحكمة في تحولها سوف تستند الى نظامها الجديد وتستخدم وسيلة التحول ضمن تلك الضوابط.

ثانياً / المقترحات:

1. نقترح على المحكمة الاتحادية العليا في العراق، أن تسلك كافة السبل التي توصلها إلى التفسير التطوري لنصوص الدستور، فعند إتباعها هذا المسلك في التفسير، لا تكون قد خالفت القواعد التفسيرية السليمة. وخصوصاً إن المحكمة بمسلكها هذا تكون قد ساهمت في ترسيخ مبدأ الدستورية. بشرط أن لا يؤدي تفسيرها إلى تعديل نصوص الدستور بما لا يتفق مع أحكامه ويمس صفة الجمود فيه.
2. نقترح على المحكمة الاتحادية العليا العراقية عندما تعيد النظر في الحكم، ان لا تقوم بذلك بناءً على ماتعته أو ماترغب فيه ودون أن تتبع معايير واضحة تكفل صحة موقفها، فيتعين عليها ان تتبنى سياسة قضائية قائمة على اساس جعل الدستور عملاً حياً يساير تطور المجتمع من جميع النواحي ويسمح لها بالتحول في أحكامها.
3. نناشد المحكمة الاتحادية العليا في العراق، بأن يكون تحولها وفق المعايير والضوابط التي قيدت نفسها بها من خلال نظامها الداخلي وأن يكون الهدف منه ضمان أكبر للحقوق.
4. نهيب المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالتوجه في تفسير الدستور نحو أهم المتغيرات والمستجدات الاجتماعية على المستوى الدولي، لاسيما في مجال حقوق وحريات الانسان، كل ذلك في ظل مبدأ سمو الدستور وارساء الدستورية.
5. نوصي المحكمة الاتحادية العليا ان تعمل جاهدةً على حماية حقوق الشعب بمكوناته المختلفة والابتعاد عن الضغوطات والتأثيرات المختلفة ومن الجهات المختلفة وان تحافظ على مركزها و استقلاليتها من خلال الدور المهم الذي تمارسه و المسؤولية العظيمة الملقاة على عاتقها كونها تعد أعلى جهة رقابية في الدولة. لكي تبقى بمثابة الحصن المتين الذي يحمي الحقوق و العين الساهرة على حماية الدستور.

المصادر

بعد القرآن الكريم

أولاً / الكتب باللغة العربية

1. د. إبراهيم محمد صالح الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
2. د. احمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري دارالشروق، ط1، القاهرة، 2000.
3. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
4. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، 2000.
5. د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1960.
6. د. أمين عاطف صليبيا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2002.
7. د. حسن شلبي يوسف، الضمانات الدستورية للحريات الشخصية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1992.
8. د. حسين جبر الشويلي، قرينة دستورية التشريع، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ، 2018.
9. خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2005.
10. د. رمزي الشاعر، النظام الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة النشر.
11. د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
12. د. سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان دار الثقافة عمان، 2009.
13. د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة والفكر الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
14. شورش حسن عمر، خصائص النظام الفدرالي في العراق، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
15. د.د. طعيمة الجرف، القضاء الدستوري، دارالنهضة العربية، القاهرة، 1993.

-
16. 16. د. عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، منشورات جامعة الكويت، المدينة الجامعية، 2000.
17. د. عبد الحفيظ الشيمي، التحول في أحكام القضاء الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008.
18. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج¹، دار المعارف، القاهرة، 1967.
19. د. عبد العزيز محمد سالم، رقابة دستورية القانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
20. د. عبد الغني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، 1992.
21. د. علي هادي عطية الهلالي، المستنير من تفسير أحكام الدساتير، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2016.
22. د. علي هادي عطية الهلالي، النظرية العامة في التفسير، ط¹، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011.
23. د. عوض المر، الرقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية - جان دبوي للقانون والتنمية، 2003.
24. د. فتحي فكري، اختصاص المحكمة الدستورية بالطلب الأصلي بالتفسير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
25. د. فوزي محمد نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، ط¹، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
26. د. ماجد راغب الحلو القانون الدستوري، مصر، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2012.
27. د. محمد باهي أبو يونس، أصول القضاء الدستوري، مصر، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2013.
28. د. مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة، 2003.
29. د. محمد عبد الرحمن بالروين، من مفهوم الدستورية، ط¹، (د. م. ن)، 2011.
30. د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مطبعة أطلس، القاهرة، 1968.
31. د. محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
32. د. محمد إبراهيم درويش، الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
33. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المكتبة القانونية، بغداد.

34. د. مصطفى محمد عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية، مكتبة سعيد رأفت جامعة عين شمس، القاهرة، (د. س. ن).
35. مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، دراسة تطبيقية في اختصاص المحكمة والرقابة التي تمارسها معززة بالأحكام والقرارات، دار الضياء للطباعة ، النجف، 2007.
36. د. مها بهجت الصالحي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين بيت الحكمة ، بغداد ، ط¹، 2008.
37. د. نبيل عبدالرحمن حياوي، ضمانات الدستور، ط²، المكتبة القانونية ، بغداد، 2007.
38. د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2009.

ثانياً/ رسائل الماجستير

1. شرين أحمد سعدالله، معايير التحول القضائي الدستوري وضوابطه . دراسة مقارنة . رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة دهوك، 2020.

ثالثاً/ المجالات والدوريات

1. د. براء منذر عبد اللطيف و بدر حمادة صالح، نحو تعزيز استقلال القضاء العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، السنة 1.
2. د. عبد الحسين شعبان، في الدستور والدستورانية و "الدسترة"، مجلة قضايا سياسية، كلية العلوم السياسية جامعة النهرين، العدد (62) السنة (12) 2020.
3. علي حسين أحمد، وجهة نظر قانونية في ازمة الادارة المحلية في العراق بعد العام 2003، مجلة الجامعة العراقية، ع 43، ج 3.
4. د. علي يوسف شكري، التعديل القضائي للدستور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون /جامعة بابل، العدد(3) السنة (7) 2015.

5. د. عيسى تركي خلف، مبدأ سيادة القانون وأثره في مكافحة الفساد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد خاص، المجلد 9، 2020.
6. د. ظافر مدحي فيصل ود. ظريفي نادية، ضمانات مبدأ سيادة القانون، مجلة العلوم القانونية/ كلية القانون - جامعة بغداد / العدد الخاص بمؤتمر فرع القانون العام المنعقد تحت عنوان "الاصلاح الدستوري والمؤسساتي الواقع والمأمول" للمدة 13-14/11/2018.
7. د. مصدق عادل طالب، تعليق على قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (59) لسنة 2022 (عدم دستورية قانون النفط والغاز في إقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007) مجلة العلوم القانونية/ المجلد (37) العدد (الأول) - 2022، جامعة بغداد-كلية القانون.
8. د. ميثم حنظل شريف وآخرون، حجبية قرارات المحكمة الاتحادية العليا على المحكمة نفسها في ضوء أحكام الدستور والفقهاء والقضاء، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون في جامعة الأنبار، العدد (7) 2013.
9. ميسون طه حسين، فكرة الدستور الحي في الفقه والقضاء الدستوري، مجلة جامعة بابل للمعلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد 1: 2019.

رابعاً/ والاعلانات والوثائق الدولية

1. إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 .
2. الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948.

خامساً/ الدساتير

1. دستورالولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787.
2. دستور استراليا لعام 1920.
3. القانون الاساسي لألمانيا الاتحادية 1949.
4. دستور فرنسا لعام 1958.
5. الدستورالمصري عام 1971.

6. دستور جمهورية العراق لعام 2005 .

7. دستور مصر لعام 2014.

سادساً/ القوانين والأنظمة

1. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.

2. قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام في العراق رقم (14) لسنة 1991.

3. قانون التعديل الأول لقانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام في العراق رقم (5) لسنة 2008.

4. قانون عقد المعاهدات العراقي رقم (38) الصادر في عام 2015.

5. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (1) سنة 2022.

سابعاً/ القرارات لقضائية

1. حكم المحكمة الدستورية العليا، في القضية رقم (3) لسنة (10) قضائية دستورية، في 2 كانون

الثاني، سنة 1993.

2. حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (23) سنة 16 قضائية دستورية في 18(أذار)

1995.

3. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 4/ اتحادية/2007، في 2/7/2007.

4. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالعدد 13/اتحادية/2006، في 16/7/2007.

5. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 16/ اتحادية /2008 في 21/4/2008.

6. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 4/اتحادية/2009 في 3/12/2009.

7. رأي المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 25 / اتحادية / 2010 في 25 /3 /2010.

8. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 37 / اتحادية / 2010.

9. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق في الدعوى 59/ اتحادية /2022، في 15/2/2022.

10. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم 170/اتحادية/2022 في 25/1/2023.

ثامناً/ المواقع الالكترونية

- The constitution and Constitutionalism 1-Tamanna Akther Suma, منشور على الموقع الالكتروني <https://www.researchgate>
- Babie, Paul T and Arvind P. Bhanu. The Form and Formation of Constitutionalism in India 2- منشور على الموقع الالكتروني <https://doi.org/10.3390/laws11020033>
- Behavioral & Social Murphy, Constitutionalism, International Encyclopedia of 3-W.F Sciences,2001. مأخوذ من الموقع <https://www.sciencedirect.com/topics/social-sciences/constitutionalism> الالكتروني
- 4-آمال عبد الجبار، حقوق الإنسان، بحث منشور على الموقع الألكتروني www.Uotiq.org
- 5- جعفر كاظم المالكي، مفهوم الحق في القانون، منشور على الموقع الالكتروني www.mohamah.net
- 6- عادل عازر، التفسير التشريعي وأثره على الماضي، منشور على الموقع www.books.google.iq
- 7- علاء ابراهيم محمود الحسيني، ضرورة تعديل ديباجة الدستور العراقي النافذ لعام 2005، بحث منشور على الموقع الالكتروني لشبكة النبا المعلوماتية www.annabaa.org
- 8- د. علي هادي حميدي الشكراوي ، القيمة القانونية و السياسية لديباجة دستور العراق لعام 2005، بحث منشور على الموقع الألكتروني لجامعة بابل، www.law.uobabylon.edu.iq
- 9- د. حيدر حسين علي الكريطي، التنظيم الدستوري لمكانة الشريعة الإسلامية في النظام القانوني، منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى، www.hjc.iq

.....
10- كردستان سعيد إشكالية توزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية وسلطات اقليم كردستان ، بحث

منشور على الموقع الإلكتروني الآتي بتاريخ 7/4/2021

<https://www.researchgate.net/publication>

11- د. يحيى الكبيسي، المحكمة الاتحادية العليا: من التفسير إلى التشريع، منشور على الموقع الإلكتروني

لجريدة

[//www.almadapaper.net](http://www.almadapaper.net)

المدى : <https://www.almadapaper.net>

12- د. وعدي سليمان المزوري، المحكمة الاتحادية العليا تحل نفسها محل المشرعين الدستوري والعادي بموجب

نظامها الداخلي رقم(1) لسنة 2022، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الآتي بتاريخ 2022/7/18

<https://kurdistan24.net>.

13- الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا العراقية

<https://www.iraqfcs.iq>

14- الموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية العليا في مصر

www.sccouet.gov.eg.

15- الموقع الإلكتروني للمحكمة الاتحادية العليا في أمريكا

<https://supreme.justia.com>

16. الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي

<https://www.Conseil-constitutionnel.fr>

1. Mcllwain, Charles H. 1947 [1940]. Constitutionalism: Ancient and Modern. Ithaca, NY: Cornell University Press.
2. S.Cursoux, lerevirement dejurisprudence du coseil constitutional en contentieux de la constitutionnalite ANRT, 2004.
3. Howard Lee Mc Bain, "The Living Constitution. A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law" The MacMillan Company, New York. 1927 .11 .Stone, Ivan.
4. Bruce Allen Murphy, "Justice Antonin Scalia and the 'Dead' Constitution" The New York Times ,Feb. 14, 2016.
5. L. Fsuoreu etL.Philip, Les grands décisionsduconseil constitutinnel, sirey 1997, p.305.
6. Richard Bellamy, constitutionalism in transformasion, Blackwell publisher, USA, 1996.

إشكالية التكييف القانوني لتقنية النقر بالأذنين كمؤثر عقلي رقمي بين مقاربتى
المخدرات التقليدية والاحتيال الإلكتروني

**The Problem of Characterising Binaural Beats as a
Psychoactive Substance: Bridging the Gap Between
Traditional Drug and Electronic Fraud Approaches**

د. فهيل عبدالباسط عبدالكريم

مدرس القانون الجنائي في جامعة دهوك التقنية

Dr. Fahil Abdulbasit A. Abdulkareem

**Lecturer of criminal law at Duhok Polytechnic
University**

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.24>

تاريخ تسلّم البحث 2023-12-5، تاريخ القبول بالنشر 2024-5-6

ملخص البحث

يتناول هذا البحث الإشكالية في إيجاد آلية قانونية لتكيف تقنية النقر بالأذنين كمؤثر عقلي رقمي، أو ما يصطلح عليه تجاريا بالمخدرات الرقمية، ومن ثم بيان المسؤولية الجنائية وفق المنظومة الجنائية العراقية الحالية، هذا من جانب، ومن جانب آخر، حاولنا حث المشرعين العراقيين الاتحادي والكرديستاني (اقليم كردستان العراق) على القيام بمزامنة تداعيات الجرائم الإلكترونية المستحدثة واستشرف العواقب المستقبلية لتلك الجرائم وأثارها السلبية على الفرد والمجتمع، انطلاقا من مبدأ حماية أمن وإستقرار وسلامة المجتمع عن طريق سن قوانين عصرية لمواجهة الجرائم الإلكترونية، وعدم افلات مرتكبيها من العقاب، لذا، من أجل الاحاطة بموضوع البحث، قمنا بتقسيمه الى مبحثين؛ في المبحث الأول، قمنا بدراسة ماهية تقنية النقر بالأذنين، من خلال تعريفها ومن ثم بيان آلية عملها، بالإضافة الى دراسة التحديات العلمية والقانونية لمواجهة التقنية المذكورة، أما في المبحث الثاني فقمنا بدراسة الآلية القانونية لتكيف التقنية (النقر بالأذنين)، من خلال مقاربتين، في أولهما حاولنا تكيف التقنية افتراضيا كمخدرات تقليدية، بينما في المقاربة الثانية حاولنا تكيف هذه التقنية كجريمة إحتيال إلكتروني. وفي هذه الخطوة الاستباقية، وبالاستناد الى مبادئ العدالة التنبؤية، حاولنا وضع استراتيجية جنائية مساعدة من أجل الوصول تشريعيًا لحل إشكالية تكيف تقنية النقر بالأذنين من خلال هاتين المقاربتين.

مفاتيح الكلمات: النقر بالأذنين، المخدرات التقليدية، المخدرات الرقمية، الهلوسة، العدالة التنبؤية، علم الإجرام الخوارزمي.

پوخته

د فټي ليکولینډا کیشهیا پهیدا کرنا میکانزمهکا یاسای ژ بو ئه دبتاسیونا (تکییف) مادهیین هوشبهیرین دجیتال و دویفدا رونکرنا بهرپرسایهتیا تاوانی ل دویف سیسته می تاوانا نها یا ئیراقی ، ژ ئالیهکی دی فه ، مه هول دایه کو داخازی ژ یاسادانهیرین ئیراقا فیدرال و هه ریمما کوردستانی بکهیرین (هه ریمما کوردستانا ئیراقی) ژ بو هه فدهمکرنا ئه نجامین تاوانین ئه لکترونی بیته نوی و پیشبینکرنا ئه نجامین پاشهروژی بیته کو ژ فان تاوانا دهر دکهن، لسه ر بنگه هه پر نسییا پاراستنا ئه وله هیا ئارامی و ئه وله هییا جفاکی بریکا دانانا یاسایین نویکری ژ بو روبهروبو تاوانین ئه لکترونی، و مسوگه رکرنا نه قورتال بونا وان مفاوه رگرین وان تاوانا دکهن ژ سزای . ژ بهر فټي ئیکي ، ژده ستپیکرنا پر نسییا پاراستنا ئارامی وجیگر بوون و سلامه تیا جفاکی ب ریکا دهر ئیخستنا یاسایین هه فچه رخ ژبو روبهروبو تاوانین ئه لکترونی و نه قورتال بوویین ئه نجامه رین وی ژ سزای. مه ئه و کر دوو بهش، د بهشی ئیکي دا ، مه ل سهر پیکهاتا دهرمانین هوشبهیرین دیگیتال لیکولین کر، ب دیاریکرنا میکانزما چالاکیا فان دهرمانا، ژ بلی لیکولینا کیشهیا زانستی و یاسای بیته روپروبوویین دهرمانین بی هوشکه رین دگیتال ، بهشی دوویدا ئمازه ب میکانزما یاسای و خوگونجاندا فی تهکنیکی دمیانا هه زبه رکرنا دا هاتیه کرن، یا ئیکي بزافا خو گونجاندا گریمانهی هاتیه کرن مینا موخه دهراتین کلاسیک، به لی د هه فبه رکرنا دووی دا بزافا هاتیه کرن کو ئه ف تهکنیکه وه کو تاوانه کا سه خته کاریی بهیته دانان، و دپینگافا ده ستپیکیدا وب پشت بهستن لسه ر پر نسییا دادپهروهیری هه ول هاتیه دان ئیسته راتیجه کا تاوانی یا هاریکا بو گه هشتن ب دانان یاسایه کا گونجای بو فی تهکنیکی دمیانا فان هه ردوو بهراوردکرنا دا.

لسه ر بنیاتی پر نسییا دادپهروهیریا پیشبینیکری، هه ولدایه ئیسته راتیجه کا تاوانکاری یا هاریکار بهیته دانان ژبو گه هشتن بهشی هکی یاسای ب چاره سه ریریا کیشهیا گونجاندا ئه ده بتاسیونا دهرمانین دگیتالی.

په یقین سه ره کی: کلیک کرنا دووگوهی، مادین هوشبهیرین لاسایکری، مادین هوشبهیرین دگیتال، هه لوسیناسیون، دادپهروهیریا پیشبینیکری زانستی تاوانا بی خه وارزمی.

Abstract

The research aims to address the issue of finding a legal framework to characterise the binaural beats technique as a digital psychoactive substance, also known as a digital drug. This will help to clarify criminal responsibility under the current Iraqi legal system. On one hand, we aim to encourage the Iraqi federal and Kurdistan regional legislators to align the consequences of emerging cybercrimes and anticipate future repercussions. This should be based on the principle of ensuring the security, stability, and safety of society. By enacting modern laws to combat cybercrimes, we can ensure that those responsible for these crimes do not go unpunished (impunity)

We divided our research topic into two sections. In the first section, we studied the binaural beats technique and explained how it works. We also examined the scientific and legal challenges related to this technique. In the second section, we studied the legal mechanism of characterising binaural beats. We used two approaches: the first approach was to hypothetically characterise the technology as traditional drugs, and the second approach was to characterise it as an electronic fraud crime. Through this proactive step, we attempted to develop a criminal strategy that could help us reach a legislative solution to the problem of characterising the binaural beats technique using these two approaches, based on the principles of predictive justice

Keywords: binaural beats, conventional drugs, digital drugs, hallucinogens, predictive justice, algorithmic criminology

المقدمة

بعد ظهور الشبكة العصبية الالكترونية بشكلها الافتراضي، المتجسد بالعمليات التفاعلية لمستخدمي شبكة الانترنت إجتماعياً وثقافياً واقتصادياً، وبالنتيجة، ظهر الى الوجود نوع اخر من التفاعل ما بين مستخدمي هذه الشبكة المفتوحة، متمثلاً بتداول نوع خاص من النغمات الموسيقية ذي ترددات دون السمعية للاذن البشرية (النقر بالاذنين)، تؤثر في الموجات الكهربائية للدماغ حين الاستماع الى هذه النغمات، ومن ثم، هذه الموجات تولد في الدماغ اضطراباً مسبباً حالة من التخدير الافتراضي تحاكي في تأثيره في الدماغ المخدرات التقليدية مثل الافيون والهيروين وغيرها من المواد المخدرة، لذا، كخطوة استباقية بالاستناد إلى مبادئ العدالة التنبؤية، حاولنا وضع استراتيجية جنائية مساعدة من أجل الوصول تشريعياً لحل اشكالية تكييف هذه التقنية (النَّقر بِالْأذْنَيْنِ) من خلال مقاربتين. المقاربة الأولى تكييفها كمخدرات تقليدية ضمن الإطار التشريعي لكل من: القانون العراقي الاتحادي للمخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50 لسنة 2017، والقانون الكردستاني لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 1 لسنة 2020، والمقاربة الثانية كجريمة إحتيال إلكتروني ضمن الإطار التشريعي لقانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969، والقانون العراقي الاتحادي رقم 31 لسنة 2013 بخصوص تصديق الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات.

أولاً: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث من خلال منظور عدم الكفاية التشريعية في المنظومة الجنائية لتجريم عملية النقر بالاذنين، وذلك من خلال جانبين، الجانب النظري: يعدّ البحث دراسة قانونية تحليلية من أجل ابراز اشكالية التكييف القانوني لعملية النقر بالاذنين؛ الجانب العملي: محاولة إبراز القدرة التشريعية الجنائية للقوانين الاتحادية والإقليمية (إقليم كردستان العراق) على تكييف عملية النَّقر بِالْأذْنَيْنِ.

ثانيا: مشكلة البحث

انطلاقا من المبدأين القانونيين (مبدأ الشرعية الجنائية ومبدأ الإقليمية الجنائية)، وبالاستناد إلى القوانين العراقية الوطنية (الاتحادي والإقليمي)، المتعلقة بموضوع المخدرات والمؤثرات العقلية، وقانون تصديق الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 31 لسنة 2013، وفي ظل عدم إتمام القراءة الثانية والثالثة لقانون مكافحة الجرائم الالكترونية في مجلس النواب العراقي، بعدما تمت القراءة الاولى للقانون المذكور في 27 تموز 2011، ظل العراق الاتحادي وإقليم كردستان العراق في فضاء فارغ تشريعا لمكافحة الجرائم الالكترونية، ومن ثم أصبح تكيف عملية النقر بالأذنين (موضوع بحثنا) عصيا على القاضي الجنائي العراقي، لذا، حاولنا إيجاد آلية قانونية لإشكالية تكيف هذه العملية في ظل القوانين الجنائية الموجودة في المنظومة التشريعية الجنائية العراقية.

ثالثا: منهجية البحث

تم الاعتماد على المنهج الاستقرائي التحليلي، في محاولة إيجاد آلية قانونية لتكيف عملية النقر بالأذنين، بالاستناد الى الواقع التشريعي الجنائي المتاح حاليا في المنظومة القضائية الجنائية العراقية.

رابعا: خطة البحث

في سبيل محاولة استقراء اشكالية تكيف عملية النقر بالأذنين، قمنا بتقسيم البحث الى مبحثين، في المبحث الأول: تناولنا ماهية عملية النقر بالأذنين، في مطلبين، المطلب الأول، تناولنا فيه تعريف العملية، وفي المطلب الثاني، تناولنا آلية عمل النقر بالأذنين، وفي المطلب الثالث قمنا بدراسة التحديات القانونية والعلمية لمواجهة خطورة عملية النقر بالأذنين، وفي المبحث الثاني: حاولنا تكيف العملية في التشريع العراقي من خلال مقاربتين، في المطلب الاول، تناولنا مقارنة تكيف العملية كمخدرات تقليدية، وفي المطلب الثاني، بحثنا مقارنة تكيف العملية كجريمة احتيال الكتروني. وفي الخاتمة، توجهنا بجملة من النتائج والتوصيات الى المشرعين العراقي الاتحادي والكوردستاني.

المبحث الأول

ماهية عملية النقر بالأذنين

من أجل تناول ظاهرة (عملية) النقر بالأذنين كظاهرة اجتماعية مستحدثة في الفضاء الافتراضي، عن طريق شبكة الانترنت المفتوحة لمستخدميها، لابد من بيان المفهوم الاصطلاحي للعملية، وهذا ما سنتناوله في المطلب الاول، وفي المطلب الثاني، سنتناول آلية عمل النقر بالأذنين، كما سنتناول في المطلب الثالث التحديات القانونية والعلمية لمواجهة مخاطر عملية النقر بالأذنين.

المطلب الأول

تعريف عملية النقر بالأذنين

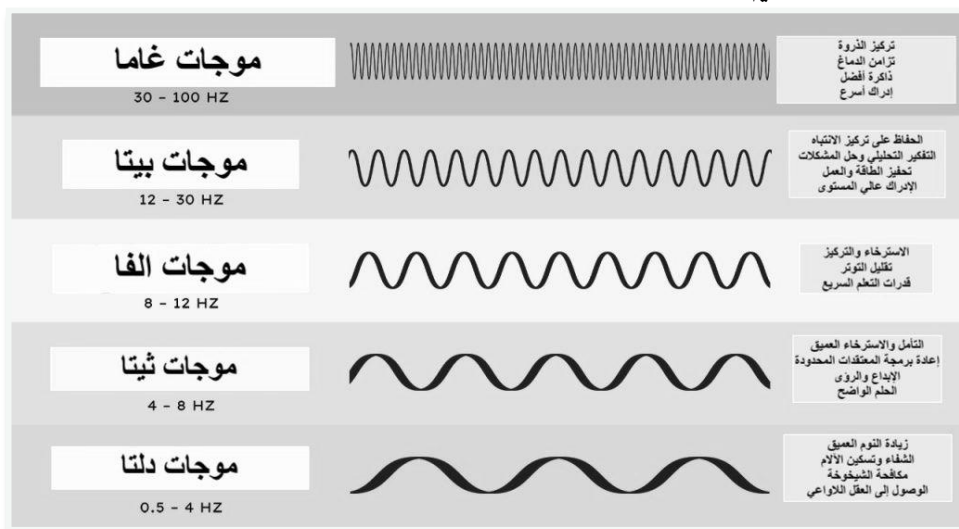
بعد أن تم رقمنة الحياة البشرية بالجمع ما بين البعدين المادي والرقمي (الافتراضي) للأشياء، ومن ثم دخول الذكاء الاصطناعي بمحاكاته الذكاء البشري في مجال العمليات التفاعلية ما بين مستخدمي شبكة الانترنت المفتوحة⁽¹⁾، وكأحد تفاعلات هذه المحاكاة، رقمية المادة المخدرة، تحويلها من شكلها التقليدي المادي (الصلب، السائل او الغازي) الى شكلها الجديد الرقمي (الافتراضي)، معبأة في أوعية رقمية (الملفات الالكترونية) كجرعة مخدرة، يحاكي في تأثيرها في الدماغ تعاطي المخدرات التقليدية، لذا، فتقنية النقر بالأذنين (**Binaural Beats**) هي عبارة عن ملفات صوتية مجسمة، تم انتاجها من قبل مبرمجين صوتيين (اختصاصي النغمات الموسيقية) من أجل محاكاة حالة الانتشاء اثناء تعاطي المخدرات التقليدية، ومن ثم محاولة انتقال المستمع (المتعاطي الرقمي) من حالة الوعي إلى اللاوعي الذي من آثار فقدان التوازن النفسي والجسدي، وبحسب المنظمة العربية

(1) ينظر: فهيل عبدالباسط عبدالكريم، دور التكنولوجيا الرقمية في تحقيق العدالة الجنائية: الفرص والتحديات، مجلة جامعة دهوك، 2023، 908-924، (2)25، ص 910.

إشكالية التكيف القانوني لتقنية النقر بالأذنين كمؤثر عقلي رقمي بين مقاربتَي المخدرات التقليدية والاحتيايالإلكتروني

لتكنولوجيات الاتصال والمعلومات، فإن المخدرات الرقمية (النقر بالأذنين) عبارة عن ذبذبات صوتية تتراوح أواجها ما بين ألفا ثم بيتا وثيتا وصولاً إلى دلتا (انظر الجدول ذي الرقم 1 الأنواع الخمسة لموجات كهربائية الدماغ - تقنية النقر بالأذنين). ويؤدي الاستماع إليها لفترة طويلة توليد عدة أحاسيس كالنعاس أو اليقظة الشديدة أو الدوخة أو الارتخاء أو الصرع والانزعاج. كل ذلك من جراء التأثير المبرمج لهذه النغمات الموسيقية (الصوتية) دون السمعية للأذن البشرية، المسماة بالضوضاء البيضاء (White Noise)، بعد أن تم دمج هذه النغمات مع مجموعة من النغمات ذي ايقاعات بسيطة من أجل عدم الاحساس بالتأثير المزعج لهذه النغمات دون السمعية، من خلال تقنية النقر بالأذنين (Binaural Beats)⁽¹⁾.

(1) انظر: كارزان فقي خليل، آثار وأسباب المخدرات الرقمية ومعالجتها من منظور إسلامي، بحث منشور بمجلة قه لاي زانست العلمية 3 (2)، 204-224، 2017، ص 209 .



الجدول رقم 1: الأنواع الخمسة لموجات كهربائية الدماغ (تقنية النقر بالأذنين)

المصدر: WebMD LLC

لذا، المخدرات بشكل عام من المنظور القانوني لا يمكن تعريفها بشكل جامع مانع، يرجع ذلك بالدرجة

الأساس الى تنوع مصادرها، إذ انه هنالك ثلاثة مصادر لها⁽¹⁾:

المصدر الاول: المصدر الطبيعي (النباتي)، كالحشيش المستخرج من زهرة القنب (Cannabinin).

المصدر الثاني: المصدر الاصطناعي (الكيميائي)، أي المواد المصنعة بالكامل من المواد والمركبات الكيميائية،

مثل الكثير من المهدئات، المنشطات والمهلوسات (Hallucinogens)، مثل ثنائي ميثيل تريبتامين و 5-

ميثوكسي-إن، إن-دييسوبروبيلتريبتامين (MeO-DIPT-5).

المصدر الثالث: المصدر نصف الاصطناعي (المصدر المركب)، اي المواد الناتجة من تفاعل كيميائي ما بين

المصدر الاول والمصدر الثاني، مثل عملية استخلاص الهيروين (النصف الاصطناعي Semi Synthetic)

من المورفين الطبيعي.

1See: Judith Aldridge, Rebecca Askew. "Delivery dilemmas: How drug cryptomarket users (3)

identify and seek to reduce their risk of detection by law enforcement". International Journal of

.Drug Policy 41(March): p.104, 2017

ومن ثم فإن عملية النقر بالأذنين، بالرغم من الجدل الطبي غير المحسوم حتى الآن بخصوص إمكانية إضافتها إلى جدول المخدرات، اعتدادا بالرأي القائل بأنها مجرد مؤثرات صوتية، أي تسجيلات (ملفات) صوتية يجري تداولها في الوسط الإلكتروني (الافتراضي) عن طريق شبكة الانترنت المفتوحة، مُمَوِّها المتلقي لهذه الملفات الصوتية بأنها مخدرات (جرعات تخديرية الالكترونية)¹، إلا أننا سنتناوله في إطار بحثنا (المبحث الثاني، المطلب الثاني)، كمقاربة تكييف المخدرات الرقمية جريمة إحتيال إلكتروني.

وفي هذا الصدد، أشارت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها المرقم 132\45 لسنة 2000⁽²⁾: (وإذ تسلّم بأن استخدام شبكة "الإنترنت" يتيح فرصا جديدة ويفرض تحديات بالنسبة للتعاون الدولي على مكافحة إساءة استعمال المخدرات وإنتاجها والاتجار بها على نحو غير مشروع، واذ تسلّم أيضا بالحاجة إلى زيادة التعاون بين الدول وتبادل جديدة بالنسبة للتعاون الدولي على مكافحة إساءة استعمال المخدرات وإنتاجها والاتجار بها، بما في ذلك ما يتصل بالخبرات الوطنية، بشأن التصدي للتشجيع على إساءة استعمال المخدرات والاتجار غير المشروع بها بواسطة هذه الوسيلة وبشأن سبل استخدام الإنترنت لغرض الحصول على المعلومات المتصلة بخفض الطلب على المخدرات...)⁽³⁾ وفيما بعد اكدت اللجنة الطبية للأمم المتحدة بان المخدرات الرقمية (عملية النقر بالأذنين) تؤدي الى حالة من الشرود الذهني وتؤدي استخدامها المتكرر الى تدمير الخلايا المخية، وتم تعريف العملية (نقر بالأذنين) من جانب المنظمة العربية للمعلومات والاتصالات: بأنها عبارة عن ذبذبات صوتية تتراوح امواجها ما بين الغائم بيتا وثيتا وصولا الى دلتا، يؤدي الاستماع اليها لفترة طويلة عدة احاسيس كالنعاس أو اليقظة الشديدة أو الدوخة أو الارتخاء أو الصرع والإنزعاج وكسل للعقل⁽⁴⁾.

(1) خولة موسى عبد الله الهياص، استغلال وسائل تقنية المعلومات في ارتكاب جرائم المخدرات و خاصة الرقمية في ضوء قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، مجلة العلوم الاقتصادية و الإدارية و القانونية، 2(9)، 2018، ص ص 168-181.

(2) انظر: أياد فتيح علي الرفاعي، نسرین جورج عيسى زينة، المخدرات الرقمية: انواعها والادمان على مسببها، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 2021، ص ص 54-53.

3Galenianos, Manolis, Rosalie Liccardo Pacula, Pacula Nicola, "A search-theoretic model of the retail market for illicit drugs". Review of Economic Studies, 2012, 79:1239-1269

(4) عائشة عبدالله السعدي و محمد سليمان النور، المخدرات الرقمية وآثارها على مقصد العقل: دراسة مقاصدية، بحث منشور بمجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية 11(4)، 2019، ص ص 197-238.

المطلب الثاني

آلية عمل النقر بالاذنين

من البديهي، أن الكائن البشري بطبيعته يتأثر بالموجات السمعية منذ القدم، ابتداءً تأثره بضربات قلبه والموجات السمعية الصادرة من البيئة التي يعيش فيها، وهذا ما تؤكدُه الظواهر البدائية التي عاشها هذا الكائن البشري، من خلال تفاعله مع الاصوات والنعجمات السمعية، محاولاً تغيير حالته الإدراكية إلى دون الإدراكية. وأحياناً أخرى من أجل الوصول إلى حالة الانتشاء أو الهلوسة، مثل الطقوس التي يقيمها الهنود الحمر ضمن ما يسمى برقصة المطر، ورقصة الزار عند العرب القدماء، التي تستخدم لأغراض تأهيلية من أجل معالجة حالات الاضطراب النفسية عن طريق أداء رقصات ايقاعية لا واعية، ورقصة اللبوا الشعبية ذات الاصول الافريقية في كثير من دول الخليج العربي، والتي بإيقاعاتها الموسيقية تغير الحالة المزاجية لموديعها مقترناً برقصات استعراضية⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد، يعد الطبيب الفرعوني امحوتب (Imhotep) 26 0-2655 ق. م.)، أول من بادر باستخدام الترددات الموسيقية في المعهد الطبي الخاص به للأغراض العلاجية، عن طريق إسماع المرضى ترددات صوتية مؤثرة على أدمغتهم، ومن ثم تخديرهم نفسياً وجسدياً، من أجل الوصول إلى حالة الاسترخاء النفسي، أو تخديرهم (بحسب نوع ومدى ترددات الموجات الدماغية) كمهدئٍ للألام الجسدية، ناتجاً عن طريق إفراز الجسم لإفرازات بعد ان تم تحفيزها من جانب الدماغ تحت تأثير هذه الترددات السمعية، كل ذلك عن طريق تحفيز الغدد الحيوية لدى المريض من أجل إفراز مضادات حيوية مهدئة، بعد ان تم تحفيز الخلايا الدماغية لديه، عن طريق إسماعه لترددات صوتية من أجل تحفيز هذه الغدد الجسدية من قبل الخلايا الدماغية⁽²⁾.

(1) انظر: خالد كاظم أبو دوح. الندوة العلمية حول المخدرات الرقمية وتأثيرها على الشباب العربي (7-9 / 5 / 1437 هـ الموافق 18-16 / 2 / 2016 م). جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2016 ، ص 7.

(2) See: Monica Jane Barratt. 2011. Discussing illicit drugs in public internet forums: visibility, stigma, and pseudonymity. In: Kjeldskov J., Paay J., editors. C&T '11 Proceedings of the Fifth

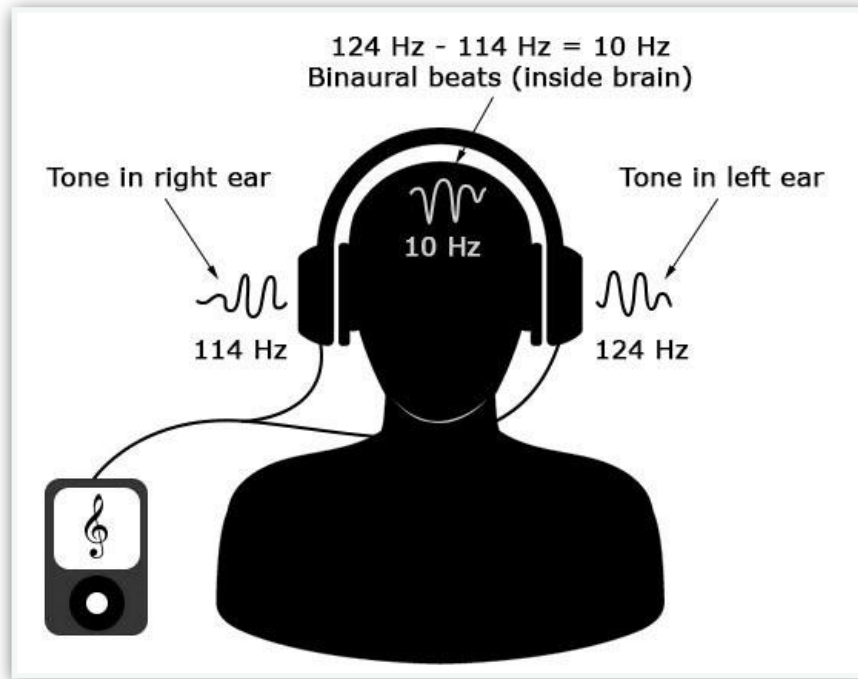
أما في العصر الحديث، فيعدّ العالم الألماني (الفيزيائي) هاينريش ويلهلم دوف Heinrich Wilhelm Dove، أول من اكتشف تأثير النغمات الموسيقية (الترددات الموسيقية) على الدماغ البشري، مستخدماً تقنية النقر بالأذنين⁽¹⁾، في عام 1839 . وفي عام 1973 ولأول مرة استخدمت هذه التقنية عيادياً (في العيادة) من قبل العالم الأمريكي (الفيزيائي) جيرالد أستر Gerald Oster، بعد كتابته لبحثه الشهير المعنون (النقرات الصوتية في الدماغ (Auditory Beats in the Brain))⁽²⁾، ومن ثم الموافقة على الاستعانة بهذه التقنية كعلاج نفسي للمرضى الذين يرفضون العلاج الدوائي (العلاج الكيميائي). وفي هذه التقنية تم استخدام الترددات الكهرومغناطيسية من أجل تحفيز الخلايا الدماغية (العصبية) على إفراز مواد منشطة للحالة المزاجية للمريض (الشفاء السمعي بتقنية النقر بالأذنين). وما يحدث حالياً هو الاستعانة بنفس التقنية ولكن بترددات صوتية مختلفة، يتم الاستماع إليها مستخدماً سماعات عالية الجودة (جودة ستيريو) لكلا الأذنين⁽³⁾، فتتم الآلية بعملية بث ترددات بدرجة معينة في الأذن اليمنى، وترددات بدرجة أقل في الأذن اليسرى. ويكون الفرق بين الترددتين محسوباً بدقة بحسب الحالة المرجوة (درجة التخدير) للوصول إليها، انظر الشكل الرقم 1، والتأثير الفعلي يكمن في هذا الفرق

International Conference on Communities and Technologies, Brisbane, Australia. New York, NY: ACM; 2011, pp. 159–168

(1)See: Joe Van Buskirk, Raimondo Bruno, Timothy Dobbins, Courtney Breen, Lucinda Burns, Sundresan Naicker, Amanda Roxburgh. The recovery of online drug markets following law enforcement and other disruptions. Drug and Alcohol Dependence, 173, 2017, pp. 159–162

(2).Gerald Oster. Auditory Beats in the Brain. Scientific American, 229(4), 1973, pp. 94–102

(3) عمر محمد بن يونس، المخدرات والمؤثرات العقلية عبر الإنترنت، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي، 2004 ، ص 23.



الشكل رقم 1: الشفاء السمعي بتقنية النقر بالاذنين

المصدر: *Be Brain Fit & Blue Sage, LLC*.

الترددي ما بين الترددتين اللذين يتم بثهما في الاذنين اليمنى واليسرى، وبعد الاستماع لفترة طويلة (محسوبة بدقة)¹ لهذين الترددتين الصوتيتين، تقوم الخلايا الدماغية من خلال آلية استجابة تعقب الترددات الصوتية (يمكن ملاحظة هذه الاستجابة من خلال اختبار تخطيط كهربائية الدماغ (Electroencephalography-EEG) بإصدار تردد ثالث، وهذا التردد الثالث يكون قد شكل كتردد توافقي ما بين الترددتين اللذين سبق وتم بثهما في الاذنين اليمنى واليسرى، ومن ثم فإن هذا التردد الثالث (التوافقي) يشكل بدوره موجة كهرومغناطيسية محفزة للخلايا العصبية في

(1) عبد القادر حنة و رمضان خطوط و حنة الهاشمي، دور الإرشاد النفسي في علاج الإدمان على المخدرات الرقمية، مجلة سوسيوولوجيا للدراسات والبحوث الاجتماعية، العدد الخاص (أيلول 2020)، 2020، ص ص 193-211.

الدماع، من أجل افراز مواد منشطة للمزاج البشري، محاكي الحالة المزاجية (اللاواعية) حين تعاطي المخدرات التقليدية (كالمورفين والكوكايين ... الخ).

المطلب الثالث

التحديات القانونية والعلمية لمواجهة المخدرات الرقمي

في ظل الاختلاف العلمي (الأبحاث والدراسات العلمية) بخصوص تأثير وفعالية تقنية النقر بالأذنين، ففي النتيجة تولد الاختلاف القانوني لمواجهة هذه التقنية، أي الحيلولة دون وجود تشريع واضح لا على المستوى الدولي ولا على المستويين المحلي والإقليمي، من أجل التصدي لهذا النوع من المؤثرات الصوتية كأجراء وقائي لحماية سلامة وأمن واستقرار المجتمع. وفي تقريرها السنوي لعام 2016 أكدت منظمة الصحة العالمية بأن مشكلة المخدرات بجميع أنواعها مازالت تعد من مصادر القلق الأساسية التي تواجه المنظمة، إذ أكدت بأن تعاطي وإدمان المخدرات الرقمية (تقنية النقر بالأذنين) والتقليدية بدأت تحتل موقعا مقلقا في الرأي العام الدولي والإقليمي، بإشارتها ألى أن الإدمان على هذه التقنية (إدمان المخدرات الرقمية) تعد حالة من حالات الاستخدام المرضي لشبكة الانترنت المفتوحة، وبالتأكيد على الضرورة التشريعية لمواجهة هذا النوع من المؤثرات العقلية الرقمية، أذ حث تقرير المخدرات العالمية لسنة 2017 على أهمية تدريب وتنمية مهارات الكوادر المهنية والقانونية في مجال مكافحة المخدرات التقليدية والرقمية، أي تنمية المهارات التحقيقية وجمع الأدلة الرقمية في الفضاء الرقمي (السيبراني)، كل ذلك من أجل بلوغ التوعية المركبة المتمثلة برفع الوعي الاجتماعي معززا باطار تشريعي رادع. وعلى الرغم من إضافة مرض الإدمان الإلكتروني الى قائمة الأمراض في سنة 2018 من جانب منظمة الصحة العالمية، إلا أنه حتى الآن لا يوجد تشريع واضح على المستوى الدولي لكي يتم بموجبه إضافة تقنية النقر بالأذنين (المخدرات الرقمية)⁽¹⁾ الى جداول المواد المخدرة المدرجة في الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961، او في صيغتها المعدلة ببرتوكول سنة 1972.

(1) لبنا محمد الاسدي، القصور التشريعي في مواجهة المخدرات الرقمية (دراسة في ظل قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم 50 لسنة 2017 النافذ)، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين 21(3)، 2018، ص 34.

فخطر هذه التقنية سيظل بلا استجابة تشريعية مالم يتجاوز التحديات العلمية المتمثلة في الاتجاهات
الاتية⁽¹⁾:

الاتجاه الاول: الانكار التام لوجود خطورة في تعاطي تقنية النقر بالاذنين، ومن ثم فإن الأخذ بهذا الاتجاه الذي ينكر تماما ان يكون لهذه التقنية فعالية تخديرية مشابهة للمخدرات التقليدية على الخلايا الدماغية للمتلقى لهذه الملفات الصوتية، لذا، فإنه بالمحصلة الية عمل تقنية النقر بالاذنين تستوجب أن تكون هنالك ثلاثة أطراف، الطرف الأول: المنتج لهذه الملفات الرقمية (الصوتية والبصرية)، الطرف الثاني: المروج لهذه الملفات، والطرف الثالث: المتلقي لهذه الملفات، وبما ان الطرفين الاول والثاني يدعيان بان لهذه الملفات الرقمية تأثيرا يحاكي تأثير المخدرات التقليدية، كل ذلك من اجل احداث الوهم لدى الطرف الثالث (المتلقي)، لذا فإن استحصال المال منه، برأينا، في هذه الحالة يؤدي ألى أن نكون أمام جريمة احتيال بالاستناد إلى المادة 456 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969، وإذ إن هذا الاحتيال واقع في الفضاء الالكتروني وأرتكب بوسائل الكترونية، فنكون بذلك أمام جريمة إحتيال الالكتروني بالاستناد الى المادة 11 من قانون رقم 31 لسنة 2013 قانون تصديق الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني من المبحث الثاني.

الاتجاه الثاني: الانكار الجزئي لوجود خطورة في تعاطي تقنية النقر بالاذنين، لأنه إلى الآن لم يتم التأكد علميا بان لهذه التقنية تأثير في المتلقي، ففي ظل هذا الاتجاه يرى مؤيدوه بأن تأثير تقنية النقر بالاذنين في كيمياء الخلايا الدماغية هو موضوع مبالغ فيه، ذلك لعدم وجود دراسات علمية مؤكدة لصحة التأثير السلبي لهذه التقنية، ومن ثم فإن أنصار هذا الاتجاه يرون بأن التعلق النفسي للمتلقى لهذه الملفات (المتعاطي الرقمي) هو نتيجة تخيله بأن ما يتعاطاه (يستمتع اليه) يحاكي المخدرات التقليدية، وبرأينا، هذا التوهم النفسي لدى المتلقي يمكن أن يتطور مستقبلا في مراحلها المتقدمة الى تفاعل حقيقي والبدء بتعاطي المخدرات التقليدية².

(1) انظر: أياد فتيح علي الرفاعي، نسرين جورج عيسى زينة، مرجع سابق، ص 19 .

2Knezevic, Marinela Z., Ivana C Bivolarevic, Tanja S Peric, Slobodan M Jankovic, Using Facebook to increase spontaneous reporting of adverse drug reactions. Drug safety, 2011, 34(4):351–352.

.Accessed July 6, 2023

الاتجاه الثالث: الداعي الى موصلة الأبحاث العلمية حول الظاهرة الرقمية الحديثة، من أجل قياس التغيرات الحقيقية في أنشطة الجسم بشكل عام، ففي سبيل ذلك يعمل مكتب الامم المتحدة الخاص بالمخدرات والجريمة على اصدار تقاريره الدورية لمواجهة هذه الظاهرة، وبحسب أحدث تقاريرها تؤكد بأن العالم مازال يعاني من قصور في الابحاث العلمية بخصوص ظاهرة النقر بالأذنين - المخدرات الرقمية (الصوتية والبصرية)، ومن ثم فإن هذا القصور انعكس على الواقع التشريعي المحلي والأقليمي والدولي.

المبحث الثاني

تكيف تقنية النقر بالأذنين في التشريع العراقي

انطلاقاً من مبدأ الشرعية الجنائية (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)، كأحد ركائز التشريع الجنائي الذي اخذ به الدستور العراقي 2005 في مادته التاسعة عشرة الفقرة الثانية التي تنص: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة). والمتجسدة في المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 التي تنص على أنه: (لا عقاب على فعل او امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون). إذ من المعلوم، أن الأصل هو الإباحة إلا ما خصه المشرع الجنائي سواء في الفعل او الامتناع عن الفعل بالتجريم صراحة بنص قانوني.

ومن ثم، لكي يكون الفرد محلاً للمسؤولية الجنائية، فلا بد ان يتحقق ركنان: الركن المادي، اي الاتيان بسلوك اجرامي متمثلاً بارتكاب فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل امر به القانون، والركن المعنوي: أي القصد الجرمي بتوجيه الفاعل إرادته الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة، هادفا الى تحقيق نتيجة جرمية التي وقعت⁽¹⁾، أو تحقيق اية نتيجة جرمية أخرى. لذا، ابتداءً لكي تقوم مسؤولية الفرد جنائياً عن انتاج، تداول، تعاطي

(1) صبيحة بوخدوني و الزهرة بن عاشور، الإدمان على المخدرات الرقمية وعلاقتها بالانحراف والجريمة لدى الشباب. مجلة أنسنة للبحوث والدراسات 11(01)، 2020، ص ص 115-130.

.....
او ترويج تقنية النقر بالاذنين (المخدرات الرقمية)، ينبغي للمشرعين الجنائيين (العراقي الاتحادي والكرديستاني الاقليمي) أن يبادرا بتجريم هذه التقنية على صيغة سلوك جرمي مقترن بعقوبة او تدبير احترازي. وانطلاقا من الفلسفة الجنائية المتمثلة بالتجريم والعقاب من أجل الحفاظ على أمن واستقرار وسلامة المجتمع، سنبادر من خلال بحثنا الاستشراقي عن طريق مقاربتين بالاستناد الى نصوص التجريم والعقاب المتوفرة في المنظومة الجنائية العراقية، ففي المقاربة الأولى سنتناول تكييف تقنية النقر بالاذنين كمخدرات تقليدية، كل ذلك في المطلب الاول، وفي المطلب الثاني، سنتناول مقارنة تكييف المخدرات الرقمية كجريمة إحتيال الكتروني.

المطلب الأول

مقاربة تكييف تقنية النقر بالاذنين كمخدرات تقليدية

في هذه المقاربة الافتراضية، حاولنا حث المشرع الجنائي العراقي الاتحادي على تعديل قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50 لسنة 2017، والمشرع الجنائي الكرديستاني على تعديل قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية في إقليم كردستان العراق رقم 1 لسنة 2020، بالاستناد الى الرأي القائل بان تقنية النقر بالاذنين (المخدرات الرقمية) تحاكي في تأثيرها على المستمع (المتعاطي الرقمي) المخدرات التقليدية، وذلك بدعوة الهيئة الوطنية العليا لشؤون المخدرات والمؤثرات العقلية على تحديث الجداول المرفقة بقانون رقم 50 لسنة 2017 المذكور أعلاه، هذا على مستوى العراق الاتحادي، وعلى مستوى إقليم كردستان العراق، أيضا حاولنا دعوة اللجنة العليا لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية على تحديث الجداول الملحقة بقانون رقم 1 لسنة 2020 المذكور أعلاه، إذ من المعلوم بان اللجنتين المذكورتين يضمنان الاطباء المختصين من وزارة الصحة.

كل ذلك ليتم تجريم تقنية النقر بالاذنين كمؤثرات عقلية على صورة سلوكيات رقمية، متمثلة بإنشاء المواقع الإلكترونية تهدف الى انتاج برمجيات (ملفات صوتية إلكترونية)، وترويجها من قبل مروجين بالاتفاق مع المبرمجين، من أجل بيعها والاتجار بها كمادة مخدرة رقمية مستحدثة، يتم تداولها في الفضاء الإلكتروني⁽¹⁾.

ففي هذه المقاربة، حاولنا الاخذ برأي الفقه الجنائي بخصوص مفهوم الجريمة الإلكترونية الذي يذهب إلى أن الجريمة الإلكترونية هي الجريمة التقليدية ترتكب في العصر الرقمي بوسيلة الكترونية، ومن ثم فإن هذا المفهوم التوسعي للجريمة الإلكترونية، يتطلب من المشرع الجنائي مواكبة تقنية المعلومات في استخدامها السلبي (الجرمي)، عن طريق التشريع العقابي متمثلا بالعقوبات والتدابير الاحترازية. وبشكل عام هنالك ثلاثة آراء بخصوص تحديد مفهوم الجريمة الإلكترونية⁽²⁾:

الرأي الأول: يذهب إلى أن الجريمة الإلكترونية هي تلك الجريمة المستحدثة التي تتخذ من الفضاء الإلكتروني محلا لارتكابها، ومن ثم تتطلب تشريع نصوص قانونية خاصة بها⁽³⁾.

الرأي الثاني: يتمسك هذا الرأي أكثر بالوسيلة (الحاسوب والادوات الإلكترونية الأخرى) من المحل (الفضاء الإلكتروني)، حينما يذهب في مفهومها التوسعي إلى أن الجريمة الإلكترونية هي تلك الجريمة التي ترتكب بالوسيلة الإلكترونية.

(1)See: Christian P. Müller , Gunter Schumann. Drugs as instruments: a new framework for .non-addictive psychoactive drug use. Behavioral and Brain Sciences, 34(6), 2011, pp. 303-306

(2)See: Nick Phillips. Digital Cities, Digital Crimes: Mapping Spanish Detective Fiction. Hispania, (4)104, 2021, pp. 645-650.

(3) اسامة احمد المناعسة، جلال محمد الزغبى، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية : دراسة مقارنة وفقا لقانون جرائم أنظمة المعلومات رقم 30 لسنة 2010 و الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام 2012 (ط 2، مزيدة ومنقحة). عمان، الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014، ص 58.

الرأي الثالث: يذهب هذا الرأي في مفهومه التوافقي بين الرأيين السابقين، إلى أن الجريمة الالكترونية هي تلك الجريمة التي لا يمكن أن ترتكب إلا في الفضاء الالكتروني، بما فيها الجرائم التقليدية التي يتطلب ارتكابها الاستعانة بالتقنيات الالكترونية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مقاربة تكييف تقنية النقر بالأذنين كاحتيايل رقمي

وفي هذه المقاربة، حاولنا تكييف تقنية النقر بالأذنين كجريمة إحتيال الكتروني بالاستناد الى المادة 456 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 التي تنص على: (1- يعاقب بالحبس كل من توصل الى تسلّم او نقل حيازة مال منقول مملوك للغير لنفسه أو الى شخص آخر وذلك بإحدى الوسائل التالية: أ - باستعمال طرق احتيالية. ...)، وأخذاً بالرأي القائل بأن تقنية النقر بالأذنين ليس لها تأثير مشابه على المستمع (المتعاطي الرقمي) كالمخدرات التقليدية، أي أن منتج ومروج هذه الملفات الصوتية الرقمية قد توصلوا الى تسليم او نقل حيازة مال (المبلغ النقدي في أغلب الأحوال) المملوك لمتلقي هذه الملفات بطريقة احتيالية²، وذلك بتقريرهما (المنتج والمروج) أمر كاذب عن واقعة معينة (أي، ادعائهما بالتأثير المماثل للمخدرات التقليدية، ومن ثم أحداث وهم في ذهن المتلقي من أجل حمله على تسليم المال لهما (المنتج والمروج) مقابل حصوله على هذه التقنية، متوهما بأن لها تأثير المخدرات التقليدية حين الاستماع اليها⁽³⁾.

(1) (B Denton, P O'Malley, Gender, trust and business: women drug dealers in the illicit economy, The British Journal of Criminology, Volume 39, Issue 4, September 1999, pp. 513-530

(2) Jacques Scott, Richard Rosenfeld, Richard Wright, Frank van Gemert, Effects of prohibition and decriminalization on drug market conflict. Criminology Public Policy, 2016 15: 843-875

(3) .See: Christian P. Müller , Gunter Schumann. op. cit., pp. 303-306 (12)

وعلى الرغم من ان محل الجريمة (محل الاحتيال) منفعة غير مشروعة، الا ان المسؤولية الجنائية بحسب المادة 456 من قانون العقوبات العراقي لم تتطرق الى أن يكون محل الاحتيال ذات حيازة قانونية مشروعة؛ وكون الجريمة الكترونية، اي ترتكب في الفضاء الرقمي، فهي بطبيعتها جريمة مستحدثة تختلف عن جريمة الاحتيال التقليدية. لذا في هذا الصدد، حاولنا في مقاربتنا هذه الاستناد إلى قانون رقم 31 لسنة 2013 قانون تصديق الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المادة الحادية عشرة على أن: (جريمة الاحتيال: التسبب بإلحاق الضرر بالمستفيدين والمستخدمين عن قصد وبدون وجه حق بنية الاحتيال لتحقيق المصالح والمنافع بطريقة غير مشروعة، للفاعل أو للغير، عن طريق: 1- إدخال أو تعديل أو محو أو حجب للمعلومات والبيانات . 2- التدخل في وظيفة أنظمة التشغيل وأنظمة الاتصالات أو محاولة تعطيلها أو تغييرها. 3- تعطيل الأجهزة والبرامج والمواقع الإلكترونية.)، بداع ان المنتج والمروج يتسببان بالحاق الضرر بالمستفيدين والمستخدمين عن قصد وبدون وجه حق، بنية الاحتيال لتحقيق المصالح والمنافع بطريقة غير مشروعة، ذلك بإدخال بيانات موسيقية الى الشبكة المعلوماتية.

وبالأخذ بهذه المقاربة، يكون العراق واقليم كردستان قد انضموا عمليا الى المبادرة الاقليمية لمكافحة المخدرات الرقمية، وهذه المبادرة يشرف عليها مجلس وزراء العدل العرب التابع لجامعة الدول العربية، من أجل التحكم والسيطرة على استخدام التكنولوجيا في مجال الادمان الرقمي، والذي يسبب آثاراً سلبيةً على الدِّماغِ البشريِّ مُلْحَقاً أضراراً سَمْعِيَّةً وَبَصَرِيَّةً وَنَفْسِيَّةً للمستمع (المتعاطي الرقمي)، والتي تسمى باضطرابات الادمان الرقمي، والتي هي عدم القدرة على التحكم في الاستخدام للأجهزة الرقمية، وتتزايد المشكلة مع قضاء المزيد والمزيد من الوقت على الإنترنت (الاستخدام الموهوس للتكنولوجيا).

الخاتمة

بعد البحث في اشكالية تكيف تقنية النقر بالأذنين الْمُصْطَلَحَ عَلَيْهِ تِجَارِيًّا بِالْمُخْدَرَاتِ الرَّقْمِيَّةِ، من حيث قيام المسؤولية الجنائية من خلال المقاربتين، بالاستناد إلى المنظومة القانونية الجنائية العراقية، فقد توصلنا في الخاتمة الى جملة من النتائج والتوصيات التي نتوجه بهما الى المشرعين الجنائيين العراقي الاتحادي والكردستاني.

اولا: الاستنتاجات

انطلاقا من الفلسفة الجنائية المتبناة من قبل المشرع الجنائي العراقي، المتمثلة في التجريم والعقاب في حال وجود أفعال تهدد أمن المجتمع وتشكل خطرا على استقراره، فيبادر المشرع الجنائي بفرض العقوبة او التدبير الاحترازي، لذا، فالنتائج التي توصلنا إليها تتمثل في الآتي:

1. بعد أن أصبح تفاعل الأفراد الكتروني في اغلبية مجالات الحياة، غدا هذا الفضاء الالكتروني محلا ووسيلة لأعمال غير مشروعة، التي تعرف بالجريمة الالكترونية، ومن ثم فإن تقنية النقر بالأذنين (المخدرات الرقمية) تندرج ضمن التفاعل السلبي لمستخدمي هذا الفضاء الافتراضي (السيبراني)؛
2. بخصوص تأثير تقنية النقر بالأذنين في المستمع (المدمن الرقمي)، انقسمت الدراسات الحديثة حولها الى رأيين، الرأي الأول: يرى بأن التقنية من حيث تأثيرها في الجملة العصبية للمستمع يحاكي بدرجة كبيرة تأثير المخدرات التقليدية على المتعاطي، ولكن بألية رقمية حديثة (آلية النقر بالأذنين)، والرأي الثاني: يرى بأن المخدرات الرقمية ليس لها تأثير مشابه للمخدرات التقليدية على المستمع، إذ ينكر هذا الرأي تسمية المخدرات على هذه التقنية (تقنية نقر بالأذنين)، وأن ما يقوم به المنتجون والمروجون لهذه التقنية بإطلاقهم تسمية المخدرات الرقمية على هذه التقنية، إنما يندرج ضمن محاولات تمويه المستمعين المتلقين لهذه التقنية.
3. إذ كان واجبا على المشرعين العراقي الاتحادي والكرديستاني تأمين سلامة التعامل بالمخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية للأغراض الطبية والعلمية والصناعية، إذ نعتقد على نفس المنوال يتوجب على المشرعين تأمين سلامة التعامل بتقنية النقر بالأذنين - المخدرات الرقمية (العقاقير الرقمية)، حيث بموجب هذه التقنية يتم استهداف مناطق معينة في منطقة العقد القاعدية في الدماغ البشري، من أجل علاج حالات الزهايمر والباركنسون، كما تشير بعض الأبحاث قيد الدراسة الى أن التعرض لموجات موسيقية منخفضة التردد (دون السمعية التي تتراوح ما بين 20-60 هرتز)، قد يكون لها تأثير على الوظيفة الإدراكية والذاكرة لدى الكائن البشري.

4. حاولنا من خلال مقاربتنا لتكييف تقنية النقر بالأذنين كمؤثر عقلي رقمي، معالجة حالة الافلات العقابي للمنتج والمروج (غير القانوني) لهذه التقنية، خصوصا حال قيام الاثنین بتمويه المتلقي باسم المخدرات، وفي كثير من الحالات من أجل استدراج هذا المتلقي الى بيئة المخدرات التقليدية الحقيقية.

ثانيا: التوصيات

بناء على نتائج بحثنا في المقاربتين لتكييف تقنية النقر بالأذنين، ومن أجل الحفاظ على أمن واستقرار وسلامة المجتمع، نتوجه بالتوصيات التالية الى المشرعين العراقي الاتحادي والكرديستاني:

1. على مستوى العراق الاتحادي، ندعو الهيئة الوطنية العليا لشؤون المخدرات والمؤثرات العقلية ضمن وزارة الصحة، الى انعقاد اجتماع خاص من اجل وضع استراتيجية وطنية شاملة لمكافحة سوء استخدام تقنية النقر بالأذنين (المخدرات الرقمية)، وعلى المستوى الكرديستاني أيضا، ندعو اللجنة العليا لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية ضمن وزارة الصحة في الاقليم، الى انعقاد اجتماع خاص من اجل وضع استراتيجية على مستوى الاقليم، في سبيل تأمين سلامة التعامل بتقنية النقر بالأذنين (المخدرات الرقمية).
2. اخطار مجلس النواب العراقي بضرورة إتمام القراءة الثانية والثالثة لقانون مكافحة الجرائم الإلكترونية، اللازمة من اجل وضع استراتيجية محكمة بخصوص الجرائم الإلكترونية بشكل عام و تقنية النقر بالأذنين - المخدرات الرقمية بشكل خاص.
3. من أجل عدم الافلات العقابي للمنتجين والمروجين لتقنية النقر بالأذنين في ادعائهما بان لهذه التقنية تأثيراً مُشابهاً للمخدرات التقليدية (وفق مقارنة تكيف تقنية النقر بالأذنين كاحتيال الإلكتروني)، فإننا نوصي المشرعين العراقي الاتحادي والكرديستاني، بتبني المنهجية العقابية الواردة في المادة 456 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 من أجل تكيف المخدرات الرقمية، لحين تشريع قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية، ومن ثم تبني منهجية عقابية مستقرة بخصوص تقنية النقر بالأذنين - المخدرات الرقمية.

المصادر

اولا: المصادر باللغة العربية

1. الكتب

1. المناعسة، اسامة احمد والزعبي ، جلال محمد، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية : دراسة مقارنة وفقا لقانون جرائم أنظمة المعلومات رقم 30 لسنة 2010 و الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام 2012 (ط 2، مزيدة ومنقحة). عمان، الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2014.
2. محمد بن يونس، عمر، المخدرات والمؤثرات العقلية عبر الإنترنت، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي، 2004. تم استرجاعه في 2023/11/03 على الرابط
<https://library.dji.ae/libero/WebopacOpenURL.cls?ACTION=DISPLAY&sid=LIBERO:DJI&RSN=770#CatInfo770>
2. المجلات العلمية
1. الاسدي، لينا محمد، القصور التشريعي في مواجهة المخدرات الرقمية (دراسة في ظل قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم 50 لسنة 2017 النافذ)، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين 21(3)، 2018.
3. الرفاعي، أياد فتيح علي وزينة، نسرين جورج عيسى، المخدرات الرقمية: انواعها والإدمان على مسببها، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 2021.
4. السعدي، عائشة عبدالله والنور، محمد سليمان، المخدرات الرقمية وآثارها على مقصد العقل: دراسة مقاصدية، بحث منشور بمجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية 11(4)، 197-238، 2019 تم استرجاعه في 2023/11/03 على الرابط <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/112833>
5. الهياس، خولة موسى عبد الله، استغلال وسائل تقنية المعلومات في ارتكاب جرائم المخدرات و خاصة الرقمية في ضوء قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي. مجلة العلوم الاقتصادية و الإدارية و القانونية، 2(9)، 168-181، 2018.

6. بوخدوني، صبيحة و بن عاشور، الزهرة، الإدمان على المخدرات الرقمية وعلاقتها بالانحراف والجريمة لدى الشباب. مجلة أنسنة للبحوث والدراسات 11(01), 115-130، 2020. تم استرجاعه في 2023/11/03 على الرابط <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/320/11/2/124894>
7. حنة، عبد القادر وخطوط، رمضان والهاشمي، حنة، دور الإرشاد النفسي في علاج الإدمان على المخدرات الرقمية. مجلة سوسيوولوجيا للدراسات والبحوث الاجتماعية، العدد الخاص (أيلول 2020)، 193-211، 2020.
8. فهيل عبدالباسط عبدالكريم، دور التكنولوجيا الرقمية في تحقيق العدالة الجنائية: الفرص والتحديات. مجلة جامعة دهوك، 25(2)، 908-924، 2023. تم استرجاعه في 2023/11/03 على الرابط <https://doi.org/10.26682/hjuod.2022.25.2.47>
9. فقي خليل، كارزان، آثار وأسباب المخدرات الرقمية ومعالجتها من منظور إسلامي، بحث منشور بمجلة قه لاي زانست العلمية 3 (2)، 204-224، 2017. تم استرجاعه في 2023/11/03 على الرابط <https://doi.org/10.25212/lfu.qzj.2.3.10>

3. الندوات العلمية

1. أبو دوح، خالد كاظم، الندوة العلمية حول المخدرات الرقمية وتأثيرها على الشباب العربي (7-9 / 5 / 1437 هـ الموافق 16-18 / 2 / 2016 م)، 2016. جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- ثانياً: التشريعات باللغة العربية
1. الدستور العراقي النافذ لسنة 2005.
2. قانون (العراقي) المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50 لسنة 2017. (الوقائع العراقية، الجريدة الرسمية العراقية، قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50 لسنة 2017، العدد 4446، 2017. تم استرجاعه في 2023/11/03 على الرابط <https://www.moj.gov.iq/upload/pdf/4446.pdf>).
3. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لعام 1969.

4. قانون تصديق الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 31 لسنة 2013. (الوقائع العراقية، الجريدة الرسمية العراقية، قانون تصديق الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 31 لسنة 2013، العدد 4292، 2013. تم استرجاعه في 2023/11/03 على الرابط <https://www.moj.gov.iq/uploaded/4292.pdf>).
5. قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 1 لسنة 2020 في إقليم كردستان العراق. (وقائع كردستان، الجريدة الرسمية لاقليم كردستان- تصدر من قبل وزارة العدل، قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية في اقليم كردستان العراق رقم 1 لسنة 2020، العدد 257، 2020. (متن مواد القانون باللغة العربية يبدأ من الصفحة 44) تم استرجاعه في 2023/11/03 على الرابط <https://govkrd.b-cdn.net/Ministries/Ministry of Justice/Kurdish-300/وقائعي كوردستان.257.pdf>).

ثالثاً: المراجع باللغة الانجليزية

1. Aldridge, Judith , Askew Rebecca. 2017. “Delivery dilemmas: How drug cryptomarket users identify and seek to reduce their risk of detection by law enforcement”. *International Journal of Drug Policy* 41(March):101–109. Accessed July 4, 2023. Accessed July 5, 2023, <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2016.10.010>
2. Barratt, Monica Jane. 2011. “Discussing illicit drugs in public internet forums: visibility, stigma, and pseudonymity”. In: Kjeldskov J., Paay J., editors. *C&T’ 11 Proceedings of the Fifth International Conference on Communities and Technologies*, Brisbane, Australia. New York, NY: ACM; 159–168
3. Denton B., O’Malley P. 1999. “Gender, trust and business: women drug dealers in the illicit economy”. *The British Journal of Criminology*, 39:513–530
4. Galenianos, Manolis, Rosalie Liccardo Pacula, Pacula Nicola. 2012. “A search-theoretic model of the retail market for illicit drugs”. *Review of Economic Studies*. 1269–79:1239

5. Jacques Scott, Richard Rosenfeld, Richard Wright, Frank van Gemert. 2016. Effects of prohibition and decriminalization on drug market conflict”. “*Criminology Public Policy*, 15: 843–875
6. Knezevic, Marinela Z., Ivana C Bivolarevic, Tanja S Peric, Slobodan M Jankovic. Using Facebook to increase spontaneous reporting of adverse drug “ .2011 reactions”. *Drug safety*, 34(4):351–352. Accessed July 6, 2023. <https://doi.org/10.2165/11590110-000000000-00000>
7. Müller Christian P., Gunter Schumann. 2011. “Drugs as instruments: a new framework for non-addictive psychoactive drug use”. *Behavioral and Brain Sciences*, 34(6), 293-310. Accessed July 6, 2023. doi:10.1017/S0140525X11000057
8. Nick Phillips, 2021, Digital Cities, Digital Crimes: Mapping Spanish Detective Fiction. *Hispania*, 104(4)
9. Oster G. (1973). Auditory beats in the brain. *Scientific American*, 229(4), 94–102. <https://doi.org/10.1038/scientificamerican1073-94>
10. Van Buskirk, J., Bruno, R., Dobbins, T., Breen, C., Burns, L., Naicker, S., & Roxburgh, A. 2017, The recovery of online drug markets following law enforcement and other disruptions. *Drug and alcohol dependence*, 173, 159–162. <https://doi.org/10.1016/j.drugalcdep.2017.01.004>

رابعاً: التشريعات باللغة الانجليزية

1. United Nations Office on Drugs and Crime report, Executive Summary Policy Implication, World Drug Report, 2021.
https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_1.pdf
2. Single Convention on Narcotic Drugs, 1961. As amended by the 1972 Protocol amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961.
https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf

الإشكاليات التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراق

**Problems Facing the Work of the Constitutional Justice
In Iraq**

أ. د. سيفان باكراد مسيروب

أستاذ القانون الدستوري

كلية الحقوق، جامعة الموصل، جمهورية العراق

Prof.Dr Sivan Bakrad Mesrob

Constitutional Law، Professor of Public law

College of Law

University of Mosul

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.42>

تاريخ تسلّم البحث 24 - 3 - 2024 ؛ تاريخ القبول بالنشر 6 - 5 - 2024

ملخص البحث

يُعد القضاء الدستوري في العراق من المؤسسات الدستورية المهمة ودعامة أساسية من دعائم دولة القانون بما يملكه من اختصاصات إذ يعد حارس الشرعية الدستورية وصمان الأمان لحماية الحقوق والحريات في العراق. إلا أنه قد يعتري عمل المحكمة الاتحادية العليا في العراق بعض الإشكاليات والتحديات عند ممارسة وظيفتها سواء كانت تلك الإشكاليات سياسية أم قانونية ، مما يؤثر في عملها واستقلالها إذ إن لقرارات المحكمة أثراً واضحاً في الحياة السياسية ، وبالمقابل مدى تأثير الواقع السياسي بشكل واضح على قراراتها . ومن أهم تلك الإشكالية ما يتعلق بالجانب التكويني والتنظيمي في إطار النص الدستوري ، فآلية تشكيل المحكمة يجب أن تحدد في نصوص الدستور لا بموجب قانون يضعه المشرع العادي؛ لذا جاء قانون التعديل الأول للمحكمة الاتحادية عاجزاً عن مواكبة التطورات التشريعية التي يمر بها العراق بل خلق العديد من الإشكاليات القانونية التي أصبحت مثار جدل انعكست سلباً على الواقع السياسي في البلد ومن ثمّ يضع حلاً جذرياً للمشكلة بل جاء بمعالجات آنية، لذا فإن أهم التوصيات المقدمة هي ضرورة تنظيم تشكيل المحكمة الاتحادية في نصوص الدستور ، مع ضرورة تشريع قانون جديد يعالج الإشكاليات ومواطن الخلل في القانون المعدل تكون احكامه منسجمة مع نصوص الدستور من أجل ضمان استقلالية المحكمة عن بقية السلطات الأخرى ، وضمان التزام السلطات العامة في الدولة بأحكام الدستور من خلال ممارسة دورها الاساسي في الرقابة على دستورية القوانين .

الكلمات المفتاحية : القضاء الدستوري، المحكمة الاتحادية ، الإشكالية السياسية، الإشكالية القانونية، الاختصاص العضوي ، الاختصاص الوظيفي .

پوخته

دهسه لاتی دادوهری دهستوری له عیراق یه کیکه له دامه زراوه دهستورییه گرنه گه کان و کۆله که یه کی بنچینه یی سه روهری یاسایه، له گه ل ئه نه اتووییه کانی که به پاریزه ری شه رعیه یی دهستوری و پاراستنی سه لامه تی بو پاراستنی ماف و نازادییه کان له عیرا قدا داده نریت.

له گه ل ئه وه شدا، کاره کانی دادگای بالای فیدرالی له عیراق له وانیه ره وه ره وی هه ندی ک کیشه و ئاسته نگی بیته وه له کاتی جیه جیکردنی ئه رکه کانیدا، جا ئه م کیشه نه سیاسی بن یان یاسایی بن که کاریگه ری له سه ر کار و سه ره خویی ئه و دادگایه هه یه، چونکه بریاره کانی دادگا کاریگه رییه کی روونیان هه یه له سه ر ژانی سیاسی و له به رامبه ردا تا چ راده یه ک واقیعی سیاسی به روونی کاریگه ری له سه ر بریاره کانی هه یه. گرنه گترینی ئه م کیشه یه په یوه ندی به لایه نی ریکخراوه یی و ریکخراوه ییه وه هه یه له چوارچنوه ی ده قی دهستوریدا، پیویسته میکانیزمی پیکه ییانی دادگا له بره گه کانی دهستوردا دیاری بکریت نه ک له ژیر یاسایه کدا که له لایه ن یاسادانه ریکی ئاساییه وه دیاریکراوه، بویه یاسای هه موارکردنی یه که می دادگای فیدرالی نه ییوانی له گه ل ئه و پیشکه وتته یاسایانه دا بروت که عیراق تیدا تیده په ریت، به لام چه ندین کیشه ی یاسایی دروستکرد که بوونه ته مشتومر، بویه گرنه گترین راسپارده کان که دراو ن پیویستی ریکخستی پیکه ییانی دادگای فیدرالییه له بره گه کانی دهستوردا له گه ل پیویستی یاسادانی یاسایه کی نوئ که چاره سه ری کیشه و که موکورییه کانی یاسای هه موارکراو بکات که بره گه کانیان له گه ل بره گه کانی دهستوردا هاوسه نگی بو دلنیا بوون له سه ره خویی دادگا له دهسه لاته کانی تر. دلنیا بوون له پابه ند بوونی دهسه لاته گشتیه کان له ده وه تدا بو بره گه کانی دهستور به به کاره ییانی رۆلی سه ره کییان له چاودیریکردنی دهستوری یاساکان.

کلله هوشه: دهسه لاتی دادوهری، دادگای فیدرالی، کیشه سیاسییه کان، کیشه یاساییه کان، دهسه لاتی دادوهری نه ندامی، تایبه تمه ندی کرداری.

Abstract

The Federal Supreme Court of Iraq is an important Constitutional institution and a pillar The State of Law has the competence to be regarded as the guardian of constitutional legality and the safeguard of security for the Protection of rights and Freedoms in Iraq However, the work of Iraq's Federal Supreme Court may be problematic and challenging when exercising Its function, whether political or legal, affects its work and independence, where decisions The Court has a clear impact on political life and the extent to which political reality clearly influencesits its decisions. The most important issue is the formative and organizational aspect of the constitutional text. The mechanism for the formation of the court must be determined in the Constitution's texts, not by law establishing the ordinary legislator. Therefore, the Federal Court's First Amendment Act was unable to keep pace with legislative developments. It has created many legal problems that have become controversial and negatively reflected on the political reality in the country. Thus, he did not develop a radical solution to the problem, but rather came up with real-time treatments; therefore, the most important recommendations made are the need to regulate the composition of the Federal Court in the texts of the Constitution. With the need to legislate a new law that addresses problems and imbalances in the amended law, its provisions are consistent with the provisions of the Constitution in order to ensure the Court's independence from other authorities Ensuring that the State's public authorities abide by the provisions of the Constitution by exercising their primary role in oversighton on the constitutionality of laws.

Keywords: Political Problem, Legal Problem Constitutional judiciary, Federal Court, Specialization Organic, Functional specialization.

المقدمة

يُمثل القضاء الدستوري أهم مؤسسة دستورية في الدولة ويُعد من أهم العناصر الأساسية لبناء المجتمع الديمقراطي القائم على مبدأ سيادة القانون ، وهو الحارس والحامي لقواعد الدستور والرقيب على تطبيق أحكامه والضامن لاحترام الحقوق الأساسية للإنسان وإرساء القيم والمبادئ الديمقراطية وخلق حكومة عادلة ونزيهة ، ولقد اضحت المحكمة الاتحادية العليا إحدى المؤسسات الدستورية ودعامة أساسية من دعائم دولة القانون في العراق بما تملكه من اختصاصات تعد منبراً لإعلاء الشرعية الدستورية وضماناً لحقوق الأفراد وحيرياتهم .

ولقد ولدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق في ظروف بالغة التعقيد لتكون الوجهة التي يتم اللجوء اليها لحل المنازعات حول تفسير النصوص الدستورية ، وممارسة دورها الأساسي في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة والفصل في المنازعات بين الحكومة الاتحادية والأقاليم؛ نظراً لتنوع اختصاصات المحكمة ، إلا أنه قد يعترى عمل المحكمة الاتحادية بعض الإشكاليات والتحديات عند ممارسة وظيفتها سواء كانت تلك الإشكاليات سياسية أم قانونية تقف في طريقها والتي قد تؤثر في عملها واستقلاليتها وحيادتها ، مما يتطلب البحث في تلك الإشكاليات وإيجاد المعالجات القانونية اللازمة لأداء دورها على أكمل وجه ، إذ يستلزم وجود تنظيم دستوري وقانوني يمكنها من ممارسة اختصاصاتها باستقلال عن محاكم السلطة القضائية الأخرى حيث يؤدي ذلك التنظيم الى تفعيل الرقابة وضمان تطبيق أحكام الدستور والحفاظ على سموه وإلغاء التشريعات كافة المتعارضة مع نصوص الدستور .

ولأجل الإحاطة بالموضوع مدار البحث سنتناوله وفقاً للآتي :

أولاً- أهمية البحث

نظراً لإهمية موضوع الدراسة كونه من الموضوعات الدستورية المهمة من خلال الدور الرقابي البارز للقضاء الدستوري وما قد يواجهه من تحديات وإشكاليات، مما يدفعنا إلى الخوض في دقائق وتفاصيل هذا الموضوع لإيضاحه وإبراز معالمه ، عسى أن نتمكن من خلاله إبراز مواطن الضعف والخلل في التنظيم الدستوري والتشريعي في العراق المتعلقة بعمل المحكمة الاتحادية العليا كواحدة من أهم المؤسسات الدستورية مبيناً أهم التحديات والإشكاليات التي تواجه عملها ومدى تمتعها بالاستقلالية الكافية عن باقي السلطات الأخرى ، من خلال ممارسة دورها الأساسي في الرقابة على دستورية القوانين ومن ثم المحافظة على الشرعية الدستورية داخل النظام القانوني للدولة .

ثانياً- هدف البحث

يكمن الهدف من البحث في التعرف على أهم الإشكاليات التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراق من خلال التطرق إلى تأثير قرارات المحكمة الاتحادية على الحياة السياسية ، وبالمقابل معرفة مدى تأثير الواقع السياسي في تلك القرارات ، والتي انعكست سلباً على أداء المحكمة الاتحادية العليا مع تسليط الضوء على نصوص دستور العراق لسنة 2005، الذي نظم هيكلية عمل المحكمة الاتحادية العليا ، ومعرفة آلية عملها من حيث تكوينها، فضلاً عن معرفة اختصاصاتها الواردة في الدستور وقانون التعديل الجديد للمحكمة الاتحادية العليا، والتطرق الى ماجاء في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا للوقوف على أهم المعالجات القانونية الواردة في قانون التعديل الاول رقم 25 لسنة 2021 لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.

ثالثاً- إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث من خلال الاجابة عن التساؤلات المحورية الآتية :

1. ما أهم الإشكاليات التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراقي ؟.
2. ما طبيعة الإشكاليات التي تواجه عمل القضاء الدستوري واستقلالته ؟ .
3. ما قصور التشريعات المتعلقة بعمل المحكمة الاتحادية العليا في العراق ؟ وهل ساهمت التعديلات الأخيرة على قانون المحكمة في معالجة الإشكاليات التي واجهت المحكمة الاتحادية العليا؟.
4. ما الآلية الناجعة لمعالجة أهم الإشكاليات التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراق ؟.

رابعاً- منهجية البحث

تقترن منهجية بحثنا بالمنهج الوصفي الاستقرائي من خلال استعراض آلية تكوين المحكمة الاتحادية العليا والقوانين المتعلقة بها ، والمنهج القانوني التحليلي من خلال تحليل النصوص الدستورية المنظمة لعمل وتكوين المحكمة الواردة في دستور 2005 النافذ، وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بقانون المحكمة الاتحادية رقم 30 لسنة 2005 وتعديله المرقم 25 لسنة 2021، والنظام الداخلي للمحكمة رقم 1 لسنة 2022 ، كما نستعرض الجانب التطبيقي من خلال عرض أهم التطبيقات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا.

خامساً- هيكلية البحث

اقتضى هذا البحث تقسيمه الى مقدمة ومبحثين، يتضمن المبحث الأول الإشكالية السياسية التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراق مبيناً أثر قرارات المحكمة الاتحادية في الحياة السياسية ، وأثر الواقع السياسي في تلك القرارات وذلك ضمن مطلبين ، بينما سنخصص في المبحث الثاني الإشكالية القانونية التي تواجه عمل القضاء الدستوري من خلال بيان الإشكالية المتعلقة بالاختصاص العضوي والإشكالية المتعلقة بالاختصاص الوظيفي وذلك ضمن مطلبين أيضاً .

المبحث الأول

الإشكالية السياسية

إن ممارسة القضاء الدستوري لوظيفته باستقلال وحيادية ليس أمراً متاحاً وميسراً في جميع الأحوال والظروف ، بل تكتفه بعض الإشكاليات سواء كانت سياسية أم قانونية ، والأحكام الصادرة من القضاء الدستوري لها آثار تطل البناء الاجتماعي والاقتصادي للدولة ؛ لذلك تحاول الدول بسلطاتها المختلفة مستخدمة أدواتها التشريعية والتنفيذية بل حتى نفوذها السياسي للحد من فاعلية هذا القضاء من خلال تقييد استقلاله قدر الإمكان وجعله أداة تابعة لها ، فتسعى الى تعبئة قضاة موالين لسياساتها لكيلا يقفون حجر عثرة أمام تنفيذ البرامج التي تتبناها الحكومة.

وفيما يلي سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنوضح في المطلب الاول أثر قرارات المحكمة الاتحادية في الحياة السياسية ، وفي المطلب الثاني سنتحدث عن التأثير السياسي على قرارات المحكمة الاتحادية العليا وكما يأتي.

المطلب الأول

أثر قرارات المحكمة الاتحادية العليا في الحياة السياسية

يدل من استقراء الأحكام القضائية فيما يتعلق بدستورية القوانين وتفسير الدستور دلالة واضحة على أن القاضي الدستوري يمارس سلطة تقديرية ، يكون له في ظلها تأثير في السياسات العامة للمجتمع ، في مختلف الميادين

السياسية ، والاقتصادية ، والاجتماعية ، وقد عبر عن ذلك أحد قضاة المحكمة العليا الامريكية بقوله " نحن نعمل في إطار الدستور ، ولكن الدستور هو ما نقرر نحن أنه الدستور"(1).

ويتصل العمل القضائي بالواقع السياسي كما هو شأن العمل التشريعي والتنفيذي ، فضلا عن أن العمل القضائي ينطوي على تحديد لنظريات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ، في حدود الالتزام الدقيق بالوظيفة القضائية ، وهو ما يسمى (بالسياسة القضائية) (2)، التي ستكون في تحديد الحد الفاصل بين ادعاء القاضي لدور سياسي من خلال وظيفته القضائية ملتزماً بحدودها ، وبين تصدي القاضي للأعمال السياسية متخلياً عن رداءه القضائي(3). يلحظ أن لقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق دوراً بارزاً ومؤثراً في الحياة السياسية ، بوصفها المؤسسة الدستورية التي تلزم جميع السلطات بأحكام الدستور .

ومن ذلك قرارها بشأن حق مجلس النواب في سن القوانين الذي صدر بمناسبة اعتراض رئيس مجلس الوزراء لدى المحكمة الاتحادية العليا على قانونين هما؛ قانون فك ارتباط دوائر وزارة البلديات والأشغال العامة، وقانون فك ارتباط دوائر الشؤون الاجتماعية في وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ؛ إذ ذهبت المحكمة الاتحادية العليا الى القول " إنَّ مشروعات القوانين خص بتقديمها السلطة التنفيذية حسبما نص الدستور عليه في المادة (80)

(1) د. عاطف سالم عبد الرحمن، دور القضاء الدستوري في الاصلاح السياسي - الاجتماعي - الاقتصادي، ط1، ب-م، 2010 ، ص 12-13.

(2) إنَّ سياسة القاضي الدستوري تستهدف بصفة أساسية حماية احكام الدستور وتفسيرها دون أن تؤدي إلى فرض أية وصاية على السلطة التشريعية والتنفيذية. وتوجد ثلاثة أنواع من السياسات القضائية منها سياسة التقيد الذاتي فهناك ضوابط على المحكمة مراعاتها لتجنب آثار حدوث أية ازمة دستورية تنتج عن التوسع في الرقابة والتفسير على حساب السلطة التقديرية للمشرع الممثل للإرادة الشعبية، والسياسة الايجابية القائمة على اقدامها في تعقب مخالفة التشريع للدستور ، فضلا عن السياسة التوفيقية والتي تقوم باتباع سياستين مختلفتين باختلاف ميدان الرقابة ،فان كان في مجال السياسة وما يتصل بها من حقوق فتتبع السياسة الايجابية لخطورتها على الأفراد، فيما تتبع سياسة التقيد الذاتي في المجالين الاقتصادي والاجتماعي والاختيار بين البدائل المتاحة . للمزيد من التفصيل ينظر محمد جبار طالب الموسوي ، السياسة القضائية للمحكمة الاتحادية في العراق " دراسة مقارنة"، اطروحة دكتوراه، معهد العلمين للدراسات العليا ، قسم القانون، 2021، ص 17-20.

(3) د.عدنان عاجل عبيد ، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون دراسة دستورية مقارنة بالانظمة العربية والعالمية، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية ، مصر، 2018 ، ص 207.

.....
منه وليست السلطة التشريعية وإنَّ المادة (60/أولا) منه رسم منفذين تقدم من خلالهما مشروعات القوانين ، وهذان المنفذان يعودان حصراً للسلطة التنفيذية وهما رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء وإذا ما قدمت من غيرهما ، فإن ذلك يعد مخالفة دستورية لنص هذه المادة ... وليس لمجلس النواب إلا تقديم مقترحات القوانين عن طريق عشرة من أعضاء مجلس النواب أو من إحدى لجانه المختصة ومقترح القانون لا يعني مشروع القانون؛ لأن المقترح هو فكرة والفكرة لا تكون مشروعاً ويلزم أن يأخذ المقترح طريقه الى أحد المنفذين المشار اليهما لإعداد مشروع القانون وفق ما رسمته القوانين والتشريعات النافذة....." (1).

ومن خلال اطلاعنا على القوانين الصادرة من مجلس النواب العراقي؛ فإن معظم القوانين التي تم إقرارها من قبل البرلمان كانت عبارة عن مشروعات قوانين مقترحة من قبل الحكومة ومقدمة إلى مجلس النواب من مجموع القوانين ككل .

وبهذا الصدد يذهب البعض الى القول : " إنه من الناحية العملية أو الواقع الحياتي بأن مشاريع القوانين المحالة من قبل الحكومة أكثر بكثير من مشروعات قوانين أعضاء مجلس النواب "مقترحات القوانين" وهذا ما يفرضه الواقع العملي للحكومة ومؤسساتها كونها أكثر احتكاكاً بالمواطنين وحاجاتهم نسبةً الى المجلس النيابي ، ولكن لا يمنع امكانية تفعيل وبلورة مشاريع القوانين من قبل أعضاء البرلمان باعتبارهم نواب الشعب المنتخبين " (2) .

وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا موقفها الرفض لتشريع القوانين دون مرورها بالسلطة التنفيذية من خلال الطعن المقدم من قبل رئيس مجلس الوزراء بعدم دستورية مدة ولاية الرئاسات الثلاث رقم 8 لسنة 2013 ، وقضت المحكمة الاتحادية بعدم دستورية هذا القانون؛ لأنه في الأصل : " مقترح قانون وليس مشروع قانون وقد قدم من أعضاء مجلس النواب لتشريعه ... ولم يتم إعداد هذا المشروع من قبل السلطة التنفيذية كما رسمته المادة (60/أولا) من الدستور التي تقضي (مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء) ، ولم يتم

(1) ينظر قراري المحكمة الاتحادية العليا المرقمين 43 و44/اتحادية /2010 في 2010/7/12 متاح على الموقع الالكتروني للمحكمة www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/9/10 .

(2) د. سرهنك حميد البرزنجي، كيفية سير العملية التشريعية في المجالس النيابية "مجلس النواب العراقي انموذجاً"، مجلة القانون والسياسة ، جامعة صلاح الدين، العدد ، 10 ، السنة 9، 2011، ص167.

ارساله الى السلطة التنفيذية (رئاسة الجمهورية أو مجلس الوزراء) من قبل مجلس النواب وبحسب توجه المحكمة الاتحادية العليا الوارد في الأحكام الصادرة عنها في عديد من الدعاوى"⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن المحكمة الاتحادية العليا من خلال أحكامها الصادرة حالت بين مجلس النواب وحقه الأصيل في تشريع القوانين بموجب المادة (61/أولاً) من الدستور، وحصرت المحكمة حق الصياغة وتقديم مشروعات القوانين بالسلطة التنفيذية وحدها إستناداً الى المادة (60/أولاً) مما يقوي من مركز السلطة التنفيذية في مواجهة السلطات الأخرى، ومن ثمَّ يؤثر في مجلس النواب ومنعه من تشريع القوانين التي قد تؤثر في النظام السياسي ومن ثمَّ يؤثر على مبدأ التوازن بين السلطات.

إلا أنَّ المحكمة الاتحادية العليا قد عدلت عن توجهها السابق في حكمها الصادر عام 2015 إذ أجازت

لمجلس النواب اقتراح وتشريع القوانين دون الرجوع الى السلطة التنفيذية في نطاق ضيق وضمن ضوابط وشروط معينة وبما لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، منها القوانين التي ترتب على عاتق الحكومة تبعات مالية بدون علمها ، أو بما يخالف المنهاج الوزاري الذي نالت الوزارة ثقة مجلس النواب على أساسه، أو انتهاك استقلالية القضاء كما أشارت المحكمة "..... وفيما عدا ما تقدم من القوانين فان السلطة التشريعية تمارس اختصاصها الاصيل في تشريع القوانين الاتحادية التي تجد فيها تحقيقاً للمصلحة العامة وفي نطاق الدستور، وتجد المحكمة الاتحادية العليا أن القانون موضوع الطعن وهو (قانون استبدال أعضاء مجلس النواب رقم 6 لسنة 2006) ليس من القوانين التي تمس مبدأ الفصل بين السلطات؛ لأنه لم يرتب اثاراً مالية مضافة على السلطة التنفيذية ولا يشكل خلافاً مع السياسة العامة للدولة ولا يمس مهام السلطة القضائية أو استقلاليتها وقد جاء تشريعه من مجلس النواب مباشرة ممارسة لاختصاصه الاصيل المنصوص عليه في المادة (61/أولاً) من الدستور وإعمالاً لحكم المادة (49/خامساً) منه، وبناءً عليه تكون الدعويين الأصلية والموحدة معها قد فقدتا سندهما القانوني ، فقرر ردهما من هذه الجهة.... الخ"⁽²⁾.

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 64 / اتحادية / 2013 في 2013/8/26 متاح على الموقع الالكتروني للمحكمة www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/9/25.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 21 وموحدتها /29 اتحادية / 2015 في 2015/4/14 متاح على الموقع الالكتروني للمحكمة www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/9/3.

ومن القرارات التي صدرت من المحكمة الاتحادية والتي جاءت وهي تحاول إخراج البلاد من الأزمات السياسية التي تنشأ، حكمها الخاص بتفسير الكتلة النيابية الأكبر عدداً ، عندما طلب منها تفسير ما جاء في نص المادة (76/اولا) من دستور العراق النافذ لسنة 2005 التي قضت بأن يكلف رئيس الجمهورية مرشح الكتلة النيابية الاكثر عدداً لتشكيل الحكومة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتخاب رئيس الجمهورية " (1) .

ولقد أصدرت المحكمة الاتحادية العليا في العراق قرارها المرقم 25/اتحادية/ 2010 بتاريخ 25/3/ 2010 بشأن تفسير مصطلح الكتلة النيابية الاكثر عدداً بأنها الكتلة الاكبر بعد مُصادقة المحكمة الاتحادية العليا على نتائج الانتخابات وتأدية الاعضاء لليمين الدستورية. إذ جاء في قرار المحكمة أن تعبير الكتلة النيابية الاكثر عدداً يعني إما (2) :

1. الكتلة التي تكونت بعد الانتخابات ومن خلال قائمة انتخابية واحدة وحازت على العدد الاكثر من المقاعد.
 2. أو الكتلة التي تجمعت من قائمتين أو اكثر من القوائم الانتخابية التي دخلت الانتخابات بأسماء وأرقام مختلفة ثم تكتلت في كتلة واحدة ذات كيان واحد في مجلس النواب أيهما أكثر عدداً، فيتولى رئيس الجمهورية تكليف مرشح الكتلة النيابية التي أصبحت مقاعدها النيابية في الجلسة الاولى لمجلس النواب أكثر عدداً من الكتلة أو الكتل الاخرى بتشكيل مجلس الوزراء استناداً الى احكام المادة 76 من الدستور .
- وقد تسبب هذا القرار في إثارة جدالات و مشاحنات قانونية و سياسية بشكل واسع كانت عواقبها وخيمة على الواقع السياسي وجذرت لخلافات ولا يزال تلك الجدالات والمشاحنات بين القوى السياسية قائماً .
- فهناك من كان بين مؤيد ومعارض لقرار المحكمة الاتحادية العليا ، إذ يرى مؤيدو هذا القرار أنه ليس بالضرورة أن تكون الكتلة الفائزة في الانتخابات هي الاكثر عدداً في المجلس النيابي ، فالدستور ذكر عبارة (الكتلة النيابية) ولم يذكر عبارة الكتلة الانتخابية والفرق بينهما كبير؛ لأن الكتلة النيابية الأكثر عدداً هي التي سيكلف رئيس الجمهورية مرشحها لرئاسة الوزراء لتشكيل مجلس الوزراء ، إلا أن غالبية شراح وفقهاء القانون الدستوري عارضوا

(1) المادة (76/اولا) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد 21 وموحدتها 25/اتحادية/ 2010 في 25/3/2010 متاح على الموقع الالكتروني للمحكمة www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/9/15 .

قرار المحكمة وهو ما نؤيده ، لما فيه من مخالفة للأنظمة الدستورية الديمقراطية المستقرة والراسخة ، وذهبت خلافاً للإرادة الشعبية ، وبنى المعارضون رأيهم بما ورد في الأعمال التحضيرية لإعداد الدستور إذ فسرت لجنة صياغة الدستور الكتلة الأكبر بأنها هي الكتلة التي فازت في الانتخابات النيابية والتي حصلت على المركز الأول من بين الكتل البرلمانية التي ستكلف بتشكيل الحكومة ، وهذا ما معمول به في الدول الديمقراطية في العالم (1). كما أن الواقع السياسي أفرز فرض الوزراء من الكتل النيابية الأخرى إستناداً إلى مسببات لا سند لها في الدستور مما يعني أن بعض حالات التعطيل الفعلي تتم عن مخالفة دستورية صريحة حقيقية بالالغاء جزاءً وفاقاً(2).

وهناك من يرى أن المحكمة الاتحادية في قرارها التفسيري قد عدلت في هذا الحكم نصوص الدستور وغيرت بموجبه مفاهيم دستورية متواترة ونقلت استحقاقات وجذرت للخلافات، وبدلاً من أن تكون حكماً وسطاً بين المختلفين ، راحت تميل لهذا أو ذاك وأسست لخلاف مستقبلي متوقع بين التكتلات السياسية والاصطفافات القومية والمذهبية(3) .

في الواقع أنّ المحكمة الاتحادية لم تكن موفقة في قرارها التفسيري كونها لم تعطِ رأياً واضحاً ودقيقاً بالغموض الوارد في نص المادة (76) مما خلقت بداية أزمة جديدة لأن تفسير المحكمة لم يحل المشكلة بل زاد في تعقيدها ؛ لذا كان من المفترض العدول عن قرارها التفسيري بما ينجم مع مبادئ الأنظمة البرلمانية ومن ثمّ كان للقرار أثر واضح في الحياة السياسية بل خدم أغراض السلطة السياسية. والدليل على ذلك إثير خلاف بين القوى السياسية مرة أخرى على مصطلح الكتلة الأكثر عدداً في الانتخابات البرلمانية الثالثة عام 2014 والرابعة عام 2018 ، لدرجة أن الكتل السياسية عزفت عن مبدأ تشكيل مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً ولجأت ما يسمى بـ

(1) د. غانم عبد دهش الشباني ، إشكالية تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها في جودة أحكامها ، مجلة المحقق

الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3 ، السنة 13، 2021، ص 1364 - 1365.

(2) د. عدنان عاجل عبيد، مصدر سابق ، ص 154.

(3) د. علي يوسف الشكري ، المحكمة الاتحادية في العراق بين عهدين، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد، 2016 ، ص 268-269

. وذات المؤلف ينظر د. علي يوسف الشكري ، التعديل القضائي للدستور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،

جامعة بابل، المجلد 7، العدد 13 ، 2015 ، ص 755-756.

.....
(مرشح توافقي) ، وهذا بلا شك جفاء لنصوص الدستور وضرب عن مبدأ قانوني عتيد راسخ في الانظمة الديمقراطية⁽¹⁾.

هذا ولم يؤثر الوضع السياسي على قرارات المحكمة الاتحادية العليا التي كانت واضحة في أحكامها عندما أصدرت حكمها في رد دعوى إلغاء البرلمان الأخيرة وذكرت المحكمة بالنص " إنَّ الجزء الذي يفرض على مجلس النواب لعدم قيامه بواجباته هو حل المجلس عند وجود مبرراته ، إنَّ دستور جمهورية العراق لسنة 2005 قد رسم الآلية الدستورية لحل مجلس النواب وفقاً لاحكام المادة (64/اولا) منه ". وكذلك أشارت إلى أنه ليس من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا حل البرلمان حسب ما محدد في المادة (93) من الدستور والمادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا ، وأنَّ دستور جمهورية العراق لعام 2005 لم يغفل عن تنظيم أحكام حل البرلمان؛ ولذلك فلا مجال لتطبيق نظرية الإغفال الدستوري⁽²⁾.

وهنا يمكن القول إنَّ بمجرد رد الدعوى في عدم اختصاص حل البرلمان ، يستتبط منه أنَّ المحكمة من خلال قرارها أعطت رسالة ضمنية للبرلمان بضرورة حل نفسه؛ لأنَّ هناك مبررات تدعو الى الحل أي بمعنى هو قرار (حل ضمني) للبرلمان وليس بنص صريح. فضلا عن ذلك هو خرق البرلمان للمدد الدستورية في أكثر من مرة ، وحسناً فعلت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها عندما اصدرت حكمها في رد دعوى إلغاء البرلمان الأخيرة وعدم إقحامها في موضوع رسمَ المشرع الدستوري آليه حله.

وكان للقرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 83 وموحداتها 131 و185 / اتحادية 2023 القاضي بالغاء كوتا الأقليات في قانون انتخابات برلمان كوردستان لسنة 1992 المعدل وتقليص عدد مقاعد برلمان إقليم كوردستان من 111 الى 100 مقعد أثره واضح في الحياة السياسية إذ يعد ذلك القرار انتهاكاً للمادة (125) من الدستور الذي كفل الحقوق السياسية والاجتماعية والاقتصادية للأقليات الدينية والقومية والاثنية وضرب لفكرة المواطنة والتعايش السلمي وعلى العملية الديمقراطية ، مما يمثل إجحافاً بحق المكونات الاساسية في العراق ، كما جاء

(1) د. عدنان عاجل عبيد، جودة احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، ط1، منشورات مكتبة دار السلام القانونية، النجف الاشرف، 2021 ، ص 36 .

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 132 وموحداتها /اتحادية/2022 في 2022/9/7 متاح على الموقع الالكتروني للمحكمة www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/10/15 .

قرار المحكمة يناقض نفسه لأنه يلغي الكوتا في إقليم كردستان مع إبقاء وجودها في مجلس النواب العراقي، مما يتطلب الأمر إعادة النظر في قرارها ورفع الحيف عن جميع المكونات في البلاد (1).

المطلب الثاني

التأثير السياسي على قرارات المحكمة الاتحادية العليا

إنَّ التأثير السياسي على عمل القضاء الدستوري واستقلاله يتفاوت حسب النظام السياسي لكل دولة بحيث يأخذ هذا التدخل في عملها صوراً متعددة ، فقد تتدخل القوى السياسية عن طريق ممثليها داخل السلطة التنفيذية في القضايا بشكل مباشر أو غير مباشر ، فضلا عن دورها في تعيين أعضاء القضاء الدستوري ، وهذا يعد مدخلا للتأثير السياسي على أشخاص القضاة (2) .

ونظراً للدور الكبير للمحكمة الاتحادية العليا في الحياة السياسية نجد في بعض الأحيان أن الواقع السياسي يدفع بها أن تتأ بنفسها عن بعض القضايا الحساسة التي لها تأثير سياسي كبير إذا وجدت إنَّ بإمكان السلطات الأخرى حسم الموضوع المطروح عليها. وخير مثال على ذلك موقف المحكمة الاتحادية العليا من ذوي المناصب السيادية والأمنية الرفيعة الذين لديهم جنسية مزدوجة.

فلقد إثير موضوع ازدواجية الجنسية لدى المحكمة الاتحادية الذي كان موقفها سلبياً من خلال مخالفتها لإرادة المشرع الدستوري المتمثلة بعدم جواز تولي مزدوجي الجنسية للمناصب السيادية العليا اصدارها للحكم بالعدد 8/ اتحادية 2015 في 2015/5/4 حين طلبَ فيه المدعي إلغاء مرسوم رئيس الجمهورية بتكليف رئيس لمجلس الوزراء من مزدوجي الجنسية ، وتصويت مجلس النواب على تشكيلته الوزارية لمخالفته نص المادة (18) /رابعاً) من الدستور الذي ردت فيه المحكمة إدعاء المدعي لفقدانه السند القانوني معللة حكمها بأن الدستور ربط

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 83 وموحداتها 131 و185/اتحادية/2023 في 2024/2/21 منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2024/3/1 .

(2) د. محمد عبد الله سهيل العبيدي، استقلال القضاء في التشريع العراقي، مكتبة الصباح، بغداد، 2012، ص 103.

تطبيق ذلك النص بصدور قانون بهذا الصدد ، وبما إن القانون الذي ينظم طريقة التعامل مع مزدوجي الجنسية ممن تولوا مناصب سيادية لم يُشرع لا يمكن اصدار الحكم بإلغاء التكليف⁽¹⁾.

وبذلك حكمت المحكمة بدستورية التكليف لعدم صدور قانون عادي ينظم ذلك، مما ترك الدستور عرضة للإنتهاك وتعطيل النص الدستوري ، إذ كان يفترض بالمحكمة أن تكون أكثر جراءة وتحكم بعدم دستورية التكليف مما سوف ينشئ سابقة قضائية مستقبلاً يمنع أو يقف بوجه كل من يحاول الترشح لمنصب سيادي أو أمني وهو يحمل جنسيتين وليس الانتظار لحين تشريع قانون لا يتفق الكثيرون على تشريعه كونه يمس مصالحهم الشخصية والسيادية، مما يؤكد على وجود بعض التخبطات من قبل المحكمة الاتحادية العليا في العراق .

وعلى الرغم من أن المشرع الدستوري ألزم المرشح المزدوج الجنسية التخلي عن جنسيته غير العراقية وفقاً للمادة (18/رابعاً) من الدستور، إلا أنه عند التمعن بهذا النص لا نجد تطبيقاً واقعياً وفعالاً لهذه المادة ، كما لم ينص قانون الانتخابات النافذ رقم (9) لسنة 2020 المعدل ضمن شروط الترشيح على هذه الفقرة ، مما يؤخذ على المشرع العراقي عدم النص صراحةً في قانون انتخابات مجلس النواب النافذ على شرط التخلي عن الجنسية غير العراقية بالنسبة لمزدوجي الجنسية.

وفيما يتعلق بتفسير المناصب السيادية والأمنية الرفيعة ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها التفسيري ذي العدد 100 /اتحادية /2013/ بتاريخ 19 /1 /2015 الى أنه " لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن تعبير (المنصب السيادي) أو(الأمني الرفيع)، الذي تنص عليه المادة (18 /رابعاً) من الدستور مناط تحديده الى التوجهات السياسية في العراق ، والقائمون عليها هم من يحدد هذه المناصب ومدى تأثيرها في السياسة العامة للدولة وتنظم مدلولاتها وفقاً لذلك القانون "⁽²⁾.

نجد ومما لا شك فيه من خلال قرارها التفسيري اتخذت المحكمة الاتحادية موقفاً سلبياً حيث جعلت مسألة تعطيل النص الدستوري يستند الى تفسيرها المغلوط المتمثل بتغليب النص القانوني على النص الدستوري، وهو

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 8 /اتحادية /2015 في 4/5/2015 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة 2023/10/17 .

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 100 /اتحادية /2013 في 19/1/2015 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة 2023/10/20 .

ما يعد انتهاك لمبدأ سمو الدستور وفقاً للمادة (13) من الدستور، كما أنها تخلت عن دورها بموجب المادة (93/ثانياً) من الدستور بتفسير أحكامه وإيضاح معنى نصوصه واجلاء الغموض والالتباس عنها ، بيد أنها تخلت عن ذلك وإحالاته للقائمين على التوجهات السياسية في الدولة . إذ إن تخلي المحكمة عن اختصاصها ما هو إلا رضوخ للإرادة السياسية يزيد من غموض تلك النصوص ، ويوصف على أنه كبتة في طريق إستقلال القضاء الذي يفترض أن لا يتردد في إنزال حكم القانون⁽¹⁾ في الواقع كان يفترض من المشرع الدستوري ابتداءً أن يحدد على سبيل الحصر تلك المناصب لكيلا تصبح في معرض التأويل والتفسير من قبل الجهات السياسية المسيطرة على السياسة العامة للدولة ، كما كان يفترض على المحكمة الاتحادية العليا أن توزع الى المشرع العادي بضرورة سن قانون ينظم التخلي عن الجنسية المكتسبة الذي ألزم الدستور بسنه ، ولا سيما أن القانون يتعلق بصميم الحياة السياسية ، فالأحكام الإيعازية التي تملكها المحاكم الدستورية لمواجهة امتناع المشرع عن سن قانون كان من الواجب سنه وفقاً لنص دستوري أمر ، ومن ثمّ عدم تشريع قانون التخلي عن الجنسية المكتسبة إلى الان يعد فجوة قانونية بالرغم من إحالة المشرع الدستوري بشكل صريح مسألة تشريع القانون إلى المشرع العادي ، وبذلك بقيت الكثير من القوانين معطلة بالرغم من تضمينها في نصوص دستورية.

ويبدو من خلال القرار التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا أن هدفها هو ابتعادها عن التصادم مع الهيئات السياسية في الدولة أي تحاول أن لا تضع نفسها في موضع الصدام مع النظام السياسي، وذلك بإصدار أحكام لها تأثير سياسي، وهي بذلك غير قادرة من تغيير أيديولوجية وفلسفة الدولة.ومن القرارات الأخرى للمحكمة الاتحادية العليا التي كان للتأثيرات السياسية أثر واضح في أحكامها الصادرة ، فقد اصدرت المحكمة قرارها التفسيري على أثر خلاف كبير بشأن تكليف رئيس الجمهورية مرشح جديد للحكومة بعد إعتذار المرشح السابق، تدور وقائعه بقيام رئيس الجمهورية في عام 2020 بتكليف مرشح جديد لتشكيل الحكومة بعد اعتذار المكلف السابق ، كون التكليف الأخير جاء على خلاف ما وارد في المادة (76/اولا وثالثاً) من الدستور إذ أصدرت المحكمة قرارها الذي جاء فيه: " إنَّ المرحلة التي تلت اعتذار المكلف بتشكيل مجلس الوزراء وفق المادة (76) من الدستور ، يكون بعدها الخيار حصرياً لرئيس الجمهورية على وفق الفقرة (ثالثاً) من المادة (76) من الدستور

(1) د. عدنان عاجل عبيد ، جودة احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، مصدر سابق ، ص 73-74.

بتكليف مرشحاً جديداً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اعتذار المرشح السابق الدكتور محمد توفيق علاوي على وفق مسؤوليته الدستورية ليتولى المرشح الجديد بتشكيل الوزارة وعرضها على مجلس النواب خلال مدة اقصاها ثلاثون يوماً⁽¹⁾.

وقد انتقد توجه المحكمة في قرارها سالف الذكر كون قد سلب الكتلة النيابية الاكثر عدداً حقها الدستوري في الترشيح كون عبارة "يكلف" الواردة في المادة (76/ثالثاً) من الدستور تتصرف الى رئيس الجمهورية، اما عبارة (مرشح) تتصرف الى مرشح الكتلة النيابية الاكبر عدداً، اما ما ورد ضمن الفقرات (ثالثاً) بالنص على (مرشحاً جديداً) وخامساً بالنص على (مرشح جديد) فإنها تعني (تكليف) مرشح جديد من الكتلة المنصوص عليها في الفقرة (اولاً)، أي الكتلة النيابية الاكثر عدداً؛ لذا من غير المنطقي أن يمنح لرئيس الجمهورية صلاحية إختيار مرشح آخر من خارج الكتلة النيابية لأن هذا يعني أن "رئيس الجمهورية هو من يرشح لنفسه شخص معين وينفس الوقت هو من يكلف هذا المرشح"، وهذا لا ينسجم مع منطق العقل، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه أن تفسير المحكمة جاء مدفوعاً بتأثيراتٍ سياسية⁽²⁾.

كما أن إشكالية تحقق أغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب المتعلق بانتخاب رئيس الجمهورية في الدورة الانتخابية التي جرت 10 تشرين الاول عام 2021 لعدم اكمال نصاب الثلثين أي أكثر من 220 نائباً من بين 329 نائباً أدى الى تأزم سياسي في البلاد؛ لذا فقد خلصت المحكمة في قرارها التفسيري المرقم 16/اتحادية/2022 بخصوص تفسير المادة (70/اولاً) من دستور 2005 الى الآتي: "ينتخب مجلس النواب رئيساً للجمهورية من

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 29 /اتحادية/ 2020 في 2022/3/16 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة 2023/10/3 .

(2) من المنتقدين لتوجه المحكمة في قرارها التفسيري: القاضي فائق زيدان، مقال عن تكليف مرشح رئيس الجمهورية بتاريخ 2020/3/18 الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى <https://www.sjc.iq/view>. تاريخ الزيارة 2020/9/10.

بين المرشحين لرئاسة الجمهورية بأغلبية ثلثي مجموع عدد أعضاء مجلس النواب الكلي ويتحقق النصاب بحضور ثلثي مجموع عدد أعضاء مجلس النواب الكلي " (1).

وبذلك عدت المحكمة المادة (70/اولا) نصاً خاصاً بانتخاب رئيس الجمهورية ، وهي بذلك غير مرتبطة بأحكام المادة(59/اولا وثانياً) من الدستور لأنها تتعلق بالقرارات كافة التي يتخذها البرلمان وبحسب الأغلبية المطلوبة ، ولا سيما أنّ المادة (7) من قانون أحكام الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية رقم 8 لسنة 2012، أكدت على ذلك إذ نصت على أنه " يعد رئيساً منتخباً للجمهورية من حصل على أغلبية ثلثي عدد أعضاء مجلس النواب". وبذلك نجد بأن المحكمة الاتحادية قد اجتهدت وحددت نصاب الإنعقاد بحضور ثلثي أعضاء مجلس النواب الكلي ، وإن كان هذا الاجتهاد محل نظر؛ لأن نصاب الانعقاد وفقاً لتفسيرها يجب أن يكون بالعدد الكلي لأعضاء مجلس النواب حتى يتمكن الحاضرون من تحقق اغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب الكلي، لأن تحقق أغلبية ثلثي العدد الكلي يفترض المجلس انعقد بالعدد الكلي لأعضائه ولم يتحقق الانعقاد الكلي لعدد أعضاء مجلس النواب طوال دوراته التشريعية (2).

وفي قرار لاحق للمحكمة الاتحادية العليا عام 2022 قضت بعدم دستورية قانون النفط والغاز لحكومة إقليم كردستان رقم (22) لسنة 2007 والغائه لمخالفته لأحكام المواد (110 و111، 112، 115، 121، 130) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005(3).

علماً أن قانون النفط والغاز لإقليم كردستان استند في تشريعه لأحكام المادة (115) من الدستور الاتحادي ومن ثم لا يوجد أي خرق دستوري في تشريع هذه القانون طالماً كان في الاصل مستنداً الى الدستور، وهذا ما

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 16 /اتحادية /2022 في 2022/2/3 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة 2023/11/20 .

(2) د. احمد طلال عبد الحميد البديري ، تعليق على القرار التفسيري للمحكمة الاتحادية (المرقم 16/اتحادية /2022) الخاص بتفسير الاغلبية المطلوبة لانتخاب رئيس الجمهورية ، الحوار المتمدن، دراسات وابحاث قانونية، العدد7153 ، بتاريخ 2022/2/5 منشور على الموقع الالكتروني <https://www.ahewar.org> تاريخ الزيارة 2023/10/8 .

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 59 /اتحادية / 2012 وموحدتها 110/اتحادية/2019 بتاريخ في 2022/2/15 متاح على الموقع الالكتروني للمحكمة www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/11/25.

أثار الكثير من الخلافات حول ثروتي النفط والغاز بين حكومة إقليم كردستان والحكومة المركزية، إذ يفترض بها ممارسة حقها الدستوري في تشريع قانون اتحادي ينظم مسألة النفط والغاز لتفادي أي إشكالية قد يحدث في المستقبل ومن ثمّ كان للواقع السياسي أثر واضح على قرارات المحكمة الاتحادية.

كون المشكلة تكمن في أن المشرع الدستوري قد اعطى الأولوية لقانون الإقليم في حال الخلاف مع المركز في الاختصاصات التي لا تقع ضمن نطاق الاختصاص الحصري للحكومة الاتحادية ، وإنما ضمن الاختصاصات المشتركة مع الأقاليم بموجب المادة (115) من الدستور، وهو بذلك خرق مبدأ أولوية القوانين الاتحادية ، وكان المشرع الدستوري بغنى عن هذا النص لو حدد الاختصاصات الحصرية للإقليم (الولايات) على سبيل الحصر وترك ما عدا ذلك للحكومة الاتحادية وليس العكس .

كما أن قانون تنظيم وزارة النفط رقم 101 لسنة 1976 شرع عندما كان العراق دولة بسيطة موحدة وليست اتحادية ، ولكنه يعد نافذاً إستناداً الى المادة (130) من دستورنا الحالي، وهنا يمكن أن تؤشر إلى اخفاق جديد للبرلمان لأنها لم تجر مراجعة تشريعية للقوانين المهمة والمثيرة للخلاف ومنها هذا القانون رغم مرور عدة سنوات على صدور الدستور ، وبذلك تحملت المحكمة الاتحادية العليا مسؤولية حسم هذا الملف السياسي والاقتصادي والدستوري نيابة عن البرلمان .

نستنتج مما تقدم ذكره أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا تؤثر كثيراً في الحياة السياسية ، كما أنّ للواقع السياسي أثراً واضحاً على أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا ، من خلال القرارات التي صدرت منها ، فأغلب المسائل التي تنتظر فيها المحكمة الاتحادية العليا ناتجة عن خلافات بين بعض القوى السياسية ، ومن ثمّ تفصل المحكمة في مسائل مصيرية ولها تداعيات على النظام السياسي والمجتمع.

المبحث الثاني

الإشكالية القانونية

تحدد الدساتير عادة آليات تشكيل وتكوين المحاكم الدستورية التي تمارس وظيفتها المتمثلة بالرقابة على دستورية القوانين ، بالإضافة الى الاختصاصات والمهام المناطة بها ، بحياد واستقلالية عن محاكم السلطة القضائية ، وباقي السلطات داخل الدولة .

وفيما يلي سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنوضح في المطلب الاول الإشكالية المتعلقة بالاختصاص العضوي المتضمن طريقة وآلية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا بموجب نصوص الدستور ، وآلية تكوين المحكمة الاتحادية بموجب قانون المحكمة الاتحادية المعدل ، مبيناً أهم الإشكاليات الواردة على تشكيل المحكمة الاتحادية العليا ، وسنبين في المطلب الثاني الإشكالية المتعلقة بالاختصاص الوظيفي وكما يأتي :

المطلب الاول

الإشكالية المتعلقة بالاختصاص العضوي

سنقسم هذا المطلب على فرعين يتضمن الفرع الأول طريقة وآلية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا وفق دستور 2005 ، بينما يتضمن الثاني آلية اختيار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا وفق قانون التعديل الاول رقم (25) لسنة 2021 وكما يأتي:

الفرع الاول

طريقة وآلية تشكيل المحكمة الاتحادية العليا وفق دستور 2005

يتميز القضاء الدستوري عن سائر جهات القضاء الاخرى ، بأنه يخضع بالدرجة الأساس لإحكام الدستور ، فالدستور هو الذي يحدد مركزه ، من حيث وجوده ، وتنظيمه ووظيفته ، وهكذا فإنّ عدم ترسيخ القواعد المنظمة للمحكمة الاتحادية العليا في الدستور يواجه مشكلة تحقيق استقلاله ، ويخلق معوقات تشريعية لهذا الاستقلال ، وهو الأمر الذي ينعكس على تنظيم القضاء الدستوري ، وبعده عن مؤثرات السلطة التي تهيمن على تنظيمه واختيار أعضائه ، فتشكيل القضاء الدستوري وتحديد عدد أعضائه ومدة عضويتهم يجب أن يتم على وفق نصوص دستورية صريحة، فليس من المعقول أن يناط تشكيل الجهاز المختص بحماية مكانة

الدستور والحفاظ على أحكامه الى السلطة التشريعية بصورة كلية بل يجب الإستناد الى نصوص الدستور عند تنظيمها لهذا القضاء⁽¹⁾.

لقد تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بموجب قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 وفقاً لنص المادة (44) من القانون، وصدر قانون رقم 30 لسنة 2005 (قانون المحكمة الاتحادية العليا)، حيث حددت المادة (3) منه ، عدد أعضاء المحكمة وآلية إختيارهم ، وبذلك لم تشكل وفق الآلية الدستورية المحددة في دستور جمهورية العراق لسنة 2005 ، وإنما على الاساس الدستوري السابق الذي اوجده القانون أعلاه⁽²⁾. وقد صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الذي قضى بإنشاء المحكمة الاتحادية العليا لتختص بالرقابة على دستورية القوانين⁽³⁾ . كما أشار دستور 2005 على قيام محكمة عليا اتحادية تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين إذ نص على الآتي⁽⁴⁾:

ثانياً: تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي ، وفقهاء القانون ، ويحدد عددهم، وتنظم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب . والملاحظ أن دستور 2005 لم يصرح بأن المحكمة الاتحادية العليا هي أعلى جهة قضائية في الدولة إذ إنه اوردها ضمن المرتبة الثانية ، بعد مجلس القضاء الأعلى ، في الهيكل القضائي الاتحادي⁽⁵⁾ إلا أن ذلك لا يعني في الحقيقة بأن مجلس القضاء الأعلى له سلطة استئنافية أو تمييزية على احكام المحكمة الاتحادية العليا فأحكام الاخيرة تُعد نهائية ، فضلا عن أن مجلس القضاء الاعلى يمارس صلاحيات محددة حصراً بالمادة (91) من

(1) المستشار محمد عبد الفتاح عبد البر ، تعيين القضاة بالمحكمة العليا الاتحادية الامريكية بين مطرقة القانون وسندان السياسة، مقال منشور ، تاريخ النشر 16 مارس 2021،الموقع الالكتروني لمنشورات قانونية تاريخ <http://manshurat.org/node/71411> الزيارة 2023/10/8.

(2) ينظر نص المادة (44/أ، ب، ج، د، هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004.

(3) منشور القانون في الوقائع العراقية رقم 3996 في 2005/3/17 .

(4) المادة (92/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

(5) ينظر نص المادة (89) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

الدستور تتعلق بتنظيم شؤون الهيئات القضائية ، وكل هذا يعني أن المحكمة الاتحادية العليا تُعد من الناحية الوظيفية أعلى محكمة من بين المحاكم في السلطة القضائية الاتحادية.

ولقد كفل دستور 2005 عدم تبعية المحكمة الاتحادية العليا للسلطة التنفيذية من الناحيتين الادارية والمالية (1) . وبذلك انصرفت نية المشرع الدستوري الى الفصل العضوي بين المحكمة الاتحادية العليا وبين مجلس القضاء الاعلى والهيئات التابعة له.

ويُلاحظ أن المشرع الدستوري بموجب الفقرة الثانية من المادة (92) من دستور 2005 قد نوع في تركيبة هذه المحكمة بحيث اوجب أن تشمل عدداً من القضاة والخبراء في الفقه الاسلامي وكذلك الفقهاء في القانون . إلا أنه لم يوضح عدد كل نوع من هؤلاء في تكوين المحكمة هل هو بالتساوي لكل فئة أم الغلبة ستكون للعناصر القضائي أو لخبراء الفقه الاسلامي أو لفقهاء القانون ، بل ترك المشرع الدستوري المجال لتحديد عدد أعضاء المحكمة وآلية اختيارهم وتنظيم عملها بقانون يصدر لهذا الغرض بأغلبية ثلثي عدد أعضاء مجلس النواب كما هو مشار اليه في الدستور . فهو الدستور الاول والوحيد الذي أضاف إلى عضويتها أعضاء يحملون الصفة الدينية.

إذ لم نجد في دستور أي دولة عربية أو اسلامية نصاً عدا دستور جمهورية ايران الاسلامية لسنة 1979 التي بينت في تشكيلة مجلس صيانة الدستور إذ أن كل اعضاء المجلس يكونون من ستة أعضاء من الفقهاء العارفين بمقتضيات العصر وقضايا الساعة ويختارهم القائد ، وستة من الفقهاء المسلمين يكونون من ذوي الاختصاص في مختلف فروع القانون يرشحهم رئيس السلطة القضائية وينتخبهم مجلس الشورى الاسلامي (2) .

لذا كان الأحرى بالمشرع الدستوري أن يوضح عدد القضاة وصنفهم وخبرتهم وسنهم ومدة عضويتهم في نصوص الدستور ولا يتركها للتشريع العادي لكيلا يكون عرضة للتغيير من قبل الكتل النيابية وتحديده حسب اهوائهم . وكذلك لم يوضح الدستور المقصود بفقهاء القانون هل هم أساتذة القانون أو من المحامين أو من الموظفين الحقوقيين في دوائر الدولة فكان يفترض بالدستور أن يبين وبالتحديد من هم فقهاء القانون، وما مؤهلاتهم العلمية وخبراتهم وممارستهم لإختصاصاتهم وأن لا يترك ذلك للمشرع العادي .

(1) ينظر نص المادة (92/اولا) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

(2) ينظر نص المادة (91/ف 1-2) من دستور جمهورية ايران لسنة 1979 المعدل لسنة 1989.

نرى بأن تركيبة المحكمة ينبغي أن تنحصر بالقضاة بنسبة كبيرة مع وجود القانونيين سواء كانوا محامين أو اساتذة القانون علماً أن الجانب القضائي ينبغي أن يكون أكثر عدداً من الجانب المتعلق بالفقه القانوني دون أن يدخل في تركيبها عناصر في الفقه الاسلامي حتى لا تصبح المحكمة محطة لصراعات مذهبية وطائفية، وهو ما جاء في نص قانون المحكمة الاتحادية العليا في مصر رقم 48 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 137 لسنة 2021 الذي اشترط اختيار أعضائها من الاصناف الثلاث القضاة والمحامين والأساتذة الجامعيين ضمن شروط معينة ، واشترط أن يكون ثلثا أعضاء المحكمة على الأقل من الهيئات القضائية⁽¹⁾، إذ يسهم هذا الأمر في استقلالية المحكمة الدستورية وحياديتها عن باقي المحاكم الاخرى ؛ لأن تكوين غالبية أعضائها من القضاة يجعلها مؤهلة لممارسة دورها الرقابي على دستورية القوانين، وأكثر دراية بتفسير احكام الدستور .

أو أن يعطى الخبراء من الفقه الاسلامي دوراً استشارياً فقط ولا تكون الإستشارة إلا في المسائل غير القضائية للمحكمة الاتحادية العليا، وخاصة أن النص الدستوري أضفى عليهم صفة الخبراء ، مما يوحي مباشرة إلى اعطائهم الدور الاستشاري وليس دور صاحب القرار، من أجل الحفاظ على تركيبة بأن تكون المحكمة قضائية - قانونية بعيدة عن المذهبية أو الطائفية .

اما بالنسبة لفقهاء القانون فهناك إضافة قانونية قد يضاف الى عمل القضاء الدستوري حيث لهم كامل الصلاحية من خلال مشاركتهم في المناقشة والتصويت ضمن أعضاء المحكمة ، وخصوصاً أن المشرع الدستوري وصفهم بفقهاء وليس خبراء ؛ لأن فقهاء القانون إما أن يكونوا من أساتذة الجامعات أم من المحامين أو من القانونيين في دوائر الدولة. ولكن نرى أن يتم فرض شروط وضوابط صارمة للترشح لعضوية المحكمة الاتحادية العليا فيما يتعلق بالخبرة والسن والنزاهة والكفاءة والجدارة وحسن السيرة الوظيفية .

واختلفت الآراء الفقهية بشأن دور خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون على ثلاثة اتجاهات مختلفة ؛ يرى الاتجاه الاول : بأن دور خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون في عضوية المحكمة هو دور إستشاري يتلخص

(1) ينظر نص المادتين (4 و5) من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 48 لسنة 1979 المعدل. بموجب التعديل بالقانون رقم 78 لسنة 2019 أشرتط أن يكون ثلثا نواب رئيس المحكمة على الأقل من بين اعضاء الهيئات القضائية على أن تكون الاولوية في التعيين لإعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة .

بيان الرأي حول القضية المعروضة على الهيئة القضائية للمحكمة⁽¹⁾. وإنَّ أغلب اختصاصات المحكمة الاتحادية ذات طابع قضائي التي لا يمكن البت فيها إلا من قبل القضاء ودورها يقتصر على تطبيق القانون ، والخبير غير مؤهل للفصل في الدعاوى القانونية لأن تأهيله مقتصر على الخبرة في مجاله فقط⁽²⁾ .

بينما يرى الاتجاه الثاني: بتبني فكرة المساواة بين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا على اختلاف تخصصاتهم ، بحيث يكون تمثيلهم متوازناً في عضوية المحكمة، ويكون لهم حق التصويت على قرارات المحكمة على قدم المساواة دون تمييز بين عضو وآخر⁽³⁾، وحببتهم في ذلك أنَّ الغاية من وجود خبراء الفقه الاسلامي، وفقهاء القانون الى جانب القضاة في عضوية المحكمة هو ضمان عدم تعارضها مع ثوابت الاسلام ومبادئ الديمقراطية ، المنصوص عليها في المادة(2/اولا -1-ب) من دستور العراق لسنة 2005 ويرى أصحاب هذا الرأي أيضاً أنَّ مشاركة فقهاء القانون للقضاة في قوة الرأي أثناء التصويت في المحكمة ضروري جداً ؛ لأن مبادئ الديمقراطية تكاد تكون هلامية الشكل وإنَّ فقهاء القانون هم الادري في معرفة حدودها وتوضيح محدداتها غير الواضحة⁽⁴⁾ .

اما أصحاب الاتجاه الثالث: فاتخذوا موقفاً وسطاً وتداركاً للخلافات الفقهية فإنهم يرون تقسيم مهام المحكمة الاتحادية العليا الى اختصاصات قضائية يمارسها قضاة المحكمة الاتحادية العليا حصراً دون خبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون ، إذ يقتصر دورهم على إبداء المشورة دون التصويت، واختصاصات غير قضائية وهي

(1) د. عدنان عاجل عبيد وسامي جبار حسون ، المحكمة الاتحادية العليا في ظل دستور 2005، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ، النجف الاشرف، العدد 44، 2017، ص443.

(2) د. فرمان درويش حمد ، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2013، ص 45.

(3) د. مصدق عادل ، القضاء الدستوري في العراق "دراسة تطبيقية لدور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005 ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2016، ص 24.

(4) د. عدنان عاجل عبيد وسامي جبار حسون ، مصدر سابق ، ص 444.

الاختصاصات التي تمارس مشاركةً بين القضاة وخبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون وللكل اتخاذ القرار وحق التصويت (1).

ويرى البعض أن خبراء الفقه الاسلامي هم أعضاء اصليون في تكوين المحكمة ، ولكن القانون اطلق عليهم تسمية خبراء الفقه الاسلامي ، مثلما تمت تسمية أساتذة القانون ب(فقهاء القانون) ، فخبير الفقه الاسلامي هو ليس الخبير ، الذي أشارت اليه القوانين الاجرائية في العراق، وإنما هو عضو أصيل من أعضاء المحكمة الاتحادية ، وصوته يجب ان يحسب ضمن النصاب ، ويعتد به(2). وقد يكون لهذا الرأي وجهة نظر منطقية كون الدلائل تشير الى نية وإرادة المشرع الدستوري إعطاء الصلاحية والعضوية الكاملة لخبراء الفقه الاسلامي وفقهاء القانون اسوة بالقضاة في المحكمة الاتحادية دون الإشارة الصريحة بأن لهم دوراً إستشارياً فقط .

ومن أجل حسم الخلاف الدائر بشأن هذا الموضوع أوضحت المحكمة الاتحادية في قرارها المرقم 21 /اتحادية / 2022 بأن دورهم إستشاري غير ملزم لهئية المحكمة ، إذ جاء بأنه : " ورغم أن البند (ثانياً) من المادة (92) من الدستور أوجبت أن تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون ، إلا أن النص المذكور لم يوجب أن يشترك الخبراء والفقهاء في العمل القضائي الذي يكون من اختصاص قضاة المحكمة فهناك قاضٍ وخبير وفقهه ولكل واحد منهم اختصاص معين على وفق طبيعة العمل الذي يقوم به... أن مهمة القاضي تختلف عن مهمة الخبير وفقهه إذ إن الخبير شخص ذو دراية والمام بموضوع فني أو علمي أو عملي، يستعين به القضاة في أمور تدخل في اختصاصه ولا يجوز للخبير ان يتجاوز المهمة المعهودة له بها ، ويكون عمل الخبير مشابها لعمل الشاهد، إذ إن كل واحد منهم يقدم للقضاء الامور ، التي شاهدها والتفاصيل التي لاحظها والاحوال والظروف المتعلقة بالدعوىوإن خبرة الخبير غير ملزمة بذاتها أمام حكم

(1) محمد صالح صابر ، القضاء الدستوري والاداري في العراق بين الإبقاء والالغاء ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، 2019، ص 68.

(2) د. علي سعد عمران ، قانون المحكمة الاتحادية العليا (الواقع والطموح) ، مجلة المعهد ، معهد العلمين للدراسات العليا ، العدد5، النجف الاشرف ، 2012، ص 506.

القاضي واستندت المحكمة الى أن النص لم يوجب أن يشترك الخبراء والفقهاء في العمل القضائي الذي يكون من اختصاص قضاة المحكمة (1).

وجاء في نص النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا النافذ رقم 1 لسنة 2022 أن للمحكمة أن تستعين برأي المستشارين أو الخبراء في الاختصاصات ولا يكون رأيهم ملزماً للمحكمة (2). كما أنّ بإمكان المحكمة الاستعانة بخبراء من أي مجال ترى دون الحاجة الى إدخالهم في تشكيل المحكمة الاتحادية كأعضاء فيها . إلا إنّ هناك من يذهب الى عدم انكار حق التصويت بالرغم من قرار المحكمة، بموجب الدستور لإي فئة من الفئات المنصوص عليها في الدستور بشأن ممارسة أي من اختصاصات المحكمة ، لإن ذلك يعد استثناءً من الاصل ، ويتطلب النص عليه صراحةً بالدستور كون المشرع الدستوري لم يوضح بشكل صريح أن دورهم استشاري لا يدخل ضمن العمل القضائي (3) .

الفرع الثاني

آلية اختيار أعضاء المحكمة الاتحادية العليا وفق قانون التعديل الأول رقم 25 لسنة 2021

نظم دستور العراق لسنة 2005 المحكمة الاتحادية العليا بشكل مقتضب تاركاً الأمور المتعلقة بتشكيل المحكمة وعدد أعضائها وطريقة اختيارهم الى القانون المنشئ لهما . ونتيجة لذلك ثار الخلاف حول طريقة تعيين أعضاء المحكمة الاتحادية العليا ، الذي يعد من أهم الاشكاليات التي واجهت المحكمة الاتحادية بعد تأسيسها بموجب دستور 2005 ، وكادت أن تخل باستقلالها الذي كفله الدستور ، فمن المفترض تعيين أعضاء المحكمة الاتحادية وفق أحكام المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية المرقم 30 لسنة 2005 ، التي تضمنت تكوين المحكمة

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 21 /اتحادية /2022 في 2022/4/6 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا

www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة 2023/10/15 .

(2) ينظر نص المادة (43) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022 . وينظر نص المادة (132)

من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.

(3) القاضي محسن جميل جريح ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، دراسة مقارنة بحث مقدم لغرض الترقية الى الصنف

الثاني في صنوف القضاة ، 2008 ، ص 6 . <http://www.iraqia.org/researchec/htm1/bahth> تاريخ الزيارة

2023/10/8

من رئيس وثمانية أعضاء يتم تعيينهم من مجلس الرئاسة بناءً على ترشيح من مجلس القضاء الاعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم.

إلا أنَّ الامر ليس كذلك بعد صدور المحكمة الاتحادية العليا قرارها المرقم 38 لسنة 2019 ، الذي نصت بموجبه بعدم دستورية المادة (3) من قانونها المرقم 30 لسنة 2005، وذلك بقدر ما تعلق منها بصلاحيه مجلس القضاء الاعلى بتزشيح رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية العليا، وذلك لمخالفتها أحكام المادتين (91/ و92/اولا) من دستور 2005 (1).

وبالرغم من أن هذا الحكم جاء لتعزيز إستقلال المحكمة الاتحادية العليا عن مجلس القضاء الاعلى ، ولكنه في الوقت ذاته ادخل المحكمة في حالة من فراغ تشريعي بالنسبة لتعيين أعضائها ، ونتيجة ذلك الفراغ ثار خلاف محتدم بين مجلس القضاء الاعلى ومحكمة التمييز الاتحادية من جهة ، والمحكمة الاتحادية العليا من جهة أخرى عند تعيين الاخيرة عضواً اصيلاً فيها بعد أن كان عضواً احتياطياً بديلاً لأحد أعضائها الاصليين المحال الى التقاعد. فقد اعترض مجلس القضاء الاعلى على هذا الاختصاص لعدم وجود نص دستوري وقانوني يجيز لها ذلك ولاسيما أنَّ اختصاصه في ترشيحهم بموجب المادة (3) من قانون المحكمة رقم 30 لسنة 2005 زالت بعد صدور قرارها المرقم 83/اتحادية /2019 وهو حكم بات وملزم وواجب الاحترام من السلطات كافة بما فيها مجلس القضاء الاعلى.

وبعد جدال قانوني ودعوى حسمها القضاء المدني بعدم قانونية التعيين انتهت رئاسة الجمهورية لذلك وقررت سحب المرسوم الجمهوري الذي عين بموجبه هذا العضو (2) ، ومع اقتراب موعد الانتخابات المبكرة والتي اجريت

(1) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 28 /اتحادية /2019 في 2019/5/21 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا

www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/12/8 .

(2) صدر عن الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية قراراً بالعدد 5 / 4 الهيئة العامة / 2020 في 2020/17/3 يقضي "بعدم جواز ترشيح المحكمة الاتحادية العليا أو رئيسها لأي قاضٍ متقاعد أو مستمراً بالخدمة القضائية بصفة عضو أصلي أو احتياط لعضوية المحكمة الاتحادية العليا بالاستناد إلى الحكم بعدم دستورية المادة (3) من قانون المحكمة الاتحادية العليا وفق قرارها بالعدد 38 في 2019 / 5 / 21 فضلا عن عدم وجود نص دستوري أو قانوني يُجيز ذلك." وعلى هذا الأساس قضت محكمة التمييز الاتحادية بعدم دستورية قرار المحكمة الاتحادية العليا كونه فاقداً للشكل القانوني لعدم اكتمال نصاب المحكمة العدد 2 /الهيئة العامة 2020 الموافق 1 /7/ 2020. للمزيد ينظر د. غانم عبد دهش الشباني، ، مصدر سابق ، ص1351.

في العاشر من شهر تشرين الثاني 2021 ، وكون الدستور ينص في مادته (93/سابعاً) على مُصادقة المحكمة الاتحادية على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب، لذا وجد مجلس النواب نفسه أمام أمر واقع بضرورة معالجة الفراغ الدستوري وفق خيارين لا ثالث لهما ، اما تشريع أصل القانون المنصوص في المادة (92/ثانياً) من الدستور أو إصدار قانون تعديل الأمر رقم 30 لسنة 2005 وإيجاد نص بديل للنص الملغى من قبل المحكمة الاتحادية وتحديد جهة ما تتولى ترشيح رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية⁽¹⁾ .

ونتيجة للخلافات والاضاع السياسية السائدة صدر قانون التعديل الاول رقم 25 لسنة 2021 لقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005. وبموجب هذا القانون تم تحديد عدد اعضاء المحكمة الاتحادية العليا وآلية تشكيلها إذ اشارت المادة (3) من القانون المعدل أن تتشكل المحكمة الاتحادية من رئيس ونائب للرئيس وسبعة اعضاء اصليين، واربعة اعضاء احتياط غير متفرغين يتم إختيارهم من بين قضاة الصنف الاول والمستمرين بالخدمة ممن تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن (15) خمس عشرة سنة⁽²⁾.

وبذلك يكون نص هذه المادة قد خالف نصاً صريحاً واضحاً للدستور وذلك باقتصار أعضاء المحكمة الاتحادية على القضاة المستمرين بالخدمة وإستبعاد الفقهاء في الشريعة والقانون . وعلى الرغم من صدور قانون التعديل الاول لقانون المحكمة الاتحادية رقم (30) لسنة 2005 ؛ فإن المحكمة لا تزال تشكل من القضاة فقط خلافاً لما منصوص عليه في الدستور .

وأشارت الفقرة الثانية من المادة (3) من القانون المعدل الى تحديد الجهة المختصة التي لها سلطة اختيار أعضاء المحكمة إذ اسند لرئيس مجلس القضاء الاعلى ورئيس المحكمة الاتحادية العليا ورئيس جهاز الادعاء العام ورئيس جهاز الإشراف القضائي ، مهمة اختيار رئيس المحكمة ونائبه والأعضاء من بين القضاة المرشحين مع تمثيل الأقاليم .

(1) القاضي فائق زيدان ، المحكمة الاتحادية العليا..... ولادة عسيرة ، مقال منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا

www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/10/20 .

(2) المادة (3/اولا أ-ب) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل.

ولقد حدد قانون التعديل الأول ولاية قضاة هذه المحكمة بعمر (72) عكس ما كان عليه سابقاً إذ كان ينص على أن عضو المحكمة الاتحادية يعين لمدى الحياة⁽¹⁾. إلا أنه يؤخذ عليه أنه لم يحدد السن المطلوب عند الترشيح والاختيار لعضوية المحكمة .

يمكن القول بالرغم من أن التعديل الاول من قانون المحكمة الاتحادية العليا قد عالج بعض الاشكاليات المتعلقة بالمحكمة الاتحادية من حيث تحديد عدد أعضاء المحكمة والجهة التي تقوم باختيار رئيس ونائب رئيس المحكمة بموجب نص المادة(3/ثانياً) من القانون المعدل المذكور سلفاً ، إلا أنه نجد بعض المثالب على تشكيل المحكمة إذ لم تشر هذه المادة للجهة التي تتولى ترشيح رئيس وأعضاء المحكمة، وإنما فقط أشارت إلى الجهة التي تتولى إختيار رئيس المحكمة ونائبه وباقي الاعضاء حيث لرئيس مجلس القضاء الأعلى سلطة الاختيار وليس الترشيح، إذ تعد إشكالية قانونية يفترض معالجتها إذ لا بد أن تسبق عملية الاختيار الترشيح هل هي ذات الجهات التي تختار حسب ما منصوص عليه في نص المادة اعلاه ام جهات أخرى ؟ فمن هي الجهة التي تتولى ترشيح الاعضاء ليتم إختيارهم ثم تعيينهم ؟ وهنا نلاحظ نقص في صياغة نص هذه المادة ومن أجل تقادي هذه المثالب أو الاشكاليات كان يفترض من المشرع الدستوري تعيين الجهة المختصة في إختيار اعضاء المحكمة الاتحادية العليا في صلب الدستور لتأكيد استقلالها في مواجهة مجلس القضاء الاعلى والجهات القضائية الاخرى وحمايتها من العوائق التشريعية التي يمكن أن تنال من استقلالها ومن ثمّ تقييد سلطة المشرع العادي في ذلك . ونرى أن الدستور لم يعطِ إي دور لرئيس الجمهورية أو لمجلس النواب في الترشيح والاختيار أو الاعتراض ، إذ يؤيد البعض أن يكون التعيين لأعضاء المحكمة من قبل رئيس الجمهورية بسبب الوضع السياسي الراهن ، لكيلا يكون هناك تأثير على المحكمة ، وتجنب المنازعات السياسية وضمان استقلالها⁽²⁾. ولأن هذا الاستقلال يقوم إما على الترشيح والاختيار الذاتي للمحكمة على وفق ما اعتمده المشرع المصري في قانون المحكمة الدستورية العليا

(1) ينظر نص المادة (6/ثالثاً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.

(2) د. حازم النعيمي ، الدستور العراقي الجديد وقضايا الحقوق والحريات ، بحث منشور ضمن مؤلف (مراجعات في الدستور العراق) مركز العراق للدراسات ، بغداد ، 2006 ، ص 152.

رقم 48 لسنة 1979 المعدل⁽¹⁾ ، أو منح دور متساو لجميع السلطات بالترشيح والاختيار والتعيين وبما يحقق التوازن في ذلك.

ونرى من وجهه نظرنا ضرورة وجود هيئة مختصة ضمن هيكلية المحكمة الاتحادية تكون لها دور أساسي في اختيار أعضاء المحكمة ، بما يكرس الاستقلال الذاتي للمحكمة في اختيار أعضائها بعيداً عن تدخل السلطات الأخرى على أن يتولى رئيس الجمهورية تعيينهم بإصدار مراسيم جمهورية خاصة بذلك .

وبالرجوع الى نص المادة (6) من قانون التعديل الذي أشار الى التوازن الدستوري بين مكونات الشعب العراقي في تشكيل المحكمة يظهر البعد السياسي لتكوين المحكمة من خلال الموازنة الطائفية والقومية في تشكيلها⁽²⁾. إلا أن رأي المحكمة الاتحادية العليا بهذه المادة كما جاء في قرارها المرقم 21/اتحادية/2022 أن النص المذكور لا يتعارض واحكام الدستور كما جاء في ديباجة الدستور فالنص بالمادة (6) هو ترجمة للديباجة والتوازن الدستوري ينطوي عن مفهوم وحدة الشعب العراقي باعتبار ان الدستور ضامن لوحدة العراق⁽³⁾ .

ونظراً للدور الكبير للمحكمة الاتحادية في الحياة السياسية فقد اشترط المشرع الدستوري أن يشرع قانون خاص ينظم هيكلية عمل المحكمة الاتحادية باغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب وهي الأغلبية الواردة في الفقرة الثانية من المادة (92) من الدستور إلا أن هذا الشرط تمت مخالفته من قبل مجلس النواب عندما صوتوا على تعديل قانون المحكمة الاتحادية بالاغلبية البسيطة خلافاً ما جاء في الدستور ، وبذلك خالفت التعديل الاخير على قانون المحكمة إرادة المشرع الدستوري في اشتراطه الأغلبية المطلوبة.

(1) نصت المادة (5) من قانون المحكمة الاتحادية في مصر رقم 48 لسنة 1979 المعدل على أن " يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية من بين أقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة ، ويعين نائب رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة الجمعية العامة للمحكمة، ويجب ان يكون ثلثا نواب رئيس المحكمة على الاقل من أعضاء الهيئات القضائية ، على أن تكون الاولوية في التعيين لأعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة ، ويحدد قرار التعيين اقدمية نائب رئيس المحكمة".

(2) د. محمد عبد الرحيم حاتم ، المحكمة الاتحادية في الدستور ، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، 2018، ص 47.

(3) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 21/اتحادية/2022 في 2022/4/6 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/10/25 .

في الواقع يمكن القول إن تعديل قانون المحكمة الاتحادية جاء لوضع معالجات آنية وليس جذرية؛ لذا يعد ترحيل للمشكلة وليس حلاً لها إذ كان من المفترض تشريع قانون جديد يلغي قانون رقم 30 لسنة 2005 ويضع حداً للإجتهاادات والخلافات بين القوى السياسية ، بينما جاء التعديل لمعالجة ضرورة سياسية هي إجراء الانتخابات وتسيير العملية السياسية كون عدم إكمال النصاب القانوني للمحكمة الاتحادية سوف يعطل عملية إجراء الانتخابات الذي يتطلب مصادقة المحكمة الاتحادية بموجب الدستور على نتائجها ومن ثم يؤدي إلى تعطيل الحياة السياسية في البلاد .

المطلب الثاني

الإشكالية المتعلقة بالاختصاص الوظيفي

نظراً لأهمية الأعباء الملقاة على عاتق المحكمة الاتحادية العليا في العراق وخطورة المواقف التي تعالجها ، وبموجب الدستور تُعد الجهة الوحيدة المختصة بالنظر في الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة ، ولقد حددت المادة (93) من دستور العراق لسنة 2005 اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا على سبيل الحصر ، ونجد من خلال الاطلاع على نص المادة اعلاه أنها جاءت شاملة وواسعة وتتماشى مع مكانة المحكمة الاتحادية العليا إذ تضمنت اختصاصات اصلية واختصاصات اخرى مضافة⁽¹⁾ ، وقد جاءت الاختصاصات المنصوص عليها في احكام الدستور بشكل اوسع مما كانت عليه في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية⁽²⁾.

وفيما يلي سنقسم هذا المطلب على فرعين يتضمن الفرع الاول الاختصاصات الاصلية للمحكمة الاتحادية العليا ، بينما سنوضح في الفرع الثاني الاختصاصات المضافة للمحكمة العليا وكما يأتي.

(1) هناك من قسم اختصاصات المحكمة الاتحادية الى قسمين: الاول يتضمن اختصاصات قضائية. والثاني اختصاصات قضائية سياسية . للمزيد من التفصيل ينظر. د.عباس هادي العقابي ، المحكمة الاتحادية العراقية بين الدور القانوني والتأثير السياسي ، مكتبة القانون المقارن ، ط1، بغداد، الصالحية ، 2012 ، ص23.

(2) للمزيد ينظر نص المادة (44/ الفقرة أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

الفرع الاول

الاختصاصات الاصلية للمحكمة الاتحادية العليا

تتخصر هذه الاختصاصات بموجب المادة (93 /اولا وثانياً) من دستور 2005 لتشمل :

اولاً : الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة

أشارت المادة 93/اولا من الدستور الى هذا الاختصاص وكذلك أشارت اليها المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 2021 .

وكون المحكمة الاتحادية هيئة قضائية مختصة فلقد منح لها المشرع الدستوري مهمة الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة ، مما يعني أن المشرع العراقي قد أخذ بالمفهوم الواسع للقانون وبالمدلول الموضوعي له ، ليكون بذلك الدور الرقابي للمحكمة ممتداً لكل النصوص التشريعية الاصلية أو الفرعية⁽¹⁾.

وتتخصر الرقابة الدستورية على القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والانظمة الصادرة من السلطة التنفيذية وقد ساوى المشرع بين القانون العادي والقانون الفرعي في مجال الرقابة ، بشرط أن تكون هذه النصوص نافذة ولم تلغ صراحةً أو ضمناً⁽²⁾.

وتؤثر الرقابة على دستورية الانظمة النافذة بعض الإشكالات حيث أنشأ قانون مجلس شوري الدولة رقم 108 لسنة 1989 في تعديله الثاني محكمة القضاء الاداري ومنح لها الرقابة على القرارات والانظمة الادارية وتأكد هذا الاختصاص في التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم 17 لسنة 2013 ، في حين نجد ذات الاختصاص منح للمحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (93) من الدستور ، وهذا يعني أن هناك تنازحاً ايجابياً بين المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة القضاء الاداري في الرقابة على الانظمة النافذة ، وهناك اختلاف في الفقه الدستوري في منح هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا أو محكمة القضاء الاداري فتعددت الآراء بشأن ذلك فهناك رأي أيد حق المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية الانظمة النافذة ، وجاء ذلك تأكيداً

(1) علي عبد السادة جعيز العكيلي، رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الصلاحيات الحكومية في العراق، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، معهد العلمين للدراسات العليا، قسم القانون، 2019، ص 49.

(2) محمد جبار طالب الموسوي، مصدر سابق، ص 65.

.....

لسيادة القانون وإنَّ حماية أحكام الدستور وصونها من الخروج عليها لا تتحقق إلا إذا امتدت رقابة المحكمة الاتحادية العليا على التشريعات كلها الاصلية منها والفرعية ، وإنَّ امتداد هذه الرقابة على الانظمة النافذة لأمر تقتضيه طبيعة مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات والتي تبناها المشرع الدستوري في دستور 2005 ، وهذا ما يحقق وحدة الاحكام القضائية ويمنع احتمال تعارض آراء وتضارب الاحكام في المسألة الواحدة (1).

بينما ذهب الرأي الاخر بأن منح المحكمة الاتحادية العليا صلاحية الرقابة على الانظمة النافذة محل نظر. وذلك لأن الانظمة وياً كانت الجهة التي تصدرها هي قرارات ادارية تنظيمية ، وأن الرقابة على الانظمة النافذة هي رقابة مشروعية وليست رقابة دستورية، وإنَّ محكمة القضاء الاداري في العراق تملك اختصاص النظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم تعين القانون مرجعاً للطعن فيها بموجب المادة (7/رابعاً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل ، ويرى هذا الاتجاه أن محكمة القضاء الاداري عندما تنتظر في صحة الانظمة فإنها تزنها في ميزان الدستور والقانون نزولاً عند مبدأ تدرج القواعد القانونية (2).

وهناك من يرى بأن الطعن بالانظمة والقرارات الادارية أمام القضاء الاداري أكثر نفعاً من الطعن بها أمام القضاء الدستوري لعدة أسباب، من أهمها أن الحكم الصادر من القضاء الاداري يكون قابلاً للطعن فيه ، أما الحكم الصادر في دعوى دستورية من القضاء الدستوري فيكون نهائياً غير قابل للطعن، كما إذا صدر حكم من محكمة القضاء الاداري بالغاء قرار اداري سواء كان تنظيمياً ام فردياً ، فإنه سيؤدي الى إعدامه وبأثر رجعي يمتد الى تاريخ صدوره ، فضلا عن زوال الآثار القانونية المتولدة عنه، في حين أن الالغاء الصادر من المحكمة الاتحادية العليا يسري من تاريخ صدور الحكم من المحكمة (3) .

(1) د. مها بهجت الصالحي، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاتها بالرقابة على دستورية القوانين، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2008، ص 24-25.

(2) د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2008، ص 30.

(3) للمزيد من التفصيل ينظر د. ازهار هاشم احمد الزهيري، الرقابة على دستورية الانظمة و القرارات الادارية دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2017، ص 342-343.

إلا أنه ليس بصورة مطلقة وإنما حددت المادة (37) أولاً وثانياً من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022 أثر الحكم الصادر في غير النصوص الجزائية من تاريخ صدوره إلا إذا نص الحكم على خلاف ذلك ، والمادة (38) آثار الحكم الصادر منها آثار القرار التفسيري من تاريخ نفاذ أحكام النص موضوع التفسير ، ما لم ينص القرار على خلاف ذلك.

هذا وتجدر الإشارة إنَّ حكم إلغاء القانون أو النظام الصادر من المحكمة الاتحادية العليا هو إنعدام النص التشريعي وزوال آثاره المادية والقانونية، وينتج عن ذلك عدم قدرة الطاعن بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن النظام أو القرار الملغي ، لأنها لا تملك هذا الاختصاص وفق ما منصوص عليه في نص المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا المعدل⁽¹⁾ .

في الواقع من وجهة نظرنا أنَّ السبب في توجه إرادة المشرع الدستوري في منح المحكمة صلاحية الرقابة على الأنظمة النافذة هو أن مخالفات التشريعات للدستور تظهر غالباً بمخالفة التشريعات الفرعية والأنظمة له ، وتبدو متوازية مقارنةً بمخالفة التشريعات والقوانين له.

كما أن لا فرق جوهري بين نص المشرع الدستوري وغايته في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة ، فالسمة التي تتصف بها الأنظمة هي السمة ذاتها التي تتصف بها القوانين كونهما قواعد عامة مجردة عامة ترتب مراكز قانونية عامة في الغالب ، لذا يبقى الباب مفتوحاً أمام تلمس غاية وحكمة المشرع الدستوري الذي سمح بالرقابة على الأنظمة أسوةً بالقوانين وقد يكون المشرع الدستوري موفقاً بالرغم من إعتراض الكثيرين في منح المحكمة الاتحادية الرقابة على الأنظمة النافذة بحيث تعمل كل سلطات الدولة من تشريعية وتنفيذية وفق أحكام الدستور.

ثانياً : تفسير نصوص الدستور

(1) د. غانم عبد دهش الشباني، مصدر سابق، ص 1355. في التعديل الأول للمحكمة الاتحادية العليا رقم 25 لسنة 2021 الغيت المادة(4/ثانياً) والتي كانت موجودة بالأمر رقم 30 لسنة 2005 والتي تتعلق بالفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أية جهة تملك حق إصدارها والغائها التي تتعارض منها مع أحكام إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004.

من الاختصاصات الاصلية التي تدخل ضمن عمل المحكمة الاتحادية العليا اختصاصها في تفسير الدستور الذي لم يكن منصوصاً عليه في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 ولا قانونها رقم 30 لسنة 2005 وحسباً اناط المشرع الدستوري جهة واحدة لتفسير نصوص الدستور حيث يؤدي ذلك الى تحقيق الاستقرار للسلطات العامة لأسباب أهمها وحدة الجهة القائمة بالتفسير ، وهذا الأمر من شأنه إصدار تفسيرات موحدة وثابتة للنص الدستوري دون الخضوع للأهواء السياسية ، كما أن صدور تشريع مخالف للدستور ستكون نتيجته بطلانه أو الغائه⁽¹⁾.

هذا ولم يتضمن الدستور ولا قانون المحكمة الاتحادية العليا الجهة المختصة في طلب تفسير النص الدستوري ، لكن من خلال الواقع العملي المستقر عليه في سوابق المحكمة الاتحادية يقضي بأن طلبات تفسير النصوص الدستورية تقدم من رئيس الجمهورية ، أو رئيس مجلس النواب أو احد نائبيه أو رئيس الوزراء أو الوزراء . وتجدر الاشارة أن النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022 النافذ حدد الجهات التي لها حق طلب تفسير نصوص الدستور حيث أجاز للسلطات الاتحادية الثلاث والوزارت والهيئات المستقلة ورئاسة وزراء الإقليم والجهات غير المرتبطة بوزارة والمحافظين تقديم طلب الى المحكمة لتفسير نص دستوري وفق اجراءات منصوص عليه في النظام الداخلي⁽²⁾. ولقد أخذت المحكمة الاتحادية العليا بالمعنى الضيق للدستور عند التفسير وذلك بقصره على تفسير نصوص الدستور وفق المعيار الشكلي دون أن تأخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد الدستور ، وبذلك يخرج من نطاقها تفسير نصوص القانون وغيرها من التشريعات والانظمة⁽³⁾. وبصدد ذلك أصدرت المحكمة الاتحادية حكماً أشارت صراحةً أنها مختصة بتفسير نصوص الدستور إذ جاء فيه " إنَّ اختصاص المحكمة الاتحادية هو تفسير نصوص الدستور وليس تفسير القانون لذا قرر رد الطلب من جهة عدم الاختصاص ..."⁽⁴⁾.

(1) انتصار جمعة ناصر، آلية تشكيل المحاكم الدستورية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في الجامعة العراقية، قسم القانون العام، 2022، ص 43.

(2) ينظر نص المادة (24) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية النافذ رقم 1 لسنة 2022.

(3) علي عبد السادة جعيز العكلي، مصدر سابق، ص 53.

(4) تقوم حيثيات القرار على طلب من النائب (م. ر. ض. ج) لغرض الاستيضاح عن سؤاله المتضمن (يجوز لمن تم شموله بقانون العفو العام رقم (19) لسنة 2008 عن قضية فساد أن يتم شموله مجدداً بقانون العفو العام رقم 27 لسنة 2016 عن

كما ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم 24/اتحادية/2023 في 2023/2/27 بأنها لا تختص بنظر طلبات التفسير التشريعي بصفة اصلية لأنها ليست جهة للإفتاء وبيان الرأي ، ولا سيما أن الموضوع المستفسر عنه والنص المطلوب تفسيره، من المحتمل أن يكون مستقبلاً محلاً لنزاع قائم وخصومة قضائية أمام الجهات القضائية المختصة غير هذه المحكمة....⁽¹⁾.

وبذلك تبقى ولايتها قائمة في تفسير التشريعات بمناسبة النظر بدستورية القوانين أو بمناسبة الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات المحلية ، وبمناسبة الفصل في المنازعات التي تحصل بين حكومات الأقاليم والمحافظات .

يمكن القول إن المحكمة الاتحادية العليا قد مارست دوراً انشائياً بتفسيرها لنصوص الدستور في العديد من قراراتها منها تفسير مفهوم (أغلبه الثلثين) الوارد في البندين (1 وب) من المادة (61) من دستور 2005 في القرار المرقم 278/ت/2006 ، وكذلك تفسيرها لمفهوم (الأغلبية المطلقة) الوارد في المادتين (61/ثامناً و76/رابعاً) في القرار المرقم 23/ت/2007 الصادر بتاريخ 2007/10/21. وأيضاً بشأن مفهوم الكثافة السكانية الواردة في المادة (4) من الدستور العراقي في القرار المرقم 15/ت/2008 الصادر بتاريخ 2008/8/21⁽²⁾.

قضيتين تتعلقان بجنحة هدر المال العام ويمضي عقوبة الحبس، وإذا تم شموله المذكور وقيامه بدفع الغرامة عن الاموال التي تم هدرها مما يعني انه متورط بالفساد فهل يجوز أن يعود الى تولي منصبه كمحافظ بعد أن فقد احد شروط تولي ذلك المنصب المنصوص عليها والمتعلقة بحسن السيرة والسلوك. ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد 104/اتحادية/2017 في 10

10/ 2017 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/9/25

(1) تتضمن حيثيات القرار قيام رئيس الاتحاد العراقي المركزي لبناء الاجسام واللياقة البدنية بتقديم طلب الى المحكمة الاتحادية العليا لتفسير الفقرة الخاصة بمنح إجازات لممارسة لعبة أو رياضة معينة في الاندية والمراكز والاكاديميات والاشراف في المادة (30/اولا) من قانون الاتحادات الرياضية الوطنية رقم 24 لسنة 2021 وقررت المحكمة رد طلب الاستفسار شكلاً لعدم الاختصاص. ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 24/اتحادية/2023 في 2023/2/27 منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq، تاريخ الزيارة 2023/9/25 .

(2) للمزيد من التفصيل ينظر د. عثمان ياسين علي، اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في تفسير النصوص الدستورية "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة ق لآي زانست العلمية، الجامعة اللبنانية الفرنسية، اربيل، المجلد 5 ، العدد 2، 2020، ص 754.

في الحقيقة أن توسيع وتضييق إتجاهات المحكمة العليا في تفسير النصوص الدستورية في بعض قراراتها دون التقييد بمعايير تفسير النصوص أدى الى إخفاق المحكمة في حمايتها للدستور والحقوق الاساسية مما تعرض موقفها للانتقادات من قبل جانب من الفقه الى حد توصيفه بالتسييس⁽¹⁾.

لذا على المحكمة الاتحادية الأخذ بالتفسير الواسع من حيث اختصاصها والأخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد النصوص الدستورية ، وكذلك عند تصديها للتفسير الدستوري من خلال البت في القضايا ، بحيث تكون من اولوياتها حماية حقوق الانسان والتوازن بين السلطات الاتحادية الثلاث (التنفيذية والتشريعية والقضائية) والتوازن بين السلطة الاتحادية مع سلطات الإقليم أو الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة بإقليم.

نجد من خلال عرض بعض القرارات التفسيرية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق أن بعضها سار في سياقه دون أن يثير اللغظ ، إذ كانت معظم قراراتها لها دور أساسي في إستنباط المبادئ الدستورية التي اسهمت في سد الفراغ الدستوري دون تحريفها أو خروجها عن معناها المقصود متفقة عن مقاصد روح الدستور، في حين بعض القرارات الأخرى خرجت عن معناها المقصود وغيرت مفاهيمها مخالفة بذلك المبادئ القانونية وغير متفقة مع روح وغايات الدستور.

الفرع الثاني

الاختصاصات المضافة للمحكمة الاتحادية العليا

الى جانب الاختصاصات الاصلية المنصوص عليها في الدستور للمحكمة الاتحادية العليا هناك ثمة اختصاصات أخرى مضافة ذات طابع قضائي وسياسي بموجب المادة (93) من الدستور منها:

1 : الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية ، والقرارات والانظمة والتعليمات ، والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ، ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء ، وذوي الشأن ، من الافراد وغيرهم ، حق الطعن المباشر لدى المحكمة.

نجد من خلال هذه الفقرة اعلاه أن الصياغة القانونية عرضة للتأويل والتفسير ، إذ يخلق إشكالية فيما يتعلق بماهية هذه القضايا وأنواعها ، والتي تنشأ عن هذا التطبيق . وأختلفت الآراء بهذا الشأن فهناك من يرى في تفسيره لنص المادة (93/ثالثاً) هو الفصل في القضايا الناشئة من جراء تطبيق القوانين الاتحادية التي تتضمن في

(1) المصدر نفسه، ص 772.

نصوصها قواعد قانونية تخالف المبادئ الدستورية والطعن لدى هذه المحكمة يتعلق بالجانب الرقابي على الدستورية ولا يتعداها ، ويعد هذا القول مردود عليه كون المشرع الدستوري اجاز صراحةً للمحكمة الاتحادية الاختصاص في الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة ، كما أن هذا الرأي قد تغاضى عن بيان طبيعة رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطات الاتحادية⁽¹⁾.

هذا ويقتصر دور المحكمة الاتحادية العليا البحث في دستورية الانظمة النافذة فقط ولا يمتد ليشمل مشروعية الانظمة أيضاً ، كما أخرج المشرع الدستوري القرارات الفردية والتعليمات والاجراءات من الرقابة على دستوريته حيث إن منح المحكمة الرقابة على مشروعية الانظمة والتعليمات سوف يوسع من اختصاصها ويجعل منها محكمة موضوع وسيؤدي الى تنازع في الاختصاص بينها وبين المحاكم في القضائين العادي والاداري . فلقد الغي هذا الاختصاص بالقانون رقم 25 لسنة 2021 قانون التعديل الاول للمحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.

ويؤكد الواقع التطبيقي للمحكمة الاتحادية العليا على ذلك فلقد ردت المحكمة الاتحادية العليا الدعوى المتضمنة طلب إبطال إجراءات تسجيل الشقة المرقمة (2/2482) كرامة مريم بحجة مخالفتها لمبدأ دستوري ورد في المادة (14) من دستور جمهورية العراق التي تنص بأنه " العراقيون متساوون امام القانون " والمادة (16) منه والتي تنص على أن " تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين .." وقضت المحكمة بأن الادعاء بعدم دستورية إجراءات تسجيل الشقة يخرج من اختصاص المحكمة ويعد من قبيل القرارات الادارية⁽²⁾.

كما ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم 54/اتحادية /2012 بعدم اختصاصها بالرقابة على مشروعية التعليمات المخالفة للقانون بشكل صريح⁽³⁾؛ لذا ليس من المنطق منح المحكمة الاتحادية حق النظر في القضايا أو الاجراءات الادارية التي تتعلق بتطبيق التشريعات ، كون ذلك يتعارض بصورة صريحة مع

(1) د. ازهار هاشم احمد الزهيري، مصدر سابق، ص 210.

(2) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 54/اتحادية /2012 في 2012/12/18 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/11/20

(3) قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 37/اتحادية /2008 في 2009/1/12 متاح على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/11/20

الاختصاص الممنوح لمحكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاة الموظفين المنظم بموجب قانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل⁽¹⁾.

2: الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية ، وحكومات الإقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية وفق الفقرة (رابعاً) من الدستور. وكذلك الفصل في المنازعات التي تحصل فيما بين حكومات الأقاليم أو المحافظات وفقاً للفقرة (خامساً) منه.

نجد أن الاختصاص اعلاه يُعد توسعاً غير مبرر فاذا كان من الطبيعي أن تنتظر المحكمة الاتحادية العليا في المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم؛ فإن الأمر ليس كذلك في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية والمحافظات والبلديات والادارات المحلية ، ذلك لأن الاولى تعمل على وفق مبدأ اللامركزية السياسية، والثانية تعمل على وفق مبدأ المركزية الادارية كما صرحت بذلك المادة (122/ثانياً) من الدستور؛ لذا فإنها من حيث المبدأ تخضع للرقابة المركزية⁽²⁾. وعلى هذا الاساس فإن المنازعات التي تنشأ بين الحكومة الاتحادية والمجالس المحلية التي تعمل على وفق مبدأ اللامركزية الادارية تختص بها جهة القضاء العادي والاداري ، وعليه لا مسوغ لشغل المحكمة الاتحادية العليا بها⁽³⁾.

ونرى من الضروري قيام المشرع الدستوري بدمج كل من الفقرة (رابعاً / وخامساً) من المادة (93) من الدستور كون كل منهم يتعلق بموضوع واحد.

3 : الفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء ، وينظم ذلك بقانون. وردت هذه ضمن الفقرة (سادساً) من المادة (93) من الدستور.

إلا أنه لم يصدر إلى الآن قانون ينظم هذه المسألة، مما يعد قصوراً من جانب المشرع العادي الذي أحال له المشرع الدستوري تنظيم تلك الاتهامات بموجب قانون يسن فيما بعد وهو كغيره من القوانين التي لم تشرع ومن ثم تعطيل الكثير من النصوص الدستورية ، مما يعد واحدة من الإشكاليات القانونية المتعلقة بالاختصاص

(1) د. محمد جاسم كاظم، التنظيم الدستوري والقانوني للمحكمة الاتحادية العليا في النظام الاتحادي "دراسة مقارنة"، مكتبة السنهوري، بيروت، 2023، ص 127.

(2) د. غازي فيصل مهدي، مصدر سابق، ص 35-36.

(3) المصدر نفسه ، ص38.

.....
الوظيفة للمحكمة الاتحادية العليا، بالرغم من أن هذا الاختصاص قد تم تنظيمه بموجب النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم 1 لسنة 2022 مما يمثل خرقاً لأحكام الدستور وإنتهاكاً لإرادة المشرع الدستوري الذي منح للمشرع العادي تنظيم هذه المسألة بتشريع قانون يعالجه من خلال إصدار قانون خاص ينظم إجراءات إحالة اصحاب المناصب السيادية الى المحكمة في حال إتهامهم بقضايا معينة ، ومعالجة ما يترتب على هذه الإحالة من آثار مثل خلو المنصب لحين الفصل في الاتهامات الموجه لهم (1) .

4 : المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب .

إنَّ منح المحكمة الاتحادية هذا الاختصاص بموجب الفقرة (سابعاً) من المادة (93) من الدستور لها أبعاد سياسية وقانونية في آن واحد بصفتها أعلى هيئة قضائية بالدولة ومصادقتها تعني مصادقية العملية الانتخابية وشرعية السلطات المشكلة بموجبها ، وإنَّ شرعية السلطة تتحقق عند توفير الضمانات المناسبة لإستقرار عمل مؤسسات الحكم بشأن تطبيق القوانين وما يثار بشأنها من خلافات ، وما يتعلق بسلامة محاكمة أعضاء السلطة التنفيذية وعدالتها(2).

ويُعد قرار المحكمة الاتحادية العليا بالمُصادقة على نتائج الانتخابات العامة هو قرار كاشف للإرادة العامة للشعب وليس منشى لها ، إلا أنه يُعاب على هذا الاختصاص أنه سيؤدي الى تعطيل إعلان نتائج الانتخابات البرلمانية دون مبرر (3) ، فيفترض أن تكون الجهة المسؤولة على عملية الانتخابات برمتها هي المفوضية العليا المستقلة للانتخابات وفقاً لقانون المفوضية العليا المستقلة للانتخابات رقم 31 لسنة 2019 والتي تخضع لرقابة مجلس النواب(4).

(1) ينظر نص المادة (28) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم رقم 1 لسنة 2022.

(2) د. مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعد دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2008، ص 78.

(3) د. محمد جاسم كاظم، مصدر سابق، ص 135.

(4) علماً أن القانون المفوضية العليا المستقلة لانتخابات رقم 11 لسنة 2007 وتعديلاته الغيت بالقانون رقم 31 لسنة 2019. المنشور بالوقائع العراقية 4569 في 2019/12/30.

ومن أجل التوسع في هذا الاختصاص ومنعاً لأي إشكالية نأمل ضمن التعديل الدستوري إدراج فقرة في الدستور بالنص صراحةً على منح المحكمة الاتحادية العليا سلطة الرقابة على دستورية التعديلات الدستورية بشكل صريح الى جانب الاختصاصات الأخرى الواردة في الدستور . إذ يقع على القضاء الدستوري مراقبة تعديل نصوص الدستور ومدى مطابقتها للإجراءات دافعاً لأي إشكالية قد تقع فيها سلطة تعديل الدستور ، مع مراقبة عملية الاستفتاء كون هذه العملية ضرورية في تعديل نصوص الدستور.

ثامنا -أ- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي ، والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

ب- الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للأقاليم ، أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم. إنَّ منح المحكمة الاتحادية العليا اختصاص الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم إتجاه محمود ومستساغ دستورياً وهو يدخل ضمن الوظيفة الأساسية للمحكمة الاتحادية في الانظمة الفدرالية وهي مراقبة توزيع الاختصاصات بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم ، إلا أن الأمر غير المستساغ هو إناطة المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في تنازع الاختصاص القضائي بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة بإقليم كون الهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة بإقليم تتبع القضاء الاتحادي وتكون جزءاً منها وخاضعة لسلطان مجلس القضاء الاعلى وقراراتها خاضعة لإشراف محكمة التمييز الاتحادية العراقية، فإذا حصل تنازع في الاختصاص بين المحاكم المذكورة فإنه يفض طبعاً لاحكام المادتين (78 و79) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل (1).

وجاءت المادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل لتتنص على الاختصاصات ذاتها التي ذكرها المشرع الدستوري في دستور 2005 بإستثناء إضافة اختصاص وظيفي أخير هو النظر بالطعن في قرار مجلس النواب الصادر على وفق ما منصوص عليه في المادة(52/ اولاً وثانياً) من الدستور ، والخاصة بصلاحية مجلس النواب بالبت في صحة عضوية أعضائه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض بأغلبية ثلثي أعضائه ، إذ يجوز الطعن في قرار المجلس امام المحكمة الاتحادية العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره .

(1) د. محمد جاسم كاظم، مصدر سابق، ص137.

ومن خلال الرجوع الى نص المادة (2) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022 نجد أن المشرع العراقي منح اختصاصات للمحكمة الاتحادية ذاتها الممنوحة لها في المادتين (52 و93) من دستور العراق لسنة 2005، والمادة (4) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل، إلا أن المشرع العراقي أضاف إختصاص جديد للمحكمة الاتحادية العليا غير مذكور أو لم يرد في المادة (93) من الدستور ولا في المادة (4) من قانون المحكمة المعدل وهي "الصلاحيات والاختصاصات المنصوص عليها في القوانين النافذه الاخرى".

لذا ثمة تساؤل هل يجوز للنظام الداخلي أن يضيف إختصاص جديد للمحكمة الاتحادية لم يرد بها نص في الدستور ولا في قانونها المعدل؟ . بالتأكيد يعد ذلك تجاوزاً على الدستور والقانون من التشريع الفرعي الخاص بالمحكمة الاتحادية خلافاً لقاعدة أساسية وهي قاعدة التدرج القانوني ، مما يتطلب الأمر معالجة هذه الفقرة، لأنه يخلق لنا إشكالية يمس اختصاص المحكمة الاتحادية العليا ويفتح الباب على مصراعيه للتأويل والتفسير؛ لذا نقترح تعديل نص المادة الثانية من النظام الداخلي للمحكمة كونها أضافت فقرة مخالفة للدستور والقانون والمتعلقة بنظر المنازعات في القوانين الاخرى.

في الواقع إن إناطة اختصاصات واسعة ذات طابع قضائي أصيل وأختصاصات أخرى ذات طابع قضائي وسياسي لمحكمة قضائية ذات طابع دستوري تستند في قضائها الى احكام الدستور تعلقو في وجودها على الهيئات القضائية كافة في الدولة الاتحادية ، عزز من استقلال المحكمة الاتحادية العليا في مواجهه باقي السلطات ، التي تمارس اختصاصاتها المختلفة في مواجهتها .

هذا وينص الدستور العراقي لسنة 2005 على الزامية قرارات المحكمة الاتحادية ، إذ جاء في المادة (94) منه على أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا باته وملزمة للسلطات كافة⁽¹⁾. كما أشار اليه قانون المحكمة الاتحادية رقم 30 لسنة 2005، والنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022⁽²⁾. وبالرجوع الى نصوص الدستور نجد عدم وجود نص صريح في دستور 2005 أو في قانون المحكمة الاتحادية العليا، يحدد الأثر القانوني المترتب على أحكام المحكمة الاتحادية ، مما أثير على أثر ذلك إشكالية لأنه خلاف ما هو موجود في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004، إذ حدد المشرع الدستوري الجزاء المترتب على الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية هو إلغائه⁽³⁾. إلا أنه ثمة بعض الدلائل التي يمكن أن نستشف منها هذا الأثر ونحدده ، وأهمها ما جاء في المادة (13/ثانياً) من دستور والتي نصت على أنه : " لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ، ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه" . وبذلك فإن المشرع الدستوري قد أشار إلى البطلان كأثر للنصوص التشريعية التي تسن خلافاً لإحكام الدستور . وبما إن قرارات المحكمة باتة وملزمة لجميع السلطات على وفق نص المادة (94) من الدستور ، فإن الحكم بعدم الدستورية يؤدي الى الغاء النص التشريعي الذي يتعارض مع الدستور ، حيث ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في قرار لها: " وحيث إن القانون رقم 26 لسنة 2011 (قانون رواتب ومخصصات رئاسة الجمهورية) قد شرع دون إتباع السياقات المتبعة والمتقدمة والمشار إليها في أعلاه فإنه جاء مخالفاً للدستور قرر الحكم بعدم دستوريته والغاءه " ⁽⁴⁾.

-
- (1) وهذا ما تؤكدته المحكمة الاتحادية العليا أيضاً في قراراتها التي تنص احداها على أن "..... قرار المحكمة يعتبر وحدة متكاملة بحجتها واسانيدته والفقرة الحكيمة، ولا يمكن تجزئتها فضلاً عن ذلك أن قراراتها باته وملزمة للسلطات كافة طبقاً لنص المادة (94) من دستور جمهورية العراق لعام 2005". ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 39/ اتحادية / 2008 في 12/09/2009 منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/12/20
- (2) ينظر المادة (5/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 المعدل . وينظر نص المادة (36) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا النافذ رقم 1 لسنة 2022.
- (3) ينظر نص المادة (44/ج) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004.
- (4) ينظر نص قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 2/ اتحادية / 2013 في 17/03/2013 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة تاريخ الزيارة 2023/12/3 www.iraqfsc.iq

ويُعد خلو الدستور العراقي من تحديد الأثر القانوني للحكم بعدم الدستورية وتحديد النطاق الزمني لسريانه ، بلا شك قصوراً يجب تلافيه ، أما بموجب تعديل دستوري-وهو الأجدى -أو أن يتولى تنظيمه قانون المحكمة الاتحادية العليا . ونعتقد أنه في مثل هذه الحالة وبالرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بان الأحكام بعدم الدستورية هي أحكام ذات طبيعة كاشفة للمخالفة الدستورية ، شريطة عدم مساسها بالحقوق والمراكز القانونية المستقرة بأحكام قضائية باتة ، على أن يتم بيان ضوابط وحدود الأثر الرجعي بنص قانوني ولا يتم تركها لتقدير المحكمة أي الأجدى أن يتولى تنظيمه قانون المحكمة الاتحادية العليا عند تشريعه (1).

(1) صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، تشكيلها واختصاصاتها دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير جامعة النهرين، قسم القانون العام، 2011، ص 140-147.

الخاتمة

في خاتمة بحثنا الموسوم بـ (الإشكاليات التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراق) توصلنا إلى بعض الاستنتاجات وقدمنا أهم التوصيات وهي كالآتي :

أولاً- الاستنتاجات

1. من خلال إستعراضنا للقرارات الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا نجد أنّ البعض منها كان لها دور بارز في الحياة السياسية ، مما أثر على ممارسة عملها واستقلاليتها ، ولقد تلمسنا من خلال قراراتها مدى تأثير الظروف السياسية والخلافات بين القوى السياسية على أحكامها الصادرة ، إذ قد تتأ المحكمة الاتحادية في بعض القضايا ذات الخلافات السياسية عن النظر بها أو عدها خارج صلاحيتها .
2. لم تُشكل المحكمة الاتحادية العليا وفق الآلية الدستورية المحددة في الدستور، وإنما سُكلت وفق ما جاء في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004 وليس على أساس ما جاء في نصوص الدستور لسنة 2005، كما أن قانون المحكمة ونظامها الداخلي جاء مستندين الى قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية بالرغم من الغائه.
3. لم ينص المشرع الدستوري في دستور 2005 على طريقة تشكيل المحكمة الاتحادية العليا وآلية إختيار أعضائها وعددهم ، وكذلك الشروط الواجب توافرها في أعضاء المحكمة ، أو من هي الجهة المختصة لإختيارهم، واكتفى بإحالة هذه الامور لقانون يسن من قبل المشرع العادي بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب.
4. إنّ لجوء مجلس النواب الى تعديل قانون المحكمة الاتحادية هو إجراء يتعارض من حيث الاصل مع الالتزام الدستوري الذي اوجب المشرع الدستوري على مجلس النواب منذ نفاذ دستور 2005 ضروة سن قانون خاص بالمحكمة الاتحادية العليا لتحديد اسلوب تكوين المحكمة وعدد أعضائها وكيفية أو آلية اختيارهم على وفق المادة (92/ثانياً) من الدستور.
5. إنّ البند اولاً من المادة (3) من قانون التعديل الاول للمحكمة الاتحادية العليا قد جاء مخالفاً للفقرة الثانية من المادة (92) من دستور 2005 كون القانون المعدل قصر عضوية المحكمة الاتحادية على فئة القضاة فقط ، بخلاف أحكام الدستور التي تقضي بأن يكون تشكيل المحكمة الاتحادية من ثلاث فئات وهم القضاة

.....
، وخبراء الفقه الاسلامي، وفقهاء القانون بالرغم من أن إشتراط المشرع الدستوري وجود خبراء الفقه الاسلامي في عضوية المحكمة الاتحادية يعد إقحاماً لغير المختصين في الشأن القانوني في هيئة قانونية وقضائية خالصة.

6. استخلصنا من خلال بحثنا أن قانون تعديل المحكمة الاتحادية لم يعالج الإشكاليات التي تواجه عمل المحكمة الاتحادية وكان عاجزاً عن تلبية التطورات التشريعية التي يمر بها العراق بل خلق العديد من الإشكاليات القانونية التي أصبحت مثار جدل انعكست سلباً على الواقع السياسي في البلد ، إذ شكك البعض بمدى صلاحية المحكمة للنظر في تفسير النصوص الدستورية عندما تصبح محل خلاف بين الكتل السياسية . وبذلك لم تاتِ التعديلات الواردة على قانون المحكمة منسجمة مع أحكام الدستور .

7. اوكل المشرع الدستوري في دستور 2005 الى المشرع العادي سن قانون باغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب فيما يخص بتشكيل المحكمة الاتحادية ، إلا أن التعديل الاخير على قانون المحكمة جاء متعارضاً مع النص الدستوري كون القانون عدل من قبل أعضاء مجلس النواب بالإغلبية البسيطة وهو ما يخالف الأغلبية المطلوبة في الدستور وهي أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب.

ثانياً : - التوصيات

- تتضمن التوصيات حلولاً ومعالجات قانونية لأهم الإشكاليات المطروحة في البحث وهي كالاتي :
1. نوصي المشرع الدستوري العراقي بتعديل نص المادة (92/ثانياً) من الدستور بأن ينظم الاحكام الرئيسية المتعلقة بالمحكمة الاتحادية العليا من حيث طريقة تكوينها أو تشكيلها أو تحديد عدد اعضائها ؛ إذ يسهم هذا التحديد باستقلالها عن المؤثرات التشريعية .
 2. ندعو المشرع العراقي إلى سن قانون جديد للمحكمة الاتحادية العليا أي إيجاد نظام قانوني متكامل من أجل ضمان استقلال المحكمة والحفاظ على مكانتها ، ويعالج الاشكاليات ومواطن الخلل والثغرات المنصوص عليها في القانون المعدل وتكون أحكامه منسجمة مع أحكام الدستور لسنة 2005 وعدم الاكتفاء بالتعديل الجزئي للقانون كون القانون المعدل خلق المزيد من الاشكاليات القانونية وتبقى جدلية مدى مشروعية وجود المحكمة واستمرارها في ظل القانون المعدل قائمة.

3. ندعو المشرع العراقي إلى وضع نظام قانوني خاص لإختيار رئيس وأعضاء المحكمة الاتحادية، وأن يكون تعيين رئيس المحكمة من قبل أعضاء المحكمة الاتحادية من خلال التصويت عليه داخل المحكمة ، بينما يكون إختيار أو تعيين أعضاء المحكمة من قبل قضاة متقاعدين من أعضاء محكمة التمييز أو رئيس مجلس القضاء الاعلى لكيلا يكون لهم سلطان عليهم ، أو إشراك أساتذة القانون الدستوري من المتقاعدين حصراً مع تحديد نسبة ممن لهم حق الإختيار ؛ لأن ذلك يعزز من إستقلالية المحكمة الاتحادية العليا وهيبته.
4. نقترح على المشرع الدستوري العراقي منح المحكمة الاتحادية العليا سلطة الموافقة على القوانين المتعلقة بها قبل تشريعها في مجلس النواب ، وعدم تشريع أي نص إلا بعد أخذ موافقتها بحيث يمكن إضافة فقرة ثالثة الى نص المادة (92) من الدستور وتكون كالآتي " تقترح المحكمة الاتحادية العليا مشروعات القوانين المتعلقة بها".
5. نقترح على المشرع العراقي وضع معايير معينة لإختيار رئيس واعضاء المحكمة الاتحادية العليا لإرتقاء بدورها الرقابي من خلال تعديل نص المادة (6) من قانون المحكمة المعدل الذي نص على حفظ التوازن بين مكونات الشعب في تكوين المحكمة ؛ لأن أعضاء المحكمة يجب أن يكونوا من أصحاب الكفاءة والنزاهة والخبرة في القضاء بغض النظر عن عرقهم أو لونهم أو أنتمائهم الديني والقومي أو السياسي .
6. ندعو المحكمة الاتحادية العليا العدول عن قرارها التفسيري بشأن الكتلة الأكثر عدداً، وذلك بإصدار أحكام جديدة تعدل مضامين قرارها السابق بشأن تفسير الكتلة النيابية الاكثر عدداً وفق المادة (76) وهو القرار ذي الرقم/ 25/اتحادية / 2010 واعتبارها الكتلة الفائزة في الانتخابات، وليس التي تتشكل فيما بعد، بما يتسق والاصول البرلمانية وينسجم مع المبدأ الديمقراطي. وكذلك تعديل قرارها المرقم 29 /اتحادية/ 2020 / في 16 آذار 2020 ، والحكم بأحقية الكتلة النيابية الأكثر عدداً بترشيح مرشح آخر لرئاسة مجلس الوزراء بعد فشل مرشحها الاول ، واقتصار اختصاص رئيس الجمهورية بإصدار أمر تكليفه فقط وليس ترشيحه.
7. نأمل من لجنة التعديلات الدستورية بتعديل نص المادة (92/ثانياً) بما يضمن أبعاد فئة خبراء الفقه الاسلامي من عضوية المحكمة ، كونه يمثل إقحام لغير المختصين في الشأن القانوني في هيئة قانونية وقضائية خالصة ، ويعرقل عمل المحكمة الاتحادية ، نظراً لتعدد المذاهب الاسلامية في العراق ، وإختلافها بشأن الكثير من المسائل الفقهية الحساسة.

8. ندعو المشرع العراقي إلى الإستعجال بتشريع قانون إجراءات مساءلة رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء والوزراء كونه اختصاصاً ضرورياً ومهماً من اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا.

9. ندعو المشرع الدستوري العراقي الى تحديد الأثر القانوني للحكم بعدم الدستورية اسوة ما جاء في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا وتحديد النطاق الزمني لسريانه بأن يكون الحكم بعدم الدستورية يتمتع بأثر رجعي، كون الحكم بعدم الدستورية يعني تجريد النص المحكوم بعدم دستوريته من القوة التنفيذية له من تاريخ صدوره ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز القانونية التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي به أو بإنقضاء مدة التقادم.

المصادر

اولا : الكتب

1. د. ازهار هاشم احمد الزهيري ، الرقابة على دستورية الانظمة والقرارات الادارية "دراسة مقارنة"، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية ، مصر، 2017 .
2. د. فرمان درويش حمد ، اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2013.
3. د. عاطف سالم عبد الرحمن ، دور القضاء الدستوري في الاصلاح السياسي - الاجتماعي - الاقتصادي ط1، ب-م ، 2010 .
4. د. عباس هادي العقابي، المحكمة الاتحادية العراقية بين الدور القانوني والتأثير السياسي ، ط1 ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد، 2019
5. د. عدنان عاجل عبيد ، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون دراسة دستورية مقارنة بالانظمة العربية والعالمية ، ط1 ، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية ، مصر، 2018 .
6. د. جودة احكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، ط1، منشورات مكتبة دار السلام القانونية، النجف الاشرف ، 2021 .
7. د. علي يوسف الشكري، المحكمة الاتحادية في العراق بين عهدين ، الذاكرة للنشر والتوزيع ، بغداد، 2016.
8. د. غازي فيصل مهدي ، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدا المشروعية ، ط1، بيت الحكمة، بغداد، 2008.
9. د. محمد جاسم كاظم ، التنظيم الدستوري والقانوني للمحكمة الاتحادية العليا في النظام الاتحادي "دراسة مقارنة" ، مكتبة السنهوري، بيروت ، 2023.
10. د. محمد عبد الرحيم حاتم ، المحكمة الاتحادية في الدستور ، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، 2018 .
11. د. محمد عبد الله سهيل العبيدي، استقلال القضاء في التشريع العراقي ، مكتبة الصباح ، بغداد، 2012.

12. د. مصدق عادل ، القضاء الدستوري في العراق "دراسة تطبيقية لدور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على دستورية القوانين وتفسير نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005 ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2016.

13. د. مها بهجت يونس الصالحي ، الحكم بعد دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون ، ط1، بيت الحكمة ، بغداد ، 2008 .

14. ، المحكمة الاتحادية العليا واختصاصاتها بالرقابة على دستورية القوانين ، ط1، بيت الحكمة ، بغداد، 2008 .

ثانياً : الرسائل والاطاريح الجامعية

1. انتصار جمعة ناصر، آلية تشكيل المحاكم الدستورية "دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير في الجامعة العراقية ، قسم القانون العام، 2022.

2. صلاح خلف عبد، المحكمة الاتحادية العليا في العراق ، تشكيلها واختصاصاتها "دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، 2011 .

3. علي عبد السادة جعيز العكلي، رقابة المحكمة الاتحادية العليا على الصلاحيات الحكومية في العراق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، معهد العلمين للدراسات العليا ، قسم القانون، 2019.

4. محمد جبار طالب الموسوي ، السياسة القضائية للمحكمة الاتحادية العليا في العراق "دراسة مقارنة" ، اطروحة دكتوراه ، معهد العلمين للدراسات العليا ، قسم القانون، 2021.

5. محمد صالح صابر ، القضاء الدستوري والاداري في العراق بين الابقاء والالغاء ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون والعلوم السياسية ، جامعة كركوك ، 2019.

ثالثاً : البحوث القانونية

1. د. حازم النعيمي ، الدستور العراقي الجديد وقضايا الحقوق والحريات ، بحث منشور ضمن مؤلف (مراجعات في الدستور العراق) مركز عراق للدراسات ، بغداد ، 2006 .

2. د. سرهنك حميد البرزنجي ، كيفية سير العملية التشريعية في المجالس النيابية "مجلس النواب العراقي انموذجاً" ، العدد 10، السنة 9 ، مجلة القانون والسياسة ، جامعة صلاح الدين ، 2011.

-
3. د. عدنان عاجل عبید ، سامي جبار حسون ، المحكمة الاتحادية العليا في ظل دستور 2005، العدد 44 ، مجلة الكلية الاسلامية الجامعة ، النجف الاشرف ، 2017 .
4. د. عثمان ياسين علي ، اتجاه المحكمة الاتحادية العليا في تفسير النصوص الدستورية دراسة تحليلية مقارنة ، المجلد 5 ، العدد 2، مجلة ق لآي زانست العلمية ، الجامعة اللبنانية الفرنسية ، اربيل، 2020
5. د. علي سعد عمران ، قانون المحكمة الاتحادية العليا “ الواقع والطموح ” ، العدد 5، مجلة معهد العلمين للدراسات العليا ، النجف الاشرف ، 2012.
6. د. علي يوسف الشكري ، التعديل القضائي للدستور، المجلد 7، العدد 13 ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، 2015 .
7. د. غانم عبد دهش الشباني، إشكالية تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق وأثرها في جودة أحكامها ، العدد 3 ، السنة 13، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون ، جامعة بابل ، 2021
- .
8. د. محمد عبد الرحيم حاتم ، العوائق التي تواجه عمل القضاء الدستوري في العراق وسبل تذليلها ، الجزء 3، العدد 36 ، مجلة الكوفة ، 2018 .

رابعاً: الدساتير

1. دستور جمهورية ايران لسنة 1979 المعدل لسنة 1989.
2. قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة 2004.
3. دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

خامساً : القوانين والانظمة

- القوانين

1. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
2. قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.
3. قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر رقم 48 لسنة 1979 المعدل .
4. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005 منشور في الوقائع العراقية رقم 3996 في 2005/3/17.

5. قانون التعديل الاول رقم 25 لسنة 2021 للمحكمة الاتحادية العليا رقم 30 لسنة 2005.
6. قانون المفوضية العليا المستقلة للإنتخابات النافذ رقم 31 لسنة 2019 المنشور بالوقائع العراقية العدد 4569 في 2019/12/30.

-الانظمة الداخلية-

1. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم 1 لسنة 2022.

سادساً : القرارات القضائية

1. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 39/ اتحادية / 2008 في 12/ 1/ 2009 .
2. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 21 وموحدتها 25/اتحادية /2010 في 25/3/2010
3. قراري المحكمة الاتحادية العليا المرقمين 43و44/اتحادية /2010 في 12/7/2010 .
4. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 37/اتحادية /2008 في 12/1/2009.
5. ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 59/اتحادية/2012 وموحدتها 110/اتحادية/2019 في 2022 في 17/3/2013 .
6. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 2/ اتحادية / 2013 في 17/ 3/ 2013 .
7. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 64/اتحادية /2013 في 26/8/2013.
8. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 21 وموحدتها 29/اتحادية/2015 في 14/4/2015
9. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 100 /اتحادية /2013 في 19/1/2015 .
10. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 8/ اتحادية 2015 في 4/5/2015 .
11. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 104/اعلام/2017 في 10/ 10/ 2017.
12. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 28 /اتحادية /2019 في 21/5/2019.
13. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 59/ اتحادية / 2012 وموحدتها 110/اتحادية/2019 في 15/2/2022.
14. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 29 /اتحادية /2020 في 16/3/2022.
15. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 16 /اتحادية /2022 في 3/2/2022.

-
16. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 21 /اتحادية /2022 في 2022/4/6.
 17. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 132 وموحداتها /اتحادية/2022 في 2022/9/7.
 18. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 131 وموحداتها و185/اتحادية/2023 في 2022/9/7 .
 19. قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 24/اتحادية /2023 في 2023/2/27.

سابعاً- المواقع الالكترونية

1. د. احمد طلال عبد الحميد البدري ، تعليق على القرار التفسيري للمحكمة الاتحادية (المرقم 16/اتحادية
2022/) الخاص بتفسير الاغلبية المطلوبة لانتخاب رئيس الجمهورية ، الحوار المتمدن، دراسات وابحاث
قانونية، العدد7153 ، بتاريخ 2022/2/5 منشور على الموقع الالكتروني <https://www.ahewar.org>
تاريخ الزيارة 2023/10/8
2. القاضي فائق زيدان ، المحكمة الاتحادية العليا..... ولادة عسيرة ، مقال منشور على موقع المحكمة
الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq تاريخ الزيارة 2023/10/20
3. القاضي فائق زيدان ، مقال عن تكليف مرشح رئيس الجمهورية بتاريخ 2020/3/18 الموقع الالكتروني
لمجلس القضاء الاعلى <https://www.sjc.iq/view> .تاريخ الزيارة 2023/9/10.
4. القاضي محسن جميل جريح ، المحكمة الاتحادية العليا في العراق "دراسة مقارنة" بحث مقدم لغرض الترقية
الى الصنف الثاني في صنوف القضاة ، 2008 .
<http://www.iraqqia.org/researchec/htm1/bahth> تاريخ الزيارة 2023/9/15
5. المستشار مُحمد عبد الفتاح عبد البر ، تعيين القضاة بالمحكمة العليا الاتحادية الامريكية بين مطرقة القانون
وسندان السياسة ، مقال منشور ، تاريخ النشر 16 مارس 2021، الموقع الالكتروني لمنشورات قانونية تاريخ
الزيارة 2023/10/8 <http://manshurat.org/node/71411>
6. قرارات المحكمة الاتحادية العليا متاح على الموقع الالكتروني www.iraqfsc.iq

الجهات المختصة بنظر منازعات شركات

ومراكز إيداع الأوراق المالية

دراسة في بعض التشريعات العربية الحديثة

**The Authorities Responsible for Examining Disputes Between
Depository Centers A Study of Some Modern Arab Legislations**

د. عمرو سيد مرعي شلقامي

دكتوراه القانون الخاص

كلية الحقوق - جامعة أسيوط - مصر

Dr. Amr Sayed Marei Shalgami

Doctorate in Private law

College of law

University of Assiut

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.46>

تاريخ تسلّم البحث 2024-3-27، تاريخ القبول بالنشر 2024-6-5

ملخص البحث

إن من أهم المظاهر الإيجابية لجذب الاستثمارات في البلاد لا سيما الأجنبية منها وضع بيئة تشريعية تعمل على تشجيع الاستثمار والحفاظ على الاقتصاد الوطني ، ومن هذه التشريعات تلك التشريعات المنظمة لفض منازعات الاستثمار ، لذا تحدثنا في دراستنا هذه عن طرق التقاضي الطبيعية والبديلة لفض منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية والتي تعد من أهم الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية ، وقسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين تحدثنا في المبحث الأول عن الاختصاص القضائي للنظر في تلك المنازعات مبينا تحديد جهات الاختصاص في التشريعات محل الدراسة توصلنا إلى أن هناك قضاءً اقتصادياً مستقلاً في هذه التشريعات وتوصلنا إلى أن النظام القضائي السعودي أو الاماراتي فيما يتعلق بمنازعات هذه الشركات جاء أكثر مرونة من تلك التي تضمنها التشريعات المصرية والأردنية ، وتناولنا في هذا المبحث كيفية الطعن في الأحكام الصادرة من تلك الجهات القضائية ومدى خصوصيتها خروجاً على مقتضى القواعد العامة نظراً لطبيعتها الخاصة ، أما في المبحث الثاني فتحدثنا عن الطرق البديلة لتسوية المنازعات المتعلقة بشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية مبينا التحكيم ودوره في فض تلك المنازعات وما تضمنته تلك التشريعات المقارنة من مزايا وعيوب فيما يتعلق بهذا الشأن، وتوصلنا إلى أن التحكيم في تلك المنازعات أصبح اختيارياً لا إجبارياً لأطراف النزاع ، وأن التوفيق والوساطة يعدان كوسيلة بديلة لحل هذه المنازعات إلا أن التشريعات كافة المقارنة قد تضمنت تنظيم هذه الطريقة فيما عدا التشريع الاردني الذي خلا من تنظيم مثل هذه المسألة ، ورأينا أن هناك جهات معنية في كل بلد من البلدان محل التشريعات العربية المقارنة تتولى مهام التوفيق والوساطة في هذه المنازعات.

الكلمات المفتاحية: شركات الإيداع المركزي - القيد المركزي - الأوراق المالية - المحاكم الاقتصادية

پوخته

ئیک ژ گرنګترین سیمایین ئهړینی ژبو ږاکیشانا سهرنجا وهبههینهرا ل وهلاتی و بتایبته یین بیانی، دانانا ژینگههکهکا یاسای ژبو هاندانا وهبهرهینان و پاراستنا ئابووری نهتهوهی. ژ وان یاسایا یاسایین گریډای ژناقیرنا مملانی دوهبهرهینانی دا، وچارهسرکرنا ناکوکیین کومپانی و سهنهترین دانانا زهمانهتتامما (اوراق مالیه)، ئهو کومپانیین دهینه ههژمارتن گرنګترین کومپانیین کاریګه د بواری زهمانهتتامایادا، ئهف فقهکویلنه لسهر دوو پشکا هاتییه دابهشکر، بهشی ئیک لسهر بسپورییا دادګهه و دیتنا وی بؤ مملانی و دیارکرنا ئهو لایهینن تایبته ب دهرئخستنا یاسایان ل جهی فقهکولینکرنی و ئهم گههشتین وی چهندی کو دادګههکا ئابووری یا سهربهخو ژفان یاسایا پیکدهیت، دیسان گههشتنه وی چهندی کو سیستهمی دادوهری یی سعودی یان ئیماراتی ئهوین گریډای فان گومپانییا پتر یا نهرمه ژ وی یا یاسایین مسری وئوردنی پی هاتی. بهحس لسهر بکارئینانا ریکن دادګهه و یین پیکګهوژ ژبو ژیکفهګکرنا مملانا کومپانییا و بنگههین دانانا پارین کاغهزی کو ب گرنګترین کومپانییا کارکره دبیافی پارین کاغهزییدا دهیت نیاسین ههر دفی بهشیدا پیداجوون لسهر ریکارین تانهانی لسهر بریارین وان دادګههان ورادهییا تایبتهتمهنندی و دهرکهتنا وان ژ پیتقاتی ورینما ییت گشتی ژ بهر روخسارین وان ییت تاییت.

بهشی دووی مه ل سهر ریکارین جیګری ییت ل ئیک خوشبون دناکوکیین گریډای کومپانی و سهنهترین دانانا زهمانهتتامایا دا ئاخفت، و مه رولی نوابژیوانیی (تحکیم) د چارهسرکرنا فان ناکوکیان دا دیار کر، و چ باشی و خرابی دقان یاسایین بهراوردکریدا ههیه، دیسان ئهم گهههشتینه وی چهندی کو نوابژیوایهتی یا بوویه بژارده نهک سهپاندن لسهر لایهنی ههفرکار، وسازان وناقبینگیری وهکو دوو ریکن پیکګهوژ بؤ چارهسهرییا ههفرکییا، بهلی ههمی یاسایین ههقهبرگری ئهف سیستهمه ب فی ریکی ب خوفه گرتیه ژبلی یاسایا ئوردنی ئهوا فاللا ژ فی سیستهمی، دیسان مه دیت کو هندهک لایهینن دیار ل ههر وهلاتهکی روئی نافهنهکیری و هاوسهنکیی دمللانییدا دبینیت. پهبیئین سهرهکی: کومپانیین دهرافدانا ناوهندی، سنوردارکرنا ناوهندی، زهمانهتتاممه، دادګههین ئابوری.

Abstract

One of the most important positive appearances of attracting investment in the country, especially foreign investment, is the establishment of a legislative environment that encourages investment and preserves the national economy. Among these legislations are those governing the settlement of investment disputes. Therefore, in this study, we discuss the natural and alternative litigation methods for settling disputes of companies and securities depositories, which are among the most important companies operating in the field of securities.

We divided this study into two sections. In the first section, we discussed the judicial jurisdiction for considering these disputes, clarifying the identification of the competent authorities in all the legislations under study. We concluded that there is an independent economic judiciary in these legislations, and we also concluded that the Saudi and Emirati judicial systems, concerning disputes of these companies, are more flexible than those included in the Egyptian and Jordanian legislations. We also discussed in this section how to appeal the rulings issued by these judicial bodies and the extent of their specificity, departing from the requirements of the general rules due to their special nature.

In the second section, we discussed alternative methods of dispute settlement related to companies and securities depositories, clarifying the role of arbitration in settling these disputes and the advantages and disadvantages included in these comparative legislations in this regard. We concluded that arbitration in these disputes has become optional, not obligatory, for the parties to the dispute. We also discussed conciliation and mediation as alternative means of resolving these disputes, concluding that all the comparative legislations have included the regulation of this method, except for the Jordanian legislation, which does not include the regulation of such a matter. We found that there are relevant authorities in each of the countries of the Arab comparative legislations that undertake the tasks of conciliation and mediation in these disputes.

Key words: *Securities depository - conciliation and mediation - economic courts - depository companies and centers.*

المقدمة

من الجدير بالذكر أن عمليات البيع والشراء داخل البورصة تتم من خلال شركة الوساطة في الأوراق المالية وبعد إتمام عمليات البيع والشراء يأتي دور شركة أو مركز الإيداع المركزي للأوراق المالية ليقوم بدوره نحو تسلم هذه الأوراق وحفظها وقيدتها لديه والتأكد من سلامتها وفحصها ، ثم تقوم شركة أو مركز الإيداع بتسوية وتسليم الأوراق المالية بعد انتهاء عملية البيع من قبل شركة الوساطة المالية .

وعرف المشرع المصري الإيداع المركزي بأنه (كل نشاط يتناول إيداع وحفظ الأوراق المالية وإجراء المقاصة وتسوية المراكز المالية الناشئة عن عمليات التداول ونقل ملكية الأوراق المالية عن طريق القيد الدفترى)¹.
وعرف المشرع الإماراتي الإيداع المركزي بأنه (إيداع الأوراق المالية وتسجيل وحفظ الملكيات وأي قيود ترد عليها ونقل ملكية الأوراق المالية بالتحويل بين حسابات المستثمرين ، وتحديث سجل المالكين وفقاً لأحكام هذا القرار)⁽²⁾.

كما عرف المشرع الإماراتي مركز الإيداع بأنه (الشخص الاعتباري المرخص له بمزاولة نشاط الإيداع المركزي من قبل الهيئة وفقاً لأحكام هذا القرار)⁽³⁾.

وعرف النظام السعودي مركز الإيداع بأنه (مركز إيداع أوراق مالية مرخص له وفقاً لأحكام هذا النظام ليزاول في المملكة عمليات إيداع الأوراق المالية المتداولة في السوق ونقلها وتسويتها وتسجيل ملكيتها)⁽⁴⁾.

(1) ينظر نص المادة (2) من قانون الإيداع والقيد المركزي المصري رقم 93 لسنة 2000 .

(2) أنظر نص المادة رقم (1) من قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتية رقم (19/ ر . م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي .

(3) أنظر نص المادة رقم (1) من القرار المشار إليه .

(4) أنظر نص المادة الأولى من نظام السوق المالية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 30 وتاريخ 1424/6/2هـ.

وعرف التشريع الأردني تسوية الأوراق المالية بأنها (العملية التي يتم بموجبها إتمام أي عقد تداول لنقل ملكية الأوراق المالية من البائع إلى المشتري وتسيدها بثمنها بشكل نهائي وغير مشروط).⁽¹⁾

وقديما كان الفصل في المنازعات المتعلقة بسوق الأوراق المالية في النظام المصري يتم بطريق التحكيم الإلزامي طبقا لنص المادة (52) من قانون سوق رأس المال رقم 95 لسنة 1992 ، إلا أنه سرعان ما قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته، ومن ثم عاد الاختصاص من جديد للقضاء الوطني المختص ، وأصبح اللجوء للتحكيم اختياريًا لأطراف المنازعة الاقتصادية.²

وقد يفضل أطراف المنازعة الاقتصادية اللجوء لجهات معينة حسبما يتفق الطرفان عليها تتولى الوساطة نحو حل هذه المنازعات ودياً قبل اللجوء لجهات قضائية أو تحكيمية، ومن هنا يستطيع أطراف النزاع حل منازعاتهم بشكل سريع دون اللجوء للمحاكم المختصة إذ أن هذه المنازعات تتطلب سرعة الفصل فيها .

وإمعاناً من بعض الدول العربية في تحقيق وتفعيل مبدأ التخصص القضائي إتجهت التشريعات محل الدراسة إلى وضع قوانين من شأنها الحفاظ على الدعاوى والقضايا المتخصصة من نوع معين ، لا سيما الدعاوى المتعلقة بالشأن الاقتصادي ، لذا لقد أحسنت التشريعات المقارنة محل الدراسة صنعا عندما قامت بإصدار التشريعات المنظمة للفصل في منازعات الأوراق المالية بعيداً عن المنازعات الأخرى نظراً لخصوصيتها .

ويترتب على ماسبق إخراج الدعاوى الاقتصادية كافة من اختصاص المحاكم الجزئية في القانون المصري وما يقابلها في التشريعات المقارنة وإسنادها إلى المحاكم الاقتصادية إذ أن تخصص هذه المحاكم بنوع معين من الدعاوى يعد في حد ذاته توزيعاً نوعياً للاختصاص بمعنى أنه لا يمكن لهذه المحاكم النظر في الدعاوى التي لا صلة لها بالشأن الاقتصادي .

لذا تقتضي الدراسة بيان الجهات المختصة بالنظر في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية.

ومن هنا جاءت هذه الدراسة بعنوان (الجهات المختصة بالنظر في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية دراسة في بعض التشريعات العربية).

(1) أنظر نص المادة (2) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم 2017/18.

(2) ينظر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 55 لسنة 23 قضائية - دستورية - جلسة 13 يناير 2002 .

.....
أولاً: مشكلة البحث

يثير هذا البحث مشكلات قانونية تتمثل في الآتي :

1-الوقوف على مدى ملاءمة خصوصية التقاضي الطبيعي مع طبيعة المنازعات الخاصة بشركات ومنازعات ومراكز الإيداع المركزي للأوراق المالية من عدمه .

2-تحديد مدى خصوصية الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم المختصة في التشريعات المقارنة والمتعلقة بشركات ومراكز الإيداع المركزي للأوراق المالية بعيداً عن إجراءات الطعن المقررة بمقتضى القواعد العامة .

3-كيفية تسوية المنازعات المتعلقة بشركات ومراكز الإيداع بطرق غير تقليدية .

4-معرفة الضوابط المستحدثة في التشريعات المقارنة والمتعلقة بمنازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية

ثانياً: منهجية البحث

سوف يتخذ الباحث في كتابته لهذا البحث التأصيل والتحليل والمقارنة منهجاً له للوقوف على معالجة المشكلات سالفة الذكر ، وذلك في ضوء التشريعات المقارنة (المصرية والإماراتية والأردنية والسعودية) وذلك على النحو التالي :

-المنهج التأصيلي: العمل على تأصيل القواعد المنظمة لأساليب التقاضي في المنازعات المدنية والجنائية والتأديبية المتعلقة بشركات ومراكز ايداع الأوراق المالية في التشريعات المقارنة محل الدراسة .

-المنهج التحليلي: شرح وتحليل التشريعات كافة المتعلقة بعمليات الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية.

المنهج المقارن :- سوف نستعين في مجال بحثنا هذا بالتشريع المصري المتعلق بالإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية رقم 93 لسنة 2000 ، والتعديلات التي طرأت عليه في عام 2020 بموجب القانون رقم 143 لسنة 2020 ، وقواعد مركز إيداع الأوراق المالية السعودي الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (2-17-2012) بتاريخ 1433/6/8 هـ الموافق 2012/4/29 والمعدلة بالقرار رقم (1-2-2022) بتاريخ 1443/5/30 هـ الموافق 2022/1/3 ، وكذا التعديلات التي طرأت على نظام السوق المالية السعودية عام 2022، والتشريع الإماراتي المنظم لنشاط الإيداع المركزي الصادر عام 2018 بموجب قرار هيئة الأوراق المالية

والسلع رقم (19/ر . م) لسنة 2018 ، وكذا قانون الأوراق المالية الأردني رقم 18 لسنة 2017 والتشريعات ذات الصلة ، وذلك من أجل معالجة المشكلات التي تثيرها هذه الدراسة .

ثالثاً: أهمية البحث

تتجسد أهمية هذا البحث في:-

1-تبصير الأطراف كافة المعنية والمتعلقة بعمليات الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية، ومنهم أعضاء الإيداع المركزي ومالكو ومصدرو هذه الأوراق وغيرهم من المستفيدين من خدمات الإيداع المركزي للأوراق المالية بأساليب التقاضي العادي والبديل لتسوية منازعاتهم الناجمة عن عمليات الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية .

1-تبيان طرق الطعن أمام المحاكم المختصة نظراً لخصوصيتها في الفصل في المنازعات المتعلقة بعمليات الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية .

رابعاً: خطة البحث

تقسم هذه الخطة إلى مبحثين وذلك على النحو الآتي :-

المبحث الأول :- الاختصاص القضائي للنظر في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية.

المطلب الأول :-تحديد جهات التقاضي العادي المختصة بالفصل في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في التشريعات محل الدراسة .

المطلب الثاني :-تحديد طرق الطعن أمام المحاكم المختصة بالفصل في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في التشريعات محل الدراسة .

المبحث الثاني :- الطرق غير التقليدية لتسوية منازعات شركات ومراكز ايداع الأوراق المالية في التشريعات المقارنة .

المطلب الأول :- التحكيم وأهميته في فض منازعات بشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية .

المطلب الثاني :- التوفيق والوساطة كوسيلة لفض منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في التشريعات المقارنة.

المبحث الأول

الاختصاص القضائي للنظر في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية

نتحدث في هذا المبحث عن جهات التقاضي العادي المختصة بالنظر في منازعات شركات ومراكز ايداع الأوراق المالية في التشريعات محل الدراسة، وذلك في مطلب أول ، ثم نعقبه بالحديث عن كيفية الطعن في الأحكام الصادرة عن هذه الجهات وذلك في مطلب ثان .

المطلب الأول

تحديد جهات التقاضي العادي المختصة بالفصل في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في التشريعات محل الدراسة.

سوف نتحدث بعون الله وتوفيقه في هذا المطلب عن جهات التقاضي العادي المختصة بالفصل في منازعات شركات ومراكز ايداع الاوراق المالية في التشريعات المقارنة كافة (المصرية - الاماراتية - الاردنية - السعودية) وذلك في أربعة فروع على النحو الآتي :

الفرع الأول

الاختصاص القضائي للنظر في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في التشريع المصري

ينعقد الاختصاص الأصيل للفصل في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية للمحاكم المختصة في التشريع المصري وذلك على النحو الآتي :

لما كانت شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في مصر خاضعة للقانون 93 لسنة 2000 بشأن الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية ، لذا فإن الاختصاص القضائي لنظر المنازعات المدنية والجنائية لهذه الشركات ينعقد للمحاكم الاقتصادية وذلك على النحو التالي :-

أولاً:- اختصاص المحكمة الاقتصادية بالنسبة للمنازعات المدنية المتعلقة بشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية

حيث تختص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية دون غيرها بنظر المنازعات والدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها عشرة ملايين جنيه ، التي تنشأ عن تطبيق قوانين عديدة ، منها قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية (1).

كما تختص هذه الدوائر الابتدائية بالحكم في دعاوى التعويض أو التأمين الناشئة عن تطبيق أحكام القوانين الواردة بقانون المحاكم الاقتصادية والتي من بينها قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية (2).

وتختص الدوائر الاستئنافية في المحاكم الاقتصادية دون غيرها بالنظر ابتداءً في جميع المنازعات والدعاوى المتعلقة بالقوانين ، التي تختص المحكمة الاقتصادية بالنظر فيها إذا تجاوزت قيمتها عشرة ملايين جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة (3).

-تختص الدوائر الابتدائية بالحكم في منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية عن الأحكام الصادرة من المحاكم الاقتصادية (4).

ثانياً: اختصاص المحكمة الاقتصادية بالنسبة للمنازعات الجنائية المتعلقة بشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية. ينعقد الاختصاص القضائي بنظر دعوى المسؤولية الجنائية لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية للمحاكم الاقتصادية على غرار المسؤولية المدنية لهذه الشركات ، فجدير بنا أن نستعرض بيان اختصاص المحاكم الاقتصادية في نظر المنازعات الجنائية الخاصة بهذه الشركات والمراكز وذلك على النحو التالي :

(1) أنظر نص المادة (6) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم 2008/120 المعدل بالقانون رقم 2019/146.

(2) أنظر نص الفقرة الثانية من المادة (6) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم 2008/120 المعدل بالقانون رقم 2019/146.

(3) أنظر نص الفقرة الرابعة من المادة (6) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم 2008/120 المعدل بالقانون رقم 2019/146.

(4) المادة (7) من قانون المحاكم الاقتصادية الجديد رقم 146 لسنة 2019 .

.....

- 1- بيان اختصاص المحاكم الاقتصادية بنظر المنازعات الجنائية لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية
- تنص المادة (4) من قانون المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008 على أنه (تختص المحاكم الاقتصادية بدوائرها الابتدائية والاستئنافية دون غيرها نوعيا ومكانيا بنظر الدعاوى الجنائية الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في القوانين الآتية :
- قانون العقوبات في شأن جرائم المسكوكات والزيوف المزورة .
- قانون الإشراف والرقابة على التأمين في مصر .
- قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسؤولية المحدودة وشركات الشخص الواحد
- قانون سوق رأس المال .
- قانون تنظيم نشاطي الأجير التمويلي والتخصيم .
- قانون الإيدع والتقييد المركزي للأوراق المالية .
- قانون التمويل العقاري .
- قانون حماية حقوق الملكية الفكرية .
- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد .
- قانون الشركات العاملة في مجال تلقي الأموال لاستثمارها .
- قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس .
- قانون حماية الاقتصاد القومي من الآثار الناجمة عن الممارسات الضارة في التجارة الدولية .
- قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية .
- قانون حماية المستهلك .
- قانون تنظيم الاتصالات .

- قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات .
- قانون مكافحة غسل الأموال .
- قانون تنظيم الضمانات المنقولة .
- قانون تنظيم نشاط التمويل متناهي الصغر .
- قانون الاستثمار .
- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات .

في ضوء هذا النص يمكن القول بأن المشرع المصري جعل الاختصاص الجنائي للمنازعات الناشئة كافة عن الجرائم المرتكبة من قبل شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية للمحاكم الاقتصادية ، إلا أن المشرع المصري فرق بين الاختصاص القضائي لجرائم الجرح والاختصاص القضائي لجرائم لجنايات داخل المحكمة الاقتصادية وذلك على النحو التالي :

2- الاختصاص القضائي لجرائم الجرح المتعلقة بإيداع الأوراق المالية⁽¹⁾

تختص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية بنظر قضايا الجرح المنصوص عليها في القوانين سالفه الذكر ، التي من بينها الجرح المتعلقة بإيداع الأوراق المالية ، ويكون استثناء هذه القضايا أمام الدوائر الاستئنافية بذات المحكمة .

3- الاختصاص القضائي لجرائم الجنايات المتعلقة بإيداع الأوراق المالية

تختص الدوائر الاستئنافية بالمحاكم الاقتصادية بالنظر ابتداءً في قضايا الجنايات المشار إليها في القوانين سالفه الذكر والتي من بينها الجنايات المتعلقة بإيداع الأوراق المالية.

(1) أنظر نص المادة رقم (5) من قانون المحاكم الاقتصادية .

الفرع الثاني

الاختصاص القضائي للنظر في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في التشريع الإماراتي

ينعقد الاختصاص القضائي للنظر في منازعات الأوراق المالية في الإمارات للمحاكم المختصة في كل إمارة ، ولقد أحسن المشرع الإماراتي صنعاً عندما أصدر رئيس دائرة القضاء القرار رقم 28 لسنة 2019 بشأن إنشاء محكمة أبو ظبي التجارية ، لذا سنسلط الضوء على اختصاصات هذه المحكمة وتشكيلها ، وذلك على النحو التالي :

أولاً- تشكيل المحكمة التجارية بإمارة أبو ظبي :

تتكون المحكمة التجارية بمدينة أبو ظبي من دوائر ابتدائية جزئية وكلية ، ودوائر إستئنافية ، وتتشكل من رئيس وعدد كاف من قضاة المحاكم الابتدائية والاستئناف وعدد من الخبراء وعدد كاف من الموظفين الإداريين والمترجمين والمحضرين للقيام بالأعمال الإدارية والفنية والكتابية اللازمة .⁽¹⁾

ثانياً - اختصاصات المحكمة التجارية بإمارة أبو ظبي :

تختص المحكمة التجارية بالنظر في المنازعات والطلبات والدعاوى التي تنشأ بمناسبة تطبيق القوانين الآتية⁽²⁾:

1. قانون المعاملات التجارية
2. قانون الشركات التجارية .
3. قانون هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع .
4. قانون حقوق المؤلف
5. قانون الملكية الصناعية لبراءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية.
6. قانون المعاملات والتجارة الإلكتروني .

(1) أنظر المادة رقم (2) من قرار رئيس دائرة القضاء بإمارة أبو ظبي رقم 28 لسنة 2019 والمنشور بالجريدة الرسمية الإماراتية في العدد الثاني عشر ، السنة الثامنة والأربعين الصادر في 31 ديسمبر 2019 .

(2) أنظر المادة رقم (3) من ذات القرار المشار إليه .

7. قانون حماية المستهلك .
8. قانون تنظيم المنافسة .
9. قانون الإفلاس .
10. قانون المصرف المركزي .
11. قانون الإستثمار الأجنبي .
12. قانون التجارة البحرية .
13. قانون وقواعد النقل البحري .

كما تختص المحكمة بالنظر في النزاعات الأخرى ذات الطابع التجاري ، والدعاوى الكافة المتعلقة بالأعمال التجارية ولو كان العمل تجارياً بالنسبة لأحد الطرفين ومدنياً بالنسبة للآخر.⁽¹⁾

ونحن نرى من وجهة نظرنا أن المشرع الإماراتي في ضوء القرار سالف الذكر أناط بالمحكمة التجارية الفصل في المنازعات والدعاوى كافة المتعلقة بالقوانين المشار إليها ، التي من بينها المنازعات المتعلقة بقانون هيئة سوق الأوراق المالية والسلع ، إلا أنه كان ينبغي على المشرع التفريق بين الاختصاص المدني والاختصاص الجنائي المتعلقين بهذه الدعاوى ، إذ جاء اللفظ عاماً في ثنايا هذا القرار، والذي تضمن إختصاص المحكمة التجارية بالدعاوى المتعلقة بالأعمال التجارية وكذا الدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون هيئة سوق الأوراق المالية والسلع .

الفرع الثالث

الاختصاص القضائي للنظر في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في النظام السعودي

ينعقد الاختصاص القضائي لنظر منازعات الأوراق المالية في المملكة العربية السعودية للجنيتين قضائيتين مستقلتين ، إذ أخرجها المنظم السعودي من إختصاص القضاء العادي حيث أنشأ لجنيتين ذات طابع قضائي متخصص تحت مسمى (لجنتي الفصل في منازعات الأوراق المالية ، والإستئناف في منازعات الأوراق المالية) واللتين خول لهما النظام السعودي الفصل في منازعات الأوراق المالية كافة سواء كانت هذه المنازعات مدنية

(1) أنظر نص المادة (4) من ذات القرار المشار إليه .

.....

أم جنائية أم تأديبية ، وذلك وفقا لنص المادة الثلاثين من نظام السوق المالية السعودية ، التي تنص على أنه (تشكل لجنة تسمى لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية تختص بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام هذا النظام ولوائحه التنفيذية ولوائح الهيئة والسوق ومركز الإيداع ومركز المقاصة وقواعدها وتعليماتها في الحق العام والحق الخاص ويكون لها جميع الصلاحيات الضرورية للتحقيق والفصل في الدعوى بما في ذلك سلطة إستدعاء الشهود والأمر بتقديم الأدلة والوثائق وإصدار القرارات وفرض العقوبات)

كما أن النظام السعودي وضع للجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية إختصاصات معينة حددها على سبيل الحصر وذلك وفقا لنص المادة الثلاثين من نظام السوق المالية وذلك على النحو التالي: (1)

1- الفصل في دعاوى المدنية والتجارية المتعلقة بالحق الخاص التي تثار بين العملاء و الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية ، والتي قد يقوم أساسها على المسؤولية العقدية أو التقصيرية ، والحق في إصدار قرار بالتعويض الملائم للعملاء ، وطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه ، أو إصدار قرار آخر يتناسب مع الحادث والذي من شأنه الحفاظ على مصالح العملاء وضمان حقوقهم.

2- الفصل في دعاوى المسؤولية الجنائية المتعلقة بالحق العام التي تثار بين العملاء وبعض الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية .

3- النظر في دعاوى التأديبية والتظلمات من القرارات الصادرة عن الهيئة أو السوق .

في ضوء ماسبق يتبين لنا أن النظام السعودي قد منح لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية ، ولجنة الاستئناف في منازعات الأوراق المالية الصلاحيات كافة للنظر في تلك المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية مدنية كانت أو جنائية أو تأديبية .

- الدعوى الجماعية المستحدثة في النظام السعودي و المتعلقة بمنازعات الأوراق المالية

(1)د/ عفيفي صادق ، الحماية القانونية لعمليات التداول في أسواق المال وفقا للنظام السعودي ، الطبعة الأولى ،المركز القومي للإصدارات القانونية ، 2015، ص 270 ومابعدها.

نرى من جانبنا أن النظام السعودي قد أحسن صنعاً عندما نص على حق الأطراف في دعاوى الحق الخاص المدنية والتجارية في إقامة الدعوى الجماعية الخاصة بمنازعات الأوراق المالية ، بخلاف التشريعات الأخرى المقارنة المصرية والأردنية والإماراتية التي لم تتضمن النص على إقرار تلك الدعوى الجماعية ، وذلك بموجب التعديل الذي أجراه على نظام السوق المالية السعودية في 2019⁽¹⁾ وفيما يلي بيان ببعض الأحكام الخاصة بهذه الدعوى :

المقصود بالدعوى الجماعية: هي دعوى خاصة تقيمها مجموعة من المدعين ضد مدعى عليه أو أكثر تشترك دعواهم في الأسس النظامية والوقائع المدعى بها وموضوع الطلبات .⁽²⁾

أطراف الدعوى الجماعية :⁽³⁾

1- المدعي الرئيس : وهو الشخص الذي يمثل أعضاء مجموعة المدعين أمام لجان الفصل في منازعات الأوراق المالية بشأن الدعوى الجماعية .

2- أعضاء مجموعة المدعين : وهم مجموع الأشخاص الذين يشاركون في إقامة الدعوى الجماعية .

3- المدعى عليه في الدعوى الجماعية .

- الإجراءات المستحدثة لنظر الدعوى في النظام السعودي والخاصة بمنازعات الأوراق المالية

نرى من جانبنا أن النظام السعودي قد أحسن صنعاً أيضاً عندما أقر بجواز نظر الدعوى المتعلقة بمنازعات الأوراق المالية عبر الإنترنت على أن تكون إجراءات نظر الدعوى إلكترونياً عبر المنصة الإلكترونية ، وذلك بحسب الضوابط التي تحددها لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية .⁽⁴⁾

(1) أنظر نص المادة الثالثة والخمسين من ذات اللائحة المشار إليها .

(2) أنظر البند رقم (10) من المادة الأولى من ذات اللائحة المشار إليها .

(3) أنظر نصالمادتين الأولى والحادية والستين من ذات اللائحة المشار إليها .

(4) أنظر نص البند (أ) من المادة الثامنة والسبعين من ذات اللائحة المشار إليها .

.....
وجدير بالذكر أن النظام السعودي أضاف الحجية القانونية الكافية للبيانات والمستندات كافة المقدمة من طرفي الدعوى عبر المنصة الإلكترونية ، لذا فإن كل ما يقدم من الطرفين بواسطة المنصة الإلكترونية يعد معتمدا منهما ، ولا يحق لأي من طرفي التداعي بإنكار ما قدمه من خلال تلك المنصة .⁽¹⁾

كما أجاز النظام السعودي للجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية ولجنة الإستئناف من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد أطراف الدعوى إجراء الجلسات عن بعد في الدعاوى كافة المختصة بنظرها .⁽²⁾

الفرع الرابع

الاختصاص القضائي للنظر في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في القانون الأردني

ينعقد الاختصاص القضائي لمنازعات الأوراق المالية في المملكة الأردنية الهاشمية لمحكمة بداية عمان وفيما يلي بيان ببعض الأحكام المنظمة لهذه المحكمة :

إنشئت محكمة بداية عمان بموجب القانون رقم (17) لسنة 2001 بشأن تشكيل المحاكم النظامية وتتولى الفصل في القضايا المدنية والجنائية كافة ، وانبثقت من هذه المحكمة غرفة اقتصادية أو أكثر تختص بالنظر والفصل في دعاوى محددة وردت على سبيل الحصر والتي من بينها الدعاوى المتعلقة بالأوراق المالية المستندة إلى قانون الأوراق المالية والسوق المالي ، وذلك وفقا لنص المادة (4) من قانون تشكيل المحاكم النظامية والتي تنص على أنه (.....د-على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر تنشأ لدى محكمة بداية عمان غرفة اقتصادية أو أكثر تختص بالنظر والفصل في الدعاوى التالية : و- الدعاوى المتعلقة بالأوراق المالية المستندة إلى قانون الأوراق المالية والسوق المالي.....)

ومن وجهة نظرنا أن التشريعات المصرية والإماراتية والسعودية والأردنية كافة حرصت كل الحرص على تحقيق العدالة الناجزة وسرعة الفصل في القضايا الاقتصادية لا سيما المتعلقة بمنازعات الأوراق المالية ، وذلك

(1) أنظر نص البند (ب) من المادة الثامنة والسبعين من ذات اللائحة المشار إليها .

(2) أنظر نص المادة الثامنة والسبعين من ذات اللائحة المشار إليها .

بقيام هذه التشريعات بإنشاء قضاء اقتصادي مستقل يختص بنظر المنازعات الخاصة كافة بسوق الأوراق المالية

في ضوء ماسبق، نرى أن النظام السعودي قد استحدث الدعوى الجماعية المتعلقة بالحق الخاص المدني بمنازعات الأوراق المالية على خلاف التشريعات محل المقارنة المصرية والإماراتية والأردنية .

كما أن الاختصاص القضائي لنظر منازعات الأوراق المالية المدنية والجنائية والتأديبية في المملكة العربية السعودية ينعقد للجنتي (لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية – لجنة الإستئناف في منازعات الأوراق المالية) ، وذلك على خلاف التشريعات الأخرى المصرية والإماراتية حيث تختص محاكم مجلس الدولة بالفصل في منازعات الأوراق المالية التأديبية ، وتختص المحاكم الاقتصادية في مصر ، والتجارية في الإمارات بالفصل في منازعات الأوراق المالية المدنية والجنائية .

المطلب الثاني

طرق الطعن في أحكام المحاكم المختصة بالفصل في منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق

المالية في التشريعات محل الدراسة .

نتحدث بعون الله وتوفيقه في هذا المطلب عن الطرق المقررة قانوناً للطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم المختصة بالنظر في منازعات شركات ومراكز ايداع الأوراق المالية في التشريعات المقارنة المصرية والاماراتية والأردنية والسعودية كافة وذلك في أربعة فروع على النحو التالي :

الفرع الأول

تحديد طرق الطعن في التشريع المصري

الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الاقتصادية بشأن الدعاوى المدنية المتعلقة بسوق الأوراق المالية وغيرها من المنازعات الاقتصادية، يكون الطعن في الأحكام الصادرة من الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية أمام الدوائر الاستئنافية بتلك المحاكم دون غيرها، ويكون الطعن في الأحكام والتظلم من الأوامر الصادرة من القاضي المنصوص عليه في المادة (3) من قانون المحاكم الاقتصادية أمام الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية

.....
دون غيرها.⁽¹⁾ وفيما عدا الأحكام الصادرة في مواد الجنايات والجنح والأحكام الصادرة ابتداءً من الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية لايجوز الطعن في الأحكام الصادرة من المحكمة الاقتصادية بطريق النقض دون إخلال بحكم المادة (250) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.⁽²⁾ لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام التي تصدر من المحكمة الاقتصادية عدا الأحكام سالفة الذكر في البند السابق بيانه، وذلك دون الإخلال بحكم المادة (250) من قانون المرافعات ، ومن ثم فلا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من الدوائر الابتدائية ، كما لايجوز الطعن بالنقض أيضاً في الأحكام الصادرة من الدوائر الاستئنافية بوصفها محاكم من الدرجة الثانية ، ومن ثم يكون حكم الدائرة الاستئنافية حكماً نهائياً لا يجوز الطعن فيه بالنقض ، ويترتب على ذلك أنه إذا تم نقض الحكم الصادر من الدوائر الإستئنافية بوصفها محاكم من الدرجة الثانية أمام محكمة النقض حكمت المحكمة في الموضوع ولو كان الطعن لأول مرة ، وذلك وفقاً لنص المادة (12) من قانون المحاكم الاقتصادية ، والتي تنص على أنه (إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه حكمت في موضوع الدعوى ولو كان الطعن لأول مرة) .

أولاً: كيفية الطعن في أحكام المحكمة الاقتصادية الخاصة بنظر المنازعات الجنائية لشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية⁽³⁾:

1- بالنسبة لقضايا الجنح الخاصة بإيداع الأوراق المالية

جعل المشرع المصري الطعن في الأحكام الصادرة من الدوائر الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية في قضايا الجنح المتعلقة بإيداع الأوراق المالية أمام الدوائر الاستئنافية بذات المحاكم الاقتصادية ، كما يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من الدوائر الاستئنافية الخاصة بالجنح أمام محكمة النقض .

(1) المادة (10) من قانون المحاكم الاقتصادية المصري .

(2) المادة (11) من ذات القانون المشار إليه .

(3) أنظر نص المادتين (5 ، 11) من قانون المحاكم الاقتصادية .

2- بالنسبة لقضايا الجنايات الخاصة بإيداع الأوراق المالية

جعل المشرع الطعن في الأحكام الصادرة من الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية والمرفوعة إبتداءً أمامها في قضايا الجنايات أمام محكمة النقض .

الفرع الثاني

تحديد طرق الطعن في التشريع الإماراتي

من المقرر قانوناً أن الدوائر الابتدائية بالمحكمة التجارية هي التي تتولى النظر في الدعاوى المرفوعة إليها إبتداءً والمتعلقة بالأوراق المالية ، ويتم الطعن في الأحكام الصادرة منها أمام الدوائر الاستئنافية بذات المحكمة (1).

ونحن من جانبنا نؤيد ما إستحدثته دولة الإمارات العربية من تخصيص دوائر معينة للفصل في منازعات الأوراق المالية الخاصة بإمارة دبي ، وذلك من أجل سرعة الفصل في تلك المنازعات ، وبهدف تعزيز منظومة القضاء ، وتحقيق العدالة الناجزة بما يتلاءم مع التطورات التي تشهدها إمارة دبي في مجالات شتى ، وجاء ذلك بناءً على توجيهات نائب حاكم إمارة دبي ونائب رئيس الوزراء وزير المالية بشأن إنشاء هذه الدوائر المتخصصة (2).

ونرى أنه ينبغي إصدار قرار ينظم عمل الدوائر المستحدثة في المحكمة التجارية بإمارة دبي الخاصة بالفصل في منازعات الأوراق المالية وكيفية الطعن في الأحكام الصادرة منها والإجراءات المتبعة في رفع الدعاوى ذات الصلة .

(1) أنظر نص المادة (7) من ذات القرار المشار إليه .

(2) أنظر الموقع الإلكتروني لصحيفة العرب اليوم في 6 تشرين الثاني / نوفمبر 2021 www. Sahafahh.com

الفرع الثالث

تحديد طرق الطعن في النظام السعودي

من المقرر قانوناً أن لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية تختص بالفصل في الدعاوى كافة المقامة إليها ، ولكن الطعن في القرارات الصادرة من هذه اللجنة يكون أمام لجنة الاستئناف في منازعات الأوراق المالية وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية (1)، وتعد قرارات هذه اللجنة الأخيرة نهائية وقاطعة في الدعوى، ويتعين تنفيذ القرارات التي تكتسب الصفة القطعية عن طريق الجهات الحكومية المخولة بتنفيذ الأحكام القضائية ، وأما بالنسبة إلى القرارات الصادرة لمصلحة الأطراف فيتعين أن ينفذها أولئك الأطراف على النحو المتبع في تنفيذ الأحكام القضائية في الدعوى المدنية. (2)

الفرع الرابع

تحديد طرق الطعن في التشريع الأردني

من الجدير بالذكر أن الأحكام المدنية أو الحقوقية والجنائية كافة الصادرة من محكمة بداية عمان يتم الطعن بها أمام محكمة الاستئناف (3). كما أن الأحكام الجنائية كافة الصادرة من محكمة الإستئناف يتم الطعن عليها أمام محكمة التمييز ، وتختص محكمة التمييز بالنظر في الطعون الموجهة إلى الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف في الدعاوى الحقوقية المدنية عن المحاكم البدائية والتي تزيد قيمتها على عشرة آلاف دينار أردني. (4)

(1) أنظر البند رقم (ج) من المادة الثلاثين من نظام السوق المالية السعودية .

(2) أنظر البند رقم (ي) من المادة الثلاثين من لائحة إجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية .

(3) أنظر نص المادتين (7، 8) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردنية .

(4) أنظر نص المادة (1) من ذات القانون المشار إليه .

وفي ضوء ماسبق، نرى أن التشريع المصري لم يُجز الطعن أمام محكمة النقض على الأحكام المدنية الصادرة من الدوائر الاستئنافية الصادرة من الأخيرة بصفتها الاستئنافية ، وذلك خلاف التشريعات سالفه البيان الإماراتية والسعودية والأردنية .

المبحث الثاني

الطرق غير التقليدية لتسوية منازعات شركات ومراكز ايداع الأوراق المالية في التشريعات المقارنة .

نتحدث في هذا المبحث عن الوسائل البديلة لحل منازعات شركات ومراكز ايداع الأوراق المالية في ضوء التشريعات محل الدراسة ، وقسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، نتحدث في المطلب الأول عن التحكيم ومدى أهميته في فض تلك المنازعات ، ثم نعقبه بالحديث عن التوفيق والوساطة كوسيلة بديلة لحل تلك المنازعات في التشريعات المقارنة أيضاً وذلك في مطلب ثان .

المطلب الأول

التحكيم وأهميته في فض منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية .

نتحدث في هذا المطلب عن مدى أهمية التحكيم في فض منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية وذلك في فرعين نتحدث في الفرع الأول عن تعريف التحكيم وأهميته ، ثم نتحدث في الفرع الثاني عن التحكيم ودوره في تسوية منازعات شركات ومراكز ايداع الأوراق المالية .

الفرع الأول

تعريف التحكيم وأهميته

يقصد بالتحكيم: بأنه عبارة عن (اتفاق الأطراف على عرض نزاع للحكم فيه من قبل شخص خاص يختارونه)⁽¹⁾.

ويمكن تعريف التحكيم في منازعات سوق الأوراق المالية بأنه: (اتفاق يتم بين إحدى الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وأحد العملاء على تحديد محكم ذي خبرة ودراية بتعاملات سوق الأوراق المالية على تسوية نزاع قائم بينهما يتعلق بأنشطة السوق).

وقد ذهب أحد الفقهاء بأن التحكيم في تلك المنازعات يتطلب محكم لديه الخبرات العالية بتعاملات السوق ، كما يتوافر لديه العلم بالعرف التجاري السائد في سوق الأوراق المالية ، ويرى هذا البعض أنه لا يشترط أن يكون المحكم رجلاً من رجال القانون أو القضاء ، وإنما يكون لعامل الخبرة دور مهم عند اختياره⁽²⁾.

ونحن نرى أن المحكم الذي يتم الاتفاق عليه بالنسبة لتعاملات سوق الأوراق المالية ينبغي أن يكون من رجال القانون أو القضاء ، ونحن لا نتفق مع ماذهب إليه الرأي السابق بيانه من أنه ينبغي أن تكون لديه خبرة في هذا المجال فقط فهذا قول مردود عليه بأن مصطلح التحكيم في مسماه هو مصطلح قانوني ، لا يمكن لاحد أن يمارسه إلا إذا كان قد تفرس في إجراءاته وأحكامه وتنظيمه القانوني حتى يمكنه إصدار حكمه في المنازعات المعروضة عليه، كما أننا لا نستبعد على الإطلاق عنصر الخبرة بتعاملات السوق ، وإنما يمكن للمحكم أن يستعين بخبير أو أكثر من خبراء سوق الأوراق المالية لإعداد تقارير فنية في المنازعات ذات الصلة ومن تكون له السلطة التقديرية حول الأخذ بهذه التقارير أو طرحها جانباً كما هو الحال في منازعات القضاء العادي.

(1) د. يوسف محمد العلي ، تسوية منازعات سوق الأوراق المالية ، مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، العدد الخامس والعشرون ، 2007-، ص127 .

(2) د. عاشور عبد الجواد ، بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال ، 1995 ، ص 196.

ونحن نرى من وجهة نظرنا أن التحكيم في منازعات سوق المال هو عمل قضائي اختياري لأطراف النزاع بحث يرتكز في المقام الأول على فكرة وجود محكم قاض أو من رجال القانون كأساتذة القانون بالجامعات وأنه إجراء اختياري دون إجبار الأطراف على اللجوء إليه وذلك على النحو سالف البيان.

الفرع الثاني

التحكيم ودوره في تسوية منازعات شركات ومراكز ايداع الأوراق المالية .

نتحدث في هذا الفرع عن دور التحكيم في تسوية منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في التشريعات المقارنة (المصرية والأردنية والاماراتية) وذلك على النحو التالي :

أولاً : التحكيم في منازعات شركات ايداع الأوراق المالية في التشريع المصري

من نافلة القول إن التحكيم كان عندما صدر قانون سوق رأس المال المصري إجبارياً وتكون أحكامه نهائية غير قابلة للطعن عليها وذلك بمقتضى نص المادة (52) من قانون سوق رأس المال رقم 92 لسنة 1992 ، وسرعان ما تغير الأمر حتى أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية حكمها بعدم دستورية التحكيم الإجباري المنصوص عليه في المادة سالفه البيان ، ومن ثم أصبح التحكيم إختيارياً ، وعادت للقضاء سلطته نحو الفصل في منازعات سوق الأوراق المالية⁽¹⁾.

و يمكن القول بأنه في سبيل الحفاظ على تعاملات البورصة وبث الثقة في نفوس المستثمرين قامت إدارة البورصة المصرية بإقرار قواعد تحكيمية كوسيلة إختيارية وفقاً لقواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) وتعديلاتها، التي تم تطبيقها فعلياً عام 2014 على المنازعات كافة الناشئة عن أنشطة الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية ، والتي من بينها شركات الوساطة في الأوراق

(1) د. أحمد عبدالحى السيد ، التحكيم الدولي في إطار العقود التجارية الدولية وسوق الأوراق المالية ، الطبعة الأولى ، 2018 ، مكتبة الوفاء القانونية ، ص 241 ، حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 55 لسنة 23 قضائية ، دستورية ، جلسة 13 يناير 2002 .

.....

المالية ، وهي تلك المنازعات التي يمكن أن تحدث بينها وبين أحد عملائها بمناسبة عمليات التداول وذلك وفقا لنص المادة رقم (1)(1).

نعرض فيما يلي أهم تلك القواعد وذلك على النحو التالي:

1- تطبق قواعد تحكيم البورصة المصرية في حالة اتفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية إلى التحكيم بمقتضى هذه القواعد ، لتسوية تلك المنازعات مع مراعاة أية تعديلات قد يتفق عليها الاطرف كتابة.(2)

2- يتم تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين إذا لم يتفق الأطراف مسبقا على عدد المحكمين ولم يتفقوا خلال 30 يوما من تاريخ تسلم المدعي عليه إخطار التحكيم على أن يعين محكم واحد فقط.(3)

3- تكون أحكام التحكيم نهائية وملزمة للأطراف وتتعهد الأطراف بتنفيذ جميع هذه الأحكام دون تأخير.(4)

4- تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يتفق أطراف النزاع على تطبيقها على موضوع النزاع ، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك تتولى الهيئة تطبيق القانون الذي تراه مناسبا ومتفقاً مع موضوع النزاع.(5)

ومن وجهة نظرنا نرى أن هذه القواعد لم تتضمن النص على الشروط الواجب توافرها في شخص المحكم بعيداً عن الشروط العامة الواردة في نص المادة (16) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 ، وذلك نظراً لاختلاف تعاملات سوق الأوراق المالية عن سائر التعاملات الأخرى السوقية ، لذا نقترح من جانبنا ضرورة النص على هذه الشروط والتي من أهمها مايلي:

- أن تكون لدى المحكم الخبرة والدراية الكاملة بتعاملات سوق الأوراق المالية .

(1) يمكن الإطلاع على هذه القواعد على موقع البورصة المصرية 4c41-7827- 88843116 www.egx.com.ej

(2) المادة (6) من هذه القواعد .

(3) المادة (11) من هذه القواعد.

(4) المادة (2/40) من ذات القواعد.

(5) المادة (1/41) من ذات القواعد.

- أن يكون حاصلًا على درجة الدكتوراه في العلوم القانونية من إحدى الجامعات المعترف بها ، أو أن يكون من أحد قضاة المحاكم الاقتصادية.

- عدم وجود صلة قرابة أو مصاهرة بين المحكم وأحد أطراف الخصومة .

ثانياً :- التحكيم في منازعات مراكز ايداع الأوراق المالية في التشريع الإماراتي

على غرار المشرع المصري كان نظام التحكيم في منازعات الأوراق المالية قديماً في دولة الإمارات العربية المتحدة إجبارياً ، وذلك بموجب قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2001 (1) إذ نصت المادة (2) من القرار سالف الذكر على أنه (يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم دون غيره ، وتطبق في هذا الشأن أحكام هذا النظام ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم والتزاماً بتنفيذ حكم المحكمين وتنازلاً عن طريق الطعن فيه عدا ما هو مقرر في هذا النظام) (2)، ولكن كان للمؤتمر العلمي الخامس عشر الذي نظّمته كلية القانون بجامعة الإمارات عام 2007 والمنعقد في الفترة من 6 - 8 مارس 2007 تحت شعار أسواق الأوراق المالية والبورصات دور مهم نحو تعديل نص المادة 2 من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2001 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات ، ليصبح التحكيم في منازعات الأوراق المالية اختيارياً بدلاً من كونه إجبارياً وهو ما حدث بالفعل ، إذ صدر قرار مجلس إدارة الهيئة المذكورة رقم (35 / و) لسنة 2008 حيث نص على جعل التحكيم في هذه المنازعات اختيارياً (3).

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض بأبو ظبي رفضت كون التحكيم في منازعات الأوراق المالية إجبارياً وجعله اختيارياً إذ قضت في أحد أحكامها بأنه (.....وكان المقرر في قضاء محكمة نقض أبو ظبي أنه لما كان

(1) أنظر نص المادة 2 من قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2001 .بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات .

(2) د.إبراهيم إسماعيل إبراهيم ، تسوية منازعات عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثاني ، السنة الرابعة ، ص 5.

(3) د. أحمد إبراهيم عبد التواب ، طبعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع ، بدون دار نشر ولا سنة طبع ،ص 82 وما بعدها.

الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها ، التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ، ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجباريا يذعن إليه الطرفان إنفاذا لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الإتفاق على خلافها ، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق ، إذ يحدد طرفاه وفقا لأحكامه نطاق الحدود المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما ، وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذا كاملا وفقا لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع وركيزة اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بإسناد من الدولة ، وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر نظاما بديلا عن القضاء فلا يجتمعان ، ذلك أن مقتضاه عزل المحاكم عن نظر المسائل التي إنصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها ، ولما كان القانون قد كفل لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي محولا إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون مختصا بالنظر إلى طبيعتها وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا يستهها مهينا دون غيره للفصل فيها ، وبذلك فإن لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها ، فإذا أرهقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها كان ذلك إخلالا بالحماية التي كفلها القانون لهذا الحق وإنكارا لحقائق العدل في جوهر ملامحها ، وكان القرار الذي أصدرته السلطة التنفيذية (قرار رئيس هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2000 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع بناء على القانون رقم 4 لسنة 2000 في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع التي فوضها في إصداره هو من قبيل القرارات الإدارية ولا يجوز للقرار أن يتناول نصوص القانون القائم بالفسخ أو بالتعديل أو أن يزيد عليه شيئا فإذا ماخرج عن نصوص القانون أصبح مفقدا العناصر التي تنزله منزلة التشريع

ومتجردا من الأساس القويم لمشروعيته بما يجعله معدوم الأثر قانونا ويكون للقضاء العادي ألا يعتد به في مقام تطبيق القانون القائم⁽¹⁾

ونحن نؤيد ما ذهب إليه البعض⁽²⁾ من أن المشرع الإماراتي قد نص على تشكيل لجنة التحكيم في منازعات الأوراق المالية حيث جعلها تشكل بقرار من رئيس مجلس هيئة الأوراق المالية والسلع برئاسة أحد رجال القضاء وعضوية إثنين يرشح أحدهما مدير عام السوق المعنية ، بينما يرشح الآخر رئيس مجلس هيئة الأوراق المالية والسلع ، إلا أنه لم يبين الشروط الواجب توافرها في أعضاء لجنة التحكيم وهو ما ينبغي على المشرع الإماراتي إيضاحه .

كما أننا نرى من وجهة نظرنا أن المشرع الإماراتي قد جانبه الصواب عندما نص في المادة (10) من قرار رئيس هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2001 على أن تشكل لجنة التحكيم بقرار من رئيس المجلس ورئاسة أحد القضاة ، يتم ترشيجه من قبل وزير العدل وعضوية إثنين ، يرشح أحدهما مدير عام السوق المعنية ، بينما يرشح الآخر رئيس مجلس هيئة الأوراق المالية والسلع في جو تنعدم فيه إرادة طرفي النزاع على اختيار المحكمين حسبما هو مستقر عليه في القواعد العامة إذ إن إختيار هؤلاء المحكمين يتم باتفاق طرفي النزاع لا على أن يعين المحكمين دون الرجوع لطرفي النزاع ، وهذا قضت به محكمة نقض أبو ظبي إذ جاء في حكمها (ولما كانت المادة (10) من قرار رئيس هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2001 قد نصت على أن تشكل من رئيس المجلس لجنة أو لجان تحكيم تتولى مهمة الفصل في المنازعات الناشئة عن المتعاملين في السوق برئاسة أحد القضاة يرشحه وزير العدل حسب الأحوال وعضوية إثنين يرشح أحدهما مدير عام السوق المعنية بينما يرشح الآخر رئيس المجلس ، وكان تشكيل هيئة التحكيم على هذا النحو يتم بعيدا عن الأطراف وتنعدم فيه إرادتهم في اختيار المحكمين بالمخالفة لما استقر عليه المشرع والقضاء على أن الأطراف هم الذين يقومون باختيار المحكمين الذين يرتضونهم لحل النزاع أو اختيارهم من القوائم المعدة سلفا من المتخصصين في مثل تلك المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية والسلع ، ولما كانت مسألة تعيين المحكمين أو اختيارهم تعتبر مخالفتها سببا

(1) أنظر حكم محكمة النقض بأبو ظبي في الطعن رقم 554 لسنة 2008 س 2 ق ، أ بتاريخ 2008/12/25 سلسلة مبادئ النقض 106 وما بعدها

(2) د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم ، د.حيدر فاضل الدهان ، مرجع سابق ، ص 5 وما بعدها.

.....

لبطلان حكم التحكيم والقاعدة أن تعيين المحكمين يتم باتفاق طرفي التحكيم ولهما أن يحددا عددهم شريطة أن يكون وترا ، فإذا لم يتفقا على اختيار المحكم الفرد أو المحكمين في حالة تعددهم أو على عددهم تولت المحكمة الإختيار وذلك كله بناء على طلب أحد الطرفين وفقا للمادة (204) من قانون الإجراءات المدنية (.....)

لذا وفي ضوء حكم محكمة النقض بأبوظبي نهيب بالمشروع الإماراتي ضرورة تعديل نص المادة (10) من قرار رئيس هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2001 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع على نحو يقضي بحرية أطراف النزاع في اختيار المحكمين ، وذلك على غرار النظام المصري الذي أقر بحرية الأطراف في اختيار المحكمين بالنسبة لمنازعات الأوراق المالية⁽¹⁾، وتماشيا مع القواعد العامة المقررة بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والتجارية الإماراتي كما سبقت الإشارة إلى ذلك وفي ضوء الحيثيات التي سبق ذكرها⁽²⁾.

من الجدير بالذكر أن المشروع الإماراتي أجاز لأطراف النزاع الطعن في قرار لجنة التحكيم بالإلغاء أو الإبطال ، وذلك في حالات معينة وردت على سبيل الحصر وذلك على النحو التالي :

1-عدم إشعار الطاعن بتعيين لجنة التحكيم أو بإجراءات التحكيم ذاتها أو عدم استطاعته عرض منازعته أمام تلك اللجنة لسبب تقتنع به المحكمة .

2-في حالة استعراض قرار لجنة التحكيم لمسائل تخرج عن نطاق النزاع المعروف عليها .

3-مخالفة الضوابط المقررة بشأن تشكيل لجنة التحكيم أو الإجراءات المتبعة في اللجوء للتحكيم .

4-إذا ما تعارض القرار الصادر من لجنة التحكيم مع النظام العام .

(1) يمكن الإطلاع على قواعد تحكيم منازعات سوق المال المصرية على موقع البورصة المصرية 4c41-7827-88843116/
www.egx.com.ej .

(2) أنظر حكم محكمة النقض بأبوظبي في الطعن رقم 554 لسنة 2008 س 2 ق ، أ بتاريخ 2008/12/25 سلسلة مبادئ
النقض 106 وما بعدها.

ونحن نستطيع القول في ضوء ما سبق ذكره إن المشرع الإماراتي قد أحسن صنعاً عندما أجاز لأطراف النزاع الطعن في قرار التحكيم ، وذلك على خلاف المشرعين المصري والأردني كما رأينا من قبل وكما سنرى لاحقاً ، إذ جعل المشرع المصري قرار التحكيم نهائياً وملزماً لأطرافه وهو ما يتعين على المشرعين المصري والأردني معالجة هذا العوار القانوني والسماح لأطراف النزاع بالطعن في قرار لجنة التحكيم .

ومن نافلة القول إن هناك العديد من مؤسسات التحكيم في دولة الإمارات العربية والتي تختص بالتحكيم في المنازعات التجارية ، والتي من بينها مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري ، ومركز دبي للتحكيم الدولي ، والمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم ، ومركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي .

ثالثاً :- التحكيم في منازعات مراكز ايداع الأوراق المالية في التشريع الأردني

أجاز النظام الأردني اللجوء للتحكيم كوسيلة لفض منازعات الأوراق المالية ، وذلك بموجب تعليمات حل المنازعات عن طريق التحكيم الصادرة عن بورصة عمان إستناداً لأحكام المادة (8) من النظام الأساسي لشركة بورصة عمان والمقرة بموجب قرار مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية رقم (2018/153) في 2018/5/14 والمعدلة بموجب قرار المجلس تحت رقم 2022/92 في 2022/4/6 ورقم 2022/146 في 2022/6/19.

حيث تضمنت تلك التعليمات جواز حل أي نزاع ينشأ بين الأعضاء وعملائهم عن طريق إجراءات التحكيم في البورصة في أي من الحالات الآتية : (1)

1- إذا تضمنت اتفاقية فتح الحساب بين الطرفين شرطاً تحكيمياً ينص على أن جميع الخلافات المتصلة بالاتفاقية أو التي تتعلق بها تحل نهائياً وفقاً لأحكام هذه التعليمات بواسطة هيئة تحكيم وفقاً لاتفاق الطرفين .

2- إذا اتفق الأطراف بعد نشوء النزاع على أن يتم حله نهائياً وفقاً لأحكام هذه التعليمات وذلك في حالة عدم وجود شرط تحكيمي .

(1) أنظر نص المادة (3) من تعليمات حل المنازعات عن طريق التحكيم في شركة بورصة عمان لسنة 2018 .

.....

ومن الجدير بالذكر أن المشرع الأردني اشترط فيمن يعين محكم في منازعات الأوراق المالية شروط عديدة ، من أهمها أن يكون المحكم حاصلًا على درجة البكالوريوس في القانون أو في أحد المجالات المالية أو الاقتصادية ، وأن يكون حاصلًا على إجازة المحاماة إذا كان المحكم المعين منفردًا أو رئيسًا لهيئة التحكيم.⁽¹⁾

ونحن نرى من جانبنا أن المشرع الأردني قد أحسن صنعا عندما اشترط فيمن يحكم في منازعات الأوراق المالية أن يكون حاصلًا على درجة البكالوريوس في القانون وإجازة المحاماة ، وإذا كان المشرع قد أجاز لغير الحاصلين على بكالوريوس القانون مزاولة مهنة التحكيم في هذه المنازعات من الحاصلين على درجة البكالوريوس في المجالات المالية والاقتصادية إلا أنه قد وضع شرطًا آخر يتعلق بحصول المحكم على إجازة المحاماة إذا كان المحكم رئيسًا لهيئة التحكيم أو كان منفردًا وهذا يستفاد منه أن التحكيم في منازعات الأوراق المالية هو عمل قانوني وهو ما يؤيد وجهة نظرنا سالفة الديان من ضرورة قيام المشرع المصري بالنص على أن يكون المحكم من رجال القانون .

المطلب الثاني

التوفيق والوساطة كوسيلة لفض منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في التشريعات المقارنة .

بادئ ذي بدء يمكن القول بأنه إذا كنا قد إنتهينا من قبل من أن القضاء والتحكيم وسيلتان لفض المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية إلا ان هناك طريقاً آخر لحل هذه المنازعات بدلاً من اللجوء للقضاء أو التحكيم ، وذلك بطريق التوفيق والوساطة والتسوية الودية باتفاق طرفي النزاع ، لذا سنعرض فيما يلي موقف التشريع المصري وغيره من التشريعات المقارنة من اتخاذ التوفيق والوساطة وسيلة لفض تلك المنازعات :

(1) أنظر نص المادة (8) من ذات التعليمات المشار إليها .

الفرع الاول

موقف التشريع المصري

قد تحل منازعات سوق الأوراق المالية عن طريق التوفيق والوساطة لا عن طريق القضاء أو اللجوء للتحكيم ، ومن الجهات التي يمكن أن تتولى حل هذه المنازعات بهذه الوسيلة في مصر مايلي :

اولاً: الجمعية المصرية للأوراق المالية

وهي من الجمعيات المهنية التي لاتهدف إلى تحقيق ربح وتضم العديد من الشخصيات في التخصصات كافة في مجال الأوراق المالية كشركات ومراكز إيداع الأوراق المالية والوسطاء الماليين وشركات إدارة محافظ الأوراق المالية وغيرها من الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية حيث تم تأسيسها عام 1996 ، وكان من أهم أهدافها فض المنازعات التي تنشأ بين الأعضاء وبعضهم أو بينهم وبين الغير⁽¹⁾.

ثانياً: هيئة التحضير والوساطة بالمحاكم الاقتصادية

جدير بالذكر أن لهيئة التحضير والوساطة بالمحاكم الاقتصادية دوراً مهماً في حل المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية فيمكن القول بأن المشرع المصري قد أنشأ مرحلة تمهيدية عند نظر النزاع المرفوع أمام المحاكم الاقتصادية ، وذلك بموجب قانون المحاكم الاقتصادية وهي مرحلة التحضير والوساطة ، حيث تضمن هذا القانون إنشاء هيئة تسمى (هيئة التحضير والوساطة) بكل محكمة اقتصادية يُشار إليها في هذا القانون بالهيئة وتتولى التحضير والوساطة في الدعاوى التي تختص بها هذه المحكمة.⁽²⁾

ومن جانبنا نرى أيضاً أن المشرع المصري بموجب التعديل الجديد الذي طرأ على قانون المحاكم الاقتصادية قد اعتنى عناية فائقة في وضع قواعد من شأنها العمل على توفير بيئة اقتصادية وتنموية شاملة وبث الثقة في نفوس المستثمرين ، وذلك عندما أقر نظام حل المنازعات التي تحدث بين أطراف الخصومة الاقتصادية ودياً ودون إقامة دعوى قضائية كما سنرى لاحقاً.

(1) د.هشام أحمد ماهر زغلول ، المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية ، دار النهضة العربية ، 2013 ، ص 323 وما بعدها.

(2) المادة (8 / 1) من قانون المحاكم الاقتصادية والمعدلة بالقانون الجديد رقم (146) لسنة 2019.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري حدد نطاق عمل هيئة التحضير حيث جعلها تختص بالدعاوى المدنية والتجارية كافة التي ترفع ابتداءً أمام الدوائر الابتدائية أو الاستئنافية بالمحكمة الاقتصادية ، ومن ثم فإنه أخرج الدعاوى الجنائية والدعاوى المدنية والتجارية التي تكون قد تم استئنافها أمام المحكمة وكذلك الدعاوى المستعجلة والأوامر الوقتية والأوامر على عرائض وأوامر الأداء ومنازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية في شأن الأحكام التي تصدرها المحكمة الاقتصادية ، وذلك وفقاً لنص المادة 1/8 من قانون إنشاء المحكمة الاقتصادية (1).

ونحن من جانبنا نرى أن المشرع المصري أجاز لأطراف الخصومة الاقتصادية اللجوء لرئيس هيئة التحضير بالمحكمة الاقتصادية مباشرة ، وذلك من أجل تسوية النزاع القائم بينهما بصورة ودية دون إقامة دعوى بشأن هذا النزاع ، وعندئذ يتعين على قاضي التحضير الوساطة بينهما وإذا ما نجح في وساطته ومن ثم تم تسوية النزاع ودياً وجب عليه أن يحرر اتفاقاً بهذه التسوية ويوقع عليه أطراف الخصومة ورئيس الهيئة ، وبذلك يكون لهذا الاتفاق الحجية الكاملة نحو جعله سنداً تنفيذياً ، وإذا لم يوفق قاضي التحضير في تسوية هذا النزاع بشكل ودي تعين عليه حفظ الطلب ورد المستندات كافة المقدمة إلى الخصوم ، وذلك وفقاً لنص المادة (8 مكرر و) والتي تنص على أنه (يجوز لأطراف النزاع الذي تختص بنظره المحاكم الاقتصادية اللجوء مباشرة إلى رئيس الهيئة بالمحكمة المختصة محلياً لتسوية النزاع ودياً دون إقامة دعوى بشأنه ، وفي هذه الحالة يسدد رسم لا يقل عن ألفي جنيه ولا يجاوز مائتي ألف جنيه تحدد فئاته بقرار من وزير العدل ، ويتولى قاضي التحضير الوساطة بين الأطراف على النحو المشار إليه سلفاً ، فإذا توصل إلى تسوية النزاع ودياً يحرر اتفاق تسوية على النحو المبين بالمادة (8 مكرر ج) من هذا القانون تكون له قوة السند التنفيذي أما إذا تعذر تسوية النزاع ودياً يقوم قاضي التحضير بحفظ الطلب ورد كافة المستندات إلى الخصوم) .

ثالثاً: الاتحاد المصري للأوراق المالية

(1) د. أحمد السيد الصاوي ، المحاكم الاقتصادية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، حقوق الإسكندرية ، العدد الأول ، 2010 ، ص 439 .

كما نرى من جانبنا أن المشرع المصري عند إصداره القانون رقم 17 لسنة 2018 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال قد جانبه الصواب ، وذلك عندما نص في المادة (41 مكرر 9) منه على إنشاء الاتحاد المصري للأوراق المالية وقام بالنص على تحديد مهامه واختصاصاته ولم يدرج من بينها اختصاص الاتحاد بالقيام بالتوفيق والوساطة وحل المنازعات المتعلقة بسوق الأوراق المالية بشكل ودي ، لا سيما وأنه يضم ذوي الاختصاص من أهل الخبرة في مجال الأوراق المالية كالشركات العاملة في مجال الأوراق المالية وغيرها ذات الصلة (1).

ونحن نرى من وجهة نظرنا ضرورة إصدار تعديل تشريعي لقانون سوق رأس المال يتضمن النص على أن يختص الاتحاد المصري للأوراق المالية بفض المنازعات المدنية المتعلقة بالأوراق المالية كوسيلة لفض المنازعات بطريق التوفيق والوساطة والتسوية الودية قبل اللجوء للقضاء ، وذلك حسما لتلك المنازعات بشكل سريع وتخفيف العبء عن كاهل القضاة ، ومن ثم فإن ذلك يعود بالنفع على الاقتصاد القومي بشكل عام ، وكذا لتقليل النفقات التي ينفقها أصحاب العملاء حال لجوئهم للنقاضي ، مع ضرورة النص على القيمة القانونية الملزمة للقرارات التي يصدرها هذا الاتحاد بشأن المنازعات المدنية المتعلقة بالأوراق المالية بأن ينص المشرع المصري على أن تكون القرارات كافة الصادرة من الاتحاد المصري للأوراق المالية الخاصة بفض المنازعات المدنية المتعلقة ملزمة للأطراف كافة .

(1) تنص المادة (41مكرر 9) من القانون رقم 17 لسنة 2018 على أنه (ينشأ إتحاد يضم الشركات العاملة في مجال الأوراق المالية الخاضعة لأحكام هذا القانون أو لأحكام قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية الصادر بالقانون رقم 93 لسنة 2000 يسمى (الإتحاد المصري للأوراق المالية) يتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة ، ويختص الإتحاد بتقديم التوصيات في شأن تنمية نشاط سوق رأس المال، وزيادة الوعي به، وتبني المبادرات الداعمة للنشاط، وتقديم التوصيات في شأن التشريعات المنظمة لعمل الجهات المنضمة له، والعمل على تنمية مهارات العاملين في مجال الأوراق المالية والتنسيق بين الأعضاء)،.

الفرع الثاني

موقف التشريع الإماراتي

استعرضنا من قبل الاختصاص القضائي لفض منازعات الأوراق المالية في دولة الإمارات ، وتوصلنا إلى أن المحكمة التجارية بأبوظبي هي المختصة بنظر منازعات الأوراق المالية ، وكذلك إتجاه المشرع الإماراتي إلى ضرورة إنشاء دوائر متخصصة في المحكمة التجارية بدبي للنظر في منازعات الأوراق المالية ، كما أجاز المشرع الإماراتي اللجوء للتحكيم في منازعات الأوراق المالية إذا اتفق طرفا النزاع على ذلك ، وإذا كان الأمر هكذا فإن هناك وسيلة أخرى لفض تلك المنازعات وهي التوفيق والوساطة والتسوية الودية .

ومن وجهة نظرنا نرى أنه لقد أحسن المشرع الإماراتي صنعاَ عندما أصدر القانون الاتحادي رقم (6) لسنة 2021 والخاص بشأن الوساطة لتسوية المنازعات المدنية والتجارية وكذلك قيامه بإصدار اللائحة المنظمة لعمل مراكز التوفيق والوساطة في المنازعات المدنية والتجارية وذلك بموجب قرار رئيس دائرة القضاء رقم (39) لسنة 2021 ، ويمكننا أن نستعرض بشكل موجز أبرز ما جات به تلك اللائحة من هذا القانون وذلك على النحو التالي :

أولاً: نطاق تطبيق القانون

يطبق هذا القانون على المنازعات كافة التي يجوز الصلح فيها بما لا يتعارض مع التشريعات النافذة أو النظام العام والآداب في الدولة ، كما يجوز أن تتناول الوساطة موضوع النزاع أو جزء منه ، ويتطبق أحكام هذا القانون إذا تم إجراء الوساطة في الدولة أو إذا كانت وساطة أو توفيقا تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا القانون .⁽¹⁾

ثانياً: مدى حجية اتفاق التسوية المصادق عليه

(1) أنظر نص المادة (2) من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2021 .

يكون اتفاق التسوية المصادق عليه ملزماً للأطراف ولا يجوز لهم الرجوع فيه ، وتكون له ذات الحجية المققرة للأحكام القضائية ، ولا يجوز إعادة طرح النزاع مرة أخرى أمام المحاكم المختصة في الدولة و من ثم تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بهذه الحجية .⁽¹⁾

ثالثاً: اختصاصات مراكز التوفيق والوساطة

تختص مراكز التوفيق والوساطة بالتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية التي تدخل في الاختصاص القيمي للدوائر الجزئية ، وللخصوم بعد رفع الدعوى الاتفاق على اللجوء إلى المراكز للتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية التي تدخل في الاختصاص القيمي للدوائر الكلية ، كما ينعقد الاختصاص لتلك المراكز بالنظر في الدعاوى المحالة إليها من المحكمة المختصة بناءً على طلب الخصوم ودون التقيد بالاختصاص القيمي .⁽²⁾

ولكن نأمل من المشرع الإماراتي ضرورة تعديل نص المادة (25) من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2021 بحيث يتضمن النص تخصيص مراكز تتولى القيام بالوساطة والتوفيق والتسوية الودية في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية ، وذلك على غرار ما فعله المشرع الإماراتي عندما نص على إنشاء لجنة للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية والسلع كما سبق أن أشرنا إلى ذلك من قبل ، وذلك حسماً للمنازعات بشكل سريع وتخفيف العبء عن كاهل القضاة وجذباً للاستثمار لا سيما الإستثمارات الأجنبية .

الفرع الثالث

موقف النظام السعودي

أجاز النظام السعودي لأطراف النزاع في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية والمرفوعة في الدعوى الجماعية تسوية النزاع ودياً فيما بينهم بهدف إنهاء الدعوى الجماعية ، كما يجوز للأطراف قبول مقترح تسوية مكتوب من الدائرة القضائية التي تنتظر الدعوى في جميع الحالات لا تعد التسوية مكتوبة إلا بعد موافقة الدائرة عليها.⁽³⁾

(1) أنظر نص المادة (20) من ذات القانون المشار إليه .

(2) أنظر نص المادة (4) من لائحة تنظيم عمل مراكز الوساطة والتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية الصادرة بموجب القرار رقم (39) لسنة 2021 من رئيس دائرة القضاء في 14 أكتوبر 2021 .

(3) أنظر نص الفقرة (أ) من المادة التاسعة والستون من لائحة إجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية السعودية .

.....

وتضمن النظام السعودي أنه يعد مقترح التسوية الموافق عليه من قبل الدائرة نافذا إذا لم يعلن 30% فأكثر من أعضاء مجموعة المدعين على أن يمثل حجم مطالباتهم نسبة لا تقل عن 30% من إجمالي حجم المطالبات (1).

ويتعين على الدائرة أن تصدر قرارها بالموافقة على التسوية إذا رأت أن التسوية عادلة لأعضاء مجموعة المدعين ، وترتب التسوية اثارها لصالح وضد جميع أطراف الدعوى الجماعية الذين لم يعلنوا انسحابهم من التسوية وبمجرد تصادق الدائرة على التسوية وإصدار قرارها تدخل التسوية في حيز النفاذ ويعلن هذا القرار في سجل الدعوى الجماعية.(2)

ونحن نرى من جانبنا أن نظام التسوية الودية في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية في السعودية والذي سبق أن أشرنا إليه يشبه إلى حد كبير نظام التوفيق والوساطة الذي أقره المشرع المصري بموجب قانون المحاكم الاقتصادية عندما أناط بهيئة التحضير والوساطة التوسط في المنازعات الاقتصادية ، وإصدار قرار بشأن هذه الوساطة سواء كانت التسوية بناء على طلب أطراف النزاع أو تقدمت هيئة التحضير بمقترح للتسوية وعرضه على أطراف النزاع والموافقة عليه .

(1) أنظر نص الفقرة (ب) من المادة التاسعة والسنتين من ذات اللائحة المشار إليها .

(2) أنظر نص المادة الثانية والسبعين من ذات اللائحة المشار إليها .

الخاتمة

أولاً : النتائج

1- أن هناك قضاءً اقتصادياً مستقلاً إلى حد كبير يختص بالفصل في جميع منازعات شركات ومراكز إيداع الأوراق المالية في مصر والإمارات والسعودية والأردن ، مما يترتب عليه سرعة الفصل في تلك المنازعات بكل سهولة ويسر ، وذلك جذبا وتشجيعا للاستثمارات المحلية والأجنبية على حد سواء ، ومن ثم أصبحت هناك خصوصية للتقاضي في تلك المنازعات .

2- أقر النظام السعودي بموجب نظام السوق المالية السعودية حق الأطراف في دعاوى الحق الخاص المدنية والتجارية في إقامة الدعوى الجماعية الخاصة بمنازعات الأوراق المالية ، وذلك بموجب التعديل الذي أجره على نظام السوق المالية السعودية في 2019 على خلاف التشريعات الأخرى المقارنة .

3- بالنسبة للتشريع المصري نجد أن هناك خصوصية لإجراءات الطعن أمام محكمة النقض على الأحكام المدنية الصادرة من الدوائر الاستئنافية الصادرة من الأخيرة بصفتها الاستئنافية ، نظرا لعدم إجازة المشرع المصري للطعن بالنقض على هذه الأحكام ، وذلك خلاف التشريعات الإماراتية والسعودية والأردنية .

4- أن للتحكيم دورا مهما في الفصل في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية في التشريعات كافة محل الدراسة ، كما أن هذا التحكيم أصبح اللجوء إليه إختياريا باتفاق طرفي النزاع عليه ولم يعد إجباريا كما كان قبل ذلك ، وذلك في جميع التشريعات المصرية والإماراتية والأردنية والسعودية .

5- أن هناك جهات معنية في التشريعات المقارنة كافة تتولى إجراء التوفيق والوساطة في فض منازعات شركات ومراكز ايداع الأوراق المالية حددتها تلك التشريعات ، بالإضافة إلى الجهات المقترحة من قبلنا لقيام بهذه المهام ، علما بأن التشريع الأردني لم يتطرق لتنظيم مثل هذه المسألة وهو ما يعد قصورا تشريعا يتعين معالجته .

6- أن التشريعين المصري والسعودي جعلتا من المحاكم المختصة بنظر منازعات الأوراق المالية أدوات لتسوية تلك المنازعات بالطرق الودية ، كما فعل المشرع المصري عندما أناط بهيئة التحضير والوساطة تولي التسوية الودية بين طرفي المنازعة الاقتصادية وجعل قرارها ملزما لأطرافها ، وكذلك الحال بالنسبة للنظام السعودي الذي خول لطرفي النزاع الحق في تقديم طلب تسوية ودية أمام الدائرة القضائية التي تنظر النزاع .

ثانياً :- التوصيات

1-نوصي بضرورة قيام المشرع المصري والإماراتي والأردني بالنص على حق طرفي النزاع في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية بالنسبة للدعاوى المدنية والتجارية في إقامة الدعوى الجماعية الخاصة بمنازعات الأوراق المالية ، وذلك على غرار النظام السعودي الذي أقر هذه الدعوى الجماعية ، وذلك بموجب التعديل الذي أجراه على نظام السوق المالية السعودية في 2019 لما لها من أهمية وفوائد جمة وتخفيفا عن كاهل القضاة وحسما للمنازعات بشكل سريع ، مع ضرورة النص على الضوابط المنظمة للدعوى الجماعية وكيفية اللجوء إليها.

2-نهيب بالمشرع الإماراتي ضرورة تعديل نص المادة (10) من قرار رئيس هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2001 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع على نحو يقضي بحرية أطراف النزاع في إختيار المحكمين لا على أن يتم تعيين المحكمين بعيدا عن إرادتهم ، وذلك على غرار المشرع المصري الذي أقر بحرية الأطراف في إختيار المحكمين بالنسبة لمنازعات الأوراق المالية ، وتماشيا مع القواعد العامة المقررة بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والتجارية الإماراتي ، و تشجيعا للاستثمار و أن من شأن ذلك أيضاً إضفاء المزيد من المرونة والبساطة على هذه القواعد التي هي سمة التحكيم التجاري في أي دولة من دول العالم .

3-نأمل من المشرع الإماراتي ضرورة تعديل نص المادة (25) من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 2021 بشأن الوساطة لتسوية المنازعات المدنية والتجارية ، بحيث يتضمن النص تخصيص مركز يتولى القيام بالوساطة والتوفيق والتسوية الودية في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم ، وذلك على غرار ما فعله المشرع الإماراتي عندما نص على إنشاء لجنة للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية والسلع كما سبق أن أشرنا إلى ذلك من قبل ، وذلك حسما للمنازعات بشكل سريع وتخفيف العبء عن كاهل القضاة وجذباً للاستثمار لا سيما الاستثمارات الأجنبية .

4-نأمل من المشرع الأردني ضرورة النص على جعل التوفيق والوساطة في منازعات الأوراق المالية ومن بينها المنازعات الخاصة بمراكز ايداع الأوراق المالية طريق بديل لتسوية تلك المنازعات ، وذلك على غرار التشريعات المقارنة المصرية والإماراتية والسعودية في هذا الشأن .

المصادر والمراجع

أولاً : المراجع المتخصصة

- 1- د.أحمد إبراهيم عبد التواب - طبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع - بدون دار نشر ولا سنة طبع .
- 2- د.أحمد عبدالحى السيد - التحكيم الدولى في إطار العقود التجارية الدولية وسوق الأوراق المالية - الطبعة الأولى - 2018 - مكتبة الوفاء القانونية.
- 3- د.طارق عفيفي صادق - الحماية القانونية لعمليات التداول في أسواق المال وفقاً للنظام السعودي - الطبعة الأولى - المركز القومي للإصدارات القانونية - 2015.
- 4- د.عاشور عبدالجواد - بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال - دار النهضة العربية - 1995.
- 5- هشام أحمد ماهر زغلول - المسؤولية المدنية لشركات السمسرة في الأوراق المالية - وما بعدها - دار النهضة العربية - 2013.

ثانياً : الدوريات العلمية

- 1- د.إبراهيم إسماعيل إبراهيم - تسوية منازعات عقد الوساطة في سوق الأوراق المالية - مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية - العدد الثاني - السنة الرابعة .
- 2- د.أحمد السيد الصاوي - المحاكم الاقتصادية - مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - حقوق الإسكندرية - العدد الأول - 2010.
- 3- د.يوسف محمد العلي - تسوية منازعات سوق الأوراق المالية - مجلة إتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية - العدد الخامس والعشرون - 2007.

.....

ثالثاً: القوانين واللوائح والقرارات والتعليمات ذات الصلة

- 1- قانون الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية المصري رقم 93 لسنة 2000 وتعديلاته بالقانون رقم 143 لسنة 2020 ولائحته التنفيذية .
- 2- نظام السوق المالية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / 30 وتاريخ 1424/6/2 هـ.
- 3- قانون الأوراق المالية الأردني رقم 2017/18
- 4- قانون المحاكم الاقتصادية رقم 2008/120 المعدل بالقانون رقم 2019/146.
- 5- قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردنية .
- 6- لائحة إجراءات الفصل في منازعات الأوراق المالية .
- 7- تعليمات حل المنازعات عن طريق التحكيم في شركة بورصة عمان لسنة 2018 .
- 8- لائحة تنظيم عمل مراكز الوساطة والتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية الصادرة بموجب القرار رقم (39) لسنة 2021 من رئيس دائرة القضاء في 14 أكتوبر 2021 .
- 9- قواعد مركز إيداع الأوراق المالية السعودي الصادرة بقرار مجلس هيئة السوق المالية رقم (2-17-2012) بتاريخ 1433/6/8 هـ الموافق 2012/4/29 والمعدلة بالقرار رقم (1-2-2022) بتاريخ 1443/5/30 هـ الموافق 2022/1/3 .
- 10- قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 1 لسنة 2001 بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات.
- 11- قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع الإماراتية رقم (19/ ر . م) لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط الإيداع المركزي.

12-قرار رئيس دائرة القضاء بإمارة أبو ظبي رقم 28 لسنة 2019 والمنشور بالجريدة الرسمية الإماراتية في العدد الثاني عشر - السنة الثامنة والأربعين الصادر في 31 ديسمبر 2019 .

رابعاً : الأحكام القضائية

1- حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 55 لسنة 23 قضائية - دستورية - جلسة 13 يناير 2002 .

2-حكم محكمة النقض بأبو ظبي في الطعن رقم 554 لسنة 2008 س 2 ق - أ بتاريخ 2008/12/25 سلسلة مبادئ النقض 106 وما بعدها.

خامساً : مواقع الإنترنت

(1)- أنظر الموقع الإلكتروني لصحيفة العرب اليوم في 6 تشرين الثاني / نوفمبر 2021 .
www.Sahafahh.com

2-أنظر قواعد تحكيم منازعات سوق المال المصرية على موقع البورصة المصرية www.egx.com.ej .

.....

التنظيم القانوني للوساطة الإدارية

(دراسة في النظام الإجرائي الإداري الفرنسي)

Legal Regulation of Administrative Mediation

(A Study of the French Administrative Procedural System)

أ.د.علي يونس إسماعيل

أستاذ القانون الإداري

كلية القانون - جامعة دهوك - إقليم كردستان

Prof.Dr.Ali Younus Ismael

Professor of Public Law

College of Law

University of Duhok

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.50>

تاريخ تسلم البحث 2024-4-11 ، تاريخ القبول بالنشر 2024-5-6

ملخص البحث

نظراً لإنشغال ساحة القضاء بكم هائل من الدعاوى، وما يستلزم ذلك من إجراءات قضائية معقدة، فقد اتجهت الكثير من التشريعات في الوقت الحاضر إلى إيجاد وسائل وطرق بديلة لتسوية المنازعات بعيداً عن القضاء، بحيث لا يتم اللجوء إلى القضاء إلا كحل أخير، حينما تعجز تلك الوسائل البديلة عن إيجاد حل يرضي أطراف النزاع.

وإذا كانت هذه الوسائل ليست وليدة الساعة، وإنما عرفتھا النظم القانونية منذ أمدٍ ليس بقريب، إلا أن أغلبها كانت تجري خارج سوح القضاء، ولم يكن للقضاء دور فيها، سواء تعلق الأمر بالوساطة أو التحكيم أو التوفيق وغيرها. بيد أن الأمر ما لبث أن تطور، ونحى منحى مغايراً، وذهب المشرع الفرنسي في مدونة العدالة الإدارية إلى إدخال هذه الوسائل البديلة ضمن الإجراءات القضائية، وأناطت بالقضاء دوراً أساسياً في اللجوء إليها وتنظيم السير فيها. إذ قدمت المدونة تنظيمًا جديدًا بخصوص الوساطة كحل بديل للدعوى القضائية أمام المحاكم الإدارية، ومنح القاضي الإداري دوراً أساسياً في اللجوء إلى هذه الوسيلة من خلال منحه الحق في اقتراحها واختيار الوسيط والمصادقة على القرار الذي يتمخض عنها. بالإضافة إلى ذلك نجد المشرع قد رتب على تقديم الوساطة سبباً لإنقطاع ميعاد رفع الدعوى، حالها حال التظلم الإداري، كما جعل من الوساطة أحياناً شرطاً لقبول الدعوى أمام القضاء. إذ ترد الدعوى ما لم يسبقها إجراء الوساطة، وذلك في بعض الدعاوى الإدارية.

الكلمات المفتاحية: القضاء الإداري، الوساطة الاختيارية، الوساطة الملزمة، الدعوى الإدارية.

پوخته

ژبهر مژيل بوونا دادگه‌هان بريژه‌كا زور يا سكالاً، وپيرابونين دادگه‌هه‌ي يين بزده‌مه‌ت، گه‌له‌ك ياسا دوه‌ختي نوكه‌دا به‌ره‌ف ليگه‌ريان وديتتا نامراز وريگين پيگوهور فه‌دچن ژبو چاره‌سهركرنا مملاني، كو به‌ره‌ف دادگه‌هان فه نه‌چن بتني بو چاره‌سهرين دووماهه‌ي نه‌بيت، ول وي ده‌مي نه‌ف ريگه نه‌شين چاره‌سهره‌يه‌كا گونجايي بو رازيكرنا لايه‌نين مملاني ببين.

نه‌ف ريگه نه دوه‌ختي نوكه‌دا په‌يدا‌بوونه، به‌لكو به‌ري ده‌مه‌كي دريژ سيسته‌مين ياسايي نياسينه، وپرانيا وان زده‌ره‌ه‌ي چارچوه‌ي دادگه‌ه‌ي هاتينه بكارئينان، و دادگه‌هان چ رول تي‌دا نه‌بوويه، چ بابته يي گريديي بيت ب نافه‌ندگيري يان دادفاني يان رازمه‌ندي يان ژبلي فان، و نه‌فان ريكا پيشكه‌فت ب خو فه ديت، وبشيوه‌يه‌كي جياواز هاتنه بكارئينان، وياسادانه‌ري فرهنگي د نفيسينا(ياسا) دادپه‌روه‌يا كارگيري نه‌ف ريگه وه‌ك پيرابوني‌ت دادگه‌ه‌ي هژمارتن، وروله‌كي سهره‌كي ب دادگه‌هان راسپارد بو بكارئينان وريخستنا وان، و في نفيسيني(ياسا) ريخستنه‌كا نوي ژبو نافه‌ندگيري پيشكيشكر وه‌ك چاره‌سهره‌يه‌كا پيگوهور ژبو سكالايين دادگه‌ه‌ي به‌رامبه‌ر دادگه‌ه‌ين كارگيري، وروله‌كي سهره‌كي ب دادوه‌رين كارگيري‌دا ژبو بكارئينانا فان پيگوهورا بريكا پيشكيشكرنا پيشنيارا وه‌له‌بزارتن نافه‌ندگيري ورازيبون لسهر بريارا نه‌و دده‌ن، زيده‌باري في چهندي نه‌م دبنين كو ياسادانه‌ري پيشكيشكرنا نافه‌ندگيري وه‌ك نه‌گه‌ره‌ك بو برينا ماوي بلندكرنا سكالايي هژمارتیه، هه‌روه‌كي دادخازيا كارگيري(التقلم الإداري)، وهنده‌ك جارا نافه‌ندگيري وه‌ك مه‌رجه‌ك لسهر رازمه‌نديا سكالايي به‌رامبه‌ر دادگه‌ه‌ي هژمارتیه، ودهنده‌ك سكالايين كارگيري دا سكالاً دي هيتته ره‌دكرن نه‌گه‌ر به‌ري وي نافه‌ندگيري نه‌هاتبيتته نه‌نجام دان.

په‌يئين ده‌سپيكي: دادگه‌ها كارگيري، نافه‌ندگيري هه‌لبزير، نافه‌ندگيري بيگير، سكالاً كارگيري.

Abstract

Due to the overwhelming backlog of cases and complicated judicial procedures, much modern legislation have adopted an alternative means and methods to resolve cases out of the courts. This aim to avoid the court but only as a last resort in which alternative methods fail to satisfy the parties.

These means and methods have been recognized by legal systems long time ago with no role and involvement of the courts such as mediation, arbitration, conciliation, or other methods. However, recently these methods have evolved with taking new model. For instance, the French legislator in the administrative justice code considered these means and methods within the judicial procedure with having the court a big role in its regulation. The administrative justice code introduced a new framework concerning mediation as an alternative solution to litigation before administrative courts. In this new model, the administrative judge is given a crucial role in resorting these means including proposing it, choosing the mediator, and approving the result. Furthermore, similar to the administrative petition, the legislator stipulated that mediation might cut off the deadline of filing the administrative lawsuit. In particular situations, the legislator made mediation a prerequisite for accepting a lawsuit before the judiciary in which the administrative case will be rejected unless preceded by mediation.

Keywords: Administrative Court, Administrative case, Optional mediation, Mandatory mediation.

المقدمة

بالرجوع إلى مختلف فروع القانون، نجد أن المشرع قد أورد الوساطة طريقاً لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تطبيق النصوص الواردة فيها، سواء أكانت في القوانين المدنية أم التجارية أم قوانين العمل، بل حتى في التشريعات الجنائية. وعليه لم يكن غريباً على المشرع الفرنسي اعتماد الوساطة في القانون الإداري أيضاً، وذلك لحل المنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، غير أن الوساطة الإدارية توزعت بين تشريعات عادية وأوامر تشريعية ومراسيم، كونها إجراءً قانونياً غير قضائي، يمكن أن يعتمده الاطراف قبل اللجوء الى القضاء. ونظراً لأهمية الوساطة، والخصائص التي تحملها، فقد بادر المشرع إلى اعتماد الوساطة إجراءً قضائياً من خلال إدراجها وتنظيم أحكامها في مدونة العدالة الإدارية، ومنح القضاء دوراً راسخاً في سير إجراءاتها. بل لم يقتصر المشرع على الوساطة الاختيارية فحسب، والتي هي الاصل في جميع القوانين، وإنما ابتدع الوساطة الإلزامية أيضاً، وهذا ما لا نجده في التشريعات الأخرى.

أولاً - أهمية الدراسة: تتجه السياسة التشريعية في الوقت الحاضر، وبشكل عام، إلى اعتماد الوسائل البديلة عن القضاء لحل المنازعات، ولا سيما الودية منها، والمشرع الإداري ليس بمعزل عن هذا التوجه، لذلك فالاهتمام بهذا الموضوع وتقديم دراسات فقهية مستفيضة حوله يسعف المشرع في تنظيمه ووضع الأحكام المناسبة له، وإذا كان التحكيم من أهم هذه الوسائل، غير أن الوساطة باتت تزاخمه في الأهمية. وذلك لما تتميز به من خصائص قد لا تتوفر في الوسائل الودية الأخرى. بل أخذت تحل محل نظام التظلم المعروف شرطاً لقبول بعض الدعاوى.

ثانياً - فرضية الدراسة: افرد المشرع الفرنسي في التشريعات الحديثة أهمية خاصة للوساطة، وبشكل خاص في التشريعات التي دوّنت (قنّنت) في مدونة العدالة الإدارية، وأفرد لها أحكاماً خاصة بحيث باتت تشكل مرجعاً عاماً للوساطة في العديد من التشريعات الأخرى.

ثالثاً - إشكالية الدراسة: كانت الوساطة فيما مضى، وخاصة في التشريع الفرنسي، إجراءً قانونياً يجد أصله في التشريعات الموضوعية، بعيداً عن التشريعات الإدارية القضائية، وكان إجراءً اختيارياً، للأطراف الحرية في اللجوء إليه من عدمه، ولما تدخل المشرع، ونظم أحكام الوساطة في القوانين الإجرائية القضائية، يكون قد أضفى عليه الصفة القضائية، ومن ثم دخل حظيرة الإجراءات القضائية الشكلية التي يمكن أن يتبعه الطاعن

أمام المحاكم أو برعاية القاضي الإداري، وهنا برزت الإشكالية بخصوص أسلوب المشرع الفرنسي في تنظيم الوساطة في هذه التشريعات، ودورها في تسوية النزاع ودياً، لا سيما أن التشريعات التي نظمت الوساطة متعددة، ولم تأت الأحكام المتصلة بالوساطة في هذه التشريعات على نسق واحد، إذ نظمت بشكل يختلف من تشريع لآخر، وصولاً لإستحداث الوساطة الإجبارية نوعاً جديداً لها.

رابعاً - تساؤلات الدراسة: تثور بشأن الوساطة موضوعاً لهذه الدراسة عدد من الأسئلة، لعل أهمها:

1- ما الوساطة الإدارية؟.

2- ما صور وأنواع الوساطة الإدارية؟.

3- ما دور القضاء الإداري في القيام بإجراء الوساطة؟.

4- ما مدى إلزامية اللجوء للوساطة أمام القضاء من عدمها؟.

5- ما الأثر المترتب على الوساطة؟.

خامساً - أهداف الدراسة: الهدف الرئيسي من الدراسة هو الوقوف على التطورات الحديثة في مجال تنظيم الوساطة الإدارية في النظام القانوني الإجرائي الفرنسي كونها إحدى الوسائل البديلة لحل المنازعات الإدارية، ومدى اعتمادها شرطاً لقبول الدعوى الإدارية، وآثارها القانونية. ومن ثم يمكن أن تكون الدراسة مساهمة في مجال تطوير النظام الإجرائي القضائي في العراق.

سادساً - نطاق الدراسة: كما هو واضح من عنوان الدراسة، فسنتصر على التشريعات الفرنسية ذات العلاقة بالوساطة، ولا سيما الإجرائية منها، وعلى وجه الخصوص التشريعات الإجرائية الإدارية والتي باتت مرجعاً إجرائياً عاماً لكل المنازعات. وسنذكر موقف التشريعات الإجرائية في العراق من الوساطة بشكل مختصر، وذلك لأنها لم تنظم الوساطة بشكل واضح وصريح.

سابعاً - منهجية الدراسة: تتناول الدراسة موضوع الوساطة في التشريع الفرنسي، ولهذا كان لزاماً أن تكون الدراسة تحليلاً لنصوص التشريعات التي تنظم الوساطة، وبشكل خاص نصوص مدونة العدالة الإدارية، هذه المدونة الخاصة بالنصوص الإجرائية الشكلية التي تنظم جهة القضاء الإداري في فرنسا والإجراءات واجبة الإلتباع أمامها. وتجنبنا الخوض في مسألة الوساطة كإجراء قانوني، منصوص عليه في بعض التشريعات الموضوعية التي تتضمن تنظيمياً لصور مختلفة من الإجراءات الإدارية غير القضائية، كالطعون الإدارية والإستشارة التي تسبق إتخاذ القرار وغيرها.

ثامناً - هيكلية الدراسة: جاءت الدراسة في مباحث ثلاثة، تناول الأول منها التعريف بالوساطة بشكل عام والوساطة الإدارية بشكل خاص، ثم أعقبه مبحث ثان متضمناً صور الوساطة الإدارية، وتناول الأخير منها إجراءات الوساطة الإدارية والسير فيها.

المبحث الأول

التعريف بالوساطة بشكل عام

عندما يراجع الباحث مفهوم الوساطة ودورها في القانون، يجد أن اغلب فروع القانون - العام والخاص - اعتمدها وسيلةً لحل النزاعات التي قد تنشأ بين أطراف العلاقة القانونية، ومن ثم تقف بدلاً عن الدعوى القضائية، وطريقاً ودياً للوصول إلى ما يرضي الطرفين، وحسم النزاع بشكل سريع، من دون الخوض في الإجراءات القضائية التي تتطلب في الغالب وقتاً طويلاً نسبياً. لذلك نرى ان الضرورة تفرض علينا الخوض بدايةً في تعريف الوساطة بشكل عام، ومن ثم تعريف الوساطة الإدارية. وهذا ما سنتناوله في المطلبين أدناه:

المطلب الأول

تعريف الوساطة

يتطلب التعريف بالوساطة الإدارية الوقوف أولاً على تعريف الوساطة بشكل عام، إذ إن الوساطة تكاد تكون واحدة في جميع فروع القانون، ولعل تقديم مفهوم أو تعريف لها في فروع القانون، ولا سيما الإجرائية منها، يساعد في تحديد المعالم التي يجب أن تكون عليها الوساطة الإدارية، وإذا كانت العديد من فروع القانون قد اعتمدت الوساطة، إلا أن مكانها الأصيل هو القانون الإجرائي، ولا سيما قانون المرافعات المدنية وقوانين الإجراءات الجنائية، لذلك سنقتصر على بيان موقف المشرع الفرنسي مع الإشارة إلى موقف المشرع العراقي في هذين المجالين، على أن نبدأ بموقف الفقه من تعريف الوساطة في الفرع الأول ثم الموقف التشريعي في الفرع الثاني :

الفرع الأول

الموقف الفقهي من تعريف الوساطة

من مراجعة المؤلفات الفقهية بشأن تعريف الوساطة، ومن غير أن نتعمق في تلك التعاريف، أو نقف عندها بشكل منفرد لكل تعريف منها، نجد انها أوردت تعريفات متعددة بشأن الوساطة، وانها تكاد تجمع على أن الوساطة هي مرحلة متقدمة من التفاوض بين طرفي، أو أطراف، النزاع وبمشاركة الوسيط، وهذا الوسيط هو طرف ثالث أو من الغير، يساعد على توصل الاطراف الى حلول ودية من خلال تقريب وجهات النظر، أو طرحه حلولاً لحسم النزاع وتجنب تطور الأمر الى مخاصمة أمام القضاء⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى يمكن ملاحظة أن هذه التعريفات الفقهية تركز على الاتفاق بين أطراف النزاع، على اعتبار الوساطة عملية اتقاقية، ولعل السبب في ذلك هو أن الوساطة تقوم - مبدأً عاماً - على سلطان الإرادة، وهي نظرية جاءت في ثنايا القانون المدني، فيجب أن تكون الإرادة هي السلطان الأكبر في تكوين العقد، ويجب كذلك أن تكون السلطان الأكبر في تحديد كيفية تسوية منازعاته والاتفاق على اللجوء إليها قد يسبق نشوب النزاع أو بعد نشوبه⁽²⁾. غير أن هذا الاتجاه بات محل نظر، فإذا كانت الوساطة في السابق تجري باتفاق الاطراف، على شكل عقد بين الاطراف، أو ان القاضي يحيلهم لوسيط معين بعد موافقتهم؛ فإن الأمر اختلف حديثاً، وظهر نوع جديد من الوساطة، ألا وهي الوساطة الإلزامية، إذ قد يتدخل المشرع، ويلزم أطراف النزاع بإحالاته للوسيط قبل اللجوء لساحة القضاء. فيكون بذلك شرطاً لقبول الدعوى في حال عدم التوصل لحل أو تسوية ودية. وهذا ما سنجده حين البحث في موقف المشرع في القوانين الإدارية.

(1) بشأن التعريفات الفقهية للوساطة ينظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المفاوضات- الوساطة- التوفيق- الصلح- بديلاً عن المعترك القضائي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص133. ينظر كذلك؛ دليلة جلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص25. كذلك ينظر: أحمد برادة غزيول، تقنيات الوساطة لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى القضاء، الطبعة الأولى، الدار العالمية للكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 2015، ص110. كذلك للمزيد بشأن الوساطة وأهميتها في مجال منازعات العمل ينظر: د. رأفت دسوقي، التحكيم في قانون العمل بدائل (المفاوضة الجماعية - الوساطة- التوفيق)، دار الكتب القانون، مصر، 2008، ص23.

(2) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق، ص139.

الفرع الثاني

الموقف التشريعي من تعريف الوساطة

نظراً لأهمية الوساطة وما تتميز به من خصائص، ولا سيما في سرعة حسم النزاع، وتجنب الإجراءات المعقدة، كما في التحكيم، إضافة إلى الوصول إلى حل ودي غير مفروض على أحد الاطراف، فيمكننا القول بأنها أُمست تقرب من شغل موقع الصدارة بين الوسائل الودية الأخرى لحل المنازعات، وفي أغلب فروع القانون، الخاص والعام على حد سواء. إذ بات المشرع يتدخل بنصوص قانونية لتنظيم الوساطة حتى أصبحت نظاماً قانونياً متكاملًا في بعض التشريعات، وفي طور التكامل في تشريعات أخرى. وبما إن النصوص التي تتناول الوساطة تجد مكانها في القوانين الإجرائية فسنتناول تعريفها بشكل عام في المجال المدني والمجال الجنائي:

أولاً - الوساطة في قوانين الإجراءات المدنية: تنبه المشرع الفرنسي إلى أهمية اعتماد الوساطة بديلاً للدعوى في المنازعات المدنية في قانون الإجراءات المدنية، فصدر القانون المرقم (95-125) في (8) شباط من سنة 1995 بشأن تنظيم المحاكم والإجراءات المدنية والجنائية والإدارية، وعرفت المادة (21) منه الوساطة: (الوساطة بأنها كل عملية منظمة، مهما كان اسمها، يحاول من خلالها طرفان أو أكثر التوصل إلى إتفاق بهدف إيجاد حل ودي لنزاعاتهم، وبمساعدة طرف ثالث، وهو الوسيط الذي يختاره الطرفان، أو يعينه القاضي الذي ينظر النزاع بموافقتهم). وهذه وساطة اتقاقية، يبادر الطرفان بالاتفاق على إحالة النزاع إليها، وقد تسبق حصول النزاع أو بعده، وليس للقاضي أي دور سوى اختيار الوسيط فيما إذا طلب منه الأطراف ذلك.

ثم أدخل تعديلاً على هذا التعريف، وذلك بصدور المرسوم ذي الرقم لسنة 2012، إذ عرف الوساطة الاتقاقية بأنها: (أي عملية منظمة يحاول من خلالها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق، بعيداً عن أي إجراء قضائي بهدف حل نزاعاتهم ودياً، وبمساعدة طرف ثالث يختارونه، ويؤدي مهمته بحيادية ونزاهة وأن يكون مؤهلاً ومتخصصاً). وبذلك يكون القانون قد استبعد أي دور للقضاء في الوساطة الاتقاقية، والمسألة باتت تنحصر بشكل كامل بين أطراف النزاع. وقد دونت نصوص هذا القانون والتعديلات اللاحقة في الكتاب الخامس (V) من مدونة الإجراءات المدنية والمعنون بالحل الودي للمنازعات⁽¹⁾.

(1) المواد (1530-1535) من مدونة الإجراءات المدنية.

.....

أما بخصوص الوساطة القضائية، فقد صدر المرسوم ذي الرقم (96-652) بتاريخ (22) تموز من سنة 1996 الخاص بتنظيم أحكام التوفيق والوساطة القضائية. ليحل محله بعد ذلك المرسوم ذي الرقم (2015-282) بتاريخ (11) آذار من سنة 2015 والخاص بتبسيط الإجراءات المدنية في مجال التواصل الإلكتروني والحلول الودية للمنازعات. وحل أخيراً المرسوم ذي الرقم (2022-245) بتاريخ (25) شباط من سنة 2022 محل المرسوم السابق، والخاص بتعزيز استخدام الوساطة، وتطبيق قانون الثقة في المؤسسة القضائية وتعديل مختلف أحكامه. وجرى تدوين النصوص الخاصة بالوساطة في المادة (131)، بفقراتها الخمسة عشرة، من مدونة الإجراءات المدنية. ويلاحظ على هذه النصوص أنها نظمت أحكام الوساطة من غير أن تورد تعريفاً لها، كما أنها اعتمدت الوساطة القضائية، إذ أجازت للقاضي الذي أحيل إليه النزاع، أن يأمر بالوساطة، وبعد الحصول على موافقة الأطراف، وهذا مفاده أن الوساطة القضائية غير متفق عليها بداية من الاطراف وإنما يبادر القضاء إلى إثارة فكرة الوساطة بعد رفع النزاع إليه⁽¹⁾.

أما بخصوص قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم (83) لسنة 1969، فلم يتطرق المشرع إلى الوساطة طريقاً لحل المنازعة. وإنما اكتفى بتنظيم التحكيم في منازعات تنفيذ العقود. وفي المسائل التي يجوز فيها الصلح حصراً، وذلك في المواد (251-276).

ثانياً - الوساطة في قانون الإجراءات الجنائية: لعل الوساطة الجنائية تحمل مفهوماً خاصاً وذلك لخصوصية مجالها، إذ أنها تنطبق في مجال مرتبط بحق الدولة في العقاب. ولم يظهر هذا النوع من الوساطة إلا بعد تطور السياسة الجنائية وتوجهها نحو الحد من العقوبة. وتبني الفكر التصالحي ولا سيما في المخالفات، إذ تعد الوساطة الجنائية من الحلول البديلة عن الدعوى الجزائية، وذلك للاستجابة في تبني سياسة جنائية قوامها المصالحة بين الأفراد في المجتمع، وجبر الضرر للضحية وإعادة دمج الجاني في مجتمعه⁽²⁾.

وقد تضمنت مدونة الإجراءات الجزائية الفرنسية، وهي بصدد مهام المدعي العام، أنه له اللجوء، بناءً على طلب المجنى عليه (الضحية) أو بموافقته، إلى إجراء وساطة بين الجاني والضحية. وفي أغلب الأحيان، تستهدف الوساطة المخالفات أو الجرائم التي توجد فيها علاقة وثيقة بين المجنى عليه (الضحية) والجاني مثل

(1) ينظر المادة (1-131) من مدونة الإجراءات المدنية.

(2) للمزيد ينظر: رجب علي حسن، العدالة التصالحية (إتجاه جديد في السياسة الجنائية)، الطبعة الاولى، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019، ص45.

علاقة الجوار، والأسرة، والعلاقات المهنية. وإذا نجحت الوساطة يقوم المدعي العام أو وسيط المدعي العام بتحرير محضر، يوقعه هو والأطراف، وتسلم لهم نسخة منه؛ وإذا كان المجنى قد تعهد بدفع تعويضات للمجني عليه، جاز للاخير، أن يطلب الاسترداد بعد إجراء الأمر بالدفع، وذلك وفقاً للقواعد المنصوص عليها في مدونة الإجراءات المدنية⁽¹⁾. ومن ثم يمكن أن تكون شروط الوساطة الجنائية بموجب مواد من مدونة الإجراءات الجنائية⁽²⁾:

1. أن تكون هوية المجنى عليه والجاني معروفة ومحددة، وسواء تعلق الأمر بالبالغين أو القاصرين.
2. ويجب أن تكون الوقائع منخفضة الخطورة وبسيطة ومثبتة بوضوح ومعترف بها من قبل مرتكبها.
3. موافقة الضحية (المجنى عليه) إذا جرى اقتراح الوساطة من المدعي العام. ويمكن تقديمه أيضاً بناءً على طلب المجنى عليه.
4. يمكن تطبيق الوساطة الجنائية على المخالفات وبعض الجنح، باستثناء الجرائم التي تنطوي على الاعتداء على السلامة الجسدية، كالاغتداء الجنسي⁽³⁾.

وبالرجوع إلى موقف التشريع العراقي، سواء في قانون اصول المحاكمات الجزائية ذي الرقم (23) لسنة 1971 (المعدل)، او في قانون الإدعاء العام ذي الرقم (49) لسنة 2017، فليست هناك إشارة صريحة إلى الوساطة طريقاً لحل النزاع وتسويته، ومن ثم يمكننا القول إن هذا القانون لم يعرف الوساطة طريقاً بديلاً للدعوى الجزائية. ولا نتفق مع من يدمج بين الصلح والوساطة، على اعتبار أن الصلح قد يتم عن طريق وسيط⁽⁴⁾. إذ إن للصلح أحكامه الخاصة، والتي تتميز عن الوساطة⁽⁵⁾. فإذا كان قانون اصول المحاكمات الجزائية قد اعتمد

(1) المادة (1-41) من مدونة الاجراءات الجنائية

(2) تنظر المواد (39) إلى المادة (1-44) من مدونة الإجراءات الجنائية.

(3) للمزيد ينظر : د. عبد الرحمن عاطف عبد الرحمن أحمد، الوساطة ودورها في إنهاء الدعوى الجنائية، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص 99.

(4) بخصوص هذا الرأي ينظر: د. محمد علي عبد الرضا عفلك و د. ياسر عطوي عبود الزبيدي، الوساطة في حل النزاعات في التشريع العراقي، بحث منشور، مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الثاني، 2015، ص 195.

(5) للتمييز بين الوساطة والصلح ينظر : د. أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص 153.

الصلح طريقاً بديلاً للدعوى الجزائية في المواد (194-198)، فهذا لا يعني قطعاً أن المشرع قد اراد من ذلك اعتماد الوساطة، إذ إن الوساطة تتطلب تنظيماً قانونياً مستقلاً، وهذا ما لم نجده في هذا القانون ولا في قانون المرافعات المدنية. وذلك بخلاف الصلح الذي نظم القانون المدني¹ أحكامه في المواد (698-721).

المطلب الثاني

تعريف الوساطة الإدارية

كما هو حالها في القوانين الأخرى؛ فإن مفهوم الوساطة ليس بغريب في القانون الإداري، إذ صدرت قوانين متفرقة، نصت على الوساطة طريقاً لحل المنازعات الإدارية، تجنباً للجوء إلى الدعوى الإدارية، بيد أنها كانت اختيارية من جهة، وكانت تعتمد قبل رفع الخصومة إلى القضاء. غير أن الأمر ما لبث أن تغير، وظهرت الوساطة القضائية، والتي يمكن اللجوء إليها بعد رفع الدعوى، وقبل أن يبدأ القاضي بفحصها، أو التي يجب أن يُسلك طريقها قبل رفع الدعوى. فتصبح الأخيرة شرطاً لقبول الدعوى، ويتم تنظيم أحكامها في قانون الإجراءات الإدارية الفرنسي⁽²⁾. وعليه يمكن لنا أن نتناول تعريف الوساطة الإدارية في أهم التشريعات الإدارية الفرنسية في الفرعين الآتين:

الفرع الأول

التشريعات الإدارية الموضوعية

من المعروف أن أي فرع من فروع القانون قد يتضمن قواعد قانونية موضوعية، وأخرى قواعد عامة إجرائية، وإذا كان من خصائص القانون الإداري أنه قانون قضائي غير مدون، واعتراض بعض الفقه على تقنين الإجراءات الإدارية غير القضائية والأحكام المتصلة بها؛ فإن المشرع الفرنسي قد قطع شوطاً كبيراً في

(1) المرقم (40) لسنة 12951 المعدل .

(2) تعرف الوساطة القضائية بأنها الوساطة التي يجريها القضاء المنتدب بإدارتها بعد رفع الدعوى القضائية وقبل نظرها.... ينظر: د. إيمان منصور و د. شريف عيد ، الوساطة وفن التفاوض، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص48.

تدوين أغلب قواعد القانون الإداري التي أنشأها القضاء الإداري⁽¹⁾. وسنتناول هنا أهم مدونتين من مدونات القانون الإداري الفرنسي:

أولاً - (Code des relations entre le public et l'administration): لعل من أهم التشريعات الإدارية الموضوعية العامة هي مدونة العلاقة بين الجمهور والإدارة، والتعديلات الواردة عليها، والتي تنظم العلاقة بين الأفراد في تعاملهم مع الإدارة العامة، وقد تضمنت هذه المدونة أغلب نظريات القانون الإداري ذات الأصل القضائي، وهي تمثل ثورة حقيقية في مجال تدوين القواعد الموضوعية للقانون الإداري. بالإضافة إلى الإجراءات الإدارية غير القضائية. وتستمد أغلب نصوصها من الأمر التشريعي ذي الرقم (1341-2015) والذي صدر بتاريخ (23) تشرين الأول من سنة 2015، ودخل حيز التنفيذ في الأول من كانون الثاني من سنة 2016.

وقد تناولت هذه المدونة في الكتاب الرابع منها، وتحت عنوان (تسوية المنازعات مع الإدارة) الوساطة طريقاً بديلاً لحل المنازعات التي يمكن أن تحدث مع الإدارة، إذ أجازت بداية، استخدام إجراء الوساطة مع التوفيق بهدف تسوية النزاع ودياً مع الإدارة، قبل الخوض في الإجراءات القضائية، أو قبل إكمالها والإنهاء منها، وهذه وساطة خارج نطاق القضاء⁽²⁾. أما الوساطة ضمن نطاق القضاء، فقد أجازت المدونة لرؤساء المحاكم الإدارية القيام بتنظيم مهمة الوساطة وترتيبها بناءً على طلب الأطراف⁽³⁾. كما أجازت لهذه المحاكم أن تأمر بالوساطة بهدف التوصل إلى تسوية بعض النزاعات⁽⁴⁾، وفي كلتا الحالتين لا بد من الرجوع إلى قانون العدالة الإدارية لتنظيم هذه المسائل بوصفه القانون الإجرائي المنظم لهذه الإجراءات. فهذه المدونة إذ لم تأت بشيء يمكن إضافته إلى ما سنتناوله في الوساطة في ضوء نصوص قانون العدالة الإدارية.

(1) بخصوص مدى صلاحية التقنين في مجال القانون الإداري ينظر: محمد محمد عبدة إمام، مبدأ تقنين الإجراءات الإدارية غير القضائية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2018، ص 81.

(2) المادة (1-421L) من مدونة العلاقة بين الجمهور والادارة.

(3) المادة (1-422L) من مدونة العلاقة بين الجمهور والادارة.

(4) المادة (2-422L) من مدونة العلاقة بين الجمهور والادارة.

ثانياً – (Code de la commande publique) : نظمت هذه المدونة، والتي يمكن أن نسميها بمدونة العقود العامة، أهم الأحكام الموضوعية والإجرائية المتصلة بإبرام العقود العامة وتنفيذها في فرنسا⁽¹⁾، وقسمت العقود الخاضعة لأحكامه إلى نوعين رئيسيين، هما عقود المشتريات العامة، وعقود الامتياز. إذ أدرجت أغلب العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة ضمن نوع من هذين النوعين، وقد تم نشر هذه المدونة في (5) كانون الأول 2018 في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية. وبدأ نفاذها في الأول نيسان لسنة 2019. وتضم (1747) مادة قانونية في نسختها الأولية. وهي تتألف من جزأين :

الأول- الجزء التشريعي: وهو الأمر المرقم 1074-2018 المؤرخ (26) تشرين الثاني لسنة 2018.

الثاني- الجزء التنظيمي : وهو المرسوم المرقم 1075-2018 المؤرخ (3) كانون الأول من سنة 2018.

وورد تنظيم الوساطة حلاً بديلاً لمنازعات العقود الإدارية في الفصل السابع من هذه المدونة، إذ تضمنت مواد الأقسام (1-2-3) من القسم التشريعي على التوفيق والوساطة والصلح والتحكيم طرقاً بديلة لمنازعات العقود، واجازت لطرفي العقد، اللجوء إلى الوسيط، لحل المنازعة، وفقاً لشروط الوساطة الواردة في قانون العلاقة بين الإدارة والجمهور.

(1) يمكننا القول إن الوساطة كآلية لتسوية المنازعات قد نشأت في مجال العقود الإدارية، عندما أرسى المشرع الفرنسي نصوصاً تعالج الوساطة في المنازعات الإدارية العقدية في بداية القرن العشرين، وعلى وجه التحديد مع صدور مرسوم ٢٤ ديسمبر ١٩٠٧ والذي تشكل بموجبه لجنة استشارية للتسوية الودية لمنازعات الأشغال العامة ومناقصات التوريد، والتي تقوم بتسوية المنازعات الإدارية التي تطرح عليها بصورة غير قضائية. وتكونت هذه اللجنة من خمسة أعضاء بقرار من وزير الأشغال العامة لمدة عامين قابلة للتجديد وهم ثلاثة مفتشين عموميين، وعضو من مجلس الدولة، ومدير في الأشغال العامة إذ تقدم اللجنة رأياً حول القضايا أو النزاعات التي تحال إليها.

وبعد الحرب العالمية الثانية، والتوسع في مجال المناقصات، تقرر التوسع في نطاق اختصاص تلك اللجنة؛ لذلك صدر مرسوم في ١١ مايس ١٩٥٣ والذي تشكلت بموجبه لجنة استشارية للتسوية الودية لكل الوزارات، ينظر: أسامة محمود عبد الواحد، طرح الوساطة كوسيلة لتسوية النزاع الإداري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 58، العدد 4، أكتوبر 2023، ص 672.

.....

أما في التشريع العراقي، فليس هناك نظرية متكاملة للعقد الإداري كما هو معروف في فرنسا، وعلى الرغم من صدور عدد من القوانين التي صدرت بخصوص العقود الحكومية، إلا أنها اقتصرت على المنازعات خاضعة للمحاكم المدنية، ولم تنظم الوساطة بديلاً للجوء إلى القضاء. ولعل الاستثناء الوحيد الذي يمكن أن نورد هنا هو الأمر ذي الرقم (87) لسنة 2004 الذي صدر عن سلطة الائتلاف المؤقتة حينئذ، والذي نص في المادة (12) الخاصة بتسوية المنازعات، وأجاز في البند (ح/سابعاً) اللجوء إلى مبادئ التسوية البديلة في الاعتراضات على المناقصة أو شكاوى خلال إدارة العقود العامة، وأن تستعمل مبادئ التسوية البديلة مشروطاً بأن يتفق الطرفان، غير أنه لم يحدد نوع هذه الوسائل وإجراءاتها⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التشريعات الإدارية للإجراءات القضائية (الشكلية)

من المعلوم أن الإجراءات الإدارية تنقسم إلى فئتين متميزتين عن بعضهما، وإن كانتا متفقتين في هدفهما، فالفئة الأولى تتضمن الإجراءات الإدارية غير القضائية، مثل الإجراءات المتخذة أمام لجان المختصة بنظر بعض المنازعات الإدارية، والتظلم الإداري، والإجراءات التي تسبق اتخاذ القرارات الإدارية، وقد ورد تنظيمها في قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة. والفئة الأخرى هي الإجراءات الإدارية القضائية والتي تسمى بقانون المرافعات أو الإجراءات الإدارية⁽²⁾.

إن الوساطة بوصفها وسيلة لفض المنازعات الإدارية، لا بد أن تسبقها إجراءات معينة، لذلك فهي تجد مكانها في النصوص الإجرائية من الفئة الأولى، كالتالي تبين كيفية اللجوء إليها وسيرها وغير ذلك من متطلباتها. غير أن الأمر ناله التطور، وأخذت الوساطة تأخذ صفة الإجراءات الإدارية القضائية أيضاً، وذلك عندما نظمها القانون الإجرائي القضائي. غير أن المشكلة التي تثار هنا تتمثل في أن هناك نقصاً في التشريعات الإجرائية

(1) ويلاحظ هنا أن التعليمات ذات الرقم (2) لسنة 2014 الخاصة بتنفيذ العقود الحكومية، والتي صدرت تطبيقاً لهذا الأمر التشريعي لم تتطرق بدورها للوساطة لحل المنازعات بعد إبرام العقد، وإنما يمكن لطرفي العقد اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم. انظر الفصل السابع من التعليمات. متوفرة على الموقع الإلكتروني : (تاريخ آخر الزيارة 2024\4\4)

https://uomosul.edu.iq/public/files/datafolder_1453/_20190917_091452_680.pdf

(2) د. محمد محمد عبدة إمام، مصدر سابق، ص 21.

الإدارية، القضائية منها وغير القضائية، واعتماد قوانين اجرائية عامة، مثل قانون المرافعات المدنية، واعتمادها في المجال الإداري يكون سبباً لنهوض العديد من المشاكل، وذلك لإختلاف طبيعة المنازعة الإدارية عن نظيراتها في القانون الخاص والقانون الجزائي⁽¹⁾.

لقد حاول المشرع الفرنسي معالجة هذا النقص في العديد من التشريعات العادية والفرعية، وذلك منذ نشأة مجلس الدولة الفرنسي وممارسته لمهمة القضاء المفوض ومروراً بتشكيل المحاكم الإدارية سنة 1953 والمحاكم الإدارية للاستئناف سنة 1987، ودونت أغلب هذه التشريعات في مدونة المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية (Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel)، التي كانت تمثل الشريعة العامة للنصوص الإجرائية أمام هذه المحاكم⁽²⁾. ومن أهم التشريعات التي إشتملت عليها هذه المدونة نحو:

- المرسوم ذي الرقم (73-682) والمؤرخ في (13) تموز 1973 بشأن تنظيم النصوص التشريعية المطبقة على المحاكم الإدارية.

- القانون ذي العدد (521-76) والمؤرخ في (16) حزيران 1976 الخاص بتعديل بعض أحكام مدونة المحاكم الإدارية وإضفاء قوة القانون على الجزء التشريعي من هذه المدونة.

- القانون ذي العدد (1356-77) والمؤرخ في (10) كانون الأول 1977 بشأن انتداب أعضاء المحاكم الإدارية.

- المرسوم ذي الرقم (89-641) والمؤرخ في (7) أيلول 1989 بشأن مدونة المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية (القسم التنظيمي للمدونة).

(1) للمزيد ينظر: د. عدنان الخطيب، الإجراءات الإدارية، محاضرات للدراسات العليا، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 1968، ص 25.

(2) للمزيد ينظر، د. عبد العظيم عبد السلام عبد المجيد، مصادر الإجراءات الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 24-61.

-
- المرسوم ذي العدد (90-93) والمؤرخ في (25) كانون الثاني 1990 بشأن منازعات الناشئة عن قرارات بعض السلطات الإقليمية بترحيل الأجانب إلى الحدود والمكمل لمدونة المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية.
- المرسوم ذي الرقم (91-1266) والمؤرخ في (19) كانون الأول 1991 بشأن تنفيذ القانون ذي الرقم (91-647) والمؤرخ في (10) تموز 1991 المتعلق بالمساعدة القضائية.
- المرسوم ذي الرقم (92-316) والمؤرخ في (31) آذار 1992 الخاص بسجلات المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية.
- المرسوم ذي العدد (92-77) والمؤرخ في (22) كانون الثاني 1992 يحدد مختلف الأحكام المتعلقة بالإجراء الإداري القضائي.
- ثم ما لبث المشرع أن خطى خطوة أكبر في مجال الإجراءات الإدارية، وألغى أغلب التشريعات المذكورة أعلاه، وعمل على تغيير تسمية المدونة، لتصبح تحت مسمى (مدونة العدالة الإدارية)، وذلك بموجب الأمرين التشريعيين الأول ذو الرقم (387) لسنة 2000 والمؤرخ في (4) أيار 2000 ؛ والذي يمثل الجزء التشريعي من مدونة العدالة الإدارية⁽¹⁾، والثاني المرسوم ذو الرقم (389) لسنة 2000 والمؤرخ في (4) أيار 2000 الخاص بالجزء التنظيمي من المدونة⁽²⁾. ولتصبح هذه المدونة سارية المفعول بداية من الأول من كانون الثاني من سنة 2001. ولحقت بهذه المدونة العديد من التعديلات والإضافات من خلال التشريعات التي صدرت فيما بعد ولتصل إلى ما هي عليه الآن. وتمثل هذه المدونة في الوقت الحالي - والتي يمكن أن تسمى بقانون الإجراءات الإدارية- التشريع الإداري الإجرائي الذي يقابل قانون المرافعات المدنية في مجال القانون الخاص، وقانون أصول المحاكمات الجزائية في مجال القانون الجنائي.

(1) للإطلاع على هذا الأمر التشريعي يراجع الموقع الإلكتروني (آخر زيارة 2024\4\3):

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006495449/2001-01-01/>

(2) للإطلاع على المرسوم يراجع الموقع الإلكتروني (آخر زيارة 2024\4\3):

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006499661/2001-01-01/>

وتنظم هذه المدونة الوساطة كمهمة من مهام المحاكم الإدارية، وذلك في الفصل الثالث من الباب الأول في الكتاب الثاني للقسم التشريعي من المدونة، وذلك في المواد (L213-1 à L213-14)، وترجع هذه النصوص في أصلها التشريعي إلى القانون ذي الرقم (1547 - 2016) والصادر في (18) تشرين الثاني من سنة 2016 والخاص بتحديث العدالة في القرن الحادي والعشرين⁽¹⁾. أما القسم التنظيمي من المدونة فقد احتوى على النصوص الخاصة بالوساطة في المواد (R213-1 à R213-13) منها، والتي بدورها تجد أصله التشريعي في كل من الأمر التشريعي ذي الرقم (566 - 2017) الصادر في (18) نيسان من سنة 2017 بخصوص الوساطة في المنازعات التي تدخل في اختصاص القاضي الإداري، والمرسوم ذي الرقم (433-2022) والصادر في (25) آذار من سنة 2022 بشأن إجراءات الوساطة المسبقة الإجبارية المطبقة على بعض منازعات الخدمة المدنية وبعض النزاعات الاجتماعية.

وبحسبان هذه المدونة باتت تمثل الشريعة العامة للإجراءات الإدارية القضائية، فلم يغيب عن بال المشرع إيراد تعريف للوساطة، إذ عرفها بأنها: (كل عملية منظمة، مهما كان تسميتها، يحاول من خلالها طرفان أو أكثر التوصل إلى إتفاق بهدف إيجاد حل ودي لنزاعاتهم، وبمساعدة طرف ثالث، وهو الوسيط الذي يختاره الطرفان، أو يعين من قبل المحكمة بعد إستحصال موافقتهم)⁽²⁾. ويبدو أن هذا التعريف هو نفسه الذي ورد في مدونة الإجراءات المدنية، ومن ثم لم يقدم المشرع الإداري جديداً بخصوص التعريف التشريعي للوساطة الإدارية، إذ إن هذا التعريف خاص بالوساطة الاختيارية التي تتطلب موافقة الأطراف، ولم يأخذ بنظر الاعتبار اختلاف الوساطة الإلزامية التي استحدثت مؤخراً، والتي لا تقف على موافقة ورضا الأطراف، والتي سنأتي عليها لاحقاً.

(1) ينظر هذا القانون على الموقع الإلكتروني (آخر زيارة 2024\4\4):

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000038311192/2019-03-25/>

(2) المادة (L213-1) من مدونة العدالة الإدارية.

المبحث الثاني

صور الوساطة الإدارية

يمكن بداية إبداء المحاولة لإيجاد حل ودي عن طريق اللجوء إلى الوساطة. والوساطة - حسب التعريف الذي أورده القانون- هي أي عملية منظمة، أيا كانت تسميتها، يحاول من خلالها طرفان أو أكثر التوصل إلى اتفاق من أجل حل ودي لخلافاتهم، بمساعدة طرف ثالث، وهو الوسيط، يتم اختياره من قبل الأطراف، أو يتم تعيينه من قبل المحكمة بعد موافقتهم⁽¹⁾.

فالوساطة إذاً هي طريقة لحل النزاعات بشكل ودي بمساعدة وسيط. والوساطة الإدارية هنا يقصد بها تلك الوساطة التي يكون الخصم فيها مرفقاً عاماً إدارياً أو أن يكون جهة إدارية أخرى ذات شخصية معنوية عامة. فينهض الوسيط بدور أساسي في تقديم المساعدة للطرف طالب الوساطة في إجراء حوار مع الإدارة بغرض التوصل إلى اتفاق ودي، يجنب الطرفين الغوض في معترك الدعوى امام القضاء.

والأصل في الوساطة أن تكون اختيارية، إذ يكون لصاحب الشأن الحرية في اللجوء إلى هذا الإجراء من عدمه. كما يمكن، وفي بعض الأحيان، أن تشكل الوساطة شرطاً إلزامياً لممارسة الحق في اللجوء الى المحكمة ورفع الدعوى، وهذا هو الحال بالنسبة لبعض منازعات الخدمة المدنية (الوظيفية) وبعض النزاعات ذات الطابع الإجتماعي، وهنا نكون أمام الوساطة الإجبارية أو الإلزامية، وهو ما سوف نوضحه في المطلبين الاتيين:

المطلب الأول

الوساطة الإدارية الاختيارية

كما أسلفنا القول؛ فإن الأصل في الوساطة أن تكون اختيارية باتفاق الطرفين، إذ يتمتع صاحب الشأن من الأفراد بحرية تامة في اللجوء إلى هذا الإجراء أو لا. غير أنها تكسب صفتها القضائية بموجب القانون، وذلك حينما ورد في مدونة العدالة الإدارية أنه: (بعد تلقي استنتاجات بهذا المعنى، يجوز للمحكمة، في جميع

(1) المادة (L213-1) من مدونة العدالة الادارية.

الحالات التي بدأت فيها عملية الوساطة بموجب هذا الفصل، إقرار هذا الاتفاق الناتج عن الوساطة وإنفاذه)، وذلك يعني أن إقرار المحكمة يعطي الصفة الرسمية لاتفاق الوساطة، ويكسبه كذلك صفة رسمية لتنفيذه⁽¹⁾.

جاء في مدونة العدالة الإدارية أنه يمكن أن ترد الوساطة على كامل الدعوى، كما يمكن أن ترد فقط على جزء من الدعوى. وبشكل عام يجب ان ترد الوساطة على قرار إداري يصلح موضوعاً لإحدى الدعاوى الإدارية⁽²⁾. ويمكن للأطراف الإستعانة بأي شخص أمام الوسيط للوصول إلى اتفاق الوساطة وتحقيق الهدف منها⁽³⁾. وبخصوص الوساطة الاختيارية فهناك صورتان متميزتان لها:

الفرع الأول

الوساطة بمبادرة من الأطراف (الوساطة الاتفاقية)

وتسمى هذه الوساطة أحياناً بالوساطة الحرة، إذ يعود للأطراف تسمية الوسيط واسمه، يتساوى في ذلك أن تتم قبل النزاع أو خلاله ، فللأطراف فيها الحق في التنظيم من بدايتها لنهايتها⁽⁴⁾. وقد أجاز نص المادة (5) من القانون ذي الرقم (1547-2016) الصادر في (18) تشرين الثاني من سنة 2016 للأطراف، وبعيداً عن أي إجراء قضائي، تنظيم مهمة الوساطة، وتعيين شخص أو عدة اشخاص للقيام بهذه المهمة. كما يمكنهم أيضاً، ومن دون أي إجراء قضائي، أن يطلبوا من رئيس المحكمة الإدارية أو محكمة الاستئناف الإدارية ذات الاختصاص الإقليمي أن يقوم بتنظيم مهمة وساطة على أن يتعهد الاطراف بتعيين الشخص أو الأشخاص المسؤولين عنها، أو أن يتركوا لرئيس المحكمة تعيين الشخص أو الأشخاص المسؤولين عن مهمة الوساطة التي نظمها بأنفسهم، وهنا يمكن لرئيس المحكمة تخويل أحد قضاة المحكمة القيام بمهمة تعيين الوسطاء نيابة عنه. وفي الحالة التي يكون فيها رئيس المحكمة أو من يخوله مسؤولاً عن تنظيم الوساطة، فيكون له القرار فيما إذا كان من الضروري دفع مقدار من الأجر للوسيط، وتحديد مقدار هذا الاجر، وذلك في حالة كون

(1) المادة (4-213-L) من مدونة العدالة الإدارية.

(2) المادة (1-213-R) من مدونة العدالة الإدارية.

(3) المادة (1-3-213-R) من مدونة العدالة الإدارية.

(4) د. إيمان منصور وآخر، مصدر سابق، ص104.

.....
الشخص الذي أسندت له مهمة الوساطة من خارج المحكمة. وهنا لا بد من الإشارة الى أن القرارات التي يتخذها رئيس المحكمة أو من يخوله في هذا النوع من الوساطة غير قابلة للطعن⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الوساطة بمبادرة من القاضي

إذا كانت الصورة الأولى من الوساطة هي بمبادرة واقتراح من طرفي النزاع، فهنا تكون الوساطة بقرار من المحكمة نفسها، إذ يجوز لرئيس الهيئة القضائية في المحكمة الإدارية أو محكمة الاستئناف الإدارية، وبعد عرض النزاع على المحكمة عن طريق الدعوى، أن يقرر اللجوء الى الوساطة كمحاولة لحل النزاع بين الطرفين، على أن يقترن ذلك بحصول رئيس الهيئة القضائية في المحكمة على موافقة الطرفين⁽²⁾.

فحينما يقدر القاضي المختص أن النزاع محل الدعوى يمكن ان يتم حله بطريق ودي، فله أن يقترح على الأطراف اللجوء إلى الوساطة، على أن يحدد مهلة زمنية للرد على مقترحه. مع الأخذ بنظر الاعتبار أن موافقة الأطراف على المقترح لا تعني بأي حال من الأحوال استبعاد دور القاضي من المسألة، إذ يجوز له في أي لحظة اتخاذ إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية، وهذا معناه يكون للقاضي إنهاء الوساطة إذا رأى ضرورة لذلك⁽³⁾.

أما إذا تمت الوساطة خلال المدة المحددة وضمن الشروط والأحكام القانونية، فيقوم الوسيط بإبلاغ القاضي بنتيجة الوساطة، وفيما إذا كانت الأطراف قد توصلت الى اتفاق من عدمه، وأي قرار يتخذه القاضي في مجال الوساطة القضائية يعد باتاً وغير قابل للطعن⁽⁴⁾.

مما تقدم يمكن لنا الوقوف على ثلاث حالات يمكن من خلالها تنظيم الوساطة الاختيارية أو الاتفاقية:

الحالة الأولى: أن يقوم طرفا الوساطة، الفرد والإدارة معاً بتنظيم الوساطة بشكل كامل وتعيين الوسيط .

(1) المادة (5-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

(2) المادة (7-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

(3) المادتان (5-213R) و (8-213R) من مدونة العدالة الإدارية.

(4) المادتان (9-213L) و (10-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

- الحالة الثانية: أن يقوم الفرد بتنظيم الوساطة مع الإدارة (نطاق النزاع، المدة، وما إلى ذلك)، ولكن تقديم الطلب الى المحكمة الإدارية المختصة بنظر النزاع بتعيين الوسيط.
- الحالة الثالثة: أن تقوم المحكمة الإدارية بتنظيم الوساطة بشكل كامل.

المطلب الثاني

الوساطة الإدارية الإلزامية

إذ كان من المتعارف عليه في كل فروع القانون أن الوساطة تكون اختيارية، لا إلزامية، غير أننا هنا نكون بصدد إجبارية اللجوء لها. وقد نظمت هذه الصورة من الوساطة بموجب المادة (27) من القانون ذي الرقم (1729-2021) والصادر بتاريخ (22) كانون الاول لسنة 2021 الخاص بالثقة في المؤسسة القضائية، وإدرجت في البنود (11-14) من المادة (L213) من مدونة العدالة الإدارية⁽¹⁾. ويفيد هذا النوع من الوساطة بأن الطعون المقدمة ضد القرارات الفردية المتعلقة بحالة الأشخاص الطبيعيين، والتي يحددها مجلس الدولة في قائمة خاصة وبموجب مرسوم صادر عن المجلس نفسه، يجب أن يسبقها محاولة للوساطة بين الأطراف، وبخلافه ترد الطعون، أي أن الوساطة هنا، وبنص القانون - شرط لقبول الطعن القضائي. على أن يحدد هذا المرسوم أيضاً الوسيط بخصوص الإدارة المسؤولة عن ضمان الوساطة⁽²⁾. وقد صدر المرسوم المرقم (2022-433) في (25) آذار من سنة 2022 بشأن إجراءات الوساطة السابقة الملزمة القابلة للتطبيق على بعض منازعات الوظيفة العامة وبعض المنازعات الإجتماعية⁽³⁾.

فالوساطة الإلزامية إزاء، أو ما يمكن تسميتها أيضاً بالوساطة المسبقة، هي النوع الثاني من الوساطة الإدارية، وهي كما هو واضح من تسميتها ملزمة للفرد قبل رفع الدعوى أمام القضاء، والمشرع حدد نطاقها في

(1) استحدثت الوساطة الإلزامية المسبقة بموجب الامر التشريعي ذي الرقم (101) الصادر بتاريخ (17) شباط 2018، بخصوص الوساطة الإلزامية في مجال الوظيفة العامة، ثم ألغي هذا الأمر بموجب المرسوم المرقم (2022-433) في (25) آذار من سنة 2022 بشأن إجراءات الوساطة السابقة الملزمة القابلة للتطبيق على بعض منازعات الوظيفة العامة وبعض المنازعات الإجتماعية

(2) المادة (11-11) من مدونة العدالة الادارية.

(3) للمزيد ينظر المرسوم على الموقع الإلكتروني (2024\3\16 تاريخ آخر زيارة 2024\4\9):

.....
مجالين، الوساطة الإدارية الملزمة في مجال الوظيفة العامة و في مجال الرعاية الاجتماعية، وستتناولهما
تبعاً⁽¹⁾:

الفرع الأول

الوساطة الالزامية في مجال الوظيفة العامة

تعد القرارات التي تتخذها الإدارة في مجال الوظيفة العامة، والتي تمس المراكز القانونية للموظفين من أهم القرارات الإدارية التي يمكن أن تكون موضوعاً للدعوى الإدارية، أو ما يمكن تسميتها بدعوى الوظيفة العامة، ومن ثم يمكن أن تكون مجالاً للوساطة الإدارية الملزمة بموجب القانون⁽²⁾، بيد أن المرسوم لسنة 2022 حدد نطاق الوساطة الإلزامية بمجموعة محددة من الموظفين، بمعنى أن تتوفر صفة الموظف في المتقدم بطلب الوساطة، زيادة على ذلك حدد نوع القرارات التي يجب أن تكون محلاً للوساطة الإلزامية إذا ما اثير نزاع بشأنها. وللوقوف على هذه الوساطة بشكل أكثر وضوحاً لا بد من بيان ومعرفة الموظفين الملزمين باللجوء الى هذا النوع من الوساطة أولاً، ومن ثم القرارات التي يجب أن تخضع لإجراء الوساطة قبل الطعن بها أمام القضاء:

أولاً: الموظفون ذوو العلاقة : قد يكون ذو الشأن، ممن يروم الطعن في قرار إداري، موظفاً حكومياً، ممن حددهم القانون، فيكون ملزماً في هذه الحالة باللجوء أولاً إلى الوساطة الإدارية قبل أن يتمكن من تقديم طعن قضائي ضد قرارات معينة بذاتها. وهذا لا يعني بالضرورة أن كل موظف حكومي لا بد وأن يلجأ للوساطة الإدارية المسبقة، وإنما يجب أن يكون الموظف الحكومي واحداً من الفئات التي حددها كل من المادتين الثالثة والرابعة من المرسوم المرقم (2022-433) في (25) آذار من سنة 2022، وهذه الفئات هي :

1- موظف حكومي أو متعاقد في التعليم الوطني أو مُعين في إدارة جامعة أو مرفق عام إداري، أو حضانة أو مدرسة ابتدائية، أو مدرسة إعدادية أو ثانوية في إحدى الأكاديميات التالية:

(1) للمزيد ينظر : أسامة محمود عبد الواحد، مصدر سابق، ص 684 .

(2) المادة (11-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

إيكس - مرسيليا (Aix-Marseille)، بوردو (Bordeaux)، كليرمون فيران (Clermont-Ferrand)،
ليون (Lyon)، مونبلييه (Montpellier)، نانت (Nantes)، نيس (Nice)، نورماندي (Normandie)،
باريس (Paris)، رين (Rennes)، فرساي (Versailles)⁽¹⁾.

2- موظفًا أو متعاقدًا إقليمياً يعمل في وحدة إدارية لا مركزية أو مؤسسة عامة أبرمت اتفاقية مع مركز معين
يسمى (le centre de gestion) من أجل تقديم وضمان الوساطة. إذ يقدم هذا المركز للمحاكم الإدارية قائمة
بالوحدات الإدارية التي أبرمت اتفاقيات بغرض ضمان الوساطة.

ثانياً: القرارات ذات العلاقة: إن صفة الموظف الحكومي المذكورة أعلاه لا تكفي للقول بضرورة اللجوء الى
الوساطة المسبقة الملزمة، وإنما يجب أن يكون القرار محل النزاع واحداً من القرارات التي حددها القانون،
وقد وردت تلك القرارات في المادة (2) من المرسوم ذي الرقم (433-2022) لسنة 2022، وكما يأتي:

- القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بالمسائل المالية.
- رفض بعض حالات الانتداب والاعارة للموظفين.
- رفض منح الموظف المتعاقد إجازة غير مدفوعة الأجر لتربية طفل يقل عمره عن 12 سنة.
- رفض منح الموظف المتعاقد إجازة غير مدفوعة الأجر لرعاية طفل معال، أو زوجته، أو الوالد، والجد، وغيرهم
من المحددين قانوناً إذا ما وقع حادث أو مرض خطير أو معاناة من إعاقة تتطلب وجود شخص ثالث.
- رفض منح الموظف المتعاقد إجازة غير مدفوعة الأجر لمرافقة زوجته التي تضطر إلى الانتقال لأسباب مهنية.
- رفض منح إجازة غير مدفوعة الأجر للموظف المتعاقد لأسباب شخصية.
- رفض منح إجازة غير مدفوعة الأجر للموظف المتعاقد لإنشاء مشروع تجاري أو توليه.
- رفض منح إجازة تنقل غير مدفوعة الأجر للموظف المتعاقد.
- قرار إداري فردي يتعلق بإعادة موظف الخدمة المدنية إلى منصبه بعد انتهاء الإعارة أو الانتداب أو الإجازة
الوالدية.

(1) المادة الأولى الأمر الصادر بتاريخ (30) إذار من سنة 2022 الخاص بتطبيق إجراء الوساطة المسبقة الإجبارية على بعض
منازعات الخدمة المدنية بوزارة التربية الوطنية والشباب والرياضة، متوفر على الموقع الإلكتروني (تاريخ آخر زيارة
:(2024\4\6

- قرار إداري فردي بشأن إعادة توظيف المتعاقد في نهاية الإجازة غير مدفوعة الأجر.
- قرار إداري فردي بشأن تصنيف الموظف بعد الترقية.
- قرار إداري فردي بخصوص التدريب.
- قرار إداري فردي يتعلق باستمرار توظيف موظف معاق.
- قرار إداري فردي يتعلق بالإجراءات المناسبة بخصوص موظف معاق.
- قرار إداري فردي يتعلق بتعديل ظروف العمل بهدف إعادة تصنيف موظف حكومي غير كفوء في ممارسة واجباته لوظيفية.

وجدير بالذكر انه تم تطبيق إجراء الوساطة المسبقة الإلزامية على القرارات المتخذة منذ الأول من نيسان (ابريل) من عام 2022 ، وذلك بخصوص التعليم الوطني (المركزي). أما بخصوص الخدمة المدنية على مستوى الوحدات الاقليمية اللامركزية، فيتم تطبيقه اعتباراً من اليوم الأول من الشهر التالي لإبرام الاتفاقية بين الوحدة الإدارية أو المؤسسة المستخدمة مع مركز الإدارة بخصوص ضمان الوساطة.

وعندما يكون القرار الإداري الفردي من ضمن القرارات التي يمكن أن تخضع، في حالة النزاع، للوساطة المسبقة الإجبارية، يتوجب على الإدارة إخطار صاحب الشأن بذلك عند إبلاغه بالقرار. كما على الإدارة تزويد الموظف بتفاصيل الاتصال بالوسيط المختص. وفي حالة عدم امتثال الإدارة لهذا الالتزام، لا يسري الموعد المحدد لرفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية ويمكن الطعن في القرار في أي وقت دون التقيد بالمواعيد المحددة لرفع الدعوى. أما بخصوص الوسيط المختص بإجراء الوساطة الإلزامية المسبقة، فيكون (الوسيط الأكاديمي المختص إقليمياً) إذا كان طالب الوساطة من موظفي الوزارة المسؤولة عن التعليم الوطني (l'éducation nationale)، أما بشأن الموظفين المحليين في الوحدات الإدارية اللامركزية ومؤسساتها العامة فيتعهد مركز إدارة الوظيفة العامة المحلية (le centre de gestion de la fonction publique territorialement compétent) والذي عقد اتفاقية وساطة مع هذه الوحدات اللامركزية بتعيين الوسيط، إذ يقوم الممثل القانوني لمركز الإدارة

بتعيين الشخص أو الأشخاص الطبيعيين الذين سيقومون باسم مركز الإدارة ونيابة عنه، تنفيذ مهمة الوساطة المسبقة الإلزامية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الوساطة الإلزامية في مجال الرعاية الاجتماعية

وهنا نجد مجالاً آخر للوساطة الإلزامية المسبقة، وهذا المجال من الوساطة يشمل الباحثين عن عمل أو ممن يستفيدون من بعض المعونات أو المزايا الاجتماعية، فيلزم باللجوء إلى الوساطة قبل تقديم طعن قضائي ضد قرارات معينة:

أولاً: الباحثون عن عمل: تعد الوساطة الإدارية إلزامية بالنسبة للباحثين عن العمل من العاطلين إذا كانوا قد صدر بحقهم احد القرارات المبينة في ادناه من دائرة العمل في فرنسا، والمسماة (France Travail)⁽²⁾:

- القرار المتخذ لتشجيع العودة إلى العمل.
- قرار إنهاء التسجيل في قائمة الباحثين عن عمل.
- قرار تغيير فئة الباحثين عن عمل.
- قرار الحذف من قائمة الباحثين عن عمل.
- قرار إلغاء الدخل البديل.
- قرار العقوبة الإدارية.
- قرار طلب استرداد البدلات أو الإعانات أو المزايا التي صرفت دون وجه حق.

ثانياً: المستفيدون من المزايا الاجتماعية: تعد الوساطة الإدارية إلزامية أيضاً إذا كان النزاع بخصوص أحد القرارات التالية، والتي يمكن أن تتخذها دائرة العمل (France Travail) نيابة عن الدولة:

(1) المادة (4) من المرسوم المرقم (433-2022) بشأن إجراءات الوساطة السابقة الإلزامية المطبقة في مجال منازعات الوظيفة العامة وبعض المنازعات الاجتماعية الصادر في (25) آذار من سنة 2022.

(2) أطلقت هذه التسمية على دائرة العمل منذ الاول من كانون الثاني من سنة 2024، وذلك بموجب القانون ذي الرقم (1196) - (2023) الصادر بتاريخ (18) كانون الاول من سنة 2023. إذ كانت تسمى قبل هذا التاريخ ب (Pôle emploi). ودونت في المادة (1-5312-L) من مدونة العمل الفرنسي.

- قرار بشأن البدلات المخصصة للشباب المشاركين في رحلة الدعم نحو العمل والاستقلالية.
- قرار بشأن علاوة التضامن النوعية.
- قرار بشأن العلاوات التضامنية المخصصة لعروض الترفيه.
- القرار المتعلق بالمساعدة في إنشاء الشركات والأعمال⁽¹⁾.

المبحث الثالث

إجراءات الوساطة الإدارية والسير فيها

إن الوساطة الإدارية نظام قانوني متكامل، يمر بعدد من المراحل، ويتطلب إجراءات عديدة، وصولاً إلى حل ودي، ومن ثم الاتصال بالقاضي بغرض إطلاعه على نتيجة الوساطة، وإتخاذ القرار المناسب بتنفيذ الاتفاق المتمخض عن العملية، وغيرها من إجراءات أخرى قد تتطلبها الوساطة، وهذا يلزمنا بالخوض أولاً في إجراءات الوساطة الاختيارية، ومن ثم الوساطة الإلزامية، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول

إجراءات الوساطة الاختيارية

للحديث عن إجراءات سير الوساطة الإدارية الاختيارية، لا بد أولاً من تحديد الوسيط نفسه، أي من يقوم بمهمة الوساطة بين الفرد صاحب المصلحة وبين الإدارة المسؤولة عن اتخاذ القرار محل الوساطة، ثم تحديد تكاليف أجوره، ثم تاريخ اللجوء إلى الوساطة وأثارها، وهو ما سوف نوضحه في الفروع الثلاثة الآتية:

(1) للمزيد ينظر الموقع الرسمي للعمل الفرنسي (آخر زيارة 2024\4\9):

<https://www.francetravail.fr/candidat/vos-droits-et-demarches/reclamations/comment-contester-une-decision-d.html>

الفرع الأول

تعيين الوسيط ومهامه

أولاً: **تعيين الوسيط** : تبين لنا أنه يمكن أن يكون اختيار الوسيط راجعاً لمن صدر ضده القرار أو أن يكون الوسيط من اختيار الإدارة. كما يمكن أن يكون أيضاً معيناً من قبل المحكمة الإدارية، بعد موافقة الأطراف. والوسيط يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً، كما يمكن ان يكون شخصاً معنوياً. وإذا كان شخصاً طبيعياً فيجب أن تتوفر فيه المؤهلات المطلوبة للوساطة من أجل القيام بدور الوسيط في موضوع النزاع. إذ يجب أن يكون حاصلاً على تدريب متخصص، أو يمتلك خبرة تتلاءم مع ممارسة مهمة الوساطة. كما يتوجب على الوسيط أن يتعهد باحترام المبادئ الواردة في الميثاق الأخلاقي الخاص بالوسطاء ومراعاة مبادئ السرية والحياد⁽¹⁾. ويمكن للمحكمة الإدارية تزويد ذوي الشأن بتفاصيل الاتصال بالوسطاء المختصين للوساطة في حل النزاع وسبل الاتصال بهم⁽²⁾.

ثانياً: **مهام الوسيط**: تبين لنا - بخصوص الوساطة بمقتراح من القاضي - انه إذا ما عرض النزاع على القضاء عن طريق دعوى قضائية، فله أن يتقدم للطرفين بمقتراح الوساطة لمحاولة التوصل إلى اتفاق يرضي الطرفين. ويحدد موعداً نهائياً لأطراف المنازعة للرد على هذا الاقتراح. وفي حالة حصول القاضي على موافقة الطرفين يصدر قرار بذلك على أن يتضمن اجراء الوساطة المعلومات الآتية:

- اتفاق الطرفين.
- تعيين الوسيط ومدة مهمته ومبلغ أجره⁽³⁾.

(1) المادة (3-213R) من مدونة العدالة الإدارية. ولمزيد بخصوص واجبات الوسيط يمكن مراجعة الميثاق الاخلاقي الصادر عن مجلس الدولة والمتوفر على الموقع الإلكتروني (آخر زيارة 2024\4\9):

<https://www.conseil-etat.fr/Media/contenu-froid/documents/2019/02-fevrier/charte-ethique-mediateurs-13-12-17>

(2) تنظر المواد (2-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

(3) المادتان (8-213L) و(5-213R) من مدونة العدالة الإدارية.

ومن ثم يبلغ القرار الى الوسيط والى الطرفين، ويشترط القانون السرية في الوساطة ما لم يتفق الاطراف خلاف ذلك، كما لا يسمح القانون بالكشف عن النتائج التي توصل لها الوسيط أو البيانات التي تم جمعها أثناء الوساطة لأطراف ثالثة، ولا يجوز الاستناد إليها أو تقديمها في إطار دعوى قضائية أو تحكيم دون موافقة الأطراف⁽¹⁾. ويستثنى من عدم جواز الكشف وجود أسباب تتعلق بالنظام العام أو تتعلق بحماية مصالح الطفل العليا أو السلامة الجسدية أو النفسية لشخص من الأشخاص، أو إذا كان الكشف عن ذلك ضروري لتنفيذ اتفاق الوساطة⁽²⁾.

ويمكن الاستعانة بمساعدة أي شخص آخر من غير الطرفين، يتم اختياره من أحد الطرفين، للحصول على المساعدة أمام الوسيط. كما يجوز للوسيط، بموافقة الأطراف ولأغراض الوساطة، الاستماع إلى طرف ثالث يوافق على ذلك. ويبقى الوسيط على اتصال مع القاضي، وإطلاعه على سير الوساطة والصعوبات التي تعترض العملية، ويجوز للقاضي أن ينهي الوساطة بناءً على طلب احد الطرفين أو بناءً على طلب الوسيط نفسه. ويمكنه أيضاً أن يقرر إيقافها عندما يظهر له أن حسن سير الوساطة على غير ما يرام. وكذلك للقاضي التحقق من صحة ومشروعية الاتفاق الناتج عن الوساطة وتنفيذه. وقراره هنا بات لا يمكن الطعن فيه⁽³⁾.

الفرع الثاني

تكاليف الوساطة (أجور الوسيط)

وفي حالة إسناد مهمة الوساطة إلى شخص من خارج المحكمة، فيعود للقاضي القرار فيما إذا كان من الضروري أن تكون مهمة الوساطة بمقابل مالي (أجر) وتحديد مقداره من عدمه. وإذا ما كان الطرفان سيتحملان تكاليف الوساطة، فلهما الحرية في توزيع هذه التكلفة فيما بينهما. وفي حالة عدم الاتفاق بين الطرفين بخصوص كيفية توزيع المقابل وتحمله، فيتحمل الطرفان التكاليف بالتساوي، ما لم يعتبر القاضي أن هذا التوزيع غير عادل فيما يتعلق بالوضع الاقتصادي للطرفين، وتطبق هذه القاعدة أيضاً في حالة حصول طرف في النزاع

(1) للمزيد بشأن عمل وسلوك الوطاء ينظر: د. ابراهيم عيد نايل، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص146.

(2) المادة (2-213L) من مدونة العدالة الادارية.

(3) المادة (9-213R) من مدونة العدالة الإدارية.

على المساعدة (المعونة) القضائية⁽¹⁾. ويقوم القاضي بتحديد المبلغ المخصص أجراً للوسيط، وفي حالة فشل تعيين وسيط خلال الفترة التي يحددها القاضي وضمن الشروط والاحكام المذكورة تنقضي الوساطة وتستأنف الدعوى⁽²⁾.

مما تقدم يتضح لنا أن تكاليف الوساطة تختلف بالنظر الى الوسيط نفسه وبحسب انتمائه الوظيفي، فعندما تُسند مهمة الوساطة إلى شخص خارج دائرة القضاء، يقرر القاضي المختص بنظر النزاع ما إذا كان من الضروري دفع أجر له مع تحديد مبلغ الأجر. ويكون لرئيس المحكمة أن يمنح الوسيط، بناءً على طلبه، علاوة مؤقتة. على أن يتم خصم مبلغ العلاوة المدفوع من مبلغ أجره⁽³⁾. وعندما يتحمل الأطراف تكاليف الوساطة، يجب مناقشة الأمر مع الإدارة للاتفاق على توزيع المبلغ ونسبة تحمل كل طرف حصة من المبلغ. وإذا لم يتم الاتفاق، يتم توزيع هذه التكاليف بالتساوي، إلا إذا رأى القاضي أن هذا التوزيع غير عادل بالنظر للوضع الاقتصادي للطرفين. وإذا تم منح المساعدة القانونية لطالب الوساطة، يتم حينها تقاسم التكاليف بالتساوي، إلا إذا وجد القاضي أن هذا التوزيع غير عادل⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

تاريخ اللجوء الى الوساطة الإدارية وآثارها

أجاز القانون لذوي الشأن اللجوء إلى الوساطة قبل رفع الدعوى أمام القضاء والاتصال بالقاضي المختص، كما أجاز ذلك أيضاً بعد رفع الدعوى. وفيما يخص أثر اتفاق الوساطة الاختيارية على مواعيد قبول الدعوى وسيرها؛ فإن الاتفاق على الوساطة يقطع الميعاد المحدد لقبول الدعوى إذا لم تكن الدعوى قد قدمت للقضاء، وتعلق الطلبات إذا كانت الدعوى قد جرى رفعها أمام المحكمة، بدءاً من اليوم الذي يتفق فيه الطرفان كتابياً- بعد وقوع النزاع- على اللجوء الى الوساطة. وفي حالة عدم وجود الاتفاق كتابة، فتنقطع المدد من تاريخ

(1) وأحال القانون شروط منح المعونة القضائية الى نص المادة (50) من قانون المعونة القضائية ذي الرقم (91-647) والصادر في (10) تموز من سنة 1991.

(2) المادة (8-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

(3) المادة (7-213R) من مدونة العدالة الإدارية.

(4) المادتان (8-213L) و (6-213R) من مدونة العدالة الإدارية.

أول اجتماع للوساطة. ويبدأ سريان مدة قبول الدعوى مرة أخرى من التاريخ الذي يعلن فيه الطرفان أو أحدهما أو الوسيط انتهاء الوساطة⁽¹⁾.

وإذا كان قانون العلاقة بين الجمهور والإدارة، قد رتب على التظلم الولائي أو الرئاسي قطعاً لميعاد رفع الدعوى القضائية، فيما لو تقدم به صاحب الشأن خلال هذا الميعاد⁽²⁾؛ فإن اتفاق الوساطة يلغي ذلك، بحيث لا يترتب على تقديم هذا النوع من التظلم أي قطع جديد للميعاد، ما لم يكن التظلم شرطاً مسبقاً لقبول الدعوى القضائية. فليس من المستساغ عملياً أن يترتب قطع للميعاد مرتين⁽³⁾.

المطلب الثاني

إجراءات الوساطة الإدارية الملزمة

تتشرك إجراءات الوساطة الإلزامية مع إجراءات الوساطة الاختيارية في العديد من الأمور العامة، إلا أنها تختلف عنها في بعض التفاصيل، وسنحاول بيان مواضع الاختلاف فيما يأتي:

الفرع الأول

اختيار الوسيط

أما بخصوص الوسيط المختص، فيكون في القرارات المتخذة من دائرة العمل الفرنسية الوسيط الإقليمي لدائرة العمل الفرنسية (le Médiateur régional de France Travail)، كما أن الشكاوى التي تحال الى المدافع عن الحقوق أيضاً بموجب اختصاصاته تخضع لإجراء الوساطة الإجبارية إذا كانت الشكاوى بخصوص تلك القرارات التي أوردها المرسوم لسنة 2022⁽⁴⁾.

ويستمع الوسيط أولاً إلى حجج كل طرف، ثم يقوم بتنظيم حوار بينهم وبين الإدارة لمحاولة إيجاد حل ودي، وتخضع الوساطة الإلزامية كحال الوساطة الاختيارية لمبدأ السرية إلا في الحالات الثلاث التالية:

(1) المادة (6-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

(2) المادة (2-411L) من مدونة العلاقة بين الجمهور والإدارة.

(3) المادة (4-213R) من مدونة العدالة الإدارية.

(4) المادتان (11-213R) و (14-213L) من مدونة العدالة الإدارية. وللوقوف على اختصاصات المدافع عن الحقوق يمكن مراجعة المواد (8) و (9) و (10) من القانون الاساسي ذي الرقم (333-2011) الصادر في (29) آذار لسنة 2011.

• عندما يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

• وجود أسباب للنظام العام تتصل بحماية المصالح الفضلى للطفل أو سلامة الشخص.

• ضرورة معرفة محتوى الاتفاق الناتج عن الوساطة لتنفيذه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

إجراءات عمل الوسيط ومهامه

تبين فيما سبق أن الوساطة الإدارية هي عملية يحاول من خلالها الأطراف حل نزاعهم ودياً بمساعدة وسيط من غير الخوض في الإجراءات القضائية المعقدة. وقد يتعلق الأمر بكل النزاع أو يمكن ان يقتصر على جزء منه. وعندما تكون الوساطة إلزامية، يجب تقديم الطلب بإجرائها قبل رفع الطعن أمام القاضي الإداري. وإلا فإن القاضي الإداري سيرفض الطعن دون أن ينظر فيه.

وتكاد لا تختلف إجراءات الوساطة الإلزامية عن إجراءات نظيرتها الاختيارية، فبعد التبليغ بالقرار، وهو الإجراء الشكلي الذي يتم من خلاله علم الشخص بالقرار، يجب على طالب الوساطة الاتصال بالوسيط المختص لمطالبته بفتح الوساطة. وهنا يجب تقديم الطلب خلال الميعاد المنصوص عليه لتقديم الطعن في القرار أمام المحكمة، وهي مدة الشهرين، إذ يجب أن ينص التبليغ على وجوب طلب الوساطة خلال الميعاد المحددة لرفع الدعوى الإدارية⁽²⁾. ويجب أن تشير وثيقة الإبلاغ أيضاً إلى اسم الوسيط المختص وبيانات الاتصال به، وبخلاف ذلك لا يسرى الميعاد المحدد للطعن في مواجهة الفرد. أما بشأن طالب الوساطة، فيلتزم بإرفاق نسخة من القرار المطعون فيه بطلب الوساطة. وفيما يخص القرارات الضمنية، يجب إرفاق نسخة من الطلب الموجه إلى الإدارة وإشعارها بالاستلام⁽³⁾.

(1) المادة (2-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

(2) تنص المادة (1-421R) من مدونة العلاقة بين الأفراد والإدارة في فقرتها الأولى على أنه ليس للمحكمة قبول الطعن ضد قرار إداري الا ضمن مدة شهرين من تاريخ التبليغ بالقرار أو نشره. وإذا كان موضوع الدعوى طلب سداد مبلغ من المال، فلا يجوز قبوله إلا بعد صدور قرار من الإدارة بشأن الطلب الذي سبق تقديمه إليها بشأن طلب السداد. ولا يسري ميعاد الشهرين في الطعون المقدمة ضد الإجراءات والقرارات المتخذة لتنفيذ عقد من العقود الإدارية.

(3) المادة (10-213R) من مدونة العدالة الإدارية.

الفرع الثالث

آثار الوساطة الإدارية الإلزامية وانتهائها

تكاد تتشابه الوساطة الإدارية الملزمة المسبقة (السابقة) مع نظام التظلم الإداري الملزم، إذ يلتزم الطاعن باللجوء لهما قبل اللجوء الى الطعن القضائي، ومن ثم يشكلان شرطاً لرفع الدعوى الإدارية كل ضمن مجال القرارات التي حدد لهما القانون⁽¹⁾. وهنا يجب أن نحدد آثار الوساطة الإلزامية المسبقة أولاً وثم بيان تاريخ انتهائها:

أولاً: آثار الوساطة الإلزامية المسبقة: طلب الاتصال بالوسيط المختص يقطع ميعاد رفع الدعوى ويوقف فترة التقادم، ثم تبدأ هذه المدد بالسريان من جديد من التاريخ الذي يعلن فيه أحد الطرفين أو كليهما أو الوسيط، وبشكل لا لبس فيه بأن الوساطة قد اكتملت⁽²⁾. وهذا يعني أن إجراء الوساطة الإجبارية لا يحرم الشخص من إمكانية اللجوء إلى القاضي الإداري في حالة فشل الوساطة. وفي حالة تقديم الطعن امام المحكمة المختصة دون طلب الوساطة الإجبارية؛ فإن القاضي الإداري سيقدر رفض الطعن وإحالة الملف إلى الوسيط المختص⁽³⁾. وكما ورد سابقاً بخصوص الوساطة الاختيارية؛ فإن تقديم تظلم ولائي أو رئاسي بعد الوساطة الإلزامية، لا يؤدي إلى انقطاع آخر لميعاد الطعن القضائي⁽⁴⁾.

(1) ونظمت مدونة العلاقة بين الجمهور والادارة لسنة 2015 أحكام التظلم أو ما تسميه بالطعن الإداري (les recours administratifs)، وذلك في المواد (L410-1 à L412-8)، وقد بدأ القانون بتعريف التظلم الإداري بأنه الشكوى الموجهة إلى الإدارة بهدف حل النزاع الناشئ عن قرار إداري. وقسم القانون التظلم إلى ثلاثة أنواع:

1- التظلم الإداري الولائي (Recours gracieux): وهو الطعن الموجه للإدارة التي إتخذت القرار المتنازع فيه،

2- التظلم الرئاسي أو الهرمي (Recours hiérarchique): وهو الطعن الموجه إلى الجهة الرئاسية للجهة الإدارية التي إتخذت القرار المتنازع فيه،

3- التظلم الإلزامي السابق: وهو الطعن الإداري الذي يجب أن يسبق ممارسة الطعن القضائي في قرار إداري. ويجب أن يتم تقديم هذه الطعن أو التظلم خلال الميعاد المحددة لتقديم الطعن القضائي، وينتج عن هذا التظلم قطع سريان هذا الميعاد، ولا يبدأ بالسريان مرة أخرى إلا بعد رفض التظلم.

(2) المادة (L213-13) من مدونة العدالة الإدارية.

(3) المادة (R213-12) من مدونة العدالة الإدارية.

(4) المادة (R213-13) من مدونة العدالة الإدارية.

وتختلف تكاليف الوساطة الإدارية الإلزامية عنها في الوساطة الاختيارية، إذ إن طالب الوساطة هنا يعفى من دفع اي تكاليف، إذ تتحمل الإدارة مصدرة القرار جميع مصاريف الوساطة⁽¹⁾.

ثانياً: انتهاء الوساطة الإلزامية:

حال الوساطة الإلزامية كما هي الحال في الوساطة الاختيارية، تنتهي بعد إجراءات التفاوض بالتوصل لاتفاق يرضي الطرفين، أو يمكن أن تنتهي من غير التوصل لأي نوع من الاتفاق. وإذا تم التوصل إلى اتفاق، يمكن للإدارة سحب القرار المطعون فيه أو اتخاذ قرار جديد أكثر ملاءمة للطاعن. أما إذا لم تؤد مناقشات الوساطة إلى اتفاق، يمكن للطاعن حينئذ الطعن في القرار أمام محاكم القضاء الإداري.

(1) المادة (12-213L) من مدونة العدالة الإدارية.

الخاتمة

إن المشرع الفرنسي قد خطوة مهمة في الحد من اللجوء الى القضاء الإداري كلما كان ذلك ممكناً، وأدخل نظام الوساطة كحل بديل لتسوية المنازعات التي يمكن أن تثار مع الإدارة، وهذا لعمري إتجاه محمود، وتحقيق بالدراسة والبحث، وذلك بغرض الوقوف على مزاياه وسيئاته بوصفه نظاماً قانونياً في نطاق الإجراءات الإدارية. وكل بحث أو دراسة لا بد للفائز بها أن يتوصل لاستنتاجات محددة، يمكن أن تكون نقطة إنطلاق لدراسات أخرى. بالإضافة إلى مقترحات قد تغري المشرع ويأخذ بها في تطوير ما هو موجود من تشريعات. ونحن هنا ندلو بدلو، ونقدم عدداً من الاستنتاجات التي استشفيناها من خلال ثنايا هذه الدراسة، ونقدم مقترحات نرى أنها جديرة بأن تطرح في هذه الدراسة العلمية:

أولاً- الإستنتاجات:

- 1- باتت الوساطة في التشريعات الفرنسية نظاماً قانونياً متكاملأ، يمكن اعتماد هذا النظام كبديل للدعوى الإدارية.
- 2- إن الوساطة الإدارية، كونها عملية إجرائية، تجد نظامها القانوني في مدونة العدالة الإدارية، والتشريعات الإدارية الأخرى تحيل لهذه المدونة- حينما تنص عليها بوصفها طريقاً لحل المنازعات- إجراءات السير فيها وشروطها وأسلوب تنفيذها.
- 3- في حالة نجاح الوسيط في الوصول إلى تسوية ودية، فيمكن أن يرفع قرار الوساطة إلى القضاء لاعتماده وتنفيذه. ومن هنا يكسب اتفاق الوساطة قوته القانونية في التنفيذ.
- 4- إذا جرت الوساطة بشأن قرار إداري متنازع فيه، وتوصلت الأطراف إلى حل جديد، فإن هذا الحل الجديد يعد بمثابة قرار إداري يحل محل القرار الأول.
- 5- لم تعد الوساطة إجراءً اختيارياً فحسب، يمكن للإدارة والمتنازع معها اللجوء إليها من عدمه، بل أوجد المشرع نوعاً جديداً، وهي الوساطة الإلزامية المسبقة، التي فرضها المشرع في منازعات معينة بذاتها، وهنا يتشابه نظام الوساطة مع نظام التظلم الإداري.

ثانياً - المقترحات:

بعد الخوض في نظام الوساطة في التشريع الفرنسي، والوقوف عليه بوصفه نظاماً قانونياً، وردت أحكامه في مدونة العدالة الإدارية، ندعو مشرعنا إلى ما يلي:

1- التدخل تشريعياً واعتماد الوساطة في المنازعات الإدارية على نهج المشرع الفرنسي، إذ يمكن أن يحل هذا النظام محل التظلم الإداري الإجباري الذي فرضه المشرع العراقي شرطاً لقبول الدعاوى أمام محاكم القضاء الإداري وبعض محاكم قضاء الموظفين؛ وذلك لأن التظلم نادراً ما يصل إلى تحقيق النتيجة المرجوة، فاللجوء إلى الإدارة مصدرة القرار نادراً ما يثنيها عن التراجع عن القرار، وذلك بخلاف الوساطة، إذ يمكن للوسيط أن يتوصل إلى إقناع الطرفين بحل وسط يرضيهما.

2- لقد آن الاوان لتقنين قواعد القانون الإداري في العراق، ومن ضمنها أحكام الوساطة، فالسياسات التشريعية المقارنة تتوجه للتخفيف عن كاهل القضاء والتقليل من عدد الدعاوى القضائية، وتعميم الوسائل الودية البديلة لحل المنازعات، وضمنها المنازعات الإدارية.

المصادر

أولاً- الكتب

1. ابراهيم عيد نايل، الوساطة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المفاوضات- الوساطة- التوفيق- الصلح- بديلاً عن المعتكك القضائي، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
3. أمحمد برادة غزيول، تقنيات الوساطة لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى القضاء، الطبعة الأولى، الدار العالمية للكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الدار البضاء، 2015.
4. إيمان منصور و د.شريف عيد ، الوساطة وفن التفاوض، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
5. دليلة جلول، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
6. رأفت دسوقي، التحكيم في قانون العمل بدائل (المفاوضة الجماعية - الوساطة- التوفيق)، دار الكتب القانون، مصر، 2008.
7. رجب علي حسن، العدالة التصالحية (اتجاه جديد في السياسة الجنائية)، الطبعة الأولى، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2019.
8. عبد الرحمن عاطف عبد الرحمن أحمد، الوساطة ودورها في إنهاء الدعوى الجنائية، الطبعة الاولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.
9. عبد العظيم عبد السلام عبد المجيد، مصادر الإجراءات الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون سنة طبع.
- 10- عدنان الخطيب، الإجراءات الإدارية، محاضرات للدراسات العليا، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 1968.
- 11- محمد محمد عبدة إمام، مبدأ تقنين الإجراءات الإدارية غير القضائية، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2018.

ثانياً- البحوث القانونية

1. أسامة محمود عبد الواحد، طرح الوساطة كوسيلة لتسوية النزاع الإداري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، المجلد 58، العدد 4، أكتوبر 2023.

-
2. محمد علي عبد الرضا عفلوك و د. ياسر عطوي عبود الزبيدي، الوساطة في حل النزاعات في التشريع العراقي، بحث منشور، مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الثاني، 2015.

ثالثاً- القوانين الفرنسية

1. مدونة العدالة الإدارية.
2. مدونة العمل الفرنسية.
3. مدونة العلاقة بين الجمهور والإدارية.
4. قانون المعونة القضائية ذي الرقم (91-647) والصادر في (10) تموز من سنة 1991.
5. القانون الاساسي ذي الرقم (2011-333) الصادر في (29) آذار لسنة 2011.
6. الأمر التشريعي ذي الرقم (101) الصادر بتاريخ (17) شباط 2018، بخصوص الوساطة الإلزامية في مجال الوظيفة العامة.
7. المرسوم المرقم (2022-433) في (25) آذار من سنة 2022 بشأن إجراءات الوساطة السابقة الملزمة القابلة للتطبيق على بعض منازعات الوظيفة العامة وبعض المنازعات الاجتماعية.
8. الأمر الصادر بتاريخ (30) آذار من سنة 2022 الخاص بتطبيق إجراء الوساطة المسبقة الإلزامية على بعض منازعات الخدمة المدنية بوزارة التربية الوطنية والشباب والرياضة.
9. القانون ذو الرقم (1196 - 2023) الصادر بتاريخ (18) كانون الاول من سنة 2023.

رابعاً- القوانين العراقية

1. قانون المدني العراقي ذو الرقم (40) لسنة 1951.
2. قانون المرافعات المدنية ذو الرقم (83) لسنة 1969
3. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 (المعدل)
4. التعليمات ذات الرقم (2) لسنة 2014 الخاصة بتنفيذ العقود الحكومية.

خامساً - المواقع الإلكترونية

1. https://uomosul.edu.iq/public/files/datafolder_1453/_20190917_091452_680.pdf
2. <https://www.francetravail.fr/candidat/vos-droits-et-demarches/reclamations/comment-contester-une-decision-d.html>

-
3. [https://www.conseil-etat.fr/Media/contenu-froid/documents/2019/02-fevrier/charte-ethique -mediateurs-13-12-17](https://www.conseil-etat.fr/Media/contenu-froid/documents/2019/02-fevrier/charte-ethique-mediateurs-13-12-17)
 4. [https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006499661/2001-01-01 /](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006499661/2001-01-01/)
 5. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000038311192/2019-03-25/>
 6. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000045457858>
 7. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000045412363/2024-03-16/>
 8. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006495449/2001-01-01/>

.....

.....

موقف القوانين المدنية العربية من الفقه الإسلامي

The Position of Arab Civil Laws Derived From Islamic Jurisprudence

أ. د. عصمت عبد المجيد بكر

مستشار ورئيس مجلس شورى الدولة ، أستاذ القانون المحاضر (سابقاً)

Prof. Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr

Previous President & Counselor of State Consultation Council,

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.54>

تاريخ تسلم البحث 2024-4-24 ، تاريخ القبول بالنشر 2024-5-15

ملخص البحث

مازالت مسألة مدى استمداد القوانين المدنية العربية من أحكام الفقه الإسلامي (أحكام الشريعة الإسلامية) تثير مناقشات وتساؤلات لا تنتهي منها هل أن مجرد ذكر هذه الأحكام في مقدمة القانون، عند تعداد مصادر القانون، يكفي للقول بأن القانون مستمد من تلك الأحكام، أو أن المطلوب أن يستمد القانون، بجزئياته ووكلياته، من الفقه الإسلامي، ولكن معالجة هذه القوانين لجميع المسائل الداخلة في حدود القانون المدني، لا تترك أي مجال للرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي، بعد أن غطت أحكام القانون المدني، كل ما يمكن ان ينص عليه القانون المدني، وقد اختلفت مواقف القوانين المدنية العربية ومشروعات القوانين المدنية التي أعدت مؤخرًا، من ذلك كله، وتباينت هذه المواقف، حسب التطورات التي مرت بالبلد الذي صدر فيه القانون المدني، وهذه الدراسة مكرسة للوقوف على هذه المواقف.

الكلمات المفتاحية: القانون المدني، الفقه الإسلامي، اتجاهات القوانين المدنية، مصادر القوانين المدنية. القانون المدني المستقبلي.

بوخته

پرسی تا چ رادهیهک یاسا مهدهنییهکانی عهربی له برگهکانی فیهی ئیسلامی (برگهکانی شهریعهتی ئیسلامی) وهرگیراون، تانیستا باس و پرسیری بیکوتایی دهوتریت، لهوانه ئایا تنها باسکردنی ئهو برگانه له پیشهکی یاساکهدا، له کاتی ژماردنی سهراوهکانی یاساکه، بهسه بو ئهوهی بلنن یاسا لهو برگانه وهرگیراوه یان ئهوهیه که پیویسته یاساکه، به بهشهکانی و به تهواوی، له فیهی ئیسلامیهوه وهرگیراوه، به لام ئهم یاسایانه مامهله لهگهله هموو بابتهکان دهکن له سنووری یاسای مهدهنی، ههلوئستی یاسا مهدهنییهکانی عهربی و رهشنووسی یاسا مهدهنییهکان که لهم دوايانهدا پهسهندکرون له پیوهندی لهگهله هموو ئهمانهدا جیاواز بوون و ئهم ههلوئستانهش جیاواز بوون، بهپنی ئهو پیشهاتانهی که لهو ولاتهدا روویانداوه که یاسای مهدهنی تیندا دهچوهه ، و ئهم لیکولینهوهیه تهرخانکراوه بو دیاریکردنی ئهم پیگهیه.

وشه‌ی سه‌ره‌کی: یاسای مه‌ده‌نی، فیهی ئیسلامی، ره‌وته‌کان له یاسا مه‌ده‌نییه‌کان، سه‌راوه‌کانی یاسا مه‌ده‌نییه‌کان، یاسای مه‌ده‌نی داها‌توو.

Abstract

It has always been argued that current Arabic Civil Law is derived from Islamic (Shariah) Law. This subject has always been and continue to be a continued debate.

Does mentioning Islamic Law in the introduction of, or as a reference for, any Civil Law is an enough evidence to claim a link or origin from Islamic Law? On the other hand, does the Civil Law need to be an exact copy, with all details, to assume the strong link and origin from Islamic Law?

The need for current Arabic Civil Law to deal with, and answer, question related to all current Civil matters led to its significant variation and divergence from Islamic Law. Such variations were the consequence of adaptation and changes Civil Law at different Arab countries experienced based on evolution and circumstances in those countries.

This study is designed to discuss those circumstances leading to such change.

Key words: Civil Law, Islamic Law, direction of Civil Law, sources and references of Civil Law, future Civil Law.

مقدمة

منذ سنوات مضت، يفتح موضوع علاقة الفقه الإسلامي بالقوانين المدنية العربية، مجالاً للنقاش، بأنه هل فعلاً هناك تأثير للفقه الإسلامي في هذه القوانين؟ وفي حالة وجود تأثير، ما مدى التأثير، وفي أي من المواضيع، كان هذا التأثير، وهل كان هذا التأثير مؤثراً وفعالاً وبارزاً، أو كان على استحياء، هنا وهناك، في مواضيع متفرقة، أم في أسس ومبادئ عامة من هذه القوانين أو كان الأخذ بالفقه الإسلامي، على سبيل المثال، ومن باب الإدعاء بأن هذا القانون أو ذلك، مأخوذ من الفقه الإسلامي، وإن ذكر هذا الفقه في ثنايا القانون، كان لدفع أي انتقاد يوجه إلى القانون، وهل إن ذكر الفقه الإسلامي، أو مبادئ الشريعة الإسلامية، في المادة الأولى من القانون، كمصدر من مصادر القانون، كان فعلاً يقصده المشرع أم كان شعاراً دون أثر قانوني حقيقي في مواد القانون، وإن القول بأن القانون مستمد من الفقه الإسلامي، أو أنه تم تخريج مواده على الفقه الإسلامي من باب ذر الرماد في العيون، وهل إن القول بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر تاريخي للقانون فيه مبالغة غير محمودة، وإن الحلول التي أوردها القانون، تتفق مع الفقه الإسلامي، زعم تنقصه الحقيقة، ويدحضه الواقع؟ وهل إن ذكر مبادئ الشريعة الإسلامية في صدر القانون المدني، كمصدر احتياطي، إنما هو محض خيال، وإن ذكر هذه المبادئ، بعد النص التشريعي والعرف، لاقيمة علمية له، بعد التضخم التشريعي ومعالجة القانون المدني لكل المواضيع ولجميع التفاصيل، ولم يترك لا شاردة ولا واردة إلا عالجهما بنص تشريعي، بحيث أصبح الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، من النادر جداً، وهذا تؤيده مجموعات الأحكام القضائية، فمن النادر جداً أن نعثر على حكم قضائي رجع فيه القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، حتى إن أكثر رجال الفقه القانوني يذكرون أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أصبح من السراب، فبعد تقديم النص التشريعي والعرف على مبادئ الشريعة الإسلامية، واستيعاب التشريع في الدولة الحديثة يكاد يستوعب كل شيء، وإذا وجد مجال يحتمل أن تقوم فيه بعض الثغرات، فالعرف من وراء التشريع محيط في شبه شمول، ولا يبقى لمبادئ الشريعة الإسلامية إلا النزر اليسير، ومما يعقد الموضوع، أن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، يشترط فيه أن يكون منسجماً مع المبادئ العامة للقانون، ومتناسقاً معها، ويبدو كما إن ذكر تلك المبادئ في مقدمة القانون المدني أقرب إلى شعار سياسي دون مضمون حقيقي في الواقع.

أصبحت الشريعة الإسلامية هي السائدة في البلدان التي انتشر فيها الإسلام، وظلت مطبقة دون منافس حتى قبيل التقنيات الحديثة في منتصف القرن التاسع عشر، ومع انتشار الحضارة الأوروبية في العالم العربي والإسلامي.

ومع تغلغل النفوذ الأجنبي في القرن التاسع عشر، وظهر أجيال من أبناء البلاد العربية والإسلامية تشربوا الحضارة الأوروبية، وبدأت التشريعات الأجنبية تزام تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في العديد من البلدان، وانتشرت ظاهرة الاقتباس من القوانين الأجنبية، إضافة إلى فرض الاستعمار قوانينه مما أدى إلى انحسار مجال تطبيق الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

ومن أهم أسباب الاقتباس في مجالات النظم القانونية والتشريعات في عهد الدولة العثمانية، الإعجاب بالنظم القانونية الغربية، وخاصة من الذين درسوا في الغرب أو تأثروا بما لديهم من قوانين، وضغط الدول الغربية على الدولة العثمانية لإرغامها على قبول قوانين الدول الغربية وتشريعاتها والحاجة إلى التغييرات التشريعية وتجاهل الفقه الإسلامي وعدم الأخذ بالسياسة الشرعية⁽²⁾.

إضافة إلى تعرض العديد من الدول العربية والإسلامية إلى الاحتلال من الدول الغربية التي فرضت قوانينها ونشرت الثقافة القانونية الغربية، بشتى السبل والحجج⁽³⁾.

أما في الوقت الحاضر فلدى دراسة القوانين المدنية العربية يتبين لنا أن درجة تأثرها بالفقه الإسلامي تتفاوت من قانون إلى آخر، وكلما مر زمن ازداد الرجوع إلى الفقه الإسلامي، ففي البداية كان الرجوع إلى هذا

(1) أنظر الأستاذ الدكتور صوفي حسن أبو طالب تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ، القاهرة دار النهضة العربية ١٤١٠ للهجرة ١٩٩٠م ص ٨ وما بعدها. الدكتور محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين بيروت المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٧٩، ص ٣٩٥ وما بعدها.

(2) للتفصيل انظر مؤلفنا المدخل لدراسة النظام القانوني في العهدين العثماني والجمهوري التركي، بيروت دار الكتب العلمية ، ٢٠١٢، ص ١٢٢ وما بعدها.

(3) انظر الدكتور ساجر ناصر حمد الجبوري، التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية ، بيروت دار الكتب العلمية ، ١٣٢٦ للهجرة ، ٢٠٠٥، ص 255 وما بعدها .

.....
الفقه قليلا إلا أنه منذ منتصف القرن العشرين صدرت قوانين مدنية في العديد من الدول العربية بدأت تنهل الكثير من معين الفقه الإسلامي في تنظيم أحكامها وصياغتها .

أولاً - أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في معرفة مدى تأثير القوانين المدنية العربية بالفقه الإسلامي، ومدى مصداقية مايرد في مقدمة هذه القوانين من انها تعتمد الفقه الإسلامي أو مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون.

ثانياً - مشكلة البحث:

تكمن المشكلة في أن النص في مقدمة القانون المدني من اعتماده على الفقه الإسلامي، لا يتطابق في الكثير من الحالات مع نصوص القانون .

ثالثاً - هيكلية البحث:

البند الأول . موقف القوانين المدنية النافذة من الفقه الإسلامي.

البند الثاني . اتجاهات القوانين المدنية العربية من الفقه الإسلامي.

البند الثالث . مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية.

البند الرابع . مشروع القانون المدني العربي الموحد.

البند الخامس . مشروع القانون المدني العراقي (١٩٨٤ . ١٩٨٦).

البند السادس . أفكار حول القانون المدني المستقبل.

خاتمة/ استنتاجات وتوصيات.

البند الأول

موقف القوانين المدنية العربية النافذة من الفقه الإسلامي

نبحث في موقع الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية ، حسب تسلسل تواريخ صدورها .

اولا - مجلة الالتزامات والعقود التونسي لعام 1906: إذ حاولت اللجنة التي اعدت المجلة برئاسة (دافيد/دواد سانتيليا) الجمع بين المبادئ المستمدة من القانون المدني الفرنسي وفقه القضاء والشريعة الإسلامية، وتأثرت اللجنة بالحركات الفكرية في أوروبا وقوانين بعض الدول العربية والأجنبية خصوصا القانونين الألماني والإيطالي وموقف فقه القضاء في بعض المسائل، مع التأثير بأراء الفقهاء المسلمين والشريعة الإسلامية سيما فيما يتعلق بمبادئ الصدق والمعاملة بالمعروف وحسن النية والأخلاق الحميدة، علما بأن رئيس اللجنة يقول (إن للحقوق الرومانية تأثيرا عظيما في الحقوق الإسلامية لاشك فيه) وذلك في مقدمته على مشروع القانون المدني والتجاري التونسي المطبوع عام 1890 م في تونس باللغة الفرنسية⁽¹⁾.

وتعمد (سانتيليا) الغموض في ذكر المصادر الرسمية الاحتياطية لمجلة الالتزامات والعقود التونسية من اجل إقصاء الشريعة الإسلامية، إذ نص الفصل (٥٣٥) من المجلة على أنه (اذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس، فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون)⁽²⁾.

وعرض المشروع على خمسة من اساتذة الشريعة في جامع الزيتونة وخمسة من قضاة المحكمة العليا الشرعية، وقامت بالترجمة اولا، ثم راجعته مراجعة دقيقة، وخرجته على احكام الشريعة الإسلامية، ولم تجد فيها ما ينافيها، واعتمدت الأسس الآتية:

أ. جواز الاقتباس من الغير .

(1) تم تنفيذ ادعاءات (ديفيد سانتيليا وغيره) واثبات مدى اصالة الفقه الإسلامي واصالة المبادئ والنظم القانونية في الفقه الإسلامي في مؤلفنا (اصالة الفقه الإسلامي)، ص 33 وما بعدها.

(2) انظر الدكتور شوقي بناسي الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني. شعار دون اثر قانوني، حوليات جامعة الجزائر (١)، العدد (٣١)، الجزء الثاني، ص ٣٣٧.

.....

ب . ملاحظة مقاصد الشريعة فيما يقتبس من القوانين .

ت . تجاوز التعصب المذهبي عند الترجيح او التخريج⁽¹⁾.

وذهب الإستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري الى ان هذا القانون ينتمي الى الثقافة القانونية الغربية اللاتينية، إذ بذلت اللجنة بعض الجهد في التوفيق بين احكام القانون الفرنسي واحكام القوانين الغربية واحكام الفقه الاسلامي، وإن احكام القانون الفرنسي كانت هي الاساس الذي بني عليه العمل، وحاولت اللجنة التي وضعت القانون التونسي التوفيق بين احكام القانون الفرنسي واحكام القوانين الغربية واحكام الشريعة الاسلامية² مع مراعاة الأعراف والعوائد التونسية⁽³⁾.

ويتساءل البعض بان كل قانون نستطيع تخرجه على احكام الفقه الاسلامي يصير قانونا إسلاميا⁽⁴⁾؟.

ولاينكر أن هذا القانون تأثر بالفقه الإسلامي فقد أخذ عنه الكثير من أحكامه مثل مسائل الاهلية (م ٦ . ٧) الجعل (م ١٩) مجلس العقد (م ٢٧ . ٣٦) الإكراه (م ٥٠) الغبن (م ٦١) عقد السكران (م ٥٨) التعسف في استعمال الحق (م ١٠٣) اليمين (م ٤٢٧) بيع المريض مرض الموت (م ٥٦٥) تحريم بعض بيوع الغرر (م ٥٧١ . ٥٧٤) بيع الطعام (م ٥٨٤) الفضالة (م ١١٧٩) عقد القراض (م ١١٩٥ . ١٢٢٥) الخماسة (م ١٣٦٩) المساقاة والمغارسة (م ١٣٩٥ . ١٤٢٦) ، إضافة الى الكثير من القواعد الفقهية المنثورة بين دفتي القانون⁽⁵⁾ .

(1) الدكتور احمد ادريوش اصول قانون الالتزامات والعقود التونسي ،الرباط، 1996، ص 177 وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، بغداد ، السنة الثانية، مارس، 1936، ص 20.

(3) الدكتور بوزغيبه محمد ، الاصول الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود ، مقال ضمن كتاب مؤوية مجلة الالتزامات والعقود 2006 ، ص 202 .

(4) الدكتور بوجمعة حمد اثر احكام الفقه الاسلامي في القانون المدني الجزائري ، اطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر . يانتة/1 كلية العلوم الاسلامية ،قسم الشريعة ، السنة الجامعية 1438 . 1439 للهجرة ، 2017 . 2018 ، ص 74 .

(5) الدكتور بوجمعة حمد، اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع، المجلد الثاني ،سبتمبر ٢٠١٧ ، ص ٧٥١ . ٧٥٢.

ثانيا - مجلة الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913:

وهي مقتبسة من القانون المدني الفرنسي وتقوم المجلة أساسا على المجلة التونسية ووضعت باللغة الفرنسية ثم ترجمت الى اللغة العربية .

ثالثا - قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1933:

وضع المشروع لأول مرة القاضي(روبيرس) أحد مستشاري الدولة الفرنسية المنتدبة،في ذلك الوقت،ولكنه لم يكمل المشروع فكلف الفقيه الفرنسي(جوسران)رئيس معهد الحقوق في جامعة ليون الفرنسية، الذي نقحه وغيره تغييراً اساسياً ،وأعد المشروع باللغة الفرنسية ثم ترجم الى اللغة العربية .

وتأثر هذا القانون بالقانون المدني الفرنسي وبالمشروع الإيطالي، فجاء يحمل كثيرا من عيوبهما. كما أنه لم يعن عناية كافية بالتوفيق بين ما أورده من أحكام واحكام الشريعة الاسلامية،بل اقتفى أثر تركيا ومصر (مصر في قانونها المختلط(1875 م) والأهلي(1883م) لا قانونها الصادر عام 1948، الذي جاء متأخرا عن القانون المدني اللبناني،في نبذه للشريعة الإسلامية)ومع ذلك جاء هذا القانون متأثرا بالشريعة الاسلامية في بعض الاحكام منها،نظرية التعسف في استعمال الحق(م 124) الاتراء بلا سبب(م المواد 140 146)، الوعد بمكافأة(م 179)، التعاقد بين غائبين(م 184)، حوالة الدين(م المواد 287. 289)، الغبن(المادتان 213 214)، خيار الشرط (المواد 84. 87) الشفعة ،المغارسة،المزارعة،المساقاة،بيع السلم،احكام مرض الموت⁽¹⁾.

ولاحظ البعض ان الفقيه الفرنسي (جوسران) تعتمد عدم ذكر مصادر هذا القانون حتى لا يذكر الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

(1)الدكتورة فاطمة محمد عبد العليم ، اثر الدين في النظم القانونية، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2001م ، ص 470 و472، وانظر محمود عبد المجيد مغربي، ص 405 . 406.

(2) شوقي بناس ، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني، ص 337.

وهذا القانون مقتبس من القانون المدني الفرنسي، ولكنه متقدم عليه من ناحية الموضوع ومتأخر عنه من ناحية الصياغة⁽¹⁾.

رابعاً - المراحل قبل صدور القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948:

١. قام الشيخ مخلوف بن محمد البدوي المنياوي الأزهرى (1235 . 1295 للهجرة)، الذي شغل منصب القضاء في صعيد مصر (قاضي المنيا وخريج جامعة الأزهر) بتأليف كتاب (مخطوطة) بعنوان (المقارنات التشريعية) (تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك) بناء على تكليف من الخديوي اسماعيل وذلك لتقته بعلمه، فعهد اليه هذه المهمة، والبحث في العلاقة بين القوانين الغربية وبين أحكام الفقه الإسلامي، ويبدو ان الخديوي اسماعيل كان مهتما لمعرفة هذه العلاقة وإدراكها، نظرا للضغوط التي كانت تمارسها القوى الغربية عليه لإلزامه بتطبيق القوانين الأوروبية في البلاد، طبعا لما دار بينه وبين رفاة الطهطاوي فيما سجله محمد رشيد رضا في كتابه تأريخ الإمام محمد عبده، وقد استحضر الخديوي للشيخ مخلوف من يترجم له القوانين الفرنسية، وتتلخص خطة المؤلف بأن يثبت النص القانوني بلفظه أو بمعناه مع اختصاره بلغة واضحة تعين على تحديد الأحكام التي تضمنها النص القانوني، ويبدأ المؤلف بعد ذلك في التعليق على الحكم القانوني، واحدا بعد الآخر من الوجهة الفقهية ببيان الأسس والنصوص الشرعية التي تتضمن هذه الأحكام، ثم ينقل بعد هذا ما جاء عن الإمام مالك وغيره من فقهاء المذهب المالكي ومؤلفاتهم مما يعين على توضيح الحكم الفقهي، وقد هدف المؤلف الى اثبات الاتفاق أو الاختلاف بين القانون المدني الفرنسي والفقه المالكي، وهو ما سيطر على كتابه وشكل أسلوبه فيه، وأكثر ما يلاحظ على الكتاب أن المؤلف كان يبغى إظهار أوجه التشابه بين أحكام القانون المدني الفرنسي ونظائرها الفقهية، وذلك بذكر بعض البنود أو المواد القانونية لبيان ما يشبهها من الفقه المالكي واغفال الكثير منها، مما عساه أن يتسع فيه الخلاف بين طرفي المقارنة. ويجتهد المؤلف اجتهادا

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري، القانون المدني العربي، مجلة القضاء، بغداد، العددان الأول والثاني، ١٩٦٢، ومجموعة مقالات وابحاث الأستاذ الدكتور السنهوري، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٢، ج١، ص٤٨٩.

واضحاً في تبني العديد من النظريات والقواعد القانونية التي وردت في القانون المدني الفرنسي، فيما يظهر من الجهد الكبير الذي يبذله لبيان مشابقتها لقواعد الفقه المالكي.

وبقي المخطوط لأكثر من قرن كامل من الزمان قبل نشره محققاً، وقام بتحقيق المخطوط الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج (استاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة الإسكندرية، الأستاذ الدكتور علي جمعة محمد استاذ أصول الفقه بجامعة الأزهر) وتضمن منهج التحقيق على نسخ المخطوط في جزأين وتمت مراجعة النص على بنود القانون المدني الفرنسي وتثبيت الفروق بين البنود التي أوردها المصنف، وبين بنود تعريب القانون الفرنسي المدني ج1 وج2، (المخطوط في جزأين).

وتم ذكر الكلمات الساقطة من المخطوط وتوثيق جميع البنود التي تناولها المؤلف من تعريب القانون المدني الفرنسي والإشارة إلى البنود التي لم يتناولها في الهامش، وتمت ترجمة الأعلام الواردة ذكرهم في المخطوط والتعريف بالكتب المذكورة والبلدان المذكورة في ثنايا المسائل وإعداد المصطلحات وإخراج الفوائد والقواعد، تم توثيق النصوص على أمهات الكتب الفقهية في الفقه المالكي، وإعداد كشافات المصطلحات ومراجع ومصادر الدراسة مع فهارس للآيات والأحاديث والأعلام والكتب والمصطلحات، وبيان الموضوعات القانونية التي تناولها المصنف، والتي لم يتناولها في المقارنة بين القانون الفرنسي وبين الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك. وطبع الكتاب في مجلدين وبلغ عدد صفحاتهما (٨٠٨) صفحة، صدر عن دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة في ثلاث طبعات وكان آخرها الطبعة الثالثة في عام 1431 للهجرة الموافق 2010م.

٢. أصدر الشيخ سيد عبد الله علي حسين مؤلفه المعنون (المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي) في أربعة أجزاء بعد جهد وصبر وبحث واستقصاء لمدة ثماني سنوات، وكان يهدف من تأليف هذا الكتاب إلى العمل على الرجوع بالتشريع الإسلامي إلى مكانته السابقة من الاحتكام إليه والعمل به واستمداد التشريعات الواجبة التطبيق في مصر من أحكامه. وقد فرغ من عمله عندما كان البرلمان المصري ينظر في مشروع القانون المدني الجديد، الذي قدمه الفقيه المصري المعروف (الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري) وأراد المؤلف من اللجنة القائمة على مشروع القانون أن تتم مراجعة المشروع على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، بحث ما جاء فيه بالنظر إلى هذه الأحكام. فطلبه انصب على مراجعة أحكام مشروع القانون لاستبعاد ما يتعارض من نصوصه مع أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن الحكومة المصرية والبرلمان لم يلتفتا إلى نداء المؤلف الذي وجهه إليهما، في الوقت الذي كان المشروع معروضاً للمناقشة أمام مجلس الشيوخ

المصري، كما أنه وجه خطابا الى السراي الملكية في يوم 13/2/1946 والى مشيخة الإسلام (شيخ الجامع الأزهر) في يوم 21/9/1946م ،لأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية بدلا من أحكام القوانين الوضعية، ولكن دون جدوى فقد صدر القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948.

وقد بدأ المؤلف بإعداد كتابه في عام 1940 أي في العام الذي انتهت فيه اللجنة المكلفة بإعداد مشروع القانون المدني المصري، ومن المفيد تقديم نبذة عن حياة المؤلف الذي ولد بقرية تدعى (تيدا) مركز كفر الشيخ في الخامس من مارس/آذار/1889م /1309 للهجرة إذ حفظ القرآن الكريم بهذه القرية ثم أرسله والده لطلب العلم في المعهد الديني بدسوق عندما كان في الثانية عشرة من عمره، وانتقل بعد عام الى الأزهر عام 1322 للهجرة الموافق 1902م واستمر في دراسته خمسة عشر عاما حتى حصل على شهادة العالمية عام 1337 للهجرة الموافق 1917م ،وبدأ حياته العملية بعد تخرجه فأشغل محاميا شرعيا في طنطا وكفر الشيخ حتى سفره عام 1921 الى ليون بفرنسا، حيث درس الحقوق الفرنسية مدة أربع سنوات حصل بعدها على الليسانس في القانون في عام 1925م.

وعاد الى مصر واستأنف عمله محاميا شرعيا اثنتي عشرة سنة فيما بين عامي 1925. 1937م ودخل وهو في العام الثامن والأربعين من عمره الى الخدمة الحكومية فعين في ادارة المطبوعات بوزارة الداخلية (قسم الصحافة الشرقية العربية) .وبدأ مشروعه الكبير بعد ثلاث سنوات في 25/2/1940م وصدرت الطبعة الأولى لهذا الكتاب عام 1366 للهجرة الموافق 1947م ، وتعهدت بذلك دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه، وانتدب للتدريس في كلية الحقوق ببغداد حتى عام 1952 استاذا للشريعة الإسلامية، واحيل الى التقاعد عام 1954 ثم عاد الى ممارسة مهنة المحاماة حتى عام 1957م وانتدبته وزارة الأوقاف المصرية مندوبا دينيا الى المسلمين في الأرجنتين مدة ثلاث سنوات حتى عام 1960 عاد بعدها الى الاشتغال بالمحاماة حتى وفاته، وللمؤلف مصنفات أخرى غير هذا الكتاب وهي تتعلق بأحكام الفقه الشافعي .

أما مؤلفه الذائع الصيت (المقارنات التشريعية) فقد اتبع في تأليفه نظام ترتيب القانون الفرنسي في تتابع الموضوعات وتسلسلها وجعله أصلا في المقارنة بالفقه الإسلامي ، بحيث يبدأ بالقانون الفرنسي تحت عنوان يكشف عن موضوعه ويحدده لينتقل بعد ذلك في أحوال كثيرة الى القانون الروماني ثم الى التشريع الإسلامي ، ليعقب على ما ذكره بتحديد أوجه الخلاف والاختلاف، وهو لا يرفض من القانون الفرنسي الا ما يراه معارضا لأصول الشريعة الإسلامية . أما ما لا يعارض منه مع هذه الأصول فهو متحمس لقبوله، ورجع المؤلف الى

مصادر فرنسية هي مختصر أصول القانون المدني للأستاذ رينيه فوانيه (الطبعة الحادية عشرة 1922م طبعة باريس)، (المجموعة الصغيرة لدالوز لمسيو همري بوردو طبعة باريس 1922م)، كما رجع الى كتب في الفقه الإسلامي وخاصة في الفقه المالكي .

ويهدف المؤلف الى إثبات تأثير الفقه الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي، وهو لا يتردد في إرجاع العديد من مبادئ القانون الفرنسي الى تأثره بالفقه الإسلامي، ويضرب لذلك الأمثلة، وهاجم المؤلف المرحوم السنهوري (دون ذكره بالاسم) لتأخيره الشريعة الإسلامية في المصادر التي يلجأ اليها القاضي عند عدم وجود نص قانوني الى ما بعد العرف ويعد ذلك دعوة الى هجر التشريع الاسلامي.

ورد في مقدمة تحقيق الكتاب/ الطبعة الثانية/ 1427 للهجرة الموافق 2006م) أنه (على الرغم من التسليم بأن مجرد التشابه بين عدد محدود من المبادئ بين نظامين تشريعيين لا يستلزم التأثير بينهما ؛ فإن تفسير التشابه بالمصادفة مع قيام العلاقة التاريخية يبدو غير مألوف كذلك، ومن المحتمل مع هذا كله الا يكون الشيخ سيد عبد الله علي حسين قد أتى بالحجج القاطعة في اثبات تأثير الفقه الإسلامي في القانون المدني الفرنسي، وحسبه أنه فتح بابا كبيرا للبحث والتعرف على الدور الإنساني الذي قدمه الفقه الإسلامي لترقية التفكير القانوني العالمي⁽¹⁾).

وضم الكتاب خطابا موجها الى الملك فاروق وشيخ الأزهر، بصدد اعتماد الشريعة الإسلامية مصدرا في اعداد القانون المدني المصري بدلا من اعتماد القانون المدني الفرنسي، وضم الكتاب في طبعته الجديدة 1775 صفحة، ومنهج التحقيق في هذه الطبعة تصويب الأخطاء الطباعية، عزو الآيات القرآنية الكريمة ببيان رقمها وسورتها ، تخريج الأحاديث النبوية الشريفة، التعريف بالأئمة والعلماء الذين ورد ذكرهم في الكتاب، توثيق الآراء الفقهية التي يذكرها المؤلف ، والإشارة الى المقابلات القانونية للمبادئ الموضوعة للدراسة في القانون المدني المصري وبعض القوانين المدنية العربية .

٣ . يعد القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 أصلا للقانون المدني السوري الصادر عام 1949 والقانون المدني الليبي الصادر في 28/نوفمبر/1953 ، ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20/فبراير/1954

(1) قام بتحقيق الكتاب بغية اصداره في طبعة جديدة الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج والأستاذ الدكتور علي جمعة محمد والأستاذ احمد جابر بدران وصدرت الطبعة الثانية في اربعة مجلدات عن دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة في القاهرة 1427، للهجرة الموافق، 2006م .

.....
فهذه القوانين متطابقة الى حد كبير ماعدا بعض الاختلافات البسيطة التي تميز بها كل بلد من هذه البلدان في الاعراف والعادات، او حذف بعض المواد، كما أن القانون المدني المصري قدم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية في حين ان القانونين السوري والليبي قدما مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف، واستمد القانون المدني المصري احكامه من القانونين السابقين (المختلط والاهلي)⁽¹⁾.

والقوانين الغربية الحديثة من جرمانية ولايتينية وغيرها وقد وصلت الى قرابة (20) قانونا، والفقهاء الاسلاميين. فقد استبقى القانون الجديد ما اشتمل عليه القانون القديم من احكام أخذها من الفقهاء الاسلاميين، واستحدث احكاما جديدة أخذها عن هذا الفقهاء، وجعل بعد ذلك كله الفقهاء الاسلاميين مصدرا رسميا للقانون المدني يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽²⁾.

٤ . وروعي في القانون المدني المصري ما يأتي (.. ان المشروع قام على دعامين رئيسيتين :

الأول ، الاحتفاظ بالصالح من احكام التقنين القائم لأبعد الحدود، فما من حكم صالح من هذه الاحكام إلا وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب، الثاني، تقنين ما استقر من المبادئ في احكام القضاء المصري مع ترجيح ما كان منها خليق بالرجحان عند اختلاف المحاكم، وعلى هذين الأساسين اقام المشروع اكثر من ثلاثة ارباع القواعد الواردة فيه، فانتفع بتراث الماضي وجعل الانتقال من الوضع القديم الى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعي لا يختلف أمره من هذا الوجه عن أي إصلاح يستبدل الخير بالذي هو أدنى في غير تطرف أو عنف، وعلى هذا لا يقطع المشروع الصلة بين الحاضر والماضي، وإنما هو يبسر الانتقال بما استقر من صالح الاحكام في التقنين الحالي وفي احكام القضاء، ويصقلها صقلا يجعلها اقرب مثلا وأوضح نهجا، وقد عمد

(1) قبل القانون المدني المصري كان هناك القانون المدني المختلط عام 1875م الذي وضع ضمن حركة الإصلاح القضائي التي تم الاتفاق عليها بين مصر والدول الأجنبية صاحبة الامتيازات، ثم صدر القانون المدني الاهلي عام 1883م ويطبق في المحاكم الاهلية في الدعاوى التي تقام بين المواطنين دون غيرهم.

(2) في استمداد القانون المدني المصري من الفقهاء الاسلاميين انظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000، م . ج 1 ، ص 56. 59. وانظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري في مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج1، القاهرة ، ص 131. 132.

المشروع فوق ذلك الى إحكام التلاؤم بين القدر الذي استحدثه من القواعد وبين المبادئ العامة التي ألفها الناس في التعامل من قبل، وبهذا يسر سبيل الانتفاع من الإصلاح⁽¹⁾.

٥ . واستقى القانون المدني المصري نصوصه واحكامه من منابع ثلاثة هي القانون المدني السابق (تقنين مختلط وتقنين اهلي)، الفقه الاسلامي ، القوانين الغربية الحديثة، فنقل ما لا يزال صالحا من نصوص القانون القديم وقنن احكام القضاء المصري لجلاء الغامض من هذه النصوص ولعلاج ما شابها من عيب لاستكمال ما اعتورها من نص، واحتفظ القانون المصري بما كان القانون القديم يحتويه من احكام الفقه الاسلامي ، فبيع المريض مرض الموت والاهلية والشفعة والهبة وسداد الدين قبل آيلولة التركة للورثة والغبن في بيع القاصر وخيار الرؤية وتبعية الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والاحكام المتعلقة بالعلو والسفل وبالحائض المشترك ومدة التقادم، كل هذه الاحكام اشتمل عليها القانون القديم واستبقاها القانون الجديد بعد ان هذبها وصحح فيها ثم زاد على ذلك أن استحدث أحكاما استمدها من الفقه الاسلامي والقوانين الجرمانية معا، كما فعل في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي حوالة الدين وفي مبدأ الحوادث الطارئة، وأحكاما أخرى استمدها من الفقه الاسلامي وحده، كما فعل في مجلس العقد وفي ايجار الوقف وفي الحكر وفي البراء من الدين ، ومع ذلك فلم يخط المشرع المصري خطوة حاسمة في جعل القانون المدني مشتقا في مجموعه من الفقه الاسلامي، فلا يزال القانون المدني الجديد يمثل الثقافة الغربية لا الثقافة القانونية الاسلامية⁽²⁾.

٦ . بموجب المادة الأولى من القانون المدني المصري (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

وذهب اتجاه الى أنه إذا علم أن الفروض التي لا يعثر فيها القاضي على نص في التشريع أو العرف ليست قليلة ؛ فإن القاضي المصري سيرجع كثيرا للشريعة الإسلامية يستلهم من مبادئها في كثير من الأقضية، وفي هذا فتح عظيم للشريعة الغراء، لاسيما إذا لوحظ أن ما ورد في القانون المدني من نصوص هو أيضا يمكن

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ١، ص ١٤١ وما بعدها.

(2) الدكتور عبد الرزاق السنهوري القانون المدني العربي، مجلة القضاء بغداد، نقابة المحامين، العدد الاول، 1966، ص ٢٢ .
٢٣ .

.....
تخريجه من احكام الشريعة الإسلامية دون كبير مشقة، فسواء وجد النص أو لم يوجد؛ فإن القاضي المصري في احكامه بين اثنتين: إما أنه يطبق احكاما لاتتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإما أنه يطبق احكام الشريعة ذاتها⁽¹⁾.

وذهب اتجاه الى أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الأخيرة بعد التشريع والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁽²⁾.

والنظريات العامة التي اقتبسها القانون المدني المصري من الشريعة الإسلامية ، هي النزعة المادية أو الموضوعية التي تميز الفقه الإسلامي ومسؤولية عديم التمييز والتعسف في استعمال الحق وحوالة الدين والحوادث غير المتوقعة ولا تركة الا بعد سداد الدين .

ومن الأحكام التفصيلية التي اقتبسها القانون المدني المصري من الشريعة الإسلامية ، بعض احكام البيع واحكام الهبة وبعض احكام الايجار والتزامات الجوار والحائط المشترك وملكية الطبقات واحكام الشفعة والحكر⁽³⁾.

ومع ذلك فقد جاءت نصوص القانون المدني المصري مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ومنها:

آ. قبول زيادة التعويض الاتفاقي على حقيقة الضرر والواقع فعلا:

إذ نصت المادة (٢٢٥) من القانون المدني المصري على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، الا اذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما) فاشتراط مقدار التعويض في حال وقوع الضرر أو قبل وقوعه من الشروط الفاسدة غير المعتمدة، لما فيه من الغرر

(1) انظر المستشار عبد الستار آدم ، الشريعة الإسلامية والقانون والمدني المصري، القاهرة ١٣٨٩، للهجرة ١٩٦٩م ، ص ٢٠ .
٢١ . ومجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ١، ص ١٥ وما بعدها.

(2) انظر شوقي بناس، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني ، شعار دون اثر قانوني ، الالتزامات انموذجا. ص ٣٣٩.

(3) عبد الستار آدم ، ص ٦٣ وما بعدها.

والجهالة، إذ إن التعويض في الشرع يكون على قدر الضرر، فمادام لم يتحقق الضرر فلا محل لتقدير التعويض مسبقاً، وإذا ما جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، جاز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة⁽¹⁾.

واقتبس القانون المدني المصري من القوانين المدنية الأجنبية الكثير من القواعد المتعلقة بالشكل والصياغة كالتبويب والتقسيم واللغة الاصطلاحية، وبوجه عام استفاد السنهوري من حركة التقنين خصوصاً في مجال القانون المدني في أوروبا وغيرها في أنها كما قال (نستخلص منها دروساً نافعة في فن التقنين وأسلوب الصياغة التشريعية)⁽²⁾.

وجاء القانون المدني المصري متأثراً في كثير من الأحيان بالقانون المدني الفرنسي، في مبادئه وتكييفاته القانونية ومصطلحاته الفنية وقواعده الأساسية، ومع ذلك فإنه ليس نقلاً حرفياً عن القانون الفرنسي، كما يرى ذلك البعض، إذ تفادى عيوبه الشكلية والموضوعية، وتبنى أنظمة ونظريات قانونية لا يعرفها أصلاً القانون الفرنسي (كالتعسف في استعمال الحق وحق الاختصاص)، استفاد من التقنيات الألمانية (الاستغلال، الحوادث الطارئة، حوالة الدين)، اخذ بعض أحكامه من الفقه الإسلامي (مجلس العقد، مرض الموت، الشفعة)⁽³⁾.

خامساً . سوريا: صدر في سوريا القانون المدني بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لسنة 1949، أصله القانون المدني المصري وهما مستمدان من القانون المدني الفرنسي، ولكن القانون المدني السوري جعل الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون يأتي في المرتبة الثانية بعد نصوص القانون، ومن المبادئ والنظريات العامة المقتبسة التمييز. 3. نظرية التعسف في استعمال الحق. 4. نظرية الظروف الطارئة. 5. حوالة الدين. 6. لاتركة الا بعد سداد الدين). وهناك بعض الأحكام التفصيلية المستقاة من الفقه الإسلامي، في عقد البيع والايجار وحقوق الارتفاق وعقد الهبة وتصرف المريض مرض الموت ومدة التقادم والابراء من الدين⁽⁴⁾.

(1) الباحث محمد وفيق زين العابدين، تطبيق الشريعة بين الواقع والمأمول، القاهرة، دارالسلام، ٢٠١٢، ص ٧٨.

(2) السنهوري من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي، ص ٣١٠.

(3) انظر الدكتور شوقي بناس، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات انموذجاً، ص ١٦٩ ملتقى دولي، الجزائر ٢٤ . ٢٥، أكتوبر، ٢٠١٦ جامعة الجزائر (١) بن يوسف بن خدة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر (١)، العدد (5)، 2016، ص 105.

(4) الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق دار القلم 1404 للهجرة 1984م، ج 4 ص 290 وما بعدها.

وجاء القانون المدني السوري مطابقا الى حد كبير مع القانون المدني المصري ،وورد في المذكرة الايضاحية لهذا القانون (ويقوم المشروع على أساس القانون المدني المصري الذي صدر مؤخرا).

ومن الفروق القليلة بين القانونين المصري والسوري، ان القانون الاول قدم العرف على مبادئ الشريعة الاسلامية(م1) في حين قدم القانون الثاني مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف(م 1)

وذهب اتجاه الى أن تقديم مبادئ الشريعة الإسلامية على العرف ،مجرد تهدئة وهمية لنفوس الناس إظهارا ان الشريعة من مصادر القانون المتقدمة⁽¹⁾.

ووجهت انتقادات عديدة الى هذا القانون ؛لانه مستمد من مصادر وضعية غربية والتعاس عن النهوض باستقاء قانون مدني عربي مستمد من الفقه الإسلامي الخالص⁽²⁾.

وان واضع القانون المدني السوري لم يكن موقفا في اقتباسه من القانون المدني المصري حرفيا دون مراعاة خصوصية المجتمع السوري واحكام قضائه خلال فترة تطبيق مجلة الاحكام العدلية الأمر، الذي أدى الى لضياع تراث كبير من المؤلفات القانونية الفقهية لاساتذة القانون والاحكام والاجتهادات القضائية للمحاكم السورية⁽³⁾.

سادسا . العراق :

١ . استقى القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 أحكامه من منابع ثلاثة هي:مجلة الاحكام العدلية ،والقوانين المدنية العراقية الأخرى التي كانت موجودة من قبل ،والقانون المدني المصري،ويعد القانون المدني العراقي أول قانون مدني حديث يتلاقى فيه الفقه الاسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنبا الى جنب بقدر متساو في الكم والكيف،فقد وضعت الاحكام المقننة من الفقه الاسلامي الى جانب نصوص القوانين الغربية ،وبذلك تم جمع الفقه الاسلامي والقوانين الغربية على صعيد واحد، فممكن لعوامل المقارنة والتقريب من أن تنتج أثرها

(1) انظر الدكتور حسام الدين كامل الاهواني، أصول القانون، القاهرة دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ١٨٣.

(2) انظر الأستاذ مصطفى الزرقا، عقد البيع، دمشق، ١٩٥٧، ص ٣(هامش) .

(3) المحامي حازم زهور عدي، تاريخ القانون المدني في الدول العربية، ٢٠١٠، ص ٢٠.

ومهد الطريق للمرحلة القادمة والاحيرة في نهضة الفقه الاسلامي، يوم يصبح هذا الفقه مصدرا لأحكام مدنية حديثة تجاري مدنية العصر وتساير أحدث القوانين وأكثرها تقدما ورقيا⁽¹⁾.

فالكثير من أحكام القانون المدني العراقي قد خرجت على الفقه الاسلامي، دون تقيد بمذهب معين، ولم يأل المشرع جهدا في التنسيق بين الاحكام التي استقاها من مصدره الاساسيين، الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية، فأندمجت جميعا في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازواج المصدر وتباينها، وتظل للفقه الاسلامي مكانته وتظل الاسباب موصولة بين الماضي والحاضر والمستقبل⁽²⁾.

وفي رسالة للمرحوم السنهوري الى أحد اعضاء لجنة مراجعة مشروع القانون المدني العراقي (الأستاذ المرحوم المحامي حسن عبد الرحمن) يقول (في المادة 1. لاحظت انكم أخرتم مكان الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون الى المرتبة الثالثة تمشيا مع القانون المصري والقانون العراقي يستمد من الشريعة الإسلامية بنصيب وافر فلم يكن غريبا أن يجعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية⁽³⁾.

ويلاحظ ان مبادئ الشريعة الإسلامية التي يلجأ اليها القاضي، هي تلك المبادئ التي تنسجم وتتسق مع نصوص القانون المدني، بحجة إنسجام كليات القانون مع جزئياته، والا يتم تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الالماءمة الاتجاه العام وروح وفلسفة النصوص القانونية⁽⁴⁾.

فمصادر القانون المدني العراقي هي القانون المدني المصري ، والقوانين التي كانت نافذة في العراق، واهمها مجلة الاحكام العدلية والشريعة الاسلامية ويدخل فيها جميع المذاهب الفقهية وبعض مشاريع القوانين مثل مرشد الحيران لمحمد قدرى باشا وقد اعتمد عليه المشرع العراقي في الكثير من الأحيان، واعتمد القانون المدني العراقي على الفقه الاسلامي لقرابة النصف من مواده⁽⁵⁾.

(1) السنهوري القانون المدني العربي الموحد، ص ٢٢ . ٢٣.

(2) الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي، الفقرة (10).

(3) أنظر نص الرسالة المؤرخة في القاهرة 1950/3/4 الصادرة من مكتب رئيس مجلس الدولة المرحوم السنهوري في الجزء الأول من مجموعة الأعمال التحضيرية ، بغداد ، 1419 للهجرة الموافق 1988م ، ص 12 . 15.

(4) الدكتور فايز محمد حسين محمد، اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية، الجزء الأول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني ، ٢٠١٤ ، ص ٥٣ . ٥٤.

(5) الدكتور محمد زكي عبر البر، تقنين الفقه الاسلامي المبدأ المنهج التطبيق، دار احياء التراث، قطر، 1986، ص 61.

.....
او اكثر من النصف،فاكثر نصوصه مستمدة من مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران وبعض مدونات الفقه الاسلامي⁽¹⁾.

2. اعد الاستاذ السيد منير القاضي المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني وطبعت من مطبعة الحكومة بغداد عام 1948 وورد في الغلاف الخارجي الحكومة العراقية. وزارة العدلية. المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني. وضعها السيد منير القاضي (استاذ الاحكام المدنية في كلية الحقوق والعضو في لجنة وضع المشروع وطبعت المذكرة بحجم موسوعي(كبير) في 125 صفحة).

وجاء في الصفحة (أ) المصادر التي استمد منها المشروع احكامه:

استمد المشروع احكامه من المصادر الآتية:

1. مجلة الاحكام العدلية

2. مرشد الحيران

3. الفقه الإسلامي

4. اصول الفقه

5. مشروع القانون المدني المصري وهو قد استمد احكامه من:

أ. الفقه الاسلامي

ب. القوانين المدنية الحديثة كالقانون المدني السويسري والقانون البولوني والقوانين الجرمانية والمشروع الفرنسي الايطالي ومن القانون المصري(القديم) والقانون الفرنسي.

وفي الصفحة (4) بينت المذكرة النظريات التي استند اليها المشروع:

أ. نظريات الفقه الاسلامي

ب. القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

ج. نظريات الفقه الغربي بعناصره الثلاثة، اللاتيني والجرماني والسكسوني واهمها:

1. نظرية الحوادث الطارئة(الظروف الطارئة)

2. نظرية التعسف في استعمال الحق

(1) الدكتور احمد عبيد جاسم، التاصيل الفقهي للقانون المدني العراقي، اطروحة دكتوراه، بيروت ، منشورات زين الحقوقية ، 2013، ص. 489.

- 3 . نظرية حسن النية
 - 4 . نظرية تجزء العقد، فقد يكون صحيحا في شطر منه وباطلا في شطر
 - 5 . نظرية التنفيذ بطريق الغرامات التهديدية
 - 6 . نظرية التنفيذ بطريق التعويض .
 - 7 . نظرية السبب في العقد
 - 8 . نظريات الدولي الخاص
 - 9 . نظرية الشخصية المعنوية
 - 10 . نظرية المسؤولية التعاقدية
 - 11 . نظرية المسؤولية عن عمل الغير وعن الاشياء
 - 12 . نظرية التضامن بين المدينين
 - 13 . نظرية حوالة الحق
 - 14 . نظرية الوفاء مع الحلول
 - 15 . نظرية الوفاء بطريق العرض والايدياع
 - 16 . نظرية التجديد والانابة في الوفاء
 - 17 . نظرية استحالة التنفيذ
 - 18 . نظرية التقادم .
- وهذه النظريات لها أساس في الفقه الإسلامي عدا نظرية حسن النية، ونظرية التنفيذ بطريق الغرامات ونظريات الدولي الخاص، ونظرية الشخصية المعنوية، وقد يقال ان للوقف شخصية معنوية يعترف بها الفقه الإسلامي، ونظرية الوفاء مع الحلول، ونظرية الوفاء بطريق العرض والايدياع⁽¹⁾.
- وتفصح هذه المذكرة الايضاحية حقيقة المصادر التي استقيت منها نصوص القانون المدني العراقي وخاصة القوانين الأجنبية⁽²⁾.

(1) يصعب قبول هذا الرأي بوجه عام، فهذه النظريات وان لم توجد نصوص فقهية صريحة بها ، ولكن يمكن تخرجها وفق احكام الفقه الإسلامي، كما ان بيت المال وكذلك المسجد يتمتعان بالشخصية المعنوية.

(2) انظر مؤلفنا تعليقات على القانون المدني العراقي في ضوء مجموعة الاعمال التحضيرية والمذكرة الايضاحية المختصرة ومشروع القانون المدني عام ١٩٥٠، بغداد، دار ومكتبة المسلة القانونية ، ٢٠٢٣ .

ويتفق القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري في الاتجاهات العامة، مثل طابع الاعتدال والتوسط بين الاستقرار والتطور بين حماية الفرد وحماية الجماعة، ومن جهة أخرى اخذ القانون المدني العراقي بنفس الترتيب والتبويب متابعة تامة، حتي يمكن القول بان الباب التمهيدي في القانون المدني العراقي يكاد أن يكون منقولاً نقلاً حرفياً من القانون المدني المصري ، فيما عدا بعض القواعد الكلية التي نقلت عن المجلة⁽¹⁾.

فالقانون المدني العراقي كان خطوة نحو توحيد القوانين المدنية في البلاد العربية، وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق، ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) فلا يوجد لها مثيل في التقنيات المدنية في البلاد العربية من نواح عدة على النحو الآتي: فمن ناحية انها:

منحت القاضي الاسترشاد بالاحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق، فاذا لم يجد، فله سلطة الاسترشاد بالاحكام التي استقر عليها القضاء والفقهاء في البلاد الأخرى، طالما انها تتقارب قوانينها مع القوانين العربية، ومن جهة ثانية؛ فإن النص اعطى للقاضي دوراً كبيراً لمجابهة حالات النقص التشريعي، إذ وضع امامه طرقاً كثيرة، يمكن من خلالها مجابهة كل ما سيعرض عليه من منازعات تتضمن وقائع قد لا يجد لها حكماً صريحاً في نصوص القانون المدني العراقي، ومن جهة ثالثة، أشار الى التقارب القانوني في عجز الفقرة الثالثة ومن المسلم به ، لم تدرج هذه العبارة الا بمقصد التوحيد التشريعي في البلاد العربية ، بعد تحقيق الوحدة التشريعية⁽²⁾.

سابعاً . في ليبيا كانت التقنيات الرئيسية هي التقنيات الإيطالية وكانت سائر التشريعات كذلك، وكانت اللغة الإيطالية هي لغة القضاة ولغة المحاكم ولغة الاحكام وسائر الإجراءات القضائية، ومن جهة ثانية، وضع القانون المدني الليبي لعام ١٩٥٣ وهو مطابق للقانون المدني المصري، الا في نصوص قليلة، مع إضافة بعض النصوص وإدخال بعض التعديلات التي اقترحها القضاة الايطاليون في ليبيا، واقتنع السنهوري بأن ظروف البلاد تقتضيها و صدر القانون المدني الليبي في نوفمبر سنة ١٩٥٣م⁽³⁾.

(1) السنهوري القانون المدني العربي، مجلة القضاء، بغداد، العددان (٢٠١) ، ١٩٦٢ ، ص ٤٩٩.

(2) . فايز محمد حسين، اثر مشروع السنهوري في القوانين المدنية العربية ، ص ٥٣ . ٥٤.

(3) انظر المستشار عثمان حسين عبد الله ، الفقيه والرائد والمرشد العظيم السنهوري، مجلة إدارة قضايا الدولة ١٩٨٩ ، ص ٩٩ وما بعدها.

ونصت المادة الأولى منه على أنه (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها . ٢ . فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)والفقرة الأولى تماثل الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدني المصري، مع ملاحظة ان القانون المدني الليبي جعل مبادئ الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بعد النصوص التشريعية، ثم يليها العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(١).

ثامنا . القانون المدني الجزائري رقم(58/75)في 20 رمضان عام 1395 للهجرة الموافق 26/سبتمبر عام 1975 المعدل:

استمد اغلب احكامه من القانون المدني المصري كما استمد بعض احكامه من القانون المدني الفرنسي والتشريعات الجزائرية الخاصة، ونصت المادة الأولى منه على أنه(يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها، واذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)ويقوم هذا القانون على اساس من القانون المدني المصري⁽²⁾.

وان كانت هناك احكام انفرد بها القانون المدني الجزائري ، كتنقيح جواز التعامل في الشيء المستقبل بان يكون هذا الشيء محققا وحظر الفائدة الاستثمارية او التعويضية التي تشترط عادة في القروض بين الافراد، وإطالة مدد التقادم وإنقاصها، كما ان هناك احكاماً اغفل المشرع الجزائري استمدادها من الفقه الاسلامي، وقيلت آراء عديدة في مدى استمداد القانون المدني الجزائري من الفقه الإسلامي، فهناك الرأي الموسع والرأي المضيق والرأي الوسط في مدى الاستمداد⁽³⁾.

(1) انظر فايز محمد حسين ، اثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية العربية، ص ٦١.

(2) الدكتور محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية، عمان ، ٢٠٠١، ص ٨.

(3) انظر بوجمعة حمد، ص ١١٥ وما بعدها.

ومن الاحكام الواردة في القانون المدني الجزائري المتأثرة بالفقه الإسلامي، احكام تصرفات المريض مرض الموت ولا تركة الا بعد سداد الديون وخيار الرؤية والظروف الطارئة المأخوذة من نظرية العذر وغيرها⁽¹⁾.

ورغم الصبغة اللاتينية للقانون المدني الجزائري ، فقد حاول المشرع الجزائري ان يخفف من هذه التبعية بتبني مواقف خالفت نهج القانون النابليوني(القانون المدني الفرنسي)تقدمها الاحكام المصبوغة بالصبغة الموضوعية المستقاة من الفقه الإسلامي في الالتزام العقدي⁽²⁾.ومع ذلك فإن هذا القانون ما يزال متأثرا بالانظمة القانونية اللاتينية⁽³⁾.

وبقي القانون المدني الجزائري محتفظا،من حيث الشكل والأسلوب والمصطلحات والمضمون والمبادئ،بالقانون المدني الفرنسي،واقنصر نصيب الشريعة الإسلامية على بعض الاحكام الخاصة،منها مجلس العقد، ومرض الموت، والشفعة الخ .. ولعل ما يلفت الانتباه ان هذه الاحكام لم تتكيف مع المبادئ العامة للقانون المدني،يضاف الى ذلك،الإزدواجية اللغوية ، لقد تم تحرير القانون المدني باللغة الفرنسية ثم ترجم لغوية الى اللغة العربية،الامر الذي أدى في بعض الحالات الى تناقض بين النص العربي والنص الفرنسي⁽⁴⁾.

(1) الباحثة نجيمة بو علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني الجزائري في مجال العقد، حوليات جامعة الجزائر(1)، المجلد (34)، العدد(4) 2020، ص 42.

(2) الدكتور حمزة بن خدة، مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري، مجلة الدراسات الفقهيّة والقضائية ، جامعة الوادي، العدد(2) شعبان 1437 للهجرة جوان، 2016، ص 55.

(3) الباحث يزيد بوحليط،تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على آثار وانحلال العقد في القانون المدني الجزائري، جامعة(8/ماي 1945)،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، الجزائر ،الملتقى الوطني حول القانون المدني بين خصوصية المجتمع الجزائري ومواكبة حركة التشريع العالمية يوم 26 نوفمبر 2019، ص 1.

(4) انظرالقانون المدني بعد أربعين سنة، ملتقى دولي الجزائر 24 . 25 / أكتوبر، 2016، جامعة الجزائر(1) بن يوسف بن خدة ، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر(1)، العدد5/ 1016، ص 8.

وان القانون المدني الجزائري منقول بطريقة شبه حرفية من القانون المدني المصري، وجاء هذا الأخير متأثراً الى حد بعيد بقانون نابليون، مما يصح معه القول إن القانون المدني، عموماً، مجرد تقليد لقانون نابليون في غالبية نصوصه⁽¹⁾.

ولا يخفى على رجال القانون ان قانون نابليون قد جاء مرتبطاً بجذوره الأوروبية ممثلة في القانون الروماني، وامتصلاً بنظريات القانون الكنسي، وان الزعم بعدم اختلاف القانون الجزائري، ذي الأصول الأجنبية، عن الشريعة الإسلامية، من حيث الجوهر، يتضمن إهمالاً حقيقياً للبعد العقائدي لاحكام التشريعية وإعراضاً عن اعتبارها نظاماً مستقلاً قائماً بذاته⁽²⁾.

تاسعا . الأردن: القانون المدني رقم(43) لسنة 1976 ،اعتمد في اعداده على المصادر الاتية:

أ . مجلة الاحكام العدلية والفقه الاسلامي بجميع مذاهبه.

ب . التشريعات والقوانين الاردنية المعمول بها.

ج . مشروع القانون المدني الذي اعد سابقاً وعرض على مجلس الأعيان الذي رفضه وطالب بوضع قانون مدني مأخوذ من الفقه الاسلامي ومستمد من احكام الشريعة الاسلامية و أن لا يكون مأخوذاً من مشاريع اجنبية كالقانون الافرنسي أو الايطالي وغيرهما . د . كافة التشريعات والقوانين المعاصرة والمستمدة من الفقه الاسلامي، وروعي في هذا القانون أن يكون الفقه الاسلامي هو المصدر الاساس للتقنين وهو الذي نهل العلماء من نبعه ونما العلم في رحابه وبلغ اسمى ما وصلت اليه النظم الفقهية من دقة واحكام، ويضم القانون(1449 مادة)⁽³⁾.

(1) الدكتور شوقي بناسي، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري ، الالتزامات انموذجاً، ضمن اعمال الملتقي الدولي ، القانون المدني بعد أربعين سنة، حوليات جامعة الجزائر(1)، العدد(5)، ٢٠١٦ ، ص١٠٥ .

(2) شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني ، شعار دون اثر قانوني، الالتزامات انموذجاً، حوليات جامعة الجزائر(1) ، العدد(٣١) ، الجزء الثاني، ص٣١٦ والمصدر الذي يشير اليه.

(3) أنظر المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ، اعداد المكتب الفني في نقابة المحامين، عمان /الاردن / 2000م الجزء الاول، ص 18 ، 26.

ونصت المادة (2/2) من الباب التمهيدي على انه (فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت باحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون ،فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية..)

ونصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أن (العرف وقواعد العدالة بشرط عدم المخالفة لاحكام الفقه الاسلامي ،كما نصت المادة الثالثة على أنه (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد اصول الفقه الاسلامي).

فيكون ترتيب المصادر في القانون المدني الأردني على النحو الآتي:

ا. النص القانوني وهو في غالبه مستمد من احكام الفقه الإسلامي.

ب. احكام الفقه الإسلامي ، والمقصود بها آراء الفقه الإسلامي المدونة في كتب الفقه .

ت. مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الواجب اللجوء اليه .

فهذه المصادر كلها تعتمد على احكام الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة .

فاذا لم يجد القاضي في المصادر السابقة ما يعينه على الفصل في القضية المنظورة أمامه عندها من

الواجب عليه تلمس الحكم في العرف السائد في المجتمع، ويعتبر العرف الصحيح الذي لا يصادم نصا شرعيا

من المصادر الاحتياطية التي اقرها وعمل بها الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

وضم القانون المدني الأردني مجموعة من القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، فقد نصت المادة (٢٢٠) على

أن (١) . العادة محكمة عامة كانت او خاصة ٢ . وتعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبرة للغالب الشائع لا

للنادر. ٣ . تترك الحقيقة بدلالة العادة). ونصت المادة (٢٢٣) على أن (الممتنع عادة كالممتنع حقيقة) وم/

٢٢٤ / المعروف عرفا كالمشروط شرطا. وم/٢٢٥ /المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. وم/ ٢٢٦ / التعيين

بالعرف كالتعيين بالنص. اما قواعد العدالة فيقصد بها مراعاة الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة العدل على

وقائع الحياة المحسوسة⁽²⁾.

(1) انظر الدكتور رحيل محمد الغرابية اثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ،المجلة الأردنية

في الدراسات الإسلامية ، المجلد (١٣) ، العدد (٢) ١٤٣٨ للهجرة، 2017م ، ص ٢٥٠ .

(2) الدكتور برهام عطا الله، اساسيات القانون الوضعي ،المكتبة القانونية، ١٩٦٨، ص ٧٦.

فقواعد العدالة لا تعد مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الدقيق، فهي لا تمتد القاضي بقاعدة مجردة وعامة كما هو الشأن في التشريع او العرف او مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإنما تلهمه الى حل يطبقه على النزاع المعروض عليه إذا لم يجد قاعدة في المصادر⁽¹⁾.

واعتمد القانون المدني الأردني أصول الفقه الإسلامي التي لا تتعارض معه واعتمد هذا القانون الفقه الإسلامي على كثير من أبوابه، ومن ذلك نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الاهلية ونظرية مجلس العقد وغيرها، ونص على عدد كبير من القواعد الفقهية الواردة في مجلة الاحكام العدلية وغيرها، وأثرت المصطلحات الفقهية في الصناعة التشريعية لهذا القانون ، حيث استخدم القانون عددا كثيرا من مصطلحات الفقهاء ومن ذلك الاكراه الملجئ وغير الملجئ وحكم العقد وحقوق العقد، والعقد الفاسد وشركة المضاربة والوجوه وغيرها⁽²⁾.

ونصت المادة الثالثة على أنه (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته الى قواعد أصول الفقه الإسلامي) وورد في المذكرات الايضاحية لهذا القانون (رؤي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الإسلامي واصوله ، خصوصا ان اصول الفقه الإسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير وقواعده حسب ما ارتضاه أئمة ذلك العلم وقواعد اللغة العربية، وان المشرع باحالته في تفسير النص وتأويله على أصول الفقه الإسلامي قد سد نقصا موجودا في التقنيات العربية إذ لم يورد أيها نصا في ذلك تاركا الامر للسليقة او لما يرد في كتب أصول القانون من قواعد قليلة تتضاءل ، بل تتلاشى امام مفخرة العقل الإسلامي وهو علم أصول الفقه بما تضمن من قواعد وضوابط وكان لهذا الإهمال اثره في بُعد القضاة عن علم الأصول ففقدوا بذلك معينا لا ينضب في استنباط الاحكام على أسس ثابتة تسدد خطاهم وتقرّب بين مناهجهم وتصل بهم الى سواء السبيل⁽³⁾.

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، القاهرة، ١٩٩٨ ، ص ١٧٣.

(2) رحيل محمد الغرايبة ، ص ٢٦٠.

(3) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، ج ١ ، ص ٣٧.

عاشرا . الكويت: القانون المدني الكويتي رقم(67) لسنة1981: وهو مستمد من الفقه الاسلامي واخذ بالكثير من أحكام المجلة والقانون المدني الأردني، وجاءت أحكامه متوافقة تماما مع أحكام الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه، وضم(1082) مادة.

فاستمد بعض احكامه من الفقه الاسلامي وما استمده من باقي القوانين العربية والاجنبية فقد خرج على احكام الشريعة الاسلامية، وورد في مقدمة القانون(ان هذا القانون قد جاء في احكامه متوافقا تماما مع احكام الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه، حتى انه لا يوجد فيه حكم يستعصي تخريجه على مذهب من هذه المذاهب، او يتعارض مع روح الشريعة الاسلامية السمحة، وذلك مع الاستفادة في الوقت ذاته مما وصل اليه الفكر القانوني المعاصر من تقدم رائع في فن صناعة التشريع واساليبه الحديثة.. واصبح للكويت قانون مدني على مستوى رفيع ومتنق مع احكام الشرع الاسلامي الاخر)⁽¹⁾.

ومن مظاهر اثر الشريعة الإسلامية في هذا القانون ، نظرية التعسف في استعمال الحق(م ٣٠) ، ومجلس العقد(م ٤٦ . ٥٠) ، العين في عقد القاصر(م ١٦٣) ، الوعد بجائزة كتطبيق للإرادة المنفردة(م ١٢١ . ١٢٢) ، ضمان أذى النفس(ويقصد به التعويض بالدية الشرعية)(م ٢٤٨ . ٢٥٢)⁽²⁾.

حادي عشر . السودان :

صدر قانون المعاملات المدنية عام 1984 مأخوذا من القانون المدني الاردني كما صدر قانون العقوبات عام 1983 بتطبيق نظام الحدود المستمدة من الشريعة الاسلامية.

وضم قانون المعاملات المدنية (819) مادة مستمدا بعض احكامه من بعض القوانين المدنية العربية، وخاصة القانون المدني الاردني ومشروعات قوانين الامارات العربية المتحدة (قبل صدور قانونها المدني الموحد) ومصر والكويت واليمن ، كما استعان في كثير من مواده بفقه المذهبين الحنفي والمالكي، ليصبح قانونا مستمدا من الشريعة الاسلامية⁽³⁾.

(1) محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ص 12.

(2) انظر بوجمعة حمد، اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية، ص ٧٥٦.

(3) انظر الدكتور طه المكاشفي، تطبيق الشريعة الاسلامية في السودان بين الحقيقة والاثارة ، لزهراء للاعلام ، ص ١٩.

ثاني عشر. دولة الامارات العربية المتحدة:

قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1985 المعدل بالقانون رقم(1) لسنة 1987 وهو مستمد من الفقه الاسلامي واستعانت لجنة اعداده بالقانون المدني الاردني وبمشروعات التقنيات التي اعدتها مجمع البحوث الاسلامية في مصر ، وبمحاولات جامعة الدول العربية في اصدار قانون مدني موحد يطبق في البلاد العربية.،وسارت اللجنة في اعداد مشروع القانون على اتباع ايسر الحلول من مذهبي الإمامين مالك وأحمد بن حنبل،وألماذاهب الاخرى،حسبما تقتضي المصلحة العامة ومراعاة لما جرى العرف في البلاد،مما له أصل في الشريعة الاسلامية،واحتوى القانون على(1528) مادة.

ومصدر قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة هو الفقه الإسلامي،ويندرج هذا القانون ضمن مجموعة من القوانين العربية المتأثرة بالفقه الإسلامي ، وبدا ذلك واضحا ، وبشكل اكبر في الاحكام الموضوعية للفعل الضار، إذ اخذ بالقواعد الفقهية التقليدية التي انعقد الإجماع عليها او حازت درجة معتبرة من التأييد في المذاهب الأربعة،وترك الباب مفتوحا في المسائل الخلافية للاجتهاد في التطبيق على ما يجد من حوادث ونوازل بما يساعد على التجديد في الأسس التي قام عليها الفقه الإسلامي، واحسن القضاء الاماراتي استغلال منطقة العفو التي منحها إياه المشرع، فعمل بجد في المسائل المسكوت عنها او المسائل الخلافية على تخير انسب الحلول من مذاهب الفقه الإسلامي او توجهات القانون الوضعي التي لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها الأساسية،تحقيقا للهدف الأسمى للمسؤولية عن الفعل الضار، المتمثل في حماية المضرور، كلما وجد الى ذلك سبيلا، الا ان حماسته في السعي لتحقيق هذا الهدف،قادته أحيانا الى تجاوز منطقة العفو،ليلج ميادين حسمت بموقف تشريعي واضح،فاعمل فيها فأس اجتهاده، فاتى بنيانها من القواعد ، او لوى اعناق النصوص فصرفها عن القبله التي كانت عليها⁽¹⁾.

(1) الدكتور عدنان ابراهيم سرحان،تقييم موقف التشريع والقضاء الاماراتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار ،مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، (مصر) ،العدد(2)، سنة 2010 ،ص 93. وبحثه مباحث في اساس المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الاماراتي وفقا لاصوله من الفقه الاسلامي ،دراسة مقارنة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، مصر ،العدد(13)2005، ص 91. والمذكرة الايضاحية لهذا القانون ،إصدار وزارة العدل الإماراتية ، دون سنة النشر ، ص ٢٧٣ وما بعدها.

ونصت المادة الاولى من هذا القانون على أنه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولإمساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة، فإذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية، على ان يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الامام مالك والامام احمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الامام الشافعي والامام ابي حنيفة، حسبما تقتضيه المصلحة، فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على الا يكون متعارضاً مع النظام العام او الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بامارة معينة فيسري حكمه على هذه الامارة)، كما نصت المادة الثانية من هذا القانون على ان (يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله الى قواعد واصول الفقه الاسلامي).

ويعد القانون المدني الأردني أصلاً له⁽¹⁾ وخالفه في بعض المسائل، وزاد عليه في البعض الآخر⁽²⁾ ويعد هذا القانون محصلة في جملته إسلامياً من حيث الموضوع وضعياً من حيث الشكل والبناء والتبويب⁽³⁾.

ثالث عشر . قانون الالتزامات والعقود الموريتاني لعام 1989 :

وهو أقرب ما يكون الى القانونين التونسي والمغربي في الصياغة والاحكام إذ نصت المادة(1179) منه على أنه (يرجع الى مذهب مالك في كل ما لم ينص عليه في هذا الأمر القانوني ، وكل غموض في النص الفرنسي يرجع في معناه الى النص باللغة العربية).

رابع عشر . القانون المدني لمملكة البحرين رقم(19) لسنة 2001 :

نصت المادة(1) منه على أن (1. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها. 2. فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي ،حكم بمقتضى العرف ،فإذا لم يوجد ،حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهدياً بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

(1) محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ص ١٣.

(2) بوجمعة حمد اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية، ص ٧٤٥.

(3) عدنان ابراهيم سرحان، تقييم موقف التشريع والقضاء، ص ١٥٧.

خامس عشر. اليمن:

صدر القرار رقم (5) لسنة 1975 بإنشاء الهيئة العلمية لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، وهي ملحقة بمجلس الشورى (البرلمان). وانجزت الهيئة قوانين عديدة ومنها القانون المدني رقم (10) لسنة 1979 ثم القانون المدني رقم (19) لسنة 1992، ونصت المادة الأولى منه على أنه (يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف بمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة. ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة).

وورد في تقديم هذا القانون ما يأتي (فإن الجمهورية العربية اليمنية تقدم للبشرية عامة وللإسلامية خاصة) القانون المدني، المعاملات الشرعية) مستمداً من مصادر الشريعة الإسلامية، وهي القرآن والسنة والاجماع والقياس، والخذ بأقوى ما في كل مجموعة المذاهب الاجتهادية..⁽¹⁾.

ثم صدر القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢، ونصت المادة الأولى منه على أن (يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً، فإذا لم يوجد عرف بمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية، ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً. ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة).

ونصت المادة (١٨) من هذا القانون على أن (المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة)، ويعد هذا القانون مستمداً من الفقه الإسلامي، ويرجع في تفسير نصوصه إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله حسب نص المادة الأولى منه.

(1) ان هذا التقديم من طرف رئيس مجلس الشعب التأسيسي في مقدمة القانون المدني لسنة 1992.

وقد أخذ هذا القانون عن القانون المدني المصري مواد كثيرة ، وخصوصا في الكتاب الثاني المتعلق بالحق والالتزام به، بحجة انها لاتخالف الشريعة الإسلامية مع عدم الإشارة الى ذلك في المذكرة الايضاحية، وعلى كل حال فهذا القانون هو قانون مستمد من الفقه الإسلامي ، ويرجع في تفسير نصوصه الى قواعد الفقه الإسلامي واصوله حسب نص المادة الأولى منه⁽¹⁾.

سادس عشر . القانون المدني القطري رقم(22) لسنة 2004:

نصت المادة(1) منه على أن (1. تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. 2 . إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، والافيمقتضى قواعد العدالة).

ومن النظريات العامة التي استقاها القانون المدني القطري من الفقه الإسلامي ، التعسف في استعمال الحق والنزعة الموضوعية للالتزام والحوادث الطارئة ولا تركة الا بعد سداد الدين، وتحمل التبعة وحوالة الدين ، وفيما يتعلق بالفائدة فقد نصت المادة(٢٦٨) على أنه (إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعداره ، وأثبت الدائن أنه لحقه بسبب ذلك ضرر، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة) . كما أن هناك احكاماً تفصيلية مستمدة من احكام الفقه الإسلامي منصوص عليها في القانون المدني القطري⁽²⁾.

سابع عشر . القانون المدني البحريني رقم(١٩) لعام ٢٠٠١:

نصت المادة(1)منه على أن (أ. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها او بمفهومها. ب . فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي ، حكم بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهديا بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها ..).

(1) انظر الدكتور بوجمعة حمد ، اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد السابع ، المجلد الثاني سبتمبر ، ٢٠١٧ ، ص ٧٤٨ .

(2) للتفصيل انظر الدكتور حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري ، دراسة مقارنة، المجلة الدولية للقانون ، ٢٠١٣ .

ثامن عشر . القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لعام ٢٠١٢:

حرص القانون على الاستفادة من الفكر القانوني الوضعي ، ولكن لم يأخذ الا ما يوافق البيئة الفلسطينية ولا يخالف احكام الشريعة الاسلامية، وما يمكن تخريجه على احكام الشريعة الاسلامية... وأخذ القانون من الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين، ونصت المادة الأولى على أنه (١ تسري نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها او في فحواها. ٢ . إذا لمن يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

تاسع عشر . قانون المعاملات المدنية العماني رقم (٢٩) لعام ٢٠١٣:

بموجب المادة (1) منه تسري أحكام القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى احكام الفقه الاسلامي ، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الاسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف.

واستقى القانون جل احكامه من الفقه الإسلامي لا سيما المذهب الحنفي، الذي سبق المذاهب الفقهية الأخرى في تقنين احكام الفقه الإسلامي، من خلال مجلة الاحكام العدلية التي اثبتت نجاحها في التطبيق العملي لقرون عديدة، وما زالت التشريعات الحديثة تستقي من نصوصها، واكثر مثال على ذلك القوانين المدنية العربية ، ومنها قانون المعاملات المدنية العماني، وان هذا القانون هو اقرب القوانين المدنية العربية الى روح الشريعة، ومقاصدها الكلية، حيث عمل المشرع المبادئ الكلية، والمفاهيم العامة التي جاءت بها الشريعة، مثل مبدأ رفع المشقة والحرص عن المتعاملين ، ورفع الضرر والتيسير على الناس ، وحمل تصرفاتهم على الصحة ما وجد الى ذلك سبيلا، والمتتبع لنصوص هذا القانون يلمس ذلك بكل سهولة، وحاول المشرع تقادي بعض الإشكالات التي وقعت فيها القوانين المماثلة، ورغم استفادة القانون العماني من بعض القوانين المدنية العربية في صياغة نصوص هذا القانون ، الا انه وقع فيما وقعت به تلك القوانين من التناقض أحيانا بسبب صعوبة التوفيق بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، لا سيما ان المشرع اخذ النصوص الجاهزة التي اخذت بها تلك القوانين .

وحاول هذا القانون تجنب كل ما يخالف قواعد الشريعة واحكامها العامة، فاستبعد مثلا نظام الفوائد القانونية الذي اخذ به العديد من القوانين المدنية العربية، والمخالف لأحكام الشريعة الإسلامية لقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربوا) (سورة البقرة الآية ٢٧٥).

وحصر القانون العماني التعويض في الإصابات الجسدية في الدية والإرش وعدم الجمع بين الدية الشرعية والتعويض المدني، كما هو مقرر في قواعد الفقه الإسلامي، إذ نصت المادة (١٨٦) من قانون المعاملات المدنية العماني على أنه (تسري الاحكام العامة للفعل الضار على الضرر الواقع على النفس او ما دونها، وفيما يتعلق بالتعويض فتطبق آليات الإرش، مضافا اليها نفقات العلاج الضروري) ، فتقضى بهذا النص ما وقع فيه القانون المدني الأردني ، حيث سمح للمضرور بالمطالبة بالتعويض المدني، إضافة الى مبلغ الدية^(١).

ويتبين مما تقدم أن أغلب احكام القوانين المدنية العربية، استقيت من احكام الفقه الاسلامي، وإن كانت هناك نصوص مستقادة من القوانين الغربية، فتم تخريجها وفق احكام الفقه الاسلامي، ويلاحظ أن القوانين المدنية العربية التي صدرت بعد صدور القانون المدني العراقي لعام 1951 بدأت تستمد احكامها من احكام الشريعة الإسلامية دون التقيد بأي مذهب^(٢).

عشرون: نظام المعاملات المدنية السعودي لعام ١٤٤٤ الهجرية الموافق ٢٠٢٣ :

صدر هذا النظام في (٧٢١) مادة على ان ينفذ بعد مضي (مائة وثمانين) يوما من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ونصت المادة الاولى من النظام على ان (١ . تطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها او في فحواها، فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طبقت القواعد الكلية الواردة في الاحكام الختامية، فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها ، طبقت الاحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام. ٢. لا يخل تطبيق نصوص هذا النظام بالنصوص النظامية الخاصة) . ونصت المادة (٧٢٠)

(1) انظر الباحث الفضل بن غصن بن سنان الهنائي ومحمد عواد السكر، قانون المعاملات المدنية العماني ، ومدى تأثيره بالفقه الإسلامي، مجلة (دراسات) علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد (٤٤) ، العدد (١) ، ٢٠١٧ ، ص ٢٤٣ و ص ٢٤٧ و ص ٢٥٥.

(2) انظر دراستنا (ريادة القانون المدني العراقي للقوانين المدنية العربية) ، مجلة التشريع والقضاء ، بغداد العدد الاول، السنة العاشرة، 2018، ص 130 وما بعدها.

على (٤١) قلعة فقهية كلية، وتطبق هذه القواعد بالقدر الذي لا تتعارض فيه من النصوص النظامية، مع مراعاة طبيعتها والشروط والإستثناءات الخاصة بكل منها⁽¹⁾.

البند الثاني

اتجاهات القوانين المدنية العربية من الفقه الإسلامي

كانت الشريعة الإسلامية، القانون الوحيد الذي يحكم الأمة الإسلامية منذ فجر الإسلام مارا بخلافة الراشدين والامويين والعباسيين الى اواخر العهد العثماني، حيث بدأت تتسلل التشريعات الغربية واشتد ذلك مع بداية احتلال الدول الاستعمارية لبلاد المسلمين، بحيث أصبحت النظم القانونية الأوروبية تزامم النظم الإسلامية، وبدأ الأمر باقتباس التقنيات العثمانية عن القوانين الأوروبية، وفرض الدول المحتلة بفرض قوانينها، وانحسار مجال تطبيق الشريعة الإسلامية، وتعدد الشرائع المطبقة في بلاد المسلمين.

وبعد ان انزاح تأثير الدول الاستعمارية، بعد نيل الدول الإسلامية استقلالها، ظهرت اتجاهات يمكن اجمالها على النحو الآتي:

- أ. أصبحت الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشرع الإسلامي.
- ب. تشريعات عربية مدنية تأثرت بالقانون المدني الفرنسي الى حد كبير.
- ت. تشريعات عربية مدنية مزجت بين احكام القانون المدني والفقه الإسلامي.
- ث. تشريعات عربية مدنية استمدت احكامها من الشريعة الإسلامية، او حاولت تخريج احكامها وفق احكام الفقه الإسلامي، بحيث انه لا يوجد فيها حكم يستعصي تخريجه وفق الفقه الإسلامي او يتعارض مع روح الشريعة الإسلامي.

وهناك اتجاه يرى ان القانون المدني الفرنسي قد أثر في القوانين المدنية العربية، بطريقتين، مباشرة وغير مباشرة، وهناك قوانين مدنية عربية وضعت بتدخل طرف اجنبي (مجلة الالتزامات والعقود التونسية وظهير

(1) في الوضع القانوني في المملكة العربية السعودية قبل صدور هذا النظام انظر بوجمعة حمد، اثر ألفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية، ص ٧٤٠ وما بعدها.

.....
الالتزامات والعقود المغربي وقانون الموجبات والعقود اللبناني) والقانون المدني المصري ثمرة تعاون متعددة الأطراف والصور ابتداء من القانون المدني المختلط عام ١٨٧٥م والقانون المدني الأهلي عام ١٨٨٣م، والقانون المدني عام ١٩٤٨) وتأثرت قوانين مدنية عربية بالقانون المدني المصري، وهي قوانين سوريا وليبيا والجزائر، وهناك قوانين عربية ذات التوجه الإسلامي تأثرت بالقانون المدني الفرنسي، كالقانون المدني العراقي عام ١٩٥١ وإن كان هذا القانون قد تميز بالآخذ بالفقه الإسلامي، إلى حد كبير، واستلهم القانون المدني الأردني من الشريعة الإسلامية، مع الآخذ بنفس خطة القوانين المدنية العربية التي سبقته من حيث الشكل^(١).

و نلقي نظرة على موقف القانون المقارن من القوانين المدنية العربية، استنادا إلى المصدر الذي اقتبس منه القانون المدني أو حاول تقليده ، فالقوانين المذكورة يمكن تصنيفها إلى عدة عوائل:

أ. القوانين المدنية المقتبسة من القانون المدني المصري ، وهي القانون المدني السوري والقانون المدني الليبي والقانون الجزائري والقانون الكويتي والقانون البحريني والقانون القطري.

ب . القوانين التي تحاكي أسلوب الصياغة الفنية للفقه الإسلامي ، القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني والقانون اليمني وقانون المعاملات المدنية لسلطنة عمان والقانون المدني العربي الموحد، وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ونظام المعاملات المدنية السعودي.

ت . القوانين المقتبسة من القانون المدني الفرنسي، القانون التونسي والقانون المغربي والقانون اللبناني والقانون الموريتاني^(٢).

ويذكر ان قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية مستمدة من احكام الشريعة الإسلامية. ويمكن تقسيم القوانين المدنية العربية من حيث تأثرها بالأنماط القانونية المعروفة على النحو الآتي:

(1) انظر الدكتور علي خدوجة، الطابع العالمي للتقنين المدني الفرنسي واثره على القوانين العربية، مجلة حوليات جامعة الجزائر (١)، المجلد (٣٥) ، عدد خاص ٢٠٢١، ص ٦٥ وما بعدها.
(2) انظر الدكتور احمد ادريوش، القانون المقارن، الدرس الافتتاحي الذي على طلبة الماستر في العلوم القانونية ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، أكادال بجامعة محمد الخامس ، الرباط ، الطبعة الثانية، ٢٠١٧م ، ص ٨٩.

أولاً . قوانين مدنية عربية تأثرت بالفقه اللاتيني:

وهي قوانين (مجلات) مدنية بدأت بمجلة الالتزامات والعقود التونسي عام ١٩٠٦ واقتنبت منها مجلة الالتزامات والعقود المغربي عام ١٩١٣م وقانون الموجبات والعقود اللبناني عام ١٩٣٢م كما صدرت مجلة الالتزامات والعقود الموريتاني عام ١٩٨٩ م ومن ابرز سمات هذه القوانين:

أ. غموض مقصود في هذه العائلة، من حيث النص على المصادر الشكلية ، وإعتبار التشريع المصدر الشكلي الأساسي للتقنين، وفي هذا التزام واضح بمنهجية الشرح على المتون.

ب . غياب النص الصريح والمباشر على إعتبار الفقه الإسلامي كمصدر شكلي ولو احتياطي.

ت . استمداد محدود للاحكام الموضوعية المستوحاة من الفقه الإسلامي ، تأثراً بالفقه القانوني الغربي ، من حيث التقسيم والتبويب وتبني الاحكام الموضوعية.

ونص / الفصل / ٥٣٥) من المجلة التونسية على أنه (إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس، فإن بقي شك جرى الحكم على مقتضى القواعد العامة للقانون) ، هي القواعد المنصوص عليها في المواد/ الفصول / ٥٢٣ . ٥٦٢) والمستوحاة من الفقه الإسلامي^(١).

ثانياً . القانون المدني المصري والقوانين المدنية العربية التي تأثرت، بشكل او آخر به- وهي القانون السوري والليبي والعراقي والجزائري والقطري .

ومن المعروف ان مجلة الاحكام العدلية لم تطبق في مصر، وأن اول تقنين مدني هو القانون المدني الصادر في ٢٢/ سبتمبر ١٨٨٣ م . وقد وضع بالتعاون مع احد المحامين الايطاليين الذي كان يعمل قاضيا في محكمة الاسكندرية المختلطة بالاشترك مع محمد قدرى باشا، وتم وضعه باللغة الفرنسية ثم ترجم الى اللغة العربية، وتأثر هذا القانون بالقانون المدني الفرنسي، وتجاهل النظريات الفقهية الإسلامية واتسم القانون بكثرة عيوب الصياغة التشريعية وعدم وضوح المصطلحات^(٢).

(1) انظر الدكتور عمر صلاح العزاوي ، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة، نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة ، العدد(٢) ، العدد التسلسلي(٢٦) شوال ٤٤٠ الهجرة يونيو ٢٠١٩م ، ص ٤٢٠ . ٤٢١ .

(2) خليفة بابكر الحسن وعبد الهادي السراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره ، كلية الشريعة والقانون ، ١٩٩٧ ، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة ، ص ٢١٢ . ٢١٣ .

ولم يقتصر هذا القانون على نقل عيوب القانون الفرنسي بل زاد عليها عيوباً من عنده.. ففي التقنين المدني القديم فضول واقتضاب، وفيه غموض وتناقض، ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة⁽¹⁾ وتتميز هذه القوانين المدنية المنحدرة من القانون المدني المصري بما يأتي:

أ. تأثر متفاوت بالفقه الإسلامي.

ب. وضوح موقف هذه القوانين من إعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً شكلياً احتياطياً للتقنين، عند غياب النص، مع تنوع تلك المصادر وتباين ترتيبها من تقنين لآخر.

ت. محاولة المزج بدرجات متفاوتة بين التقنيات اللاتينية وتحديداً القانون الفرنسي والفقه الإسلامي، باعتبار الأخير أحد المصادر المادية لاستمداد الأحكام الموضوعية⁽²⁾.

ثالثاً. قوانين مدنية عربية تأثرت بالفقه الإسلامي مع المزج بين عدة مناهج:

يعد القانون المدني العراقي أول محاولة في الوطن العربي لوضع تقنين مدني مستمد من الفقه الإسلامي ومتأثر بالفقه اللاتيني على نطاق محدود.

رابعاً. قوانين مدنية عربية كتطبيق لتطور منهج التقنين في الفقه الإسلامي:

وابرز مثال على هذا الاتجاه القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، وهما قد تأثرا بالفقه الإسلامي، ويظهر ذلك بوضوح في جميع نصوصهما مع ملاحظة ان القانون الإماراتي اعتبر المصدر الرسمي الأول هو التشريع ثم الشريعة الإسلامية وجعل لها الأولوية دائماً على المصادر الأخرى، كالعرف، ويقصد بالشريعة الإسلامية هنا الفقه الإسلامي لا الشريعة بعمومها، مع تأكيد النص على ضرورة الرجوع في تفسير النصوص، وتأويلها الى مصدر الاستمداد، وهو الفقه الإسلامي، لخصوصية قواعد التفسير ولتجنب تعارض الأحكام والابتعاد عن إرادة المشرع.

خامساً. المملكة العربية السعودية كتطبيق للمنهج القضائي في الفقه الإسلامي:

تتبع المملكة نظاماً قانونياً مختلطاً يعتمد على مصادر قانونية متنوعة في مقدمتها الكتاب والسنة ويتبعها القياس والمصلحة، وكل ذلك في ضوء المراجع الفقهية المعتمدة، إلا أن هذا النظام يضم العديد من التقنيات في

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، ص ١٥.

(2) عمر صلاح العزاوي، ص ٤٢١. ٤٢٢.

بعض الفروع، ويرجع ذلك الى بعض القوانين التنظيمية كنظام تشكيلات المحاكم الشرعية ونظام الأوراق التجارية ونظام الشركات، ورغم اقتراب النظام القانوني في المملكة من نظام السوابق القضائية المتبع في الدول ذات النهج الانكلو أمريكي الا أن البعض يؤكد أن هذا التشابه غير موجود وإن وردت بعض الإشارات في الأنظمة السعودية تدعم هذا التشابه ، منها نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م)٧٨ في ١٩/٩/١٤٢٨ للهجرة) ، الذي أشار الى إمكانية الاخذ بمبدأ السوابق القضائية عند النظر في القضايا المعروضة^(١).

و صدر حديثا نظام المعاملات المدنية السعودي عام(١٤٤٤ للهجرة) الموافق عام ٢٠٢٣، ونصت المادة(الأولى/١) منه على أن(تطبق نصوص هذا النظام على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها او في فحواها؛ فإن لم يوجد نص يمكن تطبيقه طبقت القواعد الكلية الواردة في الاحكام الختامية؛ فإن لم توجد قاعدة يمكن تطبيقها طبقت الاحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا النظام). ونصت المادة(٧٢٠) من الاحكام الختامية على أنه(دون إخلال بما تقضي به المادة الأولى من هذا النظام، تطبق القواعد الواردة في هذه المادة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع النصوص النظامية، مع مراعاة طبيعتها والشروط والإستثناءات الخاصة بكل منها). نصت هذه المادة على (٤١) قاعدة فقهية.

وذهب اتجاه الى أن الشريعة الإسلامية لا تخدم عن طريق المغالطات والمبالغات، من خلال الزعم ان كثيرا من نصوص القانون المدني مستمدة من الشريعة الإسلامية ، مع انها في حقيقتها مستمدة في غالبيتها، من القوانين الأجنبية، غاية ما في الامر ان لها سندا في الشريعة الإسلامية، ولا زعم ان القانون المدني موافق في جوهره للشريعة الإسلامية، في حين ان الحقيقة خلاف ذلك تماما، فقد كان الأولى الإنكباب على دراسة كتب الفقه الإسلامي لاستخراج كنوزه، اما نسبة نظريات أوروبية المنشأة لاحكام الشريعة الإسلامية، والإنغماس في القوانين الوضعية تحت ستار ما لا يخالف الشريعة الإسلامية، فهي مزاعم تضر الشريعة الإسلامية اكثر من أن يخدمها، فتكاد تسلبها خصوصياتها، وتصورها على انها نظام قانوني كغيره من الأنظمة القانونية المقارنة، ولا تتميز عنها الا في بعض المسائل... وخدمة الشريعة الإسلامية يتعين عرضها كنظام قانوني مستقل في منطلقاته وتوصيفاته واصطلاحاته، ولا يهم ، بعد ذلك إن وافقت القوانين الوضعية او خالفتها، ويجب العمل على تطبيق الشريعة الإسلامية ولو تدريجيا، مع لزوم تدريس احكام الشريعة الإسلامية على مستوى كليات

(1) عمر صلاح العزاوي ، ص ٤٢٤ وما بعدها.

.....
الحقوق (القانون) من خلال التركيز على دراسة أصول الفقه وفقه المعاملات الشرعية ، من اجل تكوين جيل يجمع بين الاصاله والمعاصرة⁽¹⁾.

البند الثالث

مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية

اولا . انتهت اللجان المختصة في مصر من إعداد مشروع القانون المدني الجديد وسمي ب(مشروع قانون المعاملات المدنية) عام ١٩٨٢ والذي كان من المؤمل في حالة اقراره ان يحل محل القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، والذي دخل حيز النفاذ في 15 اكتوبر عام 1949 ، تأثر به الى حد كبير، ان لم نقل حد التطابق، القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) في 18/ايار/عام 1949 والقانون المدني الليبي عام 1953 ،ومن المعروف ان المرحوم الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري هو الذي تولى رئاسة اللجان التي اعدت مشروعات هذه القوانين.

وقد تأثر القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الى حد كبير بالقانون المدني المصري فقد ورد في الاسباب الموجبة (وقد اخذت الاحكام الواردة في هذا المشروع من المشروع المصري (قبل نفاذه) وهو في جملته صفة مختارة من القواعد التي استقرت في ارقى التقنينات الغربية، ومن القوانين العراقية الحالية، وفي طبيعتها مجلة الاحكام العدلية وقانون الاراضي ومن الشريعة الاسلامية، والكثرة الغالبة في هذه الاحكام قد خرجت على الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة، ولم يأل المشرع جهدا في التنسيق بين الاحكام التي استقاها من مصدره الاساسيين، الشريعة الاسلامية والقوانين الغربية، فاندمجت جميعا في ضرب من الوحدة يكاد يخفي معه ازدواج المصادر وتباينها..)

وتأثير القانون المدني المصري لم يقتصر على القوانين المدنية في سوريا وليبيا والعراق، بل ان هذا التأثير يبدو جليا في العديد من القوانين المدنية العربية، ولو بدرجات متفاوتة.

(1) انظر الدكتور شوقي بناس، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني، شعار دون اثر قانوني ، الالتزامات انموذجا، مجلة حوليات جامعة الجزائر (١) ، الجزء الثاني، العدد(٣١) ، ص ٣٢٨ . ٣٢٩.

ثانيا . استنادا الى حكم المادة الثانية من الدستور المصري وافق مجلس الشعب المصري بجلسته المنعقدة في (17/ديسمبر عام 1978) على تشكيل لجنة خاصة لدراسة اقتراحات تطبيق الشريعة الاسلامية، وضمن اللجنة اساتذة الشريعة الاسلامية والقانون ورجال القضاء والعدل، ثم شكلت سبع لجان فرعية هي، لجان التقاضي والقوانين الاجتماعية والمعاملات المالية والاقتصادية وقانون المعاملات المدنية والعقوبات والتجارة البحرية، وبالنسبة للجنة المعاملات المدنية فقد انتهت من اعداد مشروع قانون المعاملات المدنية (القانون المدني) وذلك بعد الاستعانة باكثر من (سبعين عضوا من اساتذة الشريعة الاسلامية والقانون والقضاة) واصبح المشروع جاهزا للتشريع منذ عام 1982.

ثالثا . اتبعت لجنة اعداد مشروع قانون المعاملات المدنية خطة عمل على النحو الاتي:

- 1 . تستقى احكام المشروع من مبادئ الشريعة الاسلامية، كما وردت في الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه، مع مراعاة التنسيق بين هذه الاحكام، حفاظا على وحدة التقنين وتجانس احكامه، وانسجام بعضها مع البعض الآخر.
 - 2 . يتحاشى النص على اي حكم يتضمنه القانون الوضعي، ويكون مخالفا لحكم قطعي من احكام الشريعة الاسلامية.
 - 3 . يراعى ما خضع له علم القانون من تطور وما اصابه من تقدم، وذلك في ضوء تطور المجتمع الاسلامي وتقدم الفكر الانساني.
 - 4 . يستفاد من التقنيات التي وضعت في البلاد العربية والإسلامية واخذت من الشريعة الاسلامية.
 - 5 . يستفاد من الجهود الفقهية التي بذلت في اعداد مشروعات لتقنينات اعدت في ضوء احكام الشريعة الاسلامية، وتتمثل هذه الجهود في مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان لمحمد قذافي باشا، والقانون المدني العراقي الصادر عام 1951 والقانون المدني الاردني الصادر عام 1976 والقانون المدني الكويتي عام 1980 ومشروعات تقنين الشريعة الاسلامية واعمال لجنة مراجعة التشريعات المدنية المصرية التي استغرقت اعمالها ما يقرب من خمس سنوات من عام 1962 الى عام 1966.
- رابعا . هيكل مشروع قانون المعاملات المدنية:

-
- 1 . باب تمهيدي . احكام عامة . وضم اربعة فصول . عن القانون وتطبيقه واستعمال الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق والاشخاص (الشخص الطبيعي والشخص المعنوي) وتقسيم الاشياء والاموال .
 - 2 . القسم الاول /الالتزامات او الحقوق الشخصية/الكتاب الاول الالتزامات بوجه عام /الباب الاول /مصادر الالتزام ،الباب الثاني آثار الالتزام ، الباب الثالث الاوصاف المعدلة لآثار الالتزام ،الباب الرابع انتقال الالتزام ،الباب الخامس انقضاء الالتزام .
 - 3 . الكتاب الثاني /العقود المسماة:
الباب الاول/العقود التي ترد على الملكية(البيع . بعض انواع البيوع (بيع السلم/ بيع الوفاء/ بيع الحقوق المتنازع فيها ، بيع التركة ، البيع في مرض الموت، بيع النائب لنفسه) المقايضة، الهبة، الشركة/بعض انواع الشركة) شركة المضاربة/شركة الاعمال /شركة الوجوه)القرض، الصلح.
الباب الثاني /العقود التي ترد على المنفعة(الايجار/بعض انواع الايجار(ايجار الاراضي الزراعية/المزارعة/ايجار الوقف) العارية)
الباب الثالث / العقود التي ترد على العمل(المقاولة.العمل.الوكالة،الوديعة. الحراسة)
الباب الرابع . عقود الغرر . (المقامرة والرهان . المرتب مدى الحياة. التأمين.)
الباب الخامس . الكفالة.
القسم الثاني . الحقوق العينية
الكتاب الثالث . الحقوق العينية الاصلية
الكتاب الرابع . الحقوق العينية التبعية(التأمينات العينية)

خامسا . الاحكام الجديدة في مشروع قانون المعاملات المدنية:

- 1 . تضمن الباب التمهيدي ثلاثة مبادئ عامة مهمة وهي:
 - أ. ان القاضي ياخذ في تفسيره للنصوص التشريعية بطرق الدلالة الشرعية، ويستلهم هذا التفسير مقاصد الشريعة الاسلامية، واذا لم يجد نصا او عرفا، حكم بمقتضى مبادئ هذه الشريعة(م1)
 - ب . ان احكام الشريعة الاسلامية القطعية تعتبر من النظام العام، ومن ثم يقع باطلا كل نص او اتفاق يخالف هذه الاحكام(م3)
 - ت . ان استعمال الحق يكون غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعي الذي قصد اليه الشارع، وقد خص المشروع بالذكر ضوابط معينة في ضوء هذا المبدأ العام استقاهها جميعها من الفقه الاسلامي(37)
- 2 . حرم المشروع الربا فقضى ببطلان كل اتفاق على تقاضي فوائد، مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود، او التأخير في الوفاء به(م1/235) واجاز للدائن ان يطالب بالتعويض عند التأخر عن الوفاء(م236)وقضى ببطلان كل شرط بزيادة في العوض يؤديها المقترض الى المقرض(م537)ونظم المشروع شركة المضاربة كبديل شرعي للقرض بفائدة عندما يحتاج صاحب مشروع معين الى مال لاقامة المشروع(م512 وما بعدها)واغفل تنظيم موضوع الدخل الدائم، نظرا الى ان اهم تطبيق له في الحياة العملية هو القرض بفائدة، ورفع من جميع المواد كل ما يتعلق بالفوائد.
- 3 . سد المشروع الطريق امام الغرر في مظانه المختلفة، على نسق ما يراه الفقه الاسلامي، وعلى خلاف ما يقضي به القانون المدني المصري النافذ، وذلك على النحو الآتي:
 - أ. اوجب ان يعين محل الالتزام تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة(م1/119)
 - ب . ابطال البيع اذا كان احتماليا جزافا، فاذا ورد البيع على شئ مستقبل وجب ان يعين هذا الشئ تعيينا نافيا للجهالة والغرر، فتذكر اوصافه الاساسية ومقداره، ولا يدفع المشتري من الثمن الا بمقدار ما يأخذ من المبيع(م383)
 - ت . قضى بان يترك تقدير الثمن لاجنبي عن عقد البيع، فلا ينعقد الا اذا رضي المتعاقدان بهذا التقدير(م387)
 - ث . اغفل تنظيم بيع الحقوق المتنازع فيها واسترداد هذه الحقوق(م469 و470 من القانون المصري النافذ) نظرا لما تنطوي عليه الصفقة من غرر جسيم.

ج . اوجب في بيع التركة ان تعين مشتملاتها تعيينا نافيا للجهالة والغرر، بحيث يتضمن هذا التعيين بيانا وافيا لما فيها من عقارات ومنقولات، وما لها من حقوق وما عليها من ديون(م 445)

ح . قضى المشروع بأنه اذا اشترط الواهب عوضا عن الهبة وفاء ديونه،فلا يكون الموهوب له ملزما الا بوفاء الديون التي يحددها العقد(م 470)

4 . راعى المشروع ما هو من مقتضى العقد،فلم يجز الاتفاق على ما يخالفه لما يراه الفقه الاسلامي،فلم يجز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة ولا الاتفاق على اعفائه من المسؤولية المترتبة على عدم التنفيذ التعاقدى(م 229) ولم يجز للمتعاقدين ان يتفقا في عقد البيع على زيادة ضمان الاستحقاق او انقاصه او اسقاطه،وحتى لو علم المشتري بسبب الاستحقاق(م 413)وكذلك لم يجز للمتعاقدين في عقد الايجار ان يتفقا على زيادة ضمان التعرض او انقاصه او اسقاطه، وحتى لو علم المستأجر بسبب التعرض؛ فان هذا لا يمنع من وجوب الضمان على المؤجر(م 571)وهذه الاحكام جميعها تخالف ما هو مقرر في القانون المدني المصري النافذ.

5 . استمد المشروع من الفقه الاسلامي نظام العقد الموقوف بدلا من نظام العقد القابل للإبطال ، الذي يأخذ به القانون المدني المصري النافذ،وذلك نظرا الى أن النظام الاول يفضل النظام الاخير من الناحية الفنية،قضى المشروع بأن يكون العقد موقوف النفاذ على الاجازة اذا صدر من ناقص الاهلية في ماله، وكان تصرفا دائرا بين النفع والضرر،او اذا شاب الارادة فيه غلط او تدليس او اكراه او استغلال، او اذا كان تصرفا في ملك الغير بدون اذنه،او اذا ورد في القانون نص خاص على ذلك(م 127) وبناء على ذلك اخذ المشروع بهذه الفكرة في بيع ملك الغير(م 439)وشراء النائب لنفسه ما نيظ به بيعه، وشراء السماسرة والخبراء الاموال المعهود اليهم في بيعها او في تقدير قيمتها(م 443) وهبة ملك الغير(م 463) وايجار ملك الغير(م 552) والايجار الصادر من له حق الانتفاع بالنسبة الى ما بقي من مدته بعد انقضاء هذا الحق(م 551).

6 . استمد المشروع من الفقه الاسلامي مبدأ عدم سماع الدعوى بدلا من مبدأ سقوط الحق الشخصي بالتقادم الذي يأخذ به القانون المدني المصري النافذ، وبناء على ذلك قضى بالا تسمع الدعوى بالتزام على المنكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي،فيما عدا الحالات التي وردت فيها احكام خاصة،وفيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في الفرع الخاص بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن.

7 . استحدث المشروع موضوعات استمدها من الفقه الاسلامي ،من ذلك انواع خاصة من البيوع، وهي بيع السلم والبيع بطريق المراجعة او التولية او الاشراك او الوضعية، وهي البيوع التي يقال لها في الفقه الاسلامي ،بيوع الامانة، ومن ذلك أنواع خاصة من الشركات،وهي شركة المضاربة التي تعتبر البديل الشرعي للقرض بفائدة حينما يحتاج صاحب مشروع الى مال لاقامة مشروعه وشركة الاعمال وشركة الوجوه اللتان تستجيبان لواقع عملي في المجتمع.

8 . اتخذ المشروع من الفقه الاسلامي قواعد عديدة في التفسير(م 136 . 143).

9 . اخذ المشروع برأي الفقه الاسلامي فيما يتعلق بسقوط الايجاب بموت الموجب او بفقد اهليته،مخالفاً بذلك ما تنص عليه المادة(92)من القانون المدني المصري النافذ،حيث قضى المشروع بان يسقط التعبير عن الارادة ،اذا كان من صدر منه او من وجه اليه هذا التعبير قد مات او فقد اهليته قبل ارتباط الايجاب بالقبول(م 77).

10 . اضاف المشروع احكاما تكفل حماية اكبر للطرف الضعيف في العقد،من ذلك انه فيما يتعلق بالاستغلال عالج القصور الموجود في النص النافذ، وذلك باستكمال حالات الضعف التي يمكن ان تستغل في المتعاقد المغبون(م 116) من ذلك انه في العقود التي ينفرد احد المتعاقدين بوضع شروطها، او يكون ابرامها بالتوقيع على نماذج جاهزة، نص على احكام تكفل حماية المتعاقد الذي لم يشترك في وضع تلك الشروط، او يكون تعاقد بالتوقيع على هذه النماذج(م 152 . 153).

11 . رفع المشروع العديد من الواجبات الخلقية الدينية الى مستوى الواجبات القانونية،وذلك حرصا على التضييق من مسافة الخلاف بين القانون والاخلاق، ومن الامثلة على ذلك ما يأتي:

أ. في المسؤولية التقصيرية،قضى المشروع بان تعتبر الفعل ضارا يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه في النفس او العرض او المال، اذا كان في مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون ان يتعرض لخطر(م 171).

ب . في الالتزام الطبيعي ،قضى المشروع بانه اذا وفى المدين باختياره التزاما طبيعيا صح وفاؤه،فلا يجوز له ان يسترد ما اداه(م 213) ؛فإنه يشترط لصحة هذا الوفاء ما يتطلبه القانون المدني المصري النافذ من ان يكون المدين قد قصد ان يوفي التزاما طبيعيا يعلم ان لاجبر عليه في تنفيذه.

ت . في عدم سماع الدعوى، قضى المشروع بانه اذا اقر المدين بالحق امام القضاء اخذ باقراره(م 378)

ث . في الايجار قضى المشروع بانه اذا كانت نفقات تجديد العين او ترميمها او اصلاح ما فيها من عيب، باهظة لا تتناسب مع الاجرة، يعفى المؤجر من التنفيذ العيني، ويكون للمستأجر اما طلب الفسخ او انقاص الاجرة(م 560 وم 561 وم 562).

12 . اخذ المشروع فيما يتعلق بانتقال الحق بموجب العقد بالتصوير الذي يقول به الفقه الاسلامي، وهو ان الملك ينتقل بالعقد، فهذا ادق من الناحية الفنية، ويختلف عن التصوير الذي يقول به فقه القانون الوضعي، وهو الفقه اللاتيني الذي يرى ان العقد ينشئ التزاما بنقل الملك، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد انشائه، فينتقل الملك تنفيذا للالتزام لايحكم العقد، وقد راعى المشروع التصوير الذي اخذ به في النصوص المتصلة بهذا التصوير سواء في النظرية العامة(م 218 وم 219 وم 220)، او في تعريفه للعقود التي ترد على الملكية(انظر مثلا م 382 وم 455 وم 534 459).

13 . اضاف المشروع احكاما لسد النقص في كثير من احكام القانون المدني المصري النافذ ومن امثلة ذلك ما يأتي:

أ. ما تقدم ذكره عن استكمال حالات الضعف التي يمكن ان تستغل في المتعاقد المغبون(م 116).

ب . تعميم مبدأ المسؤولية الناشئة عن الاشياء بحيث تشمل المسؤولية عن فعل الحيوان، وعما ينشأ من ضرر بفعل البناء ايا كان سبب الضرر انهداما او غيره، وكذلك المسؤولية عن سائر الاشياء سواء اكانت آلات ميكانيكية ام اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ام غير ذلك، توحيدا للحكم في جميع هذه الحالات(م 180 وم 181).

ت . استكمال حكم البيع في مرض الموت بالنسبة الى الدائنين اذا باع المريض بثمن يقل عن قيمة المبيع، وكانت تركته مستغرقة بالدين(م 449).

ث . اضافة احكام في الهبة تتعلق بالاعذار المقبولة للرجوع فيها(م 471) وقتل الموهوب له الواهب عمدا بغير حق(م 473) وموانع الرجوع في الهبة(474).

ج . النص على اجراءات النشر الواجب استيفاؤها للاحتجاج بشخصية الشركة على الغير(م 478 ت 479) وهي الاجراءات التي اغفلها القانون المدني المصري النافذ.

ح . النص على حكم الايجار المؤبد، او ما في حكم العقد المؤبد(م 557) وقد خلا القانون النافذ من النص.

خ . النص على شرط الخفاء الواجب توافره في العيب الذي يشوب العين المؤجرة (م 573) وقد خلال القانون النافذ منه.

14 . استعان المشروع بالمعايير التي اعتمدها الفقه الاسلامي في عدد من الموضوعات، ومن ذلك معيار فوات الوصف المرغوب فيها فيما يتعلق بالغلط الجوهري، وهو ما يتفق مع النظرية الحديثة في الغلط(م 106) من المشروع ومذكرتها الايضاحية) ومن ذلك معيار كون المكره(بكسر الراء) قادرا على ايقاع ما يهدد به فيما يتعلق بالاكراه، والمعيار المادي الذي اعتبره المشروع مستمدا من تصور المكره(بفتح الراء) قدرة من صدر منه الاكراه على تحقيق ما هدد به(م 113) من المشروع ومذكرتها الايضاحية.

15 . حرص المشروع في كثير من الموضوعات على ذكر الاصل الشرعي الذي يتفرع عنه الحكم:

أ. من ذلك ما جاء في المادة(م36) من المشروع، وهي السابقة للنص الخاص بنظرية التعسف في استعمال الحق، حيث تقول: الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن يستعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

ب . وما جاء في الفقرة الاولى من المادة(173) المتعلقة بحالة الدفاع الشرعي، وهي تقول:الضرورات تبيح المحظورات ،ولكنها تقدر بقدرها.

ت . وما جاء في الفقرة الاولى من المادة(174) المتعلقة بحالة الضرورة، وهي تقول:يختار اهون الشرين، فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف، ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطلاً كلياً.

ج . وما جاء في الفقرة الاولى من المادة(175) المتعلقة بالفعل الضار الذي يقع من شخص تنفيذاً لامر صادر اليه من رئيسه إذ تقول:يضاف الفعل الى الفاعل لا الى الأمر،تنفيذاً لأمر صادر اليه من رئيسه، ما لم يكن مجبراً او فاقد الاهلية او يجهل لاسباب معقولة عدم مشروعية الفعل).

ح . وما جاء في صدر المادة(378) المتعلقة باقرار المدين بالحق بعد انقضاء المدة المقررة لسماع الدعوى حيث تقول(لاينقضي الحق بمرور الزمن).

خ . وما جاء في صدر المادة(383) المتعلقة بتعيين المبيع اذا كان شيئاً مستقبلاً،حيث تقول: لايصح ان يكون البيع احتماليا جزافا.

16 . ميز المشروع بين محل العقد(م 118) ومحل الالتزام(م 120 وم 121 وم 122)فلكل منهما أحكام تختلف عن احكام الآخر، كذلك ميز المشروع بين سبب العقد(م 124) وسبب الالتزام(م 125) فلكل منهما احكام تختلف عن احكام الآخر.

17 . راعى المشروع في تعريفه للعقود ابراز محل العقد، وهو العملية القانونية المقصودة من العقد،وذلك على خلاف ما فعله القانون المدني المصري النافذ الذي يذكر محل العقد على انه التزام يقع على عاتق المتعاقد انظر مثلاً(م 382/البيع عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شئ او حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي) وم/ 455/المقايضة عقد تنتقل بمقتضاه من كل من المتعاقدين الى الآخر ،على سبيل التبادل،ملكية ليس من النقود) وم/ 459.1. الهبة عقد تنتقل بمقتضاه ملكية شئ او حق مالي آخر دون عوض).وم/ 477/الشركة عقد يساهم بمقتضاه شخصان او اكثر في مشروع مالي،بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح او من خسارة) وم/ 543/القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود،او اي شئ مثلي آخر،على ان يرد المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته) وم 541/الصلح عقد يحسم الطرفان بمقتضاه نزاعاً قائماً،او يتوقيان نزاعاً محتملاً، وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه).

18 . نظم المشروع عقد التأمين،بوصفه عقد تعاون،يقدم المؤمن له بمقتضاه اقساطا او اية دفعة مالية اخرى لمواجهة حادث او خطر ينزل باي من المؤمن لهم،ويمثل تعاوناً بين المؤمن لهم جميعاً يقدم كل منهم اداء مالياً معيناً، ومن مجموع ما يقدم من هؤلاء جميعاً يعوض العدد القليل الذي يقع له الحادث او ينزل به الخطر المؤمن منه،فالمؤمن لهم يتعاونون جميعاً في تعويض هذا العدد القليل وبذلك توزع الخسارة على الجميع،فالتأمين تعاون محدود،يبر به المتعاونون بعضهم بعضاً، وبذلك يخرج التأمين من منطقة الغرر المحرم الى منطقة التعاون المندوب اليه شرعاً،ويترتب على عقد التأمين ان تقوم شركة مضاربة بين جماعة المؤمن لهم

والمؤمن (الشركة) الذي يتولى ادارة واستثمار اموال التأمين، وهذه الاموال تكون امانة في يد المؤمن، ويضاف اليها نصيب المؤمن لهم في الربح، وتؤخذ منها ما يجب على المؤمن ان يؤديه الى المؤمن له، او الى المستفيد في حالة وقوع الحادث، او تحقق الخطر المؤمن منه.

وعلى هذا النحو ابرز المشروع جانب التعاون في عقد التأمين وهو الجانب الذي يجب ان يكون له الاعتبار الاول في الحكم على هذا العقد، ولم يكن تحريم عقد التأمين في نظر فريق من الفقهاء الا بسبب اغفالهم لهذا الجانب الاساسي، كما كفل المشروع للمؤمن لهم الحصول على نصيب من ارباح اموالهم بعد اداء ما يستحق للمؤمن له او المستفيد في حالة وقوع الحادث او تحقق الخطر.

19. ان كل ما جاء في نصوص المشروع متعلقا بالجواز الشرعي، انما يراد به ما هو جائز في الشرع الاسلامي، وان كل ما جاء في هذه النصوص متعلقا بقصد الشارع، انما يراد ما قصد اليه الشارع الاسلامي:

أ. الحالة الاولى: ما جاء في المادة (36) من ان (الجواز الشرعي ينافي الضمان) وما جاء في المادة (124) المتعلقة بسبب العقد من انه يجب (ان يكون الباعث الدافع الى التعاقد جائزا شرعا، والا كان العقد باطلا) فالمقصود في هذين المثليين ما هو جائز في الشرع الاسلامي.

ب. الحالة الثانية: ما جاء في المادة (37) من انه (يكون استعمال الحق غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعي الذي قصد اليه الشارع الاسلامي).

20. ابقى المشروع على نصوص القانون المدني المصري النافذ التي تستند الى اصول شرعية، مع ردها الى هذه الاصول، كذلك ابقى المشروع على نصوص هذا القانون التي تتناول صورا من التعامل لم يعرض لها الفقه الاسلامي، ما دامت لاتعارض مع احكام الفقه الاسلامي مع ذكر السند الشرعي لها.

21. تحاشى المشروع بكل دقة ان يرد فيه أي نص يراه متعارضا مع احكام قطعية في الشريعة الاسلامية.

22. احتفظ المشروع بالمصطلحات التي استمر عليها العرف القانوني، فلم يأخذ من مصطلحات الفقه الاسلامي الا بالقدر الذي دعت اليه الضرورة.

23. اخذ المشروع في الاعتبار عند وضع نصوصه كل ما ابداه الفقه من ملاحظات على النصوص الحالية، وكل ما كشف عنه التطبيق العملي من نقص او قصور في هذه النصوص، بحيث يعتبر هذا العمل في حد ذاته تنقيحا للقانون المدني المصري النافذ.

24 . يأتي المشروع في صورة تقنين يأخذ باحكام الشريعة الاسلامية، فيستلهم مقاصد الشريعة، ويأبى من التعسف والربا والغرر والاستغلال ويقف عند ما يقتضيه الوفاء بالعقد، ويرقى بالشخص في تعامله الى مستوى خلقي رفيع.

سادسا . المذكرات الايضاحية لمشروع القانون:

بذلت جهود مكثفة لتأصيل كل مادة من مواد المشروع و دونت مذكرة ايضاحية وافية لكل نص من نصوص المشروع، بهدف بيان وايضاح الفروق بين النص النافذ والنص الوارد في المشروع، واقرب النصوص القريبة الواردة في القوانين المدنية العربية وخاصة القوانين المدنية في العراق والاردن والكويت، والتي استقيت من الفقه الاسلامي الى حد كبير، والاشارة الى موقف الفقه الاسلامي من المادة الواردة في المشروع، لبيان السند الشرعي لكل مادة مع ذكر النصوص الواردة في مجلة الاحكام العدلية ومرشد الحيران لمحمد قذري باشا، ومشروعات تقنين الشريعة الاسلامية المعدة في مصر، علما بان عدد مواد المشروع قد بلغ (1136) مادة. وان نصوص المشروع مع المذكرات الايضاحية وقعت في (1168) صفحة من القطع الكبير.

البند الرابع

مشروع القانون المدني العربي الموحد

اعتمد مجلس وزراء العدل العرب القانون المدني العربي الموحد كقانون نموذجي بالقرار المرقم (228) . د (12) في 1996/11/19 وتكليف رئيس المكتب التنفيذي لاختيار الخبراء لإعداد المذكرة الايضاحية للقانون، وقد مر هذا القانون بمراحل عديدة وساهم في إعداده نخبة من الخبراء من مختلف الدول العربية، ونلقي في هذا المقال نظرة على مراحل اعداد القانون ومحتوياته والمذكرات التاصيلية التي قدمت اثناء الاعداد والمذكرة الايضاحية للقانون بعد اعداده.

اولا . مراحل اعداد مشروع القانون المدني العربي الموحد:

1 . كتب استاذنا المرحوم (القاضي محمد شفيق العاني/ رئيس محكمة التمييز سابقا) في مؤلفه المعنون ب(الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية) الصادر في القاهرة عام 1965 وهو في الاصل مجموع محاضراته التي القاها على طلبة معهد الدراسات العربية العالية(معهد البحوث والدراسات العربية/قسم الدراسات القانونية) التابع للجامعة العربية،كيف نخطط للقانون المدني الموحد،لقد ذكرنا اجمالا في دراستنا المتقدمة بعض المبادئ الاساسية المهمة، التي انتظمها الفقه الإسلامي، والتي تصلح لأن تكون ينابيع ثروة لتشريع التفريعات الجزئية التي تحتويها عادة القوانين المدنية ولم نجح الى الفقه المقارن، اي المقايسة بين الاحكام الفقهية الاسلامية تفصيلا ومقارنتها مع الفقه الغربي الذي درج عليه التقنين المدني الغربي؛ لأن ذلك يقتضي اطالة الدراسة والبحث والمقارنة في كل فصل وكل باب تظمه القوانين المدنية مع نظائره في الفقه الاسلامي .واقصرنا فيما كتبناه من بحوث على بيان امكانية صلاح الفقه الاسلامي ليكون مصدرا اساسيا للتقنين المدني للمجتمع العربي وواقع العالم العربي في عصره الحاضر.... وبعد فإني اعتقد بإمكانية الجامعة العربية ان تدعو الى هذا التوحيد بالطلب الى دول الجامعة بانتخاب كل دولة خبيرين او ثلاثة من الفقهاء والقانونيين وهؤلاء بدورهم ينتخبون اللجان الفرعية لصياغة هيكل القانون المدني،واعتقد ان اتخاذ القانون المدني العراقي اساسا للتشريع الجديد قد يسهل على اللجنة العامة مهمتها نظرا لأن هذا القانون قد اعتمد على الفقه الاسلامي في مصدر كثير من احكامه فتجري هذه اللجنة ما تراه من تحويل او تغيير او اضافة عليه مستهدية بالفقه الاسلامي كوحدة عامة على اختلاف المذاهب، آخذة بالرأي الذي تجنح اليه حسبما تقتضيه المصالح المرسله .. ولايفوتني في هذه المناسبة ان اؤكد على ضرورة دراسة الفقه الاسلامي دراسة عميقة والعمل على هذا من الدول العربية، وذلك بإدخال هذه المادة في الكليات الخاصة التي تعني بالفقه والقانون بما في ذلك الفقه المقارن العام،فدراسة ذلك يهيئ من الاجيال الصاعدة من يعمل لاحياء ثروة فقهية ضخمة بذل فيها اولو الرأي من فقهاء المسلمين جهودا كبيرة لقرون طويلة حتى وصلت الى ما هي عليه وعزيز على الحق والعلم ان تتبدد هذه المعرفة العميقة وان يهملها بنوها غير واعين لما احتوته ولامنتفعين بما اكتنتته (1).

2 . بتاريخ 13/4/1974 قرر مجلس جامعة الدول العربية تشكيل لجنة خبراء يتولون اعداد قانون مدني عربي،بمعدل خبير واحد من كل دولة،وعقدت اللجنة العامة لخبراء توحيد التشريعات العربية اجتماعها الاول

(1) . انظر الاستاذ محمد شفيق العاني، الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، القاهرة، 1965.

في القاهرة خلال الفترة (14 . 21) كانون الاول من عام 1974 وتداولت اللجنة في اعداد خطة العمل وانتهت الى اعتماد القوانين العربية القائمة كأساس للبحث تختار منها ما هو صالح وغير مخالف للكتاب والسنة، مع تشكيل لجنة فرعية من عدد من اعضائها لوضع مواد المشروع وتعرضها بعد ذلك على اللجنة العامة، وتوالت اجتماعات لجنة الخبراء حتى 28/3/1977 التي بلغت سبعة اجتماعات وناقشت الفهرس العام لمشروع وعددا من القواعد الفقهية الكلية مع مناقشة احكام الفصلين الاول والثاني من الباب الثاني من المشروع، وانتهت الى صياغتها، وفي 22/11/1975 عقدت اللجنة العامة اجتماعا ناقشت فيه واعتمدت ما انجزته اللجنة الفرعية (لجنة الخبراء) وهو الفهرس العام للمشروع والباب الاول من (القواعد الفقهية الاصولية) والفصلين الاول والثاني من الباب الثاني (في الاحكام العامة) وفي 6/5/1978 اجتمعت اللجنة وناقشت بقية المواد التي انجزتها اللجنة الفرعية، ثم عقدت آخر اجتماع في 21/12/1978 واقرت ما انجزته اللجنة الفرعية وكان مجموع المواد التي انجزتها اللجنة الفرعية واقرتها اللجنة العامة مائتين وسبعين مادة، وفي هذا الاجتماع قررت اللجنة اتخاذ منهج جديد يختلف عن المنهج الذي اقرته في اول اجتماع لها، ويقضي المنهج الجديد بان تكون مواد المشروع ما سبق ان اعد او ما سيعد مأخوذا من الشريعة الاسلامية نصا وروحا وبان كل مادة تجد لجنة الخبراء اصح منها لها ان تستبدها على ان تبين سبب الاستبعاد، وتطبقا للمنهج الجديد كان لزاما اعادة النظر في المواد التي سبق ان اقرت من المشروع، ودامت اجتماعات اللجنة العامة واللجنة الفرعية في القاهرة خمس سنوات من 1974 الى 1978، لم تنجز الا القليل وكان السبب هو تردد اللجنة العامة في الاستقرار على الخطة المثلى للعمل، وبعد انتقال مقر الجامعة العربية من القاهرة الى تونس، قامت الادارة العامة للشؤون القانونية في الجامعة باتخاذ الاجراءات التي تمكن (اللجنة العامة) و(لجنة الخبراء) من مواصلة العمل مع اضافة عضوين الى لجنة الخبراء، وفي 7/7/1980 عقدت لجنة الخبراء اجتماعها الاول في تونس، وتم الاتفاق على ان كل مشروع يقدم من احد الخبراء يرفقه بمذكرة توضيحية، تتضمن بيان الاسس التي اعتمدها مع الاشارة الى المصادر والمراجع القانونية والفقهية، وقررت اللجنة العامة بان يكون (القانون المدني الاردني) منطلقا للجنة الخبراء مع اعطائها الحق في تعديل ما تراه من احكام غير متفقة مع احكام الفقه الاسلامي، او ما تراه ضروريا لتعديل صياغته، مع تخويل اللجنة الاجتهاد في وضع الحكم المناسب بمراعاة قواعد العدل والانصاف على ان تذييل اللجنة المواد التي تنجزها بشرح حكمها ومصدرها من الفقه الاسلامي، واتفاقها او اختلافها مع القانون المدني الاردني او غيره من القوانين المدنية المعمول بها في الاقطار العربية، وخلال السنوات 1980. 1984 عقدت لجنة الخبراء تسعة اجتماعات، وعقدت اللجنة العامة خلال الفترة (7/12/1981 . 18/12/1981) اجتماعا اقرت فيه التبويب

الذي وضعته لجنة الخبراء تحت عنوان (باب تمهيدي) كما اقرت تسمية المشروع (قانون المعاملات المالية العربي الموحد) وهي تسمية اقترحتها لجنة الخبراء، وقررت اللجنة الفصل الاول من (الباب التمهيدي) تحت عنوان (قواعد كلية فقهية) كما اقرت بعض المواد المتعلقة باوصاف الالتزام بعد الاطلاع على المذكرة التاصيلية، وواصلت اللجنة اجتماعاتها، لمناقشة مشروعات المواد والمذكرات التاصيلية المقدمة من الاعضاء، وكان آخر اجتماع للجنة بتاريخ 1988/12/27.

و اشترك في اعداد مشروع القانون المدني العربي الموحد (لم نعثر على سبب العدول عن التسمية الاولى للمشروع) حوالي عشرين شخصية من كبار رجال القانون في البلاد العربية، ستة منهم رؤساء المحاكم العليا في دولهم وثلاثة من اساتذة كليات الحقوق وثمانية من كبار القضاة وثلاثة فقهاء في الشريعة الاسلامية، ويلاحظ ان الخبراء الذين اختارتهم الامانة العامة لجامعة الدول العربية قاموا بتاصيل مواد المشروع من الفقه الاسلامي مع المقارنة بين احكام الفقه الاسلامي والقوانين الغربية والقوانين المدنية النافذة في البلاد العربية، مع الحرص على استعمال المصطلحات التي وضعها فقهاء الشريعة واهملوا المصطلحات الواردة من المصادر الاجنبية، وان المشروع وان كان قد اعتمد ، بالدرجة الاولى على القانون المدني الاردني، الا انه اختلف معه في العديد من المواد⁽¹⁾.

3 . في المؤتمر الاول لوزراء العدل العرب المنعقد في الرباط (المغرب) للفترة (14 . 16 كانون الاول عام 1977) صدر اعلان سمي ب(اعلان الرباط) تضمن عزمهم على مواصلة وتنسيق الجهود المبذولة على المستوى العربي بهدف تحقيق وحدة تشريعية عربية تتخذ من الشريعة الاسلامية مرجعا اصيلا ، معللين ذلك بأن اتباع احكام الشريعة الإسلامية هو أسلم الطرق واجداها للوصول الى هذه الغاية لما احتوت عليه من مبادئ واحكام واجتهادات تعتبر مرجعا وعلامة مضيئة في تاريخ الفكر الاسلامي والانساني.

4. أثناء انعقاد المؤتمر الثاني لمجلس وزراء العدل العرب في اليمن (صنعاء) للفترة 23 . 25 شباط عام 1981 تم اعتماد خطة صنعاء لتوحيد التشريعات العربية، بهدف توفير القاعدة المتينة والثابتة لاقامة التشريع

(1) انظر الدكتور عبد الرزاق عبد الوهاب ، رئيس محكمة التمييز العراقية (سابقا) ، مشروع القانون المدني العربي الموحد، مجلة دراسات قانونية بغداد ، بيت الحكمة ، العدد الاول ، 2002 ، ص 120 وما بعدها.

العربي الموحد وفق احكام الشريعة الاسلامية مع الاخذ بالاعتبار ظروف المجتمع في كل بلد، وتستوجب عملية توحيد التشريعات اخذ الامور التالية بعين الاعتبار:

أ. الصعوبات الموضوعية المنهجية المتعلقة بعملية التوحيد وما تستوجبه من التماثل بالظروف والبواعث والإحتياجات والتطلّعات أولاً، والمرتبطة بعملية تقنين الشريعة الإسلامية وما تتطلبه من غزارة المعرفة الفقهية والقانونية والأخذ بالمنهجية العلمية ثانياً.

ب. ربط التصوّر الفكري لعملية التوحيد بتخطيط منهجي مدروس، وتحديد أولويات الأهداف التشريعية بالإستناد إلى الإمكانيات المرهنية.

ت. الإستفادة من المساعي التي باشرت بها بعض الدول العربية وتتبع المراحل التي قطعتها على طريقة تطبيق الشريعة الإسلامية وتحليل نتائجها وإجراء دراسة مقارنة لما يمكن أن يكون قد جرى الأخذ به في أكثر من بلد واحد.

ث. وضع القواعد المبدئية التي يتمّ بها تنهيج التشريع وتوحيده، بما يحقّق مراعاة الأسس التالية:

أ. اعتماد القرآن الكريم والسنة النبوية وما يؤول إليهما من إجماع أو قياس أو مصالح مرسله دون التقيّد بمذهب معيّن من مذاهب الفقه، وكذا مبادئ العدالة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، مصادر للتقنين الموحدة.

ب. اتباع قاعدة التدرّج في عملية التوحيد، وفيما يتعلق بتوحيد التشريعات المدنية، تستمر الامانة العامة لجامعة الدول العربية ما بدأت من عمل في مجال اعداد قانون مدني عربي موحد.

5. ويذكر الاستاذ الشيخ مصطفى احمد الزرقا(عضو لجنة الخبراء) ان العمل بدأ على اساس تجميع مواد منتقاة من القوانين الحديثة القائمة في بعض البلاد العربية اليوم، ومعظمها في المشرق العربي مستمدا حرقيا او اغلبيا من القانون المدني المصري الجديد الاجنبي الاصول، ولم يكن للجنة توحيد التشريعات العربية في الدائرة القانونية بجامعة الدول العربية، اذ ذاك فكرة من قريب او بعيد في اقامة المشروع على اساس التراث، وان تقام الحاجات الجديدة فيه على قواعد واصول الفقه الاسلامي، فهذه الفكرة كانت بعيدة كل البعد عن الازهان، واستمر عمل لجنة الخبراء بضع سنوات لم تنتج خلالها من المشروع سوى جانب يسير، وفي اواخر السبعينات نبهت اللجنة فانتهبت الى ان عملها كله سيذهب سدى ان لم تُقم المشروع على اساس التراث من الشريعة وفقهها، اذ

لا يمكن ان يؤمل ، لاي تقنين مدني، ان تتفق البلاد العربية على تبنيه وتطبيقه ان لم يكن مستمدا من التراث الفقهي، فهذا الاستمداد هو الطريق الوحيد لان يكون للقانون تقديره واحترامه المنشود في نفوس المسلمين، وهو في الوقت نفسه ميراث حضاري عربي اصيل يعتر به غير المسلمين من المواطنين العرب، اذ ليس لدى احد من هؤلاء المواطنين ما يخالفه، فهو اولى بهم من المصادر الاجنبية الغربية عن العربية والتي تفرض علينا التبعية، وعندئذ حولت اللجنة الشراع الى هذا الاتجاه في الاستمداد... وتم اعتماد القانون المدني الاردني منطلقا للمشروع الموحد خطوة حكيمة لانها سهلت المهمة التاصيلية ؛ لأن نصوصه، وان كانت مقتبسة كثيرا من القوانين الوضعية مضمونا وصياغة قد بذلت فيها جهود كبيرة في تنزيل احكامها على منازل موجودة او مقبولة في مذاهب الفقه الاسلامي او في بعضها او في اصولها على الاقل⁽¹⁾.

6. قرر مجلس جامعة الدول العربية بالقرار المرقم (ق 4794 دع 89 ج 2 في 1988 /4/2) التأكيد على قراره المرقم 4568 في 1986/3/27 والمتضمن عمل اللجنة العامة لتوحيد التشريعات العربية والامانة العامة العامة، ودعوتها لمواصلة جهودها للانتهاء من اعداد مشروع القانون المدني العربي الموحد (قانون المعاملات المالية) وعرضه على مجلس الجامعة في صيغته النهائية في الدورة العادية الحادية والتسعين لاستصدار قرار باحالته الى مجلس وزراء العدل العرب.

7. اعتمد مجلس وزراء العدل العرب القانون المدني العربي الموحد كقانون نموذجي بالقرار رقم (228. د 12) في 1996/11/19م المتضمن اعتماد القانون وتعميمه على الدول الاعضاء وتكليف رئيس المكتب التنفيذي لاختيار الخبراء لاعداد المذكرة الايضاحية للقانون .

ومما يلاحظ ان المشروع في بدايته كان يستخدم تعبير (مشروع قانون المعاملات المدنية العربي الموحد) وهذا ما كانت عليه المذكرات التاصيلية للمشروع وكذلك مطبوعات جامعة الدول العربية الادارة العامة للشؤون القانونية /ادارة التشريع والبحوث تستخدم هذا التعبير، وذلك باعتبار ان هذه التسمية ، افضل، ما دام الفقه الاسلامي هو اساس المشروع ومرجعه العام، فتعبير القانون المدني ، علاوة على ان دلالاته على موضوع احكامه هي دلالة عرفية اكتسبها بالاستعمال والشيوخ وليست دلالة لغوية في اصل اللغة الفرنسية نفسها، هو تعبير غريب

(1) انظر مؤلفه الفعل الضار والضمان فيه دمشق ، دار القلم، 1409 للهجرة 1988م ، ص 6-9.

عن الفقه الاسلامي واصطلاحاته الدقيقة الدلالة، فموضوع القانون المدني كله هو قسم المعاملات من اقسام الفقه الاسلامي فيكون هذا الاسم هم المفضل في مثل هذا المشروع⁽¹⁾.

ثانيا . المذكرات التاصيلية للقانون المدني العربي الموحد :

كلف اعضاء لجنة الخبراء بتقديم مذكرات تاصيلية لمواد مشروع القانون، وقدمت المذكرات من الخبراء وهم لشيخ مصطفى احمد الزرقا إذ قدم مذكرة تاصيلية لمواد الباب التمهيدي (القانون وتطبيقه والاشخاص والاموال) والحق والفعل الضار ، والدكتور الصديق محمد الضيرير عن آثار الالتزام والتنفيذ الجبري وحق الحبس، والعقود (الصحيح والباطل والفاقد والموقوف وغير اللازم) والخيارات التي تشوب لزوم العقد وانحلال العقد واثار الانحلال والاستاذ رشيد الصباغ عن تاصيل الاعسار ومحل العقد واثار العقد وانقضاء الالتزام ، والدكتور عبد الرزاق عبد الوهاب عن حوالة الحق، والدكتور ادريس العلوي العبدلاوي عن اهلية التعاقد والاكراه والتغيير والغبن والغلط والفعل النافع وعقد البيع والحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، و الشيخ كمال جعيط عن الهبة والقرض والصلح ، والاعارة والكفالة واسباب الملكية والاستاذ محمد ميكو عن عقد الايجار و ايجار الاراضي الزراعية ، والدكتور محمد لبيب شنب عن عقد الشركة، وعقد المقابلة والعمل وحوالة الدين وحق الملكية بوجه عام والتأمينات . والقاضي حسين محي الدين عن القواعد الفقهية واثار الالتزام وحبس المال والحجر بسبب الدين والاضافة الى اجل والدين المشترك والوفاء وانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وانقضاء الالتزام دون الوفاء به، كان الهدف من هذه المذكرات التاصيلية اسناد نصوص المشروع الى الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب معين .

ومما يلاحظ على هذه المذكرات التاصيلية انها ، مع الاسف الشديد، طبعت بالالة الكاتبة طباعة رديئة، لاتخلو من اخطاء طباعية ومرتبكة، وعبارات مفككة، ولم تنشر بشكل اصولي ومنتظم وانما طبعت متفرقة، ولاتتوفر جميع هذه المذكرات، بل اعداد متفرقة.

ثالثا - هيكل القانون المدني العربي الموحد :

يتكون هيكل القانون المدني العربي الموحد على النحو الآتي :

(1) انظر المذكرة التاصيلية للفصل الثاني من الباب التمهيدي للمشروع ، ص 3 وهي من اعداد الاستاذ الشيخ مصطفى احمد الزرقا عضو لجنة الخبراء .

الباب التمهيدي: القواعد الكلية الفقهية واحكام عامة،القانون وتطبيقه ،التطبيق الزمني والمكاني للقانون والاشخاص الطبيعية والاعتبارية(المعنوية) والاشياء والاموال والحق وتعريفه واقسامه والتعسف في استعمال الحق.

الكتاب الاول: الالتزامات او الحقوق الشخصية:

الباب الاول:مصادر الالتزام/ العقد والارادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع(الاثراء بلا سبب) والقانون .

الباب الثاني :آثار الالتزام التنفيذ الجبري ووسائل ضمان تنفيذ الالتزامات.

الباب الثالث . اوصاف الالتزام . التعليق على شرط والاضافة الى اجل وتعدد محل الالتزام وتعدد طرفي الالتزام.

الباب الرابع . انقضاء الالتزام . انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وانقضاء الالتزام دون الوفاء به والتقدم المانع من سماع الدعوى.

الكتاب الثاني : العقود المسماة.

الباب الاول . عقود التمليك . البيع والهبة والشركة والقرض والصلح.

الباب الثاني . عقود المنفعة . الايجار والاعارة.

الباب الثالث . عقود العمل . المقاولة والعمل والوكالة والايدياع والحراسة.

الباب الرابع . عقود الغرر . ارهنان والمقامرة والمرتب مدى الحياة والتامين.

الباب الخامس . عقود التوثيقات . الكفالة وحوالة الدين وحوالة الحق.

الكتاب الثالث الحقوق العينية الاصلية.

الباب الاول . حق الملكية . حق الملكية بوجه عام واسباب كسب الملكية.

الباب الثاني . الحقوق المنقرعة عن حق الملكية . حق التصرف والانتفاع والوقف وحقوق الارتفاق.

الكتاب الرابع . التامينات العينية.

الباب الاول . الرهن التاميني . انشاء الرهن التاميني . انقضاء الرهن التاميني .

الباب الثاني . الرهن الحيازي . انشاء الرهن الحيازي.احكام خاصة ببعض رهون الحيازية ، انقضاء الرهن الحيازي.

الباب الثالث . التوثيق العيني بنص القانون . احكام عامة. انواع الحقوق الممتازة.

رابعاً . تقويم القانون المدني العربي الموحد:

لا بد من الاعتراف بان هذا القانون انما هو انجاز علمي فهو اول قانون عربي نموذجي اعد من نخبة من رجال الفقه الاسلامي والقانون والقضاء من المشهود لهم بالكفاءة والقابلية،وقد تواصل العمل في هذا الصرح العلمي لسنوات وبذلت جهود من اللجنة العامة ولجنة الخبراء في اعداد موادها وتأصيلها في ضوء اراء الفقه الاسلامي،وجرت مناقشات طويلة ومعقدة خلال تلك السنوات،ومن الملاحظات التي ترد على هذا القانون ما يأتي:

1 . تاثره بالفقه الاسلامي ابتداء من الباب التمهيدي وتخصيص الفصل الاول منه لايراد القواعد الكلية الفقهية،وعددتها(85) قاعدة،وهي قواعد مستمدة من مجلة الاحكام العدلية والتي هي بدورها استمدتها من قواعد ابن نجيم وقواعد ابن رجب،وهذه القواعد الفقهية تمثل تراثنا الفقهي بابهي صورة ،الا ان القانون اكتفى بسردها دون تنسيق بين هذه القواعد،حيث كان يفضل ايراد هذه القواعد في مجموعات ،كقواعد التعاقد وقواعد الاثبات وقواعد الضرر وقواعد الملكية وهكذا،وضمن هذه المجموعات كان يفضل ايراد القاعدة الفقهية الاصلية ثم ايراد القواعد المتفرعة عنها في المكان ذاته.او ايراد القواعد الفقهية الاصلية في مادة قانونية وايراد القواعد الفقهية المتفرعة عنها او التي تدور في موضوع واحد كقفرات للمادة المذكورة ومثال ذلك،ايراد مادة تنص على الاصل براءة الذمة كمادة اصلية وايراد القواعد الفقهية التالية كقفرات للمادة المذكورة:

المادة . الاصل براءة الذمة:

أ. الاصل في الاشياء الاباحة.

ب . البينة على من ادعى واليمين على من انكر .

ت . البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الاصل .

ث . البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة .

ج . الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان .

ح . المرء مؤاخذ باقراره .

خ . اليقين لايزول بالشك .

د . الاصل بقاء ما كان على ما كان .

ذ . الاصل في الصفات العارضة العدم .

ر . الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته.

ز . ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

المادة. لاضرر ولاضرار:

أ. الضرر يدفع بقدر الامكان.

ب . الضرر يزال.

ت . الضرر لايزال بمثله.

ث . الضرر الاشد يزال بضرر اخف.

ج . يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

ح . درء المفسد اولى من جلب المنافع.

خ . الضرورات تبيح المحظورات .

د . الضرورات تقدر بقدرها.

ذ . الاضرار لايبطل حق الغير.

وهكذا بالنسبة لبقية القواعد الفقهية.

2 . حسنا فعل القانون بالنص في المادة(87) على ان(1) . تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل

التي تتناولها بكل طرق دلالتها. 2 . اذا لم يوجد نص في هذا القانون تطبق احكام الفقه الاسلامي الاكثر ملائمة

لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب فقهي معين،فاذا لم يوجد،تطبق مبادئ الشريعة الاسلامية ومقاصدها

مع مراعاة العرف حيث يوجد بالشرائط المقررة فقها).

3 . لما كانت مواد القانون مستمدة من الفقه الاسلامي فكان من الطبيعي ان تنص المادة(88) على ان(يرجع

في تحديد مضمون النص وتفسيره الى قواعد اصول الفقه الاسلامي).

4 . تأثر القانون المدني العربي الموحد بالفقه الاسلامي في تعريف العقد وتصنيف انواع العقود الى عقود

صحيحة وباطلة وفاسدة وموقوفة وغير لازمة،واعتماد السبب الدافع الى التعاقد،وايراد احكام ضمان الغصب

والتعدي والمباشر والمتسبب مع تبني التصنيف ذاته للشركات المدنية في الفقه الاسلامي،والنص على احكام

المزارعة والمغارسة والمساقاة وايجار الوقف، واحكام الوقف،ومنع الفوائد في عقدالقرض،والاحكام الخاصة

بالجنايات التي تقع على النفس مع استمداد احكام بيع السلم والتخارج على اموال التركة،واورد القانون مادة

تتعلق بعدم سماع الدعوى بعد انقضاء المدة المحددة لاكتساب الحق او سقوطه بالتقادم، لان الحق لايسقط وان

قدم، وافر القانون اسباب للحق في الشفعة مستمدة من الشريعة الاسلامية، وهي الشفعة للخليط في عقد البيع كحق المسيل الخاص، وحق المرور الخاص وحق الشرب الخاص، واسهب القانون في احكام حق التصرف في الاراضي المملوكة للدولة (الاميرية) في الوقت الذي آل فيه هذا الحق، في العديد من الدول العربية الى الزوال. كما لم ينص القانون المدني العربي الموحد على احكام عدم قابلية الالتزام للانقسام، (مستمدة من الفقه الاسلامي) في حين القوانين المدنية العربية في مصر وسوريا وليبيا والعراق والكويت والاردن وقطر والبحرين وعمان ومغرب وتونس وامارات ويمن وفلسطين وجزائر ومشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية (مصر) قد نصت على هذه الاحكام.

واورد القانون المدني العربي الموحد احكاما تفصيلية لانواع من الايجار وهي ايجار الاراضي الزراعية والمزارعة والمساقاة والمغارساة وايجار الوقف، في حين أن الاعم الاغلب من هذه الاحكام يمكن الاخذ بها بمجرد تطبيق القواعد العامة في الايجار وكذلك بمجرد الرجوع الى النظرية العامة للعقد المنصوص عليها في هذا القانون، فاثباتها في نصوص خاصة، وبشكل مفصل، انما هو نوع من التزيد، وكان يكفي الاشارة الى هذه الانواع من الايجار بنصوص قليلة ومقتضبة واحالة التفاصيل الى التشريعات الداخلية في كل بلد.

5. ظهر تاثير القوانين المدنية العربية الحديثة على القانون المدني العربي الموحد في الاحكام المتعلقة بالتطبيق الزمني والمكاني لاحكام القانون، وكذلك احكام تنفيذ الالتزام واسباب انقضاء الالتزام من الوفاء وما يعادل الوفاء والانقضاء، مع تبني ابرز احكام عقود المقاولة والعمل والوكالة والوديعة والحراسة وعقود الغرر وهي الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة والتأمين وايراد احكام خاصة للتأمين على الحريق والتأمين على الحياة، وكذلك ايراد احكام ملكية الطبقات والشقق، ومن الجدير بالذكر ان جميع مواد القانون المدني العربي الموحد قد تم تاصيلها وفق اراء الفقه الاسلامي.

6. لدى تدقيق مواد القانون المدني العربي الموحد تبين انها جاءت خالية من نص يعالج عيب الاستغلال، مع ضرورة النص على هذا العيب لاعادة التوازن الى العلاقة العقدية بسبب استغلال الحاجة او الطيش او الهوى او عدم الخبرة او ضعف الادراك، لدى احد المتعاقدين و اصابته بغبن فاحش نتيجة الاستغلال.

7. لم ينص القانون المدني العربي الموحد، على احكام تتعلق بالمفاوضات العقدية و ابرام العقد باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كما لم ينص على دعوى الصورية ونظام الاعسار، ولم تبين لنا المذكرة الابضاحية للقانون اسباب ومبررات ذلك، وبالنسبة لدعوى الصورية قد يقال بان مكانها المناسب بين النصوص المتعلقة بآثار العقد

لأنها الصق بهذه الآثار، ولاشك ان للدائن ان يرفع دعوى الصورية ليدفع عن نفسه نتائج غش المدين، اذا قام بتصرف صوري في ماله ليخرجه من الضمان العام ، فيستبقي الدائن بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه، مع ملاحظة ان الدائن قد يتمسك بالعقد الظاهر اذا كان حسن النية ، كما انه ليس الوحيد الذي يجوز له رفع دعوى الصورية، كما هي الحال في الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف (وقد نص القانون المدني العربي الموحد عليهما) كما جاء القانون المدني العربي الموحد خاليا من احكام التجديد والاناة بين طرق انقضاء الالتزام.

ولم ترد احكام الدخل الدائم في هذا القانون ، ولم توضح المذكرة الايضاحية اسباب عدم ايراد احكام هذا العقد ، بالرغم من وردوها في اغلب القوانين المدنية العربية.

8 . ان المذكرات التاصيلية لمواد القانون المدني العربي الموحد المقدمة من خبراء المشروع، لانتوفر، جميعها وانما هناك مذكرات تاصيلية لبعض المواد واعداد متفرقة طبعت على الالة الكاتبة طباعة رديئة، وندعو الى طبع هذه المذكرات التاصيلية طباعة موحدة ومنظمة وتوفرها في المكتبات العامة ، وقد بعثنا برسالة الكترونية الى المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية التابع لجامعة الدول العربية (ومقره في لبنان) منبهين الى هذه الاخطاء وكذلك الاخطاء الطباعية التي عثرت عليها في نصوص المشروع ومذكرته الايضاحية ولم نتلق جوابا، الى الان.

ولا بد من الاعتراف بان القانون المدني العربي الموحد يمثل جهدا تشريعيا بارزا وقيمة علمية في الميدان القانوني وطموحا لرجال القانون في استمداد القانون المدني من الفقه الاسلامي دون التقيد باي مذهب فقهي، والان يطرح تساؤل حول ما اذا كان بالامكان تطبيق القانون في الدول العربية، لكي يحل هذا القانون محل القوانين المدنية العربية النافذة فيها ، ام يقصد من هذا القانون النموذجي الاحتذاء به، عند اعداد قانون مدني جديد او عند التفكير في اعادة النظر في القوانين النافذة وتنقيحها ومراجعتها.

ولا بد من الاعتراف بصعوبة الاخذ بالقانون برمته في جميع الدول العربية، علما بان اعتماده من مجلس وزراء العدل العرب لايعني اقراره من الدول العربية جميعها، ونذكر هنا ان العديد من هذه الدول اصدرت قوانين مدنية حديثة بعد عام 1996 (سنة اعتماد القانون المدني العربي الموحد) ولم نعثر على ما يدل على استمداد احكام هذا القانون والاخذ به في القوانين الجديدة، ولم نقرأ ما يدل على شرح احكامه وتبسيط الضوء عليه وعقد ندوات او حلقات نقاشية حول احكامه.

ويبقى القانون المدني العربي الموحد عملاً علمياً، لأبد تكريس الجهود في كليات الحقوق والمعاهد القضائية لدراسة مواد هذا القانون وربطه بأحكام الفقه الإسلامي ومقارنته بأحكام القوانين المدنية العربية النافذة⁽¹⁾.

البند الخامس

مشروع القانون المدني العراقي (١٩٨٤-١٩٨٦)

اولاً . المشروع :

اعد مشروع للقانون المدني العراقي الجديد ضمن خطة اصلاح النظام القانوني ، عام 1984 ، واستغرق عمل اللجنة التي وضعت المشروع ست سنوات واشتمل على اربعة عشر بابا ضمت (976) مادة في اربعة اقسام رئيسيه ، خصص القسم الاول للمبادئ الاساسية التي تحكم كله ، فحدد القانون في هذا القسم ، نطاق سريان القانون وتفسيره ومصادره وتناول القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، عند التطبيق ، من حيث الزمان ومن حيث المكان ، وتناول بعد ذلك اشخاص القانون الطبيعية والمعنوية ، ونظم الحقوق الملازمة للشخصية كما نظم احكام الغائب والمفقود واحكام المقام .

وجعل القانون ولي الجنين أباه ثم أمه ، كما جعل الأم وليه طبيعية على اولادها عند عدم وجود الأب ، واعتبر دائرة رعاية القاصرين وصية مؤقتة اذا لم يوجد وصي مختار من الأب او منصوب من المحكمة ونظم احكام الملكية في القسم الثاني ، فتناول الملكية المادية ، نطاقها ، وانواعها واشكالها وأسباب كسب الملكية ، والحقوق المتفرعة عن الملكية والقيود الواردة على الملكية ، والملكية الفكرية (التأليف ، الاختراع ، الاكتشاف) وخصص القسم الثالث للالتزامات فنظم مصادر الالتزام وهي التشريع والتصرف القانوني (العقد ، الارادة المنفردة) والواقعة القانونية (الفعل الضار ، الكسب دون سبب) ثم نظم احكام تنفيذ الالتزام (التنفيذ العيني ، ضمانات التنفيذ) ثم اوصاف الالتزام (الشرط والأجل وتعدد طرفي الالتزام) وانتقال الالتزام (حوالة الدين وحوالة الحق) وانقضاء الالتزام (تجديد الالتزام . المقاصة . اتحاد الذمة . البراء) والقسم الرابع والأخير من المشروع خصص للعقود المسماة (العقود الواردة على الملكية) (البيع . المقايضة . التوريد . الصلح . القرض . الهبة) . العقود الواردة على الانتفاع (الايجار . الفندقية . الإعارة) (العقود الواردة على العمل) (المقاوله . النشر . الوكالة . الوديعة) وعقود الضمان (الرهن . الكفالة) .

(1) انظر دراستنا المنشورة في العدد الأول من السنة الرابعة، ٢٠٢٢ من مجلة حمورابي ، جمعية القضاء العراقي ، بغداد.

ثانيا . ملاحظات على مشروع القانون المدني الجديد : .

1 . لم تبين الأسباب الموجبة ولا المذكرة المقارنة لمشروع القانون (مطبوعة على الآلة الكاتبة عام 1984) المصادر التي استقى منها المشروع مواده وما الينابيع التي جاءت منها نصوص مواد المشروع الا انه لدى الرجوع الى المذكرة المقارنة وقراءة ما يخص كل مادة من مواد المشروع ، تبين لنا ان مواد المشروع مستمدة من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وبعض المواد من مجلة الأحكام العدلية ومن القانون المدني المصري المقتبس من القانون المدني الفرنسي ، في حين رأينا المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري وهو رئيس لجنة اعداد القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 ، انه يقول بصدد الهدف من وضع هذا القانون ما يأتي (والهدف الذي قصدت اليه هو ان يكون للبلاد العربية قانون مدني واحد يشتمل راسا من الشريعة الاسلامية) (1).

2 . عند تحديد مصادر القانون في المواد (1 . 3) حدد المشروع النصوص التشريعية بلفظها او بفحواها ثم انتقل الى انه (اذا لم يجد القاضي نصا تشريعيًا يمكن تطبيقه اجتهد برأيه مستهديا بمبادئ الشريعة الاسلامية وبالمبادئ العامة للقانون) والملاحظات التي ترد على هذا الترتيب في المصادر ما يأتي : .

أ . ان تعبير (بلفظها او بفحواها) تعبير غير دقيق وقد سبق ان رأينا ذلك بصدد القانون المدني النافذ

ب . كان المفروض ذكر الفقه الاسلامي بدلا من مبادئ الشريعة الاسلامية ، فالفقه يعني بالأحكام العملية أي احكام العبادات والمعاملات ، اما الشريعة الإسلامية فتشمل جميع الاحكام الشرعية المتعلقة بالعقيدة او الاخلاق او العبادات او المعاملات (2) .

ج . اجاز المشروع للقاضي ان يجتهد برأيه ، وهل الاجتهاد يكون بالرأي .

د . ما المقصود بالمبادئ العامة للقانون، أي قانون هذا، هل المقصود بالقانون المدني ام قانون آخر ام الافكار والمبادئ القانونية العامة السائدة في المجتمع ولم يأت المشروع على ذكر قواعد العدالة ؟.

3. اقتبس المشروع مواداً كثيرة من القانون الفرنسي وتقنين الالتزامات السويسري وهذه هي الامثلة :

(1) الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ،القانون المدني العربي، مجلة القضاء ، بغداد ،نقابة المحامين ،العددان الاول والثاني ،السنة العشرون ،1962، ايلول ،ص 22 . 23 .

(2) انظر استاذنا المرحوم الدكتور عبد الكريم زيدان ،المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، بغداد ،المطبعة العربية، 1964، ف 69 ، ص 65 .

-
- أ . المادة (571) من المشروع مستمدة من المادة (1281) من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ .
- ب . المادة (2/595) مشتقة من المادة (1/126) سويسري⁽²⁾ .
- ج . المادة (557) مقتبسة من المادة (2/151) و (154) سويسري⁽³⁾ .
- د . المادة (78) مقتبسة من المواد (76 ، 77 ، 78 ، 88 ، 89) سويسري⁽⁴⁾ .

4 . حاول المشروع ان يخطط لنفسه ترتيبا وتنسيقا يختلف عن القوانين المدنية العربية ، ولم تبين أو تفسر المذكرة المقارنة أسباب هذا الاختلاف أو التباين ، فيقدم المشروع احكام الملكية (الملكية المادية والملكية الفكرية) على الالتزامات والعقود المسماة دون أي تبرير أو مسوغ .

5 . غالى المشروع في ايراد التعاريف بحيث تحول المشروع الى اشبه ما يكون بكتاب فقهي منه الى تشريع في حين يقتضي حسن صياغة التشريع الابتعاد عن التعاريف ، قدر الامكان ، لأن التعريف لا يمكن ان يكون جامعا مانعا ثم انه من عمل الفقهاء والشرح وليس من عمل المشرع ومن التعاريف الكثيرة الموجودة في المشروع انظر على سبيل المثال المواد (78 ، 87 ، 88 ، 89 ، 90 ، 108 ، 115 ، 116 ، 117 ، 118 ، 119 ، 120 ، 121 ، 122 ، 123 ، 258 ، 259 ، 286 ، 297 ، 302 ، 305 ، 306 ، 405 ، 546 ، 547 ، 549 ، 550 ، 591 ، 597 ، 613 ، 628 ، 677 ، 684 ، 698 ، 704 ، 715 ، 730 ، 781 ، 795 ، 811 ، 844 ، 859 ، 879 ، 793 ، 946) .

(1) المذكرة المقارنة ، ص 101 .

(2) المذكرة المقارنة ، ص 103 .

(3) المذكرة المقارنة ، ص 97 .

(4) المذكرة المقارنة ، ص 15 .

البند الخامس

أفكار حول القانون المدني المستقبلي

من المسلم به ان القانون المدني يعد العمود الفقري للنظام القانوني في أي بلد، وبالذات فان نظرية الالتزام تعد أساس القانون المدني . بل القانون الخاص بفروعه المختلفة،وهي دعامة فروع القانون الأخرى كالقانون الإداري والقانون الدولي العام،وينبسط سلطانها على جميع نواحي القانون ، وهي الأصل في تفسير أمهات المسائل في القانون الخاص، بل القانون العام⁽¹⁾.

أولا . عنوان القانون:

جرى العمل في الدول العربية والأجنبية علي استعمال تعبير(القانون المدني)وذلك تأثرا بالقانون الروماني ومن بعده بالقانون الفرنسي، وهذا ما سارت عليه الدول العربية،مصر وسوريا وليبيا والعراق والجزائر والأردن والكويت وقطر والبحرين واليمن وفلسطين ، اما في لبنان والمغرب وتونس فاستعمل تعبير(قانون الموجبات والعقود) وفي موريتانيا استعمل تعبير(قانون الالتزامات والعقود) وفي دولة الامارات العربية المتحدة والسودان وسلطنة عمان استعمل تعبير(قانون المعاملات المدنية) .

اما المشروع الذي أعده مجلس الشعب المصري عام ١٩٨٢ فاستعمل تعبير(مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية).

في حين استعمل المشروع النموذجي الذي أعدته لجنة خبراء من الدول العربية وضمن اعمال جامعة الدول العربية (القانون المدني) بعد أن كان يستعمل في بداية المشروع تعبير(قانون المعاملات المالية)وفي العراق اعد مشروع للقانون المدني عام ١٩٨٦ لم يكتب له التشريع.

(1) انظر الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم،مصادر الالتزام ، بغداد ،الطبعة الأولى ،ص ٣ .الدكتور عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، القاهرة ،ج١ ف ١٥، ص ١٤٤ .الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ،مصادر الالتزام ،القاهرة ،١٩٨٤، ص ١٨ .

.....
فأي تعبير نستعمل، القانون المدني ، قانون المعاملات المدنية، قانون المعاملات المالية، قانون الالتزامات والعقود؟.

لقد قيل الكثير عن تعبير (القانون المدني)ومن ذلك ان تعبير اخذ من القوانين الأجنبية لم يكن معروفا في البلاد العربية ثم انه يطبق على الساكنين في المدن، فما هو الموقف بالنسبة للساكنين في القرى والارياف ، صحيح ان تعبير (القانون المدني) ساد في اغلب البلاد واستقر الاخذ به واصبح من المعتاد عليه، ومع ذلك فنحن ندعو الي التفكير في تعبير آخر ، مثال ، قانون المعاملات المالية ، قانون المعاملات المدنية.

ثانيا . مصادر الالتزام:

مرت مصادر الالتزام بمراحل عديدة ، ففي القانون الروماني كانت مصادر الالتزام تنحصر في الجريمة والعقد، وما عداها يرد الى مصادر مختلفة اطلق عليه (الأسباب المختلفة)ثم عرف تقسيما رباعيا للمصادر هي: الجريمة ، العقد، الأسباب المختلفة، شبه الجريمة ،وأوضح الفقيه (بوتيه)تقسима آخر هو الجريمة ، شبه الجريمة ، والعقد وشبه العقد والقانون⁽¹⁾.

اما مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي، فهي العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون ، وهذه المصادر منقذة ، فهو ترتيب غير صحيح من الناحية التاريخية فهو ينسب الى القانون الروماني ولكن هذا القانون لم يقل به لوجود تحوير في اللفظ أدى الى تغيير في المعنى، كما انه ترتيب يعوزه المنطق من حيث اعتباره شبه العقد مصدرا مستقلا للالتزام وكذلك تقسيمه العمل غير المشروع الي جريمة وشبه الجريمة⁽²⁾.

وجرت القوانين المدنية العربية على النص على مصادر خمسة للالتزام وهي(العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع(المسؤولية التقصيرية/ الفعل الضار) الكسب دون سبب(الاثراء على حساب الغير بلا سبب/

(1) الاستاذ محمد طه البشير والدكتور هاشم الحافظ، القانون الروماني (الأموال والالتزام) ، محاضرات مطبوعة على الالة الكاتبة ، كلية القانون بجامعة بغداد ، ص ١٣٤ .الدكتور عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، ج٢ ، مصادر الالتزام ، مطبعة نهضة، مصر ١٩٥٠ ، ص ٤٠٣ .

(2) عبد المجيد الحكيم الموجر ص ٢٣ . ٣٤ الدكتورمالك دوهان الحسن. النظرية العامة في الالتزام ، الجزء الأول ،مصادر الالتزام ،بغداد ، ١٩٧١ ، ص ١٢ .

الفعل النافع القانون) وان القانون المدني العراقي لم يضع نصا خاصا يقر فيه أي ترتيب لمصادر الالتزام بل اقتصر على عرضها في فصول متعاقبة.

كما ان مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية نص على المصادر الخمسة، وكذلك نص القانون المدني العربي الموحد على هذه المصادر. اما مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ فقد نص على ان مصادر الالتزام هي التشريع والتصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة) والواقعة القانونية(الفعل الضار والكسب دون سبب). وحاو الفقه القانوني رد مصادر الالتزام الى العقد والقانون اما الالتزامات غير الارادية فتنشأ جميعها من مصدر واحد هو القانون (بلانيول)^(١) وكذلك رد الفقه مصادر الالتزام الى الإرادة والقانون^(٢).

وقدم الأستاذ الدكتور السنهوري رأيا حول كون الواقعة القانونية مصدرا للالتزام، وللواقعة القانونية كمصدر للالتزام تقسيما^(٣) وهناك رأي بان مصادر الالتزام هي سبعة بعد إضافة القرار الإداري والحكم القضائي^(٤). ويجمع الفقهاء المسلمون مصادر الالتزام(أسباب الالتزام) تحت عنوان واحد هو(التصرفات الشرعية) والتصرفات الشرعية نوعان: قولية وفعلية^(٥).

ويمكن ان نطرح الأفكار المتعلقة على النحو الآتي:

أ. مصادر الالتزام ام أسباب الالتزام.

ب. المصادر الخمسة. العقد. الإرادة المنفردة. العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية . الفعل الضار) الكسب دون سبب(الاثراء بلا سبب. الفعل النافع)القانون .

ت. او مصدران: العقد والقانون

(1) عبد المجيد الحكيم، الموجز ف ٤٩ ، ص ٢٧ . ٢٨ . الصدة ، ف ٢٥ ، ص ٣٧ .

(2) الدكتور حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات ، ص ٢٧ . ٢٨ .

(3) السنهوري، الوسيط، ج ١ ف ٣٢ ، ص ١٣٠ . ١٣١ .

(4) الدكتور سمير عبد السيد تتاغو ، نظرية الالتزام ، الإسكندرية. منشأة المعارف ، ١٩٧٥ ف ١٦٤ ، ص ٢٠٤ ف ١٩١ ، ص ٢٧٢ . ٢٧٤ .

(5) . الدكتور مصطفى الزلمي، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، بغداد ، ٢٠٠٠ ص ٤٣ وما بعدها .

ث . او سبعة مصادر ، المصادر الخمسة ويضاف اليها القرار الإداري والحكم القضائي.

ج . التصرف القانوني(العقد والإرادة المنفردة) والتصرف الفعلي(الفعل الضار . الفعل النافع) والقانون .

ثالثا . العقد :

آ . عدم التعريف بالعقد، لان التعريف من عمل الفقه وليس من عمل المشرع، ثم ان التعريف مهما بذل فيه مكن جهد لا بد ان يواجه النقد.

ب . الاعتراف بالتعبير عن الإرادة الذي يتم بالتقنيات العلمية كمبدأ وتجنب التفاصيل في القانون المدني وتركها للقوانين الخاصة(وقد صدرت قوانين للتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية في اغلب الدول)

ت . النص على الاحكام المتعلقة بالمفاوضات العقدية، من الدعوة الى التفاوض وقبول هذه الدعوة والرجوع عن الدعوة وتحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات العقدية والالتزامات الناشئة عن هذه المفاوضات والمسؤولية الناشئة عن الاخلال بالالتزامات في مرحلة المفاوضات .

ث . النص بشكل دقيق على احكام الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي، وضرورة معالجة المشاكل الناجمة عن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي عندما يتعلق الامر ببيع العقار ، وإمكانية تسجيله في الدائرة المختصة.

ج . المحل والسبب:

صدر المرسوم رقم(2016 . 131) في فرنسا بشأن تعديل قانون العقود والاحكام العامة للالتزامات والاثبات ،ونشر في الجريدة الرسمية بعدها(35) في 2016/2/11، على ان ينفذ في 2016/10/1، وتخلى المرسوم عن فكرة السبب، مع تكريس الوظائف المختلفة لمفهوم السبب، ومنها اعتماده من القضاء اداة لتحقيق التوازن العقدي، والتخلي عن المحل والسبب كركنين من اركان العقد والاتيان بمفهوم جديد بدلا منهما، وهو مضمون العقد(م 1162 . 1171)⁽¹⁾.

(1) انظر قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد(1100 الى 7.1231) من القانون المدني الفرنسي.ترجمة الاستاذ الفاضل الدكتور محمد حسن قاسم، والمقدمة القيمة التي كتبها للترجمة .بيروت. منشورات الحلبي الحقوقية 2018 ص 7 وما بعدها. وانظر الترجمة العربية للنص الرسمي لقانون العقود الفرنسي الجديد للدكتور نافع بحر سلطان، بغداد مطبعة المنتدى 2017، والاصلاحات المتدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي ،جان سمتس وكارولان كالوم ترجمة الدكتور نبيل مهدي زوين، كلية القانون بجامعة الكوفة، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة ، العدد(20) ، ص 117 وما بعدها . الدكتور محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث الثابت والمتغير قراءة نقدية في قانون اصلاح العقود والاثبات رقم 131. 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد(1) ، السنة السادسة العدد التسلسلي(21) جمادى

وكتب البروفسور فايز الحاج شاهين (عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية) بجامعة القديس يوسف (اليسوعية) سابقاً (لبنان) مبيناً عدم الحاجة إلى هذا التعديل الجديد، خاصة أن فكرتي الموضوع والسبب من الأفكار المستقرة والواضحة لدى الفقه وتطبيقات القضاء ولم تكن بحاجة إلى هذا المفهوم الجديد، الذي أثار العديد من التساؤلات حول هذا المفهوم الجديد الذي استحدثه قانون العقود الفرنسي⁽¹⁾.

وتحتل نظرية السبب مكاناً مهماً في الدراسات القانونية، فقد اشتهرت هذه النظرية بأنها من أعقد النظريات وأكثرها غموضاً، بل إن فكرة السبب ذاتها تعرضت، فيما يتعلق بفائدتها وبالتالي في وجودها، لجدل فقهي طويل كان يتأرجح بين التأييد والانكار، ولذلك انقسم الفقهاء في شأنها إلى فريقين، فريق على رأسه الأستاذ (كابيتان) آمن بها وظل يدافع عنها، ويسمى هذا الفريق من الفقهاء بانصار السبب أو (السببين) وفريق آخر، وعلى رأسه الأستاذ (بلانيول) ينكرها ويذهب إلى ضرورة الغائها لتمكن الاستغناء عنها بفكرة ارتباط الرضاء بالمحل، ويسمى هذا الفريق بخصوم السبب أو (اللاسببين) وظهرت النظرية التقليدية للسبب والنظرية الحديثة للسبب (نظرية الباعث الدافع)⁽²⁾

ويرى استاذنا المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم انه لما كان المرحوم السنهوري يذهب الى ان النظرية التي اعتنقتها القوانين المدنية العربية، ومنها القانون المدني العراقي، هي النظرية الحديثة، أي نظرية الباعث، فما كان الاجدر اخذ هذه النظرية من الفقه الاسلامي رأساً، خاصة وان النظرية التي يمكن صياغتها من النصوص التي استعرضها في مؤلفه اوسع بكثير من نظرية القضاء الفرنسي، ثم اننا لانكون من جهة اخرى قد اهملنا هذه الثروة

الآخرة، رجب 1439 للهجرة مارس 2018. والباحث ماجد مجباس حسن، الاتجاهات الحديثة في تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016 منشور في الموقع الالكتروني / - uomisan .iq.law .edu

(1) محمد حسن قاسم، ص 19.

(2) انظر استاذنا المرحوم الدكتور حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد 1976، ص 117 وما بعدها. استاذنا المرحوم الدكتور عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول في مصادر الالتزام، بغداد، 1974، ص 213 ما بعدها. وكانت اطروحته للدكتوراه المقدمة الى جامعة باريس عام 1956 عن السبب دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والفقه الاسلامي. الدكتور غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، بغداد، مطبعة المعارف، 1971، ص 241 وما بعدها.

الفقهية العظيمة التي بين ايدينا وذهبنا نتلمس ما في ايدي الغرب⁽¹⁾ ويفضل الاخذ بنظرية الباعث الدافع بدلا من النظرية التقليدية.

ح . نظرية الظروف الطارئة:

نص التعديل الفرنسي على نظرية الظروف الطارئة(م 1195) بوصفها أداة من أدوات تحقيق العدالة العقدية وإعادة التوازن لعقد اختل توازنه اختلالا كبيرا نتيجة ظروف لم تكن متوقعة ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، ووضع نظام قانوني.

وذهب اتجاه الى أن نص المادة(2/147) من القانون المدني المصري أكثر تحديدا من حيث صياغة شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة مقارنة بنص المادة(1195) الجديدة من القانون المدني الفرنسي، وأنه أكثر حسما في مواجهة الظروف الطارئة، حيث أسند مهمة معالجة آثار هذه الظروف مباشرة الى القاضي، وجعله (سيد الموقف) في مواجهة الظروف، ويبدو أن النص المصري كان أكثر إصرارا على مواجهة آثار الظروف الطارئة، لأن نص المادة المذكورة من النظام العام يعد باطلا كل اتفاق على مخالفته، وذلك بخلاف حكم المادة(1195 الجديدة) من القانون المدني الفرنسي، حيث يعد نص هذه المادة نصا مكملا، الأمر الذي يؤدي الى القول بأن وصف بعض الفقه الفرنسي لهذا النص بأنه(ثورة) إنما يجعل منه، ونتيجة هذه الصفة المكمل، ثورة قابلة (للاختطاف) في اية لحظة، وهو ما يدفع للتساؤل عما اذا كان المشرع الفرنسي قد كرس نظرية الظروف الطارئة وهو كاره لها⁽²⁾.

وللافتقار الى نص صريح ينص على نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الفرنسي، انقسم الفقه الفرنسي الى اتجاهين، اتجاه يذهب الى وجوب احترام الحرية الفردية، وأن استقرار المعاملات وتوفير الثقة والضمان بين الناس يتوقفان على مدى احترام ارادة المتعاقدين، ومن ثم فإن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة يؤدي الى اضطراب في المعاملات المالية وعدم استقرارها، في حين ذهب الاتجاه الثاني أن النظرية تقوم على مبدأ العدالة او مبدأ اخلاقي او الضرورات الاجتماعية⁽³⁾.

(1) الحكيم، الموجز، ص 252. وفي ما يتعلق بموقف القانون المدني العراقي ومناقشة رأي الاستاذ السنهوري انظر مؤلفنا النظرية العامة للالتزامات، الجزء الاول، مصادر الالتزام، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل 1432 للهجرة 2011م، ص 295 . 297.

(2) محمد حسن قاسم، ص 20 . 21.

(3) انظر الدكتور عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دمشق، دار الفكر، 1972، ص 21 . 226 . ومؤلفنا نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، بغداد، وزارة العدل الثقافة القانونية 1413 للهجرة 1993م، ص 11.

.....
اما القضاء الفرنسي فقد صدرت عنه أحكام عديدة من محاكمها تطبيقا لهذه النظرية الا ان محكمة النقض الفرنسية كانت تقف بالمرصاد لهذه الاحكام وتقضي بنقضها، بحجة الحرص على استقرار المعاملات ورسوخها، مما اثبت كراهية محكمة النقض الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة، وقد اضطر المشرع الفرنسي الى اصدار تشريعات لمعالجة حالات محددة، تنص على فسخ العقد او بوقف التنفيذ⁽¹⁾.

ويلاحظ أن القضاء الاداري كان يأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الادارية وكانت البداية عندما اخذ مجلس الدولة الفرنسي بالنظرية في قضية غاز (بورديو) عام 1916م، في حين ان الفقه الاسلامي يعرف نظرية الظروف الطارئة من خلال تطبيقات وحلول عملية في العذر الطارئ لفسخ الايجار، والعذر هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، وتقلب النقود وتغير قيمتها والجاحة التي تصيب الثمار فتجيز تعديل العقد⁽²⁾.

ونقترح ادخال تعديلات على النصوص القانونية الواردة في القوانين بصدد نظرية الظروف الطارئة (الحوادث الطارئة) على النحو الاتي:

- ١ . استخدام تعبير (إزالة الإرهاق) مكان عبارة (انقاص الالتزام المرهق الي الحد المعقول)
- ٢ . النص على سلطة القاضي بوقف تنفيذ العقد فيما اذا كان يقدر ان يزول الحادث الطارئ، في وقت قريب، وان العدالة تقضي بذلك.
- خ . التأكيد في عقد الإذعان على تفوق الموجب اقتصاديا.
- د . النص على احكام النيابة في نظرية العقد، وعدم ترك الامر الى احكام الوكالة والولاية والوصاية والقيومة.
- ذ . عوارض الاهلية: إعادة النظر في احكام عوارض الاهلية في ضوء المستجدات والمتغيرات في عالم الطب، بقدر تعلق الامر بهذه العوارض.

(1) انظر الدكتور محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2010، ص 41 وما بعدها.

(2) للتفصيل انظر الاستاذ فاضل شاكر النعيمي نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، بغداد 1969، ص 45 وما بعدها . محمد محي الدين ابراهيم سليم، ص 66 وما بعدها .

- ر . الاكراه: عدم تعداد الأشخاص الذين يقع عليهم الاكراه، بل يشمل الاكراه أي خطر جسيم يهدده هو او غيره، وتجنب ضرب الأمثلة على الحالات والأشخاص الذين يقع عليهم الاكراه.
- ز . مراتب الصحة والبطلان: الاخذ بالعقد الصحيح، النافذ اللازم ، العقد الصحيح النافذ غير اللازم، العقد الصحيح الموقوف،العقد الباطل، العقد الفاسد.
- س . تفسير العقد: يكون تفسير العقد وفقا للنية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند الالفاظ او التسميات التي استعملها المتعاقدان توهما او بقصد إخفاء حقيقة التصرف ،وللقاضي ان يستهدي في سبيل ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوفر فيه من حسن النية.
- ش . النص على تكييف العقد.
- ص . مبدأ حسن النية: طرحت في الآونة الأخيرة أفكار تدعو الى مغادرة هذا المبدأ ويكون الأصل هو افتراض سوء النية، لان الذمم قد خربت، والأخلاق قد تغيرت، فهل نبقى على مبدأ حسن النية ام نحل محله الأصل سوء النية ، ومن يدعي حسن النية يقع عليه عبء الاثبات.
- ض . النص على التعويض عن الضرر المعنوي إضافة الى الضرر المادي في المسؤولية العقدية ، كما في حالة ابرام عقد نقل شخص ليكون في موعد محدد في مكان آخر(لحضور تشييع جنازة شخص من افراد الاسرة او شخص عزيز، او حضور حفل عقد قران او زفاف شخص من افراد الاسرة او شخص قريب عزيز على الانسان) فيتخلف الناقل عن تنفيذ التزامه بعدم الحضور في الموعد المحدد للسفر او تأخره في تنفيذ التزامه، مما يسبب حزنا وألما شديدا للشخص، فيكون له ان يطالب بتعويضه عن الضرر المعنوي، وكذلك في حالة ابرام عقد توريد او تجهيز ألبة معينة او معدات رياضية معينة لفريق رياضي ، الا انه لم يتم تنفيذ العقد في موعده او يتأخر في تنفيذه بحيث لا يستطيع الفريق الرياضي من الحضور الى مكان إقامة الألعاب في الموعد المحدد، فيسبب ذلك حزنا والما في نفوس الفريق الرياضي ، ليس من حقهم المطالبة بالتعويض عن التعويض المعنوي، وهكذا الحال بالنسبة للناشر الذي يتخلف عن تنفيذ عقد نشر كتاب او بحث من المقرر تقديمه الى جهة قررت منح الباحث بجائزة او منحة علمية ، فيؤدي الاخلال بتنفيذ الالتزام ، بعدم تنفيذه في الموعد المناسب او التأخير عن تنفيذه، مما يسبب للكاتب او الباحث حزنا وألما، ويكون من حقه المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي.

ط . العقود المسماة:

- ١ . عدم النص على احكام خاصة بانواع مختلفة من الايجار (ايجار الأراضي الزراعية، المزارعة، المساقاة، المغارسة والتزام البساتين) فهذه الاحكام دخلت ضمن فرع القانون الزراعي، لذلك يفضل تجنب القانون المدني النص عليها.
- ٢ . تجنب معالجة احكام عقود الايجار وفق قوانين الايجار الخاصة ، وترك الامر الى هذه القوانين التي يتم تعديلها بين مدة واخرى.
- ٢ . عدم النص على اجارة وسائط النقل في القانون المدني ؛لأن احكام هذه الاجارة دخلت ضمن فرع جديد هو قانون النقل، كما حدث في العراق بصدور قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣.
- ٤ . في عقد المقاولة في حالة انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من المقاول ورب العمل، فسح المجال للقاضي بالحكم بوقف تنفيذ العقد لمدة ، اذا كان من المتوقع زوال هذا الظرف خلال فترة معقولة.
- ٥ . استعمال تعبير (عقد الإيداع) بدلا من عقد الوديعة ، و(عقد الإعارة) بدلا من عقد العارية.
- ٦ . تنظيم احكام عقود النشر والفندقة والحراسة في القانون المدني.
- ٧ . توحيد احكام الرهن التأميني (الرسمي) والرهن الحيازي تحت عنوان الرهن، مع إبقاء الخصوصية ان وجدت.

رابعا . الإرادة المنفردة:

الاعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر عام من مصادر الالتزام وعدم اقتصار ذلك على الحالات المنصوص عليها في القانون .

خامسا . المسؤولية التقصيرية (العمل غير المشروع / الفعل الضار):

- ١ . كل اضرار بالغير يلزم فاعله ، ولو غير مميز بضمان الضرر
- ٢ . لفظ الاضرار يغني عن سائر النعوت والكنى ويشمل الفعل الإيجابي والفعل السلبي وتتصرف دلالاته الى الفعل العمد والى مجرد الإهمال على حد سواء.
- ٣ . النص على احكام المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام التقنيات العلمية وحماية الحقوق الملازمة لشخصية الانسان.

-
- ٤ . النص على احكام التجارب الطبية والعلمية وآثارها على الانسان ووجوده ومستقبله وضرورة حماية حرية الانسان وصيانة كرامته.
- ٥ . تحريم التعذيب، بكل أنواع وصوره، وضمان تعويض المتعرض للتعذيب تعويضا عادلا يستوفى من الخزينة العامة، واذا كان من قام بالتعذيب موظفا عاما او مكلفا بخدمة عامة، فيتم تضمينه المبالغ التي تدفع الى المضرور.
- ٦ . النص على تعويض الشخص المعنوي عن الضرر المعنوي، اسوة بالشخص الطبيعي، كما في حالة نشر معلومات او مقابلات تنشر في أجهزة الاعلام يكون من شأنها الإساءة الى سمعة الشخص المعنوي وعزوف المستهلكين عن اقتناء سلعة ينتجها الشخص المعنوي (شركة) فيكون من حق هذا الشخص المعنوي من المطالبة بالتعويض المعنوي.
- ٧ . الغاء النصوص القانونية الواردة في القوانين (ولا ينتقل الضمان في الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم قضائي) فالتعويض ينتقل سواء وجد اتفاق او لم يوجد وسواء صدر حكم قضائي او لم يصدر.
- ٨ . النص على التعويض عن الضرر الناجم عن تفويت الفرصة.
- ٩ . تحديد المقصود بالاقربين بشكل دقيق ممن يستحق التعويض (المادي والادبي) جراء موت المصاب او تعرضه الى عوق جسدي او عقلي، أي حتى لو لم يمت.
- ١٠ . ضرورة معالجة موضوع تغير قيمة النقود (التضخم النقدي) في حالة الحكم بالتعويض للمضرور باقساط او ايراد مرتب .
- ١١ . ندعو الى الاخذ بالاعتبارات التالية عند تقدير التعويض:
- أ. جسامه الفعل الضار الصادر من محدث الضرر .
- ب . حالة المسؤول المالية.
- ت . الحالة الصحية للمضرور .
- ث . فعل المتضرر .

ج . المركز المالي والاجتماعي للمتضرر⁽¹⁾.

١٢ . الحكم للمصاب بتعويض عن الآلام الجسمية والمعنوية وعن التشويه الذي أحدثته الإصابة، ويراعى في تقدير التعويض جسامه الآلم والمدة التي استغرقها وعمر المصاب وجنسه ومهنته.

١٣ . ان يكون الحكم بالتعويض وقت صدور الحكم القضائي، والنص علي إمكانية إعادة النظر في مقدار التعويض، بعد الحكم، في حالة تجاوز الضرر بنسبة معينة عن الضرر الذي حكم بموجه بالتعويض.

14- النص في القانون المدني على ان(١) . كل من يجب عليه قانونا او اتفاقا(كما في حالة مدير المستشفى العقلي) أداء رقابة شخص في حاجة الى الرقابة ،لكونه قاصرا، او بسبب حالته العقلية او الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز . ٢ . يعد القاصر بحاجة الى الرقابة ما لم يبلغ سن الرشد، وتنتقل الرقابة عليه الى معلمه في المدرسة او المشرف على الحرفة ما دام القاصر تحت اشراف المعلم او المشرف . ٣ . يستطيع المكلف بالرقابة ان يتخلص من المسؤولية اذا ثبت انه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية او اثبت ان الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب).

١٥ . يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله او ان امره به؛ فإن الضرر حينما وقع منه في حال تأديته وظيفته او بسببها، وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعيه، متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه، وللمتبوع حق الرجوع على التابع في الحدود التي يكون فيها تابع مسؤولا عن تعويض الضرر).

١٦ . اذا تعذر معرفة المسؤول عن الضرر الجسدي الذي أصاب الغير، او استحال الحصول على التعويض منه، تكفل المجتمع ، ممثلا بالدولة، بدفع تعويض مناسب للمتضرر .

١٧ . لكل من أصيب بضرر بسبب محاولة انقاذ الغير او ماله من خطر ان يطالبه بالتعويض، ما لم يكن هناك من هو مسؤول عن الضرر .

(1) انظر استاذنا الفاضل الدكتور سعدون العامري،،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، بغداد ، وزارة العدل ، مطبعة وزارة العدل ١٩٨١ ، ومؤلفنا المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، بيروت منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٦ ، ص٣٠٦ وما بعدها.

- ١٨ . يتحمل أصحاب المصانع والمعامل، وبوجه عام كل من يملك مشروعاً من مشروعات الإنتاج ، تبعة ما ينشأ عن استغلال المشروع من ضرر .
- ١٩ . حائز الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له، مسؤولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر للغير، ولو كان الحيوان قد ضل أو تسرب).
- ٢٠ . حائز البناء ولو لم يكن مالكا مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهدامه جزئياً ما لم يثبت ان الضرر كان بسبب اجنبي لا يد له فيه، او ان الحادث لا يرجع سببه الى اهمال في الصيانة او قدم البناء او عيب فيه).
- ٢١ . على كل من تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها او آلات ميكانيكية عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب اجنبي لا يد له فيه).
- ٢٢ . النص في القانون المدني على ان (يعد فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية امتناع الشخص عن تقديم يد المعونة لحماية الغير من خطر يداهمه في النفس او العرض او المال، واذا كان في مقدوره ان يبذل هذه المعونة دون ان يعترض لخطر/ م ١٤٠ قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤).
- فهذا النص يبين حكم الترك حين لا يرتبط ببذل أي نشاط من المسؤول، كما لو وجد صاحب سفينة في عرض البحر ورأى شخصا يغرق، وكان بإمكانه ان ينقذه ولم يقم بذلك، او كما لو وجد طبيب مريضاً ينزف وامتنع عن مساعدته، فاعتبر ذلك فعلاً ضاراً يستوجب المسؤولية، وهذا اعتناق بالمذهب الاجتماعي الذي يكفل تحقيق مبدأ التضامن الاجتماعي بين الافراد، وهذا يعني انه ليس من واجب الفرد الاحجام عن الاضرار بغيره، بل يمتد الى مساعدة الغير وتقديم العون له، واصبح هذا واجبا قانونيا اذا اخل به عُد انه ارتكب فعلاً ضاراً يستوجب مسؤوليته، ويوجد سند لهذا النص في التعديل الذي ادخله المشرع الفرنسي على المادة (٦٣) من قانون العقوبات بالمرسوم الصادر في ٢٥ يونيو ١٩٤٥ اذ عُد مجرد الامتناع عن مساعدة الغير دون التعرض لخطر جريمة، وقد كان السبق في هذا الى الفقه الإسلامي ، اذ ذهب المالكية واهل الظاهر الى ان الكف سبب للضمان اذا تسبب عنه تلف مال لآخر (كأن يرى انسان مالا لآخر معرضاً للتلف بنار مثلاً، وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف) كل ما سبق بالرغم من وجود سند له في التقنيات الوضعية وفي الفقه الإسلامي . الا ان الأغلبية في لجنة صياغة المشروع (مشروع القانون المدني الفلسطيني) لم تقتنع بذلك،

وبذلك أتى المشروع ادنى من تقنيات وضعية في هذا المضمار، في حين يجب ان يكون قد استفاد من التقنيات الوضعية ويأتي في صورة تبرزها لانه احدث منها⁽¹⁾.
خامسا . نظام الغرامة التهديدية:

انه نظام غير مجد على أساس ان المدين يعلم سلفا ان مصيرها الى التصفية ، وانه لن يحكم عليه في نهاية الامر الا بتعويض يقاس بما لحق الدائن من ضرر ، ومن ثم فلن ترهبه هذه الوسيلة ، ولن تحمله على الانصياع الى حكم القاضي ،ومن القوانين التي تجنبت ايراد احكام الغرامة التهديدية القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني العربي الموحد.
سادسا . حق الملكية:

١ . النص على ان كسب الملكية ابتداء يتم باحراز الأشياء المنقولة،التي يباح للكافة تملكها وكذلك الأشياء المنقولة التي يتخلى عنها أصحابها.

٢ . يمنع تملك العقار عن طريق الاحراز .

٣ . إعادة النظر فيما يتعلق بحق الملكية ،بحيث يكون للمالك ، في حدود القانون ، التصرف في ماله واستعماله، واستغلاله وفقا للغاية الاقتصادية والاجتماعية للملكية بوصفها وظيفة اجتماعية.

٤ . تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند وقوع تعارض بينهما.

٥ . النص على حماية الملكية الخاصة.

٦ . يجب تسجيل حق المساطحة في الدائرة المختصة، وبخلافه يكون الاتفاق باطلا.

٧ . النص على حماية الملكية الفكرية(التأليف والاختراع والاكتشاف ..) وترك التفاصيل الى قوانين خاصة تصدر لهذا الغرض مع مراعاة الاتفاقيات العربية والدولية المصادق عليها.

٨ . وضع أسس لملكية الطبقات والشقق، وترك التفاصيل لقوانين خاصة تنظم هذا النوع من الملكيات.

(1) انظر المذكرة الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني ، ص ٢٠٧ . ٢٠٨ .

.....

٩ . تجنب ايراد نصوص قانونية تفصيلية لحق التصرف وكل ما يتعلق باراضي الدولة(مفوضة بالطابو او ممنوحة باللزمة) والاحالة الي قوانين خاصة.

خاتمة

أولاً . الاستنتاجات:

١. كان تأثير القوانين الأجنبية على القوانين المدنية العربية ، في بداية القرن العشرين ، كبيراً الى حد كبير، حتى وصل الامر الى اعداد القانون باللغة الفرنسية ، من قبل أجانب ثم تتم ترجمتها، وكانت بعيدة عن النهل من ينابيع الفقه الإسلامي.

٢. تفاوت التأثير، بمرور الزمن، بالقانون المدني الفرنسي، مع انتشار الوعي بضرورة الرجوع الى الفقه الإسلامي لاعداد قانون مدني عربي.

٣. يشكل اعداد القانون المدني العراقي نقطة تحول كبرى في مسيرة اعداد القوانين المدنية العربية، حيث بدأ المزج بين احكام القوانين الأجنبية وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي، وبين احكام الفقه الإسلامي.

٤. بعد صدور القانون المدني العراقي في عام ١٩٥١ ودخوله حيز النفاذ، بدأت القوانين المدنية التي صدرت بعد ذلك بالتأثر بالفقه الإسلامي الى حد كبير.

٥. ان تقديم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية (او الفقه الإسلامي) في ترتيب مصادر القانون المدني، لا يترك فرصة للمصدر الذي يأتي بعد النص التشريعي والعرف، لكي يجد مجالاً للتطبيق، وخاصة بعد بعد التضخم التشريعي في القوانين المدنية العربية.

٦. ان مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ يعد انتكاساً وتقهقراً الى الوراء، فبعد ان نهل القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ من الفقه الإسلامي، وبدأت القوانين المدنية العربية التي صدرت بعده ، ابتداءً من القانون المدني الأردني عام ١٩٧٦، بالرجوع الى الفقه الإسلامي، عاد مشروع عام ١٩٨٦، الى التأثير بالقوانين الفرنسية والسويسرية والمصرية، وصياغة احكامه على منوال هذه القوانين، في حين كان من المؤمل ان يتم اعداد مشروع عام ١٩٨٦ مأخوذاً من الفقه الإسلامي بجزيئاته وكياناته.

ثانيا . التوصيات:

لكل امة تراث وحضارة، فالقانون المدني الفرنسي، انما يمثل تراث وحضارة فرنسا، وهكذا الحال بالنسبة للقوانين الصادرة في الدول الأخرى، واغلبها مستمدة من القانون الروماني، في حين ان لنا تراث وحضارة نعتز بها، وان المرحوم الأستاذ الدكتور عبد. الرزاق السنهوري، وهو واضع العديد من القوانين المدنية العربية، دعا الى اشتقاق القانون المدني في المستقبل من الشريعة الإسلامية، ويجب ان يكون في منطقه وفي صياغته وفي أسلوبه فقها إسلاميا خالصا لا مجرد محاكاة للقوانين الغربية ، ومن ثم فان الامل معقود على ان يكون الفقه الإسلامي المصدر الأساسي للقانون المدني في المستقبل، بما ينسجم مع تراثنا وتقاليدينا ، مع الاستفادة من مشروعات القوانين التي تطرقنا اليها في هذه الدراسة.

لذلك نوصي:

1. اعتماد الفقه الإسلامي المصدر الوحيد في إعداد القانون المدني المستقبل ، في كلياته وفروعه.
2. التوسع في دراسة احكام الفقه الإسلامي وأصول الفقه الإسلامي في كليات القانون (الحقوق).
3. تشجيع الدراسات المقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، والاهتمام بنشرها.
4. تشكيل جمعية للقانون المقارن، بعد ان تم حل الجمعية التي كانت مؤسسة منذ عام ١٩٦٧ في بغداد، لكي تهتم بالدراسات والبحوث المقارنة ، بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في مختلف بلدان العالم، وتمارس نشاطا علميا في مجال اختصاصها واللقاءات العلمية او المساهمة فيها، وتصدر مجلة دورية محكمة علميا، لنشر البحوث المقارنة، بعدة لغات.
5. عقد الحلقات النقاشية وتنظيم المؤتمرات المكرسة للدراسات المقارنة بين احكام الشريعة الإسلامية وقوانين الدول .
6. السعي لإنشاء معهد عال يعنى بالدراسات القانونية المقارنة.

المصادر

أولاً- كتب قانونية:

- 1 . احمد ادريوش ، اصول قانون الالتزامات والعقود التونسي، الرباط 1996، .
- 2 . احمد عبيد جاسم،التاصيل الفقهي للقانون المدني العراقي، اطروحة دكتوراه ،بيروت ،منشورات زين الحقوقية ، 2013 .
- 3 .برهام عطا الله، اساسيات القانون الوضعي ،المكتبة القانونية ،١٩٦٨ .
- 4 . بوجمعة حمد اثر ،احكام الفقه الاسلامي في القانون المدني الجزائري ،اطروحة دكتوراه ،جامعة الحاج لخضر .ياتة/1،كلية العلوم الاسلامية ،قسم الشريعة، السنة الجامعية 1438 - 1439 للهجرة ، 2017 - 2018 م .
- 5 حازم زهور عدي، تاريخ القانون المدني في الدول العربية،٢٠١٨ .
- 6 . حسام الدين كامل الاهواني، أصول القانون ، القاهرة ،دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- 7 . حسن علي الذنون ،النظرية العامة للالتزامات ،بغداد، 1976 .
- 8 . خليفة بابكر الحسن وعبد الهادي السراج، تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره ، كلية الشريعة والقانون، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، ١٩٩٧ .
- 9 . ساجر ناصر حمد الجبوري، التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية ، بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٣٢٦ للهجرة ٢٠٠٥ .
- 10 . سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، بغداد ،وزارة العدل ، مطبعة وزارة العدل ،١٩٨١ .
- 11 .سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، قام بتحقيق الكتاب بغية اصداره في طبعة جديدة الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج والأستاذ الدكتور علي جمعة محمد والأستاذ احمد جابر بدران وصدرت الطبعة الثانية في اربعة مجلدات عن دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة في القاهرة 1427 للهجرة الموافق 2006م .
- 12 . صوفي حسن أبو طالب تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية ، القاهرة، دار النهضة العربية ،١٤١٠ للهجرة ١٩٩٠م .

-
- 13 . طه المكاشفي، تطبيق الشريعة الاسلامية في السودان بين الحقيقة والاثارة، الزهراء للاعلام ، دون سنة الطبع.
- 14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000 م .
- 15 . عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مصادر الالتزام ، مطبعة نهضة، مصر، ١٩٥٤.
- 16 . عبد الستار آدم ،الشريعة الإسلامية والقانون والمدني المصري، القاهرة، ١٣٨٩ للهجرة ١٩٦٩ م .
- 17 . عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة ، دمشق، دار الفكر، 1972.
- 18 . عبد الكريم زيدان المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، بغداد، المطبعة العربية، 1964.
- 19 . عبد المجيد الحكيم، الموج في شرح القانون المدني ،الجزء الاول، في مصادر الالتزام ، بغداد ، 1974 .
- ٢٠ . عبد المنعم فرج الصدة ،مصادر الالتزام ،القاهرة ، ١٩٨٤.
- ٢١ . عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، القاهرة، ١٩٩٨ .
22. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها ،بغداد ،وزارة العدل الثقافة القانونية ، 1413 للهجرة 1993م.
- ٢٣ . عصمت عبد المجيد بكر،اصالة الفقه الاسلامي (دراسة في العلاقة بين الفقه الإسلامي والقوانين القديمة واصالة المبادئ والنظم في الفقه الإسلامي) ، بيروت ، دار الكتب العلمية، ٢٠١٠.
- ٢٤ . عصمت عبد المجيد بكر، المدخل لدراسة النظام القانوني في العهدين العثماني والجمهوري التركي، بيروت ،دار الكتب العلمية ، ٢٠١٢.
- ٢٥ . عصمت عبد المجيد بكر، المسؤولية التقصيرية في القوانين المدنية العربية ، بيروت، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٦ .
- ٢٦ . عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام، منشورات جامعة جيهان الخاصة، اربيل 1432، للهجرة 2011 م .
- ٢٧ . عصمت عبد المجيد بكر، تعليقات على القانون المدني العراقي في ضوء مجموعة الاعمال التحضيرية والمذكرة الايضاحية المختصرة ومشروع القانون المدني عام ١٩٥٠، بغداد ، دار ومكتبة المسلة القانونية ، 2023.

-
- ٢٨ . غني حسون طه ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الاول ،مصادر الالتزام ،بغداد ،مطبعة المعارف، 1971 .
- ٢٩ . فاضل شاکر النعمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ،بغداد ،1969 .
- ٣٠ . فاطمة محمد عبد العليم ،اثر الدين في النظم القانونية، اطروحة دكتوراه ،جامعة القاهرة، 2001م .
- ٣١ . محمود عبد المجيد مغربي، الوجيز في تاريخ القوانين ،بيروت ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٧٩ .
- ٣٢ . محمد زكي عبر البر، تقنين الفقه الاسلامي المبدأ .المنهج. التطبيق، دار احياء التراث ،قطر، 1986 .
- ٣٣ . محمد شفيق العاني، الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية،القاهرة ،1965.
- ٣٤ . محمد طه البشير والدكتور هاشم الحافظ، القانون الروماني (الأموال والالتزام) ،محاضرات مطبوعة على الالة الكاتبة ،كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٧- ١٩٨٨.
- ٣٥ . محمد محي الدين ابراهيم سليم ،نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الاسلامي ،الاسكندرية ،دار المطبوعات الجامعية ،2010 .
- ٣٦ . محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية ،عمان، ٢٠٠١ .
- ٣٧ . محمد وفيق زين العابدين، تطبيق الشريعة بين الواقع والمأمول،القاهرة ، دارالسلام ،٢٠١٢.
- ٣٨ . مصطفى الزرقا ،عقد البيع ،دمشق ، ١٩٥٧ .
- ٣٩ . مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دمشق ،دار القلم ،1409 للهجرة 1988م .
- ٤٠ . وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته ، دمشق ،دار القلم ،1404 للهجرة 1984م .
- ثانياً- بحوث ومقالات:**

- ١ . احمد ادريوش، القانون المقارن، الدرس الافتتاحي القي على طلبة الماستر في العلوم القانونية،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،أكادال بجامعة محمد الخامس ، الرباط ، الطبعة الثانية، ٢٠١٧م .
- ٢ . الفضل بن غصن بن سنان الهنائي ومحمد عواد السكر، قانون المعاملات المدنية العماني ، ومدى تأثره بالفقه الإسلامي، مجلة (دراسات) علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد(٤٤) ،العدد(١)، ٢٠١٧ .

-
- ٣ . بوجمعة حمد، اثر الفقه الإسلامي في القوانين المدنية للدول العربية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،العدد السابع، المجلد الثاني ، سبتمبر ٢٠١٧.
- ٤ . بوزغيبه محمد ، الاصول الفقهية لمجلة الالتزامات والعقود ، مقال ضمن كتاب مئوية مجلة الالتزامات والعقود، 2006 .
- ٥ . جان سمتس وكارولين كالوم ،الاصلاحات المتدخل على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي ،ترجمة الدكتور نبيل مهدي زوين، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة ،العدد(20) .
- ٦ . حسن حسين البراوي، تأثير الشريعة الإسلامية على القانون المدني القطري ، دراسة مقارنه، المجلة الدولية للقانون، ٢٠١٣ .
- ٧ . حمزة بن خدة، مدى تأثير النزعة الموضوعية للفقه الإسلامي على القانون المدني الجزائري، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، جامعة الوادي، العدد(٢)، شعبان ١٤٣٧ للهجرة جوان ٢٠١٦.
- ٨ . رحيل محمد الغرابية ،اثر الفقه الإسلامي في القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ،المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد(١٣) ،العدد(٢)، ١٤٣٨ للهجرة ٢٠١٧ م .
- ٩ . شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني، شعار دون اثر قانوني، حوليات جامعة الجزائر (١) ،العدد (٣١) ،الجزء الثاني .
- ١٠ . شوقي بناس، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري ، الالتزامات انموذجا. ملتقى دولي،الجزائر ٢٤ . ٢٥ / أكتوبر ،٢٠١٦، جامعة الجزائر (١) .بن يوسف بن خدة، القانون المدني بعد أربعين سنة، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر(١)،العدد(٥) ، ٢٠١٦ .
- ١١ . عبد الرزاق السنهوري، من مجلة الاحكام العدلية الى القانون المدني العراقي، مجلة القضاء، بغداد، السنة الثانية ،مارس، 1936 .
- ١٢ . عبد الرزاق السنهوري ، مجموعة مقالات وابحاث الأستاذ الدكتور السنهوري، القاهرة ،مطبعة جامعة القاهرة ،١٩٩٢ .
- ١٣ . عبد الرزاق عبد الوهاب.، مشروع القانون المدني العربي الموحد، مجلة دراسات قانونية ،بغداد ،بيت الحكمة ،العدد الاول،2002 .
- ١٤ . عثمان حسين عبد الله ، الفقيه والرائد والمشروع العظيم السنهوري، مجلة إدارة قضايا الدولة ، ١٩٨٩ .

-
- ١٥ . عدنان ابراهيم سرحان، تقييم موقف التشريع والقضاء الاماراتيين من بعض مسائل المسؤولية عن الفعل الضار، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، (مصر)، العدد(2)، سنة 2010 .
- ١٦ . عدنان إبراهيم سرحان، اساس المسؤولية عن الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية الاماراتي وفقا لاصوله من الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، مصر، العدد،(13)، 2005 .
- ١٧ . عصمت عبد المجيد بكر، ريادة القانون المدني العراقي للقوانين المدنية العربية، مجلة التشريع والقضاء، بغداد، العدد الاول، السنة العاشرة، 2018 .
- ١٨ . علي خدوجة، الطابع العالمي للتقنين المدني الفرنسي واثره على القوانين العربية، مجلة حوليات، جامعة الجزائر(١)، المجلد(٣٥)، عدد خاص، ٢٠٢١ .
- ١٩ . عمر صلاح العزاوي، منهجية التقنين في النظم القانونية المقارنة، نماذج تطبيقية في القوانين المدنية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد(٢)، العدد التسلسلي(٢٦)، شوال ١٤٤٠ للهجرة، يونيو ٢٠١٩ م .
- ٢٠ . فايز محمد حسين محمد، اثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية العربية، الجزء الأول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2014.
- ٢١ . ماجد مجباس حسن، الاتجاهات الحديثة في تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2016، منشور في الموقع الالكتروني/ - uomisan .iq.law .edu .
- ٢٢ . محمد حسين قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية المواد(1100 الى 7.1231) من القانون المدني الفرنسي، ترجمة مع المقدمة التي كتبها للترجمة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.
- ٢٣ . محمد عرفان الخطيب، نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث -الثابت والمتغير، قراءة نقدية في قانون اصلاح العقود والاثبات رقم 131. 2016، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد(1)، السنة السادسة، العدد التسلسلي(21) جمادى الآخرة، رجب 1439 للهجرة، مارس 2018.
- ٢٤ . نجيمة بو علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على قواعد القانون المدني الجزائري في مجال العقد، حوليات، جامعة الجزائر(١)، المجلد (٣٤)، العدد(٤)، ٢٠٢٠ .

.....
٢٥ . يزيد بوحليط، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على آثار وانحلال العقد في القانون المدني الجزائري،
جامعة (٨/ماي ١٩٤٥)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الجزائر، الملتقى الوطني حول القانون
المدني بين خصوصية المجتمع الجزائري ومواكبة حركة التشريع العالمية يوم ٢٦ / نوفمبر ٢٠١٩.

ثالثاً- متون القوانين المدنية العربية:

- ١ . مجلة الالتزامات والعقود التونسي الصادر بالامر المؤرخ في ٣٠ / مارس ١٩٥٦.
- ٢ . مجلة الالتزامات والعقود المغربي الصادر في ١٢ / ٨ / ١٩١٣ م.
- ٣ . قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 9/3/1932 وتعديلاته.
- ٤ . القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
- ٥ . القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) لسنة 1949 .
- ٦ . القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .
- ٧ . القانون المدني الليبي لعام 1953.
- ٨ . القانون المدني الجزائري رقم (58. 75) المؤرخ في 20 رمضان 1395 للهجرة الموافق 26 سبتمبر
1975 م.
- ٩ . القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
- ١٠ . القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980.
- ١١ . قانون المعاملات المدنية السوداني رقم (6) لعام 1984.
- ١٢ . قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 1985.
- ١٣ . قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني رقم (126.89) الصادر في 14 سبتمبر 1989 المعدل بالقانون رقم
2001 . 31 الصادر في 7 فبراير 2001.
- ١٤ . القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001.
- ١٥ . القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004.

- ١٦ . القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012 .
- قانون المعاملات المدنية العماني رقم(29) لسنة 2013.
- ١٧ . القانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية،اعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب بالقرار المرقم ق 228 /د 12 في 19/11/1996م .
- ١٨ . مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية مع مذكرته الايضاحية.
- ١٩ . مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٦٨ مع مذكرته التفسيرية.
- رابعاً- الاعمال التحضيرية والمذكرات الايضاحية:
 - ١ . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري القاهرة.
 - ٢ . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي.
 - ٣ . المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني ،اعداد المكتب الفني في نقابة المحامين، عمان /الاردن / 2000م .
 - ٤ . المذكرة الايضاحية للقانون المدني الفلسطيني .
 - ٥ . المذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الاماراتي . إصدار وزارة العدل الإماراتية .
 - ٦ المذكرة المقارنة لمشروع القانون المدني العراقي عام ١٩٨٦ .

المسؤولية المدنية الناشئة عن هبوط مخزون المياه الجوفية

Civil Liability for the Decreasing Groundwater Reserve

م.م آرام ابلحد منصور

ماجستير في القانون المدني

كلية القانون ، جامعة دهوك، إقليم كردستان - العراق

Aram Ablahad Mansour

Assistant Lecturer

University of Dohuk Collage of law

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.56>

تاريخ تسلم البحث 2024-5-3 ، تاريخ القبول بالنشر 2024-5-11

ملخص البحث

إن الماء مادة ضرورية لا تستقيم الحياة بدونه وانعدامه في منطقة ما يحول الحياة هناك الى أرض جدداء يستحيل العيش فيها، حيث تمثل المياه الجوفية ٣٠ بالمئة من المياه العذبة الموجودة في العالم، في حين أن مياه الأنهار والبحيرات تمثل فقط نسبة واحد بالمئة، لذلك فإن المحافظة على هذا المورد المائي مسؤولية بيئية وقانونية، والمحافظة على منسوب هذه المياه مسؤولية مشتركة للأفراد والدولة كونها عنصراً مهماً من عناصر التنمية المستدامة، ولقد أصبح إقليم كردستان يعتمد بشكل كبير على المياه الجوفية، وغالباً ما يتم حفر آبار عميقة، مما يؤدي الى إحداث أضرار بيئية كثيرة، من أهمها جفاف الآبار المجاورة، ومن ثم تضرر أصحاب الآبار المجاورة فتقوم مسؤولية صاحب البئر عن هذا الضرر، ومن هذا المنطلق فإن هذا البحث يلقي الضوء على المسؤولية المدنية الناشئة عن التسبب في هبوط مستوى المياه الجوفية التي من خلالها يتمكن المتضرر بمطالبة التعويض عن هذه الإضرار.

الكلمات المفتاحية: المياه الجوفية، المسؤولية المدنية، مزار الجوار غير المألوفة، التعسف في استعمال الحق، الآبار.

پوخته

ٲاف ماددهكا گرنگه بو ژيانى وبى ٲاف ژيان بهردهوام ناپيت، ٲافا ژير زهفى 30 ژ سهدى ژ ٲافا شرين لجهانى پيكدھينيت، ژبهر فى چھندى ٲاراستنا ٲاستى فى ٲافى بهرٲرسيارھتيا ھاوبھشا دھولھتى و تاكه كهساييه، ل ھهريما كوردستانى ريژھكا زور يا كهسا ٲشت ب ٲافا ژير زهفى دبھستن بو كاروبارين خو پين روظانه، وگھلهگ جارا بيرين كوير دھينه كولاندى وئھف چھنده زيانين زور دگھهينته زينگھه و خودانين بيرين دھوروبھرا ودبيته ٲهگھرى ھندى بيرين نيزيك ھشك ببن ، ژبهر ھندى ٲھف ھهكولينه بهرٲرسيارھتيا شارستانى ديار دكھت ٲھوا ژ دھرٲھنجامى نزم بوونا ٲاستى ٲافا ژير زهفى كو بريكا وى ٲھو كهسين زيان لى كهفتين دشين داخازا ھهرونكرنى بھن.

ٲھيٲين دھستٲيكي: ٲافا ژير زهفى، بهرٲرسيارھتيا شارستانى، زيانين دھوروبھر پين نه رھوا، بير.

Abstract

Water is a necessary substance that does not restore life without it and its absence in an area that transforms life there into a Earth in which it is impossible to live. groundwater accounts for 30 per cent of the world's freshwater, River and lake water accounts for only one percent. and therefore the preservation of this water resource is environmental and legal, and the preservation of the water level is a shared responsibility of individuals and the State as an important component of sustainable development. The Kurdistan Region has become heavily dependent on groundwater and the deep wells are often drilled resulting in many environmental damage, the most important of which is the drought of neighbouring wells. Neighbouring wells were damaged and the owner of the well was liable for the damage. and thus this research sheds light on civil liability arising from the drop in the groundwater level through which the aggrieved person can claim compensation for such damage.

Keywords: Groundwater, Civil Liability, Unusual Neighborhood Harms, Abuse of Rights, Wells.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث: تعد المياه الجوفية ثروة طبيعية في غاية الأهمية للدول لما لها من استخدامات مدنية وزراعية بحتة وتتدخل في نطاق الأمن القومي للدول، والمحافظة على منسوب هذه المياه مهم جداً لحياة الدولة بشكل عام ولحياة الأفراد بشكل خاص، حيث تعد المياه الجوفية عنصراً مهماً من عناصر التنمية المستدامة وثروة وطنية لا تقدر بثمن، ووفرته دليل على رفاهية البلد والمحافظة عليها وحمايتها هي من أحد التحديات التي تواجه الدول العالمية لاسيما في الوضع الراهن بسبب شحة المياه والتغير المناخي في العالم. إذ أصبح اللجوء إلى المياه الجوفية حاجة ملحة إلا أن تنظيم استعمال المياه الجوفية تحدٍ آخر يواجه الدول، وأمام هذه الوضعية فإننا نتساءل عن الأضرار التي قد تنجم عن الاستعمال غير العقلاني لهذا المورد المائي المهم، لان نقص منسوب أو مخزون المياه الجوفية له تبعات وخيمة على الأفراد والبيئة على حد سواء ومن ثم التسبب ليس فقط بشحة المياه بشكل عام إنما التسبب باضرار بيئية للجوار.

ثانياً: أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في معرفة الأضرار الناجمة عن هبوط مستوى المياه الجوفية وكيفية المحافظة على مستوياتها من الجفاف، ومحاسبة أصحاب الآبار عن الحفر العميق غير المبرر للآبار من خلال بيان التنظيم القانوني للمياه الجوفية، كذلك بيان الأساس القانوني للمسؤولية المدنية في هبوط مخزون المياه الجوفية إذ يمكن للمتضرر على أساسه مطالبة مسبب الضرر بالتعويض.

ثالثاً: أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى معرفة الأساس القانوني، الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية عن هبوط منسوب المياه الجوفية، وتحليل أهم التشريعات الوطنية والمقارنة التي نظمت موضوع حماية المياه الجوفية.

رابعاً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في وجود قصور تشريعي في تحديد العمق المسوح به في حفر الآبار الارتوازية والكمية القصوى لإستخراج المياه منها، بأن لا يؤدي الى تضرر أصحاب الآبار المجاورة من هذا الاستغلال المفرط للمياه الجوفية. ولا شك أن الأضرار الناجمة عن الجوار كثيرة ومتشعبة ولا تزال تعد من المسائل القانونية المهمة لكونها ترجمة حية للواقع العملي الذي نعيشه في المنازعات اليومية وتطبيقاتها كثيرة في حياتنا اليومية، فبالرغم من التشريعات والقوانين الخاصة التي شرعت فإنها لا تزال غير كافية لحماية هذه المياه، كذلك عدم الوعي والإهمال في مراقبة عمليات حفر الآبار الارتوازية، وهو ما يلزم معرفة ما هو الأساس

القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن التسبب في هبوط مخزون المياه الجوفية، فهل تعد من ضمن مضار الجوار غير المألوفة ام إنه مجرد تعسف في إستعمال الحق؟.

خامساً: منهجية البحث: سوف نعتمد في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي الذي يتناسب مع مشكلة البحث من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية وبيان مدى ملاءمتها وبيان أوجه القصور فيها، كما سنعتمد على المنهج الوصفي الذي يبرز لنا المفاهيم ذات العلاقة بالموضوع، وكذلك سنعتمد على المنهج المقارن من خلال مقارنة التشريعات العراقية ذات العلاقة بما تقابلها من تشريعات دول موضوع المقارنة منها: التشريع المصري، والتشريع القطري، والتشريع اللبناني، والتشريع الجزائري.

سادساً: هيكلية البحث : سنقسم هذا البحث على مبحثين سنتناول في المبحث الأول ماهية المياه الجوفية. أما في المبحث الثاني فسنتناول أساس المسؤولية المدنية عن التسبب في هبوط مستوى المياه الجوفية.

المبحث الاول

ماهية المياه الجوفية

سنتناول في هذا المبحث ماهية المياه الجوفية من خلال بيان مفهوم المياه الجوفية وتحديد طبيعتها القانونية والطرق القانونية لحمايتها ومن ثم سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول مفهوم المياه الجوفية، وفي المطلب الثاني سنتناول الطبيعة القانونية لملكية المياه الجوفية والحماية القانونية لها.

المطلب الأول

مفهوم المياه الجوفية

المياه الجوفية هي تلك المياه التي تتكون بين طبقات الأرض على مر الزمان. وهذه المياه تتجمع بين المسامات الدقيقة في الصخور المترسبة نتيجة الأمطار، أو من مجاري المياه القريبة مثل الأنهار والبحار. وتعد المياه الجوفية من أحد مصادر المياه المهمة، لأنها مخزونة في طبقات عميقة تحت سطح الأرض. وهذا الأمر الذي يحافظ على جودتها ويحميها من التلوث، لذلك فهي مناسبة جداً للاستهلاك المباشر دون الحاجة إلى تكاليف عالية لاستخراجها أو معالجتها⁽¹⁾، ولبيان مفهوم المياه الجوفية بشكل أوضح سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف المياه الجوفية وفي الفرع الثاني سنتناول مخاطر هبوط مخزون المياه الجوفية.

(1) انظر التعريف في الرابط الالكتروني التالي : <https://groundwater.org/what-is-groundwater> / تاريخ اخر زيارة (2024/4/2).

الفرع الأول

تعريف المياه الجوفية

سنتناول في هذا الفرع تعريف المياه الجوفية لغة واصطلاحاً وكما يلي:

أولاً: تعريف المياه الجوفية لغة:

1- المياه لغة: الماء هو الذي يشرب، والهمزة فيه مبدلة من الهاء في موضع اللام وأصله موه بالتحريك، لأنه يجمع على أمواه في القلة ومياه في الكثرة. والماء سائل عليه عماد الحياة شفاف لا لون له ولا طعم ولا رائحة فيه. (1) وفي القرآن الكريم قوله تعالى: ((وَأَرْسَلْنَا الرِّيَّاحَ لَوَاقِحَ فَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَسْقَيْنَاكُمُوهُ وَمَا أَنْتُمْ لَهُ بِخَازِنِينَ)) (2)، وقوله تعالى: ((إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَالْفُلْكِ الَّتِي تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِمَا يَنْفَعُ النَّاسَ وَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنَ السَّمَاءِ مِنْ مَاءٍ فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَبَثَّ فِيهَا مِنْ كُلِّ دَابَّةٍ وَتَصْرِيفِ الرِّيَّاحِ وَالسَّحَابِ الْمُسَخَّرِ بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ)) (3).

2- الجوف لغة : جوف كل شيء : قعره وداخله ، وكل شيء له جوف فهو أجوف(4)، وقيل الجوف: المطمئن من الأرض، لذلك جوف الإنسان بطنه .

(1) جلال الدين عبدالرحمن الأسيوطي، ضبط محمد سالم هاشم، الاتقان في العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص 321. ومجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، رتبة ووثقه خليل مأمون شيحا، القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، 2008، ص1249.

(2) سورة الحجر، الآية 22.

(3) سورة البقرة، الآية 164.

(4) محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1981، ص118.

ثانياً: المياه الجوفية اصطلاحاً:

عرفت الفقرة سابعا من المادة (1) من الفصل الأول الخاص بالتعريف من قانون إدارة وحماية الماء في إقليم كردستان - العراق على أن المياه الجوفية هي: ((المياه الموجودة تحت الأرض مهما كان عمقها)) (1).

كما عرفت الفقرة سادسا من المادة (1) من تعليمات حفر الآبار المائية العراقي ((المياه الجوفية تحت سطح الارض والتي يمكن استخراجها إلى سطح الأرض))(2).

وعرف قانون المياه اللبناني المياه الجوفية بأنها: ((جميع المياه الموجودة تحت سطح الأرض في منطقة التجمع المتصلة مباشرة بسطح الأرض أو بباطنها))(3).

أما قانون المياه اليمني فعرف المياه الجوفية بأنها: ((جميع المياه المخزونة او الجارية تحت سطح الأرض بصورة طبيعية في طبقات المياه على مختلف الأعماق)) (4).

مما سبق نجد أن المشرع اليمني كان أكثر دقة من المشرع العراقي واللبناني في وصف المياه الجوفية بأنها المياه المخزونة أو الجارية بصورة طبيعية تحت سطح الأرض.

وعند الشراح والباحثين تعرف المياه الجوفية بأنها: ((المياه المخزنة في باطن الأرض بين شقوق ومسامات الأتربة والرمال والصخور ، حيث تتحرك ببطء ضمن التشكيلات الجيولوجية في باطن الأرض التي تدعى بطبقات المياه الجوفية))(5).

(1) قانون إدارة وحماية الماء في إقليم كردستان - العراق رقم (4) لسنة 2022، منشور في وقائع كردستان العدد (284) بتاريخ 2022/7/7.

(2) تعليمات حفر الابار المائية العراقي رقم (1) لسنة 2011.

(3) قانون المياه اللبناني رقم (77) لسنة 2018 المعدل بقانون رقم (192) لسنة 2020 ، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (41)، بتاريخ 2020/10/11.

(4) قانون المياه اليمني رقم (33) لسنة 2002 ، منشور في الجريدة الرسمية، العدد(16)، سنة 2002.

(5) انظر في التعريف في الرابط الالكتروني التالي : <https://groundwater.org/what-is-groundwater> / تاريخ اخر زيارة (2024/4/2).

.....

مما سبق يمكن تحديد المياه الجوفية بشكل عام بأنها المياه الموجودة تحت سطح الأرض المخزونة بشكل طبيعي على مختلف الطبقات والأعماق، وغالباً ما تكون المياه الجوفية مخفية في أغوار مستودعات المياه الجوفية والصخور النفاذية والرواسب، ويتم استخراجها باستخدام آبار الضخ. وفي كثير من الأحيان يمكن أن تكون المستودعات الجوفية موارد مائية متجددة تتجدد ببطء عبر تسرب مياه الأمطار على مدى مئات أو حتى آلاف من السنين⁽¹⁾، لذلك فإن انخفاض منسوب هذه المياه لا يمكن تعويضه بسهولة.

الفرع الثاني

مخاطر هبوط مخزون المياه الجوفية

إن استخدام المياه الجوفية بدون رقابة وترشيد سوف يؤدي بلا شك إلى حدوث مجموعة من الكوارث البيئية إذ إن 70% من المياه التي يجري استخراجها من المياه الجوفية عبر العالم تستخدم في الزراعة، وجانب كبير من المياه المتبقية تستخدم في إرواء عطش المدن والتنمية الصناعية. وأصبح العراق بشكل عام وإقليم كردستان بشكل خاص يعتمد في السنوات الأخيرة على المياه الجوفية بشكل أساسي، يتم فيه تفريغ هذا المخزون الحيوي بإيقاع يفوق المعدل الذي يتم به تجدها طبيعياً، ومع الإسراف في استهلاك المياه الجوفية فإنها ستصبح أحد التحديات الصامتة التي يجري التقليل من شأنها في أغلب الدول النامية وتأثيراتها أكثر عمقاً وأوسع نطاقاً مما نستوعب، وأن هبوط مخزون المياه الجوفية له مخاطر كثيرة في الحاضر والمستقبل على البيئة وعلى الأفراد على حد سواء، وسنحاول في هذا الفرع إلقاء الضوء على أهم مخاطر هبوط مناسيب المياه الجوفية.

أولاً: جفاف الآبار: للحفاظ على المياه الجوفية يجب الحفاظ على التوازن بين معدل إعادة التغذية ومعدل سحب المياه الجوفية، وعندما يتجاوز معدل السحب المعدل الذي يتم به إعادة شحن مصدر المياه الجوفية، فتكون النتيجة انخفاض المياه الجوفية إلى المستويات التي قد تضعف المورد، ويمكن أن يكون لضخ المياه الجوفية العديد من التأثيرات المختلفة، بما في ذلك جفاف الآبار المجاورة، إذ إن الحفر العميق لبعض الآبار وأستنزاف مياهها يؤدي إلى نقص مياه الآبار المحفورة في الجوار، ومن ثم يتطلب أن يتم حفر آبار أخرى جديدة وأعمق من الأولى للوصول إلى تلك الخزانات الرئيسية، وهذا يتطلب أن تكون الآبار الجديدة ذات بنية متغيرة عن

(1) انظر في المقال الموجود على الرابط الإلكتروني التالي : <https://www.iaea.org/ar/almawadie/almiah>

~:~#aljawfia تاريخ اخر زيارة (2024/4/2)

الآبار الموجودة والتي سبق حفرها، كذلك قد تفقد سعة الخزان الجوفي بشكل دائم بسبب ضغط مواد الخزان الجوفي، مما يؤدي إلى ارتفاع تكاليف الضخ وأنخفاض في مستوى مياه الآبار، يمكن أن تؤدي هذه التغييرات في حجم واتجاه تدفق المياه الجوفية إلى تدفق المياه المالحة والمياه ذات الجودة المنخفضة إلى البئر، جاعلة بذلك مياهها غير صالحة للشرب⁽¹⁾، كما يمكن أن يسبب تقلص المياه الجوفية في إنخفاض مستويات تدفق المياه في الجداول والأنهار أيضاً وبالتالي إلى إنخفاض المياه على سطح الأرض، الذي يعد شرياناً حيوياً للزراعة والري وحياة البشر في المدن والقرى ولكل شيء من الغذاء إلى التجارة وإنتاج الطاقة.

كما يمكن أن يؤدي استنزاف طبقة المياه الجوفية إلى ندرة المياه، ومن ثم جفاف الآبار، خاصة في المناطق التي يكون فيها الوصول إلى مصادر المياه السطحية محدوداً. ومن ثم فإن جفاف الآبار يؤثر سلباً في حياة الأفراد كما يؤثر في الزراعة التي تعد مستخدماً رئيسياً للمياه الجوفية، ويمكن أن يكون لهذا تأثير مضاعف على النظام البيئي بأكمله، بما في ذلك التأثيرات على جودة المياه.

ثانياً: هبوط الأرض: إن النمو السكاني والاقتصادي العالمي هو أحد أسباب زيادة الطلب على المياه الجوفية وما يصاحب ذلك من إستنزاف المياه الجوفية، فمن المحتمل أن يؤدي ذلك إلى زيادة حدوث هبوط الأراضي والأضرار أو التأثيرات ذات الصلة⁽²⁾. ويقصد بهبوط الأرض إنخفاض سطح الأرض، وهو خطر مدمر يمكن أن يحدث بسبب مجموعة كبيرة من المحفزات الطبيعية أو البشرية، لعل أهم أسبابه هو استنزاف المياه الجوفية وهي عملية بطيئة وتدرجية تتطور على نطاقات زمنية كبيرة يصل أحيانا إلى سنوات، مما يؤدي إلى فقدان تدريجي لارتفاع الأرض عادة على مساحات كبيرة جداً (عشرات إلى آلاف المربعات من الكيلومترات) إذ إن الإفراط في استعمال المياه الجوفية يسبب في تكون تجاويف تحت الأرض، وهناك العديد من الدراسات

(1) انظر في المقال المنشور على الموقع الإلكتروني التالي: <https://geology.com/k/%D9%85%D8%A7-%D9%87%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%A2%D8%A8%D8%A7%D8%B1> تاريخ اخر زيارة (2024/4/2).

(2) Deeper well drilling an unsustainable stopgap to groundwater depletion Article in Nature :Sustainability August 2019. Available at the following link https://www.researchgate.net/publication/334618081_Deeper_well_drilling_an_unsustainable_stopgap_to_groundwater_depletion

الجولوجية التي تؤكد أن هبوط الأرض هو ناتج عن انخفاض المياه الجوفية⁽¹⁾. إن هبوط الأرض يؤثر بشكل متفاوت في المناطق الحضرية والزراعية في جميع أنحاء العالم، ويقلل الهبوط بشكل دائم من سعة تخزين نظام طبقة المياه الجوفية، ويسبب شقوقاً أرضية، ويزيد من التعرض للفيضانات ومخاطرها، مع انخفاض مستويات المياه الجوفية، قد تغرق الأرض فوقها أو تنهار، مما يتسبب في أضرار للبنية التحتية للمدن ويدمر المباني، إن ظاهرة هبوط الأرض قد ازدادت في السنوات الأخيرة في الكثير من البلدان . إذ أجريت هناك دراسات عديدة أشارت الى زيادة هذه الظاهرة بشكل كبير في بعض الدول، إذ إنه بحلول سنة 2040 قد يزداد الخطر بنسبة 80 بالمئة في كل من الفلبين والعراق واندونيسيا والجزائر⁽²⁾ .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لملكية المياه الجوفية والحماية القانونية لها

سنتناول في هذا المطلب الطبيعة القانونية للمياه الجوفية في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسنخصصه للحماية القانونية للمياه الجوفية في التشريع العراقي والمقارن.

(1)LAND SUBSIDENCE DUE TO EXCESSIVE GROUND WATER WITHDRAWAL. A CASE STUDY FROM STAVROS – FARSALA SITE, WEST THESSALY GREECE, Rozos D.1 , Sideri D.1 , Loupasakis C.1 and Apostolidis E.2 1 National Technical University of Athens, School of Mining and Metallurgical Engineering,p132.

(2) انظر في الدراسة المنشورة على الموقع الالكتروني التالي :

<https://www.science.org/doi/10.1126/science.abb8549> تاريخ اخر زيارة (2024/4/2) .

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لملكية المياه الجوفية

كان الوضع القانوني للموارد المائية بشكل عام محل خلاف في الفقه القانوني، ويعود ذلك حسب بعض الآراء إلى الممارسات السائدة عبر التاريخ⁽¹⁾. فهناك من يرى أن ملكية المياه الجوفية هي ملكية خاصة، ورأي آخر يريدها للملكية العامة، ورأي ثالث يعدها إرثاً جماعياً مشتركاً.

أولاً: المياه الجوفية ملكية خاصة: يذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن ملكية المياه الجوفية مرتبطة بملكية الأرض التي تعلوها أي أن مالك الأرض له الحق المطلق في استخدام الموارد المائية الجوفية في أرضه بدون أي قيد حتى لو أدى ذلك إلى الإضرار بالآخرين. وتنطلق هذه الفكرة من عد المياه الجوفية عقارات بطبيعتها لكن إذا أمتدت يد الإنسان عليها وتمكن من عزلها عن مكانها الطبيعي تصبح حينذاك منقولات ومن ثم فإن المياه الجوفية بذلك تصبح عقارات تارة ومنقولات تارة أخرى. ومن الناحية النظرية نجد أن تطبيق هذه الفكرة سهلة لكن من الجانب الواقعي فهناك صعوبات عديدة في هذا الأمر، خاصة أن طبيعة المياه الجوفية السائلة وعدم القدرة على حصرها في مكان تتناقض وفكرة ثبوتية العقارات واستقرارها، لأن حجم المياه الجوفية يتعرض للنضوب والزيادة لأن المياه الجوفية تتأثر بمستويات الأمطار التي تهطل خلال السنة الواحدة أو المياه المتدفقة من العقارات المجاورة لها لاسيما تلك التي تقع أعلى منها حسب مبدأ التدرج الهيدروليكي، ومن ثم قد يدفع أصحاب العقارات المجاورة إلى المطالبة بالتعويض نتيجة لإخلال بقواعد حسن الجوار أو الأثرء بدون سبب خاصة في حالة الأستغلال المفرط للمياه الجوفية من قبل أحد المالكين، كما أن إعتبار المياه الجوفية ملكية خاصة يثير الإشكالية عند عدم قدرة مالك العقار على معالجة تسرب أو هجرة المياه خارج نطاق حدود ملكيته، ومن ثم ستؤدي إلى إهدار أهم خصائص حق الملكية كونه حقاً دائماً ومن ثم ظهور تناقض في بنیان نظام الملكية إذا ما أعتبرنا المياه الجوفية ملكية خاصة⁽²⁾.

(1) القطبي محمد، التكييف القانوني للموارد المائية الجوفية في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة الفانون والعلوم السياسية، العدد(4)، الجزائر، 2016، ص595.

(2) انظر في خصائص حق الملكية لدى د.محمد طه بشير و د.غني حسن دنون، الحقوق العينية، الجزء الاول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010، ص43.

.....
ثانياً: المياه الجوفية ملكية عامة للدولة: تذهب بعض الدول الى اعتبار المياه الجوفية ضمن الملكية العامة للدولة، وعلى هذا نصت الفقرة (هـ) من المادة (1) من نظام الحفاظ على الموارد المائية العراقي رقم (2) لسنة 2001 على انه: ((تعد مياهها عامة لأغراض هذا القانون المياه الجوفية بما فيها الينابيع والآبار)). وقد نصت المادة (3) من الفصل الثاني من قانون إدارة وحماية الماء في إقليم كردستان - العراق على أن: ((الماء ثروة وطنية وتعد الموارد المائية ملكا عاما يتم الانتفاع منها بترخيص، وبموجب أحكام هذا القانون)).

وهناك عدة صعوبات في تطبيق هذه النظرية وهي عدم إمكانية تحديد حدود الملكية العامة للدولة الخاصة بالمياه الجوفية، لأن المياه الجوفية كما ذكرنا ليس لها حدود بطبيعتها، وبالتالي قد يكون هناك تداخل مابين الملكية العامة والخاصة ومن ثم التسليم بذلك يعني استغلال الدولة للمياه الجوفية المتواجدة في الملكية الخاصة للأفراد الأمر الذي لا يمكن تطبيقه عملياً، وحتى لو سلمنا بأن الدولة تستطيع ان تفرز المياه الجوفية في ملكية الأفراد ألا أنها لا تستطيع ذلك عندما تمتد المياه الجوفية خارج حدود سيادة الدولة نفسها⁽¹⁾.

ثالثاً: المياه الجوفية إرث جماعي مشترك: وإزاء هذه الإشكاليات فإن المياه الجوفية لم تجد لها محلاً بين مختلف اشكال الملكية، الأمر الذي دفع بعض الدول كفرنسا الى إتباع نهج جديد بوصفها إرث جماعي مشترك وتعزيزاً لشرعية الدولة على المياه الجوفية بوصفها السلطة المدنية القائمة على المصالح الجماعية للأمة⁽²⁾، ومن ثم هي المسؤولة عن إدارتها والمحافظة عليها نيابة عن المجتمع، وقد نصت المادة الأولى من قانون رقم (3-92) الفرنسي لسنة 1992 على أنه: ((الماء جزء من التراث المشترك للأمة. وحمايتها وتنميتها وتنمية الموارد الصالحة للاستعمال، مع احترام التوازنات الطبيعية، هي ذات مصلحة عام، إن استخدام المياه ملك للجميع في إطار القوانين والأنظمة والحقوق المقررة سابقاً))⁽³⁾.

(1) القطبي محمد، التكييف القانوني للموارد المائية الجوفية في التشريع الجزائري ، المرجع السابق، ص598.

(2) TREMBLAY Hugo, La gestion économique de l'eau souterraine par le droit de propriété, op . cit , p 522

(3) انظر في نص المادة في القانون المذكور باللغة الفرنسية على الموقع الالكتروني:

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000173995#:~:text=%2D%20L'eau%20fait%20partie%20du,que%20des%20droits%20ant%C3%A9rieurement%20%C3%A9tablis>

زيارة (2024/3/24) ..

الفرع الثاني

الحماية القانونية للمياه الجوفية في التشريع العراقي والمقارن

لا شك أن الوضع المائي في العراق يشهد تدهوراً خطيراً نتيجة شحة المياه بسبب التغيرات المناخية وتقليل حصة العراق من الدول المجاورة، وكذلك تلوث قسم كبير من مصادر المياه، والأهم من ذلك اعتماد العراق بشكل كبير على المياه الجوفية واستنزافها بشكل ملحوظ، ومن ثم أمام هذه الإشكاليات السابقة من الضروري أن نوضح حماية المياه الجوفية في التشريع الوطني والمقارن.

تذهب أغلب الدول الى حماية المياه الجوفية من خلال عدها من الملكية العامة التي لا يجوز التصرف بها إلا بالحدود التي رسمها القانون والمتمثلة في رخصة حفر الآبار المائية، وقد شرع إقليم كردستان - العراق قانون إدارة وحماية الماء رقم (4) لسنة 2022 وتضمن الكثير من المواد التي عالج موارد المياه بشكل عام وطرق إدراتها وحمايتها، حيث عرفت الفقرة عاشرأ من المادة (1) المقصود بحماية الموارد المائية على إنها : ((عملية عامة فنية وقانونية تؤدي الى رفع قدرة استمرارية المياه واستمرار توفرها ومنع إنخفاظها وهدرها وتلوثها)). إلا أن هذه المادة لم تبين بشكل واضح كيفية الحماية المطلوبة كأن يكون هناك معيار سنوي لاستعمال المياه الجوفية على سبيل المثال، وقد نصت المادة (3) من الفصل الثاني من قانون إدارة وحماية الماء في إقليم كردستان على أنه: ((الماء ثروة وطنية وتعد الموارد المائية ملكا عاما يتم الانتفاع منها بترخيص، وبموجب احكام هذا القانون)) وبذلك قيدت الانتفاع بالماء بالترخيص بموجب احكام القانون، أما المادة الفقرة (3) من المادة (9) فقد حظرت حفر الآبار واستخدام المياه الجوفية دون ترخيص من الوزارة، أما الفقرة الرابعة من نفس المادة فقد حظرت أي نشاط لخرن أو تقليل الموارد المائية دون ترخيص ولم تشر الى الحالات التي يتم فيها تقليل المياه حتى لو كانت برخصة . أما الفقرة الأولى من المادة (10) فقد نصت على أنه: ((تضع الوزارة نظام المراقبة على كمية ونوعية المياه في موارد المياه الطبيعية لضمان حماية وزيادة الكفاءة ونوعية المياه))، ونعتقد ان هذا اتجاه سليم حيث يمكن من خلاله ان يقيد أصحاب الآبار الارتوازية من إستنزاف المياه الجوفية لكن كان الأجدر بالمشرع تحديد هذا النظام بشكل دقيق، كما ان المادة (15) وكلت جهاز الأسايش وشرطة حماية الغابات والبيئة مهمة حماية الموارد المائية، وأكدت الفقرة (الأولى) من المادة (11) على أن يكون إستهلاك الماء في الاقليم وفقا للمعايير والجودة العالمية، أما المادة(17) فنصت على انه: ((للوزير حظر حفر الآبار او استخدام الآبار في بعض المناطق استنادا إلى

تقرير المجلس بشرط ان تكون فيها خطورة إنخفاض كمية ومستوى الماء ونوعيته المياه الجوفية ... ويتم تعويض صاحب البئر عن الأضرار التي تلحق به نتيجة هذا القرار ((. وقد كان المشرع الكوردستاني موقفاً في هذه المادة حيث قام بحماية المناطق التي تكون فيها مستويات المياه الجوفية في خطر، وبالرغم من ذلك كان الأجدر بالمشرع أن يجعل الحماية أوسع نطاقاً لتشمل جميع الآبار التي من المقرر حفرها أو تلك المحفورة مسبقاً دون التقيد بمنطقة معينة.

أما تعليمات حفر الآبار المائية في كوردستان رقم (14661) لسنة 2010 فقد منعت بيع المياه الجوفية في الفقرة (8) من المادة (6) الخاصة بتعليمات حفر الآبار للقطاع الخاص حيث نصت على انه : ((يمنع بأي شكل من الاشكال بيع المياه الجوفية ووضع الشمعات على آبار القطاع الخاص ويأخذ تعهد خطي امام كاتب العدل بذلك، وفي الحالة المخالفة يتم سحب إجازة البئر وملئه)). أما الفقرة (9) من من المادة (7) الخاصة بتعليمات حفر الآبار الزراعية فقد نصت على أنه : ((يجب على المواطن وضع مقياس (كيج) على البئر)). وهي حماية للمياه الجوفية لكن لم يحدد في هذه التعليمات الكمية التي يجب على مالك البئر ان يسحبها خلال العام الواحد وما الجزء المترتب على تجاوزه على هذه الكمية ، كما نصت الفقرة (10) من نفس المادة على انه : ((عند حفر بئر في مناطق واحواض ذات التدفق الذاتي (artesian aquifers) مثل سهل (اربيل الشمالي، شهرزور، عقرى - بردرش) على الحفار الأخذ بنظر الاعتبار عدم اختراق الطبقات الارتوازية، وان يعمل بتعليمات دائرة المياه الجوفية في المنطقة والجيولوجي المختص لغرض حجز الطبقات العليا من البئر، ووضع القفل في سبيل السيطرة على الماء في حال حدوث التدفق الذاتي))، وقد أحسن المشرع الكوردستاني في هذه الفقرة عندما نص على حظر خرق الطبقات الارتوازية لما له من تأثير على مخزون المياه الجوفية للآبار المجاورة الا أنه كان من الافضل عدم تحديد مناطق معينة ولو على سبيل المثال، وانما كان من المفترض ان يكون النص عاما لكل المناطق. أما فقره (11) من نفس المادة فقد نصت على أنه: ((لوزارة الزراعة والموارد المائية الحق بوقف حفر الآبار في أي جزء او حوض جوفي عندما تثبت الدراسة هبوط حاد في مستوى المياه الجوفية أو حدوث التلوث أو ارتفاع في نسبة وكثافة الاملاح والنترات)). لئلا يفسر أن هذا النص لم يصاغ بشكل جيد إذ إن عملية هبوط مستوى المياه يحدث عند نهاية الحفر أو بعد فترة طويلة من استعمال المياه الجوفية وكان الأجدر بالمشرع أن تشمل الحماية للآبار كافة سواء كان قد بدأ الحفر بها أو قد انتهى من الحفر.

لا يوجد في العراق قانون وطني شامل للمياه ومع ذلك، فإن هناك عدداً من القوانين الرئيسية الأخرى التي تتضمن بنوداً ذات صلة بالمياه واستخدامها حيث تحدد وزارة الموارد المائية العراقية استراتيجيات إدارة موارد المياه في العراق، كما هو منصوص عليه في قانون وزارة الموارد المائية، وتشمل المسؤوليات الرئيسية لوزارة الموارد المائية كفاءة تخصيص موارد المياه المتاحة وتطوير موارد مائية إضافية، والحفاظ على جودة المياه وحماية مصالح العراق في مفاوضات المياه وعمليات الإدارة العابرة للحدود مع البلدان المجاورة⁽¹⁾. ما يأتي أهم التعليمات الخاصة بحماية المياه الجوفية:

1- نصت المادة (9) من التعليمات صادرة من وزارة الزراعة والاصلاح الزراعي بشأن الآبار الارتوازية رقم (1) لسنة 1978 على انه : ((لا يجوز إحتكار مياه الآبار العامة ومنع المواطنين من الانتفاع بها لأي سبب كان ومن قبل أي جهة، الا في الحالات الاستثنائية، وبأمر الوزير المختص)).

2- كما نصت المادة (13) تعليمات حفر الآبار المائية رقم (1) لسنة 2000 تضمنت ذات النص السابق.

3- قانون ممارسات الحفاظ على المياه رقم (2) لعام 2001: والذي يقضي بأنه يُنظّم استهلاك المياه وتنمية الموارد المائية، ويحظر تصريف المياه العادمة غير المعالجة ويشجع على إعادة استخدام المياه العادمة.

مما سبق نجد ان التشريعات العراقية المتعلقة بتنظيم حفر الآبار الارتوازية جاءت بقواعد عامة ولم تبين بشكل دقيق العمق المسموح بالحفر والحد الأقصى للمياه التي تستخرج من الآبار خلال السنة الواحدة.

اما في القوانين المقارنة فنجد أن قانون المياه اللبناني المعدل قد نص في المادة (3) على أنه : ((يهدف هذا القانون الى تنظيم وتنمية وترشيد واستغلال الموارد المائية وحمايتها من الاستنزاف والتلوث ورفع كفاءة أنظمة نقل وتوزيع وحسن صيانة وتشغيل المنشآت المائية، بهدف تأمين إدارة مستدامة للموارد المائية الطبيعية للدولة اللبناني اما المادة (82) فقد نصت على: ((1- تتولى الادارات العامة المعنية حماية المرفق العام للمياه، ويمكن تأمين الاعمال والعمليات المتعلقة به بموجب اتفاقيات او عقود. 2- على الادارات العامة المعنية والمتعاقدين معها والمنتفعين من الحقوق على المرفق العام للمياه ان يؤمنوا صيانة الوسط المائي وحماية الثروة النباتية والحيوانية والسلمكية الوطنية. بما يكفل تأمين الانسياب الحر للمياه والحد من تلوثها وحماية المنشآت المرتبطة بها)).

(1) انظر في قانون وزارة الموارد المائية العراقي رقم (50) لسنة 2008 منشور في جريدة الوقائع العراقية ، العدد 4098، بتاريخ 2008/11/17.

.....
اما الفقرة (اولا) الخاصة بنطاق الحماية من المادة (84) المتعلقة بحماية مواقع المياه فقد نصت على : ((1-
بغية تأمين حماية نوعية المياه، يقتضي قبل الترخيص بالاشغال والمنشآت المقامة لجر المياه السطحية و/أو
استخراج المياه الجوفية المعدة للاستهلاك البشري او عند الترخيص بذلك، تعيين نقطة مدار الاستخراجات
ونطاق كل من الحماية المباشرة والحماية المجاورة، واذا اقتضى الامر نطاق الحماية الابعد. 2- يحدد هذا
النطاق ايضا في حالات الجر والاستخراجات الخاضعة للتراخيص، طالما كانت المياه مخصصة جزئيا او
بأكملها للاستهلاك البشري. 3- يتم تحديد نطاق الحماية بقرار يصدر عن الوزير و/أو الوزراء المختصين كل
ضمن نطاق اختصاصه)). وكان المشرع اللبناني موقفاً في نصه على تأمين حماية نوعية للمياه الأمر الذي
لم تنص عليه التشريعات العراقية ذات العلاقة.

أما في الجزائر فقد نصت المادة (4) من الفصل الأول من قانون المياه الجزائري المعدل رقم (05-
12) على عد المياه الجوفية أملاكاً عمومية طبيعية⁽¹⁾، عليه فان تطبيق الملكية العامة على المياه الجوفية لم
أي مجال للملكية الخاصة على المياه الجوفية، وهذا لا يعني أن لا ينتفع الأفراد من المياه الجوفية بحدود إحترام
المنفعة العامة من خلال الحصول على رخصة استعمال المياه الجوفية او رخصة حفر الابار،⁽²⁾ اما بشأن
اعطاء رخصة حفر الآبار لاستعمال المياه الجوفية فقد نصت المادة (5) من المرسوم التنفيذي رقم (08-
148) على أهم البيانات التي يتضمنها قرار منح رخصة الإستعمال وهي كالآتي:

حيث نصت على أنه : (يجب ان يبين القرار المتضمن رخصة استعمال الموارد المائية ما يأتي :

- منسوب او حجم الماء اللاقصى الذي يمكن استخراجه.
- استعمال الماء .
- مدة صلاحية الرخصة.
- المدة والشروط التقنية لتنفيذ اعمال الاشغال .
- شروط استغلال وصيانة المنشآت والهيكل.

(1) قانون المياه المعدل الجزائري رقم (05-12) لسنة 2005 تنص المادة (4) منه على ماياتي : (بموجب هذا القانون
تتكون الاملاك العمومية الطبيعية للمياه مما ياتي : المياه الجوفية بما ذلك المياه المعترف بها كمياه المنابع والمياه المعدنية
الطبيعية...).

(2) بودية راضية ، آليات حماية المياه الجوفية في ظل قانون المياه رقم 1205 المعدل والمتمم ، بحث منشور في مجلة
دفاثر السياسة والقانون ، المجلد 12 العدد (1) الجزائر ، 2020، ص 148.

- الزامية وضع طرق لقياس او تعداد الماء المستخرج .
- الزامية دفع الاتوات.⁽¹⁾

وقد أحسن المشرع الجزائري في تحديد هذه الالتزامات التي تقع على عاتق المنتفع من المياه الجوفية، وكان الأجدر بالمشرع العراقي والكوستاني أن يحذو حذو المشرع الجزائري في تضمن رخصة حفر الآبار هذه الشروط المهمة، وبيان جزاء مخالفتها على سبيل المثال أن يشترط في رخصة حفر الآبار الإرتوازية تحيد العمق المسموح بالحفر، والكمية المياه المسموح بسحبها خلال السنة الواحدة مع الزامه بوضع مقياس أو عداد على البئر وكذلك تحديد إستعمالات المياه.

المبحث الثاني

أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن هبوط مستوى المياه الجوفية

تنقسم المسؤولية المدنية الى عقدية وتقصيرية، فإذا كان الضرر ناتجاً عن الإخلال بالتزام تعاقدية كانت المسؤولية عقدية أما إذا كان الضرر ناتجاً عن إخلال بواجب قانوني، فإن قواعد المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق، وفي اطار المسؤولية المدنية عن انخفاض مخزون المياه الجوفية فإننا نقصد المسؤولية التقصيرية للشخص بإخلاله بواجب المحافظة على مخزون المياه الجوفية بما لا يضر أصحاب الآبار المائية المجاورة له بالدرجة الاولى وبالبيئة المجاورة أي ان هناك التزامات يفرضها حسن الجوار بين العقارات والشخص حينما يقوم باستنزاف المياه الجوفية من خلال حفر آبار مائية عميقة تصل الى الخزان الجوفي على وجه يؤثر في مخزون المياه للآبار المجاورة التي تضرر من نتيجة إنخفاض مخزونها من المياه، وقد نصت المادة

(1) المرسوم التنفيذي رقم (08-148) لسنة 2008 الجزائري المنشور في الجريدة الرسمية العدد (26) بتاريخ (25/ مايو 2008) ص8.

.....
(1099) من القانون المدني العراقي على أنه : ((1- الماء والكأ والنار مباحة والناس في هذه الثلاثة شركاء، فيجوز لهم الانتفاع بها واحراز الماء والكأ بشرط عدم الضرر)).

وبالتالي فإن أي تعسف في حفر الآبار أو استخدام مياهها يؤدي الى الإضرار بالغير يعطي الحق للمتضررين من إقامة الدعوى للماطلة بالتعويض المناسب للأضرار الناتجة عن هذا الفعل أو التي قد تظهر في المستقبل نتيجة لفعل هذا الشخص. لذلك يثور التساؤل عن الأساس القانوني الذي يمكن من خلاله إقامة دعوى المسؤولية المدنية والحصول على التعويض، من أجل الإحاطة بما سبق سنقسم هذا المبحث الى مطلبين سنتناول في المطلب الأول التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن هبوط مستوى المياه الجوفية أما المطلب الثاني فسنتناول فيه مضار الجوار غير المألوفة كأساس للمسؤولية عن الاضرار الناشئة عن هبوط مستوى المياه الجوفية.

المطلب الأول

التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية المدنية الناشئة عن

هبوط مستوى المياه الجوفية

سنتناول في هذا المطلب التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية الناشئة عن هبوط مستوى المياه الجوفية وسنقسمه الى فرعين نتناول في الفرع الاول مفهوم التعسف في استعمال الحق، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه معايير التعسف في استعمال الحق.

الفرع الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق

إن نظرية التعسف في استعمال الحق وإن كانت تبدو حديثة إلا أنها قديمة قدم القانون فقد وجدت لها تطبيقات في القانون الروماني وانتقلت الى القانون الفرنسي ومن ثم القوانين الحديثة⁽¹⁾. فهي لم تظهر في القانون الروماني كنظرية عامة إلا أن القانون الروماني عرفها بصدد بعض الحقوق وكفكرة بدائية تعتمد على الإضرار بالغير⁽²⁾. فبالنسبة الى حق السيد على عبده مثلاً فقد نصت مدونة جوستينيان انه لا يجوز الإساءة الى العبيد بغير سبب مشروع لأن من المصلحة العامة أن لا يسيء الفرد استعمال ما يملك مما يدل على أخذ الرومان بفكرة التعسف في استعمال الحق⁽³⁾.

وتكاد مختلف التشريعات تنص على هذه النظرية ومنها التشريع العراقي حيث نصت المادة (7) من القانون المدني العراقي على أنه : ((1- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان . 2- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية: أ- اذا لم يكن يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار

(1) بومدين ميمون، التعسف في استعمال الحق في اطار قانون الاسرة، معهد العلوم القانونية والادارية ، سعيدة، 2007، ص19.

(2) حسن كيرة، المدخل الى القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص755.

(3) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، مطبعة جامعة الازهر، القاهرة، 1977، ص20.

بالغير. ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة. أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (4) منه على أنه ((من استعمل حقّه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر)).

أما الفقه فقد عرف التعسف في استعمال الحق بأنه: ((أن يمارس الشخص حقاً من حقوقه الشرعية على نحو مشروع وهذا الحق يكون مثبت لصاحبه سواء كان بعوض أو بدون عوض أو بمقتضى أباحة ماذون فيها شرعاً وعلى وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية))⁽¹⁾، كما عرف التعسف في استعمال الحق بأنه: ((إستعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانوناً بكيفية تلحق ضرر بالغير، بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة))⁽²⁾، كما يعرف بأنه: ((استعمال الشخص للحقوق المخولة له قانون بحيث يكون هذا الاستعمال مشروعاً الا انه يؤدي بالأضرار بالغير اي نتائجه غير مقبولة))⁽³⁾.

وبالرجوع الى المادة (204) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه: ((كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض))، حيث لم يقر المشرع بتحديد الافعال الضارة حيث ان الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية في القانون المدني يقوم على فكرة التعدي ونظرية التعسف في استعمال الحق ما هي إلا صور من صور التعدي إذ إن الأخير هو تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه وهذه النظرية يمكن أن تفسر في حالات نهوض المسؤولية التقصيرية الناجمة عن التسبب في هبوط المياه الجوفية حيث يمكن القول إن الشخص يستخرج المياه الجوفية بقصد الإضرار أو يحفر بئراً أعمق من الآبار المائية المجاورة له بدون سبب يعتبر متعسفاً في استعمال حقه.

(1) د. فتحي الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص46.

(2) رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص361.

(3) زعلاني عبدالمجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، 2007، ص109.

الفرع الثاني

معايير التعسف في استعمال الحق

بالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة (7) من القانون المدني العراقي ونص المادة (4) من القانون المدني المصري يتبين ان هناك تطابقاً لمعايير التعسف. أما القانون المدني القطري فقد حدد في المادة (63) الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع ((1- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. 2- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. 3- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير. 4- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف))⁽¹⁾.

من مجمل النصوص المتقدمة نجد ان معايير التعسف في استعمال الحق هي :-

المعيار الأول: قصد الإضرار بالغير: ان معيار التعسف في هذه الحالة هو معيار ذاتي قوامه قرينة الاضرار لدى صاحب الحق أي أن غاية صاحب الحق من استعمال حقه مجرد الاضرار بغيره،⁽²⁾ كأن يقوم شخص بحفر بئر عميق ليصل الى المخزن الارتوازي ويسحب مياه اكثر من حاجته بغية تقليل أو تجفيف الآبار المجاورة ويجب في تحقيق هذا المعيار توفر نية الإضرار بالغير لكن اثبات نية الإضرار ليس بالأمر السهل فالقاضي يعتمد على قرائن عديدة من بينها انتقاء المصلحة المرجوة من هذا الاستعمال الجائر للمياه .

المعيار الثاني: قلة المصالح مقابل جسامة الاضرار: يعتمد هذا المعيار على عدم التناسب ما بين حجم المصلحة التي يهدف اليها الشخص تقابلها الأضرار التي تلحق بالجار المضرور بغض النظر عن النية، فمن يحفر بئراً مائياً أعمق من الآبار المجاورة فهو بالتاكيد سوف يضر بالآبار الأخرى المجاورة ومن ثم فإن الأضرار اكبر من المنفعة التي سيحققها المتعسف ومن ثم فإن أساس هذا المعيار هو عدم التوازن بين المصالح المتضاربة بين الجيران دون النظر إلى نية من اضر بالغير .

المعيار الثالث: عدم مشروعية المصلحة: يقوم هذا المعيار على أساس تحقيق الجار مصلحة غير مشروعة من تصرفه، فاذا كان الغرض من استعمال الحق هو الحصول على منافع غير مشروعة يكون بالتالي متعسفا في استعمال حقه وبالتالي تستوجب مسؤوليته.

(1) القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004.

(2) ابراهيم سيد احمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2002، ص70.

المعيار الرابع: الضرر الفاحش أو غير مألوف: لم يشر المشرع المدني العراقي بعكس نظيره القطري الى هذا المعيار، ونجد ان الأخير كان موفقاً في إدراج هذا المعيار. إذ قد يصيب عند استعمال الشخص حقه ضرر غير مألوف، كالأضرار الناجمة عن هبوط مستوى المياه الجوفية التي ذكرناها في المبحث الأول فمن المتصور حفر أكثر من بئر في مناطق معينة ومن الطبيعي أن تنخفض مياه الآبار جميعاً بالتزامن مع الاستعمال العادي والطبيعي لها لكن حفر الآبار العميقة والاستعمال غير الطبيعي في إستخراج المياه يؤدي بلا شك الى أضرار غير مالوفة تصيب أصحاب الآبار المجاورة .

المطلب الثاني

مضار الجوار غير المألوفة كأساس للمسؤولية عن الاضرار الناشئة

عن هبوط مستوى المياه الجوفية

كان أصل نظرية مضار الجوار غير المألوفة تنطبق على المضار المرتبطة بعلاقات الجوار كالضجيج والأدخنة والروائح الكريهة إلا أنها بدأت تتوسع لتشمل مضار البيئة، وتعود نشأة هذه النظرية الى القضاء الفرنسي الذي اقر في عام 1844 مبدأ المسؤولية على أساس مضار الجوار وقد أعتبرت محكمة النقض الفرنسية انذاك إن الضجيج الصادر من أحد المصانع يمكن أن يعتبر من قبيل مضار الجوار إذا ما تجاوز الحد المألوف،⁽¹⁾ وسنتناول في هذا المطلب مضار الجوار غير المألوفة كأساس للمسؤولية عن الاضرار الناشئة عن هبوط مستوى المياه الجوفية، وسنقسمه الى فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم مضار الجوار غير المألوفة كأساس قانوني أما الفرع الثاني فسنتناول معايير تقدير الضرر غير المألوف.

(1) د. انيس بن علي العذار، نظرية مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عن الضرر البيئي، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للحقوق القانونية والسياسية، العدد (3) المجلد(1) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي ، الاغواط، ص2.

الفرع الأول

مفهوم مضار الجوار غير المألوفة كأساس قانوني

نصت المادة (1051) من القانون المدني العراقي على أنه: ((1- لا يجوز للمالك ان يتصرف بملكه تصرفاً مضراً بالجوار ضرراً فاحشاً. والضرر الفاحش يزال سواء كان حديثاً او قديماً. 2- وللمالك المهذب بان يصيب عقاره ضرر من جراء حفر او اعمال اخرى تحدث للعين المجاورة ان يطلب اتخاذ كل مايلزم لاتقاء الضرر، وله ان يطلب وقف الاهمال واتخاذ ما تدعو اليه الحاجة من احتياطات عاجلة، ريثما تفصل المحكمة في النزاع)). اما المشرع المصري فقد نص على هذه النظرية في المادة (807) من القانون المدني المصري إذ ورد فيها: ((على المالك ان لا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك جاره 1- وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على ان يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقار وموقع كل منها بالنسبة الى الاخر والغرض الذي خصصت له ولايحول الترخيص من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق)).

ان أول ما يلاحظ في النصين العراقي والمصري أن الأخير إستعمل مصطلح مضار الجوار غير المألوفة في حين استعمل المشرع العراقي الضرر الفاحش ان مصطلح الضرر الفاحش أدق من مصطلح مضار الجوار غير المألوفة لأن ما يمكن أن يعد ضرراً فاحشاً وطبقاً للمشرع العراقي قد لا يمكن عده ضرراً غير مألوف في القانون المصري بالنظر الى الاختلاف الجوهرى بينهما مثال ذلك كان يحفر شخص بئراً في منطقة أغلب الآبار المائية فيها عميقة وتصل الى الخزان الجوفي فهذا الفعل لا يمكن عده ضرراً غير مألوف طبقاً لنص المشرع المصري في المادة (807) إذ إن السمة الغالبة في هذا المكان وجود مثل هذه الآبار بهذه الاعماق في حين يعد ضرراً فاحشاً طبقاً للنص المدني العراقي إذا كان يستعمل الجار المياه الجوفي بشكل مبالغ فيه، ومن ثم فإن العرف هو الذي يحدد مدى إعتبار الضرر فاحشاً. إذ لو قام شخص بحفر بئر ماء أعمق بكثير من المطلوب ليصل بذلك الى الخزانات الرئيسية للمياه الجوفية وبالتالي يهدد ملاك الآبار المجاورة بنقص مياههم وبالتالي جفافها في المستقبل والفرضية الأهم لو كان صاحب البئر يستعمل المياه الجوفية لمشروع تجاري أو زراعي ويهدد المناطق السكنية المجاورة له بجفاف آبارها، وهذه فرضيات قريبة للواقع جداً،

إن فكرة مضار الجوار غير المألوفة تتحقق مجرد تحقق الضرر وان لم يكن هناك خطأ من جانب محدث الضرر ومن ثم فإن المسؤولية موضوعية وان كان الضرر يوصف بأنه فاحش او غير مألوف⁽¹⁾.
ومن ثم فان شروط قيام نظرية مضار الجوار هي أن تكون هذه الأضرار ناجمة عن علاقات الجوار وثانياً أن تكون الأضرار فاحشة أو غير مألوفة والجوار كحقيقة واقعية أما أن تكون من حيث الأشخاص أو من حيث الأموال، فمن حيث الأشخاص تتطلب صفة الجوار للطرفين - الشخص المسؤول عن الضرر والمتضرر - وقد قصر المشرع العراقي في المادة (1051) من القانون المدني مضار الجوار على المالك فقط دون غيره ممن يشغل العقار، لكن قد لا يكون محدث الضرر هو نفسه المالك فقد يكون على سبيل المثال مستأجراً وكان على المشرع العراقي أن يوسع من مفهوم الجوار ليشمل كل من يشغل العقار وليس على المالك فقط، اما من حيث الاموال كانت فكرة الجوار بمفهومها التقليدي تقتصر على الجوار الملاصق الا ان هذا المفهوم بدأ بالتلاشي بظهور الاضرار الناجمة عن التلوث البيئي حيث ان الاضرار الناجمة عن الادخنة والغازات السامة تتجاوز حد الجوار الملاصق لتصل الى المجاورين البعيدين نسبياً⁽²⁾، وكذلك الامر في المياه الجوفية حيث ان الخزانات المائية ليست عبارة عن خزانات صغيرة بل قد تكون على مساحة كبيرة تحت الارض وبالتالي فان جفافها او نقص مياهها يؤثر على منطقة جغرافية واسعة في المنطقة.

وفيما يتعلق بموضوع الضرر الفاحش أو غير المألوف فقد عرفته المادة (1199) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: ((كل ما يمنع الحوائج الاصلية)) كما عرف الضرر غير المألوف بأنه: ((الضرر الذي يزيد عن الحد المعهود فيما يتحمله الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار))⁽³⁾. والقانون المدني العراقي في المادة (1051) حدد الضرر غير المألوف بمصطلح الضرر الفاحش كما أشرنا سلفاً الا إن المشرع لم يحدد لنا المعيار الذي به نحدد الضرر الفاحش وبالتالي فانه أفسح المجال للإجتهد القضائي في الحكم في اعتبار الضرر فاحشاً من دونه بعكس المشرع المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة (807) إذ نصت على أنه : (وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة

(1) د. ازيد شكور ، الاساس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن التلوث السمعي (الضوضاء) ، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، جامعة البصرة ،العدد(48)، 2023، ص12-13.

(2) د. انيس بن علي العذار، نظرية مضار الجوار والمسؤولية عن الضرر البيئي، مرجع سابق، ص 3-6.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص696.

هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له ((.

ويذهب البعض على عد مضار الجوار غير المألوفة ما هية الا صورة من صور التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾، وبالتالي يمكن ان نرد تطبيقات التزامات الجوار الى فكرة التعسف في استعمال الحق وهذا يتفق مع نص المشرع المدني القطري في المادة (63) سالفه الذكر.

الفرع الثاني

معايير الضرر غير المألوف

في مجال الأضرار الناشئة عن هبوط المياه الجوفية هناك عدة صور للضرر غير المألوف منها الأضرار التي تصيب الإنسان كالتغيرات التي تحدث في جودة المياه جراء إستنزافها، اذ انها تؤثر على صحة الانسان او الحيوانات والنباتات في المنطقة، حيث ان نقص مستويات المياه الجوفية في بعض الأحيان يؤدي الى تغييرات في بنية هذه المياه حيث يمكن أن يؤدي إلى زيادة ملوحة التربة والمياه، مما يؤثر في الانتاج الزراعي، أو قد تكون تلك الاضرار تصيب الانسان في امواله وممتلكاته كجفاف الآبار المجاورة او هبوط قيمتها العقارية بسبب انخفاض منسوب مياهها بالتحديد اذا كانت تلك الاراضي زراعية وتعتمد على المياه الجوفية.

أما معايير تقدير الضرر غير المألوف فان اختلاف طبيعة العقارات وموقعها من عقار لآخر بالإضافة الى الأعراف السائدة في كل بقعة جغرافية معينة وكذلك ظروف الزمان والمكان والغرض المخصص له كلها لها الأثر البالغ في تحديد ما يعد ضرراً مألوفاً من عدمه⁽²⁾، وبالتالي لابد أن نأخذ بعين الإعتبار بعض المعايير لتحديد الضرر غير المألوف أو الفاحش من غيره من الأضرار المألوفة.

1- **العرف:** لأن معيار الضرر غير المألوف كما أشرنا سلفاً معيار مرن ويختلف من مكان الى آخر ومن زمان الى آخر ومن ثم ما يعتبر ضرراً غير مألوف في مكان وزمان ما قد لايعتبر ضرراً غير مألوف في مكان

(1) انظر في رأي حسن كيرة و صلاح الدين الناهي مشار اليهم لدى محمد طه البشير ود.غني حسون طه ، الحقوق العينية ، المرجع السابق، ص74.

-
- وزمان آخرين ومن ثم فإن العرف يلعب دوراً كبيراً في تحديد الضرر المألوف من غير المألوف حيث للعرف خصائص معينة تجعله سهل التعرف إذ إن الناس يكونون على دراية وعلم بالأعراف أكثر منها من التشريعات⁽¹⁾.
- 2- **طبيعة العقار وموقع كل منها بالنسبة للآخر:** ان لطبيعة العقار وموقعه اهمية في تقدير الضرر غير المألوف فلو حفر شخص بئراً عميقاً في منطقة زراعية، إذ إن الغرض الأساسي من الآبار المائية المستعملة هناك هو للري فهذا قد لا يكون بدرجة خطورة شخص آخر حفر بئر لإستعماله الشخصي في منطقة مجاورة لمنطقة سكنية كان يقوم شخص بحفر بئر عميق لمصنعه في قرية فيها آبار مائية تستخدم للشرب فلا شك أن الأضرار الناتجة عن إنخفاض مناسيب المياه الجوفية ستكون فاحشة حيث سيحرم هذا الشخص مجموعة كبيرة من الناس او يهددهم بجفاف آبارهم المائية المعدة لحياتهم اليومية وبالتالي هناك عقارات تتحمل بطبيعتها بعض الاضرار المألوفة وهناك عقارات لا تستوعب طبيعتها تلك الأضرار فتعد بالتالي أضراراً غير مألوفة⁽²⁾.
- 3- **الغرض الذي خصصت له العقارات:** فالعقار المخصص لأغراض زراعية أو سكنية أو صناعية يختلف مفهوم الضرر في كل منهما للآخر، فالأنشطة التي تكون في العقارات المخصصة للمصانع او المزارع تعد مألوفة فيما بينها وتصبح غير مألوفة بالنسبة للعقارات السكنية أو التجمعات الحضرية وبالتالي فان تحديد الغرض الذي خصص له العقار يعتبر معياراً لتحديد الضرر الفاحش أو غير المألوف⁽³⁾.
- مما سبق نجد ان الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن هبوط مستوى المياه الجوفية تكمن في مضار الجوار غير المألوفة كتطبيق من تطبيقات التعسف في استعمال الحق، وبالرغم من عدم إدراج مضار الجوار غير المألوفة ضمن معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني العراقي.

(1) د. رمضان ابو سعود، الحقوق العينية الاصلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997، ص 66-67.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 698.

(3) حورا عزيز جبير، ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد (1) 2012، ص 33-34.

الخاتمة

أولاً: الإستنتاجات

- 1- إن المياه الجوفية هي تلك المياه الموجودة تحت سطح الأرض والمخزونة بشكل طبيعي على مختلف الطبقات والأعماق، ويتم استخراجها باستخدام آبار الضخ، وهذا الأمر يحافظ على جودتها ويحميها من التلوث.
- 2- إن استخدام المياه الجوفية بدون رقابة وترشيد سوف يؤدي بلا شك إلى حدوث مجموعة من الكوارث البيئية من أهم تلك المخاطر جفاف الآبار المائية وهبوط الأرض لذلك فالمحافظة عليها هو أحد التحديات الصامتة التي يجري التقليل من شأنها في أغلب الدول.
- 3- تعد ملكية المياه الجوفية في أغلب الدول ملكية عامة، في حين تذهب بعض الدول المتقدمة إلى عدها إراثاً جماعياً مشتركاً، كما تذهب إلى تعزيز شرعية الدولة على المياه الجوفية بوصفها السلطة المدنية القائمة على المصالح الجماعية للأمة.
- 4- إن الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن الأضرار الناشئة عن هبوط مستوى المياه الجوفية هو مضار الجوار غير المألوفة كمياري من معايير التعسف في استعمال الحق.
- 5- إن اختلاف طبيعة العقارات وموقعها من عقار لآخر بالإضافة الى الأعراف السائدة في كل بقعة جغرافية معينة، وكذلك ظروف الزمان والمكان والغرض المخصص له كلها لها الأثر البالغ في تحديد ما يعد ضرراً مالوفاً من عدمه.

ثانياً: التوصيات

- 1- نوصي المشرع العراقي والكوردستاني بتوفير الأساس القانوني والتنظيمي للإدارة الفعالة والمستدامة للمياه الجوفية ووضع آليات وتدابير صارمة لتحديد كميات المياه، التي يحق لصاحب البئر أستخراجها خلال السنة الواحدة وتحديد أستعمالاته للمياه الجوفية وبيان الجزاء القانوني لمخالفته لهذه الشروط.

المسؤولية المدنية الناشئة عن هبوط مخزون المياه الجوفية

.....
2- نوصي المشرع بتنظيم حقوق أستخراج المياه الجوفية وحمايتها من التصرفات غير العقلانية ووضع

نصوص تكفل للإدارة بالتصرف الفوري في الحالات الحرجة التي تؤدي الى استنزاف الخزان الجوفي.

3- نوصي الحكومة في العراق وحكومة إقليم كردستان بزيادة الوعي الثقافي في الإرشاد في أستخدام المياه الجوفية.

المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المعاجم اللغوية

- 1- جلال الدين عبدالرحمن الاسيوطي، ضبط محمد سالم هاشم، الاتقان فى العلوم، دار الكتب العلمية ،بيروت، ٢٠٠٧ .
- 2- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، رتبه ووثقه خليل مامون شيخا، القاموس المحيط، دار المعرفة ، بيروت، 2008.
- 3- محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1981.

ثالثاً: الكتب

- 1- ابراهيم سيد احمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2002
- 2- بومدين ميمون، التعسف في استعمال الحق في اطار قانون الاسرة، معهد العلوم القانونية والادارية ، سعيدة، 2007.
- 3- حسن كيرة، المدخل الى القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر.
- 4- رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، 2007.
- 5- رمضان ابو سعود، الحقوق العينية الاصلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997.
- 6- زعلاني عبدالمجيد ، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للحق، دار هومة الجزائر، 2007 .
- 7- عبدالرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثامن ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت، 1998.
- 8- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر.
- 9- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 1988.

10- د.محمد طه بشير ود.غني حسن ذنون، الحقوق العينية، الجزء الاول، العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة، 2010.

11-محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري،ط3، مطبعة جامعة الازهر، 1977.

رابعاً : البحوث العلمية

1-ازاد شكور، الاساس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن التلوث السمعي (الضوضاء) ، بحث منشور في مجلة دراسات البصرة، جامعة البصرة ،العدد(48)، 2023.

2- انيس بن علي العذار نظية مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عن الضرر البيئي، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للحقوق القانونية والسياسية، العدد (3) المجلد(1) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي ، الاغواط.

3-بودية راضية ، آليات حماية المياه الجوفية في ظل قانون المياه رقم 1205 المعدل والمتمم ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون ، المجلد 12 العدد (1) الجزائر ، 2020.

4- حورا عزيز جبير، ضوابط التمييز بين الضرر الفاحش والاستعمال غير المشروع لحق الملكية في علاقات الجوار، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد (1) 2012.

5- القطبي محمد،التكييف القانوني للموارد المائية الجوفية في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية ، العدد(4) ، الجزائر، 2016.

خامساً: القوانين والتعليمات

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

3- القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004.

4- قانون وزارة الموارد المائية العراقي رقم (50) لسنة 2008.

5- قانون المياه اليمني رقم (33) لسنة 2002.

6- قانون المياه المعدل الجزائري رقم (05-12) لسنة 2005.

- 7- قانون المياه اللبناني رقم (77) لسنة 2018 المعدل بقانون رقم (192) لسنة 2020.
- 8- قانون ادارة وحماية الماء في اقليم كوردستان - العراق رقم (4) لسنة 2022.
- 9- نظام الحفاظ على الموارد المائية رقم (2) لسنة 2001.
- 10- تعليمات حفر الابار المائية العراقي رقم (1) لسنة 2011.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم (08-148) لسنة 2008 الجزائري.

سادساً : المواقع الالكترونية

- 1- تعريف تعريف المياه الجوفية في الرابط الالكتروني التالي : <https://groundwater.org/what-is-groundwater> / تاريخ اخر زيارة (2024/4/2).
- 2- نظام ترخيص حفر وتأهيل الآبار واستخراج المياه الجوفية ومقاولة حفر الآبار رقم (8) لسنة 2020 الفلسطيني متوفر على ارباط الالكتروني التالي : <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=17361#:~:text=%D9%8A%D8> تاريخ اخر زيارة (2020/3/25).
- 3- نص المادة في القانون المذكور باللغة الفرنسية على الموقع الالكتروني <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000173995#:~:text=%2D%20L'eau%20fait%20partie%20du,que%20des%20droits%20ant%C3%A9rieurement%20%C3%A9tablis> تاريخ اخر زيارة (2024/3/24).
- 4- الرابط الالكتروني التالي : <https://groundwater.org/what-is-groundwater> / تاريخ اخر زيارة (2024/4/2).
- 5- المقال الموجود على الرابط الالكتروني التالي : <https://www.iaea.org/ar/almawadie/almiah-aljawfia#:~:> (2024/4/2).
- 6- المقال المنشور على الموقع الالكتروني التالي : <https://geology.com/k/%D9%85%D8%A7-%D9%87%D9%8A->

.....
%D8%A7%D9%84%D8%A2%D8%A8%D8%A7%D8%B1 تاريخ اخر زيارة

. (2024/4/2)

7- الدراسة المنشورة على الموقع الالكتروني التالي :

تاريخ اخر زيارة <https://www.science.org/doi/10.1126/science.abb8549>

. (2024/4/2)

سابعاً: المراجع الاجنبية

- 1- tremblay hugo, la gestion économique de l'eau souterraine par le droit de propriété, op cit .
- 2- land subsidence due to excessive ground water withdrawal. a case study from stavros – farsala site, west thessaly greece, rozos d.1 , sideri d.1 , loupasakis c.1 and apostolidis e.2 1 national technical university of athens, school of mining and metallurgical engineering.
- 3- deeper well drilling an unsustainable stopgap to groundwater depletion article in nature sustainability · august 2019

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي *

Russia's Use of Force in Syria in Light of the Rules of International Law

نزار صادق سعيد برواري

ماجستير في القانون الدولي العام

كلية القانون، جامعة دهوك، إقليم كردستان - العراق

Nezar Sadeq Saeed Barwari

Master's degree in public international law

College of law

University of Dohuk

<https://doi.org/10.56599/yaqeenjournal.v1i1.58>

تاريخ تسلّم البحث: 2024-5-3، تاريخ القبول بالنشر: 2024-5-11

* بحث مستل من رسالة الماجستير المعنونة (مشروعية استخدام القوة في سوريا في ضوء قواعد القانون الدولي) مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة دهوك سنة 2023، بإشراف الاستاذ الدكتور قاسم احمد قاسم

ملخص البحث

إن مبررات روسيا في استخدامها للقوة في سورية على الرغم من أن النظر إليها لأول وهلة تبدو منطقية وتتوافق مع قواعد القانون الدولي العام وخاصة ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن البحث فيها و تحليلها مع مقارنتها بما حصل و يحصل على الأراضي السورية، يؤكد أن تلك المبررات لا تتوافق مع ما نصت عليه قواعد القانون الدولي. فوجود المعاهدة الدولية أو طلب الحكومة السورية بالتدخل لمساعدتها لا يعني أن استخدام القوة من قبلها يتوافق مع القانون الدولي؛ لأن هذا الاستخدام هو ضد الشعب السوري وليس ضد دولة استخدمت القوة ضد سورية، إضافةً إلى أن هذا الاستخدام للقوة ليس ضد الجماعات الإرهابية فحسب، بل هو ضد الشعب السوري الذي طالب بحقوقه المشروعة بحركة شعبية واسعة النطاق من حيث الرقعة الجغرافية أو عدد المشاركين فيها، وأن الإرهاب ما كان إلا حجة لتبرير استخدام القوة والتدخل، وليس للالتزام بمحاربة الإرهاب كما نصت عليه القرارات الدولية. وإن الحل يتمثل بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي وخاصة ميثاق الأمم المتحدة والالتزام بما نص عليه في المادة (2/ فقرة 4) والمادة (51)، والالتزام أيضاً بالقرارات الصادرة من مجلس الأمن ضد الإرهاب وعدم توسيع مفاهيمهما؛ كونها تخالف أسس القانون الدولي وستجلب على البشرية ويلات الحروب مرة أخرى.

الكلمات المفتاحية: استخدام القوة، التدخل الروسي، سورية، مكافحة الإرهاب.

پوخته

هيجهتين روسيا ژ بو بکائينا هيزی ل سوريی، هر چنده د نيرينا پيشی دا يا لوجيکه وکونجايه ل گهل بنه ماين ياسا گشتيا نيف دهولتهی، بتاييهت سوزناما وه لاتين ئيکگرتی، لی ليکولين و نهالايکونا وان هيجهتا و بهراوردکونا وان دگهل وئ ئهوا دهينه رويدان لسهر ئهردی سوريی، پشتراستيهکی پهيدا دکهت کو ئهوا هيجهته نا کونجن دگهل بنه ماينت ياسا نيف دهولتهی، چونکه هه بونا پهيمانهکا دهولی يان داخازيا حکومهتا سوريی بو دهستيوهرانا روسيا و بکائينا هيزی و هاريکاريکونا وئ؛ وئ چهندي ناگههينيت کو ئهوا دهستيوهرانه دکونجيت دگهل بنه ماينت ياسا نيف دهولی، چونکه ئهوا دهستيوهرانه و کائينا هيزی دزی گهل سوريی بوو، نه دزی دهولهتهکی بوو شهر دگهل سوريی دکر يان دزی گروپين تيروست بنتی بوو، بهلکو دزی مللهتی سوريی بوو، ئهوا مللهتی داخازا مافين خواه يين رهوا دکر بهيزهکا مللی يا بهرفره ه چ ژ ئاليی ههژمارا بهشدار بوويا فه چ ژ ئاليی ناوچهگهريی فه، و تيروزم تتي هيجهتهک بوو ژ بو بکائينا هيزی و دهستيوهرانی، نهک پابهنديک بوو بدزاتيا تيروزمی ل ديف بريارت نيف دهولتهی. چارههسهری ئهوه، پندقيه ژراندن بوو بنه ماينت ياسا نيف دهولی وبتاييهت سوزناما وه لاتين ئيکگرتی و پابهند بوون ب مادي (۲) برگا (۴) و مادي (۵۱) و ئهوا بريارتين ژ نهجومهني ئاسايشا نيف دهولتهی دهركهتين بهيت کرن، دزی تيروزمی بي کو رامانا وئ بهيته بهرفرهکرن، چونکی يا ههقدزه دگهل بنه ماينت ياسا نيف دهولتهی و دی بوو مروقاتيني دووباره کارهساتين شهرا فهگيريه فه.

پهين سهرکی: بکائينا هيزی، دهستيوهرانا روسيا، سوريا، دزاتيا تيروزی.

Abstract

Russia's justifications for its use of force in Syria, although looking at it at first sight seems logical and complies with the rules of public international law, especially the Charter of the United Nations, but research and analysis of them with comparison with what happened and is happening on Syrian territory confirms that these justifications are incompatible with what is stipulated in the rules of international law, the existence of the international treaty or the request of the Syrian government to intervene to help it does not mean that the use of Force by it is in accordance with international law, because this use is against the Syrian people and not against a country that used force against Syria, in addition to that this use of force is not only against terrorist groups, but also against the Syrian people, who demanded their legitimate rights through a large-scale popular movement in terms of geographical area or the number of participants in it, and that terrorism was only an argument to justify the use of force and intervention and not to commit to fighting terrorism as stipulated in international resolutions. The solution is to refer to the rules of international law, especially the Charter of the United Nations, and to abide by what is stipulated in Article (2/paragraph 4) and Article (51) of the Charter, and also to abide by the resolutions issued by the Security Council against terrorism and not to expand their concepts as they violate the foundations of international law and will bring humanity the scourge of war again.

Keywords: Use of force, Russian intervention, Syria, Counterterrorism

المقدمة

مع دخول النزاع المسلح في سورية مرحلة اللارجوع، وإخفاق النظام السوري في إدارة الأزمة، وإصرار المعارضة على تحقيق مطالبها، جانب النزاع تأثيره وتأثره على المحيط الإقليمي والدولي، فعدم الاستقرار الداخلي والحروب الأهلية والفوضى في دولة كسورية ستمتد تداعياتها بلا شك، بأن تمس بشكل مباشر أمن واستقرار الدول الإقليمية، والمصالح الاستراتيجية الدولية.

وأن الأحداث التي جرت في سورية على قدر كبير من الأهمية والتعقيد في ظل واقعها الاستراتيجي والجيوسياسي، فتعارض المصالح وتباين المواقف السياسية لأطراف إقليمية ودولية من تلك الأحداث، أفرزت اصطفاً إقليمياً ودولياً وأدى إلى حرب بالوكالة، فبعض الدول دعمت النظام وشاركت معه في العمليات القتالية، حفاظاً على مصالحها ومناطق نفوذها في المنطقة، من خلال استخدام القوة والوجود الفعلي لقواتها في سورية، كل ذلك بمبررات أدعت أنها تضاهي القواعد المشروعة للمنظمة لاستخدام القوة في العلاقات الدولية.

أولاً- أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع، كونه يتعلق بأهم قواعد القانون الدولي وهو مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية؛ لكون هذا المبدأ يتعرض لخرق مستمر من قبل مختلف الدول وبحجج و مبررات متباينة، لكن تتمحور بالمحصلة النهائية حول المادة (51) من الميثاق وحق الدفاع عن النفس ومحاولات توسيع مفهومه.

ثانياً- مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في بيان ما اذا كان استخدام القوة من قبل روسيا في سورية مشروعة و متفقة مع القواعد المنظمة لاستخدام القوة في القانون الدولي؛ لأنها استندت إلى اتفاقية دولية وطلب رسمي من الحكومة السورية وقرارات مجلس الأمن الخاصة بإجازة استخدام القوة ضد الإرهاب.

ثالثاً- فرضية البحث: لا بد لكل باحث من فرضية ينطلق منها و يحاول إثباتها، وفرضيتنا في هذا البحث، تنطلق من نقطة أساسية مفادها، أن استخدام القوة في سورية من قبل روسيا في غالبه الأعم غير مشروع، بالرغم من أنها استندت إلى مبررات مشروعة وفق القواعد المنظمة لاستخدام القوة في القانون الدولي، كوجود معاهدة دولية وطلب رسمي من الحكومة السورية لاستخدام القوة فوق أراضيها ضد الإرهاب.

رابعاً- منهج البحث: إن طبيعة هذا البحث تستدعي اتباع المنهج الوصفي التحليلي، حيث نستخدم المنهج الوصفي لغرض وصف المبررات التي استندت إليها روسيا لاستخدامها القوة في سورية، ومن ثم نستعين بالمنهج التحليلي من أجل تحليل نصوص ميثاق الأمم المتحدة وقرارات الهيئة الدولية (مجلس الأمن والجمعية العامة)،

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

فضلاً عن أحكام محكمة العدل الدولية، ومن ثم تطبيقها على استخدام روسيا للقوة في سورية، لبيان مدى مشروعيتها وتوافقها مع القواعد والمعايير الدولية لاستخدام القوة في القانون الدولي العام.

خامساً- هيكلية البحث: لمعالجة موضوع البحث ارتأينا ان نقسمه إلى ثلاثة مباحث، تسبقها مقدمة و تعقبها خاتمة وبالشكل التالي:

المبحث الأول نتناول فيه، مبررات روسيا لاستخدام القوة في سورية وذلك في مطلبين، نتناول في المطلب الأول المبررات الاستراتيجية لاستخدام روسيا للقوة في سورية، فيما نخصص المطلب الثاني للمبررات القانونية لاستخدام روسيا للقوة في سورية. المبحث الثاني نتطرق فيه إلى مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية بالاستناد إلى معاهدة دولية وطلب رسمي من الحكومة السورية، وذلك في مطلبين أيضاً، حيث نبين في المطلب الأول بيان مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية بالاستناد لمعاهدة دولية، فيما نخصص المطلب الثاني لبيان مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية بالاستناد إلى طلب رسمي من الحكومة السورية. أما المبحث الثالث والأخير فخصصناه لتناول مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية ضد الإرهاب وذلك من خلال مطلبين، نتناول في المطلب الأول أهم قرارات مجلس الأمن للدفاع عن النفس ضد الإرهاب، فيما نتناول في المطلب الثاني مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية ضد الإرهاب.

المبحث الأول

مبررات روسيا لاستخدام القوة في سورية

بادئ ذي بدء، أن روسيا تعد من القوى العظمى التي لها دور فاعل ومؤثر في الشرق الأوسط، وأن علاقتها التاريخية مع سورية تعود إلى حقبة الاتحاد السوفيتي عام 1944، فهي أول دولة اعترفت باستقلال سورية وأقامت معها علاقات دبلوماسية، وفتحت سفارتها في دمشق عام 1955، وبحلول عام 1956 بدأت الاتصالات والعلاقات بين الطرفين بالتوسع، وساعد السوفييت سورية في المجالات الاقتصادية والفنية، ومع وصول حزب البعث العربي الاشتراكي إلى الحكم عام 1963 تطورت العلاقات بين الجانبين لتغدو أكثر عمقاً، وأخذت طابعاً استراتيجياً بتولي حافظ الأسد مقاليد السلطة بانقلاب "الحركة التصحيحية"، وتعددت مجالات التعاون السوفيتي - السوري لتشمل مجالات السياسة والاقتصاد والتعليم والثقافة، وصولاً إلى المجال الأهم،

وهو المجال العسكري⁽¹⁾، حيث عمل الاتحاد السوفيتي على تسليح سورية، وساعدها على تحقيق التوازن والثقل الاستراتيجي في مواجهة إسرائيل⁽²⁾، ونتيجة لهذه العلاقات منح النظام السوري قاعدة طرطوس للبحرية الروسية، باتفاق عام 1971⁽³⁾، ووقع معها اتفاقية الصداقة والتعاون الاقتصادي عام 1980⁽⁴⁾، إلا أن هذه العلاقات تراجعت في فترة التسعينيات مع انهيار الاتحاد السوفيتي، ومن ثم عادت للازدياد مجدداً في عهد الرئيس "بوتين"، فزيادة الضغوط الامريكية والغربية على سورية لفك ارتباطاتها الإقليمية مع إيران وحزب الله والمنظمات الفلسطينية، بعد غزو العراق عام 2003 ومقتل رفيق الحريري عام 2005، اتضح لسورية مدى حاجتها إلى توفير شبكة علاقات حماية دولية وتجديد الدعم الروسي، فقام الرئيس "بشار الاسد" بزيارتين إلى روسيا في 2005 و 2006، حيث تم الاتفاق خلالها على شطب 73% من الديون الروسية المستحقة على سورية، مقابل حصولها على امتيازات وتسهيلات استثمارية، ووقع الجانبان ست اتفاقيات مهمة في مجال الطاقة وتوسيع الموانئ السورية لاستقبال السفن الروسية⁽⁵⁾، وعقود بيع أسلحة متطورة أبرزها طائرات "ميغ 29" و"ياك 130" للتدريب وبطاريات من صواريخ "بانتسير" و "بيوك" للدفاع الجوي، بالإضافة إلى صواريخ "ب - 800 - ياكهونت" للدفاع البحري، وقد بلغت قيمة هذه المشتريات 4 مليارات دولار أمريكي⁽⁶⁾، كما تم أيضاً الاتفاق على جملة من القضايا الأخرى التي تهم البلدين، وأعلن عن الوثيقة المشتركة حول مواصلة تعميق علاقة الصداقة والتعاون، وفي المقابل، زار الرئيس "ميدفيدف" عام 2010 سورية، ضمن إطار تعزيز الشراكة الاستراتيجية مع سورية، وبعث برسالة إلى المعسكر الغربي، بأن سورية ليست وحدها، وأن أية عملية تستهدف نظامها ستكون روسيا حاضرة في الدفاع عنها.⁽⁷⁾

1 عمار ياسر حمو، روسيا والثورة السورية من دعم القاتل الى شريك في القتل، ط1، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2016، ص 9-10.

2 محمد عبدالقادر محمد، استراتيجية التفاوض السورية مع اسرائيل، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد 25، ط1، 1999، ص 24

3 د. خلود محمد خميس، الازمة السورية واستراتيجية التدخل الروسي في المنطقة العربية، مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية، جامعة بغداد، العدد الستون، 2015، ص 125.

4 د. عامر كامل احمد، التدخل الروسي في الازمة السورية، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، المجلد 2016، العدد 6، 31 كانون الاول 2016، ص 89.

(5) المصدر نفسه، ص 89.

(6) نزار عبدالقادر، الربيع العربي والبركان السوري نحو سايكس - بيكو جديد، ط 1، مطبعة شمص، بيروت، بدون سنة نشر، ص 239.

(7) د. عامر كامل أحمد، مصدر سابق، ص 90.

وتأسيساً على ما سبق؛ فإن روسيا ومنذ بدء الأحداث في سورية قدمت لها دعماً سياسياً وعسكرياً، من خلال توفير مظلة حماية دولية في مجلس الأمن عن طريق نقض قراراتها بالفيتو ومساعدات عسكرية تمثل بالتسلح لأكثر من خمس سنوات ومن ثم بالتدخل العسكري المباشر في 30 أيلول 2015⁽¹⁾، ولأهمية سورية بالنسبة للمصالح الروسية وعلاقتها الإقليمية والدولية، سنتطرق في هذا المبحث لبيان مبرراتها لاستخدام القوة في سورية، ذلك في مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان المبررات الاستراتيجية، والمطلب الثاني لبيان المبررات القانونية.

المطلب الأول

المبررات الاستراتيجية

إن لروسيا مصالح كبيرة معلنة وخفية في المنطقة العربية، وخاصة في سورية، فاستخدامها للقوة في سورية حتماً لم يأتِ دفاعاً عن النظام بقدر دفاعها عن مصالحها التي يجسدها النظام، ونوجزها بالنقاط التالية:

- 1- أرادت روسيا من خلال تدخلها في سورية، باستعادة دورها المؤثر في النظام الدولي، الذي فقدته بعد انهيار الاتحاد السوفيتي، كلاعب دولي وقوة عظمى، وتصحيح خلل توازن القوى مع الولايات المتحدة الأمريكية.⁽²⁾
- 2- أرادت روسيا من خلال استخدامها للقوة في سورية، أن تبعث برسالة إلى حلفاء روسيا والدول الأخرى، بأن موسكو تدعم حلفائها بالفعل ويمكن الوثوق بها في وقت الازمات خلافاً لمواقف القوى الدولية الأخرى.
- 3- تأكد الروس من أن سقوط النظام السوري سيؤدي إلى تغيير الخريطة الجيوسياسية في المنطقة، حيث ستضعف إيران، التي لها مكانة استراتيجية في المنظومة الروسية، وهذا بدوره يعني ان روسيا ستخسر منطقة الشرق الاوسط برمتها،⁽³⁾ الأمر الذي يفسر إبرام روسيا لمعاهدة سرية مع سورية اثناء زيارة الاسد لموسكو في 20 تشرين الاول 2015، بناءً على احكام معاهدة الصداقة بين اتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفياتية والجمهورية العربية السورية لعام 1980 والاتفاقية الموقعة بين وزارة الدفاع الروسي ووزارة الدفاع

(1) علي بن زهرة، الابعاد الاستراتيجية للتدخل الروسي في الازمة السورية (2011 - 2018)، مجلة السياسة العالمية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، المجلد 4، العدد 3، آذار 2021، الجزائر، ص 89.

(2) عهد جبر قطريب، دوافع الموقف الروسي في الازمة السورية، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية - سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة تشرين، اللاذقية- سورية، المجلد 40، العدد 2، 2018، ص 197 - 198.

(3) نجاة مدوخ، السياسة الخارجية الروسية تجاه منطقة الشرق الاوسط في ظل التحولات الراهنة (دراسة حالة سوريا 2010 - 2014)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2014 - 2015، ص 172.

.....
في الجمهورية العربية السورية لعام 1994، حول الوجود الروسي الطويل الامد في هذه القواعد مقابل دعم روسيا للنظام السوري سياسياً وعسكرياً ومنعه من السقوط.⁽¹⁾

4- إنَّ التنافس الاقليمي والدولي على خطوط نقل الغاز والنفط، تعد من المبررات المهمة التي دفعت روسيا للتدخل العسكري المباشر في سورية، حيث انها تخشى من ان يؤدي سقوط النظام إلى زعزعة هيمنتها على سوق الغاز الأوروبي نتيجة مد انابيب الغاز القطري عبر السعودية إلى تركيا وربطها بخط انابيب "تاباكو" إلى أوروبا، و بذلك يمكن الاستغناء عن الغاز الروسي.⁽²⁾

5- اهمية سورية الاقتصادية بالنسبة لروسيا، حيث انها تعد اهم شركائها التجاريين العرب، خاصة في مجال الطاقة والتسلح، اذ تشكل التجارة الروسية - السورية ما نسبته 20% من اجمالي التجارة الروسية - العربية، وفي فترة قبيل الاحداث شهدت ازدياداً ملحوظاً اذ ارتفعت إلى (1,92) مليار دولار عام 2011.⁽³⁾

(1) قد تسرب بعض بنود هذه المعاهدة السرية، للاطلاع ينظر:

، The secret pact between Russia and Syria that gives Moscow carte blanche، Michael Birnbaum
Available at:، 2014، Jan 5، The Washington post
<https://www.washingtonpost.com/News/worldviews/wp/2016/01/15/the-secret-pact-between->

2023.، Feb 18، [russia-and-syria-that-gives-moscow-cart-blanche/](https://www.washingtonpost.com/News/worldviews/wp/2016/01/15/the-secret-pact-between-russia-and-syria-that-gives-moscow-carte-blanche/) Date of Visit

كما ان البعض ذهب الى القول بأن الاتفاق تعطي روسيا استغلال تلك القواعد لفترة لا تقل عن نصف قرن، للمزيد ينظر: الحسن احمد ابكاس، الحرب في سوريا: الفاعلون والتفاعلات، مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، المركز الديمقراطي العربي، برلين ، العدد الخامس، تشرين الثاني 2020 ، ص 35.

(2) د. ناصر زيدان، دور روسيا في الشرق الاوسط وشمال افريقيا من بطرس الاكبر الى فلاديمير بوتين، ط1، الدار العربية للعلوم، بيروت، 2013، ص 243.

1. (3) د. وليد عبد الحي، محددات السياستين الروسية والصينية تجاه الازمة السورية، مركز الجزيرة للدراسات، الدوحة، 3 نيسان 2012، ص 6. كما ينظر: احمد جمعة زيدان الجابري، الازمة السورية ودورها في التواجد الروسي في الشرق الاوسط، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية والادارية والدبلوماسية، الجامعة الاسلامية في لبنان، 2021 - 2022، ص

. 57

المطلب الثاني

المبررات القانونية

رغم الانتقادات التي وجهت إلى روسيا لتقديمها الدعم السياسي والعسكري للنظام السوري ضد تطلعات الشعب السوري في التغيير نحو الديمقراطية، إلا أن موسكو كانت لها وجهة نظر أخرى ومبررات قانونية لهذا الدعم أهمها:

1- تعد روسيا من الدول المستهدفة من قبل الإرهاب، فمن بين جميع الهجمات الإرهابية في العالم، تحدث 5،1% في روسيا وحدها، وان اغلب هذه الهجمات تقع في منطقة شمال القوقاز المضطربة مثل الشيشان وداغستان وتارستان، وان ظهور تنظيم الدولة الإسلامية، الذي من شأنه أن ينشر ايولوجيته الاسلامية ويزرع استقرار البيئة الدولية لروسيا، اثار خشية الروس، خاصة بعد أن ظهرت عناصر تنتمي لهذا التنظيم في دول الجوار الروسي مثل اذربيجان وطاجكستان وقيرغيزستان واوزبكستان، إذ اعلن زعيم حركته (حركة اوزبكستان) "عثمان غازي" عن انضمامه لتنظيم الدولة الاسلامية⁽¹⁾، ووفقاً للتقديرات المختلفة؛ فإن هناك 7000 مقاتل من الشيشان ومن دول رابطة الدول المستقلة يوجدون في صفوف داعش في كل من العراق وسورية، منهم 2400 مقاتل من روسيا وما بين 2600 - 4500 مقاتل من جمهوريات الاتحاد السوفيتي السابق، وخاصة في اسيا الوسطى، فمن الأهمية أن لا تسمح روسيا بعودة هؤلاء المقاتلين الإرهابيين الذين اكتسبوا الخبرة القتالية إلى اوطانهم لما يؤدي ذلك إلى زعزعة الاستقرار الداخلي لروسيا؛ لذلك سوغت موسكو تدخلها العسكري واستخدامها للقوة في سورية، بأنه يهدف إلى حماية حدودها وأمنها من المقاتلين الذين التحقوا بمعسكرات داعش ومنعهم من العودة إلى الاراضي الروسية، وكذلك محاربة تنظيم جبهة النصره "فتح الشام" التابع للقاعدة، والذي يدعو إلى شن عمليات انتقامية ضد روسيا⁽²⁾، وتنظيم داعش الذي زادت قوته ونفوذه في المنطقة والتي عجز التحالف الدولي عن وضع حد لهذا النفوذ رغم مرور فترة زمنية على بدء نشاط التحالف ضد داعش⁽³⁾.

2- ان استخدام القوة من قبل روسيا ووجودها الفعلي في سورية، جاء بناءً على طلب رسمي من الحكومة السورية لمحاربة الإرهاب⁽⁴⁾، إذ وافق مجلس الاتحاد الروسي بالإجماع على تفويض الرئيس "بوتين"

(1) د. نوار جليل هاشم، السياسة الروسية تجاه مكافحة الارهاب (سوريا نموذجاً)، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي، المجلد 2، العدد 11، أيلول 2018، برلين، ص 82-83.

(2) عهد جبر قطريب، مصدر سابق، ص 200.

(3) احمد جمعة زيدان الجابري، مصدر سابق، ص 58.

(4) عهد جبر قطريب، مصدر سابق، ص 196.

.....

باستخدام القوة المسلحة الروسية خارج البلاد، بعد ان عقد المجلس جلسة سريعة في 30 أيلول 2015⁽¹⁾، ووفق هذا التفويض حدد الرئيس "بوتين" اطار تدخل روسيا العسكري في سورية، بدعم الجيش السوري فقط في كفاحه المشروع ضد التنظيمات الارهابية اولاً، واقتصره على الدعم الجوي دون المشاركة في العمليات البرية ثانياً، كما اكد ان روسيا لا تنوي ان تغرس رأسها في النزاع السوري، إلا ان الطريق الصحيح لمكافحة الارهاب الدولي في سورية يتطلب القيام بخطوات وقائية، وتصفية المسلحين والارهابيين في المناطق التي يسيطرون عليها دون ان ننتظر قدومهم إلى بيوتنا، كما شدد على ان روسيا دائماً كانت ولا تزال تؤيد مكافحة الارهاب الدولي، على ان تجري وفق القانون الدولي وفي اطار قرارات يتخذها مجلس الأمن او بطلب من جهة تحتاج إلى مساعدة⁽²⁾، وان روسيا تعمل استناداً إلى ميثاق الامم المتحدة، أي المبادئ الاساسية للقانون الدولي الحديث، التي يمكن بموجبها تقديم هذا النوع من المعونة، بما في ذلك المساعدة العسكرية، ويجب ان تقدم حصراً للحكومة الشرعية، وهي ما تقوم بها روسيا، حيث نعمل بناءً على طلب من الحكومة السورية لتقديم المساعدة العسكرية والفنية وبموجب عقود دولية قانونية تماماً⁽³⁾، ورحبت الحكومة السورية بالتدخل العسكري الروسي لمحاربة تنظيم داعش على اراضيها، وعدته تدخلاً مشروعاً ومتوافقاً مع القانون الدولي، كونه جاء بالتنسيق معها.⁽⁴⁾

(1) Shaun Walker، Russia Parliament Grants Vladimir Putin Right to Deploy Military in Syria، The Guardian، Sep30، 2015، Available at: <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/30/russian-parliament-grants-vladimir-putin-right-to-deploy-military-in-syria>، Date of Visit Feb 19، 2023.

(2) نصر المجالي، بوتين مبرراً التدخل في سوريا: التنظيم كان اعلن عداوتنا - غارات موسكو الاربعاء لم تستهدف "داعش"، الايلاف، 30 أيلول 2015، متاح على الرابط الالكتروني:

<https://elaph.com/amp/Web/News/2015/9/1043535.html>، تاريخ الزيارة 2023/2/19.

(3) Hasan Selim Ozertem، Russia Shifting Strategy in Syria: Implications for Turkish foreign policy، Arab Center for Research & policy Studies، Doha، Des 2015، p 3.

(4) احمد جمعة زيدان الجابري، مصدر سابق، ص 59.

المبحث الثاني

مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية بالاستناد إلى معاهدة دولية وطلب رسمي من الحكومة السورية

من المسلم به ان مشروعية استخدام القوة في العلاقات الدولية مرهونة بالحالات الواردة استثناءً في ميثاق الامم المتحدة، حالة الدفاع عن النفس الفردي والجماعي وحالة تدابير الأمن الجماعي، إلا ان المبادئ القانونية المعترفة بها في الفقه الدولي والممارسات الدولية قد أضيف اليهما استثناء آخر، وهو حالة استخدام القوة والتدخل بناءً على طلب من الدولة نفسها ، إذ لا يعد ذلك مساساً بسيادة الدولة ولا يشكل انتهاكاً لمبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية.⁽¹⁾

وعلى ضوء ذلك، يلاحظ أنّ المبررات القانونية التي تمسكت بها روسيا، تمثلت بوجود طلب رسمي من الدولة السورية ووجود معاهدة (اتفاقية) دولية، بالإضافة إلى مكافحة الارهاب الدولي، وعليه سنناقش هذه المبررات. شروطها، ضوابطها واحكامها وفق قواعد القانون الدولي وقرارات مجلس الأمن، ومن ثم نطبقها على استخدام القوة من قبل روسيا، لبيان مدى مشروعية استخدامها للقوة في سورية، من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين، في المطلب الاول نتناول استخدام روسيا للقوة لوجود معاهدة (اتفاقية) دولية، وفي المطلب الثاني سنتطرق لاستخدام القوة بناءً على طلب رسمي من الحكومة السورية، فيما نحيل استخدام روسيا للقوة ضد الارهاب إلى المبحث الثالث.

المطلب الاول

استخدام روسيا للقوة في سورية لوجود معاهدة (اتفاقية) دولية

من الجدير بالذكر ان معاهدات الدفاع المشترك تندرج ضمن معاهدات الدفاع عن النفس الجماعي، وأن استخدام القوة من قبل احد اطراف المعاهدة للدفاع عن الدولة التي تتعرض لعدوان مسلح من قبل دولة اخرى، تكون مشروعة، متى ما استوفت تلك المعاهدة او الاتفاقية شروطاً معينة، منها شروط تتعلق بصحة ابرام المعاهدات الدولية وشروط تتعلق بتحقيق حالة الدفاع عن النفس الجماعي.

لاشك ان شروط صحة المعاهدات الدولية تتمثل، بشروط متعلقة بالانعقاد، كأهلية التعاقد والرضا الخالي من عيوب الارادة ومشروعية موضوع المعاهدة، وشروط متعلقة بالإنفاذ الذي تصبح المعاهدة بموجبه

(1) د. ابراهيم الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية الدولية عنها، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2019، ص 303.

سارية المفعول بحق أطرافها، فضلاً عن ضمان التكافؤ في المعاهدة، بمعنى خلوها من شرط الاسد⁽¹⁾، وان البحث في هذه الشروط ومدى صحتها يقتضي تفصيلاً لا مجال هنا لذكره، لكن الذي يهمنا هو ان المعاهدة التي يتخلف عنها شرط من شروط الانعقاد او النفاذ او تتضمن شرط الاسد تكون باطلة وغير مشروعة، وفي ذلك نذكر مثلاً، أنَّ الحكومة الكورية تمسكت بعيب الاكراه، الذي هو أحد عيوب الرضا عندما دفعت ببطلان المعاهدة المعقودة بينها وبين اليابان عام 1905، والتي بموجبها وضعت كوريا تحت الحماية اليابانية، كما ان الجمعية العامة للأمم المتحدة وصفت معاهدة الضمان، غير متكافئة التي تحتوي شرط الاسد⁽²⁾، والمعقودة بين "القبرص واليونان وتركيا والمملكة المتحدة" عام 1960، باطلة ايضاً لمخالفتها مبادئ القانون الدولي وروح ميثاق الامم المتحدة وخرقها الواضح لمبدأ المساواة في السيادة.⁽³⁾

(1) يقصد بالمعاهدات الغير متكافئة " تلك المعاهدات التي تتطوي على انعدام المساواة في المراكز التعاقدية بين طرفيها واختلال في الامتيازات والالتزامات الناشئة عنها بالنسبة لكل منهما بحيث يؤدي استمرارها الى انتهاك سيادة الطرف الاضعف فيها واهدار مصالحه الحيوية" ويوصف حينها بأنها متضمنة شرط او حصة الاسد، للمزيد ينظر: د. خليل اسماعيل الحديثي، المعاهدات الغير متكافئة المعقودة وقت السلم دراسة قانونية سياسية، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، 1981، ص 8.

(2) معاهدة الضمان هي المعاهدة المعقودة في اعقاب مؤتمري لندن وزيورخ بين كل من اليونان وتركيا والمملكة المتحدة وقبرص، حيث بحث خلالها استقلال جزيرة قبرص، تضمن هذه المعاهدة في المادة (2/ ف 4) منه حقاً للدول الضامنة الثلاثة التدخل المسلح في قبرص منفرداً او مجتمعاً في حال اخلال قبرص بالتزاماتها بموجب المعاهدة، وبعد ان وقعت الحرب الأهلية في قبرص عام 1963 بين القبارصة اليونانيين والأتراك، حاولت تركيا التدخل في قبرص وفقاً لمعاهدة الضمان، احتج وزير خارجية قبرص لدى مجلس الأمن لسعي تركيا التدخل في شؤون بلادة الداخلية وفق للمعاهدة معتبراً ايها غير متكافئة يتضمن شرط الاسد وهي باطلة. ينظر: د. خليل اسماعيل الحديثي، مصدر سابق، ص 199- 200 . د. علاء الدين حسين مكي خماسي ، استخدام القوة في القانون الدولي، المكتبة الوطنية، بغداد، 1982، ص131-132. كما ينظر:

Report of the security Council 16 July 1963_15 July 1964 ، General Assembly . Official records : Nineteenth Session ، Supplement No.2 (A/5802) ، Chapter 5،C،p56.

(3) للمزيد ينظر: د. عبدالفتاح عبدالرزاق محمود، مبدأ عدم التدخل والتدخل في القانون الدولي العام - دراسة تحليلية، ط1، مؤسسة موكرياني للطباعة والنشر، أربيل، كوردستان، 2002، ص 197 - 199.

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

أما الشروط المتعلقة بحالة الدفاع عن النفس الجماعي، فتتمثل بالشروط المتعلقة بفعل العدوان وفعل الدفاع، فضلاً عن الشروط التي أقرها العرف والقضاء الدولي لحالة الدفاع عن النفس الجماعي.⁽¹⁾

وتأسيساً على ما ذكر؛ فإن مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية بالاستناد إلى معاهدات الدفاع المشترك والاتفاقيات الدولية، يتطلب ابتداء معرفه ما اذا كانت هذه المعاهدات مستوفية لشروط صحتها وشروط حالة الدفاع عن النفس الجماعي أم لا؟ ومن ثم يمكننا الحكم على مدى مشروعية استخدامهم للقوة وفقاً لها.

أولاً: مدى توافر شروط صحة المعاهدات

1- من المعلوم ان بنود المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تدرع بها روسيا كأحد مبررات استخدام القوة في سورية، هي سرية، الامر الذي لا يمكن بيان ما اذا كانت هذه المعاهدات او الاتفاقيات مستوفية لشروط صحة المعاهدات الدولية التي نصت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية لعام 1969، كما لا يمكن لها التمسك بها، امام أي فرع من فروع الامم المتحدة لإضفاء المشروعية على استخدامهم للقوة وفق هذه المعاهدات والاتفاقيات، إذ نصت المادة (80) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية لعام 1969 على "1- ترسل المعاهدات بعد دخولها حيز التنفيذ إلى الامانة العامة للأمم المتحدة لتسجيلها وحفظها بحسب الحال وكذلك نشرها....." والمادة (102) من ميثاق الامم المتحدة قد نصت على أنه: "1- كل معاهدة او اتفاق دولي يعقده أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة، بعد العمل بهذا الاتفاق يجب ان يسجل في أمانة الهيئة وان تقوم بنشره بأسرع وقت ممكن. 2- ليس لأي طرف في معاهدة او اتفاق دولي لم يسجل وفقاً للفقرة الاولى من هذه المادة ان يتمسك بتلك المعاهدة او ذلك الاتفاق امام أي فرع من فروع الامم المتحدة"، لذلك يعد عدم تسجيل المعاهدة انتهاكاً لميثاق الامم المتحدة واتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية لعام 1969، رغم ان ذلك لا يجعلها غير صحيحة او غير صالحة للعمل بموجبها.

2- لا يمكن افتراض ان الاتفاقية الموقعة بين روسيا وسورية في تشرين الاول 2015 متكافئة، فبحسب صحة تسريب بنود المعاهدة، دون ملاحظتها التي ظلت سرية، تظهر مدى انتقاصها من السيادة السورية وتنافيها مع مبدأ التساوي في السيادة بين الدول، فبموجب هذه الاتفاقية منحت سورية قاعدة حميم الجوية وقاعدة

(1) لمعرفة الشروط التي أقرتها العرف والقضاء الدولي لحالة الدفاع عن النفس الجماعي، ينظر: نزار صادق سعيد، مشروعية استخدام القوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي العام دراسة تحليلية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة دهوك، 2023، ص 31-34.

طرطوس البحرية لروسيا لمدة (49) عاماً قابلاً للتجديد لمدة (25) عاماً أخرى، بشكل مجاني، بالإضافة إلى امتيازات أخرى⁽¹⁾، مقابل الدعم العسكري الروسي لبقاء النظام السوري.

3- رغم سرية بنود تلك الاتفاقية، إلا أن موضوع الغرض من تلك المعاهدة ومدى مشروعيتها، لا يستوعب أكثر من احتمالين، الأول ان يكون الغرض منها الدفاع المشترك بين الدولتين في حال العدوان المسلح على إحدهما، والثاني الدفاع عن انظمة الحكم القائمة، على ان تتضمن غرضاً ظاهرياً مشروعاً، فاذا كان الغرض من تلك المعاهدات والعقود الاحتمال الاول؛ فإن استخدام القوة من قبلها في سورية بالاستناد عليها، تكون غير مشروعة، فسورية لم تتعرض لعدوان مسلح خارجي، كما تدعي الحكومة السورية، بل كانت هناك ثورة سلمية، طالب فيها الشعب بحقه في تقرير مصيره السياسي، واذا كان الغرض من تلك المعاهدة (الاتفاقية) الاحتمال الثاني وهو الراجح، حيث أثبتت عملياتها العسكرية استهدافها للمعارضة السورية اسوةً بالتنظيمات الارهابية؛ فإن استخدامها للقوة بالاستناد عليها يكون أيضاً غير مشروع، بل وان تلك المعاهدة

(1) ان ابرز ما ورد في بنود هذه الاتفاقية من امتيازات للجانب الروسي هي:

- 1- موافقة سورية على قيام الاتحاد الروسي بتوسيع وتطوير وتحديث البنية التحتية "مرفق الدعم اللوجستي" ويقصد به قاعدة حميم الجوية وقاعدة طرطوس البحرية، فضلاً عن تزويدها بالأراضي المطلوبة التي اتفق عليها وبدون أي مقابل.
- 2- يحدد الجانب الروسي نوع وكمية المعدات الجوية والذخائر والمعدات العسكرية، كما يحدد ادخال واخراج أي معدات وذخائر وقذائف وغيرها من المواد اللازمة دون أي رسوم او واجبات، ويبقى جميع الممتلكات الموجودة في مرفق الدعم اللوجستي ملكاً للاتحاد الروسي.
- 3- يحق للطرف الروسي الانتشار في الجمهورية العربية السورية والاحتفاظ بالعدد المطلوب من الافراد لدعم مرفق الدعم اللوجستي وعلى نفقة الطرف الروسي.
- 4- حدد الحد الاقصى لعدد السفن الحربية التي تسمح لها بالتواجد في نفس الوقت في مرفق الدعم اللوجستي بإحدى عشرة سفينة حربية بما في ذلك السفن الحربية التي تعمل بالطاقة النووية.
- 5- تتمتع جميع الوحدات العسكرية الروسية والجنود وافراد أسرهم ومن في رعايتهم والمقاولين من مواطني روسيا بالحصانة من الولاية القضائية المدنية والادارية والجنائية السورية، كما يعفون من الضرائب المباشرة وغير المباشرة.
- 6- جميع الممتلكات المنقولة وغير المنقولة الروسية مصنوعة، لا يجوز انتهاك حرمتها ولا يحق لممثلي الجمهورية العربية السورية دخول مرفق الدعم اللوجستي دون اتفاق مسبق.
- 7- تتحمل الجمهورية العربية السورية مسؤولية المطالب التي قد يتقدم بها أي طرف ثالث نتيجة الاضرار الناجحة عن انشطة القوات الروسية.

للمزيد ينظر:

-Michael Birnbaum, Op. Cit.

- Anna Davis and Richard Moss ، Russian _ Syrian Naval an Ari Basing Agreement 2015 _2020 ، Russia Maritime Studies / United States Naval War College ، Published ، Jun25 2019.

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

او(الاتفاقية) تكون باطلّة؛ لأن الغرض منها غير مشروع لوقوفها بالضد لحق الشعب السوري في تقرير مصيره السياسي، والتي هي قاعدة أمرة من قواعد القانون الدولي. (1)

ثانياً: مدى توافر شروط حالة الدفاع عن النفس الجماعي

1- فعل العدوان: ادعت سورية منذ بداية الاحداث انها تتعرض لعدوان مسلح من قبل مجاميع مسلحة تكفيرية وارهابين، إلا ان المجتمع الدولي كان مقتنعاً بأن هناك حركة احتجاجية شعبية سلمية تطالب بإصلاحات سياسية ومن ثم تغيير النظام في اطار حقها في تقرير مصيرها، لكن رد فعل النظام واستخدام القوة ضد المحتجين السلمين، دفع بالمنظمات الاقليمية والدولية إلى مطالبة النظام بوقف العنف وحل الازمة بطرق سلمية؛ لذلك لم يكن هناك أي عدوان مسلح خارجي بل كانت هناك احتجاجات سلمية تطورت إلى نزاع مسلح وحرب أهلية.

2- فعل الدفاع: ان رد فعل النظام السوري وحلفائه كل من ايران مع ميليشياتها ومن ثم روسيا، باستخدام القوة بشكل مبالغ فيه من حيث الوسائل والاساليب، كاستخدام الطائرات الحربية والمروحية والصواريخ والبراميل المتفجرة ضد المدنيين والمعارضة السورية، لم يكن أبداً ضرورياً ومتناسباً، إذ ارتقى إلى جرائم حرب وجرائم ضد الانسانية، وحال الفيتو الروسي على مشروع قرار استخدام الاسلحة الكيماوية من قبل النظام السوري الذي قدمته المملكة المتحدة في 2014 إلى مجلس الامن لإحالتها إلى المحكمة الجنائية الدولية، دون معاقبة مرتكبي هذه الجرائم. (2)

3- استعداد مجلس الامن للتدخل: إن استخدام القوة دفاعاً عن النفس، حق مؤقت يفترض ان يتوقف، حال تدخل مجلس الامن، واتخاذ التدابير اللازمة لمنع استمرار العدوان وحل الازمة، إلا أن روسيا، استغلت مركزها في مجلس الامن كدولة دائمة العضوية واستخدمت حق النقض (الفيتو) 12 مرة، للحيلولة دون تدخل مجلس الامن في النزاع وفق تدابير الامن الجماعي، رغم استعداد المجلس للقيام بمهامه بما يثبت رغبتها في الاستمرار باستخدام القوة بشكل منفرد ضد المعارضة السورية، بعيداً عن مجلس الامن للمحافظة والابقاء على النظام السوري، وهكذا نستنتج أنّ استخدام القوة من قبل روسيا في سورية وفق هذا المبرر، غير مشروع، ويتنافى قواعد القانون الدولي المنظمة لاستخدام القوة في العلاقات الدولية.

(1) المادة (53) من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية لعام 1969، حيث تنص " تكون المعاهدة باطلة اذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة أمرة من القواعد العامة للقانون الدولي.....".

(2) ينظر مشروع القرار بالوثيقة رقم S/2014/348 في 22 أيار 2014.

المطلب الثاني

استخدام روسيا للقوة في سورية بناءً على طلب رسمي من الحكومة السورية

من المسلم به، ان ميثاق الامم المتحدة قد نص في المادة (2/4) على مبدأ حظر استخدام القوة، واقتصره على العلاقات بين الدول، أما النزاعات الداخلية فقد عدتها شأنًا داخلياً تختص بمعالجتها الدول وحدها ما لم يترتب عليها تهديد السلم والامن الدوليين، لذلك يطرح السؤال فيما اذا كان استخدام القوة بناءً على طلب الدولة يعد استثناءً ضمناً من مبدأ حظر استخدام القوة ام لا؟

ولتفصيل السؤال اكثر، يمكن القول ان طلب الدولة استخدام القوة فوق اقليمها، حال تعرضها لاعتداء مسلح من دولة او دول اخرى، يندرج ضمن حق الدفاع عن النفس الجماعي، وهو استثناء نص عليه الميثاق صراحةً في المادة (51) منه، لكن السؤال ماذا لو تم طلب استخدام القوة بمناسبة نزاع داخلي او حرب أهلية؟

للإجابة عن هذا السؤال، نشير إلى ان مبادئ وقواعد القانون الدولي وقرارات الجمعية العامة، تؤكد بصراحة على عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية والخارجية للدول او اثاره النزاعات الداخلية او التدخل في الحروب الاهلية، بل اوجب على الدول الامتناع عن تنظيم او مساعدة او تدبير او تشجيع او السماح بنشاطات مسلحة تخريبية او ارهابية تستهدف نظام اية دولة بالعنف.⁽¹⁾

اما فقه القانون الدولي فقد اختلف حول حق التدخل واستخدام القوة في دولة بناءً على طلب اطراف النزاع الداخلي سواءً " الحكومة او المعارضة "، فذهب البعض إلى القول بأنه ليس هناك ما يمنع التدخل في الحروب الاهلية او النزاعات الداخلية، وتلبية طلب المساعدة من حكومة دولة صديقة لاستتباب الاستقرار فوق اقليمها، ويذهب البعض الاخر إلى القول بأن الحكومات الاجنبية يجب أن تساعد الفريق الذي تعتبره محقاً، في حين يذهب اخرون إلى ان التدخل إلى جانب أيّ من الفريقين يعتبر عملاً غير مشروع، لتعارضه مع حق الشعوب في اختيار نظام الحكم الذي يرتضيه⁽²⁾، وهناك اتجاه آخر، نحن نرجحه، يؤيد مشروعية التدخل واستخدام القوة متى ما اخذت بنظر الاعتبار مصالح الشعب، فلا يجب التسليم بمشروعية التدخل الاجنبي واستخدام القوة بمجرد طلبه من حكومة الدولة، فالحكومة قد تكون عميلة تفرض وجودها رغم ارادة شعبها

(1) ينظر: قرار الجمعية العامة (IV) A/RES/375 في 6 كانون الاول 1949، مشروع اعلان بشأن حقوق وواجبات الدول. قرار الجمعية العامة (2131) في 1965 المتعلقة بعدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها. قرار الجمعية العامة (2625) في 1970، اعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون وفقاً لميثاق الامم المتحدة.

(2) د. عبدالفتاح عبدالرزاق محمود، مصدر سابق، ص 203.

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

وتستعين بقوى أجنبية لاستخدام القوة ضد معارضيها⁽¹⁾. اما الممارسات الدولية، ففي الواقع لم تمنع من استخدام القوة في دولة بناءً على طلبها للمساعدة في استعادة الاستقرار والنظام فوق اقليمها ووضع نهاية للحروب والنزاعات الاهلية فيها⁽²⁾، لكن استلزم توافر ضابطين اساسيين لاعتبار هذا النوع من التدخل واستخدام القوة مشروعاً وهي:

اولاً: ان يصدر الطلب بشكل فعلي وصريح من حكومة شرعية تمثل ارادة الشعب ارادة حقيقية.⁽³⁾

ان مغزى هذا الضابط هو، اولاً ان يصدر الطلب بشكل حقيقي وفعلي من حكومة الدولة، لا أن تتذرع الدولة المتدخلة بوجود طلب هو في الاساس غير موجود، كالتدخل الروسي في هنغاريا عام 1956، وثانياً ان يصدر الطلب من الحكومة الشرعية للدولة، تلك الحكومة التي لها امتداد شعبي داخلي ومحلاً لرضى الشعب وقبوله⁽⁴⁾، بمعنى ليست حكومة استبدادية دكتاتورية تفرض وجودها بالقوة.

ثانياً: ان يكون الهدف من التدخل مشروعاً ويحقق مصالح الشعب.⁽⁵⁾

ان يهدف طلب استخدام القوة في اقليم دولة ما بناءً على دعوة من حكومتها إلى تحقيق مصالح الشعب، الا انه يلاحظ في بعض الاحيان ان الدول تتخذ اسباب ظاهرية لتأييد طلب المساعدة بالتدخل في دولة واستخدام القوة في اقليمها، وهي في الحقيقة تسعى من ورائها لتحقيق غايات اخرى، فلا يمكن التسليم بمشروعية تدخل دولة في دولة اخرى تسعى إلى تغيير نظامها السياسي واستبدالها بنظام آخر او الابقاء على نظام استبدادي حليف لها متجاهلاً مصالح وحقوق شعب تلك الدولة في اختيار نظامه السياسي الذي يرتضيه.⁽⁶⁾

وتأسيساً على ما ذكر؛ فإن تطبيق الشرطين سالفين الذكر على الحالة السورية، تبين ما اذا كان بإمكان النظام السوري توجيه دعوة صحيحة إلى روسيا لاستخدام القوة في اقليمها ومدى مشروعية هذا الاستخدام للقوة من قبلها.

الشرط الاول: فعلية الطلب وشرعية الحكومة

(1) د. جعفر عبدالسلام، المنظمات الدولية، دار نهضة مصر للطبع والنشر، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 376-377.

(2) د. محمد خليل الموسى، استخدام القوة في القانون الدولي، ط1، دار وائل للنشر، عمان - الاردن، 2004، ص 155.

(3) المصدر نفسه، ص 156.

(4) د. عاطف علي علي الصالحي، مشروعية التدخل الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 299.

(5) د. عاطف علي علي الصالحي، مصدر سابق، ص 299.

(6) ينظر: مبدأ تساوي الشعوب في حقوقها وحققها في تقرير مصيرها وفق قرار الجمعية العامة (2625) في 1970.

.....
ان النظام السوري قد طلب المساعدة من روسيا بشكل صريح وفعلي، ورحب بتدخلها واستخدامها للقوة فوفق اراضيه. أما مناقشة مدى شرعية الحكومة السورية او النظام السوري، فلا بد ان نشير ابتداءً إلى ان الشعب هو مصدر السلطات وأن أي نظام سياسي يستمد شرعيته من الشعب، و من خلال النقاط ادناه يتبين لنا مدى توفر هذا التمثيل من عدمه .

1- بعد وفاة حافظ الاسد، رئيس الجمهورية، تمت ترقية نجله "بشار الاسد" إلى رتبة فريق ليكون القائد العام للقوات المسلحة السورية، واختياره من قبل حزب البعث مرشحاً لرئاسة الجمهورية خلفاً لوالده، بعد ان تم تعديل الدستور المادة (83) ليلائم وصوله إلى الحكم، وقد ابتدع بذلك النظام السوري مصطلحاً جديداً في الانظمة الجمهورية وهو "وريث رئيس الجمهورية"، إن صح التعبير .

2- أُجري استفتاء على اختيار بشار الاسد رئيساً لسورية، وحاز على نسبة 97.29% من اصوات المستفتين، ما يجعله اقرب إلى استفتاء صوري.

3- احتكر الحزب القائد، حزب البعث العربي الاشتراكي السوري السلطة في سورية لأكثر من خمسة عقود، وفق المادة (8) من الدستور، وبذلك سلب ارادة الشعب في التعبير عن رأيه في اختيار نظامه السياسي.

4- أدار النظام في سورية الدولة من خلال الاجهزة الامنية والعسكرية، وقمع الحريات العامة ومنع تشكيل الاحزاب والنقابات والجمعيات وحظر وسائل الاعلام والتعبير عن الرأي.

5- بعد احداث الربيع العربي، وكسر حاجز الخوف لدى الشعب السوري، عبر الشعب عن ارادته من خلال الاحتجاجات السلمية التي عمت عموم سورية، اتهم فيها النظام، الشعب بالمتآمرين والخونة والارهابيين، وواجه مطالب الشعب بالصواريخ والبراميل المتفجرة والاسلحة الكيماوية، مرتكباً ضدهم جرائم حرب وجرائم ضد الانسانية، ما يؤكد ان شعبيته كانت مزيفة وعلى فرض صحتها؛ فإنه فقد الشرعية بعد ما حصل من الجرائم، التي ارتكبه ضد الشعب.

6- دفع تطورات الاحداث ودخول البلاد في نزاع مسلح وحرب اهلية إلى فقدان النظام السوري سيطرته على ما يقارب من 83% من مساحة البلاد في عام 2016⁽¹⁾، ولقي ما لا يقل عن (250) الف شخص مصرعهم من بينهم (10) آلاف طفل، كما أُجبر (12) مليون شخص على الفرار من ديارهم، بمن فيهم

(1) د. علي ياسين عبدالله، خريطة الصراع والسيطرة في سوريا حتى عام 2019، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية- جامعة ديالى، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2020، ص 141.

.....
اكثر من (4) ملايين شخص التمسوا الملاذ في البلدان المجاورة، ولم يبقَ الا القليل ممن يؤيدون النظام في المناطق التي يسيطر عليها.⁽¹⁾

7- اعترفت جامعة الدول العربية ومجلس التعاون الخليجي وتركيا والولايات المتحدة الامريكية بالائتلاف الوطني لقوى الثورة والمعارضة السورية بوصفه الممثل الشرعي الوحيد للشعب السوري واستبدلوا الممثلات الدبلوماسية للنظام السوري بممثلين عن المعارضة السورية الوطنية.

8- اعترفت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 2013 بالائتلاف الوطني لقوى الثورة السورية ممثلاً للشعب السوري بعد أن أيدت (107) دولة في الجمعية العامة مشروع هذا القرار .

لكل ما ذكر يتبين افتقار النظام السوري للشرعية التي تؤهله لتمثيل الدولة السورية والشعب السوري لتوجيه طلب المساعدة إلى الغير بمن فيها روسيا للتدخل واستخدام القوة في سورية.

الشرط الثاني: شرعية الهدف وتحقيق مصالح الشعب

تتحقق مشروعية التدخل واستخدام القوة كما اسلفنا، اذا ما كانت الغاية منه تحقيق مصالح الشعب، دون اعتبار لمصالح النظام القائم او الدولة المتدخلة، لعل التدخل الامريكي في العراق وقيادتها لتحالف دولي بطلب من الحكومة الشرعية العراقية لمحاربة تنظيم الدولة الاسلامية " داعش " خير مثال على التدخل المشروع والمقبول في الممارسات الدولية، بناءً على طلب، بوصفه صدر عن حكومة شرعية لها امتداد شعبي داخلي وهدف إلى تحقيق مصالح الشعب العراقي، بعكس التدخل الروسي في سورية، فعلى الرغم من انها تظاهرت بان تدخلها جاء بهدف مكافحة الارهاب ايضاً لإضفاء الشرعية عليه، الا ان استهدافها لقوى المعارضة السورية الوطنية والوقوف بالصد امام تطلعات الشعب السوري في تحقيق حقه في تقرير مصيره السياسي، قد كشف زيف زعمها واثبت هدفها غير المشروع في التدخل واستخدام القوة، الذي لم يكن لمصلحة الشعب السوري بقدر ما كان التدخل للمحافظة والابقاء على النظام السوري، بمرعاة مصالحها الاستراتيجية ومناطق نفوذها.

وتماشياً مع هذا الموضوع وباستقراء النظر لأحكام محكمة العدل الدولية، يرى الباحث انه يتطلب إضافة شرط آخر، لحالة مشروعية استخدام القوة بناء على طلب، من حكومة الدولة، ويتمثل هذا الشرط بأن لا يكون النزاع الداخلي وصل لمستوى حرب أهلية او كان النزاع المسلح في سعي الشعوب لتحقيق حقه في تقرير مصيره، ويتجلى هذا من حكم محكمة العدل الدولية في قضية الانشطة العسكرية وشبه العسكرية في

(1) ينظر: بيان من رئيس مجلس الامن، 17 آب 2015، ذي الرقم . S/PRST/2015/15

نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة، حيث اوضحت المحكمة انه من المؤكد ان مبدأ عدم التدخل سيفقد فعاليته كمبدأ قانوني، اذا كان التدخل مسموحاً به بالفعل بناءً على طلب حكومة دولة ما، ومسموحاً به ايضاً بناءً على طلب المعارضة؛ لأن من شأن ذلك ان يسمح لأية دولة التدخل في الشؤون الداخلية لدولة اخرى، وان مثل هذا الوضع برأي المحكمة لا يتوافق مع الوضع الحالي للقانون الدولي.⁽¹⁾

وعلى ما يبدو للوهلة الاولى، أن المحكمة في الحكم المشار اليه، قد اجازت التدخل واستخدام القوة بناءً على طلب حكومة الدولة وحدها دون المعارضة وفي أي وقت، متجاهلةً اعتبارات اخرى، كأن يكون النزاع المطلوب التدخل لأجله نزاع داخلي او حرب أهلية، إلا ان فهم عقيدة محكمة العدل الدولية لمبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية على النحو المبين في قضية نيكاراغوا، ينطوي على حق كل دولة ذات سيادة في ادارة شؤونها بدون تدخل خارجي، ومن ثم فإن المبدأ يحمي الدولة بوصفها مظهراً من مظاهر حق تقرير المصير، وليست الحكومة نفسها، فمجرد ان يصل النزاع الداخلي إلى مستوى الحرب الاهلية او النقطة التي يتأثر فيها حق تقرير المصير للشعوب، تفقد الحكومة حقها في دعوة قوات عسكرية اجنبية لمساعدتها، كما ان المادة (3) من تقرير معهد القانون الدولي (IDI) لعام 2011، تحظر صراحةً المساعدة العسكرية اذا تمت ممارستها بشكل تنتهك حق تقرير المصير للشعوب، وفي الحالات التي تكون هدفها دعم الحكومة القائمة ضد شعبها⁽²⁾، فضلاً عن ان مبدأ تساوي الشعوب في حقوقها وحقها في تقرير مصيرها، يؤكد على ذلك ايضاً، بموجب قرار الجمعية العامة (2625) في عام 1970.

ومن الجدير بالذكر، ان استخدام القوة بناءً على طلب الحكومة الشرعية وان كان مستوفياً لجميع شروطه، يستلزم ايضاً ان تراعي قواعد القانون الانساني الدولي والقانون الدولي لحقوق الانسان لتبقى في اطار المشروعية، فانتهاك هذين القانونيين يمثل جرائم دولية واعتداء على مصالح المجتمع الدولي، وهذا ما لم تراعه روسيا، حيث استخدمت القوة ضد المعارضة بشكل مفرط، واتهمت بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الانسانية، حيث اشارت اللجنة السورية لحقوق الانسان انها وثقت في عام 2015 ، 619 مجزرة، ارتكبه النظام السوري من بينها 534 مجزرة ارتكبه النظام مع حلفائه من الدول والمليشيات، اما المجازر التي ارتكبتها النظام السوري

(1) CIJ, The case concerning military and paramilitary activities against Nicaragua Rep, Jun 27, 1986 , paragraph 246.

(2) Daniela Abratt, U.S Intervention in Syria : A Legal Responsibility to Protect , Denver Law Review , Volume 95 , Issue 1 , Article 8 , Digital Commons.du.edu , 2017 , P 560 – 561.

مع حلفائه في ذات العام بواسطة الطائرات الحربية والمروحية، فقد بلغ (492) مجزرة منها (76) مجزرة ارتكبتها الطيران الروسي.⁽¹⁾

ناقلة القول، ان استخدام القوة من قبل روسيا في سورية وان جاء وفق مبرر مشروع، بناءً على دعوة من الحكومة السورية، إلا أنه لم يستوفِ الشروط المطلوب توافرها لإضفاء المشروعية عليه، كما أنه تجاوز قواعد القانون الانساني الدولي والقانون الدولي لحقوق الانسان، لذا يعد ذلك الاستخدام للقوة من قبلها ضد المعارضة السورية . باستثناء التنظيمات الارهابية حصراً غير مشروع، وسنأتي على ذكره.

المبحث الثالث

استخدام روسيا للقوة في سورية ضد الارهاب

ان الارهاب يعد احد اخطر الظواهر والمشكلات التي تزعزع استقرار الدول وتؤرق المجتمع الدولي، لذا انصبحت الجهود الدولية بكثافة على مكافحته و قمعه بشتى الوسائل، سواءً عن طريق جهود الجمعية العامة بإبرام العديد من المعاهدات والصكوك الدولية او عن طريق قرارات مجلس الامن، فضلاً عن استخدام القوة بشكل فردي او من خلال الاحلاف العسكرية، ولما كانت دراسة الإرهاب تثير خلافاً حول دور مجلس الامن في مكافحته و مدى مشروعية استخدام القوة ضده، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الاول منه إلى بيان دور مجلس الامن في مكافحته، بينما المطلب الثاني سنتناول فيه مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية ضد الارهاب.

المطلب الاول

دور مجلس الامن في مكافحة الإرهاب

بدأ اهتمام المجتمع الدولي بظاهرة الارهاب جدياً بوصفه آفة العصر الحديث، وخطراً يهدد السلم والأمن الدوليين، منذ ان وقعت احداث 11 سبتمبر 2001 والتي تعرضت فيها الولايات المتحدة الامريكية لأعنف هجوم إرهابي في تاريخها بتفجير برجى التجارة العالمي في نيويورك، ومبنى البنتاغون في واشنطن، حيث اثبتت للمجتمع الدولي ان هناك الكثير مما كان يجب عمله في مكافحة ظاهرة الإرهاب، خاصة فيما يتعلق بتحديد ماهيته ومعالجة أسبابه وإيجاد اطار قانوني ملزم لمكافحته؛ لذلك فكان من المتوقع ان تكون

(1) عمار ياسر حمو، مصدر سابق، ص 61.

استجابة المجتمع الدولي وخاصة مجلس الامن الدولي سريعة وحاسمة لإحداث نقلة نوعية في كيفية التعامل مع الإرهاب.

وعلى هذا الاساس اصدر مجلس الأمن سلسلة من القرارات بدءاً من القرار (1368) في 12 سبتمبر 2001، حيث ادان فيه الهجمات الإرهابية التي وقعت في 11 سبتمبر بأشد العبارات، معتبراً إياها تهديداً للسلم والامن الدوليين، وأسلم بحق الدول الأصيل في الدفاع عن النفس الفردي او الجماعي ضد الهجمات الإرهابية، كما اعرب عن عزم المجلس ومسؤوليته وفقاً للميثاق للرد على الهجمات الإرهابية التي وقعت في 11 سبتمبر مجيزاً بذلك استخدام القوة لقمع الإرهاب ومنعه، وأهاب بالمجتمع الدولي ان يضاعف جهوده لمنع وقمع الاعمال الإرهابية من خلال التعاون والتنفيذ التام للاتفاقيات الدولية لمكافحة الإرهاب وقرارات مجلس الامن ذات الصلة، كما شدد على ان المسؤولين عن مساعدة او دعم او تمويل او إيواء مرتكبي الاعمال الإرهابية او منظميها او رعاتها يتحملون مسؤوليتها، داعياً جميع الدول العمل معاً بصفة عاجلة من اجل تقديم مرتكبي هذه الهجمات ومنظميها للعدالة.⁽¹⁾

وبعد أسبوعين تقريباً من القرار الأول، اتخذ المجلس، وهو يتصرف بموجب الفصل السابع من الميثاق القرار (1373) في 28 سبتمبر 2001، مؤكداً على القرار (1269) في 1999 والقرار (1368) في 2001، والحق الراسخ للفرد او الجماعة في الدفاع عن النفس، ولأن القرار ولأول مرة لم يفرض التدابير ضد دولة معينة بل فرض ضد الاعمال الإرهابية، نص على مجموعة من التدابير الملزمة لجميع الدول، والتي تكاد ان تكون شاملة في مكافحة الإرهاب لدرجة انه قد ساوى بين الاعمال الإرهابية وبين المساعدة والتمويل والايواء لمرتكبي الاعمال الإرهابية، وانشأ لجنة تابعة للمجلس من جميع أعضائه لمراقبة الدول في تنفيذ القرار على ان تقوم الدول بموافاة اللجنة بتقارير عن الخطوات التي اتخذتها في موعد لا يتجاوز 90 يوماً من تاريخ اتخاذه⁽²⁾، لذلك وصف البعض القرار بأنه شكل من اشكال التشريع في مكافحة الإرهاب، مع ان المجلس لا يعتبر هيئة تشريعية سواء بموجب الميثاق او بموجب الاعمال التحضيرية باستثناء تدابير مكافحة الإرهاب، فوفق تصور المجلس ان سن قوانين شبه تشريعية يعتبر ضروريا في حال قناعته بعدم وجود صكوك قانونية بديلة متاحة في القانون الدولي والتي يمكن ان تواجه بفعالية تهديد مباشر للسلم والامن الدوليين.⁽³⁾

ويلاحظ انه رغم تنسيق وتوجيه الجهود الدولية وشمولية القرار (1373) في 2001 واضطلاع مجلس الامن الدولي بمسؤوليته وفقاً للميثاق في مكافحة الإرهاب، الا أنَّ الإرهاب ظل مستمرا ووقعت هجمات إرهابية

(1) قرار مجلس الامن 1368 في 12 سبتمبر 2001 بالرقم (2001) S/RES/1368 .

(2) قرار مجلس الامن 1368 في 28 سبتمبر 2001 بالرقم (2001) S/RES/1773 .

(3) د. قاسم احمد قاسم، مصدر سابق، ص176-177.

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

.....

في مختلف مناطق العالم⁽¹⁾، واتخذ المجلس بشأنها عددا من القرارات قاربت ثمانية وعشرين قراراً⁽²⁾، خلال الفترة من 2001 إلى 2011، والحق ان مجلس الامن بعد احداث 11 سبتمبر، تصرف بقوة وعزم في محاولة منه ليرقى إلى مستوى مسؤولياته في حفظ السلم والامن الدوليين، ولعل القرار (1373) في 2001 والصكوك الدولية التي اعتمدها الجمعية العامة لمكافحة الإرهاب تشكل الركيزة الأساسية للنظام القانوني الدولي لمنع الإرهاب والعقاب عليه، ولكن مع ذلك فإن المجلس على ما يبدو قد انساق نحو حماية المصالح السياسية لبعض الدول، وشابت قراراته بعض النقص، حيث اقتضت هذه القرارات على تجريم الإرهاب الذي يمارسه الافراد او التنظيمات الإرهابية وتغافل عن الإرهاب التي تمارسه الدول⁽³⁾، وتجاوز احترام حقوق الانسان الذي كفله القانون الدولي، كما لم يتطرق إلى أسباب الإرهاب او بيان تعريفه⁽⁴⁾، إضافة إلى تفعيل حق الدفاع عن

(1) ننكر منها الهجوم بالقنابل في بالي - اندونيسيا بتاريخ 12 أكتوبر 2012 واحتجاز الرهائن وقتلهم في موسكو بتاريخ 23 أكتوبر 2002 والهجوم بالقنابل في كيكامبالا بكينيا بتاريخ 28 نوفمبر 2002 والهجوم بالصواريخ على طائرة الخطوط الجوية الإسرائيلية (إريكا) في رحلتها رقم (582) من مومباسا بكينيا بتاريخ 28 نوفمبر 2002 والهجوم بالقنابل في يوغاتا بكونومبيا بتاريخ 7 فبراير 2003 والهجوم بالقنابل في إسطنبول بتركيا بتاريخ 15 نوفمبر و 20 نوفمبر 2003 والهجوم بالقنابل في مدريد بإسبانيا بتاريخ 11 مارس 2004 والهجمات الإرهابية في لندن ببريطانيا بتاريخ 7 يوليو 2005 وغيرها من الهجمات الإرهابية.

(2) إضافة الى القرارين (1368) و(1373) في 2001، اصدر المجلس القرار (1377) في 12 نوفمبر 2001 والقرار (1438) في 14 أكتوبر 2002 والقرار (1440) في 24 أكتوبر 2002 والقرار (1450) في 13 ديسمبر 2002 والقرار (1452) في 20 ديسمبر 2002 والقرار (1455) في 17 يناير 2003 والقرار (1456) في 20 يناير 2003 والقرار (1465) في 13 فبراير 2003 والقرار (1516) في 20 نوفمبر 2003 والقرار (1526) في 30 يناير في 2003 والقرار (1530) في 11 مارس 2004 والقرار (1535) في 26 مارس 2004 والقرار (1540) في 28 ابريل 2004 والقرار (1566) في 18 أكتوبر 2004 والقرار (1611) في 7 يوليو 2005 والقرار (1617) في 29 يوليو 2005 والقرار (1618) في 4 أغسطس 2005 والقرار (1624) في 14 سبتمبر 2005 والقرار (1735) في 22 ديسمبر 2006 والقرار (1787) في 10 ديسمبر 2007 والقرار (1805) في 20 مارس 2008 والقرار (1822) في 30 يونيو 2008 والقرار (1904) في 17 ديسمبر 2009 والقرار (1963) في 20 ديسمبر 2010 والقرار (1988) في 17 يوليو 2011 والقرار (1989) في 17 يونيو 2011.

(3) قد يرجع السبب في ذلك ان القرار قد حمل الدول المسؤولية عن مجرد المساعدة او التمويل او الايواء او التحريض فمن باب أولى ان تكون مسؤولة عن الإرهاب الذي تمارسه او تكون السبب ان الدولة لا تمارس إرهابا بل عدوانا، حينها يجوز للدولة المعتدى عليها ممارسة حق الدفاع عن النفس.

(4) ان القرار (1566) في 18 أكتوبر 2004 في الفقرة الثالثة منه قد أشار الى ما يشبه تعريف الإرهاب على الرغم من ان مندوب كل من البرازيل والجزائر قد اكدا ان ذلك لا يعد تعريفا للإرهاب، ينظر: علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والإرهاب قبل وبعد 11 سبتمبر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، هامش (1)، ص34، حيث ورد في القرار "ان الاعمال الاجرامية، بما في ذلك التي ترتكب ضد المدنيين بقصد القتل او الحاق إصابات جسمانية خطيرة، او اخذ رهائن، بغرض إشاعة حالة من الرعب بين عامة الجمهور او جماعة من الأشخاص او اشخاص معينين، او لتخويف جماعة من السكان، او ارغام حكومة او منظمة دولية على القيام بعمل ما او عدم القيام به، والتي تشكل جرائم في نطاق الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة بالإرهاب

النفس ضد الهجمات الإرهابية واعتباره اخطر تهديد للسلم والامن الدوليين وهو ما يفسر زيادة الهجمات الإرهابية خلال هذه المرحلة، فهناك دول استخدمت فيها أنظمة الحكم مكافحة الإرهاب وسيلة لانتهاك حقوق الانسان وتضييق الحريات العامة للبقاء في السلطة، وهناك دول غضت النظر عن الجماعات الإرهابية او مارست الإرهاب بذاتها ضد الدول الأخرى لتحقيق غايات معينة بدلاً من اللجوء إلى المواجهات المسلحة المباشرة بعد تمادي المجلس في تنفيذ الإجراءات التي نص عليه قراراته⁽¹⁾، والبعض الآخر من الدول اتخذ الإرهاب ذريعة لتمير اجنداتها وفرض سياسة معينة بغية التخلص من خصومها في اطار حق الدفاع عن النفس.⁽²⁾

مما لا شك فيه ان إقرار مجلس الامن حق الدفاع عن النفس ضد الهجمات الإرهابية وفق القرارين (1373) و(1368) في 2001، قد احدث خلافاً قانونياً كبيراً لدى فقه القانون الدولي، فالبعض اعتبر ذلك تناقضاً⁽³⁾ مع المادة (51) من الميثاق، الذي حدد لممارسة حق الدفاع عن النفس شروط، سواء ما تعلق منه بفعل الهجوم او بفعل الدفاع، لان الهجمات الإرهابية في الغالب يقوم بها افراد او منظمات ولا تستغرق وقتاً طويلاً، فالهجوم يقع وينتهي في فترة زمنية قصيرة؛ لذلك من غير الممكن التمسك بحق الدفاع عن النفس تجاه الاعمال الإرهابية، اما تكييف المجلس للأعمال الإرهابية كتهديد للسلم والامن الدوليين فذلك يتفق واختصاص المجلس وفق المادة (39) من الميثاق ومسؤوليته في حفظ السلم والامن الدوليين، والإجراءات التي تتخذ من قبل المجلس او بتقويض منه يكون جائزاً ومن ضمنها استخدام القوة ما دام يتصرف وفق الفصل السابع؛ لذلك نرى ان استخدام القوة ضد الإرهاب لا يجوز الا بإذن من مجلس الامن، وبعد ان تقرر ان الاعمال تشكل إرهاباً وتهدد السلم والامن الدوليين وفي ذلك ضماناً لعدم استغلال تدابير مكافحة الإرهاب لشرعنة استخدام القوة خارج نطاق الميثاق وتحقيق مصالح ذاتية، إضافة إلى تقادي الخلط بين الإرهاب ونضال حركات التحرر الوطنية، وفي ذلك يضيف الدكتور قاسم احمد قاسم، بان استخدام القوة في أي وقت او أي مكان ضد الإرهاب، او

ووفقاً للتعريف الوارد فيها، لا يمكن تحت أي ظرف من الظروف تبريرها باي اعتبارات ذات طابع سياسي او فلسفي او عقائدي او عنصري او عرقي او ديني او أي طابع اخر"، قرار مجلس الامن في 18 أكتوبر 2004 بالرقم (2004) S/RES/1566

(1) يلاحظ سلوك الدولة السورية بعد تحرير العراق عام 2003، كيف جعل سورية محطة لعبور الإرهابيين من القاعدة الى العراق، وكذلك ايران التي تدعم وتمول بكل قوتها جماعة الحوثيين في اليمن، وان مجلس الامن لم يتخذ أي اجراء ضدهم.
(2) ادعت الولايات المتحدة الامريكية دعم العراق للقاعدة كأحد مبررات استخدام القوة ضدها وإصدار القرار 1441 في (2002)، كما ان إسرائيل استخدمت القوة لأكثر من مرة في سورية ولبنان ضد حزب الله بذريعة مكافحة الإرهاب، والدفاع عن النفس وكذلك تركيا برر تدخلها في كل من إقليم كردستان - العراق وشمال شرق سورية بدوافع مكافحة الإرهاب التي تمثله قوات PKK، PYD و داعش.

(3) د. سهيل حسين الفتلاوي، الإرهاب والإرهاب الدولي دراسة في القانون الدولي العام، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 2003، ص201.

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

التنظيمات الإرهابية مبرر او لا يثير عدم مشروعيته وفق قرارات مجلس الامن اللاحقة لأحداث 11 سبتمبر 2001، متى ما ادرج مجلس الامن تلك التنظيمات، كتنظيمات إرهابية ، تشكل تهديدا للسلم والامن الدوليين.⁽¹⁾

اما بعد وقوع احداث الربيع العربي ووصولها إلى سورية فإن المجلس قد اصدر العديد من القرارات، لمعالجة الظاهرة الإرهابية⁽²⁾، واتسمت هذه القرارات بانها اما تتناول أفعال التنظيمات الإرهابية مثل " داعش " او جبهة النصرة او غيرها من التنظيمات او تتناول الأوضاع المتدهورة في دول الربيع العربي مثل (اليمن وليبيا وسورية) وإدانة الاعمال الإرهابية فيها او اتخاذ إجراءات دولية جماعية بشأن مكافحة الظاهرة الإرهابية، كالتحالف الدولي لمواجهة داعش في كل من العراق وسورية او التحالف العربي لمواجهة القاعدة والحوثيين في اليمن.⁽³⁾

(1) د. قاسم احمد قاسم، مصدر سابق، ص285.

(2) من اهم هذه القرارات: القرار (2082) و(2083) في 2012، والقرار (2129) في 2013، والقرار (2133) و(2150) و(2160) و(2170) و(2178) في 2014، والقرار (2199) و(2249) و(2253) و(2255) و(2258) في 2015، والقرار (2322) و(2325) في 2016، والقرار (2341) و(2354) و(2368) و(2370) و(2395) و(2396) في 2017، والقرار (2426) في 2018 و(2501) في 2019، والقرار (2560) في 2020 وغيرها من القرارات.

(3) وجه رئيس اليمن (عبد ربه منصور هادي) رسالة استغاثة الى مجلس التعاون الخليجي للتدخل الفوري وبكافة الوسائل بما فيها استخدام القوة العسكرية لحماية اليمن وشعبه من العدوان الذي يتعرض له من قبل جماعة الحوثيين والقاعدة، استنادا الى ميثاق جامعة الدول العربية ومعاهدة الدفاع المشترك، واستجابة لطلب اليمن تم تشكيل التحالف العربي في اليمن بقيادة السعودية، وبدأ بتنفيذ الضربات الجوية على الحوثيين في 25 مارس 2005 تحت مسمى (عمليات عاصفة الحزم) وارسلت قطر نيابة عن دول مجلس التعاون الخليجي خطابا الى مجلس الامن يبلغ فيه حق التحالف في الدفاع عن النفس الجماعي ضد الحوثيين والقاعدة، فاصدر المجلس بشأنه قراره (2216) لعام 2015 وفق الفصل السابع.

ويتضح من القرار: I-1 ان المجلس احاط علما بطلب الحكومة اليمنية من التحالف العربي بالتدخل العسكري لصالحها استنادا الى حق الدفاع عن النفس الجماعي، في حين ان اليمن لم يتعرض لعدوان مسلح من قبل دولة، وانما تعاني من حرب أهلية، لذلك لم يجز المجلس التدخل بهذه الصفة. 2: ان المجلس اصدر قراره بموجب الفصل السابع الا انه لم يفوض التحالف العربي باستخدام القوة لحفظ السلم والامن في اليمن، كما انه لم يدين التدخل العسكري أيضا، ونستنتج من ذلك ان مجلس الامن يجيز للحكومة الشرعية ان تطلب التدخل العسكري من دولة او مجموعة من الدول لاستتباب الامن فيها متى ما تتعرض لنزاع مسلح داخلي او حرب أهلية وكان من شأن استمراره ان يهدد السلم والامن ويعرضهم للخطر، وتري الدراسة، أن قرار مجلس الأمن، لم يكن موفقاً، وهو متناقض مع مبادئ القانون الدولي التي اقرتها الجمعية العامة في عام 1970، وخاصة مبدأ المساواة بين الشعوب وحقها في تقرير مصيرها ،حيث لا يجوز التدخل في النزاعات المسلحة الداخلية او الحروب الأهلية. ينظر: نص قرار مجلس الامن (2216) في 14 ابريل 2015 بالرقم S/RES/2216 (2015).

ومن ابرز قرارات مجلس الامن بعد عام 2011، بشأن الظاهرة الإرهابية فيما يتعلق بالأوضاع في سورية، القرار (2170) في 15 أغسطس 2014، والقرار (2178) في 24 سبتمبر 2014، والقرار (2249) في 20 نوفمبر 2015، لذلك من الضروري ان نشير إلى اهم ما جاء في هذه القرارات وعلى النحو التالي:

1: القرار (2170)

يعتبر هذا القرار واحداً من اهم القرارات التي صدر عن المجلس، والذي شرع من خلاله التحالف الدولي⁽¹⁾ استخدام القوة ضد تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وجبهة النصرة وسائر ما يرتبط بتنظيم القاعدة، ذلك بعد ان طورت تلك التنظيمات نهجها تطوراً نوعياً، وتحولت من منظمات إرهابية متوارية إلى هياكل تنظيمية ومؤسسات تسيطر على مساحات واسعة من الأراضي في كل من العراق وسورية وإقامة دولة الخلافة فيهما، وان اهم ما تضمنه القرار:

أولاً: الديباجة

تظهر ديباجة القرار ما يلي:

1: اكد المجلس في القرار على قراراته السابقة بشأن مكافحة الإرهاب ومن ضمنها القرار (1373) في 2001، ومقاصد الأمم المتحدة، وان الإرهاب بجميع اشكاله ومظاهره يشكل اخطر التهديدات التي تحدد بالسلم والامن الدوليين.

2: ادان القرار تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وجبهة النصرة وسائر ما يرتبط بتنظيم القاعدة، وادان على استقلال جمهورية العراق والجمهورية العربية السورية وسيادتهما ووحدتهما وسلامتهما الإقليمية، بعد ان عبر عن قلقه من وقوع أراضي تلك الدول تحت سيطرة تنظيم الدولة الإسلامية (داعش) وجبهة النصرة.

(1) شكل التحالف الدولي ضد داعش في أيلول عام 2014، ويضم 85 دولة يلتزم أعضاؤه بمواجهة داعش على مختلف الجبهات وتفكيك ومجابهة طموحاته العالمية، فضلا عن العمليات العسكرية التي يقوم بها التحالف ضده في كل من العراق وسورية، فان التحالف يلتزم بما يلي: تدمير البنية التحتية الاقتصادية والمالية للتنظيم ومنع تدفق المقاتلين الإرهابيين الأجانب للانضمام اليه، إضافة الى دعم الاستقرار واستعادة الخدمات الأساسية للمناطق المحررة منه ومواجهة دعايته الإعلامية. للمزيد ينظر: الصفحة الرسمية للتحالف الدولي ضد داعش، على الرابط الالكتروني: <https://theglobalcoalition.org/ar/> ، تاريخ الزيارة 2022/11/29.

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

3: اعرب المجلس عن قلقه من تدفق المقاتلين الأجانب إلى تنظيم الدولة الإسلامية وجبهة النصرة، والتمويل الذي يتلقاه، لذلك شدد على انه لا يمكن دحر الإرهاب الا باتباع نهج يتسم بالمثابرة والشمول ومشاركة جميع الدول والمنظمات الإقليمية.

4: أعاد القرار تأكيده على ضرورة مكافحة الاخطار التي تهدد السلم والامن الدوليين بجميع الوسائل وفقاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي، ولاحظ مع القلق استمرار هذا الخطر المتمثل بتنظيم الدولة الإسلامية وجبهة النصرة وسائر ما يرتبط بتنظيم القاعدة.

5: اكد القرار على مسؤولية الدول عن حماية السكان المدنيين الموجودين على أراضيها وفقاً لالتزاماتها بموجب القانون الدولي.

ثانياً: المضمون

وفي المضمون نلاحظ ان القرار ركز على ما يلي:

1: أن المجلس يتصرف وفق الفصل السابع من الميثاق.

2: يشجب بأشد العبارات العمليات الإرهابية التي يرتكبها تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام، واستمرار خروقاته الجسيمة والممنهجة والواسعة النطاق لحقوق الانسان والقانون الإنساني الدولي، بسبب القتل العشوائي وقتل السكان المدنيين واضطهاد وتشريد الطوائف على أساس انتمائهم الديني او الاثني او العرقي وتدمير المدارس والمستشفيات والمواقع الأثرية والدينية والتي قد تشكل جرائم ضد الإنسانية.

3: يلاحظ ان تنظيم الدولة الاسلامية في العراق والشام جماعة منشقة عن تنظيم القاعدة، ويشير إلى ان الأخيرة وجبهة النصرة مدرجان على قائمة الجزاءات المفروضة على القاعدة.

4: يحث جميع الدول على التعاون وفقاً لالتزاماتها بموجب القرار (1373) في 2001، واتخاذ جميع التدابير التي قد تكون ضرورية وملائمة وفقاً لالتزاماتها بموجب القانون الدولي من اجل مكافحة التحريض على ارتكاب الاعمال الإرهابية واتخاذ جميع الإجراءات على المستوى الوطني لمنع تدفق المقاتلين الإرهابيين الأجانب للانضمام إلى تنظيم الدولة الإسلامية " داعش " ومنع تمويله او اتاحة أموال او أصول مالية او موارد اقتصادية او إقامة اعمال تجارية او بيع الأسلحة وقطع الغيار او تقديم المساعدة الفنية او التدريب لتنظيم الدولة الإسلامية

بصورة مباشرة او غير مباشرة، وكفالة عدم قيام رعاياها او الأشخاص داخل أراضيها بتقديم تبرعات للكيانات التي حددتها اللجنة.(1)

2: القرار (2178)

صدر القرار استناداً للفصل السابع من الميثاق، واكد على ما جاء في القرارات السابقة من ادانة الاعمال الإرهابية بوصفه تهديدا للسلام والامن الدوليين، وأهاب بالدول الاعضاء بتنفيذ التزاماتهم فيما يتعلق بمنع التحريض على الإرهاب او تقديم المساعدة والدعم او التمويل لتنظيم الدولة الإسلامية (داعش) وجبهة النصرة وسائر ما يرتبط بتنظيم القاعدة، وفرض القيود على سفر المقاتلين الإرهابيين الأجانب للانضمام اليهم، واللافت في هذا القرار تأكيد المجلس على معالجة الظروف والعوامل الأساسية المفضية إلى الإرهاب.(2)

3: القرار (2249)

بعد ان أعاد التأكيد على قرارات المجلس السابقة ومنها القرار (1373) في 2001، ومقاصد ميثاق الأمم المتحدة، قرر أن تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام يشكل خطراً عالمياً لم يسبق له مثيل بتهديد السلم والامن الدوليين، بسبب عقيدته المتطرفة العنيفة والاعمال الإرهابية، واعتداءاته الممنهجة السافرة المتواصلة والواسعة النطاق التي تستهدف المدنيين وانتهاكاته لحقوق الانسان وللقانون الإنساني الدولي، كما شدد على ان جبهة النصرة وسائر الافراد والجماعات والمؤسسات والكيانات المرتبطة بالقاعدة تشكل خطراً يهدد السلم والامن الدوليين، فعقد المجلس العزم على محاربة هذا الخطر غير المسبوق.

ويلاحظ ان القرار قد أشار إلى الرسالتين المقدمتين من قبل العراق بتاريخ 25 يونيو و20 سبتمبر 2014 إلى مجلس الامن بخصوص انشاء داعش ملاذاً آمناً خارج حدوده ويشكل تهديداً مباشراً لشعب العراق واراضيه، كما اكد القرار على وجوب محاسبة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الاعمال الإرهابية ويدعو الدول الأعضاء التي لها القدرة، لاتخاذ جميع التدابير اللازمة وفقاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي لحقوق الانسان واللاجئين والقانون الإنساني الدولي على الأراضي الخاضعة لسيطرة تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وتكثيف وتنسيق الجهود لمنع وقمع الاعمال الإرهابية.

(1) قرار مجلس الامن (2170) في 15 أغسطس 2014 بالرقم 2170/S/RES(2014).

(2) قرار مجلس الامن (2178) في 28 سبتمبر 2014 بالرقم 2178/S/RES(2014).

ويعتبر هذا القرار من اكثر القرارات وضوحا في محاربة تنظيم الدولية الإسلامية وجبهة النصره الا انه لم يصدر وفقاً للفصل السابع من الميثاق لذلك فقوته الإلزامية محدودة،⁽¹⁾ ومع ذلك ترى الدراسة ان هذا القرار يعطي تفويضاً مباشراً اختيارياً (لمن لها القدرة) من الدول في استخدام القوة ضد تنظيم الدولة الإسلامية وجبهة النصره وسائر التنظيمات الارهابية المرتبطة بالقاعدة.

المطلب الثاني

مشروعية استخدام روسيا للقوة في سورية ضد الارهاب

لاشك في أنّ الحرب الاهلية وتدهور الاوضاع في سورية، شكلت بيئة مناسبة لتنامي وظهور الانشطة والتنظيمات الارهابية، بما في ذلك تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وجبهة النصره.

ان تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام، هي مجموعة اسلامية سلفية جهادية متشددة، والنسخة الاكثر تطرفاً من بين جماعات الاسلام السياسي، وهي السليلة المباشرة لتنظيم دولة العراق الإسلامية او جماعة التوحيد والجهاد في وادي الرافدين - الفرع العراقي لتنظيم القاعدة، ترأسها "ابو بكر البغدادي" بعد مقتل زعيمها السابق "عمر البغدادي" بغارة امريكية في 19 ابريل 2010.⁽²⁾

بعد اندلاع الثورة السورية عام 2011، أرسل "أبو بكر البغدادي" نصيره الموثوق به، في تنظيم دولة العراق الإسلامية "ابو محمد الجولاني" إلى سورية، وكلفه بالإشراف على السلفيين الجهاديين في سورية وتنظيم صفوفهم، وبالفعل في 24 يناير 2012، اصدر "ابو محمد الجولاني" بياناً اعلن فيه عن تأسيس " جبهة النصره لأهل الشام"، وتبنت الجبهة الفكرة السلفية الجهادية العالمية، لتكون الفرع السوري لتنظيم القاعدة.⁽³⁾

وفي 9 ابريل 2013، ظهر تسجيل صوتي منسوب "لأبي بكر البغدادي" اعلن فيه أن جبهة النصره هي امتداد لدولة العراق الإسلامية، بدعوة ان جبهة النصره قد تم انشاؤها وتمويلها من قبل تنظيم الدولة⁽⁴⁾، كما اعلن عن الغاء اسمي جبهة النصره لأهل الشام والدولة الإسلامية في العراق، وتأسيس ما اسماه بالدولة

(1) قرار مجلس الامن (2249) في 20 نوفمبر 2015 بالرقم 2249/S/RES.(2015).

(2) أ. اسماء شوفي، استراتيجية خلق منطقة أمنة في سوريا "كألية لحماية الأمن القومي التركي في مواجهة التنظيمات الارهابية" - داعش نموذجاً، مجلة الناقد للدراسات السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الثاني، نيسان 2018، ص 132-133.

(3) صبر درويش، "داعش النسخة الاكثر تطرفاً للإسلام السياسي"، مركز دراسات الجمهورية الديمقراطية، باريس، 2014، ص

4. كما ينظر: أحمد الرمح، هيئة تحرير الشام، ادوارها وبراعميتها في الحرب السورية، مصدر سابق، ص 10.

(4) براين مايكل جانكيز، ديناميكيات الحرب الاهلية السورية، مؤسسة راند، كاليفورنيا، 2014، ص 10.

.....
الاسلامية في العراق والشام "داعش"، إلا ان تنظيم جبهة النصرة رفض الاندماج وتمسك باستقلاليتها ومن ثم ولاؤه وارتباطه بتنظيم القاعدة.(1)

من المعلوم، ان التنظيمات الارهابية في سورية والعراق، وخاصة تنظيم الدولة الاسلامية في العراق والشام وجبهة النصرة، قد اتخذت استراتيجيات مختلفة عن سابقتها من التنظيمات الارهابية، القائمة على "الحروب اللاتماثلية، اللاتناسقية او غير المتكافئة (2) "Asymmetrical warfare"، خلال فترة قصيرة تمكن تنظيم الدولة الاسلامية من السيطرة على مساحات واسعة من الاراضي والمدن الكبيرة في كل من سورية والعراق، واستحوذ على كميات كبيرة من الاسلحة النوعية وعلى ما قيمته مليارات من الدولارات من حقول النفط والمصافي والمعابر الحدودية ونهب البنوك وبيع الاثار(3)، وانتهج سياسة متشددة وعنيفة، من قتل وذبح السكان المدنيين وسبي واغتصاب النساء واضطهاد وتشريد الطوائف على اساس انتمائهم الديني والاثني والعقدي، وأقدم على تدمير المستشفيات والمدارس والمواقع الاثرية والدينية(4)، في انتهاك صارخ للقوانين والاعراف الانسانية الدولية، هز معها الضمير العام العالمي.

وعلى اساس هذه الوحشية والهمجية، صنف مجلس الامن في 30 مايو 2013، تنظيم دولة العراق الاسلامية" تنظيم الدولة الاسلامية في العراق والشام" وجبهة النصرة، كجماعات ارهابية بموجب قرار مجلس الأمن 1267 في 1999، كما اصدر المجلس القرارين 2170 في 15 اغسطس والقرار 2178 في 24 سبتمبر

(1) أ. اسماء شوفي، مصدر سابق، ص 133- 134.

(2) الحروب اللاتماثلية او اللاتناسقية : هي حروب تقع بين قوتين إحداهما نظامية غالباً ما تكون من الدول، تمتلك قوات مسلحة تضم تشكيلات عسكرية منظمة وبين عدو منظم من غير الدول، جماعات او تنظيمات ايديولوجية عقائدية، ترى تلك القوة او الدولة عدوها الرئيسي، تقف بوجه نشر افكارها وعقائدها وتسيطر على مجتمعاتها ودولها، فتقوم بعمليات مفاجئة ضد اهداف غير متوقعة من حيث المكان والزمان للعدو، بهدف تغيير سياساتها تجاه تلك التنظيمات وافكارها وتوجهاتها، ومن ابرز أمثلتها الهجمات والعمليات التي تقوم بها التنظيمات الارهابية كتنظيم القاعدة. يلاحظ ان بعض المصادر تسمى هذه الحروب، بالحروب غير المتكافئة للمزيد ينظر: د. بلخيرات حوسين، نهاية الحرب الباردة والتنظير في النزاع الدولي، مجلة المعهد المصري، المعهد المصري للدراسات، استنبول، المجلد 2، العدد 7، يوليو 2017، ص 99.

(3) Rob Page ، ISIS and the Sectarian Conflict in the Middle East، House of commons ، UK Parliament ، Research Paper 15/16 ، Mar19 ، 2015 ، P10.

(4) ينظر: قرار مجلس الامن 2170 في 2014.

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

عام 2014 وفق الفصل السابع، اعترف فيهما بتهديد السلم والامن الدوليين من قبل هذين التنظيمين والكيانات الاخرى المرتبطة بتنظيم القاعدة.⁽¹⁾

وترى الدراسة ان خشية المجتمع الدولي من هذه التنظيمات وخاصة داعش وجبهة النصرة وادراجهما ضمن قوائم التنظيمات الارهابية، بالإضافة إلى وحشيتها وانتهاكها غير المحدود للقوانين والاعراف الانسانية الدولية، يرجع إلى سببين:

1- تمتع هذه التنظيمات بتوجه فكري عقائدي اسلامي جهادي متطرف، عبر الاقليمية، تسعى إلى اقامة الخلافة الاسلامية التي تحكم بشرع الله حسب ادعائهم، ويؤكد ذلك وجود فروع وخلايا نائمة لهذه التنظيمات في دول متعددة منها لبنان والاردن ومصر وليبيا ودول جمهوريات الاتحاد السوفيتي السابق وغيرها من الدول، حيث اشار المراقبون في حينه انه اذا تمكن داعش من التوسع في ليبيا، فإنه سيشكل تهديداً جدياً على جنوب اوربا إلى جانب زعزعة الاستقرار في شمال افريقيا بأكمله وانشاء ممر محتمل " لمنظمة بوكو حرام" في نيجيريا والاسلاميين في مالي والصحراء، ولهذا الامر دعا وزير الداخلية الايطالي حلف الشمال الاطلسي إلى التدخل، واعرب عن استعداد بلاده لقيادة تحالف من دول أوروبا وشمال افريقيا ضد الجهاديين في ليبيا بتقويض من مجلس الامن.⁽²⁾

2- قدرة هذه التنظيمات على التوسع والامتداد بسرعة والتأثير على الشباب واستقطابهم وتجنيدهم للقتال في صفوفهم من مختلف اصقاع العالم، ويؤكد ذلك ان نسبة كبيرة من عناصر داعش قياديون ومقاتلون هم من الأجانب⁽³⁾، فأدرك المجتمع الدولي لزماً عليه القضاء على هذه المجاميع اللاتي اكتسبت عناصرها الاجنبية الخبرة القتالية والتنظيمية، قبل رجوع هذه العناصر إلى بلدانهم وتشكيل مصدر تهديد وعدم استقرار لهم.

لا يفوتنا ان نشير إلى أن روسيا على غرار التحالف الدولي ضد داعش بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية شكلت تحالفاً رباعياً " غرقة عمليات بغداد "، ضمت " إيران والعراق وسورية "، في نهاية سبتمبر 2015،

(1) Carmen – Cristia Cirlig ، The international Coalition to Counter ISIS / Da ' esh (the ' Islamic State') ،European Parliament Research Service ، Mar17 ، 2015.P7.

(2) Ibid ، P5.

(3) تذهب التقديرات ان اجمالي عدد المقاتلين الاجانب مع الجماعات المتطرفة في العراق وسورية هي حوالي 15000 مقاتل من 80 دولة ومنه 3000 – 5000 مع جبهة النصرة و 7000 – 10000 مع داعش، وتفيد التقارير أن داعش هو الاكثر شعبية واستقطاباً للمقاتلين الاجانب. ينظر:

وقامت التحالف على مركز معلوماتي، مركزه بغداد، بهدف تعاون عسكري واستخباراتي، يضم ممثلين لهيئة أركان جيوش الدول الأربع واستخدمت القوة بكامل ثقلها العسكري لضرب واستهداف التنظيمات الإرهابية.⁽¹⁾

وتأسيساً على ما سبق، يمكن ان يثار السؤال التالي: هل أن استخدام القوة في سورية ضد التنظيمات الارهابية من قبل روسيا مشروعة ام لا؟

لاشك أن استخدام القوة ضد الإرهاب في سورية، ضد تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وجبهة النصرة، وسائر التنظيمات الإرهابية التي تتبنى نهج تنظيم القاعدة من قبل روسيا بالإضافة لاستنادها على المعاهدات الدولية لمكافحة الإرهاب وخاصة "استراتيجية الامم المتحدة لمكافحة الارهاب لعام 2006" وقرارات مجلس الامن ذات الصلة، قد استندت أيضاً إلى مبررات اخرى إضافية "كطلب من الحكومة الشرعية، والمعاهدة الثنائية مع النظام السوري؛ لذلك يمكن القول إن استخدام روسيا للقوة في سورية ضد التنظيمات الإرهابية مشروعة، لكن ليس بالاستناد إلى المعاهدة الثنائية المبرمة مع النظام أو طلب الحكومة السورية التي كانت الغرض منها دعم النظام واستهداف المعارضة السورية تحت ستار قمع الإرهاب، وإنما بالاستناد إلى المعاهدات والقرارات الدولية ذات الصلة بمنع وقمع التنظيمات الارهابية، وأن الأساس القانوني لهذه المشروعية تتمثل بأن الإرهاب أصبح آفة العصر الحديث، ويشكل تهديداً للسلام والامن الدوليين، منذ ان صدر عن مجلس الأمن القرار (731) في 1992 والقرارات اللاحقة بشأن الارهاب، إذ إن المجتمع الدولي ممثلاً بالجمعية العامة للأمم المتحدة قد اعتمد إلى الآن تسعة عشر صكاً دولياً لمكافحة الإرهاب ومن ضمنها استراتيجية الامم المتحدة لمكافحة الارهاب لعام 2006، وأن هذه الصكوك الدولية وقرارات مجلس الامن، خاصة القرارين 1267 و 1269 في 1999، اللذين صدرت وفقاً للفصل السابع من الميثاق وعبر فيهما المجلس عن قناعته بأن قمع الإرهاب أساس لصون وحفظ السلم والأمن الدوليين، وكذلك القراران 1368 و 1373 في 2001 واللذان يعتبران كتشريع لاستخدام القوة ضد الإرهاب⁽²⁾، تصلح هذه القرارات والقرارات اللاحقة ومجموعة الصكوك الدولية أن تكون اساساً سليماً وتنظيماً قانونياً لمشروعية استخدام القوة ضد الإرهاب.

ولا يفوتنا أن نؤكد على أن جميع الدول وبدون استثناء متفقة ومصممة على منع وقمع الإرهاب، وتجزير استخدام القوة ضده ولا تتير أية اشكالية حول مشروعية ذلك الاستخدام للقوة، إلا أن اختلاف الدول يكمن في

(1) Aljazeera ، Iraq Liaises with Syria ، Russia and Iraq to bomb ISIS ، Oct14 ، 2015 ، Available at : <https://www.aljazeera.com/news/2015/10/14/iraq-liaises-with-syria-russia-and-iran-to-bomb-isil> ، Date of Visit ، Apr5 ، 2023.

(2) ينظر: نزار صادق سعيد، مصدر سابق، ص 64-71.

.....
"ما الذي يعدّ ارباباً وبالتالي من الذي يعدّ اربابياً" حيث إن هناك تنظيمات او جماعات تعتبر اهابية بنظر بعض الدول في حين انها حركات تحرر وطنية بنظر بعضها الآخر.

ولحل هذه الاشكالية او الخلاف، فضّل الدكتور قاسم احمد قاسم ان يطرح الموضوع على مجلس الأمن للتمييز بين حركات التحرر الوطنية والتنظيمات الإرهابية في كل حالة فردية، فمتى ما صدر عن المجلس قرار اعتبر بموجبه إن هناك إخلالاً أو تهديداً للسلام والأمن الدوليين من جماعة ما على أنها إرهابية، حينها يجوز استخدام القوة ضد تلك التنظيم او الجماعة حتى بدون تفويض صريح من المجلس بالاستناد إلى ذلك القرار والقرارات السابقة لمجلس الأمن بشأن منع وقمع التنظيمات الإرهابية.⁽¹⁾

ومن هذا المنطلق، يلاحظ أن العديد من القرارات صدرت عن مجلس الامن، بشأن تنظيم الدولة الاسلامية في العراق والشام وجبهة النصرة، ومن اهم هذه القرارات القرار 2170 و 2178 في 2014 وللذان اصدرا وفق الفصل السابع، ووصفا التنظيم "داعش وجبهة النصرة" بأنهما يشكلان خطراً عالمياً لم يسبق له مثيل بتهديد السلم والأمن الدوليين وكذلك القرار 2249 في 2015 حيث (دعا دول الأعضاء التي لها القدرة، اتخاذ جميع التدابير اللازمة وفقاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي لحقوق الانسان واللاجئين والقانون الإنساني الدولي على الأراضي الخاضعة لسيطرة تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وتكثيف وتنسيق الجهود لمنع وقمع الأعمال الإرهابية)، كما يلاحظ أيضاً أن جميع القرارات التي صدرت بشأن تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وجبهة النصرة، قد اشارت إلى قرار مجلس الأمن 1373 في 2001 والذي يعتبر القرار الأساسي لمشروعية استخدام القوة ضد التنظيمات الإرهابية.⁽²⁾

خلاصة القول إن قرارات مجلس الامن الصادرة قبل وبعد 2011 وخاصة القرارات السالفة الذكر

كافية لإضفاء المشروعية لاستخدام القوة في سورية ضد التنظيمات الإرهابية من قبل كل الأطراف الاقليمية والدولية بما فيها روسيا. وما يؤكد ذلك أيضاً أن أغلب الدول في المجتمع الدولي لم تدن هذا الاستخدام للقوة ضد التنظيمات الارهابية في سورية، بل كان محل ترحيب وقبول، لكن ما يجدر ذكره أن استخدام روسيا للقوة في سورية من حيث الواقع اثبت خلافاً لما حدده الرئيس "بوتين"، فغاراتها الجوية لم تقتصر على الجماعات الإرهابية كداعش وجبهة النصرة فحسب بل شملت المعارضة المعتدلة فضلاً عن السكان المدنيين، حيث ذكرت الشبكة السورية لحقوق الإنسان مركز توثيق الانتهاكات أن أكثر من 2000 مدني قتل من بينهم 200

(1) د. قاسم احمد قاسم، حق الدفاع عن النفس في القانون الدولي المعاصر (دراسة تحليلية مقارنة)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2012، ص 285.

(2) ينظر: نزار صادق سعيد، مصدر سابق، ص 64-71.

.....

طفل⁽¹⁾، جراء الغارات العشوائية للطائرات الروسية واستخدام الأسلحة غير الموجهة وقنابل عنقودية⁽²⁾. وأن منظمة العفو الدولية اتهمت روسيا بارتكاب جرائم حرب واستهداف المدنيين بشكل متعمد⁽³⁾، في حين وصل الامر إلى مجلس الأمن، حيث عقد جلسة اتهمت فيها روسيا بشكل مباشر من قبل الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وبريطانيا باستخدام القنابل الخارقة للتحصينات العسكرية ضد المدنيين واستهداف إمدادات المياه، التي تعتبر منشأة حيوية لملايين من المدنيين⁽⁴⁾، وعلى اثر هذه الاتهامات في انتهاكات حقوق الإنسان فشلت روسيا في الحفاظ على مقعدها في مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، في انتخابات أجريت في الجمعية العامة بتاريخ 28 تشرين الاول 2016، ويكاد ان يكون مستحيلاً ان يخسر عضو دائم في مجلس الأمن اية انتخابات للأمم المتحدة.⁽⁵⁾

(1) Emma Graham، Russia airstrikes in Syria killed 2,00 civilian in six months. The Guardian، Mar 15، 2016، Available at: <https://www.theguardian.com/world/2016/mar/15/russian-airstrikes-in-syria-killed-2000-civilians-in-six-months> Date of Visit Feb 19، 2023.

(2) في شباط 2016 أفادت هيومن رايتس وتش باستخدام واسع النطاق للذخائر العنقودية من قبل النظام السوري وروسيا في انتهاك لقرار مجلس الأمن (2139) في 22 شباط 2014 الذي طالب جميع الاطراف بإنهاء الاستخدام العشوائي للأسلحة في المناطق المأهولة بالسكان. للمزيد ينظر:

HRW، Russia/ Syria: Extensive Recent Use of Cluster Munitions، Des 20، 2015، Available at <https://www.hrw.org/news/2015/12/20/russia/syria-extensive-recent-use-cluster-munitions> Date of Visit Feb 19، 2023.

(3) Diana Semaan، Syria: Relentless bombing of civilians in Eastern Ghouta amounts to war crimes، Amnesty Internationals، Feb 20، 2018 Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/02/syria-relentless-bombing-of-civilians-in-eastern-ghouta-amounts-to-war-crimes/> Date of Visit Feb 19، 2023.

(4) Julian Borger and Kareem Shaheen، Russia accused of war crimes in Syria at UN security council session. The Guardian، Sep 26، 2016، Available at: <https://www.theguardian.com/world/2016/sep/25/russia-accused-war-crimes-syria-un-security-council-aleppo> Date of Visit Feb 20، 2023

(5) Cholpon Orozobekova، Russia Loses Seat at the UN Human Rights Council، The Diplomat، Oct 31، 2016، Available at: <https://thediplomat.com/2016/10/russia-loses-seat-at-the-un-human-rights-council/>. Date of Visit Feb 20، 2023.

استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي

.....

من نافلة القول، إن استخدام روسيا للقوة في سورية وفق جميع المبررات التي ساققتها تكون غير مشروعة وتنافي القواعد المنظمة لاستخدام القوة في العلاقات الدولية باستثناء استخدامها للقوة ضد التنظيمات التي عدها مجلس الأمن تنظيمات إرهابية كداعش وجبة النصر، وسائر التنظيمات الإرهابية التي تتبنى نهج تنظيم القاعدة حصراً.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من كتابة بحثنا هذا ((استخدام روسيا للقوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي)) توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات، نعرضها كالآتي:

أولاً : الاستنتاجات

- 1- إن مشروعية استخدام القوة في العلاقات الدولية مرهون بالحالات الواردة استثناءً في ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن البعض يرى أن المبادئ القانونية المعترف بها في الفقه الدولي والممارسات الدولية قد اضيف اليهما استثناء اخر، وهو حالة استخدام القوة والتدخل بناءً على طلب من الدولة نفسها، إذ لا يعد ذلك مساساً بسيادة الدولة ولا انتهاكاً لمبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية، لكننا نجد هذا التدخل يندرج ضمن حق الدفاع عن النفس الجماعي وليست استثناءً إضافياً.
- 2- إن التدخل العسكري لدولة في الشؤون الداخلية لدولة اخرى في حالة الحرب الأهلية (نزاع مسلح داخلي)، لا يكون مشروعاً، ولو كان بدعوة من الدولة المتدخلة فيها، فالقانون الدولي لا يجيز لدولة ان تتدخل وتقف بالصد لحق الشعوب في تقرير مصيرها الداخلي، استناداً لمبدأ تساوي الشعوب في حقوقها وحقها في تقرير مصيرها بنفسها، كون المبدأ أصبح قاعدة امرة في القانون الدولي.
- 3- إن مبررات روسيا لاستخدام القوة في سورية غير مشروعة، باستثناء حالة استخدام القوة ضد التنظيمات الإرهابية، استناداً للصوصك الدولية التي اعتمدها الجمعية العامة وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة، وخاصة القرارين (1368 و 1373 في عام 2001)، اللذين يعدان شكلاً من اشكال التشريع في مكافحة الارهاب.
- 4- يعتبر قرار مجلس الامن (2249 في 20 نوفمبر 2015) من أكثر القرارات وضوحاً في محاربة تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وجبهة النصرة وسائر الجماعات الإرهابية المرتبطة بالقاعدة، والتي دعا فيه المجلس الدول الأعضاء التي لها القدرة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة وفقاً لميثاق الأمم المتحدة والقانون الدولي لحقوق الانسان واللاجئين والقانون الانساني الدولي على الاراضي الخاضعة لسيطرة تنظيم الدولة الإسلامية في العراق والشام وتكثيف وتنسيق جهودها لمنع وقمع الاعمال الارهابية.
- 5- إن جميع الدول بدون استثناء، متفقة ومصممة، على منع وقمع الارهاب، ولا تتكر مشروعية استخدام القوة ضدها، إلا أن الخلاف بين الدول يكمن فيما يعتبر إرهاباً، لذلك متى ما صدر عن مجلس الأمن قراراً بأن تنظيم ما يعد إرهابياً يهدد السلم والأمن الدوليين، ولو لم يتضمن القرار تفويضاً صريحاً باستخدام القوة؛ فإن استخدام القوة ضد ذلك التنظيم او الجماعة يكون مشروعاً بالاستناد إلى ذلك القرار أو القرارات السابقة الصادرة عن مجلس الامن بشأن منع وقمع التنظيمات الإرهابية.

ثانياً: التوصيات

- 1- نقترح تعديل المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة، أو إعادة صياغتها بشكل يزيل الغموض في تفسيرها، مع الاخذ بنظر الاعتبار ان عبارة (اعتدت قوة مسلحة) قد لا تتلاءم مع الأوضاع والتطورات التي واكبت المجتمع الدولي، مثل الهجمات الإرهابية لكون أغلب من يستخدمون القوة يستندون إلى هذه المادة بسبب هذا الغموض.
- 2- ضرورة تقنين بعض حالات استخدام القوة بالنص عليها في الميثاق، ووضع ضوابط لها تمنع ازدواجية في التعامل معها، وتضمن أيضاً تحقيق الهدف المرجو من تلك الحالات، خاصة تلك التي تلاقى قبولاً من فقهاء القانون الدولي أو تواترت عليها الممارسات الدولية، وهناك توافق في الآراء من حيث المبدأ حول مشروعية استخدام القوة بالاستناد عليها، مثل استخدام القوة ضد الإرهاب.
- 3- نحث جميع الدول على تسجيل المعاهدات، خاصة معاهدات الدفاع المشترك التي تعقدها مع دول أخرى في أمانة هيئة الأمم المتحدة، لتتمكن من التمسك بها أمام فروع الامم المتحدة، وإذا لم تسجل لا يجوز استخدام القوة استناداً إليها لكيلا يتم خرق المادة (2/4) من الميثاق بهذه الحجة.
- 4- نوصي الدول الدائمة العضوية بالاتفاق على "مدونة قواعد سلوك" تمتنع بموجبها عن استخدام الفيتو حينما يتعلق الأمر باتخاذ التدابير اللازمة لوقف أو تجنب جرائم ضد الإنسانية أو إبادة جماعية أو تطهير عرقي أو جرائم حرب.
- 5- نوصي جميع الدول بعدم التدخل في الحروب الأهلية "النزاعات المسلحة الداخلية"، خاصة تلك التي تسعى فيها الشعوب لتقرير مصيرها الداخلي، إعمالاً واحتراماً والتزاماً بنصوص ميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي.

المصادر

أولاً/ الكتب

- 1- عمار ياسر حمو، روسيا والثورة السورية من دعم القاتل إلى شريك في القتل، ط1، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2016.
- 2- نزار عبدالقادر، الربيع العربي والبركان السوري نحو سايكس - بيكو جديد، ط 1، مطبعة شمس، بيروت، بدون سنة نشر.
- 3- د. ناصر زيدان، دور روسيا في الشرق الاوسط وشمال افريقيا من بطرس الاكبر إلى فلاديمير بوتين، ط1، الدار العربية للعلوم، بيروت، 2013.
- 4- د. ابراهيم الدراجي، جريمة العدوان ومدى المسؤولية الدولية عنها، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2019.
- 5- د. خليل اسماعيل الحديثي، المعاهدات الغير متكافئة المعقودة وقت السلم دراسة قانونية سياسية، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، 1981.
- 6- د. علاء الدين حسين مكي خماسي، علاء الدين مكي خماسي، استخدام القوة في القانون الدولي، المكتبة الوطنية، بغداد، 1982.
- 7- د. عبدالفتاح عبدالرزاق محمود، مبدأ عدم التدخل والتدخل في القانون الدولي العام - دراسة تحليلية، ط1، مؤسسة موكرياني للطباعة والنشر، أربيل، كوردستان، 2002.
- 8- د. جعفر عبدالسلام، المنظمات الدولية، دار نهضة مصر للطبع والنشر، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 9- د. محمد خليل الموسى، استخدام القوة في القانون الدولي، ط1، دار وائل للنشر، عمان -الاردن، 2004.
- 10- د. عاطف علي علي الصالحي، مشروعية التدخل الدولي وفقاً لقواعد القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 11- د. قاسم احمد قاسم، حق الدفاع عن النفس في القانون الدولي المعاصر (دراسة تحليلية مقارنة)، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2012.
- 12- علاء الدين راشد، الأمم المتحدة والارهاب قبل وبعد 11 سبتمبر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 13- سهيل حسين الفتلاوي، الارهاب والارهاب الدولي دراسة في القانون الدولي العام، ط1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 2003.

ثانياً/ الرسائل والأطاريح الجامعية

- 1- احمد جمعة زيدان الجابري، الازمة السورية ودورها في التواجد الروسي في الشرق الاوسط، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية والادارية والدبلوماسية، الجامعة الاسلامية في لبنان، 2021 - 2022.
- 2- نزار صادق سعيد، مشروعية استخدام القوة في سورية في ضوء قواعد القانون الدولي العام دراسة تحليلية، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية القانون، جامعة دهوك، 2023.
- 3- نجاه مدوخ، السياسة الخارجية الروسية تجاه منطقة الشرق الاوسط في ظل التحولات الراهنة (دراسة حالة سوريا 2010 - 2014)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، 2014 - 2015.

ثالثاً/ البحوث والدوريات

- 1- د. عامر كامل احمد، التدخل الروسي في الازمة السورية، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية، المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية، المجلد 2016، العدد 6، 31 كانون الاول 2016.
- 2- الحسن احمد ابكاس، الحرب في سوريا: الفاعلون والتفاعلات، مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، المركز الديمقراطي العربي، برلين، العدد الخامس، تشرين الثاني 2020.
- 3- علي بن زهرة، الابعاد الاستراتيجية للتدخل الروسي في الازمة السورية (2011 - 2018)، مجلة السياسة العالمية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، المجلد 4، العدد 3، آذار 2021.
- 4- عهد جبر قطريب، دوافع الموقف الروسي في الازمة السورية، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية - سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة تشرين، اللاذقية- سورية، المجلد 40، العدد 2، 2018.
- 5- د. علي ياسين عبدالله، خريطة الصراع والسيطرة في سوريا حتى عام 2019، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية- جامعة ديالى، المجلد التاسع، العدد الثاني، 2020.
- 6- أ. اسماء شوفي، استراتيجية خلق منطقة أمنة في سوريا "كألية لحماية الأمن القومي التركي في مواجهة التنظيمات الارهابية" - داعش نموذجاً، مجلة الناقد للدراسات السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الثاني، نيسان 2018.
- 7- صبر درويش، "داعش النسخة الاكثر تطرفاً للإسلام السياسي"، مركز دراسات الجمهورية الديمقراطية، باريس، 2014.
- 8- د. وليد عبد الحي، محددات السياستين الروسية والصينية تجاه الازمة السورية، مركز الجزيرة للدراسات، الدوحة، 3 نيسان 2012.

- 9- محمد عبدالقادر محمد، استراتيجية التفاوض السورية مع اسرائيل، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، العدد 25، ط1، 1999.
- 10- د. خلود محمد خميس، الازمة السورية واستراتيجية التدخل الروسي في المنطقة العربية، مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية، جامعة بغداد، العدد الستون، 2015.
- 11- د. نوار جليل هاشم، السياسة الروسية تجاه مكافحة الارهاب (سوريا نموذجاً)، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي، برلين، المجلد 2، العدد 11، أيلول 2018.
- 12- براين مايكل جانكيز، ديناميكيات الحرب الاهلية السورية، مؤسسة راند، كاليفورنيا، 2014.
- 13- د. بلخيرات حوسين، نهاية الحرب الباردة والتنظير في النزاع الدولي، مجلة المعهد المصري، المعهد المصري للدراسات، استنبول، المجلد 2، العدد 7، يوليو 2017.

رابعاً/ الدساتير

- 1- دستور الجمهورية العربية السورية 1973-2012.

خامساً/ المواثيق و المعاهدات الدولية

- 1- ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945.
- 2- معاهدة الضمان المعقودة بين تركيا ويونان وبريطانيا وقبرص لعام 1960.
- 3- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات الدولية لعام 1969.

سادساً/ وثائق صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.

- 1- قرار الجمعية العامة (IV) A/RES/375 لعام 1949، مشروع اعلان بشأن حقوق وواجبات الدول.
- 2- قرار الجمعية العامة (2131) لعام 1965 المتعلقة بعدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها.
- 3- اعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون وفقاً لميثاق الامم المتحدة (A/RES/2625XXV) لعام 1970.

سابعاً/ القرارات والوثائق الصادرة عن مجلس الامن

- 1- قرار مجلس الامن رقم 731 في 1992 بالرقم 731/RES/S (1992).
- 2- قرار مجلس الامن رقم 1267 في 1999 بالرقم 1267/RES/S (1999).
- 3- قرار مجلس الامن رقم 1269 في 1999 بالرقم 1269/RES/S (1999).
- 4- قرار مجلس الامن رقم 1368 في 2001 بالرقم 1368/RES/S (2001).
- 5- قرار مجلس الامن رقم 1373 في 2001 بالرقم 1373/RES/S (2001).
- 6- قرار مجلس الامن رقم 1377 في 21 نوفمبر 2001 بالرقم 1377/RES/S (2001)
- 7- قرار مجلس الامن رقم 1438 في 14 أكتوبر 2002 بالرقم 1438/RES/S (2002)
- 8- قرار مجلس الامن رقم 1440 في 24 أكتوبر 2002 بالرقم 1440/RES/S (2002)
- 9- قرار مجلس الامن رقم 1450 في 13 ديسمبر 2002 بالرقم 1450/RES/S (2002)
- 10- قرار مجلس الامن رقم 1452 في 20 ديسمبر 2002 بالرقم 1452/RES/S (2002)
- 11- قرار مجلس الامن رقم 1455 في 17 يناير 2003 بالرقم 1455/RES/S (2003)
- 12- قرار مجلس الامن رقم 1456 في 20 فبراير 2003 بالرقم 1456/RES/S (2003)
- 13- قرار مجلس الامن رقم 1465 في 13 فبراير 2003 بالرقم 1465/RES/S (2003)
- 14- قرار مجلس الامن رقم 1516 في 20 نوفمبر 2003 بالرقم 1516/RES/S (2003)
- 15- قرار مجلس الامن رقم 1526 في 30 يناير 2003 بالرقم 1526/RES/S (2003)
- 16- قرار مجلس الامن رقم 1530 في 11 مارس 2004 بالرقم 1530/RES/S (2004)
- 17- قرار مجلس الامن رقم 1535 في 26 مارس 2004 بالرقم 1535/RES/S (2004)
- 18- قرار مجلس الامن رقم 1540 في 28 أبريل 2004 بالرقم 1540/RES/S (2004)
- 19- قرار مجلس الامن رقم 1566 في 18 أكتوبر 2004 بالرقم 1566/RES/S (2004)
- 20- قرار مجلس الامن رقم 1611 في 7 يوليو 2005 بالرقم 1611/RES/S (2005)
- 21- قرار مجلس الامن رقم 1617 في 29 يوليو 2005 بالرقم 1617/RES/S (2005)
- 22- قرار مجلس الامن رقم 1618 في 4 أغسطس 2005 بالرقم 1618/RES/S (2005)
- 23- قرار مجلس الامن رقم 1624 في 14 أسيبتمبر 2005 بالرقم 1624/RES/S (2005)
- 24- قرار مجلس الامن رقم 1735 في 22 ديسمبر 2006 بالرقم 1735/RES/S (2006)
- 25- قرار مجلس الامن رقم 1787 في 10 ديسمبر 2007 بالرقم 1787/RES/S (2007)
- 26- قرار مجلس الامن رقم 1805 في 20 مارس 2008 بالرقم 1805/RES/S (2008)
- 27- قرار مجلس الامن رقم 1822 في 30 يونيو 2008 بالرقم 1822/RES/S (2008)
- 28- قرار مجلس الامن رقم 1904 في 17 ديسمبر 2009 بالرقم 1904/RES/S (2009)
- 29- قرار مجلس الامن رقم 2082 في 17 ديسمبر 2012 بالرقم 2082/RES/S (2012)
- 30- قرار مجلس الامن رقم 2083 في 17 ديسمبر 2012 بالرقم 2083/RES/S (2012)
- 31- قرار مجلس الامن رقم 2129 في 17 ديسمبر 2013 بالرقم 2119/RES/S (2013)
- 32- قرار مجلس الامن رقم 2133 في 27 يناير 2014 بالرقم 2133/RES/S (2014)
- 33- قرار مجلس الامن رقم 2150 في 16 أبريل 2014 بالرقم 2150/RES/S (2014)

-
- 34- قرار مجلس الامن رقم 2160 في 17 يونيو 2014 بالرقم 2160/RES/S (2014)
- 35- قرار مجلس الامن رقم 2170 في 15 أغسطس 2014 بالرقم 2170/RES/S (2014)
- 36- قرار مجلس الامن رقم 2178 في 24 سبتمبر 2014 بالرقم 2178/RES/S (2014)
- 37- قرار مجلس الامن رقم 2199 في 12 فبراير 2015 بالرقم 2199/RES/S (2015)
- 38- قرار مجلس الامن رقم 2216 في 14 أبريل 2015 بالرقم 2216/RES/S (2015)
- 39- قرار مجلس الامن رقم 2253 في 17 ديسمبر 2015 بالرقم 2253/RES/S (2015)
- 40- قرار مجلس الامن رقم 2255 في 21 ديسمبر 2015 بالرقم 2255/RES/S (2015)
- 41- قرار مجلس الامن رقم 2258 في 22 ديسمبر 2015 بالرقم 2258/RES/S (2015)
- 42- قرار مجلس الامن رقم 2322 في 12 ديسمبر 2016 بالرقم 2322/RES/S (2016)
- 43- قرار مجلس الامن رقم 2325 في 15 ديسمبر 2016 بالرقم 2325/RES/S (2016)
- 44- قرار مجلس الامن رقم 2341 في 13 فبراير 2017 بالرقم 2341/RES/S (2017)
- 45- قرار مجلس الامن رقم 2354 في 24 مايو 2017 بالرقم 2354/RES/S (2017)
- 46- قرار مجلس الامن رقم 2368 في 20 يوليو 2017 بالرقم 2368/RES/S (2017)
- 47- قرار مجلس الامن رقم 2370 في 2 أغسطس 2017 بالرقم 2370/RES/S (2017)
- 48- قرار مجلس الامن رقم 2395 في 21 ديسمبر 2017 بالرقم 2395/RES/S (2017)
- 49- قرار مجلس الامن رقم 2396 في 21 ديسمبر 2017 بالرقم 2396/RES/S (2017)
- 50- قرار مجلس الامن رقم 2426 في 29 يونيو 2018 بالرقم 2426/RES/S (2018)
- 51- قرار مجلس الامن رقم 2501 في 16 ديسمبر 2019 بالرقم 2501/RES/S (2019)
- 52- قرار مجلس الامن رقم 2560 في 29 ديسمبر 2020 بالرقم 2560/RES/S (2020)
- 53- مشروع قرار مجلس الامن بالوثيقة رقم S/2014/348 في 22 مايو 2014.
- 54- بيان من رئيس مجلس الامن، 17 آب 2015 بالرقم 15/2015/S/PRST.
- 55- Report of the Security Council 16 July 1963_15 July 1964 ، General Assembly. Official records: Nineteenth Session ، Supplement No.2 (A/5802) ، Chapter 5.C.

ثامناً/ احكام محكمة العدل الدولية

- 1- CIJ،The case concerning military and paramilitary activities against Nicaragua Rep، Jun 27، 1986 ، paragraph 246.

تاسعاً/ مواقع الكترونية

1- نصر المجالي، بوتين مبرراً التدخل في سوريا: التنظيم كان اعلن عداوتنا غارات موسكو الاربعاء لم

تستهدف "داعش"، الايلاف، 30 أيلول 2015، متاح على الرابط الالكتروني:

<https://elaph.com/amp/Web/News/2015/9/1043535.html>، تاريخ الزيارة

.2023/2/19

2- الصفحة الرسمية للتحالف الدولي ضد داعش، متاح على الرابط الالكتروني :

<https://theglobalcoalition.org/ar/> ، تاريخ الزيارة 2022/11/29.

3- Shaun Walker، Russia Parliament Grants Vladimir Putin Right to Deploy Military in Syria، The Guardian، Sep30، 2015، Available at: <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/30/russian-parliament-grants-vladimir-putin-right-to-deploy-military-in-syria>، Date of Visit Feb 19، 2023.

4- Michael Birnbaum، The secret pact between Russia and Syria that gives Moscow carte blanche، The Washington post، Jan 5، 2014، Available at: <https://www.washingtonpost.com/News/worldviews/wp/2016/01/15/the-secret-pact-between-russia-and-syria-that-gives-moscow-cart-blanche/> Date of Visit، Feb 18، 2023.

HRW، Russia/ Syria: Extensive Recent Use of Cluster Munitions، Des 20، 2015، Available at : <https://www.hrw.org/news/2015/12/20/russia/syria-extensive-recent-use-cluster-munitions> Date of Visit Feb 19، 2023.

5- Diana Semaan، Syria: Relentless bombing of civilians in Eastern Ghouta amounts to war crimes، Amnesty Internationals، Feb 20، 2018 Available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/02/syria-relentless-bombing-of-civilians-in-eastern-ghouta-amounts-to-war-crimes/> Date of Visit Feb 19، 2023.

6- Julian Borger and Kareem Shaheen، Russia accused of war crimes in Syria at UN security council session، The Guardian، Sep 26، 2016، Available at: <https://www.theguardian.com/world/2016/sep/25/russia-accused-war-crimes-syria-un-security-council-aleppo> Date of Visit Feb 20، 2023.

7- Cholpon Orozobekova، Russia Loses Seat at the UN Human Rights Council، The Diplomat، Oct 31، 2016، Available at: <https://thediplomat.com/2016/10/russia-loses-seat-at-the-un-human-rights-council/>. Date of Visit Feb 20، 2023.

-
- 8- Aljazeera ، Iraq Liaises with Syria ، Russia and Iraq to bomb ISIS ، Oct14 ، 2015 ، Available at : <https://www.aljazeera.com/news/2015/10/14/iraq-liaises-with-syria-russia-and-iran-to-bomb-isil> ، Date of Visit ، Apr5 ، 2023.
 - 9- Emma Graham، Russia airstrikes in Syria killed 2،00 civilian in six months، The Guardian، Mar 15، 2016، Available at: <https://www.theguardian.com/world/2016/mar/15/russian-airstrikes-in-syria-killed-2000-civilians-in-six-months> Date of Visit Feb 19، 2023.

عاشراً/ البحوث الاجنبية

- 1- Hasan Selim Ozertem، Russia Shifting Strategy in Syria: Implications for Turkish foreign policy، Arab Center for Research & policy Studies، Doha، Des 2015.
- 2- Carmen - Cristia Cirlig ، The international Coalition to Counter ISIS / Da ' esh (the ' Islamic State') ،European Parliament Research Service ، Mar17 ، 2015.
- 3- Rob Page ، ISIS and the Sectarian Conflict in the Middle East، House of commons ، UK Parliament ، Research Paper 15/16 ، Mar19 ، 2015 .
- 4- Daniela Abratt، U.S Intervention in Syria : A Legal Responsibility to Protect ، Denvar Law Review ، Volume 95 ، Issue 1 ، Article 8 ، Digital Commons.du.edu ، 2017 .
- 5- Anna Davis and Richard Moss ، Russian _ Syrian Naval an Ari Basing Agreement 2015 _2020 ، Russia Maritime Studies / United States Naval War College ، Published ، Jun25 2019.

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.

Editor: Prof. Dr. Qassim Ahmed Qassim

Editorial Secretary: Assist. Prof. Dr. Farhad Seaid Saadi

Editorial Board:

- 1- Prof. Dr. Akram Yamulki, Cihan University. Commercial Law.
- 2- Prof. Dr. Ismat Abdul Majeed Bakr, Cihan University. Civil law.
- 3- Prof. Dr. Fakhri Al-Hadithi, University of Baghdad. Criminal Law.
- 4- Prof. Dr. Hussein Tawfiq Faydallah, Salahaddin University, Commercial Law and Intellectual Property.
- 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- Prof. Dr. Ali Younus Ismael, University of Duhok, Administrative Law.
- 11- Assist. Prof. Dr. Najdat Sabri Al-Aqrawi, Ministry of Higher Education and Scientific Research - Kurdistan Region of Iraq. Public International Law.
- 12- Assist. Prof. Dr. Muhammad Omar Mouloud, Tishk International University - Iraq. Constitutional law.
- 13- Assist. Prof .Dr. Iman Yousif Noori, University of Duhok, Civil law.