

مجلة

كلية القانون والعلوم السياسية

مجلة علمية فصلية محكمة متخصصة بالدراسات والبحوث القانونية والسياسية الدولية

الجامعة العراقية- كلية القانون والعلوم السياسية- بغداد - الاعظمية- هيئة خاتون- شارع ٢٢ / محلة ٣٠٨

هاتف: ٠٧٧٣٨٤٨٣٢٢٠

lpc.journal2017@gmail.com

info@jips.edu.iq

ايميل رئيس التحرير: Sarmed.alshahiry@gmail.com

مجلة كلية القانون
والعلوم السياسية

١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م

التنفيذ الضوئي
والاخراج الفني والاشراف
دار الرائد/ بغداد

حقوق الطبع والاقتباس محفوظة
للمجلة

حاصلة على التحكيم العلمي
بموجب قرار وزارة
التعليم العالي والبحث العلمي
بالرقم: ب ت ٤ / ١٠٦٦٧
لعام ٢٠١٩

رقم الايداع في دار الكتب
والوثائق ببغداد (٢١٦٠)
لسنة ٢٠١٦
الرقم الدولي

ISSN:2664-4088 /2019

اعتماد نقابة الاكاديميين العراقيين
بالرقم ٧٨٣ - ٢٠١٩



لِلطَبَاعَةِ وَالنَّشْرِ وَالتَّوَزِيعِ
العراق - بغداد

ضوابط النشر في المجلة:

١. ان يلتزم الباحث بكتابة ملخص البحث باللغتين العربية والانجليزية بما لا يتجاوز نصف صفحة او بما لا يتجاوز ٢٠٠ كلمة.
٢. لا تستقبل المجلة مستلزمات الرسائل العلمية التي تمت مناقشتها ولا الأبحاث التي سبق نشرها في مجلة علمية محكمة اخرى.
٣. تنشر المجلة البحوث والدراسات الاكاديمية الرصينة المكتوبة باللغات العربية والانكليزية والفرنسية والتي لم يسبق نشرها في أي مكان آخر.
٤. يلتزم الباحث بعدم ارسال بحثه للنشر في أي مكان آخر بعد تقديمه طلب النشر في مجلتنا ولا يجوز نشر البحث أو أجزاء منه في أي مكان آخر بعد اقرار نشره في المجلة .
٥. أن تكون لغة البحث لغة سليمة وفصيحة، وأن يتصف بالموضوعية والمنهجية العلمية.
٦. ترسل البحوث مطبوعة مصححة بصورتها النهائية على البريد الإلكتروني للمجلة بصيغة (word) وبخط نوع Simplified Arabic حجم ١٤ والهوامش حجم ١٢ اما البحوث باللغة الانكليزية او الفرنسية فتطبع بخط نوع Time New Roman حجم ١٢ والهوامش ١٠ وتكون جميعها على ورق A٤ وعلى وجه واحد مع تباعد الاسطر (مفرد).
٧. يقدم الباحث نسخة الكترونية من بحثه لغرض التقويم الالكتروني وتحديد الاستلال الكترونياً ونسختين ورقية للتقويم العلمي.
٨. تخضع البحوث المقدمة للنشر للتقويم العلمي والتحكيم السري وفق الاصول العلمية المتبعة، ويلتزم الباحث باجراء التعديلات وفق الملاحظات التي يبديها الخبراء.
٩. يمنح كل باحث يقبل بحثه للنشر بهذه المجلة نسخة من عدد المجلة.
١٠. عند قبول البحث للنشر تنقل جميع حقوق الملكية (الطبع والنشر) المتعلقة بالبحث الى (الناشر) وهي المجلة.
١١. تحتفظ هيئة التحرير بحقها في عدم نشر اي بحث او دراسة دون ابداء الاسباب وتعد قراراتها نهائية ولها ان تجري اي تعديلات شكلية تراها مناسبة وتتناسب مع سياستها واسلوبها.
١٢. لا تدفع المجلة مكافأة على البحوث التي تنشر فيها.
١٣. تعتذر المجلة عن عدم اعادة البحث الذي يتم ارساله الى المجلة الى الباحث في حالة عدم قبوله للنشر في اي مرحلة من المراحل، كما تعتذر عن اي طلب بتزويد الباحثين بتقارير التحكيم للبحث الذي يتم رفضه، الا باستثناء من هيئة التحرير.

هيئة التحرير

- أ. د. زياد طارق عبد الرزاق/ العراق
أ. د. درع حماد عبد/ العراق
أ. د. عبد الستار حسين سليمان/ العراق
أ. د. شروق عباس فاضل/ العراق
أ. د. هشام حكمت العزاوي/ العراق
أ. د. نظام جبار طالب/ العراق
أ. د. واثبة داود السعدي/ قطر
أ. د. نورهان السيد عبدالحميد الشيخ/ مصر
أ. د. خليل علي حسين/ لبنان
أ. م. د. عمر غازي يوسف/ الولايات المتحدة الأمريكية
أ. م. د. حسين جبر حسين/ العراق
أ. م. أسامة يوسف نجم/ العراق
م. د. رسل عبدالستار عبدالجبار/ العراق

ممثل جهة الاصدار
أ. م. د. محمد حميد عبد

رئيس التحرير
أ. د. سرمد أمين

مدير التحرير
أ. م. د. ابراهيم حردان مطر

مشرف الموقع الالكتروني: د. حسام ممدوح خيرو
أ. م. د. جاسم محمد سلمان/ مدقق لغوي (اللغة العربية)
م. وسن هاشم ابراهيم / مدقق لغوي (اللغة الانكليزية)

البحوث المنشورة تعبر عن آراء اصحابها وليس بالضرورة تعبر عن رأي المجلة

المحتويات

٩ كلمة التحرير
١١ الملف القانوني
١٣ معايير دولية الإفلاس في القانون الدولي الخاص أ.د. بشير جمعة عبد الجبار، الباحث: أحمد رياض فياض
٣٥ الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة أ.م.د. نبأ محمد عبد
٦١ العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني م.د. كاظم حمادي يوسف الحلفي، م.د. صدام بدن رحيمة الساعدي
٨١ التعريف بواجب مديري المصارف في ادارة مخاطر العمليات الائتمانية م.د. رعد هاشم امين التميمي، الباحثة: رحاب رمزي رضا
١٠٧ الالتزام المدني المجرد دراسة في القانونين المدنيين العراقي والمصري م. د. نورس عباس العبودي
١٣٣ مشروعية مجالس المحافظات غير المنتظمة باقليم دراسة دستورية د. عدي طلال محمود
١٦٣ ظاهرة التسول وسياسات المواجهة في التشريع العراقي د. كاظم عبد الله نزال جاسم المياحي
١٨٥ أحكام الإجابات المبهمة للخصوم في الإستجواب المدني م. عقيل مجيد طه
٢٠١ دور النصوص الجنائية في تجريم ظاهرة المخدرات في العراق م. شذى فلاح حسن
٢٢٥ المظاهر المدنية لمركز المجنى عليه في الدعوى الجزائية م. م. اكرام هادي محيسن الركابي
٢٥٧ صفة الموظف كظرف مشدد في جريمة السرقة م.م. ضحى حسن فليح
٢٧٧ الزوجة المعلقة (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون) م. م. أحمد برهان الدين عبد الرحمن
٢٩٩ الملف السياسي
٣٠١ هندسة الأمن الوطني العراقي في ضوء التجاذبات الاقليمية والدولية أ.م.د: سالم مطر عبد الله

- ٣٢٥ التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣
أ.م. د. بدرية صالح عبد الله
- ٣٤١ الازمة الخليجية - القطرية: الأبعاد والنتائج
أ. م. د. سليم كاطع علي
- ٣٦١ أثر الحراك الاجتماعي العام على المجال السياسي العراقي
أ.م.د. ايمن احمد محمد الشمري
- ٣٧٩ الامن الوطني العراقي في ظل الاختراق السبيرياني
الباحثة نور علي صكب
- ٣٩٧ الحرب الاسرائيلية على غزة.. مواقف وآراء
مجموعة من الباحثين في الجامعات العربية والعالمية
- ٤١٥ دراسات مترجمة
الرأي السادس للمجلس الاستشاري لاتفاقية الامم المتحدة المنظمة لعقود البيع الدولي
- ٤١٧ للبضائع
ترجمة: أ.م.د حسين جبر حسين الشويلي، د. محمد عبد العزيز العكيلي
- ٤٤٧ فخ ثيوسيديديس: هل تتجه الولايات المتحدة والصين إلى الحرب؟
ترجمة: أ.م.د عبدالأمير عبدالحسن إبراهيم
- ٤٥٧ تعليق على حكم قضائي
الاستثمار المقلوب
- ٤٥٩ أ.د. درع حماد

كلمة التحرير

على بركة الله يصدر العدد الحادي عشر من مجلة كلية القانون والعلوم السياسية في الجامعة العراقية بمشاركة واسعة تتلج الصدور من مختلف الجامعات العراقية وبمشاركة عربية ودولية أيضا خصوصا في الملف المتعلق باستعراض مجريات الحرب الاسرائيلية الأخيرة على غزة وما تمخض عنها من نتائج على مختلف المستويات . ولا يسعنا هنا في مجلس الكلية وهيئة التحرير الا أن نعرب عن خالص شكرنا وتقديرنا للأساتذة الكرام الذي اتحفونا بهذه المشاركات الكريمة سائلين الله العلي القدير أن يوفقنا لمزيد من التعاون العلمي والأكاديمي مستقبلا.

وجريا على عادة المجلة في توفير المادة العلمية باختلاف تصنيفها للطلبة والباحثين فقد حافظنا في هيئة التحرير على الأبواب الأساسية للمجلة كالمفاهيم القانونية والسياسي وملف الدراسات المترجمة والتعليق على الاحكام القضائية مع اضافة ملف خاص بالحرب الاسرائيلية على الشعب الفلسطيني في غزة التزاما منا بالوعد الذي قطعناه على أنفسنا في العدد الأخير بضرورة توفير المكان والمنبر المناسب للحديث في مثل هذا التطور المفصلي والخطير في مسار الصراع العربي الاسرائيلي.

ولما كنا في مجلس الكلية وهيئة التحرير نطمح الى توسيع قاعدة الاصدار لتشمل مختلف قضايا الأمة العربية فاننا ندعو السادة الباحثين العراقيين والعرب الى المشاركة الواسعة في رفد اصدارتنا القادمة بكل ما هو جديد من المواضيع التي تناقش وتعالج المشاكل والازمات التي تتعرض لها أقطار الأمة في هذه الظروف العصيبة.

ونحن نضع هذا الانجاز العلمي الجديد بين أيادي قرائنا الكرام نقف اجلا لا واحتراما لأرواح شهداء العراق العظيم الذين سقطوا مخرجين بدمائهم على يد العصابات الارهابية والاجرامية وبوسائل مختلفة استهدفت أرواحهم في مراكز التسوق والمستشفيات والتجمعات السكانية الكثيفة بقصد الحاق الأذى بأكبر قدر ممكن من الأبرياء وفي أقدس مناسبات المسلمين كعيد الأضحى المبارك الذي توشح بمنظر الضحايا والأشلاء المتناثرة للشهداء في أحد الأسواق الشعبية شرق العاصمة العراقية بغداد وقبل يوم واحد فقط من عيد الله الأكبر. ان هذه العمليات الارهابية وان حملت معها الفواجع للقلب العراقي المتعب أساسا مما عاناه طيلة السنوات الماضية في مواجهته المتفردة للمجاميع الارهابية وتداعيات التنافس غير المنصف للقوى الاقليمية والدولية على الساحة العراقية الا انه وفي نفس الوقت جعل العراقيين أكثر قربا من اكتشاف حقائق الامور والتمييز بين المواقع والاصرار على عبور المحنة مهما بلغت التضحيات كرسالة واضحة للجميع بان العراق وشعبه اكبر من كل التحديات وسيواصل مسيرة الخلاص والاستقرار والبناء ان شاء الله بعزم اهله وقواه الخيرة .

الرحمة والخلود لشهداء العراق العظيم الذين روت دمائهم هذه الأرض المباركة لتزهر نصرا ومستقبلا زاهرا للأجيال القادمة .. ومن الله التوفيق

رئيس التحرير

الملف القانوني

معايير دولية الإفلاس في القانون الدولي الخاص

أ.د. بشير جمعة عبد الجبار
الباحث: أحمد رياض فياض
الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

يُعد الإفلاس العابر للحدود من أهم المسائل التي ازدادت أهميتها في الآونة الأخيرة، وذلك نتيجة تطور التجارة الدولية وزيادة الاستثمارات الأجنبية، أصبح من المتوقع سهولة تعرض الاستثمارات الأجنبية لخطر الإفلاس وقد أصبح موضوع الإفلاس في بؤرة الاهتمام على الصعيد الفقهي والتشريعي والقضائي والاتفاقيات الدولية، حيث أثار موضوع الإفلاس مشاكل عديدة في مجال القانون الدولي الخاص، وذلك من ناحية تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى أشهر الإفلاس، وتحديد القانون الواجب التطبيق. إن دخول الصفة الأجنبية في تلك الاستثمارات أدى إلى ظهور نزاعات بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة، ولحسم هذه النزاعات يتطلب معرفة المحكمة المختصة بالنظر إلى النزاع، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الإفلاس المتضمنة عنصراً أجنبياً، ويكون ذلك من خلال البحث في مدى إمكانية الاستعانة بقواعد الاختصاص القضائي الوطني في حل إشكاليات الإفلاس الدولي، ومن أهمها تحديد المحكمة المختصة في نظر قضايا الإفلاس العابر للحدود، وقد حاولت هذه الدراسة إيجاد الحلول القانونية من خلال التطبيق على بعض النصوص القانونية العراقية بالاستعانة بقواعد قانون الإفلاس العابر للحدود الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي «الأونسيترال».

Abstract

Cross-border bankruptcy is one of the most important issues that have increased its importance in recent times, due to the development of international trade and the increase in foreign investment. The issue of bankruptcy raised many problems in the field of private international law, in terms of determining the competent court to hear the bankruptcy lawsuit, and determining the applicable law. Entering foreign status in these investments leads to the emergence of disputes between parties belonging to different countries, and to resolve these disputes requires knowledge of the competent court by looking into the dispute and then determining the law applicable to the bankruptcy lawsuit that includes a foreign element, This is done by examining the extent to which the rules of national jurisdiction can be used in solving international bankruptcy problems, the most important of which is identifying the competent court to consider cross-border bankruptcy cases, as this study tried to find legal solutions through application to the texts of Iraqi law with the help of the rules of the cross-border bankruptcy law Issued by the United Nations Commission on International Trade Law «UNCITRAL».

المقدمة

لقد أصبح الإفلاس العابر للحدود أمراً يفرضه واقع الاقتصاد العالمي، حيث يواجه هذا النوع من الإفلاس فراغاً تشريعياً في معظم التشريعات الوطنية، فتحديد الصفة الدولية للإفلاس يقوم على مجموعة من الأسس والمعايير، فمن الصعب اعتبار الإفلاس دولي لمجرد أن المستثمر المراد شهر افلاسه يحمل جنسية أجنبية، أو لمجرد أن بعض دائنيه من الأجانب، فلا بد من وجود بعض المعايير التي بموجبها يمكن تحديد دولية الإفلاس، فامتلاك المستثمر أموالاً في أكثر من دولة قد يشكل صعوبة في وضع اليد على أمواله وحصرتها، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الإفلاس الدولي، مما أدى ذلك إلى تزايد المشاكل القانونية التي تحتاج إلى حلول سريعة وفعالة، وذلك لحماية الدائنين والمشروعات التجارية من أجل استقرار الاقتصاد الوطني وتطوره.

أهمية البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في كثرة التطور الاقتصادي التي أدت إلى زيادة احتمالية وقوع الإفلاس وصعوبة تحديد الإفلاس كان دولياً أم لا، فالإفلاس الدولي يثير عدة إشكاليات لاسيما إزاء اختلاف الفقه التجاري والنقص التشريعي في القوانين إقليمياً ودولياً، وعليه نرى لا بد من تسليط الضوء على هذا الموضوع الذي يُعد من المواضيع ذات الأهمية البالغة في الوقت الحاضر.

مشكلة البحث:

إن مشكلة البحث تكمن في احتمالية تعرض المستثمر إلى خطر الإفلاس وهذه الحالة يمكن أن تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص عندما يكون المستثمر أجنبي، فلا بد أن يتصف الإفلاس بهذه الحالة بصفة الدولية، حيث تعد صفة الدولية هنا من المسائل التي تثير بعض الصعوبات في تحديدها وهذا ما سيكون مدار بحثنا حول هذه الإشكالية.

منهجية البحث:

تم اتباع منهجية الأسلوب التحليلي المقارن، فهو أسلوب تحليلي يقوم على تحليل نصوص التشريعات القانونية لمختلف الدول، لاستخلاص دلالتها وتفسير وشرح القواعد القانونية للإفلاس، بالإضافة إلى معرفة مدى إمكانية تطبيقها على المستثمرين الأجانب، وهو أسلوب مقارن من خلال المقارنة بين موقف التشريعات القانونية لمختلف الدول.

المبحث الأول

الأسس التي تقوم عليها دولية الإفلاس

إن تحديد الصفة الدولية للإفلاس يقوم على مجموعة من الأسس والمعايير، فالإفلاس الدولي له أثر على المستثمر الأجنبي، فتحديد الصفة الدولية للإفلاس يقوم على معيارين، المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للإفلاس، والذي يقوم على فكرة أساسية مفادها أن العلاقة القانونية تعد دولية إذا اتصلت بعناصرها القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، والمعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للإفلاس، والذي يعتبر الإفلاس وفقاً لهذا المعيار دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يناقش الأسس والمعايير التي تحدد الصفة الدولية للإفلاس، أما المطلب الثاني فيناقش الإفلاس بين النظرية العالمية والنظرية الإقليمية.

المطلب الأول: الأسس والمعايير التي تحدد الصفة الدولية للإفلاس

لكي يكون الإفلاس دولياً لا بد أن يخضع إلى أحد المعايير التي تحدد دوليته، ولقد اختلفت التشريعات في مدى الأخذ بهذه المعايير، فتحديد دولية الإفلاس مهم جداً في القانون الدولي الخاص وذلك لإيجاد تنظيم فعال حول الإفلاس الدولي، وحماية أطراف المعاملات التجارية الدولية وإشاعة الثقة بينهم، فما هي هذه المعايير التي تحدد دولية الإفلاس، وعليه سنتناول هذه المعايير في فرعين وهي كالاتي:

الفرع الأول: المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للإفلاس

يقوم هذا المعيار على فكرة أساسية مفادها اختلاف جنسية الدائن عن جنسية المدين أو قد يمارس التاجر تجارته على أراضي أجنبية، وهذا ما يسمى بالمعيار القانوني^(١)، فالعلاقة القانونية تعد دولية إذا اتصلت بعناصرها القانونية بأكثر من نظام قانوني، وعلى ذلك فإن دولية العلاقة تتحدد في مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى العناصر القانونية لتلك العلاقة، على أساس أن مسألة تنازع القوانين تثور عند اكتساب العلاقة القانونية الصفة الأجنبية فتصبح علاقة دولية خاصة^(٢).

لقد أيد الفقه الفرنسي هذا الإتجاه لأن دولية العلاقة في نظرهم يكفي لتوافرها اشتغال النزاع على عنصر يخرج من النطاق الوطني البحت، كاختلاف جنسية الخصوم، أو اختلاف مراكز أعمال الخصوم وأجنبية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فمعيار دولية الإفلاس يمكن التوصل إليه من خلال النظر إلى الأسباب التي من أجلها وضع القانون النموذجي للإفلاس الدولي، حيث كان من ضمنها المعيار القانوني، إفلاس التاجر الفرد أو المؤسسة أو الشركة عبر الحدود والذي يتمثل بوجود عنصر أجنبي يدخل الإفلاس في نطاق القانون الدولي الخاص^(٣)، ولقد اختلف أنصار هذا الإتجاه على مدى فاعلية العناصر القانونية للإفلاس لإضفاء الطابع الدولي له،

(١) د. بسمة محمد نوري كاظم، د. قيس الشرايرة، الإفلاس التجاري عبر الحدود ودور الاختصاص القضائي الدولي في حل إشكالياته، بحث منشور في مجلة دنانير، العدد السابع، ٢٠١٥، ص ٥.

(2) Mayer (P.). Droit international prive. 4eme Ed. Montchrestien. 1991. P. 11.

(٣) د. بسمة محمد نوري كاظم، د. قيس الشرايرة، المصدر السابق، ص ٥.

والمتمثلة بالأطراف والمحل والسبب، فالمعيار القانوني وفقاً لهذا الإتجاه يؤدي إلى اعمال احكام القانون الدولي الخاص لمجرد أن يتوافر في الإفلاس عنصراً أجنبياً، بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر^(٤).

يعد الإفلاس دولياً وفقاً للمعيار القانوني إذا كانت أحد عناصره من أطراف ومحل وسبب أجنبياً، فهو يعد دولياً وفقاً لمفهوم هذا الرأي إذا كان المدين المفلس أو أحد الدائنين أجنبياً، أو مقيماً في دولة غير تلك التي تتخذ اجراءات الإفلاس، أو يمتلك أموالاً في أكثر من دولة، أو إذا ابرم بعض التصرفات التجارية في دولة أجنبية عن الدولة التي يمارس فيها نشاطه^(٥).

من الانتقادات التي وجهت لهذا الإتجاه أنه من الصعب اعتبار الإفلاس دولياً لمجرد أن التاجر المراد اشهار إفلاسه يحمل جنسية أجنبية أو لمجرد أن بعض دائنيه من الأجانب، فمشكلة دولية الإفلاس تثور إذا كان للمدين المفلس اموال موزعة في أكثر من دولة، حيث تدعي كل دولة لنفسها بالحق في خضوع كل جزء من اموال المدين الكائنة فيها لقانونها، ولقد نص المشرع العراقي في المادة ٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن الشركة الأجنبية التي تمارس نشاطها في العراق يطبق عليها القانون العراقي^(٦)، فإن اختلاف جنسية المدين عن جنسية الدائنين لا يكفي لوصف الإفلاس بالدولي، وأما امتلاك المدين اموالاً في أكثر من دولة من عدمه هو الذي يتحدد على أساسه ما إذا كان الإفلاس دولي أم لا، فبمجرد وجود دائن أجنبي لمدين تتركز كل ذمته المالية في بلد واحد لا يؤدي إلى اعتبار الإفلاس دولياً، فقد يتوافر العنصر الأجنبي بعدة وجوه، كأن تكون شركة متعددة الجنسيات تباشر نشاطها في العديد من الدول، أو أن يكون تاجر يمتلك بضائع خارج وطنه، فلا يمكن الاكتفاء بوجود العنصر الأجنبي، وهو وجود البضائع في الخارج، لاعتبار الإفلاس دولي، ذلك لأن وجود البضائع في الخارج ليس له إلا أهمية محدودة^(٧).

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للإفلاس

يعتبر الإفلاس دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، فدولية الإفلاس مستمدة من موضوع العلاقة وهو كون اموال المدين موزعة في أكثر من دولة، حيث يعتبر العقد دولياً وفقاً للمعيار الاقتصادي إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية، أي تجاوز رابطة الاقتصاد الداخلي لدولة معينة بأن يتضمن هذا العقد مثلاً استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة اجنبية، أي يترتب عليه حركة البضائع

(٤) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٦٠.
(٥) محمد السيد عرفه، دور الاتفاقيات الدولية في وضع حلول لتنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي بمسائل الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦.

(٦) نصت المادة ٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه: ((١- يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ٢- ومع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري)).
(٧) د. ناجي عبد المؤمن، الإفلاس والتحكيم والعولمة، دراسة حول بعض إشكاليات الإفلاس الدولي، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٥.

عبر الحدود، ويتصف هذا المعيار بأنه ينظر إلى دولية العلاقة انطلاقاً من دور نظام الإفلاس في التجارة الدولية، بوصفه أحد أهم الأدوات والأنظمة التي تكفل تدفق السلع والخدمات عبر الحدود، وتوفير الحماية اللازمة للأطراف المتعاملة دولياً، وإشاعة الثقة بينهم، فالمعيار الاقتصادي يتفق مع التعريف الذي أورده القانون الأوروبي للإفلاس رقم ١٣٤٦ لعام ٢٠٠٠ بشأن مركز النشاط الرئيسي للمدين^(٨)، وأيضاً يتفق مع التعريف الذي أورده قانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود بالنسبة للمؤسسة^(٩).

لقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ في المادة ١٢ على أنه: «تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة»، وهذا ما أخذت به اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي لاعتبار العقد دولياً إذا اتصل بالتجارة الدولية وهذا هو المعيار الاقتصادي^(١٠). لقد أخذ القانون اللبناني بالمعيار الاقتصادي فيما يتعلق بالتجارة الدولية، ويرى أن التجارة تعد دولية إذا اتصلت بأكثر من دولة، ويرى أن تطبيق ذلك في مجال الإفلاس يؤدي إلى القول بأن إجراءات الإفلاس التي تستحق أن تتصف بالدولية هي تلك التي تنطوي على تجارة دولية أي إجراءات الإفلاس التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية^(١١)، أما فيما يخص المشرع العراقي، فإنه بالرجوع إلى قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤) نراه قد حدد في المادة (١٢) ٢٩٤، من القانون المذكور أن البضائع المنقولة بين دولتين أو أكثر تُعد من البيوع الدولية، الأمر الذي يؤكد أن المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) قد اعتمد في تحديده لعقد البيع الدولي أن يكون البيع بين دولتين أو أكثر، فالبيع بحد ذاته هو عملية تجارية لما تتضمنه من استيراد وتصدير للبضائع، وهذا يتفق مع نص المادة (٥/ثالثاً) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤)^(١٣)، الذي عد استيراد البضائع أو تصديرها هو أحد الأعمال التجارية^(١٤).

اتجه القضاء الفرنسي الحديث للتصدي لمدى دولية العقد إلى الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، وهذا ما يطلق عليه بالمعيار المزدوج، فالمعيار

(٨) نص القانون الأوروبي للإفلاس رقم ١٣٤٦ لعام ٢٠٠٠ بشأن مركز النشاط الرئيسي للمدين على أنه: ((المكان الذي باشر فيه المدين عادة نشاطه الاقتصادي)).

(٩) نصت المادة رقم ٦٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي لعام ٢٠١٢ بالنسبة للمؤسسة على أنه: ((مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وخدمات)).

(10) John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4th edition, 2009, P. 13.

(١١) ربيع حسين العلي، المصدر السابق، ص ٢٧.

(١٢) نصت المادة ٢٩٤ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على أنه: ((البيع الدولي هو بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر)).

(١٣) نصت المادة (٥/ثالثاً) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على أنه: ((تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ثالثاً: استيراد البضائع أو تصديرها واعمال مكاتب الاستيراد والتصدير)).

(١٤) د. عبد الرسول الاسدي، حيدر عبد الحسين حسن، سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني/ السنة العاشرة، ٢٠١٨، ص ٢٢.

المزدوج يربط المعيارين القانوني والاقتصادي معاً عن طريق امتلاك المدين المفلس اموال في أكثر من دولة، وأضف إلى ذلك أن تكون ديون الدائنين ناشئة عن علاقات تجارية دولية^(١٥)، فالأخذ بالمعيار القانوني وحده يؤدي إلى دولية علاقة بالرغم من عدم اتصالها بمصالح التجارة الدولية، كذلك الحال بالنسبة للمعيار الاقتصادي فإنه سيثير العديد من المشاكل أكثر مما يجد لها حلاً، لأنه معيار واسع ومطاط ويتسم بالغموض وعدم التحديد، لذلك لا بد من الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي لإلحاق الصفة الدولية بالإفلاس، بحيث أن هذه الصفة الدولية تثبت لدعاوى الإفلاس في الحالة التي يكون فيها للمدين المفلس اموال في أكثر من دولة، وتكون ناشئة عن علاقات تجارية دولية أي أنشطة اقتصادية عابرة للحدود^(١٦).

المطلب الثاني: الإفلاس بين النظرية العالمية والنظرية الإقليمية

إن الإفلاس تحكمه نظريتان، الأولى تنادي بوحدة وعالمية الإفلاس، أما الثانية فتتادي بتعدد الإفلاس وإقليميته، الأمر الذي يترتب عليه اختلاف تحديد المحكمة المختصة بالنظر في دعاوى الإفلاس، وعليه اختلاف القانون الواجب التطبيق، إذ إن لكل من النظريتين جانب إيجابي وآخر سلبي، إذ اختلفت التشريعات ما بين مؤيد ومعارض، فمنهم من أخذ بالنظرية العالمية للإفلاس ومنهم من أخذ بالنظرية الإقليمية للإفلاس، لذلك لا بد من بيان موقف التشريعات من النظريتين، وهذا ما سوف يكون مدار حديثنا في هذا المطلب ويكون ذلك وفق ثلاث محاور وهي كالآتي:

الفرع الأول: النظرية العالمية للإفلاس

ذهب أنصار هذه النظرية والتي تعرف بوحدة أو عالمية الإفلاس، إلى أن الذمة المالية للمدين الأجنبي بمثابة عنصراً واحداً غير قابل للتجزئة أو الانقسام، بغض النظر عن مكان وقوعه، وبغض النظر عن جنسية المدين الأجنبي أو دائنيه، فيكون الحق في إشهار الإفلاس والدعاوى الناشئة عن الإفلاس لمحكمة واحدة، وهي محكمة مركز المصالح الرئيسية للمدين الأجنبي، أي محكمة موطن المدين الأجنبي المتوقع عن الدفع، ويكون القانون الواجب التطبيق هو واحداً أيضاً وهو قانون القاضي للمحكمة المختصة سواء على دعوى الإفلاس ذاتها أو على الدعاوى الناشئة عن الإفلاس^(١٧)، كما أن الحكم الصادر بإشهار الإفلاس هو حكم واحد أيضاً، يمتد أثره إلى كافة الدول التي يمتلك فيها المدين الأجنبي أموالاً، وبغض النظر عن طبيعتها عقارات أو منقولات، وذلك مع الاحتفاظ بإتباع إجراءات شكلية محددة في بعض الأحيان، فيتمتع هذا الحكم بالصفة العالمية، وعليه لا يجوز إشهار إفلاس المدين الأجنبي مرة أخرى في دولة أخرى، وذلك لأن إشهار إفلاس المدين الأجنبي من قبل هذه المحكمة كافٍ للاحتجاج به في كافة الدول التي يمتلك المدين الأجنبي فيها أموالاً، وينحصر دور محاكم الدول

(١٥) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٩٢.

(١٦) ربيع حسين العلي، المصدر السابق، ص ٢٩.

(١٧) محمد السيد عرفة، الإفلاس في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ٢٠٠٨، ص ١١٠.

الأخرى المرتبطة بعملية الإفلاس بتقديم المساعدة للمحكمة المختصة^(١٨)، ولقد حاول أنصار نظرية وحدة أو عالمية الإفلاس تقديم العديد من المبررات لنظريتهم، حيث رأى مؤيدو هذه النظرية من البديهي أن يخضع إفلاس المدين لقانون الموطن على أساس أنه مركز أعماله التجارية، وذلك باعتبار أن الذمة المالية للمدين المفلس تتكون بالدرجة الأولى من المنقولات وغير المنقولات، ومن ثم اختصاص محكمة موطن المدين المفلس وتطبيق قانون موطن المدين (قانون القاضي الناظر في النزاع)^(١٩)، وأيضاً رأى مؤيدو هذه النظرية أن نظام الإفلاس يهدف إلى ضمان المساواة بين الدائنين، ولتحقيق هذا الهدف لا يتم إلا إذا اعتقنا نظرية وحدة أو عالمية الإفلاس^(٢٠).

إن المتأمل في نظرية وحدة الإفلاس يتبين له أن هذه النظرية بسيطة من حيث التطبيق، فتحديد المحكمة المختصة بإشهار الإفلاس والدعاوى الناشئة عنه لا يشكل عناء، وقد تم تحديدها على أنها محكمة موطن المدين المفلس، بالإضافة إلى سهولة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإفلاس الدولي، لأن المحكمة التي انعقد لها الاختصاص بالإفلاس الدولي سوف تطبق قانونها، أي قانون القاضي على كل المسائل التي تتعلق بالإفلاس، الأمر الذي أدى إلى اعتناق هذه النظرية من قبل الكثير من الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية، وإقرارها بالعديد من الاتفاقيات الدولية^(٢١)، إلا أن هذه النظرية تعرضت للكثير من الانتقادات، حيث يرون بأنه من المستحيل إخضاع الإفلاس لقانون الموطن بحجة أن الذمة المالية للمدين المفلس تتكون بالدرجة الأولى من المنقولات وغير المنقولات، فقد يكون للعقارات في هذه الذمة أهمية وقيمة تفوق هذه المنقولات، فضلاً عن أن المساواة بين الدائنين في نظرية وحدة الإفلاس ما هي إلا مساواة ظاهرية، فالدائنين الموجودين في خارج دولة موطن المدين قد لا يتمكنون من العلم المسبق بشهر الإفلاس، وأيضاً الحالات التي تقوم فيه قوانين هذه الدول بإقامة نوع من التفرقة بين الدائنين الموجودين في موطن المدين المفلس وبين الدائنين الموجودين في خارجه، وعليه يكون التبسيط في الإجراءات التي يتحدث عنها أنصار نظرية وحدة الإفلاس يبدو تبسيطاً ظاهرياً وليس حقيقياً، خاصة في حالة اختلاف الحلول التي تقرها القوانين المختصة، وإذا اسلمنا بأن تطبيق قانون واحد على جميع المسائل المتعلقة بالإفلاس أمراً حسن، فما هو الحل لو لم تقبل قوانين الدول المرتبطة بالإفلاس بالتخلي عن اختصاصها لمصلحة قانون الإفلاس؟^(٢٢).

(18) ichel Trochu, *Conflits de lois et conflits de juridictions en matiere de faillite*, these, Universite des Rannes, edition Sirey, Paris, 1967, p. 2 et.

(١٩) سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس والصلح الوافي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٧، ص ١٥١.

(٢٠) عبد المنعم زمزم، الإفلاس الدولي بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢١.

(٢١) إدوار عيد، أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدفع، مطبعة باخوس وشرتوني، بيروت، ج ١، ١٩٧٢، ص ٧٨.

(٢٢) محمد السيد عرفة، الإفلاس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٦٩ و ٧٠.

الفرع الثاني: النظرية الإقليمية للإفلاس

هناك جانب آخر من الفقه قام بتأييد نظرية أخرى وهي نظرية إقليمية أو تعددية الإفلاس، إذ تنطلق هذه النظرية من أن كل عنصر من اموال المدين المفلس يمثل ذمة مالية مستقلة عن غيره من العناصر الأخرى، فالمال الذي يملكه المدين المفلس في دولة معينة، له كيان مستقل قائم بذاته عن باقي الاموال التي يملكها المدين المفلس في دولة أخرى، إذ إن كل مجموعة من اموال المدين المفلس هي بمثابة ذمة مالية مستقلة تصلح بذاتها أن تكون محل لحكم إشهار الإفلاس، حيث أنه لا يتعدى آثار هذا الحكم الحدود الإقليمية للدولة التي اصدرته، ومن ثم لا يؤثر هذا الحكم على باقي اموال المدين المفلس المتفرقة في الدول^(٢٣)، لذلك نجد أن التشريع الفرنسي والمصري واللبناني اتجه بالأخذ بهذه النظرية^(٢٤)، فالدائنون إذ ما ارادوا التنفيذ على اموال المدين الأجنبي المفلس الموجودة في الخارج، فعليهم اللجوء إلى القضاء في تلك الدول حيث وجود المال للمطالبة بإشهار افلاس المدين الأجنبي المفلس حتى لو تم إشهار افلاسه من قبل دولة أخرى، إذ إن الحكم الذي يصدر مسبقاً من هذه الدول هو حكم اقليمي الأثر لا تمتد اثاره إلى هذه الاموال، فتختص وفقاً لهذه النظرية محاكم الدول التي توجد على اقليمها اموال المدين المفلس، ويؤدي ذلك إلى اختصاص قوانين هذه الدول بحكم جميع المسائل التي تتعلق بالإفلاس، لكن أثر هذا الإفلاس نسبي بحيث يتقيد بحدود الدولة التي اصدرته^(٢٥).

يترتب على نظرية إقليمية الإفلاس صدور أكثر من حكم افلاس يطال ذلك المدين المفلس بتعدد الدول التي تتوزع فيها امواله، فيكون المدين المفلس موضوعاً لعدة تغليسات مستقلة عن بعضها البعض سواء من حيث المحكمة المختصة، أو من حيث القانون الواجب التطبيق، أو من حيث مدراء التفليسة، وهذا الوضع قد لا يكون محموداً نظراً إلى إمكانية تعارض الاحكام في ظل هذه النظرية، لذلك كان لابد لمؤيدون هذه النظرية تبرير نظريتهم بمجموعة من الحجج فيما لو حاول المناهضون لهذه النظرية توجيه النقد لهذه النظرية^(٢٦). أما عن مؤيدون هذه النظرية، فحاولوا تبرير نظريتهم بمجموعة من المبررات، حيث أن نظرية اقليمية الإفلاس تهتم بأموال المدين المفلس التي توجد في دولة معينة، فيتم تحديد حقوق المدين المفلس التي تقع في هذه الدولة، ومن ثم توزيعها على الدائنين الذين ارتبطوا بنشاط المدين المفلس في هذه الدولة ولا فرق بين دائن وآخر، وهنا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين، وذلك لأن الدائنون الذين تعاقدوا مع المدين يعولون كفالة حقوقهم على الضمان المقرر على الاموال التي يملكها المدين المفلس في دولة معينة، ولمعرفتهم المسبقة بهذه الاموال وبقيמתها، كما أنهم قد تعاقدوا مع المدين في ظل قانون اقليم معين وتوقعوا أن يسري عليهم، وهذا يقتضي الأخذ بنظرية اقليمية الإفلاس بدلاً من نظرية عالمية أو وحدة الإفلاس، التي تدخل دائنين جدد إلى التفليسة غير متوقعين أن

(٢٣) محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠١٠، ص ٧٣.

(٢٤) فليظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٦٨.

(٢٥) مصطفى كمال طه، اصول الإفلاس، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٨٤.

(٢٦) عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ٤٨.

يشاركوا هؤلاء الدائنين في المبالغ الناشئة عن التقلية^(٢٧)، إضافة إلى أنه لا بد للإفلاس أن يكون اقليمياً، لأن اعتناق النظرية المقابلة وهي نظرية وحدة الإفلاس يؤدي إلى مد آثار حكم الإفلاس إلى خارج حدود الدولة التي أصدرته، وهذا بدوره يؤدي إلى انتهاك سيادات الدول المراد الاعتراف بآثار حكم الإفلاس فيها، وذلك من منطلق أن قوانين هذه الدول هي صاحبة الاختصاص في حكم هذا الإفلاس وترتيب آثاره^(٢٨).

يرى البعض أنه ليس صحيحاً أن تكون القواعد العامة المنظمة للإفلاس متشابهة في معظم دول العالم، فهناك من الأنظمة القانونية ما يسمح بإشهار إفلاس غير التجار، بينما تصر أنظمة أخرى على قصر نظام الإفلاس على من تثبت لهم صفة التاجر، وهذا الاختلاف يقف عقبة أمام تبني نظرية عالمية أو وحدة الإفلاس، لأن حكم الإفلاس الصادر لن يحظى بتنفيذه على أقاليم الدول الأخرى، لتعارض ذلك مع اعتبارات النظام العام في الدول المطلوب منها التنفيذ، الأمر الذي يؤيد تبني نظرية اقليمية الإفلاس^(٢٩)، وأيضاً يرى أنصار نظرية تعددية الإفلاس وإقليميته أن الدائن الوطني وفقاً لهذه النظرية غير مرغم على الخروج إلى إقليم غير دولته للتنفيذ على أموال المدين الأجنبي المفلس التي يملكها في الخارج، طالما أن هذا المدين الأجنبي المفلس يمتلك أموالاً في إقليم الدولة التي يمارس نشاطه فيها، إضافة إلى إمكانية المحكمة في تقدير المركز المالي الحقيقي للمدين الأجنبي المفلس داخل البلد، بما يترتب على ذلك من اتخاذ موقفها من إشهار إفلاس المدين الأجنبي المفلس من عدمه، وذلك نظراً لحصر ديون وحقوق الدائنين داخل بلد واحد، ولا تطال ديونه أو أمواله التي في الخارج^(٣٠).

إن هذه النظرية تعرضت إلى انتقادات، إذ يذهب المناهضون لنظرية إقليمية الإفلاس إلى أنه ليس صحيحاً أن هذه النظرية تحترم توقعات الافراد، فيعد أنه ليس صحيحاً أن الدائن الذي تعاقد مع المدين الأجنبي أن لا يأخذ بنظر الاعتبار مجمل الذمة المالية له إنما الأموال الموجودة فقط على الإقليم، وعليه سيرغب في حسم النزاع على نحو إقليمي، فهذا الادعاء يجافي المنطق في تفسير إرادة الدائنين ولا يصلح أن يكون سندا لنظرية إقليمية الإفلاس، فان اعتناق هذه النظرية فيه اهدارا لحقوق الدائنين الأجانب^(٣١). يذهب البعض إلى أن دفع المؤيدون لنظرية إقليمية الإفلاس بالسيادة دفع تقليدي، كان المراد منه منع ظهور تنازع القوانين من أساسه، فقد ولى زمن الذي ينظر فيه إلى القانون الدولي الخاص على أنه تنازع سيادات، فالنظرية الحديثة للقانون الدولي الخاص هي التنسيق والتوفيق بين الحلول العالمية بغية تحقيق التعايش المشترك بين مختلف النظم القانونية، ولكن مع من ذلك فأن في هذه الحجة شيء من الصواب، فكيف يمكن لمحكمة أجنبية أن تأمر سلطات دولة أخرى للقيام بالتنفيذ على أموال

(٢٧) مصطفى كمال طه، المصدر السابق، ص ٦١.

(٢٨) عناية عبد الحميد ثابت، ذاتية أو عدم ذاتية قواعد تأمين المجتمع في نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذي الطابع الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٨، ١٩٩٢، ص ٨١.

(٢٩) عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ٤٤.

(30) Pierre Safa, La faillite en droit international prive: Analyse des jurisprudences libanaise, Syrienne et Egyptienne a la lumiere du droit compare, Beyrouth, Lyon, 1953, p 41.

(٣١) عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ٤٦.

المدين الأجنبي المفلس الكائنة في أراضي تلك الدولة؟، وما هو الحل إذا ما اتضح لهذه السلطات اختلاف الحلول التي اقترتها المحكمة الأجنبية عن حلولها الوطنية؟^(٣٢)، وفي الغالب أن المدين الأجنبي المشهر افلاسه لا تكفي امواله الموجودة على الاقليم لسداد الديون التي تعلق بها، ومن غير المنطقي أن يتمكن المدين الأجنبي المفلس من مباشرة اعماله في الخارج بطريقة طبيعية دون أن يتمكن الدائنون من استيفاء حقوقهم لمجرد تطبيق مبدأ تعدد الإفلاس، فاعتناق نظرية اقليمية الإفلاس فيه اطاحة بمبدأ المساواة بين الدائنين^(٣٣). وتأسيساً على كل ما سبق فإن الاعتراف بنظرية وحدة الإفلاس وعالميته يبدو أنه الطريق الوحيد لتشجيع التجارة الدولية، فهذه النظرية تحقق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وتستجيب لمقتضيات التجارة الدولية.

الفرع الثالث: موقف التشريعات من النظريتين

يختلف موقف التشريعات من الأخذ بنظريات الإفلاس، فالمشرع الأمريكي انقسم إلى جانبين، جانب يؤيد نظرية عالمية الإفلاس، والجانب الآخر يؤيد نظرية اقليمية الإفلاس، وعليه كان لابد من التوصل لحل وسطي بين الجانبين. لقد توصل الفقه الأمريكي إلى أربعة حلول وسطية، الحل الأول: الأخذ بالنظرية العالمية المعدلة، والتي سمحت للممثل الأجنبي في الولايات المتحدة الأمريكية أن يطلب تنفيذ حكم الإفلاس الصادر بحقه من قبل المحاكم الأجنبية، إلا أن التعديل هنا يكمن بوجود حق للمحكمة المختصة في الولايات المتحدة الأمريكية برفض أو قبول الاعتراف بحكم اشهار الإفلاس الأجنبي، أما الحل الثاني: الأخذ بالنظرية اقليمية المعدلة، حيث يصدر حكم اشهار الإفلاس من المحكمة التي يوجد فيها موقع المال، إلا أن التعديل هنا يكمن بأن محكمة موقع المال ستقوم بتوزيع اموال المدين على الدائنين الوطنيين، ومن ثم اعطاء ما تبقى من المال للممثل الأجنبي لتوزيعها على الدائنين الأجانب، والحل الثالث: اتباع النظرية اقليمية المتعاونة، والتي بتطبيقها تحتفظ كل دولة بنظام اقليمية الإفلاس، إذ تصدر كل دولة حكم اشهار افلاس خاصاً بها، ولكن يكمن التعاون هنا بإمكانية عقد اتفاقات بين الممثل الأجنبي المعين مع محاكم الدولة، التي يوجد على اقليمها اموال المدين على كيفية التعاون بين المحكمتين، أما الحل الرابع: الأخذ بالنظرية التعاقدية، والتي تشير إلى أنه لابد للشركة عند تأسيسها أن تحدد في نظامها الأساسي قانون الدولة الذي يحكم نظام الإفلاس فيها، ويحق للشركة أن تحدد الأفضل لها في النظر بدعاوى الإفلاس في تقيسة واحدة (العالمية) أم في عدة تقيسات (الاقليمية)^(٣٤)، وحقيقة الأمر أن التطبيق القضائي على أرض الواقع لهذه النظريات هو من شأنه أن يحدد مدى صحة الأخذ بهذه النظريات إذ كان لابد من الاختيار بينهم.

أما عن موقف المشرع العراقي فقد أخذ بالنظرية اقليمية الإفلاس في قانون

(٣٢) هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ٣، ١٩٧٤، ص ٤٥٩.

(٣٣) محمد السيد عرفة، الإفلاس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١٠٨.

(٣٤) نبيل عمران، المصدر السابق، ص ٤٤.

التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) النافذ وذلك وفقا لنص المادة (٥٧٣)(٣٥) من قانون التجارة العراقي، إلا أنه أشار إلى الأخذ بالنظرية العالمية بالإفلاس في قانون المصارف العراقي رقم (٩٤ لسنة ٢٠٠٤) وذلك من خلال نص الفقرة (١) والفقرة (٥) من المادة (٩٩)(٣٦) من قانون المصارف العراقي.

(٣٥) نصت المادة ٥٧٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه: ((١- تختص بإشهار الافلاس محكمة البداية التي يقع في منطقتها المركز الرئيسي لمتجر المدين، ٢- ومع عدم الإخلال بما تقتضي به الاتفاقات الدولية يجوز إشهار إفلاس التاجر الذي له في العراق فرع أو وكالة ولو لم يصدر حكم بإشهار إفلاسه في دولة أجنبية، وفي هذه الحالة تكون المحكمة المختصة بإشهار الإفلاس في العراق هي المحكمة التي يقع في منطقتها الفرع أو الوكالة)).

(٣٦) نصت الفقرة (١) من المادة ٩٩ من قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ على انه: ((يجوز اقامة دعوى الافلاس ضد مكتب فرع محلي او مكتب تمثيل محلي لمصرف أجنبي: أ- إذا كان من الأسس المذكورة في المادة ٧١ ينطبق على هذا المكتب وكأنه كيان قانوني مستقل أو ب- إذا اقيمت دعوى الافلاس بناء على التماس من البنك المركزي العراقي ضد المصرف الاجنبي في البلد الذي يوجد فيه مركزه الرئيسي او الذي يمارس فيه اعماله بصفة رئيسية)). نصت الفقرة (٥) من المادة ٩٩ من قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ على أنه: ((لا تقيد دعوى الإفلاس التي تقام في العراق ضد مكتب مصرف أجنبي حقوق دائني المصرف الأجنبي في ملاحقة الموجودات الأجنبية لذلك المصرف لينالوا مطالباتهم)).

المبحث الثاني

الإفلاس الدولي في إطار الاتفاقيات الدولية وقانون الأونسيترال

لا بد من تنظيم العلاقات الدولية الخاصة من خلال الاتفاقيات الدولية أو القرارات القضائية التي تعقدها الدولة والتي ترغب بتنظيم علاقاتها الدولية، لتشمل هذه الاتفاقيات على قواعد تطبق مباشرة على العلاقات القانونية الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً، فهذه القواعد، التي تعرف بقواعد الاسناد، هي قواعد وطنية من صنع المشرع الوطني أو من يفوضه في ذلك، فهي لا تعطي الحل المباشر للنزاع، وإنما ترشد للقانون الذي يجب تطبيقه بوصفه أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وعليه سنتطرق إلى الاتفاقيات الدولية لتنظيم الإفلاس الدولي، وإلى دور الأونسيترال في تنظيم الإفلاس الدولي، وذلك في فرعين وكالاتي:

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية لتنظيم الإفلاس الدولي

إن مسألة افلاس المستثمر الأجنبي العابر للحدود من المسائل الحديثة نسبياً، فقد بذلت جهود اقليمية ودولية لتنظيمها وأن كانت متواضعة بالنظر لأهميتها، ومنها اتفاقيات أوروبية لتنظيم الإفلاس العابر للحدود، وجهود أمريكا الجنوبية في مجال توحيد القواعد الخاصة بالإفلاس العابر للحدود من خلال معاهدي مونتيفيديو لعام ١٨٨٩ ثم لعام ١٩٤٠، إلا أن هذه الاتفاقية لم تحقق الهدف الذي انعقدت من أجله وهو تنظيم القواعد الخاصة بالإفلاس، وكذلك لم تحقق المساواة بين الدائنين، ونتيجة لذلك انضمت معظم دول أمريكا الجنوبية إلى اتفاقية أخرى وهي اتفاقية هافانا (تقنين بوستامنت) لعام ١٩٢٨، والتي نجحت في قيام التعاون القضائي بين الدول التي تجمعها روابط كاللغة والموقع الجغرافي والأنظمة القانونية المتشابهة المطبقة في كل منها، كما توجد جهود عربية في مجال توحيد احكام الإفلاس والإفلاس الدولي^(٣٧)، وعليه تعددت الاتفاقيات التي تكون الدول الأوروبية طرفاً فيها، كالاتفاقية المبرمة بين ألمانيا والنمسا بشأن الإفلاس والصلح الوافي من التفليسة، والموقعة في فيينا بتاريخ (٢٥/مايو ١٩٧٩)، والاتفاقية الأوروبية بشأن بعض أوجه الإفلاس الدولي، الموقعة في اسطنبول بتاريخ (٥/يونيو ١٩٩٠)، وغيرها من الاتفاقيات الأوروبية، إلا أنه عد هذه الاتفاقية مجرد مرحلة من مراحل التطور القانوني لتوحيد القواعد المتعلقة بالإفلاس الدولي، وبعد هذا التطور وقعت الدول الأوروبية اتفاقية في بروكسل سنة ٢٠٠٠ لتحل محل جميع الاتفاقيات الأوروبية السابقة، سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف^(٣٨).

من الجدير بالذكر بأن لائحة المجلس الأوروبي بشأن إجراءات الإفلاس رقم ١٣٤٦، والتي وقعت في بروكسل سنة ٢٠٠٠، دخلت حيز التنفيذ في (٣١/ ايار/ ٢٠٠٢)، قد تبنت نظرية وحدة الإفلاس، والتي تطبق بنطاق الدول الاعضاء في الاتحاد الأوروبي،

(٣٧) نبيل عمران، المصدر السابق، ص ١١٠.

(٣٨) د. عبد المنعم ززم، المصدر السابق، ص ١٢٥.

وتركز على خلق إطار جديد لإجراءات الإفلاس، بحيث توحد وتسهل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة بشأن الإفلاس من محاكم دول الأعضاء، وتهدف إلى ضمان الاعتراف بالتقليدية الرئيسية وفق شروط حددها، ويهدف هذا التنظيم إلى توحيد قواعد تنازع القوانين في شأن الإفلاس، ومن ثم يجب أن تحل قواعده محل القواعد الوطنية لكل دولة، حيث حددت هذه الاتفاقية الاختصاص القضائي والذي يكون من اختصاص محكمة مركز النشاط الرئيسي لأعمال المدين للنظر بدعاوى الإفلاس، واخضعت هذه الاتفاقية الإفلاس والآثار المترتبة عليه لقانون دولة افتتاح التقلية، وهي بطبيعة الحال دولة مركز النشاط الرئيسي للمدين^(٣٩).

إن الدول العربية حاولت مواكبة الأنظمة الحديثة لأحكام الإفلاس من خلال إعداد مشاريع لهذا الغرض، إلا أن هذه المشاريع لم تدخل حيز التطبيق والنفاد، ونخص بالذكر مشروع مبادرة الشرق الأوسط لإصلاح نظام الإفلاس، ومشروع إتفاقية بشأن الاعتراف بأحكام الإفلاس الصادرة عن المحاكم العربية وتنفيذها في الدول العربية لسنة ٢٠١٥ وكالاتي^(٤٠):

١- مشروع مبادرة الشرق الأوسط لإصلاح نظام الإفلاس لسنة ٢٠١٣، وقد تطرق المشروع إلى نظام الإفلاس في كل من الأردن ومصر من زوايا عدة، لاسيما ما يتعلق منها بإفلاس المصارف وإفلاس الشركات القابضة والمحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى الناشئة عنها، وبالرغم من أهمية التوصيات التي جاء بها المشروع، إلا أنه لم يأت بقواعد شاملة تنظم الإفلاس المصرفي، ولم ينظم الدعاوى المتعلقة بامتداد إفلاس الشركة المصرفية التابعة إلى الشركة المصرفية القابضة، لكونه يميل إلى اقليمية الإفلاس باعتبارها أسرع في إنجاز إجراءات التقلية، وهذا مأخذ جدي حول المشروع رغم أهميته في إطاره العام^(٤١).

٢- مشروع إتفاقية بشأن الاعتراف بأحكام الإفلاس الصادرة عن المحاكم العربية وتنفيذها في الدول العربية لسنة ٢٠١٥، حيث تعد هذه الاتفاقية بمثابة جهود جماعية من أجل تعديل قوانين الإفلاس النافذة في الدول العربية، لاسيما ما يتعلق منها بتنفيذ أحكام الإفلاس العابر للحدود، ولقد تبنى المشروع جملة من المبادئ العامة المصاغة على شكل مواد قانونية، من أهمها^(٤٢):

أ- الاستناد إلى قانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود (الإفلاس

(٣٩) شورش حسن كريم، شورش حسن كريم، حسن كريم، نظرية الإفلاس الممتد في المصارف القابضة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٩، ص ١٥٦.

(٤٠) المصدر نفسه، ص ١٦٢.

(٤١) مبادرة الشرق الأوسط لإصلاح نظام الإفلاس وتحت عنوان (تحديث نظام الإفلاس/ مصر والأردن)، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت، ٢٠١٤، ص ١٣١، متوفر على الرابط التالي:

تاريخ الزيارة 2019/7/30, <http://alrai.com/article/664876.html>

(٤٢) إتفاقية بشأن الاعتراف بأحكام الإفلاس الصادرة عن المحاكم العربية وتنفيذها في الدول العربية في المؤتمر السادس لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، والتي عقدت في بيروت سنة ٢٠١٥ وتم اعدادها من قبل القاضي فادي الياس، رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، الناظر في قضايا الإفلاس والتحكيم، لبنان، للاطلاع على الإتفاقية منشورة على الموقع الالكتروني

الدولي) في تبني الأحكام الخاصة بقواعد الإفلاس، عن طريق الاعتراف بالحكم القضاء الأجنبي بإعلان الإفلاس واعطائه الأثر القانوني في الدولة التي قدم لها طلب الاعتراف.

ب- حصر نطاق تنفيذ الاتفاقية على الدول العربية التي انضمت إلى الاتفاقية.

ج- تطبيق الاتفاقية بناء على شرطين وهما: اتباع مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ أحكامها، وعدم مخالفة هذه الأحكام للنظام العام في الدولة المطلوب التنفيذ فيها.

د- ضمان التزام جميع دول الاعضاء في الاتفاقية بالاعتراف بأحكام الإفلاس الصادرة من محاكم غيرها من الدول الاعضاء في الاتفاقية.

بعد الانفتاح الذي حصل للعراق بعد ٢٠٠٣، قام العراق بعقد مجموعة من الاتفاقيات الدولية لتشجيع المستثمر الأجنبي للاستثمار في العراق، ومن أبرز هذه الاتفاقيات هي اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار واثمان الصادرات لسنة ٢٠٠٧، واتفاقية تشجيع وحماية ضمان الاستثمارات بين الدول الاعضاء في منظمة التعاون الإسلامي والتي انضم لها العراق سنة ٢٠١٥، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ٢٠١٢ المعدل التي انضم لها العراق سنة ٢٠١٥، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين مواطني دول ودول أخرى لسنة ١٩٦٥، فقد أنظم العراق لهذا الاتفاقية بمقتضى قانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢، المنشور بجريدة الوقائع العراقية للعدد ٤٢٨٣ في ٢٩/٧/٢٠١٣، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار للدول العربية لسنة ٢٠٠٠.^(٤٣)

أما الاتفاقيات الثنائية التي تم المصادقة عليها وتم نشرها في جريدة الوقائع العراقية الرسمية هي اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وفرنسا، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٢، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وارمينيا، والتي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٤، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق واليابان، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٣، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والأردن، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٥، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والكويت، التي صادق عليها العراق ٢٠١٤، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والمانيا، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٢، واتفاقية حوافز الاستثمار بين الحكومة العراقية والولايات المتحدة الأمريكية، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٣.^(٤٤) وفي ضوء ما تقدم أن المشرع العراقي لم يتطرق للإفلاس العابر للحدود بشكل خاص، وإنما تطرق بصورة عامة في تشجيع وحماية الاستثمارات وتسوية منازعات الاستثمار.

(٤٣) فاطمة بشير علي الاعرجي، الضمانات التعاهدية للاستثمار الأجنبي في العراق، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠١٨، ص ٣٨.

(٤٤) د. حاتم غائب سعيد، النظام القانوني لضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي الخاص في العراق، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٧، ص ١٣٢.

المطلب الثاني: الأونسيترال في تنظيم الإفلاس الدولي

إن الاتفاقيات السابقة سواء كانت ثنائية أو متعددة الاطراف، لا زالت قاصرة عن بلوغ الأمانى المقصودة، ذلك لأنها لا تشكل قانوناً عالمياً، ولا تتجاوز اثارها حدود الدول التي ابرمتها، ويختلف الوضع بطبيعة الحال إذ تكلمنا عن الأمم المتحدة، ذلك لأنها المنظمة الوحيدة من بين المنظمات الدولية تعتبر صاحبة الاختصاص العالمي، لأنها تخاطب بكل أجهزتها المجتمع الدولي بأكمله، وتمتد القواعد التي تقرها إلى كل الدول الاعضاء في الجماعة الدولية، ومن أهم إنجازات الأمم المتحدة في مجال القانون الدولي الخاص، هو انشاء لجنة لتوحيد الأحكام المتعلقة بالتجارة الدولية في عام ١٩٦٦، والتي اطلقت عليها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، وفي ١٩٩٧ تم إعداد واعتماد القانون النموذجي للإفلاس، بالتعاون بين اللجنة المذكورة والجمعية الدولية لخبراء الإفلاس^(٤٥)، (الأنسول)^(٤٦).

نتيجة لزيادة عدد حالات الإفلاس الدولي المقترن بزيادة عدد الاستثمارات الأجنبية، وإخفاق التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية في معالجة إفلاس المشروعات الدولية، تم صياغة القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود، باستخدام مصطلحات تعبر عن المعتقدات السائدة في كل الدول، فلم يمل القانون النموذجي لنظام قانوني على حساب آخر، حيث يهدف القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود إلى تحقيق التنسيق بين الأحكام الموضوعية في تشريعات الإفلاس، وتحقيق أقصى تعاون ممكن بين سلطات الدول المعنية بالإفلاس الدولي، وهي الدول التي تتوزع فيها اموال المدين، فقد ساهم القانون النموذجي للإفلاس الدولي (الأونسيترال)، الذي تبنى نظرية عالمية الإفلاس، في تنظيم مسائل الإفلاس العابر للحدود من عدة أوجه، حيث سعى إلى تحديد الحالات التي يعترف فيها بالتقليسة الأجنبية، مع بيان النتائج المترتبة على هذا الاعتراف، إضافة إلى السماح للدائنين بالمشاركة في التقليسات التي تفتح في الدول الاعضاء^(٤٧)، وتحقيق التعاون الفعال بين محاكم الدول الاعضاء ومحاكم الدول الأخرى والتنسيق بينهم، لتحديد القواعد الكفيلة برسم الاختصاص القضائي لمحاكم الدول المعنية بشهر الإفلاس وذلك وفقاً لنص المادة (٢٥) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود^(٤٨).

لقد وضع القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود (الأونسيترال) صور التعاون بين السلطات الوطنية والأجنبية المعنية بالإفلاس الدولي في المادة (٢٧) منه^(٤٩)، (45) *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation, New York, 1999, p. 23, note 3.*

(٤٦) الأنسول (INSOL) وهي جمعية دولية مختصة بإعادة الهيكلة والاعسار والإفلاس، وتتكون من محاسبين ومحامين مختصين، اسست عام ١٩٨٢، ومقرها الرئيسي في لندن، المعلومات متوفرة على الموقع الإلكتروني الآتي: www.insol.org تاريخ الزيارة ٢٠/٩/٢٠٢٠.

(٤٧) عبد المنعم زرم، المصدر السابق، ص ١٣١.

(٤٨) نصت المادة ٢٥ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود: المنظور القضائي لسنة ٢٠١٢ على أنه: ((١- تتعاون المحكمة إلى أقصى حد ممكن مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب، ٢- يحق للمحكمة الاتصال المباشر بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب أو طلب المعلومات أو المساعدة المباشرة منها)).

(٤٩) نصت المادة ٢٧ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود مع دليل الاشتراع والتفسير لسنة ٢٠١٤ على أنه: ((يجوز إقامة تعاون المشار إليه في المادتين ٢٥ و ٢٦ بأي وسيلة مناسبة بما في ذلك: أ- تعيين =

ليشمل أي وسيلة يكون من شأنها الوصول لإفلاس أفضل، كالتعاون بين المحاكم في تحديد الهيئة المختصة بإدارة التقلية وإدارة شؤون المدين وامواله، وذلك للحفاظ على حقوق الدائنين، إضافة إلى تبادل المعلومات اللازمة بينهم بأي وسيلة تراها المحاكم مناسبة، والتنسيق بين دعاوى الإفلاس القائمة التي يكون موضوعها نفس المدين، مع ترك الحرية لكل دولة بإدراج في قوانينها الداخلية أي صورة أخرى من صور التعاون بين المحاكم التي ترى بأنها تساهم بتحقيق التعاون بين السلطات الوطنية والاجنبية^(٥٠). لقد ذكرنا سابقاً بأن القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود (الأونسيترال) قد انحاز لنظرية عالمية الإفلاس، حيث يترتب للحكم الصادر بشهر الإفلاس آثاره كاملة، ليس فقط في الدولة التي صدر فيها، وإنما في كل الدول التي يمتلك فيها المدين اموالاً، وكأنه حكم واحد يعترف به في كل الدول المعنية، الأمر الذي يؤدي إلى تعدد تقيسات المدين من خلال افتتاح تقيسات فرعية، فقد قررت أحكام القانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود في المادة (٣٠/ب)^(٥١) أنه يجب على المحكمة التي أمرت بإفلاس تقيسات فرعية أن تعيد النظر في جميع الإجراءات التي اتخذتها، على نحو يحقق التنسيق بين هذه الإجراءات وبين الإجراءات التي اتخذتها التقلية الرئيسية^(٥٢).

لقد بين قانون الأونسيترال القواعد التي يتم الاستناد عليها في حالة وجود أي غموض في أي قانون، لتفسير أي حكم من الأحكام التي يتضمنها، وقد بين هذه القواعد في مادته الثامنة^(٥٣)، التي تقضي بضرورة تفسير احكامه في ضوء الأصل الدولي للقانون النموذجي، وبما يعني ضرورة التحرر من المفاهيم الوطنية لصالح تبني حلول عالمية مستمدة من البيئة الدولية، على النحو الذي تلقى معه هذه الحلول قبول أكبر قدر ممكن من الدول، وتشجيع التطبيق الموحد لأحكام هذا القانون، إذ يهمل التفسير الذي يؤدي إلى تطبيقه بطرق مختلفة من محاكم الدول، لصالح التفسير الذي يؤدي تطبيقه بأسلوب موحد، والأخذ بمبدأ حسن النية^(٥٤)، ولابد للإشارة إلى أنه بالرغم من أن أحكام القانون النموذجي بشأن الإفلاس الدولي واجبة التطبيق، إلا أن هذا التطبيق لا يجب أن يخل بالنظام العام في الدولة صاحبة الشأن، فقد اعطى القانون النموذجي استناداً لنص المادة ٦ منه^(٥٥)،

=شخص أو هيئة للتصرف بناء على توجيهات المحكمة، ب- ابلاغ المعلومات بأي وسيلة تعتبرها المحكمة مناسبة، ج- تنسيق إدارة أصول المدين وشؤونه والإشراف عليها، د- موافقة المحاكم على اتفاقات متعلقة بتنسيق الإجراءات أو قيامها بتنفيذها، هـ- التنسيق بين الإجراءات المتزامنة والمتعلقة بالمدين ذاته، و- يجوز للدولة المشترعة أن تضيف قائمة بأشكال أو أمثلة إضافية للتعاون)).

(٥٠) عبد المنعم زرم، المصدر السابق، ص ١٦٨.

(٥١) نصت المادة (٣٠/ب) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود مع دليل الاشتراع والتفسير لسنة ٢٠١٤ على أنه: ((إذا اعترف بإجراء أجنبي رئيسي بعد طلب الاعتراف بإجراء أجنبي غير رئيسي أو بعد إيداع طلب الاعتراف به تعيد المحكمة النظر في أي انتصاف سار بموجب المادة ١٩ أو المادة ٢١ ويحق لها تعديل أو أنها هذا الانتصاف إذا ثبتت لديها أنه لا يتسق مع الإجراء الأجنبي الرئيسي)).

(٥٢) ربيع حسين العلي، المصدر السابق، ص ١٩٥.

(٥٣) نصت المادة (٨) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود مع دليل الاشتراع والتفسير لسنة ٢٠١٤ على أنه: ((يولى الاعتبار في تفسير هذا القانون لمصدره الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقه والحرص على حسن النية)).

(٥٤) د. عبد المنعم زرم، المصدر السابق، ص ١٧٦.

(٥٥) نصت المادة ٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود مع دليل الاشتراع والتفسير لسنة ٢٠١٤ على أنه: ((ليس في هذا القانون ما يمنع المحكمة من رفض إتخاذ إجراء منصوص عليه في هذا القانون إذا كان واضحاً أن ذلك الإجراء مخالفاً للسياسة العامة لهذه الدولة)).

المحكمة الحق في رفض إتخاذ أي إجراء، إذ كان هذا الإجراء يخالف بصورة صريحة احكام النظام العام^(٥٦). ولقد اصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنظور القضائي لقانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود في ١/١١/٢٠١١، وتكمن أهمية هذا المنظور القضائي في أن ما يقارب ١٩ دولة قد سنت تشريعات بخصوص الإفلاس العابر للحدود استناداً إلى هذا القانون النموذجي، فكان لابد من اصدار منظور قضائي لمساعدة القضاة في المحاكم المختصة بنظر الدعاوى المتعلقة بالإفلاس العابر للحدود، قد انضمت ٦٠ دولة كعضو في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢٠١٢^(٥٧)، فالقانون النموذجي وما جاء فيه من نصوص واحكام قد كانت في خدمة التوجه نحو ترسيخ دولية الإفلاس وامتداد آثاره عبر الحدود.

(٥٦) ربيع حسين العلي، المصدر السابق، ص ١٧٩.

(٥٧) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، ٢٠١٥، ص ١، والمتاح على الموقع الالكتروني الآتي:

تاريخ الزيارة <https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/17/70f> 2019/9/1

الخاتمة

بعدما انتهينا من بحث موضوعنا (معايير دولية الإفلاس في القانون الدولي الخاص) توصلنا إلى الاستنتاجات والتوصيات التالية:

أولاً: الاستنتاجات

١- إن أحكام الإفلاس بصورة عامة والأحكام الخاصة بإفلاس الشركات التجارية بصورة خاصة، ما زالت في العراق تخضع لأحكام الإفلاس المنصوص عليها في الباب الخامس من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩ لسنة ١٩٧٠) (الملغى)، حيث أدى صدور قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) النافذ إلى إلغاء قانون التجارة رقم (١٤٩ لسنة ١٩٧٠) باستثناء الباب الخامس منه.

٢- إن معايير تحديد الصفة الدولية للإفلاس أثنان وهي المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، فالأخذ بالمعيار القانوني لوحده يؤدي إلى دولية العلاقة بالرغم من عدم اتصالها بمصالح التجارة الدولية، كذلك فإن المعيار الاقتصادي معيار واسع ومطاط ويتسم بالغموض وعدم التحديد، فلا بد من الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي لإلحاق الصفة الدولية بالإفلاس، بحيث أن هذه الصفة الدولية تثبت لدعاوى الإفلاس في الحالة التي يكون فيها للمدين المفلس اموال في أكثر من دولة، وتكون ناشئة عن علاقات تجارية دولية.

٣- إن الإفلاس يحكمه نظريتان، الأولى هي النظرية الإقليمية للإفلاس، والتي تعتبر كل جزء من اموال المدين بمثابة ذمة مالية مستقلة، ومن ثم يقتصر أثر الحكم الصادر بشهر الإفلاس على امواله الكائنة في الدولة التي اصدرت الحكم، والثانية هي النظرية العالمية للإفلاس، والتي تعتبر كل اموال المدين الموزعة بين مختلف الدول على أنها وحدة واحدة، ومن ثم يكون للحكم الصادر بشهر الإفلاس أثره في كل هذه الدول التي يمتلك المدين فيها اموالاً.

٤- إن المشرع العراقي قد وقع في تناقض واضح من موقفه من مبدأ إقليمية الإفلاس ومبدأ دولية الإفلاس، فقد تبنى المشرع العراقي في قانون التجارة مبدأ إقليمية الإفلاس، إلا أنه تبنى مبدأ دولية الإفلاس في قانون المصارف، وهذا يدل على عدم الانسجام في النسق التشريعي للمشرع في القوانين التي اصدرتها سلطة الائتلاف المؤقتة والمتأثرة بالتشريع الأمريكي.

٥- من الجهود العالمية في مسألة الإفلاس الدولي وإفلاس الشركات العابر للحدود اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨، واللائحة الأوروبية للإفلاس الدولي لسنة ٢٠٠٠، وقانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود لسنة ١٩٩٧، إذ عد قانون الأونسيترال النموذجي من أفضل الحلول الموجودة حالياً لتوفير مظلة قانونية يحتمي بها كل من الدائن والمدين المفلس، إذ من أهداف هذا القانون حماية الدائنين عبر الحدود وإعادة تنظيم نشاط التاجر إذ توافرت شروط ذلك.

ثانياً: التوصيات

- ١- نقترح على المشرع العراقي اصدار قانون خاص بالإفلاس العابر للحدود يتبنى فيه صراحة نظرية عالمية الإفلاس من خلال الأخذ بقانون الأونسيترال النموذجي، بالقدر الذي لا يتعارض مع القوانين العراقية ذات الصلة وما يحقق إمكانية رجوع الدائنين على الاموال الموزعة بين مجموعة من الدول، مما ينعكس ذلك إيجاباً على مسلك القضاء العراقي بدلاً من الحيرة في تطبيق النظرية العالمية أو الاقليمية للإفلاس، إضافة إلى عقد المزيد من الاتفاقيات الدولية وادراج احكام الإفلاس ضمن نطاق الاتفاقيات.
- ٢- نقترح ضرورة انشاء معاهد خاصة بالإفلاس الدولي على غرار معهد الإفلاس الدولي الموجود في مدينة نيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية، وتضم هذه المعاهد اساتذة قانونيين وقضاة ومحامين من اصحاب الاختصاص بهدف البحث عن الحلول التي يثيرها الإفلاس الدولي والتي أصبحت أهمية تنظيمه تزداد يوماً بعد يوم.

الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة

أ.م.د. نبأ محمد عبد
جامعة تكريت - كلية الحقوق

المستخلص

من المعلوم أن القاضي عندما ينظر نزاع معين فإنه يصدر أحكامه بناءً على الأدلة التي يقدمها أطراف الدعوى، حيث أن صاحب الدليل المقبول قانوناً هو الذي يصدر الحكم لصالحه، ولكن بعض الاحيان قد يقدم كل من الطرفين دليلاً لإثبات ما يدعيه يقابل الدليل الذي يقدمه الطرف الآخر عند ذلك يكون هنالك تعارض بين ادلة الاثبات المقدمة في الدعوى، إذ يبرز دور القاضي في الموازنة العقلية بين الادلة عن طريق الترجيح بين الادلة المتعارضة والاعتماد على الدليل الذي يراه اقرب الى وقائع الدعوى للحكم، وتعتمد عملية الترجيح بين الادلة المتعارضة على منهج الاثبات المعتمد من قبل المشرع بحسب اذا كان مقيداً أم مطلقاً أم مختلطاً فبناءً على نوع منهج الإثبات يتم تحديد دور القاضي في الاثبات وتقدير الادلة في مجال المعاملات المدنية والتجارية ونطاق سلطته التقديرية في الترجيح، لذا سنتناول الترجيح في ظل منهج الاثبات الذي اعتمده مشرع قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل من اجل الوصول الى حل للتعارض الذي قد يحصل امام القاضي عند نظره للنزاع.

Abstract

It is known that when the judge looks at a particular dispute, he issues his judgments based on the evidence presented by the parties to the lawsuit, as the legally acceptable owner of evidence is the one who issues the judgment in his favor, but sometimes each of the two parties may present evidence to prove what he claims corresponds to the evidence presented by the other party when That is, there is a conflict between the evidence of evidence presented in the case, as the role of the judge appears in the mental balance between the evidence by weighting between the contradictory evidence and relying on the evidence that he deems closer to the facts of the case for judgment, and the process of weighting between the conflicting evidence depends on the method of proof adopted by the legislator Depending on whether he is restricted, divorced, or mixed, based on the type of evidence method, the judge's role in proof is determined and the evaluation of evidence in the field of civil and commercial transactions and the scope of his discretionary authority in weighting, so we will deal with the weighting in light of the method of proof adopted by the amended Iraqi Evidence Law No. 107 of 1979. In order to reach a solution to the conflict that may occur before the judge when looking at the dispute.

مقدمة

أولاً : مدخل تعريفي بموضوع البحث:

يعني الإثبات القضائي إقامة الدليل امام القضاء بالطرق التي حددها القانون على صحة واقعة معينة، وهذا يعني ان عملية الإثبات تنهض من جانبين، الاول من جانب الخصم الذي عليه تقديم ما بوسعه من ادلة تقوية لمركزه القانوني وتعزيزاً وضمانة لحقه ومن جانب محكمة الموضوع التي عليها اجراء قدر من الموازنة الذهنية والواقعية بين الادلة المقدمة ازاء الدعوى المعروضة عليها وبالاخص عند حدوث تعارض فمهمتها تكون برفعه بوسيلة الترجيح .

ثانياً- أهمية موضوع البحث:

يعتبر موضوع الترجيح بين ادلة الإثبات المتعارضة من أهم المواضيع في نطاق قانون الإثبات، اذ لا يقتصر فيه دور القاضي في النظر في أدلة الإثبات فقط بل يعمل على الموازنة بين الأدلة التي يقدمها الخصوم وترجيح الأدلة الأقرب إلى اثبات الحق محل النزاع لمعرفة صاحب الحق وفيه يبرز دور القاضي الايجابي في تقدير الادلة المتعارضة من خلال المفاضلة بينها واختيار أحدها واعتماده كسبب للحكم في النزاع ووفق منهج الإثبات المعتمد من قبل المشرع مما يكفل بالمحصلة حسم النزاع وايصال الحق إلى صاحبه.

ثانياً- اشكالية موضوع البحث واسباب اختياره:

يعد موضوع الترجيح بين الأحكام المتعارضة من المواضيع ذات الفائدة العلمية والعملية خصوصاً في مجال الدراسات القانونية، وتبرز إشكالية الموضوع في ظل غياب النصوص القانونية التي تحكم الترجيح بين ادلة الإثبات المتعارضة اذا لم يورد المشرع سوى نص وحيد يعطي القاضي سلطة الترجيح بين ادلة الإثبات المتعارضة وورد النص المذكور في نطاق الشهادة اذ نصت المادة (٨٢) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل على انه: «لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها ان ترجح شهادة على اخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة»، بينما غاب النص التشريعي الذي يبين حكم التعارض بين الادلة بالنسبة لبقية ادلة الإثبات الاخرى والية الترجيح الواجبة الاتباع لرفعه، الامر الذي يوجب استعراض ادلة الإثبات ذات الحجية الملزمة وغير الملزمة وبيان آلية الترجيح في حالة قيام التعارض في نطاق كل منهما بصورة تضمن الوصول الى الحكم العادل من خلال بناءه على الدليل الراجح بنظر القاضي في ظل وقائع الدعوى وحيثياتها وبالشكل الذي يكفل الوصول الى الحقيقة القضائية بصدد موضوع النزاع في الدعوى المدنية.

ثالثاً- منهجية ونطاق موضوع البحث:

اعتمدنا في دراستنا لموضوع الترجيح بين الاحكام القضائية المتعارضة على المنهج الوصفي التحليلي من خلال وصف المشكلة في حالة قيام التعارض في نطاق كل دليل من ادلة الاثبات وبيان الية الترجيح فيما بين كل منها, في ظل النصوص القانونية الواردة في قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل, وبالاستعانة بالتطبيقات القضائية بصدد الموضوع والتي تبين آلية الترجيح عمليا بين الادلة المتعارضة في الدعاوى التي تعرض على القضاء في ظل غياب التنظيم التشريعي الشامل لكل جزئيات موضوع البحث.

رابعاً- هيكلية موضوع الدراسة :

سنتناول موضوع الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة ذات الحجية الملزمة وغير الملزمة بالدراسة وعلى النحو الآتي :

المبحث الاول : ماهية التعارض بين ادلة الاثبات
المطلب الأول : تعريف التعارض بين ادلة الاثبات وشروطه .
المطلب الثاني : نطاق التعارض بين ادلة الاثبات .
المبحث الثاني : التعريف بالترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة واليته في ضوء

حجيتها

المطلب الاول : تعريف الترجيح بين ادلة الاثبات وطرقه الاصولية .
المطلب الثاني : آلية الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة قانونا .

المبحث الأول

ماهية التعارض بين أدلة الإثبات

وضعت الشرائع المتعاقبة القضاء بين الناس لحماية الحقوق وتطبيق العدل ، ولكن القاضي يصعب عليه الاحاطة بجميع الحوادث والوقائع بنفسه ومعرفة حيثياتها فقد يتضح للقاضي ان كلا الخصمين لديه دليل اثبات يريد من تقديمه نسبة الحق المتنازع عليه الى نفسه ، ويبرز هنا دور القاضي في الموازنة بين أدلة الاثبات المقدمة لإنهاء النزاع بصدد الحق المدعى به وترجيح احد ادلة الاثبات وبناء الحكم عليه وعلى نحو يكفل رد الحقوق الى اصحابها وان التعارض بين ادلة الاثبات يتطلب معرفة حجية كل منها لان التعارض بين أدلة الاثبات يكون بين الادلة المتماثلة في الحجية سواء كانت حجية قطعية ملزمة ام حجية غير قطعية غير ملزمة للقاضي فلا بد من استعراض حجية كل دليل من اجل حصر نطاق التعارض وبناء على ما تقدم سنتناول المبحث وفق الخطة الآتية :

المطلب الأول: تعريف التعارض بين أدلة الاثبات وشروطه

ان الوقوف على معنى التعارض بين ادلة الاثبات يتطلب التطرق الى جملة من المسائل واولى هذه المسائل بيان مدلوله فقهاً لكون الأخير هو المختص ببيان هذا الامر وبعد تحديد مدلوله لابد من بيان الشروط الواجب توافرها للقول بحصول التعارض بين ادلة الإثبات وتمييزه عن التناقض المانع من سماع الدعوى لتلافي الخلط بينهما ، وان هذه المسائل ستكون مدار بحثنا في هذا المطلب والتي سنتناولها على فقرات متتالية ووفق الآتي :

أولاً: تعريف التعارض بين ادلة الاثبات

لم يعرف الفقه القانوني التعارض بين ادلة الاثبات فلجأت الشروحات الفقهية المتعلقة بموضوع البحث الى تعاريف الاصوليين لكونها المرجع الخصب في هذا الميدان لذلك سنستعرض التعاريف التي سيقت له من قبلهم وتحليلها من اجل وضع تعريف شامل له.

عرف التعارض بأنه : تقابل الامرين على وجه بحيث يمنع وجود احدهما مقتضى الآخر^(١)، وعُرف ايضا بأنه تقابل دليلان على نحو يمنع كل منهما مقتضى الآخر^(٢). ويلاحظ على هذين التعريفين انهما يبينان ان التعارض يستند في جوهره الى وجود دليلين لا يمكن الجمع بينهما والاستناد اليهما في الحكم الامر الذي يوجب ترجيح احدهما وبناء الحكم عليه .

كما عرف ايضا بأنه تقابل دليلان يقتضي احدهما ثبوت امر والاخر انتفاء الامر ذاته في محل واحد وزمان واحد بشرط تساويهما في القوة او زيادة احدهما في القوة على

(١) البيضاوي، شرح الاسنوي على المنهاج (نهاية السؤل شرح منهاج الاصول) ، ج١، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٩٩٩، ص٢٠٧.

(٢) د. محمد مصطفى شلبي، اصول الفقه الاسلامي، ج١، ط٤، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣، ص٥٣٤ .

الآخر بوصف هو تابع^(٣).

ويلاحظ على هذا التعريف انه يستوعب التعارض بين ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة وذات الحجية غير الملزمة سواء اقام هذا التعارض بين الادلة ذات الحجية الملزمة وغير الملزمة المتماثلة او المتباينة كما انه يشير بصراحة الى ضرورة وجود وجه لترجيح احد الادلة على الآخر لعلة موجبة لهذا الترجيح .
والتعريف المختار من جانبنا هو الاتي: (تقديم كل طرف في الدعوى دليلاً يؤيد دعواه في ذات الوقت ينفي هذا الدليل دعوى الطرف الآخر بحيث لو انفرد احد الدليلين في الوجود لحكم لمقدمه بالحق الذي يدعيه)، وان سبب اختيارنا لهذا التعريف انه يستوعب مفهوم التعارض وانه يبين ان تعذر الجمع بين الدليلين هو مبرر اللجوء الى الترجيح بين ادلة الاثبات .

ثانياً: شروط التعارض بين ادلة الاثبات

يشترط لبقول بوجود تعارض بين ادلة الاثبات ان توجد جملة من الشروط يعلق وجوده عليها، واهمها الآتي:

- ١- ان يكون كلا الدليلين له حجة يصح التمسك بها ويستساغ عقلاً الاخذ به فلا تعارض بين ادلة الاثبات اذا لم تثبت الحجية المطلوبة لها^(٤).
- ٢- ان تكون الادلة المتعارضة في قوة واحدة، لأنه لو كانت الادلة المقدمة غير متماثلة في القوة فلا تعارض بينها لوجوب تقديم الدليل الاقوى على الاقل منه قوة ، فالتعارض في حقيقته يقوم بين ادلة متساوية القوة لا يمكن الجمع بينها.

ثالثاً: تمييز التعارض عن التناقض المانع من سماع الدعوى

يعرف التناقض بانه اختلاف القضيتين اختلافاً مطلقاً او اختلافاً بالاجاب او السلب اختلافاً يترتب عليه ان احد القضيتين صادقة والاخرى كاذبة بذاتها، فيشترط في الاقرار الصادر من الشخص على سبيل المثال ان لا يكون متناقضاً مع قرار سابق له لان التناقض يمنع سماع الدعوى او الدفع الا اذا صدقه الخصم او تمت ازالة التناقض بقرار من المحكمة، ويترتب على وجود التناقض سقوط الأدلة بينما يترتب على التعارض نتائج وهي الجمع بين دليلين او ترجيح احدهما او سقطهما معاً^(٥) ويعود السبب في اعتبار التناقض مانعاً من سماع الدعوى هو استحالة وجود الشيء ونقيضه منطقاً ، فالتناقض في جوهره ما هو الا اسبقية صدور كلام من المدعي يوجب بطلان دعواه فلا يرتفع التناقض الا بتصديق الخصم او التوفيق بين الكلاميين او بتكذيب المحكمة^(٦).

(٣) بدران ابو العينين، ادلة التشريع المتعارضة ووجه الترجيح بينها، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، دون تاريخ نشر، ص ٣٠.

(٤) عارف بك السويدي، شرح مجلة الأحكام العدلية ، كتاب البيئات والتحليف ، مطبعة الفلاح ، بغداد، ١٩٢٨ ، ص ١٤٠.

(٥) محمد شفيق العاني ، اصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي ، ج ١، ط ١، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٠،

ص ٥٦.

(٦) عبد الرحمن العلام ، قواعد قانون المرافعات العراقي ، مطبعة العاني ، بغداد، بدون تاريخ نشر ، ص ٧٠.

المطلب الثاني: نطاق التعارض بين ادلة الإثبات

ان التعارض بين أدلة الإثبات قد يقع بين الأدلة ذات الحجية القطعية او بين الادلة ذات الحجية غير القطعية ، فلا يقع التعارض بين دليل من أدلة الاثبات ذات الحجية القطعية ودليل آخر من أدلة الإثبات ذات الحجية غير القطعية لوجوب تقديم الأول على الثاني ، لذا سنستعرض حجية كل دليل من ادلة الاثبات لبيان هل حجيته قطعية ام غير قطعية من اجل حصر نطاق الادلة ذات الحجية القطعية و الأدلة غير القطعية من اجل تسهيل الترجيح بينها في ظل هذه الحجية ، وبناء على ما تقدم سنتناول المطلب على شكل فقرات متعاقبة وفق الآتي:

أولاً: حجية الدليل الكتابي.

سنتناول حجية كافة صور السندات الكتابية وعلى التوالي:

أ- حجية السندات الرسمية: اذا كان المظهر الخارجي للسند الرسمي سليماً خالياً من الشطب والحك والتحشية فإنه يكون حجة قاطعة على صحته لا يمكن اثبات عكسه الا عن طريق التزوير . فقد نصت المادة (٢٢) من قانون الاثبات على انه : « السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من امور قام بها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه او وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

اما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات او اقرارات فيجوز اثبات عدم صحتها طبقاً لأحكام هذا القانون»^(٧).

وتمتد حجية السند الرسمي الى الغير الذين لا يجوز لهم الطعن به الا عن طريق التزوير.

اما بالنسبة لحجية صور السند الرسمي ففي حالة وجود الأصل فتعتبر الصورة مطابقة للأصل وتعد المطابقة في الفرض الأخير قرينة قانونية غير قاطعة تسقط بمجرد عدم الادعاء بعدم مطابقة الصورة للأصل^(٨)، اما في حالة عدم وجود الأصل فيقع على عاتق المتمسك بالسند أثبات فقدانه ، فاذا اثبت ذلك ثبتت للصورة حجية معينة استثناء من القواعد العامة ، وقد تضمنت الاحكام اعلاه المادة ٢٤ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩^(٩).

نستنتج مما سبق ان السندات الرسمية تعد من ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة

للقاضي.

(٧) د. اياد عبد الجبار الملوكي : قانون الإثبات ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٢ .

(٨) نصت المادة ٢٣ من قانون الإثبات على انه : « اذا كان اصل السند الرسمي موجوداً ، فان صورته الرسمية خطية كانت او مصورة ، تكون لها حجية السند الرسمي الاصيل بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل . وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينادى في ذلك من يحتج عليه بها . وفي هذه الحالة الاخيرة يتعين مراجعة الصورة على الاصل » .

(٩) نصت المادة المذكورة اعلاه على انه : « اذا لم يوجد اصل السند الرسمي كانت صورته الرسمية حجة على الوجه الاتي : اولاً - يكون للصورة الرسمية الاصلية حجية الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يتطرق اليه الشك في مطابقتها للأصل . ثانياً - يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الاصلية الحجية ذاتها ، ولكن يجوز في هذه الحالة لمن يحتج عليه بهذه الصورة ان يطلب مراجعتها على الصورة الاصلية التي اخذت منها ثالثاً - اما ما يؤخذ من صور للصورة المأخوذة من الصورة الاصلية فلا يعتد به الا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف » .

ب- حجية السندات العادية : تكون حجية السند العادي اضعف من السند الرسمي فالسند العادي يستمد حجيته من توقيع ذي الشأن ، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٥ من قانون الاثبات والتي جاء فيها : « اولا - يعتبر السند العادي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط او امضاء او بصمة ابهام .

ويمكن اهدار حجية السند العادي عن طريق إنكار السند^(١٠)، وتعتبر البيانات المدونة في السند العادي في حالة عدم انكار الموقع له حجة عليه ولكن من الممكن اثبات عكسه عن طريق الكتابة او الاقرار واليمين ، وفي حالة وجود غش في السند وأصاب الغير ضرر من السند فيجوز اثبات العكس بكافة طرق الاثبات ، لأنها وقائع مادية ، إما بالنسبة لحجية السند العادي بالنسبة للغير فإنه لا يكون حجة على الغير الا اذا كان ثابت التاريخ بصورة قطعية ، وقد حددت المادة ٢٦ من قانون الاثبات العراقي الحالات التي يعتبر فيها التاريخ ثابتا بصورة قطعية^(١١).

اما بالنسبة لصور السند العادي فلا تتمتع باي حجية في الاثبات ولكن اذا كانت الكتابة بخط المدين فتعد مبدأ ثبوت الكتابة^(١٢).

ج- حجية الرسائل والبرقيات

١- الرسائل : ان الرسالة لم تعد للأثبات اصلا فعلى القاضي مراعاة هذا الأمر وله سلطة تقديرية في تقدير حجيتها اذا كانت موقعة ، إما اذا لم تكن موقعة فلا تعد الا مبدأ ثبوت بالكتابة^(١٣).

٢- البرقيات : اعطى المشرع البرقية حجية السند العادي في الإثبات واعتبرها مطابقة للأصل حتى يقوم الدليل على العكس وهذا في حالة وجود اصلها في مكتب الاصدار موقعا عليه من مرسلها فان انعدم الاخير فلا يعتد بها الا للاستئناس .

د- حجية الدفاتر التجارية

فرق القانون بين الدفاتر الإلزامية والدفاتر غير الإلزامية :

١- الدفاتر الإلزامية: لا تكون القيود الواردة فيها حجة لصاحبها لكن تكون حجة عليه شريطة عدم تجزئة الاقرار الوارد فيها، ونصت على هذا الحكم المادة ٢٨ من قانون الاثبات العراقي^(١٤).

٢- الدفاتر غير الإلزامية: لا تكون حجة لصاحبها الا اذا ذكر فيها صراحة انه

(١٠) د. عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص٩٤-١٠١ .
(١١) نصت المادة المذكورة اعلاه على انه : « اولا - لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ السند ثابتا في احدى الحالات التالية : ا - من يوم ان يصدق عليه الكاتب العدل. ب - من يوم ان يثبت مضمونه في ورقة اخرى ثابتة التاريخ. ج - من يوم ان يؤشر عليه قاض او موظف عام مختص. د - من يوم وفاة احد ممن لهم على السند اثر معترف به من خط او امضاء او بصمة ابهام او من يوم ان يصبح مستحيلا على احد من هؤلاء ان يكتب او يبصم لعله في جسمه وبوجه عام من يوم وقوع اي حادث اخر يكون قاطعا في ان السند قد صدر قبل وقوعه.

ثانيا - ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف الا تطبيق الفقرة اولا على الوصولات.»

(١٢) د. اياد عبد الجبار الملوكي ، مصدر سابق ، ص٣٧-٣٩ .

(١٣) د. اياد عبد الجبار الملوكي ، مصدر سابق ، ص٤٠ .

(١٤) نصت المادة المذكورة اعلاه على انه : « اولا - لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء اكانت منتظمة ام غير منتظمة حجة لصاحبها. ثانيا - يجوز ان تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها شريطة عدم تجزئة الاقرار المثبت فيها.

استوفى دينا او ذكر فيها صراحة انه قصد بما دون فيها ان تقوم مقام السند لمن اثبتت حقا لمصلحته، ونصت على هذا الحكم المادة ٢٩ من قانون الاثبات العراقي^(١٥). نستنتج مما سبق ان السندات غير الرسمية والاوراق الاخرى تعد من ادلة الاثبات ذات الحجية غير الملزمة للقاضي.

ثانياً- حجية الاقرار

يعد الإقرار حجة قاصرة على المقر فينصرف اثره القانوني الى المقر وخلفه العام اضافة الى التركة وهذا ما نصت المادة ٦٧ من قانون الاثبات والتي جاء فيها : « الاقرار حجة قاصرة على المقر»^(١٦) وللاقرار حجية ملزمة للمقر وللقاضي فيلتزم المقر بإقراره ولا يجوز للقاضي ان يسمح له بالرجوع عن الاقرار الا اذا وقع نتيجة غلط في الواقع دون الغلط في القانون لأنه لا يعقل السماح للمقر بالرجوع عن اقراره لجهلة في الاثار القانونية المترتبة عليه^(١٧).

ثالثاً- الاستجواب

للاستجواب حجية في الإثبات، وتختلف هذه الحجية بحسب نتيجة الاستجواب فاذا اسفر الاستجواب عن اقرار الخصم فتثبت له حجية الاقرار، اما اذا انكر المستجوب وقائع الاستجواب يلجأ القاضي الى ادلة الاثبات الاخرى، اما اذا تخلف المطلوب استجوابه عن حضور موعد الجلسة المحدد للاستجواب دون عذر مشروع او حضر وامتنع عن الاجابة لغير سبب او مبرر قانوني أو ادعى الجهل والنسيان فللمحكمة ان تستخلص من ذلك قرينة قضائية تساعد على حسم الدعوى، وذلك في الحالات التي يجوز فيها الاثبات بالشهادة والقرائن القضائية، اما اذا كان التخلف عن حضور الاستجواب لعذر مقبول فتطبق القواعد العامة في الاثبات، اما اذا حضر واجاب اجابات غامضة او ناقصة تحمل انكار لبعض الوقائع واقراراً بالبعض الاخر فللقاضي سلطة تقديرية في اعتبار الاجابات انكار او اقرار حسب ما يقدره^(١٨).

نستنتج مما سبق ان الاستجواب قد يعد من ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة او غير الملزمة للقاضي بحسب النتيجة التي يؤول إليها.

رابعاً: الشهادة

تخضع الشهادة في تقدير قيمتها الى السلطة التقديرية للمحكمة ، فللمحكمة ان

(١٥) نصت المادة المذكورة على انه : « اولا - لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الالزامية والدفاتر والاوراق الخاصة حجة لصاحبها، ثانيا - لا يجوز ان تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها الا في الحالتين الآتيتين : أ - اذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا. ب - اذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته».

(١٦) د. نبيل ابراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة طبع ، ص ٢٣١ .
(١٧) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الاثبات - آثار الالتزام ، دون رقم طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٤٨٤ .

(١٨) د. اباد عبد الجبار الملوكي ، مصدر سابق ، ص ٦٦-٦٧ .

تقتنع بشهادة شاهد واحد مع يمين المدعي ، ولها صلاحية رد شهادة او اكثر فقد نصت المادة ٨٤ من قانون الاثبات على انه : « للمحكمة ان تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي اذا اقتنعت بصحتها، كما ان لها ان ترد شهادة شاهد او اكثر اذا لم تقتنع بصحة الشهادة »^(١٩).

ولها صلاحية ترجيح شهادة على اخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في المحضر وفي حالة ترجيح القاضي شهادة واحدة على باقي الشهادات فيجب ان يقوم بتحليف المدعي اليمين المتممة لاستكمال قناعته او لتحديد قيمة ما يحكم به^(٢٠).

نستنتج مما سبق ان الشهادة تعد من ادلة الاثبات ذات الحجية غير الملزمة للقاضي.

خامساً: القرائن القانونية والقضائية وحجية الأحكام

تقسم القرائن القانونية الى نوعين، قرائن قانونية قاطعة وقرائن قانونية غير قاطعة، وتقسم القرائن القانونية القاطعة الى صنفين، قرائن قانونية متعلقة بالنظام العام لا يجوز نقض حجيتها باي دليل من ادلة الاثبات، وقرائن قانونية قاطعة غير متعلقة بالنظام العام الاصل ان لها حجية ملزمة ، فلا يجوز نقض حجيتها الا عن طريق الاقرار واليمين، اما بالنسبة للقرائن القانونية غير القاطعة فلا تكون حجيتها قاطعة ويمكن دحض حجيتها باي دليل من ادلة الاثبات.

اما بالنسبة للقرائن القضائية فحجيتها غير قطعية، فتخضع في تقديرها الى السلطة التقديرية للقاضي الذي قد تقنعه قرينة قضائية واحدة ولا تقنعه قرائن متعددة. اما بالنسبة لحجية الاحكام التي يحوزها منطوق الاحكام القضائية الباتة في مواجهة اطراف الدعوى والغير في حالة كون الاخير قد اوجد الحكم القضائي وضعا قانونيا جديدا له اذا اتحد اطراف الدعوى وعدم تغير صفاتهم واتحد الموضوع والسبب فتكون حجية قطعية لا يمكن نقضها باي دليل من ادلة الاثبات وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٦ من قانون الاثبات العراقي والتي جاء فيها : « لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة »^(٢١).

نستنتج مما سبق ان القرائن القانونية قد تكون تعد من ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة او غير الملزمة للقاضي بحسب نوعها، اما حجية الاحكام فتعد من ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة.

(١٩) ضياء شيت خطاب : مراحل اصدار الحكم القضائي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ١٠١ .

(٢٠) نصت المادة ٨٢ من قانون الاثبات على انه: « لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها ان ترجح شهادة على اخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة. »

(٢١) د. اياد عبد الجبار الملوكي ، مصدر سابق ، ص ٨٤-٨٩.

سادساً: اليمين

تقسم اليمين الى نوعين، يمين حاسمة ويمين متممة، وتعد اليمين الحاسمة من ادلة الاثبات ذات الحجية القطعية والتي تغني عن سائر ادلة الاثبات، اذا يترتب على توجيهها اذا تضمنت اقرار بحق الحكم لموجه اليمين بالحق ، واذا تضمنت انكارا للحق فيحكم برد الدعوى نهائياً وتثبت للحكم حجية الأمر المحكوم به^(٢٢) اما بالنسبة لليمين المتممة التي توجهها المحكمة لاستكمال الادلة الناقصة فان حجيتها غير قطعية وغير ملزمة للقاضي، فالقاضي غير ملزم بان يقضي لصالح الخصم الذي وجهت اليه وحلفها، ولا يجوز للمحكمة في حالة النكول عن حلفها ان تقضي ضد من وجهت اليه وعلّة هذا الامر هي احتمال ظهور أدلة جديدة تكمل الادلة الناقصة فيقضي لصالح من نكل عن حلفها رغم نكوله^(٢٣).

نستنتج مما سبق ان اليمين الحاسمة تعد من ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة للقاضي، اما اليمين المتممة فتعد من ادلة الاثبات ذات الحجية غير الملزمة للقاضي.

سابعاً: المعاينة:

كل ما ثبت بالمعاينة يعتبر دليلاً في الدعوى ويحتم على المحكمة ان تقول كلمتها فيه، لكن المحكمة غير ملزمة بقبول الدليل الناتج عن المعاينة ، فلها ان تأخذ به او لا تأخذ^(٢٤).

نستنتج مما سبق ان المعاينة تعد من ادلة الاثبات ذات الحجية غير الملزمة للقاضي.

ثامناً: الخبرة :

ليس لرأي الخبير حجية قانونية ملزمة للقاضي الاخذ بتقرير الخبير برمته مع اسبابه لبناء الحكم عليه ، ولها ان تقضي بخلافه على ان تبين اسباب عدم الاخذ به والحكم بخلافه^(٢٥).

نستنتج مما سبق ان الخبرة تعد من ادلة الاثبات ذات الحجية غير الملزمة للقاضي.

٢٢ () عبد الودود يحيى ، دروس في قانون الإثبات ، دون مطبعة ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٦٨ .
 ٢٣ () د. عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات في المواد المدنية ، ط٢ ، دون مطبعة ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٢٨٧ .
 ٢٤ () د. اياد عبد الجبار الملوكي ، مصدر سابق ، ص ١٠٧-١٠٨ .
 ٢٥ () د. مفلح عواد القضاة، البيّنات في المواد المدنية والتجارية، ط٢، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان - الاردن ، ١٩٩٤ ، ص ٢٤٤ .

المبحث الثاني

التعريف بالترجيح بين ادلة الإثبات المتعارضة وأليته في ضوء حجيتها

بعد ان تناولنا في المبحث الاول مفهوم التعارض بين ادلة الاثبات ووقفنا على مدلوله وشروطه وقمنا بتمييزه عن التناقض المانع من سماع الدعوى، ننتقل في هذا المبحث الى بيان مدلول الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة ومن الحري بالذكر ان الاصوليون اوضحوا الطرق التي يمكن اتباعها لرفع التعارض بين ادلة الاثبات بغض النظر عن منهج الاثبات المعتمد من قبل المشرع ولكن لكون عملية الترجيح في الواقع العملي القانوني تعتمد بدرجة اساس على منهج الاثبات المعتمد من قبل المشرع وبما ان المشرع العراقي اعتمد على منهج معين في الاثبات فلا بد من بيان الية الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة في ظل احكام قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، وبناء على ما تقدم سنتناول المبحث وفق الخطة الاتية :

المطلب الاول: تعريف الترجيح بين ادلة الاثبات وطرقه الاصولية

سنتناول في هذا المطلب تعريف الترجيح في ظل الشروحات الفقهية التي تناولت الموضوع ثم ننتقل بعد ذلك الى بيان الطرق التي ذكرها الاصوليون للترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة وعلى التوالي وبشكل فقرات متسلسلة على النحو الاتي :

اولاً: تعريف الترجيح بين ادلة الاثبات

عرف الترجيح بين ادلة الاثبات بتعريفات متحدة في المضمون مختلفة في اسلوب التعبير عنه نذكر منها :

فقد عرف بانه إظهار قوة احد الادلة المتعارضة والتي لو انفردت لا تكون حجة معارضة^(٢٦) ويلاحظ على هذا التعريف انه يشمل الترجيح بين الادلة ذات الحجية الملزمة وغير الملزمة ولكنه لم يبين ان الترجيح يكون بفعل القاضي ولم يشر الى نتيجة الترجيح وهي العمل بأحد الدليلين دون الآخر .

وعرف ايضاً بأنه تقوية احد الدليلين لكي يعلن الاقوى منهما فيتم العمل به وطرح الآخر^(٢٧) ويلاحظ على هذا التعريف انه جعل تقوية دليل الاثبات امر منوط بفعل المشرع لا بفعل القاضي ولكن يحسب لهذا التعريف انه اشار ثمره الترجيح وهي العمل بأحد الدليلين دون الآخر .

وعرف ايضاً بأنه تقديم دليل على الآخر يتعارض معه لاقتران الدليل الاول بما يقويه^(٢٨) ويلاحظ على هذا التعريف انه جعل الترجيح بناءً على حجية الدليل لا فعل القاضي .

(٢٦) عبد اللطيف عبدالله عزيز البرزنجي، التعارض والترجيح بين الادلة الشرعية ، ج ١، ط ١، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ١١٩ .

(٢٧) المصدر نفسه ، الصفحة ذاتها .

(٢٨) الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ١٩٩٣، ص ٥٦ .

عرف ايضاً: اقتران الدليل بما يقويه على دليل آخر يعارضه مما يوجب ترجيحه في المآل^(٢٩)، ويلاحظ على هذا التعريف انه قد اشار الى ان الترجيح يكون بناءً على حجية الدليل والتي تفضله على الدليل الذي يتعارض معه. ومن جانبنا نرى تعريف الترجيح بأنه: (قيام القاضي بتقديم دليل من ادلة الاثبات على دليل آخر يتعارض معه ، اما لاقتران الدليل الاول بما يقويه او لوجود قرينه توجب الاعتراف بالقوة له وتفضيله على ما سواه من الادلة والحكم بمقتضاه) . ويلاحظ على التعريف المختار انه جمع بين وجهتي نظر الفقه الداعيتين الى ان الترجيح يكون بفعل القاضي او بفعل حجية الدليل كما انه يبين ثمرة الترجيح وهي تقديم دليل الاثبات الاقوى على ما سواه من الادلة والحكم بمقتضاه لرجحان كونه اقرب الى الحقيقة الواقعية بصدد النزاع من الادلة الاخرى .

ثانياً: طرق الترجيح الاصولية بين ادلة الأثبات

ان القاضي ينظر النزاع القضائي الذي يرفع اليه ويصدر حكمه الختامي بناءً على ادلة الاثبات التي يقدمها الخصوم في الدعوى وان صاحب الدليل المقبول هو الذي يصدر الحكم لصالحه لكن قد يحدث ان يقدم كلا طرفي الدعوى دليلاً مقبولاً فيثور تساؤل مفاده ما هو المسلك الذي يجب على القاضي ان يسلكه ازاء هذين الدليلين فهل يقبلهما مع تعارضهما ام يرفضهما كلاهما ام يقبل احدهما دون الاخر ويبني الحكم عليه ؟ وللإجابة على التساؤل اعلاه نقول ان هنالك قواعد اصولية تحكم موضوع تعارض ادلة الاثبات امام القاضي وان هذه الاصول يجب مراعاتها وفي ضوئها يستطيع القاضي ان يقبل او يرفض الادلة المتعارضة او يرجح احدها فيأخذ الراجح ويترك المرجوح وهذه الطرق الاصولية هي :

الطريقة الاولى: العمل بكلا الدليلين

يمكن اتباع هذه الطريقة عندما يكون العمل بكلا الدليلين ممكناً ولا يمكن ترجيح احدهما على الاخر ففي هذه الحالة يعمل القاضي بكلا الدليلين ويقضي بين الخصوم بموجبيهما مثال هذه الحالة لو حصل نزاع قضائي بين شخصين حائزين للمال في الوقت ذاته وقدم كل منهما دليلاً ان المال له فان القاضي في هذه الحالة يعمل بالدليلين ويحكم بملكيتهما للمال مناصفةً وينطبق نفس الحكم لو كان المال المتنازع على ملكيته بيد الشخص الثالث واقام كلا الشخصين الدليل على ملكيته للمال ففي هذه الحالة يحكم القاضي بملكيتهما للمال مناصفة^(٣٠).

الطريقة الثانية : العمل بالدليل الراجح

على القاضي اذا تعذر عليه العمل بكلا الدليلين المتعارضين ان يعمل بالدليل الراجح منهما ويكون الترجيح بأمر ذكر منها على سبيل المثال:

١- ترجيح بيينة الخارج على بيينة الداخل: يقصد بالداخل هو صاحب اليد على

(٢٩) سيف الدين ابي الحسن علي بن ابي علي بن محمد الامدي ، الاحكام في اصول الاحكام للأمدي ، ج ٣ ، مكتبة ومطبعة محمد علي صديق واولاده بميدان الازهر ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ٢٥٦-٢٥٧ .

(٣٠) د. صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، ط ٣ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٩ ، ص ٢٩٨ .

المال لان وضع اليد على المال يعد قرينة على ملكيته حتى يظهر العكس ويسمى صاحب اليد بالداخل ومن يدعي شيئاً في يده يسمى خارجاً ولما كانت القاعدة ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر ، فالداخل مدعى عليه والخارج مدعي .
٢- الترجيح بكثرة العدد والاشتهار بالعدالة : اذا ادعى شخصان ان كلاهما مالك لمال بيد شخص ثالث وقدم كل منهما دليلاً كالشهود وكان احد الدليلين اكثر عدداً او اكثر عدالة رجحت بينته .

الطريقة الثالثة: تهاثر الادلة

اذا حصل تعارض بين ادلة الاثبات وتعذر الجمع بينها او ترجيح احدها على الآخر تهاثرت الادلة ولا يعمل بها جميعاً وعلّة هذا الامر ابطال بعضها للبعض الاخر، لاستحالة التوفيق بينها.

المطلب الثاني: آلية الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة قانوناً

ان عملية الترجيح بين الادلة المتعارضة في الدعوى المدنية تعتمد قانوناً بشكل اساس على منهج الإثبات المعتمد من قبل المشرع ، ففي ظل منهج الاثبات المقيد يحدد المشرع ادلة الاثبات على سبيل الحصر ويحدد قيمة كل دليل من الادلة فيقيد بمسلكه هذا القاضي والخصوم^(٣١)، وان منهج الاثبات المقيد لا يبين الية الترجيح في حالة تقديم دليلين متساويين في القيمة الثبوتية من قبل طرفي الدعوى^(٣٢)، اما بالنسبة لمنهج الاثبات المطلق فهو لا يحدد ادلة معينة للإثبات ويترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تكوين قناعته من اي دليل من الادلة المقدمة اليه ويترك للقاضي الحرية في الترجيح عند تعارض ادلة الاثبات في الدعوى^(٣٣)، اما بالنسبة لمنهج الاثبات المختلط فانه يتخذ موقفاً وسطاً بين المنهجين السابقين فهو يحدد ادلة الاثبات على سبيل الحصر، اما بالنسبة للقيمة الثبوتية لأدلة الاثبات في ظله فهو يحدد القيمة الثبوتية لبعض الأدلة ويترك تقدير هذه القيمة في الأدلة الاخرى الى السلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر النزاع ، وبالمنهج الاخير أخذ المشرع العراقي فحدد حجية بعض أدلة الاثبات وجعلها ملزمة للقاضي كما في الدليل الكتابي والإقرار واليمين وجعل لبقية ادلة الاثبات حجية غير ملزمة والتي تتمثل بـ (المعايينة والشهادة والقرائن والخبرة) فتخضع لتقدير القاضي ، وقد تم استبعاد الاستجواب لأنه يأخذ حكم الاقرار في حالة اعتراف المستجوب ويأخذ حكم القرينة في الفروض الاخرى التي سبقت الاشارة اليها عند بحثنا لنطاق التعارض ، وتم استبعاد للقرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام لان حجيتها حجة قطعية غير قابلة لإثبات العكس فلا يتصور وقوع التعارض بينها وبين دليل اخر من ادلة الاثبات، واخيراً استبعدنا حجية الاحكام لان رفع النزاع مرة ثانية بناء على ادلة اثبات جديدة يوجب رد الدعوى الثانية لأسبقية الفصل فيها فلا يمكن حصول التعارض بين

(٣١) د. محمد نصر محمد، أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص١٧.

(٣٢) ياسر باسم ذنون السبعوي ، نظرية الرجحان وتطبيقاتها في أدلة الاثبات المدنية، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة النهدين ، ٢٠٠٣ ، ص٧٥.

(٣٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٢٨.

ادلة الاثبات المقدمة في الدعوى الجديدة والحكم القضائي السابق لكون الدعوى الجديدة واجبة الرد لكن يمكن الطعن بالحكم بإعادة المحاكمة اذا ظهرت ادلة لم تكن موجودة اثناء نظر الدعوى الاولى وفق النطاق والشروط الواردة في اسباب اعادة المحاكمة .

وبناء على ما تم ذكره تخرج الفرضيات الثلاث الاخيرة من نطاق التعارض وينحصر التعارض في نطاق بقية الأدلة الاخرى فاذا حصل التعارض فانه قد يكون بين ادلة اثبات ذات حجية ملزمة واخرى ذات حجية غير ملزمة فلا نكون امام تعارض حقيقي وانما تعارض ظاهري لوجوب ترجيح الدليل ذو الحجية الملزمة على الدليل ذو الحجية غير الملزمة فيخرج ذلك التعارض من نطاق بحثنا أو قد يحصل بين الادلة ذات الحجية القطعية المتماثلة في النوع او المتباينة فيه أو يحصل بين الادلة ذات الحجية غير القطعية المتماثلة في النوع او المتباينة فيه فيجب استعراض كل هذه الصور المحتملة الحصول في الواقع وبيان حكمها و لما تقدم ذكره سنتناول الترجيح بين ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة وادلة الإثبات غير الملزمة وفق الآتي:

أولاً: آلية الترجيح عند وقوع التعارض بين دليلين من ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة .

ان التعارض الذي يقع بين ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة ، إما ان يقع بين دليلين متماثلين في النوع متحدين في الحجية أو يقع بين دليلين مختلفين في النوع متحدين في الحجية وسنستعرض كلا الفرضين المتقدمين ونبين حكم كل منهما وعلى التوالي :

١- الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة ذات الحجية القطعية المتماثلة في النوع

أ- التعارض بين سنيين رسميين أو سنيين عاديين

الحالة الاولى تعارض سنيين رسميين: إذا اثبت سنيين رسميين واقعة واحدة ، لكن اثبت كل منهما مضمونها بشكل مغاير للأخر ، فان المنطق يقضي بكون احد السنيين مزوراً لكونه يتضمن تغيير للحقيقة في محرر رسمي بإحدى الطرق المقررة قانوناً ، فاذا حصل مثل هذا التعارض فيجب وقف المرافعة واحالة الخصوم والسند الى قاضي التحقيق للتحقق من مدى صحة السنيين واهدار السند المزور منهما وبناء الحكم على السند الصحيح فهذه هي الية الترجيح بصدد الفرض المذكور اعلاه ، وهذا نصت المادة ٢٢ من قانون الاثبات العراقي^(٣٤).

الحالة الثانية تعارض سنيين عاديين: إذا اثبت سنيين عاديين واقعة واحدة ، لكن

اثبت كل منهما مضمونها بشكل مغاير للأخر ، فان المنطق يقضي بكون احد السنيين مخالفاً للواقع لكونه يتضمن تغيير للحقيقة في محرر عادي بإحدى الطرق المعروفة، فاذا حصل مثل هذا التعارض فيمكن الطعن بصحة السند العادي عن طريق التزوير ففي

(٣٤) نصت المادة المذكورة اعلاه على انه : « اولاً - السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو اقرارات فيجوز اثبات عدم صحتها طبقاً لأحكام هذا القانون. ثانياً - تعتبر من قبيل السندات الرسمية، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع وأحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك.

هذا الفرض فيجب وقف المرافعة واحالة الخصوم والسند الى قاضي التحقيق للتحقق من مدى صحة السندين واهدار السند المزور منهما وبناء الحكم على السند الصحيح او انكار السند وفي ضوء نتيجة المضاهاة التي تجري عند الإنكار يتم الحكم بناء على السند العادي الذي ثبتت صحته واهدار السند العادي الذي لم تثبت صحته فهذه هي الية الترجيح بصدد الفرض المذكور اعلاه ، وهذا ما نصت المادة ٢٥ من قانون الاثبات العراقي^(٣٥).

ب- تعارض الإقرارات

يقسم الاقرار الى نوعين ، النوع الأول هو الإقرار القضائي والذي يتلخص مفهومه بإخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لخصمه ، والنوع الثاني هو الإقرار غير القضائي والذي يمكن إيجاز مفهومه بأنه إقرار شخص خارج المحكمة بحق عليه لأخر او امام المحكمة لكن بصدد واقعة غير الواقعة التي أقيمت الدعوى بسببها وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٥٩ من قانون الإثبات^(٣٦).

ولقد بين قانون الاثبات في الفقرة الثانية من المادة ٦٤ من قانون الإثبات العراقي احكام التعارض في الاقرارات والية ازالته فقد جاء فيها : « ثانيا - أ - اذا ناقض الاقرار ما كان قد أقر به سابقا، كان هذا التناقض مانعا من سماع دعواه أو دفعه. ب - يرتفع التناقض بقرار من المحكمة أو بتصديق الخصم أو بالتوفيق بين الاقرارين. ج - يغتفر التناقض اذا ظهر عذر للمقر كان محل خفاء.»

يلاحظ الباحث ان النص اعلاه بين في الفقرة ب منه آلية رفع التعارض بين الاقرارات فأوجب رفعها عن طريق الجمع بين الاقرارين او ترجيح احدهما طبقا للسلطة التقديرية للقاضي او عن طريق تصديق الخصم او اهدار العمل بكلا الإقرارين اذا تعذر الترجيح بينهما بالرغم من كونه استخدم مصطلح التناقض وكان من الاولى ان يستخدم التعارض بدلا من التناقض لان المتناقضان لا يمكن الجمع بينهما ويتساقطان لذلك نقتح استبدال لفظ التناقض بلفظ التعارض لكونه الأكثر دقة في هذا المقام ولاستبعاد كون اللفظ المذكور ينسجم مع قصد المشرع لأنه لو اراد التناقض لما اشار الى ان من طرق الرفع (الجمع بين الإقرارات) لان المتناقضان يتساقطان ولا سبيل للجمع بينهما. وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية بالحكم

الآتي : « دعوى المدعي قد انصبت على مطالبة المدعى عليه بتأدية مبلغ مقداره (٤,٦٤٢,٠٠٠) اربعة ملايين وستمئة واثنين واربعون الف دينار ، المدفوعة الى دائرة الكهرباء ، كغرامة نتيجة التجاوز على الشبكة الوطنية للكهرباء ، إذ ان الثابت من وقائع الدعوى وأدلتها الثبوتية بان المديرية العامة لتوزيع كهرباء الرصافة قد فرضت غرامة على المستأنف عليه (ح. ر. ك) مبلغ مقداره اربعة ملايين وستمئة واثنين واربعون

(٣٥) نصت المادة المذكورة اعلاه على انه : « اولا - يعتبر السند العادي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء أو بصمة ابهام. ثانيا - في حالة الإنكار الكيدي للسند يحق للمتضرر ان يطالب بتعويض عن الضرر الذي يصيبه عن ذلك في نفس الدعوى أو في دعوى مستقلة.»

(٣٦) نصت المادة المذكورة اعلاه على انه : « اولا - الاقرار القضائي هو اخبار الخصم امام المحكمة يحق عليه لأخر. ثانيا - الاقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج المحكمة أو امام المحكمة في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها.»

الف دينار ، نتيجة التجاوز على الشبكة الوطنية للكهرباء ، وقد تم دفع مبلغ الغرامة من قبل المستأنف (ر.ر.ك) شقيق المستأنف عليه ، وان المستأنف ليس شريك في العقار المرقم ٢٥٧/٣١٧ زوية وغير مستأجر ، لكي يحق له الرجوع على المستأنف عليه ، كما ان الدافع ليس له مصلحة في أداء الدين فيعد بحكم المتبرع ، وان المدعي قد أقر في عريضة الدعوى واللائحة الاستئنافية ، بأن المحل الذي هو جزء من مشتريات العقار مشغول من قبل المدعي عليه ، فلا توجد أي مصلحة للمدعي في أداء الدين ، لأن المادة ٢٣٩ مدني اشترطت للرجوع أن يكون قضاء الدين بأمر من المدين أو تتحقق مصلحة في دفع الدين ، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن من صور إنقضاء الالتزام هو الوفاء ولكي يتحقق الوفاء مع الحلول بحكم القانون فقد حددت المادة ٣٧٩ مدني أربع حالات يحل فيها دافع الدين محل الدائن ، ولم تتحقق اي حالة من الحالات المذكورة في المادة المشار إليها اعلاه ، لكي يتحقق الحلول بحكم القانون ، كما ان الوكالة المرقمة ١٢٩٠ في ١٩٩٣/١/٦ والممنوحة من المستأنف عليه الى المستأنف ، لم يرد فيها ما يشير الى الزامية المستأنف بتسديد مبلغ الغرامة المدفوع ، زد على ذلك كله ان المستأنف وبوساطة وكيله قد تناقض بأقواله ، إذ ذكر بأن المحل مستغل من قبل المستأنف عليه ، وإن ذلك ورد في عريضة الدعوى واللائحة الاستئنافية ، وقد عاد ودفع بأن موكله يعتش من واردات المحل ، وان ذلك يشكل تناقض والتناقض مانع من سماح الدعوى (المادة ٦٤) من قانون الإثبات ، ومن كل ما تقدم يتضح للمحكمة بأن دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني وموجبة للرد ، إذ إن قرار الحكم المستأنف قد التزم بوجهة النظر المتقدمة فيكون صحيح وموافق للقانون ، ولكل ما تقدم قرر الحكم برد الطعن الاستئنافي وأسبابه ، وتأييد قرار محكمة بداءة الكرخ بالعدد ٢٧٢٠ ب/ ٢٠١٣ في ٢٣/٢/٢٠١٤ «(٣٧)» .

يتضح لنا من الحكم القضائي اعلاه ان المستأنف أقر بإقرارين متعارضين حيث اقر اولاً بان المستأنف عليه هو من يشغل المحل ولكون هذا الاقرار يؤدي الى خسارته دعوى المطالبة بدفع مبلغ الغرامة الذي دفعه عن المستأنف عليه لانقضاء مصلحته في الوفاء وعده متبرعا لعدم تحقق شروط الرجوع وفق المادة ٢٣٩ من القانون المدني العراقي والخاصة بـرجوع من وفى دين المدين دون امر منه عليه اذا كانت له مصلحة في الوفاء او انتفت نية التبرع وعدم تحقق اي حالة من حالات الوفاء مع الحلول المنصوص عليها في المادة ٣٧٩ من القانون المدني العراقي عاد واقر ثانياً بكونه يتعيش من واردات المحل فعارض اقراره الاول لغرض المطالبة برد المبلغ الذي دفعه عن المستأنف عليه كغرامة اما على اساس المادة ٢٣٩ من القانون المدني العراقي او وفق المادة ٣٧٩ من القانون الاخير ، الا ان محكمة الاستئناف وازنت بين الاقرارات المتعارضة ورجحت الاقرار الاول استنادا الى السلطة التقديرية الممنوحة لها الذي يوجب رد الدعوى وبما ان الحكم البدائي رد الدعوى قررت رد الطعن الاستئنافي وتصديق الحكم البدائي لموافقته للقانون .

(٣٧) القرار المرقم ٥٥٤/س/٢٠١٤ في ١١/٥/٢٠١٤ (غير منشور) .

ج- تعارض الايمان مع بعضها

ان حالة تعارض الايمان الحاسمة متعذرة الحصول في الواقع العملي ، لان اليمين الحاسمة يجري توجيهها من قبل المحكمة بناء على طلب المدعي في الدعوى عندما لا يكون لديه دليل للإثبات ويكون امام المدعى عليه خيارين لا ثالث لهما وهما حلف اليمين أو ردها على خصمه والا عد ناكلاً ، وبناء على ما تقدم لا مجال للحديث عن الترجيح بين الإيـمان الحاسمة^(٣٨).

٢ - الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة ذات الحجية القطعية المختلفة في

النوع:

أ- تعارض السند الكتابي مع الاقرار : يضم حالتين

الحالة الاولى تعارض السند الرسمي مع الاقرار : لم نجد عند مراجعتنا للشروحات الفقهية حديثاً عن الية الترجيح في حالة قيام التعارض بين السندات الكتابية والاقرار ولم نجد تطبيقات قضائية على الفرض المذكور ، فلا بد من الرجوع الى حجية الدليل الكتابي وحجية الاقرار لبيان ايهما اقوى وبيان الية الترجيح في حالة افتراض وجود تعارض بينهما ، وبالرجوع الى نص المادة /٢٢ من قانون الاثبات الذي حدد حجية السندات الرسمية نجد انه نص على انه : « السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من امور قام بها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه او وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً ، اما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات او اقرارات فيجوز اثبات عدم صحتها طبقاً لأحكام هذا القانون» ، اما بالنسبة لحجية الاقرار فقد نصت المادة ٦٧ من قانون الاثبات على حجيتها بقولها : « الاقرار حجة قاصرة على المقر».

نستج من هذين النصين ان السند الكتابي اقوى حجية من الاقرار بالرغم من كون كلا الدليلين من الادلة ذات الحجية القطعية لكون الاول حجة على الكافة بينما الثاني حجة على المقر فقط لذا نرى في حالة قيام التعارض بينهما وجوب ترجيح السند الرسمي على الاقرار .

ب. تعارض السند العادي مع الإقرار :

لم نجد عند مراجعتنا للشروحات الفقهية حديثاً عن الية الترجيح في حالة قيام التعارض بين السندات العادية والاقرار ولم نجد تطبيقات قضائية على الفرض المذكور ، فلا بد من الرجوع الى حجية السند العادي وحجية الاقرار لبيان الية الترجيح في حالة افتراض حصوله وبالرجوع الى نص الفقرة الاولى من المادة ٢٥ من قانون الاثبات الذي حدد حجية السند العادي نجد انه نص على انه : « اولاً - يعتبر السند العادي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء أو بصمة ابهام».

(٣٨) نصت المادة ١١٩ / أولاً من قانون الإثبات على انه : « اولاً - اذا نازع من وجهت اليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وقررت تحليفه اليمين فعليها ان تبين في قرارها صيغة اليمين، وعلى من وجهت اليه اليمين ان يلحفها، أو يردّها على خصمه، والا اعتبر ناكلاً، مع مراعاة أحكام المادة (١١٨).

اما بالنسبة لحجية الاقرار فقد نصت المادة ٦٧ من قانون الاثبات على انه : « الاقرار حجة قاصرة على المقر » ولا يجوز الرجوع عنه فقد نصت المادة ٦٨ من قانون الاثبات العراقي على انه : « اولا - يلتزم المقر بإقراره الا اذا كذب بحكم. ثانيا - لا يصح الرجوع عن الاقرار ».

يتضح من النصين اعلاه ان السند العادي لا يعد حجة على الناس كافة ويمكن الطعن به عن طريق التزوير والإنكار اما الاقرار فهو حجة على المقر ولا يجوز الرجوع عنه لكن اذا ثبت كذبه بحكم قضائي فيعتبر بحكم العدم ولما كان احتمال الكذب في الاقرار اقوى من احتمالها في السندات العادية فإننا نعتقد كباحثين ان الحل في حالة قيام التعارض بين السند العادي والإقرار يكمن في اعطاء القاضي سلطة تقديرية في ترجيح أحدهما على الآخر في ضوء وقائع الدعوى ومعطياتها .

ج- تعارض السند الكتابي والإقرار مع الايمان .

لا يمكن تصور حصول التعارض بين السند الكتابي (السند الرسمي والسند العادي) او الاقرار مع الايمان الحاسمة لان من شروط توجيه اليمين الحاسمة ان لا يكون لدى المدعي دليل للإثبات ففي حالة وجود سند رسمي او سند عادي او اقرار لا يتم اللجوء الى اليمين الحاسمة ويتم الاعتماد عليهما على السند الكتابي او الاقرار في الحكم^(٣٩).

ثانياً: آلية الترجيح عند وقوع التعارض بين دليلين من ادلة الاثبات ذات الحجية غير الملزمة

ان التعارض الذي يقع بين ادلة الاثبات ذات الحجية غير الملزمة ، إما ان يقع بين دليلين متماثلين في النوع متحدين في الحجية أو يقع بين دليلين مختلفين في النوع متحدين في الحجية وسنستعرض كلا الفرضين المتقدمين ونبين حكم كل منهما وعلى التوالي :

١- الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة ذات الحجية غير القطعية المتماثلة في

النوع

أ- تعارض الشهادات مع بعضها :

لم يعرف قانون الاثبات العراقي الشهادة لكن الفقه عرفها بانها اخبار يتم امام القاضي لإثبات حق للغير^(٤٠)، ويخضع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية لسلطة المحكمة التقديرية والتي لها الحق في ترجيح شهادة على اخرى وفق ما تستخلصه من وقائع الدعوى على ان تبين أسباب ذلك في المحضر ومن العوامل التي يعتمدها القاضي في تقدير الشهادة كيفية ادلاء الشهود بالشهادة وما يتخلل ذلك من عوامل تدل على درجة الصدق في اقوالهم ، ومدى قرب الشهادات من وقائع الدعوى،

نصت المادة ١١٨ من قانون الاثبات على انه : « اذا عجز الخصم عن اثبات ادعائه أو دفعه فعلى المحكمة ان تسأله عما اذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه، فان طلب ذلك وكان الخصم حاضراً بنفسه حلفته المحكمة، وفي حالة غيابه جاز لها اصدار الحكم غايباً معلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض بناء على طلب من الخصم حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة ».

(٤٠) د.علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠

ص٢٦١.

وحالة الشهود النفسية ومدى قدرتهم على ضبط الوقائع ونقلها وسمعة الشهود وثقافتهم... الخ من العوامل الاخرى ذات التأثير بصدد الموضوع^(٤١).

وقد اكدت محكمة التمييز الاتحادية معيار السلطة التقديرية للقاضي في الترجيح بين الشهادات المتعارضة فقضت في احد قراراتها بالآتي: « وحيث ان وكيل المميز قد اقر بعائدية قسم من الاثاث الى المميز عليها - المدعية- وانكر القسم الاخر وبعدم وجود قسم منها وان محكمة الموضوع قد استمعت الى البينة الشخصية للطرفين ولما لها من سلطة تقديرية فقد رجحت شهادة المدعية على شهادة المدعى عليه بعد بيان أسباب الترجيح في محضر الجلسة استنادا الى احكام المادة ٨٢ من قانون الاثبات ، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية »^(٤٢).

كما قضت محكمة التمييز في قرار اخر « ... قد رجحت محكمة البداة بيينة المدعي على بيينة المدعى عليها عملاً باحكام المادة (٨٢) من قانون الاثبات واعتبرت المدعى عليها عاجزة عن الاثبات ومنحتها حق تحليف المدعي اليمين الحاسمة فرفض وكيلها تحليف المدعي اليمين المذكولة وقضت المحكمة للمدعي بالمبلغ المدعى به في مرحلة الاستئناف تدخلت المحكمة على قرار الترجيح وقررت العدول عنه ورجحت بيينة المدعى عليها على بيينة المدعي خلافاً لاحكام المادة المشار اليها التي اعطت هذه الصلاحية لمحكمة الموضوع الى المحكمة التي سمعت البيينة الشخصية لتقدير الشهادة من الناحية الشكلية والموضوعية لذا كان على محكمة الاستئناف ملاحظة ما تقدم ... لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم »^(٤٣).

ب- التعارض بين القرائن القضائية :

لم يورد قانون الاثبات العراقي نصا يوضح الية الترجيح بين القرائن القضائية في حالة تعارضها ، الا ان القاضي لما له من سلطة تقديرية في استنباط القرائن التي لم يرد بشأنها نص قانوني في ضوء وقائع الدعوى وفي نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة كما اشرنا سابقا عند بحثنا لحجية القرائن ، فان للقاضي سلطة الترجيح من باب اولى . وتطبيقا لما تقدم قضت محكمة التمييز بالآتي: «قد ثبت من وقائع الدعوتين الموحدتين ، ومن إضبارة المزايدة الخاصة بالمواد موضوع الدعوى ، أن اجراءات المزايدة التي يستند اليها المدعى عليهما - المميزان - لم تجر وفقا لما رسمه القانون ، ولم يرد في محضر المزايدة أي توقيع يعود للمدعي ، لكي يعد مشاركا فيها، وإن قيام المدعي (المميز عليه) بدفع الصك دون ان يوقع على محضر الإشتراك بالمزايدة ، لا يعد دليلاً على اشتراكه فيها ، ولأسباب التي استندت اليها محكمة الإستئناف في حكمها المميز وما جاء في قرار النقض التمييزي انف الذكر من أسباب، قرر تصديق الحكم المميز »^(٤٤).

يتضح جلياً من القرار اعلاه ان محكمة التمييز رجحت قرينة عدم توقيع المدعي

(٤١) د. ادوارد عيد، موسوعة اصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ ، ج ١٦، دون ناشر ، دون مكان نشر ، ١٩٩٩، ص ٣٠٠.

(٤٢) قرارها المرقم ٦١٥٧ / هيئة الاحوال الشخصية بتاريخ ٢٧/١٢/٢٠١١ (غير منشور) .

(٤٣) القرار رقم ٨١٥ / الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٧، بتاريخ ٢٤/١/٢٠١٧ ، غير منشور .

(٤٤) قرارها المرقم ٤٠٠٤ / م/٩٨ بتاريخ ٢١/٢/١٩٩٩ (غير منشور)

(المميز عليه) على محضر الإشتراك على قرينة دفعه للصك وصدقت الحكم المميز الذي يتلخص مضمونه عدم اشتراك المدعي (المميز عليه) في الزيادة .
ولعدم وجود نص قانوني يعالج مسألة الترجيح بين القرائن القضائية نقترح ان يورد المشرع نصا تشريعيا يعالج المسألة المذكورة بالشكل الآتي : « للقاضي سلطة الترجيح بين القرائن في الدعوى على ان يدون في المحضر الأسباب التي دفعته الى ترجيح قرينة على أخرى ».

ج- التعارض بين آراء الخبراء :

إذا اختلف الخبراء في آرائهم بصدد المسائل المطلوب توضيحها للمحكمة نكون امام تعارض بين آراء الخبراء ويجب في هذه الحالة ان يذكر كل خبير رأيه في تقرير الخبرة مع تسببه استنادا الى نص المادة (١٤٤ / ثالثا) من قانون الإثبات العراقي^(٤٥). ولم يورد المشرع نصا يبين الية الترجيح بين آراء الخبراء المتعارضة لكن الترجيح يتم استنادا الى السلطة التقديرية للقاضي وهذا الامر يمكن استنباطه من نص المادة ١٤٠ من قانون الإثبات العراقي الذي اعطى لمحكمة الموضوع صلاحية اعتماد تقرير الخبير كسبب للحكم والذي يفهم منه ايضا ان رأي الخبير غير ملزم لها وبناء على عدم الزامية رأي الخبير يمكن القول ان مسألة الترجيح تدخل في سلطة القاضي التقديرية من باب اولي.

ففي حالة التعارض بين تقارير الخبراء ترجح المحكمة تقرير الخبير الاقرب الى وقائع الدعوى والذي ينسجم معها وهذا ما قضت به محكمة التمييز فيما قررته بالاتي : « ان محكمة الموضوع رجحت تقرير الخبير الواحد في الكشف المستعجل دون بقية الخبراء لأسباب متصلة يكون هذا التقرير اقرب الى الواقع واشمل عدالة لذا قرر تصديق الحكم المميز »^(٤٦).

يتضح من القرار اعلاه رجحت تقرير الخبير على بقية تقارير الخبراء وبينت ان سبب ذلك هو كون التقرير اقرب الى الواقع واشمل عدالة استنادا الى سلطتها التقديرية. ولعدم وجود نص قانوني يعالج مسألة الترجيح بين آراء الخبراء نقترح ان يورد المشرع نصا تشريعيا يعالج المسألة المذكورة بالشكل الآتي : « للقاضي سلطة الترجيح بين تقارير الخبراء في الدعوى على ان يدون في المحضر الأسباب التي دفعته الى ترجيح تقرير خبير على اخر اذا تم اعتماد تقرير الخبرة كسبب للحكم ».

د- التعارض بين نتائج المعاينة:

لا يمكن في الواقع العملي، ان يتحقق التعارض في المعاينة لان الاخيرة في حقيقتها اجراء تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب من احد الخصوم في الدعوى، ويكون الغرض منها معاينة محل النزاع فتتدب المحكمة للقيام بهذا الإجراء أحد قضاتها أو تأمر بإحضار محل النزاع في جلسة تعيينها لذلك^(٤٧).

(٤٥) جاء في الفقرة المذكورة من المادة النص: « اذا تعددت الخبراء واختلفوا في الرأي، فيجب ان يذكر في التقرير رأي كل منهم مسبقا ».

(٤٦) قرارها المرقم ٢٢٨٧ / موسعة اولي / ٩٨ بتاريخ ١٩٩٨ / ٩ / ٢ (غير منشور) .

(٤٧) نصت المادة ١٢٥ من قانون الإثبات : « للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم ان تقرر الانتقال =

٢ - الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة ذات الحجية غير القطعية المختلفة في النوع

أ- تعارض الشهادة مع القرائن وراء الخبراء :

تعد الشهادة من الادلة ذات الحجية غير الملزمة استنادا الى نص المادة ٨٢ من قانون الاثبات العراقي^(٤٨) وينطبق نفس الكلام على القرائن القضائية التي تعتبر من ادلة الاثبات ذات الحجية غير القطعية استنادا الى الفقرة الثانية من نص المادة ١٠٢ من قانون الاثبات^(٤٩) التي اعطت للقاضي حرية استنباطها في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة وكذلك الامر بالنسبة للخبرة استنادا الى نص المادة ١٤٠ من قانون الاثبات، وبناء على ما تقدم يمكن القول ان الترجيح في حالة تعارض الشهادة مع القرائن وراء الخبراء يكون وفق السلطة التقديرية للقاضي، فللقاضي سلطة تقديرية في ترجيح احدها على الاخر وفق المنطق وقرب الدليل الى وقائع النزاع على ان تبين اسباب ذلك الترجيح في المحضر^(٥٠).

ب- تعارض القرائن القضائية مع تقرير الخبراء :

تعتبر القرائن القضائية من ادلة الاثبات ذات الحجية غير القطعية استنادا الى الفقرة الثانية من نص المادة ١٠٢ من قانون الاثبات سالفه الذكر التي اعطت للقاضي حرية استنباطها في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة وكذلك الامر بالنسبة للخبرة استنادا الى نص المادة ١٤٠ من قانون الاثبات سالفه الذكر ، وبناء على ما تقدم يمكن القول ان الترجيح في حالة تعارض القرائن مع اراء الخبراء يكون وفق السلطة التقديرية للقاضي ، فللقاضي سلطة تقديرية في ترجيح احدها على الاخر وفق المنطق وقرب الدليل الى وقائع النزاع على ان تبين اسباب ذلك الترجيح في المحضر^(٥١).

=لمعينة المتنازع فيه أو تندب لذلك أحد قضاتها لمعاينته أو احضاره لديها في جلسة تعينها لذلك، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة».

(٤٨) نصت المادة المذكورة على انه : « لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها ان ترجح شهادة على اخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة .»

(٤٩) نصت الفقرة المذكورة من المادة على: « للقاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون وذلك في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة».

(٥٠) نصت المادة المذكورة على انه : « اولا - للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها. ثانيا - رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها اذا قضت بخلاف رأيه ان تضمن حكمها الاسباب التي اوجبت عدم الاخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً .»

(٥١) يراجع نص المادتين ١٠٢ و ١٤٠ من قانون الاثبات العراقي المذكورين في الصفحة السابقة.

الخاتمة

ان لرفع التعارض بين ادلة الاثبات المدني بوسيلة الترجيح لأهمية كبيرة على الصعيد النظري والتطبيقي وهو ما تبين من خلال البحث ، وبذلك فقد توصلنا الى اهم الاستنتاجات والتوصيات التي استنبطت بشكل مركز وكما يأتي:

أولاً : الاستنتاجات

- ان الية الترجيح من الناحية القانونية تعتمد على منهج الاثبات المعتمد من قبل المشرع وبما ان المشرع العراقي اخذ في قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بمنهج الاثبات المختلط فحدد حجية قطعية ملزمة لبعض الادلة في الاثبات وترك تقدير حجية باقي الادلة للقاضي فتمتع الادلة الاخيرة بحجية غير قطعية فان الترجيح يكون وفقاً لحجية الدليل او وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي .
- ان ادلة الاثبات في ظل قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل تقسم من حيث الحجية الى ادلة اثبات ذات حجية ملزمة والتي تشمل السند الكتابي والإقرار واليمين الحاسمة فيجب على القاضي الحكم بمضمونها ولا يملك الخيار في تركها واهدائها وعدم تأسيس الحكم عليها وادلة اثبات ذات حجية غير قطعية وتشمل الشهادة والفرائن القضائية والمعائنة والخبرة ، وان التعارض اما ان يقع بين دليل من ادلة الاثبات ذات الحجية الملزمة القطعية واخر من ذوي الحجية غير الملزمة (غير القطعية) أو بين دليلين متماثلين في الحجية (دليلين من الادلة ذات الحجية الملزمة أو دليلين من الادلة ذات الحجية غير الملزمة) والصنف او متماثلين في الحجية مختلفين في الصنف .
- ان قواعد الاثبات اما تكون موضوعية تعنى بتحديد طرق الاثبات ، واما تكون اجرائية تعنى بالاوضاع التي يلزم مراعاتها عند سلوك سبل الاثبات المختلفة من تقديم الادلة والاستدلال بها وغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام.
- يتحقق التعارض بين دليلين من ادلة الاثبات وتكون لمحكمة الموضوع صلاحية رفعه ، اما التناقض فيقع اما في ذات الدليل او بين حكمتين قضائيتين .
- يشترط لتحقق التعارض بين ادلة الاثبات ان يكون حقيقياً ويكون كذلك اذا لم يمكن رفعه بالتفسير او الوفيق.
- ان الترجيح بين الادلة يكون من اختصاص محكمة الموضوع اياً كانت درجتها استناداً للنص وابي سلطتها التقديرية وهو ما يصلح ان يكون سبباً للطعن فيه تمييزاً اذا كان غير مسبب

ثانياً : التوصيات

- نأمل من المشرع ان يقنن الية الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة في الدعوى المدنية بإضافة مادة قانونية الى قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ يكون نصها بالشكل الآتي : « إذا حصل تعارض بين ادلة الإثبات المقدمة من قبل الخصوم في الدعوى فعلى القاضي ان يرجح الدليل ذو الحجية الملزمة على الدليل ذو الحجية غير الملزمة ، إما اذا حصل التعارض بين دليلين لهما نفس الحجية سواء كانت ملزمة او غير ملزمة فللقاضي سلطة ترجيح احد هذه الأدلة على الادلة الاخرى وبناء حكمه عليه على ان يذكر في حكمة الاسباب التي دفعته للترجيح ويخضع ترجيحه في الفرض الاخير لرقابة المحكمة المختصة بنظر الطعن في الحكم».
- نوصي المشرع العراقي بان ينص فيما يتعلق بالاثبات بطريق القرائن على « للقاضي سلطة الترجيح بين القرائن في الدعوى على ان يدون في المحضر الاسباب التي دفعته الى ترجيح قرينة على اخرى »
- نوصي بتعديل نص المادة (٤٤/٤) ثالثاً من قانون الاثبات العراقي لتكون « اذا تعدد الخبراء وختلفوا في الرأي فان لمحكمة الموضوع تقدير هذه الآراء من الناحيتين الموضوعية والشخصية ، ولها ان ترجح رأي على اخر وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين ذلك في محضر الجلسة .
- نوصي باعادة صياغة المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي لتكون على النحو الاتي « يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام »

العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني

م.د. كاظم حمادي يوسف الحلفي
الجامعة المستنصرية - كلية القانون
م.د. صدام بدن رحيمة الساعدي
كلية الرافدين الجامعة - قسم القانون

المستخلص :

ان العرف تارة يستدل به على تفسير أرادة المتعاقدين ، وتارة أخرى يستدل به على تحديد موضوع العقد وبيان نطاقه القانوني ، وذلك لان القانون المدني جاء منسجماً مع العرف ومؤكداً عليه ، فالعرف لا يقل في اهميته عن كونه دليلاً كاشفاً عن الحكم القانوني كما في تحكيمة بالفصل بين المعنى الحقيقي المتروك والمعنى المجازي المعمول به، ومثل هذه المعاني تختلف باختلاف المكان والزمان ، فهذه المعاني يفسرها العرف وهي كثيرة من ذلك ، كما تظهر اهميته بوصفه دليلاً منشئاً للحكم القانوني عندما يتعلق الأمر بتحديد مضمون العقد، وما يشتمل عليه من تفصيلات لم يتم الاتفاق عليها بين الاطراف المتعاقدة ، فهذا المضمون يكمله العرف وله مواطن عديدة ، إذ تمثل قواعد التطبيق العملي أي العرف مبدأً من مبادئ القانون بسبب اشتراكها مع قواعد القانون في مميزاتة العامة فهي قواعد تطبيق عامة مجردة تنظم سلوك الافراد مع الاعتقاد بالزاميتها، ومن ثم اصطلح على قواعد التطبيق العملي بمصطلح القانون غير المدون . فالعرف و التشريع الى جانب مبادئ الشريعة الاسلامية ،وقواعد العدالة يمثلون المصادر الرسمية لقواعد القانون المدني وان كان ترتيب اهميتها يختلف باختلاف النظم السياسية في كل دولة. وهو ما يضيفي الاهمية والاثر البالغ على هذا المصدر الذي يعدّ أنه الأبرز بين كل المصادر الأخرى ،وبغض النظر عن الترتيب الذي يشغله.

Abstract:

The custom is sometimes inferred to explain the will of the contracting parties, and at other times it is inferred to determine the subject of the contract and indicate its legal scope, because the civil law came in harmony with the custom and confirms it. The left real meaning and the metaphorical meaning in force, and such meanings vary according to place and time, as these meanings are interpreted by custom and are many of that, and its importance appears as a guide that establishes the legal rule when it comes to determining the content of the contract, and the details that it contains that were not agreed upon between The contracting parties, this content is complemented by custom and has many aspects, as the rules of practical application, i.e. custom, represent a principle of law because of their participation with the rules of law in its general characteristics. They are abstract general application rules that regulate the behavior of individuals with the belief in their binding, and then the rules of practical application are termed as The unmodified law.

Custom and legislation, along with the principles of Islamic law, and the rules of justice represent the official sources for the rules of civil law, although the order of their importance varies according to the different political systems in each country. This gives great importance and influence to this source, which is considered to be the most prominent among all other sources, regardless of the order it occupies.

المقدمة

أولاً. التعريف بموضوع البحث

يُعد العرف من المصادر المهمة في القانون بصورة عامة إذ يمتاز بطبيعته المتطورة، وبقدرته على مسايرة الأحوال المتغيرة للحياة الاجتماعية، وقد كان فيما مضى المصدر الرئيس، والفعال في المعاملات بين الأفراد قبل أن تجعله مصدراً ثانوياً حركة تقنين القواعد القانونية، إذ يرتبط ظهوره بظهور القبائل، والتجمعات البشرية بصورتها الأولية، وحتى قبل أن تتخذ مفهوم الدول بشكلها المعاصر، حيث برزت حقبة التقاليد العرفية حتى ترسخت متخذة شكل القاعدة القانونية في مفهومها العام، ومع ان العرف في وقتنا الحاضر يعد مصدراً ثانوياً للقانون المدني، غير انه في حالات مهمة من الحياة العملية تبرز حاجته في معالجة الكثير من المعاملات العالقة بين الافراد التي تعتمد على قواعد التطبيق العملي، سواء في تفسير عبارات العقود، أو في تكملتها، فهو بمنزلة المظهر الخارجي للشعور الانساني الذي يتكون من أفعال، وسلوك متكرر بصفة مستمرة ومشملة على الاعتقاد بالزاميتها كقاعدة قانونية واجبة التطبيق.

ثانياً . أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث في إيضاح حدود أعمال قواعد التطبيق العملي أي العرف لاسيما عند تطبيقها بصدد منازعات تتعلق بعبارات عقد قصدها المتعاقدان او لا، وسواء أكانت هذه العبارات واضحة أم يشوبها الغموض، ففي عقود الاذعان قد تكون عبارات العقد واضحة، غير أن الاستعجال، و الحاجة للسلعة، او الخدمة محل العقد قد لا تسعف المتعاقد في فهم عبارات العقد، كما قد يتعلق تطبيق هذه القواعد بصدد منازعات حول مسائل تفصيلية لم يتناولها المتعاقدان بالتنظيم، لذلك يُعد العرف بقواعده العملية وسيلة وطريقة مهمة تسعف الافراد المتنازعين في أنقاذ ما يمكن إنقاذه من معاملاتهم، كما أنه مصدر يلهم القضاء في التوصل للقصد الحقيقي لإرادة المتعاقدين، سواء من أجل التوصل الى معاني الألفاظ المستخدمة في عقودهم، أم من أجل تكميل مضمونها.

ثالثاً . نطاق البحث

يتحدد نطاق بحثنا حول دراسة حالات تطبيق العرف، وكيف يساعد القضاء في مواجهة منازعات تتعلق بإرادة المتعاقدين وتحديد مقصدها، وذلك في ظل القواعد المفسرة، والمكملة الواردة في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، وهذه الحالات التي تمثل محل قواعد التطبيق العملي عموماً، منها ما يتعلق بمواجهة العبارات الواضحة، والغامضة في تعاملات الافراد، ومنها ما يعمل على أكمال القواعد القانونية، وهو موضوع دراستنا.

رابعاً . منهجية البحث

بالنظر لأهمية البحث والأثر البالغ للعرف في إنقاذ ما يمكن إنقاذه من العقود وفض المنازعات ومن أجل تكوين رأي قانوني وعلمي سليم في إطار أثر العرف في استنباط الحكم القانوني ، فقد آثرنا أن نتبع في دراستنا لهذا الموضوع المنهج الوصفي، و التحليلي القانوني من خلال تحليل الآراء، والمواقف، وتمحيصها وبيان مدى تطابقها مع أحكام نصوص القانون المدني العراقي، فكل ذلك يكون سبباً في التأصيل والمقارنة كلما كان لذلك محل، للتوصل لكل حل جديد قد يغني الفكر القانوني ويعزز العدالة في المجتمع .

خامساً. خطة البحث

إن إتباع تلك المنهجية في البحث تتطلب أن نقسمه إلى مبحثين، نتعرض في المبحث الاول لماهية العرف في ثلاث مطالب نبين فيهما مفهوم العرف والعادة بوجه عام لتحديد عناصره ومن ثم نوضح حجتيه وشروطه ، لنقف بعد ذلك على كيفية أثبات العرف ورقابة المحكمة عليه، وبعد ذلك نبين في المبحث الثاني أقسام العرف أيضاً في ثلاث مطالب ، نوضح فيها العرف المفسر، والعرف المكمل ، والعرف المخالف لكل منها مطلب مستقل .

المبحث الأول

ماهية العرف

لاشك أن تحديد كنه العرف، وحقيقته يقتضي أولاً بيان مفهومه ، ومن ثم تمييزه عن العادة لتتضح بعد ذلك عناصره (مطلب أول) ، كما ان الوقوف على فحوى، ومضمون العرف تستوجب إيضاح حجية وبرهان الاستدلال به ، وإيضاح شروطه (مطلب ثاني) ، وبعد ذلك تتطلب حقيقته إقامة الدليل على وجوده من عدمه أمام القضاء بإثباته ورقابة محكمة التمييز عليه (مطلب ثالث).

المطلب الأول: مفهوم العرف

يعد العرف مصدراً مساعداً للقانون ، ونشاطه يتضح بوصفه الدليل الواقعي الذي تتدفق منه سلوكيات الأفراد وطموحاتهم في ضوء حاجاتهم على مر الازمان وفي مختلف البيئات ، وإذا كان كل من العرف والتشريع يُعد من مصادر القاعدة القانونية ، إلا أن العرف مختلف عن التشريع ، ذلك أن الأخير لا يرى النور ولا يشرع الا من جهة مختصة ، أما العرف فهو خلاصة ، وخاتمة ما اعتاد الناس عليه وتكرر منهم لفترة معينة من سلوك قد يكون إيجابياً ، أو سلبياً معين، مع الاعتقاد بالزامية هذا السلوك ، والاعتقاد هنا لا يراد منه الوهم الذي يخالف الواقع والباقي في الازمان ، إنما هو السلوك المصمم عليه ، و ما عقد عليه العقل ، والقلب ، لذا يذهب البعض^(١)، في تعريفه للعرف بأنه «ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول، أو فعل، أو ترك ويسمى العادة»

كما يعرف بأنه « ما اعتاد الناس من المعاملات واستقامت عليه أمورهم»^(٢)

فيلاحظ من هذه التعريفات بأنها تساوي بين العرف والعادة فهل يوجد فرق بينهما ؟ إن العادة في اللغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى، قال الله تعالى (ربنا أخرجنا منها فإن عدنا فإنا ظالمون)^(٣)، وأيضاً قال تعالى (ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه)^(٤).

لذا يذهب الفقه في التمييز بين العرف والعادة الى عدة آراء :

يذهب الرأي الاول^(٥): الى أن المراد بالعادة هي ما أعتاده الناس بالأعمال التي يمارسونها أي العرف العملي، وهو ما اعتاده الناس من فعل وجرى عليه عملهم ، كما في اعتياد الناس في البيع والشراء بالمعاطاة ، وتقسيم مهر الزوجة إلى معجل ومؤجل، فالمعاطاة هو كل عقد يتم بالأفعال لا بالألفاظ ، كأن يعطي البائع المبيع بقصد إنشاء الايجاب ويقدم المشتري الثمن بقصد إنشاء القبول ، وأصطلح عليه بالمعاطاة لأنه عقد

(١) ينظر: الشيخ علي كاشف الغطاء - مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني - مطبعة الأديب ، النجف الأشرف ، المجلد ١ ، الطبعة ١ ، ١٩٨٨ ، ص ١١٨ .

(٢) ينظر: عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامي - مكتبة الدعوة ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص ٢٣ .

(٣) الآية: ١٠٧ من سورة المؤمنون

(٤) الآية: ٢٨ من سورة الانعام

(٥) ينظر: صالح عوض - أثر العرف في التشريع الاسلامي - دار الكتاب الجامعي ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٨١ .

يتم بالعطاء، والتناول^(٦).

أما المراد بالعرف هو ما تكرر باللسان أي بالقول فهو عرف قولي، فالعرف القولي هو ما تعارف عليه الناس وكرروه في أغلب أفاظهم، بأن يبتغوا بها مقصداً معيناً غير الموضوع لها، كما في إطلاق لفظ الولد على الذكر، وليس الأنثى مع أن القرآن الكريم يطلق هذا اللفظ على كل من الذكر، والأنثى قال عز وجل: (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين)^(٧)، وإطلاق مصطلح اللحم على غير الأسماك، مع أن القرآن الكريم يعد الأسماك من اللحوم، قال عز وجل: (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً)^(٨).

أما الرأي الثاني^(٩)، ذهب إلى أن العرف يغير العادة من حيث أن التمييز بينهما يتعلق بالعموم والخصوص المطلق، فالعادة تعد أشمل من العرف مطلقاً، حيث يطلق على العادة الجماعية - العرف. ويطلق على العادة الفردية، العادة، أي أن كل عرف عادة ولا يصح العكس إذ يذهب هذا الرأي إلى أن العادة أعم و أشمل من العرف، فالأخير نوع منها لان العادة هي السلوك المتكرر المأخوذ من العود أي المعاودة بمعنى التكرار فإذا صدر من الإنسان فعل وتكرر منه حتى أصبح عليه من اليسير إتيانه وصعب عليه تركه، سمي هذا الفعل عادة له، وسواء كان الفعل صادراً من فرد، أو من الجماعة فيطلق على الأولى عادة فردية، ويطلق على الثانية عادة اجتماعية والعرف حسب قولهم لا يكون إلا على النوع الثاني أي الجماعي .

أما الرأي الثالث^(١٠)، فقد ذهب إلى أنه لا فرق بين العرف والعادة، فإذا كان ثمة فرق بين العرف والعادة بحقيقتهما اللغوية من حيث أن العرف بمعنى المعروف والعادة بمعنى التكرار، إلا أنه في لحاظ حقيقتهما العرفية الخاصة لا فرق.

وإذا كان هذا ما أكدته المشرع المدني العراقي الذي إستعمل كل من العرف والعادة في نصوص متفرقة كمترادفين في المعنى، غير أنه لا يمكن إغفال الفرق الجوهرى بينهما وهو الالتزام، حيث جاء في المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على إنه ((يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة)) كما تنص المادة (١٥٦) على إنه ((تترك الحقيقة بدلالة العادة))، بمعنى إذا كان المفهوم الواقعي مهجوراً بفعل العادة فيصار عندئذ إلى المقصد المجازي، مثل القول للنائم أقعد أي إستيقظ من النوم، فالمعنى الحقيقي اللغوي يتمثل بالانتقال من العلو إلى السفلى جلياً، أما العادة ومعناها المجازي يتحدد في الانتقال من السفلى إلى العلو استيقاظاً. كما جاء في المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي بأنه (١- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص. ٢- والمعروف بين التجار

(٦) ينظر: العلامة الشيخ محمد جواد مغنیه - فقه الامام جعفر الصادق (ع) - ج ٣، أنتشرته قدس محمدي، ٢٠١٦، ص ١١١.

(٧) الآية (١١) من سورة النساء

(٨) الآية (١٤) من سورة النحل

(٩) ينظر: عبد الرحمن حسن الميداني - ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة - دار القلم، دمشق، ١٩٩٣، ص ٥٧.

(١٠) ينظر: عبد الوهاب خلاف - مرجع سابق - ص ٤٠٥.

كالمشروط بينهم. ٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة)) ، بمعنى أن ما تعارف عليه الناس و اعتادوا عليه لا يحتاج إلى اشتراط في عقودهم بل يدل مطلق كلام المتعاقدين عليه^(١١)، وأيضاً ما جاء في الفقرة أولاً من المادة (١٦٤) بنصها ((١- العادة محكمة عامة كانت او خاصة)) ، أي يرجع إلى العادة في الحكم عند الاختلاف في بعض الأمور، فتكون العادة هي القضاء والفصل بين الناس، أن العادة تكون حَكْمًا للاستدلال على حُكم شرعي، أو قانوني إذا لم يرد نص في ذلك ، فإذا وجد النص كان له الفضلى و عمل بموجبه، ولا يجوز أهمال النص ، وأعمال العادة، لأنه ليس للعادة مكنة نسخ النصوص، فقد يكون العرف مستنداً على أمر مخالف للنظام العام والاداب والقانون فلا يجوز الركون اليه.

من هنا يتضح ، أن كل من العرف والعادة في القانون المدني لا يختلفان الا من حيث الالزام القانوني بوصف العرف كمجموعة من القواعد القانونية التي تترتب من اعتياد الناس على نوع معين من السلوك مع اعتقادهم بأنه ملزم لهم قانوناً.

أما العادة فتوصف بالاعتياد على إتباع نوع معين من السلوك من دون الشعور بأنه ملزم قانوناً، أي إننا نجد ان هذا الالزام هو الفرق الجوهرى بين العرف، والعادة، ومن ثم لا يمكن القول ان كل من العرف ، والعادة مترادفان في المعنى، فالعادة تبقى مجرد سلوك متكرر غير ملزم ، بخلاف العرف الذي تكرر واستقر إلزامه في نفوس واعتقاد الناس ، ومن خلال هذا الفرق الجوهرى بينهما تتحدد العناصر المكونة للعرف .

فالعرف له عنصران ، مادي وهو التكرار أو الاعتياد، ومعنوي ، وهو الشعور ، أو الاعتقاد بالإلزام ، أما العادة فليس فيها إلا عنصر واحد ، وهو التكرار ، أو الاعتياد وليس به الزام قانوني، ولذلك فالعرف يُعد مصدراً من مصادر القانون ، والقاعدة القانونية العرفية ملزمة. أما العادة فليست ملزمة في الاصل إلا انها تكون كذلك بالاتفاق الصريح، أو الضمني ، ومن هنا يتضح أثر الإرادة في جعل العادة ملزمة قانوناً ، فإذا كان التصرف في الشيء المعروض للشراء قبل شراؤه ، يدل على موافقة المشتري الضمنية على شروط البائع و هذا مجرى العرف، فإن دفع قماش للخياط على ان يخيطة قميص ، ووضع الخياط للخيط والأزرار من عنده يدل على موافقته الضمنية على إتمام العقد وهذا مجرى العادة التي أصبحت ملزمة بالاتفاق ومن ثم، يمكن بيان مفهوم العرف:

(بأنه سلوك إيجابي أو سلبي درج الناس على اتباعه في معاملاتهم فترة من الزمن حتى استشعروا بوجوب العمل به صراحةً أو ضمناً إثناءً لجزء . الذي قد يقع عليهم عند مخالفته).

المطلب الثاني: حجية العرف في الفقه القانوني وشروط تطبيقه

بعد أن أتضح لنا مفهوم العرف بتمييزه عن مفهوم العادة ، وبيان العناصر المكونة له ، يقتضي الوقوف على حجيته لدى فقهاء القانون لتتضح شروط اعتباره ، والعمل به، وكما يأتي :

(١١) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم آخرون - الوجيز في نظرية الالتزام - مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٧ .

أولاً . حجية العرف في الفقه القانوني

استدلال القضاء بالعرف لاستنباط أي حكم قانوني ، هل يعني هذا أن القاضي هو الذي يضيف على العادة الصفة العرفية أم أن المشرع هو الذي يجعل من العرف ملزماً و حجة على الناس كافة ؟ للجواب نشير إلى إن لكلا السلطتين أنصار في الفقه القانوني ، إذ يذهب أنصار السلطة القضائية إلى أن قواعد التطبيق العملي لا تكون حجة ومن ثم لا تكون ملزمة مالم يكرس من قبل الجهة المكلفة بتطبيق القانون ، لأن هذه القواعد عاجزة عن فرض نفسها في مجتمع طالما لم تقر من قبل جهة قضائية بوصف العرف قاعدة قانونية ، أي ان العادة من الممكن أن تتحول إلى قاعدة عرفية ملزمة شأنها شأن القواعد القانونية ، من دوام السلطة القضائية عليها والاستناد إليها في أحكامها^(١٢) . أما بالنسبة لأنصار السلطة التشريعية بشأن إلزاميتهم للعرف ، فيروا إن قواعد التطبيق العملي العرفية لا تظهر للوجود القانوني تلقائياً ، أي لا تتحول الى قاعدة قانونية مالم يؤسس لها من قبل السلطة التشريعية صراحةً أو ضمناً ، بعدم إعتراضها على الأعراف السائدة بوصفها منظمة للعلاقات القانونية بين الافراد^(١٣) ، ومن ثم يتخذ العرف حجيته من سلطة المشرع وإرادته، ففي القانون المدني العراقي وتحديداً المادة الاولى منه نلاحظ ان المشرع جعل من العرف في الترتيب يأتي ثانياً بعد نصوص التشريع، ثم تأتي الشريعة الإسلامية. في المرتبة الثالثة فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ما نصه:

((٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.))

وهذا طبعاً مما يؤخذ على المشرع العراقي الذي جعل من الشريعة الإسلامية في الترتيب الثالث، بعد النص التشريعي و العرف، إذ كان يجب أن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ، وهذا مما أكدته المبادئ الأساسية لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ أذ جاء في المادة الثانية من الدستور الفقرة أولاً ((:ولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع))

وبالعودة لما سبق نجد أن العرف بهذا المقام يقع مصدرًا تكميلياً تبعياً بنص القانون لا يؤخذ به إلا إذا فقد النص التشريعي أما النص الشرعي المتمثل بالشريعة الإسلامية فيكون مصدر ثانوي لا يؤخذ به إلا إذا فقد النص التشريعي و السلوك العرفي، فبحسب هذا الرأي تكون حجية العرف وأساس القوة الملزمة له هي السلطة المباشرة للمشرع.

غير اننا نجد، مع وجهة الآراء السابقة، أن العرف لم يكتسب حجيته وقوته

(١٢) ينظر: د. منذر إبراهيم الشاوي - فلسفة القانون - دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ط٢ ، ٢٠١١، ص ١٨٤ ، د. محمد حسين منصور - نظرية القانون - مفهوم وفلسفة وجوهر القانون ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ط١ ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٥٨ .

(١٣) ينظر: د. رياض القيسي - علم أصول الفقه - بيت الحكمة ، بغداد ، العراق ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، ص ١٤١ ، د. عبد الرشيد مأمون - الوجيز في المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٠٧ .

الملزمة من أرادة وسلطة المشرع أو القضاء ، بل تكونت حجيته بتكون عناصره من الاعتياد والشعور بالإلزام لدى اعتقاد الجماعة ، فالأعراف المشروعة التي اعتادها الافراد واستقرت إلزاميتها في نفوسهم ، هي الاعراف الملزمة حتى قبل وجود التشريع والقضاء ، بل حتى أن الشريعة الاسلامية أقرت أغلب الاعراف المشروعة التي كانت شائعة قبل الاسلام ، وألغت بالمقابل الكثير من الأعراف غير المشروعة ، أي ان العرف يكتسب حجيته من إرادة الافراد ، ولكن ليست كل الاعراف تعد حجة بل لابد ان تمتلك هذه الاعراف شروط معينة شرعاً وقانوناً للأخذ بحجيتها ، ومن هنا يقتضي إيضاح شروط اعتبار الاعراف الملزمة وهذا ما سنبينه في الفقرة الأتية.

ثانياً. شروط القاعدة العرفية

حتى يعتد بالعرف ويرتقي لمرتبة القاعدة العرفية الملزمة بأن يكون مصدراً من مصادر القانون ، وجب أن تتوافر فيه عدة شروط ، وهذه الشروط هي التي يجب أن تكتسبها العادة حتى تكون عرفاً وتتمثل فيما يأتي:

أ. يجب أن يكون العرف عاماً

وهو شرط لازم حتى يكتسب السلوك صفة القاعدة العرفية التي تتخذ كمصدر للقانون، أي أن تكون في جوهرها موجهة إلى عموم الافراد من دون تخصيص، إذ يشترط فيه أن يكون غالباً ملازماً للأفراد بمعنى ان يتم إتباعه، غير أنه لا يشترط فيه أن يكون متبعاً من جميع أفراد المجتمع، فإن كان الأعم الاغلب منهم يعرفونه فإنه يُعد عرفاً، ولو كان البعض كان تاركاً له، فلو تعارف مواطنو بلد معين على التعامل بعملات مختلفة كالدينار العراقي، والاردني والكويتي، وقال المشتري اشتريت المبيع بدينار كان الثمن هو الدينار الذي يغلب التعامل فيه عموماً و باستمرار من دون الدنانير من العملات الاخرى إن كان التعامل به متعارفاً، أي ليس معنى الأغلبية والعمومية أن يكون هذا التعامل وارداً في كل مدن الدولة، إذ قد يكون خاصاً بمجموعة أو مدينة معينة^(١٤)، أو بأهل مهنة معينة، كالتجار، كما في التصرف المتفق عليه مسبقاً بين تاجر الجملة وتاجر المفرد على تسديد ثمن المبيع لاحقاً ، فأخذ الأخير للمبيع وسكوت التاجر الأول عن هذا التصرف ، يدل عرفاً على قبوله إياه، كونه تصرفاً عاماً بين التجار، ومن هنا يتضح أن العموم والأغلبية في العرف ليس معناه الإجماع والشمول وانما يكفي الشيوخ لإلزامه^(١٥)

ب . يجب أن يكون العرف معتاداً متكرراً

حتى ينشأ العرف ويتحقق ركنه المادي يجب أن ينقاد الناس على تقليد، وتعقب سلوك معين مدة زمنية طويلة ومعناه استمرار العمل به، أما إذا كان معتاداً عليه في بعض الوقائع متروكاً في بعضها الاخر فلا يصح عدّه حجة ودليل لتعارض الاخذ به

(١٤) ينظر: د. مصطفى أبراهيم الزلمي - أصول الفقه في نسجه الجديد - المكتبة القانونية ، بغداد ، العراق ، ٢٠١١ ، ص ٧٨، د. رياض القيسي - مرجع سابق - ص ١١٧ .
(١٥) ينظر: د. حبيب أبراهيم الخليبي - المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون - ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٣ ، ص ١٤٢ .

مع الترك^(١٦)، وتختلف المدة اللازمة لتحقيق الاستمرار، والقدم من سلوك إلى آخر، ومن مجتمع إلى آخر، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كانت هذه المدة الزمنية كافية لاعتیاد السلوك، واستقراره كعرف يعتد به^(١٧).

أي يجب أن يكون تطبيق القاعدة العرفية مطرداً بين من تعارفوا عليه، ومن هنا تم الاستدلال على القاعدة الفقهية التي تقضي بأنه «تعتبر العادة إذا أطردت» بمعنى أن يكون معتاداً بين الأفراد في تعاملاتهم ومجتمعهم من دون مخالفته، أي أن يكون العمل به متكرراً بصورة منتظمة غير منقطعة، فلا يعتبر عرفاً ما كان يعمل به مرة ثم يعدل عنه في أخرى، فحتى تكتسب العادة قوة العرف بتوافر عناصره، يشترط فيها أن يتبعها الأفراد بطريقة منتظمة، من دون انقطاع، فالعمل بالسلوك تارة وتركه تارة أخرى لا يمكن عدّه سلوك عرفي لفقدانه التكرار، والانتظام في مدة زمنية معينة^(١٨).

ج- أن يكون العرف غير مناقض للنظام العام والآداب والقانون أو لاتفاق المتعاقدين

أي يشترط في العرف أن يكون مشروعاً، أي لا يغيّر النصوص التشريعية وقد تتحقق هذه المغايرة في طريقتين هما:

الطريق الأول: مغايرة العرف للنصوص التشريعية الأمرة: عند تحقق هذا السلوك يهمل بنقيضه فهو غير معتبر، فلو تعارف الناس مثلاً على السماح للصغير غير المميز على إتيان التصرفات الضارة أو الدائرة بين النفع والضرر، فمثل هذه الأعراف تعد غير صحيحة وإن اعتادها الأفراد في تعاملاتهم، كونها تغيّر قواعد قانونية أمره^(١٩)، كما إن التعارف على ممارسة لعب القمار يعد عرفاً فاسداً غير مشروع، لأنه يناقض النص التشريعي الذي يقضي بتجريم هذا الفعل^(٢٠).

الطريق الثاني: مغايرة العرف للنصوص التشريعية المكملة: ويتحقق ذلك عندما يسمح المشرع للمتعاقدین حرية الأخذ بهذه النصوص أو لا، كونها ليست من النظام العام ولم تعزم إرادة المتعاقدين على الأخذ بها، فيعمل بما تعارف الأفراد عليه حتى وإن كانت هذه الأعراف مغايرة ومناقضة للنصوص التشريعية المكملة^(٢١)، وهذا بخلاف العرف المخالف للقواعد الأمرة الذي يعد عرفاً غير مشروع لا يجوز الأخذ به.

كما لا يجوز أن تكون قواعد التطبيق العملي العرفية مناقضة لاتفاق المتعاقدين، لأن العقد شريعة المتعاقدين فيتم أعمال هذا الاتفاق ويهمل العرف، فلا يجوز الحكم بالعرف مع وجود نص صريح يخالفه في إطار التصرفات القولية أو الفعلية للمتعاقدین، فلو إشتراط الطرفان شرطاً معيناً، ففي هذه الحالة يصر إلى الشرط ويترك العرف،

(١٦) ينظر: د. بدران أبو العنين بدران - مرجع سابق - ص ٣٣٢.

(١٧) ينظر: د. غالب علي الداودي - المدخل إلى علم القانون - دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، الأردن، ط ٢، ٢٠١٢، ص ١٨٠.

(١٨) ينظر: أبو محمد عز الدين الدمشقي - مرجع سابق - ص ٨٩، الشيخ محمد رضا المظفر - مرجع سابق - ص ١٥٥.

(١٩) تنص المادة (٩٦) من القانون المدني العراقي على إنه (تصرفات الصغير غير المميز باطلّة وإن أذن له وليه)

(٢٠) ينظر: المادة (٣٨٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢١) ينظر: المواد (٥٧٢ و ٥٧٣) من القانون المدني العراقي.

فلا عبرة بالدلالة العرفية مع التصريح .
كما لو إتفق الزوجان على تقديم المهر رغم ان العرف يجري على تجزئة المهر الى مقدم ومؤخر ، أو يتفق المتعاقدان في ان يقدم الزبون القماش والخيوط والازرار من عنده رغم أن الجاري عرفاً هو ان تكون مستلزمات الخياطة من الخياط ، فإنه يصح الشرط وتترك القواعد العرفية ، وعليه فكل ما ثبت في تعارف الناس اذا صرح المتعاقدان بخلافه فإنه يترك ويعمل بالاتفاق .

فإذا توافرت هذه الشروط في قواعد التطبيق العملي عدت عرفاً ملزماً وحجة يستنبط منها الحكم القانوني فيما لم يرد فيه نص تشريعي ، وبخلافه تبقى هذه القواعد مجرد سلوك إعتاد الناس على إتيانه من دون الشعور بالزاميته .

المطلب الثالث: الرقابة القضائية على العرف

عند فقدان النص التشريعي الخاص بالدعوى المعروضة أمام القضاء ، يلجأ الأخير الى قواعد التطبيق العملي العرفية بوصفها المصدر الثاني للقانون المدني العراقي ، ومن هنا يتحدد أثر الأعراف في سد الفراغ التشريعي ، فيقوم القاضي بنظر أساس الدعوى بتحري وقائعها وتطبيق الحكم القانوني عليها ، ومثل هذا التحري يقتضي من القضاء التثبت من وجود هذه الأعراف وتوافر شروطها ، فهل تعد هذه الأعراف من مسائل الواقع أم القانون عند نظرها والتحقق منها ، وهل تقتصر رقابة محكمة التمييز على ما توصل إليه القضاء من حكم صادر في الدعوى أم تمتد لتشمل الوقائع الثابتة في الدعوى هذا ما سنوضحه في الفقرتين الآتيتين :

أولاً . إثبات العرف

إن كان العرف يعد من مسائل الواقع فيتم إثباته بجميع وسائل الإثبات ، ومن ثم فالمكلف بإثبات الواقع هم الخصوم من دون أن يقع عليهم عبء إثبات القانون ، غير أن العرف ليس كذلك ، فالقضاء يتأثر بالنص القانوني المدون بالتشريع ، والسلوك المنتظم المطبق بالعرف ، فالأخير يعد قاعدة قانونية مصدرها ينبع من اعتياد الناس عليها ، ومن الاعتقاد بالزاميتها بتوافر شروطها ، ومن ثم يكون شأنها في الإثبات شأن القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع^(٢٢) ، فالقواعد القانونية سواء أكانت تشريعية أم قواعد عرفية تُعد قانون واجب التطبيق يلزم القاضي بتقصيه وأثباته من تلقاء نفسه لتطبيقه من دون حاجة الى اثباته من جانب أطراف الدعوى^(٢٣) ، ونظراً لطبيعة العرف القانونية الملزمة ، فإن القاضي يفترض فيه العلم بهذه القواعد العرفية ، وهو يقضي فيها بعلمه وفقاً لقاعدة القاضي يعلم القانون^(٢٤) ، ولا يطلب من الخصوم إثباتها ، غير إنه في بعض الاحيان قد يصعب معرفة العرف من الناحية العملية ، فللخصوم معاونة القاضي في التثبت والتأكد من وجود العرف وبيان مضمونه ، ومع هذا يبقى للقاضي تقدير وجود العرف من عدمه وفي تفسيره ، ولمحكمة التمييز الرقابة عليه ، ونقض حكمه إذا طبق عرفاً غير ملزم أو

(٢٢) ينظر : د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي - الإثبات مناطه وضوابطه - منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٠ .

(٢٣) ينظر : د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي - الإثبات مناطه وضوابطه ، المرجع السابق ، ص ٥١ .

(٢٤) ينظر : د. الانصاري حسن النيداني - قانون المرافعات المدنية والتجارية - نشر كلية الحقوق ، جامعة بنها ، ٢٠٠١ ، ص ٢٩٨

اغفل عرفاً ملزماً ، أما العادة فهي مجرد واقعة مادية وعلى من يتمسك بها أن يثبت وجودها وفحواها ، ويخضع هذا الإثبات لسلطة القاضي التقديرية ويجوز إثبات العادة والاتفاق عليها بطرق الإثبات كافة.

ثانياً . الرقابة على العرف

تذهب القوانين المقارنة^(٢٥)، إلى إن إعمال العرف والتثبت من قيامه يعد من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة التمييز وليس من مسائل القانون ، غير أن الرقابة على عمل القضاء في العراق آخذة في التوسع ، فإذا كانت الوقائع حسب القوانين المقارنة التي لا تخضع لرقابة محكمة التمييز تلك الوقائع المنتجة في الدعوى بما يقدمه الخصوم ويعرضها للمحكمة ويعتد بها القانون بما في ذلك الاعراف ، غير أن الوضع يختلف في القانون العراقي ، فهذه الأعراف سواء أكانت من مسائل الوقائع ، التي يجب تكيفها بإعطائها الوصف القانوني ، أم كانت من مسائل القانون تبقى خاضعة لرقابة محكمة التمييز ، لأطلاق نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ، والمطلق يجري على إطلاقه^(٢٦)، إذ جاء في الفقرة الخامسة من المادة (٢٠٣) بأنه :

((للخصوم أن يطعنوا بطريق التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البداية أو الصلح وفي الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الأحوال الآتية :

٥- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري. ويعد الخطأ جوهرياً إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع أو اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية.

وبما إن العرف يُعد من مسائل القانون ، فالقاضي ملزم بتقصيه كالتشريع ويستطيع إعماله من تلقاء نفسه ولا يوصف ذلك تدخلًا منه في مسائل الواقع^(٢٧)، فيأتي دور القاضي بتطبيقه حتى إذا لم يتمسك به الخصوم او لم يقيموا الدليل على فحواه^(٢٨)، ولكن المشكلات العملية المتعلقة بإثباته تُصعب تطبيقه كون قواعد العرف غير مدونة بخلاف القواعد التشريعية المدونة ، فإذا كان القاضي لا يجوز له الامتناع عن الحكم

(٢٥) ينظر : المادة (٦٠٤) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥ ، لمزيد من التفاصيل أنظر : د. عبد الرزاق عبد الوهاب - الطعن في الأحكام بالتمييز - دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص ٨ ، كما تنص المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ على إنه ((للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الاحوال التالية : ١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله . ٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم))

(٢٦) ينظر : المادة (١٦٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
(٢٧) ينظر : د. أحمد السيد الصاوي - نطاق رقابة محكمة النقض - دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٦٩

(٢٨) ينظر : د. توفيق حسن فرج - قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية - مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٨٠ .

لفقدان النص فإنه يجوز له في إطار العرف لتفصيلاته وجزئياته المتشعبة ، أن يلجأ الى متخصصين أكثر منه خبرة في مجال معين كما يستطيع ان يطلب من الخصوم إقامة الدليل على وجوده واثباته بكل وسائل الاثبات من دون أن يعد ذلك تخويل منه لسلطاته فيما يتعلق بالقانون^(٢٩).

نخلص الى القول ان الأعراف تنشأ عند تعاقب التطبيق العملي المستمر الملازم لنوع معين من النشاط ، ويعمل به فيما إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه لحسم نزاع ولعدم كفاية القانون المدون ، سواء كان تجارياً أم مدنياً أم غير ذلك لاستيعاب جميع أشكال التعاملات وجزئياتها وحل مشكلاتها ، فقد أجاز المشرع الاستعانة بقواعد التطبيق العملي العرفية ، إلا أن الرجوع الى هذه القواعد لا يمكن أن يقع إلا بتحقق عناصرها وتوافر شروطها وفي الأحوال التي تتعلق بتفسير الغموض الوارد في هذه التعاملات ، وبخلاف ذلك فلا مجال لاعتباره مصدراً للقانون المدني وفي جميع الاحوال يخضع إعمال العرف لرقابة محكمة التمييز .

(٢٩) ينظر: د. عزمي عبد الفتاح - أساس الادعاء أمام القضاء المدني - نشر مطبعة جامعة الكويت ، ١٩٨٧ ، ص ١٨٥ .

المبحث الثاني اثر العرف في النص التشريعي

يُعد العرف مصدراً رسمياً للقانون، وإن كان مصدراً تكميلياً، أو احتياطياً بالنسبة للفتحين، وهذا ما اكدته احكام الفقرة ثانياً من المادة الاولى من القانون المدني العراقي (٣٠)، وعلى اساس ذلك ينبغي على قاضي الموضوع اللجوء الى العرف إذا فُقد النص، ومن ثم استمر العمل بالعرف في التشريع القانوني والتطبيق القضائي، بكونه المصدر المكمل الذي يمتد اثره الى سائر قواعد فروع القانون الخاص والعام على السواء (٣١).

وقد ينحصر اثر العرف في ظل القانون المدني، اذ ان القواعد العرفية في نطاق القانون المدني تكاد تكون قليلة، ونادرة، وقد يرجع ذلك لقدم العمل بالقوانين المدنية واعتمادها على التشريع كأداة لوضع القواعد المدنية، إذا بلغ التشريع قدراً كبيراً من الشمول لكافة موضوعاته (٣٢).

ولبيان اثر العرف في النص التشريعي فلا بد من التعريف بأقسام العرف، من حيث العرف المُفسر (المطلب الاول)، والعرف المُكمل (المطلب الثاني)، والعرف المُخالف (المطلب الثالث) وكما يأتي بيانه:

المطلب الاول: العرف المُفسر

يُقصَد بالعرف المُفسر والذي يسمى كذاك « بالعرف المساعد، أو المعاون للتشريع»، هو ما جرى به التعامل بين الناس، وبه يُعرف المراد من النص، وما يقتضي من شروط في تطبيقه. ففي نطاق القانون الخاص قد يحيل التشريع على العرف للاستعانة به في تفسير بعض المعايير المرنة التي نص عليها في القاعدة القانونية، أو للاسترشاد به في استخلاص نية المتعاقدين، أو لبيان تفسير فكرة معينة يفضل المشرع ألا يحددها لا بطريقة جامدة ولا بطريقة مرنة (٣٣).

ولبيان اثر العرف المُفسر في تفسير النص القانوني، نظراً لاختلاف طبيعته تبعاً لنوع القاعدة القانونية التي يفسرها. فلا بد من الاخذ ببعض النصوص القانونية التي تقرر الإحالة على العرف للاستعانة به في تفسير المعايير المرنة، ومنها ما نصت عليه الفقرة ثانياً من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، في تعيين ما يلتزم به المتعاقدان بمقتضى العقد، إذ تنص على انه « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة

(٣٠) وهذا ما جاءت به الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، فقد اشارت اللائحة للقانون المدني العراقي، على ان قواعد القانون المدني استمدت من مصادر متباينة فبعضها أخذ من الفقه الاسلامي مباشرة، وبعضها نقل عن الفقه الاسلامي مقتناً في مجلة الاحكام العدلية، والبعض الاخر هو بقية من القوانين الثمانية العتيقة، وهذه القوانين بدورها قد اشتقت احكامها بوجه خاص من القانون الفرنسي، والعرف المحلي.

(٣١) ينظر: د. بكر القباني - العرف كمصدر للقانون الاداري - دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ١٩٧٥، ص ٥٥.

(٣٢) ينظر: د. حسن كيرة - المدخل الى القانون - مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٧٤، ص ٩٥ وما بعدها.

(٣٣) ينظر: د. منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ١٤٧.

الالتزام»^(٣٤).

ويتبين من النص أنف الذكر، ان لفظ المستلزمات معيار مرن يصعب تحديد ما يصدق عليه، ومن ثم فإن المشرع قد أحال على العرف مع غيره من الادوات لبيان ماهية هذا المعيار.

وكما ان من النصوص القانونية التي تحيل على العرف لبيان نية المتعاقدين، ما تنص عليه المادة (١٥٦)، التي تنص على انه « تترك الحقيقة بدلالة العادة». وهنا بيان واضح لإرادة المتعاقدين في ترك الحقيقة لغموضها وعدم دلالتها والاخذ بالعادة التي يستشف منها على ارادة المتعاقدين بكل وضوح. وبمعنى آخر ان العرف يجري خلاف المعنى اللغوي للألفاظ، فيعمل به لأنه هو الذي يوصل للإرادة المشتركة للمتعاقدين.

وكذلك تنص الفقرة ثانياً من المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته، بالأخذ بالعرف لبيان نية المتعاقدين، والتي تنص على انه « أما اذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات».

وتبين من النص أنف الذكر، انه قد يوصل العرف الى معنى خلاف المعنى اللغوي للألفاظ، فيعمل به لأنه هو الذي يبين إرادة المتعاقدين المشتركة في غموض الالفاظ التعاقدية.

ومن النصوص القانونية التي تحيل على العرف لبيان حدود عيوب المبيع التي يتم التسامح بها مثلاً، ما تنص عليه المادة (٤٤٨) من القانون المدني المصري، على انه « لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه». وهنا يتبين اثر العرف في بيان العيوب التي يعفى البائع من ضمانها كونها عيوب لا تنقص من قيمة المبيع، والذي يحدد ذلك هو عرف التعامل المعول عليه بين المتعاقدين .

وقد يكون للعرف رغم مخالفته للنص القانوني التقدم على الاخير، وهذا يتبين بحكم المادة (٥٨٣) من القانون المدني العراقي، التي تنص على انه « نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك»^(٣٥).

ونخلص الى القول ان العرف المُفسر لا ينشئ قاعدة جديدة، بل يساعد النص المكتوب، وهنا فلا بد من القول انه في مجال القانون الإداري، يرى بعض فقهاء القانون الاداري، انه لا يترتب على العرف المُفسر بذاته نتائج، أو آثار قانونية إذ هو ليس إلا مسلكاً للسلطات العامة فيما يتعلق بتفسير نص غامض، وهذا المسلك لا ينشئ عناصر جديدة في مبدأ المشروعية، ومن ثم فإن الالزام في العرف المُفسر إنما مرجعه الى النص

(٣٤) ويقابلها نص الفقرة ثانياً من المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل. ويقابلها نص المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

(٣٥) وتقابلها نص (٤٦٢) من القانون المدني المصري، ونص المادة (٣٢٩) من القانون التجاري الكويتي.

المكتوب، على اعتبار ان العرف المُفسر جزءاً من النص محل التفسير ذاته^(٣٦). لذلك فان فكرة الإلزام في العرف المُفسر، تقوم على اساس ان الغموض في النص المكتوب إنما يرجع لأسباب اهمها التركيب اللغوي في النص واستعمال ألفاظها اكثر من معنى، وقد يرجع الغموض الى انطباق النص على بعض الوقائع، وهل تدخل في نطاقه أم لا؟. وهذا يجعل النص يتقبل اكثر من احتمال فيأتي العرف المُفسر فيرجح احد هذه الاحتمالات بل ليقرر في بعض حالاته نية المتعاقدين. ومن ثم ان العرف المُفسر إنما يرجح بل يؤكد احد احتمالات النص، وليلغ الاحتمالات الأخرى، وهذا هو معنى الإلزام فيه.

المطلب الثاني: العرف المُكمل

يُقصَد بالعرف المُكمل، هو العرف الذي يكمل نقصاً في القانون المكتوب، اذ يعد فقهاء القانون وظيفة العرف المعول عليها هي تكملة ما في القانون المكتوب من نقص، واغلب القوانين العربية المدنية تقرر هذه الوظيفة الاساس للعرف، بل ان بعضها يقدم العرف على التشريع الاسلامي في تبيان اولوية مصادر القاعدة القانونية المدنية. كما ان العرف يقوم بهذه الوظيفة في كل فروع القانون الخاص، والعام عدا قانون العقوبات على اساس قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، والتي تقضي بأنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص». ومن ثم يتبين لا دور للعرف في التجريم، ولا في العقوبة على الجرائم^(٣٧).

ومن الجدير بالذكر ان اثر العرف المُكمل في نطاق القانون المدني، يكاد يكون نادراً، ومع ذلك يرى فقهاء القانون ان العرف المُكمل يمكن ان يُنشئ قاعدة أمره كما ينشئ قاعدة مكملة.

وهناك من القواعد العرفية التي لها الاثر في تكميل نصوص القانون المدني، ومنها القاعدة التي تُعد قرينة على اعتبار اثاث المنزل بالنسبة للمسلمين في مصر مملوكاً للزوجة حتى يثبت الدليل على عكس ذلك، فقد جرت العادة على تطبيق هذه القاعدة لمدة طويلة، من دون تشريع بذلك، وتأصلت هذه العادة حتى اصبح الناس يعتقدون دائماً بأن الزوجة هي المالكة للاثاث المنزلي، اذ تم تطبيق هذه العادة من قبل القضاء. كما انه في نطاق القانون التجاري يتضمن قاعدة تجيز للوكيل بالعمولة ان يتعاقد مع نفسه لحساب شخصين مختلفين^(٣٨).

ويتبين من القاعدتين اعلاه انه يمكن اتفاق الاطراف على مخالفتها، طالما ان الاصل فيه جواز الاتفاق على مخالفتها، ومع ذلك يرى فقهاء القانون ان العرف يمكن ان يُنشئ قاعدة أمره، كما في العرف الذي كان معمول به في مصر قبل صدور قانون

(٣٦) ينظر: د.محمود سامي جمال الدين، المبادئ الاساسية في القانون الإداري لدولة الامارات العربية المتحدة - دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، ١٩٩٠، ص ٣٢.

(٣٧) ينظر: د.عبد المنعم البدرابي وآخرون - أصول القانون المدني المقارن - مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٩، ص ٢٥٩.

(٣٨) ينظر: د.فؤاد العطار - النظم السياسية والقانون الدستوري - دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٨٩.

العمل، والذي يوجب على صاحب العمل اعطاء شهادة خبرة للعامل عند انتهاء خدمته، واذ تم تنظيم هذا العرف في قانون العمل المصري^(٣٩).
ونخلص الى القول ان العرف المُكمل عرفاً منشأً للقاعدة القانونية، وهو عرف معول عليه وله قيمته من دون شك بين فقهاء القانون، ومن المعروف انه لا يمكن ان يكون مخالفاً للتشريع لأنه يعمل به اذ لا نص فيسد النقص الحاصل في القانون.

المطلب الثالث: العرف المُخالف

يرى فقهاء القانون انه من الممكن ان ينشأ عرف على خلاف قاعدة قانونية، وبمعنى آخر ان حكم القاعدة القانونية لا يطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بخلاف ذلك، اذ يُطبق أولاً ما اتفق عليه المتعاقدان، فإذا لم يوجد اتفاق طبق العرف إن وجد، فإذا لم يوجد طبق حكم القاعدة المكتوبة .

وهناك الكثير من التطبيقات القانونية للعرف المُخالف، منها نص المادة(٥٨٣) من القانون المدني العراقي، بصدد تحمل مصروفات عقد البيع، والتي تنص على انه « نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك»^(٤٠).

كما ان نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٨٧) من القانون المدني العراقي^(٤١). ونجد هنا ان العرف صاحب اولوية وتقدم على الاتفاق في مخالفة القاعدة القانونية المتعلقة بتحمل نفقات تحمل المبيع، ومن ثم يُنشئ عرفاً مخالفاً.

وكذلك يتبين اثر العرف المُخالف في حفظ المأجور واستعماله، اذ تنص المادة(٧٦٢) من القانون المدني العراقي، على انه « أيا كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار، فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما أعد له ووفقاً لما يقتضيه العرف». وهنا يتبين اثر العرف في كيفية استعمال المأجور الواجب على المستأجر .

وكما ان للعرف المُخالف اثر في حالة انه للمستأجر ان يؤجر المأجور وتتازل عن الايجار مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وهذا ما نصت عليه « الفقرة اولاً من المادة(٧٧٥)» والتي تنص على انه « للمستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول ، وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الايجار كل هذا ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغيره».

ونخلص الى القول ان القاعدة العرفية المخالفة، مجال تطبيقها يكون في حالة إذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم توجد القاعدة العرفية يطبق التشريع، وهنا يتبين

(٣٩) ينظر : د.فتحي عبد الرحيم عبد الله - قانون العمل والتأمينات الإجتماعية - ج ١ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧١، ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٤٠) يقابلها نص المادة(٤٦٢) من القانون المدني المصري .

(٤١) يقابلها نص المادة (٤٦٤) من القانون المدني المصري .

ان العرف لم يبلغ النص المكتوب (التشريع)، اذ ان مجال تطبيق التشريع يكون في حالة غياب العرف، ومع ذلك قد توجد قاعدة عرفية في بلد ولا توجد في بلد آخر، وقد توجد بالنسبة لمهنة معينة ولا توجد بالنسبة لمهنة أخرى. بينما العرف المُكمل يكون مجال تطبيقه عند غياب النص المكتوب (التشريع)، في حين ان القاعدة المكتوبة (التشريع) مجالها تطبيقها عند غياب العرف.

الخاتمة

في ختام دراسة موضوع العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني لابد من بيان اهم النتائج والتوصيات التي انتهت بها دراستنا:

أولاً . النتائج

١- يُعرف العرف بأنه سلوك إيجابي أو سلبي درج الناس على اتباعه في معاملاتهم فترة من الزمن حتى استشعروا بوجوب العمل به صراحةً أو ضمناً أتقاءً للجزاء . الذي قد يقع عليهم عند مخالفته.

٢- إن كان المشرع العراقي قد ساوى بين مفهومي العرف والعادة غير أن بينهما فرق جوهري وهو الشعور بالإلزام الذي يمتاز به العرف وتفتقر له العادة وإن كانت الاخيرة يمكن جعلها ملزمة باتفاق المتعاقدين.

٣- لا يمكن النص على وجود العرف إلا بتوافر عنصريه المادي وهو الاعتياد والعنصر الآخر وهو المعنوي أي الاعتقاد بالإلزاميته، ومثل هذا الإلزام يقتضي توافر عدة شروط من عمومية وتكرار وعدم مناقضة نص تشريعي أو اتفاقي، لكي يرتقي لمستوى القاعدة القانونية.

٤- القواعد العرفية بوصفها قاعدة قانونية تعد قانون واجب التطبيق يلزم القاضي بتقصيه و إثباته من تلقاء نفسه لتطبيقه من دون حاجة الى اثباته من جانب أطراف الدعوى.

٥- وجدنا إن العرف يعد من مسائل القانون ، فالقاضي ملزم بتقصيه كالتشريع ويستطيع إعماله من تلقاء نفسه ولا يوصف ذلك تدخلاً منه في مسائل الواقع وهو يخضع في جميع ذلك لرقابة محكمة التمييز .

ثانياً . التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي ان يعد نصوص الدستور بما يتلاءم مع مصادر القانون المدني العراقي التي نصت عليها المادة الأولى منه.

٢- نقترح تعديل نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي وتحديد سلطة محكمة التمييز بوصفها هيئة عليا للرقابة على الاحكام من ناحية القانون من دون التدخل بمسائل الواقع مطلقاً.

التعريف بواجب مديري المصارف في ادارة مخاطر العمليات الائتمانية

م.د. رعد هاشم امين التميمي
الباحثة: رباب رمزي رضا
جامعة النهريين - كلية الحقوق

مستخلص

يعد نظام ادارة المخاطر الائتمانية في المصارف احد الاسس التي تقوم عليها ادارة المصرف بوجه عام يستهدف في مجملها ان تقوم ادارة المصارف على اسس قانونية ومالية واقتصادية تضمن التصدي للمخاطر المحيطة بالعمليات المصرفية الائتمانية من خلال توقع حدوثها واخضاعها للتحليل ووضع قواعد مخصوصة لادارتها بغية حماية المصرف من التعرض للخسائر وضمان سلامة النظام المصرفي برمته من خلال الزام مديري المصرف بادارة المخاطر الائتمانية.

وتهدف هذه الدراسة الى سبر غور هذا الواجب من خلال التعريف به وبيان اهم الخصائص التي تميزه عن بقية النظم القانونية التي قد تشتهب بها، وتوضيح الغرض الذي يؤديه نظام ادارة المخاطر الائتمانية بوصفه احد اهم عوامل نجاح هذه المؤسسات فيما لو قامت على ادارة سليمة للمخاطر

Abstract

Credit risks management is one of bank management's basis and a significant factor for ensuring its success aimed at securing that banks shall premise on legal, financial and economic basses by crystalizing certain rules for confronting the surrounded risks of credit transactions, operate to anticipate its occurrence, analyze them with a view to protect a bank from loss and to ensure soundness of banking system as a whole and the imposition of such a duty on bank's directors.

This article is aimed at defining this duty, clarifying its characteristics distinguishing it from akin legal systems and explaining its purposes.

المقدمة

من نافلة القول ان نشير الى ان المصارف غدت تمثل عصب الحياة الاقتصادية في جميع دول العالم. وينبئ الواقع العملي بتطور النشاط المصرفي تطوراً متصاعداً وامتساراً وولوجه في جميع القطاعات الاقتصادية، حتى لقد غدت احد اهم وسائل تجميع واستثمار رؤوس الاموال. ومن هذه الحقيقة اتسعت وتطورت الخدمات التي تقدمها المصارف لزيائنها لضمان اشباع حاجات المتعاملين وتوفير التسهيلات المصرفية. وبالمقابل، افرزت التطورات المتلاحقة التي اصاب القطاع المصرفي جملة من المخاطر التي من شأنها ان تلحق بالمصارف ضرراً بيناً ينتج عن وقائع او احداث من المتوقع ان تقع في المستقبل المنظور ولا سبيل لحصرها بالنظر لارتباطها بالمتغيرات الساسية والاقتصادية المحلية والدولية التي تفرز هذه المخاطر. ولا سبيل للمصارف التصدي لهذه المخاطر الا باتباع وسائل ادارة سليمة تضمن حماية معقولة بالمصرف المعني وسلامة النظام المصرفي بوجه عام وتؤمن ثقة المتعاملين مع هذه المؤسسات المالية. وقد استقطب نظام ادارة المخاطر اهتمام الهيئات والمؤسسات المصرفية الدولية والمحلية التي سعت بدورها الى بلورة مجموعة من القواعد والمبادئ الادارية والمالية والقانونية التي من شأنها ان تضمن توقع المخاطر المصرفية والسيطرة عليها ومنع وقوعها او الحد من آثارها في اقل تقدير ممكن. وقد اسفرت عن هذه الجهود الدولية والمحلية بلورة مجموعة من التوجيهات المالية والمصرفية التي اعتمدها العراق بموجب ضوابط ادارة المخاطر للمصارف الاسلامية لعام ٢٠١٨ والمصارف التقليدية (التجارية) لعام ٢٠١٩.

اهداف الدراسة :-

تهدف هذه الدراسة الى بيان مفهوم ادارة المخاطر الائتمانية التي تعد واجباً مفروضاً على مديري المصارف، وبيان اهم الخصائص التي تميزها عن بقية النظم القانونية التي قد تشته به، وتوضيح الغرض الذي يؤديه نظام ادارة المخاطر الائتمانية بوصفها احد اهم عوامل نجاح هذه المؤسسات فيما لو قامت على ادارة سليمة للمخاطر.

مشكلة البحث:-

يثير دراسة هذا الموضوع العديد من المشاكل ذات الصلة تقتضي التصدي لها، نوجزها بصيغة اسئلة سنعمد بعون الله للاجابة عليها في طيات هذه الدراسة وعلى النحو الآتي:-

أ- ما هو مفهوم ادارة المخاطر من الوجهة القانونية وما الذي يعنيه واجب مديرو المصرف بهذا الخصوص؟

ب- ما هي صلة واجب ادارة المخاطر الائتمانية ببعض النظم القانونية التي قد تشته به، لا سيما صلته بواجب العناية بمصالح المصرف وواجب تجنب التعارض في

المصالح؟

منهجية البحث :-

اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي الاستقرائي لنصوص القوانين العراقية التي تولت بيان مفهوم واجب مديري المصارف في ادارة المخاطر الائتمانية فضلاً عن بيان موقف الفقه بصدد بيان ماهية الواجبات، باعتماد اسلوب التحليل العلمي للنصوص التشريعية ومراجعة الادبيات القانونية المتاحة وتلك المتخصصة بالعلوم المصرفية بغية ادراك مضمون هذ الواجب.

بناءً على ما تقدم، يقتضي التصدي للمشاكل التي تثيرها هذه الدراسة تخصيص ثلاثة مباحث: نتناول في المبحث الاول مفهوم واجب ادارة المخاطر الائتمانية، ونتناول في المبحث الثاني المعنى الاقتصادي والقانوني لإدارة المخاطر، في حين نوضح في المبحث الثالث والاخير خصائص نظام ادارة المخاطر والاعراض التي يؤديها. ومن الله التوفيق.

المبحث الاول

مفهوم واجب ادارة المخاطر الائتمانية

اضحت ادارة المخاطر^(١) محل اهتمام المؤسسات المصرفية واجهزة الرقابة والاشراف الحكومية التي تتولى فرض رقابتها على عمل المصارف في ظل ظروف اقتصادية محلية ودولية متغيرة يسراً وعسراً تحمل في طياتها مختلف صور المخاطر التي تتعرض لها السوق المصرفية قد تؤدي الى تعرضها لخسائر غير متوقعة ينعكس سلباً في استقرارها المالي وقد يفضي الامر الى اشهار افلاسها والحاق ضرر بين باستقرار النظام المصرفي في البلد. ويكتسب هذا الامر اهمية قصوى في العمليات المصرفية الائتمانية، كتقديم القروض للأشخاص وبقيّة التسهيلات الائتمانية التي تسمح بطبيعتها بنشوء هذه المخاطر

(١) ساعدت عوامل عدة في تحقيق الاستقرار للبيئة المصرفية في السبعينات من القرن الماضي، فقد كان هذا القطاع قبل هذا العقد يخضع لتنظيم قانوني مشدد، وكانت العمليات المصرفية التجارية تقوم اساساً على تجميع الموارد والاقرض، وسهلت محدودية المنافسة في تحقيق معدل ربحية عادلة ومستقرة للمصارف، وكانت الهيئات التنظيمية منشغلة بسلامة القطاع المصرفي والسيطرة على حركة تداول النقد، والحد من مخاطرها، فلم تتحقق البواعث الدافعة لأستحداث نظام مخصص بأدارة المخاطر.

وشهدت حقبة السبعينات والثمانينات متغيرات جذرية في هذا القطاع، يمكن ردها الى ثلاثة عوامل زعزعت الاستقرار في النظام المصرفي وهي : اتساع الاسواق المالية، والتحرر من اللوائح والقواعد التنظيمية، وأزدياد المنافسةومنذ تلك الفترة لجأت المصارف الى التحرر بشكل جذري من مجموعة من الخدمات المقدمة للمتعاملين معها وتتوعدت نشاطاتها تتوعاً ابتعدت فيه عن انشطتها الاصلية وظهرت ادوات جديدة في التعامل بالاسواق المالية بشكل خاص من ذلك المشتقات المالية والعقود المستقبلية. ومع هذا النمو المتسارع دخلت البنوك في مجالات اضحت تواجه فيها مخاطر جديدة، وظهر منافسون جدد في مجال الاعمال المصرفية التجارية كالمؤسسات الائتمانية من غير المصارف، وتناقصت حصة المصارف من العمليات الائتمانية لصالح أنشطة الوساطة مع نمو اسواق رأس المال.

وكنتيجة لحدوث المتغيرات سابقة الذكر التي القت بظلالها على القطاع المصرفي والمالي ، فقد برزت الحاجة الى ادارة المخاطر بشدة لتصبح واحدة من اهم الواجبات المفروضة على ادارة المؤسسات المصرفية، وتنامى الاهتمام بأدارة المخاطر بشكل واسع وجدي لدى كافة المختصين بالصناعة المصرفية من منظمات دولية وسلطات نقدية وحملة اسهم ورجال اعمال ومديري المصارف لوضع نظام تحوطي يضمن سلامة القطاع المصرفي وفق معايير واسس علمية وشاملة لرصد المخاطر الائتمانية. وتحقيقاً لهذا المقصد، تأسست لجنة بازل للرقابة المصرفية في نهاية عام ١٩٧٤ تحت مسمى «لجنة الانظمة المصرفية والممارسات الرقابية» من قبل محافظي البنوك المركزية لدول المجموعة العشرة ((الدول الصناعية الكبرى المتمثلة في كل من بلجيكا، كندا، فرنسا، المانيا، ايطاليا، اليابان، هولندا، سويسرا، السويد، بريطانيا، اسبانيا، لوكسمبورغ والولايات المتحدة الامريكية) والاصل أن هذه اللجنة هي استشارية فنية لم تستند في تشكيلها الى اي اتفاقية دولية وانما انشأت بقرار من محافظي البنوك المركزية للدول الصناعية. وتجتمع هذه اللجنة اربع مرات سنوياً يساعدها في ذلك فريق عمل مختص من الفنيين بدراسة مختلف جوانب الرقابة على البنوك، ولا تتمتع قرارات هذه اللجنة بأي صفة الزامية، وانما تساهم في رسم اطار دولي للرقابة المصرفية والذي يتضمن وضع المبادئ والمعايير اللازمة للرقابة بغية تشجيع الدول الاخرى على اتباعها بغية تقليل المخاطر التي تتعرض لها المصارف، وقد تم تعديل اتفاقية بازل لأكثر من مرة كان السبب وراء ذلك هو تأمين رأسمال لتغطية مخاطر الاعتمادات والقروض وتمثل التعديلات التي جرت رجع الصدى للنقد الذي وجه الى اتفاقية بازل الاولى والذي يتلخص في عدم نجاحها في تقدير درجة التنوع المطلوبة في محفظة القروض المصرفية.

للتفصيل ينظر، سجي فتحي محمد الطائي، اثر مخاطر التركيز الائتماني القطاعي في ربحية ورأسمال المصارف التجارية، بحث منشور في مجلة تنمية الراقدين، جامعة الموصل، العدد (١١٤)، المجلد ٣٥، لسنة ٢٠١٣، ص٩٤. وينظر، د. خالد احمد علي محمود، فن ادارة المخاطر في البنوك وسوق المال، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٩، ص٦٠. وينظر، ديس رشيد، مقررات لجنة بازل والنظم الاحترازية في الجزائر، بحث منشور على الموقع الالكتروني <https://elbassair.net>. وينظر، صلاح ابراهيم شحاته، ضوابط منح الائتمان المصرفي، مرجع سابق، ص١٨. وينظر، د.شعبان فرج، العمليات المصرفية وادارة المخاطر، دروس موجهة لطلبة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة البويرة، ص٥٩. وينظر، عزيد شياح عواد، دليل ادارة المخاطر المصرفية، مطبعة الكتاب، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٠ وما بعدها.

خلال الفترة الممتدة ما بين منح الائتمان ورده.

ومن نافذة القول ان نشير الى ان منح الائتمانات النقدية يلعب دور مهماً في تحقيق التنمية في جميع القطاعات الاقتصادية كقطاعات الانتاج والتوزيع والاستهلاك، الامر الذي ينعكس بأثره الايجابي في تقدم النشاط الاقتصادي وخلق فرص العمل وزيادة القدرة الشرائية وتحسين مستوى المعيشة^(٢). لذا فإن نجاح المصرف في منع او الحد من المخاطر الناجمة عن عدم وفاء العميل بالتزاماته في اقل تقدير ممكن لهو خير وسيلة تضمن عدم تعرضه لخسائر وتضمن سلامة النظام المصرفي واستقراره في البلد بوجه عام، ولا يتحقق هذا الغرض الا من خلال اعتماد نظام فاعل بأدارة المخاطر.

ويقع على عاتق مديري المصارف واجب بذل العناية المطلوبة لرعاية مصلحة المصرف وتجنبيه شبح الخسائر المتكررة واحتمال تعرضه للإفلاس من خلال القيام بالإجراءات اللازمة للحد من تلك المخاطر او التقليل منها بأبتباع افضل الاساليب الفنية والادارية والقانونية المناسبة. لذا فلا عجب ان تقرر هذا الواجب بنص صريح في قانون المصارف العراقي المرقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ وذلك في الفقرة (١) من المادة (١٧) منه والتي تقضي بالاتي: ((يكون مجلس ادارة المصرف مسؤولاً عن ادارة الاعمال ووضع سياسات المصرف، وبشكل خاص يضع اعضاء مجلس الادارة معايير المخاطر وسياسات الاستثمار ونسب الحد الادنى التحويطية والمعايير المحاسبية وانظمة الرقابة الداخلية للمصرف)).

وقد تضمن قانون المصارف العراقي لعام ٢٠٠٤، فضلاً عن النص المتقدم، اشارة الى ادارة المخاطر في العديد من نصوصه دون ان يعني ببيان القواعد التي تحكم انفاذ هاذ الواجب، واحال في تنظيم حكم هذه المسألة الى تعليمات تسهيل تنفيذ القانون المذكور المرقمة (٤) لسنة ٢٠١٠ التي تناولت ادارة المخاطر في العديد من نصوصها^(٣). ثم اقدم البنك المركزي العراقي مؤخراً على اصدار دليل العمل الرقابي (ضوابط ادارة الخاطر في المصارف التقليدية (التجارية)) لعام ٢٠١٩، وضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام ٢٠١٩^(٤) التي نظمها بمعزل عن الضوابط الخاصة بالمصارف التجارية لعلها تكمن في الطبيعة المتميزة لنشاط المصارف الاسلامية، وما يفرضه هذا الاعتبار من لزوم مشاركتها للزبون في ممارسة النشاط التجاري، وما يترتب على ذلك من مخاطر متميزة عن تلك التي تشيع في المصارف التقليدية.

ويلاحظ عن التشريعات المذكورة انها استعملت تعابير متباينة في وصف القواعد المتبعة في ادارة المخاطر، فقانون المصارف العراقي قد استعمل وصف ((معايير)) في نعت القواعد القانونية المنظمة لهذا الجانب من النشاط المصرفي. بينما

(٢) د. عبد المطلب عبد الحميد، البنوك الشاملة عملياتها وادارتها، الدار الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٠٤.

(٣) تنظر المادة (٤٣) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف رقم (٤) لسنة ٢٠١٠، المنشورة في مجلة الوقائع العراقية بالعدد (٤١٧٢) في ٢٠١١/١/٣.

(٤) الضوابط المذكورة صدرت عن البنك المركزي العراقي، دائرة مراقبة الصيرفة، قسم مراقبة المصارف الاسلامية، شعبة التعليمات والضوابط، ٢٠١٨. متاحة على الموقع الالكتروني الخاص بالبنك المركزي العراقي

تاريخ اخر زيارة في 2019/5/3 <https://www.cbi.iq>

استعملت التعليمات رقم (٤) لسنة ٢٠١٠ تعبير (السياسات والاجراءات المتبعة)^(٥)، في حين ان الضوابط الصادرة من البنك المركزي العراقي بادره المخاطر قد استعملت تارة تعبير (استراتيجية ادارة المخاطر)^(٦)، وتعبير (معايير)^(٧) او (نظام ادارة المخاطر)^(٨). ويعكس استعمال التشريعات المذكورة لتعابير عدة في نعت واجب مديري المصرف بإدارة المخاطر قدرأ من الارتباك والغموض الذي يعكس عدم اعتماد سياسة تشريعية موحدة ازاء هذا الامر.

وتفضل الباحثة استعمال تعبير نظام ادارة المخاطر بالنظر الى انه يعكس تنظيم المشرع لمجموعة من القواعد القانونية والاقتصادية والفنية المتجانسة التي تجتمع من اجل تحقيق غرض معين وهو حماية المصرف والعميل والاقتصاد الوطني برمته من مخاطر ترتبط بمنح الائتمان، وهو يفضل على تعبير (السياسات) او (الاستراتيجيات) التي لا تعدو ان تكون مصطلحات فنية واقتصادية وادارية فرضها واقع التشابك الواضح ما بين الجوانب المذكورة والجوانب القانونية، وتأثر الاخيرة بها وقد افضى ذلك الى تسربها بالنتيجة الى التشريع.

اما المعايير فهي الوسائل القانونية التي تستعمل عادة في تحديد المسائل المتعلقة بإخلال شخص بالتزام ما او للتمييز ما بين أمرين ، فهي بالتالي لا تعد وصفاً دقيقاً للقواعد القانونية المنظمة لجانب معين من النشاط المصرفي^(٩).

ومن ناحية اخرى يلاحظ ان كلاً من قانون المصارف لعام ٢٠٠٤ وقانون الشركات لم يستعملا تعبير ((واجبات)) في نعت الالتزامات القانونية المقررة على مديري الشركة فيها^(١٠)، وفي هذا الاغفال حسب رأي الباحث قصور من المشرع بالنظر لما يؤديه استعمال هذا التعبير من فائدة قانونية تتمثل في لفت انظار مديري المصرف الى الالتزامات التي يتعين عليهم ان يضطلعوا بها وما يترتب على الاخلال بها من قيام مسؤوليتهم المدنية والجنائية على حسب الاحوال. وقد ارتأينا في هذا البحث استعمال تعبير ((واجب)) بدلاً من ((التزام)) في وصف الاداءات التي يتعين على هؤلاء الاضطلاع بها لاعتبار قانوني يتجلى في ان الواجب ليست له قيمة مالية ولا يمكن تقويمه بالنقد بخلاف الالتزام^(١١)

وبغية الاحاطة بنظام ادارة المخاطر الائتمانية نعقد لدراسة هذا الموضوع في

(٥) تنظر الفقرة (ثالثاً) من المادة (٤٣) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف.

(٦) تنظر المادة الاولى من دليل العمل الرقابي / ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية (التجارية) صدرت بالعدد (٧٨/٦/٩) بتاريخ ٢٠١٩/٢/١٨ متاحة على الموقع الالكتروني للبنك المركزي العراقي www.cbi.com تاريخ اخر زيارة ٢٠١٩/٣/١٢.

(٧) تنظر المادة الثانية من ضوابط ادارة المخاطر -.

(٨) تنظر المادة الثالثة من الضوابط المذكورة .

(٩) للتفصيل ينظر، فارس حامد عبد الكريم العجرش، فكرة المعيار في القانون وتطبيقاتها في القانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة قدمت الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد لنيل درجة الماجستير في القانون، ٢٠٠١، ص ٢٠ وما بعدها.

(١٠) تنظر الفقرات (٥) و (٦) من المادة (١٧) من قانون المصارف العراقي، والمواد (١١٩ و ١٢٠) من قانون الشركات العراقي المرقم (٢١) لسنة ١٩٩٧.

(١١) ينظر، د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات_ مصادر الالتزام، ١٩٧٦، ص ١٥. وينظر ايضا، د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة طبع، القاهرة، ص ٧.

مطلبين. نتناول في المطلب الاول المفهوم الاقتصادي ونتعرض في المطلب الثاني للمفهوم القانوني.

المطلب الاول: المفهوم الاقتصادي لإدارة المخاطر الائتمانية

قبل الولوج في اعطاء مفهوم إدارة المخاطر لا بد من التعريف بالخطر الذي يعد وصفاً ملازماً للاتئمان فلا يوجد اتئمان بلا مخاطر تحقيق به.

ويعرف الخطر لغةً بأنه (الإشراف على الهلاك^(١٢)). كما يعرف الخطر بأنه : الرهن بعينه وهو ما يراهن عليه وجمعه اخطار^(١٣).

اما عن معنى الخطر اصطلاحاً، فقد اختلف الفقهاء في تعريفهم له ، فمنهم من يرى بأنه (عدم التأكد من وقوع خسارة معينة)^(١٤).

كما عرف البعض الآخر الخطر بأنه الاحتمال وانعدام اليقين^(١٥)، والاحتمال يمثل دائرة وسطى ما بين حدين هما الاستحالة والتأكيد. والخطر يجب ان لا يخرج من دائرة الاحتمال الى دائرة الاستحالة او الى اليقين^(١٦) والا عد امراً واقعاً مرتباً لأثاره وتعذر بالتالي التصدي له.

وقد تعددت التعريفات الاقتصادية لأداره المخاطر، فمن الفقه من يعرفها بأنها: (خسارة محتملة يتضرر من جرائها المقرض ولا يواجهها المقرض فهي تصيب مانح القرض سواء كان مصرفاً، او مؤسسة مالية ، او منشأة اعمال تتبع لأجل)^(١٧). ويؤخذ على هذا التعريف غلبة النظرة الى النتائج التي تترتب على وقوع الخطر، في حين ان الاعتداد يجب ان ينصب على المخاطر التي تحقق الخسائر لا بالخسارة ذاتها التي تعد اثراً يترتب على حدوث الخطر. كما انه يعاب على التعريف المتقدم ان الخطر متى ما تحقق فإنه سيضار منه المقرض شأنه في ذلك شأن المقرض.

(١٢) انظر الصحاح في اللغة والعلوم ، تقديم العلامة عبدالله العليالي ، اعداد وتصنيف نديم مرعشلي واسامة مرعشلي، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٥٧ ، ص٣٥٣.

(١٣) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، دار الحديث، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص١٣٩. وينظر ايضاً، عادل عبد الفضيل عيد، الائتمان والمدانيات في البنوك الاسلامية، ط١، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص١٤٢.

(١٤) د. شقيري نوري موسى و د. محمود ابراهيم نور و د. وسيم محمد الحداد و د. سوزان سمير ذيب، ادارة المخاطر، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢ ، ص ٢٥. وينظر ايضاً، بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص١٤٣.

(١٥) للاحتتمال مفهومين : الاول المفهوم الذاتي ويعني ان المعرفة لم تصل الى درجة اليقين بسبب عوامل ذاتية كالنقص في المعلومات او العجز في ادراك الانسان. وطبقاً للمفهوم الموضوعي، يكون الاحتمال متعلق بواقعتين احدهما حاضرة والآخرى مستقبلية. فإذا ما تحققت الواقعة الاولى اصبحت الواقعة الثانية راجحة ومتوقع حدوثها فهو عملية ادراكية يحاول فيها الشخص توقع الاثر الناجم عن مجموعه من المعطيات ، فهو مصطلح يشير الى الاعتقاد بصحة حدث ما استناداً الى اسباب معينة تجعل من الممكن تحقيق ذلك الحدث .

للتفصيل ينظر خمائل حسن ناجي ، تعويض تفويت الفرصة ، رسالة تقدمت بها الطالبة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهدين وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص، ٢٠٠٤ ، ص٦.

(١٦) د. مصطفى محمد الجمال، اصول التأمين (عقد الضمان) ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٩، ص٤١ وما بعدها. وينظر ايضاً، احمد ابو السعود، عقد التأمين بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي ، ط١، ٢٠٠٨، ص١٤١. وينظر ايضاً، د. خالد احمد علي محمود، فن ادارة المخاطر في البنوك وسوق المال، مرجع سابق، ص٦٢.

(١٧) حفيان جهاد ، ادارة المخاطر الائتمانية في البنوك التجارية ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماجستير في العلوم المالية ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة ، ٢٠١١-٢٠١٢ ، ص٨.

ويعرف بعض آخر من الفقه المصرفي ادارة المخاطر بأنها (عبارة عن تنظيم متكامل يهدف الى مجابهة المخاطر بأفضل الوسائل واقل التكاليف وذلك عن طريق اكتشاف الخطر وتحليله وقياسه وتحديد وسائل مواجهته ثم اختيار انسب وسيلة للمواجهة)^(١٨). ويؤخذ على التعريف المتقدم انه لم يوضح الوسائل المعتمدة في مجابهة المخاطر. ويرى اخرون ان ادارة المخاطر تعني (جميع القرارات التي يمكن ان تؤثر على القيمة السوقية للمصرف، او هي العمل على تحقيق العائد الامثل من خلال تقليل المخاطر الى ادنى حد والمحافظة على متطلبات السيولة والامان)^(١٩). ويؤخذ على الشطر الاخير من التعريف انه غلب المسائل المتعلقة بتحقيق الربح الناتج عن اعتماد هذا النظام الاداري والقانوني على اعتبار مجابهة المخاطر وتداركها الذي يعد جوهر هذا النظام. وقد تعرف ادارة المخاطر ايضا بانها (النشاط الاداري الذي يعمل على التحكم بالمخاطر وتخفيضها الى مستويات مقبولة وبمعنى ادق هي عملية تحديد وقياس والسيطرة وتخفيض المخاطر التي تتعرض لها المؤسسات فهي عملية قياس او تقييم للخطر والقيام بأعداد الاستراتيجيات لأدارته)^(٢٠). ويعاب على التعريف المتقدم مجافاته للواقع لان نظام ادارة المخاطر لا يسعه منع وقوع المخاطر لأنها قد تخرج عن سيطرة المصرف بسبب ارتباطها بعوامل سياسية او اقتصادية او اجتماعية او فنية خارجية تخرج عن قدرته على التحكم بها.

وعرف البعض من الفقه الامريكي مخاطر الائتمان بأنها امكانية حصول تغير في جودة الخطر المفترض للمتعاقدين الاخر او العميل مما قد يؤثر على قيمة المصرف^(٢١). وقد عرفت لجنة التنظيم المصرفي المنبثقة عن هيئة قطاع المصارف في الولايات المتحدة ادارة المخاطر بأنها (تلك العملية التي يتم من خلالها رصد المخاطر، وتحديدتها، وقياسها، ومراقبتها، وذلك بهدف ضمان فهم كامل لها والاطمئنان بأنها ضمن الحدود المقبولة والأطر الموافق عليها من قبل مجلس ادارة المصرف للمخاطر)^(٢٢).

المطلب الثاني: المفهوم القانوني لإدارة المخاطر الائتمانية

تمثل ادارة المخاطر فكرة ادارية واقتصادية تسربت مؤخراً الى عالم القانون في ضوء صدور بعض التشريعات المنظمة في هذه المسألة ولم تلقا بالتالي الاهتمام المطلوب من قبل الفقه القانوني.

وقد اشار قانون المصارف الى هذا لنظام القانوني والاداري من دون ان يعنى

(١٨) د. شقيري نوري موسى و د. محمود ابراهيم نور و د. وسيم محمد الحداد و د. سوزان سمير ذيب، ادارة المخاطر، مرجع سابق، ص ٢٦.

(١٩) فريهان عبد الحفيظ يوسف ، ادارة المخاطر المصرفية، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية، كلية العلوم الإدارية والمالية، جامعة الاسراء، العدد (١٨)، ٢٠٠٨، ص ١٦٥.

(٢٠) بلسم حسين رهيف ، ادارة المخاطر المصرفية ومدى التزام المصارف العراقية بمتطلبات بازل ٢، المعهد العالي للدراسات المحاسبية والمالية ، جامعة بغداد، بحث منشور في مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة ، العدد السادس والاربعون ، ٢٠١٥، ص ٣٩٣.

(21) see Stephen M.Bainbridge, Caremark and Enterprise Risk management,2009 ,p.969.

(22) The financial services Roundtable, Guiding principles in Risk management for U.S.commercial Banks ,1999, P.5.

بتعريفه. بيد ان عدم ايراد تعريف القانون لهذا النظام لم يحل دون ان تتولى ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية (التجارية) لعام ٢٠١٩ الصادرة عن البنك المركزي العراقي تعريفه بأنه (الخسائر المحتملة الناتجة عن احتمالية اخفاق العملاء المقترضين او الاطراف المقابلة في الوفاء بالتزاماتهم وفقاً لشروط التعاقد)^(٢٣)، وبالمثل عرفت ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية الصادرة عن البنك المركزي لعام ٢٠١٨ ادارة المخاطر بأنها: (المخاطر الناشئة عن احتمال عدم وفاء احد الاطراف بالتزاماته وفقاً للشروط المتفق عليها، ويسري هذا التعريف على مؤسسات الخدمات المالية الاسلامية التي تدير مخاطر تمويل الذمم المدينة والايجارات على سبيل المثال (المرابحة والمشاركة المتناقصة والاجارة) وعمليات مشاريع تمويل رأس المال العامل على سبيل المثال (الاستصناع او المضاربة) وتشمل مخاطر الائتمان المخاطر المتأصلة في طبيعة التسهيلات التمويلية والمحافظ الاستثمارية فيما يتعلق بالعجز عن السداد، والتدني في التصنيف الائتماني، والتركز في الائتمان، وعمليات التسوية والمقاصة)^(٢٤).

ويلاحظ على التعاريف سالفة الذكر لمخاطر الائتمان انها نظرت اليها من وجهة الخسائر المباشرة التي قد تتعرض لها المصارف من عملية او مجموعة عمليات ائتمانية، ولم تدرك ان نظام ادارة المخاطر يستهدف تحقيق غايات ابعد من مجرد تجنب الخسائر المباشرة للعمليات الائتمانية والذي يتمثل في تجنب المؤسسة المصرفية الضرر الذي يلحق بسمعتها المالية الانهيار جراء عمليات لا تؤدي بحد ذاتها الى التعرض للخسائر من ذلك مثلاً تجنب تضارب المصالح بمناسبة منح مديري المصرف ائتمان لاحدهم، او تمويل المصرف الاسلامي لعملية مصرفية لا تتسجم مع مبادئ الشريعة الاسلامية^(٢٥). ولا شك ان الخطر المتأتي من هذه التعاملات المخالفة لقواعد ادارة المخاطر قد لا تقضي بحد ذاتها الى تعريض المصرف لخطر وان كانت تمس سمعته في الوسط التجاري وذلك بأظهاره بمظهر المؤسسة المالية التي لا تراعي في عملها قواعد ادارة مخاطر فاعلة، وذلك يعد ، بحد ذاته، ضرراً محققاً يتجلى في صورة عزوف الاشخاص من التعامل مع المصرف.

من هنا ترى الباحثة ان المخاطر الائتمانية هي تلك التي تلحق بالمصرف خسارة مادية او معنوية مباشرة او غير مباشرة ناشئة من عدم اتباعه لقواعد فاعلة في ادارة المخاطر الائتمانية والتي تتعكس بمجملها على الملاءة المالية للمصرف وقدرته على المنافسة مع بقية المؤسسات المالية وسمعته في السوق.

ويرى بعض من الفقه القانوني ان المراد بالمخاطر الائتمانية (المخاطر التي تنشأ عن عدم قدرة او رغبة العميل في الوفاء بالتزاماته وفقاً للشروط المتفق عليها. وتشمل المخاطر الائتمانية الائتمانات بنوعها النقدية كالقروض والتعهدية كخطابات الضمان والاعتمادات المستندية)^(٢٦).

(٢٣) ينظر جدول التعاريف الوارد في ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية.

(٢٤) تنظر الفقرة (١) من المادة (٣) من ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام ٢٠١٨.

(٢٥) تنظر الفقرة (٨-٥) من ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام ٢٠١٨.

(٢٦) ينظر احمد سعيد محمود محمد العيسوي، ادارة مخاطر الائتمان المصرفي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة بنها، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص ٢٩.

ويلاحظ على هذه التعاريف الاقتصادية والقانونية لإدارة المخاطر بأنها وإن اختلفت في الصياغة اللفظية للموضوع فأنها تكاد تلتقي في معنى واحد وهو ان ادارة المخاطر تمثل نظاماً متكاملًا من أوجهه الادارية والفنية والاقتصادية والقانونية يستهدف الزام ادارة المصرف بوضع وتطبيق مجموعة من القواعد التحوطية التي تعني بتحديد الاخطار الحالية والمستقبلية والتنبؤ بمصادرها وتحليلها ووضع التدابير الملائمة لمواجهتها ومراقبتها لدرء الاثار السلبية الناتجة عنها او إبقاؤها ضمن حدودها الدنيا لضمان عدم تفاقمها او حدوثها مستقبلاً بما يلحق الضرر بالمصرف وعميله والاقتصاد الوطني على حد سواء. ويستخلص من التعريف المتقدم ان ادارة المخاطر يتوافر على المقومات الآتية:

- تحديد المخاطر التي تتعرض لها العمليات المصرفية الائتمانية في ضوء تعمن مديري المصرف في دراسة وتحليل الاحداث والوقائع محتملة الوقوع^(٢٧). ويمكن تصنيف هذه المخاطر الى اصناف متعددة. فمن حيث مصدرها هناك المخاطر المحلية التي تنشأ في مجال ممارسة المصرف لنشاطه المحلي في اقليم دولة ما او في جزء منها، وتلحق بها المخاطر الذاتية النابعة من داخل المصرف ذاته والناشئة من قلة خبرة القائمين على ادارة عملية فتح الائتمان او اهمالهم في اجراء الاستعلام المطلوب او تقديم النصيحة للعميل، او عدم اتخاذهم للإجراءات المقتضية لفرض الرقابة الادارية والقانونية على العميل في مرحلة ما بعد التعاقد او لأنخراطهم في أنشطة تمثل تضارباً في المصالح او الواجبات^(٢٨). وهناك المخاطر الاقليمية التي قد تنبع من اقليم دولة اخرى يجري توظيف الائتمان فيها ، من ذلك مثلاً المخاطر التي قد يتعرض لها عقد الاعتماد المستندي لتمويل شراء بضائع من دولة تواجه مشاكل سياسية او اقتصادية. وقد تنبع المخاطر من عوامل خارجية عامة دولية تخرج عن سيطرة مديري المصرف ترتبط بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية ذات الصلة^(٢٩) كحدوث كساد اقتصادي دولي او انتشار وباء ما الحق ضرراً بالعديد من القطاعات الاقتصادية الدولية.

وتصنف المخاطر من حيث طبيعتها الى المخاطر السياسية والاقتصادية والقانونية والاجتماعية ويمكن التمثيل على المخاطر السياسية بأحتمال حدوث نزاع سياسي او عسكري ما بين البلد الذي يمارس فيه المصرف نشاطه مع البلد الذي يجري فيه توظيف الائتمان فيه، او احتمال تعرض هذه البلدان الى عقوبات اقتصادية. وتتمثل المخاطر الاقتصادية في احتمال تعرض الاقتصاد الوطني او العالمي الى انكماش اقتصادي يؤثر في معدل النمو الاقتصادي المحلي او العالمي. بينما تتمثل المخاطر القانونية في احتمال صدور تشريع يحد او يضيق من مجال المنافسة في قطاع اقتصادي معين يقوم المصرف بتمويله. وتتصل المخاطر الاجتماعية بعزوف الاشخاص عن شراء الاراضي والوحدات

(٢٧) تنظر ديباجة ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية لعام ٢٠١٩.

(٢٨) عضيد شياح عواد، دليل ادارة المخاطر المصرفية، المرجع السابق، ص ٢١.

(٢٩) وتنظر الفقرة (رابعاً/أ) من المادة (الاولى) من ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية. وينظر بالمعنى ذاته، عضيد شياح عواد، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها.

السكنية العمودية التي يبغى طالب الائتمان تشييدها، نحو شراء المنازل او السكن في العشوائيات وهو ما يؤدي الى انهيار قطاع سوق العقارات الذي يجري تمويله من قبل المصرف.

وتصنف المخاطر من حيث نطاقها الى مخاطر عامة لا تخص شخص طالب الائتمان وهي لا تخرج عن اطار المخاطر السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية سالفة الذكر التي قد تقتصر منطقة جغرافية معينة او تشمل اقليم الدولة برمته، وقد تكون مخاطر تعم العالم برمته . وقد تكون المخاطر شخصية تتصل بطالب الائتمان وحده من ذلك سمعته التجارية السيئة واعتياده على عدم رد القروض للمصرف ذاته او لغيره من المصارف، وقد يعزى الخطر لضعف الجدوى الاقتصادية للمشروع الذي يبغى طالب الائتمان الاستثمار فيه واحتمال تعرضه للخسائر او لاحتمال تعرضه للإفلاس وما شاكل ذلك من مخاطر شخصية .

جمع المعلومات ذات الصلة بالمخاطر المذكورة، ويجري تنفيذ هذا الواجب الفرعي بجهود المصرف الذاتية او بالتعاون مع بقية المصارف الاخرى او الهيئات الحكومية او الاقليمية او الدولية (٣٠).

تحليل المخاطر المذكورة وتقييمها في ضوء اسوأ الظروف التي يمكن ان تنشأ عند وقوعها وذلك من قبل مديري المصرف وموظفيه من ذوي الخبرة والاختصاص . ويجري تحليل المخاطر في ضوء كل محفظة استثمارية وكل نشاط استثماري في قطاع اقتصادي معين، وتراعى في ذلك الفترة الزمنية التي يمكن ان تنشأ المخاطر في غضون (٣١).

ويلجأ مديرو المصرف وموظفوه المتخصصون الى اعتماد ما يعرف « باختبارات الضغط » stress testing في تحديد و قياس احتمالية وقوع المخاطر ومدى تأثيرها على النشاط المصرفي . وقد صدرت بهذا الخصوص تعليمات اختبارات الضغط لعام ٢٠١٩ (٣٢) اوجبت على ادارة المصرف اجراء اختبارات لبيان قدرته على مواجهة اية مخاطر محتملة تقوم على اساس من التحليل الافتراضي لوقوع مخاطر scenario analyses حدثت في الزمن الماضي او لم تحدث بعد ولكن ليس هناك ما يقطع في عدم وقوعها في المستقبل المنظور، من ذلك الازمات المالية العالمية والازمات السياسية، وحدوث ارتفاع او انخفاض في اسعار الفائدة او اية متغيرات تصيب نسبة نمو الناتج المحلي او ارتفاع معدل البطالة او حصول متغيرات في اسعار النفط العالمية (٣٣). ويراعى في اجراء هذه الاختبارات طبيعة وحجم ومدى تعقد أنشطة المصرف وهيكل المخاطر الكلي فيه (٣٤) والمتغيرات المستقبلية في الاوضاع المالية والاقتصادية العامة (٣٥)

(٣٠) تنظر الفقرة (رابعاً/١٣) من تعليمات اختبارات الضغط التي سناتي على ذكرها فيما يلي من القول.

(٣١) تنظر الفقرة (رابعاً) من المادة (١) من ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية لعام ٢٠١٩.

(٣٢) عممت هذه الضوابط على جميع المصارف بموجب كتاب البنك المركزي العراقي/ دائرة مراقبة الصيرفة. متاح على الموقع الالكتروني للمصرف <https://cbi.iq/page/80> تاريخ آخر زيارة في ٢٠١٩/٦/١٢.

(٣٣) تنظر الفقرة (ثالثاً) من هذه التعليمات.

(٣٤) تنظر الفقرة (رابعاً/٢) من هذه التعليمات.

(٣٥) تنظر الفقرة (رابعاً/٤) من هذه التعليمات.

وما قد ينشأ عنها من تعرض المصرف لخسائر مادية او معنوية قد تمس سمعته^(٣٦). ويتعين على الإدارة العليا للمصرف ومجلس ادارته ان يأخذا بعين الاعتبار نتائج هذه الاختبارات بغية تحديد الحدود المقبولة لتحملها من قبل المصرف *risk appetite* ومراقبة مدى تأثيرها على انشطته^(٣٧)، ووضع الخطط الكفيلة للتصدي لها، من ذلك تحديد حجم رأس مال المصرف ومقدار السيولة المتوافرة لديه ووضع سياسة معينة بتوزيع الارباح واخرى للطوارئ او اللجوء الى وسائل تخفيف المخاطر^(٣٨).

ولتوضيح كيفية تحليل المخاطر ووضع الحلول الكافية للتصدي لها نقتبس ما نصت عليه ضوابط ادارة المخاطر من احكام توضيحية بهذا الخصوص في عقود السلم^(٣٩) والاستصناع^(٤٠) والمراحة^(٤١). ففي هذه العقود يلجأ المصرف الاسلامي الى ابرام عقود موازية مستقلة تبرم مع من سيشتري منه البيع سلباً بعد تسليمه من المزارع، ويبرم عقد استصناع موازن مع صانع آخر لصنع الشيء المستصنع، ويتعاقد مع بائع لشراء الشيء الذي يبغى بيعه لزبونه مراحة.

وحماية للمصرف الاسلامي من احتمال نكول من تعاقد معه عن تنفيذ التزاماته او لحصول تغيير في اسعار السلع التي تعاقد على تصنيعها او شرائها او بيعها على حسب الاحوال، تفرض ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام ٢٠١٨ على المصرف ان يأخذ بنظر الاعتبار هذه المتغيرات^(٤٢)، بأن يبرم عقود الاستصناع الموازي، وعقود بيع المحاصيل الزراعية للغير، وعقد الشراء بصورة تتزامن او تلي ببرهة يسيرة العقود التي ارتبط بها مع زبون المصرف^(٤٣).

وتلزم هذه الضوابط المصرف الاسلامي بأن يفرض على شريكه في عقود المشاركات شرطاً يلزمه بشراء حصته من المشروع المتعاقد عليه بصورة دورية بسعر يساوي القيمة الصافية للموجودات او بناءً على اسس اخرى يتفق عليها على نحو ما يعرف بالشراكة المتناقصة متى ما استشف المصرف ان في البقاء على المشاركة ما يلحق به خسارة محققة^(٤٤)، وعلى المصرف الاسلامي ايضاً ان يقف على مدى جدوى مشاركته للزبون في عقود المشاركة والمضاربة من خلال اجراء مراجعة دورية لمقدار ما حققه المشروع من ربح خلال فترات زمنية معينة^(٤٥).

(٣٦) تنظر الفقرة (رابعا/٥) من هذه التعليمات.

(٣٧) تنظر الفقرة (رابعا/١) من هذه التعليمات.

(٣٨) تنظر الفقرة (رابعا/٦) من هذه التعليمات.

(٣٩) عقد السلم هو تعجيل اداء ثمن بضاعة، موصوفة بالذمة مؤجل التسليم الى اجل معلوم كالمحاصيل الزراعية قبل ان تدرك. ينظر، د. اسامة رشيد الكردي، وسائل الاستثمار وتوزيع الارباح والخسائر في المصارف الاسلامية: دراسة فقهية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، ص ١٧٤ وما بعدها.

(٤٠) الاستصناع هو اتفاق الزبون مع المصرف على ان يستصنع له شيئاً معيناً تكون مادته من الصانع في مقابل ثمن يتفق عليه ويكون واجب الاداء حالاً او مؤجلاً او مقسماً. ينظر، د. اسامة رشيد كردي، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٤١) المراحة تعني ان يزيد المصرف على ثمن ما سيشتريه من الغير بقدر معلوم لزبونه يمثل ربحاً للمصرف. د. اسامة رشيد الكردي، المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٤٢) تنظر الفقرة (٣) من المادة (٨) والفقرة (١) من المادة (١١) من الضوابط المذكورة.

(٤٣) تنظر الفقرة (٢/٥) من المادة (١٣) من الضوابط المذكورة.

(٤٤) تنظر الفقرة (١) من المادة (١٤) من الضوابط المذكورة.

(٤٥) تنظر الفقرة (٧) من المادة (١٤) من الضوابط المذكورة.

وينبغي ان تماس هذه الاختبارات طبقاً لشروط معينة منها: ان تقوم على اساس من التعاون والتنسيق وتبادل وجهات النظر لدى المعنيين فيه، وثانيها ان يكون لها اثر في اتخاذ القرارات التجارية ذات الصلة بضمنها القرارات الاستراتيجية المتخذة من مجلس ادارة المصرف والادارة التنفيذية^(٤٦).

وفي التعليمات المذكورة تفاصيل اخرى لا نرى ضرورة للخوض فيها بالنظر الى انها لا تخرج عن الاطار الفني والمالي والاقتصادي لادارة المخاطر والتي تبعدنا كثيراً عن نطاق هذه الدراسة القانونية.

وضع القواعد القانونية والاقتصادية والادارية والفنية التي تكفل مواجهة هذه المخاطر بغية الحيلولة دون حدوثها او التخفيف منها قدر الامكان اوابقاؤها ضمن حدودها المقبولة لدى المصرف بقصد حمايته وعميله على حد سواء من الآثار التي تترتب على نشوء هذه المخاطر

المراجعة المستمرة والدورية للمخاطر المذكورة وتقييمها واتخاذ ما يلزم لتصحيح النظام المتبع في ضوء هذه المتغيرات الحاصلة . وفي الواقع لا يمكن وضع جدول زمني لإجراء هذه المراجعة والتقييم للمستجدات التي قد تطرأ عن هذه المخاطر لارتباط ذلك بوقت نشوءها ومدى تأثيرها على العملية المصرفية ذات الصلة^(٤٧)، والامر بعد هذا متروك للسلطة التقديرية لمديري المصرف.

استحداث نظم دائمة للرقابة على حسن تنفيذ نظام ادارة المخاطر لضمان حسن التزام مديري المصرف بواجباتهم من جهة، ومسائلتهم عن اي اخلال بتنفيذها عند الاقتضاء وتصحيح الاوضاع غير المقبولة وضمان وصول المعلومات ذات الصلة الى ادارات المصرف المعنية في الوقت المناسب بغية تمكينها من اتخاذ القرارات والتدابير المناسبة في الوقت المناسب.

(٤٦) تنظر الفقرة (رابعاً/١٢) من هذه التعليمات.

(٤٧) تنظر الفقرة (رابعاً/د) من المادة (١) من ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية لعام ٢٠١٩.

المبحث الثاني

خصائص نظام ادارة المخاطر

تولينا في المطلب السابق التعريف بإدارة المخاطر الائتمانية من الوجهتين الاقتصادية والقانونية. وبغية استجلاء مفهوم هذا النظام ورسم ابعاده القانونية بشكل اوسع نتولى في هذا المطلب توضيح الخصائص التي يتميز بها.

يتوافر نظام ادارة المخاطر الائتمانية على خصائص معينة جعلته نظاماً قانونياً متميزاً عن بقية النظم القانونية المقررة في قانون الشركات: فهو نظام قانوني يستهدف منع وقوع المخاطر او التخفيف منها قبل وقوعها، يتسم بالسعة في استيعابه لجميع المتغيرات المتصلة به وهو ما يقتضي ان يستوعب جميع المؤسسات المالية. وفيما يلي بيان مقتضب عن هذه الخصائص.

أولاً: ادارة المخاطر نظام قانوني واقتصادي وفني:-

ان نظام ادارة المخاطر، وعلى الرغم من انه يتأسس من مفاهيم اقتصادية وفنية وادارية وتنظيمية وجب على المؤسسة المصرفية اتباعها لضمان استقرارها المالي، قد غدى نظاماً ذو أبعاد قانونية تناوله القانون ونظم بعضاً من جوانبه. فقد نصت الفقرة (٦) من المادة (١٧) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ على الزام مجلس ادارة المصرف بوضع معايير ادارة المخاطر وفرض اخضاعه للمراجعة من قبل لجنة مراجعة الحسابات التابعة لهذا المجلس. فقد نصت الفقرة (٣) من المادة (٢٦) من قانون المصارف العراقي على ما يأتي ((يحدد البنك المركزي العراقي بواسطة انظمة المعايير التفصيلية لسلوك المصرف التي يستخدمها البنك المركزي العراقي في ممارسة رقابته التحوطية تماشياً مع المعايير الدولية وافضل الممارسات)). وفرض القانون المذكور على المصرف التقيد بالضوابط المذكورة بصورة كافية وفعالة^(٤٨)، والزم القانون المذكور

(٤٨) وفي هذا الصدد تنص المادة (٢٩) من القانون ذاته على انه: ((١- يحدد كل مصرف ويحافظ على سياساته الداخلية تمثل الحد الاقصى والحد الأدنى للنسب وحجم الانكشافات الائتمانية ومعايير ادارة المخاطر والسياسات الاستثمارية وغيرها من النسب التحوطية التي يتعين على المصرف المحافظة عليها فيما يتعلق بموجوداته والبنود خارج الميزانية ومختلف فئات رأس المال والاحتياطيات، ويجب ان تتفق تلك السياسات الداخلية مع المتطلبات التحوطية والتنظيمية التي يصدرها البنك المركزي العراقي بموجب الفقرة (٣) من هذه المادة.

٢- تطبق المصارف على وجه الخصوص وتضع سياسات داخلية على النسب التحوطية التي تحكم :-

أ- مواردها السائلة فيما يتعلق بقيمة موجوداتها او تغير قيمة موجوداتها بما في ذلك الكفالات والضمانات المستلمة او فيما يتعلق بمتطلباتها شرط ان يتم السماح للمصارف ان تفي بالمتطلبات الخاصة بالموارد السائلة وذلك بأن تحتفظ لدى البنك المركز العراقي بودائع نقدية ذات قيمة معادلة .

ب- المبلغ الاجمالي الاقصى لجميع فئات ائتماناتها واستثماراتها او لفئات معينة منها .

ج- تصنيف وتقييم الموجودات والاعتمادات التي ترصد على اساس هذا التصنيف او التقييم والوقت الذي لا تعتبر فيه ايرادات القروض غير المؤداة دخلاً الا اذا كان يجري استلامها نقداً.

د- التحريات والقيود او الشروط المتعلقة ب(١) انواع او اشكال الائتمانات او الاستثمارات التي يجري توظيفها والمطلوبات المحتملة سواء اكانت طارئة ام لا. (٢) التوفيق بين الموجودات والمتطلبات سواء اكانت طارئة ام لا. (٣) المراكز المالية غير المغطاة التي تتجاوز نسبة محددة بالعملة الاجنبية او المعادن الثمينة، ادوات سعر الصرف وفائدة الاسهم والاوراق المالية القابلة للتحويل، العقود الآجلة، اتفاقيات المقايضة للعقود المستقبلية وعقود الخيار والمشتقات الاخرى المتعلقة بالعملة والاسهم والسندات والمعادن الثمينة او اسعار الفائدة. =

البنك المركزي العراقي وضع معايير تفصيلية لسلوك المصرف بغية اعتمادها اساساً في ممارسة رقابته التحوطية تماشياً مع المعايير الدولية وافضل الممارسات^(٤٩). واجاز القانون استثناءً للمصرف الافشاء بمعلومات تخص مديونية العملاء لبعض المصارف بغية توفير البيانات اللازمة للبت في سلامة منح الائتمان^(٥٠).

وتعكس النصوص القانونية المتقدمة واقع الصلة الوثقى والتداخل ما بين علوم الادارة والمالية والاقتصاد بعلم القانون وتداخلها معه باطار جسده القانون بنصوص قانونية تضمنت فرض واجبات على مديري المصرف بهذا الخصوص تارةً، واجبات اخرى مفروضة على المصرف ذاته بوصفه شخصاً معنوياً مستقلاً عن الأشخاص القائمين على ادارته تارةً اخرى.

ثانياً: مرونة نظام ادارة المخاطر :-

يمتاز نظام ادارة المخاطر عموماً بالمرونة المطلوبة التي يقتضيها النشاط المصرفي وطبيعة المتغيرات الاقتصادية والسياسية والقانونية التي يسعى للسيطرة عليها. بل ان نظام ادارة المخاطر يختلف من مصرف لآخر باختلاف طبيعة نشاط كل مصرف والأغراض التي أنشئ من اجل تحقيقها. فعلى سبيل المثال، استهدف المشرع العراقي من انشاء المصرف العقاري ان يلعب دوراً رائداً في تشجيع بناء الوحدات السكنية والمساهمة في اقامة المنشآت السياحية من خلال تقديم القروض العقارية لتحقيق تلك الاغراض^(٥١)، فيما يؤدي المصرف الصناعي دوراً في تحقيق التنمية للصناعة الوطنية

= ٣- يحدد البنك المركزي العراقي المتطلبات التحوطية كذلك الاجراءات الموحدة وطرق الاحتساب الواجب اتباعها من قبل المصارف ويحدد البنك المركزي العراقي المتطلبات المنصوص عليها استجابة للظروف الاستثنائية المتعلقة بسعر الفائدة والاستحقاق والشروط الاخرى المنطبقة على أي نوع او شكل من التمويل المقدم او المستلم بما فيها الودائع او المنطبق على المطلوبيات الطارئة.

وسنتولى في هذا الفصل والفصول القادمة توضيح الاحكام المتقدمة كل في الوضع المخصص له في هذه الدراسة، لذا نكتفي هنا بالإشارة فحسب.

(٤٩) وفي هذا الخصوص، تنص الفقرة (٣) من المادة (٢٦) من قانون المصارف العراقي على ما يلي ((يحدد البنك المركزي العراقي بواسطة انظمة المعايير التفصيلية لسلوك المصرف التي يستخدمها البنك المركزي العراقي في ممارسة رقابته التحوطية تماشياً مع المعايير الدولية وافضل الممارسات)).

كما اجاز القانون للمصارف ان تنشئ نظاماً للإبلاغ الائتماني يوفر المعلومات اللازمة المتعلقة بالوضع المالي للعملاء الحاليين المرتقبين، وفي هذا السياق تنص الفقرة (٢) من المادة (٣٩) على انه: ((يجوز للمصارف ان تنشئ هيئات للإبلاغ الائتماني او مكاتب ائتمانية لتجمع وتنشر على المصارف الاخرى ما تحتاج اليه المصارف من المعلومات بشأن الشؤون المالية للعملاء الحاليين والمرتقبين لكي تتخذ قرارات تحوطية بشأن الاعمال المصرفية، ولا تقدم هذه المعلومات الا للمصارف التي تربطها علاقة مصرفية فعلية او مرتقبة مع الشخص الذي تقدم المعلومات بخصوصه، وتقدم هذه المعلومات رهناً بأي قيود بما في ذلك القواعد والاجراءات التي يمتد بها البنك المركزي العراقي تكون ضرورية لحماية سرية المعلومات المصرفية ولمنع نشر هذه المعلومات دون اذن بذلك)).

(٥٠) نصت الفقرة (هـ) من المادة (٥١) من قانون المصارف كافة على لزوم ((تزويد معلومات حول (١) مديونية العملاء لتوفير البيانات اللازمة للبت في سلامة منح الائتمان (٢) الشيكات المرتجعة دون تسديد او (٣) اي معاملة اخرى يراها البنك المركزي العراقي ضرورية بسبب اهميتها لسلامة النشاط المصرفي بين المصارف وذلك مع البنك المركزي العراقي او اي جهات اخرى يوافق عليها البنك المركزي العراقي لتسهيل تبادل هذه المعلومات بموجب القواعد والاجراءات المحددة في انظمة البنك المركزي العراقي)).

(٥١) تنظر المادة (٢) من قانون المصرف العقاري، المرقم (١٦١) لسنة ١٩٧٦ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد المرقم (٢٥٦٦) بتاريخ ١٠/١١/١٩٧٧.

في القطاع الخاص والمختلط والتعاوني^(٥٢).

ويفرض هذا الواقع القانوني على مجالس ادارة هذه المصارف وضع انظمة لإدارة المخاطر تراعي فيها تخصصها النوعي والقطاعي، وان لا تنحصر اغراضها في ضمان استرداد القروض المقدمة من قبلها فحسب وانما في ضمان استغلال مبلغ القرض من متسلمه الزبون او العميل في تحقيق الاغراض التي انشئ المصرف من اجلها . وقد ادرك المشرع العراقي اثر الاختلاف البين في طبيعة أنشطة المصارف على نظم ادارة المخاطر واجبة الاتباع فيها بوجه عام، فأختص المصارف التقليدية بضوابط خاصة^(٥٣)، بمعزل عن المصارف الاسلامية ، بغية اتاحة الفرصة لكل منها في وضع قواعد معينة بإدارة المخاطر تتناسب مع طبيعة نشاطه.

ويترتب على هذا التمايز في الاغراض التي يسعى اليها كل مصرف نتيجة مهمة تتجلى في تعذر وضع قواعد تفصيلية تنظم ادارة المخاطر. ولعل هذا السبب هو الذي حدى بمشرع قانون المصارف العراقي، المرقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ الى ان يخول كل مصرف وضع معايير خاصة به بادارة المخاطر الائتمانية^(٥٤)، مراعيًا في ذلك الطبيعة الخاصة بكل مصرف والاعراض التي يبتغيها. بيد ان اتاحة الفرصة لكل مصرف بأن يضع نظامه الخاص بهذا الشأن ما قد ينطوي بحد ذاته على خطر اغفاله تنظيم بعض المسائل على نحو يؤثر في تكريس نظام قانوني فاعل بهذا الخصوص. من هنا فقد ألزمت الفقرة (٣) من المادة (٢٦) من قانون المصارف البنك المركزي العراقي بأن ينظم بتعليمات قواعد عامة تخص ((.....انظمة المعايير التفصيلية لسلوك المصرف التي يستخدمها البنك المركزي العراقي في ممارسة رقابته التحوطية تماشياً مع المعايير الدولية وافضل الممارسات)).

وقد ابتهى النص المتقدم في ذلك تحقيق مقصدين : اولهما، وضع الاطار العام لهذا النظام لكي يعين المصارف على رسم سياستها العامة في ضوء ذلك. والثاني، تمكين البنك المركزي العراقي من ممارسة دوره الرقابي على مدى كفاية وفاعلية انظمة الرقابة المعتمدة من قبل المصارف من خلال مقارنتها بالضوابط الموضوعية من قبله، في ضوء المعايير العامة المنصوص عليها في المادة (٤٣) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف المرقمة (٤) لسنة ٢٠١٠ وضوابط ادارة المخاطر الصادرة عن البنك المركزي العراقي لعام ٢٠١٩^(٥٥).

(٥٢) تنظر المادة (١) من قانون المصرف الصناعي رقم(٢٢) لسنة ١٩٩١ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٣٦٢) في ١٥/٧/١٩٩١. فقد نصت المادة (٣) من القانون المذكور على : ((يقوم المصرف لتحقيق اهدافه بما يأتي : اولاً: منح القروض للموجودات الثابتة الخاصة بالمشروع على ان تسدد بمواعيد تحدد بعقد القرض ، وعلى ان لا تتجاوز مدة القرض وتأجيلاته خمس عشرة سنة ، ومنح التسهيلات في الحساب الجاري المدين لتمويل عملية التشغيل في السنوات الاولى من عمر المشروع الصناعي وفقاً لتعليمات يصدرها مجلس ادارة المصرف الذي يعرف فيما بعد بـ(المجلس))) .

(٥٣) ينظر، دليل العمل الرقابي/ ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية (التجارية) لعام ٢٠١٩ .

(٥٤) نصت الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ على انه: ((... يضع اعضاء مجلس الادارة معايير المخاطر وسياسات الاستثمار ونسب الحد الادنى التحوطية والمعايير المحاسبية وانظمة الرقابة الداخلية للمصرف)).

(٥٥) نصت المادة (٤٣) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف رقم (٤) لسنة ٢٠١٠ على ان ((يقوم المصرف باتخاذ الاجراءات اللازمة لإدارة المخاطر كالآتي :-

ثالثاً: نظام ادارة المخاطر يستهدف التصدي للمخاطر او التخفيف منها قبل وقوعها:-

ان نظام ادارة المخاطر يستهدف منع وقوع الخطر المحدق بالمصرف او التقليل منه في حالة حدوثه ووضعه ضمن حدوده المقبولة^(٥٦).

وفي هذا الصدد قد يختلط مفهوم الخطر المتصل بالعمليات الائتمانية مع مفهوم الالتزام المعلق على شرط من جهة ان كليهما يجتمعان في مسألة وجود خطر محتمل الوقوع . بيد ان اوجه الفرق فيما بينهما يكمن في الالتزام المعلق على شرط هو التزام يعلق نشوئه او زواله على وقوع حادث مستقبلي قد يتحقق وقد لا يتحقق^(٥٧)، في حين ان ادارة المخاطر هي مجموعة من القواعد والتدابير التي تراعيها ادارة المصرف سلفاً وابتداءً قبل اتخاذها لقرارها بالتعاقد مع العميل قائمة على اساس من التوقع والتخمين عما سيحدث في المستقبل، ومتى ما اتخذت الادارة قرارها بمنح الائتمان نشأ الالتزام بذمتها نافذاً ناجزاً غير معلق على شرط، اللهم الا اذا كانت طبيعته تقتضي هذا التعليق ، ولا شأن للعميل بما تراعيه ادارة المصرف من اجراءات لهذا الشأن والاصل ان لا يتحمل في مقابل ذلك اية مسؤولية تخرج عن اطار التزاماته المقررة قانوناً.

بيد ان نظام ادارة المخاطر قد يكون له اثر على العقد المبرم بين المصرف وعميله من خلال ما قد يفرضه الاول من شروط تقييدية لا تعليقيه من ذلك مثلاً ان يضع المصرف شرطاً يتيح له فسخ عقد القرض اذا ما تبين له ان العميل قد استعمله في غير الغرض المخصص له، او في أنشطة غير مشروعة، او ان يتفق على اداء قيمة الائتمان على دفعات يراعى في اطلاقها الظروف ذات الصلة. وتفرض ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام ٢٠١٨ على المصرف الاسلامي عند دخوله في عقد مشاركة مع الزبون بأن يضمن عقد المشاركة ((... خيار استرداد يعطي للمصرف بوصفه ممولاً حقاً تعاقدياً بأن يلزم شريكه بالقيام بصفة دورية وبموجب عقد منفصل بشراء جزء من حصته في الاستثمار بسعر يساوي القيمة الصافية للموجودات، او بناء

= اولاً: تحدد الاجراءات الخاصة بإدارة المخاطر بشكل واضح وتتفق مع حجم ودرجة تعقد عملياته .
ثانياً: تحديد انواع الادوات المالية والعمليات المسموح التعامل بها وتحديد مستوى المخاطر بشكل دقيق لهذه الادوات والمحافظ الاستثمارية .

ثالثاً: وجود مراجعة دورية للسياسات والاجراءات المتبعة والعمل على تعديلها بما يتناسب ونشاط المصرف ومخاطره .
رابعاً: تحديد المخاطر الناتجة عن استخدام الادوات المالية والنشاطات الجديدة وقيل التعامل معها .
خامساً: وضع الاجراءات العملية والانظمة الداخلية الخاصة بكل اداة مالية جديدة او نشاط جديد قبل التعامل بهما .
سادساً: انشاء لجنة او قسم في المصرف تتولى ادارة المخاطر ومنها ادارة مخاطر سعر الفائدة والعمل على تأمين فصل واضح لصلاحيات العاملين فيها بما يجنب التضارب بين هؤلاء ومصحة المصرف.
سابعاً: مصادقة مجلس ادارة المصرف على السياسة العامة لإدارة المخاطر وتحديد سقف للمخاطر بجميع انواعها في المصرف.

ثامناً: الاشراف المباشر من مجلس ادارة المصرف او لجنة ادارة المخاطر او من وحدة ادارية في المصرف.
تاسعاً: اتخاذ التدابير اللازمة لتحسين انظمة ادارة المخاطر بما ينسجم مع ملاحظات واقتراحات المدقق الداخلي ومدقق حسابات المصرف ، والبنك المركزي العراقي)).

(٥٦) د. شعبان فرج ، العمليات المصرفية وادارة المخاطر ، مرجع سابق، ص ٧٩ .
(٥٧) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٣ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص٨. وينظر ايضا، د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص١٥٨.

على اسس اخرى اذا كان العقد ينص على ذلك (الشراكة المتناقصة) ^(٥٨)، والغاية من ايراد هذا الشرط يكمن في اعطاء الحرية للمصرف في الانسحاب من المشاركة حينما يستشف من الظروف احتمال تعرض المشروع لخسارة او لتدني مستوى الارباح المتحققة فيه. ويشته مفهوم الخطر موضوع واجب التحوط في العمليات الائتمانية، من جانب اخر، التأمين لا سيما التأمين من مخاطر الائتمان المصرفية ^(٥٩)، من وجهة ان نظام ادارة المخاطر يستهدف منع وقوع الخطر او التخفيف منه في حالة وقوعه ، اما التأمين من الخطر فيستهدف محو اثاره السلبية وذلك بالتعويض عنه في حالة وقوعه . بعبارة اخرى يبتغي القانون من الزام ادارة المصرف باعتماد نظام إدارة المخاطر تحقيق اهداف وقائية في الحيلولة دون وقوع الخطر او على الاقل التخفيف من آثاره عند حدوثه ، في حين ان المؤمن له في عقد التأمين يسعى الى جبر الضرر الناجم عن وقوع الخطر (الكارثة) ، الذي يجسد الغاية من التأمين الا وهي تحقيق اهداف علاجية (تعويضية). كما ان الخطر في سياسات التحوط المصرفية ، من ناحية ثانية، ينطوي في حالة وقوعه، على ضرر يصيب المصرف في حين ان الخطر في التأمين عموماً قد يمثل حادثاً سعيداً او غير مضر بالمؤمن له بأن لا يسبب له خسارة ، من ذلك مثلاً خطر البقاء على قيد الحياة في حالة التأمين على الحياة لحالة البقاء، او التأمين من خطر ولادة اطفال للمؤمن له ^(٦٠).

رابعاً: سعة نطاق نظام ادارة المخاطر :-

ان نظام ادارة المخاطر نظام متكامل متعدد الجوانب ينصرف الى جميع اوجه الانشطة المصرفية والمالية التي تمارسها المصارف في حدود الاغراض التي انشأت من اجلها ، وهذه المخاطر لا تنحصر فقط بمنح الائتمان المصرفي فحسب ، بل تقف الى جانبها مخاطر السيولة ومخاطر ادارة السوق، والمخاطر التشغيلية، ومخاطر اسعار الفائدة، ومخاطر اسعار الصرف ^(٦١). وقد وجدت الباحثة ان من المناسب ان تنحصر

(٥٨) تنظر الفقرة (١٤-١) من الضوابط اعلاه.

(٥٩) د. عبد الحميد الشواربي و محمد عبد الحميد الشواربي ، ادارة المخاطر الائتمانية من وجهة النظر المصرفية والقانونية ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٢، ص١٢٧٦.

(٦٠) تنظر رشا كيلان شاكر، الخطر في التأمين على الاشخاص ، رسالة قدمت الى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهدين لنيل درجة الماجستير في الحقوق ، ٢٠٠٥ ، ص١١. وينظر، د. عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين (دراسة مقارنة)، ط١، ٢٠٠٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص١٥٩.

(٦١) مخاطر السيولة : هي الخسائر المحتملة الناتجة عن تكبد المصرف الخسائر المتعلقة بتكاليف تمويل الزيادة في موجوداته واخفاقه في الوفاء بالتزاماته عند استحقاقها. ينظر جدول التعاريف الوارد في ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية (التجارية) الصادرة عن البنك المركزي العراقي لعام ٢٠١٩. او هي المخاطر التي تنشأ عند مواجهة المصرف لمشكلة عدم توافر النقد الكافي لمواجهة التزاماته قصيرة الامد وتشمل مسحوبات الودائع والطلب على القروض . ينظر، د. صادق راشد الشمري ، ادارة المصارف (الواقع والتطبيقات العملية) ، ط١، دار صفاء ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص١٩٨، فريهان عبد الحفيظ يوسف ، ادارة المخاطر المصرفية ، مرجع سابق ، ص١٦٩. بلسم حسين رهياف ، ادارة المخاطر المصرفية ومدى التزام المصارف العراقية بمتطلبات بازل ٢، مرجع سابق، ص٤٠٠.

وفي هذا الخصوص تفرض التشريعات المصرفية على المصارف واجب الاحتفاظ بنسب معينة من السيولة ، اذ الزمت المادة (٢٦) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ في فقرتها الثانية على ضرورة قيام المصارف بالاحتفاظ برأس مال كاف، وسيولة كافية لمواجهة مخاطر انخفاض قيمة موجوداتها ولأداء التزاماتها وان تنقيد بضوابط كافية وفعالة للمخاطرة وتضمن تنوع موجوداتها تحسباً لخطر الخسارة. ينظر ايضاً الفقرة (اولاً) من المادة (٢١/ اولاً) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقي رقم (٤) لسنة ٢٠١٠.

هذه الدراسة بالمخاطر المتعلقة بالعمليات المصرفية الائتمانية بالنظر لكثرة شيوعها في الوسط التجاري العراقي ، ولأنها تمثل جوهر النشاط المصرفي الذي يوفر للمؤسسة المصرفية ارباحاً كبيرة وقد يعرضها لخسائر جسيمة في حالة الفشل في ادارة المخاطر بطريقة سليمة وفاعلة .

ولما كان نظام ادارة المخاطر المحدقة بالمؤسسة المالية يرتبط بالمتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحلية والاقليمية والدولية، لذا كان ينبغي ان لا يكون نطاقه قاصراً على المصارف فحسب بل ان يمتد الى اية مؤسسة مالية تتعامل بالنقد والائتمان وتتأثر بما يصيب الاقتصاد العام من مخاطر غير متوقعة قد تلحق بها ضرراً بيناً، وان لم يكن ينطبق عليها وصف «المصرف». والواقع ان تقديم الائتمان لا يقتصر على المصارف فحسب، بل قد يمتد الى الشركات الاخرى التي يجيز لها القانون تقديم قروض، فقد اجازت تعليمات تنظيم عمل شركات تمويل المشاريع الصغيرة والمتوسطة

= اما مخاطر السوق فهي الخسائر التي يمكن ان يتعرض لها المصرف والناجمة عن المتغيرات غير المتوقعة في اسعار السوق التي تؤثر على استثماراته المالية المحتفظ بها لأغراض المتاجرة اضافة الى مخاطر اسعار الصرف المرتبطة بميزانية المصرف بالكامل والتي تؤثر بشكل سلبي على ارباحه. تنظر مقدمة الضوابط الرقابية الخاصة بمعيار كفاية رأس المال وفق متطلبات لجنة بازل (١١١) والصادرة عن البنك المركزي العراقي (دائرة مراقبة الصيرفة ، قسم مراقبة المصارف التجارية) بالعدد (٤٢٠/٢/٩) لعام ٢٠١٨ . وينظر ايضا موسى فاضل العبودي ، افلاس المصارف بمخاطر الائتمان (دراسة مقارنة) ، دار الضياء للطباعة والتصميم ، العراق ، ٢٠١١ ، ص ١٢٢ ، بلسم حسين رهياف ، ادارة المخاطر المصرفية ومدى التزام المصارف العراقية بمتطلبات لجنة بازل ٢ ، مرجع سابق ، ص ٤٠٤ ، عضيد شياح عواد ، دليل ادارة المخاطر المصرفية ، مرجع سابق ، ص ٤٦ ، بان ماجد جواد الربيعي، ادارة المخاطر في ظل عملية التقييم الذاتي لكفاية رأس المال وفق اتفاقية بازل ١١ ، رسالة تقدمت بها الطالبة الى مجلس الكلية التقنية الادارية- بغداد، لنيل درجة الماجستير، ٢٠١٣ ، ص ٤٦ .

اما المخاطر التشغيلية فتعرف بأنها الخسائر المحتملة الناتجة عن اخفاق المصرف او عدم كفاية الاجراءات والانظمة الداخلية المتبعة فيه او الناتجة عن اخفاق متعمد او غير متعمد للعاملين به او نتيجة احداث خارجية . كما تشمل ايضا الخسائر المحتملة الناتجة من المخاطر القانونية . ينظر جدول التعاريف الوارد في دليل العمل الرقابي / ضوابط ادارة المخاطر في المصارف التقليدية (التجارية) . وتنظر الضوابط الرقابية الخاصة بمعيار كفاية رأس المال وفق متطلبات لجنة بازل (١١١) ، مرجع سابق ، ص ٢ . وينظر ايضا عضيد شياح عواد ، دليل ادارة المخاطر المصرفية ، مرجع سابق ، ص ٤٥ ، د. سعد العززي و د. صادق الشمري وحسين لازم الزبيدي، تأثير الخطأ البشري في المخاطر المصرفية- بحث تجريبي في عدد من المصارف العراقية الخاصة، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والادارية، العدد (٩١) المجلد (٢٢) ، ٢٠١٦ ، ص ١٦ .

وتعرف مخاطر الفائدة بأنها احتمال تقلب اسعار الفائدة مستقبلاً فاذا ما تم التعاقد بين المصرف والذبون على سعر فائدة معين على القرض ومن ثم ارتفعت اسعار الفائدة في السوق بصورة عامة ، وارتفعت معها اسعار الفائدة على القروض التي على درجة المخاطر نفسها مع القرض المتعاقد عليه ، فأن هذا يعني ان ما سيحصل عليه المصرف من فوائد عن هذا القرض ستكون اقل من الفوائد السائدة في السوق المفروضة على قروض اخرى و لدرجة مخاطر القرض المتعاقد عليه عينا . ينظر ، محمود شاكر رحيم ، التنظيم القانوني لإدارة مخاطر القروض المصرفية (دراسة مقارنة) ، رسالة تقدم بها الطالب الى مجلس كلية القانون في جامعة بابل ، ٢٠١٦ ، ص ١٤ .

وهناك مخاطر تقلب اسعار الصرف الاجنبي عند بيع وشراء (تبادل) العملات الاجنبية مقابل العملة المحلية، والناتجة عن تغير سعر صرف العملات الاجنبية الرئيسية يومياً حسب ظروف السوق الذي يتم فيه التبادل ، ومن ثم فأن المصارف التي تتداول بهذه العملات لصالحها او لصالح عملائها قد تتعرض لمخاطر التقلبات المعاكسة في اسعار الصرف عند شراء العملات الاجنبية وبيعها، وهذه المخاطر عادة ما تحصل في عملية الاقراض التي تجري لخارج البلد وما قد تؤديه من انخفاض في سعر صرف عملة البلد الذي يقيم فيه المقترض .

ينظر د. احمد محمد فهمي وزهراء ناجي المالكي ، دور معايير كفاية رأس المال المصرفي على وفق مقررات لجنة بازل ٢٠١ في المخاطرة الائتمانية ، بحث منشور في مجلة جامعة بغداد للدراسات المحاسبية والمالية ، المجلد الثامن ، العدد الرابع والعشرون ، ٢٠١٣ ، ص ٢٣٥ . وينظر ايضا، د. ضياء عبد الحسين القاموسي ومحمد هادي هاشم، دور التدقيق الداخلي في تحديد وتقييم مخاطر القرار الائتماني - دراسة حالة في مصرف الرشيد/الادارة العامة، بحث منشور في مجلة التقني، المجلد الثالثون، العدد ٤ ، ٢٠١٧ ، ص ٢٧٤ .

رقم (٣) لسنة ٢٠١٠^(٦٢) للشركات المساهمة والمحدودة، طبقاً للضوابط التي وضعتها هذه التعليمات، تقديم قروض للمشاريع الصغيرة والمتوسطة بفوائد ميسرة يتفق عليها وعلى ان تستغل في الاغراض المخصصة لها^(٦٣). وتتص هذه التعليمات على لزوم قيام هذه الشركات بتشكيل لجان فرعية بادارة المخاطر والتدقيق والرقابة وفقاً لحاجة الشركة^(٦٤). ويجيز التشريع العراقي ايضاً ان تتولى «شركة» تقديم خدمة بطاقات الدفع بموجب نظام خدمات الدفع الالكتروني للاموال المرقم (٣) لسنة ٢٠١٤^(٦٥) وقد تقدم هذه الشركة من غير المصارف ائتمانياً وفق ما يعرف ببطاقة الائتمان credit card^(٦٦) الامر الذي يقتضي اخضاعه لقواعد ادارة المخاطر الائتمانية. ويلاحظ ايضاً بان المخاطر غير المتوقعة قد تمتد لشركات التأمين التي تتأثر باي انحراف في نسبة المخاطر المتوقعة التي حددت في ضوئها قسط التأمين^(٦٧) فتلحقها جراء ذلك خسائر جسيمة، بل ان شركة التأمين قد تقدم للمؤمن على حياته قرصاً من الاحتياطي الحسابي للعقد^(٦٨). ويقتضي المنطق اخضاع هذه الشركات الى نظام ادارة المخاطر الائتمانية. بيد ان ضيق نطاق انطباق ضوابط ادارة المخاطر الذي يقتصر على المصارف التقليدية والاسلامية يحول دون امكان اخضاعها للقواعد ذات الصلة بالموضوع وفي ان يتحول هذا النظام الى اطار قانوني عام يحكم جميع المؤسسات المالية التي تقدم الائتمان وتعرض الى مخاطر جراء ذلك.

(٦٢) والتعليمات المذكورة منشورة في الوقائع العراقية بالعدد (٤١٦٤) في ٢٠/٩/٢٠١٠.

(٦٣) تنظر الفقرة (خامساً) من المادة الخامسة من التعليمات المذكورة.

(٦٤) تنظر الفقرة (ثالثاً) من المادة السابعة من التعليمات المذكورة.

(٦٥) النظام المذكور منشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٢٦) في ٢٣/٦/٢٠١٤.

(٦٦) ينظر، د. فاروق ابراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، الناشر مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص ١٣٢.

(٦٧) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري: القسم الاول، الناشر كلية القانون/جامعة بغداد، ص ٢٤٩ و ٢٥٢، الفقرات (٢٢٢) و (٢٢٥).

(٦٨) ينظر د. رعد هاشم أمين، الوثيقة العراقية للتأمين على الحياة لحالة الوفاة: دراسة قانونية، رسالة تقدم بها الطالب الى مجلس كلية القانون/ جامعة بغداد وهي جزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، ٢٠٠٠، ص ٣٤٥، فقرة (٣٤٦) وما بعدها.

المبحث الثالث

الاعراض التي يؤديها نظام ادارة المخاطر الائتمانية

لكل تنظيم قانوني او اداري هدف يسعى القائمون على تشريعه او تنظيمه الوصول اليه. ولنظام ادارة المخاطر أعراض يؤديها تتلخص في الآتي :-

١- ان نظام ادارة المخاطر يضمن قيام اعمال المصرف على اسس اقتصادية وعلمية وقانونية سليمة وتحوط سليم فيما يتوقع حدوثه في المستقبل. ويؤدي هنا النظام، على النحو المتقدم، دوراً فاعلاً في الحفاظ على سلامة وقانونية ادارة العمليات المصرفية، وفي ذلك خير وسيلة لتأمين الاستقرار المالي للمصرف واستمراره بالعمل^(٦٩). ولعل في افتقار المصارف الى انظمة ادارة سليمة للمخاطر السبب في انهيارها وحصول هزات في اقتصاديات العديد من بلدان العالم.

٢- يحمي هذا النظام الاقتصاد الوطني عموماً من الكوارث والهزات الاقتصادية التي تمثل رجع الصدى لظهوره، اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار عدد الوحدات الاقتصادية التي ستتهار بسبب افتقارها الى سياسة عقلانية وحكيمة معدة مسبقاً للتصدي للمخاطر التي قد يتعرض لها المشرع.

٣- يوفر نظام ادارة المخاطر الحماية للمتعامل مع المصرف من اي اذى يصيبه جراء افتقاره الى الخبرة والدراية الكافيتين بسبل توقي المخاطر المحتملة او التخفيف منها.

٤- يحمي نظام ادارة المخاطر المصلحة العامة والثقة العامة بالنظام المصرفي ويصون المال العام من انشطة غسل الاموال التي قد تمارس من قبل اشخاص متنفذين يتيح لهم وضعهم الوظيفي او مناصبهم استغلال علاقتهم بالمصرف في ممارسة أنشطة مخالفة للقانون. ومن هذا المنطلق صدرت تعليمات قواعد العناية الواجبة تجاه العملاء للمؤسسات المالية المرقمة (١) لسنة ٢٠١٧^(٧٠)، وقد فرضت التعليمات المذكورة على مديري المصارف ايلاء العناية الواجبة تجاه اصحاب المناصب العليا ذوي المخاطر^(٧١). وفرضت هذه التعليمات على مديري المصرف عدم التعامل مع الحسابات مجهولة الهوية او الرقمية او اسماء مستعارة او وهمية وتحديد هوية العميل والمستفيد الحقيقي للخدمات المصرفية التي تقدمها او فهم الغرض او الطبيعة المنشودة لعلاقة العمل وطلب معلومات اضافية من الزبون عند الاقتضاء واعتماد آلية لمراقبة هؤلاء للتعرف على نمط

(٦٩) احمد سعيد محمود العيسوي، ادارة مخاطر الائتمان المصرفي (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٧٠) والمنشورة في الوقائع العراقية بالعدد (٤٤٣٩) في ٢٠/٣/٢٠١٧.

(٧١) حددت الفقرة (ثانياً) من المادة الاولى اصحاب المناصب العليا بأنهم ((... الاشخاص الذين اوكلت اليهم مهام عامة بارزة في جمهورية العراق او في دولة اجنبية، كرؤساء الدول او الحكومات او السياسيين رفيعي المستوى، والمسؤولين الحكوميين رفيعي المستوى، وكبار القضاة، وكبار العسكريين، وكبار الموظفين التنفيذيين في الشركات المملوكة للدولة، وقيادات الاحزاب السياسية، او من اوكلت اليهم مهام بارزة في منظمة دولية مثل اعضاء الادارة العليا ونوابهم واطراف مجلس الادارة وما يماثلها او المستشارين الشخصيين المعروفين على نطاق واسع وعلمي او أي شخص يعمل في موقع يسمح له الاستفادة الى حد كبير من الارتباط العملي الوثيق بالشخص السياسي ممثل المخاطر واقاربهم المباشرين حتى الدرجة الثانية)).

تعاملاتهم... الخ، من ذلك معرفة مصدر الاموال ومصدر الثروة لاي عميل يصنف على انه عالي المخاطر^(٧٢) والتحقق من عدم ادراج العميل ضمن قوائم الاشخاص المحظور التعامل معهم وفق قانون مكافحة غسل الاموال المرقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥، وقد فرضت هذه التعليمات على المؤسسة المالية وضع قواعد لادارة مخاطر غسل الاموال يصنف فيها العملاء طبقاً لاصناف تناولتها المادة الثامنة منها، وفي التعليمات المذكورة تفاصيل عدة لا نرى موجباً للخوض فيها فهي بقانون مكافحة غسل الاموال ومكافحة الارهاب المرقم (٣٩) لسنة ٢٠١٥، فنكتفي بهذا القدر من الاشارة ونحيل القارئ الكريم الى ما ورد في هذه التعليمات من قواعد قانونية بهذا الشأن.

٥- يعد نظام ادارة المخاطر الوسيلة الفضلى التي تحمي مصالح مساهمي المصرف وحملة السندات ودائنيه وتضمن لهم القدرة في الحصول على المنافع المرجوة من مساهمتهم في المصرف، من خلال حمايتهم من التعرض للخسائر التي تصيبه وتعرض استثماراتهم لخسائر محققة.

٦- واخيراً فإن اتباع المصرف لقواعد واضحة وفاعلة في ادارة المخاطر، ينعكس ايجاباً على درجة التصنيف الائتماني للمصرف ويساعده في تحسين درجة جدارته الائتمانية^(٧٣)، وجهة ذلك ان تجنب المخاطر التي تحيق بنشاط المصرف تضمن له الحصول على ارباح تتعكس ايجاباً على حقوق ومصالح حملة السندات وتجعله قادراً على الاستثمار وجذب المودعين والعملاء ومنح القروض ويتيح للمساهمين المحتملين وغيرهم من المتعاملين مع المصرف من شركات ومؤسسات ومصارف اخرى تقييم القيمة الفعلية للمصرف في السوق لكي يتخذوا قرارهم العقلاني بشأن التعامل بأسهمه او سندات من عدمه^(٧٤).

لذا لا عجب ان نصت الفقرة (رابعا) من المادة (٧٣) من تعليمات تسهيل قانون المصارف رقم (٤) لعام ٢٠١٠، على لزوم ان يتناول الافصاح السنوي لإدارة المصرف: ((مخاطر الائتمان: يجب الافصاح عن السياسة المتبعة لتجنب هذه المخاطر كالضمانات المقدمة مقابل هذه المخاطر وكيفية تقييمها ووصف الاصول المحتفظ بها كضمانات مقابل مخاطر الائتمان، والافصاح عن المعلومات الخاصة بمخاطر الائتمان غير المستحقة وتلك التي استحققت ولم تدفع بعد))

(٧٢) للتفصيل تنظر الفقرة (اولاً) من المادة الثانية من التعليمات المذكورة.

(٧٣) شيماء طالب علي عباس، التنظيم القانوني للتصنيف الائتماني (دراسة مقارنة)، رسالة قدمت الى مجلس كلية الحقوق - جامعة النهرين، وهي جزء من متطلبات منح درجة الماجستير في القانون الخاص، ٢٠١٨، ص ٣٢ وما بعدها. (٧٤) د. رعد هاشم امين التميمي، مدى قدرة الاحكام القانونية المنظمة للإفصاح السنوي في تحقيق مبدأ الرقابة الفاعلة على اعمال مدراء الشركات في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ٦٠.

الخاتمة

اولاً- النتائج :-

١- المخاطر الائتمانية هي تلك الخسائر التي تلحق بالمصرف خسارة مادية او معنوية مباشرة وغير مباشرة ناشئة عن عدم اتباع مديري المصارف لقواعد كافية وفعالة في ادارة المخاطر الائتمانية والتي تنعكس بمجملها على الملاءة المالية للمصرف.

٢- ان المفهوم الاقتصادي لأدارة المخاطر وان كان يختلف عن المفهوم القانوني من حيث الصياغة اللفظية الا انهاما يصبان في مجرى واحد وهو خلق نظام متكامل لأدارة المخاطر الائتمانية من كافة الواجه الفنية والقانونية والاقتصادية. اذ تعني ادارة المخاطر الائتمانية طبقاً للمفهوم الاقتصادي تلك العملية التي تهدف الى رصد المخاطر وتحديدها وفرض الرقابة عليها ومعالجتها من قبل مجلس ادارة المصرف. فيما ينصب المفهوم القانوني لادارة المخاطر على التصدي المسبق للخسائر المحتملة التي يمكن ان يتعرض لها المصرف في الاحوال التي يخفق فيها العملاء بتنفيذ التزاماتهم وكان هذا الاخفاق عائداً الى عدم اتخاذ الحيطة والحذر بأتمام العمليات المصرفية من قبل مديره.

٣- ان ادارة المخاطر ذات تصنيفات متعددة، فنجد انها تصنف من حيث طبيعتها الى سياسية واقتصادية وقانونية واجتماعية، ومن حيث نطاقها تصنف الى مخاطر عامة لا تخص شخص طالب الائتمان والى خاصة تتصل بشخص طالب الائتمان.

٤- رأينا ان نظام ادارة المخاطر يتحلى بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من النظم التي قد تشته به، فهذا النظام وان ارتكز في بداية ظهوره على اسس اقتصادية، الا ان تعدد التشريعات القانونية التي عالجت الموضوع كان لها اثرها في ابراز الجانب القانوني للنظام، من ذلك قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ الذي فرض على البنك المركزي قيوداً وضوابط يجب الامتثال اليها عند ممارسته للرقابة التحوطية على المصارف.

٥- ويتضح من هذه الدراسة ان نظام ادارة المخاطر يؤدي اغراض هامة ولعل من أهمها ضمان قيام المصارف بأعمالهم على اسس اقتصادية وقانونية متينة يمكن من خلالها الحفاظ على الاستقرار المالي للمصرف وضمان استمصلحة الزبون على حد سواء، وبخلافه فأن المصرف قد يتعرض لانهايار مرده عدم وجود سياسة ناجعة لأدارة المخاطر. فضلاً عما تقدم يؤدي هذا النظام وظيفة اخرى في حماية الاقتصاد الوطني من الكوارث والهزات الاقتصادية التي تنعكس بآثارها في رفع درجة التصنيف الائتماني للمصرف المعتمد عالمياً.

ثانياً- المقترحات:-

مما تقدم ترى الباحثين في ضوء النتائج التي اسفرت عنها هذه الدراسة ان نتقدم للمشرع العراقي بالمقترحات الاتية:-

١-نقترح ايراد تعريف بادارة المخاطر الائتمانية في التشريعات العراقية ذات

الصلة لتجري على النحو الاتي: ((مجموعة من القواعد التحوطية التي تعني بتحديد الاخطار الحالية والمستقبلية والتنبؤ بمصادرها وتحليلها ووضع التدابير الملائمة لمواجهتها ومراقبتها لدرء الاثار السلبية الناتجة عنها او إبقاؤها ضمن حدودها الدنيا لضمان عدم تفاقمها او حدوثها مستقبلاً بما يلحق الضرر بالمصرف وعميله والاقتصاد الوطني على حد سواء)).

٢- كما نقترح تعريف المخاطر الائتمانية بانها ((مجموعة من الحوادث او الوقائع او التصرفات او الاجراءات التي من المحتمل وقوعها في المستقبل المنظور من شأنها ان تعرض المصرف لخسائر مادية او معنوية)).

٣- ونقترح اخيراً على المشرع العراقي استعمال تعبير موحد في وصف القواعد المتبعة في ادارة المخاطر وتجنب استعمال تعابير متباينة فيما بينها بالنظر الى ان ذلك يعكس قدراً من الازباك والغموض في تفسير هذه العبارات ومن ثم تتعدد الاجتهادات بصدد ما يعتبر منها واجباً دون الآخر. ومنها استخدام تعبير ((معايير)) او ((نظام ادارة المخاطر)) او ((استراتيجية ادارة المخاطر)). وقد استصوبنا في هذه الدراسة استعمال تعبير نظام ادارة المخاطر بديلاً عن بقية التعابير الاخرى بالنظر لكونه قد غدا نظاماً قانونياً متميزاً.

الالتزام المدني المجرد دراسة في القانونين المدنيين العراقي والمصري

م. د. نورس عباس العبودي
الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

على خلاف القناعة السائدة بشأن كون الالتزامات المجردة من الموضوعات الخاصة بالقانون التجاري يسعى البحث الى اثبات وجود تطبيقات قانونية للالتزام المجرد في القانون المدني. ويرصد فكرة التجريد في الالتزامات ويحدد موقعها في القانونين المدنيين العراقي والمصري- لاتيني العقيدة- ويحصر تطبيقاتها.

Abstract

In contrast of the common conviction about the Abstractive obligations which reverts them to the commercial law. This research aims to proof the existence of legal applications of the civil Abstractive obligations with the focus on their position in the Iraqi and Egyptian civil law and collecting their application.

المقدمة

أدى تطور الفكر القانوني والذي انعكس على القانون ذاته الى الانتقال بالتصرفات القانونية من عهد الشكلية الرمزية في القانون الروماني الى مرحلة اصبح فيها مبدأ الرضائية هو عماد التصرفات القانونية. والرضائية في القانون المدني العراقي الذي ينتمي للمدرسة اللاتينية هي فكرة عملاقة. وهي مستمدة من فكرة العدالة وحقيقة كون التصرف القانوني قائم على ارادة اطرافه. لذا من البدهة ان تنفر القوانين التي تعتبر الرضائية فيها هي الاصل في التصرفات من اي فرض يمكن ان يلتزم الانسان فيه على نحو مغاير لإرادته الحقيقية. وعلى هذا الاساس وجدت نظريات السبب وعيوب الارادة؛ من أجل تقرير بطلان او وقف التصرفات القانونية التي وجدت مغايرة لإرادة صاحبها.

لذا فإن الأصل في الالتزامات سواء أكان مصدرها العقد او الإرادة المنفردة ان تتوافر لها اركان صحتها حتى تقوم كحقيقة قانونية معترف بها ومرتبطة لآثارها. وسواء أكانت تلك الآثار هي انشاء الالتزام او نقله او تعديله او حتى انهائه. ومع ذلك فإن اطلاق العنان لمبدأ سلطان الإرادة الى اقصى مدياته لن يوفر الاستقرار اللازم للعلاقات القانونية الخاصة بين الافراد. فلم ينفك الفكر القانوني عن التساؤل حول مدى امكانية نهوض تصرف قانوني او التزام ما دون أحد أركانه. وإن كانت الاجابة البديهية -في ظل مبدا الرضائية- ستكون بالنفي، فإن تتبع احكام القانون المدني ذاته سيفرض علينا التوقف عند جملة من الالتزامات التي نجد أن القانون يقر بصحتها بمعزل عن بعض عناصرها. وما اقرار صحة العقد الذي عيب رضا احد عاقيه بعيب الغلط او التغيرير مع الغبن او الاكراه ، والذي لم يتصل بعلم العاقد الآخر، الا دليل على ذلك، فضلا عن وجود التزامات اخرى تنهض بمعزل عن ركن من اركانها بحكم القانون. فنكون امام ما يدعى بالالتزام المجرد. واذا كان الأصل أن هذا التصرف هو القاعدة العامة في الالتزامات المصرفية على صعيد التعامل بالأوراق التجارية. فإن القانون المدني يعرف هذه التصرفات على سبيل الاستثناء؛ لأن فيها خروجاً صارخاً على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعد رائد الالتزامات فيه. الا ان تسرب بعض الافكار القانونية التابعة للمدرسة الجرمانية للقوانين ذات النهج اللاتيني ومنها القانون العراقي جعل المشرع ذاته يخرج عن منطق مبدأ سلطان الإرادة ليقر الالتزامات المدنية المجردة في أحوال معينة.

أهمية الموضوع

إن موضوع الالتزام المجرد لم يحظَ باهتمام فقه القانون المدني في العراق؛ بسبب النظرة السائدة بشأنه والتي تصوره على أنه من الموضوعات الحصرية للقانون التجاري. فلم يظفر بنصيبه من البحث على الرغم من ثبوت وجوده كفكرة مدنية في احكام قانونية عدة. ومن أجل الوقوف على اسباب تبني المشرع لمثل تلك الالتزامات ينبغي دراستها على انها أمر واقع وبعيدا عن التشكيك في صحتها بسبب قيامها على حقيقة مغايرة للأصل العام في سيادة ارادة الاطراف والزامهم بمضمونها دون سواه؛ لأنها وجدت في ظل

القانون وينبغي تقصّي الحكمة من وراء تبني المشرع لها وغضّه الطرف عن اثر تخلف بعض اركان العقود وتقرير صحتها او نفاذها -بحسب الأحوال- بمعزل عن بعض اركانها من جهة ودراسة ابعادها وتأصيلها من جهة ثانية وجدنا المجال رحبا للبحث في الالتزام المجرد على الرغم من اقرارنا بخطورة الالتزامات المجردة.

منهج البحث

في محاولة للبحث في نظرية الالتزام المجرد على صعيد القانون المدني وحصر مفهوم التجريد ونطاقه سنتبع المنهج الوصفي في عرض الآراء التي عنيت بفكرة تجريد الالتزامات كخطوة لازمة للوقوف على مظاهر التجريد في الالتزامات المدنية وبلاستعانة بالمنهج التحليلي المقارن من خلال عرضنا لأحكام القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م .

خطة البحث

من اجل إعطاء البحث بُعده سيكون لزاما علينا البحث في مفهوم الالتزام المدني المجرد وهو ما يستدعي البحث في فكرة التجريد وحصر نطاقها, وهذا ما سيكون مادة المبحث الاول. ومن ثم التعرض لبعض اهم تطبيقات فكرة التجريد في القانون المدني العراقي والتي سنفصل فيها بين التجريد من عيوب مضمون الإرادة والتعبير فنبحث تطبيقات كل منهما في المبحث الثاني.

المبحث الأول

مفهوم الالتزام المدني المجرد

إذا كان الالتزام عموماً هو رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها أولهما بالقيام بعمل أو الامتناع عنه لمصلحة الثاني. فإن هذا الالتزام لا يكون صالحاً لترتيب أثره القانوني إلا إذا استوفى أركانه وشروط صحتها، من وجود الرضا وصحته وتوافر محله وسببه. فهذا هو أصل الالتزام الصحيح في القانون المدني. إلا أن دراسة طوائف معينة من الالتزامات المدنية تجعل من مانعية الحقيقة أعلاه محل شك. إذ نجد أن ثمة التزامات عقدية تقوم بمعزل عن أهم أركانها ومع ذلك يعترف بها القانون ويقر بصلاحياتها لترتيب الآثار القانونية بل ويفرض هو بنفسه عنصر الإلزام بشأنها، ما دفع بعض الفقهاء^(١) إلى تقسيم الالتزامات الإرادية إلى التزامات مقيدة يشترط فيها توافر واستيفاء أركانها حتى يحترمها القانون ويحرص على تأكيد عنصر الإلزام بها بوسائله. والالتزامات مجردة تعد صحيحة ولو لم تستوف بعض أركانها أو وجد شك حول صحة أحدها، وتكون لديها صلاحية أحداث الأثر القانوني بمجرد وجودها على النحو الذي يعترف به القانون دون أن تخضع لما يمكن أن يهدم هذا الوجود في العلاقة بين الدائن والملتزم.

ومن أجل البحث في مفهوم هذا الالتزام المجرد يتعين علينا البحث في فكرة التجريد في الالتزامات بتعريف الالتزام المجرد في إطار العلاقات القانونية المدنية ليتسنى لنا بعد ذلك الوقوف عند نطاق هذا التجريد فيما يتعلق بالالتزامات المدنية، وذلك بمطالبتين آتيتين.

المطلب الأول: التعريف بالالتزام المدني المجرد

تتعدد التعريفات المطروحة بصدد الالتزامات المجردة بحسب المعيار الذي ينظر إليه كأساس للتجريد، فبين من يربطه بالشكل أو يجرده عن السبب أو يربطه بعنصر الإفصاح عن الإرادة دون سواه تباينت التعريفات التي تتعرض لمفهوم وحقيقة الالتزام المجرد.

ووفقاً لمعيار الشكل يعرف الالتزام المجرد على أنه «الالتزام الذي يستمد صحته وقوته الإلزامية من الشكل بصرف النظر عن إرادة أطرافه»^(٢). ومن الناحية التاريخية ارتبطت فكرة الالتزامات المجردة أو الصحيحة (بحد ذاتها) بفكرة الشكلية الرمزية في القانون الروماني. وفي إطار عقود القانون الضيق كانت التصرفات القانونية جميعها شكلية ومجردة^(٣). فالقانون الروماني حتى عصر جستنيان لم يعرف من العقود إلا ما كان مظهره يبيده كذلك باتخاذ الشكل الذي يعترف به هذا القانون^(٤). فالفصل بين الإرادة والتصرف مرموزاً إليه بشكل معين هو ما يجسد فكرة التجريد عند الرومان^(٥). فمفهوم

(١) د. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٤٧م، ص ٢٨٠.

(٢) ينظر د. محمود أبو عافية، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٣) ينظر: د. صدام كوكز المحمدي ود. أسعد عبید عزيز الجميلي، تجريد الالتزام من الدفوع دراسة قانونية مقارنة في وسائل حماية الدائنين في العلاقات العقدية، مجلة جامعة الأنبار، كلية القانون، ٢٠١٣، ص ٤. وينظر أيضاً د. محمود أبو عافية، مصدر سابق، ص ٢٧، ٢٨.

(٤) ينظر: د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١م، ص ١٦١ هامش رقم (١)

(٥) ينظر: د. محمود أبو عافية، مصدر سابق، ص ٨-١٠.

الالتزام المجرّد عند الرومان يتمحور حول فكرة ان وجود التصرف القانوني وقوته الملزمة لا يستندان الى ارادة اطرافه ولا حتى للإفصاح عنها او التعبير, بل الى الشكل الذي اشترطه القانون مباشرة. فالأثر القانوني بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية على سبيل المثال كانت تترتب مباشرة على الاشهاد او الدعوى الصورية او التسليم وليس على امر داخلي اخر او حتى خارجي^(٦).

لكن هذا المفهوم للالتزام المجرّد على وفق معيار الشكل لا يمكن قبوله لاسيما وانه لا يعد معيار خاصا بالالتزامات المجرّدة دون سواها. اذ انه من المعلوم ان جميع التصرفات في القانون الروماني كانت تتسم بميزة الشكلية والرمزية ومن ثم يصعب القول باختصاص الشكلية بالتصرفات المجرّدة. ولا تصلح بعد ذلك هذه الفكرة لتأسيس فكرة تجريد الالتزامات. لذا لا يمكن التعويل على الطرح اعلاه؛ لأنه لا يعطي دلالة واضحة للالتزام المجرّد.

طرح بعد ذلك معيار اخر اكثر واقعية ويعود في جذوره الى المدرسة الجرمانية, فالفكر الالمانى وراء الفقه والابحاث والدراسات التي اثرت بالنقنين المدني الالمانى (١٩٠٠م) فصار من ابرز سماته اعترافه بشكل اساسي بالتصرفات المجرّدة, ويعرف الالتزام المجرّد وفقا للمفهوم الجرمانى على انه «الالتزام الصحيح بصرف النظر عن سببه او بمعزل عن سببه»^(٧). وهذا المعنى هو الاساس النظري الأول للالتزامات المجرّدة وهو معيار موضوعي^(٨), وهو اساس نظرية التجريد في الالتزامات والذي لا يمكن مغادرته الى سواه من الاسس دون ان تتغير ملامح النظرية لكنه يحتاج الى تحديد. فما هو السبب الذي يتجرد عنه الالتزام او يفصل عنه؟ فالسبب له اكثر من مدلول على صعيد الالتزامات في القانون المدني. فهو قد يكون منشأ او قصديا او سببا باعثا.

والسبب المنشئ هو المصدر الذي أوجد الالتزام من عقد او ارادة منفردة او كسب دون سبب او عمل غير مشروع او حتى القانون^(٩). ونستبعد هذا المعنى من مفهوم الالتزام المجرّد؛ لأنه من المسلم به ان العقود تتجرد من مصادرها المنشئة حتى فيما يتعلق بالعقود التي لا تقوم لها قائمة دون وجود مصدر منشئ كعقد الكفالة او الإنابة بالوفاء, فهذه العقود رغم كونها تابعة للعلاقة الاولى (الدين الاصلي) من حيث الوجود والعدم الا ان لها كيانا مستقلا قائما بذاته من ناحية اطرافها ومراكزهم العقدية في كل علاقة, ومن ناحية ثانية فإن اثارها تترتب استنادا اليها لا الى العقد او المصدر الأول. أما السبب القسدي^(١٠) فهو السبب وفق مفهوم النظرية التقليدية, ويعني الغرض

(٦) ينظر: د. صبيح مسكوني, مصدر سابق, ص ١٦٠-١٦٩.

(٧) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٩٥. وايضا د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ١٨.

(٨) ينظر: د. علي فوزي الموسوي, التصرف القانوني المجرّد في الاوراق التجارية, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية, كلية القانون, جامعة بغداد, المجلد الرابع والعشرون, العدد الثاني, ٢٠٠٩م, ص ٢١٩.

(٩) ينظر: د. عبد الحميد الحكيم, الموجز في شرح القانون المدني, مصادر الالتزام, المكتبة القانونية, بغداد, ٢٠٠٧م, ص ٢١٧. وايضا د. سليمان مرقس, شرح القانون المدني, في الالتزامات, المطبعة العالمية, القاهرة, ١٩٦٤, ص ١٠٢, ١٠٣.

(١٠) يطلق عليه السبب الفني. ينظر بهذا الشأن: د. عبد الحي حجازي, موجز النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام, الجزء الأول, المطبعة العالمية, القاهرة, ١٩٥٥, ص ٩٢. وللمزيد بشأنه ينظر: للمؤلف ذاته, النظرية العامة للالتزام, الجزء

المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول اليه من وراء التزامه^(١١)، وهو ركن بالعقد يشترط توافره بجانب الرضا والمحل. وهو عنصر غير متغير في النوع الواحد من العقود، ففي العقود الملزمة لجانبين يكون سبب التزام كل طرف هو التزام نظيره، أما العقود الملزمة لجانب واحد فأنها لا تخرج عن كونها إما رضائية كعقد الكفالة ويكون السبب فيها -وفقا للنظرية التقليدية- إبرام العقد الأصلي. أو عينية يكون السبب فيها هو واقعة التسليم. أما في عقود التبرع فيكون السبب هو نية التبرع^(١٢).

وهذا المعنى في السبب لا يمكن ان يكون هو معيار التجريد في الالتزامات المجردة، لأن التصرفات القانونية جميعها سواء كانت مسببة أو مجردة لأبد ان يكون لها سبب بالمعنى التقليدي (قصدي)؛ أما عن بطلان السبب المصرح به بالعقد أو عدم مشروعيته فهذا من شأنه ان يبطل الالتزام برمته سواء كان مقيدا (مسبب) أو مجردا. يبقى المعنى الأخير للسبب أي السبب بمعنى الباعث الدافع للتعاقد^(١٣)، وهو السبب وفقا لمفهوم النظرية الحديثة، المتمثل بغاية كل متعاقد أو غرضه غير المباشر من التعاقد. وهو يختلف في النوع الواحد من العقود ويختلف فضلا عن ذلك من شخص لآخر؛ لأنه عنصر نفسي متغير^(١٤).

ونالت نظرية السبب أكبر الحظوظ وشغلت الفقه لوقت طويل ولا تزال تفعل، فكان ازواجية معناه محل جدل بين كبار الفقهاء في فرنسا^(١٥). وهذه الأزواجية في مفهوم السبب انتقلت إلى التشريع ذاته ففي القانون الفرنسي يتراوح مفهوم السبب بين النظريتين التقليدية والحديثة على تفصيل لا مجال لذكره في هذا البحث^(١٦) وانعكس ذلك على أحكام القضاء في فرنسا^(١٧). وفي إيطاليا يقصد به الغرض الاقتصادي القانوني الذي يعترف به القانون ويحميه وهو عنصر مادي خارجي يرتبط بإرادة القانون ويخرج من منطقة النوايا أو المحيط النفسي لأطراف العقد^(١٨). فالسبب في الهبة هو النية القاطعة في التخلي عن مال خاص بلا مقابل بقصد التبرع، أما في البيع فهو تبادل الشيء بالثمن أي تبادل المنافع الاقتصادية القانونية المتقابلة^(١٩). أما في ألمانيا فيقترب مفهوم السبب من مفهومه في النظرية التقليدية اعلاه، لكنه يعرف فيما يتعلق بالتصرفات المجردة عن السبب بأنه

الأول، الالتزام في ذاته، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ١٢٩-١٦٧.

(١١) ينظر: د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ٩٠.

(١٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٢١٧-٢١٩.

(١٣) يطلق عليه السبب المصلحي. ينظر بهذا الشأن د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ١١٩.

(١٤) ينظر: د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٩.

(١٥) ينظر: بشأن هذا الاختلاف: د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٩٢ وما بعدها. وايضا: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٦٣ وما بعدها.

(١٦) ينظر بشأن ذلك: د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مصدر سابق، ص ٢٦٦. وايضا د. محمود أبو عافية، مصدر سابق، ص ١٠٨-١١٠.

(١٧) ينظر: د. جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول، السنة الرابعة والثلاثين، ١٩٦٤، ص ٤٠-٤٥. وايضا د. محمود أبو عافية، مصدر سابق، ص ٩٨-١٠٩.

(١٨) ينظر: د. محمود أبو عافية، مصدر سابق، ص ١٣٦. وايضا د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي، مصدر سابق، ص ١٨.

(١٩) ينظر د. محمود أبو عافية، المصدر ذاته، ص ١٣٧.

سبب الاضافة الى الذمة والذي يعني الغرض المباشر في العمل المادي لكن بمفهوم نظرية الكسب دون سبب^(٢٠). الامر الذي دفع بعض الفقه^(٢١) الى الدعوة بهذا الشأن الى الأخذ بنتائج النظريتين الحديثة والتقليدية في السبب, لأنه في كل الفروض يدخل في نطاق الرضا ويمثل مصلحة الملتزم, فاذا اريد تبين وجود السبب ينظر اليه نظرة اجمالية عن كذب بمنظور النظرية التقليدية. اما اذا اريد تبين مشروعيته من عدمها فينظر اليه من زاوية نفسية وبمنظور النظرية الحديثة^(٢٢). فالسبب متلازم مع الإرادة في النظريتين ولكنه في النظرية الحديثة اوثق اتصالا بها بل هو مختلط معها. اذ لا يتصور انعدامه دون ان نتصور انعدام الرضا. ومهما تعددت البواعث فالإرادة هي التي تحركها. اما السبب في النظرية التقليدية فهو متلازم مع الإرادة على نحو مفترض ومحدد, ولكنه متصل بها^(٢٣).

وتماشيا مع منهج المشرع في القانون العراقي والذي كرسته المادة (١٣٢) من القانون المدني بنصها: «١. يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام والآداب . ٢. ويفترض في كل التزم ان له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقيم الدليل على غير ذلك. ٣. اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك» نرى ان هذا الرأي الأخير-المزدوج- فيما يتعلق بمعنى السبب هو الراجح^(٢٤).

ولكن مع ذلك فنعتقد ان معيار السبب كأساس للتجريد وان كان الاساس الاول لنظرية التصرف المجرد في القانون الالمانى الذي يعد المصدر التاريخي المباشر لهذا النوع من التصرفات. غير كاف لتأسيس معيار التجريد, على الاقل في القوانين اللاتينية ومنها القانونين المدني العراقي والمصري^(٢٥). فهذا المعيار فضلا عن انه يحمل في ذاته عدم وضوحه فانه يضيق عن مواكبة الغاية من ايجاد هذا النظام في الالتزامات عموماً؛ لأن القيمة العملية لتجريد الالتزامات ترتبط بغاية الحفاظ على استقرار المعاملات وحماية المراكز القانونية قدر الامكان. وتظهر الحاجة الجدية لها في احوال انتقال الالتزام بين الذم او دخول ملتزم جديد لالتزام قائم -على نحو ما سنرى في موضع لاحق- وهذه الغاية لا يمكن تحقيقها بفصل التصرف او الالتزام عن سببه حتى وفقا للنظريتين اعلاه معا, بل لا بد من فصله عن كل الظروف الشخصية التي يمكن ان تهدد مصير الالتزام اذا لم يكن العاقد الاخر او المستفيد من الالتزام على علم بها او

(٢٠) ينظر: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ١٨.

(٢١) د. محي الدين اسماعيل علم الدين, نحو مفهوم جديد للتصرف المجرد, مذكور لدى: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ٩, هامش (١٢)

(٢٢) ينظر: د. صدام المحمدي, مصدر سابق, ص ٩.

(٢٣) ينظر بهذا الشأن: د. محمد صديق عبد الله, موضوعية الإرادة التعاقدية, دار الكتب القانونية, مصر, ٢٠١٢م, ص ١٢٩, ١٣٠.

(٢٤) وتنص المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م على انه «اذا لم يكن للالتزام سبب, او كان سببه مخالفا للنظام العام والآداب, كان العقد باطلا». وينظر بشأن ازدواجية معنى السبب في القانون العراقي: د.

عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق, ص ٢٤٩-٢٥٣. وفي القانون المصري: د. سليمان مرقس, مصدر سابق, ص ١٣٥.

(٢٥) قارن عكس ذلك: د. عبد الحي حجازي, النظرية العامة للالتزام, ج ١, مصدر سابق, ص ١٦٨. اذ يذهب الى ان الالتزام المجرد هو الالتزام المجرد عن السبب في معناه المزدوج.

كانت عائدة الى جهته؛ وذلك لتسهيل اكتساب الحقوق واستقرارها وتداولها بشكل يجعلها في مأمن من تأثير الظروف الشخصية عليها^(٢٦). ونقتبس فكرة يطرحها بعض الفقه^(٢٧) فيما يتعلق بعناصر التصرف القانوني والذي يرى انها تتحلل الى أمور ثلاثة هي «الإرادة والتعبير ومطابقة التعبير للإرادة». ونقول ان الالتزام لا يتجرد عن اثر السبب فحسب وان كان هذا الأخير بمعناه الدافع يستوعب عيوب الارادة^(٢٨). لكنه فضلا عن ذلك يتجرد عن عنصر التطابق بين الإرادة والتعبير، فنجد المشرع في احوال معينة يعترف بالتصرفات الصورية مع حقيقة كون هذا العنصر منعدم^(٢٩).

لذا نتفق مع جانب من الفقه^(٣٠) ممن يرى ان معيار التجريد ينبغي ان يكون على اساس الاعتراف بالإرادة المعلن عنها (التعبير). ويعرفه وفقا لهذا المعنى بأنه «التصرف القانوني الذي تتوقف صحته على التعبير عن الإرادة بغض النظر عن الإرادة الحقيقية». بمعنى انه بالجمع بين الفكرتين اعلاه ينتج لدينا اساس التجريد في قانوننا المدني وهو اعتداد المشرع بعنصر التعبير وحده دون العنصرين الاخرين، وتعليلنا لذلك انه مادام عماد التصرفات القانونية في المدرسة اللاتينية هو ارادة اطرافها وفكرة الرضائية هي القاعدة فيها^(٣١)، وعمادها في المدرسة الجرمانية هو التعبير عن الارادة^(٣٢). فينبغي معاملة الافكار الجرمانية ومنها الالتزامات المجردة في التشريع اللاتيني على وفق ما يخدم العقيدة العامة لهذا التشريع. لذا علينا الابتعاد عن الاساس الجرمني للتجريد ونعني به السبب؛ لأنه لا يخدم تعليل وجوده في القانونين العراقي والمصري، والانطلاق من غايته في القوانين الجرمانية والتي اثرت ببعض القوانين لاتينية العقيدة كمصر والعراق ودفع المشرع فيها الى تبينها، وهذه الغاية كما قدمنا هي حماية المراكز القانونية في احوال انتقال الالتزام. فمتى ما وجدت هذه الغاية في التزام ما في القانون المدني العراقي او المصري نكون امام التزام مجرد. وبتبنا لهذه الفروض وجدنا ان المشرع يربطها بالتعبير عن الإرادة منفصلا عن الإرادة الحقيقية الباطنة. وانطلاقا من هذه الفكرة سيتسع نطاق الالتزامات المجردة من حيث الموضوع فيدخل فيها فضلا عن التزام المناب والكفيل و المحال عليه في حوالة الدين التصرفات الصورية وتصحيح العقد المعيب بعيب لم يتصل بعلم العاقد الاخر. وهذا من شأنه تبرير اوضاع قانونية وجدت على خلاف عقيدة المشرع كاعترافه بالعقد الصوري في بعض الاحوال رغم ثبوت كونه مخالفا لإرادة عاقيه. ولا يعني هذا ان الالتزام المجرد يبقى صحيحا في كل الاحوال، ولا يوجد ما يمكن ان يتسبب ببطلانه، على العكس من ذلك فهو يبطل اذا كان محله غير مشروع او كان السبب

(٢٦) بالمعنى ذاته ينظر: المصدر السابق، ص ١٦٩.

(٢٧) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري دراسة مقارنة، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، الطبعة الاولى ١٩٧-١٩٨.

(٢٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٧٦.

(٢٩) ينظر المادة (١٤٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣٠) د. محمود ابو عافية، مصدر سابق، ص ٢٧٢. وأيضا د. احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الاول، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٢١٨.

(٣١) ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، بلا سنة، ٥٥٧.

(٣٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٧٧.

المصرح به غير مشروع او باطل^(٣٣).

فيمكننا بعد ذلك تعريف الالتزام المجرّد بأنه الالتزام الذي لا يتأثر حق المستفيد فيه بمضمون الإرادة الباطنة للملتزم والدفع المتعلقة بها ويقوم مستندا على التعبير عن الإرادة متى كان هذا صحيحا.

المطلب الثاني: نطاق التجريد في الالتزامات المدنية

إذا كنا قد انتهينا بأن التجريد في الالتزامات يعني فصلها عن كل اثر للإرادة الباطنة للملتزم, سيكون لزاما علينا ان نحدد مجال او نطاق هذا التجريد في الالتزامات المدنية. ومن نافلة القول ننوه الى ان التجريد وفقا للمعنى المتقدم لا تكون له قيمة تذكر الا بالترامن مع وجود سبب او امر يؤدي الى بطلان الالتزام في ذاته في الاحوال الاعتيادية. اي وجود ما يهدد الالتزام في ذاته وسواء كان اثره بطلان العقد او وقفه وعدم نفاذه. او كان هذا الامر عائدا الى السبب في ذاته او الى عيوب الإرادة^(٣٤), من اكراه وغلط وغبن مع تغيير واستغلال, فهذه العيوب مندمجة مع الباعث الدافع^(٣٥). او انه كان عائدا الى عدم التطابق بين الإرادة والتعبير^(٣٦). فكلها امور نفسية تتقاطع مع الحكمة من نظرية التجريد في الالتزامات التي وجدت لحماية التصرفات القانونية من المؤثرات الداخلية للإرادة فيها^(٣٧).

وبشأن مساحة التجريد في الالتزامات المدنية نؤكد على حقيقة ان المشرع وبقدر تأثيره بالمدرسة الجرمانية او اللاتينية سيزيد او ينقص من مساحة الالتزامات المدنية المجرّدة^(٣٨). وفي القانون العراقي وفي ظل وجود القاعدة الكلية الام القاضية بأن «العبرة بالعقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»^(٣٩). يكون حريا بنا ان نتساءل عن مدى حدود هذا التجريد في الالتزامات المدنية. وان كانت الاجابة انه في ظل القانون العراقي يتمتع مبدأ سلطان الإرادة بالسيادة

(٣٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق, ص ٢٥٤, ٢٥٥. وايضا: د. علي فوزي الموسوي, مصدر سابق, ص ٢٢٠, ٢٢١.

(٣٤) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ٣٧٥.

(٣٥) كان القضاء الفرنسي وراء اندماج عيوب الإرادة مع الباعث الدافع وذلك من خلال تطور احكامه التي استبعدت التفرقة بين السبب والباعث وربطت عيوب الإرادة بالباعث الدافع للتعاقد, وعلى الاخص بعيب الغلط وابتات تلك العيوب تندرج جميعها تحت معنى الباعث. ينظر بهذا الشأن: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ١٠٩. وهذه الفكرة موجودة حتى في القوانين الجرمانية اذ يذكر د. احمد حشمت ابو ستيت أن هذه القوانين التي تغلب الإرادة الظاهرة جردت الإرادة في حالات كثيرة من سببها بل ومن عيوبها, بحيث لا يكون بالإمكان الطعن في العقد بالبطلان على اساس انعدام السبب ولا بالإبطال على اساس عيب في الإرادة, ولا يملك المدين ان هو زعم شيئا من ذلك الا ان يرجع على دائته بدعوى الاثراء بلا سبب. ينظر مؤله, مصدر سابق, ص ٢١٨.

(٣٦) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٢٠٨. وايضا د. وليم سليمان قلادة, مصدر سابق, ص ٢٩٠.

(٣٧) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ١٥٠.

(٣٨) ننوه الى ان التجريد في القانون المدني لا ينحصر بالالتزامات (الحقوق الشخصية) بل يمتد ايضا للحقوق العينية, وما عقد بيع العقار كمثال عن العقود الشكلية في القانون العراقي الا تجسيدا لفكرة التجريد. اذ يعترف القانون بالعقد بصورته المعلن عنها (الشكل) دون أي اعتبار لإرادة اطرافه. واعرضنا عن البحث فيها تقيدا بالفكرة محل البحث والتي تقتصر على الحقوق الشخصية.

(٣٩) ينظر المادة (١/١٥٥) من القانون المدني العراقي.

في ظل القانون العراقي بدلالة الكثير من الاحكام سواء أكانت متعلقة بانعقاد العقد^(٤٠) أو بطلانه^(٤١) فإن هذا القانون حاول من ناحية ثانية تأمين قدر من الاستقرار للتصرفات القانونية^(٤٢) سواء على صعيد الحقوق الشخصية او حتى العينية. وكان دافعه من وراء ايجاد هذه الموازنة بين مبدأ الرضائية وفكرة استقرار المعاملات اعتبارات عملية كثيرة اشترنا اليها فوقر نوعاً من الحماية للمتعاملين في عدد من التصرفات القانونية في مواجهة من يتمسك بدفوع من شأنها ان تززع الثقة في التعامل. فعمد الى حجب قدرة الملتزم (المدين) على التمسك بدفوع من شأنها التشكيك بوجود الالتزام او نفاذه في مواجهة المستفيد سواء أكان طرفاً في التصرف القانوني او كان اجنبياً عنه^(٤٣).

وبشأن نطاق هذا التجريد يرى جانب من الفقه^(٤٤) ان فكرة تجريد الالتزام من الدفوع تختلف عن فكرة التصرف القانوني المجرد. ويرون ان التصرف المجرد هو التصرف الصحيح بصرف النظر عن سببه، اي التجريد على وفق المعيار الموضوعي السابق بحثه. بينما يعتبرون ان تجريد الالتزام من الدفوع يعني ان الدفع موجود وصحيح لكن المشرع اسقط التمسك بشأنه بدفوع معينة تتصل بشخص الملتزم^(٤٥).

والحق ان الرأي اعلاه دقيق الى درجة كبيرة اذا نظرنا اليه من حيث ماهية التجريد في التصرفات القانونية. لاسيما وان التصرف القانوني المجرد بالمعنى الذي رجحناه والذي ينهض صحيحاً بمعزل عن اثر مضمون الإرادة مستندا الى التعبير عنها، يقترن من الناحية العملية بعملية نقل الحقوق بين الذمم المالية سواء كان ذلك بالنسبة لحوالة الدين او الانابة بالوفاء او حتى بالنسبة للكفالة، وان كانت هذه الاخيرة تتضمن مفهوم اضافة ذمة الى ذمة الملتزم الاصلي، لكن الفكرة واحدة وهي وجود مستفيد من الالتزام لا ينبغي ان يتأثر حقه بدفوع لم يكن ليعلم بها او لم تكن راجعة لجهته. وهذا المنطق ينسجم مع المدرسة الجرمانية التي تنتظر للالتزام على انه قيمة مالية يمكن تداولها^(٤٦). فالغاية من تجريد هذه الالتزامات - التي تنتقل بكيفيات مختلفة - من الدفوع هو حماية حق المستفيد من اثر البطلان .

لكن اذا نظرنا الى اثر التجريد سواء بالنسبة للتصرف المجرد بالمعنى المتقدم او بما يصطلحون على تسميته «تجريد الالتزام من الدفوع» سنجد ان وسيلة المشرع لتحقيق الغاية اعلاه هو تعطيل اثر الدفوع التي يمكن ان تنال من صحة العقد او نفاذه او حتى تنفيذه في مواجهة المستفيد حسن النية او الدائن. فما حاجة المستفيد بعقد صحيح نافذ اذا كان لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين. فأينما وجدت هذه الملاحظات مقترنة بغاية حماية الحقوق بين الذمم المالية يكون الالتزام مجرداً بقدر ما. نعم يمكن ان يكون التجريد ليس

(٤٠) نظر المواد (٧٧-١٢٥) من القانون المدني تحت عنوان التراضي كركن اول بالعقد.

(٤١) ينظر المادة ٩٦ فيما يتعلق ببطلان تصرفات الصغير غير المميز لانعدام ارادته، والمادة ١٣٧ / ٢ بشأن بطلان العقد لأسباب البطلان المختلفة ومنها عدم مشروعية الباعث وهو جزء من الإرادة .

(٤٢) ينظر : د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي، مصدر سابق، ص ١٦.

(٤٣) ينظر : د. صدام المحمدي، مصدر سابق، ص ٤.

(٤٤) المصدر ذاته، ص ٨-١٠.

(٤٥) المصدر ذاته، ص ٩.

(٤٦) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١٥.

من مرتبة واحدة. ففكرة التجريد تتدرج^(٤٧)، لكنها قائمة جميعا على حقيقة تعطيل اثر دفع لا يعلم بها المستفيد من الالتزام او لم يكن بإمكانه ذلك. سواء كان هذا الدفع هو دفع بعدم التنفيذ او بحق الحبس او بانقضاء التزام الملتزم تجاه دائئه الاول بالفسخ او الاسباب الاخرى^(٤٨). ودليلنا على ذلك ان القانون المدني العراقي ذاته في المادة (٤٠٧) والتي تعد سند التجريد في هذا القانون ساوى في الانابة بالوفاء بين هاتين الفكرتين^(٤٩). ونرى ان المشرع نظر الى المسألة من حيث اثرها وغايتها على وفق المعنى الذي رجحناه. صحيح ان الفكرتين متميزتين من الناحية المنطقية من حيث اتصالهما بالبطلان. فالالتزام المجرد يفترض تجريده من اسباب البطلان او الوقف على اختلاف معيار هذا التجريد كما مر بنا. اما التجريد من الدفع فلا يشترط فيه التجريد من اسباب البطلان, بل قد يوجد تجريد في التزام صحيح يراد الامتناع عن تنفيذه لسبب يستدعي ذلك, او بشأن التزام يستعمل فيه حق الحبس. ومسلك المشرع في المادة اعلاه صحيح من حيث نتيجة الحكم والغايات العملية التي يرمي لتحقيقها اذا سلمنا بحقيقة ان التجريد يتدرج. لكن تبقى المسألة المهمة هي تلازمه بالمعنى الضيق مع اسباب الوقف او البطلان ليكون التزاما مجردا منها اما التجريد على عمومه فلا يشترط هذا التلازم ويعمل حتى بالنسبة للدفع التي لا تؤثر على صحة العقد او مصيره.

٤٧ ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري, مصدر سابق, ص ٣٧٨.

٤٨ للمزيد بشأنها ينظر: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ٢٥, ٢٦.

٤٩ تنص المادة (٤٠٧) على انه: « يكون التزام المناب صحيحا حتى لو كان ملتزما قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلا او خاضعا لدفع من الدفع, ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب, كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره».

المبحث الثاني

تطبيقات الالتزام المدني المجرد

من خلال تتبعنا لأحكام القانون المدني العراقي والمصري وجدنا ان فكرة تجريد الالتزامات ليست من مرتبة واحدة بل تتدرج على حد تعبير جانب من الفقه^(٥٠). بحسب قيمة واهمية الامر الذي ينفصل عنه الالتزام ليجرد. لكن من الناحية الفنية فآثره واحد هو فصله في صورته المعلن عنها عن كل ما يهدد وجوده في ذاته او بقاءه في مواجهة المستفيد. ومن ثم بقاءه صحيحا رغم ما يثبت وجوده فيه من عيوب تتعلق بمضمون الإرادة او في تطابقها مع التعبير. وللوقوف على مظاهر التجريد في الالتزامات المدنية وتتبع التطبيقات سنعمل على تقسيم هذا المبحث الى مطلبين آتيين.

المطلب الاول: الالتزام المجرد من عيوب مضمون الإرادة

يقصد بعيوب مضمون الإرادة هي عيوب الإرادة المألوفة مضافاً إليها السبب وفقاً لمفهوم النظريتين التقليدية والحديثة. فهذا الأخير حسب الرأي الذي نرجحه هو عنصر في الإرادة ذاتها سواء قصد به سبب الالتزام او سبب العقد^(٥١). اما بالنسبة لعيوب الإرادة فنقصد بها الظروف التي توافرت فيها شروط عيوب الإرادة وليست الظروف التي تعدم الإرادة فهذه لا يتجرد عنها الالتزام المدني لأنها تمس الرابطة العقدية في ذاتها وتعدم العقد^(٥٢). اما اذا توافرت شروط العيوب كشرط استعمال وسائل الاكراه والرهبة التي تحمل على التعاقد في عيب الاكراه. وشرط كون الغلط المؤثر مشتركاً وقع فيه العاقدان كلاهما او على الأقل كان العاقد الآخر يعلم به او من السهل ان يعلم به^(٥٣) فيكون أثرها وقف العقد لمصلحة العاقد الذي عيبت إرادته. وسنبحث في الالتزامات المدنية التي تتجرد عن عيوب مضمون الإرادة في فروع ثلاثة، نخصص الأول للبحث في التزام المناب وفي الثاني نبحث مدى التجريد في التزام الكفيل والثالث للبحث في التزام المحال عليه في حوالة الدين.

الفروع الاول: التزام المناب

نقصد بالمناب الملتمزم في الانابة بالوفاء. او المتعهد بالوفاء بالالتزام الغير. والانابة بالوفاء عقد بين المدين والدائن وشخص اخر يتعهد فيه الاخير بالوفاء بدين على المدين فيكون هو المدين الجديد ويدعى المناب، اما المدين فيدعى المنيب والدائن هو المناب لديه. وهي من طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء^(٥٤). وسواء كانت هذه الانابة كاملة بحلول المناب محل المنيب وسقوط التزام الاخير، او ناقصة بقيام التزام المناب بجانب

(٥٠) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٧٨.

(٥١) ينظر: د. جميل الشراوي، طبعة المحل والسبب، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٥٢) ينظر: استاذنا د. جليل الساعدي، العنصر النفسي في العقد دراسة في القانونين العراقي والانكليزي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد السابع والعشرون، العدد الثاني، ٢٠١٢م، ص ٨٣.

(٥٣) ينظر المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي والمادة (١٢٠) من القانون المصري. وينظر فيما يتعلق بالغبين مع التغيير المادة (١٢٢) من القانون المدني العراقي والمادة (١٢٥ و ١٢٦) من القانون المصري الذي اسماه التذليل.

(٥٤) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٢٢.

التزام المنيب ليكونا معا مدينين بالتضام^(٥٥) فأنها تتضمن تجريد التزام المناب تجاه المستفيد.

بمعنى ان التزام المناب تجاه المناب لديه (المستفيد) هو التزام مجرد عن العلاقة السابقة بين المناب والمنيب ولا تتأثر بالدفع التي كان يمكن للمناب التمسك بها تجاه المنيب^(٥٦). وهذا ما تقضي به المادة (٤٠٧) من القانون المدني العراقي اذ نصت على انه « يكون التزام المناب صحيحا حتى لو كان ملتزما قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلا او خاضعا لدفع من الدفع . ولا يبقى للمناب الا حق الرجوع على المنيب كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره»^(٥٧).

ويلاحظ ان هذا الحكم قد جاء بقاعدة مفسرة مفادها انه اذا لم يوجد اتفاق مخالف فإن علاقة المناب (الملتزم) قبل المستفيد هي علاقة مجردة من كل الدفع المتعلقة بعلاقة الاول في مواجهة المدين, سواء كانت متعلقة ببطلان التزام الاول تجاهه او متعلقة بدفع اخر لا يؤثر على صحة التزامه لكن يعيق تنفيذه كحق الحبس او الدفع بعدم التنفيذ. فلا يتأثر التزام المناب تجاه المستفيد بعيوب الإرادة التي شابت ارادة الملتزم تجاه المنيب ولا بانعدام السبب او عدم مشروعيته. فلو تبين للمناب ان سبب التزامه تجاه المنيب لم يكن له وجود وانه ليس مدينا للأخير من الاساس لسبب او لآخر كانقضاء الالتزام او فسخ الرابطة العقدية او غيرها فلا يمكنه استعمال هذه الظروف للتملص من التزامه تجاه المستفيد^(٥٨). لكن يستطيع المناب بعد وفاء الدين للمستفيد ان يرجع على المنيب وفقا لأحكام المدفوع دون وجه حق اي على اساس الكسب دون سبب^(٥٩).

ولابد من الاشارة في هذا السياق ان المناب يستطيع مع ذلك ان يتمسك بأسباب البطلان او الدفع حتى تلك المتعلقة بمضمون ارادته في علاقته بالمستفيد والناعبة من عقد الانابة بالوفاء. فاذا كان في هذا العقد قد شاب ارادته عيب من العيوب او كان سبب التزامه او عقده ليس صحيحا او غير مشروع فله ان يتمسك بهذه الاسباب التي قد توقف العقد او تبطله بحسب الاحوال.

اذن فالتجريد الذي يمكن ان يفيد منه الدائن في الانابة بالوفاء هو ذلك المتعلق بعلاقة المدين الاصلي بالمدين الجديد؛ لأن الدائن (المستفيد) يعد اجنبيا عنها, هذا من جهة. ومن جهة ثانية حتى لا تتزعزع قيمة الانابة كوسيلة لانقضاء الالتزام فيعرف الدائنون عن قبول التعهد بالوفاء من قبل اشخاص غير المدين خوفا من مفاجأتهم بدفوع او اسباب بطلان الالتزام التي لم تكن لتتصل بعلمهم ولا تعود لجهتهم. حتى لا تهيأ للمناب الفرصة للبحث عن دفوع ممكن ان تعطل التزامه في عقد الانابة. فالتجريد بهذا المعنى يوفر السرعة ويؤمن الاستقرار الذي تحتاجه عملية نقل الالتزامات بين الاشخاص^(٦٠). لاسيما وان الانابة هي اداة وفاء مزدوجة تقضي على التزامين في الوقت

(٥٥) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, المصدر ذاته, ص ٤٤٢-٤٤٥.

(٥٦) ينظر: المصدر ذاته, ص ٤٤٥.

(٥٧) تقابلها المادة (٣٦١) من القانون المدني المصري.

(٥٨) ينظر: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي, مصدر سابق, ص ٢٨.

(٥٩) ينظر: د. محمود ابو عافية, مصدر سابق, ص ٢٢٠.

(٦٠) ينظر: د. صدام المحمدي, مصدر سابق, ص ٢٩.

ذاته- في اغلب الفروض- التزام المنيب تجاه الدائن (المستفيد) وهي علاقة سابقة اولى. والتزام المناب تجاه المنيب- ان وجد- وهذه علاقة سابقة ثانية. وتأتي الانابة بين اطراف هذه العلاقات لتقضي عليها من حيث الاصل^(٦١).

الفرع الثاني: التزام الكفيل

الكفالة هي «ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام»^(٦٢). وهي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه^(٦٣). وهو عقد ملزم للكفيل وحده دون المستفيد^(٦٤) والكفالة قائمة على حقيقة وجود التزام سابق ناشئ عن علاقة قانونية أيا كان مصدرها، يتلوه عقد اخر هو عقد الكفالة بين الكفيل والدائن مضمونه التزام الكفيل بوفاء الدين اذا لم يف المدين الاصلي، ما لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين او كان قد نزل عن حقه في التجريد^(٦٥). وهي تفترض بقاء الدين في ذمة المدين الاصلي واطافة مدين جديد اليه. اما اذا اشترط المدين براءته فيعتبر حوالة دين ولا يستطيع الدائن مطالبتهما معا او مطالبة احدهما دون الاخر، بل يقتصر حقه بمطالبة الكفيل وحده^(٦٦). وهذا يضعنا امام حقيقتين مختلفتين في الوقت ذاته:

الأولى: ان عقد الكفالة هو عقد تابع للالتزام الاول. ومن ثم فهو يرتبط به من حيث وجود الدين الاصلي ويلحق به ولا يوجد الا مستندا اليه^(٦٧). وهذا امر منطقي لاسيما وان التابع هو تابع بالحكم ولا ينفرد به^(٦٨). ويترتب على ذلك انه اذا انقضى الدين الاصلي او حكم ببطلانه بعد انعقاد عقد الكفالة فهذا الاخير ينقضي او يبطل كذلك. واذا كان الدين الاصلي غير موجود اصلا وقت انعقاد الكفالة فتبطل الكفالة لأنها غير مستتدة الى سبب في هذه الحالة^(٦٩).

الثانية: ان العلاقة بين المدين والكفيل هي علاقة منفصلة عن الدين الاصلي من جهة وعن عقد الكفالة من جهة ثانية، لكن في المسألة بعض التفصيل لتأطير حدود هذا

(٦١) اذا كانت انابة كاملة، ينظر للمزيد بشأنها: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٤١-٤٤٥.

(٦٢) المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٦٣) المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري.

(64) See: G.H. Treitel, an outline of the law of the contract, Butterworths, London, 2nd edition, p. 19.

(٦٥) ينظر المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي. وللمزيد بشأن ذلك ينظر: د. نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الثانية، بلا سنة، ص ٥٥.

(٦٦) ينظر: القاضي عبد الغفور محمد البياتي، القواعد الفقهية الكبرى واثرها في المعاملات المدنية والاحوال الشخصية، المكتبة القانونية، بغداد الطبعة الاولى، ٢٠١٠، ص ٧١.

(٦٧) ينظر: د. محمود ابو عافية، مصدر سابق، ٢١٣.

(٦٨) سبق لمحكمة النقض المصرية ان اكدت هذا المعنى بقرارها رقم (٤٧٤٦/٦١) لعام ١٩٦٢ مفاده ان التزام الكفيل سواء كان متضامنا او غير متضامن وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض هو التزام تابع لالتزام المدين الاصلي فلا يقوم الا بقيامه اذ لا يسوغ النظر في اعمال احكام الكفالة في التزام الكفيل قبل البت في التزام المدين الاصلي وللکفيل ان يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع ان يتمسك به المدين، وكل ما يؤثر في الالتزام الاصلي يؤثر في التزام الكفيل. مذكور لدى د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٣، هامش رقم (١).

(٦٩) ينظر للمزيد: د. محمود ابو عافية، مصدر سابق، ص ٢١٣، ٢١٤.

الاستقلال او الانفصال، فهذه الحقيقة ليست مطلقة كالحقيقة الاولى؛ لأن دخول الكفيل بصفته مدينا جديدا في عقد الكفالة اما ان يكون بغرض الوفاء بدين قائم بذمته للمدين او بنية السداد عنه مع الرجوع عليه او بدونه^(٧٠). وفي كل الاحوال ينشأ التزامه تجاه المدين والذي دفعه لقبول الدخول مع الدائن في عقد الكفالة مستندا الى مصدر من مصادر الالتزام المعروفة. وهذا الالتزام مهما كانت اغراضه المباشرة فهي تندمج مع بواعثها وتكون بمجموعها ركن السبب في التزام الكفيل في عقد الكفالة. ومن هذه الناحية يتضح كيف ان القول باستقلال علاقة الكفيل بالمدين ليس صحيحا على اطلاقه. ومع التسليم بأن عقد الكفالة له كيانه المستقل واثره المترتب على توافر اركانه الذاتية. فإن استقلاله من الناحية المنطقية عن علاقة الكفيل بالمدين تعكسه حقيقة كون التزام الكفيل في مواجهة الدائن كان بسبب علاقة الكفيل بالمدين^(٧١). ومن هذا المنطق يكون ركن السبب في عقد الكفالة- من جانب الكفيل- هو علاقته بالمدين. فاذا تبين بطلان هذه العلاقة لانعدام السبب او باقي عيوب مضمون الإرادة يمكن ان يتأثر التزام الكفيل في مواجهة المستفيد (الدائن) ويتوقف مصير عقد الكفالة على علاقة سابقة يكون المستفيد اجنبيا عنها. ما يعني ان عقد الكفالة سيتأثر في هذا الفرض فضلا عن تأثره بوجود الدين الاصلي والظروف الواقعية والشخصية الخاصة بعقد الكفالة، بالظروف الشخصية المتعلقة بعلاقة الكفيل بالمدين، مع حقيقة كونها علاقة منفصلة عن عقد الكفالة.

لذا يناقش الفقه^(٧٢) مدى امكانية تجريد التزام الكفيل من هذه الناحية عن علاقة المدين بالكفيل والدفع المتعلقة بها. والحق ان القانون المدني العراقي والمصري لم يتعرضا لهذا النوع من التجريد، فالقانون ذاته لم يتعرض اثناء تنظيمه لأحكام العلاقة بين الكفيل والمدين سوى لأثر حلول الكفيل محل الدائن في مواجهة المدين ورجوعه عليه^(٧٣)، ويتساءل الفقه عن مدى امكانية افتراض التجريد في الالتزامات المدنية في حالة غياب النص القانوني الصريح. وبعيدا عن الجدل حول هذه الفكرة^(٧٤) نعتقد بعد تسليمنا بأن التجريد في الالتزامات المدنية في القوانين اللاتينية قد تقرر خلافا للأصل في ان الرضائية هي القاعدة في العقود. وان الالتزام المقيد هو الاصل، الا ان ذلك لا يمنع من الاعتراف بوجود التزامات مجردة بطبيعتها دون توقف على نص. والمثال الواضح على هذه الالتزامات هو التزام الكفيل في مواجهة المستفيد مجردا عن الدفع المتعلقة بعلاقته بالمدين. لاسيما وان الالتزام في الكفالة قائم على الفكرة ذاتها التي يقوم عليها التزام المناب وهي فكرة ان الالتزام ينتقل بين الذمم او يضاف لذمة اخرى. حتى لا تتجرد الكفالة من قيمتها كعقد من عقود الضمان. ولا يبقى التزام الكفيل ركيبا في مواجهة الدائن الى الحد الذي يمكن ان تبطله اسباب البطلان الخاصة بعلاقته بشخص

(٧٠) ينظر: د. محمود ابو عافية، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٧١) ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٧٢) د. محمود ابو عافية، مصدر سابق، ص ٢١٥. و ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصدر

سابق، ص ١٦٩. وايضا د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي، مصدر سابق، ص ١٤.

(٧٣) ينظر المواد (١٠٣٣ - ١٠٣٩) من القانون المدني العراقي والمواد (٧٩٨ - ٨٠١) من القانون المدني المصري.

(٧٤) يراجع بشأنها: د. صدام المحمدي ود. اسعد الجميلي، مصدر سابق، ص ١٢ وما بعدها.

آخر غير المتعاقد معه في عقد الكفالة وهو هنا الدائن او المستفيد. فهذا من شأنه أن يكون مدعاة لعدم الثقة بعقد الكفالة والعزوف عن قبولها كوسيلة لحماية حق الدائن وضمانه^(٧٥). وقد اعترف الفقه الفرنسي والالمانى بتجريد التزام الكفيل في الكفالة من العلاقة بين المدين والكفيل اكتفاءً بالتعبير عن الإرادة الصادر عن الكفيل والذي يقوم من هذا الجانب بذاته غير متوقف على ارادة الكفيل الحقيقية ومضمونها وما يمكن ان يكون اعترافها من عيوب حتى تلك المتصلة بالسبب. فلا يسمح للكفيل بأن يحتج بالدفع المستمدة من علاقته بالمدين في مواجهة الدائن ما دامت لم تؤثر على صحة تعبيره^(٧٦). وكان القضاء الفرنسي قد ارسى مبدأ التجريد على النحو المتقدم^(٧٧). ويعترف الفقه في مصر بهذا التجريد^(٧٨). والحق ان القول بوجود التجريد في التزام الكفيل دون وجود نص صريح ينبغي الا يفسر بأنه تطاول على مبدأ الرضائية؛ لأن طبيعة العقد تقتضى ذلك التجريد في مواجهة الدائن حسن النية والذي لا مسوغ لتضرر مصالحه بسبب وجود دفع في علاقة لم يكن طرفا فيها، فلا يتأثر التزام الكفيل حسب اعتقادنا سوى بالدفع واسباب البطلان المتعلقة بعلاقته في عقد الكفالة في مواجهة الدائن، فإن كان قد وقع في غلط اتصل بعلم الدائن او تغيير عائد لجهته ومقترن بغبن فاحش او غيرها من عيوب الارادة، او كان الدين الاصلي قد انقضى او حكم ببطلانه او فسخ العقد الاصلي، فإن التزامه يتأثر بطبيعة الحال ويبطل، دون ان يتأثر بأسباب اخرى خارجة عن المعاني المتقدمة. ولا يبقى للكفيل في هذا الفرض سوى الرجوع على المدين وفقا لقواعد الكسب دون سبب.

الفرع الثالث: التزام المحال عليه في حوالة الدين

تُعرف حوالة الدين على انها « نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه»^(٧٩). وهي تختلف عن الكفالة في ان هذه الاخيرة يبقى فيها المدين الاصلي هو الملتزم من حيث المبدأ. اما في حوالة الدين فالأصل فيها براءة ذمة المحيل بعد انعقاد الحوالة^(٨٠). وهي من ابداعات المذهب المادي في الالتزام والذي يعترف بإمكانية نقل الالتزام؛ لأنه ينظر اليه على انه قيمة مالية يمكن تداولها^(٨١). وسواء انعقدت حوالة

(٧٥) ينظر: د. صدام المحمدي، مصدر سابق، ص ١٤.

(٧٦) ينظر بهذا الشأن د. محمود ابو عافية، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٧٧) قرار محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ نيسان ١٩٣٠ جاء فيه « ان سبب التزام الكفيل لا يجب ان يبحث عنه في الالتزام نفسه وانما في العلاقة القانونية بين الكفيل والمدين وهي علاقة الدائن اجنبي عنها، ومن حيث انه يمكن ان يقال ان التعهد يعتبر مجردا على وجه ما، اي مستقلا عن السبب الذي لا يدخل في التعبير عن الإرادة ... يبنى على ذلك انه مع التسليم بأن الكفيل قد تعهد ليصل الى المزايا التي يحصل عليها من شطب القيود العقارية فان هذه البواعث لا يمكن ان يكون لها اثر على صحة التزامه؛ لأنها لا تعتبر سببا مباشرا لهذا الالتزام ». مذكور لدى: د. محمود ابو عافية، مصدر سابق، ص ٢١٦، ٢١٧.

(٧٨) ينظر: د. محمود ابو عافية، مصدر سابق، ص ٢١٢-٢١٩. وايضا د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٧٩، ٣٨٠.

(٧٩) المادة ٣٣٩ من القانون المدني العراقي. اما القانون المدني المصري فلم يأت بتعريف لها لكنه نظم احكامها في المواد (٣١٥-٣٢٢) منه.

(٨٠) ينظر: عبد الغفور محمد البياتي، مصدر سابق، ص ٧١.

(٨١) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٤.

الدين باتفاق بين المحيل والمحال عليه والدائن. او انها انعقدت بين الدائن والمحال عليه. فإن القانون قد اعترف فيها بالنسبة للعلاقة بين المحال عليه والدائن بقدر من التجريد قرره المادة (٣٤٩) من القانون المدني والتي تقضي بأنه « للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفع متعلقة بذات الدين وليس له ان يتمسك بما كان من الدفع خاصا بشخص المحيل وانما يجوز له ان يتمسك بما كان خاصا به هو». ولا يوجد مثل هذا التجريد في القانون المدني المصري بالنسبة لحوالة الدين؛ لأن المادة (٣٢٠) لم تستثن الدفع الخاصة بالمحيل من الانتقال مع الالتزام^(٨٢).

وابتداءً ننوه الى أن التجريد الذي يعنينا هو الذي يتعلق بصحة او بطلان التصرف القانوني بحد ذاته وليس بتنفيذه او عدم تنفيذه كما اوضحنا. وهذا النوع من التجريد في حوالة الدين يختلف عما بحثناه في التزام المناب؛ لأن التجريد في هذا الفرض يتعلق بأسباب الوقف او البطلان الخاصة بشخص المحيل دون غيرها. وان كان المشرع في المادة (٤٠٧) المذكورة قد جرد التزام المناب من كل اسباب البطلان , فإنه في حوالة الدين قد جرد التزام المحال عليه من الدفع الشخصية المتعلقة بالمحيل, دون تلك المتعلقة بشخصه هو. ومعنى ذلك ان الدفع التي تتعلق بشخص المحيل ذاته ستؤثر على التزامه قبل الدائن لو أنه وفاه بنفسه. لكن عملية نقل هذا الالتزام الى شخص اخر حرمت هذا الاخير من الافادة منها بحكم المشرع ذاته. اذ عمل على تعطيل اثر الدفع الشخصية المتعلقة بالمحيل في علاقة المحال عليه بالدائن رغم انها من حيث الاصل يمكن ان توقف التزام المحيل (المدين الاصلي). ومن هذه الدفع التي يتعطل اثرها هو عيب نقص الاهلية وعيوب الإرادة في علاقة المحيل بالمحال له. رغم حقيقة كونها متعلقة بالدين ذاته الذي انتقل الى المحال عليه الا ان القانون لم يسمح باستعمالها اضرازا بمصالح المحال له (الدائن). وهذا المسلك ايضا يمكن ان تبرره الغاية من نظام انتقال الالتزام بحد ذاته. فهو كما هو الحال في الانابة بالوفاء يفترض ان الالتزام التي تنتقل بين الذمم المالية ينبغي حمايتها من اثر البطلان الذي يتعلق بالإرادة الباطنة للملتزم الجديد, الا انه يختلف عن الفرض في الإنابة بالوفاء في انه في الانابة بالوفاء يتجرد التزام الملتزم (المناب) في مواجهة المستفيد من الدفع المتعلقة بالأول في مواجهة المدين. اما في الحوالة فيتجرد الالتزام ذاته (الحوالة) من مضمون ارادة المحيل (المدين الاصلي). لكن بالنتيجة فإن نظامي حوالة الدين والانابة بالوفاء - اذا كانت كاملة - يقومان على فكرة نقل الالتزام ويكون لهما الاثر ذاته وهو انقضاء الالتزام على نحو ما, اما الانابة الناقصة فتختلف عن حوالة الدين في ان الالتزام لا يسقط من ذمة المنيب بل يبقى وينهض الى جانبه التزام المناب^(٨٣) فيكون اقرب للكفالة من الحوالة.

ويترتب على ذلك ان المحال عليه اذا كان يمكنه ان يتمسك بأسباب البطلان المتعلقة بالدين كالفسخ والمقاصة والتقادم والابراء وغيرها^(٨٤), فضلا عن استطاعته

(٨٢) تنص المادة (٣٢٠) من القانون المدني المصري على انه «للمحال عليه ان يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الاصلي ان يتمسك بها, كما يجوز له ان يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة».

(٨٣) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, مصدر سابق, ج ٢, ص ٩٣.

(٨٤) ينظر: المادة (٣٥٠) من القانون المدني العراقي.

التمسك بعيوب مضمون ارادته هو في مواجهة الدائن كعيوب الإرادة من اكراه وغلط وغيرها, وعدم وجود السبب او عدم مشروعيتها, فلا يستطيع من ناحية ثانية التمسك بالدفع الشخصية للمحيل لأنها لا تنتقل مع الالتزام بل ينفصل عنها لتقوية حوالة الدين كطريقة لنقل الالتزام^(٨٥).

يتضح مما تقدم كيف ان التجريد في الالتزامات المدنية ليس من مرتبة واحدة بل انه يتدرج ويكون في اعلى مرتبة في التزام المناب حيث يتجرد من مضمون الإرادة الحقيقية بفصله عن السبب وعيوب الإرادة المتعلقة بالملتزم. اما في حوالة الدين فلا يوجد تجريد بهذا المعنى بل يوجد تعطيل لأثر دفع شخصية لا تنتقل مع الالتزام لأنها متعلقة بصاحبها وهو من يستطيع التمسك بها دون غيرها. لكن لاتصالها بالالتزام في الوقت ذاته وكونها مؤثرة من حيث الاصل اذا كانت تتسبب ببطلان الالتزام الاصيل فإن فيها قدر من التجريد باعتقادنا لكنه مختلف عن التجريد بالمعنى الذي وقفنا عليه في الانابة بالوفاء.

ننتهي بعد العرض المتقدم الى نتيجة مفادها ان القانون بقدر قبوله بنقل الالتزامات بين الذمم المالية فإنه يسعى لتأمين قدر من الاستقرار لمثل هذه التصرفات فعمل في سبيل ذلك الى تعطيل الدفع واسباب البطلان التي للملتزم في مواجهة المستفيد.

المطلب الثاني: تجريد الالتزام من اثر عدم التطابق بين الإرادة والتعبير

اذا كان الاصل في القانون المدني ان التعبير عن الإرادة لا تكون له قيمة قانونية ولا يجوز ان يُرتب عليه أثر قانوني الا بالقدر الذي يطابق الإرادة بحيث لو ثبت اختلافه عنها فلا يجوز التعويل عليه ويتبعن طرحه^(٨٦) وأن القانون ذاته كفله هذا المعنى عندما تبنى نظرية عيوب الإرادة^(٨٧) وعول على الإرادة الحقيقية في مسائل كثيرة منها تفسير العقد^(٨٨) وانتقاص العقد^(٨٩) وتحوله^(٩٠) وبطلانه^(٩١). الا ان العلاقات القانونية بحاجة الى حد ادنى من الاستقرار والثبات فكان ان دعم المشرع الاصل اعلاه بما يجعله يكفل صيانة الثقة بالمعاملات وحاول ان يكمل دور الإرادة او يحدده بقاعدة حماية الظاهر والثقة في المعاملات فاعترف بدور التعبير عن الإرادة او الإرادة المعلن عنها حتى لو لم يكن مطابقا للإرادة صانعة العقد واثاره في حالة كون من اعتمد على هذا التعبير (الظاهر) حسن النية. ونحن لسنا بصدد الدفاع عن سياسة المشرع هذه بل سنبحث في المسألة على انها امر واقع كما قدمنا, لأننا في اثناء تتبعنا لمظاهر التجريد في الالتزامات المدنية استطعنا حصر بعض التطبيقات التي تتجرد فيها الالتزامات من عنصر التطابق بين

(٨٥) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم, الموجز, مصدر سابق, ج ٢, ص ٣٠٧, ٣٠٨.

(٨٦) ينظر: أستاذنا د. جليل الساعدي, العنصر النفسي في العقد, مصدر سابق, ص ٥٧.

(٨٧) ينظر: المواد (١١٢ - ١٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٨٨) ينظر المادة (١/١٥٥) من القانون المدني العراقي

(٨٩) ينظر المادة (١٣٩) من القانون المدني.

(٩٠) ينظر المادة (١٤٠) من القانون ذاته.

(٩١) ينظر المادة (٩٦) من القانون المدني بشأن بطلان التزام ناقص الاهلية لانعدام ارادته, وايضا المادة (١٣٧) من القانون المدني.

الإرادة والتعبير. وسنعمل على البحث فيها في فرعين آتيين:
الفرع الأول: التصرفات الصورية

الصورية تعني وضع قانوني ظاهر غير حقيقي يستمر موقفاً حقيقياً خفياً يقوم على اتفاق مستتر أما أن يمحو كل أثر للوضع الظاهر أو يعدل من أحكامه، وتكون تبعاً لذلك إما مطلقة أو نسبية^(٩٢). والأصل أن العقد الحقيقي هو النافذ بين المتعاقدين أعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، فالعبرة بالعقد الحقيقي وهو موجود ولا يبطل بسبب الصورية^(٩٣). وهذا ما تقضي به المادة (١٤٨/٢)^(٩٤). فإذا كان العقد الظاهر بيعاً سورياً كهبة في صورة بيع يكون العقد النافذ بين المتعاقدين وخلفهما العام هو الهبة^(٩٥).

إلا أن المشرع إذا كان قد اعترف للمتعاقدين بدور إرادتهما في حكمهما بالعقد الذي اختارته تلك الإرادة. فإنه عاد ووقف موقفاً آخر من تلك الإرادة في مواجهة دائني المتعاقدين والخلف الخاص؛ لأنها إرادة مضللة لاسيما وأن عدم التطابق بين التعبير والإرادة الحقيقية في هذا الفرض هو عدم تطابق مقصود أو خلاف إرادي بين الإرادة والتعبير على حد تعبير بعض الفقه^(٩٦). فسوء نية المتعاقدين هو ما دفع المشرع لتقرير وضع مزدوج في الصورية. فلا يمكن لإرادتهما السيئة أن ترجح على من اعتمد على الظاهر وكان حسن النية. فنلاحظ أن المشرع قد قرر في المادة (١٤٧) حكماً مغايراً للمادة ١٤٨ جاء فيه « إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢. وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين».

ويستفاد من حكم هذه المادة أن المشرع قد راعى مصالح الغير حسني النية وهؤلاء هم أما دائنو المتعاقدين أو خلفهما الخاص. فأجاز لهم وفقاً لحكم الفقرة الأولى أعلاه أن يتمسكوا بالعقد الذي يكون بصالحهم سواء كان الحقيقي أو الصوري. لكنه في الوقت ذاته تنبه لاحتمال تمسك أحد هؤلاء بالعقد الصوري وتمسك الآخرين بالعقد الحقيقي. كأن يتمسك الدائنون بالعقد المستتر ويتمسك الخلف الخاص بالعقد الصوري. فقام المشرع بترجيح فكرة حماية الظاهر ووقف بجانب من يتمسك بالعقد الصوري (الظاهر) وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٤٧ أعلاه.

وإن تساءلنا عن موقع التجريد من هذه الفروض فسيكون علينا استبعاد الفرض الثاني من الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ ليبقى أمامنا الفرضين الآخرين في المادة وهما فرض تمسك الغير بالعقد الصوري رغم إقامة الدليل على وجود عقد حقيقي يترجم إرادة الطرفين الحقيقية. والثاني حالة تعارض مصالح الغير حسني النية وترجيح المشرع للعقد

(٩٢) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بغداد، ص ١٢٠.

(٩٣) ينظر: د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(٩٤) تنص هذه المادة على أنه «..وإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شرائط صحته».

(٩٥) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٩٦) د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

الصوري؛ لأن هذا يعني ان القانون قد فصل الالتزام او العقد بصورته الخارجية عن ارادة العاقدین. وفي هذه الحالة يتخلف عنصر التطابق بين الإرادة والتعبير^(٩٧). وخلافا للأصل في عدم الاعتداد بالعقد اذا انعدم هذا التطابق فإن المشرع جعل من العقد الظاهر هو النافذ فيما يتعلق بالغير حسن النية الذي عول على العقد الظاهر^(٩٨).

ويعد من قبيل التصرفات الصورية ما يدعى بسند المجاملة اذ يكون السبب فيه غير موجود. ومضمون هذا التصرف ان يكون هناك شخص بحاجة الى مبلغ من النقود فيلجأ الى شخص اخر لإقراضه. فاذا كان هذا الاخير لا يملك نقودا فيقوم بتحرير سند له حتى يبيعه (يخصمه الاول لدى اخر). وعند استحقاق الدين يقوم الدائن الصوري بدفع المبلغ الى صديقه الذي يقوم بدوره بدفعه الى حامل السند الاخير. وفي هذا الفرض يكون الشخص الذي وقع السند ليس مدينا من الأساس واذا طالبه المستفيد منه بالدين يستطيع دفع مطالبته ببطلان السند لانعدام السبب لكنه لا يستطيع توجيه الدفع ضد الحامل حسن النية^(٩٩). وفي الفرضين السابقين (العقد الصوري وسند المجاملة) يكون التصرف الصوري لا اثر له في العلاقة بين الاطراف المباشرين. لكن لا يمكن الاحتجاج بالوضع الحقيقي في مواجهة الغير الذي عول على الوضع الذي اظهره اطراف التصرف الصوري ويحمي القانون هذا الغير ويجعل التصرف النافذ في مواجهته هو التصرف الظاهر رغم كونه من حيث الاصل تصرف باطل لمغايرته للإرادة الحقيقية للعاقدین.

الفرع الثاني: تصحيح العقد المعيب بعيب لم يتصل بعلم العاقد الآخر

قدمنا فيما سبق انه عندما يقرر المشرع تجريد الالتزام من عيوب مضمون الإرادة فإن التزام المدين الجديد (الملتزم) في مواجهة المستفيد يبقى قائما ولا يتأثر بالدفع التي له قبل المدين الاصلي. وحددنا هذه الفروض في احوال نقل الالتزام وتعديله فيما يتعلق بأطرافه. عندها لن يكون لعيوب المضمون -سواء أكانت متعلقة بالسبب او بعيوب الرضا- تأثيرها المعتاد في وقف العقد او بطلانه بل يبقى العقد صحيحا. اما في هذا الموضوع فنناقش عدم تأثير عيوب الرضا في مواجهة العاقد الآخر نفسه. ويحدث هذا الفرض عندما يتخلف شرط من شروط حماية الظاهر التي قررها المشرع فيعمل على تصحيح العقد في مواجهة العاقد الآخر حسن النية. ومثالها عدم اتصال التغيير بجهة العاقد الآخر وصدوره من غيره وعدم علمه بذلك وقت التعاقد^(١٠٠) وحالة عدم اتصال الغلط بعلم العاقد الاخر او عدم كونه غلطا مشتركا بين العاقدین كما اشترط القانون المدني^(١٠١).

(٩٧) ينظر: د. وليم سليمان قلادة، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٩٨) ينظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج٢، ص١٢٩.

(٩٩) ينظر للمزيد: د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ج٢، ص٢٢١.

(١٠٠) تنص المادة (١٢٢) من القانون المدني العراقي على انه « اذا صدر التغيير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت للعاقد المغبون ان العاقد الاخر كان يعلم او كان من السهل ان يعلم بهذا التغيير وقت ابرام العقد». والمادة (١٢٦) من القانون المدني المصري جاءت بالمعنى ذاته لما اسمته بالتدليس. وهو ما يفهم من مفهوم المخالفة للمادة (١٢٥/١) منه ايضا.

(١٠١) تنص المادة (١١٩) من القانون المدني العراقي على انه « لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط ان يتمسك به الا اذا كان المتعاقد الاخر قد وقع في نفس الغلط او كان على علم به او كان من السهل عليه ان يبين وجوده». يراجع من اجل المزيد: منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الاول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢، ص ١٩٤، ١٩٥.

او صدور الاكراه من شخص اخر غير المتعاقد مع المكره وعدم علم المتعاقد بذلك^(١٠٢).

ويتساءل الفقه^(١٠٣) بهذا الشأن عن الاساس القانوني لتصحيح العقد في هذه الحالة رغم ما شابته من عيوب. وي طرحون بهذا الشأن اساسين قانونيين:

الاول: ان احكام المواد (١١٩ و ١٢٢) لا علاقة لهما بالإرادة ولا بالتعبير عنها في العقد, لان العاقد الذي وقع في الغلط او التغيرير لا يرتب على غلظه او التغيرير به ان يكون هناك فرق بين ارادته وتعبيره. حيث ان الإرادة المعيبة هي التي حصل التعبير عنها وجاء مطابقا لتلك الإرادة.

الثاني: ان التعبير عن الإرادة هو الاساس القانوني لهذا التصحيح, فالعقد هنا يكون صحيحا لا على اساس العنصر النفسي للعاقد الاول. فهذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها معيبة, ولكن على اساس الإرادة الظاهرة التي اطمان اليها العاقد الاخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه^(١٠٤).

ونعتقد ان الأساس القانوني الاخير هو الأساس المناسب لتبرير هذا التصحيح. وهو القاسم المشترك بين تطبيقات الالتزام المجرد جميعها. لكنه في هذا الفرض كما في الصورية يتجرد عن عنصر التطابق بين الإرادة والتعبير كما قدمنا. ويشترط لحدوث هذا التصحيح حسن نية العاقد الاخر وإلا كان العقد موقوفا على اجازة العاقد الذي عيبت ارادته ولا تجريد فيه. والذي يميز التجريد في هذه الطائفة من الالتزامات عن الذي بحثنا فيه في المطلب الاول, انه تقرر لحماية العاقد الاخر حسن النية شخصيا, اما في التجريد من عيوب المضمون فلا يكون المستفيد منه هو الطرف الاخر المباشر مع الملتزم. بل يكون المستفيد هو الشخص الذي انتقل الالتزام او تعدل لصالحه (الدائن في الانابة بالوفاء والكفالة وحالة الدين).

(١٠٢) تنص المادة (١٢٨) من القانون المدني المصري على انه « اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين, فليس للمتعاقد المكره ان يطلب ابطال العقد, ما لم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض ان يعلم بهذه الاكراه». ولا يوجد حكم مماثل لهذه المادة في القانون العراقي لكنه لم يأت بما يدل على مخالفته ولا ادل على ذلك من انه في المادة (٢/١٣٤) جعل للمكره الخيار بين الرجوع بالضمان على العاقد الاخر او على المجرى وهو خيار لا يستقيم منطقيا الا اذا افترضنا في العاقد الاخر سوء النية والتقصير, لأنه لو كان يجهل الاكراه الحاصل للغير لما جاز الرجوع عليه. للمزيد يراجع: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون, مصدر سابق, ج ١, ص ٨٠.

(١٠٣) استاذنا د. جليل الساعدي, الإرادة الباطنة في العقد دراسة في القانون المدني العراقي, مكتب نور العين للطباعة, بغداد, ٢٠١١م, ص ٨٥, ٨٦.

(١٠٤) ينظر للمزيد: د. جليل الساعدي, المصدر ذاته.

الخاتمة

بعد ان وصل البحث الى نهايته لا بد ان يسجل اهم ما توصل اليه من استنتاجات وتوصيات وذلك في نقطتين رئيسيتين:

أولاً: الاستنتاجات.

١. ان الالتزام المدني المجرد هو الالتزام الذي لا يتأثر حق المستفيد فيه بمضمون ارادة الملتزم والدفع المتعلقة به ويقوم مستندا على التعبير متى كان صحيحا.
٢. الاصل في الالتزامات في القانون المدني العراقي ان تكون مقيدة، الا ان المشرع بقدر اعترافه بإمكانية نقل الالتزامات او تعديلها فيما يتعلق بأطرافها يقرر تجريد التزامات معينة حماية لحق المستفيد فيها من دفع لا تعود لجهته وصيانة منه لاستقرار المعاملات والمراكز القانونية.
٣. يعد مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية هو الأصل العام في القوانين لائتنية العقيدة كالقانون المدني العراقي والمصري، لكن هذه القوانين لا تجهل الافكار القانونية الجرمانية ولا تنفر منها، بل تعترف بعدد منها في الاحوال التي يسعى فيها المشرع الى غاية تتطابق مع غايات المذهب الجرمني كغاية حماية الظاهر واستقرار المعاملات، فتجريد التزام المناب والكفيل والاعتراف بالتصرفات الصورية وتصحيح العقد، كلها اوضاع وجدت لحماية هذه الغايات.
٤. ان معيار التجريد في الالتزامات المدنية لا يمكن ان يستند الى السبب لوحده حتى وفقا لمعناه المزدوج والذي يتضمن سبب العقد وسبب الالتزام؛ لأن القانون يجرد الالتزامات عن السبب وفقا للمعنى الاخير في مواضع معينة وعن التطابق بين الإرادة والتعبير في مواضع اخرى. فكان معيار السبب معيارا قاصرا - على الاقل - وفقا للقانون العراقي، اما في الفكر الجرمني فيمكن قبول القول بتجريد الالتزامات عن سببها بمعناه المزدوج.
٥. تتدرج فكرة التجريد في القانون المدني. وتكون في أعلى مراتبها في التزام المناب اذ لا يشترط اي شروط لإفادة الدائن منها، على خلاف احوال التجريد من اثر التطابق بين الإرادة والتعبير اذ يشترط فيها حسن نية المستفيد. وان كان المنطق يفترض اقتران التجريد بفكرة بطلان العقود الا ان العقود الصحيحة تحتمل هذه الفكرة وذلك بتعطيل اثر دفع معينة في مرحلة تنفيذ العقد كالحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ. لكن الالتزام المجرد يقترن بأسباب بطلان التصرفات القانونية او وقفها بحسب الاحوال وهذا يستلزم بالغالب حركة بالالتزامات بين الذمم المالية غالبا.
٦. ينتقل الالتزام في حوالة الدين مجردا من الدفع الخاصة بالمحيل في ظل القانون المدني العراقي، ولا يتعطل اثر الدفع الشخصية للمحال عليه في مواجهة المحال له بل ان الالتزام ذاته يتطهر من دفع المحيل، وفي هذا اقتراب من قاعدة التطهير من الدفع المعروفة على صعيد القانون التجاري.
٧. ان المستفيد من تطبيقات الالتزام المدني المجرد من عيوب مضمون الإرادة

ليس ذاته من قام الدفع بالبطلان او الوقف في مواجهته (المدين) بل هو شخص اخر يكون الدائن في الالتزام الجديد. في حين ان هذا المستفيد يكون في التصرفات الصورية شخصا من الغير, وفي تصحيح العقد المعيب -بعيب لم يتصل بعلم العاقد الاخر- يكون العاقد الاخر شخصا.

ثانيا: التوصيات.

١. استحداث قاعدة قانونية عامة في مستهل الباب الرابع من القسم الأول من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المخصص للحقوق الشخصية وتحت عنوان (انتقال الالتزام) مفادها تجريد التزام المدين في مواجهة الدائن من أية دفع شخصية قد تكون موجودة بين الأول وأي طرف في رابطة عقدية سابقة. ونقترح ان يكون نصها الآتي:
٢. (اذا انتقل الالتزام بين مدينين بأية طريقة انتقال مذكورة في هذا الباب فإنه ينتقل مجردا من اي دفع يتعلق بالظروف الشخصية للمدين ولا يضر بها من انتقل الالتزام لمصلحته ما دام التعبير عن الارادة قد وجد صحيحا).
٣. النص صراحة على تجريد التزام الكفيل من التأثير بالدفع الشخصية التي للكفيل في مواجهة المدين. ونقترح ان يكون النص كالآتي:
٤. (يكون التزام الكفيل صحيحا في مواجهة الدائن ولو استند الى التزام باطل مع المدين او كان خاضعا لدفع من الدفع, ويبقى له الرجوع على المدين. ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك).

مشروعية مجالس المحافظات غير المنتظمة باقليم دراسة دستورية

د. عدي طلال محمود

الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

انهى التعديل الذي تم في ٢٦-١١-٢٠١٩ لقانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم واحال صلاحياتها الى المحافظ ونائبيه ووضعه تحت رقابة واشراف مجلس النواب العراقي. كل هذه الفعاليات القانونية تؤشر وتؤكد على وجود حالة عدم استقرار قانونية في تفهم وضع مجالس المحافظات واضطرابها بين الشرعية والمشروعية. فمن جهة المشروعية التي تترتبط بقانونية اعمال مجالس المحافظات فسوف نبحث في الصلاحيات القانونية لهذه المجالس ومدى التزامها بحدود القانون عند ممارسة هذه الصلاحيات. ومن ناحية شرعية هذه المجالس والذي اثرت حولها الكثير من الاعتراضات سواء كانت شعبية ام برلمانية صاحبها اقلات عديدة لاعضاء هذه المجالس وللمحافظين الذين انتخبتهم هذه المجالس. اذا سوف يفحص هذا البحث النصوص الدستورية القانونية التي انشأت هذه المجالس ومنحتها المشروعية والتي ربما في ذات الوقت كانت عاملا هاما في اضطراب عمل هذه المجالس وانعكست بالتالي على شرعيتها.

Abstrac

The amendment of the law of Governorates not incorporated in a region that was made on November 26, 2019, ended their authorities and transferred these powers to the governors of these regions and his deputies. This amendment placing them under the observation and supervision of the Iraqi parliament. All these legal activities indicate and confirm the existence of a legal instability in understanding the situation of these councils. As well as, their turmoil between their legality and validity. From the point of view of legality, we will examine the legal powers of these councils and the extent of their commitment to the limits of the law when exercising these powers. In terms of the validity of these councils, which many objections have been raised, whether they are popular or parliamentary, accompanied by numerous dismissals of the members of these councils and of the governors who were elected by these councils. This research will examine the legal constitutional texts that established these councils and granted them legality, which may at the same time be an important factor in the disturbance in the work of these councils and thus reflected on their validity.

المقدمة

قد يستغرب البعض من طرح سؤال المشروعية لمجالس المحافظات بعد مرور اكثر من خمس عشرة سنة على اقرار الدستور لمجالس المحافظات اعتمادا على مبدأ اللامركزية الادارية. وأكد هذا التوجه باصدار قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ والذي تم تعديله ثلاث مرات. وتم على ضوء ذلك انتخاب هذه المجالس استنادا الى قانون انتخابات مجالس المحافظات رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٨ الملغى بالقانون رقم ١١٤ لسنة ٢٠١٢ الملغى بالقانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٨ والذي تم تعديله مرتين حتى جاء التعديل الاخير في ٢٦-١١-٢٠١٩ والذي انهي عمل هذه المجالس . واحال صلاحياتها الى المحافظ ونائبيه ووضعها تحت رقابة واشراف مجلس النواب العراقي. كل هذه الفعاليات القانونية تؤشر وتؤكد على وجود حالة عدم استقرار قانونية في تفهم وضع مجالس المحافظات واضطرابها بين الشرعية والمشروعية. فمن جهة المشروعية التي تترتب بقانونية اعمال مجالس المحافظات فسوف نبحث في الصلاحيات القانونية لهذه المجالس ومدى التزامها بحدود القانون عند ممارسة هذه الصلاحيات. ومن ناحية شرعية هذه المجالس والذي اثيرت حولها الكثير من الاعتراضات سواء كانت شعبية ام برلمانية صاحبها اقلات عديدة لاعضاء هذه المجالس وللمحافظين الذين انتخبتم هذه المجالس. اذا سوف يفحص هذا البحث النصوص الدستورية القانونية التي انشأت هذه المجالس ومنحتها المشروعية والتي ربما في ذات الوقت كانت عاملا هاما في اضطراب عمل هذه المجالس وانعكست بالتالي على شرعيتها.

هدف البحث:

تشكل مجالس المحافظات في العراق في هذه المرحلة أهمية بالغة بسبب الأجواء والصراعات التي تمهد لانفصالات داخلية قد تمارس القوانين دورا سلبيا في تعزيزها والتمهيد لها ويكون الخاسر الأكبر فيها الشعب العراقي ، لذا كان من الضروري دراسة هذه المجالس دراسة قانونية محضة بعيدا عن الصراعات السياسية ومصالح السياسيين التي ينبغي إحكامها بنصوص قانونية واضحة وحيادية كي تمنع زعزعت شرعية هذه المجالس ودعم دستوريتهما.

اهمية البحث:

ان اهمية هذه الورقة تتجلى في رسم طريق ثالث لترسيخ شرعية ومشروعية مجالس المحافظات، وهنا يأتي دور البحث القانوني في ضبط ايقاع عمل مجالس المحافظات ضمن المنظومة القانونية المتمثلة بالتشريعات الخاصة بصلاحيات مجالس المحافظات المنصوص عليها في دستور ٢٠٠٥ والنصوص المنظمة لها.

نطاق البحث:

يتحدد نطاق هذا البحث في فحص صلاحيات مجالس المحافظات كقواعد قانونية لبيان مدى انطباقها على الواقع ومدى نجاحها للمساهمة في بيان حجم الانسجام بين الشرعية القانونية والمشروعية الشعبية. وهل فعلا ساهمت هذه النصوص في دعم شرعية هذه المجالس. مستبعدين بذلك البحث في صلاحيات الأقاليم التي نص الدستور على إمكانية تشكيلها مستقبلا أو الأقاليم التي اعترف بها كأمر واقع، وكذلك سوف نستبعد البحث في صلاحيات المحافظ الذي يتم انتخابه من هذه المجالس ويخضع لرقابتها كجزء من صلاحيات هذه المجالس. لذا سوف يقتصر البحث على صلاحيات المحافظات غير المنتظمة بإقليم. مع التأكيد على التوجه الدستوري الذي تبني اللامركزية الإدارية ومحاولة البعض تفويض هذا التوجه والعودة إلى النظام المركزي.

تساؤلات البحث:

اما تساؤلات البحث فتتمثل في الكشف عن مقدار الصلاحيات الممنوحة للمجالس ونوعها وما مدى تحقق مبدأ اللامركزية ومراعاته في تشكيل وعمل المجلس وطبيعة العلاقة بين المركز والمحافظات؟. إضافة إلى المدى الذي ساهمت فيه دستورية هذه الصلاحيات في شرعية هذه المجالس واستقرار الوضع القانوني لها. وفي ذات الوقت هل بالإمكان إنهاء أو توقيف أو إلغاء هذه الصلاحيات التي استمدت مشروعيتها من الدستور. وهل إن اخفاق بعض المجالس في أداء واجبتها يعد سببا كافيا لتعطيل عمل هذه المجالس؟

هيكلية البحث:

تشكلت هيكلية البحث من ثلاث مباحث بحثنا في الأول منها في الأسس القانونية لصلاحيات مجالس المحافظات كمدخل للتعرف على أساس هذه الصلاحيات ومن ثم تحدثنا في المبحث الثاني في أنواع هذه الصلاحيات وفقا للتقسيم وأخيرا تناولنا محاولات تفويض السلطة التشريعية لمبدأ اللامركزية الذي يعد ركيزة دستورية لقيام هذه المجالس.

المبحث الأول

الاسس الدستورية لمشروعية مجالس المحافظات

إن السبب المباشر في تشكيل مجالس المحافظات هو تحقيق هدف أساس وهو تلبية حاجات سكان المحافظة من الخدمات الصحية والتعليمية والإدارية والبنى التحتية والنهوض بمعدل دخل الفرد وتنمية سكان المحافظة وهذه الحاجات تمثل حقوقاً لسكان المحافظة أقرتها القوانين الدولية والوطنية ، لذا كان لزاماً على المجالس أن تبذل جهداً كبيراً في تلبية هذه الحاجات وفقاً للصلاحيات المناطة بها بموجب الدستور والقوانين المنظمة لعملها.

أشارت النصوص التشريعية بدا بقانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية وكذلك الأمر رقم (٧١) لسنة ٢٠٠٤^(١) وانتهاء بدستور ٢٠٠٥ إشارة واضحة إلى أن نوع التنظيم الإداري المتبع في العراق هو اللامركزية الإدارية^(٢) والتي يمكن تعريفها بأنها توزيع الصلاحيات والاختصاصات الوظيفية بين السلطة المركزية وهيئات محلية مستقلة^(٣). ففي قانون إدارة الدولة للعام ٢٠٠٣ نصت المادة ٥٦ (ج) على انه (سيتم تنظيم الوحدات الإقليمية وإدارة المحافظات..... على أساس مبدأ اللامركزية الإدارية ومنح السلطات للإدارات البلدية والمحلية) وعزز هذا النهج اللامركزي بنصوص عديدة منها المواد (٥٢،٥٥) ، وجاء الأمر (٧١) ليؤكد هذا المبدأ عندما نص صراحة في ديباجته على (إن الأقاليم والمحافظات تنتظم على أساس مبدأ اللامركزية الإدارية وتقويض السلطات للحكومة المحلية والبلدية).

وأكد على نظام الإدارة اللامركزية دستور ٢٠٠٥ في الباب الخامس منه (سلطات الأقاليم) حيث نصت المادة (١١٣) على (يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة وأقاليم ومحافظات لامركزية وإدارات محلية). وتحول هذا النهج الى قانون صدر من مجلس النواب سمي بقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ والذي اشار صراحة الى نظام اللامركزية الادارية في مواد عديدة منها المادة الثانية التي اشارت الى ان لمجلس المحافظة صلاحية إصدار التشريعات المحلية بما يمكنه من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية بما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية.^(٤)

في ضوء هذه النصوص ترى هل تحققت مظاهر اللامركزية فعلاً؟ وهل الصلاحيات المعطاة لهذه المجالس تتناسب مع النظام اللامركزي ؟ وهل فعلاً تحققت صور وأركان

(١) من القوانين التي صدرت في ٢٠٠٤/٦/٤ استناداً إلى قرارات مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة ومنها القرار ١٤٩٣ و١٥١١ لسنة ٢٠٠٣ والذي ما زال ساري المفعول و بانتظار أن يلغى بإصدار قانون من مجلس النواب الحالي منشور على الموقع الإلكتروني <https://govinfo.library.unt.edu/cpa-iraq/regulations/>.

(٢) تعرف المركزية الإدارية بأنها (نظام إداري بموجبه تدار جميع أنحاء الدولة من قبل سلطة موحدة من مركز البلاد) القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي / اللامركزية والفدرالية / المكتبة القانونية / بغداد / الطبعة الثالثة / ٢٠٠٧.

(٣) ينظر د. محمد حسنين عبد العال / اللامركزية المحلية / مطابع الشرق الأوسط / الرياض ١٣٩٨هـ / ص ٤

(٤) المادة الثانية اولا وثالثاً من قانون مجالس المحافظات غير المنتظم في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٧٠ في ٣١-٣-٢٠٠٨

النظام اللامركزي؟ وأي صورة من صور اللامركزية اتبعت المشرع العراقي؟ ، وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الشخصية القانونية لمجالس المحافظات(٥)

نحاول في هذا المطلب البحث في الشخصية القانونية لمجالس المحافظات كي يكون لهم أهلية اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ،أي انه لابد لمجالس المحافظات من أهلية كي يمارس الصلاحيات المناطة بها قانونيا وهذا يتطلب منا الحديث عن تكوين مجالس المحافظة.

من خلال متابعة النصوص الدستورية نجد أن مجلس المحافظة يتمتع باستقلالية عن المركز على اعتبار وجود مبدأ اللامركزية الإدارية وكذلك لان مجالس المحافظة منتخبة من سكان المحافظة أنفسهم وليسوا معينين من المركز فهذا يقتضي الاستقلالية. إذا ما سلمنا جدلا بنظرية الحقيقة^(٦) في التأكيد على إن الشخصية القانونية للمجالس المحلية تنشأ بمجرد توافر العناصر المكونة لها وهي وجود جماعة من الأفراد يقوم بينهم نوع من النظام و تكون لديهم تبعاً لذلك إدارة مشتركة تعبر عن وجودهم ومصالحهم ومن ثم تأمين اعتراف المشرع بها،، نجد ان المشرع العراقي قد أجاز قي قانون إدارة الدولة الانتقالي تشكيل مجالس محافظات ومجالس بلديه ومحليه^(٧)، واعترف القانون بمجالس المحافظات المشكله بعد ٢٠٠٤/٧/١ ، وبين القانون عن حالة استقالة أو عزل احد المحافظين أو رئيس البلدية أو أي عضو في المجلس فالمجلس أن يتلقى طلبا من أي شخص تتوفر فيه شروط العضوية^(٨) ويتم التصويت على قبول عضويته بأغلبية أصوات المجلس^(٩) وكان من المفروض أن تستمر هذه الآلية لغاية ٢٠٠٥/١٢/٣١ موعد انتخاب مجالس المحافظات .

ثم نص الأمر (٧١) على لزوم تشكيل مجالس محافظة بموجب القسم الثاني منه وأشار إلى استمرار أعضاء مجالس المحافظة بشغل مناصبهم بموجبه وأبقى على الآلية السابقة عند استقالة أو عزل أي عضو أو تعويض مقاعد شاغرة .

أما في ظل دستور ٢٠٠٥ فقد اشترط لتكوين مجالس المحافظات من خلال إجراء الانتخابات الحرة والمباشرة بنفس اليوم الذي تجري فيه انتخابات مجلس النواب وقد أحال الدستور أسلوب الانتخابات وطريقته واختصاصات المجلس لإصدار قانون خاص ينظم ذلك^(١٠). وعزز فكرة الشخصية القانونية للمجالس في القانون الاخير الذي

(٥) تعرف الشخصية القانونية بأنها الصلاحية لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات. د. نواف كنعان /القانون الإداري / الكتاب الأول / دار الثقافة /عمان /٢٠٠٦/ص ١٣٠

(٦) وهي من النظريات التي قيلت في طبيعة الشخصية المعنوية للمجالس المحلية ينظر في تفصيل ذلك د. نواف كنعان / المصدر السابق / ص ١٣٣ وما بعدها.

(٧) المادة ٥٥/١ من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر قي ٨/آذار/ ٢٠٠٤ منشور على الموقع الالكتروني الخاص بمجلس النواب العراقي www.parlmant.iq.

(٨) الشروط المطلوبة هي شروط العضوية في مجلس النواب وهي كما نصت عليها الدستور .(يشترط في المرشح لعضوية مجلس النواب أن يكون عراقياً كامل الأهلية) المادة ٥٠/الفقرة الثانية من دستور ٢٠٠٥ منشور على الموقع الالكتروني الخاص بمجلس النواب العراقي www.parlmant.iq

(٩) المادة ٥٥/فقرة ٢/ من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

(١٠) المادة ١٢٢/الفقرة الخامسة من دستور ٢٠٠٥. وفعلا صدر قانون انتخابات مجالس المحافظات غير المنتظمة=

اشار صراحة في المادة ٢/ثانيا الى تتمتع المجالس بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ويمثلها رئيسها أو من يخوله. وبذلك حسم الجدل الدائر حول الطبيعة القانونية التي يتمتع بها هذه المجالس. ومنحها الاهلية القانونية للالتزام بالحقوق واداء الواجبات. من خلال النصوص أعلاه يتضح إن أساس تكوين مجلس المحافظة يعتمد على الانتخاب وان الناخب من سكنة المحافظة هو من يقوم باختيار ممثله في المحافظة وفي هذا تأكيد صريح على مبدأ اللامركزية الإدارية فلا علاقة للحكومة المركزية بتعيين المحافظ ولا بأعضاء مجلس المحافظة وبذلك يكتسب المجلس شرعية من الانتخاب , ومن ثم يتمتع بالشخصية القانونية في ممارسة الصلاحيات واكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات , وعودا على نظرية الحقيقة فان سكان المحافظة هم الأفراد الذين يجتمعون لاختيار من يمثلهم وهم أعضاء مجلس المحافظة من اجل إدارة مصالحهم وتحقيق أهدافهم وقد اعترف القانون بهذه المجالس ومن ثم تتحقق لهذه المجالس الشخصية القانونية . وعليه ستكون لهذه المجالس بموجب هذه الشخصية , ذمة مالية مستقلة و أهلية قانونية, ولديها الحق في التقاضي والمثول أمام المحاكم , ويكون لموظفي هذه المجالس المحلية أن يتخذوا قراراتهم باسم الشخص المتولي (أي الشخص المعنوي) لا باسم الحكومة المركزية, ولا يخضعون للسلطة المركزية.

المطلب الثاني: مقومات اللامركزية في صلاحيات مجالس المحافظات

إن المنتبغ لتشكيل مجالس المحافظات في العراق منذ صدور القانون الأساس لعام ١٩٢٥ لحد الآن يجد أنها تتباين في ما بينها من عهد لأخر بل قد تكون رد فعل على ما قبلها ففي حين كان القانون الأساس يشير بوضوح إلى أن التنظيم الإداري فيه يعتمد على اللامركزية الإدارية من خلال إعطاء الشخصية المعنوية للمجالس المحلية بموجب القوانين المرعية في ذلك الوقت منها قانون إدارة البلديات رقم ٨٤ لسنة ١٩٣١ والذي حدد اختصاصات المجالس المحلية على سبيل المثال لا الحصر ولم يؤخذ عليه سوى انه تعيين رئيس البلدية من قبل السلطة المركزية مما يؤشر خرقا لمفهوم اللامركزية . أما في العهد الجمهوري الأول ١٩٥٨ فقد انتقلت إدارة المحافظات من اللامركزية إلى المركزية الادارية من خلال حل المجالس السابقة وتشكيل مجالس أخرى يكون في عضويتها مدراء الدوائر الخدمية في المحافظة كالزراعة والاقتصاد والصحة والأشغال ولم يكن هناك انتخاب للأعضاء وبذلك لم يكن هناك أي مظهر من مظاهر اللامركزية . أما في العهد الجمهوري الثاني ١٩٦٣ فقد سعى الدستور إلى تأكيد اللامركزية في إدارة المحافظات كما نصت على ذلك المادة ٨ /ب من الدستور (تقسم الجمهورية العراقية إلى وحدات إدارية وتنظم على أساس الإدارة اللامركزية) وكان الواقع يشير إلى غير ذلك فتعين المحافظ يتم من قبل السلطة المركزية ويمتلك الصلاحيات كافة ويرتبط وظيفيا بالمركز وتخضع قراراته لمصادقة مجلس قيادة الثورة وجميع صلاحياته منوطة بالقوانين

=في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ . وقد الغي هذا القانون عدا المادة (٢٣) منه بموجب المادة (٥١) من قانون رقم (١٢) لسنة ٢٠١٨ قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية. تحذف عبارة القاسم الانتخابي أينما وردت في قانون بموجب المادة رقم ٢ من قانون رقم ١١٤ لسنة ٢٠١٢

التي تصدرها السلطة المركزية فضلا عن أن غالبية وظائفهم تنفيذية تكاد تنحصر بتقديم الخدمات للمواطنين وهذا ما أشارت له المواد (٨٦ ، ٨٧ ، ٨٨) من قانون المحافظات الملغي .وجنحت الجمهورية الثالثة الى مبدأ المركزية صراحة حيث جاء في قانون إصلاح النظام القانوني (أن كل مجتمع توجد فيه سلطة واحدة ولكل دولة سلطتها السياسية الواحدة وهذا يعني انتفاء فكرة تعدد السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية لهذا بات من الضروري إعادة النظر في قانون المحافظات لكي يبقى ممثلا للسلطة المركزية في البلاد)^(١١)

يتضح مما سبق أن القوانين تشير في الظاهر الى مبدأ اللامركزية إلا أننا لانجد لها رصيد في الواقع العملي ومن الملاحظ في هذه القوانين أنها لم تنص على انتخاب أعضاء مجالس البلديات بل كان القانون ساكتا عن معالجة هذا الأمر من ما يعني الإصرار على إتباع مبدأ التركيز الإداري^(١٢).

واليوم وبعد اقرار دستور ٢٠٠٥ والذي اكد على مبدأ اللامركزية الادارية التي تتمتع بها مجالس المحافظات غير المنتظمة باقليم . نجد من الضروري البحث في هذه القيمة الدستورية وتعزيزها ودعمها كي لا تصبح حبرا على ورق. ولا شك انه سيكون هناك تنازع للصلاحيات وغموض لبعضها . بل سيكون هناك محاولات لضعاف سلطات هذه المجالس على حساب سلطات الحكومة الاتحادية وهذا امر طبيعي. لان الدستور طرح شكل جديد وغير مألوف لهذا المبدأ، لكن يبغى تعزيز هذا المبدأ الذي يتماشى مع التوجهات العالمية الحديثة والتي تقوم على منح صلاحيات واسعة للمجالس المحلية نتيجة لتطور الحياة وتعقيدها.

ثمة مقومات اجمع عليها فقهاء القانون لاي تنظيم إداري قائم على مبدأ اللامركزية وبدونها لا يمكن تصور مبدأ لامركزية إدارية وهذه المظاهر هي وجود مصالح ذاتية متميزة عن المصالح الوطنية ووجود هيئات مستقلة تمثلها مجالس إدارية تعبر عن إرادتها وأخيرا المظهر الأهم وهو وجود رقابة على هذه الهيئات اللامركزية ، سنحاول استعراض هذه المظاهر وتنزيلها على النصوص القانونية التي أشارت إلى اللامركزية الإدارية لنصل من خلالها إلى مدى تحقق هذه المظاهر في النظام الإداري لمجالس المحافظات.

أولاً: وجود مصالح ذاتية

إن المصالح الذاتية التي تنطلق منها الإدارة المحلية (الهيئات اللامركزية) تكون نابعة من حاجة المواطن الذي يسكن المحافظة ،وفي الغالب تخصص السلطة اللامركزية بتحديد المصالح الذاتية التي تسعى الإدارة المحلية إلى تحقيقها من خلال تحديد الأهداف والسياسات العامة التي تسعى الحكومة المركزية إلى تحقيقها مع اختلاف في التنظيم بين الدول ،فبينما نجد في انكلترا نصا قانونيا صريحا ومحدد للأقاليم على

(١١) قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧

(١٢) ينظر في تفصيل ذلك هادي رشيد الجاوشي / اللامركزية الإقليمية في نظم الإدارة العامة في الدول المختلفة / مطبعة الإرشاد /بغداد/١٩٦٧/ ص ١١٦ وما بعدها.

المصالح الذاتية نجد خلاف ذلك في فرنسا الذي يكون فيها النص التشريعي مطلقا عاما يشير إلى المصالح الذاتية عندما يتكلم عن اختصاصات الهيئات المحلية.^(١٣) ولتوضيح الفكرة أعلاه يمكن القول جزما بوجود تباين واختلاف في الظروف الاجتماعية والجغرافية بين أجزاء الدولة وأقاليمها المختلفة مما يؤدي بالضرورة نشأة مصالح تقتصر أهميتها على سكان إقليم معين بالذات، فسكان منطقة صحراوية تختلف حاجاتهم عن سكان منطقة ساحلية أو منطقة زراعية.^(١٤) وعلى هذا الاساس يتم منح الصلاحيات وممارستها بالقدر التي يتلائم واحتياجات هذه المحافظة او تلك.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية العراقية التي اقرت نظام اللامركزية الإدارية ترى هل تم التأكيد على هذا الركن المهم في بنیان التنظيم اللامركزي؟.

لقد أشار قانون إدارة الدولة إشارة غير محددة إلى إن العمل بالنظام اللامركزي سيشجع على ممارسة السلطة المحلية من قبل المسؤولين المحليين ويضمن مشاركة المواطن بشكل فاعل في شؤون الحكم ويضمن له حقوقه ويحرره من التسلط^(١٥) أما الأمر ٧١ لسنة ٢٠٠٤ فاكتفى بالقول إلى أن الأخذ بنظام اللامركزية سيعمل على تحسين إيصال الخدمات إلى الشعب العراقي وجعل الحكومة العراقية أكثر تجاوبا مع احتياجاتهم، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا النظام سيتمكن الموظفين المحليين من ممارسة السلطة بحرية .

أما الدستور الحالي ٢٠٠٥ فلم يشر إلى المصالح الذاتية التي يستند إليها لتبني نظام اللامركزية الإدارية . وعلى نفس المنوال سار قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة باقليم حيث اشارت المادة الثانية /رابعا « تكون الحكومات المحلية مسؤولة عن كل ما تتطلبه إدارة الوحدة الإدارية وفق مبدأ اللامركزية الإدارية.»^(١٦) وربما هناك من يدفع بان فكرة المصالح الذاتية تكمن في النصوص الدستورية التي اعطت الاحقية للاقاليم والمحافظات في جوانب عديدة على حساب الحكومة الاتحادية بحيث قيدت صلاحيات الحكومة المركز وتركت ما دونها الى الاقاليم والمحافظات. نعم قد يصح هذه القول لكن محول تساؤلنا في هذا القسم عن النص على المصالح الذاتية المباشرة .

يتضح مما سبق إن النصوص القانونية لم تنص على مصالح محددة ينبني على أساسها نظام اللامركزية الإدارية باستثناء بعض الإشارات غير الواضحة والعامية والتي لا يمكن الأخذ بها على الإطلاق . ويعد هذا التوجه مبررا في الصياغة القانونية التي ينبغي ان تكون قاعدة عامة مجردة . حيث ان الحاجات الاجتماعية تتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر. فحاجات الجيل الحالي تختلف قطعا عن حاجات الاجيال السابقة وعلى المجالس ان توازن بين هذه المصالح وتتجاوب معها باعتبارها الاقرب لها من المركز. وبذلك تحقق عنصرا مهما من عناصر اللامركزية الادارية التي اقرها الدستور .

(١٣) ينظر عبد الوهاب السيد شكري /العلاقات بين السلطات المحلية /مطبعة أطلس /القاهرة / (ب س ط) /ص ٧

(١٤) ينظر د. محمد حسنين عبد العال/ المصدر السابق /ص ٨.

(١٥) المادة ٥٢/ من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

(١٦) المادة ٢/رابعا- قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨

ثانياً: وجود هيئات مستقلة

تهدف اللامركزية الإدارية إلى منح السلطات المحلية في المحافظات صلاحيات ذات طابع مستقل عن الحكومة المركزية، ويذهب غالبية فقهاء القانون^(١٧) إلى أن اختبار مظهر الاستقلال عن الحكومة المركزية يتم من خلال آليات تكوين هذه المجالس المحلية فإذا ما أقر القانون طريقة الانتخاب لأعضاء هذه المجالس من سكان الإقليم فعندئذ نكون إمام سلطات مستقلة عن الحكومة المركزية، وبخلاف ذلك إمام سلطات غير مستقلة عن الحكومة المركزية أي إذا ما تم تعيين أعضاء المجالس المحلية من الحكومة المركزية فان مظهر الاستقلال سوف ينتفي ومن ثم إهدار فكرة اللامركزية. ويبرر أيضاً هذا الرأي توجههم إلى أن جوهر اللامركزية يقوم على إشباع الحاجات من سكان الإقليم فلا يمكن أن يمارسها غيرهم والى ارتباط اللامركزية بالديمقراطية ومن ثم يجب تطبيق هذه الصورة بالانتخابات^(١٨)، لكن هناك من لا يعول كثيراً على هذا الرأي ويذهب إلى الانتخاب ليس وحده الذي يدل على مظهر الاستقلال فيمكن أن تكون السلطات مستقلة حتى في حال تعيينها من الحكومة المركزية، بشرط أن لا تمتلك هذه الحكومة صلاحية عزلهم ويبرر أنصار هذا الرأي توجههم هذا بالاستناد إلى أن إمكانية قيام مجالس معينة من الحكومة المركزية شريطة أن تتمتع بالضمانات تجاهها كشرط عدم إمكانية العزل، فضلاً عن أن نظام الانتخابات والذي يعد وسيلة وليس هدف ومن ثم يجب التفريق بين الهدف والوسيلة، فالهدف من المركزية هو التمتع بالاستقلال من أجل إشباع الحاجات المحلية ويمكن أن يتحقق هذا الهدف حتى مع تعيين أعضاء المجلس^(١٩).

إن قراءة متفحصة لهذه الاتجاهات ومناقشتها يؤدي إلى القول انه برغم صلاحية نظام الانتخابات كآلية للوصول إلى الاستقلال إلا أن احدا لا ينكر أهمية هذه الآلية وضرورتها، ففي ظل نظام سيطرة الحزب الواحد أو الائتلافات الانتخابية، وفي ظل ترامي أطراف الأقاليم وعدم سيطرت الحكومة عليه، نجد من الضروري الاعتماد على آلية الانتخاب في اختيار أعضاء المجالس المحلية، وهذا لا يعني الانفصال عن الحكومة المركزية تماماً، فهذه الحكومة هي من تشرف على العملية الانتخابية، وهي التي تتمتع بصلاحيات الإشراف والرقابة على أعمال السلطات المحلية كما سنبين ذلك لاحقاً.

وحسنا فعل المشرع العراقي في دستور ٢٠٠٥ عندما أشار إلى الانتخابات كآلية اختيار أعضاء مجالس المحافظات في المادة (١١٩/الفقرة الرابعة) منه وأكد على عنصر الاستقلالية في الفقرة الخامسة بالقول (لا يخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو إشراف أية وزارة أو أي جهة غير مرتبطة بوزارة وله مالية مستقلة) وهذا النص يؤكد صراحة على موضوع الاستقلال عن الحكومة المركزية، إلا أن هناك تعارض مع هذا النص

(١٧) ينقل هذا الإجماع/ د. محمد حسنين عبد العال / المصدر السابق /ص ٢٣ وما بعدها

(١٨) ينظر د. خالد سمارة الزعبي / تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفاءتها في نظم الإدارة المحلية /دراسة مقارنة / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان / ط ٣ / ١٩٩٣ / ص ٥٦

(١٩) د. فؤاد العطار/ القانون الإداري / دار النهضة العربية / ١٩٦٨/ص ٢٢

بنص آخر لازال العمل به جاريا وهو ما نص عليه الأمر (٧١) في القسم الثاني والذي اعترف بمجلس المحافظات المشكلة قبل إصداره , في الوقت الذي كان آلية تشكيل هذه المجالس لم تكن بطريقة الاقتراع العام من سكان المحافظة فعلى سبيل المثال جرى في محافظة نينوى تسمية (٢٠٠) شخصية من وجهاء المدينة لاختيار أعضاء المجلس بعد الاحتلال , ولم تكن بمشاركة أهالي المحافظة ككل واستمر الحال لحين كانون الأول /٢٠٠٥ و هذا خرق واضح لحق الانتخاب كوسيلة من وسائل تحقيق اللامركزية الإدارية.

كذلك أشار الأمر (٧١) إلى آلية لتعويض المقاعد الشاغرة في المجلس ففي حال وفاة أو استقالة احد الأعضاء فان تعويض هذا النقص يكون من قبل المجلس نفسه ولا يتم الرجوع إلى سكان المحافظة من ذلك , وتبنى هذا الأمر دستور ٢٠٠٥ والذي أعطى للمجالس الحق في اختيار البديل في حال وفاة أو عزل أو عجز احد الأعضاء^(٢٠) في حين كان من المفترض إيجاد آلية مناسبة يتم فيها الرجوع إلى سكان المحافظة في اختيار البديل عند نقص الأعضاء , من اجل تحقيق مبدأ اللامركزية بشكل متكامل أو أن يصار إلى سحب الأعضاء الاحتياط التاليين للأعضاء الأصليين كبداء لهم، هذا في عدم الاستمرار بالعمل بنظام القوائم المغلقة في الانتخابات . وقد عالج قانون مجالس المحافظات هذه الخلل عن طريق الاحالة الى قانون الانتخاب للتعويض عن العضو الذي فقد العضوية. حيث نصت المادة السادسة/ثانيا « يكون التعويض عند انتهاء عضوية العضو بتحقيق احدى الحالات المنصوص عليها في هذه المادة طبقا للنظام الانتخابي المعمول به. »^(٢١)

ثالثا: رقابة الحكومة المركزية

تعد الرقابة المركزية العنصر الأبرز من عناصر اللامركزية الإدارية إذ أن مظاهر الاستقلال التي ذكرناها سابقا لا تعني بأي شكل من الأشكال الانفصال عن الحكومة المركزية لذا جاءت هذه الرقابة لتأكيد وحدة البلاد ومن اجل إيجاد حالة من التوازن بين المصالح المحلية في المحافظة وبين المصالح العليا على مستوى الدولة ككل وكذلك ضمان مشروعية أعمال السلطات المحلية^(٢٢) من هنا كان لزاما أن يكون الاستقلال الإداري للمجالس نسبي وليس مطلق من اجل تحقيق الغايات أعلاه وتتخذ الرقابة في النظم الإدارية في العالم صورا مختلفة، وبقدر تعلق الأمر بحجم وبطبيعة الاختصاصات الممنوحة للمجالس المحلية , ففي النظام الانكليزي نجد أن

(٢٠) المادة ٥٥/ الفقرة باء .

(٢١) حيث اشار قانون انتخابات مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢٠١٨ السنة ٢٠١٨ على ان « أولا: - اذا فقد عضو المجلس مقعده لأي سبب كان يحل محله المرشح التالي له في عدد الاصوات الحاصل عليها في قائمته .

ثانياً: - اذا فقد عضو المجلس مقعده لأي سبب كان وكان ضمن قائمة منفردة فيخصص المقعد الى مرشح اخر حاصل على اعلى الاصوات لحزب أو تنظيم سياسي حصل على الحد الاعلى للأصوات ولم يحصل على مقعد .

ثالثاً: - اذا كان المقعد الشاغر يخص امرأة فلا يشترط ان تحل محلها امرأة اخرى الا اذا كان ذلك مؤثراً على نسبة تمثيل النساء .

(٢٢) ينظر د. خالد الزعبي/ المصدر السابق / ص ١٩٨

المشروع قد حدد اختصاصات الحكومة المركزية على سبيل الحصر وترك ما سوى ذلك للسلطة المحلية. وهذا الأمر يتيح أن تكون للسلطة المحلية صلاحيات واسعة ومن ثم لا تخضع إلا لرقابة ضئيلة يتولاها كل من البرلمان والقضاء والحكومة منها الإعانات والمنح والتفتيش والتظلم أمام الوزير^(٢٣)، إما في النظام الفرنسي فان الأمر مختلف عن النظام الانكليزي إذ تخضع السلطات المحلية لرقابة اشد من قبل البرلمان والحكومة والقضاء والسبب في ذلك يرجع إلى صلاحيات المجالس المحلية أوردها المشرع على سبيل الحصر وترك ما دون ذلك للحكومة المركزية فالحكومة المركزية تعين رئيس و بعض أعضاء المجلس المحلي وكذلك لها صلاحية عزلهم أو إيقاف عضويتهم، و يشترط عند إصدار قرارات معينة من المجلس المحلي اخذ أذن مسبق من الحكومة المركزية أخيرا هناك صورة مشددة من الرقابة تتمثل في الحل محل الإدارة المحلية في ممارسة بعض المهام^(٢٤).

من خلال استعراض النموذجين السابقين نجد أن هناك اتفاق على وجوب رقابة من الحكومة المركزية على السلطات المحلية، ولكن ثمة اختلاف في صور الرقابة بين النظامين وهذا الأمر يرجع إلى اختلاف في الأسس التي يستند إليها النظاميين في النظر إلى اللامركزية الإدارية، إذ أنهما شكلا نموذجا يحده حدوده كثيرا من الدول وفي هذا المجال يحق لنا أن نتساءل ترى بأي من هذه النظم تأثر المشرع العراقي؟ هل اخذ بالنظام الانكليزي أم انه تأثر بالنظام الفرنسي وما هي حجم الصلاحيات الممنوحة للمجالس بالمقارنة مع الصلاحيات الممنوحة للمركز والتي يترتب عليها نوع الرقابة.

لقد اكد الدستور على استقلالية مجالس المحافظات حيث نص على عدم خضوع مجالس المحافظات لاي وزارة او جهة غير مرتبطة بوزارة. وقد اكدت المحكمة الاتحادية العليا محدودية هذه السلطة الرقابية من خلال قرارها والذي اشار الى ان المجالس اصبحت غيرمرتبطة باي وزارة وتخضع لرقابة مجلس النواب^(٢٥).

بداية لم يحدد الأمر (٧١) سوى صلاحيات مجالس المحافظات على سبيل الحصر في القسم الثاني منه ولم يحدد أي وجه من أوجه الرقابة من قبل الحكومة المركزية على مجالس المحافظات بل ترك الأمر على إطلاقه.

وجاء دستور ٢٠٠٥ على خلاف ذلك فقد حدد صلاحيات الحكومة المركزية على سبيل الحصر في المادة (١١٠)، ثم عاد وحدد صلاحيات مشتركة بين مجالس المحافظات والحكومة المركزية في المواد ١١٢ و١١٤، وبين في المواد (١٢٣، ١٢٢، ١١٥) بعض صلاحيات مجالس المحافظات على سبيل المثال وفتحت المادة (١١٢) المجال للمجالس لممارسة الاختصاصات التي لم تختص بها السلطات المركزية بالنص على (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية تكون في صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في الأقاليم).

(٢٣) للمزيد ينظر د. هاني الطهري/قانون الإدارة المحلية /دار الثقافة للنشر والتوزيع /عمان /الأردن/٢٠٠٤/ص ١٨.

(٢٤) للمزيد ينظر محمد حسنين عبد العال /المصدر السابق / ص ٤١ وما بعدها .

(٢٥) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٨/اتحادية/ ٢٠٠٩.

من الواضح أن واضعو الدستور العراقي الحالي تأثرو إلى حد ما بالنظام الانكليزي عندما حدد اختصاصات الحكومة المركزية في المحافظات على سبيل الحصر ،ومن ثم جعل مادونها من الاختصاصات من صلاحيات مجالس المحافظة وهذا الأمر استتبع ضعف أو انعدام الرقابة على المجالس المحلية.

وإذا كان للنظام الانكليزي مايبهره من قدم العهد بتجربة الإدارة المحلية في بريطانيا بحيث جعلت الحكومة المركزية تحرص على رعاية استقلال الهيئات المحلية وتقديم العون والمشورة لها لتدعيم ممارستها لاختصاصاتها ،أضف إلى ذلك إن الغاية من أوجه الرقابة الموجودة في النظام الانكليزي هو للتحقق من توفير اكبر قدر من الفاعلية والكفاية لنشاطاتها ، وهذا دون شك لايمكن أن نطبقه على مجالس المحافظات المحلية في العراق التي يمكن اعتبارها حديثة النشأة ،من حيث الأعضاء ومن حيث حجم الصلاحيات الممنوحة له .

ويمكن تحديد أوجه الرقابة التي تمارس على مجالس المحافظات بالصور الآتية:

١- الرقابة القضائية على مجالس المحافظات

أن المشرع الدستوري لم يجعل مجال للرقابة القضائية إلا في نطاق ضيق جدا حددها الدستور من خلال المحكمة الاتحادية العليا التي قد تمارس الرقابة في مجال ضيق جدا وهو الفصل في المنازعات المتعلقة بتفسير الدستور ،وتنازع الاختصاص القضائي الذي يمكن ان يحدث بين القضاء الاتحادي ومحاكم المحافظات^(٢٦) ودون شك ان هذا يعتبر صورة من صور الرقابة الغير مباشرة ولا يمكن اعتبارها رقابة قضائية فعلية. لكن هذا لا يمنع من ان يمارس القضاء الاداري رقابته على القرارات الادارية التي تصدرها المجالس كقرار فصل موظف او عدم تمليك الاراضي وغيرها من القرارات التي تتحقق بها اسباب الطعن التي اشارت اليها قانون مجلس شورى الدولة المعدل^(٢٧) وتمارس خلالها الرقابة القضائية على قرارات مجالس المحافظات والدوائر الحكومية في المحافظة ،على أن تكون تبعية هذه المحاكم إلى مجلس القضاء الأعلى وتستأنف قراراتها ابتداءً لدى مجلس شورى الدولة وتمييزا لدى المحكمة الاتحادية العليا ،من اجل ضمان رقابة حيادية على أعمال مجالس المحافظات.

٢- رقابة الهيئات المستقلة

والوجه الآخر للرقابة التي يمكن تأشيرها في دستور ٢٠٠٥ هو رقابة الهيئات المستقلة والمتمثلة بهيئة النزاهة وديوان الرقابة المالية واللتين تراقبا الصرف العام والمحافظة

(٢٦) المادة ١٣ من دستور ٢٠٠٥

(٢٧) قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ حيث اشارت المادة ٧/ خامساً: يعد من اسباب الطعن في الاوامر والقرارات بوجه خاص ما يأتي:-

١- ان يتضمن الامر او القرار خرقا او مخالفة للقانون او الانظمة او التعليمات او الانظمة الداخلية .
٢- ان يكون الامر او القرار قد صدر خلافا لقواعد الاختصاص او معيبا في شكله او في الاجراءات او في محله او سببه .
٣- ان يتضمن الامر او القرار خطأ في تطبيق القوانين او الانظمة او التعليمات او الانظمة الداخلية او في تفسيرها او فيه اساءة او تعسف في استعمال السلطة او الانحراف عنها.

على المال العام والفساد الإداري والمالي^(٢٨). ومنبع هذه الرقابة هي ان هذه الهيئات هي مؤسسات اتحادية وبالتالي تسري رقابتها على تصرفات مجلس المحافظة بحكم الاختصاص المكاني لها.

٣- رقابة مجلس النواب العراقي

الجهة الأخرى التي تمارس الرقابة على عمل مجالس المحافظات هي مجلس النواب العراقي حيث منحت المادة الثانية/ ثالثاً من قانون مجالس المحافظات هذه الصلاحية عندما نصت على « تخضع المجالس لرقابة مجلس النواب.» وحدد هذا القانون نطاق الرقابة من خلال صلاحيات الحل او الاقالة المترتبة على ما اقرته هذه الهيئات من قرارات اكدت وجود خلل قانوني في عمل هذه المجالس . حيث اعطى القانون الصلاحية لمجلس النواب بالأغلبية المطلقة بناءً على اقتراح رئيس الوزراء باقالة المحافظ في الحالات الآتية:

- أ . عدم النزاهة أو استغلال المنصب الوظيفي .
- ب . التسبب في هدر المال العام .
- ج . فقدان احد شروط العضوية .
- د . الإهمال أو التقصير المتعمدين في أداء الواجب والمسؤولية .

ومنح القانون مجلس النواب صلاحية اخرى وهي حل مجلس المحافظة وفقاً لما يأتي: لمجلس النواب حل المجلس بالأغلبية المطلقة لعدد أعضائه بناءً على طلب المحافظ , أو طلب من ثلث عدد أعضائه, إذا تحقق أحد الأسباب المذكورة في البند (أولاً) من المادة (٢٠) . وهي :

- ١- الإخلال الجسيم بالأعمال والمهام الموكلة إليه.
- ٢- مخالفة الدستور والقوانين.
- ٣- فقدان ثلث الأعضاء شروط العضوية.^(٢٩)

وعلى البعض هذه الصور من الرقابة بان مجلس النواب هو الجهة التشريعية الأعلى فمن واجبه التأكد من مدى مطابقة التشريعات المحلية التي تصدرها المجالس مع القوانين الاتحادية اضافة الى ضمان عدم تعسف هذه المجالس في ممارسة صلاحياتها.^(٣٠) الا ان الملاحظ ان هذه الصلاحيات لا يمكن ممارستها ما لم يثبت قانوناً ان هذه المجالس قد ارتكبت احدى هذه الأفعال التي تعد مسوغاً لحل المجلس او اقالة المحافظ. هذا ولم يمنح القانون او الدستور صلاحية إنهاء او ايقاف عمل مجالس المحافظات.

إن أوجه الرقابة المذكورة أعلاه لا يمكن التعويل عليها لضمان كفاية وفاعلية مجالس المحافظات فالرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا تنحصر في جوانب معينة وهي تفسير الدستور وتنازع الاختصاص القضائي، أما الرقابة التي

(٢٨) المادة ١٠٤، ١٠٣ من دستور ٢٠٠٥

(٢٩) المادة ٢٠ من قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة باقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨

(٣٠) د. حنان القيسي، مصدر سابق، ص ١٧

تمارسها هيئة النزاهة وديوان الرقابة المالية فهي تقتصر على الجوانب المالية، وعلى الرغم من وجود هذه الهيئة إلا أن الفترة الماضية شهدت فسادا إداريا وماليا في العديد من مجالس المحافظات الحالية. فعلى سبيل المثال ، تلقت هيئة النزاهة في العام ٢٠١٩ ما يقارب ٦١٣ اخبارا تتعلق بحالات فساد في الادارات المحلية للمحافظات تم تحويل ٢٩٠ منها الى قضية جزائية.^(٣١)

وهذا لا يعني إغفال الرقابة الشعبية أو ما تسمى برقابة الرأي العام والتي تشمل رقابة منظمات المجتمع المدني والمظاهرات السلمية ووسائل الإعلام والتي لأشك وسيلة مهمة وناجعة تتبع من كون السكان هم مصدر مشروعية مجلس المحافظة ولكن ينبغي ان ينص القانون عليها حتى لا تكون نوع من الفوضى ،وان يسبق ذلك إعداد لسكان المحافظة من خلال دورات وورش عمل تنهض بها مكاتب وزارة حقوق الإنسان في المحافظات لتوعية السكان بأهمية الرقابة الشعبية على أعمال مجالس المحافظات وقبل هذا وذاك توعية إدارات مجالس المحافظات بأهمية هذه الرقابة لتقويم أعمالهم وتوجيهها بالاتجاه الصحيح.

ختاماً، كل هذه المقومات تشكل الاساس الدستوري النظري لقيام مجالس المحافظات والتي بدونها لا يمكن اسناد اي مهام او ممارسة اي صلاحيات دستورية. وكما بينا فان المنهاج العراقي في تبني اللامركزية جاء بشكل مغاير لما هو معتاد . لذا لا بد من البحث في الصلاحيات التي تعد المدخل الحقيقي للتطبيق العملي لهذا النموذج.

(٣١) التقرير السنوي لهيئة النزاهة للعام ٢٠١٩ ، صفحة ٧٥ . منشور على الموقع الرسمي لهيئة النزاهة بالرباط http://www.nazaha.iq/body.asp?field=news_arabic&id=٥٧٧٨ . تاريخ الزيارة ٢٦-٨-٢٠٢٠

المبحث الثاني الصلاحيات الدستورية لمجالس المحافظات

بعد أن تعرفنا على أساس صلاحيات مجالس المحافظات وتبين أنها قائمة على مبدأ اللامركزية التي اقرها الدستور، ومن ثم عرجنا على بعض مظاهر اللامركزية الإدارية في ممارسة هذه الصلاحيات نأتي الآن للمبحث في أنواع الصلاحيات التي تمارسها مجالس المحافظات في ظل دستور ٢٠٠٥ والذي أتى بتقسيم جديد نوعا ما للصلاحيات إذ جعل للحكومة المركزية صلاحيات على سبيل الحصر وحدد بعد ذلك صلاحيات مشتركة بين المحافظات والحكومة المركزية وأخيرا ذكر صلاحيات مجالس المحافظة وجعلها مطلقة في المادة (١١٥) والتي نصت على أن مالم يذكر من صلاحيات فتعتبر من اختصاصات مجالس المحافظات والواقع أن تحديد الاختصاصات يقوم على أساس الاتجاهات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والإدارية في الدولة. ومن خلال استقراء هذه الصلاحيات وتفحصها نجدها لا تخرج عن ثلاثة أنواع وهي الصلاحيات التشريعية والصلاحيات الإدارية والصلاحيات المالية. وسنأتي بالحديث عن كل نوع من هذه الأنواع وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: الصلاحيات التشريعية

بمراجعة اختصاصات مجالس المحافظات (المجالس المحلية) في كل من مصر وفرنسا وبريطانيا لانجد إعطاء صلاحيات تشريعية لهذه المجالس إذ أن اختصاصاتها تكاد تتركز على الإشراف والتقرير والاستشارة والتنظيم والتنفيذ وفي أحسن الأحوال الرقابة^(٣٢).

آلا أن الأمر (٧١) لسنة ٢٠٠٤ أعطى صلاحيات تشريعية لمجالس المحافظات عندما ذكر في القسم الثاني عند النص على صلاحيات مجالس المحافظات ومنها (توليد وتحصيل العائدات بشكل مستقل عن طريق فرض ضرائب ورسوم) كما أكد هذا التوجه دستور ٢٠٠٥ عندما ترك صلاحيات واسعة يمكن استنباطها بمفهوم المخالفة من عدم النص عليها ضمن صلاحية الحكومة المركزية^(٣٣).

ولاشك أن فرض الرسوم والضرائب هو عمل تشريعي تمارسه السلطة التشريعية ولم تخول المجالس المحلية في معظم دول العالم صلاحية فرض الرسوم والضرائب إلا استثناء^(٣٤) لكن الأمر ٧١ أعطى هذه الصلاحيات لمجالس المحافظات، وإن كان لهذه التوجه ما يبرره كاطلاع المجالس على المعايير اللازمة لفرض الضرائب كأسعار العقارات وقيم الإيجارات ومعدل دخل الفرد، ولكن هذا لا يعني إعطاء صلاحيات للمجالس لفرض الضرائب في هذه المرحلة، ولهذا لم يحسم دستور ٢٠٠٥ هذا الأمر عندما أحال

(٣٢) د. خالد سمارة الزعبي / المصدر السابق / ص ١٧١ وما بعدها

(٣٣) نصت المادة ١١٥ من الدستور على أن كل ما لم يذكر من صلاحيات للحكومة المركزية فتعتبر من صلاحيات مجالس المحافظات.

(٣٤) أنور شاه / تأملات / مقارنة حول التحديات الناشئة في الفدرالية المالية / منتدى الاتحادات الفدرالية / ٢٠٠٧ / ص

تفضيل هذه الصلاحيات التشريعية المستتبطة بمفهوم المخالفة إلى إصدار قوانين تنظمها حيث نص على (تمنح المحافظات التي لم تنتظم في إقليم الصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة، بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية، وينظم ذلك بقانون)^(٣٥) ومن هذه الصلاحيات الواسعة فرض الرسوم والضرائب .

هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد ملامح الصلاحيات التشريعية في اختصاصات المجالس عندما نص الدستور على إمكانية تفويض اختصاصات الحكومة المركزية الحصرية إلى مجالس المحافظات وذلك بالاتفاق بين المركز ومجلس المحافظة^(٣٦)، وهنا نجد إمكانية تولي مجلس المحافظة صلاحيات تشريعية بالاستعاضة عن الحكومة المركزية التي تملك إصدار قوانين سواء كان من منها عن طريق البرلمان السلطة التشريعية أو عن طريق مجلس الوزراء الذي له صلاحية اقتراح مشاريع القوانين، ولم يرد قيد على هذا التفويض شبه المطلق الذي نصت عليه المادة لإقيد حدود الاتفاق بين المجلس والحكومة المركزية مما يعني إذا تم الاتفاق على تفويض صلاحيات تشريعية لمجلس المحافظة فلا مانع من ذلك في ضوء نص المادة (١٢٣) وهذا يعني ان المجالس سوف تمتلك صلاحيات تشريعية إذا تم تفسير الدستور تفسيراً واسعاً. لقد أكد قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم هذه الصلاحية عندما نص على ان من صلاحيات مجلس المحافظة هي: «إصدار التشريعات المحلية والأنظمة و التعليمات لتنظيم الشؤون الإدارية و المالية بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الادارية وبما لا يتعارض مع الدستور و القوانين الاتحادية.»^(٣٧) إضافة الى منحه صلاحية قراءة الموازنة والمصادقة عليها وإقرار النظام الداخلي للمجلس وهي صلاحيات ذات جوهر تشريعي.

وأخيراً جعل الأولوية لقوانين المجالس في حال وجود خلاف مع الحكومة الاتحادية في المواضيع المتعلقة بالاختصاصات المشتركة المنصوص عليها في الدستور بالمواد ١١٢-١١٣-١١٤.^(٣٨) هذا وقد اكدت المحكمة الاتحادية حق امتلاك مجالس المحافظات صلاحيات تشريعية في قرارها التفسيري رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٧ عندما طلب منها مجلس النواب العراقي الراي بخصوص تفسير المواد الدستورية التي منحت المجلس صلاحية التشريع اذا ذهبت المحكمة الى ان لهذه المجالس الصلاحية الحصرية بسن القوانين المحلية ولا صلاحية لمجلس النواب بسن هكذا نوع من التشريعات لانه يختص حصراً بسن التشريعات الاتحادية.^(٣٩) وايدت ذلك ايضاً بقرارها في ٢٠١٠ حيث اكدت على صلاحية المجالس بسن القوانين الضريبية.^(٤٠) في كل الاحوال، لا بد من وجود قيود على ممارسة هذه الصلاحية. وهي جملة من القيود التي ينبغي توافرها ومنها القيد المكاني المتمثل بسريان هذه التشريعات ضمن الحدود الادارية للمحافظة . وقيد موضوعي يتمثل

(٣٥) المادة (١٢١) /فقرة ٢) من دستور ٢٠٠٥.

(٣٦) المادة (١٢٣) من دستور ٢٠٠٥.

(٣٧) المادة ٧ ثالثاً

(٣٨) المادة ٢/سادسا

(٣٩) القرار التفسيري رقم ١٣ /ت/٢٠٠٧ في ٣١-٧-٢٠٠٧ منشور على موقع المحكمة الاتحادية العليا- تفسير دستوري تاريخ الزيارة ٢٣-٦-٢٠٢٠، رابط الموقع:

https://www.iraqfsc.iq/t.2007/page_2/

(٤٠) القرار رقم ٢١ /اتحادية /٢٠١٠

بالتقيد بحدود الصلاحيات التي منحها له الدستور وفقاً لمبدأ اللامركزية الإدارية. وأخيراً مراعاة مبدأ تدرج القانونية والذي يقضي بعدم تعارض هذه القوانين مع القوانين الاتحادية والدستور.^(٤١)

وهذا كله ينبغي كل التكهّنات التي تنتقص من هذه الصلاحية أو تشكك بعدم وجودها. كما فعل مجلس شورى الدولة في الرأي الاستشاري المرقم ١٩٧٢ و الصادر في ٢٥-١٠-٢٠٠٩ والقاضي بأن المجالس لا تمتلك صلاحية التشريع لعدم وجود نص دستوري صريح وكذلك أن القوانين العادية لا يمكن الاستناد عليها في تحويل صلاحية تشريعية.^(٤٢) وكما بينا سابقاً أن الصلاحية التشريعية للمحافظات واضحة ولا لبس فيها وهي توجه جديد يحسب للدستور الحالي. ولا ضير في ذلك مع تعقد الحياة وتطورها وصعوبة المام المركز بكل تفاصيل الحياة اليومية لسكان المحافظات. فلا يعقل أن يتدخل مجلس النواب الاتحادي لتشريع قانون يتعلق بتشغيل المولدات الأهلية لمحافظة كربلاء مثلاً. أن مجالس المحافظات لا شك بحاجة إلى إصدار تشريعات خاصة بالمحافظة لتحقيق مظاهر اللامركزية الإدارية وعدم إرجاع عقارب الساعة إلى الوراء. وبالفعل باشرت العديد من المجالس بتشريع قوانينها المحلية التي تعكس الحاجة الفعلية لسكان المحافظة. فعلى سبيل المثال أصدر مجلس محافظة بابل العديد من القوانين منها قانون المولدات ذات النفع الخاص رقم (١) لسنة ٢٠٠٩، وقانون العيادات الطبية رقم (١) لسنة ٢٠١١ وقانون الحراس الليليين رقم (٧٠) لسنة ٢٠١١. كما قام مجلس محافظة كربلاء بإصدار قانون رسم الخدمة رقم (٣١) لسنة ٢٠١٠، وقانون الجباية المفروضة على سيارات حمل المواد النشائية.^(٤٣)

المطلب الثاني: الصلاحيات الإدارية

إن المبدأ العام الذي يحكم صلاحيات مجالس المحافظات كما أسلفنا هو أنها ذات صلاحيات غير حصرية أي مالم ينص عليه الدستور من صلاحيات للحكومة المركزية يكون من اختصاص مجالس المحافظات مباشرة وعلى هذا فإن صلاحيات مجالس المحافظات تبدوا واسعة وهي منوطة بما يتلاءم لتطبيق مبدأ اللامركزية الإدارية وقد أحال الدستور تفضيل هذه الصلاحيات إلى قوانين خاصة تنظمها، وسنحاول استنباط هذه الصلاحيات من نص الدستور نفسه ومن خلال قانون مجالس المحافظات، فالدستور نص على صلاحيات الحكومة المركزية على سبيل الحصر وترك مأسوى ذلك للمجالس. وقد نص الدستور على بعض صلاحيات الإدارية لمجالس المحافظات منها

(٤١) د. حنان القيسي، الوجيز في شرح قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨، ٤٤٤، ٢٠١١، ص ١٣

(٤٢) الرأي الاستشاري لمجلس شورى الدولة المرقم ١٩٧٢ و الصادر في ٢٥-١٠-٢٠٠٩ بناءً على الاستفسار الوارد من الأمانة العامة لمجلس الوزراء - الدائرة القانونية بخصوص قانون المولدات ذات النفع العام رقم ٢ لسنة ٢٠٠٩ والذي أصدره مجلس محافظة بابل. منشور في ؟؟؟؟

(٤٣) منشور على الموقع الإلكتروني للمكتبة القانونية العراقية لمحكم المحلي www.iraq.lg.law.org

أولاً: صلاحيات على مستوى الحكومة المركزية

١. اختيار ممثلين عن المحافظة في مجلس الاتحاد (٤٤)
٢. اختيار ممثلين عن المحافظة في الهيئة العامة لضمان حقوق الأقاليم والمحافظات (٤٥).
٣. اختيار ممثلين وخبراء عن المحافظة في الهيئة العامة لمراقبة تخصيص الموارد الاتحادية (٤٦).

ثانياً: صلاحيات إدارية مشتركة بين الحكومة المركزية ومجالس المحافظات

إن إعطاء صلاحيات مشتركة بين المجالس المحافظات والحكومة المركزية فيه من الإيجابيات وفيه من السلبيات ومنها صعوبة توزيع هذه الصلاحيات وتعهدها في بعض الأحيان وكذلك احتمالية تدخل السلطة المركزية في شؤون الجهات المعنية ، مما قد يؤثر على جوهر اللامركزية الإدارية لذا ينبغي تحديدها بشكل دقيق بما يضمن المحافظة على هذا المبدأ ، وهذه الصلاحيات التي نص الدستور على انها مشتركة بين الحكومة المركزية ومجالس المحافظات هي:

أ- إدارة النفط والغاز

ب- رسم السياسات الإستراتيجية لتطوير الثروة النفطية (٤٧)

نص الدستور على أن (تقوم الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة على ان توزع وارداتها بشكل منصف يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع أنحاء البلاد.....). يتضح من النص ان المحافظات تشارك مع الحكومة المركزية في إدارة النفط والغاز وتطوير الثروة النفطية ، والاختصاص الاول مقتصر على المحافظات المنتجة للنفط والغاز تحديدا دون غيرها وان وهو كذلك مقتصر على ادارة النفط والغاز فقط دون غيره من الثروات الطبيعية. ونود ان نؤشر هنا ان صلاحيات ادارة النفط والغاز تقتصر على ممارسة الإدارة ورسم السياسات دون ان ينصرف ذلك إلى التملك فملكيتها تعود إلى الشعب العراقي كما ذكرت المادة (١١١) من الدستور. لقد احتوى النص الذي قرر صلاحية إدارة النفط على عبارات تثير تساؤلات عديدة منها لماذا اقتصرت الصلاحية على إدارة النفط والغاز فقط

(٤٤) المادة (٦٥) من الدستور /ويقصد بمجلس الاتحاد: المجلس الثاني الذي يشكل مع مجلس النواب السلطة التشريعية ويتكون من ممثلين عن المحافظات وقد أجلت المادة (١٣٦) من الدستور العمل بمجلس عندما نصت (بؤجل العمل باحكام المواد الخاصة بمجلس الاتحاد اينما وردت في هذا الدستور إلى حين صدور قرار من مجلس النواب بأغلبية الثلثين وفي دورته الانتخابية الثانية التي يعقدها بعد نفاذ هذا الدستور) ولم يشكل لحد الآن .

(٤٥) المادة (١٠٥) من الدستور ويقصد بهذه الهيئة: الهيئة التي يقع على عاتقها رقابة عدالة مشاركة المحافظات والأقاليم في إدارة مؤسسات الحكومة المختلفة ولم يتشكل لحد الآن.

(٤٦) المادة ١٠٦ من الدستور ويقصد بها الهيئة التي تتكون الهيئة من خبراء الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات وممثلين عنها وتضطلع بالمسؤوليات الاتية: أولاً: التحقق من عدالة توزيع المنح والمساعدات والقروض الدولية بموجب استحقاق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم. ثانياً: التحقق من الاستخدام الامثل للموارد المالية الاتحادية واقتسامها. ثالثاً: ضمان الشفافية والعدالة عند تخصيص الأموال لحكومات الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في اقليم على وفق النسب المقررة.

(٤٧) المادة (١١٢) الفقرة (٢-١) من دستور ٢٠٠٥.

واغفل الإشارة إلى الثروات الطبيعية الأخرى؟ ثم لماذا حصر الأمر بالحقول الحالية وما هو مصير الحقول التي ستكتشف فيما بعد هل ستكون إدارتها تشاركية؟ ثم ما مصير الحقول النفطية التي ستكتشف في محافظات لم يكتشف فيه النفط والغاز؟

ان هذه التساؤلات على النص تثير مشاكل قانونية حقيقية ولا نعتقد أن وجود المادة (١١٥) من الدستور سوف يحسم الأمر وعلى المشرع الدستوري أن يأخذ هذه التساؤلات بعين الاعتبار وان يحدد الصلاحيات بشكل واضح بحيث لا تحمل التأويل غير المنضبط، ونقترح على المشرع أن يجعل إدارة الثروات الطبيعية تشاركية بين المجالس والحكومة المركزية باعتبار إنها ملك للشعب العراقي ككل وليس ملك لسكان المحافظة سواء ما كان منها منتج في الوقت الحالي او في المستقبل وان يصار إلى تعديل المادة (١١١) لتشمل جميع الثروات الطبيعية وليس النفط والغاز فحسب، وهذا ما يقتضيه العقل والمنطق.

وهنا يمكن ان نثير سؤال مفاده ترى كيف سيتم توزيع الاختصاص بين مجالس المحافظات والحكومة المركزية؟ بحيث تتحقق الإدارة المشتركة؟ هناك احتمالات عدة يمكن ورودها منها:

ان يشكل مجلس يدعى (المجلس الاتحادي للنفط والغاز) يضم في عضويته أعضاء من الحكومة المركزية بالإضافة إلى ممثلين عن كل محافظة منتجة للنفط والغاز وتوزع الوظائف بينهم^(٤٨)، وهناك صورة أخرى تتمثل باقتصار عمل مجالس المحافظات على الإشراف والتنظيم ومراقبة عمل الشركات النفطية واستلام العوائد وترك قضايا التفاوض وإبرام الاتفاقات مع الشركات والإشراف العام من صلاحيات الحكومة المركزية. وأياً كانت الصور فإن معنى الإدارة المشتركة يمكن تحقيقه في صورة المجلس الاتحادي للنفط والغاز بحيث يتمثل فيها أعضاء من المحافظات وممثلين على الحكومة المركزية ويكون بذلك الجميع مشارك في الإدارة، اما صور التوزيع الجزئي للوظائف فاعتقد انه سيقعد العمل الإداري ويؤدي إلى التداخل في الصلاحيات ومن ثم المساس بمبدأ اللامركزية الإدارية.

ج- إدارة الكمارك. د- إدارة الآثار والمواقع الأثرية والبنى التراثية والمخطوطات والمسكوكات.

يتضح من صلاحيات إدارة الكمارك إنها تعني المحافظات الحدودية دون غيره ولا يمكن تفسير النص بما لا يحتمل بالقول بإمكانية وجود حدود بين المحافظات وينبغي أن تشارك المجالس المحلية مع حكومة المركز في إدارة الكمارك، ونقترح على المشرع الدستوري ان يعدل المادة المتعلقة بإدارة الكمارك بإضافة كلمة الحدودية بعد المحافظات حتى لا يصار إلى هذا التفسيرات الواسعة، وينبغي ان نشير إلى أمر ايجابي اقره المشرع بان جعل إدارة الآثار والمواقع الأثرية من الاختصاصات المشتركة لأنها تحمل قيم حضارية ترتبط بالبلد ككل وليس بمنطقة دون أخرى.

(٤٨) كما ورد في مسودة مشروع قانون النفط والغاز الذي قرأ القراءة الأولى من مجلس النواب، منشور على الموقع الرسمي لمجلس النواب العراقي www.parlment.iq

و- رسم السياسة الصحية والتعليمية والتربوية والبيئية .

لقد أحسن المشرع بان قصر مشاركة الاختصاص في مجالات الصحة والتعليم التربية والبيئة على رسم السياسة دون التدخل في الإدارة ، إذ أن هذه المؤسسات تعد من المؤسسات الخدمية والتي تكون على تماس مباشر مع حقوق سكان المحافظة ولا ينبغي ان يضطلع بها إلا مجلس المحافظة تحقيقا لمبدأ اللامركزية.

ثالثا:صلاحيات على مستوى مجلس المحافظة (محلية)

لم يحدد دستور ٢٠٠٥ صلاحيات مجلس المحافظة والتي يمارسها دون تدخل الحكومة المركزية، وأحال تنظيمها إلى قوانين خاصة^(٤٩) ولكن هذه الصلاحيات التي يحكمها مبدآن الأول: أن هذه الصلاحيات التي لم ينص عليها الدستور للحكومة المركزية تكون من صلاحيات مجالس المحافظات، والثاني: ان مجالس المحافظات تتمتع بالصلاحيات الإدارية والمالية الواسعة بما يمكنها من إدارة شؤونها على وفق مبدأ اللامركزية الإدارية .

وعلى العموم قانون مجالس المحافظات نص على صلاحيات ادارية يمكن حصرها بالاتي:

اولا: صلاحيات ادارية(٥٠)

- ١ . انتخاب رئيس المجلس ونائبه وله صلاحية اقالتهما
- ٢ . انتخاب المحافظ و نائبيه بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس خلال مدة أقصاها ثلاثون يوما من تاريخ انعقاد أول جلسة له.
- ٣ . الموافقة على ترشيح اصحاب المناصب العليا وله صلاحية اعفائهم من مناصبهم
- ٤ . المصادقة على اجراء التغييرات الادارية على الاقضية والنواحي والقرى بالدمج والاستحداث او تغيير اسمائها ومركزها
- ٥ . تحديد أولويات المحافظة في المجالات كافة , ورسم سياستها ووضع الخطط الإستراتيجية لتنميتها بما لا يتعارض مع التنمية الوطنية.
- ٦ . الرقابة على جميع أنشطة دوائر الدولة في المحافظة لضمان حسن اداء عملها.

ولنا على هذه الصلاحيات جملة ملاحظات :

١- ينبغي أن يكون هناك تنسيق على مستوى عال بين الوزارات وبين الدوائر الحكومية في المحافظة حتى يتم تجاوز أي خلل في الأداء على ان لا يؤثر ذلك على جوهر اللامركزية.

٢- لم ينص القانون على إعطاء صلاحيات أمنية لمجلس المحافظة وانما حصر دوره بالمصادقة على الخطة الامنية الموضوعة بالتنسيق بين المحافظ والجهات الامنية ذات العلاقة. وهذا توجه صائب باعتبار أن قضية الأمن من المسائل السيادية وتختص

(٤٩) المادة (١٢٢) /فقرة (٢) من دستور ٢٠٠٥.

(٥٠) المادة السابعة فقرة من قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم

بها الحكومة المركزية، ولكن في وقت تعاني فيه معظم المحافظات من تردي الوضع الأمني ينبغي إشراك المجالس في صناعة القرار الأمني. وربما ما تم منحه للمحافظ بموجب المادة ٣١/عاشرا باعتباره السلطة التنفيذية في المحافظة من سلطة الامر على الاجهزة الامنية المحلية والتشكيلات المكلفة بواجبات الحماية وحفظ الامن والنظام العاملة في المحافظة. ما يعد كافية بهذا الصدد.

٣- لم تشر الصلاحيات إلى أي دور لسكان المحافظة في إدارة المدينة في حين أن التوجهات الجديدة في الإدارة تقوم على أساس إشراك المواطنين في الإدارة وفق مبدأ الفصل التام بين الإدارة والسياسة بالاعتماد على ذوي الخبرات والكفاءات العلمية من سكان المحافظة^(٥١) بعيدا عن الانتماءات الحزبية والطائفية.

المطلب الثالث: الصلاحيات المالية

تعد المالية المحلية معيارا ومؤشرا فاعلا والذي من خلاله يظهر من خلاله عمل الهيئات المحلية وقدرتها على الإدارة الناجحة ، اذ من خلاله نستطيع ان نحكم على مدى نجاح هذه الإدارة أو تلك فإذا ما استطاعت المجالس تلبية حاجات المواطنين في المحافظة وهذا هدفها الأول وتحقيق التنمية لهم بالاستخدام الأمثل للموارد المالية سنكون امام إدارة ناجحة.^(٥٢)

وتعترض الصلاحيات المالية إشكاليات دستورية واسعة عند الحديث عن توزيع هذه الصلاحيات بين الحكومة المركزية والمجالس المحلية في معظم دول العالم وتختلف الدول في معالجة هذه الإشكاليات ، ولم تكن هناك مشاكل سابقا إذ إن لمجلس المحافظة كان يفرض الضرائب(الضرائب الإضافية) على الضرائب المركزية : الدخل، العقار، التراكات، والضريبة الزراعية، والتي تكون بنسبة لا تتجاوز ٢,٥٪ من أصل الضريبة بعد موافقة مجلس الوزراء في العراق على قرار مجلس المحافظة^(٥٣). وعلى العموم يتخذ الاستقلال المالي في الأنظمة اللامركزية صورتين الاولى تتمثل في الاستقلال في جمع الضرائب والصورة الثانية الاستقلال في استخدام المصادر المالية^(٥٤) وقد حاول الأمر (٧١) إبراز هذه الصور من الاستقلال المالي من خلال النص على الصلاحيات الآتية لمجالس المحافظات:

١- تعديل الموازنة العامة على أن لا يؤدي التعديل لزيادة حدود الصرف المذكورة في خطط الوزارة المعنية أو يتعارض مع الأهداف من خلال التصويت ثلثي أعضاء المجلس.

٢- توليد وتحصيل العائدات بشكل مستقل عن طريق فرض ضرائب ورسوم.

(٥١) د. أسامة شهبان / إدارة الدولة المفاهيم والتطور / مطبعة الشروق / بدون مكان طبع/٢٠٠١/ص١٢٧

(٥٢) محمد حاجي/ التمويل المحلي وإشكالية العجز في ميزانية البلدية / بحث منشور على موقع كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير/ جامعة بسكرة/ الجزائر www.univ-batna.dz

(٥٣) د. عبد الرزاق إبراهيم الشبخلي/ العلاقة بين الحكومة المركزية والإدارات المحلية - دراسة مقارنة/ بحث منشور على الموقع الالكتروني لجامعة مؤتة (www.publicatons.ksu.edu.sa)

(٥٤) أنور شاه / المصدر السابق/ ص ٥٢.

المبادرة بمشروعات على مستوى المحافظة بشكل انفرادي او عن طريق الشراكة مع المنظمات الدولية أو غير الحكومية.

واكد قانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم هذه الصلاحيات عندما نص على ان لمجلس المحافظة صلاحية :

١- أعداد مشروع الموازنة الخاصة بالمجلس لدرجها في الموازنة العامة للمحافظة
٢- أ. اعلان مشروع الموازنة العامة للمحافظة في وسائل الاعلام المقروءة والمرئية والمسموعة وعقد الندوات والمؤتمرات لمشاركة مواطني المحافظة ومنظمات المجتمع المدني والوقوف على ارائهم .

ب. قراءة مشروع الموازنة العامة للمحافظة قراءتين اولى وثانية في جلستين منفصلتين والمصادقة عليه واجراء المناقلة بين ابوابها بموافقة الاغلبية المطلقة لعدد الاعضاء على ان تراعى المعايير الدستورية في التوزيع لمركز المحافظة والاقضية والنواحي ورفعها الى وزارة المالية الاتحادية لتوحيدها مع الموازنة العامة الاتحادية .
٣- المصادقة على قبول أو رفض التبرعات والهبات التي تحصل عليها المحافظة.

ولنا على الصلاحيات المالية بعض الملاحظات:

ان من الأهداف الأساسية لعمل مجلس المحافظة هو خلق فرص للتنمية في المحافظة وهذا ما لم يشر له القانون ، لذا ينبغي إلزام مجالس المحافظات بإنشاء استثمارات من خلال تكوين مشاريع مولدة للدخل ففي لفظة المبادرة المنصوص عليها أعلاه معنى غير إلزامي .

حسنا فعل المشرع عندما لزم مجلس المحافظة بعرض مشروع الموازنة العامة للمحافظة على سكان المحافظة واخذ الاراء بخصوصها وهي وسيلة فاعلة ومنتطورة من وسائل الادارة الحديثة.

واخيرا بعد استعراض هذه الاسس الدستورية لمجالس المحافظات والصلاحيات الممنوحة لها والتي تعكس اهتمام المشرع بضرورة دعم وتفعيل هذه الصلاحيات لاعمال مبدا اللامركزية وعدم جعله حبرا على ورق. ترى هل تم فعلا تبني ودعم هذه الصلاحيات هذا ما سوف نبينه في المبحث القادم.

المبحث الثالث

محاولات تقويض مبدأ اللامركزية

ضمن صراع الصلاحيات المتوقعة بين المركز والمحافظات غير المنتظمة في اقليم جرت محاولات عديدة لتقويض مبدأ اللامركزية والحد من صلاحيات مجالس المحافظات وزعزعة استقرارها. وهذا امر طبيعي مرده الى اسباب كثيرة . منها حداثة العهد بفكرة اللامركزية اذا كما لاحظنا ان الدساتير السابقة تبنت صراحة فكرة المركزية الادارية وحتى ان من تبني منها اللامركزية عاد وانقلب عليها كما حدث في دستور ١٩٧٠. وهناك ومن عزا هذه المحاولات الى الخلل الدستورية الذي مزج بين اللامركزية الساسية واللامركزية الادارية .

وعلى اية حال، فان الاساس الدستوري الذي قامت عليه مجالس المحافظات وطبيعة الصلاحيات الممنوحة لهذه المجالس يستدعي مراعاة الدقة القانونية قبل ان يتم التعرض لهذه الصلاحيات. خاصة بعد ان استعرضنا هذه النصوص الدستورية والقانونية والتي تبين حرص وضعي الدستور على تبني مبدأ اللامركزية والتي جاءت بشكل مختلف عن النماذج المطبقة في العالم. فقد منح صلاحيات مالية وادارية وحتى تشريعية لمجالس المحافظات المتمثلة بأشخاص منتخبين وضع لهم الشروط القانونية الصارمة من اجل اختيارهم . ترى من سيمارس هذه الصلاحيات واين سيذهب النظام اللامركزي الذي سعى له الدستور وقبل هذا وذاك اين ستكون روح الديمقراطية وتمثيل الشعب التي بني عليها الدستور الحالي.

سنحاول في هذا المبحث مناقشة التعديل الاخير الذي اجراه مجلس النواب على قانون انتخابات مجالس المحافظات والذي اوقف بموجبه عمل مجالس المحافظات لنفحص مدى دستورية هذا التعديل في ضوء توجهات المحكمة الاتحادية العليا في العراق.

المطلب الاول: محاولات السلطة التشريعية لتقويض مبدأ اللامركزية

قبل انتهاء المدة التي حددها التعديل الاول لقانون مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم . هذه المدة التي قضت بانتهاء عمل مجالس المحافظات في ١-٣-٢٠٢٠. بادر مجلس النواب باصدار قرارا يقضي بايقاف عمل مجالس المحافظات وقد جاء في هذا القرار:

صوت المجلس على حل مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم بناء على طلب مقدم من ١٩٢ نائبا واستنادا الى المادة ٢٠ من قانون مجالس المحافظات المعدل رقم ٢١، فضلا عن التصويت على انتهاء عمل مجالس الاقضية والنواحي في المحافظات غير المنتظمة بأقليم والمجالس المحلية في بغداد من تاريخ التصويت عليه. كما صوت المجلس على تخويل المحافظ لاحد نائبيه بإدارة الشؤون المالية والادارية واستلام الذمم من مجالس المحافظات المنحلة على أن يتولى مجلس النواب الاشراف والمراقبة على اداء عمل المحافظين لحين اجراء انتخابات مجالس المحافظات، اضافة

المطلب الثاني: مشروعية انتهاء عمل مجالس المحافظات

ان هذا التعديل جاء مخالفاً للدستور حيث ان انتهاء عمل مجالس المحافظات فتح المجال واسعا امام فراغ وظيفي لمدة مفتوحة. حيث لم يحدد القانون مدة معينة لهذا الانهاء مما يؤدي الى تعطيل ممارسة هذه الصلاحيات. كذلك ان انتهاء عمل المجالس دون بيان من سيمارس هذه الصلاحيات الدستورية الواسعة والاساسية يعد خلافا تشريعيًا واضحًا . ولو افترضنا جدلا حجية قرار مجلس النواب فان تفويض صلاحيات المجالس للمحافظ يتعارض مع مبدأ التمثيل الشعبي الذي نص عليه الدستور . حيث اشارت المادة ٥ الى «السيادة للقانون، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها، يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية .» وكذلك عززت ذلك المادة ٦ من الدستور «يتم تداول السلطة سلميا، عبر الوسائل الديمقراطية المنصوص عليها في هذا الدستور»

ويبدأ هذا التعارض جليا من ناحيتين . الناحية الاولى انه سلب الشعب حقه الانتخابي باستبدال جهة منتخبة شعبيا وهي مجلس المحافظة بجهة غير منتخبة شعبية وهي المحافظ ونائبه. وكذلك تم نقل سلطات المجلس الى المحافظ بغير الطرق الديمقراطية التي نص عليها الدستور . ان هذا التعديل يتعارض ايضا مع مبدأ اللامركزية الادارية التي نص عليها الدستور في المادة ١٣ احيث أكدت على نظام الإدارة اللامركزية في الباب الخامس منه (سلطات الأقاليم) حيث نصت المادة (١٣) على (يتكون النظام الاتحادي في جمهورية العراق من عاصمة وأقاليم ومحافظات لامركزية وإدارات محلية). وتظهر المخالفة لهذا المبدأ من خلال نص التعديل على تخويل صلاحيات واسعة ومنه تشريعية الى المحافظ ونائبية ومن ثم اخضاع المحافظ الى رقابة واشرف سلطة اتحادية وهي مجلس النواب وهو بذلك ينتهك مظهرا مهم من مظاهر اللامركزية وهو الاستقلال ويتعارض مع أشار اليه الدستور الى ان الانتخابات هي كآلية اختيار أعضاء مجالس المحافظات في المادة (١١٩/الفقرة الرابعة) منه وأكد على عنصر الاستقلالية في الفقرة الخامسة بالقول (لا يخضع مجلس المحافظة لسيطرة أو إشراف أية وزارة أو أي جهة غير مرتبطة بوزارة وله مالية مستقلة) وهذا النص يؤكد صراحة على موضوع الاستقلال عن الحكومة المركزية. ولو افترضنا جدلا ان المجالس ينبغي ان تخضع لرقابة فهذا يعني ان يكون الاستقلال الإداري للمجالس نسبي وليس مطلق من اجل إيجاد حالة من التوازن بين المصالح المحلية في المحافظة وبين المصالح العليا على مستوى الدولة ككل وكذلك ضمان مشروعية أعمال السلطات المحلية.^(٥٨)

اما بخصوص موقف المحكمة الاتحادية ، فانه وعلى اثر هذا التعديل قام الطرف المتضرر وهم اعضاء مجالس المحافظات والاقضية والنواحي بتقديم طعون الى المحكمة المختصة بشأن قانون انتهاء عمل المجالس . وقد اعلنت المحكمة الاتحادية العليا تلقياها ٠ اطعون حول القرار البرلماني القاضي بمحل مجالس المحافظات هذا الطعون تم بتقديمها

(٥٨) ينظر د. خالد سمارة الزعبي / تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفاءتها في نظم الإدارة المحلية /دراسة مقارنة / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع / عمان / ط ٣ / ١٩٩٣ / ص ١٩٨

من جهات متعددة وسيتم النظر فيها واصدارالحكم وفق الدستور^(٥٩). لكن الطعون التي قدمت لم تحسم لغاية اعداد هذا البحث . لكن هناك من بادر وقدم الطعن على القرار التمهيدي الذي اتخذه مجلس النواب هذاالقراربالطعن اصدر مجلس النواب في جلسته العاشرة الفصل التشريعي الاول /السنه التشريعيه الثانيه/ دوره الانتخابيه الرابعه قرارا بكتابه المرقم (٥/د.ر/س.د) في ٢٨/١٠/٢٠١٩ (القرار النيابي المرقم ٥ لسنة ٢٠١٩ والذي يقضي ب حل مجالس المحافظات غير المنتظمه باقليم وذلك استنادا للماده (٢٠/اولا /١)من قانون مجالس المحافظات رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨) . وتم تقديم الطعن امام المحكم الاتحادية العليا بالدعوى المرقمة ١٣٢/اتحادية/٢٠١٩ . حيث استند الطاعنون على ان مجالس المحافظات هي مجالس قد نص عليها الدستور ولا يمكن حلها او ايقاف عملها الا بقانون يستند الى الدستور . وان قرار الحل يجب ان يصدر من ثلث مجلس المحافظة او المحافظ وليس من مجلس النواب. واثناء النظر في الدعوى صدر التعديل الثاني للقانون لهذا قررت المحكمة ان النظر بهذه الدعوى اصبح غير ذي موضوع بعد صدور القانون. وردت الدعوى على اساس ذلك.^(٦٠)

لكن المحكمة وحسب موقعها الرسمي اكدت انها بدأت تنتظر بالطعون وقد اكدت في اثناء سير الدعوى بانها «المحكمة الاتحادية العليا وازاء استعراض تلك المواد وجهت سؤالين إلى وكيل المدعي عليه رئيس مجلس النواب/ اضافة لوظيفته، الأول ما هو المقصود من تعبير انتهاء عمل مجالس المحافظات غير المنتظمة في اقليم والاقضية والنواحي التابعة لها؟، والثاني التأكد من الموعد الذي ذكره في لائحته الجوابية المتضمن أن اجراء هذه الانتخابات سيكون في ١ / ٤ / ٢٠٢٠».^(٦١) ويبقى الامر معلقا لحين البت في هذه الطعون . لذا ستكون المحكمة الاتحادية امام تحدي جديد لاثبات دورها كحاميه للدستور. وداعمة لمبدا اساسي في النظام الدستوري العراقي اليوم وهو مبدا اللامركزية.

(٥٩) ينظر الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الخبر بعنوان « المحكمة الاتحادية العليا تنتظر طعوناً بإنهاء عمل مجالس المحافظات والاقضية والنواحي التابعة لها » منشور بتاريخ ٢٠-١-٢٠٢٠ ، تاريخ الزيارة ٢٢-٦-٢٠٢٠ ، رابط الموقع : <https://www.iraqfsc.iq/news.4551/>

(٦٠) ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ١٣٢ /اتحادية/٢٠١٩

(٦١) ينظر الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا الخبر بعنوان « المحكمة الاتحادية العليا تنتظر طعوناً بإنهاء عمل مجالس المحافظات والاقضية والنواحي التابعة لها » منشور بتاريخ ٢٠-١-٢٠٢٠ ، تاريخ الزيارة ٢٢-٦-٢٠٢٠ ، رابط الموقع : <https://www.iraqfsc.iq/news.4551/>

الخاتمة

ان تكرار الخروقات الدستورية في العراق منذ عام ٢٠٠٥ واهمال تفعيل وتطبيق مواد الدستور سمح ب تراكم المشكلات القانونية والسياسية الى الحد الذي يصعب معه ايجاد الحلول القادرة على معالجه تلك التراكمات. وكان من ابرز المشكلات التي واجهتها المحافظات هو قرار انهاء اعمال مجالس المحافظات. ان اخفاق بعض مجالس المحافظات وهذا شي طبيعي ووراد في بلد حديث عهد بالديمقراطية ومحاولة ضغط النفقات لا يبرر القيام بخروقات دستورية جديدة . ينبغي ان يؤخذ الدستور جملة واحدة لا ان يتم تطبيقه كيفما اتفق . ان منظومة الحكم جاءت على شكل عقد متصل وتشكيل بعضها واهمال تشكيل الاخر سيشكل خلا كبيرا في اداء الاخر. فعدم تشكيل مجلس الاتحاد اثر سلبا على عمل مجلس النواب. واغفال تشكيل هيئة لضمان حقوق الاقاليم والمحافظات اثر سلبا على اداء المركز وهذه المجالس . مما اضطر السلطات المركزية الى الحلول الترقيعية. والتي كان اسهلها تفويض سلطات مجالس المحافظات وانهاء عملها.

لقد حرص المشرع العراقي على إعطاء دور اكبر لمجالس المحافظات يمارس من خلاله صلاحيات واسعة جدا متبنيا في ذلك مبدأ اللامركزية الإدارية والذي حاول الحفاظ عليه عند تقسيم الصلاحيات بين الحكومة المركزية ومجالس المحافظات و عزز تبني نظام اللامركزية بجعل اختيار أعضاء مجالس المحافظات عن طريق الانتخاب المباشر من سكان المحافظة أنفسهم ، ولم يخلو هذا التشريع من بعض الثغرات القانونية والتي لا يخلو منها أي جهد بشري حاولنا تأشيرها وإعطاء المقترحات المناسبة لتجاوزها ، وقد لاحظنا بان هناك ضعف في الرقابة على عمل مجالس المحافظات مما يستدعي الانتباه إلى هذا الأمر وفرض رقابة مناسبة على عملها، وقد لاحظنا ملامح صلاحيات تشريعية لمجالس المحافظات مما شكل تداخل في الصلاحيات مع الحكومة المركزية ، اما بخصوص الصلاحيات الادارية فقد كانت واضحة ومحددة باستثناء إدارة النفط والغاز حيث اثار هذا الاختصاص تساؤلات قانونية عدة حاولنا اقتراح الاجوبة المناسبة لها وأخيرا نوصي بماياتي:

التوصيات

١. بما ان فكرة اللامركزية تعد حديثة عهد في العراق ينبغي دعمها والعمل على تقويتها انسجاما مع النظام الدستوري الحالي والذي تبني هذا المبدأ. وان اي محاولة لتفويض هذا المبدأ تعني زعزعة الاستقرار القانوني في البلد.
٢. ضرورة الاسراع باصدار قانون و تشكيل مجلس الاتحاد والذي سيشكل حلقة التوازن المهم بين المحافظات والمركز . كونه يقوم على اساس المساواة في التمثيل.
٣. ضرورة التعجيل باصدار قانون وتشكيل الهيئة العامة لضمان حقوق الاقاليم والمحافظات والذي لا شك سيخفف العبء عن مجالس المحافظات ويساعدها على استحصال حقوق مواطنيها.

٤. نظرا لحساسية عملية إدارة النفط والغاز نقترح إقرار اختصاص للمحكمة الدستورية العليا لمراقبة عملية إدارة النفط والغاز والمنتجات الأخرى.
٥. من اجل ضمان رقابة حيادية على أعمال مجالس المحافظة نرى في هذا المجال أن تكون الرقابة قضائية من خلال محكمة القضاء الإداري التي يمكن فتح محاكم لها في المحافظات تمارس خلالها الرقابة على أعمال مجالس المحافظات والدوائر الحكومية في المحافظة ,على أن تكون تبعية هذه المحاكم إلى مجلس القضاء الأعلى وتستأنف قراراتها ابتداءً لدى مجلس شورى الدولة وتمييزا لدى المحكمة الاتحادية العليا .
٦. ان فرض الضرائب والرسوم هو عمل تشريعي وإعطائه للمجلس يعني ان المجلس يمارس عمل تشريعي وخروجاً من هذا الإشكال نقترح اصدار قانون مركزي للضرائب يحدد فيه مجالات فرض الضرائب واقيامها تلتزم به مجالس المحافظات .
٧. ان منح صلاحيات تشريعية لمجالس المحافظات ينبغي ان يوضع له محددات قانونية نظرا لحدثة هذه المجالس وضعف الحكومة المركزية مما قد يمهّد لارباك في ممارسة الصلاحيات بين المحافظات و الحكومة المركزية.
٨. ينبغي إشراك مجالس المحافظة في صناعة القرار الأمني ، فمجلس المحافظة هو الاولى في حسم وحماية سكان المحافظة لذا نقترح أن يعط له صلاحية المصادقة على الخطط الأمنية ومتابعة تنفيذها .
٩. نقترح تشكيل مؤسسة خاصة لتنمية الموارد البشرية تهدف هذه اللجنة إلى تدريب موظفي الهيئات المحلية في المحافظة ، وذلك من أجل رفع قدراتهم ومعارفهم، ومهاراتهم لمواجهة التحديات وخاصة أعضاء مجالس المحافظات المنتخبين .

ظاهرة التسول وسياسات المواجهة في التشريع العراقي

د. كاظم عبد الله نزال جاسم المياحي
كلية الفارابي الجامعة - قسم القانون

المستخلص

تناولت دراستنا ظاهرة التسول وسياسات المواجهة في التشريع العراقي، وخاصة أن التسول ظاهره اجتماعية خطيره تهدد أمن وسلامة المجتمع العراقي، وبخاصة أن تلك الجريمة لها تأثيرها السلبي في المجتمع . ويراد بجريمة التسول طلب العطية أو المنحة والطلب من الناس سواء متاع أو مال أو غير ذلك دون وجه حق شرعي أو قانوني، ويستوي أن يتحقق ذلك في الاماكن العامة أو الخاصة، وأثبتت الدراسات أنه لا يمكن الاعتماد على سبب وحيد للتسول، حيث تتعدد أسباب جريمة التسول، سواء كانت اجتماعية، أو اقتصادية، أو نفسية، أو دينية، وتلك العوامل قد ترجع للفرد نفسه، وقد تكون بسبب ظروف المجتمع الذي يعيش فيه الفرد .

ولذلك لجأت السياسات الجنائية في دولة العراق تجاه مواجهة جريمة التسول في التشريع العقابي، وفي العديد من التشريعات الخاصة التي تتمثل في قانون رعاية الاحداث، وفي قانون مكافحة الاتجار بالبشر .

وخلصت الدراسة إلى بعض التوصيات من أهمها؛ أنه يتعين على الدولة بكافة مؤسساتها على أهمية مواجهة ظاهرة التسول، كما أنه يتعين مراعاة الجانب الإنساني تجاه تلك الجريمة، مع العمل على تشديد العقوبة بالنسبة للمتولي البالغ أو المحرض لتلك الجريمة المنصوص عليها في القانون العقابي وذلك من أجل تحقيق أغراض العقاب، والحد من آثار ظاهرة التسول في المجتمع وأضرارها .

Abstract

Our study addressed the phenomenon of begging and confrontational policies in Iraqi legislation, especially that Begging is a serious social phenomenon that threatens the security and safety of Iraqi society, especially since this crime has a negative impact on society.

The crime of begging is intended to ask for the gift or grant and ask people whether they are baggage, money or otherwise without a legitimate or legal right, and it is intended to be achieved in public or private places, and studies have shown that it is not possible to rely on a single reason for begging, where there are many reasons for the crime of begging, whether social, economic, psychological or religious, and these factors may be due to the individual's own circumstances, and may be due to the circumstances of the society in which the individual lives.

The refore, criminal policies in the State of Iraq have resorted to confronting the crime of begging in punitive legislation, in many special legislations, namely the Juvenile Welfare Act and the Anti-Trafficking In Human Trafficking Act.

The study concluded some of the most important recommendations: the State

in all its institutions should take the importance of confronting the phenomenon of begging, and the humanitarian aspect of this crime must be taken into account, while working to increase the punishment for the adult or instigator of that crime stipulated in the penal law in order to achieve the purposes of punishment, and to reduce the effects of begging in society and its harms.

المقدمة

تعد ظاهرة التسول من الآفات الاجتماعية الخطيرة، حيث ظهرت تلك الحالة من خلال نتاج العديد من العوامل والأسباب المتعددة، كما أن تلك الظاهرة تعتبر أحد أشكال العنف التي تعاني منها جميع طوائف وفئات المجتمعات في مختلف مراحلهم العمرية، علاوة على أن انتشار ظاهرة التسول في السنوات الأخيرة يعد من الظواهر الخطيرة التي تمس حق الإنسان في العيش في بيئة سليمة ومناسبة، ونتاجاً لذلك فقد ساعد اتساع وانتشار تلك الظاهرة ظهور انماط عديدة من الجرائم.

ومن منطلق ما تقدم فإن أهمية مجابهة تلك الظاهرة تجاه أية انتهاكات قد تدر نتيجة التسول، حيث لقيت صداها في العصر الحالي، وعلى ذلك فقد حظيت تلك الظاهرة باهتمام كبير على كافة المستويات الوطنية الداخلية، والاقليمية والدولية، سواء تمثل ذلك في العديد من المجتمعات العربية والاجنبية، بيد أن نسبة المتسولين تختلف من دولة لأخرى ومن مجتمع لآخر، ولكن الواضح للبيان أن تلك الظاهرة أزداد انتشارها بصورة كبيرة في مختلف الدول المتقدمة والنامية.

وفي ظل التشريعات الوضعية المختلفة والصارمة تجاه مواجهة تلك الانحرافات تشريعياً، والعمل على رسم إطار تشريعي يتلاءم مع المستجدات التي يشهدها المجتمع، والحد من ظاهرة المتسولين، وبخاصة في ظل ابتداء العديد من طرق وانواع التسول والتشرد المختلفة.

وذات الأمر دفع المشرع العراقي، مثل غيره من التشريعات الوضعية المقارنة، إلى مواجهة تلك الفئات، وبخاصة بعد تفشي تلك الظاهرة واتساع نطاقها وأنماطها؛ ولاسيما إن دولة العراق بحاجة لقانون ينظم أحكام تلك الظاهرة، حيث يجرم المشرع العراقي سلوك التسول، ويحكمه قواعد القانون العقابي.

أولاً- أهمية الدراسة :

تكمّن أهمية دراستنا الى العديد من الاعتبارات من أهمها :

١- يكتسب موضوع الدراسة أهمية كبيرة، ويمكن القول أنه ازداد بشكل كبير، وذات الأمر دفعنا إلى بحث ودراسة وتحليل ذات الموضوع، علاوة على ان تلك الظاهرة ترتبط بالعديد من الابعاد الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والنفسية... الخ، ولذلك يتعين تضافر كافة جهود رجال الفقه والقانون، وعلماء النفس والاجتماع، ورجال السياسة من اجل معالجة هذه الانحرافات في المجتمع.

وذلك من أجل الخروج بتشريع وضعي ينسجم مع تلك المستجدات، وعليه تسلط دراستنا الضوء على موضوع ظاهرة التسول في التشريع العراقي وسبل مواجهتها، وبخاصة في ظل تفشي وانتشار تلك الظاهرة.

٢- ترجع الأهمية التي يحتلها موضوع دراستنا نتيجة انتشارها في المجتمع بمختلف شرائحه وطبقاته الاجتماعية، فتلك الظاهرة ليست مقصورة على مجتمع معين، بل هي ظاهرة منتشرة في كل المجتمعات نتيجة الفوارق الطبقيّة التي مر بها العالم

وتقسيماته إلى دول غنية وفقيرة، ولكنها تختلف في طبيعتها وحجمها وأساليبها وأسبابها من مجتمع لآخر. وقد استقطبت ظاهرة التسول كل فئات الأعمار سواء الشباب وكبار السن والنساء والأطفال.

ثانياً- هدف الدراسة :

تسعى الدراسة الى تحقيق العديد من الأهداف:

- ١- الهدف الرئيسي من الدراسة هو إلقاء الضوء على موضوع التسول ومنهج السياسات الجنائية في دولة العراق تجاه تلك الظاهرة كونها من الجرائم التي لها آثارها السلبية في المجتمع.
- ٢-تتطرق الدراسة إلى السعي نحو بيان مفهوم التسول وأهم اسبابه المختلفة، مع بيان علاقة التسول وتمييزه عن غيره من الجرائم .
- ٣-بيان الإطار التشريعي طبقاً لأحكام القانون العراقي تجاه ظاهرة التسول، وأهم اركان تلك الجريمة.

ثالثاً-مشكلة الدراسة :

يثير موضوع دراستنا العديد من الإشكاليات القانونية والفقهية ، والسبب في ذلك يرجع إلى:

- ١-يعد من الموضوعات التي لها أهميتها في المجتمع، ولذلك تم الاعتماد على العديد من الدراسات العامة، وكذلك الدراسات والمقالات المتخصصة المتعلقة بموضوع الدراسة. كما تتمثل إشكالية دراستنا نظراً لندرة الأحكام القضائية التي تطرقت لموضوع دراستنا، وذلك لحصرها في مواد قانونية لا تتناسب مع إفرازات هذه الجريمة.
- ٢- تثار إشكالية الدراسة وبخاصة أن الأسباب المرتبطة بتلك الظاهرة متنوعة ومتعددة، ويتولد عنها العديد من الآثار السلبية. كما ان خطورة تلك الظاهرة مزدوجة على كيان المجتمع ، حيث تعد تلك الفئات وخصوصاً الاحداث- معطلة من خلال ارتكابها مختلف أنواع الجرائم التي قد تقع على الأشخاص أو الأموال.
- ٣-هناك صعوبات تثيرها الدراسة، هو أن القانون الجنائي العراقي يتناول الأحكام المتعلقة بتلك الجريمة، فما مدى ملاءمة نصوص القانون العقابي التقليدية بهدف استيعاب كافة صور التسول، وبخاصة في العصر الحالي التي ظهرت نتاجاً للتطور التقني والتكنولوجي الذي يشهده العالم .

وانطلاقاً من المشكلة البحثية لهذه الدراسة، فإنه من المفيد طرح العديد من التساؤلات البحثية على أن يتصدرها تساؤل رئيسي، والسعي للإجابة على هذه التساؤلات من خلال الدراسة وهي:

- التساؤل الرئيسي: كيف حققت المواجهة التشريعية لظاهرة التسول في ظل أحكام التشريع العراقي في الحد من آثار تلك الظاهرة ؟
- ما المقصود بجريمة التسول وأسبابه وأنواعه؟

- ما هو الموقف الذي سلكه المشرع العقابي العراقي تجاه ظاهرة التسول؟

رابعاً- منهج الدراسة:

أتبعنا في دراستنا المنهج الوصفي التحليلي الذي يهدف الى وصف وتشخيص موضوع البحث من مختلف جوانبه، عن طريق القيام بدراسة وتحليل النصوص القانونية العراقية المنظمة لذات الموضوع في ضوء آراء الفقه القانوني وما توصلت إليه الاجتهادات القضائية .

المبحث الأول

ماهية ظاهرة التسول

تمهيد وتقسيم:-

ظاهرة التسول من الظواهر الاجتماعية الخطيرة، وتتعدد أسباب وعوامل تلك الظاهرة، كما تتباين طرق وأشكال تلك الظاهرة، ولتلك الجريمة ذاتية مستقلة تختلف عن غيرها من الجرائم الأخرى

وسوف نتناول الدراسة في هذا المبحث التعرف على ظاهرة التسول، وبيان مفهوم تلك الظاهرة من حيث بيان تعريفها، وأهم أسبابها، على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم التسول وأسبابه

نبين في ذات المطلب تعريف التسول، مع بيان المصطلحات ذات الصلة به، ثم نتطرق إلى أهم أسباب التسول في فرعين:

الفرع الأول: تعريف التسول والمصطلحات ذات الصلة به

التسول لغويًا: ما ورد في معجم المعاني الجامع؛ تسول يتسول، تسولًا، فهو متسول، تسول فلان شحذ، سأل واستعطى، طلب العطية والإحسان، تسول الحماية: التمسها.

كذلك مشتق من مادة السؤال، لقوله تعالى «قَالَ قَدْ أُوتِيتَ سُؤْلَكَ يَا مُوسَى»^(١)، وكذلك التسول هو تكفف الناس احسانا فيمد كفه ويسالهم الكفاف من الرزق و العون^(٢). وفي إطار الفقه القانوني يعرف التسول بأنه هو الوقوف في الطرق العامة وطلب المساعدة المادية من المارة أو من المحال أو الاماكن العمومية أو الادعاء أو التظاهر بأداء الخدمة لغيره أو عرض العاب بهلوانية أو القيام بعمل من الأعمال التي تتخذ شعارا لإخفاء التسول أو المبيت في الطرقات، وبقوار المساجد والمنازل وكذلك استغلال الاصابات بالجروح أو العاهات أو استعمال أي وسيلة اخرى من وسائل الغش لاكتساب عطف الجمهور^(٣).

كما يعبر عن التسول على انه استجداء الناس في الشوارع والطرق العامة، وذلك عن طريق استخدام عدة وسائل لإثارة شفقتهم^(٤).

وتعتبر جريمة التسول، هي البذور الأولى التي تدفع الحدث إلى الجريمة، فقد يكون نقطة الانطلاق تجاه العديد من الجرائم الأكثر شدة وذات تأثير سلبي على أفراد المجتمع .

ويقع التسول؛ ولو ادعى او تظاهر الشخص بأداء خدمة للغير أو عرض العاب

(١) سورة طه، آية ٣٦

(٢) د. عبد الحميد المنشاوي، جرائم التشرد و التسول، الاسكندرية المكتب العربي الحديث، سنة ١٩٩٤، ص ١٢

(٣) د. عثمانى عبد القادر، جريمة استغلال الأطفال في التسول، مجلة آفاق علمية، الجزائر، المجلد ١١، العدد الأول، سنة ٢٠١٩ ص ١٨٧

(٤) أ. رجب السيد قاسم، جريمة التسول، مجلة عُمان، الاول من ربيع الآخر ١٤٢٩، ٢٨ ديسمبر ٢٠١٧، العدد ١٣٣٥٨، ص ٢٠.

أو بيع أي شيء أو تذرع بأعمال لكسب عطف الناس متى ثبت أن عرضه هو التسول والاستجداء، وأن الاعمال الأخرى التي يأتيها إنما هي ستار لإخفاء التسول^(٥). ومثال ذلك بيع مادة المناديل.

وعلى صعيد التشريعات العراقية، لم يتناول المشرع العراقي تعريف جريمة التسول، في حين تناول أحكام وقواعد تلك الجريمة في التشريع العقابي، والعديد من التشريعات الخاصة.

وقضائياً، تعرف محكمة النقض الفرنسية التسول بأنه هو التقدم بطلب الإحسان من الغير بغية الحصول على مساعدة مجانية دون تقديم شيء في مقابلها تكون له قيمة تذكر، وأن التسول يتحقق سواء طلب الإحسان وجه صراحة أو أخفى تحت ستار عمل تجاري لا شيء فيه من الجد أو الحقيقة كبيع أوراق خطابات أو دبابيس أو علب ثقاب أو ما شاكلها^(٦).

والتسول هو نوع من الحياة الخاملة يعتبر صاحبه خطراً على الامن وصالح المجتمع إلى الحد الذي قد يستوجب عقابه، فأن مناط العقاب ليس في القعود عن العمل، بل فيما يؤدي اليه بالضرورة من نشوء حالة خطرة، بدلاله أن القعود المتعمد عن العمل لا يكفي بأن يعد تشرداً ، مادام هناك مورد آخر للرزق من أرث أو معونة ما^(٧). كما يراد بالمتسول كل شخص تعود على التسول في أية مكان على الرغم من قدرته على وسائل العيش أو كان بوسعه الحصول عليها بالعمل أو بأية وسيلة مشروعة^(٨).

كما يعبر عن المتسول بأنه هو الشخص الذي اعتاد الكسب باستجداء الناس بالطلب المباشر أو عن طريق جمع الصدقات أو التبرعات، حيث يتواجد المتسول حول الأماكن العامة مثل المدارس والجامعات ودور العبادة والمستشفيات والأسواق ومواقف المواصلات لطلب الصدقة لأغراض مختلفة مثل العلاج أو السفر أو الإعانة المعيشية باستخدام أساليب ووسائل احتيالية متنوعة تمكنه من تجميع أكبر قدر من الأموال. بمعنى آخر التسول هو امتهان طلب المال من الناس بأي وسيلة دون بذل جهد^(٩).

ومن جانبنا نرى ان المتسول فقد سمعته ومكانته في المجتمع وموقعه الاجتماعي خاصة وان مجتمعنا ينظر الى المتسول بنظرة ضيقة، لذلك يتسم تصرفه بعدم الحياء، اضافة الى ذلك فإنه اتخذ هذا الفعل وسيلة للتربح دون خسارة ، وخسارته تكمن في

(٥) د. شيخة خلفان الحافري، جرائم الاحداث الجانحين والمشردين وسبل معالجتها في الفقه الإسلامي، مؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم، الامارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٥٩.

(٦) راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٧ سبتمبر سنة ١٨٧٤ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، رقم ٣٦١ . جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، دار احياء التراث العربي، الجزء الاول ، الطبعة الثانية، بيروت ،لبنان، ص ٣٠٧ .

(٧) د. عبد الحكم فوده ، جرائم الاحداث في ضوء الفقه وقضاء النقض ، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،سنة ١٩٩٧، ص ٤٦٢.

(٨) د. سجي محمد الفضلي، سلطة الإدارة الضبطية للحد من التسول، مجلة الكوفة ،العراق، العدد ٣٧، ص ٢٢٢.

(٩) د. عزت ملوك قناوي حسن، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة التسول في مصر خلال الفترة (٢٠٠٠-٢٠١٦)،مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية و القانونية، العدد الأول ، المجلد الأول ،مارس ٢٠١٧، ص ٦٤.

Bennett, Fern.: Begging for Change: Media Representation of Poverty and Public Perception , M.A., University of New Brunswick (Canada), 2006,P.81.

شخصه فقط.

وتعرف محكمة النقض المصرية المتسول؛ في صحيح اللغة هو من يتكفف الناس فيمد كفه يسألهم الكفاف من الرزق والعون، وهو في حكم القانون - هو من وجد متسولاً في الطريق العام أو في المحال العمومية ولو ادعى أو تظاهر بأداء خدمة للغير أو عرض ألعاب أو بيع أي شيء. ويظهر من صراحة هذا النص أنه يشترط للعقاب على التسول في الطرق والمحال العامة أن يكون مقصوداً لذاته ظاهراً أو مستتراً^(١٠).

ومن جانبنا نعرف التسول بأنه هو طلب العطية أو المنحة والطلب من الناس سواء متاع أو مال أو غير ذلك دون وجه حق شرعي أو قانوني، ويستوي أن يتحقق ذلك في الأماكن العامة أو الخاصة، والمتسول في وجهة نظر الناس الذي يحيطون به هو إنسان فقد الحياء العام إلا الإنسان الذي أصيب بمرض ومنعه من أداء العمل أو وصل حد الشيخوخة دون معيل أو تعرض لحادث فقد به أعضاء من جسده تحول دون أداء العمل .

الفرع الثاني : أسباب وعوامل التسول

جريمة التسول ليست نتاج عامل واحد، بل هناك أكثر من عامل، وهو ما أدى إلى انتشارها وتفاقمها مما جعل منها ظاهرة تستحق كل الاهتمام والدراسة، كذلك تتعدد أسباب التسول فمنها الأسباب الاجتماعية أو ربما تكون ظاهرة انحرافية لبعض البشر . فهناك العديد من النظريات المفسرة لظاهرة التسول منها نظرية التفكك الاجتماعي والتي ترى أن تفكك الروابط الاجتماعية بين الأفراد في إطار الأسرة والمجتمع هو السبب الحقيقي الكامن وراء ازدياد معدلات الانحراف . وهذا التفسير قد يساعد في فهم التفكك الأسري وضعف الروابط الاجتماعية، فمع وجود التفكك الاجتماعي وغياب المؤسسات والنظم الاجتماعية الضابطة للأفراد والجماعات تنتشر العادات المخالفة لقواعد المجتمع ومنها التسول^(١١).

وتأييداً لما تقدم، فإن هذا الموضوع يسهم في تفكك الأسرة معنوياً وانشغالهم عن أطفالهم، كما قد يؤدي التصدع الأسري بدوره في انحراف سلوك المرأة باتجاه الجريمة، ويراد بمفهوم التصدع الأسري انفصال الزوجين، وقد تتفاقم المشكلة في حالة الطلاق، بزواج أحد الوالدين أو كلاهما من زوج آخر^(١٢)، أو في ظل غياب التقاهم والود وحسن المعاملة بين الزوج والزوجة، يترك أثراً خطيراً على تربية الأبناء، وكثيراً ما يؤدي إلى تشردهم، إضافة إلى عامل هام وهو تدني مستوى الفهم التربوي للوالدين، وانشغالهم بمشاكلهم وهو ما يدفع الأبناء لعدم التواجد في المنزل لساعات طويلة وهذا الأمر يوضح

(١٠) محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم ١٧٨٢ لسنة ٣٤ القضائية، جلسة ٩ من فبراير سنة ١٩٦٥، أحكام النقض - مكتب الفني - جنائي، العدد الأول - السنة ١٦ ، ص ١١٤.

(١١) د. عبدالعزيز الفايز، الأبعاد الأمنية لظاهرة التسول في المجتمع السعودي، دراسة مسحية بمدينة الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، السعودية، سنة ٢٠٠٤، ص ٨٨.

(١٢) د. عمر الفاروق الحسيني، أصول علم الإجرام وعلم العقاب، مكتبة جبل ٢٠٠٠، الطبعة الخامسة، سنة ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص ١٨١.

ابتعاد الابوين عن متابعة الاولاد مما يجعلهم عرضة للتشرد والانحراف.^(١٣) وعلى صعيد الواقع الاجتماعي في العراق ساهم نزوح الأهالي بسبب الحرب مع داعش، حيث تشرد عدد كبير من العائلات العراقية، او فقدت هذه العوائل معييلها وبالتالي فقد أجبرت هذه العائلات متمثلة بالأطفال والنساء على الخروج للتسول^(١٤). وفي احصائية صادرة عن المنظمات العراقية والدولية قدر عدد ١,٥ مليون عراقي نزحوا بين عامي ٢٠١٤ و٢٠١٧ أثناء الحرب على تنظيم داعش^(١٥).

وكذلك قد يدفع تشجيع المواطنين انفسهم للمتسولين عن طريق تقديم العون او المساعدة لهم بسبب قلة الوعي والادراك لما خلفته هذه الظاهرة من مخاطر او لجهلهم بالقانون الذي يحرم مثل هذه الأعمال الشاذة أو لحسن نية المواطن واعتقاده بصدق حاجة المتسول.^(١٦)

بالإضافة إلى أن ضعف الوازع الديني والأخلاقي لدى المتسول، قد يكون سبب رئيسي للتسول، فالإسلام يعتبر الفرد الذي يلجأ إلى التسول مع القدرة على العمل والحصول على الرزق فان ماله(سحت) اي مأخوذ غصب.^(١٧)

وقد تكمن الأسباب في داخل الشخص نفسه، حيث تعد سهولة التسول من الدوافع التي تساهم في انتشار تلك الظاهرة، وبخاصة ان المتسول لا يبذل جهد كبير في فعل التسول، وذات الفعل لا يتطلب مستلزمات، بالإضافة الى امتهان العديد من الفئات في المجتمع التسول بمثابة مهنة يتعايشون عليها.^(١٨)

ومن العوامل الاقتصادية التي قد تؤدي إلى التسول هو ارتباط تلك الظاهرة ارتباطاً وثيقاً بالفقر والتشرد بالنسبة لغالبية المتسولين، ففي العراق ساهم تدهور الأوضاع الاقتصادية، وارتفاع معدل الفقر في البلاد عقب الغزو الأميركي للعراق عام ٢٠٠٣ وتوالي الحكومات الفاسدة التي اوصلت البلد الى هذا المستوى من الفقر إلى تقشي ظاهرة التسول^(١٩).

ويراد بالفقر عدم قدرة الشخص على اشباع الحد الأدنى من احتياجاته الأساسية الذي يحفظ عليه كرامته البشرية^(٢٠). وبذلك يلجأ الشخص إلى التسول، ويتم ذات العمل

(١٣) د. أميرة أنور أحمد الأمين، ظاهرة تشرد الأطفال «الأسباب والعلاج»، مجلة الامن والحياة ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، العدد ١، مجلد ٣٤ ، رمضان ١٤٣١هـ، ص ٣٢.

(١٤) فتاة تبلغ عن دلتهها لإجبارها على التسول.. متسولو العراق: محتاجون ومحتالون مكروهون، شفق نيوز ، تقارير وتحليلات على الرابط التالي:

8/بتاريخ <https://shafaaq.com/ar/%D%8AA%D%82%9D%8A%7D2019/11/24>

(١٥) المتسولون في العراق: ضحايا الفقر أم مافيات منظمة؟، شبكة النبا المعلوماتية ، على الرابط التالي

19902 بتاريخ <https://m.annabaa.org/arabic/community/2020/3/14>

(١٦) د. سجي محمد الفضلي، سلطة الإدارة الضبطية للحد من التسول، المرجع السابق، ص ٢٢٨

(١٧) د. سجي محمد الفضلي، سلطة الإدارة الضبطية للحد من التسول، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(١٨) د. على عودة الشرفات ،ظاهرة التسول حكمها وآثارها وطرق علاجها في الفقه الإسلامي ، المجلة الاردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد التاسع ، العدد ٣ ، سنة ١٤٣٤-٢٠١٣م ، ص ٦٢.

(١٩) وبحسب أرقام وزارة التخطيط وتصريحات مسؤولين وبرلمانيين، فإن معدلات الفقر في البلاد تجاوزت حاجز الـ ٣٠ ٪ بشكل عام، و٤١ ٪ في المدن التي حررت من تنظيم داعش شمال وغرب العراق

راجع في ذلك : المتسولون في العراق: ضحايا الفقر أم مافيات منظمة؟، المرجع السابق.

(٢٠) د. شريف سيد كامل ،مبادئ علم الإجرام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٤، ص ١٨٨.

ذلك كمالاً أخيراً لتكملة دخلهم غير الكافي، مما يسمح لهم بتجنب الانخراط في أقل البدائل المقبولة مثل السرقة والدعارة وتجارة المخدرات.^(٢١)

كما أن هناك عامل رئيسي يجعل بعض الأفراد اللجوء إلى التسول قد يكون الافتقار إلى شبكات الدعم الاجتماعي الذي يعتمد عليها، حيث قد يساهم الشخص الاعتماد إذا أدت أزمة ما أو حالة طوارئ إلى القضاء على مواردهم المحدودة^(٢٢).

كما يؤدي ضعف الدخل وكبر حجم الأسرة أكثر عرضة لظاهرة التسول، فهي مع ضعف الدخل وكبر الحجم لا تستطيع تلبية مختلف حاجيات الأسرة التي تختلف وتتوسع^(٢٣).

ونرى من جانبنا إلى أنه يصعب التعويل على سبب وحيد للتسول، أو ان نعزوها إلى عوامل أخرى، فتلك الظاهرة هي نتاج العديد من الأسباب والعوامل المتعددة سواء كانت اجتماعية، أو اقتصادية، أو نفسية، أو دينية، أو ترجع للفرد نفسه، أو قد تكون بسبب ظروف المجتمع الذي يعيش فيه.

المطلب الثاني: طرق ظاهرة التسول وتمييزها عن غيرها

يراد بالتسول الكسب المادي غير المشروع وعليه فإن ممارسيه يستعملون أساليب وطرق متعددة لممارسته، وبذلك فقد تحول التسول إلى وسيلة لتحقيق فائض مادي أي إلى مهنة، دون أن يبذل جهد في مقابل هذا العمل سوى التخلي عن ماء وجهه، حيث لم يقتصر المتسول على تغطية احتياجاته الشخصية فقط بل وتوفير المزيد من الموارد المالية وباستخدام أساليب ملتوية وحتى غير أخلاقية في أحيان أخرى، ومن ثم تعتبر ظاهرة التسول في دولة العراق من الظواهر المعقدة والمتشابكة بسبب تعدد طرق وأشكال التسول، كما تختلف تلك الجريمة عن غيرها من الجرائم الأخرى، وهو ما سنوضحه على فرعين:

الفرع الأول: طرق ظاهرة التسول وأنواعه

التسول ظاهرة اجتماعية قد تتخذ إحدى صورتين سواء التسول العرضي، والتسول بحكم التكوين- فبالنسبة إلى المتسول عرضاً وهو الذي يغلب في تسوله فعل أحوال خارجية من البيئة العائلية والاجتماعية ويظهر في فترات الفوضى، في حين أن الصورة الثانية فهو المتسول بحكم التكوين، حيث ينظر علماء الاجتماع إلى التسول على أنه سلوك اجتماعي يناقض القيم والمبادئ ومصالح التي تنظمها الجماعة^(٢٤).

(٢١) انظر في ذلك:

Tamara Walsh, Defending Begging Offenders, Vol 4 No 1 QUTLJJ, 2004, P.59.

(22) Nora Groce, Marie Loeb and Barbara Murray, The Disabled Beggar – A Literature Review, Begging as an overlooked issue of disability and poverty, Gender, Equality and Diversity Branch, 2014, P.4.

(٢٣) د. ريم عبد الوهاب إسماعيل، ظاهرة تسول الأطفال «دراسة اجتماعية ميدانية في مدينة الموصل» «دراسات موصلية»، العدد ٤٢، ذو الحجة ١٤٣٤هـ - تشرين الأول ٢٠١٣، ص ١٨٤.

(٢٤) د. طلعت مصطفى الرويجي، ظاهرة الانحراف بين المواجهة، مكتبة الخدمات الطباعية، دمشق، الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٨، ص ١.

كما أن هناك العديد من أنواع وأشكال التسول، التي تمارس في المجتمع، منها التسول الظاهر: وهو التسول الصريح المعلن، أي مد يد المتسول للناس مستجديا عطفهم، أما التسول غير ظاهر: وهو التسول المستتر وراء عرض أشياء أو خدمات رمزية مثل مسح زجاج السيارات والبيع لبعض البضائع الرخيصة في تقاطعات الشوارع او في الاماكن المكتظة، كما أن هناك تسول وقتي موسمي : وهو التسول الذي يحصل في اوقات معينة مستغلا فيها المتسول مناسبات دينية او أعياد او اشهر لها منزلة لدى المجتمع كشهر رمضان.^(٢٥)

الفرع الثاني: علاقة وتمييز التسول بغيره من الجرائم

لظاهرة التسول ابعاد كثيرة منها ما هو جغرافي واجتماعي وأمني والخطورة تكمن في تضافر هذه الابعاد بعضها مع البعض الاخر، حيث يلاحظ أن هناك ظواهر وقرائن متعددة ارتبطت بالتسول غير استجداء المال او بالإضافة له، كالاتجار بالمخدرات أو بالنساء وإكراههن على البغاء او الدعارة والاتجار بالأطفال وجرائم الخطف وغيرها من جرائم.^(٢٦)

وهناك العديد من المجتمعات التي تفترض أن الإعاقة والتسول مرتبطان حتما . بالتأكيد، في جميع الأدبيات، هناك ارتباط قوي بين الفقر والعجز والتسول^(٢٧).

ويتميز التسول عن فئة الباعة المتجولين، حيث يراد بتلك الفئة الأخيرة؛ خروج كل من يؤدي خدمة للجمهور نظير أجر وكل من يزاول مهنة غير تجارية تقوم على الممارسة الشخصية لبعض العلوم والفنون من طائفة الباعة المتجولين^(٢٨)، فالبائع المتجول: يعد من قبيل الصفات التي تطلق على الأشخاص الذين يقومون بعرض بضائعهم في الطرقات. وينتشر الباعة المتجولون نتيجة الظروف الاجتماعية والمادية التي تضطرمهم لمزاولة تلك المهنة^(٢٩)، دون المساس بشخصهم او جعل الاخرين يتعاطفون معهم كما هو حال المتسول.

كما يتلاقى كل من البائع المتجول مع شخص المتسول في ان كلاهما يجوبان الاماكن العامة من طرقات او شوارع او حدائق عامة، بالإضافة إلى ان اسباب كلا الظاهرتين قد تكون واحدة ومنها البطالة والفقر والجهل، الا أن الذي يميز المتسول عن ^(٢٥) د. ريم عبد الوهاب إسماعيل، ظاهرة تسول الأطفال، المرجع السابق، ص ١٨٣؛ وكذلك د. على عودة الشرفات، ظاهرة التسول المرجع السابق، ص ٦٣.

^(٢٦) د. سجي محمد الفضلي، سلطة الإدارة الضبطية للحد من التسول، المرجع السابق، ص ٢٢٤-٢٢٥. يعد منظومة التسول من الظواهر غير المسيطر عليها أمنياً ولا اجتماعياً، حيث ترتبط تلك الظاهرة بالعديد من الجرائم التي تساعد على تمامها منها تنامي جرائم خطف الأطفال واستغلالهم، وكذلك قد ترتبط تلك الجريمة بغيرها من الجرائم المتعلقة بسرقة الأعضاء، وتأجير الاطفال، والاتجار بالبشر وغيرها من الجرائم. د. عادل عامر، قانون يجرم استخدام الأطفال في التسول، نشر في اول اكتوبر ٢٠١٦، صحيفة دنيا الوطن على الرابط التالي

بتاريخ <https://pulpit.alwatanvoice.com/articles/417578/01/10/2016.html2020/5/5>

(27) Nora Groce, Marie Loeb and Barbara Murray, Op.Cit, P,1.

(٢٨) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٧٨٢ لسنة ٣٤ القضائية، جلسة ٩ من فبراير سنة ١٩٦٥، أحكام النقض - المكتب الفني - جنائي، العدد الأول- السنة ١٦ - ص ١١٤

(٢٩) المادة ٣٨ البند الثالث من قانون الصحة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١

البائع المتجول أن الأول يطلب أو يستجدي أموال أو متاع من الآخرين دون حياء مع الاتسام بالتذلل وان كان في بعض الأحيان يقدم مقابل لهذا الطلب الا ان ما يقدمه يكون غير ذي قيمة، أما بالنسبة للبائع المتجول فهو شخص -تاجر بمعناه الضيق والبسيط - يعرض بضاعته في الاماكن العامة أو الطرقات ولكن تتميز بضاعته بأنها ذات قيمة وتعود بالنفع للمشتري. كما أن البائع المتجول في الغالب يضطر الى هذا العمل بالنظر لظروفه الاجتماعية والمادية الصعبة ، اما المتسول فهو في الغالب يمارس التسول اتكاء على مساعدة الناس وعطفهم دون ان يكلف نفسه مشقة الربح او العمل الحلال^(٣٠)، او الاعتداد بشخصه كما هو حال أي انسان اخر.

كما يتم التمييز أيضًا بشكل شائع بين التسول و«قبول» أكثر أشكال الاستجداء مثل جمع التبرعات للنادي أو كوسيلة للدوافع الخيرية، على الرغم من أن الهدف هو كل هذه الأنشطة متطابقة: لطلب المال لبعض أغراض المصلحة العامة حيث لا يتم تقديم مكافأة ملموسة للمانح^(٣١)، والفارق الاساس هو ان شخص طالب التبرع معروف بين الناس لهذا الغرض.

(٣٠) د. سجي محمد الفضلي، سلطة الإدارة الضبطية للحد من التسول، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(31) Tamara Walsh, Defending Begging Offenders ,Op.Cit., P.59. Dean (ed) Begging Questions: Street Level Economic Activity and Social Policy Failure (Policy Press, 40 (1999; J Wardhaugh and J Jones, 'Begging in Time and Space: "Shadow Work" and the Rural Context' in H Dean (ed) Begging Questions: Street Level Economic Activity and Social Policy Failure (Policy Press, (1999 104-103; Dean, above n 6,

المبحث الثاني

موقف التشريع العراقي تجاه ظاهرة التسول واركائها

تمهيد وتقسيم:-

بالنظر إلى خطورة التسول باعتباره عامل دافع إلى سلوك الجريمة، لأنه بداية طريق الانحراف، ولذلك فقد حرصت العديد من القوانين بصفة عامة على مواجهة تلك الجريمة، كما واجه المشرع العراقي بدوره تلك الظاهرة.

وعليه سوف نستعرض مسلك التشريع العراقي ببيان الإطار التشريعي لجريمة التسول، ثم نستعرض اركان جريمة التسول، وذلك على مطلبين على الوجه الآتي:

المطلب الأول: الإطار التشريعي لجريمة التسول في التشريع العراقي

المشرع العراقي نظم جريمة التسول في التشريع العقابي كتشريع عام، وفي العديد من التشريعات الخاصة التي تتمثل في قانون رعاية الاحداث، وفي قانون مكافحة الاتجار بالبشر، وعليه تم تناول الموضوع على فرعين وكالاتي:

الفرع الأول: التنظيم القانوني لجريمة التسول في التشريع العقابي

المشرع كان حريصاً على حظر التسول وتجريمه في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، حيث تناول المشرع العراقي الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في الكتاب الثاني منه وأفرد لها تسعة ابواب، تناول في الباب الثامن الجرائم الاجتماعية ومنها جريمة التسول.

وعلى ذلك تطرقت المادة (٣٩٠/اولا) من قانون العقوبات على أنه: «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على ثلاثة اشهر كل شخص أتم الثامنة عشرة من عمره وكان له مورد مشروع يتعيش منه أو كان يستطيع بعمله الحصول على هذا المورد وجد متسولاً في الطريق العام أو في المحلات العامة أو دخل دون إذن منزلاً أو محلاً ملحقاً به لغرض التسول وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة اذا تصنع المتسول الاصابة بجروح أو عاهة أو استعمل أية وسيلة أخرى من وسائل الخداع لكسب احسان الجمهور أو كشف عن جرح أو عاهة أو الخ في الاستجداء».

لكن تم تعديل ذات النص القانوني بموجب القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٩ المعدل لقانون العقوبات العراقي، حيث تم حذف الشرط المتعلق بالمتسول (أن يكون له مورد مشروع يتعيش منه أو كان يستطيع بعمله الحصول على هذا المورد) وأصبح نص المادة (٣٩٠) من قانون العقوبات ينص على التالي: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على ثلاثة أشهر كل شخص أتم الثامنة عشرة من عمره وجد متسولاً في الطريق العام أو في المحلات العامة أو دخل دون إذن منزلاً أو محلاً ملحقاً به لغرض التسول ، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة إذا تصنع المتسول الإصابة بجروح أو عاهة أو استعمل أية وسيلة أخرى من وسائل الخداع لكسب إحسان الجمهور أو كشف عن جرح أو عاهة أو ألح في الاستجداء).

وعند التمعن في مضمون المادة سالفة البيان يتضح أنها تتضمن العديد من الملاحظات التي تتمثل في:-

١- يتعين اتمام الشخص عمر الثامنة عشرة، وذات السن جاء في النص القانوني كحد أقصى، أما بالنسبة للمتسول الذي لم يتم سنة الثامنة عشرة من عمره، ففي تلك الحالة يحال إلى محكمة الأحداث وتطبق بشأنه احكام مسؤولية الأحداث في حالة ارتكاب مخالفة^(٣٢).

٢- المشرع العراقي في النص القديم فرق بين ما اذا كان للمتسول موردا ماليا يتعيش منه، ومن ليس له مورد مالي، حيث اعفى المشرع، الشخص الأخير الذي ليس له مورد دخل يتعيش منه وكان غير قادر على العمل، أما الشخص القادر على العمل فلا يسمح له بالتسول وان لم يكن له مورد مالي يتعيش منه، وبذلك يكون قد حصر العقوبة بالمتسول الذي له مورد مالي يمكنه أن يتعيش منه دون الحاجة الى الاستجداء او المتسول الذي ليس له مورد مالي ولكنه قادر على العمل^(٣٣).

ولكن بعد تعديل المادة سالفة البيان فإن المشرع العراقي قام بتغيير المركز القانوني للمتسول وبمقتضاه أصبح مرتكب جريمة التسول بمجرد الاستجداء دون معرفة أسباب أو عوامل قيامه بذات الفعل أو التحقق من توفره على مورد مالي يكفيه لسد رمقه، ويذهب اتجاه أن^(٣٤) تلك السياسة الجنائية التي اتبعتها المشرع العراقي فيها تهرب من تحمل مسؤولية الدولة تجاه رعاياها بتوفير الأمن الغذائي والاجتماعي لهم وحمايتهم من الفاقة والعوز، وذات التعديل به عوار دستوري يتعارض مع النصوص الدستورية الواردة في دستور العراق، حيث تنص المادة ٣٠ من دستور ٢٠٠٥ والمتعلقة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية الواردة في المواد (٣٠) من الدستور التي اعتبرت من واجبات الدولة رعاية المواطن العراقي وعلى وفق النص الآتي (أولاً: - تكفل الدولة للفرد وللأسرة - وبخاصة الطفل والمرأة - الضمان الاجتماعي والصحي، والمقومات الأساسية للعيش في حياة كريمة، تؤمن لهم الدخل المناسب، والسكن الملائم . ثانياً: - تكفل الدولة الضمان الاجتماعي والصحي للعراقيين في حال الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو التشرد أو اليتيم أو البطالة، وتعمل على وقايتهم من الجهل والخوف والفاقة، وتوفر لهم السكن والمناهج الخاصة لتأهيلهم والعناية بهم، وينظم ذلك بقانون).

كما أن المشرع العراقي قد منح للقاضي سلطة تقديرية تجاه المتسول نص عليها في المادة (٣٩١) حيث جاء فيها: « يجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المتسول بالعقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة أن تأمر بإيداعه مدة لا تزيد على سنة

(٣٢) راجع في ذلك : الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ من قانون العقوبات العراقي.

(٣٣) د. سجي محمد الفضلي، سلطة الإدارة الضبطية للحد من التسول، المرجع السابق، ص ٢٢٦-٢٢٧.

(٣٤) القاضي سالم روضان الموسوي، السياسة الجنائية تجاه جريمة التسول، شبكة العربية، منشور في السبوت ٤ ذو الحجة ١٤٤١ هـ - ٢٥ يوليو ٢٠٢٠، على الرابط التالي:

<https://www.alarabiya.net/ar/politics/25/07/2020/%D%8A%7D%84%9D%8B%3D8%9A%D%8A7%D%8B%3D%8A%-9D%8A%7D%84%9D%8AC%D%86%9D%8A%7D%8A%6D8%9A%D%8A-9%D%8AA%D%8AC%D%8A%7D%-87%9D%8AC%D%8B%1D8%9A%D%85%9D%8A%-9D%8A%7D9%84%D%8AA%D%8B%3D88%9D%91%9D2020/5/17%84%D%8A%7D%84%9D%8B%3D8%9A%D%8A7%D%84%9D%8AC%D%86%9D%8A%7D%8A%6D8%9A%D%8A-9%D%8AA%D%8AC%D%8A%7D%-87%9D%8AC%D%8B%1D8%9A%D%85%9D%8A%-9D%8A%7D9%84%D%8AA%D%8B%3D88%9D%91%9D2020/5/17>

دارا للتشغيل ان كان قادرا على العمل او بإيداعه ملجأ او دارا للعجزة او مؤسسة خيرية معترفا بها اذا كان عاجزا عن العمل ولا مال لديه يقات منه، متى كان التحاقه بالمحل الملائم له ممكنا».

ولابد من الاشارة الى انه ورد في مقتضى حكم الفقرة/ثالثاً من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذو الرقم ٤٢، في ٢٤ / ٤ / ١٩٩٥، (المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٥٦٢ في ٨/٥/١٩٩٥)، أصبح اختصاص الفصل في الدعاوى الناشئة عن الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٩٠-٣٩٢ (جرائم التسول) ، للمدير العام، لادارة الرعاية الاجتماعية في وزارة العمل والشؤون الاجتماعية.

ويتضح من ذات النص أن المشرع اجاز للمحكمة بدلا من العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣٩٠) والمشار اليها في المادة السابقة، أن تقوم المحكمة بإيداع المتسول دار للتشغيل او للعجزة حسب الاحوال، وقد تعامل المشرع مع المتسول بدوافع أكثر انسانية دون توقيع العقوبة عليه .

كما نصت المادة (٣٩٢) من قانون العقوبات على انه: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة اشهر وبغرامة ...، أو بأحدى هاتين العقوبتين كل من أغرى شخصا لم يتم الثامنة عشرة من عمره على التسول . وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر والغرامة ...، او احدى هاتين العقوبتين اذا كان الجاني وليا او وصيا او مكلفا برعاية او ملاحظة ذلك الشخص ».

وبذلك النص القانوني فإن المشرع العراقي يعتبر التحريض على التسول جريمة يعاقب عليها القانون اذا كان المتسول غير بالغ ولم يتم الثامنة عشر من العمر، كما ويعتبر التحريض على التسول من قبل الولي أو الوصي أو الشخص المكلف برعاية وحماية المتسول غير البالغ ظرف مشدد في جريمة التحريض على التسول ويعاقبه بعقوبة اشد. فالتسول ساعد على ظهور سلوك جديد وهو استغلال الأطفال في سن مبكرة وهذا ما يساعد على قتل طموح الطفل ورغبته في النجاح، فهو يشكل بالتأكيد ظاهرة اجتماعية خطيرة ومخالفة للقانون وخطوة أولى نحو جنوح الاحداث وارتكاب الجرائم نستدل من ذلك ان التسول فعل يشكل جريمة بنظر القانون.

ومن جانبنا نؤيد فعل المشرع العراقي واستحسانه بتجريم فعل التحريض على التسول، وبخاصة اذا كان المتسول من الفئات ذات الطبيعة الخاصة لكونه حدث غير بالغ سن الثامنة عشر من عمره. كذلك نؤيد مسلك المشرع حالة إذا كان التسول من قبل الولي أو الوصي أو الشخص المكلف برعاية وحماية المتسول غير البالغ.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لجريمة التسول في التشريعات الخاصة

أولاً: قانون رعاية الاحداث قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل

نص قانون رعاية الأحداث على ظاهرة التشرذ والتسول حيث نصت المادة ٢٤ منه على (يعتبر الصغير أو الحدث مشردا اذا وجد متسولا في الأماكن العامة أو تصنع الإصابة بجروح أو عاهات أو استعمل الغش كوسيلة لكسب عطف الجمهور بهدف

(التسول).

كما تطرقت المادة ٣٢ ثالثاً من قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل على انه « لمحكمة الاحداث بناء على طلب احد اقارب الصغير او الحدث او الادعاء العام ان تقرر سلب الولاية على الصغير او الحدث لمدة تقدرها في الحالات الاتية :..... اذا حكم على الولي وفق احكام المادة(٣٠) من هذا القانون.» وبالرجوع إلى ما نصت عليه المادة ٣٠ من قانون رعاية الاحداث فقد نصت تلك المادة على انه « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار كل ولي دفع الحدث او الصغير الى التشرد أو انحراف السلوك.

يتبين مما تقدم أن تلك الحالات -ومنها الحالة الثالثة- جعلت اصدار قرار سلب الولاية من الولي متوقفة على طلب أحد أقارب الصغير أو الحدث أو الادعاء العام، مما يعني ان المحكمة لا تستطيع إصدار القرار من تلقاء نفسها ، وكان الاجدر بالمشرع إعطاء ذات الحق للقاضي ،لأن القاضي بعد اطلاعه على اوراق القضية تكون لديه الدراية الكاملة من أي شخص أو جهة أخرى في بقاء هذه الولاية على الصغير أو الحدث من عدمه^(٣٥).

ونوصي من جانبنا المشرع العراقي ان تلك الحالات يتعين ان تكون من الحالات الوجودية وليست الجوازية ويكمن سبب ذلك ان الولي بفعله قد ترتب عليه تشرد الحدث. وقد ثبت الواقع العملي أن غالبية المتسولون مكرهون على ذات الأمر، بالإضافة إلى أن التحقيقات تكشف عن عصابات تقوم بتجنيد الصغار وإجبارهم على التسول؛ حيث تتولى تلك العصابات توزيع المتسولون في الشوارع وتجمع محصلاتهم مقابل توفير مأوى لهم^(٣٦).

ثانياً: قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٢

عرفت المادة الاولى من قانون مكافحة الاتجار بالبشر^(٣٧) تلك الجريمة كالاتي « يقصد الاتجار بالبشر لأغراض هذا القانون تجنيد أشخاص أو نقلهم بوساطة التهديد بالقوة أو استعمالها او غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة لإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة سلطة أو ولاية على شخص اخر بهدف بيعهم أو استغلالهم في أعمال الدعارة أو الاستغلال الجنسي او السخرة او العمل القسري أو الاسترقاق أو التسول أو المتاجرة بأعضائهم البشرية أو

(٣٥) أكرم زاده الكوردي ، دور ومسؤولية الأسرة والمدرسة في وقاية الأحداث من التشرد والجنوح «دراسة مقارنة بين قانون الأحداث العراقي والقانونين الكويتي والليبي، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية ، العراق ، المجلد ٣ ، العدد ٢ ، اكتوبر ٢٠١٩ ، ص ٢١٠.

(٣٦) فتاة تبلغ عن والدتها لإجبارها على التسول.. متسولو العراق، المرجع السابق

(٣٧) تم نشره في الوقائع العراقية، العدد رقم ٤٢٣٦، تاريخ ٢٣/٤/٢٠١٢.

وجاء في الاسباب الموجبة لتشريعه (مكافحة جريمة الاتجار بالبشر والحد من انتشارها واثارها ومعاينة مرتكبي هذا الفعل الخطير الذي يهين الكرامة الإنسانية وبغية وضع الآليات التي تكفل مساعدة ضحايا الاتجار بالبشر وتميزها عن غيرها من الجرائم المشابه لها)

لأغراض التجارب الطبية».

ويتضح على التعريف الذي تطرق اليه المشرع العراقي فإنه مأخوذ من المادة الثالثة الوارد في بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لسنة (٢٠٠٠)^(٣٨).

ويعد التسول من قبيل الجرائم التي نص عليها قانون العقوبات، كما أنها وتتم كجريمة الاتجار بالبشر عندما يتخذ صيغة مشروع يقوم به فرد أو منظمة تجلب اشخاص لأغراض التسول أو الحصول على إيرادات اعمالهم.

كما يتضح كذلك ان الاستغلال في التسول هو أحد اشكال العمل القسري التي تجبر الضحية على التسول.

المطلب الثاني: اركان جريمة التسول

جريمة التسول مثل غيرها من الجرائم يتعين أن يتوافر لها ركن مادي، بجانب الركن المعنوي، لكي يستحق فاعلها العقوبة المقررة، وهو ما سنوضحه على الوجه الآتي:

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة التسول:

الركن المادي في جريمة التسول مثل غيرها من الجرائم الأخرى، حيث يتكون ذات الركن من الفعل أو السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجاني، ويربط بين الفعل والنتيجة الإجرامية رابطة سببية.

أن هذه الجريمة لا تقوم بدون توافر الركن المادي، وهو يعرف بأنه سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل أمر به القانون.^(٣٩)

فبالنسبة للفعل في جريمة التسول فهو يتمثل بالاستجداء أو طلب- المتسول- للمال أو العون، حيث يستوي في ذات الشأن أن يتحقق التسول في الأماكن العامة مثل الطريق العام أو أمام المحلات العامة ، كما يمكن أن يقع التسول أمام الأماكن الخاصة مثل المنزل.

وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه «العودة عن العمل والانصراف عن سبب السعي الجائز لاكتساب الرزق»^(٤٠).

ونفهم من ذلك أن سلوك التسول يعد سلوكاً ايجابياً من المتسول، وعلى ذلك لا يتصور أن يقوم فعل التسول من خلال السلوك السلبي للجاني والمتمثل بالامتناع عن القيام بفعل أو عمل.

وقد يقترن الفعل أو السلوك في جريمة التسول بأن يتصنع او يتظاهر الجاني الاصابة بالجروح او العاهات او من خلال استعمال الوسائل المختلفة في الخداع أو ان يكشف عن عاهة او جرح مصاب به في التسول والاستجداء لكسب عطف الأفراد

(٣٨) أ. غسن مناحي خيون الحساوي، جريمة الاتجار بالبشر في التشريع العراقي والمقارن، رسالة ماجستير ، مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، ٢٠١٤-١٤٣٥هـ، ص ١٨.

(٣٩) المادة ٢٨ من قانون العقوبات العراقي .

(٤٠) نقض ٨ يونيو ١٩٤٨، مجموعة القواعد القانونية، ج ٧ رقم ٦٢٦ ص ٥٩٤

واحسانهم وكرمهم.(٤١)

وقضي بأنه تتم جريمة التسول مجرد ضبط الشخص و هو يرتكب فعل الاستجداء من الغير و لم يجعل القانون الاحتراف ركناً من أركانها(٤٢). ويخرج من اعمال التسول الفنون الشعبية في الشوارع(٤٣).

ومن خلال ما تقدم يتضح ان النتيجة الإجرامية هي الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي، الأمر الذي يتجسد في العدوان الذي يصيب مصلحة أو حقاً قدر المشرع وجوب حمايته جنائياً.

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة التسول والجزاء

جريمة التسول من جرائم القصد الجرمي العام(٤٤)؛ ويلزم لتوافر القصد الجرمي العام توافر عنصري، العلم والإرادة ؛ حيث يلزم أن يعلم الجاني بأن فعله يتمثل في التسول، والاستجداء، كما يتعين أن تتجه إرادته إلى ذات الفعل لتحقيق النتيجة الجرمية التي حصلت من ذات العمل أو الفعل المادي والمتمثلة بالحصول على الطلب من مال أو كسوة أو طعام وغيرها.

كما ان هناك صورة القعود الارادي عن العمل ، اذا لم يكن للمتهم مورد للرزق وتعد من الصور السلبية التي يكفى فيها مجرد إهمال المتهم في البحث عن مورد مشروع للكسب المادي ، فهي من صور الخطأ غير العمدية أو الإهمال ، الذي يلزم فيه -ويكفى لتوافره في نفس الوقت -المتهم يعلم تماماً بأن فعله مخالف لما يتطلب منه القانون ، حتى وان لم تنصرف إرادته إلى تحقيق مخالفته للقانون، مع عدم بذل أي جهد لإنهاء هذا الوضع.

الجزاء المقرر لجريمة التسول :

لقد عاقب المشرع العراقي جريمة التسول، أو المحرض على ارتكابها، حيث تتمثل الاتجاهات العقابية تجاه تلك العقوبة على الوجه الآتي:

أولاً- بالنسبة للشخص البالغ فإنه يخضع لعقوبة التسول المقررة في قانون العقوبات العراقي المنصوص عليها في المادة ٣٩٠ من ذات القانون، وكذلك المادة ٣٩١ و ٣٩٢

(٤١) د. سجي محمد الفضلي، سلطة الإدارة الضبطية للحد من التسول، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٤٢) نقض جنائي مصري ، الطعن رقم ٧٧٤ لسنة ٤٢ مكتب فني ٢٣ صفحة رقم ١٠٠٩، جلسة ١٩٧٢/١٠/٨

(٤٣) قضت محكمة النقض المصرية في حكم قضائي لها بأن «...لما كان الغناء الشعبي قد أضحى فناً أصيلاً ينبع من بيئة تغذيه بأحاسيسها ومشاعرها وتسعى إليه وتعمل من أجله فلم يعد لهواً أو ترفهاً أو ترفاً ومجوناً بل سما إلى نوع من الثقافة والأدب الشعبي يتجاوب مع أهله فيعبر به الناس في شتى المناسبات القومية والأعياد الخاصة عما يجول بخواطرهم في مجالاته الطبيعية في سياج أمين من الآداب العامة وعادات القوم وتقاليدهم والعرف المستقر بينهم وفي ظل من رعاية الدولة التي أفسحت آفاق تذوق الناس له بوسائلهم الخاصة ثم عن طريق أجهزة الإعلام المختلفة وسبل التشجيع المتباعدة دون أن تفرض عليه من القيود ما يقف في وجه ازدهاره وانتشاره....»

راجع حكم محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم ١٧٨٢ لسنة ٣٤ القضائية، جلسة ٩ من فبراير سنة ١٩٦٥، أحكام النقض ، المكتب الفني ، جنائي، العدد الأول ، السنة ١٦، ص ١١٤.

(٤٤) تنص الفقرة الأولى من المادة ٣٣ على أن القصد الجرمي هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى

والتي تعتبر من الجرائم البسيطة، وتتدرج ضمن أحكام «المخالفات»، حيث تكون العقوبة المفروضة فيها الحبس مدة لا تزيد عن شهر، ولا يجوز التوقيف فيها استناداً لأحكام المادة ١١٠/ب من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية^(٤٥).

وتسلك الأحكام القضائية سبيل إيقاف تنفيذ العقوبة في حالة توافر شروطها وضوابطها المنصوص عليها في القانون، وعلى ذلك فقد قضت المحكمة على المدانة (ر.م.ش.) بالحبس البسيط لمدة ثلاثة أشهر، وفق أحكام المادة (٣٩٠) عقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل، لكون المدانة أعلاه لم يسبق لها ارتكاب جريمة وبقيّة منحها فرصة الإصلاح نفسها، كما قررت المحكمة إيقاف تنفيذ العقوبة بحقها لمدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ صدور القرار على أن تتعهد بحسن السلوك وعدم ارتكاب جريمة خلالها ودفع تأمينات قدرها مائتي دينار لها الحق باستردادها بعد انتهاء فترة التجربة المذكورة استناداً لإحكام المواد ١٤٤ ، ١١٨ ، ١٤٥ ، ١٤٦ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل^(٤٥).

ثانياً- بالنسبة للشخص الحدث فإنه يخضع لعقوبة التسول المقررة في قانون رعاية الأحداث المنصوص عليها في المواد ٢٤ و ٢٥ من ذات القانون والذي يشترط على قاضي الأحداث إيداع الحدث بأحد دور المشردين، وكذلك إجراء دراسة شخصية للحدث، وإحالته أمام محكمة الأحداث وبذلك تكون تلك الاجراءات اكثر فاعلية في متابعة حالات التسول بموجب قانون رعاية الأحداث وأكثر فاعلية من قانون العقوبات». كما أن المشرع العراقي في قانون رعاية الأحداث نص في المادة ٣٠ منه على ان العقوبة المفروضة على ولي الحدث الذي يجبر الحدث على التشرد بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو غرامة^(٤٦)

(٤٥) محكمة استئناف البصرة الاتحادية، العدد ١٣٧/ج/١٠١٧/٣/١٢ بتاريخ ٢٠١٧/٣/٢٠١٧، حكم غير منشور .
(٤٦) ويتضح بذلك أن قانون رعاية الأحداث اتخذ الشدة بردع ولي الحدث الذي يجبره على التسول بينما كانت العقوبة سابقاً لمن يغري الحدث على التسول هي الحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة اشهر بموجب المادة ٣٩٢ قانون العقوبات

الخاتمة

أولاً: النتائج :

- ١- التسول ظاهره خطيره تهدد أمن وسلامة المجتمع واستقراره ، ولذلك لجأت السياسات الجنائية في دولة العراق تجاه مواجهة تلك الظاهرة كونها من الجرائم التي لها آثارها السلبية في المجتمع.
- ٢- التسول هو طلب العطية أو المنحة والطلب من الناس سواء متاع أو مال أو غير ذلك دون وجه حق شرعي أو قانوني، ويستوي أن يتحقق ذلك في الاماكن العامة أو الخاصة.
- ٣- تتعدد أسباب وعوامل جريمة التسول، حيث يصعب التعويل على سبب وحيد للتسول، فتلك الظاهرة هي نتاج العديد من الاسباب المتعددة سواء كانت اجتماعية، أو اقتصادية، أو نفسية، أو دينية، فقد ترجع للفرد نفسه، وقد تكون بسبب ظروف المجتمع الذي يعيش فيه
- ٤- تطرق المشرع العراقي إلى مواجهة جريمة التسول في التشريع العقابي كتشريع عام، وفي العديد من التشريعات الخاصة التي تتمثل في قانون رعاية الاحداث، وفي قانون مكافحة الاتجار بالبشر.

ثانياً: المقترحات :

- ١- التأكيد على الدولة بكافة مؤسساتها على أهمية مواجهة ظاهرة التسول ويتحقق ذلك على النحو الآتي:
 - (أ) تضافر كافة جهود العلماء والمتقنين ورجال الدين والباحثين والقانونيين.
 - (ب) دور وسائل الإعلام المرئية والمقروءة والمسموعة والمرئية على مواجهة تلك الظاهرة .
 - (ج) إنشاء مؤسسة اعتبارية تابعة للدولة تتولى بحث تلك الظاهرة، وتتحمل مسؤولية إيواء المتسولين، على ان يختص بإدارتها العديد من الكوادر الفنية المختصة والباحثين والنفسيين الذين سيكون لهم تأثير بالمودع وإقناعه بعدم ارتكاب الجريمة، وبحث كافة اسبابها وعوامل تلك الظاهرة ، كما يتعين أن تعمل على تقديم مساعدة الاسر المحتاجة وتقديم يد العون لتلك الفئات.
- ٢- التأكيد على أن ظاهرة التسول من الجرائم التي لها علاقة ورابطة بالظروف الإنسانية، وبخاصة أن مصدر تلك الجريمة-في غالبية الأمر- هو العوز والحاجة، ولذلك يتعين اتخاذ إجراءات وقائية للحد من تلك الظاهرة ، وأن يمتد ذات الأمر على العقوبة المقررة لتلك الجريمة بأن تهدف إلى تحقيق إصلاح و تأهيل وتقييم شخص المتسول بتحقيق الردع الخاص
- ٣-نوصي المشرع العراقي بـ"تعديل نص قانون العقوبات، والعمل على تشديد العقوبة بالنسبة للمتولي البالغ أو المحرض وذلك من أجل تحقيق أغراض العقاب المتمثلة في تحقيق الردع العام، والحد من آثار ظاهرة التسول في المجتمع وأضرارها.

أحكام الإجابات المبهمة للخصوم في الإستجواب المدني

م. عقيل مجيد طه
جامعة تكريت - كلية الحقوق

المستخلص

الإستجواب هو مثول الخصم شخصياً أمام المحكمة للإجابة بنفسه عن الوقائع التي ترى لزوم وأهمية سؤاله عنها؛ فهو إجراء تحقيقي يباشره القاضي بهدف استجلاء بعض عناصر ووقائع الدعوى التي ترى المحكمة ضرورة لاستجلائها في حالة الغموض الذي أحاط بها، وانتزاع إقرار الخصم بها توصلًا لمعرفة وجه الحق في الدعوى فالإستجواب وثيق الصلة بالإقرار، وهو تدبير يؤدي في غالب الأحيان بعد سؤال الخصم ومناقشته في مجلس القضاء ومجاوبته بالحقائق الواضحة، إلى التخلي عن إنكاره للوقائع، و يمكن القاضي من الحصول على أدلة لا يتضمنها ملف الدعوى أي غير موجودة ضمن الأدلة المقدمة من قبل الخصوم في الدعوى، تتمثل في الوصول إلى إقرار المستجوب بواقعة معينة يساعده على حسم النزاع وتلجأ المحكمة لهذا الإجراء، إما بناء على طلب أحد الخصوم أي قيام أحد الخصوم بتقديم طلب إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى يطلب فيه من المحكمة إجراء الاستجواب، وإما من تلقاء نفسها، دون توقف على طلبهم، بل ورغم معارضتهم؛ باعتبار أن البحث عن الحقيقة من أخص واجباتها. وأن مبدأ حياد القاضي في الإثبات ليس مطلقاً، فله سلطة التدخل في البيئات في العديد من الحالات.

Abstrac

Interrogation is the opponent's appearance before the court in person to answer the facts that he deems necessary and important to be asked, It is an investigation carried out by the judge with the aim of clarifying some of the elements and facts of the case that the court deems necessary to clarify it in the ambiguity surrounding it and extracting the litigant's acknowledgment of it in order to find out what the right is in the case, the interrogation is closely related to the admission. Obviously, to abandon his denial of the facts, and to enable the judge to obtain evidence that is not included in the case file, which is to reach the interviewee's acknowledgment of a specific incident that helps him to settle the dispute and the court resort to this procedure, either at the request of one of the litigants, or on its own initiative, without depending on their request, and even in spite of their opposition; Considering that searching for the truth is one of her duties. The judge's principle of impartiality in the proof is not absolute, as he has the power to. intervene in evidence in many cases

المقدمة

تتمثل خبرة القاضي في استخلاص حقيقة النزاع محل الدعوى حيث أن للقاضي خبرة كبيرة في مجال تخصصه لكونه يمارس وظيفته بشكل مستمر وبموجب هذه الخبرة التي يمتلكها يستطيع ان يكتشف هذه الحقيقة ، ودراية ومعرفة المحامي ممثل الخصم وبراعته في الإلمام بعناصر القضية الموكل بها من خلال ما يزوده به الخصم عنها من معلومات، لكن يبقى الخصم هو الأدرى بحقيقة قضيته وعناصرها حيث هو الشخص الوحيد الذي يكون على معرفة بكافة تفاصيل القضية . وقد يخفي الخصم عمدا أو إهمالا بعض جوانب القضية، فتثار مشكلة غموض أو نقص بعض وقائع الدعوى المنظورة أمام المحكمة، ويكون الوقوف على حقيقة هذه الوقائع ضروريا للفصل فيها ولا يوجد من هو أقدر من الخصم في التدليل على عناصر دعواه وتزويد المحكمة بوسائل اكتشاف حقيقتها ويكون حضوره بنفسه وسؤاله شخصا عن العناصر الغامضة فيها أبلغ في تجلية وايضاح غموض هذه العناصر ووقائع المحكمة بحقيقتها، والوسيلة القانونية لذلك هي إستجواب هذا الخصم. والإستجواب هو مثل الخصم شخصا أمام المحكمة للإجابة بنفسه عن الوقائع التي ترى لزوم وأهمية سؤاله عنها؛ فهو إجراء تحقيقي يباشره القاضي بهدف إستجلاء ومعرفة بعض عناصر ووقائع الدعوى التي ترى المحكمة ضرورة لاستجلائها في حالة الغموض الذي أحاط بها، والحصول على إقرار الخصم بها توصلا لمعرفة وجه الحق في الدعوى فالإستجواب له صلة وعلاقة وثيقة بالإقرار، وهو تدبير يؤدي في غالب الأحيان بعد سؤال الخصم ومناقشته في مجلس القضاء ومواجهته بالحقائق الواضحة، إلى التخلي عن إنكاره للوقائع وإعترافه بهذه الوقائع، و يمكن القاضي من الحصول على أدلة لا يتضمنها ملف الدعوى، تتمثل في الوصول إلى إقرار المستجوب بواقعة معينة يساعده على حسم النزاع وتتخذ المحكمة هذا الإجراء، إما بناء على طلب أحد الخصوم، وإما من تلقاء نفسها، دون توقف على طلبهم، بل ورغم معارضتهم؛ باعتبار أن البحث عن الحقيقة من أخص واجباتها. وأن مبدأ حياد القاضي في الإثبات ليس مطلقاً، فله سلطة التدخل في البيانات في العديد من الحالات.

مما لاشك فيه أن موضوع الإستجواب أطراف الدعوى من قبل المحكمة يعتبر من المسائل المهمة لا قبل الوصول إلي الحكم العادل في الدعوى المنظورة وحيث أعطي القانون سلطة واسعة للقاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق فيها من أداء بما يكفل التطبيق السليم للقانون وهذا واضح من خلال السلطة التي منحت موجب المادة الأولى من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٥ وتعديلاته.

وموضوع إستجواب أطراف الدعوى من قبل المحكمة يعتبر من أولي المسائل التي تلجأ إليها المحكمة لتوجيه الدعوى والتحري ووقائع الدعوى للوصول إلي الحكم السليم محض من الإبطال والفسخ والنقض.

مشكلة البحث

يطرح البحث عدة تساؤلات منها من هو طالب الإستجواب ومن هو المطلوب إستجوابه؟ ما حدود سلطة القاضي بشأن طلب الإستجواب؟ وما مدى سلطته بشأن الأمر بالاستجواب من تلقاء نفسه؟ ما طبيعة قرار المحكمة بإجراء الاستجواب وهل تملك العدول عنه؟ ما أثر هذا القرار على البيّنات الأخرى في الدعوى، وهل يهدر قرارها تلك البيّنات أم تظل قائمة رغم صدوره؟ وما الحكم إذا كانت إجاباته غامضة أو ناقصة أو تحتمل إنكاراً لبعض الوقائع وإقراراً لبعضها الآخر؟ وماذا لو تذرّع المستجوب بالجهل أو النسيان؟

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في معرفة مدى أهمية الإستجواب باعتباره إجراء تحقيقي يقوم به القاضي في إستجلاء بعض عناصر ووقائع الدعوى التي ترى المحكمة ضرورة إستجلائها في حالة الغموض الذي أحاط بها وكذلك الإحاطة بإحكام الإجابات الغامضة والمبهمّة للخصوم الذين يتم استجوابهم من قبل القاضي ومعرفة الآثار التي تترتب على هذه الإجابات الغامضة والمبهمّة

منهجية البحث

تم تطبيق المنهج التأصيلي المقارن لتلافي النقص التشريعي للإستجواب المدني في القانون العراقي مع الإشارة إلى الحلول التي تبناها القضاء العراقي، وخاصة قضاء محكمة التمييز بشأن الإستجواب، ومحاولة تأصيل هذه الحلول على ضوء أحكام التشريعات المقارنة المشار إليها.

المطلب الأول

مفهوم القانوني للإستجواب المدني

إن الكلام عن مفهوم القانوني للإستجواب المدني يقتضي بنا التطرق إلى التعريف بالإستجواب المدني حيث أن تعريف الإستجواب المدني يؤدي إلى فهم المعنى القانوني للإستجواب المدني وكذلك التطرق إلى شروط إستجواب الخصم في الدعوى حيث يجب أن تتوافر جملة من الشروط في الخصم المستجوب لكي تتمكن المحكمة من إستجوابه وفي حالة تخلف أي شرط من هذه الشروط فإن المحكمة لم تتمكن من إستجوابه وكذلك سنتطرق إلى شروط الواقعة المراد إستجواب الخصم بشأنها حيث تعتبر هذه الشروط هي الأساس الذي تقام عليه هذه الواقعة وفي حالة عدم توافر أحد هذه الشروط فإن الواقعة المراد الإستجواب بشأنها لا يمكن تحققها ولذلك ستم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول: التعريف بالإستجواب المدني .

أولاً : تعريف الإستجواب المدني لغة وشرعاً :

الإستجواب لغة : يقصد بالإستجواب لغة، الأستطاق، وفي غرف المحاكم يقال عادة إستجوب المتهم، إما في اصطلاح المجالس النيابية عموماً فهو سؤال يطرح على الحكومة، فيقال إستجوب الحكومة، وإستجوبه وإستجوب له إستجاباً، أي رد له الجواب^(١). والجواب هو الرد على سؤال أو خطاب أو رسالة أو أغراض والمصدر الإجابة^(٢) .

الإستجواب شرعاً:

لا بد من بيان أن الشريعة الإسلامية الغراء لم تفرد باباً مخصصاً عن الإستجواب بوصفه وسيلة من وسائل الإثبات ، بمعنى أن نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي لم تتضمن قواعد منضبطة للإستجواب كما هو الحال عليه في القوانين الوضعية الحديثة خلافاً لطرق الإثبات الأخرى، كالبيينة و الاقرار و اليمين.

وعلى الرغم من عدم وجود تعريف خاص محدد بالإستجواب شرعاً، إلا أنه بوصفه وسيلة من وسائل التعرف على الحقيقة والوصول إليها لم تكن غريبة عن القضاة المسلمين عموماً ، فقد تضمنت أحكامهم تطبيقات عديدة عن الإستجواب ، عليه يمكننا أن نستشف أن القضاء الاسلامي عرف الإستجواب كدليل للإثبات بوصفه وسيلة من وسائل التوصل إلى الحق ، و بهذا يمكننا تحديد مفهوم الاستجواب في الفقه الإسلامي بأنه : السؤال الذي يوجهه القاضي إلى الخصم للاستفسار عن وقائع معينة في مجلس القضاء ، لغرض الحصول على إقرار منه أو لكي يلتمس القاضي حقيقة النزاع الموصلة لإثبات الحق في الدعوى.

(١) ينظر : فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب ، ط ٢٢ ، دار المشرق، بيروت، ١٩٧٨ ، ص٩٨

(٢) ينظر : محمد ابي بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٦هـ) ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١ ،

ثانياً: الاستجواب قانوناً :

يعرف الإستجواب في الإصطلاح القانوني^(٣)، بأنه (طريقة من طرق تحقيق الدعوى، تلجأ بواسطته المحكمة أو الخصم إلى سؤال الخصم الأخر عن وقائع معينة لغرض الحصول على إقرار منه)^(٤).

كما يعرف أيضاً بأنه (طريق من طرق تحقيق الدعوى، يعتمد فيها أحد أطراف الدعوى بواسطتها إلى سؤال الطرف الآخر عن وقائع معينة ليصل من وراء الإجابة عليها أو الإقرار بها لإثبات مزاعمه أو دفاعه أو تلجأ إليها المحكمة لتصل إلى تلمس الحقيقة الموصلة للإثبات).^(٥)

أما القضاء المصري فقد عرفه بأنه (طريق من طرق تحقيق الدعوى تستهدف به المحكمة تمكينها من تلمس الحقيقة الموصلة لإثبات الحق في الدعوى)^(٦).

ونحن بدورنا نتفق مع التعريف الثاني للإستجواب ، إذ ليس الغرض من الإستجواب الحصول على إقرار من الخصم بواقعة معينة فقط ، وإنما وصول المحكمة عموماً إلى حقيقة النزاع أيضاً .

وبهذا يمكننا أن نعرف الإستجواب بأنه طريق من طرق تحقيق الدعوى ، تلجأ بواسطته المحكمة أو الخصم ، إلى سؤال الخصم الآخر ، عن وقائع معينة ، لغرض الحصول على أقرار منه ، أو لتتمكن المحكمة من تلمس الحقيقة الموصلة لإثبات الحق في دعوى معينة في مجلس القضاء ، لغرض الحصول على إقرار منه أو لتلمس القاضي حقيقة النزاع الموصلة لإثبات الحق في الدعوى .

الفرع الثاني: شروط إستجواب الخصم

من خلال ماتقدم يتضح لنا بأنه لا يكون الإستجواب إلا بالنسبة لمن كان خصماً في الدعوى^(٧)، حيث تتضح خصائصه أنه طريق من طرق تحقيق الدعوى فهو إجراء قضائي تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم ، وذلك بسؤال الخصم الآخر عن وقائع محددة ومعينة ، لغرض الحصول على إقرار صريح بالموضوع ليكون دليلاً مطلقاً في الإثبات أو من أجل أن تتمكن المحكمة من معرفة الحقيقة الموصلة لإثبات الحق في الدعوى المنظورة أمامها .

ويشترط أيضاً فيمن يصح توجيه الإستجواب إليه أن يكون أهلاً للتصرف في الحق المتنازع فيه، لذا يجب أن تتوافر في الشخص الذي يراد إستجوابه الأهلية الواجب

(٣) في هذا الصدد تجدر الإشارة الى انه يقصد باستجواب المتهم في نطاق القانون الجنائي بأنه ((سماع أقواله ومناقشة فيما هو منسوب اليه من الوقائع ومايبينه من اوجه دفع التهمة عنه او اعترافه بها و دراسة ما يقر به ومطابقته على ما وصل اليه التحقيق للوصول الى حقيقة الواقعة ودرجة مسؤوليته فيها او براعته منها)) وللمزيد من التفصيل ينظر : د.سلطان الشاوي ، اصول التحقيق الأجرامي ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٢ ص ١٤٥ وما بعدها .

(٤) د.آدم النداوي ، الاستجواب في نطاق الدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة العدالة ، ١٤ ، ٣ ، ١٩٧٧ ، ص ٢٠٧ .

(٥) د. عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٨ ، ص ٢٩٥ .

(٦) تنظر المادة / ١٠٧ من القانون الإثبات العراقي اذ نصت على أنه ((..تستجوب من ترى موجبا لاستجواب اطراف الدعوى)).

(٧) نظر : المادة / ١٠٧ من القانون الإثبات العراقي اذ نصت على أنه ((..تستجوب من ترى موجبا لاستجواب اطراف الدعوى)).

توافرها للإقرار ذاته، فالذي لا يقبل إقراره لا يجوز إستجوابه^(٨).
وكما هو واضح من التعريف أيضا، أن الإستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى، تستهدف به المحكمة تمكينها من الوصول إلى الحقيقة لإثبات الحق في الدعوى، فلها أن تستجوب من تلقاء نفسها من كان حاضرا من الخصوم في الجلسة التي تحددها لهذا الغرض دون توقف على طلب أحد الخصوم أو معارضته^(٩)، فالإستجواب يبقى هنا حقا أصيلا للمحكمة، فإذا كان الخصم غير حاضر أمرت المحكمة بإحضاره لإستجوابه. كما قد يتم توجيه الإستجواب بناء على طريق آخر و هو طلب أحد الخصوم، حيث يثبت حق الإستجواب عموما لكل طرف في الدعوى، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه أو مت دخلا أو مدخلا في الدعوى شخصا ثالثا^(١٠) عن وقائع معينة ترى المحكمة ضرورة سؤاله عنها ويحصل هذا في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

وهكذا يتضح أن الغرض من الإستجواب عموما، هو الحصول على إقرار من الخصم المستجوب بالواقعة المتنازع فيها، فإذا أدى الإستجواب ، إلى تحقيق ذلك الغرض سواء إقرارا صريحا أو ضمنيا بالوقائع المتنازع فيها فإن أحكام الإقرار هي التي تطبق عليه، وتكون له قوة الاقرار القضائي في الإثبات.

الفرع الثالث: شروط الواقعة المراد الإستجواب بشأنها

إن الواقعة محل الإستجواب يجب أن تتوافر فيها جملة من الشروط وهذه الشروط هي أن تكون الواقعة متعلقة بموضوع الدعوى وأن تكون منتجة في الإثبات وأن تكون من الجائز الإثبات في هذه الواقعة ونصت المادة (٧٣/ اولا) من قانون الإثبات العراقي على هذه الشروط حيث نصت على أنه (إذا رأيت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى إستجواب أو أن الوقائع التي يراد إستجواب الخصم عنها غير منتجة أو غير جائزة الإثبات رفضت طلب الإستجواب)^(١١) وسوف نتناول هذه الشروط كالاتي :

(٨) تنظر : المادة ٦٠ من قانون الإثبات العراقي ،اذ نصت على أنه ((يشترط في الاقرار يتمتع بالأهلية الكاملة فلا يصح اقرارالصغير والمجنون او المعتوه ولا يصح على هؤلاء اقرار اولياتهم او اوصياتهم أوألقوام عليهم)) في حين نصت المادة ١٠٧ من قانون الإثبات المصري على انه ((إذا كان الخصم عديم الاهلية او ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه وجاز للمحكمة مناقشته هوإذا كان مميزا في الأمورالمادون فيها .. ويشترط في جميع الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلا للتصرف في الحق المتنازع فيه)) و تطابقها المادة / ٢٢١ من قانون اصول المحاكمات اللبناني ، ولا تؤيد اتجاه القانونيين المصري واللبناني هنا لأن الأصل أنه لايجوز استجواب من لايصح إقراره من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يصح على هؤلاء اقرار من ينوب عنهم أيضا.

(٩) تنظر : المادة /٧١ اثبات عراقي اذ نصت على أنه ((للمحكمة من تلقاء نفسها او بناءا على طلب الخصوم أن تستجوب من تري موجبا لاستجوابه من اطراف الدعوي)) وتوافقها المادتان / ١٠٠ و ١٠٩ اثبات مصري والمادة /٢١٨ اصول محاكمات لبناني

(١٠) في هذا الصدد يقصد باختصاص الغير بناء على أمر المحكمة ، هو قيام المحكمة بادخال شخص من الغير في دعوى لاستجلاء وجه الحق فيها وهذا الاختصاص يجعله المقنن تارة امرا وجوبيا على المحكمة كما في نص المادة /٦٩-٣ من قانون المرافعات العراقي المأخوذة من الفقه الاسلامي من نص المادة / ١٩٣٧ من مجلة الأحكام العدلية - وتارة اخرى يجعله المقنن امرا جوازيا على المحكمة كما في نص المادة /٦٩-٤ من قانون المرافعات العراقي اذ نصت على انه ((للمحكمة أن تدعوا اي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوي)) والملاحظ هنا أن هذا الاختصاص قد يكون رغم ارادة أطراف الدعوى و معارضتهم ، لان اختصاص الغير في الدعوى يفيد الوصول الى الحقيقة و تحقيق العدالة .. وللمزيد من التفصيل ينظر : د.د.امد التداوي، المرافعات المدنية، دار الكتب والنشر والطباعة جامعة الموصل ، ١٩٨٨ ص ١٩١ وما بعدها.

(١١) المادة (٧٣/ اولا) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩)

أولاً : ان تكون الواقعة متعلقة بموضوع الدعوى

ويقصد بهذا الشرط هو أن تكون الواقعة المراد الإستجواب بشأنها ذات علاقة قوية بموضوع الدعوى^(١٢) وإذا كانت هذه الواقعة المراد إثباتها هي أساس الحق المدعى به فإن صلتها بهذا الحق لا تكون بحاجة إلى إثبات حيث أنه لا توجد صلة أقوى من الصلة بين الحق ومصدره^(١٣) أما إذا كانت الواقعة المراد إثباتها غير مرتبطة بموضوع الدعوى فلا يمكن إثباتها ومن ثم لا يمكن توجيه الإستجواب بخصوصها ولمحكمة الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تقدير تعلق الإستجواب بموضوع الدعوى أو عدم تعلقه بموضوع الدعوى^(١٤)

ثانياً: أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات

ويقصد بهذا الشرط هو أن تكون الواقعة ذات نتيجة في الإثبات أي أن إثبات هذه الواقعة يساهم في الفصل في الدعوى المقامة^(١٥) وكون الواقعة منتجة في الإثبات يقتضي حتماً أن تكون على صلة ورابطة بموضوع الدعوى لأنه من غير الممكن أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات من دون أن ولكنها غير منتجة فيها^(١٦) ويفهم من نص المادة (٧٣/أولاً) من قانون الإثبات العراقي أن هذه الواقعة المراد إستجواب الخصم بشأنها إذا كانت غير منتجة فللمحكمة أن ترفض طلب الإستجواب المقدم من قبل الخصم وذلك لإنقضاء شرط من شروط الواقعة محل الإستجواب

ثالثاً: أن تكون الواقعة من الممكن إثباتها

ويقصد بهذا الشرط هو أن تكون الواقعة المراد الإستجواب بخصوصها ممكنة الإثبات قانوناً أي من الجائز إثباتها بطرق الإثبات المحددة للإثبات أي لا يوجد مانع قانوني من إثباتها ومن هذه الموانع هي التي تتعلق بالنظام العام في الدولة والأداب العامة التي يجب مراعاتها وكذلك قد ترجع عدم القدرة على الإثبات إلى اعتبارات الصياغة القانونية وهناك الكثير من الأمثلة التي تتعلق بعدم جواز إثبات الواقعة لمخالفتها للنظام العام ومن هذه الأمثلة عدم إمكانية إثبات ولد الزنا نسبة من أبيه وذلك بإثبات المعاشرة غير المشروعة بين الأبوين فترة الحمل لأن هذه الواقعة لا يمكن إثباتها لأن الشريعة الإسلامية تمنع إثبات هذه الوقائع لمخالفتها للنظام العام والأداب العامة^(١٧) وأن اعتبارات الصياغة القانونية التي لا يمكن إثبات الواقعة بتوافرها تتم بإحدى الحالات التالية:

(١٢) سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية، ط٢، المطبعة العالمية القاهرة، ١٩٥٢، ص ٥٣

(١٣) سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، الاسكندرية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٦٣٦

(١٤) قيس عبد الستار عثمان، الاقرار واستجواب الخصوم في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص ٤٦٩

(١٥) سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٦، ص ٢١

(١٦) توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات (البيانات) في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠، ص ٤٨

(١٧) توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات (البيانات) مرجع سابق، ص ٤٩-٥٠.

١. إذا استهدف الإستجواب إثبات عكس ما تم إثباته عن طريق اليمين الحاسمة سواء كان ذلك بحالة الحلف أو النكول عن الحلف بشكل صريح أو بشكل ضمني وذلك لأن اليمين الحاسمة تؤدي في الغالب إلى حسم النزاع بين الطرفين ولا يمكن اللجوء إلى الإستجواب بعد أداء اليمين الحاسمة لنفي الواقعة التي تم إثباتها باليمين الحاسمة.
٢. إذا كان الهدف من الإستجواب نقض أمر من الأمور التي إثبتها الموظف العام بسند رسمي على إعتبار أنه رأها أو سمعها أو فعلها بنفسه فهذه الأمور لا يمكن إثبات عكسها الا من خلال التزوير ونصت المادة (٢٢/أولاً) من قانون الإثبات العراقي على أنه (السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً)^(١٨) وتجدرالإشارة إلى أن الإدعاء بالتزوير يرد على السندات الرسمية والعادية وهذا ما نصت عليه المادة (٣٤) من قانون الإثبات العراقي^(١٩).
٣. إذا كان الهدف من الإستجواب نفي مايتضمنه حكم حائز لحجية الشيء المحكوم به وهذا الحكم لا يجوز نقضه بدليل آخر من أدلة الإثبات ونصت المادة (١٠٦) من قانون الاثبات العراقي على أنه (لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة)^(٢٠)
٤. إذا كان الإستجواب هدفه إثبات عقد من العقود التي يتطلب القانون فيه إستيفاء شكلية محددة كعقد الرهن التأميني للعقار وهذا العقد يستلزم فيه القانون التسجيل في دائرة التسجيل العقاري وأن التسجيل يعد ركن من أركان العقد والمحكمة تخضع في تقديرها لكون محل الواقعة ممكنة الإثبات قانوناً لرقابة محكمة التمييز لأنها تعد من مسائل القانون وتخضع بالتالي لرقابة محكمة التمييز^(٢١)

رابعاً : أن تتعلق الواقعة بشخصية الخصم المستجوب

أي يجب أن تكون الواقعة متعلقة بشخص الخصم المستجوب وأن تعلق الواقعة بشخصية الخصم يعد من أهم الشروط التي يجب توافرها في الواقعة محل الإستجواب^(٢٢) أما إذا كانت الواقعة غير شخصية أي لا صلة لها بشخص الخصم المطلوب إستجوابه فلا يمكن أن يستجوب هذا الخصم بشأنها فاذا تم تحرير عقد بين شخصين من غير

(١٨) المادة (٢٢/أولاً) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩)

(١٩) انظر المادة (٣٤) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩)

(٢٠) المادة (١٠٦) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩)

(٢١) انظر المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) والمادة (٢/٣٠٥) من قانون التسجيل العراقي

(٢٢) عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٥٠٧ ،

الخصوم في الدعوى المدنية المقامة أمام المحكمة فلا يجوز إستجواب هذا الخصم لكونه طرف في الدعوى بشأن العقد المبرم بين هذين الشخصين الذين هم غير خصوم في الدعوى المقامة لأن إقراره لا يقيد ولا يكون ذات تأثير في حقوقه وإنما يمكن أن يطلب منه الادلاء بالشهادة على أساس أنه شاهد على هذا العقد مع مراعاة قواعد الإثبات المتعلقة بالشهادة هذا بالنسبة للشخص الطبيعي أما بالنسبة للشخص المعنوي فيقصد بالوقائع الشخصية أي المتعلقة بشخص المستجوب هي تلك الوقائع المتعلقة بالشخص المعنوي ذاته (كالشركة ، الهيئة العامة في الشركة) وليس الممثل القانوني لهذا الشخص المعنوي وقد نصت المادة (٧٥ / ثانيا) من قانون الإثبات العراقي على أنه (تستجوب المحكمة الاشخاص المعنوية عن طريق من يمثلها قانونا) (٢٣)



المطلب الثاني

إجراءات الاستجواب في الدعاوى المدنية

تتم إجراءات الإستجواب دون تحليف اليمين القانونية للمستجوب، وتوجيه الأسئلة إليه وحضور خصمه جلسة الإستجواب، وأخيراً تنظيم محضر لجلسة الإستجواب. على أن يمهّد لذلك، بتناول التزام الخصم المطلوب إستجوابه بالحضور شخصياً لجلسة الإستجواب.

الفرع الاول: التزام الخصم المطلوب إستجوابه بالحضور شخصياً.

حضور الخصم شخصياً في الخصومة المدنية ليس واجباً عليه، بل مجرد رخصة أو عبء قانوني وهذا العبء ليس التزاماً قانونياً بالمعنى الصحيح، وهو يختلف عن هذا الأخير في كون الشخص لا يقوم به لمصلحة الغير، وإنما لمصلحته الخاصة. لذا فإن عدم القيام به لا يترتب عليه جزاءً قانونياً، وإنما يؤدي إلى فوات المصلحة التي يستهدفها ونفكرة العبء القانوني أهمية خاصة في القوانين الإجرائية ومن أمثلة الأعباء الإجرائية عبء الحضور في الخصومة المدنية، فحضور الخصم في هذه الخصومة عبء عليه ورخصة له، وليس بواجب أو التزام مفروض على عاتقه.

والشخص لا يعاقب على عدم استخدام الرخصة المخولة له، كما أنه لا يترتب على مخالفة هذا العبء أي جزاء قانوني. وهو إنما يقع على عاتقه لكي يتمكن من ممارسة حقوقه في الدفاع. لذا، فإنه يمكنه عدم الحضور للاستجواب ولا يترتب عليه أي جزاء قانوني لعدم الحضور إلا أن ذلك يؤدي ذلك إلى فوات فرصته في حسن ممارسة هذه الحقوق والواقع أن الصورة النموذجية للعدالة، هي ألا يفصل القاضي في الخصومة إلا بحضور جميع أطرافها بأنفسهم وسماع أقوالهم. فحضور الخصم بنفسه أبلغ في إقناع المحكمة بأقواله وطلباته، وهو أقدر من غيره في التدليل على حقه بنفسه وتزويد المحكمة بوسائل اكتشاف حقيقة الدعوى والتأثير على عدالتها. كما أن اجتماع الخصوم بأنفسهم أمام المحكمة يضمن تنويرها واسترعاء نظرها إلى نقاط هامة في القضية، ويكشف لها حقيقة الدعوى من خلال الأضواء المتعارضة التي تلقى عليها.

ولكن هذه الصورة قد لا تكتمل ويتعذر تحقيقها أحياناً، إلا أن ذلك لا يحول دون متابعة نظر الدعوى والفصل فيها. فقد يتعذر لسبب أو لآخر حضور الأطراف بأنفسهم، وفي هذه الحالة يمكن أن يحضر من يمثلهم قانوناً كما أن القانون نفسه، يفرض في كثير من الحالات على الخصوم الاستعانة بمحام، لما تتوافر لديه من الخبرة والثقافة القانونية التي تعين على إظهار الحقيقة، وبالتالي أعمال العدالة على الوجه المنشود. كما أن حضور الخصم شخصياً أمام القاضي للدفاع عن مصالحه، لم يعد أساسياً لصحة الإجراءات، وإنما يكفي لاحترام هذا الحق تمكينه من الحضور بنفسه أو عن طريق وكيله، فإذا ما تخلف رغم ذلك كان الحكم الصادر في غيبته صحيحاً. (٢٤)

(٢٤) المادة (٧٤) من قانون الاثبات العراقي .

الفرع الثاني: إستجواب الخصم دون تحليفه اليمين القانونية وتوجيه الأسئلة للخصم المستجوب

يستجوب الخصم دون تحليفه اليمين القانونية؛ لأن تحليف الخصم المستجوب هذه اليمين يجعل منه شاهداً لا خصماً مستجوباً.

وبخصوص توجيه الأسئلة للخصم المستجوب منوط بالقاضي، فهو الذي يستجوب الخصم ويوجه إليه الأسئلة فيما يراه ضرورياً للفصل في النزاع.

ولا يجوز للخصم الآخر أن يوجه مباشرة أسئلة للخصم المستجوب، وفي هذا قضت محكمة التمييز الأردنية) بأن المحكمة أخطأت بأن سمحت لوكيل الخصم الآخر المدعى عليه باستجواب المدعي مع أن هذا الحق هو فقط للمحكمة وليس للخصم. وعلى الخصم، إذا اراد توجيه أسئلة للمستجوب أن يستأذن القاضي ويحدد صيغة السؤال الذي يريد طرحه، فإذا وافق القاضي على السؤال وصيغته، طرح على الخصم المستجوب بواسطة القاضي وليس من الخصم مباشرة.)

ولا يلزم القاضي بطرح السؤال المقترح من الخصم في جميع الأحوال، وإنما تكون له سلطة إجازة أو رفض طرح هذا السؤال، فيمنع الخصم من توجيه أسئلة إلى خصمه تكون غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها، أو تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب أو تجريحاً للمستجوب.^(٢٥)

الفرع الثالث: إستجواب الخصم بحضور خصمه و تنظيم محضر الإستجواب.

يلزم الخصم بالحضور شخصياً جلسة إستجوابه، وليس له أن ينيب عنه غيره في الحضور والإجابة على الأسئلة، ويجري الإستجواب في جلسة علنية ما لم تقرر المحكمة عقدها في غير علنية اي في جلسة سرية .

ولقد أفردت التشريعات المقارنة نصاً خاصاً بمحضر الاستجواب؛ فأوجب تودين الأسئلة المطروحة على المستجوب وأجوبته بتفاصيلها وبدقة متناهية في محضر الجلسة. كما أوجب تلاوته على الأطراف الحضور قبل التوقيع عليها من رئيس الجلسة أو القاضي المنتدب وكاتبها والخصم المستجوب، وإذا امتنع عن الإجابة أو عن التوقيع، يذكر في المحضرا متاعه وسببه .^(٢٦)

(٢٥) د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٣٠٧-٣٠٨

(٢٦) المادة (٧٢/ثانياً) من قانون الاثبات العراقي

المطلب الثالث

الموقف القانوني والشرعي من إجابات الخصم المبهمة

أما إذا لم يبلغ الإستجواب هذا الحد، فإن الأمر لا يخلو من إتخاذ الخصم المستجوب أما الإنكار أو الإجابة الغامضة أو الناقصة أو التخلف عن حضور الإستجواب. فإذا أكر الخصم المستجوب الوقائع التي تضمنها الإستجواب إنكارا تاما، فإن ذلك يجعل الإستجواب عديم الفائدة ولا يؤدي إلى نتيجة محددة، و لا تخطو القضية خطوة واحدة فيما يتعلق بالإثبات، و من ثم يتوجب على طالب الإستجواب أن يقدم دليلا آخر لإثبات دعواه وفقا للقواعد العامة في الإثبات^(٢٧).

كما أنه من الجائز أيضا أن يلجا إلى طلب إستجواب جديد بشرط يكون موضوعه وقائع لم يتناولها الإستجواب السابق^(٢٨)

أما إذا أجاب المستجوب بإجابة غامضة أو ناقصة، أو انكر بعض الوقائع، أو اقر ببعضها الأخر، ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تعد هذا الموقف من المستجوب قرينة قضائية أو تعده إنكارا للوقائع موضوع الإستجواب^(٢٩)

أما في حالة التخلف عن حضور الإستجواب ، فلا يخلو الحال عند إتباع ذلك من أحد أمرين :

أولا : أن يكون التخلف عن الحضور للإستجواب لعذر أو لسبب ، وتراه المحكمة مقبولا كالسفر أو المرض، وعند ذلك ترجئ المحكمة الإستجواب لجلسة أخرى تحددها، أو تعين أحد قضااتها للإنتقال إلى محل الخصم لاستجوابه اذا كان حضوره للمحكمة متعذرا^(٣٠).

ثانيا : في حالة التخلف عن حضور الجلسة المحددة للإستجواب بغير عذر مقبول، أو أن يحضرها ويمتنع عن الإجابة لغير سبب أو مبرر قانوني ، أو ادعى الجهل أو النسيان ، وفي هذا نجد التباين واضح في الحلول القانونية لهذه الحالة في مختلف التشريعات

حيث أن قانون الإثبات العراقي أعتبر هذه الأمور قرينة قضائية على صحة الوقائع المراد إستجوابه عنها و التي تساعد على حسم الدعوى إذ نصت المادة (٧٤) منه على أنه (إذا تخلف الخصم عن الحضور لإستجوابه دون عذر مقبول أو حضر و امتنع عن الإجابة لغير سبب أو عذر قانوني أو ادعى الجهل أو النسيان فللمحكمة أن تستخلص من ذلك قرينة قضائية تساعد على حسم الدعوى و ذلك في الحالات التي يجوز فيها

(٢٧) ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧، ص ١٨٩ .

(٢٨) ينظر: د. مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية و التجارية طبقا لقانون الإثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الامارات العربية المتحدة، طبع دبي، دون سنة طبع، ص ٢٣.

(٢٩) ينظر: حسين المؤمن، استجواب الخصوم في الدعوى المدنية و التجارية، بحث منشور في مجلة القضاء، ع ١ و ٢، ص ٣٣، ١٩٧٨، ص ٩٢.

(٣٠) تنظر: المادة /١٠-١ اثبات عراقي اذ نصت على أنه ((اذا قام غنز مقبول يمنع حضور الخصم بنفسه لاستجوابه .. جاز للمحكمة أن تنتقل اليه اوان تتدب احد قضااتها للانتقال الى مكانه او أن تتدب المحكمة التي يقيم الخصم او الشاهد او المطلوب تحليفه في دائرتها للقيام بذلك)) وتطابقها المادة /١١٢ اثبات مصري و المادة /٢٢٤ اصول محاكمات لبناني

الأثبات بالشهادة و القرائن القضائية) (٣١).

أما قانون الإثبات المصري فقد رتب على التخلف أو الإمتناع المشار إليه جواز الإثبات بالشهادة والقرائن القضائية في الأحوال التي لا يجوز فيها ذلك أي تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن القضائية فيما كان يتعين إثباته بالكتابة كما في نص المادة / ١١٣ منه على إنه (إذا تخلف الخصم عن الحضور للإستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود و القرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك) (٣٢).

أما قانون أصول المحاكمات اللبناني فقد رتب على التخلف أو الامتناع إعتبار الوقائع المراد إستجواب الخصم عنها ثابتة حسب نص المادة (٢٣٢) منه اذ نصت على إنه (إذا تخلف الخصم عن الحضور للإستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تتخذ من هذا التخلف أو الامتناع مسوغا لإعتبار الوقائع التي تقرر إستجوابه عنها ثابتة) (٣٣)، في حين أن المادة (٢٣٣) منه ايضا نصت على أنه (إذا تذرغ الخصم المستجوب بالنسيان أو الجهل ولم يظهر مع ذلك أنه اتخذ موقف الرفض المشار إليه في المادة السابقة جاز للمحكمة أن تقبل شهادة الشهود و القرائن لإثبات الوقائع موضوع الإستجواب ولو لم تكن هذه البيينة مقبولة أصلا) (٣٤).

ونحن بدورنا نرجح إتجاه قانون الإثبات المصري الذي أتاح للمحكمة حرية الإنتقال إلى أدلة إثبات أخرى ومنها شهادة الشهود على عكس كل من المشرع العراقي واللبناني اللذين تطرفا بموقفهما إزاء تخلف المستجوب أو إنكاره أو عدم حضوره بدون عذر مقبول .

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد ، أن موقف الفقه الإسلامي واضح في هذه النقطة من خلال نص المادة (١٨٢٢) من مجلة الأحكام العدلية ، إذ اعتبرت الممتنع عن الأجابة منكرا فنصت المادة على أنه (إذا أصر المدعى عليه على سكوته عند لإستقهام كما ذكرنا أنفا و لم يقل لا أو نعم يغذ سكوته إنكارا و كذلك لو أجاب بقوله لا أو و لا أنكر ، يعد جوابه هذا أنكارا أيضا، وطلب البيئة من المدعي في صورتين كما ذكرنا أنفا) وبهذا نلاحظ أنه لم ترتب المادة على امتناعهم عن الاجابة دليلا أو قرينه على صحة الوقائع المراد استجوابهم عنها .

(٣١) المادة (٧٤) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩)

(٣٢) المادة (١١٣) من قانون الإثبات في الواد المدنية والتجارية المصري رقم (٢٠) لسنة (١٩٦٨) المعدل

(٣٣) المادة (٢٣٢) من قانون اصول المحاكمات اللبناني رقم (٩٠) لسنة (١٩٨٣) المعدل

(٣٤) المادة (٢٣٢) من قانون اصول المحاكمات اللبناني رقم (٩٠) لسنة (١٩٨٣) المعدل

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على رسول الله الكريم، وعلى اله وأصحابه الغر الميامين وبعد، فقد توصلنا من خلال البحث الى عدة استنتاجات نوضحها حسب التفصيل الآتي:

أولاً: النتائج:

في حالة عدم حضور الخصم المطلوب إستجوابه إلي المحكمة في الموعد المحدد دون عذر مشروع أو حضر وامتنع عن الإجابة وأدعي الجهل أو النسيان جاز للمحكمة أن تتخذ ذلك قرينة ضده علي خصمه الدعوي أو أن تقبل بشهادة الشهود .

أجاز القانون العراقي إستجواب الصغير المميز في الأمور المأذون فيها كما أجاز إستجواب الأشخاص المعنوية كدوائر الدولة والمؤسسات والشركات عن طريق مديرها والمفوض أو من يمثلها قانوناً بحسب الحوال

بالرغم أن القانون أجاز لأطراف الدعوي توكيل من يمثلهم من كان ميت أو غير كانت وحسب نوع الدعوي ومنح الوكيل للموكل صلاحيات عامة وخاصة والتي تستوجب تفويض خاصا والتي أشار لها القانون في المادة (٥٢) مرافعات مدنية عراقي فالإقرار والتنازل والصلح وتوجيه المين وردها إلا أن هذه الموانع والمحكمة أو أطراف الدعوي من طلب الإستجواب إذا كانت منتجا.

إن هذا الإجراء القضائي أتضحت مدى أهميته باعتباره وسيلة للإثبات و للحصول على الإقرار من الخصم غالبا ليكون دليلا مطلقا في الإثبات القضائي ليتمكن القاضي من التوصل الى حقيقة النزاع.

أن الاستجواب لم تتعرف عليه القوانين الوضعية ، بل هو إجراء قديم معروف منذ العصور القديمة ، كما اتضح أن هناك من الأدلة الواردة في الفقه الإسلامي عموما على مشروعية العمل بالإستجواب ، بالرغم من أن نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي لم تتضمن قواعد منضبطة للإستجواب .

هناك تفاوت بين أحكام القوانين الوضعية المقارنه عموما ، وبالأخص في الجزاء الذي رتبته على التخلف عن حضور الإستجواب بدون عذر مقبول ، والا إن اتجاه قانون الإثبات المصري في جعل الجزاء المدني حدا وسطيا يتناسب مع الفعل جدير بالاتباع

دور النصوص الجنائية في تجريم ظاهرة المخدرات في العراق

م. شذى فلاح حسن

كلية الأمام الكاظم "ع" للعلوم الإسلامية الجامعة - قسم القانون

المخلص

يُعد العراق قبل عام ٢٠٠٣م من انظف الدول في منطقة الشرق الاوسط وفقاً للتقرير الذي أعدته الامم المتحدة في تلك السنين بأنه البلد الوحيد في المنطقة الخالي من تعاطي المخدرات، او زراعتها، او الترويج لها ولأسباب عدة اهمها، القوانين الصارمة في مسائل تعاطي المخدرات، الا ان المشكلة التي تكمن في ذلك تلك السنين التي اعقبت سقوط النظام السابق تارة، وانفلات الواقع الامني وفتح الحدود امام العالم ودخول العراق تحت الاحتلال الامريكي تارة اخرى ساعدت على انتشار ظاهرة المخدرات، فضلاً عن الجماعات الارهابية الذي ساهمت بشكل كبير في ادخال وزراعة النباتات المخدرة بعيداً عن رقابة الدولة فضلاً عن مخدرات المهربة من الخارج الذي اصبح البلد ممراً ومستهلكاً لها.

بسبب تقادم ظاهرة المخدرات ونظراً لخطورة هذا الظاهرة في المستقبل على الأجيال المتعاقبة وجهت السلطات بمختلف مؤسساتها بتشديد العقوبات على الأشخاص المتاجرون بها، من خلال سن تشريعات عقابية، وابرام الاتفاقات الإقليمية والدولية التي من شأنها ان تتحكم في انتاج المواد المخدرة، وتنظيم استخدامها، ومنع سوء استعمالها، والاتجار غير المشروع بها .

Abstract

Before 2003, Iraq is considered one of the cleanest countries in the Middle East region and according to the report prepared by the United Nations in those years that it is the only country in the region that is free from drug use, cultivation or promotion, and for several reasons, the most important of them.

The laws are very strict in those years in matters of drug use, but Iraq in the years following the fall of the previous regime and under the impact of security chaos and opening borders to the world and entering Iraq under the American occupation and for the aforementioned reasons and other reasons helped the spread of the drug phenomenon as well as the terrorist groups who contributed In a very big way in the introduction and cultivation of narcotic plants and out of state control, in addition to drugs smuggled from abroad, Iraq has become a passageway and a consumer of it.

As a result of this, governments and institutions of all kinds directed their attention to the people who trade in them. The penalties were strengthened time and time again and did not stop at this point, but they were responsible for the police and the judiciary, as well as the establishment of a specialized anti-drug agency similar to the anti-terrorism apparatus and for the seriousness of this phenomenon in future societies. All efforts must be taken to limit the spread of this threat, which now threatens the entire world. This is done by establishing many organizations and concluding agreements that can control the production of narcotic drugs, regulating their use and preventing their misuse and illicit trafficking.

المقدمة

وفقاً لأحدث تقرير دولي حول المخدرات صدر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بمكافحة المخدرات والجريمة فإن أكثر من (٢٩) تسعة وعشرون مليون شخص في العالم يعانون من امراض، واضطرابات تتعلق بتعاطي المخدرات، فضلاً عن ألتهاب الكبد الوبائي التي تسبب أوبئة صحية خطيرة بألاف الأشخاص في العالم مما يتعاطون المخدرات.

بعد إن كان العراق يُعد من اقل دول المنطقة في انتشار المخدرات إلا إنه ووفقاً للتقارير الدولية التي صدرت عن المكتب المذكور فإن العراق نتيجة الحروب وضعف الجانب الأمني قد تحول إلى معبر لتهرب المخدرات من مناطق اواسط اسيا نحو دول الخليج، فضلاً عنه اصبح مرتعاً لعصابات تجارة المخدرات لترويج بضاعتهم لدى كل فئات المجتمع.

أهمية البحث:

نظراً لعد جريمة الأتجار بالمخدرات من أبرز المشكلات التي واجهت المجتمعات على المستوى الدولي، أو الأقليمي، وكذلك الوطني وانتشارها وتداولها بين الفئات الشابة، وطلبة الكليات، وتأثيرها الصحي السلبي، وكذلك الأجماعي فلا بد من معالجتها جنائياً من خلال سن تشريعات عقابية وطنية وابرام الأتفاقات الدولية لمكافحة هذه الظاهرة.

مشكلة البحث:

عدم الحصول الباحث على احصائية بتعاطي المخدرات فضلاً عن قلة الأحكام القضائية التي تجرم هذه الجريمة.

منهجية البحث:

على الرغم من قلة المراجع والأحكام القضائية والأحصائيات الرسمية التي تتعلق بجرائم الأتجار بالمخدرات، إلا إنني وبمشيئة الله استطعت ان اضع دراسة يهتدي بها كل باحث في استكمال البناء العلمي لهذا الموضوع، فقد قمت باعداد دراسة تحليلية مقارنة ما بين احكام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م، وما بين أحكام قانون مكافحة المخدرات المصري رقم (١٨٢) لسنة ١٩٦٠م في مبحثين: سبقها تمهيد، حيث خصصنا في المبحث الأول: (اركان جريمة المخدرات)، وقد قسمناه إلى مطلبين: تطرقنا في المطلب الأول: (الركن المادي)، في حين تطرقنا في المطلب الثاني: (الركن المعنوي).

وأما المبحث الثاني فقد خصصنا فيه (موقف المشرع العراقي من جريمة المخدرات)، الذي قسمنا إلى مطلبين: إذ تطرقنا في المطلب الأول: (عقوبة جريمة المخدرات في التشريع العراقي)، وتطرقنا في المطلب الثاني: (الجهة المختصة بالرقابة على جريمة المخدرات).

التمهيد

تباين الفقهاء في بيان تعريف جريمة المخدرات واختلف وجهات نظرهم بأختلاف الزاوية التي ينظر إليها، وعليه سنورد البعض من التعاريف اللغوية، والأصطلاحية، والقانونية.

حيث عرفت لغويًا بأنه: (الفتور والكسل الذي يعتري شارب الخمر ابتداءً للسكر أو إنها الحالة التي يتسبب عنها الفتور والكسل والسكر الذي يعتري تعاطي المخدرات كما إنها تعطل الجسم عن وظائفه وتعطل الأحساس والشعور)^(١).

وكذلك عرفت بإنها: (كل مادة ينتج عن تعاطيها فقدان جزئي أو كلي للإدراك بصفة مؤقتة وتحدث فتورًا في الجسم وتجعل الإنسان في خيال وأوهام خلال فترة وقوعه تحت تأثير المخدر)^(٢).

في حين عرفها البعض بإنها: (المواد التي تسبب الأدمان وتسمم الجهاز العصبي ويحظر تداولها أو زراعتها أو صنعها لأغراض يحددها القانون، ولا تستعمل إلا بوساطة من يرخص له بذلك وتشمل الأفيون ومشتقاته والحشيش وعقاقير الهلوسة الكوكائين والمنشطات)^(٣).

وعرفها البعض الآخر بأنه: ((نوع من السموم وإن صح قليلاً منها فيه شفاءً للناس فإن الأدمان عليه ينجم عنه ابلغ الضرر، وليس فقط لمن يتعاطاها وإنما ايضاً لعائلته وولمجتمع))^(٤).

وأما تعريف المخدرات وفقاً لأحكام القانون بإنها: (المخدر هو كل مادة طبيعية أو تركيبية أو المواد المردرجة في الجداول الملحق بالقانون)^(٥).

(١) ابن منظور، لسان العرب، مجلد الرابع، ص ٢٣٠.

(٢) محمد صالح محمود، مسؤولية القضاء والمجتمع في مكافحة جرائم المخدرات، بغداد، ٢٠١٨، ص ٢٠.

(٣) د. محمد مرعي صعب، جرائم المخدرات، منشورات زين، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٦٢.

(٤) د. سمير عبد الغني، مبادئ مكافحة المخدرات، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ١٤.

(٥) المادة (١/أولاً) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية لعراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧، المنشور في جريدة الوقائع العراقية الصادرة بالعدد (٤٤٤٦) في ٨/٥/٢٠١٧م.

المبحث الاول

اركان الجريمة

اختلف فقهاء القانون الجنائي حول اركان جريمة المخدرات، اذ اتجه البعض منهم إلى إن اركان جريمة المخدرات ثلاثة^(٦)، بينما اتجه البعض الاخر إلى ان لهذه الجريمة ركنان فقط، وفضلاً عن الركن المادي والمعنوي لهذه الجريمة سنحاول بيان الركن الشرعي.

ولبيان ذلك ارتأينا تقسيم مبحثنا هذا إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الركن المادي

يتألف الركن المادي لاي جريمة من ثلاثة عناصر هي: السلوك الاجرامي، النتيجة الاجرامية، العلاقة السببية التي تربط السلوك بالنتيجة، ولكن قد يكتفي القانون في تحديده للواقعة الاجرامية بالسلوك ويجرمه بصرف النظر عن النتيجة المترتبة عن هذا السلوك^(٧)، (وهذا النوع من الجرائم يطلق عليها جرائم السلوك المجرد، التي تُعد جرائم المخدرات من احد جرائم السلوك المجرد، إذ يكتفي القانون فيها بأن يرتب على السلوك الحق او المصلحة المحمية دون اشتراط الخطر الفعلي)^(٨).

يتمثل السلوك في جرائم المخدرات في التشريع العراقي بالانتاج، او استحداث مادة مخدرة، او جلب، او تصدير، او حيازة، او احراز، او شراء وسنتناول هذه الصور باربعة فروع.

الفرع الاول: التهريب (الأستيراد والتصدير)

تتضمن جريمة التهريب بأستيراد المخدرات أو تصديرها، ويقصد بالأستيراد هو ادخال المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية إلى جمهورية العراق^(٩). وقد حصر المشرع العراقي استيراد المواد والمتاجرة بها بوزارة الصحة استناداً إلى نص (٨/ أولاً) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة

(٦) اختلف الفقهاء في تحديد الركن الثالث لأركان جريمة المخدرات إذ ذهب اتجاهها في الفقه إلى القول بإن اركان الجريمة هي الركن المادي والمعنوي والشرعي ويتمثل الركن الأخير بالصفة غير المشروعة ويتحقق بتوافر عنصرين: الأول هو سريان النصوص الجنائية على الواقعة الاجرامية والعنصر الثاني عدم توافر سبب من اسباب الأباحة أما المخدر فهو ليس ركنًا من أركان الجريمة وإنما هو عنصر من عناصر الواقعة الاجرامية، فهذه العناصر لا توقف عن السلوك والنتيجة والعلاقة السببية بل يدخل فيها جميع العناصر القانونية الأخرى اللازمة كي تأخذ الواقعة إطارها القانوني ومن ثم فإن عنصر المخدر يكون في اطار الركن المادي، إما الاتجاه الغالب في الفقه الجنائي الحديث يغدون المخدر ركنًا مستقلًا خاصة بدونه لا تكون جريمة المخدرات. (للمزيد من التفاصيل. أنظر د. حسن صادق المصرفاوي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٨٠٣، د. موفق حماد عبد، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، السنهوري، لبنان، ٢٠١٩، ص ١١٤، ود. عدنان محمود الغريبي، المخدرات والسموم والمسكرات مال عمال وموت نازل، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٩، ص ٤٠).

(٧) يراد بالسلوك بانه: النشاط المادي الخارجي المكون للجريمة. (للمزيد من التفاصيل أنظر د. علي حسين خلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص ١٣٩).

(٨) زايد عمر العارضي، جرائم المخدرات، رسالة ماجستير في العدالة الاجتماعية، جامعة بن نايف، الرياض، ٢٠٠٢، ص ١١٣.

(٩) المادة (١/ خامسًا) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٤٦ / ايار / ٢٠١٧م.

٢٠١٧م حيث نصت على إنها: (أولاً: يكون استيراد المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية و تصديرها ونقلها بإجازة أو بموافقة من وزير الصحة. ثانياً: تمنح الإجازة لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد وينتهي العمل بها في ٣١ / كانون الأول من كل سنة. ثالثاً: يراعى في منح الإجازة حدود الكمية من المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو السلائف الكيميائية التي وافقت عليها الهيئة الوطنية العليا لشؤون المخدرات والمؤثرات العقلية على استيرادها أو تصديرها أو نقلها في السنة التي تمنح فيها هذه الإجازة).

أما التصدير فقد عرفها المشرع بإنها: (إخراج أو نقل المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية من جمهورية العراق إلى دول أخرى أو بطريق المرور (الترانزيت) ويشمل تعبير التصدير إعادة التصدير إلا اذا دلت قرينة على خلاف ذلك)^(١٠).

ومن خلال ما تقدم تبين إن استيراد المواد المخدرة تتم بإجازة من قبل وزير الصحة أو بموافقته عن طريق المؤسسة الصحية، وفي هذا الجانب رب سائل يسأل هل من الممكن إن يلجأ المهربين إلى الاساليب القانونية لادخال المخدر إلى الدولة؟

وللإجابة عن هذا التساؤل، يمكن القول ان بعض المهربين قد يلجأ إلى الاساليب القانونية لادخال المواد المخدرة إلى الوطن عن طريق استيراد بناء على استخراج رخصة استيراد المواد المشروعة (مواد غذائية، ملابس، الخ) يخفي بداخلها المواد المخدرة، وان لم يكن للجاني اي صلة باستيراده من الخارج فضلاً عن نقل المواد المخدرة من مستودعات المنطقة الحرة عبر الخط الكمركي إلى داخل الوطن دون ان يستوردها^(١١).

وتعد الجريمة قائمة بمجرد تجاوز المادة المخدرة حدود الدولة إلى الخارج فإن ضبطت تلك المواد قبل ذلك تغيير الوصف القانوني لها واصبحت جريمة تامة بفعل الحيازة والأحراز، ورب سائل يسأل في هذا الجانب في حال إذا تعلق الأمر بمرور المواد المخدرة (ترانزيت) عبر البلد إلى بلد آخر اي إن هذا المخدر لم يتم بيعه، أو عرضه، أو تداوله داخل اقليم الدولة العراقي يشكل جريمة؟

وللأجابة عن هذا التساؤل، إن هذا الفعل يشكل جريمة وذلك لإن الجريمة تقع بمجرد دخول المادة المخدرة إلى داخل اقليم الدولة لأن نية المشرع في تجريم مثل هذه الأمور إلى بسط سلط الدولة القضائية على عملية التجارة بغية القضاء على انتشارها^(١٢)، (كما إن الأستيراد والتصدير يقعان مهما كان مقدار المادة المستوردة، أو المصدرة ضئيلة، فسواء حمل الجاني معه لدى دخوله، أو خروجه منها قطعة مخدرة صغيرة، أو كمية كبيرة، فجرمه في القانون لا يختلف، فالجريمة واقعة مجرد دخولها اراضي الوطن، نتيجة تحقق جريمة الأستيراد)^(١٣).

(١٠) المادة (١/ سادساً) من القانون نفسه.

(١١) بعد اللقاء باحد اعضاء الأجهزة الأمنية المختصة بمكافحة المخدرات في العراق بين تلك المعلومات ولحساسية هذا الموضوع تم رفض ذكر اسمه.

(١٢) المادة (١/ سادساً) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(١٣) بوروي شرف الدين، جريمة تعاطي وترويج المخدرات في التشريع الجزائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، ٢٠١٤م، ص ٣٦.

الفرع الثاني: الانتاج او التصنيع

عرف القانون الانتاج بأنه: (فصل المواد المخدرة او المؤثرات العقلية والسلائف الكيمياوية عن اصلها النباتي)^(١٤).

ومن الجدير بالذكر إن المشرع العراقي وحرصاً منه على معالجة جميع حالات انتاج المواد المخدرة، فقد اتجه إلى تجريم زراعة اي من النباتات المخدرة حيث نصت المادة (١/ ثامناً) على إنه: (تمنع زراعة نبات القنب ونبات خشخاش الافيون وجنبه الكوكا وانبات القاب في العراق).

ولا يقتصر مفهوم فعل الزراعة على زراعة البذور المخدرة، او غرس شتلات هذا النبات في الارض وانما يمتد الفعل إلى كل مايتخذ من اعمال الزراعة وتقع الجريمة بمجرد وقوع فعل الزراعة سواء نبت الزرع ام لم ينبت وسواء اخضرت ام ماتت وسواء تتحقق انتاج المخدر ان لم يتحقق، كما إنه لا يهيم اتلاف النباتات المزروعة لقيام الجريمة بل تعد الجريمة تامة وقائمة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حيثيات القرار: (بان زراعة تلك النباتات مؤثمة في أي طور من أطوار نموها سواء تحقق للجاني حصاد محصولاً من النباتات المخدرة أم لا ومن ثم فلا محل للبحث في مدى احتواء النبات المخدر على مادته الفعالة)^(١٥).

أما التصنيع فيعرف بأنه: (جميع العمليات التي يحصل بها على المخدرات أو المؤثرات العقلية والسلائف الكيمائية ويشمل ذلك التنقية وتحويل المخدرات أو المؤثرات العقلية من شكل إلى اخر وتمثل عملية التحويل تحويلاً لأصل المادة في شكلها الأول وصنع لها في شكلها الثاني)^(١٦).

ومن التعريف اعلاه يتضح إن المشرع العراقي قد اعطى تعريفاً واسعاً للصنع بحيث يشمل مفهوم الأستخراج، أو الفصل، وكان الأولى بالمشرع إن يفرد تعاريف دقيقة للإستخراج والفصل كما فرد المشرع المصري الذي كان اكثر توفيقاً بقيامه بحصر احكام الأنتاج في فصل خاص^(١٧).

الفرع الثالث: الحيازة والأحراز

إن مصطلح الحيازة في القانون المدني يختلف عن قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية إذ عرف هذا المصطلح في القانون المدني العراقي بأنه: (وضع مادي يسيطر عليه الشخص بنفسه أو بوساطة غيره على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل حقاً من حقوقه)^(١٨). في حين عرف في القانون المدني المصري بأنه: (وضع اليد على شيء وضعاً مادياً مقروناً بنية التملك)^(١٩).

وأما مفهومها في قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي النافذ على

(١٤) المادة (١/ تاسعاً) من القانون نفسه.

(١٥) د. سمير محمد عبد الغني، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(١٦) المادة (١/ ثامناً) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(١٧) المادة (١) من قانون مكافحة المخدرات المصري رقم (١٨٢) لسنة ١٩٦٠ المعدل.

(١٨) المادة (١١٤٥) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

(١٩) المادة (٩٤٩) من قانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

إنه: (وضع اليد على المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية بأي صفة كانت ولأي غرض)^(٢٠).

ويتضح من خلال ما ورد من التعاريف اعلاه إن القانون المدني تصدى للحيازة بقصد تحديد اثارها وتقرير حمايتها في حين إن قانون المخدرات العراقي النافذ يبحث حيازة تلك المخدرات لتجريمها والعقاب عليها لذي منح القانون الجنائي لحيازة المخدرات مدلولاً أعم من الحيازة في القانون المدني^(٢١).

وفي ذلك تناولت محكمة النقض المصرية مفهوم الحيازة وورد في حيثيات القرار بإنه: (وضع اليد على جوهر المخدر على سبيل الملك والأختصاص ولا يشترط فيها الأستيلاء المادي بل يشترط فيها الشخص حائزاً ولو كان المحرز شخصاً آخر نائباً عنه، أما الأحرار فمعناها مجرد الأستيلاء مادياً على الجوهر المخدر لأي باعث كان كحفظه على ذمة صاحبه أو نقله للجهة التي يريدها أو تسليمه لمن اراد أو اخفائه عن أعين الرقباء أو السعي في اتلافه حتى لا يضبط إلى غير ذلك من البواعث)^(٢٢).

ومن خلال قراءة القرار اعلاه نجد إن المحكمة وسعت من تعريف لفظ الحيازة واطلقتها على صورة ليس في الحيازة من شيء وهي صورة المالك غير الحائز وفي ذلك قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر بإنه: (إذا اقتنعت المحكمة بإنه احراز المادة المخدرة كان لحساب لشخص غير من وجدت عنده هذه المادة لما قام لديها من الأدلة على هذا الغير هو الذي يشتغل في الأتجار بالمخدرات، وإ من وجدت عنده هذه المادة إنما هو خادم يعمل لحسابه كان لها إن تقضي بالعقوبة على هذا الشخص لحيازته تلك المخدرات وعلى الخادم بأعتباره محرراً)^(٢٣).

وبخلاف ذلك فقد ذهب محكمة جنايات السلمانية بإنه: (المخدرات ضبطت بحوزة المتهمين كل من «س، ع» واعترف الأول بإنه يتعاطى المخدرات وإن الأطباء وصفوا له تلك المادة لوجود آلام قوية لديه، أما المتهم الآخر الذي ضبط بحوزته (٣/٢) غم من (الترياك) بإنه يتعاطى تلك المادة وإنه اشتراها لوالده الذي يتعاطى المخدرات وذهبت المحكمة إلى ادانة المتهم الأول والأفراج عن المتهم الثاني)^(٢٤).

الفرع الرابع: التعاطي غير المشروع

إن المشرع العراقي لم يتناول مفهوم التعاطي، إلا إنه يمكن تعريفه بإنه: (إدخال المادة إلى جسم الإنسان بأي طريقة كانت سواء بصفة معتادة أو بصفة عرضية سواء تم بالفم أو بالأنف أو الحقن إذ يُعد مستهلكاً له)^(٢٥).

تختلف طريقة تعاطي المخدرات من مادة إلى أخرى تبعاً للشكل الذي يكون عليه

(٢٠) المادة (١/ سابقاً) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(٢١) موفق حماد عبد، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٢٢) قرار محكمة النقض المصري الصادر بالعدد ٣٦١ بتاريخ ١٩٣٤/٢/٢٩، نقلاً عن خلف محمد، قضاء المخدرات، الجزء الأول، الطبعة الثامنة، مركز القومي للأصدارات القانونية، القاهرة، با سنة، ص ١٧٦.

(٢٣) المصدر نفسه، ص ١٧٨.

(٢٤) قرار محكمة جنايات السلمانية الصادر بالعدد (٧٩٨/ ج/ ٢٠٠٩) قرار غير منشور.

(٢٥) د.مصطفى الشاذلي، جريمة والعقاب في قانون المخدرات، مكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ص ٢٢٤.

المخدر إذ يكون على شكل (حبوب أو كبسولات أو مسحوق أو محلول سائل أو قطع صغيرة على شكل أوراق أو سجائر)، ومن ابرز طرق التعاطي الآتي^(٢٦):

- الشم. من ابرز المواد المخدرة (على شكل مسحوق بودرة) الذي يتم تعاطيها في هذه الطريقة (الهيرويين والكوكائين)، وتعد هذه الطريقة من أخطر الطرق وتأثيرها على المخ.
- البلع، تستخدم هذه الطريقة إذا كانت المادة المخدرة على شكل حبوب، أو كبسولات وهي تعد من أكثر الطرق شيوعاً وحيث تستخدم في بلع حبوب (الكبتاجون واليسكونال وغيرها).
- الحقن، تستخدم في حال إذا كانت المادة المخدرة على شكل محلول سائل (كالمورفين والهيرويين والكوكائين).
- التدخين، وذلك بأن تكون المادة المخدرة على شكل فتات وتوضع على شكل سجائر بعد خلطها بالتبغ، أو بوساطة (الغليون، أو الأركيلة).
- الأستحلاب، تستخدم هذه الطريقة إذا كانت المادة المخدرة على شكل أوراق كـ (أوراق القات والكوكا) فإنه يتم وضع الاوراق في الفم واستحلابها.
- الشرب، تستخدم هذه الطريقة بعد خلطها بالماء، أو مباشرةً مثل الأفيون.
- الأكل، تستخدم إذا كانت المادة المخدرة كالحشيش وغيره بعد خلطها بالمأكولات، فهذه الطريقة وسابقتها ينذر استخدامها.

إن التعاطي يقصد بها التعاطي والأستعمال الشخصي وفقاً للقانون وهذا بالضرورة يتطلب فعل حيازة المخدرات، أو شراء، أو احرارز لا يقصد الأتجار بها وإنما، ومعيار ذلك كمية المواد المخدرة المضبوطة بأن تكون كمية ضئيلة وإن تكون مخصصة للأستهلاك، وبطبيعة الحال فإن التقدير النهائي لتكليف الجريمة يعود لمحكمة الموضوع مع الأخذ بعين الأعتبار بظروف كل قضية وظروف الشخصية لكل متهم^(٢٧).

المطلب الثاني: الركن المعنوي

إذا كان الركن المادي هو جسد الجريمة فإن الركن المعنوي روحها ولا توجد جريمة بغير هذا الركن، والركن المعنوي قوامه الاصول النفسية لماديات الجريمة اي تحقق رابطة نفسية بين الفاعل وماديات الجريمة فالفعل المادي المجرى لا يعترف به القانون الا اذا وقفت خلفه ارادة انسانية مكونة للجريمة عالمة بحقيقته ونتائجه او باي نتيجة تترتب عليه^(٢٨)، فالركن المعنوي للجريمة هو علاقة تربط بين ماديان الجريمة وشخصية الجاني وهذه العلاقة هي محل المسؤولية امام القانون وتمثل سيطرة الجاني على الفعل واثاره وجوهرها الارادة^(٢٩)، ولكن دور الارادة ليس واحدا بالنسبة لهذه الماديات فهو اكبر في القصد منه في الخطأ ففي القصد يريد الفاعل الفعل ويريد النتيجة أما في صورة الخطأ

(٢٦) زايد عمر العارضي، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٢٧) صدام علي هادي، جريمة المخدرات، مجلة التقني، مجلد الثلاثون، العدد (٥) سنة ٢٠١٧.

(٢٨) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٤ - ص ٣٨٩.

(٢٩) محمد صالح محمود - المصدر السابق ص ٥٨.

غير المقصود فإن الفاعل يريد الفعل دون النتيجة^(٣٠).

ان جرائم المخدرات والمؤثرات الفعلية في التشريع العراقي مختلفة فبعضها ولاسيما جنحها يكفي لقيامها تحقق القصد العام ام الجنايات منها فالاصل لابد من تحقق القصد الخاص لقيام الجريمة

الفرع الاول: القصد العام

إن القصد العام في جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية هو القصد الجرمي الذي يشترط فيه إن يكون الجاني قد اراد العمل المادي المكون لجريمة السلوك الأجرامي الذي اتاه، كما و اراد النتيجة الجرمية التي حصلت منه، أو اي نتيجة جرمية أخرى.

ولبيان مفهوم هذا القصد فقد عرفه المشرع العراقي بإنه: ((توجيه الفاعل ارادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت او اي نتيجة جرمية اخرى))^(٣١).

ونظراً لذلك فقد بين فقهاء القانون مفهوم هذا القصد إذ تعددت تعريفاتهم ففي الفقه العراقي عرف بإنه: (ان تنصرف ارادة الجاني إلى سلوك الاجرامي او إلى ما يترتب من نتيجة جرمية)^(٣٢).

وعرف الفقه المصري القصد الجرمي بإنه: (توجيه الفاعل ارادته إلى تحقيق النتيجة الجرمية التي يقرر القانون من اجلها العقوبة)^(٣٣).

والقصد الجنائي قوامه العلم والإرادة: ففيما يخص العلم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة لتحقيق هذه العناصر، وإذا كان المشرع قد اكتفى بإيراد مصطلح الإرادة دون العلم فمرد ذلك إن الإرادة تفترض العلم إذ هو مقدمة ضرورية لوجود إرادة واعية تحيط بما تريد فالقصد الجرمي يقتضي إن تتجه الإرادة إلى الفعل وإن تحيط بالنتيجة التي تترتب على الفعل، أما العلم فليس مطلوباً لذاته وإنما بوصفه مرحلة لتكوين الإرادة وشرطاً أساسياً لتصوراته^(٣٤)، والعلم الذي يتطلبه القانون لتحقيق القصد الجرمي في جرائم المخدرات المؤثرات الفعلية هو العلم بحقيقة المادة المخدرة كونها من المواد المدرجة في الجداول الملحقة بقانون المخدرات وهذا ما قضت به المحكمة المصرية في قراراتها^(٣٥).

وأما فيما يخص الإرادة فهي المقوم الثاني بعد العلم لقيام القصد الجنائي: وهي عبارة عن القوة الكامنة في النفس التي تعمل على توجيه اعضاء الجسم بغية تحقيق

(٣٠) د موفق حماد عبد -المصدر السابق -١٧.

(٣١) المادة (٣٣) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل

(٣٢) د.علي حسين خلف و د سلطان عبد القادر المبادئ العامة في قانون العقوبات -مرجع سابق ص٣٣٨.

(٣٣) د.حسين صادق المرزاوي، شرح قانون العقوبات الخاص، مشاه المعارف الاسكندرية ١٩٨٧، ص ١٦٢.

(٣٤) د. موفق حماد عبد المصدر السابق ص١٧٩.

(٣٥) قضت محكمة النقض المصرية (لما كان القصد الجنائي في جريمة الاحراز مواد مخدرة يتحقق بعلم المحرز بان ما يحزره هو من المواد المخدرة وكانت المحكمة غير مكلفة بالتحدث استقلاً عن هذا الركن إذا كان ما اوردته في حكمها كافياً في الدلالة على علم المتهم بان ما يحزره مخدر وإذا كان البين في محضر جلسة المحكمة ان الطاعنة لم تدفع بانتفاء هذا العلم وكان ما اورده الحكم المطعون فيه في مدوناته كافياً في الدلالة على حيازه واحراز الطاعنة لجوهر الهيروين المضبوط وعلى علمها بكنهه فإن ما تنعاه على الحكم من قصور في هذا الصدد يكون غير قويم) الطعن رقم ١٩٨٤ لسنة ٦٥ ق، جلسة ١٩٩٧/١٠/١٩م، نقلاً عن د موفق حمادة عبد، المصدر السابق، ص ١٩٠.

غرض غير مشروع^(٣٦).

الفرع الثاني: القصد الجنائي الخاص

يشترط لتحقيق القصد الجنائي الخاص توافر ثلاث عناصر: (العلم، الإرادة، الغاية) أي توافر عنصري القصد الجنائي العام (العلم، الإرادة) فإذا كان القصد الأخير يقف عند إرادة الجاني للفعل الاجرامي، ونتيجته مع العلم بها فإن القصد الجاني الخاص يذهب إلى نقط ابعده من ذلك من خلال تحقيق الجاني غاية معينة هي التي ينص عليها القانون فالقصد الخاص يمتاز بأنه يترتب على توافره تحقيق غاية اضافية على النتيجة المادية للفعل الاجرامي^(٣٧).

حيث كشفت بعض الاجهزة الامنية ارتباط مجموعة من التجار بمصدر مرتبط باجهزة مخابراتية خارجية على المستوى المحلي، أو الاقليمي في العراق والغاية منه هو اشغال المجتمع وابعادهم عن حياتهم الطبيعية لغرض الهيمنة والسيطرة على هذه المجتمعات وتميرير مخططاتهم واشغال الدولة بمشاكل مجتمعية وابعادهم عن الوضع الاقليمي العام، وما يدور في المنطقة حتى تكتسب هذه الدول الحرية بتحريك، وتنفيذ مخططاتها باكثر انسيابية، وكذلك لوحظ انتشار هذه الحبوب المخدرة بكافة انواعها في المنطقة المسلمة وبالاخص في المحافظات الجنوبية التي تُعد هذه المحافظات من المحافظات المتصدية للمشاريع الاستكبارية في المنطقة، ومن ثم المستوى الاقليمي، وتُعد ظاهرة تعاطي المخدرات أحد وسائل السيطرة على شعوب المنطقة، اما الغرض الاخر هو غرض اقتصادي والدليل على ذلك ان سعر المخدرات داخل البلد مقارنة بالدول الاخرى زهيدة جدًا^(٣٨).

ويمكن القول ان جرائم المخدرات والمؤثرات الفعلية في قانون المخدرات العراقي بحسب القصد منها طائفتان: ففيما يخص الطائفة الأولى هي تلك التي يكتفي لقيامها بتحقيق قصد العام لاسيما جناح المخدرات وبعض جنائيات المخدرات والمؤثرات الفعلية^(٣٩)، واما فيما يخص الطائفة الاخرى فهي من الجرائم التي لا يكتفي لتوافر القصد العام بل لابد من تحقق القصد الخاص كجرائم الاتجار بالمواد المخدرات إذ شدد المشرع العقوبة في هذه الحالة بان تتجه إرادة الجاني إلى الاتجار في المادة المخدرة وبأي صورة حصل عليها من صور الركن المادي المذكورة سلفًا^(٤٠).

وقد خفف المشرع العراقي العقوبة اذا توافر قصد خاص وهو قصد التعاطي، أو الاستعمال الشخصي ولقد جاء في حيثيات قرار محكمة التمييز الأتي:

(٣٦) ان قوام الادارة عنصران هما الادراك وحرية الاختيار ويراد بالاولى قدرة الانسان على توجيه نفسه على عمل معين او الامتناع عنه وهذه القدرة اذ تتوفر لدى شخص الا اذا انعدمت المؤثرات التي تعمل في ارادته ونفرض عليه اتباع وحجة خاص ويراد بالاخرى استعداد الشخص او قدرته على فهم ماهية افعاله وتقدير نتائجها. (دعلي حسين خلف، د. سلطان عبد القادر)، مصدر السابق ص ١٤٩.

(٣٧) د محمود نجيب حسين - المصدر السابق ص ٤٢٦.

(٣٨) بعد اللقاء باحد اعضاء الأجهزة الأمنية المختصة بمكافحة المخدرات في العراق بين تلك المعلومات ولحساسية هذا الموضوع تم رفض ذكر اسمه.

(٣٩) المادة (٢٨) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(٤٠) المادة (٢٧-اولا) من القانون نفسها.

((إن محكمة الجنايات اخطأت في التكييف القانوني للجريمة ووصفها وفق المادة «الرابعة عشر اولاً - ب- ٣» من قانون المخدرات رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٦ المعدل ذلك ان الثابت من وقائع الدعوى المستخلصة من ادلتها بان فعل المتهم يشكل جريمة تنطبق واحكام المادة الرابعة عشر - ٢- من قانون المخدرات وتجرمه بموجبها وحيث ان العقوبة المفروضة بحق اصبحت متناسبة مع الوصف الجديد قرر تصديقها))^(٤١).

وكذلك ذهبت محكمة جنايات كركوك في الأتجاه ذاته في أحد قراراتها وإنه قد جاء فيه: (... بتاريخ ١١/١١/٢٠١١م وبناءً على معلومات المخبر السري قد تم التحري بدار المتهم « ه.ع» وتم ضبط كمية من الأفيون مقدارها «١٦,٥٠٠» ستة عشر الف وخمسمائة مل غرام.. دونت المحكمة افادة المتهم «ه.ع» واعترف بإنه طلب من احد الأشخاص إن يحضر له الأفيون من ... وبمبلغ قدره «خمسة وثلاثون الف دينار» وإنه تعاطى المخدر لأول مرة ... قررت المحكمة تجريم المتهم المذكور وفق احكام المادة الرابع عشر/ ثانيًا من قانون المخدرات رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٥م وتحديد عقوبته بمقتضاه)^(٤٢).

ومن خلال ما تقدم تبين إنه على محكمة الموضوع إن تبين في حكمها اعلاه قصد الجاني التعاطي، أو الاستعمال الشخصي، أو الاتجار ويستدل ذلك من ظروف القضية ووقائع الدعوى.

(٤١) قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد ٨٥١٩- الهيئة الجزائية - ٢٠١٤ في ١٧- ٧- ٢٠١٤ نقلا عن محمد صالح محمود - المصدر السابق ص ١٥.

(٤٢) قرار محكمة جنايات كركوك المركزية المرقم ٤٦٩/ ج/ ٢٠١١م في ١٩/ ٥/ ٢٠١١م، نقلاً عن محمد صالح محمود، مرجع سابق، ص ٦٧.

المبحث الثاني

موقف المشرع العراقي من جرائم المخدرات

لأهمية مكافحة ظاهرة المخدرات أورد المشرع العراقي نصوصاً بين مضامين القانون تتناول الجهة المسؤولة في تحديد ملف مكافحة هذه الظاهرة، وكذلك تضمن جداول تبين انواع المخدرات المرخصة من قبل وزارة الصحة، إذحصر مسؤولية ملف مكافحة المخدرات لثلاث جهات تنفيذية وهم كل من: (وزارة الصحة، مكتبة شؤون المخدرات التابع لوزارة الداخلية، وزارة الزراعة)، وأما فيما يخص الشق الآخر فهو الجداول المرفقة لأنواع المخدرات كأسلوب استمرار التحديث لقانون المخدرات العراقي، وبما إن العقوبات لا تكفي وحدها لمكافحة الجريمة بل يجب اتخاذ التدابير الوقائية تسبق ارتكاب الجرم وهذا ما ينطبق على جريمة تعاطي المخدرات. ولبيان ذلك ارتأينا تقسيم مبحثنا هذا إلى مطلبين:

المطلب الاول: عقوبة جرائم المخدرات

نظراً لعد جرائم المخدرات من جرائم الجنايات، فإن المشرع العراقي وكذلك المقارن حصر نوعين من العقوبات وهما العقوبات الاصلية والتكميلية، فضلاً عن التدابير الاحترازية التي يمكن للمحكمة ان تفرضها اذا ادعت الضرورة إلى ذلك .

الفرع الاول: العقوبات الاصلية

وهي الجزء الاساسي الذي نص عليه المشرع وقدره للجريمة، ويجب على القاضي ان يحكم به عند ثبوت ادانة المتهم، ولا يمكن تنفيذها على المحكوم عليه الا اذا نص عليها القاضي صراحة في حكمه ويمكن ان يقتصر عليها الحكم لإنها هي الجزء المفروض في القانون للجرائم ايأ كان نوعها وتحقيق الاغراض المتوخاة من العقاب، والعقوبات الاصلية التي قررها المشرع لجرائم المخدرات هي الاعدام والسجن. الاعدام: هو شنق المحكوم عليه حتى الموت^(٤٣).

إن المشرع العراقي وفي قانون المخدرات نص في المادة (٢٧) منه على عقوبة الاعدام لكل من تثبت ادانته باحدى الجرائم التي نص عليها القانون الاتي^(٤٤).
اولاً: استيراد او جلب او تصدير مواد مخدرة ومؤثرات عقلية او سلائف كيميائية بقصد المتاجرة بها .

ثانياً: انتاج او صنع مادة مخدرة او مؤثرات عقلية بقصد المتاجرة بها .

ثالثاً: زرع نبات ينتج مواد مخدرة او مؤثرات عقلية او استورد او جلب او اصدر نباتاً من هذه النباتات في اي طور من اطوار نموها بقصد المتاجرة بها او المتاجرة ببذورها.

ومن السوابق القضائية العراقية التي حكمت بأعدام المتهم باستيراد المواد المخدرة والمتاجرة بها.

(٤٣) المادة (٨٦) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
(٤٤) قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

لدى التدقيق والمداولة ومن خلال سير التحقيق الابتدائي والقضائي تبين للمحكمة إن المتهمين (ع. ش. ع)، و (ع. ع. ش) قاما باستيراد المواد المخدرة والمتاجرة بها وتم ضبطهما بكمية قدرها مائة وثلاثة وعشرون كيلو في منطقة السيدة قرب مطعم اكليل الجبل وبعد الأطلاع على الأدلة المتحصلة وجدت المحكمة بأن الأدلة كافية وقاطعة لتجريم (ع. ش. ع)، وغير كافية لتجريم المتهم (ع. ع. ش) لذا قررت المحكمة الأتي^(٤٥):

(تجريم المتهم (ع. ش. ع) وإعدامه شنقاً حتى الموت وفقاً أحكام المادة (٢٧/ أولاً) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٧م، وإلغاء التهمة بحق المتهم (ع. ش. ع)، لعدم كفاية الأدلة والأفراج عنه وإخلاء سبيله من التوقيف ما لم يكن مطلوباً عن قضية أخرى، وصدر القرار اصولياً قابلاً للتمييز والتمييز الوجوبي وافهم علناً)).

وقد اخذ بهذه العقوبة المشرع المصري وفقاً لأحكام المادة (٣٤، ٣٣) من قانون مكافحة المخدرات رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠م المعدل بقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩م. والجدير بالذكر ان المشرع العراقي قد اعطى سلطة تقديرية للقاضي في تخيير العقوبة بين الأعدام السجن المؤبد في حال اذا توافرت ظروف مخففة (وهذا الامر متروك تقديره لمحكمة الموضوع) .

اما في مصر فإن المشرع لم يمنح القاضي سلطة تقديرية بتخفيف العقوبة إلى السجن المؤبد في حالة اذا توافرت ظروف مخففة، وإنما إلى الاشغال الشاقة المؤبدة ، إذ نصت المادة (٣٨) من قانون مكافحة المخدرات رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ على إنه: (مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه كل من حاز أو أحرز أو اشتري أو سلم أو نقل أو زرع أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع جوهرًا مخدرًا أو نباتاً من النباتات الواردة في الجدول رقم (٥) وكان ذلك بغير قصد الاتجار أو التعاطي أو الاستعمال الشخصي وفي غير الأحوال المصرح بها قانوناً. وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه إذا كان الجوهر المخدر محل الجريمة من الكوكاكين أو الهيروين أو أى من المواد الواردة في القسم الأول من الجدول رقم(١)).

السجن: تُعد عقوبة السجن من العقوبات السالبة للحرية ويقصد بها: ((ايداع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض لمدة عشرين سنة ان كان مؤبداً والمدة المبينة في الحكم ان كان مؤقتاً))^(٤٦).

ان المشرع العراقي في متن قانون المخدرات قد نص على عقوبة السجن لكل من تثبت ادانته بأحدى الجرائم التي نص عليها والتي ذكرناها سلفاً، وكذلك عاقب المشرع العراقي جريمة التعاطي، والاستعمال الشخصي بعقوبة السجن المؤبد، أو بغرامة لا تقل

(٤٥) قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية/ المحكمة الجنائية المركزية/ الهيئة الثانية المرقم ٧٩٠/ ج٢/ ٢٠١٩م في ٢٨/٤/٢٠١٩م قرار غير منشور.

(٤٦) المادة ٨٧ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

عن (١٠,٠٠٠,٠٠٠) عشرة ملايين ولا تزيد عن (٣٠,٠٠٠,٠٠٠) ثلاثين مليون^(٤٧). ومن السوابق القضائية العراقية التي حكمت بالسجن لاستيراد المواد المخدرة والمتاجرة بها.

((قررت محكمة جنايات الرصافة/ الهيئة الثالثة بتاريخ ٢٠١٤/٤/٢م تجريم المتهم وفق احكام المادة (١٤/ اولاً/ب/ ٢) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية وذلك عن جريمة قيامه حيازة الحبوب المخدرة بقصد المتاجرة بها وحكمت عليه بالسجن مدة عشر سنوات استديلاً بالمادة (١٣٢/ ١) من قانون العقوبات مع احتساب مدة موقوفيته ومصادرة امواله المنقولة وغير المنقولة))^(٤٨).

وفي قرار آخر للقضاء العراقي الذي صدقت محكمة التمييز الاتحادية قرار محكمة جنايات القادسية بالعدد «١٢٧١/ ج/ ٢٠١٣» والذي يقضي ((... تجريم المتهم «ص س ع» وفق المادة ١٤/ ثانيًا من قانون المخدرات والحكم عليه بالحبس الشديد لمدة سنة وستة أشهر بدلالة المادة «١٣٢/ ٣» من قانون العقوبات كونه شاب في مقتبل العمر ولأعطائه فرصة لأصلاح ذاته وليعود عنصرًا نافعًا في المجتمع))^(٤٩).

واوضحت السلطة القضائية ان القرارات صدرت استناداً لاحكام المادة ١٣٢ من قانون العقوبات كونهم شباباً وفي مقتبل العمر وبغية اعطائهم الفرصة في اصلاح ذاتهم ويجوز للمحكمة ان تأمر بايداع المتعاطي بأحد المصحات أو الاماكن الصحية التي تخصصها وزارة الصحة ليعالج فيها بناءً على طلب من الادعاء العام أو المحكوم عليه أو من يمثله قانوناً، وان تفرج عنه قبل انقضاء المدة، اذ تبين شفاؤه بتقرير طبي صادر من لجنة طبية أو المكان الصحي الذي اودع فيه^(٥٠).

إن المشرع العراقي لم يكتفي بتوقيع جزاء بحق المتعاطي لهذه المادة وانما اورد نصوصاً لتجريم الفعل في قانون ادارة المرور العراقي رقم ٨٦ لسنة ٢٠٠٤م على جريمة قيادة المركبة تحت تأثير المخدر إذ نصت المادة (٣٥/ ثانيًا) على إنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن (٣) ثلاثة أشهر ولا تزيد على (١) سنة واحدة أو بغرامة لا تقل عن (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف دينار ولا تزيد على (٥٠٠٠٠٠) خمسمائة ألف دينار أو بكلتا العقوبتين كل من قاد مركبته تحت تأثير مسكر أو مخدر).

واما في مصر فإن المشرع المصري عاقب بالاشغال الشاقة المؤقتة من تثبت ادانته بآنتاج، او استخراج الجواهر، أو العقاقير المخدرة بقصد التعاطي، أو الاستعمال الشخصي^(٥١).

ومن الجدير بالاشارة ان عقوبة الاعدام أو السجن مقررّة للجريمة سواء وقعت الجريمة، او وقفت لاسباب خارجة عن ارادة الجاني فقد ساوى المشرع العراقي في مقدار العقوبة بنفس الجريمة التامة، او الشروع فيها نظراً لجسامة وخطورة الجريمة على الفرد

(٤٧) المادة (٢٨/ ثانيًا) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(٤٨) قرار محكمة جنايات الرصافة/ الهيئة الثالثة المرقم ٨٠٦/ ج/ ٢٠١٤م في ٢٠١٤/٥/٦م.

(٤٩) قرار محكمة التمييز الاتحادية الصادر بالعدد ١٢٣٣/ موسعة جزائية/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/١/٣، نقلاً عن كاظم عبد جاسم، مكافحة المخدرات في القانون العراقي، مكتبة القانون والقضاء، ٢٠١٨، ص ١٠٩.

(٥٠) المادة (٤٠) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(٥١) المادة (٣٧) من قانون المخدرات المصري.

والمجتمع حيث نصت المادة (٣٥/ سادساً) من قانون مكافحة المخدرات على إنه: (يعاقب على الشروع بأرتكاب أي من الجرائم المعاقب عليها بهذا القانون بعقوبة الجريمة التامة كما يعاقب على الأشتراك في الجريمة سواء بالتحريض، أو الأتفاق، أو المساعدة، أو أي صورة أخرى للأشتراك بعقوبة الفاعل للجريمة)^(٥٢).

ويتضح مما تقدم إن المشرع العراقي قد ساوى العقوبة بين الفاعل الأصلي والشريك في الجريمة ومختلف وسائل الأشتراك المنصوص عليها في المادة (٤٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل، فضلاً عن ذلك فإن جرائم المتاجرة بالمخدرات تُعد من الجرائم التي لا يجوز اطلاق المتهم بكفالة لحين فصل الدعوى، ولخطورة الجريمة لم يتم شمولها بقانون العفو العام رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٨م، لكونها من جرائم الخطر العام وهي من الجسامه بحيث تُعد من الجرائم المنظمة لا سيما إذا تم استخدام الاموال التي يتحصل عليها من تجارة المخدرات في تمويل الارهاب^(٥٣). أما جريمة تعاطي المواد المخدرة فإنه طبقاً لنص المادة (٤/ ٨) من قانون العفو العام فإن مرتكبيها مشمولين بالقانون المذكور.

جاء في القرار المرقم ٩٧٤/ اللجنة الخامسة/ ٢٠١٦م في ٣٠/١١/٢٠١٦م والصادر من اللجنة المركزية الخامسة تنفيذ قانون العفو العام رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٩م النص الأتي^(٥٤):

((ولدى التدقيق والمداولة وجد إن جريمة المحكوم عنها طالب العفو بموجب قرار رقم (١٧٩٧/ج/٢٠١٥م) في ١/٧/٢٠١٥م وفق المادة ١٤/ ثانياً من قانون المخدرات ولعدم شموله بقانون العفو رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٨ أو قانون العفو الخاص، وحيث إن الجريمة المحكوم عنها غير مستثناة من قانون العفو النافذ المرقم ٢٧ لسنة ٢٠١٦م وعليه قرر شموله بقانون العفو العام وعدم اطلاق سراحه من السجن إلا بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية)).

وبما إن جرائم المخدرات من الجرائم التي تهدد كيان المجتمع من خلال تفتيت الأسرة وهدر طاقة شريحة الشباب وبالتالي تدمير اقتصاد البلد فقد عمد المشرع العراقي بتشديد العقوبة في بعض المواضيع^(٥٥).

(٥٢) المادة (٣٥/ سادساً) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(٥٣) قانون العفو العام رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٨م، المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٦٥ في ٣/٣/٢٠٠٨م.

(٥٤) قرار اللجنة المركزية الخامسة لتنفيذ قانون العفو العام رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٦م/ اللجنة الخامسة/ ٢٠١٦م في ٣٠/١١/٢٠١٦م، نقلاً عن ابياد محسن ضمّد، مكافحة المخدرات في القانون العراقي، مركز البيان للدراسات والتخطيط، بغداد، ٢٠١٧م، ص ١٤.

(٥٥) المادة (٢٩) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية الذي نصت على إنه: (عد ظرفاً مشدداً للعقوبات المنصوص عليها في المادتين (٢٨) و(٢٩) من هذا القانون تحقق إحدى الحالات الآتية: أولاً: العود، ويراعى في إثبات العود جميع الأحكام القضائية الوطنية والأجنبية الصادرة بالإدانة عن جرائم منصوص عليها في هذا القانون. ثانياً: إذا كان الفاعل من الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة المنوط بهم مكافحة الاتجار، أو الاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية أو الرقابة على تداولها أو حيازتها. ثالثاً: إذا اشترك الفاعل في عصابة دولية أو كان فعله متزامناً مع جريمة مخلة بأمن الدول الداخلي، أو الخارجي. رابعاً: إذا استعمل الفاعل العنف أو السلاح في ارتكاب الجريمة. خامساً: إذا ارتكبت الجريمة في دار عبادة أو في مؤسسة تعليمية عسكرية أو مدنية أو في سجن أو موقف أو مكان حجز أو دار إصلاح للإحداث أو دار لإيواء المشردين والمتسولين أو لرعاية الأيتام أو نادي رياضي أو مؤسسة مجتمع مدني).

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية

هي جزاءات ثانوية تتفق مع العقوبات التبعية في إنها لا تأتي بمفردها، بل تابعة لعقوبة اصلية، ولكنها تختلف عنها في إنها لا تلحق المحكوم عليه حكماً وبقوة القانون، بل يجب ان ينص عليها القاضي صراحة في حكمه المتضمن العقوبة الاصلية^(٥٦)، والعقوبات التكميلية في نطاق جرائم المخدرات هي الحرمان من بعض المزايا او الحقوق والمصادرة.

اولاً: الحرمان من بعض الحقوق والمزايا وردت هذه العقوبة في متن المادة (١٠٠) من قانون العقوبات المعدل حيث نصت على إنه: (للمحكمة عند الحكم بالسجن المؤبد او المؤقت او بالحبس مدة تزيد على سنة ان تقرر حرمان المحكوم عليه من حق او اكثر من الحقوق المبينة ادناه لمدة لا تزيد على سنتين ابتداءً من تاريخ انتهاء مدة العقوبة. او من تاريخ انقضائها لاي سبب كان)

- تولي بعض الوظائف والخدمات العامة.
- حمل اوسمة وطنية او اجنبية.
- حمل السلاح .

• الحقوق والمزايا الواردة في المادة ٩٦ المعدلة.

فهذه العقوبة ينفذ في المحكوم عليه بعد اخلاء سبيله من السجن اطول هذه العقوبات مدة، وإذا افرج عن المحكوم عليه افرجاً شرطياً فإن مدة الحرمان المقررة من المحكمة تبدأ من قبل المحكمة من تاريخ اخلاء سبيله من السجن - اما اذا صدر قرار بالغاء الافراج الشرطي وتنفيذ ما اوقف من العقوبة الاصلية فإن مدة الحرمان تبدأ من تاريخ اكماله مدة محكوميته^(٥٧).

ثانياً: المصادرة. وهي استيلاء على مال المحكوم عليه وانتقال ملكيته إلى الدولة بدون اي تعويض والمصادرة من حيث الاموال التي تنطبق عليها تنقسم إلى نوعين: ففيما يخص النوع الأول، عامة وهي تجريد المحكوم عليه من جميع ما يملكه او من نسبة معينة من ماله كنصفه او ثلثه او ربعه وهي اقصى العقوبات المالية وتعادل الاعدام في العقوبات البدنية^(٥٨).

وأما فيما يخص النوع الثاني فهي المصادرة الخاصة. وتعني مصادرة وتجريد المحكوم عليه من مال معين وقد يكون هذا المال هو الوسيلة التي ارتكب بها الجريمة او ناتج عنها، أو قد يكون جسم الجريمة إذ كانت حيازته محرمة^(٥٩).

إن المشرع العراقي في متن قانون مكافحة المخدرات نص صراحة على الحكم بالمصادرة على جميع ما يملكه الجاني من اموال منقولة وغير المنقولة وكذلك يجب مصادرة وسائل النقل التي استخدمت في ارتكاب الجريمة وكذلك الادوات المستخدمة

(٥٦) د. علي حسين خلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المصدر السابق - ص ٤٣٦

(٥٧) المادة (١٠٠/ب، ج) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥٨) د. علي حسين خلف و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المصدر السابق - ص ٤٣٨.

(٥٩) د. ميثم فالح حسين، العقوبات الفرعية في قانون العقوبات العراقي، محاضرات القيت على الطلبة في كلية القانون، جامعة ميسان، ٢٣/٤/٢٠١٩.

للحصول على المخدرات وتحكم ايضاً باقلاع النباتات التي زرعت خلافاً للقانون^(٦٠). من تطبيقات القضاية للمصادرة في القضاء العراقي. ((صدرت محكمة التمييز حكمها بمصادرة السيارة التي استخدمت في نقل المخدرات بعد ان قضت ببراءة صاحب السيارة وقد جاء في تقليل الحكم بالمتهمين (ج،ح) ومصادرة السيارة والافيون المضبوطة واحالة المتهمين المذكورين إلى محكمة الجزاء وفق قانون العقاقير الطبية موافق للقانون قرر تصديقها))^(٦١).

وأما في مصر فإن محكمة النقض المصرية اشارت إلى المصادرة في قرار لها. ((ان المصادرة اجراء الفرض منه تملك الدولة اشياء مضبوطة ذات الصلة بجريمة قهراً على صاحبها بغير مقابل، وهي عقوبة اختيارية تكميلية في الجنايات والجنح الا ان نص القانون على غير ذلك فلا يجوز الحكم بها الا على شخص تثبت ادانته وقضي عليه بعقوبة اصلية))^(٦٢).

الفرع الثالث: التدابير الاحترازية

تعد التدابير الاحترازية الوجه الآخر للجزاء العقابي للحد من الجريمة قبل وقوعها ومنع تكرارها، وذلك من خلال استئصال العوامل والظروف التي تؤثر على المجرم وهو ما لم تتضمنه العقوبة كأحدى الوسائل التي تعمل على مكافحة الجريمة، الأمر الذي ادى إلى وضع إجراءات وقائية وعلاجية التي من شأنها إن تحقق الاهداف التي عجزت العقوبة عن تحقيقها^(٦٣).

إن هذه التدابير يقصد بها مجموعة من الإجراءات والأساليب التهذيبية التي يقرها القانون ويتم اتخاذها من قبل السلطة القضائية بأمر قضائي اتجاه شخص لمواجهة الخطورة الإجرامية الكامنة ضده بغية حماية المجتمع.

إن هذه التدابير وردت في متن المادة (١) من قانون العقوبات العراقي حيث نصت على إنه: (لا يجوز تدابير احترازية لم ينص عليها القانون)، وعلى الرغم من إن المشرع العراقي قد سمح للسلطة القضائية باتخاذ هذه التدابير إلا إنه وفي متن المادة (١٣) من القانون ذاته قد قيد اتخاذ تلك الاجراءات دون اثبات ارتكاب تلك الجريمة وفقاً للقانون حيث نصت على إنه: (لا يجوز اي تدبير من التدابير الاحترازية التي نص عليها القانون في حق شخص دون ان يكون قد ثبت ارتكابه فعلاً يعده القانون جريمة وان حالته تعد خطرة على المجتمع)، فضلاً عن ذلك فإن كما المادة (٥) من القانون ذاته نص على إنه: (لا يفرض تدبير احترازي الا في الاحوال وبالشروط المنصوص عليها في القانون).

يتضح مما تقدم فإنه اذا ما رجعنا إلى قانون مكافحة المخدرات العراقي نجده قد

(٦٠) المادة (٣٤) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(٦١) القرار رقم ٧٠ كمارك/١٩٦٢ في ١٩٧٥/٧/١. نقلاً عن د. صباح كرم شعبان، جرائم المخدرات، مطبعة الأديب، بغداد/١٩٨٤، ص ١٥.

(٦٢) د. سمير محمد عبد الغني، جرائم المخدرات، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٦٣) نور الهدى محمود، التدابير الاحترازية وتأثيرها على الظاهرة الإجرامية، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، ٢٠١١، ص ٢٠.

اجاز للمحكمة ان تأمر بغلق المحل وكل مكان ادير او هيبىء لتعاطي او صنع المخدرات وذلك لمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن سنة، ويتبع الغلق حظر مباشرة العمل، أو المتاجرة، أو الصناعة ذاتها في المحل ذاته سواء كان بواسطة المحكوم عليه أو احد افراد اسرته أو اي شخص اخر قد اجر له المحل، أو تنازل له عنه بعد وقوع الجريمة ولا يشمل هذا الحظر مالك المحل، أو اي شخص يكون له حق عيني فيه اذا لم تكن له صلة بالجريمة^(٦٤).

يتضح ما تقدم إن المشرع العراقي لم يكن موفقاً باتخاذ لتلك التدابير الاحترازي كغلق المحل بصورة مؤقتة وإنما كان الاجدر به ان ينص على غلقه بصورة دائمة، سيما إن هذه الجرائم تُعد من الجرائم الخطيرة على المجتمعات بصورة عامة وعلى الافراد بصورة خاصة.

المطلب الثاني: الجهة المختصة بمكافحة المخدرات

منح المشرع العراقي البعض من مؤسسات الدولة سلطة فرض رقابة على ظاهرة انتشار المخدرات إذ منح البعض من هذه السلطات إلى وزارة الصحة/ الهيئة الوطنية العليا لشؤون المخدرات والمؤثرات الفعلية بفرض الرقابة الوقائية للأتجار غير المشروع بالمخدرات، في حين منح وزارة الداخلية/ المديرية العامة لشؤون المخدرات والمؤثرات الفعلية بفرض الرقابة اللاحقة للأتجار غير المشروع بالمخدرات.

الفرع الاول: الرقابة الوقائية للأتجار غير المشروع بالمخدرات

اشتراط القانون تأسيس هيئة مقرها في وزارة الصحة تتولى مهمة وضع سياسية عامة لاستيراد المخدرات او تصديرها او نقلها او زراعتها سواء للاغراض الطبية أو العلمية وسميت هذه الهيئة ب(الهيئة الوطنية العليا لشؤون المخدرات والمؤثرات العقلية) ومقرها في وزارة الصحة^(٦٥).

تتألف الهيئة الوطنية العليا لشؤون المخدرات والمؤثرات الفعلية برئاسة وزير الصحة، ونائبه (وكيل وزارة الداخلية) وعضوية كل من (مدير عام دائرة الأمور الفنية في وزارة الصحة، المستشار الوطني للصحة النفسية، ممثل لا تقل درجته عن مدير عام عن كل الأمانة العامة لمجلس الوزراء، وزارة العدل، وزارة المالية/ الهيئة العامة للكمارك، وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، وزارة الزراعة، جهاز المخابرات الوطني العراقي، شرطة الكمارك، المديرية العامة لمكافحة المخدرات في وزارة الداخلية، جهاز الامن الوطني) وممثل عن (مدير البرنامج الوطني لمكافحة المخدرات والمؤثرات في وزارة الصحة، مدير عام دائرة الطب العدلي، نقابة الصيادلة، ممثل عن الجهة الأمنية المعنية لمكافحة المخدرات في اقليم كردستان)، وللهيئة إن تستعين بخبير في مجال الأتجار بالمخدرات للأستتناس برأيه^(٦٦).

وقد جعل القانون انعقاد الهيئة مرة واحدة في الشهر بناءً على دعوة من رئيس الهيئة

(٦٤) المادة (٣٥/ ثالثاً) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(٦٥) المادة (٣/ثانياً) القانون نفسه.

(٦٦) المادة (٣/رابعاً) القانون نفسه.

(وزير الصحة) ومنح نائب الرئيس (وكيل وزير الداخلية) صلاحية ترؤس اجتماعات الهيئة لدى غياب رئيسها وقد حدد القانون النصاب المطلوب لأنعقاد الهيئة بأغلبية ثلثي الأعضاء وقد نص القانون على آلية اتخاذ القرارات بالأغلبية البسيطة بعد اكتمال نصاب القانون ومنح رئيس الهيئة صوتاً مرجحاً لدى تساوي الأصوات^(٦٧).

ان غاية مشرع من استحداث هذه الهيئة هو لوضع طرق للرقابة اللاحقة بحركة المواد ذو طبيعة مخدرة من خلال وضع سياسة عامة لتداول المخدرات سواء كانت (استيراد او تصدير او نقل او انتاج او زراعة... الخ) وسواء اكانت لاغراض طبية او علمية او صناعية بناءً على اجازة تصدر من وزير الصحة في ضوء المصلحة العليا التي تخدم البلد وفضلاً عن ذلك ان هذه الهيئة تتولى مهمة التنسيق بين الوزارات ومنظمات المجتمع المدني والجهات الرسمية الاقليمية والدولية للحد من تعاطي المخدرات خارج الاطر القانونية مع تحديد الكمية المعنية لحركة المخدرات بغية استخدامها وفق المصلحة التي تخدم المواطن العراقي مع اختصاصها بتشكيل لجان محلية في كل محافظة او اقليم مهمتها الاشراف على حركة هذه المادة^(٦٨).

الفرع الثاني: الرقابة اللاحقة

تطرقنا فيما سبق إلى دور الهيئة الوطنية العليا لشؤون المخدرات والمؤثرات الفعلية في الاشراف حول استيراد ونقل وتصدير وانتاج وصنع وتحضير وتحصيل وزراعة... الخ المواد المخدرة والسلائف لاغراض الطبية أو العلمية أو الصناعية على ان لايتعارض مع مصلحة المواطن العراقي، وبعد ان يثبت لنا دور هذه الهيئة نتناول دور وزارة الداخلية في فرض الرقابة اللاحقة من خلال مكافحة مرتكبي هذه الجريمة خلافاً للقانون.

اشترط المشرع العراقي على وزارة الداخلية تأسيس مديرية في العاصمة بغداد يرأسها ضابط من ذوي الخبرة والاختصاص يتخصص بملاحقة مرتكبي جريمة الاتجار غير المشروع بالمخدرات تسمى بـ(المديرية العامة لشؤون المخدرات والمؤثرات الفعلية) تتولى هذه المديرية وبالتنسيق مع الهيئة اعلاه او بالتعاون مع المكتب العربي لشؤون المخدرات والهيئات الاقليمية والدولية ومنظمة الشرطة الجنائية الدولية (انتربول)^(٦٩) بملاحقة واحالة المتهمين الاتجار غير المشروع بالمخدرات إلى المحاكم واتخاذ الاجراءات القانونية

(٦٧) المادة (٤) القانون نفسه.

(٦٨) المادة (٥) القانون نفسه.

(٦٩) الأنتربول، هي منظمة دولية للشرطة الجنائية التي تعد أحد اشخاص القانون الدولي العام ترجع نشأتها إلى عام ١٩٢٣ حيث تتكون من الجمعية العامة، والأمانة العامة (التي تضم قسمًا لمكافحة الأتجار غير المشروع بالمخدرات)، ومجلس التعاون الكمركي، الذي كان وما يزال لها دور الرئيسي على الصعيد الأستخباراتي المتصل بمكافحة المخدرات في تحديد التوجهات الجديدة للأتجار بين المنظمات الاجرامية الناشطة على الصعيد الدولي وتنبيه المكاتب المركزية الوطنية للأنشطة الاجرامية التي تنفذها هذه المنظمات، في حين تسمح للسلطات المحلية الوطنية المختصة بإجراء التحقيقات بشأن انتاج المخدرات غير المشروعة وترويجها وتوفر اشكالاً متعددة من الدعم لأجهزة الشرطة الوطنية والدولية المعنية لمكافحة الإنتاج غير المشروع بالمخدرات والأتجار بالمواد غير المحظورة والسلائف الكيميائية، هذا ويقوم الأنتربول علاقات عمل وطيدة مع منظمة الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة وسائر المنظمات الدولية والأقليمية، التي تضطلع بأنشطة مكافحة المخدرات مثل (المنظمة العالمية للكمارك). (لمزيد من التفاصيل أنظر. نبذة عن المنظمة تاريخ الأطلاع ٢٠١٩/٣/٢ م. (Inter polnyc. Net).

بحقهم وفضلاً عن ذلك تتولى هذه المديرية توثيق أسماء واعداد العراقيين والاجانب المحكومين بالاتجار غير المشروع بالمخدرات ومتابعة نشاطاتهم بغية العمل على عدم عودتهم إلى ارتكاب جرائم جديدة^(٧٠).

توعز المديرية اعلاه ومديريات الشرطة في كل محافظة بفتح قسم يتخصص في شؤون مكافحة الاتجار غير لمشروع بالمخدرات يرأسه ضابط من ذوي الخبرة والاختصاص اذ يربط هذا القسم من الناحية الادارية بمديرية شرطة المحافظة، ومن الناحية الفنية يرتبط بالمديرية العامة لشؤون المخدرات والمؤثرات في وزارة الداخلية.

المطلب الثالث: الوسائل المتبعة في الكشف عن المخدرات

لقد اصبحت جريمة المخدرات من اخطر جرائم العصر الحديث وذلك لإنها تشكل خطراً وتهديداً كبير على البشرية بأثرها، الأمر الذي ادى إلى انتشار نشاطها في معظم دول العالم ولم يُعد اقليم الدولة هو المكان الذي تمارس به العصابات المنظمة نشاطها في الأتجار وتهريب المخدرات بل اصبحت هذه الجرائم منتشرة في دول مختلفة، ومن اجل ذلك كان لا بد من ايجاد استراتيجيات متطورة لمكافحة هذه الجريمة، وكشف اساليبها، وطرق ووسائل مهربيها، والمتعاملين فيها لمواجهة تلك الآفة لمحاصرة اطرافها المختلفة من خلال استعمال اجهزة وتقنيات العلمية لمعرفة نوعها وتركيزها لمحاولة التغلب والقضاء عليها.

وتأسيس لما سبق فلا بد من التطرق إلى الوسائل المتطورة والأكثر شيوعاً لمكافحة جريمة المخدرات، الأتي:

الفرع الأول: جهاز اكتشاف المخدرات بالذبذبات

هو جهاز يصدر ذبذبات لدى مرور انواع معينة من المخدرات امامه وعلى مسافة قريبة منه، ويعمل بنظرية الروائح والأبخرة التي تصدر من بعض انواع المخدرات فيستقبلها الجهاز وتظهر عليه في صورة ذبذبات مضيئة بلون معين لكل نوع من المخدرات وتجري تجارب في الولايات المتحدة والمانيا لتطوير الجهاز وتحسينه لتحقيق اقصى استفادة منه في المطارات والموانئ لأحباط عمليات تهريب المخدرات^(٧١).

الفرع الثاني: اجهزة اشعة اكس ((IX))

يستعمل هذا الجهاز لفحص الأجسام ويتكون من مصدر للأشعة مستقبل للصورة ووسيلة لحمل الجسم الجاري فحصه وهذه الأجهزة نوعان^(٧٢):
جهاز الأشعة الطبي: يستعمل لفحص جسم الإنسان وعمل اشعة المستشفيات وتكتشف عن طريق هذا الجهاز حالات أخفاء المخدرات في جسم الإنسان عن طريق (البلع بالفم، أو طرق اخرى).

(٧٠) المادة (٦/ اولاً) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٧م.

(٧١) د. سمير عبد الغني، مرجع السابق، ص ٢٩٠.

(٧٢) جيماي فوزي، السياسة الجنائية لمكافحة المخدرات في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الزائر، ٢٠١٣م، ص ٩٨.

جهاز الأشعة المستخدم للكشف عن المعادن والأجسام الصلبة: يستعان في هذا الجهاز في فحص الحاويات والبرادات والصناديق دون فتحها كما يستخدم لكشف الأسلحة في حقائب المسافرين.

الفرع الثالث: التسرب أو المصدر

(إن هذه الوسيلة تُعد من وسائل التحري الخاص، فهو إجراء خطير يتطلب كثيرًا من الحيطة والحذر، واختيار افضل العناصر التي تقوم به في ظل السرية التامة حتى على اقرب الأشخاص، وعلى ضابط الشرطة القضائية الذي تجري تحت مسؤوليته هذه العملية اخذ كل الاحتياطات اللازمة لأنجاح العملية في سرية مطلقة وهنا نخلص إن إجراء التسرب يتمثل في اندماج ضابط مع الأشخاص المشتبه بهم عند ارتكابهم جريمة وتقمص شخصية المجرم تحت هوية مستعارة، والقيام بالنشاطات كافة التي تجعل المجرمين يثقون به لغرض معرفة نشاطاتهم الإجرامية، وتنظيم الشبكة، وطبيعة الأعمال التي يمارسونها، وهوية المجرمين، والرؤوس المدبرة، وهوية المنفذين تمهيدًا للقبض عليها)^(٧٣).

ومن خلال ما تقدم وبعد اطلاع الباحث على الوسائل المتبعة في كشف المخدرات في الوطن فإنه يرى على السلطات المعنية اتباع وسائل اكثر تطورًا في كشف المخدرات بغية الحد من انتشار هذه الظاهرة الخطيرة.

٧٣ () شرقي حمزة، البقور طاهر، جرائم المخدرات بين إجراءات التحري والمتابعة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، ٢٠١٧م، ٣٩.

الخاتمة

من بين الظواهر الاجرامية الاكثر انتشارًا في العالم، جريمة المخدرات، هذه الجريمة التي عبرت الحدود ومست كل شعوب العالم، فبذلت جهود بشرية ومالية هائلة، محاولة للقضاء عليها ولكن هذا الامر من الصعوبة لكونها خرجت من اطار الجرائم العادية واصبحت تُعد من الجرائم المنظمة ونرى اتجاه جموع دول العالم إلى تجريم افة المخدرات ورصد عقوبات صارمة ضد مرتكبيها أيا كانت الصورة التي تمت بها، اما من زراعتها او حيازتها او الاتجار بها، فكيف المشرع العراقي بعض الافعال الجرمية إلى جنحة والآخرى إلى جنائية، وقرر لبعضها جزاءات تمس الحياة كالاعدام وايضا جزاءات بدنية كالسجن بنوعيه فضلا عن الجزاءات المالية كالغرامة، ولم يكتف المشرع العراقي بتجريم المخدرات على مستوى التشريع، بل استحدث لها اجهزة لمكافحتها (وزارة الصحة، وزارة الزراعة، وزارة الداخلية)، ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى مجموعة من الأستنتاجات والتوصيات.

أولاً: الأستنتاجات.

١. ان المشرع لم يضع تعريفاً شاملاً للمواد المخدرة لكن بين هذه المواد على سبيل الحصر.
٢. فضلا عن الركن المادي والمعنوي لجرائم المخدرات فإنه يوجد ركن آخر وهو الركن المفترض.
٣. لايشترط لضبط المخدرات كي تتحقق الجريمة بل يكفي اثبات وجوده هو حيازته بحوزة المتهم ويمكن اثبات ذلك بكافة الوسائل وان الكمية ليست ضرورية في حين توجد الأستثناءات من إن مقدار المخدر مهم في بعض الحالات التي حصرها المشرع.

ثانياً: التوصيات.

١. تغيير الوصف القانوني لبعض الصور المادية المرتبطة بجريمتي تعاطي وترويج المخدرات وتشديد العقوبات الخاصة بها
٢. تأسيس قضاء متخصص لمكافحة المخدرات في محاكم الاستئناف لكل محافظة.
٣. احكام السيطرة على المنافذ الحدودية، فضلاً عن تكثيف الجهد الأستخباري سيما وإن موقع العراق الجغرافي واحاطته بدول تعاني مشاكل كثيرة في مجال انتشار المخدرات.
٤. إيكال مهمة الرقابة إلى عناصر كفوءة ونزيهة من الأجهزة الأمنية والكمارك، والقوات المسلحة المعدة إعداداً مهنيًا عاليًا يؤهلها القيام بهذه المهمة.

المظاهر المدنية لمركز المجنى عليه في الدعوى الجزائرية (دراسة مقارنة)

م . م اكرام هادي مجيسن الركابي
كلية سومر - قسم القانون

المستخلص

يعالج هذا البحث والموسوم بـ (المظاهر المدنية لمركز المجنى عليه في الدعوى الجزائية - دراسة مقارنة)، موضوع تعدد مظاهر المجنى عليه باعتباره احد اهم اطراف الرابطة الاجرائية بل انه الطرف المهم والفعال فيها، لنحدد مدى التقارب والاتحاد بين صفة المجنى عليه وبين اشخاصا اخرين يتقاربون معه في المفهوم وقد يتحدثون معه في احوال كثيرة ولكن قد يختلفون عنه في احوال اخرى ، وهم كل من المتضرر من الجريمة ، الضحية من الجريمة و المدعي بالحق المدني. حيث قسمنا الدراسة الى تمهيد لبيان مفهوم المجني عليه فقها وتشريعا وقضاءا و ثلاثة مطالب ، فجاء المطلب الاول تحت عنوان المجنى عليه بوصفه متضررا من الجريمة، واستنتجنا منه ان مصطلح المتضرر اوسع من المجني عليه وقد يشمل بالإضافة للمجني عليه اشخاصا اخرين اصابهم ضررا من الجريمة ، كما توصلنا الى ان التمييز بين الصفتين له اثارا هامة وحقوقا قد تثبت لاحدهما دون الاخر، اما المطلب الثاني فقد خصص لتناول المجني عليه بوصفه ضحية الجريمة وتم في اطاره تناول مفهوم الضحية بشكل عام ومدى اهتمام المؤتمرات الدولية به وموقف التشريع العراقي منه وتوصلنا بصدده الى جملة من النتائج اهمها ان هذه الصفة تعد اوسع من صفة المجني عليه والمتضرر ، فهي تشمل فضلا عن الاتيين المتهم واي شخص بريء زج به في اجراءات التحقيق والمحاكمة واخيرا خصصنا المطلب الثالث للمجني عليه بوصفه مدعيا بالحق المدني وتناولنا ضمنه تعريف المدعي بالحق المدني، وتوصلنا الى انه هو ذاته المتضرر من الجريمة وان المناطق في تحديد صفته هو مدى الحاق الضرر المباشر الشخصي به ومتى ما تقدم بطلباته للتعويض عنها اجتمعت فيه عندئذ صفتا المتضرر والمدعي بالحق المدني.

Abstract

This research, tagged with (Civil manifestations of the victim's status in the criminal case - a comparative study) deals with the issue of the multiple appearances of the victim, as he is one of the most important and effective parties in the procedural association. In terms of concept, they may meet with him in many cases, but they may differ from him in other cases, and they are both the victim of the crime, the victim of the crime and the civil claimant. We divided the study into a preface to clarify the concept of the victim of jurisprudence, legislation, judiciary, and three demands, so the first requirement came Under the title of the victim as a victim of the crime, and we concluded from it that the term victim is broader than the victim and may include, in addition to the victim, other people who have suffered damage from the crime, and we have also concluded that the distinction between the two attributes has important implications and rights may prove to one of them without the other, as for the second requirement It was devoted to

dealing with the victim as a victim of the crime, and in its context the concept of victim was dealt with in general, the extent of interest in international conferences, and the position of Iraqi legislation towards it. The attribute is broader than that of the victim and the victim, as it includes in addition to the two accused and any innocent person who has been involved in the investigation and trial procedures. Finally, we assigned the third request to the victim as a claimant of civil right and we dealt with it in the definition of the plaintiff of civil right, and we concluded that he is the same victim The crime and that what is required in determining his character is the extent of direct personal harm to him, and when his requests for compensation are submitted for it, the characteristics of the victim and the claimant of civil rights met in it.

المقدمة

اولا: اهمية الموضوع

يعد موضوع المجنى واحدا من الموضوعات الهامة على الصعيد الجنائي, فهو من اهم اطراف الرابطة الاجرائية بل انه الطرف الفعال والمهم في الخصومة الجزائية, وعلى الرغم من تعرض المجنى عليه الى الازمة ولقنرات طويلة من لدن الفقه وشرح القانون , الا انه وجد قدرا من الاهتمام من جانب بعض التشريعات كالتشريعات الانجلوامريكية والتي وضعت له قواعد بغية تحقيق الضمانات التي تكفل توضيح مركزه في الخصومة الجزائية. ومن المعلوم ان الجرائم التي يترتب على ارتكابها ضرر انما ينشأ عنها دعويين , الاولى هي الدعوى الجزائية او دعوى الحق الاعم واساسها الفعل الجرمي المنصوص عليه في القانون الجنائي الموضوعي (قانون العقوبات) والغاية منها هي ضمان مصالح المجتمع وتحقيق امنه واستقراره , اما الدعوى الثانية فهي الدعوى المدنية او دعوى الحق الشخصي واساسها الفعل الضار , والغاية منها جبر الضرر الخاص الذي سببته الجريمة , والدعوى المدنية التي نعنيها في قانون اصول المحاكمات الجزائية ليست كل دعوى مدنية وانما هي دعوى تابعة للدعوى الجزائية ترمي الى اصلاح الضرر المباشر المادي والمعنوي الذي سببته الجريمة , لذا فان هذه الدعوى لوجود لها عندما لا تكون هناك جريمة قد نشأ عنها ضرر خاص , وتعدد مظاهر الدعوى هذا يلقي بضلاله على اطرافها لاسيما المجنى عليه موضوع البحث , فتارة نراه مدع بالحق المدني ومتضرر وضحية من الجريمة , وتارة نراه مخررا او مشتكيا . فالتعدد في مظاهر الدعوى رغم وحدة الواقعة , ادى الى التعدد في مظاهر المجنى عليه , و لذلك تتعدد صور المجنى عليه في الجريمة واحدة ويختلط بعضها بصور اشخاص قد يتقاربون معه في المفهوم او يتشابهون معه في الادوار الاجرائية التي يقومون بها في نطاق الدعوى الجزائية.

ثانيا: مشكلة الدراسة

يثير موضوع المظاهر المدنية لمركز المجنى عليه في الدعوى الجزائية تساؤلا رئيسي مفاده, ماهي اهم المظاهر المدنية للمجنى عليه في الدعوى الجزائية ؟ ويتفرع عن هذا التساؤل اسئلة فرعية اخرى اهمها : من هو المتضرر من الجريمة ؟ وماهي اوجه التمييز بينه وبين المجنى عليه ؟ ومن هو الضحية من الجريمة ؟ وما هو مفهوم المدعي بالحق المدني ؟ وماهي اوجه الخلاف بينه وبين المجنى عليه ؟ وستكون الاجابة على هذه التساؤلات محور اشكالية بحثنا .

ثالثا : منهج البحث ونطاقه

سنعتمد في بحثنا على المنهج التحليلي كمنهج اساسي للدراسة طبقا لطبيعة الموضوع التي تفرض علينا تقصي جوانب الموضوع في الفقه والتشريع والقانون , وكذلك

اعتماد المنهج المقارن للوقوف على موقف القانون المقارن من موضوع تعدد المظاهر المدنية لمركز المجنى عليه في الدعوى الجزائية اما عن نطاق البحث , فمن المعلوم ان مظاهر المجنى عليه بعد ارتكاب الجريمة تتعد وتتعدد , فقد يظهر بصفته مخبرا او مشتكيا وهذه هي ابرز مظاهره الجنائية , او قد يظهر كمتضرر او ضحية او مدعي بالحق المدني , وهذه هي المظاهر المدنية لصفته والتي يتحدد بها نطاق بحثنا .

التمهيد

المجني عليه بوصفه محلاً للجريمة

قبل الدخول في بيان المظاهر المختلفة لمركز المجني عليه في الدعوى الجزائية يجدر بنا اولا تعريف المجني عليه وهذا بطبيعة الحال يتم من خلال تعريفه فقها وقانونا وقضاء في الفقرات الآتية :

اولا : تعريف المجني عليه في الفقه الجنائي

ان فقهاء القانون الجنائي اختلفوا حول صياغة تعريف موحد للمجني عليه وهذا راجع بطبيعة الحال لاختلاف النظرة اليه فكل منهم ينظر اليه من زاوية معينة , مما ادى الى بروز ثلاث اتجاهات رئيسية نتناولها باختصار في ادناه :

الاتجاه الاول : تعريف المجني عليه من ناحية الضرر

ان هذا الاتجاه يعتمد على فكرة الضرر في تعريفه للمجني عليه , حيث ذهب راي منهم الى ان المجني عليه هو «الشخص الذي اصابه الضرر من جراء الجريمة , سواء كان الضرر مباشرا ام غير مباشر »^(١), وايضا عرفه بعضا منهم بانه « الشخص الذي تضرر من الجريمة مباشرة وان يتخذ هذا الضرر صورة النتيجة الاجرامية على نفسه او ماله او شرفه »^(٢), ويؤخذ على هذا الاتجاه انه يخلط بين المجني عليه والمتضرر من الجريمة , كما ان اعتبار الضرر معيارا لتعريف المجني عليه سيؤدي الى اخراج طائفة من المجني عليه من التعريف وذلك لوجود طائفة من الجرائم التي لا يلحق المجني عليه جرائمها اي ضرر كما في الشروع بالسرقة او الاحتيال^(٣)

الاتجاه الثاني : تعريف المجني عليه استنادا للقصد الجرمي

ان الضابط لتعريف المجني عليه وفق انصار هذا الاتجاه هو معيار القصد الجرمي , فقد ذهب راي الى تعريفه بانه «هو الشخص الذي قصد بارتكاب الجريمة الى الاضرار به اساسا وان لم يصبه ضرر او تعدى الضرر الى غيره من الافراد»^(٤) ويؤخذ على هذا الاتجاه انه يحصر نطاق المجني عليه بالجرائم العمدية وكذلك فانه حتى في نطاق الجرائم العمدية من الممكن ان يكون المجني عليه غير من قصده الجاني كما في جرائم الخطأ في الشخص او في الشخصية^(٥)

(١) د. عادل محمد الفقي , حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارنا بالشريعة الاسلامية , اطروحة دكتوراه, كلية الحقوق جامعة عين شمس , ١٩٨٤, ص ٢١ .

(٢) د. محمد علي سالم الحلبي , الوسيط في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية , ج ٢, مكتبة التربية , بيروت , ١٩٩٦, ص ٨٨ .

(٣) د. نور الدين هندايو المجني عليه بين القانون الجنائي وعلم الاجرام , مجلة الشريعة والقانون , جامعة الامارات العربية , العدد الثاني , ١٩٨٨, ص ٢٣٣ .

(٤) د. عبد الوهاب العشماوي , الاتهام الفردي او حق الفرد في الخصومة الجنائية , دار النشر للجامعات المصرية , القاهرة , ١٩٥٣, ص ٢٨٩ .

(٥) فهد فالح مطر المصيربح , النظرية العامة للمجني عليه دراسة مقارنة , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة القاهرة , ١٩٩١, ص ٥٨ .

الاتجاه الثالث : تعريف المجنى عليه استنادا للمصلحة المحمية

اتجه انصار هذا الاتجاه الى فكرة المصلحة المحمية كمعيارا ضابطا لتعريف المجنى عليه فعرف بانه «صاحب الحق او المصلحة المحمية جنائيا التي اضررت بها الجريمة او عرضتها للخطر»^(٦), ان اغلب فقهاء القانون الجنائي يرجحون هذا الاتجاه وذلك لعدة اسباب :

- ١-لانه يشمل جميع فئات المجنى عليه سواء اكانوا اشخاصا طبيعية ام معنوية
- ٢- انه يشمل صورة الجريمة التامة وصورة الشروع في الجريمة وعدم تحقق نتائجها الاجرامية
- ٣- انه يميز المجنى عليه عن المتضرر من الجريمة بحيث اذا الحق الفعل ضررا بعدة مصالح فان المجنى عليه هو صاحب المصلحة المحمية بنص التجريم , اما اصحاب المصالح الاخرى فتثبت لهم صفة المتضرر^(٧) .
- ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الفقهي الغالب ونرى ان المجنى عليه هو اي شخص طبيعي او معنوي وقع الاعتداء الجرمي على احدى مصالحه التي حماها وصانها المشرع بنص التجريم .

ثانيا : تعريف المجنى عليه في التشريع

ان موقف التشريعات العقابية والاجرائية قد تفاوت ازاء تعريف المجنى عليه ويمكننا اجمالها باتجاهين :-

الاتجاه الاول: اكتفى هذا الاتجاه بذكر مصطلح المجنى عليه دون الخوض في وضع تعريف له ومثاله قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل وقانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل , وكذلك قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ و قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ , حيث نجد في تلك التشريعات ذكر لمصطلح المجنى عليه دون وضع تعريف له^(٨) ان عدم ذكر تعريف للمجنى عليه في التشريعات لا يعد عيبا او نقصا لان مهمة وضع التعريفات يضطلع بها الفقه والقضاء عادة وانها من حيث الاصل ليس مهمة المشرع , وان عدم ايراد مثل هذا التعريف قد يكون راجعا اما لوضوح هذا المصطلح او لغموضه وما يثيره هذا التعريف من اعتراضات من جانب الفقه^(٩)

الاتجاه الثاني: ذهب جانب اخر من التشريعات الى تعريف المجنى عليه من خلال الوصف الجنائي له كما في قانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري والذي عرف المجنى عليه هو «الشخص الطبيعي الذي تعرض لأي ضرر مادي او معنوي , وعلى الاخص الضرر البدني او النفسي او العقلي او الخسارة الاقتصادية , وذلك اذا كان

(٦) فهد فالح مطر المصيربيع , المصدر نفسه , ص ٦٢ .

(٧) د. اسامة احمد محمد النعيمي , دور المجنى عليه في الدعوى الجزائية , دراسة مقارنة , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , ٢٠١٣ , ص ٣٠ .

(٨) المواد (١, ٣, ٤, ٥, ٦, ٧, ١٩٤) من قانون اصول المحاكمات العراقي و المواد (٨ , ١٠) من قانون العقوبات العراقي و المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المصري و المواد (٣ , ٤ , ٥ , ٦, ٧, ١٠) من قانون الاجراءات الجنائية المصري .

(٩) د. اسامة احمد محمد النعيمي , المصدر السابق , ص ٢٢ .

ناجما مباشرة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون»^(١٠) وكذلك الحال فقد عرف قانون مكافحة الاتجار بالبشر العراقي الذي عرف المجنى عليه بأنه «الشخص الطبيعي الذي تعرض الى ضرر مادي او معنوي ناجم عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون»^(١١)

ونحن نرجح الاتجاه الاول من التشريعات التي لم تعرف المجنى عليه وتركت مسألة التعريف لفقهاء وذلك تقريبا هو مسلك عام لأغلب القوانين الاجرائية المعاصرة حيث يستوعب كل الصور المتوقعة للمجنى عليه كما يجب ان لا تغفل ان التشريعات في الاتجاه الثاني هي تشريعات خاصة ومحددة بفترة من الجرائم ذات خصوصية كالإتجار بالبشر وحماية ضحايا الجريمة , حيث ان التعريفات التي اوردتها جاءت منسجمة مع الحماية التي تضمنتها تلك القوانين لفئة المستفيدين من تشريعها .

ثالثا :- تعريف القضاء للمجنى عليه

ان القضاء بشكل عام ايضا لا يضع تعريفا للمصطلحات القانونية بل ان مهمته الاساسية هي تطبيق القوانين على القضايا المعروضة امامه والفصل فيها الا اننا وجدنا على سبيل المثال ان محكمة النقض المصرية قد اوردت تعريفا للمجنى عليه وذلك في حكمين سابقين لها حيث قضت « ان المجنى عليه هو الذي يقع عليه الفعل او يتناوله الترك المؤثم قانونا سواء كان شخصا طبيعيا ام معنويا , بمعنى ان يكون هذا الشخص نفسه محلا للحماية التي يهدف اليها الشارع»^(١٢)

ويبدو ان هذا التعريف لم يسلم من النقد حيث وصف بعدم الدقة وان عبارة المجنى عليه من وقع عليه الفعل , توحي بأن المجنى عليه يكون في جرائم الاعتداء على الاشخاص فقط دون سائر الجرائم الاخرى^(١٣)

اما القضاء العراقي فلم يرد في احكامه قرارا صريحا يتبنى فيه تعريفا للمجنى عليه , ولكن يمكن الاستنتاج من قرارات المحاكم الى ان المقصود بالمجنى عليه هو من شكلت الجريمة اعتداء على احد حقوقه المحمية بنص عقابي وهناك شواهد قضائية كثيرة على استعمال المحاكم العراقية لمصطلح المجنى عليه^(١٤)

(١٠) المادة الاولى الفقرة الثالثة من قانون مكافحة الاتجار بالبشر المصري رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٠ .

(١١) قانون مكافحة الاتجار بالبشر العراقي رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٢ .

(١٢) نقض ١٩٦٠/٢/٢ , مجموعة احكام النقض , س ١١ , رقم ٢٩ , ص ١٤ . اشار اليه فهد فالح مطر المصيربح , المصدر السابق , ص ٧١

(١٣) د. داليا قدرى احمد عبد العزيز , دور المجنى عليه في الظاهرة الاجرامية وحقوقه في التشريع الجنائي المقارن , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , ٢٠١٣ , ص ٩٧ .

(١٤) ينظر على سبيل المثال قرار محكمة التمييز العراقية ١٢١٢/جنبايات / ٧١ في ٨ / ٦ / ١٩٧١ / النشرة القضائية التي يصدرها المكتب الفني لمحكمة التمييز العراقية , العدد الثاني , السنة الثانية , ١٩٧٢ , ص ٢٤٥ .

المطلب الاول

المجنى عليه بوصفه متضررا من الجريمة

إذا كان المجنى عليه وفق الاتجاه الفقهي الغالب هو «صاحب الحق او المصلحة التي يحميها القانون بنص التجريم والذي وقع الفعل الإجرامي عدواناً مباشراً عليه»^(١٥)، فيتولد عن هذا العدوان ضرراً مباشراً يلحق به شخصياً ويترتب عليه حق له في المطالبة بالتعويض ، إلا أن هناك في بعض الاحوال فارقاً بين مصطلحي المجنى عليه والمتضرر من الجريمة على الرغم من وجود التشابه فيما بينهم في احوال اخرى كثيرة .ولذلك يتم تناولنا للمتضرر^(١٦) من الجريمة في فرعين ,حيث يكون الفرع الاول مخصصا لبحث مفهوم المتضرر من الجريمة اما الفرع الثاني فنخصه لبحث اهمية التمييز بين المتضرر والمجنى عليه لما يترتب على ذلك من اثار هامة على المستوى الموضوعي والاجرائي .

الفرع الاول: تعريف المتضرر من الجريمة

المتضرر لغة: اسم فاعل من تضرر وهو متضرر من الخسارة التي لحقته , والمضروب اسم مفعول من المضرة , وهي خلاف المنفعة ,وضره وضر به وضاره ومضارة كلها لها معنى واحد وقد روي عن النبي (صلى الله عليه واله وسلم) «لا ضرر ولا ضرار» اذن فالضرر ما تضرر به صاحبك^(١٧)

اما اصطلاحاً فقد عرف المتضرر من الجريمة بتعريفات فقهيته متعددة ومنها « كل من لحقه ضرر خاص مباشر من جراء الجريمة لكونها عملاً غير مشروع مدنياً سواء كان المجنى عليه أم غيره ويعتبر طرفاً في الدعوى المدنية وطرفها الآخر هو المتهم وموضوعها المطالبة بالتعويض»^(١٨). وعرف كذلك بانه « كل من ناله ضرر الجريمة حتى ولو لم يكن مسه اعتداء على حق يحميه القانون تحت طائلة التهديد بالعقاب»^(١٩) وعرف ايضا « الشخص الطبيعي والمعنوي الذي نالته الجريمة بضررها كله او ببعض منه»^(٢٠) والبعض الاخر من الفقهاء اتجه الى تعريف المتضرر بشكل واسع حيث عرفوه بأنه « الشخص الطبيعي او المعنوي الذي اصابته الجريمة بالضرر المؤكد والمباشر ويلزم

- (١٥) د. محمود نجيب حسني ,شرح قانون الاجراءات الجنائية , ط ٢ , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٨ , ص ١٢٢ .
 (١٦) استخدم المشرع العراقي لفظة المتضرر في المادة الاولى من قانون اصول المحاكمات الجزائية ذي الرقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل «تحرك الدعوى الجزائية بشكوى شفهية او تحريرية.....من المتضرر من الجريمة» اما التشريعات الاجرائية المقارنة فقد كان موقفها متفاوتا ازاء الشخص الذي تصيبه الجريمة بأضرارها فهناك من استخدم لفظ (متضرر) كالتشريع اللبناني والاردني والتونسي والمغربي ,ومنها من استخدمت لفظة (مضروب) كالتشريع الجزائري والتشريع السوري في حين هناك طائفة من التشريعات لم تطلق اي من اللفظين اعلاه بل ذكرت تعبير من لحقه ضرر او من ناله ضرر من الجريمة وبرزها قانون الاجراءات الجنائية المصري وقانون الاجراءات الجزائية والاماراتي واليمني .
 (١٧) العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منصور الافريقي المصري ,لسان العرب , ج ٤ , المجلد السابع , دار صادر , بيروت , ط٣ , ٢٠٠٤ , ص ٤٨٢
 (١٨) د. محمد محيي الدين عوض , حقوق المجنى عليه في الدعوى العمومية , اعمال المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٨٩ , ص ٢٢ .
 (١٩) د. كامل السعيد , شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ,دراسة تحليلية مقارنة في القوانين الاردنية والمصرية والسورية وغيرها , دار الثقافة للنشر والتوزيع , ٢٠٠٨ , ص ١٣٥
 (٢٠) د. محمد محمود سعيد , حق المجنى عليه في تحريك الدعوى العمومية , دار الفكر العربي , القاهرة , ١٩٧٧ , ص ٣٩٤

مع ذلك توافر عدة عناصر حتى يكتسب المجني عليه صفة المتضرر ومن ثم يكون له حق الادعاء المدني المباشر وهو ان يصاب بضرر مادي او معنوي او كليهما ولا يكفي ان تتعرض مصالحه للخطر فحسب بل ان يكون هذا الضرر شخصيا ومؤكدا وتربطه علاقة سببية»^(٢١)

اما على مستوى التشريعات الجنائية فنرى قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي اعتبر المتضرر من الجريمة « هو كل شخص يناله ضرر من الجريمة وهو يملك تبعا لذلك حق الادعاء المدني والمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي سببتها له الجريمة»^(٢٢).

ولا تختلف التشريعات المقارنة في تعريف المتضرر من الجريمة عن هذا الوصف , فعلى سبيل المثال نجد المشرع المصري في المادة ٢٥١ من قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ « لمن لحقه ضرر من الجريمة ان يقيم نفسه مدعيا بحقوق مدنية امام المحكمة المنظورة امامها الدعوى الجنائية وفي اية حالة كانت عليها الدعوى » والمادة ٢١٥ مكررا منه « لا يجوز الادعاء بالحقوق المدنية وفقا لاحكام هذا القانون الا عن الضرر الشخصي المباشر الناشئ عن الجريمة والمحقق الوقوع حالا ومستقبلا »^(٢٣).

ويبدو ان افضل تعريف للمتضرر من الجريمة هو التعريف الذي يصفه بانه « كل شخص اصابته الجريمة المرتكبة بأضرار شخصية ومباشرة ومحقة » ذلك لان تعريف موجز ويشتمل على اغلب الشروط الواجب توافرها في الضرر لكي يستحق المتضرر التعويض عنه .

وبحكم لمحكمة النقض المصرية عرفت المتضرر من الجريمة بنصها « اي شخص يصيبه ضرر ناتج عن الجريمة ولو كان غير المجني عليه وهذا الضرر قد يكون ماديا او ادبيا فهما سياتان في ايجاب التعويض لمن اصابه شيئا منها»^(٢٤) وبالتالي ولكي تتحقق للشخص صفة المتضرر من الجريمة , يتعين ان يصيبه ضرر ناتج عن الجريمة المرتكبة , والضرر هو اذى يصيب الشخص في حق او في مصلحة مشروعة^(٢٥) ولكي يجوز للقضاء الحكم بالتعويض الذي يطالب به المتضرر هناك شروط عدة ينبغي توافرها في الضرر نتناولها تباعا وبايجاز :

يتعين ان ينتج عن الجريمة ضرر سواء كان مادي او معنوي او كلاهما معا , والضرر المادي يصيب الذمة المالية للمتضرر , والضرر في هذه الصورة سهل التقدير ولا يثير في العمل صعوبة تذكر , اما الضرر الادبي فهو ذلك الضرر الذي يصيب

(٢١) د. محمد نجيب الحسني , شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية , ط ٣ , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٩٨ , ص ١٧٦

(٢٢) انظر المادة (١٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .

(٢٣) وكذلك الحال نص المادة ٢٢ من قانون الاجراءات الاماراتي والتي تنص «لمن لحقه ضرر شخصي مباشر من الجريمة ان يدعي بالحقوق المدنية قبل المتهم» و المادة ١١١ من قانون الاجراءات الكويتي فتتص «يجوز لكل من اصابه ضرر بسبب الجريمة ان يرفع دعوى بحقه المدني امام المحكمة الجنائية

(٢٤) قرار محكمة النقض المصرية ١٤ / ٣ / ١٩٦٧ مجموعة احكام النقض س ١١٨ رقم ٧٨ , ص ٤١

(٢٥) د. عبد المجيد الحكيم واخرون الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي , الجزء الاول , مصادر الالتزام ١٩٨٠ , ط ٢٠٠٨ , المكتبة القانونية , بغداد , ص ١٨٤ .

المجنى عليه في كرامته او عواطفه او شعوره , اي في جوانب معنويه مهما كان نوعها وهذا الضرر يصعب تقديره .وقد يولد بعض التردد في تقديره, ولا توجد حدود فاصلة بين هذين النوعين , اذ قد يكون الضرر ماديا ومعنويا (ادبيا) في ذات الوقت , مثال ذلك القذف في حق انسان يلحق به ضررا ادبي وفي ذات الوقت يسئ الى سمعته في التجارة او في الاعمال الحرة بشكل عام ,وقد نوقش احيانا مبدا تعويض الضرر الادبي الخالص بمبلغ من المال وذلك لصعوبة تقديره ولتعذر اصلاحه بالمال ,وقد استقر الراي في الفقه والقضاء الى مساواة الضرر المادي والمعنوي في امكانية التعويض^(٢٦). وهذا ما اخذ به المشرع العراقي صراحة في المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ,وهو ايضا عين ما نصت عليه المادة العاشرة من قانون اصول المحاكمات الجزائية المعدل التي اجازت التعويض عن الضرر الادبي صراحة .

يجب ان تصاب بالضرر مصلحة للشخص ذاته اي ان يقع عليه الضرر شخصيا فلا يجوز لاحد ان يطالب بالتعويض عن ضرر اصاب شخصا غيره مهما كانت صلته به الا اذا كان له حق تمثيله قانونا , فلا يجوز مثلا للوكيل ان يطالب باسمه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بموكله , كذلك لا يجوز لشخص ان يطالب بتعويض عن ضرر اصاب ازواجه او اولاده او احد اقاربه ما لم يكن قد لحقه نصيب من هذا الضرر وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه « اذا كانت ملكية المسروقات لم تثبت للمدعي بالحقوق المدنية فهو اذن لم يكن الشخص الذي اصابه ضرر شخصي مباشر عن الجريمة»^(٢٧).

يتعين ان يكون الضرر محققا , ولا يكفي الضرر المحتمل ويكون كذلك اذا وقع فعلا وعلى وجه اليقين ولو في المستقبل وذلك لان الادعاء المدني من قبل المتضرر بالتعويض انما ينشأ بعد ان يوجد الضرر . ولا يهم ان يكون الضرر قد تحقق فعلا بعد ارتكاب الجريمة كما هو الحال بالنسبة لموت المجنى عليه وتضرر من يعيلهم بعد الوفاة , او ان الضرر سوف يتحقق بصورة تدريجية في المستقبل كما في اصابة المجنى عليه بعاهة مستديمة , ففي هذا المثال رغم ان جزءا من الضرر قد تحقق وقوعه كنتيجة لإصابة المجنى عليه بجروح وما سببته له الجريمة من اضرار , فإن العاهة المستديمة تعتبر واقعة فعلا ومحققه وبالتالي تحقق الضرر بكامله. اما اذا كان الضرر محتمل الحصول , اي انه قد يقع وقد لا يقع فلا يصلح للدعاء بالحق المدني^(٢٨) ويتجه بعض الفقهاء الى وضع معيارا للتمييز بين الضرر المحقق الحدوث في المستقبل والضرر المحتمل الوقوع وذلك بالقول ان الضرر الذي ينتظر تحققه مستقبلا بحكم طبيعة الاشياء وحسب السير العادي للأمر ينطبق عليه وصف الضرر المحقق , وهو بذلك يتميز عن الضرر المحتمل ,وهو الضرر الذب لم يقع بعد ولا يعلم ما اذا كان يقع او لا^(٢٩)

(٢٦) د. فخري عبد الرزاق الحديثي شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية , ط١, ٢٠١٦, ص ١٣٤.

(٢٧) نقض مصري في ٣/١٣ / ١٩٥٩ , مجموعة احكام النقض , س٣/رقم ٧٨ عن د. سعيد حسب الله عبد الله , شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية, دار الحكمة للطباعة والنشر, الموصل, ١٩٩٠, ص ٩٦

(٢٨) د. سامي النصراري , دراسة في اصول المحاكمات الجزائية , ج ١ , مطبعة دار السلام , بغداد , ١٩٧٧ , ص ٢٢٨

(٢٩) د. محمد محمود سعيد, المصدر السابق , ص ٤٩١.

وفي مجال الدعوى المدنية التبعية التي تنتظر امام المحكمة الجزائرية فإنها تقوم بتقدير التعويض اخذة بعين النظر كل الاعتبارات المتعلقة بتقدير الضرر واذا زاد هذا الضرر او استجد بعد صدور الحكم الجزائي واكتسابه لدرجة البتات فان المدعي بالحق المدني يمكنه مراجعة المحكمة المدنية لكي تحكم بالتعويض عما زاد من ضرر^(٣٠)، والالافات للنظر ان التشريعات المقارنة لم تسر على النهج ذاته في تحديدها لنوع الاضرار التي تصيب الشخص المتضرر من الجريمة فبينما المشرعين العراقي والمصري اشترطا ان يكون الضرر شخصا ومحققا ومباشرا سواء كان حالا ام مستقبلا , نجد ان التشريعين الاماراتي والكويتي لم ينصا على نوع تلك الاضرار^(٣١) ولا يرب في ان التوجه الاصوب هو توجه المشرعين العراقي والمصري من حيث تحديد شروط الضرر الواجب التعويض عنها .

يجب ان يكون الضرر مباشرا , اي انه حدث كنتيجة مباشرة للفعل الاجرامي المرتكب وان تربطه به علاقة سببية , فلو مثلا ادعى المدعي بالحق المدني بدين له سابق على جريمة اعطاء صك بدون رصيد فان المحكمة الجزائرية عليها ان تحكم بعدم اختصاصها بالحكم في اصل هذا الدين المدني الذي لا صلة له بجريمة تسليم الصك ولكنه لو طالب بالتعويض عن الضرر الذي سببته له هذه الجريمة عند ذلك تنتظر المحكمة في هذا الطلب وتحكم به^(٣٢)

اي ان الضرر الغير مباشر لا يمكن المتضرر من الادعاء به امام المحاكم الجزائية حتى ولو كان ذلك الضرر ناشئا عن الجريمة, وان حدث ان ادعى احد بالتعويض عن الضرر الناتج عن الجريمة امام المحكمة الجزائرية فعلى تلك المحكمة التأكد من هذا الضرر فيما اذا كان مباشرا او غير مباشر, فاذا وجدته نتيجة مباشرة للجريمة فعليها ان تحكم بالتعويض المستحق عن هذا الضرر كله او بعضه^(٣٣). ولم يشذ عن ذلك الا المشرع اللبناني فقد اتخذ موقفاً واضحاً وصريحاً ومغايراً, في قانون الموجبات والعقود اللبناني فنص في المادة (١٣٤/ق ع) منه «ان الاضرار غير المباشرة يجب أن ينظر اليها بعين الاعتبار في تقدير التعويض على شرط أن تكون متصلة اتصالاً واضحاً بالجرم أو شبه الجرم»

هذه هي شروط الضرر المستحق التعويض عنه , وهنا لا بد لنا من الاشارة الى ان هنالك نوع من الجرائم لا ينتج عنها ضرر بتاتا وتسمى بجرائم (الخطر) اي ان تحقق الضرر ليس شرط لقيام الجريمة فقد تقع جريمة ما ولا ينتج عنها اي ضرر , ومثالها جريمة حيازة سلاح بلا اجازة وجريمة ارتداء زي رسمي بلا وجه حق , وفي هذا الصنف من الجرائم ليس من حق اي احد ولا حتى السلطة العامة ان تطالب بالتعويض على اساس كون الجريمة تمس مصلحة مشروعة من مصالح المجتمع وهي الحفاظ على

(٣٠) د. سعيد حسب الله عبد الله, المصدر السابق, ص ٩٦.

(٣١) د. عمار تركي عطية و د. ناصر كريم خضر , مركز المجنى عليه في ضل الاتجاهات الاجرائية المعاصرة مجلة رسالة الحقوق , جامعة كربلاء , العدد الثالث , ٢٠١٥ , ص ٩٣ .

(٣٢) د. عبد الامير العكلي و د. سليم الحربة, اصول المحاكمات الجزائية, ج ١ المكتبة القانونية , بغداد , ٢٠٠٨ , ص ٤٧

(٣٣) د. فخري عبد الرزاق الحديثي , المصدر السابق , ص ١٣٤ .

الامن^(٣٤).

ان محكمة النقض المصرية قد سايرت مذهب الفقه والتشريع في تحديده لصفة المتضرر من الجريمة وحيث قضت في حكما لها بأنه «ليس في القانون ما يمنع ان يكون المتضرر من الجريمة اي شخص ولو كان غير المجنى عليه ما دام قد ثبت قيام هذا الضرر وكان ناتجا عن الجريمة مباشرة وذلك ان المناط في صفة المدعي ليس في وقوع الجريمة عليه وانما هو الحاق الضرر الشخصي به بسبب وقوع الجريمة , مفاد ذلك ان المتضرر من الجريمة هو اي شخص يصيبه ضرر ناتج عنها , ولو كان غير المجنى عليه»^(٣٥)

الفرع الثاني: التمييز بين المجنى عليه والمتضرر من الجريمة

في الواقع ان هناك تداخلا وتقاربا في التعبير بين مصطلح (المجنى عليه) ومصطلح (المتضرر من الجريمة) وفي الغالب فأن صفة المتضرر من الجريمة تتحد مع صفة المجنى عليه في الجريمة ويجتمعان في شخص واحد , ولكن هذا الاتحاد والتقارب ينفصم عن بعضه في احيان اخرى , ولا يلحق المجنى عليه ضرر من الجريمة كما في الشروع في السرقة او الاحتيال , وفي احوال اخرى فأن الضرر يلحق اشخاص اخرين غير المجنى عليه كالأشخاص الذين كان يعيلهم المجنى عليه وحرموا من الاعالة بسبب القتل او الدائن الذي يستوفي دينه من دخله. لذلك نجد ان الفقه منقسم الى اتجاهين بخصوص ذلك :

الاتجاه الاول :- ويرى انصار هذا الاتجاه ان المجنى عليه هو الشخص المتضرر من الجريمة في جميع الاحوال , حتى لو ان الجريمة وقعت عند الشروع , لان الضرر الذي يحدث للشخص كنتيجة مباشرة للجريمة هو من الاتساع الذي يشمل كل درجة منه مهما ضعفت , وبالتالي فأن كل جريمة حتى لو لم تتحقق نتيجتها ما دامت تسبب ازعاجا او اضطرابا للمجنى عليه فيها يعتبران كافيان لتمثيل عنصر الضرر^(٣٦)

ويلاحظ ان السير مع هذا الرأي سوف يؤدي الى اتحاد صفة المتضرر مع صفة المجنى عليه في جميع الاحوال وبذلك فان الجريمة ينتج عنها بالإضافة الى الدعوى الجنائية دعوى اخرى مدنية تابعة دائما , وبذلك فان المدعي بالحق المدني اي (المتضرر من الجريمة) ليس بحاجة الى اثبات صفته هذه من خلال توافر الضرر له حيثما ما كان مجنيا عليه , وهذا لا يعني عدم وجود متضررين اخرين من الجريمة . ان هذا الاتجاه قد تعرض للنقد من بعض فقهاء القانون الجنائي حيث انه لا يقبل اطلاق القول بأن اي مجنى عليه يصيبه ضرر من الجريمة المرتكبة أيا كانت , فأين الضرر الحاصل من الشروع في جريمة قتل شخص لم يصيبه العيار الناري الذي اطلق

(٣٤) د. براء منذر كمال عبد اللطيف , شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية , بيروت , ٢٠١٧ , ص ٥٢.

(٣٥) نقض جنائي مصري رقم ١٠١٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٦/٥/١٩٨٥ , مجموعة احكام محكمة النقض المصري , س ٣٦ رقم ١٢٤ ص ٧٠٨ , عن صادق يوسف خلف الياسري , دور المجنى عليه في المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , جامعة ذي قار , ٢٠١٧ , ص ١٧

(٣٦) د. حسن صادق المرصفاوي , الدعوى المدنية امام المحاكم الجنائية , منشأة المعارف , الاسكندرية ١٩٩٧ , ص ٢١.

نحوه , او انه لم يتناول الطعام الذي وضع فيه السم ؟ كذلك اين الضرر في جريمة الشروع في الاحتيال الذي اكتشف المجنى عليه امره منذ بدء استعمال الاساليب الاحتمالية ؟ وعليه فان اقصى ما يمكن تصور وجوده في هذه الحالات هو ضرر محتمل ,بينما تحقق الضرر شرط من شروط الضرر الذي يصلح للتعويض في الدعوى المدنية امام القضاء الجنائي^(٣٧)

وقد بدأ عدم التمييز بين المجنى عليه والمتضرر من الجريمة واضحا في مؤتمر الامم المتحدة السابع للوقاية من الجريمة وعلاج المجرمين^(٣٨), والذي وسع تعريف المجنى عليه الى مطلق المجنى عليه , اي سواء اصابه ضرر من الجريمة , حتى لو لم يكن مجنيا عليه فيها , و وفقا لما استقر عليه الرأي في المؤتمر يدخل في وصف الاشخاص الذين يصدق عليهم انهم مجني عليهم «الاشخاص الطبيعيون الذين عانو ضررا بما في ذلك الاصابة البدنية او العقلية والالام العاطفية او الخسارة المالية متى كان هذا الضرر ناتجا عن افعال او مشاكل يجرمها القانون الوطني وكذلك عند اللزوم الاسرة اللصيقة بالمجنى عليه مباشرة والاشخاص المعتمدون عليه والاشخاص الذين قاسو ضررا تبعا لتدخلهم في سبيل مساعدته وهو في حالة الحرج او في سبيل نقادي وقوع الجرم عليه»^(٣٩).

وقد ذهب بعض الفقهاء ومنهم الفقيه (بيربوزا) الى عدم التمييز بين المجنى عليه والمتضرر من الجريمة , فمن وجهة نظره يعتبر كل متضرر من الجريمة مجنيا عليه وفي نفس الاتجاه يعرف اخر المجنى عليه « يقصد بالمجنى عليه بصفة عامة الشخص الذي كابد وعانى من تصرفات الغير او من حوادث مشؤومة »وبذلك يعد المجنى عليه طرفا سلبيا ويقابله طرف ايجابي هو من سبب الضرر (الجاني)^(٤٠).

الاتجاه الثاني : ويرى أنصاره ان هناك تباينا بين المجنى عليه والمتضرر من الجريمة مستنديين بذلك على معيار المساس بالمصلحة المحمية جنائيا او تعريضها لخطر كضابط للتمييز بين المجنى عليه والمتضرر , مع استبعاد معيار الضرر وذلك على اساس انه لا يصلح لتحديد مفهوم المجنى عليه , لكنه يصلح لتحديد المقصود بالمتضرر من الجريمة , حيث يذهب هذا الرأي الى ان المصلحة المحمية جنائيا هي اساس او معيار التمييز بين المجنى عليه والمتضرر من الجريمة , ومن ثم فإذا كان الفعل الصادر من الجاني لا يصيب الا هذه المصلحة لاتحاد صاحبها مع من تعلق به الموضوع المادي للسلوك تثبت صفة المتضرر والمجنى عليه لنفس الشخص. اما اذا كانت المصلحة المحمية تتعلق بشخص اخر غير الذي تعلق به الموضوع المادي

(٣٧) د. فوزية عبد الستار الادعاء المباشر في الاجراءات الجنائية (دراسة مقارنة) , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٧ , ص ٤١

(٣٨) عقد هذا المؤتمر في ميلانو الايطالية في الفترة من ٢٦ / اغسطس الى ٦ سبتمبر ١٩٨٥

(٣٩) د. محمد عبد اللطيف عبد العال , مفهوم المجنى عليه في الدعوى الجزائية دراسة مقارنة, دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٦ , ص ١٧

(٤٠) د. محمد عبد اللطيف عبد العال , المصدر نفسه, ص ١٨.

للسلوك الاجرامي ثبتت صفة المجنى عليه للأول وتثبت صفة المتضرر للثاني^(٤١). ومن هذا المنطلق يمكن القول ان العبرة هي بالمصلحة المحمية جنائيا في ابراز التفرقة بين المجنى عليه والمتضرر من الجريمة , بحيث اذا وقع اعتداء على المصلحة المحمية جنائيا اطلق على صاحب هذه المصلحة مجنيا عليه، اما اذا كان الاعتداء واقع على مصلحة غير محمية جنائيا تثبت صفة المتضرر من الجريمة لصاحب هذه المصلحة , كما هو الحال في حالة الزوجة والابناء الذين لحقهم واصابهم ضرر شخصي ومباشر كنتيجة لقتل والدهم المجنى عليه المسؤول عن اعالتهم ,ومن ثم يطلق على هؤلاء الافراد صفة المتضررين من الجريمة^(٤٢).

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الثاني القائل بوجود التفرقة بين مصطلحي المجنى عليه والمتضرر من الجريمة , حيث ان تعبير المتضرر من الجريمة اوسع نطاقا من تعبير المجنى عليه وذلك لشموله المجنى عليه وكل شخص اخر ناله ضرر من الجريمة على الرغم من عدم وقوع اعتداء على حقه الذي يحميه النص الجنائي . ان للتمييز بين المجنى عليه والمتضرر من الجريمة اثارا هامة على المستويين الموضوعي والاجرائي , فقد منح المشرع حقوقا للمجنى عليه لم تعط للمتضرر من الجريمة او بالعكس فقد يمنح للمتضرر حقوقا لا تثبت البتة للمجنى عليه او على الأقل لا تثبت له الا بشروط معينة .

اولا : من الناحية الموضوعية نجد اهمية للتمييز بين المجنى عليه والمتضرر من الجريمة اذ ان القانون الجنائي الموضوعي يعلق على الرضا الصحيح الصادر من المجنى عليه انتفاء احد اركان

وتكمن ايضا اهمية التمييز الجريمة وعدم اكتمال بنائها القانوني , كما في حالة جريمة اغتصاب انثى , وجريمة هتك العرض بالقوة او التهديد وجريمة الخطف والسرقة وانتهاك حرمة المنازل وملك الغير^(٤٣)

وكذلك نرى ان رضا المجنى عليه يعد احد العناصر الرئيسية في اباحة بعض الافعال ومن ذلك بعض صور استعمال الحق والذي يعد سببا من اسباب الاباحة ومن امثلة صور استعمال الحق مزاولة اعمال الجراحة وممارسة الالعاب الرياضية^(٤٤) وهذا الرضا لا يعتد به الا اذا كان صادرا من شخص يتمتع بإرادة حرة مختارة ومدرك لطبيعة الفعل ,وان الرضا في هذه الحالة لا يعد السبب الوحيد في اباحة هذه الافعال وانما عنصرا ضروري يضاف الى العناصر الاخرى.

وتكمن ايضا اهمية التمييز بينهما بأن لصفة المجنى عليه دورا في تخفيف العقوبة عن الجاني كما هو الحال في حالة قتل الام لطفلها حديث الولادة انتفاء للعار وكذلك

(٤١) د. علاء فوزي زكي , الحقوق الاجرائية والموضوعية للمجنى عليه في مرحلة المحاكمة الجنائية -دراسة مقارنة , ط ١ دار الحفانية , القاهرة , ٢٠١١, ص ١١ .

(٤٢) صادق يوسف خلف الياسري , المصدر السابق , ص ١٥ .

(٤٣) ينظر نصوص المواد (٣٩٣ , ٣٩٦ , ٤٢٢ , ٤٢٣ , ٤٢٨ , ٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل

(٤٤) الفقرات (٢ , ٣ من مادة ٤١ من قانون العقوبات العراقي)

في جريمة قتل الزوج لزوجته او لاحد محارمه في حالة تلبسهما بالزنا^(٤٥) وعلى العكس من ذلك فقد يكون للمجني عليه دورا في تشديد العقوبة على الجاني كما هو الحال في جريمة قتل الاصول او قتل الموظف او المكلف بخدمة عامة اثناء تأديته وظيفته او بسبب تأديتها^(٤٦)

ثانيا : من الناحية الاجرائية فان اهمية التمييز بين المجني عليه والمتضرر من الجريمة تبرز من خلال منح المجني عليه حقوقا لم تمنح الى المتضرر من الجريمة او العكس فصفة المجني عليه في الدعوى الجزائية لا يوجد لها اعتبار الا ما تعلق بهذه الصفة وفي حدود ونطاق ما اصطلح عليه بجرائم الشكوى وهي الجرائم التي يمتنع فيها الادعاء العام عن تحريك الدعوى الجزائية ولا تحرك الدعوى الا بناءا على شكوى من المجني عليه^(٤٧) حيث اعطى المشرع له او الى من يمثله قانونا سلطة تحريكها فقط^(٤٨) . إن المشرع العراقي قد أشار في نص المادة (٧/أ/٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية إلى «الجرائم الأخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها إلا بناءً على شكوى من المتضرر منها» ، ونحن نرى ان لفظة المتضرر في هذا المورد جاءت غير واضحة ومبهمه ، وأن قصد المشرع كان هو المجني عليه ، وليس ادل على ذلك من أن المشرع استعمل لفظ المجني عليه في صدر المادة (٣) الأصولية وعليه فانه ليس من المعقول أن يكون المشرع قد أراد أن يتوسع في تحديد اصحاب الشكوى، وأن مدلول المتضرر من الجريمة أوسع من مدلول المجني عليه وذلك لشموله المجني عليه وكل شخص اخر ناله ضرر من الجريمة ، لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل هذه الفقرة ليكون نصها «الجرائم الأخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً » . ولقد استهدف المشرع العراقي في حصره للجرائم التي لا تحرك الا بشكوى المجني عليه او ممثله القانوني عدة امور من اهمها الحفاظ على الاواصر الاسرية والابقاء على الروابط العائلية من عدم الانهيار والتفكك^(٤٩)، وشكل الشكوى اما تحريري او شفوي فإذا قدمها بصورة تحريرية فمعناه ان المشتكي يطالب بالحقين الجزائي و المدني معا واما اذا كانت الشكوى شفوية فقط فعندها يكون قد اقتصر حقه على الجانب الجزائي دون الحق المدني مالم يطلب صراحة بحقه المدني بالتعويض عن الضرر^(٥٠)

وايضا اعطى المشرع للمجني عليه حق التنازل عن الشكوى او الصلح فيها كما ان قرار المحكمة بقبول الصلح عن الجاني يتوقف على طلب من المجني عليه او من يمثله قانونا في حال صفح المجني عليه^(٥١) .

(٤٥) ينظر نصوص المواد (٤٠٧، ٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي .

(٤٦) ينظر الفقرات (د، هـ، من المادة ٤٠٦/١) من قانون العقوبات العراقي.

(٤٧) د. محمد عبد اللطيف عبد العال ، المصدر السابق ، ص ٢٧ .

(٤٨) نص قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ في المادة ٣ منه على هذه الجرائم ومنها (زنا الزوجية ، والقذف او السب ، او افشاء الاسرار ، التهديد ، والسرقه والاعتصاب وخيانة الامانة وأتلاف الاموال وتخريبها وانتهاك حرمة ملك الغير)

(٤٩) د. عبد الأمير العكلي ود. سليم الحربة ، المصدر السابق ، ص ٢٤ .

(٥٠) المصدر نفسه ، ص ٣٣ .

(٥١) المواد (٣/أ ، ٩/ج ، ١٩٤ ، ٣٣٩/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي المعدل

ويرى البعض ان مصطلح الشكوى الوارد في المادة ٣/أ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي انما يقصد بها الشكوى الخاصة التي يبشرها شخص معين هو المجنى عليه او من يمثله قانونا في جرائم محددة وبدونها لا تحرك الدعوى الجزائية , بينما مصطلح الشكوى الذي جاء في المادة ١/أ من القانون , فيقصد بها الشكوى العامة والتي هي اجراء يجوز لأي مواطن ان يلجأ اليه سواء اكان مجني عليه ام متضرر من الجريمة ام فردا عاديا علم بوقوع الجريمة ومن ثم فإنها تقابل الاخبار والذي يعني ابلاغ الجهات الرسمية التي تحرك الدعوى الجزائية امامها^(٥٢).

ومن جانب اخر نجد القانون الاجرائي يعطي للمتضرر (حق الادعاء المباشر) دون التقيد بثبوت صفة المجني عليه له^(٥٣) فالمتضرر يثبت له حق الادعاء المباشر والادعاء بالحق المدني , ان الادعاء المباشر هو اسلوب لتحريك الدعوى الجنائية يستعمله المتضرر من الجريمة عن طريق اقامة دعواه المدنية امام المحكمة الجزائية يطلب فيه التعويض عن الاضرار التي لحقت به , ان الادعاء بالحق المدني يجوز اثناء مرحلة جمع الادلة او التحقيق الابتدائي او امام المحكمة في اي حالة كانت عليها الدعوى الجزائية حتى صدور الحكم فيها ولكن لا يجوز الادعاء لأول مرة امام محكمة التمييز وبإمكان المتضرر اذا تأخر في تقديم الادعاء في الحق المدني الى ما بعد حسم الدعوى امام المحكمة الجزائية ان يلجأ الى المحاكم المدنية لاقتضاء حقه^(٥٤) .

والحكمة المقصودة من حصر الادعاء بالحق المباشر على المتضرر من الجريمة فقط ترجع الى ان موضوع هذا الادعاء هو المطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر من الجريمة وبالتالي فأن من له الحق به هو من يدعي اصابته بضرر ويطلب بالتعويض وبهذا يثبت ان هذا الحق للمتضرر وان لم يكن هو المجني عليه وذلك لتحقيق المصلحة في حماية المتضرر من الجريمة^(٥٥).

(٥٢) د. سعيد حسب الله عبد الله , المصدر السابق , ص ٤٨ ,

(٥٣) ينظر مادة ١٠ من قانون اصول المحاكمات العراقي (لمن لحقة ضرر مادي او ادبي) .

(٥٤) د. براء منذر كمال عبد اللطيف , المصدر السابق , ص ٤٦ .

(٥٥) ينظر المادة ١٠ من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمادة ٢٧ من قانون الاجراءات الجنائية المصري .

المطلب الثاني المجني عليه بوصفه ضحية

مصطلح الضحية مصطلح قديم قدم الانسانية وقد استخدم قديما بشكل لا يختلف عن فكرة (الاضحية) او القرابين وممارستها ومع شيوع تداول هذه اللفظة او لفظة ضحايا الجريمة بين الباحثين وفي المؤتمرات او الندوات الدولية والتي تعقد تحت مسمى (ضحايا الجريمة) لمناقشة الامور المتعلقة بكفالة حقوق هؤلاء الضحايا ,الى الحد الذي ظهر معه علما جديد في نطاق الفقه الجنائي يسمى بعلم (ضحايا الجريمة) , لذا كان لزاما علينا ان نقف على مدلول هذه المصطلح التي لم يرد لها ذكر في القوانين الجنائية عادة بينما شاع استخدامها للتعبير احيانا عن المجني عليه وفي احيان اخرى عن المجني عليه والمتضرر من الجريمة معا .واحيانا ضم اليهما اشخاصا اخرين اعتبروا ضحايا^(٥٦) ,لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين , يتناول الفرع الاول مفهوم الضحية بشكل عام اما الفرع الثاني فسيكون محور بحثنا فيه عن الضحية في التشريع العراقي:

الفرع الاول: تعريف الضحية من الجريمة

ان لفظة ضحية في اللغة العربية لم تستخدم بمعنى المجني عليه او المتضرر , وانما استخدمت للتعبير عن الشاة التي تذبح ضحية وبها سمي يوم الاضحى , وكذلك تعني الضحية الضحى وهو الوقت الممتد من طلوع الشمس الى ارتفاع النهار^(٥٧) . ويرى جانب من الفقه أن كلمة الضحية في اللغة الانجليزية قد اشتقت من اللفظ اللاتيني (victima) وهي تشير إلى الحيوانات او البشر الذين يقتلون كتضحية أو قرابين في الطقوس الدينية ، إلى ان تطور المصطلح ليعني (الشخص او الأشخاص الذي يعاني من أي نوع من سوء العاقبة)^(٥٨)

اما في الاصطلاح الفقهي فقد تباينت وجهات نظر فقهاء القانون الجنائي ازاء هذه المفردة , فمن الفقه من يعبر عن المجني عليه بمصطلح الضحية فالمجني عليه هو الضحية بالنسبة للجريمة التي وقعت عليه ,وهو من وقع عليه الاعتداء بفعل يوصف وفق القانون بانه جريمة وسواء كان مجني عليه خاص اي من وقعت عليه الجريمة مباشرة او مجني عليه عام والمتمثل بالمجتمع الذي تأذى من الجريمة^(٥٩) وهناك من يرى ان مفهوم الضحية من الوجة القانونية هو مفهوم مرن ويستعصي على التحديد القانوني^(٦٠) كما يعرف الضحية بأنه «ذلك الشخص الذي يبقى على قيد

(٥٦) ورد ذكر مصطلح ضحية في قانون العقوبات الفرنسي رقم ٩٢-١٣٣٦ لسنة ١٩٩٢ المعدل في نصوص المواد ٢٤/٧٠١٣١/١١٣ ولكن دون ان يورد له تعريفا .

(٥٧) مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط, ط١ ,مكتبة الشروق الدولية ,٢٠٠٤ , ص ٥٣٥ .

(٥٨) فهد فالح مطر المصيربح ,المصدر السابق, ص ٥٦

(٥٩) د. الهادي سعيد , حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية , اعمال المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي, ص ٢٢١ و٢٢٢ نقلا عن د. محمد عبد اللطيف عبد العال , المصدر السابق , ص ١٥ .

(٦٠) د. احمد عبد اللطيف الفقي, الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة, دار النهضة العربية, ٢٠٠١, ص ١٨ .

الحياة يسأل نفسه عن أسباب تعرضه للجريمة مثل ضحايا الاغتصاب وضحايا التحرش الجنسي وضحايا التعذيب...»^(٦١)

ومنهم من يؤثر استعمال مصطلح (ضحايا الجريمة) للدلالة على (ضحايا السلوك المجرم) فضلا عن الذين «يصابون بالضرر في عائلهم واقاربهم الذين اضيروا في احساسهم وعواطفهم» ، فهو تعبير واسع يشمل في الغالب المجتمع كمجني عليه عام صاحب المصلحة والحق في كل الجرائم والفرد كمجني عليه خاص وكذلك المتضرر من الجريمة والذي قد يتسع لأسرة المجني عليه الخاص في حالة قتله مثلا ، كما ويشمل المتهم نفسه اذا انتهكت حقوقه الاساسية اثناء اجراءات سير العدالة التي تكفلها التشريعات والدساتير مثل حالات الحبس التعسفي او الاستجواب تحت تأثير التعذيب او اذى او تحت تأثير عقاير مخدرة ليعترف بالإكراه او انتهكت سرية مراسلاته او محادثاته وغيرها ... الامر الذي يعرضه للآلام مختلفة فضلا عما قد تتعرض له أسرته من اضطهاد وتعذيب للضغط عليه^(٦٢)

ويعرف أصحاب هذا الاتجاه الضحية بأنه «كل إنسان أو جماعة وقع عليه اعتداء من أي نوع في ذاته أو على حقوقه ، مسببا له أو لأسرته أو من يعولهم ضررا ما، أو الذين أصابهم ضرر لتدخلهم لمعاونة الضحية أو الشهادة معه ، سواء تم معرفة المعتدي أو لم يتم معرفته ، سواء أدين في محاكمته أم لم يدين ، أو كان الفعل بسبب القوة القاهرة والأزمات والكوارث الطبيعية»^(٦٣)

ومما تقدم نخلص الى ان مصطلح الضحية يطلق في الغالب وحسب راي اغلب الفقه الجنائي على كل من المجني عليه والمتضرر من الجريمة ، الامر الذي يطرح من جديد فكرة التشابه او التسوية بين مصطلحي المجني عليه والمتضرر من الجريمة ، اي ان يكون كل متضررا من الجريمة مجنيا عليه ، وكل مجني عليه متضرر من الجريمة فكلاهما ضحية الجريمة ، ويعد كذلك المتهم البريء ضحية اخرى من ضحايا الجريمة والذي تم زجه في اجراءات التحقيق او الاتهام والمحاكمة بغير حق نتيجة لتضليل العدالة من قبل الجاني او لقصور في اجهزة العدالة الجنائية عن معرفة الجاني الحقيقي^(٦٤).

ونتيجة لتعدد الاتجاهات النظرية والعملية في هذا الشأن فقد نشأ عن هذا التطور العلمي ما عرف بعلم الضحايا (Victimology) وفي المجال الجنائي الدقيق فان علم الضحايا يشير إلى تلك «الدراسات العملية والنظرية لأبعاد وطبيعة وأسباب الاضحاء الإجرامي وأثار ذلك على الأشخاص الذين كانوا عناصر في التضحية ورد فعل المجتمع تجاههم وخاصة رد فعل الشرطة والنظام القضائي»^(٦٥).

(٦١) د. محمد علي سالم و م. محمد عبد المحسن سعدون، حماية ضحايا الجريمة في مرحلة التحقيق الابتدائي، دراسة مقارنة بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد ٤، السنة السابعة، ٢٠١٥، ص ٧٨

(٦٢) د. محمد محيي الدين عوض ، حقوق المجني عليه في الدعوى الجنائية اعمال المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي نقلا عن د. محمد عبد اللطيف عبد العال ، المصدر السابق ، ص ١٦

(٦٣) عادل عبد الجواد محمد الكر دوسي، الجمعيات غير الحكومية وضحايا الجريمة، بحث مقدم إلى مؤتمر أكاديمية شرطة دبي الدولي حول ضحايا الجريمة، الإمارات العربية المتحدة، دبي، ٢٠٠٤.

(٦٤) د. عمار تركي عطية ود. ناصر كريم خضر ، المصدر السابق ، ص ٩٤.

(٦٥) د. محمد الأمين البشري ، علم ضحايا الجريمة وتطبيقاته في الدول العربية ، ط١، مركز البحوث للدراسات ، الرياض، ٢٠٠٥ ، ص ٦٩ .

اما عن المؤتمرات الدولية التي تناولت مفهوم ضحايا الجريمة فقد اخذت اغلبها بهذا المفهوم للضحية وعلى وجه الخصوص ما صدر عن مؤتمر الامم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين، والذي تبني اعلان الامم المتحدة الصادر عام ١٩٨٥^(٦٦) بشأن المبادئ الاساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة او اساءة استعمال السلطة والذي جعل مصطلح الضحية يشمل كل من المجنى عليه والمتضرر من الجريمة الذي قد يتمثل في خسارة اقتصادية كما هو الحال في الاتلاف او الحريق او الحرمان من الاموال وملكيته كما في السرقة او خيانة الامانة او الحرمان من الحرية كما في الحجز و الاعتقال بدون وجه حق ، فكلاهما اضرار تصيب من وقعت عليه الجريمة ، وايضا ان هذا الاعلان جعل مصطلح الضحية شاملا لضحايا النظام الاجتماعي مثل التفرة العنصرية التي قد تكون بسبب العرق او اللون او الجنس^(٦٧)

وفي الندوة الدولية التي عقدت في الفترة من ٢٢ ولغاية ٢٥ يناير سنة ١٩٨٩ والتي نظمت من قبل اكااديمية الشرطة، والتي تدور حلقات النقاش فيها حول « حماية حقوق الضحايا» ، حيث اسفر عن هذه الندوة توصيات مهمة في المجالين القانوني والاجتماعي والتي تؤكد على وجوب تفعيل قواعد الحماية والانصاف لضحايا الجرائم ، وايضا التأكيد على الدور المهم الذي تلعبه الشرطة في الحماية والوقاية والفعالية في الاجراءات المتبعة بما يخدم صالح الضحايا ، وكذلك فقد انعقد في مصر وخلال نفس العام المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي للفترة بين ١٢ و ١٤ مارس ، حول حقوق المجنى عليه في الاجراءات الجنائية في الدعويين العمومية والمدنية التبعية ، والذي نشرت جميع اعماله وتوصياته فب كتاب خاص اعتبر مرجعا هاما في موضوع حقوق الضحية على المستوى العربي^(٦٨).

ان التعريف الذي تعتمده الأكاديمية القومية لمساعدة الضحايا قد توسع في تعريف ضحايا الجريمة أكثر مما هو عليه في التعريف الوارد في إعلان الأمم المتحدة الخاص بالمبادئ الأساسية لعدالة ضحايا الجريمة أو إساءة استخدام السلطة .

ويعد الشخص وفقا للتعريفات أعلاه ضحية للجريمة بغض النظر عن كون الجاني معروفا أو مجهولا، قدرتم القبض عليه أو لا، أدين أو لم تتم إدانته، وبصرف النظر كذلك عن العلاقة الأسرية التي قد تربط الضحية بالجاني. ويبدو أن التعريف الوارد في الإعلان الدولي يعتمد معيار الضرر في تحديده مفهوم الضحية سواء كان الضرر بدنيا، عقليا أو نفسيا أو ماديا مادام قد ترتب على اثر جريمة ارتكبت ضده أو كان نتيجة لإساءة استعمال السلطة.

والجدير بالذكر أن التعريف الأول الذي أقرته منظمة الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ في شأن الضحايا قد هجرته واعتمدت تعريف بياني لا حصري يعتمد على تصنيف الضحايا

(٦٦) يعد هذا الاعلان اول وثيقة دولية تساعد على تحديد مدلول الضحية في القانون الدولي ، د. محمد الامين البشري ، المصدر نفسه ، ص ٧٠

(٦٧) تنظر الفقرة (١ البند ٢-٣) من مؤتمر الامم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين ، ميلانو ، ١٩٨٥ .

(٦٨) مريم فلكاوي ، التأصيل القانوني لمصطلح الضحية ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، العدد السابع ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة امي ١٩٤٥-قائمة ، ص ١٦١ .

إلى فئات عمرية او نوعية خاصة وذلك لتسهيل اعداد تدابير محددة لتنفيذ حمايتهم من خلال وسائل خاصة تتناسب مع طبيعة الجريمة وكذلك طبيعة نوعية الضحية.

ان هذا التعريف البياني الموسع تجنب الوقوع في النطاق الضيق حيث لم يعد الضحية هو المجنى عليه فقط أو المتهم الذي يعد ضحية الظروف التي دفعته لارتكاب الجريمة، كما تجنب اعتبار دور المجنى عليه في وقوع الجريمة و تسهيلها وعدم احترازه منها أو حتى عدم الإبلاغ عنها^(٦٩)

وعلى الرغم من كل ذلك فان الخلاف مازال قائماً حول مفهوم علم الضحايا ونطاقه وذلك لصعوبة تحديد اسباب الضرر التي يتعرض لها الانسان في عصرنا الحالي مهما كان مصدرها^(٧٠)

ومن كل ما سبق نستطيع القول ان مصطلح الضحية اوسع نطاقاً من المجنى عليه وهذا يعني ان كل مجنى عليه هو ضحية وليس كل ضحية مجنى عليه فالضحية يشمل المجنى عليه والمتضرر من الجريمة. واخيراً نقترح تعريف الضحية بأنه كل شخصاً طبيعياً كان أم معنوياً، اصيب بضرر وذلك عن طريق أفعال عمدية، أو غير عمدية تشكل انتهاكاً للقوانين .

الفرع الثاني: الضحية في التشريع

لم يرد ذكر لمصطلح الضحية في قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٩٦ المعدل ولا في قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وعادة ما نجد فيهما ذكر لمصطلحي المجنى عليه والمتضرر من الجريمة من خلال ابراز حقوقهما او ابراز دورهما في الدعوى الجزائية او الدعوى المدنية التبعية , لكن بعد الاحداث الدامية التي عاشها العراق بعد عام ٢٠٠٣ , نجد المشرع العراقي اورد هذا المصطلح في بعض القوانين ذات الصفة الخاصة في السنوات الاخيرة ولم يكتف بما تضمنه القواعد العامة من حقوق للمتضررين من العمليات الارهابية والذين يصدق عليهم وصف ضحية , ومن ابرز هذه القوانين قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ , حيث تضمن تعريفاً للضحية في المادة ١/٣ من قواعد الاجراءات وجمع الادلة الملحقه بهذا القانون فعرفته بانه «الشخص الذي ادعى او اكتشف ان جريمة تخضع لاختصاص المحكمة الجنائية العراقية العليا ارتكبت ضده» «ونحن نرى ان هذا التعريف غير دقيق وذلك بوصفه الضحية بانه من ادعى او من اكتشف ... , وكذلك فانه قصر الضحية فقط بالمجنى عليه اي بمن ارتكبت ضده جريمة من الجرائم التي تخضع لاختصاص المحكمة الجنائية العراقية العليا , في حين نحن توصلنا الى ان مدلول الضحية اوسع من المجنى عليه ولذلك نقترح تعديل التعريف اعلاه بما يتناسب مع مدلول الضحية في الفقه الجنائي , وقد تضمنت المادة (٢١) هذا القانون للضحايا وذويهم وللشهود وفقاً لما يرد في قواعد الاجراءات والادلة الملحقه بهذا القانون بما في ذلك تامين السرية لهوية الضحايا او

(٦٩) د . محمد محب الدين مؤنس، تعويض ضحايا الجريمة، جامعة نايف العربية، الرياض، ٢٠١٠، ص٢٧.

(٧٠) د. محمد الامين البشري، المصدر السابق، ص ٨١ .

نويهم وللشهود . اما الفقرة الثانية من المادة العشرون فقد نصت «على محكمة الجنايات ضمان اجراءات محاكمة عادلة وسريعة وفقا لا حكام هذا القانون وقواعد الاجراءات والادلة الملحقة به مع ضمان حقوق المتهم والاعتبارات المطلوبة لحماية الضحايا او نويهم والشهود » كذلك فان المادة ٢٢ منه ذكرت «بان لذوي الضحايا والمتضررين من العراقيين الادعاء مدنيا امام هذه المحكمة ضد المتهمين عما اصابهم من ضرر من الافعال التي تشكل جريمة بمقتضى احكام هذا القانون ,وللمحكمة الفصل في هذه الدعاوى وفقا لقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ والقوانين ذات العلاقة » .

فالمشرع العراقي في هذا القانون اورد مصطلح الضحية وتعامل معه بطريقة اراد فيها ان يجبر الضرر بتعويض يفوق التعويض العادي الذي تضمنه القواعد العامة لفئة من المتضررين من الافعال التي تعد جرائم وفق قانون هذه المحكمة خاصة اذا علمنا ان اختصاصها مقيد بفترة زمنية معينة وهي الجرائم المرتكبة للفترة من تاريخ ١٩٦٨/٧/١٧ ولغاية ٢٠٠٣/٥/١ وبالتالي فان احكامه لا يمكن ان تعمم^(٧١)

وبعد ان تم التصديق على قانون [تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاطفاء العسكرية والعمليات الارهابية] رقم (٢٠ لسنة ٢٠٠٩)^(٧٢) حيث جرى العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية حيث عالج هذا القانون بصورة عامة الاخطاء التشريعية والنقض الذي حصل بالأمرين (١٠) و(١٧) لسنة ٢٠٠٤ الا انه لم ينجو من النقد لأنه استبعد تعويض الشخص المعنوي كالشركات والنقابات والمؤسسات ... الخ وكذلك لم يخص ذوي المفقود ببعض الحقوق كاستحقاقهم لقطع الاراضي أو منحهم الراتب التقاعدي . ألا انه وعند مقارنته مع الأمرين السابقين يتضح انه أفضل فقد تم بموجبه رفع مبالغ التعويض لذوي الشهداء او المتضررين عن الاصابة بعجز كلي او عجز جزئي فهذه المبالغ تعد أيضاً مجزية وكذلك تم منح التعويض لذوي الشهيد حسب الميراث الشرعي وكذلك منحهم رواتب تقاعدية وقطع اراضي.

كذلك فقد اورد المشرع العراقي مفردة (ضحايا) في اكثر من موضع في قانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٢^(٧٣) , وهو ايضا قانون يعنى بفئة معينة وهم ضحايا جريمة الاتجار بالبشر والملاحظ على هذا القانون انه استخدم لفظ المجنى عليه بطريقة تدل على انه مرادف لمصطلح الضحايا لأغراض هذا القانون , فضلا عن نصه في المادة الاولى / ثانيا على اعطاء تعريف للمجنى عليه فقط بانه «الشخص الطبيعي الذي تعرض الى ضرر مادي او معنوي ناجم عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون » . ونحن نرى بهذا الصدد انه من الافضل ايراد تعريف للضحية من جريمة الاتجار بالبشر افضل من ايراد تعريف فقط للمجنى عليه من هذه الجريمة.

(٧١) تنظر نص المادة ١/ثانيا من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ المنشور بالوقائع العراقية العدد ٤٠٠٦ بتاريخ ٢٠/١٠/١٨

(٧٢) نشر هذا القانون بالوقائع العراقية العدد ١٤٠٤ في ٢٨/١٢/٢٠٠٩ السنة ٥١ .

(٧٣) تنظر نصوص المواد ٩/٦ , ١٠ , والمادة ١١ , بأغلب فقراتها تضمنت حماية لضحايا الاتجار بالبشر , والاسباب الموجبة لقانون مكافحة الاتجار بالبشر رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٢ المنشور بالوقائع العراقية العدد ٢٣٦٤ بتاريخ ٢٣/٤/٢٠١٢

وكذلك نجد قانون حماية شؤون المقابر الجماعية المعدل قد وردت فيه اكثر من اشارة لمصطلح الضحية فضلا عن ايراده تعريفا للضحايا بالمادة الثانية / رابعا منه بانهم «مجموعة من رفات الشهداء التي يتم العثور عليها في المقابر الجماعية» كذلك فان الاسباب الموجبة لهذا القانون بينت ان من اسباب تشريعه هو التعرف على هوية الضحايا ولغرض اعادة رفاتهم الى ذويهم وبمراسيم تليق بتضحياتهم والمحافظة على ادلة الجريمة وتقديمها للقضاء لتسهيل مهمته في اثبات مسؤولية الجناة عن جرائم الابادة الجماعية والدفن غير الشرعي وغيرها من الجرائم المرتكبة ضد الضحايا. فضلا عن اقراره لحقوق ورثة الضحايا^(٧٤)

(٧٤) قانون حماية شؤون المقابر الجماعية المعدل رقم ٥ لسنة ٢٠٠٦ المنشور بالوقائع العراقية العدد ٤٠٢١ بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١٦

المطلب الثالث

المجني عليه بوصفه مدعيا بالحق المدني

ثمة تشابه ايضا قد يقوم بين المجني عليه وبين المدعي بالحق المدني فيظهر المجني عليه بوصفه مدعيا بالحق المدني، ولكن قد يقوم بينهما فارق ولا تتحد صفة المجني عليه مع شخص المدعي بالحق المدني، وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الفرع الاول لبيان مفهوم المدعي بالحق المدني، بينما الفرع الثاني فسوف نتناول فيه التمييز بين المجني عليه والمدعي بالحق المدني..

الفرع الاول: تعريف المدعي بالحق المدني

لقد عرف المدعي بالحق المدني بتعريفات فقهيه متعددة، فقد عرف بأنه « من يطالب بتعويض ضرر مباشر منشأه الجريمة»^(٧٥)، أو هو « كل من يضار من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجزائية سواء حركت بمعرفة الادعاء العام أم مباشرة»^(٧٦). ويعرف ايضا بأنه « كل من يرى ضررا اصابه من جراء الجريمة سواء كان هو المجني عليه ام غيره ممن لم يقصدوا بالجريمة اساسا ولكن اصابهم ضرر في مالهم او اعتبارهم او سلامتهم من جرائمها بشرط ان يكون هذا الضرر ناتجا عن الجريمة مباشرة»^(٧٧)، فالمدعي بالحق المدني وكما هو واضح من نصوص قانون الاجراءات الجنائية المصري « هو الشخص الطبيعي او المعنوي الذي نالته الجريمة بضررها او لحقه ضرر من جرائمها»^(٧٨) وقد يكون المدعي بالحق المدني هو المجني عليه نفسه او شخصا غيره اصابته الجريمة بضررها ويجوز ايضا لمن يحل محل المجني عليه بموجب القانون او لورثته بعد وفاته ان يتولوا الادعاء بالحق المدني بالنيابة عنه^(٧٩). وقد تباينت التسمية التي تطلق عليه بين التشريعات الجزائية لبعض الدول حيث اخذ المشرع العراقي بهذه التسمية اذ ينص « لمن لحقه ضرر مباشر، مادي او ادبي، من اي جريمة ان يدعي بالحق المدني (...)»^(٨٠)، بينما نجد بعض التشريعات الجزائية كالتشريع الاردني والسوري واليمن قد استخدمت مصطلحا اخر يرادف المصطلح الذي اعتمده المشرع العراقي وهو المدعي بالحق الشخصي^(٨١). وكذلك الحال بالنسبة للتسمية التي تطلق على الدعوى المدنية الناشئة عن جريمة نجد بعض الفقه يسميها الدعوى المدنية المتولدة عن الجريمة، بينما البعض الاخر يسميها بالدعوى المدنية التبعية، وهي في جميع الاحوال « تلك

(٧٥) د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٢.

(٧٦) د. علي عوض حسن، الجناة المباشرة تحريك الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المدني المباشر، ط ٢، دار النشر والمطبوعات الكويتية، الكويت، ١٩٨٥، ص ١٣٢.

(٧٧) د. محمد صبحي نجم، التوجيز في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، ط ١، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩١، ص ٨٤.

(٧٨) نصوص المواد (٢٧ و ٧٦ و ٢٥١ و ٢٦٤) من قانون الاجراءات الجنائية المصري.

(٧٩) المادة (١١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي المعدل.

(٨٠) المادة (١٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ.

(٨١) تنظر نصوص المواد (٦٤ اصول سوري و ٥٢ اصول اردني و ٢ اجراءات يمني).

الدعوى التي تقام ممن لحقه ضرر من الجريمة بالتبعية للدعوى الجزائية القائمة بطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه»^(٨٢) .

ولقد سارت التشريعات في حق رفع هذه الدعوى امام المحاكم الجزائية بطريق التبعية للدعوى الجزائية باتجاهين , اما الاول ويمثلها التشريعات الانكليزية وكذلك الجرمانية وهي لا ترى في وحدة المصدر بين الدعويين ما يبرر الخروج عن قواعد الاختصاص النوعي لكونها مقررة للمصلحة العامة , وعليه لا يجوز لمن تضرر من الجريمة ان يجعل من نفسه خصما امام المحاكم الجزائية , واما الاتجاه الاخر فقد منح اختصاصا للمحاكم الجزائية في نظر الدعوى المدنية و تحديد التعويض عن الاضرار الناشئة عن الجريمة , وتمثل هذا الاتجاه التشريعات اللاتينية والتي نهجت منهجها الكثير من القوانين مثل المشرع العراقي والمشرع المصري , ان الفلسفة التي تبنتها هذه التشريعات تقوم على عدة مبررات , اهمها , توفير الجهد حيث يمكن للمحاكم الجزائية ان تحسم هذا النزاع لكونها خاضت بتفاصيله وبالتالي يوفر الجهد عن المحاكم المدنية للخوض في نفس الموضوع .و كذلك سرعة البت في الخصومة وتبسيط الاجراءات^(٨٣) , كما ان قبول الدعوى المدنية امام المحاكم الجزائية يعد مانعا يمنع تضارب الاحكام بين المحاكم الجزائية والمدنية حيث ان ادلة الاثبات تكون اسهل وذلك لان اطراف الدعوى المدنية هم ذات الاطراف في الدعوى الجزائية فضلا عن الاقتصاد في الرسول والتكاليف^(٨٤)

ويتعين لرفع الدعوى المدنية سواء رفعت أمام المحكمة المدنية المختصة أصلاً بنظرها أم رفعت أمام المحكمة الجنائية تبعاً لها , توافر شرطين هما : أهلية التقاضي و المصلحة في التقاضي. فالمدعي بالحق المدني يجب أن يكون شخصاً متمتعاً بأهلية الادعاء وهي مماثلة لأهلية التعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته للتقاضي , أما اذا لم يكن المدعي أهلاً للتقاضي وجب ان ينوب عنه من يمثله قانوناً كالولي أو الوصي أو القيم وفقاً للقواعد العامة . واذا لم يوجد من يمثله قانوناً , وجب على قاضي التحقيق أو المحكمة تعيين من يتولى الادعاء المدني نيابة عنه وبدلالة واضحة لنص المادة (١١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي^(٨٥) ومتى ما ثبت للمتضرر أنه كامل الاهلية كان له مطالبة القضاء بحقه. اما بالنسبة لشرط المصلحة فان القاعدة السائدة لدى القضاء المدني والجزائي والواجب توافرها في قيام الدعوى هي (لا دعوى بدون مصلحة) وهذه القاعدة تتفق الى أبعد مدى مع مباشرة الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي إذ ان اللجوء الى القضاء الجنائي للنظر في الادعاء المدني فُبل على وجه الاستثناء وان الاستثناء لا يتوسع فيها^(٨٦) , وفي الحقيقة ان شرط المصلحة ليس مجرد شرطاً لقبول الدعوى بل هو (علة الاختصاص الاستثنائي) للقضاء الجزائي بشأن نظره للدعوى المدنية

(٨٢) د. محمد عبد اللطيف عبد العال , المصدر السابق , ص ٦٦ .

(٨٣) د. فخري عبد الرزاق الحديثي , المصدر السابق , ص ١٢٩ ..

(٨٤) قيس لطيف التميمي, شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٣ لسنة ١٩٧١, دار السنهوري, بيروت, ٢٠٢٠, ص ٥٥

(٨٥) د. براء منذر كمال عبد اللطيف , المصدر السابق , ص ٤٥ .

(٨٦) المستشار الطيب اللومي, الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي, بحث مقدم للمؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٨٩, ص ٣٢٨ .

فاذا لم يكن الضرر ناشئاً عن الجريمة أنتفت علة الاستثناء^(٨٧)، فشرط المصلحة يتحقق عندما يثبت المتضرر أن الضرر المدعي به قد حصل بالفعل أو انه متحقق الوقوع في المستقبل وكذلك ان يثبت كون الضرر مؤكداً ومباشر من الجريمة التي وقعت ومن اجله رفعت الدعوى بالتبعية أمام المحكمة الجزائية للتعويض عن الضرر^(٨٨)

الفرع الثاني: التمييز بين المجنى عليه والمدعي بالحق المدني

كثيراً ما تتعدد صور المجنى عليه في الجريمة الواحدة ويختلط بعضها بصور المدعين بالحقوق المدنية بحيث يصعب التمييز وبيان من هو المجنى عليه في الجريمة ومن هو المدعي بالحق المدني والذي تقبل دعواه المدنية أمام جهة القضاء الجزائي. وليبيان أوجه التمايز بينهما لأبد من تحديد بعض القواعد التي من الممكن ان نسترشد بها لبيان ذلك والتي يمكن إجمالها بالآتي:

١ - إن المجنى عليه هو صاحب الحق او المصلحة التي يحميها القانون بنص التجريم والذي وقعت الجريمة عدواناً مباشراً على مصلحته او حقه^(٨٩)، وقد لا يطالب بالتعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب الجريمة أمام القضاء الجزائي، وعندئذ فانه لا يكون خصماً في دعوى مدنية ولكن له مصلحة في أن يقضي بإدانة المتهم، اما المدعي بالحق المدني فهو كل من يعتقد بأن له حقوق مدنية في مواجهة المتهم بارتكاب الجريمة وقد يكون هو نفسه المجنى عليه في الجريمة سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، كما قد يكون اخر غير المجنى عليه كأولاد القتل أو زوجه ، حيث يلاحظ أن أولاد المجنى عليه أو زوجه لا يرفعون الدعوى بصفتهم ورثة المجنى عليه ، وإنما يرفعونها باعتبارهم قد اصابهم ضرر شخصي مباشر من الجريمة ، شأنهم في ذلك كأبي شخص آخر أصيب بضرر شخصي ومباشر من الجريمة التي اودت بحياة المجنى عليه حتى ولو كان غير وارث من أخت المجنى عليه ولو لم تكن وارثة مادام قد نالها ضرر مباشر من الجريمة^(٩٠).

٢- لا يشترط في المجنى عليه أن يكون هو ذاته المدعي بالحق المدني حتى وان اصابه ضرر مباشر جراء الجريمة المرتكبة ، إذ قد يمتد ضررها إلى شخص آخر غير المجنى عليه، كما هو الحال في ورثة القتل ، و المودع لديه الذي سرق منه المال المودع حيث إن المجنى عليه في جريمة السرقة هو المالك وليس الحائز^(٩١). وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بانه « ليس في القانون ما يمنع ان يكون المضرور من الجريمة اي شخص ولو كان غير المجنى عليه مادام قد اثبت قيام هذا الضرر وكان ناتجا عن جريمة ، ذلك ان المناط في صفة المدعي ليس وقوع الجريمة

(٨٧) د. محمد عبد غريب ، الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٣٨٤.

(٨٨) سبق وان تم التطرق للشروط الواجب توافرها في الضرر لكي يتم التعويض عنه وذلك في موضع سابق من البحث .

(٨٩) د. محمد عبد اللطيف عبد العال ، المصدر السابق ، ص ٢٥

(٩٠) انظر قرار محكمة النقض المصرية في ٢٤/٥/١٩١٣ المجموعة الرسمية ، ص ١٤، ص ٢٥٧.

(٩١) د . سامي النصراري، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، ج ١، ط٢، مطبعة دار السلام، ١٩٧٤، ص ٢٠٢

عليه وإنما هو الحاق الضرر الشخصي به بسبب وقوع الجريمة»^(٩٢).
 ٣- إن قيام المجنى عليه بمباشرة حقوقه في الدعوى الجزائية لا يتوقف على مطالبته بالحقوق المدنية. ولكن الامر مختلف بالنسبة إلى المدعي المدني فلا يجوز له رفع الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي إلا بطريق التبعية للدعوى الجزائية ، أما في حالة عدم رفع المجنى عليه للدعوى الجزائية فلا يوجد خيار أمام المدعي المدني في رفع الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي أمام القضاء المدني^(٩٣).

ان جانب كبير من الفقه يذهب الى ان تحريك الدعوى الجزائية بطريق الادعاء المباشر حق لا يملكه سوى المتضرر من الجريمة، وسواء اكان هو المجنى عليه ام شخص اخر غيره ، ولكنه اذا كان في الغالب ان تتحد صفة المجنى عليه وصفة المتضرر من الجريمة ، ولكن عند افتراق الصفتين فان تحريك الدعوى يكون بطريق الادعاء المباشر للمتضرر وان كان شخصا اخر غير المجنى في الجريمة، فالمعيار اذن في امكان رفع الدعوى المباشرة يكمن في تحقق عنصر الضرر ، وعليه فان المجنى عليه الذي لم يصبه ضرر من الجريمة لا يملك هذا الحق^(٩٤).

ان بعض التشريعات الاجرائية تذهب الى تأييد هذا الراي ، ومن ذلك مثلا ما نصت ١/٢٣٢ من قانون الاجراءات الجنائية المصري على ان « تحال الدعوى الى محكمة الجناح والمخالفات بناء على امر يصدر من قاضي التحقيق او محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة او بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل احد اعضاء النيابة العامة او من المدعي بالحقوق المدنية » ، اما المادة ٢٧ من القانون المذكور فقد عبرت عن المدعي بالحقوق المدنية بانه «كل من يدعي حصول ضرر من الجريمة » ، وكذلك فان قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي ينص على ان المتضرر من الجريمة يمكنه تحريك الدعوى الجنائية بالشروط المحددة قانونا^(٩٥).

اما بالنسبة لقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي فسبق وان ذكرنا انه قد نص في المادة العاشرة منه على انه « لمن لحقه ضرر مباشر ، مادي او ادبي، من اية جريمة ان يدعي بالحق المدني ضد المتهم والمسؤول مدنيا عن فعله مع مراعاة ما ورد بالمادة التاسعة بعريضة او طلب شفوي يثبت في المحضر اثناء جمع الادلة او اثناء التحقيق الابتدائي او امام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية في اية حالة كانت عليها حتى صدور القرار فيها و ولا يقبل ذلك منه لأول مرة عند الطعن تمييزا »^(٩٦).

اذن اذا توافرت الاضرار المذكورة انفا بالشخص صار متضررا من الجريمة واذا تقدم بطلباته للتعويض عن هذه الاضرار اجتمعت فيه عندئذ صفتا المتضرر من الجريمة وصفة المدعي بالحق المدني ، اي ان الاخير هو كل شخص يدعي بان ضررا شخصيا

(٩٢) الطعن رقم ١٠١٩ لسنة ٥٥٥ هـ ، جلسة ١٦ مايو سنة ١٩٨٥ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، مذكور لدى د. محمد عبد اللطيف عبد العال ، المصدر السابق ، ص ٢٢ .

(٩٣) د. عبد الامير العكيلي وسليم الحربة ، المصدر السابق ، ص ٥٢

(٩٤) د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ ؛ د. فوزية عبد الستار ، المصدر السابق ، ص ٣٩

(٩٥) تنظر المادة الاولى من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي رقم ١٤٢٦-٥٧ لسنة ١٩٥٨ المعدل .

(٩٦) بالمقابل نصت المادة ٢٥١ من قانون الاجراءات الجنائية المصري على ان « من لحقه ضرر من الجريمة ان يقيم نفسه مدعيا بالحقوق المدنية امام المحكمة المنظورة امامها الدعوى الجنائية » .

ومباشرا قد لحق به من جراء الجريمة المرتكبة^(٩٧) .
وعليه يمكن القول ان المدعي بالحق المدني هو ذاته المتضرر من الجريمة ,
وان المناط في تحديد صفة المدعي بالحق المدني ليس في وقوع الجريمة عليه بل في
الحاق الضرر المباشر الشخص به بسبب وقوع تلك الجريمة .

(٩٧) د. حسن صادق المرصفاوي , المصدر السابق , ص ١٨٦

الخاتمة

بعد ان انهينا بعون الله وتوفيقه بحثنا الموسوم (المظاهر المدنية لمركز المجنى عليه في الدعوى الجزائية - دراسة مقارنة) , كان لأبد لنا من وقفة تأمل فيما ورد فيه من افكار شتى لنضع بعض الاستنتاجات ونسجل بعض التوصيات التي نراها مهمة لتكتمل صورة البحث تحقيقاً للفائدة العلمية وذلك على النحو الآتي :

اولا : الاستنتاجات

١- في الغالب أن صفة المتضرر من الجريمة تتحد مع صفة المجنى عليه في الجريمة ويجتمعان في شخص واحد , ولكن هذا الاتحاد والتقارب ينفصم عن بعضه في احيان اخرى , ولا يلحق المجنى عليه ضرر من الجريمة, وفي احوال اخرى فأن الضرر يلحق اشخاص اخرين غير المجنى عليه. وقد ترتب على هذا نتائج واثار هامة على المستويين الموضوعي والاجرائي وذلك من خلال بعض الحقوق التي قد تثبت للمجنى عليه دون المتضرر او العكس.

٢- لا يوجد اتفاق فقهي او تشريعي حول مدلول الضحية واستنتاجنا ان للأخير مفهوم اوسع نطاقا من المجنى عليه والمتضرر من الجريمة , وهذا يعني ان كل مجنى عليه هو ضحية وليس كل ضحية مجنى عليه, فالضحية يشمل المجنى عليه والمتضرر من الجريمة واشخاص اخرين توسع الفقه الجنائي والمؤتمرات الدولية في تحديدهم كالمتهم البريء مثلا . وعلى مستوى التشريع العراقي , وجدنا ان هذه اللفظة لم يرد لها ذكر في قانون العقوبات العراقي او قانون اصول المحاكمات ولكن المشرع العراقي عالج حقوق الضحية وذويه في بعض القوانين الخاصة بقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا وقانون الاتجار بالبشر العراقي وقانون حماية شؤون المقابر الجماعية المعدل .

٣- تتباين الاتجاهات الفقهية في تعريف المدعي بالحق المدني, وان المدعي بالحق المدني هو ذاته المتضرر من الجريمة , وان المناط في تحديد صفته ليس في وقوع الجريمة عليه بل في الحاق الضرر المباشر والشخصي به بسبب تلك الجريمة, وعليه فان الاضرار المذكورة انفا اذا توافرت بالشخص صار متضررا من الجريمة واذا تقدم بطلباته للتعويض عن هذه الاضرار اجتمعت فيه عندئذ صفتا المتضرر من الجريمة وصفة المدعي بالحق المدني ,اي ان الاخير هو كل شخص يدعي بان ضررا شخصيا ومباشرا قد لحق به من جراء الجريمة المرتكبة .

ثانيا : التوصيات

١- نقترح تعريف الضحية بأنه كل شخص طبيعيا كان أم معنويا , اصيب بضرر مادي او معنوي بما في ذلك الضرر العقلي او النفسي أو الحرمان من التمتع بالحقوق الأساسية وذلك عن طريق أفعال عمدية , أو غير عمدية تشكل انتهاكا للقوانين .

٢- نأمل من المشرع العراقي اعادة النظر بتعريف الضحية الوارد بالمادة ١٣/١ من قواعد الاجراءات وجمع الادلة الملحقة بقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم

١٠ لسنة ٢٠٠٥ حيث انه قد قصر مدلول الضحية فقط بمن ارتكبت ضده الجريمة وكانه لفظ مرادف للمجنى عليه في حين ان للضحية مدلول اوسع كما لاحظنا انفا .
 ٣- نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة (١/٧) من المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات الجزائية) ليكون نصها «الجرائم الأخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها إلا بناء على شكوى المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً»
 ٤-نوصي بتعديل المادة الاولى / ثانيا من قانون مكافحة الاتجار بالبشر العراقي رقم ٢٨ لسنة ٢٠١٢ والتي نصت على اعطاء تعريف للمجنى عليه فقط دون الضحية ونفضل ان تعرف الضحية بدلا من المجنى عليه ليكون نصها : الضحية هو «الشخص الطبيعي الذي تعرض الى ضرر مادي او معنوي ناجم عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون» .اسوة بالقوانين التي عرفته ولكون الضحية اوسع حيث يشمل كل من تضرر من جريمة الاتجار بالبشر .

٥-نامل من المشرع العراقي النص صراحة على حق الجمعيات ومنظمات المجتمع المدني والنقابات في الادعاء المدني لصالح أعضائها وخاصة تلك الاشخاص التي تعمل في مجال مساعدة ضحايا الجريمة ، وهذا بلا شك يوفر الحماية لضحايا الجريمة الذين يعجزون من الادعاء المدني اقتصاديا ، او ربما تمنعهم الخشية من المعتدين على حقوقهم من الادعاء المدني . ثم ان في هذه الدعوة مزية اخرى تتمثل في قيام تلك الجهات في مؤازرة السلطات المعنية في أداء دورها في الدعوى الجزائية.

صفة الموظف كظرف مشدد في جريمة السرقة -دراسة مقارنة -

م.م. ضحى حسن فليح

جامعة ميسان - كلية العلوم السياسية - قسم الفكر السياسي

المستخلص

تناولت هذه الدراسة صفة الموظف بأعتبارها من الظروف المشددة واثرها على الجرائم, ومنها جريمة السرقة, ولاتعتبر هذه الظروف داخله في مضمون اركان الجريمة, بل هي لاحقة عليها وخارجة عن نظامها, وتؤثر على نتيجة الجريمة وتزيد من خطورتها الاجرامية, مما يترتب عليها تشديد العقوبة, لذا اتفقت غالبية التشريعات على تشديد عقوبة جريمة السرقة عند ارتكابها من شخص يتمتع بالصفة الوظيفية, لكونها ترتكب من شخص ذو شان في المجتمع فيعتبر ذلك انتهاكا للصفة الوظيفية, ومنها المشرع الفرنسي والجزائري, وقد حذا المشرع العراقي حذوهم بأعتبار صفة الموظف ظرف مشدد لجريمة السرقة في المادة (٤٤٤/سابعاً) من قانون العقوبات العراقي, واثرها على العقوبات الاصلية و لا يشمل العقوبات التكميلية, فهي عقوبات جوازية تمتلك المحكمة سلطة استبعادها في جميع الاحوال, اما بخصوص العقوبات التبعية, فهي تتأثر بها بصورة غير مباشرة, فضلاً عن ان هذه الصفة تعتبر كظرف مشدد بالنسبة للمساهمين بجريمة السرقة في حال كانوا على علم بها.

Abstract

This study deals with the employee's status as one of the aggravating circumstances and their impact on crimes, including the crime of theft, and these circumstances are not considered to be included in the content of the elements of the crime, but rather are subsequent to it and outside its system, and affect the outcome of the crime and increase its criminal seriousness, which leads to an intensification of the punishment. Therefore, most of the legislations agreed to tighten the penalty for the crime of theft when it is committed by a person who has a functional capacity, because it is committed by a significant person in society, and this is considered a violation of the job description, including the French and Algerian legislators, and the Iraqi legislator followed their example by considering the employee's status an aggravating circumstance for the crime of theft in Article (444 / Seventh) of the Iraqi Penal Code, and its impact on the original penalties and does not include complementary penalties, They are permissible penalties that the court has the power to exclude in all cases. As for the ancillary penalties, they are affected indirectly, in addition to that this characteristic is considered an aggravating circumstance for the shareholders of the crime of theft if they were aware of it.

المقدمة

ان الجرائم ومهما تعددت وتنوعت لها ركنين اساسيين منها الركن المادي, و الركن المعنوي , الا هناك ظروف قد ترتبط بالجريمة وتغير من وضعها القانوني, فأصبحت دراسة ظروف الجريمة من الضرورات التي يجب ان يحيط بها القاضي الجنائي , وذلك من اجل التطبيق الصحيح للقانون من كافة جوانبه, وتحقيق الغاية من الجزاء , وملاءمته للفعل المرتكب, وقد عمد المشرع العراقي, وعلى غرار التشريعات المعاصرة بالنص صراحة في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على تشديد العقاب لبعض الجرائم عند توفر ظروف خاصة يعتبرها موجبا للتشديد, كما^(١) جعل أحيانا من ظروف معينة سببا أو موجبا لتغيير وصف الجريمة وطبيعتها القانونية فيحولها إلى (جناية) بعد أن كانت (جنحة) ويطلق على هذه الأسباب أو الظروف في الحالتين (الظروف المشددة القانونية), وهي ليست أسباب عامة لتشديد العقاب , بل هي ظروف خاصة نص عليها المشرع على سبيل الحصر, وتترتب عليها زيادة جسامه الجريمة, أو جسامه مسؤولية المتهم عليها و تشديد العقاب تبعاً لذلك, ومنها الظروف الشخصية التي تتعلق بشخصية الجاني, كظرف صفة الموظف او المكلف بخدمة عامة, والذي هو موضوع بحثنا فهو ظرف مشدد لجريمة السرقة ويحولها الى جنائية.

أهمية البحث

يشكل موضوع البحث أهمية, لما لظروف الجريمة من دور في تحديد نوع ومقدار العقوبة, وما ينجم عن ذلك من تحقيق اهداف القانون الجنائي, لذا تكمن أهمية هذا البحث في القاء الضوء على صفة الموظف كظرف مشدد في جريمة السرقة, وعلّة التشديد كآمنة في فعل الجاني الذي ينم عن استهتاره بالصفة التي يحملها, وهي انه ممثل السلطة العامة, علاوة على ماتسبغة الوظيفة العامة على الموظف العام, ومن في حكمه من سلطة ونفوذ يسهلان له ارتكاب الجريمة.

مشكلة البحث

يعالج هذا البحث مشكلة على درجة كبيرة من الأهمية تتمثل في فعل السرقة الذي يرتكب من قبل شخص ذو شأن في المجتمع ويمثلون شريحة كبيرة خصوصا في بلدنا وهو الموظف , اذ ان فعله لا يضر صاحب المال فقط بل المصلحة العامة, لما لهذا الفعل من اثر على هيبة الدولة كما بينا , نظرا لان الموظف تابع للدولة وتم اختياره على اسس موضوعية وشكلية, فاصبح من الواجب معالجة قصور النصوص القانونية التي تضمنت جريمة السرقة في القطاعين العام والخاص من اجل الحفاظ على هيبة الوظيفة, وعدم استغلالها من قبل الموظف.

(١) سلطان عبد القادر الشاوي, محمد عبد الله الوركات, المبادئ العامة في قانون العقوبات, ط١, دار وائل للنشر, ٢٠١١, ص ٦٥.

منهج البحث

سنعتمد في هذا البحث على مناهج البحث القانوني واولها, المنهج المقارن فيما بين القانون العراقي والقوانين المقارنة المتمثلة بالقانون المصري والفرنسي , كما سنعتمد على المنهج التحليلي من اجل استعراض الآراء المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها وترجيح احدها مع بيان الاسباب التي دفعتنا الى ذلك, ومن اجل تدعيم الافكار النظرية التي سيتم التطرق اليها في هذه الدراسة سنعتمد على المنهج التطبيقي سواء كانت التطبيقات القانونية في العراق والدول المقارنة.

المبحث الاول

ماهية صفة الموظف كظرف مشدد

تعد ظروف الجريمة من الامور التي قامت القوانين الوضعية بتنظيمها من اجل المحافظة على المجتمع وحمايته، ففرضت الجزاء على من يقترب جريمة تخالف نظمه وأحكامه، حيث تطور هذا الجزاء مع مرور الازمان والعصور تطوراً بطيئاً وصولاً الى السياسة الجنائية التي حاولت ان تفسر الجريمة من كافة جوانبها بالنظر للظروف التي ارتكبت فيها فبدأت التشريعات الوضعية بالنظر إلى الظروف التي تقترن بالجريمة وتلازمها وتلازم مرتكبيها، فتبرر الجريمة في بعض الاوقات، وفي البعض الاخر تشدد من عقوبتها مما يغير في نوع ومقدار العقوبة، وبناء على ما سبق سنقسم هذا المبحث الى مطلبين كالاتي:

المطلب الاول: التعريف بظروف الجريمة

تعتبر ظروف الجريمة من مصطلحات الفقه والقانون الجنائي، ولها اهمية في تحديد نوع العقوبة ومقدارها، وسنبين ذلك هنا في فرعين:

الفرع الاول: تعريف ظروف الجريمة

الظرف يعني الحال، ولم يعرف قانون العقوبات الظروف، ولهذا اختلف الفقه الجنائي في تعريفها فقد عرفت بأنها(عناصر قانونية عارضة لا تعد من اركان الجريمة ولا شأن لها بأسمها القانوني وانما تحدد وصفها وتتكفل التمييز بينها وبين جرائم تحمل ذات الاسم وتعتمد على عين الأركان)^(٢)، وعرفت ايضاً بأنها (مجموعة من الوقائع المعدلة للأثر القانوني المترتب على الجريمة بالتشديد أو بالتخفيف، فهي تؤثر في مقدار العقاب تشديداً أو تخفيفاً، وقد اطلق البعض عليها تسمية العناصر العرضية او القانونية للجريمة كمرادف لتسميتها بالظروف)^(٣).

ويتضح مما سبق بأن الظروف المشددة ليست ركن من اركان الجريمة، بل هي لاحقة عليها وخارجة عن نظامها، بالإضافة الى ذلك انها تؤثر على نتيجة الجريمة وتزيد من خطورتها الاجرامية، مما يترتب عليها تشديد العقوبة.

وقد قرر المشرع الجنائي قاعدة عامة باعتبار صفة الموظف او المكلف بالخدمة العامة ظرفاً مشدداً للعقاب في جريمة السرقة، ويرجع تشديد العقوبة الى الخطورة الاجرامية التي تنبعث من الجاني في حالة ارتكابه جريمة السرقة، بسبب ان صفة الموظف تسهل ارتكابه الجريمة، اذ يصبح ارتكابها اكثر يسراً مما لو ارتكبها الشخص العادي، مما يعني ان ظرف الموظف ظرف شخصي وليس ظرف موضوعي كونه يرجع الى خطورة الجاني اي صفة معينة في شخص الجاني، وتعني ان الجاني استغل في ارتكاب الجريمة

(٢) مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات (القسم العام)، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩١، ص ٥٥٠.

(3) Sentein "Paul-Louis" : «théorie des circonstances atténuantes », thèse pour le doctorat en droit, la faculté de droit de l'université de Toulouse, 1974, pp 6, 66

صفة الموظف أو إساءته إستعمال سلطته أو نفوذه المستمدين من الوظيفة^(٤).

الفرع الثاني: تمييز الركن عن الظرف

بناء على ما تكلمنا عنه مقدما نرى بان صفة الموظف مرة تكون ركنا، ومرة اخرى تكون ظرفا مشددا في الجريمة، فيظهر تساؤل في هذا الشأن حول ما هو المعيار الذي يمكن اتباعه في اعتبار صفة الموظف ركنا ام ظرفا في الجريمة ؟ وللإجابة على هذا التساؤل وجدت عدة اتجاهات وهي كما يلي.

اولا: الاثر الذاتي للركن: يذهب اصحاب هذا الاتجاه^(٥) ، الى ان الركن هو ذلك العنصر الذي يلزم من وجوده الوجود ، بمعنى انه لا وجود للجريمة بدونه حيث يترتب على تخلف هذا الركن عدم قيام الجريمة او يؤدي الى تحولها الى جريمة اخرى مختلفة تماما عن الاولى، كما هو الحال في جريمة الرشوة ، فالعرض من قبل صاحب المصلحة دون قبول من قبل الموظف او المكلف بخدمة عامة لا يحقق جريمة الرشوة وانما نكون امام جريمة عرض رشوة لم تقبل حسب المادة (٣١٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

اما الظروف فهي تعتبر تابعة لعنصر التجريم الذي يحظر ارتكاب فعل معين وهذا ما ذهب اليه الفقيه الايطالي سانتورا، فهي تختلف عن اركان الجريمة وليس لها من الاثر الا بتعديل مقدار العقوبة ولا يترتب على تخلفها عدم قيام الجريمة ، مثال ذلك ظرف تعدد الجناة في جريمة السرقة ان وجود او تخلف تعدد الجناة لا ينفي ان الواقعة هي جريمة سرقة ولا يغير من الاسم القانوني الذي يطلقه المشرع عليه^(٦).

ثانيا: الاثر القانوني للركن: يذهب اصحاب هذا الرأي الى ان عناصر الجريمة تعتبر ركنا اذا كان يغير من وصف الجريمة اي نوعها، اما اذا اكتمل وصف الجريمة وتحققت واقتصر التعديل في العقوبة فقط عدت ظرفا، لذا يمكن القول ان المعيار الذي اقامه هذا الاتجاه لا يستند الى اساس سليم، ذلك لان الظروف والاركان يقتضي وجودها تغير الوصف القانوني للجريمة، اذ ان التغيير في حدود العقوبة تشديداً يقتضي وجود عبارة تؤكد هذا المعنى وتعتبر اضافة للنص القانوني الاصلي في صورة نص جديد او اضافة مكمل للنص الاصلي في كل الاحوال يتغير وصف الجريمة تبعاً لتغير النص الذي تندرج تحته وتحكم بمقتضاه الجريمة^(٧).

ثالثا: الاسم القانوني للجريمة : تبني بعض فقهاء القانون معيار مرتبط باسم الجريمة وعنوانها ومنهم (رو) و (جريسبيني)، حيث ذهبا للتمييز بين الركن والظرف ، الى ان الجريمة الموصوفة وهي التي تتكون من عنصر جديد يرتب القانون عليها اسما جديدا ، فإذا لم يرتب القانون هذا الاثر وابقى على ذات الاسم للجريمة الذي كانت

(٤) مامون محمد سلامة، مصدر سابق، ص ٥٥٣ .

(٥) ومنهم الفقيه (ساباتيني) و (فروزالي)، نقلا عن لريد محمد احمد، نظرية ظروف الجريمة في الفقه الاسلامي وقانون العقوبات الجزائري، اطروحة دكتوراه، جامعة وهران، ٢٠٠٩، ص ٥٦.

(٦) يسر انور علي، شرح النظريات العامة للقانون الجنائي ، ط ٢، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ص ٢٣١.

(٧) نقلا عن صباح عريس، الظروف المشددة في العقوبة، الطبعة الاولى، منشورات المكتبة القانونية،

بغداد، ٢٠٠٢، ص ٣٩.

تحمله سابقا قبل اقتترانه بها , كان هذا العنصر الجديد ظرفاً^(٨), وايدت محكمة النقض الفرنسية , حيث اعتبرت جريمة قتل الاصول جريمة موصوفة وليست جريمة مقترنة بظرف مشدد, اي صفة الاصل تعد ركناً في جريمة جديدة وليست ظرفاً كما اخذ قانون العقوبات الجزائري بنفس الفكرة , وذلك في عدة جرائم منها القتل العمد وجريمة السرقة^(٩). وبناء على ما تقدم ذكره في بيان الاتجاهات التي بينها لوضع معيار للتمييز بين الركن والظرف , نجد بان جميعها تعرضت للنقد في كونها لم تضع معيار حاسم, لذا يمكن القول ان معيار التمييز بين الركن الخاص والظرف في النموذج القانوني هو المصلحة القانونية , كما في المادة (٣٠٧) من قانون العقوبات العراقي, اذ ان صفة الموظف تعد ركناً خاصاً ولا تأخذ الجريمة وصفها القانوني جنائية الرشوة الا بوجوده , اما في المادة (٤٤٤) السرقة المشددة لا تعد جنائية سرقة مشددة الا بوجود الظرف المشدد الموجود في صلب النموذج القانوني, كصفة الموظف الذي يستغل وظيفته لتسهيل عملية السرقة , اذن النموذج القانوني للجريمة هو نص التجريم الذي يتضمن عناصر الركن المعنوي (الفصل , النتيجة , علاقة السببية) وكذلك عناصر الركن المعنوي (العلم , الارادة , النص الخاص) وكذلك الركن الخاص وايضا الظرف القانوني والجزاء .

لذا نقترح ان ينص المشرع على ذلك في القسم العام من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل اي من خلال النص في المادة (١٣٥) منه على المعيار الخاص للظرف المشدد في الجريمة, كون ان هذه المادة نصت على الظروف المشددة العامة في الجريمة.

المطلب الثاني: تمييز جريمة السرقة عن جريمة الاختلاس

بينما في المطلب الاول ان الظروف المشددة ليست داخلية في مضمون اركان الجريمة, بل هي لاحقة عليها وخارجة عن نظامها, وتحدثنا عن الاتجاهات التي ميزت الظرف عن الركن, وان لكل منها اثار مختلفة على الجريمة من حيث وجودها والعقوبة المترتبة عليها, لذا سنكمل هنا هذا التمييز من خلال التطبيقات التي سنتناولها والتمثلة بجريمة الاختلاس التي تعتبر صفة الموظف ركناً اساسياً فيها , وجريمة السرقة التي تعتبر فيها صفة الموظف ظرفاً مشدداً, ونبين الاحكام المترتبة على كل منهما وذلك في فرعين كالآتي:

الفرع الاول: أوجه الشبه بين جريمة الاختلاس وجريمة السرقة

اولاً: تقع كل من الجريمتين على الاموال او الاشياء المنقولة , أي ان هذه الجرائم وبشكل عام تقع على الاموال المنقولة, ويتفق الفقه بانها تهدر حقاً من الحقوق المتصلة بالذمة المالية للغير , او تعرضه للخطر والتي يكون محلها اشياء منقولة تشمل السرقة والاحتيال كقاعدة عامة واساءة الائتمان والاختلاس فمحل الجريمتين واحد وهو المال او الشيء المنقول^(١٠).

(٨) صباح عريس, المصدر نفسه, ص ٤٠.

(٩) لريد محمد احمد, مصدر سابق, ص ٥٨.

(١٠) جمال ابراهيم الحيدري, شرح احكام القسم الخاص من قانون العقوبات , بيروت , ٢٠١٥, ص ٣٤٢.

ثانياً: ان الفعل المادي في الجريمتين غير محدد اذ لم تشترط التشريعات اتباع طريقة معينة في حصول جريمة السرقة فقد يتم ذلك بفعل السارق نفسه او بواسطة آلة او حيوان اليف درب على القيام بهذه المهمة ، وكل ما يشترط ان يكون الاستيلاء بفعل الجاني، وكذلك الامر فان فعل الاختلاس يتحقق في ان يغير الموظف نيته في حيازة المال المؤتمن عليه والذي يستدل عليها من خلال افعال مادية ظاهرة كالبيع أو الرهن وخالصة القول ان السلوك الاجرامي يتحقق بتصرف الجاني بالمال تصرف المالك^(١١).

ثالثاً: إن جريمة السرقة والاختلاس كلاهما من الأفعال المجرمة قانوناً^(١٢)، اذ ان الجرائم التي يتعرض لها المال العام لم تكن وليدة اليوم بل هي ممتدة بامتداد وجود مال عام وافراد يديرون هذا المال او حتى مستفيدين من خدمات هذا المال العام، لكن جرائم المال العام تطورت بتطور وجود الدولة ورعايتها للاقتصاد وادارتها له، ونمت بسبب تزايد الحاجة الى المال والانتفاع من هذا المال لاسباب متعددة منها (عدم كفاية التشريعات التي تحد من الجرائم التي يتعرض لها المال العام، وضعف الاجهزة الرقابية لحماية المال العام وانتشار الفساد الاداري والسياسي والاقتصادي والاجتماعي والاخلاقي والثقافي، ولا بد هنا من التأكيد على أن حماية المال العام لا تقتصر مسؤوليته على الدولة وحدها، بل هي مسؤولية كل فرد من أفراد المجتمع، اذ ان هذه الجرائم تضر بمصالح المجتمع بصفة عامة، فسواء كان العدوان على المال العام أو الخاص، وسواء حصل من طرف موظف عمومي، أو أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل فيه، أو من شخص عادي، فإنه يشكل عدوانا على المصالح العليا في المجتمع لذا يستوجب الردع والعقاب.

رابعاً: هاتان الجريمتان هما من الجرائم العمدية اللتان يتوفر فيهما القصد الجنائي العام والخاص ولا يمكن تصور ارتكابهما نتيجة خطأ أو اهمال اي قلة احتراز من الجاني.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين جريمة الاختلاس وجريمة السرقة

عرفت السرقة بأنها (اختلاس منقول مملوك للغير بنية تملكه)^(١٣) ووضعت الكثير من التشريعات تعريفاً محدداً لجريمة السرقة، اذ عرفها قانون العقوبات الفرنسي في المادة (٣٧٩) بأنها (كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً...)^(١٤)، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري^(١٥)، وبمثل ذلك عرفها المشرع العراقي (اختلاس مال منقول

(١١) محمد صبحي نجم ، وعبد الرحمن توفيق ،الجرائم الواقعة على الاشخاص والاموال ، بلا دار طبع، بلا سنة طبع، ص ٢٩٦.

(12) publie sur Internet site (https://www.agence)- Le détournement de fonds, 2015,, Christophe cardet

(١٣) عوض محمد، جرائم الاموال والاشخاص، القاوه، ١٩٧٨، ص ٢١٤.

(١٤) رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، بلا طبع، القاوه، ١٩٦٠، ص ٢٢٠.

(١٥) انظر المادة (٣٥٠) من قانون الامر رقم ١٥٦-٦٦ المتضمن قانون العقوبات الجزائري لسنة ١٩٦٦ المعدل.

مملوك لغير الجاني عمدا)^(١٦)

نلاحظ من التشريعات اعلاه الى انهما اوردا تعريفا لجريمة السرقة، ولكن لم يحددا تعريفا لجريمة الاختلاس كما رأينا من خلال دراستنا، ولكنهما حددا عناصر واركاب هذه الجريمة، على اعتبار ان جريمة السرقة هي الاساس الذي بدأ منه البحث في سائر الجرائم التي تهدف الى تملك الاموال دون وجه حق، وذلك بدليل ان لفظ الاختلاس كان وارد عند تعريف السرقة، باستثناء شريطة ارتكابه من قبل شخص ذي صفة معينة كما بينا سابقا.

لذا فان فعل الاختلاس هو السلوك الاجرامي لكل من جريمتي السرقة والاختلاس، ولكن معناه يختلف، ففي جريمة الاختلاس تكون هناك حيازة للجاني على المال سابقة ومعاصرة للحظة ارتكاب الجريمة، ولكنها حيازة ناقصة، فنتحقق الجريمة بمجرد قيام المختلس بسلب المال وتحويل الحيازة من ناقصة الى تامة، والظهور بمظهر المالك^(١٧). كما تتميز جريمة السرقة بانها يمكن أن ترتكب في أي زمان أو مكان، بينما جريمة الاختلاس فإنها ترتكب من قبل الموظف أثناء شغله لوظيفة، اذ تقتض هذه الجريمة أن المال وجد في حيازة الجاني بسبب وظيفته، ويقضي ذلك أن تكون صفته الرسمية هي التي أتاحت له حيازة المال، ويعني ذلك أن يكون مختصا على نحو ما بهذه الحيازة، فهو أما مكلف بجبايته بأسم الدولة أو بالاستيلاء عليه عنوة باسمها كذلك أو بمجرد المحافظة عليه، أو بإنفاقه في أوجه معينة تهم الدول ولا يشترط أن يكون الاختصاص الوحيد أو الأصلي للموظف هو حيازة المال لحساب الدولة، وإنما يكفي أن يكون ذلك أحد الاختصاصات المرتبطة بوظيفته ولو كان اقلها شأنًا، ويترتب على ذلك أن جريمة اختلاس المال العام لا تقوم إذا انتفت عن المتهم صفة الموظف العام وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز في قرارها رقم (٣٠٨٧/الهيئة الموسعة الجزائية / ٢٠١٩)^(١٨).

(١٦) نظر المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(١٧) لبليل زويذة، اختلاس الاموال العمومية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، ٢٠١٨، ص ٤٥، منشورة على الموقع الاتي: تاريخ الزيارة الخميس المصارف: ٢٠٢٠/٩/١٧.

<http://bib.univ-oeb.dz:8080/jspui/bitstream/123456789/>

(١٨) لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية. فقد وجد أن قاضي مكتب التحقيق القضائي في الناصرية كان قد قرر بتاريخ ٢٠١٩/٩/٢ أحالة الأوراق التحقيقية الخاصة بالمتهم (ع ك ع) بشأن فقدان مواد الذمة العائدة لدائرته وهي مديرية مكافحة الارهاب في الناصرية وفق تفاصيل قوائمه المربوطة بالدعوى الى محكمة تحقيق النزاهة في الناصرية بعد تكييف فعله على وفق أحكام المادة (١/٣١٥) من قانون العقوبات. وعند عرض الاوراق على المحكمة الاخيرة.....ولما كان الأمر كذلك فإن المتهم المذكور لا يعد موظف في قوى الامن الداخلي لكونه لم يعين على وفق القانون لعدم صحة شهادته الدراسية وبالتالي فهو ليس موظف عام وبما أنه كان قد عين كضابط ميرة في المديرية اعلاه وقد فقدت المواد المسلمة له اثناء فترة ذمته ووضع يده على الاموال المذكورة بموجب التعيين المذكور الذي ثبت عدم صحته على النحو المشار اليه آنفاً. وحيث ان فقدان واختلاس للمواد المذكورة مع عدم صحة التعيين للمتهم المذكور وعدم اعتباره موظفاً عاماً يجعل من فعله والجريمة المسندة اليه هي جريمة سرقة بوصف السرقة وفق المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات هي اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً أو ان السرقة موضوع الدعوى على فرض صحتها من عدمه وقيامها وثبوتها من عدمه تتكيف قانوناً على انها سرقة ارتكبت بالحيلة استناداً للوثيقة الغير صحيحة التي استخدمها المتهم بالتعيين بموجبها والعمل كضابط ميرة في دائرة الارهاب في الناصرية استناداً إليها وأن الجريمة قد وقعت على مال مملوك للدولة وبالتالي تتكيف هذه السرقة وفق المادة ٤٤٤/٤/ثامناً والحادي عشر من ذات المادة من قانون العقوبات. لذلك يكون الاختصاص في نظر هذه القضية ينعقد نوعياً لقاضي مكتب التحقيق القضائي في الناصرية استناداً لذلك. وعليه فقد قررت هذه الهيئة تعيين المكتب المذكور هو المختص نوعياً للنظر وإكمال التحقيق في القضية اعلاه على وفق أحكام الأصول والقانون وإحالة اضبارة الاوراق التحقيقية المذكورة اليه. بوصف السرقة هي من الجرائم العادية ولا تدخل=

يتضح مما سبق ان جريمة الاختلاس ترتكب من قبل الموظف حصراً واثناء حيازته للمال، مما يعني ان صفة الموظف ركنا من اركان جريمة الاختلاس، اما بالنسبة لجريمة السرقة فانها ترتكب من قبل اي شخص عادي، اما في حال قام بها الموظف، فيترتب على ذلك تغيير عقوبة الجريمة، وبالتالي فصفة الموظف تعتبر هنا ظرفات مشدداً.

اما بخصوص الشروع فانه يتحقق في جريمة السرقة بمجرد ارتكاب الجاني الفعل الاجرامي الذي من شأنه ان يؤدي الى ارتكاب الجريمة، الا ان النتيجة الاجرامية لم تتحقق اما لعدم تمام السلوك الاجرامي، او ان الجاني قد خاب في تحقيق غرضه، اما بخصوص الشروع في جريمة الاختلاس فإنه موضع خلاف في الفقه، فهو اما تقع او لا تقع، فالنية للجاني اما ان تتجه الى تملك الشيء فتقع الجريمة، واما ان لا تتجه الى التملك فلا تقع الجريمة^(١٩)، الا ان هناك رأي يعارض هذا الرأي بحجة الاختلاس ليس مجرد نية داخلية بل هو عمل مركب يتطلب فعل مادي، بالاضافة الى نية التملك، كضبط الموظف العام اثناء اخراجه المال الذي يحوزه في خزينته فان الاستيلاء على المال في هذه الحالة يعتبر شروعا ناقصاً^(٢٠).

ونحن نؤيد ما ذهب اليه الرأي الثاني، اذ يتم الاختلاس في هذه الحالة بتغيير الحائز للمال لصفته من حيازة مؤقتة إلى حيازة كاملة، له فيها حق التصرف في المال تصرف المال.

=ضمن مفهوم جريمة النزاهة ودعوى النزاهة التي تختص بها محاكم تحقيق النزاهة واشعار محكمة جنابات ذي قار ومحكمة تحقيق النزاهة في الناصرية بذلك. وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة (١٣/أولاً/ب/٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ في ٣/جمادي الأول/١٤٤١هـ الموافق ٢٩/١٢/٢٠١٩م. (١٩) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، ١٩٧٢، ص ٦٤. (٢٠) احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٥، ص ٢٤٤.

المبحث الثاني

اثر صفة الموظف في جريمة السرقة

من المعروف ان صفة الموظف كظرف مشدد هو من الوقائع الشخصية المعدلة للأثر القانوني المترتب على الجريمة بالتشديد، فهي تؤثر في مقدار العقاب تشديداً ، وقد اتفقت كافة التشريعات على اعتبار صفة الموظف ظرف مشدد لجريمة السرقة، لذا سنبين الصفة الوظيفية من حيث تعريفها وبيان الاشخاص الذين يقومون بها في القطاعين العام والخاص، واثر هذه الصفة على جريمة السرقة من حيث تكييفها وعقوبتها وذلك في مطلبين كالآتي:

المطلب الاول: صفة الموظف

ان الكثير من التشريعات اشارت الى ان ارتكاب الجريمة من شخص معين تتوافر فيه صفة خاصة، فإنها تضع بالحسبان أهمية السلوك الإجرامي بذاته ، ويقدر مدى خطورته المنبثقة من صفة مرتكب ذلك السلوك ومن ثم يقرر الجزاء الرادع له ، ومن هذه الصفات هي الوظيفة العامة التي تُمكن الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بصفته هذه من الوصول للكثير من النشاطات والأمور التي تتضمنها الوظيفة العامة والتي تحتوي على مواضيع وحاجات عامة وخدمات عديدة بمختلف وجوهها الإدارية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، لذلك تعتبر الوظيفة العامة ظرف مشدد لجريمة السرقة استنادا للعديد من التشريعات التي وضحت جريمة السرقة، وهذا ما سنوضحه في فرعين.

الفرع الأول: صفة الموظف في القطاع العام

لقد اصطلح على صفة الجاني في جريمة السرقة و الاختلاس في القطاع العام بالموظف العمومي، اذ ان التشريعات اشارت الى ان صفة الموظف تعتبر ظرفاً مشدد في جريمة السرقة، ومنها التشريع الفرنسي^(٢١)، وقانون الاجراءات الجنائية الجزائري^(٢٢). كما ان المشرع العراقي يشترط ان يكون الجاني موظفاً او مكلفاً بخدمة عامة ، اذ اشار قانون العقوبات العراقي في المادة (٤٤٤/٤) الى انه (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس على السرقة التي تقع في احد الظروف التالية: اذا ارتكبت من موظف او مكلف بخدمة عامة اثناء تأدية عمله او من شخص انتحل صفة عامة او ادعى انه قائم او مكلف بخدمة عامة)^(٢٣).

ولا يشمل تعريف الموظف في القانون الاداري تعريف موحد، فالفقرة السادسة من المادة الاولى من قانون انضباط موظفي الدولة رقم (١٤) لسنة ١٩٩٤، عرفت الموظف هو كل شخص عهدت اليه خدمة او وظيفة داخلية في الملاك الدائم للمرفق العام، الا ان المدلول الجنائي للموظف العام اوسع من المدلول الاداري، فالمدلول الاول يشمل الثاني

(٢١) رؤوف عبيد، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

(٢٢) انظر المادة (٢٩) من القانون ٠٦-٠١ في ٢٠ من سنة ٢٠٠٦ المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،

(٢٣) انظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٠) لسنة ١٩٩٤ والذي كان يمنع اطلاق سراح المحكوم جرائم الاختلاس ... ما لم يسترد منه المال) الذي الغي من المحكمة الاتحادية بموجب قرارها رقم (٥٧) في ٢٠١٧/٨/٣ بحجة تعارضه مع مبادئ الدستور الخاصة بالحقوق والحريات رغم انه يفتح الباب للفساد وسرقة اموال الدولة.

دون ان يقف عنده، فهناك بعض القوانين أوردت نصوصاً صريحة لتعريف الموظف العام خاصة بها^(٢٤).

اما المكلف بخدمة عامة فقد عرفته المادة (١٩) من قانون العقوبات العراقي (كل موظف او مستخدم او عامل انيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه واعضاء المجالس النيابية والادارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائني ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشآت التي تساهم الحكومة واحدى دوائرها الرسمية او شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة بأجر او بغير اجر ولا يحول دون تطبيق احكام هذا القانون بحق المكلف بخدمة عامة انتهاء وظيفته او خدمته او عمله متى وقع الفعل الجرمي اثناء توافر صفة من الصفات المبينة في هذه الفقرة فيه).

يتضح من المادة اعلاه ان جريمة السرقة يمكن ان ترتكب من قبل اي من الاشخاص المذكورين اعلاه , وهذا ما يفسر ارتكاب جرائم الاموال من قبل الموظفين بشكل كبير مما يتوجب على السلطة التنفيذية ان تقوم باعادة النظر في سياستها بشأن اختيار الموظفين والمؤهلين للمناصب بعيدا عن اي اعتبارات .

بناء على ما سبق اضحى الموظف والمكلف بخدمة عامة يرتكب الكثير من جرائم السرقة , بسبب الصفة الوظيفية التي تتيح وتسهل له ارتكاب هذه الجريمة فضلا عن ارتكاب الكثير من جرائم الفساد, الذي اخذ ينتشر في اعماق الكثير من الدول ومنها العراق بالنظر للآثار السلبية المالية الناجمة عنها حيث تمثل أهدارا لأموال وممتلكات الدولة التي هي ذات الوقت ملك المجتمع, كما تكمن خطورتها في أنها تشكل ضربا من ضروب خيانة الأمانة للموظف التي أودعت إليه من حيث توليه الوظيفة وضرورة الحفاظ على الأموال والممتلكات التي يضع يده عليها بحكم هذه الوظيفة^(٢٥).

ومن خلال دراسة موقف المشرع العراقي اعلاه عندما اشار الى ان ارتكاب جريمة السرقة من قبل من يتمتع بصفة الموظف او المكلف بخدمة عامة تعتبر ظرفا مشددا , الا انه لم يتوسع في نطاق هذه الصفة, حيث جاء تعريف الموظف والمكلف بخدمة عامة بصورة مطلقة , مما يثير التساؤل حول ما اذا قام شخص اجنبيا بسرقة اموال ما حكم هذه الحالة؟

اذ ان نص غالبية التشريعات اعلاه لم تعالجه رغم انطباق كافة اركان الجريمة عليها, مما يدعو الى تشريع قوانين لمساءلة الموظفين الدوليين. وقد ترتكب جريمة السرقة من قبل الموظف الفعلي وتعتبر ظرفا مشددا ايضا, ويراد بالموظف الفعلي الشخص الذي يباشر اعمال الوظيفة العامة او الخدمة العامة دون ان تكون له صفة

(٢٤) ومن القوانين التي عرفت الموظف العام قانون العقوبات السوري في المادة (٣٤٠) بانه (كل موظف عام في السلك الاداري والقضائي وكل ضابط من ضباط السلطة المدنية او العسكرية او فرد من افرادها وكل عامل او مستخدم في الدولة او في ادارة عامة.

(٢٥) وثابة السعدي, قانون العقوبات, القسم الخاص, مطابع التعليم العالي, بغداد, ١٩٨٩, ص ٣٢.

رسمية تخوله ممارستها^(٢٦).

فاذن الموظف الفعلي^(٢٧), يمارس وظيفته دون ان تتوفر فيه الشروط الشكلية اللازمة للتعيين في الوظيفة، كأن يصدر قرار بتعيين شخص لم يبلغ الثامنة عشر من عمره، او ان يمارس شخص اعمال وظيفة ما دون ان يصدر قرار بتعيينه في الوظيفة اطلاقاً، وتحدث هذه الحالة عادة في حالة الحرب او قيام ثورة فاذا احتل العدو اقليماً في دولة معينة وفرت الادارة المحلية لهذا الاقليم امامه فيتقدم احد المواطنين ويباشر الادارة، وان كافة الاعمال التي يقوم بها هؤلاء، تعتبر صحيحة اعمالاً لنظرية الوضع الظاهرة او نظرية الظروف الاستثنائية، وبالتالي فان ارتكاب الموظف لاي فعل جرمي اثناء قيامه بأعماله الوظيفية هذه يجعله خاضعاً لاحكام قانون العقوبات او أي قانون عقابي اخر. هذا و قد اعتبر القضاء الفرنسي الأعمال الصادرة من أشخاص عاديين كما لو أنها أعمال صادرة من موظفين عامين، وذلك لحماية المتعاملين مع جهة الإدارة في حالة الموظف الظاهر، ولحسن سير المرافق العامة في حالة الموظف الفعلي، وقد أخذ القضاء الجزائري مسار القضاء الفرنسي، وأقر صحة بعض أعمال وتصرفات الموظف الفعلي والموظف الظاهر وفقاً لضوابط معينة^(٢٨).

الفرع الثاني: صفة الموظف في القطاع الخاص

ذكرنا صفة الموظف في القطاع العام واعتبارها ظرفاً مشدداً في جريمة السرقة، ولكن التساؤل الذي يطرح، هو تكييف صفة العامل في القطاع الخاص في القانون الجنائي، وهل تعتبر ظرفاً مشدداً ايضاً في جريمة السرقة، كما هو الحال في جريمة الاختلاس لتشمل القطاع الخاص، منها قانون العقوبات الفرنسي^(٢٩)، وذلك في المادة (٢٧/٢)، كما اشترطت المادة (٤١) من قانون الوقاية من الفساد (كل شخص يدير كياناً تابعاً للقطاع الخاص او يعمل فيه بأية صفة كانت)؟

فبالرجوع إلى المادة الثانية فقرة (هـ) من القانون اعلاه نجد أنها عرفت الكيان كالاتي (مجموعة من العناصر المادية أو غير المادية أو من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين المنظمين بغرض بلوغ هدف معين، من خلال هذه المادة يتضح أنّ هذا المصطلح ينطبق على كافة التجمعات مهما كان شكلها القانوني: شركات تجارية أو مدنية، جمعيات، أحزاب، تعاونيات، نقابات، إتحادات^(٣٠)).

لذلك من خلال التعريف اعلاه يمكن القول ان الموظف الذي يعمل في القطاع الخاص في حال ما اذا ارتكب جريمة السرقة تعتبر صفته هذه ظرفاً مشدداً.

(٢٦) انور أحمد رسلان، القانون الإداري، بلا طبعة، بلا دار نشر، ١٩٩٩م، ص ٢٩٧
 (٢٧) صالح محمد المطيري، نظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، رسالة ماجستير، جامعة ال البيت، كلية الدراسات العليا، ص ٣٠، منشورة على الموقع earch.madumah.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٧/٣.
 (٢٨) عبد الله منصور الشانبي، نظرية الموظف الفعلي والموظف الضاهر بين الفقة والقضاء، ص ٩٠، منشور على الموقع: https://www.zu.edu.ly/jsls/issus_8/dowanload, 2020/8/3 تاريخ الزيارة
 (٢٩) انظر الموقع: <https://context.reverso.net/>, 2020/9/9 تاريخ الزيارة يوم الاربعاء
 (٣٠) كامل السعيد، شرح قانون العقوبات، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دراسة تحليلية مقارنة، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص ٥٢٢.

اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد وضعنا بأنه نص على صفة الموظف كظرف مشدد في المادة (٤٤٤/سابعاً) من قانون العقوبات العراقي بصورة عامة دون بيان ما اذا كانت صفة العامل في القطاع الخاص ظرفاً مشدداً في جريمة السرقة , فضلاً عن ان المادة (١٩) من قانون العقوبات التي اشرنا اليها ايضاً عرفت المكلف بخدمة عامة دون ان تتضمن ما يشير الى الشخص الذي يعمل في القطاع الخاص , لذا نقترح على المشرع توسيع النصوص القانونية الخاصة بجريمة السرقة لتشمل سرقة الاموال بالنسبة للشخص المعين في القطاع الخاص , خصوصاً في الوقت الحاضر وانتشار شركات وكيانات القطاع الخاص, كما ان جريمة السرقة تعتبر بحد ذاتها انتهاكاً للثقة التي عهدت إليه.

المطلب الثاني: اثار تطبيق صفة الموظف كظرف مشدد

ان اقتران جريمة السرقة بظرف مشدد بغض النظر عن كونها مادية او شخصية , فانها تؤثر على عقوبة الجريمة وتكييفها وعلى المساهمين فيها, وما سنتناوله هنا هو اثر صفة الموظف على جريمة السرقة وذلك في فرعين:

الفرع الاول: اثر صفة الموظف بالنسبة لعقوبة جريمة السرقة وتكييفها

اولاً: اثر صفة الموظف بالنسبة للعقوبة: لقد بينا ان اقتران جريمة السرقة بصفة الموظف كظرف مشدد, اذ اشارت المواد (٤٤٠ - ٤٤٥) من قانون العقوبات العراقي, الى ان عقوبة جريمة السرقة الحبس المؤقت الذي لا تزيد مدته على سبع سنوات , بخلاف ما هو عليه الحال في القانون الفرنسي , الذي أوجد نوعين من الظروف المشددة نوع يشدد العقوبة في اطار عقوبة الجنحة ونوع يفرض عقوبة الجنائية^(٣١).

وان اثر هذا الظرف لا يشمل العقوبات التكميلية, فهي عقوبات جوازية تمتلك المحكمة سلطة استبعادها في جميع الاحوال, حيث ان عقوبة جريمة السرقة البسيطة خمس سنوات, وهذا يعني ان العقوبات التكميلية يجوز للمحكمة فرضها على جريمة السرقة حتى بدون اقترانها بالظروف المشددة, اما بخصوص العقوبات التبعية فهي عقوبات تلحق المحكوم عليه بحكم القانون دون حاجة للنص عليها في الحكم, وهذا يعني ان هذه العقوبات تتأثر بالظروف المشددة بجريمة السرقة بشكل غير مباشر, اي ان تأثير هذه الظروف على العقوبات التبعية يأتي من خلال تأثيرها على العقوبات ال اصلية^(٣٢).

اما من حيث سلطة القاضي في تطبيق هذا الظرف على الجاني^(٣٣), فالقاضي ليس حراً هنا وإنما ملزم بأنزال العقوبة المشددة المنصوص عليها بالقانون, اي انه ليس حراً في تشديد العقوبة من عدمها بل انه مجبر على التشديد, وهذا الاتجاه سليم من حيث كون صفة الموظف من الظروف المشددة الشخصية الخاصة بالجاني, وايضاً كان الاولى بالمشرع عدم الاقتصار على عقوبة السجن في المادة (٤٤٤) من قانون

(٣١) حسني محمود نجيب, مصدر سابق, ص ٣٧٨.

(٣٢) أكرم نشأت , الحدود القانونية لسلطة القاضي التقديرية, ٢٠٧.

(٣٣) أكرم نشأت , المصدر نفسه, ص ٢٠٧.

العقوبات العراقي، وانما الاشارة الى عدم جواز الافراج عن الجاني بعد اكمال مدة السجن الخاصة به، الا بعد رد المال المسروق وذلك حفاظا على هيبة الوظيفة واعتبار عمله انتهاك للواجبات الوظيفية، التي سهلت له ارتكاب جريمته.

ثانيا: اثر صفة الموظف بالنسبة لتكليف الجريمة: لقد بينا ان صفة الموظف من الظروف المشددة الشخصية الوجوبية في جريمة السرقة، اي واجبة التطبيق ، وقد انقسم الرأي الى قسمين من حيث تأثيرها على تكليف جريمة السرقة، حيث يرى القسم الاول ان تكليف جريمة السرقة لا يتغير في حالة تشديد العقوبة ، وذلك لان صفة الموظف هنا اذا تعد اثرها على وصف الجريمة، فأنها سوف تصبح بمثابة ركن من اركان الجريمة، وهذا غير ممكن اذ تصبح جريمة اختلاس هنا، في حين يذهب الاتجاه الاخر الى ان جريمة السرقة تنقلب من جنحة الى جناية عند اقترانها بصفة الموظف^(٣٤) ، وهذا الرأي اقرب الى الصواب ويتفق المشرع العراقي مع هذا الرأي حسب ما هو واضح من المادة (٢٣) من قانون العقوبات العراقي التي نصت على (.....حدد نوع الجريمة بنوع العقوبة الاشد المقررة لها في القانون وإذا اجتمع في عقوبة جريمة ما الحبس والغرامة فيحدد نوع الجريمة بمقدار عقوبة الحبس المقررة لها في القانون).

الفرع الثاني: اثر صفة الموظف بالنسبة للمساهمين في جريمة السرقة

ان الجريمة قد ترتكب من شخص واحد او نتيجة تظافر نشاط اكثر من شخص او يتعاون مع الجاني شخص او اشخاص متعددين، وجريمة السرقة شأنها شأن الجرائم الأخرى قد يرتكبها شخص واحد موظف او مكلف بخدمة عامة، وقد يشترك معه في بعض الأحيان اشخاص اخرين لا يحملون صفة الموظف العام وفق قواعد الاشتراك او المساهمة المنصوص عليها في المواد (٤٧ و ٤٨ و ٤٩) من قانون العقوبات العراقي المشار اليه سابقا^(٣٥).

فبصدد تأثير الظروف الشخصية على المساهمين في الجريمة، فإن من المتفق عليه تشريعاً وقضائياً وقضائياً أن الظروف الشخصية البحتة المتصلة بشخص المجرم تسري عليه وحده دون غيره من المساهمين في الجريمة كالظروف المانعة من المسؤولية الجنائية أو المخففة لها ، أو المانعة من العقاب والظروف المشددة كالعود مثلاً.

ومن المعروف ان الشريك اما يكون موظفا، وهنا يسري الظرف المشدد على الشريك ويعاقب بذات العقوبة المقررة للفاعل، ولكن المشكلة تتور في حال ما اذا كان الشريك شخصا عاديا، اذ ان غالبية الفقهاء لا يعتبرون ان الضرف المشدد والمتمثل بصفة الموظف في جريمة السرقة يسري على غير الموظف ، وانما تعتبر الجريمة جنحة، كأن يشترك شخص مع الموظف في الاعمال المجهزة للجريمة كايصاله الى المكان الذي وضع فيه المال ، او يقوم هذا الغير بتحريض الموظف لغرض ارتكاب الجريمة والاستفادة

(٣٤) عبد الرحمن توفيق أحمد ، شرح قانون الاجراءات الجزائية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى، ٢٠١١ ، ص ٢٦٦.

(٣٥) ضاوي جزاع زين، المسؤولية الجنائية للاشتراك بالمساعدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١١، ص ٢٤.

من المال المسروق^(٣٦).

اذن فالسؤال الذي يثار هنا ماهو تكييف عمل المشترك (الشخص العادي) مع الموظف الذي ارتكب جريمة السرقة، والذي قد يكون له الدور الاساسي في ارتكاب الموظف للسرقة؟

للإجابة على التساؤل اعلاه، يظهر اتجاهان هنا، اذ يذهب الاتجاه الاول الى انه اذا تحققت صفة الموظف او المكلف بخدمة عامة في السارق، فأنها تقتضي تغيير وصف الجريمة وبالتالي فانها تسري على صاحبها فقط اذا كان فاعلا اصليا للواقعة ولا تسري حتى على صاحبها اذا كان مجرد شريك دون ان يكون الفاعل الاصلي موظفا او مكلف بخدمة عامة طبقا لنظرية الاستعارة المطلقة^(٣٧).

اما الاتجاه الاخر فيذهب الى ان صفة الموظف او المكلف بخدمة عامة في جريمة السرقة هي من الظروف الشخصية المزوجة عن المساهمين في الجريمة وهي الذي لها جانبان شخصي ومادي ، يتمثل الجانب الشخصي فيها بصفة تعود الى المجرم، ويتمثل الجانب المادي فيها بأثرها الذي يغير وصف الجريمة فهي شخصية المصدر مادية الأثر التالي لهذه الحالة وهي الموظف و المكلف بخدمة عامة، او الخادم الذي يسرق المخدوم، حيث تسهل هذه الصفة عادة ارتكاب الجريمة بما يغير بالتالي من وضعها القانوني أي التكييف القانوني ، وهذه الظروف يسري أثرها الى المساهم في الجريمة فاعلاً أو شريكاً اذا كان عالمياً بها أي المعول عليه هنا هو علم الجاني بها^(٣٨). وقد خلا القانون الفرنسي من نصوص تشير الى اثر الظروف الشخصية بالنسبة للمساهمين في الجريمة، واستقر الفقه والقضاء الفرنسي الى سريان تلك الظروف على المساهم ولو جهلها^(٣٩)، اما قانون العقوبات العراقي فقد اشار في المادة (٥١) اذ نصت على أنه (اذا توافرت ظروف مشددة شخصية سهلت ارتكاب الجريمة فلا تسري على غير صاحبها الا إذا كان عالمياً بها ، اما ما عدا ذلك من الظروف فلا يتعدى أثرها شخص من تعلقت به سواء كانت ظروف مشددة أو مخففة).

ونرى بأن الاتجاه اعلاه اقرب الى الصواب ، وذلك من حيث توحيد الصفة الجرمية للموظف السارق والمساهم معه ايا كانت صفته شخصا عاديا او موظفاً ، وكان اولى بالمشروع العراقي بيان مسؤولية المساهم في جريمة السرقة بنص خاص ضمن الفصل الخاص بالجرائم الواقعة على المال.

(٣٦) قويزي فاطمة، جريمة الاختلاس في ظل احكام القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اقلي محند اولحاج ، ص ٥١، منشورة على الموقع

<http://dspace.univ-bouira.dz:8080/jspui/bitstream/3506/123456789>

تاريخ الزيارة الثلاثاء المصادف ١٥ / ٩ / ٢٠٢٠.

(٣٧) محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في النظريات العربية، ط ٢، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٤٧.

(٣٨) قحطان ناظم خورشيد، المساهمة الجنائية في القانون العراقي والمقارن، ٢٠١١، بحث منشور على الموقع التالي

<http://www.krjg.org/Default.aspx> ,

تاريخ الزيارة ٣ / ٧ / ٢٠٢٠.

(٣٩) سلطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص ٤٤٧.

الخاتمة

في نهاية دراستنا لموضوع صفة الموظف كظرف مشدد لجريمة السرقة ومقارنتها مع جريمة الاختلاس كركن من اركان الجريمة، مقارنة بالتشريعات المقارنة مع التشريع العراقي واثر هذه الصفة على احكام الجريمة توصلنا لعدة نتائج وتوصيات كالآتي:

النتائج:

- ١- الظروف المشددة ليست داخلية في مضمون اركان الجريمة، بل هي لاحقة عليها وخارجة عن نظامها، بالإضافة الى ذلك انها تؤثر على نتيجة الجريمة وتزيد من خطورتها الاجرامية، مما يترتب عليها تشديد العقوبة.
- ٢- لم يقرر المشرع الجنائي قاعدة عامة باعتبار صفة الموظف او المكلف بالخدمة العامة ظرفاً مشدداً للعقاب، ولكنه ينتقي بعض الجرائم من حيث خطورتها الخاصة فيعده ظرفاً مشدداً كما هو الحال في جريمة السرقة.
- ٣- صفة الموظف مرة تكون ركناً، ومرة اخرى تكون ظرفاً مشدداً في الجريمة، وان المعيار المتبع للتمييز هنا هو المصلحة القانونية حسب ما اشار المشرع العراقي في المادة (٤٤٤) في قانون العقوبات العراقي.
- ٤- ومن خلال دراسة موقف المشرع العراقي اعلاه عندما اشار الى ان ارتكاب جريمة السرقة من قبل من يتمتع بصفة الموظف او المكلف بخدمة عامة تعتبر ظرفاً مشدداً، الا انه لم يتوسع في نطاق هذه الصفة.
- ٥- ان المشرع العراقي نص على صفة الموظف كظرف مشدد في المادة (٤٤٤) /سابعاً) من قانون العقوبات العراقي بصورة عامة دون بيان ما اذا كانت صفة الموظف في القطاع الخاص ظرفاً مشدداً في جريمة السرقة.
- ٦- ان اثر صفة الموظف كظرف مشدد يكون على العقوبات الاصلية و لا يشمل العقوبات التكميلية، فهي عقوبات جوازية تمتلك المحكمة سلطة استبعادها في جميع الاحوال، اما بخصوص العقوبات التبعية فهي عقوبات تلحق المحكوم عليه بحكم القانون دون حاجة للنص عليها في الحكم، وهذا يعني ان هذه العقوبات تتأثر بالظروف المشددة بجريمة السرقة بشكل غير مباشر.
- ٧- القانونان المصري والفرنسي يسلكان مسلكاً مخالفاً للقانون العراقي من حيث تحديد العقوبة، حيث اوجدا نوعين من التشديد، نوع يشدد العقوبة باطالته امدها في اطار جريمة الجنحة ونوعاً يجعل جريمة السرقة جنائية، بينما المشرع العراقي ذهب في جميع الاحوال الى تشديد عقوبة السرقة المقترنة بالظروف المشددة بفرض عقوبة الجنائية، وهذا يرجع الى تزايد جرائم السرقة بسبب الظروف التي مر بها العراق، الامر الذي اقتضى تصعيد شدة العقوبة المقررة لهذه الجريمة.
- ٨- ان القاضي ليس حراً في تشديد عقوبة جريمة السرقة المقترنة بصفة الموظف من عدمها بل انه مجبر على التشديد.
- ٩- يسري اثر الظرف المشدد المتمثل بصفة الموظف الى المساهم في الجريمة

فاعلاً أو شريكاً إذا كان عالماً بها أي المعول عليه هنا هو علم الجاني بها.

التوصيات

١- نقترح ان ينص المشرع على المعيار الخاص للظرف المشدد في الجريمة, في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل اي من خلال النص في المادة (١٣٥) .

٢- نقترح على السلطة التنفيذية ان تقوم باعادة النظر في سياستها بشأن اختيار الموظفين والمؤهلين للمناصب بعيدا عن اي اعتبارات .

٣- على المشرع ان يأخذ بعين الاعتبار توسيع النصوص القانونية الخاصة بجريمة السرقة لتشمل سرقة الاموال بالنسبة للشخص المعين في القطاع الخاص , خصوصا في الوقت الحاضر وانتشار شركات وكيانات القطاع الخاص, كما ان جريمة السرقة تعتبر بحد ذاتها انتهاك للثقة التي عهدت اليه.

٤- قانون العقوبات العراقي نص في المادة (٥١) على أنه (اذا توافرت ظروف مشددة شخصية سهلت ارتكاب الجريمة فلا تسري على غير صاحبها الا إذا كان عالماً بها ، اما ما عدا ذلك من الظروف فلا يتعدى أثرها شخص من تعلقت به سواء كانت ظروف مشددة أو مخففة).

وكان اولى بالمشرع العراقي بيان مسؤولية المساهم في جريمة السرقة بنص خاص ضمن الفصل الخاص بالجرائم الواقعة على المال.

٥- كان على المشرع عدم الاقتصار على عقوبة السجن في المادة (٤٤٤) من قانون العقوبات العراقي, وانما الاشارة الى عدم جواز الافراج عن الجاني بعد اكمال مدة السجن الخاصة به, الا بعد رد المال المسروق وذلك حفاظا على هيبة الوظيفة واعتبار عمله انتهاك للواجبات الوظيفية, التي سهلت له ارتكاب جريمته.

٦- يجب الاهتمام بتكوين القاضي المعرفي وإعداده للقيام بدوره على أكمل وجه لضمان سلامة الحكم الجزائي وتحقيق المحاكمة العادلة .

الزوجة المعلقة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون)

م. م. أحمد برهان الدين عبد الرحمن
جامعة تكريت - كلية الحقوق

المستخلص

تعد الرابطة الزوجية من اقدس الروابط الانسانية في المجتمع, وهي الأصرة التي تقوم عليها الأسرة والتي تعد اللبنة الأولى للمجتمع, وعلى هذا الاساس فقد انبرت الشريعة الاسلامية ومن ثم مشرعو القوانين في ضمان استمرار هذه الرابطة واستقرارها, فنظمت الحقوق والواجبات بين الزوج والزوجة وبما يحقق مقاصد الزواج السامية, للحد من حالات الشقاق والتفكك او أي طارئ آخر يهدد هذه الرابطة, ومما يهدد هذه الرابطة هو الاضرار بالزوجة, ومن انواع هذا الاضرار هو تعليق الزوجة أي جعلها معلقة فلا هي متزوجة ولا هي مطلقة, وقد ازدادت ظاهرة الزوجات المعلقات في الآونة الأخيرة. إن ايداء الزوجة بتركها معلقة له عدة أسباب كما إن له عدة صور, وإن المخرج من ذلك عند فقهاء الشريعة الاسلامية ومشرعو القوانين هو بمحاولة الاصلاح بين الزوجين فإن لم يكن بالمقدور ذلك فقد اعطي الحق للزوجة بطلب التفريق عن زوجها.

Abstract

The marital bond is one of the holiest human bonds in society. It is the foundation of the family, which is the first building block of society. On this basis, the Islamic Sharia and legislators ensured the continuity and stability of this bond to reduce the cases of discord and disintegration or any other emergency that threatens this association, making the husband and the wife suspended, they are not married nor divorced, especially after the increase in the number of wives suspensions in recent times. The hurting of the wife by leaving her hanging is due to several reasons, and that the way out when the jurists of Islamic Sharia and law legislators try to reform between the spouses if not possible the right has been given the wife to ask to be divorced from her husband.

المقدمة:

يشهد المجتمع المدني ازدياد مطرد في تعداد الزوجات المعلقات، وهناك ريبة من تفشي هذه الحالة وتحولها إلى ظاهرة مستفحلة، ولغرض الوقوف على مسببات هذه المشكلة وكيفية علاجها، فلا بد من توضيح حقوق كل من الزوجين وواجباتهما لدوام الحياة الزوجية، والوصول إلى أسرة مترابطة وزوجين متفاهمين يقدر كل منهما حقوق الآخر ليكون ثمرة ذلك أبناء صالحين لخدمة دينهم ووطنهم، والتعليق هو زواج مع وقف التنفيذ، فهو محصلة لفشل الحياة الزوجية، وهو هدر لحق الزوجة الإنساني، وبمعنى آخر فإن الزوجة لا تأخذ حقوقها من الزوج بصورة كاملة، أو قد لا تأخذها مطلقاً. إن تعليق الزوجة يعني هدر لحقها في الحياة وهدم لإنسانيتها وهي حالة شاذة وانعكاساتها على المجتمع مؤلمة وخطيرة، ويعد النشوز أهم هذه الأسباب، والنشوز قد يكون من الزوجة وقد يكون من الزوج أيضاً، فإذا ما انتهت هذه الامور الى محاكم الاحوال الشخصية فان القاضي يتلمس المصلحة في ذلك في بقاء الزوجة مع زوجها إن افلح في الصلح بينهما أو التفريق إن لزم الامر.

اولاً: أهمية الدراسة:

تظهر أهمية البحث في الوقوف على ابرز أسباب ظاهرة تعليق الزوجة، وايجاد الحلول المناسبة لذلك، عبر تلافي أسباب هذه الظاهرة، فالتلافي علاج ووقاية، أو محاولة الصلح بينهما، أو اللجوء الى الفرقة كحل نهائي، فالفرقة نوع من العلاج ولا يصار إليها إلا إذا اضحى الصلح بينهما مستحيلاً.

ثانياً: اشكالية الدراسة:

إن المشكلة الاساسية للبحث تكمن في إن المشرع العراقي حدد مدة طويلة نسبياً لتستطيع الزوجة طلب التفريق بسبب هجر الزوج لها، وقد تؤدي طول هذه المدة الى الاضرار بالزوجة، ومن جهة اخرى فإن المشرع لم يتناول صراحة حق الزوجة في طلب الطلاق عند امتناع الزوج عن مباشرة الزوجة أو إيلائه عنها.

ثالثاً: منهجية الدراسة:

تطلب منا في كتابة بحثنا اتباع المنهج المقارن بين (الفقه الاسلامي) متناولين فيه كل من المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي والجعفري وبيان آرائهم، ومقارنة ذلك بقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م النافذ، وقانون الاسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦م النافذ، وقانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م النافذ، وقانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م النافذ، ومن ثم اقتراح النصوص القانونية الملائمة لكل حالة.

رابعاً: اهداف الدراسة: يهدف البحث الى:

- التعريف بتعليق الزوجة كنوع من أنواع الايذاء.
- بيان أسباب وصور تعليق الزوجة.
- التأكيد على مبدأ (المعاشرة بالمعروف) كضمان ضروري لحقوق الزوجين.
- المقارنة بين الآراء الفقهية الشرعية ونصوص القوانين.

المبحث الاول ماهية تعليق الزوجة

لبيان ماهية تعليق الزوجة قمنا بتقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطالب، الاول: تعريف التعليق لغةً واصطلاحاً وقانوناً، والثاني: بيان أسباب التعليق، والثالث: بيان صور التعليق.

المطلب الاول: تعريف التعليق

تم تعريف التعليق في اللغة والاصطلاح والقانون وكما يأتي:
أولاً: التعليق في اللغة:

يأتي التعليق في اللغة بعدة معان، ومصدر الكلمة ع ل ق: وَالْعَلَقُ بضم القاف الدَّمُ الْغَلِيظُ، وَ(الْعَلَاقَةُ) بفتح القاف وضم التاء عِلَاقَةُ الْخُصُومَةِ^(١)، وامرأة مُعَلِّقَةٌ: لا أَيْمٌ ولا ذات بعل^(٢)، وعلقت الأعراب به، أي تعادوا وتعلقوا^(٣)، فالتعليق اتى بمعنى الدم الغليظ، والخصومة، والعداء.

ثانياً: التعليق في الاصطلاح:

عرف التعليق على إنه: « تضييق الزوج على الزوجة والاضرار بها وهو لصحتها كاره ولفراقها محب لتقتدي منه ببعض ما آتاها من الصداق^(٤).
وعرف ايضاً: « نوع من الإضرار بالزوجة، وهو نوع من العضل لها، فلا هي تأخذ حقوقها كاملة، ولا هي مطلقة تسعى إلى البحث عن زوج آخر مناسب^(٥).
وعرفه القرطبي: « هو ان تكون الزوجة لا هي معتدة ولا ذات زوج ولا فارغة من زوج^(٦)».

ثالثاً: التعليق في القانون:

لم تتطرق النصوص القانونية الى تعليق الزوجة بصورة مباشرة، غير إنها احتوت ذلك بوسائل شتى فأكدت على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين كما اوضحت حقوق الزوجة بصورة منفردة وعدم الاضرار بها، وتارة ذكرتها بصورة ايداء الزوج للزوجة مادياً أو معنوياً، وتارة اخرى بهجر الزوج لها، وتارة بعدم الانفاق عليها، وتارة بذكرها

(١) الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، مختار الصحاح، الطبعة: الخامسة المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م، ص ٢١٦ .

(٢) نشوان بن سعيد الحميري اليمني، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، ط١، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ج٧، ص ٤٧٢٩ و ص ٤٧٤٤ .

(٣) جمال الدين، محمد طاهر بن علي الصديقي الهندي الفتني الكجراتي، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، ط٣، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد - الهند، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧م، ج٣، ص ٦٥٥ .

(٤) الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن غالب الأملي، تفسير الطبري، ط١، دار هجر للطباعة والنشر، الجيزة - مصر، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ج٦، ص ٥٣١ .

(٥) د. إبراهيم بن ناصر الحمود، متخصص في الأحوال الشخصية، الاستاذ في المعهد العالي للقضاء في السعودية، ندوة علمية بعنوان « الزوجة المعلقة عبء على أهلها ونفسها وأولادها » على الرابط <https://www.raed-alnaiem.com/?p=8960>

(٦) ابن رشد القرطبي أبو الوليد محمد بن أحمد، المقدمات الممهديات، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ج١، ص ٥٠٠ .

لشفاق بين الزوجين، وأكدت على العدل بين الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة، وملخص كل ذلك: هو إنها منعت التضييق على الزوجة، واستغلال وضعها الاجتماعي، دون وجه حق عبر نصوص قانونية منظمة بطرق مختلفة منفردة أو مجتمعة.

المطلب الثاني : أسباب التعليق:

توجد أسباب عديدة لتعليق الزوجة نورد منها الآتي:

١. العجز عن اعفاف الزوجة: قد يكون الزوج مصاباً بأحد الامراض التي لا يستطيع معها مباشرة الزوجة كأن يكون عنيناً أو مجبوباً أو خصياً، وكردة فعل منه فإنه يسيء معاملة زوجته، ويتركها فلاهي متزوجة، ولا هي مطلقة.

٢. بغض الزوج لزوجته أو كرهه لها: وأسبابها عديدة ومتنوعة، فينعكس هذا البغض على معاملة الزوج للزوجة فيتغنت في معاملتها، ويظهر عدم رغبته بها وقد يتطور ذلك الى تعليقها^(٧).

٣. الغرض المادي: وهو طمع الزوج في افتداء الزوجة لنفسها بالخلع، فقد يضيق الزوج على زوجته بدون سبب وجيه، ويهجرها في المضجع ويمنعها حقها من أجل أن تقتدي منه، فالزوج طامع في مالها ولو سوغ له اخذ بدل الخلع بالتضييق عليها، فهو اكراه لها على اعطاء المال^(٨).

٤. ميلان الزوج إلى إحدى زوجاته عند التعدد: أباحت الشريعة الاسلامية كما هو الحال في القانون تعدد الزوجات، الا ان هذه الاباحة جاءت مشروطة بالقدرة والمصلحة والعدل بين الزوجات، وان ميلان الزوج إلى إحدى زوجاته دون الاخرى يؤدي بالنتيجة الى تعليقها^(٩).

٥. الفهم المغلوطة لقوامة الرجل: بين الله في كتابه أن الرجال قوامون على النساء، وإن عدم فهم حقيقة هذه القوامة من قبل الزوجين تؤدي إلى الفرقة، ويظن بعض الرجال أن القوامة هي استبداد للزوجة، وهذا عين الخطأ، فقوامة الزوج على زوجته هو أن « يصونها ويحفظها من كل ما يثلم عرضها، ويخدش شرفها، ويمتهن كرامتها ويأمرها بفعل الواجبات، وترك المحرمات »^(١٠).

٦. سوء الاختيار: إن اختيار الزوجة الصالحة يعد من أهم العوامل في عدم حصول مثل هذه الامور، جاء في الحديث: « تُنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فأظفر بدات الدين، تربت يدك »^(١١)، فلو كان حرص الرجل عند الزواج على دين المرأة وخلقتها لضمان باذن الله عدم حدوث

(٧) د. أحمد بن يوسف الدريوش، الرياض - السعودية، ندوة علمية بعنوان « الزوجة المعلقة عبء على أهلها ونفسها وأولادها » على الرابط <https://www.raed-alnaiem.com/?p=8960>.

(٨) محمد أحمد مصطفى أحمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٠م، ص٣٣٢.

(٩) أحمد نصرت الجندي، الاحوال الشخصية في الاسلام، ط١، دار المعارف، مصر - القاهرة، ١٩٨٥م، ص٢٣-٣٣.

(١٠) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط١، بيت الأفكار الدولية، الرياض - السعودية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م، ج٤، ص١٣٩.

(١١) اخرج البخاري، محمد بن اسماعيل ابو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ط١، دار طوق النجاة، بيروت - لبنان، ١٤٢٢هـ، رقم الحديث: ٥٠٩٠، ج٧، ص٧، باب الكفاءة في الدين.

- أي خلاف بينهما^(١٢).
٧. سوء الطباع: هناك من الصفاة ما يستحيل معها استمرار العلاقة بين الزوجين، كالبلخ وتقلب المزاج و العدوانية، والانغلاق وفقدان روح الدعابة والغيرة في غير موضعها . . . الخ^(١٣).
٨. حب التسلط: قد يتسم الزوج أو الزوجة بالتسلط، والتسلط هو أحد الأنماط الشخصية المعروفة التي تؤثر سلبياً على نوع العلاقة بين الزوج والزوجة، وغالباً ما تؤدي الى محو شخصية الآخر وإلغائها^(١٤).
٩. الاختلاط الدائم بين النساء والتقليد الأعمى لبعضهن البعض، إذ إن بعض النساء يشحن قلب بعضهن على أزواجهن، وهو ما يؤدي لاحقاً إلى الخلاف فالتعليق.
١٠. غياب المعلومة: ان الكثير من الخلافات الزوجية التي لم تصلح بطريقة سليمة بسبب غياب التوعية لدى الزوجين وغياب الوعي أدى الى هذا التعليق، واحياناً أخرى نرى ان المرأة تتبالغ في المواصفات والشروط التي تحددها في زوجها.
١١. اهمال الزوجة نفسها بعد الحمل والولادة وعدم قيامها بالعناية اللازمة بزوجها يؤدي نوعاً من فتور الحياة الزوجية بينهما^(١٥).
- هناك اسباب خرى كعصيان الزوجة لزوجها، أو عدم فهمها لطبيعة عمله، . . . الخ . . .

المطلب الثالث: صور التعليق

الايذاء المادي: وهو ايذاء الزوجة جسدياً كإجبارها على عمل شاق أو ضربها أو الحاق الضرر بها بغير الضرب وذلك بإلقاء ما يؤذي على جسدها كالزيت أو الماء الوسخ أو الحار أو النجس وغير ذلك من الاشياء المؤذية مما لا يجوز فعله شرعاً^(١٦)، وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الاتحادية بان: « تعرض الزوجة للضرب المبرح الناتج عن اصابات جسيمة يعد ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وموجب للتفريق استناداً لأحكام المادة ٤٠/١ من قانون الاحوال الشخصية »^(١٧).

الايذاء المعنوي: وهو كل ما يلحق الاذى بنفسية الزوجة وسمعتها ومعنوياتها، كإهانتها أو تخويفها أو تحقيرها أو الاساءة اليها أو إسماعها القبيح من الكلام كشتها أو شتم أهلها أو إتهامها بالخيانة في شرفها وكرامتها^(١٨) أو نعتها بأسماء الحيوانات الى غير

(١٢) د. محمد كمال الدين امام، د. جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣م، ص٤١.

(١٣) رفيف محمد عبد الحكيم، نقاط الافتراق في فقه الطلاق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١١م، ص١٠٣.

<http://www.anapress.net/ar/articles>

(١٤) د. مدحت عبد الهادي، استشاري العلاقات الزوجية والأسرية،

(١٥) رفيف محمد عبد الحكيم، المصدر السابق.

(١٦) نايف محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق، ط١، دار الثقافة، عمان - الاردن، ٢٠١٠م، ص٤٧ .

(١٧) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد: ٢٤٤٥ / احوال شخصية في ١٨/٨/٢٠٠٨م، والمنشور في جريدة القضاء الالكترونية على الرابط:

(١٨) د. عبد الغفور محمد البياتي، القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠١٨م

ذلك، ومن الاذى المعنوي أن يمتنع عن الكلام معها دون وازع، وقد نهت الشريعة الامتناع عن الكلام مع الزوجة فيما زاد عن ثلاثة أيام، إلا إذا اريد به تقويم الزوجة واصلاح دينها وردھا عن المعصية^(١٩)، ومن الاذى المعنوي ايضا العبوس في وجه الزوجة ورفع الصوت عليها أو عدم الاصغاء اليها وعدم اعطاءها أي اهتمام واشعارها بأنها لا قيمة لها، ومن الايذاء المعنوي ايضا فعل الزوج للفواحش أو أي فعل آخر يفعله الزوج فتعيرُ به الزوجة^(٢٠)، وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الاتحادية بانہ: «ان المدعية تعرضت الى ضرر جسيم والضرر لا يحصر فقد يكون اعتداء على النفس والمال او الايذاء اللفظي او النفسي او الاعتداء على من له صلة قريى بأحد الزوجين وهي مسألة تقدرها المحكمة»^(٢١).

وبالإضافة الى ذلك فان هناك من الاذى ما يلحق بالإيذاء المعنوي ومنه:

هجر الزوجة: وهو بعد الزوج عن زوجته، أو متاركته لها، أو الغيبة عنها بعيدا عن مسكن الزوجية بلا موجب شرعي ويستوي ان يكون الزوج معروف أو مجهول الاقامة^(٢٢)، وإن كان للزوجة مال تتفق منه، لان الزوجية ليست مجرد نفقة إنما هي الفة ومودة وسكن^(٢٣)، وفي هذا الشأن فقد رأّت رئاسة محكمة استئناف الأنبار الاتحادية بان: «هجر الزوج لزوجته سنتين متتاليتين بدون انقطاع وبدون عذر مشروع يعد سبباً للحكم بالتفريق»^(٢٤).

عدم اعفاف الزوجة: وهو عدم قيام الزوج بمعاشرة زوجته، ومما لا شك فيه إن هجر الزوج لفرأش زوجته مدة من الزمن يضر بالزوجة، ويحملها على البغضاء والكراهية البالغة، الا اذا كان للزوج عذر في ذلك^(٢٥)، جاء في الجزيري: «إذ إن الرجل مكلف بإعفاف المرأة ودرء الفساد عنها فإذا هجرها حتى طالبته بالوطء كان معنى ذلك توفانها، فليس من الدين أن يقال لها: متى جاءك مرة فقد سقط حقك، لأن في هذا تعريضاً لها للفساد، بل الواجب في هذه الحالة إرغامه على إتيانها أو تطليقها وهذا الرأي هو المعقول المناسب»^(٢٦)، وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الاتحادية: «ان الهجر الذي يترتب عليه حق الزوجة بطلب التفريق هو قيام الزوج بهجرها في الفراش

- ص ٧١٨.

(١٩) الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية في الكويت، ط١، مطابع دار الصفوة، القاهرة - مصر، ١٤٢٧هـ، ج ٣٥، ص ١٢١-١٢٢.

(٢٠) د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ١٩٩٣م، ج ٨، ص ٤٣٧.

(٢١) قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد: ٢٩٢٥/احوال شخصية في ١٥/٤/٢٠١٥م غير منشور.

(٢٢) د. مصطفى السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط٥، مطبعة جامعة دمشق - سوريا، ١٩٦٢م، ج ١، ص ٢٥٨.

(٢٣) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، دار الفكر العربي، مصر - القاهرة، ج ٢، ص ٣٤٥.

(٢٤) قرار رئاسة محكمة استئناف الأنبار الاتحادية - محكمة الأحوال الشخصية في القائم العدد: ٢٧٤/تفريق في ١٧/٢/٢٠٠٨م، والمنشور في جريدة القضاء الالكترونية على الرابط: www.hjc.iq/qview/836

(٢٥) د. محمود عرفات مصطفى، شرح قانون الاحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، ط١، المركز الدستوري الدولي، مصر - القاهرة، بدون سنة نشر، ج ١، ص ١٨٣.

(٢٦) الجزيري، عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ج ٤، ص ٤٤٣.

بلا عذر مشروع» (٢٧)

اتهام الزوجة بالخيانة: ان الشكّ من الطبائع الإنسانية، والريبة مشروعة إن كانت عقلانية وغير متسرعة، ولكن هذا لا يمنح الزوج حق الطعن بشرف زوجته واتهامها بالخيانة دون امتلاك الأدلة، وحتى عندما يكون شكّ الزوج بزوجه أقرب إلى اليقين؛ فهناك طرق للتعامل مع هذه الشكوك، فلا يمكن ان يكون التشهير بالزوجة أحداها، وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز: « للزوجة طلب التفريق إذا اتهمها زوجها بالخيانة الزوجية وان كان قد تنازل عن شكواه وقرر قاضي التحقيق انقضاء الدعوى الجزائية» (٢٨).

(٢٧) رار محكمة التمييز الاتحادية العدد: ١٦١٣ / احوال شخصية في ٢٠٠٨/٨/١١ نقلاً عن: ربيع محمد الزهاوي، عالم دعاوى محاكم الاحوال الشخصية، ط٢، مكتبة السنهوري - بغداد، ٢٠١٤، ص ٨٠٧ .
(٢٨) قرار محكمة التمييز العدد: ٧٧٥ / احوال شخصية في ١٣/٥/١٩٨١م، اشارت الية مريفان مصطفى رشيد، جريمة العنف المعنوي ضد المرأة، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة - مصر، ٢٠١٦م، ص ٧٧.

المبحث الثاني

موقف الفقه والقانون من تعليق الزوجة

تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين الاول: تعليق الزوجة في الفقه، والثاني: تعليق الزوجة في القانون وكما يأتي:

المطلب الاول: تعليق الزوجة في الفقه

لبيان موقف الفقه من تعليق الزوجة تطلب منا أولاً أن نرجع الى بيان المعاشرة بالمعروف الفرع الاول، ونتناول في الفرع الثاني تعليق الزوجة في الفقه:

الفرع الاول: المعاشرة بالمعروف

يقصد بالمعاشرة: «المصاحبة والمخالطة ومنها اعتشر القوم إذا تخالطوا وتصاحبوا، والعشير المعاشرة، والعشير الزوج، والعشير المرأة أيضاً يخالطها وتخالطه»^(٢٩)، قال تعالى (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)^(٣٠).

أما المعروف: فهو الاحسان في عشرة النساء بان تكون المخالطة لهن بالمعروف الذي تألفه طباعهن، وهو ما يليق بالمرأة وطبقتها، وهو ما تعارف عليه الناس بإنه من حسن المعاشرة^(٣١).

أما بالنسبة لحكم معاشرة الأزواج لنسائهم بالمعروف فهو واجب عليهم وهذا هو قول المفسرون فإن الاصل في المعاشرة بالمعروف هو: الوجوب ولا دليل على خلاف ذلك، وتأكيداً لذلك الوجوب هو: «قول النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: (استوصوا بالنساء خيراً، فإنهن عندكم عوان، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً، إن لكم من نساءكم حقاً، ولنساءكم عليكم حقاً، فأما حقكم على نساءكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن»^(٣٢).

وحت الشرع على المعاشرة بالمعروف فقد جاء في «الحديث الشريف: (أَكْمَلُ الْمُؤْمِنِينَ إِيمَانًا أَحْسَنُهُمْ خُلُقًا، وَخَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِنِسَائِهِمْ)»^(٣٣).

الفرع الثاني: الزوجة المعلقة في الفقه

نوضح في هذا الفرع مواقف المذاهب الاسلامية تجاه عضل وتعليق الزوجة بناءً على ما اسلفناه من صور هذا التعليق وكما يأتي:

اولاً: الايذاء المادي (الجسدي): لم تبح جميع المذاهب الاسلامية ضرب الزوجة

(٢٩) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ٦، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ١٤١٩ هـ، ص ٤٤٠.

(٣٠) النساء، الآية: ١٩.

(٣١) محمد رشيد بن علي رضا القلموني، تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر - القاهرة، ١٩٩٠ م، ج ٤، ص ٣٧٤.

(٣٢) اخرج ابن ماجه في سننه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة - مصر، ج ١، ص ٥٩٤، رقم الحديث ١٨٥١، باب حق المرأة على زوجها.

(٣٣) رواه الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، سنن الترمذي، ط ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر - القاهرة، ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، ج ٣، ص ٤٥٨.

أو الحاق الضرر بها، والاصل عندهم إنه لا يجوز لأحد أن يضرب أحد بغير وجه حق، سواء كان ذلك الشخص رجلاً أم امرأة، قال تعالى: (وَالَّذِينَ يُؤَدُّونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بغيرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٥٨﴾) (٣٤) ومن باب أولى أن يكون المنع أشد في ضرب الزوج زوجته، مهما كانت الغاية من ذلك، إلا أن يكون في حالات خاصة، ووفق ضوابط وشروط محددة، فقد ورد في الفقه الحنفي: « وبهذا ظهر إنه لا يجب على الزوج ضرب زوجته أصلاً، وإذا ادعت على زوجها ضرباً فاحشاً وثبت ذلك عليه عزراً » (٣٥)، وجاء عنهم أيضاً: «ولو كانت في منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت الى القاضي أن الزوج يضربها ويؤذيها؛ سأل القاضي جيرانها فإن أخبروه بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضي يؤدبه ويأمره بأن يحسن اليها » (٣٦).

أما في الفقه المالكي فقد جاء عنهم: « ومن حسن العشرة ألا يضربها لغير وجه يوجب ذلك له عليها، ولا يزيد في عقوبتها فوق ما توجبها الجناية » (٣٧)، وجاء عنهم: « وإذا غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد له يجر له ضربها، لأن المقصود صلاح الحال، والوسيلة عند ظن عدم مقصدها لا تشرع » (٣٨).

وجاء في الفقه الشافعي: « إذا كان التعدي من الرجل، نظر إن كان يمنعا شيئاً من حقها؛ كنفقة أو قسم ألزمه الحاكم توفية حقها، وإن كان يسيء الغلق ويؤذيها ويضربها بلا سبب، فإن الحاكم ينهأ عنه، فإن عاد عزره وقيل: إنه يسكنهما إلى جنب ثقة يطلع على حالهما ويمنعه من التعدي » (٣٩).

وجاء في الفقه الحنبلي: « فإذا ظهر للزوج من زوجته شيء من علامات النشوز، كأن لا تجيبه إلى الاستمتاع، أو تتناقل إذا طلبها؛ فإنه عند ذلك يعظها ويخوفها بالله ويذكرها بحقه عليها وما عليها من الإثم إذا خالفته، فإن أصرت على النشوز بعد الوعظ؛ فإنه يهجرها في المضجع بأن يترك مضاجعتها ولا يكلمها مدة ثلاثة أيام، فإن أصرت بعد الهجر؛ فإنه يضربها ضرباً غير مبرح أي غير شديد » (٤٠).

وجاء في الفقه الجعفري: « لا يجوز عندنا بأي حال من الاحوال ضرب الزوجة او ايذائها الا في حالة نشوزها، فعلى فرض ان يكون المراد به هو الضرب المعروف، فقد ذهب اعلام المفسرين والفقهاء الى ان الضرب يكون بالمنديل - وليس بسياط - بشكل لا يؤلمها، وقد ورد في حديثنا إنه الضرب بالسواك، لأن المقصود هو الردع واطهار

(٣٤) الأحزاب، الآية: ٥٨.

(٣٥) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ط٢، دار الفكر - بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ج٤ ص٧٩.

(٣٦) الكاساني علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ج٤، ص٢٣.

(٣٧) اللخمي علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن، التبصرة، ط١، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، ج٥، ص٢٣٧٤.

(٣٨) خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ط١، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ج٤، ص٢٦٦.

(٣٩) عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرفاعي القزويني، الشرح الكبير، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ج٨، ص٣٩٠.

(٤٠) صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، ط١، دار العاصمة، الرياض - السعودية، ١٤٢٣هـ، ج٢، ص٣٧٦.

الانزجار، وهذا ما يحصل بالمنديل او السواك»^(٤١).

ثانياً: الايذاء المعنوي: وهوما يسمى بالاعتداء النفسي أو العنف المعنوي، ولا يقل الايذاء المعنوي سوءً عن الايذاء الجسدي إن لم يكن اخطر منه، لذلك فإن الله عز وجل أمر بالرفق بالنساء، وهذا ما اكدت عليه جميع المذاهب الاسلامية.

فقد ورد عن الفقه الحنفي: « هو ان تعاملها بما لو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه وتقبله وترضى به، وكذلك من جانبها هي مندوبة الى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالإحسان باللسان واللطف بالكلام والقول المعروف الذي تطيب به النفس»^(٤٢).

وجاء عن الفقه المالكي: « ومَلِكُ الأزواج أمر الزوجات بما جعل إليهم من الطلاق، ونهاهم أن يعتدوا فيما جعل إليهم من ذلك فإن أحب الرجل المرأة أمسكها وإن كرهها فارقها، ولا يحل له إذا كرهها أن يمسكها ويضيق عليها حتى تفترق منه»^(٤٣).

أما الفقه الشافعي فقد جاء فيه: «ويلزمه فإن الذي يؤخذ به جبراً في نشوزه النفقة والكسوة والسكنى، وأن لا يهجر مباشرتها ولا يظهر كراهيتها ولا يسيء عشرتها»^(٤٤).

وجاء المذهب الحنبلي مؤكداً للمبدأ النبوي: «لا ضرر ولا ضرار» فجاء فيه: « ويجب على كل واحد منهما بذل ما يجب لصاحبه من الحق عليه، من غير مظل، ولا إظهار الكراهية للبدل، ولا إتباعه بأذى ولا من، وكف أذاه عن صاحبه»^(٤٥).

وجاء في المذهب الجعفري: « ألا وان الله ورسوله بريئان ممن أضر بامرأته حتى تختلع منه »^(٤٦).

ثالثاً: هجر الزوجة: والمقصود به هو هجر منزل الزوجية، إذ لم يجز أهل العلم قاطبة هجر الزوجة إلا عند نشوزها، مقتصرين بذلك على هجر الفراش للنشوز وليس سواه، فلا يجوز عندهم ترك منزل الزوجية فهو معصية متعارضة مع ما يجب عليه من الطاعة.

فجاء عن الحنفية: « وإذا كانت للرجل امرأة واحدة فكان يقوم الليل ويصوم النهار فاستعدت عليه امرأته فإنه يؤمر أن يبيت معها لها وأن ينظر إليها »^(٤٧).

وعن المالكية: « للزوجة التطليق على الزوج بالضرر، كهجرها بلا موجب شرعي، . . . »^(٤٨)، وجاء عنهم « إن الغائب إذا عرف موضعه، فليس بمفقود فإن احتسب عن امرأته كتب إليه، إما أن يقدم عليها، وإما أن يحملها إليه، وإما أن يفارقها »^(٤٩).

(٤١) احمد الجزائري، قلند الدرر في بيان آيات الاحكام بالأثر، ط١، نشر الفقاهة، قم - ايران، ١٤٠٤هـ، ج٣، ص١٤٨ - ١٤٩.

(٤٢) الكاساني، المصدر السابق، ج٢، ص٣٣٤.

(٤٣) ابن رشد القرطبي أبو الوليد محمد بن أحمد، المقدمات الممهدة، المصدر السابق، ج١، ص٥٥٣.

(٤٤) الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط١: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ج٩، ص٥٩٥.

(٤٥) ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج٣، ص٨١.

(٤٦) الحر العاملي، وسائل الشريعة، ط٢، مؤسسة آل البيت، قم - ايران، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ج٢٢، ص٢٨٣.

(٤٧) أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الأصل، ط١، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ج١٠، ص٣٦١.

(٤٨) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، ج٢، ص٣٤٥.

(٤٩) ابن رشد القرطبي أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ط٢،

أما الفقه الشافعي فهو كغيره من المذاهب، فلم يجز هجر الزوجة إلا عند نشوزها مقتصرًا على هجر الفراش دون سواه فجاء فيه: « والمراد بالهجر: أن يهجر فراشها، فلا يضاعفها فيه. فإن صلحت فذاك »^(٥٠)

وجاء عن الحنابلة: « وإن غاب الزوج فوق نصف سنة في غير حج أو غزو أو طلب رزق يحتاج إليه نسا وطلبت الزوجة قدومه راسله حاكم فإن أبى إن يقدم بلا عذر بعد مراسلة الحاكم إليه فرق بينهما بطلبها ولو قبل الدخول »^(٥١).

وجاء في المذهب الجعفري: « سئل عن الرجل تكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها، ليس يريد الا الإضرار بها، أكون في ذلك إثم؟ قال: اذا تركها أربعة أشهر كان أثماً بعد ذلك وزاد في رواية. إلا أن يكون بإذنها »^(٥٢).

رابعاً: عدم اعفاف الزوجة: وكما إن للزوج حقوق فأن للزوجة نظير ما عليها من الحقوق إلا إذا دل الدليل، على تخصيصه بأحد الزوجين، قال تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ) ^(٥٣) وإنه من باب حسن المعاشرة أن يعاملها كما يحب أن تعامله وإن عدم اعفاف الزوجة يعد من أهم أسباب تعرضها للفتن.

جاء في الفقه الحنفي: « للزوجة أن تطالب زوجها بالوطء لان لها حقاً كما إن له حقه، وإذا طالبتة يجب على الزوج، ويجبر عليه في الحكم مرة واحدة، والزيادة على ذلك تحب فيما بينه وبين الله تعالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح »^(٥٤).

وجاء عند المالكية: « ومن امتنع من وطء امرأته بغير يمين حلفها إضراراً بها أمر بوطئها فإن أبى فأقام على امتناعه مضراً بها فرق بينه وبينها بغير أجل »^(٥٥).

وجاء عند الشافعية: « إن غرض الشرع في إعفاف الرجل بالمرأة، كغرضه في اعفاف المرأة بالرجل، وهذا لا ينكره ذو عقل »^(٥٦).

وعن الحنابلة إنهم قالوا: « أن الزوج إذا امتنع من وطء زوجته بقصد الإضرار بها تضرب له المدة كما تضرب للمولى فأما أن يطأ أو يطلق »^(٥٧).

وجاء في الفقه الجعفري: « فان لها حق الرحمة والمؤانسة، وموضع السكن إليها قضاء اللذة التي لا بد من قضائها، وذلك عظيم، ويجب على الزوج أن يلبي رغبة زوجته

دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م، ج ٥، ص ٣٥٣.
(٥٠) د. مصطفى الخن، د. مصطفى البغا، علي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، ط ٤، دار القلم، دمشق - سوريا، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م، ج ٤، ص ١٠٨.

(٥١) عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد البعلبي الخلوتي الحنبلي، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات، ط ١، دار البشائر الإسلامية، لبنان - بيروت، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م، ج ٢، ص ٦٢٤.
(٥٢) الحر العاملي، المصدر السابق، ج ٢٠، ص ١٤١ ..

(٥٣) البقرة، الآية: ٢٢٨.
(٥٤) الكاساني، المصدر السابق، ج ٢، ص ٣٣١.

(٥٥) ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ط ٢، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - السعودية، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م، ج ٢، ص ٦٠٢.
(٥٦) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ط ١، دار المنهاج، ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م، ج ١٢، ص ٤٥٥-٤٥٦.

(٥٧) ابن الفراء أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، ط ١، مكتبة المعارف، الرياض - السعودية، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م، ج ٢، ص ١٧٧.

في ذلك، لكي لا تقع في الحرام» (٥٨).

المطلب الثاني: تعليق الزوجة في القانون

خلصنا في المطلب السابق إن جميع المذاهب الفقهية ترفض أي وسيلة من وسائل تضييق الزوج على زوجته إلا في حالة نشوزها أو اقرارها فاحشة مبينة، ولم تكن التشريعات المعاصرة بمنأى عن هذه الآراء الفقهية سوى تنظيمها بهيئة نصوص قانونية، فقد تعرضت التشريعات المقارنة لأحكام تعليق الزوجة وذلك عبر إقرارها للحقوق المشتركة وغير المشتركة للزوجين، كما نظمت حقوق الزوجة في المسكن، وبينت حقها في زيارة أصولها وفروعها وذويها ونصت هذه التشريعات أيضاً على حق الزوجة في طلب التفريق للضرر بسبب غيبة الزوج أو تركه مباشرتها، ولبيان ذلك هو ما نستعرضه من نصوص قانونية مقرونة بشرح مبسط لبيان ما ذهبنا إليه.

أولاً: قانون الاسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦

قررت المادة ٥٦ على جملة من الحقوق المشتركة الواجب توافرها بين الزوجين كالاستمتاع والمساكنة والإحصان وحسن المعاشرة والعناية بالأولاد واحترام ذوي الآخر فنصت على إنه: « الحقوق المشتركة بين الزوجين هي: ١- حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه الشرعي. ٢- إحصان كل منهما الآخر. ٣- المساكنة الشرعية. ٤- حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والرحمة والمودة والمحافظة على خير الأسرة. ٥- العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة. ٦- احترام كل منهما لأبوي الزوج الآخر وقرابته». كما تعرضت المادة ٥٧ من نفس القانون لحقوق الزوجة بصورة منفردة وعدم الاضرار بها مادياً أو معنوياً فنصت على إنه: « حقوق الزوجة على زوجها هي: ١- المهر. ٢- النفقة الشرعية. ٣- السماح لها بزيارة أبنائها ومحارمها واستزارتهم بالمعروف. ٤- عدم التعرض لأموالها الخاصة. ٥- عدم الإضرار بها مادياً أو معنوياً. ٦- العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة »، كما بينت المادة ١٢٩ من نفس القانون حق الزوجة في التفريق للضرر بسبب سوء العشرة فنصت على إنه: « للزوجة قبل الدخول أو بعده طلب التفريق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة لمثلها»، كما اوضحت المادة ١٤٣ ذات القانون ان لها طلب التفريق للغيبة أو الهجر فنصت: «للزوجة طلب التفريق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته لمدة سنة فأكثر، ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ويضرب له القاضي أجلاً لا يتجاوز شهرين ينذر فيه، إما بالعودة للإقامة معها، أو نقلها إليه، أو طلاقها، وإلا فرق بينهما»، كما اوضحت المادة ١٤٧ ان للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب ايلاء الزوج وعدم مباشرته للزوجة فنصت على إنه: « للزوجة طلب التفريق للإيلاء، ما لم يفئ الزوج عن يمينه قبل انقضاء أربعة أشهر ».

(٥٨) المجلسي، بحار الأنوار ط ٢، دار الكتب الاسلامية، تيراز - ايران، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، ج ٧١، ص ١٥.

ثانياً: قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م

بينت المادة (٥٤) الحقوق المتبادلة بين الزوجين كالأستمتاع والمساكنة وحسن المعاشرة والعناية بالأولاد فنصت على إنه: « الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: ١- حل أستمتاع كل من الزوجين بالزوج الآخر فيما أباحه الشرع ٢- المساكنة الشرعية ٣- حسن المعاشرة، وتبادل الاحترام والعطف، والمحافظة على خير الأسرة ٤- العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة»، كما بينت المادة (٥٥) حقوق الزوجة على زوجها بصورة خاصة فنصت على: «حقوق الزوجة على زوجها ١- النفقة ٢- عدم منعها من إكمال تعليمها ٣- عدم منعها من زيارة أصولها وفروعها وإخوتها واستزارتهم بالمعروف ٤- عدم التعرض بها مادياً أو معنوياً ٦- العدل بينها وبين بقية الزوجات أن كان للزوج أكثر من زوجة»، كما اوضحت المادة (٧٧) إنه ليس من حق الزوج الاضرار بالزوجة عن طريق الجمع بين اكثر من زوجة في مسكن واحد فجاء فيه: « لا يحق للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد، ألا إذا رضيت بذلك، ويحق لها العدول متى لحقها ضرر من ذلك» كما بينت المادة (١٢٩) ان للزوجة طلب التفريق للغيبة أو الهجر فنصت على إنه: « للزوجة طلب التظليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه»، كما بينت المادة (١٣٢) ان للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب ايلاء الزوج وعدم مباشرته للزوجة فجاء فيها: « للزوجة طلب التظليق إذا حلف زوجها على عدم مباشرتها مدة أربعة أشهر فأكثر ما لم يفئ قبل انقضاء الأشهر الأربعة ويكون الطلاق بائناً ».

ثالثاً: قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م

بينت المادة ٧٧ حقوق الزوجين وحسن المعاشرة المتبادلة فنصت على إنه: « على كل واحد من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر ومعاملته بالمعروف وإحسان كل منهما للآخر، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة ». كما بينت المادة (١٢٦) حق كل من الزوجين طلب التفريق بسبب تضرره من الطرف الآخر مادياً أو معنوياً فنصت على إنه: «لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للنزاع والشقاق إذا ادعى ضرراً لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسياً كالأليذاء بالفعل أو بالقول أو معنوياً، ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية»، وتعرضت المادة (٧٩) الى العدل بين الزوجات فنصت: «على من له أكثر من زوجة أن يعدل بينهن في المعاملة كالمبيت والنفقة»، اما بالنسبة لغياب الزوج عن زوجته فنصت المادة (١١٩) على إنه: «إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها سنة فأكثر وكان معلوم محل الإقامة، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهما إذا تضررت من غيابه عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه»، وكذلك فان المادة (١٢٢) اجازت للزوجة أن تطلب فسخ عقد زواجها لهجر الزوج فنصت على إنه: «إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن

قربانها في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر وطلبت فسخ عقد زواجها منه، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها، فإن لم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما»، كما بينت المادة (١٢٣) ان للزوجة الحق في طلب التفريق بسبب ايلاء الزوج وعدم مباشرته للزوجة فنصت على: «إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك وطء زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر أو دون تحديد مدة واستمر على يمينه حتى مضت أربعة أشهر طلق عليه القاضي طلاقاً رجعية بطلبها».

ونرى من خلال استعراضنا لنصوص القوانين المقارنة الاهتمام غير المنقطع بحقوق الزوجة ودفع جميع انواع الاذى عنها^(٥٩)، وبالعودة الى صور تعليق الزوجة والاضرار بها في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، فإنه قد تعرض لبعض ما تعرضت له القوانين المقارنة، فنصت الفقرة الثانية من المادة (٢٥) على إنه: «٢- لا تلزم الزوجة بمطوعة زوجها، ولا تعتبر ناشزاً، اذا كان الزوج متعسفا في طلب المطوعة قاصدا الاضرار بها او التضيق عليها، ويعتبر من قبيل التعسف والاضرار بوجه خاص ما يأتي: ا- عدم تهيئة الزوج لزوجته بيتاً شرعياً يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية. ب- اذا كان البيت الشرعي المهياً بعيداً عن محل عمل الزوجة، بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيتية والوظيفية. ج- اذا كانت الاثاث المجهزة للبيت الشرعي لا تعود للزوج. د- اذا كانت الزوجة مريضة بمرض يمنعها من مطوعة الزوج».

كما تعرض لمنع الزوج من الاضرار بالزوجة عن طريق مسكن الزوجية فنصت المادة (٢٦) على انه: «١- ليس للزوج ان يسكن مع زوجته بغير رضاها ضررتها في دار واحد».

كما أباح للمتضرر من أحد الزوجين طلب التفريق من الاخر عند توافر اسباب معينة فنص في المادة (٤٠) على انه: « لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية: ١- اذا أضر أحد الزوجين بالزوج الاخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ويعتبر من قبيل الاضرار، الادمان على تناول المسكرات أو المخدرات».

أما بالنسبة لهجر الزوجة فإنه قد نص في الفقرة الثانية من الفقرة اولاً من المادة (٤٣) على انه: «اولاً- للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الاتية: ٢- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه».

ومن خلال تتبعنا لنصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي نجد أنه قد تعرض لأحكام تعليق الزوجة والاضرار بها، فتعرض الى تعسف الزوج في طلب المطوعة

(٥٩) اخذت اغلب القوانين المقارنة وكذلك القانون العراقي في مسألة ضرب الزوجة بالمذهب المالكي الذي اجاز التفريق بسبب ضرب الزوج لزوجته خارج نطاق التأديب، فعلى سبيل المثال فان رأي باقي المذاهب في ذلك هو عدم التفريق بينهما بل يقوم القاضي بتأديب الزوج وبأمره بحسن المعاشرة والاحسان اذ جاء في بدائع الصنائع للكاساني: « فشكت الى القاضي أن الزوج يضربها ويؤذيها؛ سأل القاضي جيرانها فإن اخبروه بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضي يؤدبه ويأمره بأن يحسن اليها ».

قاصداً الاضرار بالزوجة، كما تعرض الى مسكن الزوجية، ومن له الحق بالسكن مع الزوجة في دار الزوجية، كما أجاز للزوجة طلب التفريق عند تضررها من الزوج مبيناً صور الضرر، وأجاز للزوجة ايضاً طلب التفريق للهجر، إلا إن هناك عدة ملاحظات على هذه النصوص، الاولى: إنه حدد المدة التي تستطيع فيها الزوجة طلب التفريق للهجر بمدة سنتين أو اكثر، وإن هذه المدة تثير عدة تساؤلات، إذ ان القانون العراقي قد اقتبس هذا النوع من التفريق من المذاهب الفقهية في ضوء الشريعة الاسلامية، ونجد إن المذهب الحنبلي حدد مدة الهجر بنصف سنة، كما حدده المذهب المالكي بسنة واحدة، والبعض الآخر لم يحدد مدة معينة، إنما اكتفى بالكتابة الى الزوج: فإما أن يقدم على الزوجة، وإما أن يأخذها حيث يقيم، وإما أن يطلقها، وما يؤخذ على المشرع العراقي هو إن مدة السنتين التي أقرها تعد طويلة جداً وتؤدي الى الاضرار بالزوجة، وقد لاحظنا إن القوانين المقارنة قد أخذت بأقل مما أخذ به القانون العراقي، إذ أن طولها مدة هي سنة واحدة، والتي أخذ بها قانون الاحوال الشخصية الاماراتي^(٦٠)، لذا فإننا نقترح تعديل نص المادة ٤٣/اولاً/٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي لتصبح كالآتي:

« للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الآتية: ٢- إذا هجر الزوج زوجته مدة ستة أشهر فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه بعد أن يمهل القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها، فإن لم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما » .

أما بخصوص الملاحظة الثانية فنجد خلو قانون الاحوال الشخصية العراقي من النص على احكام (امتناع الزوج عن مباشرة الزوجة أو إيلائه عنها) كما هو الحال في الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة، ونرى إن النص المناسب لمثل هكذا حكم هو الآتي: « للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج وطء زوجته مدة أربعة أشهر بعد أن يمهل القاضي مدة معقولة، فإن كان قد أقسم على ما يفيد الإيلاء واستمر على يمينه حتى مضت الأربعة أشهر طلق عليه القاضي طلاقاً بائناً بطلب منها » .

كما يلاحظ ايضاً إن المشرع العراقي لم ينص ابتداءً وكمبدأً عام على وجوب حسن المعاملة بين الزوجين كما نصت عليها القوانين المقارنة، لذا فإننا نقترح أن يكون النص المناسب لذلك هو ما أخذ به المشرع الاردني وهو:

« على كل من الزوجين أن يحسن معايشة الآخر ومعاملته بالمعروف وإحسان كل منهما للآخر، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة »

وفي الختام فإننا قد لمسنا إن هناك جهل واسع لدى اغلب الأزواج بما عليهم من واجبات وما لهم من حقوق زوجية مما يجعلهم متمسكين بما ورثوه من مفاهيم وعادات اجتماعية بعضها مخالف للشرع والقانون، ولتقويم تلك الافكار وتصحيح مسارها فإننا نقترح الزام كل من تقدم الى القضاء لعقد القران - الرجل والمرأة- بوجوب علمهم المسبق بما عليهم من واجبات وما لهم من حقوق زوجية وذلك قبل ابرام عقد القران بينهما، وذلك عبر إدراج ذلك في إستمارة خاصة معدة لهذا الغرض، ويتم التوقيع عليها من كليهما، على (٦٠) انظر: المادة / ٤٣ من قانون الاسرة القطري رقم(٢٢) لسنة ٢٠٠٦، والمادة / ١٢٩ من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥، والمادة/١٢٢ من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠م.

أن يعد ذلك شرطاً من شروط تسجيل عقد الزواج, ويكون ذلك عبر تعديل الفقرة ثالثاً من المادة العاشرة من قانون الاحوال الشخصية والخاصة بتسجيل عقد الزواج, ليصبح مضمونها الآتي: « ثالثاً- يرفق مع بيان عقد القران واجبات وحقوق كلا الزوجين تجاه بعضهما البعض, على أن يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدين أو بصفة ابهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج . » .

الخاتمة:

في ختام دراستنا توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات القانونية وهي كما يأتي:

أولاً: النتائج

١. « التعليق: هو منع الزوجة من حقوقها المشروعة، فلا هي زوجة لها كامل حقوقها ولا هي مطلقة تستطيع أن تبحث عن زوج مناسب ». .
٢. أجمعت المذاهب الفقهية الاسلامية على رفض أي وسيلة من وسائل تضييق الزوج على زوجته إلا في حالة نشوزها أو اقترافها فاحشة مبينة.
٣. حدد المشرع العراقي المدة التي تستطيع فيها الزوجة طلب التفريق للهجر بسنتين أو اكثر، وتعد هذه المدة طويلة وتؤدي الى الاضرار بالزوجة، وقد لاحظنا إن القوانين المقارنة قد اخذت باقل من المدة التي أخذ به القانون العراقي.
٤. خلا قانون الاحوال الشخصية العراقي من النص على حق الزوجة في طلب التفريق عند امتناع الزوج عن مباشرة زوجته أو إيلائه عنها في حين إن القوانين المقارنة قد نصت على ذلك.
٥. لم ينص قانون الاحوال الشخصية العراقي - كمبدأ عام - على وجوب حسن المعاملة وتبادل الاحترام بين الزوجين والمحافظة على خير الأسرة.
٦. هناك جهل واسع لدى اغلب الأزواج بما عليهم من واجبات وما لهم من حقوق زوجية مما يجعلهم متمسكين بما ورثوه من مفاهيم وعادات اجتماعية بعضها مخالف للشرع والقانون.

التوصيات:

١. تقليل المدة التي تستطيع فيها الزوجة طلب التفريق بسبب هجر الزوج ليصبح نص المادة ٤٣/أولاً/٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي كالآتي: « للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الاتية: ٢- اذا هجر الزوج زوجته مدة ستة اشهر فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه بعد أن يمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها، فإن لم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما ». .
٢. ادراج نص في قانون الاحوال الشخصية العراقي يتضمن حق الزوجة في طلب التفريق عند امتناع الزوج عن مباشرة زوجته أو إيلائه عنها، يكون كالآتي: « للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج وطء زوجته مدة أربعة أشهر بعد أن يمهله القاضي مدة معقولة، فإن كان قد أقسم على ما يفيد الإيلاء واستمر على يمينه حتى مضت الأربعة أشهر طلق عليه القاضي طلاقاً بائناً بطلب منها ». .
٣. ادراج نص في قانون الاحوال الشخصية العراقي يتضمن وجوب حسن المعاملة

بين الزوجين وكما نص عليه المشرع الاردني وهو: « على كل من الزوجين أن يحسن معايشة الآخر ومعاملته بالمعروف وإحسان كل منهما للآخر، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة ». .

٤. على كل من الزوجين العلم بما عليهم من واجبات وما لهم من حقوق تجاه بعضهما البعض وذلك قبل ابرام عقد القران بينهما، وذلك عبر ادراج ذلك في استمارة خاصة معدة لهذا الغرض، ويتم ذلك عبر تعديل الفقرة ثالثاً من المادة العاشرة من قانون الاحوال الشخصية العراقي الخاصة بتسجيل عقد الزواج، ليصبح مضمونها الآتي: « يرفق مع بيان عقد القران واجبات وحقوق كلا الزوجين تجاه بعضهما البعض، على أن يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدين أو بصمة ابهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج» .

الملف السياسي

هندسة الأمن الوطني العراقي في ضوء التجاذبات الاقليمية والدولية

أ.م.د: سالم مطر عبدالله
جامعة الموصل - كلية العلوم السياسية

المستخلص

في ضوء ما تشهده العلاقات الدولية من توترات، وتغير في طبيعة وبنية التهديدات، ضد أمن الدول، والمجتمعات، والأفراد والتي لم تعد تهديداً من الدول بعينها بل من قوى جديدة أفرزتها المنظومة الدولية كالإرهاب، والجريمة المنظمة، وتجارة المخدرات، وتجارة السلاح، وغيرها من اشكال التهديد الجديد، بعدما كانت الدول تتبنى سياسات دفاعية لضمان أمنها الوطني المرتبط بثلاثية معاهدة ويستفاليا المتمثلة بـ (أمن الحدود، والحفاظ على السيادة، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول)، وبعد التغير في نمط التهديدات أصبحت ذات طابع مجتمعي غير العسكري «كالصراعات العرقية وظهور الجماعات الأثنية، والجماعات المسلحة»، مما حدى بالدول القيام ببناء استراتيجيات دفاعية أو معالجاتية جديدة لكي يتم التكيف مع هذه التهديدات الجديدة.

Abstract

The more there is reliance on external security initiatives, the more there will be a failure to secure the country from threats. The more strong political institutions absent in the countries of the Middle East region, the more instability will increase. The problem of alliance and interconnection between security threats, whether analogous or non-analogous, is one of the most complex problems facing Iraqi national security.

The causal and productive movements that stand behind the security challenges in Iraq are not confined to a specific cause but rather in a group of multiple causes and dimensions and levels, from the problem of ethnic and racial diversity to the vital and strategic location to successive crises in the region are all driving causes of security threats.

المقدمة

في ضوء ما تشهده العلاقات الدولية من توترات، وتغير في طبيعة وبنية التهديدات، ضد أمن الدول، المجتمعات، والأفراد والتي لم تعد تهديداً من الدول بعينها بل من قوى جديدة أفرزتها المنظومة الدولية كالإرهاب والجريمة المنظمة وتجارة المخدرات وتجارة السلاح، وغيرها من اشكال التهديد الجديد، وكانت الدول تتبنى سياسات دفاعية لضمان أمنها الوطني المرتبط بثلاثية معاهدة ويستقاليا المتمثلة بـ (أمن الحدود والحفاظ على السيادة، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول)، وبعد التغير في نمط التهديدات أصبحت ذات طابع مجتمعي غير العسكري «كالصراعات العرقية، وظهور الجماعات الأثنية، والجماعات المسلحة»، مما أدى بالدول للقيام ببناء استراتيجيات دفاعية أو معالجاتية جديدة لكي يتم التكيف مع هذه التهديدات الجديدة.

وبقدر ما تتطوي التطورات المعاصرة التي يشهدها القرن الحادي والعشرين على فرص اقتصادية وسياسية وعلمية وتكنولوجية واعدة، فإنها تشتمل أيضاً على عوامل تهديد عدة للأمن الوطني للدول كافة، لا بل قد يكون الازدياد في هذه الفرص وما تعكسه من تقدم للدول وتطورها تنموياً ازدادت المهددات والتحديات الأمنية المصاحبة لهذه التطورات. وفي هذا الإطار، تواجه المؤسسات السياسية المسؤولة عن حماية مصالح الدولة بيئة استراتيجية شديدة التعقيد والخطورة، وأكثر غموضاً وتبايناً عن الظروف السابقة. ومن بين المناطق التي عانت ومازالت تعاني من هذه التهديدات إلى غاية اليوم هي منطقة الشرق الاوسط. فالمشاكل الراهنة التي تعيشها منطقة الشرق الاوسط كلها والعراق بصفة خاصة تعطينا فكرة واضحة عن الحاجة لنظرة جديدة التي تهتم بمثل هذه الدراسات والتحليل الواضح والكافي للتهديدات التي تعاني منها الدولة العراقية -كسواها من دول المنطقة- من مجموعة من التهديدات والتحديات، كالإرهاب والجريمة المنظمة والانقسامات والتشظي المجتمعي والفقر والأمراض، وغيرها، كلها معطيات تدفع إلى توسيع وتعميق البحث في مثل هذه المجالات الأمنية في الوقت الذي أصبح الموضوع المراد دراسته مقترناً بالمقاربة الجديدة للأمن وهي مقاربة الأمن الإنساني، أي أمن الفرد كوحدة أساسية للتحليل في هذا المجال.

المشكلة البحثية:

تتسم الأوضاع الدولية في منطقة الشرق الأوسط بالتعقيد والتحول المستمر، وتخفي زخماً متداخلاً ومتراكماً ومتنامياً من التحديات والمخاطر والتهديدات المرتبطة بالأدوار والمصالح الدولية والاقليمية في المنطقة.

ووفقاً لما سبق يمكن صياغة المشكلة البحثية بالسؤال الرئيس الآتي: ما تأثير تصالح الإيرادات الداخلية العراقية في رسم عقيدة امنية وطنية، وانعكاس ذلك على هندسة الامن الوطني العراقي لمجابه التهديدات الجديدة، كتهديد الإرهاب، والجريمة المنظمة، وتجارة المخدرات، وتهديد الصراع الهوياتي.

الاسئلة البحثية:

- تتفرع من السؤال الرئيس للمشكلة البحثية مجموعة من الاسئلة الفرعية أهمها:
- ما تأثير الأزمات المحيطة بمنطقة الشرق الاوسط ذات الأهمية الاستراتيجية في الأمن الوطني العراقي؟
 - ما تأثير نتائج التحوّلات التي فرضتها الحملة الدولية للقضاء على تنظيم «داعش» في العراق وسوريا على الأمن الوطني العراقي؟
 - هل ارتسمت فعلا معالم أمن مشترك بين دول الاقليم.
 - هل يمكن الاعتماد على العامل الخارجي في أمنة الدول.
 - ما انعكاسات الشد الطائفي والقومي على الأمن الوطني العراقي؟

فرضية البحث:

ينطلق البحث من فرضية مفادها: إن زيادة التهديدات الأمنية في منطقة الشرق الاوسط - ومنها العراق - كانت نتيجة للحروب وزيادة ظهور أنماط جديدة من هذه التهديدات كالإرهاب، والجريمة المنظمة، وتجارة الأسلحة، وتجارة المخدرات، وتجارة الاعضاء البشرية وغيرها، وكذلك لظروف اجتماعية واقتصادية وسياسة قاسية.

منهج البحث: من اجل معالجة موضوع التحدي الأمني في العراق وبما يتوافق مع المشكلة البحثية والاسئلة الناشئة عنها تطلب توظيف الاقتراب النسقي للإحاطة بأبعاد وتحديات الأمن في هذه المنطقة، فضلاً عن استخدام المنهج المؤسسي للتبين من عمل المؤسسات الأمنية في الدولة العراقية.

المحور الاول

مفاهيم الأمن وهندسته

لمفهوم الأمن، من منظور العلوم السياسية، طيف واسع المعاني والدلالات، يبدأ تقليدياً بالقوة بالمعنى العسكري، وصولاً إلى العامل المعنوي والمكانة، ويبدأ بالدولة والنظام الدولي وصولاً إلى الجماعات، والهويات الفرعية، والفواعل العابرة للحدود وحتى الأفراد، ويبدأ بالجيوش والإعداد للحرب، ويصل إلى الأمن الجماعي، وتعزيز السلام، واحتواء مصادر العنف، والتغيير السلمي بأدوات وديناميات اللاعنف، ومن التهديد الواقعي إلى التهديد الافتراضي أو المحتمل، ومن القوة الصلبة إلى القوة الناعمة إلى القوة الذكية. وننوه إلى عدم الخوض بالتفصيل المقصود بالعديد من المفاهيم؛ لأنها إما شائعة ومعروفة، وإما لأنها موجودة في مظان كثيرة قريبة من متناول أهل الاختصاص والمهتمين، ولكنها تحيل مرجعياً إلى ما تعده مناسباً في هذا السياق.

اولاً: مفهوم الأمن:

الأمن حاجة انسانية فطرية؛ لذا كان غاية كل الاديان، والمعتقدات، والفلسفات، وظل على مر العصور مطلباً اساسياً لجميع الاجناس والدول. فهو يمثل احدى الركائز الاساسية في قيام الدولة والمجتمعات واستمرارها، وهو مفهوم يشمل عناصر متعددة ولازمة لبناء الدولة، إذ إن غياب احد هذه العناصر قد يدفع الدولة للسعي نحو الوسائل البديلة والكفيلة حرصاً منها على تحقيق أمنها الوطني.

ومفهوم الأمن كغيره من مفاهيم العلوم الاجتماعية لا يوجد اجماع واضح حوله، لا من حيث التعريف، ولا من حيث المستهدفون بالأمن، ولا من حيث مصادر تهديده، ولا من حيث سبل وادوات واستراتيجيات تحقيقه.

فالأمن يختلف باختلاف تصور الفاعلين له، سواء أكانوا أفراداً أم جماعات أم تنظيمات أم دول، ويمكن تحديده، هنا، ليس بمعناه فقط، وإنما بما يواجهه، أو بالواقع أو التهديد الذي يستجيب له، أو بما يكشف عنه، أو يتوقعه أيضاً؛ ولذا تجدنا أمام مفاهيم متعددة للأمن، بتعدد مصادر وأشكال التهديد التي يتفاعل معها، وبتعدد أنماط المدارك والأيديولوجيات والثقافات والخبرات والتجارب، التاريخية منها والواقعية والافتراضية.

وعلى الرغم من أن مصطلح الأمن القومي قد شاع بعد الحرب العالمية الثانية، إلا أن جذوره تعود إلى القرن السابع عشر، ولأسيما بعد معاهدة وستفاليا عام ١٦٤٨ التي أسست لولادة الدولة القومية أو الدولة - الأمة - Nation - State وشكلت حقبة الحرب الباردة الإطار والمناخ اللذين تحركت فيهما محاولات صياغة مقاربات نظرية وأطر مؤسساتية وصولاً إلى استخدام تعبير استراتيجية الأمن القومي. كما ظهرت صعوبة الاحاطة بأبعاده ومستوياته كافة، نتيجة التعارض النظري بين مفاهيم الأمن القومي وهو بالأساس تصارع بين المفاهيم العسكرية والمفاهيم الاجتماعية للأمن القومي، فلا نجد اتفاقاً حول مفهوم الأمن القومي او الوطني.

تتفق معظم الأدبيات التي قامت بتعريف مفهوم الأمن على أن المفهوم يشير عموماً إلى تحقيق حالة من انعدام الشعور بالخوف، وإحلال شعور الأمان ببعديه النفسي والجسدي محل الشعور بالخوف، والشعور بالأمان قيمة إنسانية كونية مرغوبة لا تقتصر على فئة اجتماعية معينة أو مرتبطة بمستوى الدخل، فالفقير مثل الغني يحتاج إلى الشعور بالأمان ويسعى إلى تحقيقه وإن اختلفت درجات المتمتع به، ونظراً لصعوبة تحقيق الأمان الكامل، فقد أصبح يُنظر للأمن على أنه مسألة نسبية مرهونة بالسعي لتعزيز أفضل الشروط لتوافره^(١).

وهناك من عدّه قدرة المجتمع وإطاره النظامي الدولة على مواجهة التهديدات الداخلية والخارجية كافة، بما يؤدي الى المحافظة على كيانه، هويته وأقليمه وموارده وتماسكه وتطوره وحرية وارادته^(٢).

ومفهوم أمن الدولة أو الأمن القومي/ الوطني هو تأمين سلامة الدولة ضد أخطار خارجية أو داخلية قد تؤدي بها إلى الوقوع تحت سيطرة أجنبية نتيجة ضغوط خارجية أو انهيار داخلي^(٣).

لكن مفهوم الأمن في إطاره العلمي، ولاسيما في دائرة استخدامه في العلاقات الدولية يفتقد إلى تعريف شامل وموحد متفق عليه، فهو من خلال التعريف السابق لا يتعلق بحالة معينة لنخبة أو طبقة أو جماعة عرقية أو لغوية أو دينية مسيطرة على صناعة القرار ويعكس رؤياها الخاصة، وانما يتعلق بكل المجتمع الذي إطاره النظامي هو الدولة والتي يمارس المجتمع من خلالها هذا المفهوم، ويتطلب تعاون كل المجتمع ويعكس الإدراك المشترك لمصادر الخطر وطبيعتها واهدافها، ويستهدف المحافظة على الكيان المجتمعي وتماسكه وتطوره وحرية ارادته.

ويعرف «تريغر وكرنبرج» الأمن القومي بأنه «ذلك الجزء من سياسة الحكومة الذي يستهدف خلق الظروف المواتية لحماية القيم الحيوية»^(٤).

فيما يعرفه «هنري كيسنجر» بأنه يعني «أية تصرفات يسعى المجتمع - عن طريقها - إلى حفظ حقه في البقاء»^(٥).

أما «روبرت ماكنمارا»، فيرى أن «الأمن هو التنمية، وبدون تنمية لا يمكن أن يوجد أمن، والدول التي لا تنمو في الواقع، لا يمكن ببساطة أن تظل آمنة»^(٦).

فيما عرّفه الدكتور «زكريا حسين»، أنه: «القدرة التي تتمكن بها الدولة من تأمين

(١) د: عبد المنعم المشاط، «الإطار النظري للأمن القومي العربي» في د. عبد المنعم المشاط (محرر)، الأمن القومي العربي: أبعاده ومتطلباته، (القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٩٣)، ص ١٤.

(٢) مدحت أيوب، الأمن القومي العربي في عالم متغير بعد أحداث ١١ سبتمبر/ ايلول ٢٠٠١، (القاهرة: مكتبة مدبولي، ٢٠٠٣)، ص ١٧.

(٣) عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة، الطبعة ٤، الجزء ١، (بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ١٩٩٩)، ص ٣٣١.

(4) Frank Trager and Philip Kronenberg (eds.), National Security and American Society (Kansas: Kansas University Press, 1973), p36-35.

(5) Henry Kissinger, Nuclear Weapons and Foreign Policy (London: Wild Field and Nicholson, 1969), p 46.

(6) McNamara, The Essence of Security (New York: Harper Press, 1966), p149.

انطلاق مصادر قوتها الداخلية والخارجية والاقتصادية والعسكرية في شتى المجالات، في مواجهة المصادر التي تهددها في الداخل والخارج، وفي السلم والحرب»^(٧).

فيما عدّ «محمد حوات»، الأمن الوطني هو: «قدرة المجتمع على مواجهة الأحداث والوقائع الفردية، وجميع الظواهر المتعلقة بالطبيعة الحادة والمركبة للعنف»^(٨).

ويُعد «باري بوزان»، رائد اتجاه إخراج الأمن من المفهوم الضيق الذي لازمه في الفترة السابقة، إذ عمل على مراجعة مفهوم الأمن، وكذا المنهجية والترتيب لمختلف الأبعاد التي تمس حقل الدراسات الأمنية تحت إطار توسيع المفهوم، أي ان الحديث عن التعريف الكلاسيكي الذي يضع البعد الدولاتي في قلب الاهتمام أصبح قابلاً للتشكيك فيه، إذ إن الأمن من هذا المنظور هو قدرة الدولة على صيانة الاستقلالية الهوياتية وممارسة وظيفة حماية الوحدة الترابية^(٩).

فالمقاربة الأمنية حسب مدرسة كوبنهاغن ومفكرها مثل «أولي ويفر» Ole Wæver و«باري بوزان» Barry Buzan تُعدّ الأمن هو فن الخطاب، إذ يبرر الأمن والوصف بالتهديد عندما يكون موضوع مرجعي محل خطر وأن هذا التهديد الموجود يعطيهم الحق في الدفاع عن أنفسهم بكل الوسائل^(١٠).

وهناك حديث متواتر عن ثورة في الشؤون الأمنية والعسكرية، بالتوازي مع الثورة في التقانات الحيوية والمعلومات والاتصالات، وغيرها، ولعل كلمة أمن من أكثر الكلمات انتشاراً مع ظاهرة الثورات التقنية وغيرها مما أشرنا إليه، ولاسيما أن عالم المال والأعمال يعتمد على المعلومات والتطبيقات والاتصال، وإن الاختراقات الأمنية يمكن أن تتسبب بخسائر وأضرار كبيرة، ما يستدعي الاهتمام بأمن المعلومات والشبكات وغير ذلك، سواء بالمعنى الأمني الاستخباراتي أو بالمعنى المهني^(١١).

وبشكل عام فإن الأمن الوطني، بوصفه مفهوماً يتميز بالتحديد والشمول والعمومية والنسبية والتغير، فهو محدد بمعنى انه ينحصر في نطاق الدولة القومية، أي مجاله العملي والتطبيقي في إطارها، وهو شامل؛ لأنه يتضمن جوانب الأمن كافة وما يتصل بغياب الخطر في صورته كافة، وهو عام لأنه ضمن مسؤولية أي حكومة في أي دولة بصرف النظر عن شكل نظامها السياسي ومهما تغير ذلك النظام أو تبدل^(١٢).

ان إدراك الأمن وتطوره إلى مفهومه الحالي تأثر بعوامل مركزية كان ابرزها تغيير النظام العالمي وأجندة الأمن، وقد رافق هذه الموجة من الأحداث الدولية وتحول في المقاربات والمناهج في العلوم الاجتماعية من الوضعية نحو ما بعد الوضعية.

(٧) زكريا حسين، الأمن القومي، (القاهرة: مركز الشاهد للدراسات الاستراتيجية والسياسية، ٢٠٠٣)، ص ٢.

(٨) محمد علي حوات، مفهوم الشرق أوسطية وتأثيرها على الأمن القومي العربي، (القاهرة: الدار العربية للطباعة والنشر، ٢٠٠٢)، ص ٣٤٦.

(٩) عبد النور بن عنتر، «تطور مفهوم الأمن في العلاقات الدولية»، مجلة السياسة الدولية، المجلد ٤٠، العدد ٦٠، (القاهرة: مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، ابريل/ نيسان ٢٠٠٥)، ص ٥٩.

(10) wolfram Lacher, «Actually Existing Security: The Political Economy of the Saharan Threat» security dialogue, vol. 39, no. 2008, p289. Available at: <http://sdi.sagepub.com>.

(١١) فرانسيس فوكوياما، مستقبلاً بعد البشري: عواقب ثورة التقنية الحيوية، ط ١، (أبو ظبي: مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ٢٠٠٦)، ص ٣٧.

(١٢) عطا محمد صالح زهرة، في الأمن القومي العربي، (بنغازي/ ليبيا: منشورات جامعة قاربونس، ١٩٩١)، ص ٣٧.

ثانياً: مفهوم الهندسة الأمنية:

الهندسة كتخصص عصري أو ما يعرف بالـ «Engineering» هي فن، أو علم الاستخدام العملي لمعطيات العلوم الدقيقة كالفيزياء والكيمياء وما إليهما. وهي أقسام كثيرة منها: الهندسة الكيميائية، وهي تعنى بإنشاء وتشغيل المصانع والأجهزة الضرورية لإنتاج المواد الكيميائية والأصباغ واللدائن والأسمدة. والهندسة الكهربائية، وتعنى بإنشاء محطات توليد الطاقة وتطوير الأجهزة الكهربائية مثل الهاتف والرادار ومكيفات الهواء والهندسة الميكانيكية، وتعنى بإنشاء وتصميم الآلات والأجهزة الجديدة لاستخدامها في مختلف الصناعات والهندسة الصناعية، وهي لا تعنى بصناعة بعينها، ولكنها تعنى بتحسين وسائل الإنتاج في الصناعة كلها، والهندسة المدنية تعنى بإنشاء المباني والطرق والجسور. وهناك أيضاً الهندسة الزراعية، وهندسة الطيران... وغيرها.

وقد نشأت أخيراً هندسات أو تخصصات هندسية جديدة وعديدة كهندسة الصواريخ والهندسة النووية والهندسة الطبية التي تعنى بتقنيات تصنيع الأجهزة الطبية وهندسة الحاسوب وغير ذلك من التخصصات. أما الهندسة كمصطلح فقد بدأ مع معرفة البشرية للأشكال المنتظمة كالمستقيم والمنحني، وقد اتجهت الدول المتقدمة إلى تفعيل الهندسة الأمنية بشكل أكثر جدية منذ أحداث ١١ ايلول/ سبتمبر ٢٠٠١، وزادت إنفاقها السنوي عليها.

ومما سبق فالهندسة الأمنية Security engineering تعني: «أحد المجالات التخصصية في الهندسة التي تركز على تقديم الحلول الهندسية ذات الملامح الأمنية تزامناً مع مراحل التصميم والتخطيط والتنفيذ والتشغيل والمراقبة فيما يتعلق بعمليات أمن وحماية وسلامة الأشخاص والمنشآت والمدن والطرق ووسائل النقل والدول بشكل عام»^(١٣). وأما ادارتها فتتم من خلال توفير الخطط والتكتيكات والسيناريوهات للوقاية من مصادر الخطر الحالية أو المستقبلية وللعمل على مواجهتها سواءً أكانت تلك الأخطار والتهديدات طبيعية أم بشرية.

تُعرف الموسوعة العالمية الأمريكية إنكارتا، الهندسة على أنها: الفن المحترف لعملية تطبيق العلم وتحويله الأمثل إلى استخدامات الطبيعة في خدمة البشر^(١٤).

ويمكن التنظير لهندسة الأمن من خلال ما يأتي:

١. استعارة نظرية التعبئة السياسية وكما هو معلوم فإن اللغة تؤدي دوراً حاسماً في العملية التعبوية وفي تجنيد الدعم المطلوب لأي إجراء سياسي، فمن دون لغة عالية لن تحدث الأمنة على حد تعبير ويفر، التي عدّها شرطاً أساسياً لإطلاق عملية الأمنة، وفي هذا الصدد يقول جيف هيوسمانس: «تلعب اللغة دوراً حاسماً في التعبئة، وعلى الرغم من ان العملية لا يمكن ان تختزل في قالب لغوي واحد، تعتمد التعبئة الاجتماعية اعتماداً كبيراً على

(١٣) د: عبدالسلام القحطاني، «فاعلية ادارة الهندسة الأمنية في تامين المنشآت الحيوية في المملكة العربية السعودية»، مجلة البحوث الأمنية، المجلد ٢٥ العدد ٦٥، (الرياض: كلية الملك فهد الأمنية، ايلول/ سبتمبر ٢٠١٦، ص ١٥.

(١٤) نقلا عن: الموسوعة العالمية (إنكارتا) الهندسة، شركة مايكروسوفت، ٢٠٠٣. متاح على الرابط الآتي:

- توقعات الأمن لاستخدام اللغة الأمنية، الشرطة، المؤسسات الأمنية والعسكرية، ووسائل الاعلام لتوضيح الاخطار الاجتماعية والحركات الاحتجاجية على واقع التهديدات والاشكال المختلفة للتصدي لها»^(١٥).
٢. ومن جانب آخر يجب اعادة هندسة/ بناء وسائل الحماية للأمن الوطني، والمقصود بذلك هو ما تستخدمه الدولة من وسائل وأدوات لتحقيق الأمن الوطني، وإبلاغ القيادة السياسية في الوقت المناسب، بالأحداث المؤثرة في الأمن الوطني، كذلك الإجراءات التي تتخذ للتصدي لتلك الأحداث بصورة مباشرة أو غير مباشرة في المجالين الداخلي، والخارجي. وتقوم على وسائل حماية الأمن الوطني داخلياً حيث تنشئ الدول عادة أجهزة خاصة، للعمل على حماية أمنها الوطني داخلياً، تشمل وسائل أكاديمية نظرية، وعناصر علمية، وأخرى عملية مثل مراكز البحوث والمعلومات، وأجهزة الأمن، والاستخبارات وإنشاء مجالس الأمن الوطني، فضلاً عن الاعتماد على النظم المجتمعية الخاصة في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.
٣. تمتين العلاقة وأواصر الثقة بين المواطن من جهة ومصالح المؤسسات الأمنية ومؤسسات القضاء من جهة أخرى. هنا تطرح مسألة تمركز أو مركزية القرار حول الأمن مقارنة لمفهوم اللامركزية والمحلية؛ فقد يتم تكريس البعد الوطني للأمن على حساب الأمن المحلي، أو تغليب البعد الوطني للأمن مع تقليص البعد الدولي. ولذا فإن تحقيق الأمن بين المواطنين يتطلب الحوار بين مصالح الأمن والعدل ومؤسسات المجتمع السياسي والمجتمع المدني الممثل من طرف الجمعيات والمنظمات غير الحكومية. كما أن انتشار الجريمة العابرة للحدود وتجارة المخدرات والتنظيمات الإرهابية وجرائم الإنترنت وغير ذلك، يحتاج إلى معالجات حديثة تراعي هذه المتغيرات، التي تستوجب تعاوناً بين الأجهزة المعنية والأفراد ومنظمات المجتمع المدني لمحاصرة هذه الظواهر، كما تتطلب كذلك تعاوناً دولياً وثيقاً لمكافحةها وتجفيف منابعها.

(15) Jef Huysmans, «Defining Social Constructivism in Security Studies: the Normative Dilemma of Writing Security», (Alternatives Journals, Vol.2002 27), p.44. Available at: <https://doi.org>.

المحور الثاني

تأثير عدم التوافق الداخلي في الأمن الوطني

المتغيرات التي مست المستوى العالمي في حقل التهديدات التي يفرض اليوم على الهوية الوطنية يبدو أكثر اتساعاً ويتجاوز البعد العسكري الذي يُعد العامل المركزي للتحرك من وجهة نظر الواقعيين. وفي هذا الصدد يرى باري بوزان، إن التهديدات ذات الطبيعة العسكرية كتهديدات الهجوم والاجتياح من طرف دولة ضد أخرى يقدم دائماً كانشغال أساسي للحكومات، ولكن المهم في الوقت ذاته التأكيد بأن الأمن الوطني يمكن أن يدعم في قطاعات أخرى مثل الاقتصادي، السياسي، البيئي^(١٦).

ان التوسع في مجال الاهتمام السياسي والعسكري لأمن الدولة التي أضحت تواجه تحديات عدة، يتطلب قدرات وإمكانيات تكون غير متوفرة في معظم الدول الضعيفة والمتخلفة، وفي الوقت ذاته فالتساؤل حول العلاقة بين الأمن والبعد الوطني أصبح أكثر منافسة بين الأبعاد العابرة للحدود كتحديات متشعبة ومعقدة في آن واحد، صعّدت على مسرح الأحداث الدولية والإقليمية كإدراك جديد يستدعي توسيع وتعميق مفهوم الأمن، ولعل ذلك يفسر اقحام باري بوزان، الفرد كوحدة تحليل بجانب الدولة التي بقيت عنده في البداية مرجعاً لا ينبغي الاستغناء عنه في التحليل، وذلك لأن الدولة في قلب التفاعل وفي الوقت ذاته هي من يتكفل بمعالجة الانكشاف الذي قد يلحق بالأمن، هي الوضعية التي وصفها بوزان، بحالة ألا أمن.

وعلى الرغم من وجود سياسات أمن تتسم بفعالية كبيرة فيما يتعلق ببعض الوحدات الدولية، إلا أن التهديد يبقى قائماً، ويصنف في خانة «اللا متوقع»، ويزيد الأمر في حال وجود خلل في الرؤى أو التطبيقات للسياسات، أو الاختراق والتغلغل الخارجي، أو اختلال العلاقة بين الدولة والمجتمع، أو داخل التكوينات الاجتماعية، وغيرها، ففي دول الجنوب؛ تبدو سياسات الأمن فيها مختلفة عنها في الدول المتقدمة، في أمور تتعلق بالسياسات العامة، ومفهوم الدولة، والتكوين الاجتماعي، والشرعية السياسية، والتطور الديمقراطي، وحقوق الإنسان، وحقوق الجماعات، والتطور الاقتصادي، وتوزيع الموارد، والتنمية البشرية، وغيرها، وهي أمور متفق عليها، تقريباً، أو مسلّم بها في الدول المتقدمة، وخلافية؛ بل صراعية في دول الجنوب، ومن ثم هي في قلب مدارك وسياسات الأمن، وبطبيعة الحال ينطبق هذا الأمر على العراق بوصفه من دول الجنوب.

وبناءً على ما تقدم يمكن تحديد اهم تهديدات الأمن الوطني العراقي بما يأتي:
التهديدات السياسية: أن عدم الاستقرار السياسي وتصارع الثقافات والأيدولوجية السياسية - أي غياب درجة مناسبة من الأجماع الوطني-، يُعد من اهم العوامل التي تهدد الأمن والاستقرار، ولاسيما إن كان البنيان الاجتماعي قد شهد بعض هذا الانقسام

(16) Barry Buzan, «New Patterns of Global Security in the Twenty-First Century», International Affairs, 1991, p.432.

وتلك التناقضات^(١٧). في الوقت الذي بقيت العملية السياسية تشهد تحديات كبيرة بسبب نظام المحاصصة الطائفية السياسية والقومية الذي أقرته سلطة الاحتلال بالاعتماد على التوافقات السياسية بغية إرضاء الأطراف المشاركة في العملية السياسية.

كما وتؤدي الاضطرابات الداخلية المستمرة والصراع على السلطة إلى تدخل قوى خارجية لتأمين مصالحها الخاصة، مما يفقد الدولة استقرارها السياسي ويهدد أمنها الوطني، ويفقدها القدرة على التحرك السليم لمواجهة الأخطار^(١٨).

التحديات الاجتماعية: يمثل الجانب الاجتماعي عصب الجبهة الداخلية للدول كلها، لما يمثله افراد المجتمع من هدف الحرب النفسية والدعائية للأطراف الخارجية، كما أن غياب العدالة الاجتماعية لها الدور الأساسي لإشعال فتيل الحروب الأهلية ولاسيما اذا كان الشعب يتكون من اثنيات وديانات متعددة فيصبح هدفاً للاختراقات الأمنية من الداخل والخارج^(١٩). ويمكن القول إن التركيبة الاجتماعية العراقية فتحت منافذ للتدخل الخارجي لعلاقة بعض الأطراف العراقية بأطراف خارجية، وقد ارتبطت التدخلات بالقدرة على توظيف هذا المكون أو ذاك داخل المجتمع العراقي بفاعلية لترجيح كفتيها في ميزان القوى داخل العراق، ليصب في النهاية في تحقيق أهدافها ومصالحها، الأمر الذي رتب تبلور الفتن الطائفية والمذهبية، ليتسبب في تأجيج الصراعات الداخلية في العراق.

التحديات العسكرية: تتمثل هذه التحديات في ضعف القوة العسكرية للدولة، كما يعد الاعتماد على دولة واحدة كمصدر للسلاح والمعدات وقطع الغيار من أهم عوامل التهديد، كما أن الطبيعة الاجتماعية داخل بنية الجيش، وخلفياته الاجتماعية يمكن أن تُستغل لإيجاد الفرقة والصراع والحرب الأهلية بين قطاعات الجيش. ويزيد من تلك المخاطر وجود ميليشيات عسكرية لا تخضع لسيطرة جهاز الدولة. وهناك مؤشرات يمكن عن طريقها قياس عوامل التهديد العسكرية، منها تدخل القوات المسلحة في السياسة، ومدى وجود قوات شبه عسكرية غير خاضعة لسيطرة الدولة، وعدم كفاية الإنتاج الحربي لسد حاجة القوات المسلحة من الأسلحة والمعدات وقطع الغيار، فضلاً عن انخفاض المستوى العلمي والصحي للأفراد، وانخفاض المستوى التكنولوجي للأسلحة والمعدات، ويزيد على ذلك وجود قواعد عسكرية أجنبية على أرض الدولة ولا تخضع لرقابتها، وعدم قدرة الدولة على التعبئة السريعة لإمكاناتها العسكرية والمدنية^(٢٠). هذه التحديات المتعددة تكاد تكون عناصر عرقلة لبناء الجيش المطلوب والمؤسسة العسكرية الرصينة القادرة على ضمان أمن العراق.

التحديات الاقتصادية: للعامل الاقتصادي دور أساسي ورئيس في بناء قدرات الدولة في المجالات كافة ومنها الجانب الأمني، ويمكن قياس عوامل التهديد الداخلية ذات الطبيعة الاقتصادية بدرجة الفقر وانخفاض مستوى المعيشة، ووجود فوارق كبيرة في (١٧) علاء عبد الحفيظ، الموائمة بين اعتبارات الأمن والممارسة الديمقراطية: التجربة الأمريكية نموذجاً، (ابو ظبي: مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ٢٠١٤)، ص ٢٦.

(١٨) سالم محمد عبود، سعد عبد الستار طالب، الأمن الوطني بين البطالة والتنمية، (بغداد: مركز دار الدكتور للطباعة والتنفيذ، ٢٠١٣)، ص ١٤١.

(١٩) نواف قطيش، الأمن الوطني وإدارة الأزمات، (عمان/ الاردن: دار الراية للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩)، ص ٢٠.

(٢٠) ذياب موسى البدانة، الأمن الوطني في عصر العولمة، (الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠١١)، ص ٦١.

الدخل بين الطبقات وارتفاع نسبة البطالة، فضلاً عن عدم توافر المواد الأولية والطاقة اللازمة للصناعة، وضعف الإنتاج الصناعي والزراعي والحيواني وعدم كفايته لتلبية احتياجات المجتمع، وعدم وجود اكتفاء ذاتي في المواد الغذائية والاستراتيجية، وضعف مستوى الخدمات والمرافق والبنية الأساسية للدولة، وارتفاع معدلات الاستهلاك مقابل انخفاض معدلات الادخار والاستثمار، فضلاً عن تحديات اخرى أثرت وما زالت تقيد الاقتصاد العراقي، والمتمثلة بإجراءات صندوق النقد والبنك الدوليين، ومسألة الديون والتعويضات.

تهديد الارهاب: يمثل الإرهاب التهديد الأكبر للدولة العراقية وأمنها الوطني، فقد استغلت الجماعات الارهابية بكل مسمياتها وانتماؤها، عدم الاستقرار السياسي وعدم وجود استراتيجيات واضحة وفعالة لمواجهة ما جعل ابعاده تتعدد والاهداف تنتوع بحكم ارتباطه بمصالح الدول والمنظمات الخارجية والداخلية، وتتمثل هذه الابعاد في^(٢١):

١. البعد الديني المتطرف.
٢. البعد الإجرامي (عصابات الجريمة المنظمة).
٣. البعد الفوضوي (الجماعات المسلحة الخارجة عن القانون).
٤. البعد السياسي.

ووفقاً لما سبق تعد هذه الامور الخلافية والصراعية من اهم مهددات الأمن الوطني العراقي ذلك أن المجتمعات التي تشهد قابلية انقسام وصراع داخلي يتعزز احتمال استمرارها، بتأثير عوامل عدة، ومن ذلك - على سبيل المثال - المجتمعات التي تكثر انتماؤها، وتمثل القبلية السياسية فيها وزناً مؤسساً للسياسات، تجد قابلية الصراع أو التهديد الداخلي فيها تكون كبيرة نسبياً، كما تكثر قدرات التأثير والتغلغل الخارجي، ولاسيما القبلية والعرقية والمذهبية والأيدولوجية العابرة للحدود^(٢٢).

وفي هذا السياق افرز الاحتلال الأمريكي للعراق وتقسيمه السياسي على أساس المكونات (سنة، شيعة، كرد) عدة اتجاهات سياسية مختلفة الأهداف والمساعي، فقد عانت السلطة السياسية في العراق بعد عام ٢٠٠٣، من مشكلة جوهرية نتيجة إعلان الحاكم الأمريكي المدني للعراق حينها بول بريمر، سَير العملية السياسية وفق مبدأ التمثيل النسبي للقوميات والأديان والطوائف العراقية، لتأسس بذلك قاعدة المحاصصة القومية والدينية والطائفية لتبدأ بعدها مرحلة أحياء النعرات الطائفية، لتسبب بانقسام الشعب العراقي إلى جماعات وهويات فرعية تتنازع بينها حتى وصلت حد الاقتتال والحرب الأهلية غير المعلنة عام ٢٠٠٦، لنفرز بعدها حكومات قامت على أساس طائفي وعرقي، مما جعل كل الحكومات التي تشكلت في العراق بعد عام ٢٠٠٣،

(٢١) جهاز مكافحة الإرهاب، الاستراتيجية العراقية لمكافحة الإرهاب ٢٠٠٨-٢٠١٢، (العراق: رئاسة الوزراء، جهاز مكافحة الإرهاب، ٢٠٠٨)، ص ١٠.

(٢٢) للمزيد من التفاصيل انظر: بندكت أندرسون، الجماعات المتخيلة: تأملات في أصل القومية وانتشارها، ترجمة: نائر ديب، ط ٢، (بيروت: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ٢٠١٤)، ص ص ١٥٨-١٦٠.

كذلك: فالج عبد الجبار، في الأحوال والأهوال: عن منابع الثقافية والاجتماعية للعنف، (بيروت: دار الفرات، ٢٠٠٨)، ص ص ٤٧-٤٩.

هي حكومات توافقية عنواناً ومختلفة عملياً قائمة على أساس المحاصصة الطائفية والقومية^(٢٣).

ومن هنا بدأت الإيرادات السياسية المختلفة والكثيرة تعكس واقعاً سياسياً جديداً على العراق الذي أكد الكثير من التحديات والأزمات التي واجهت النظام السياسي العراقي بعد ٢٠٠٣ ضمن بيئة مليئة بالتناقضات، عبر توزيع الأدوار بين القوى السياسية والاجتماعية التي تعكس وجود حالة الولاء والانتماء للمكونات الفرعية حسب تكوينها المذهبي والقومي، لذا بقيت جميع الحكومات المتعاقبة تعيش صراعات وأزمات^(٢٤).

وتأسيساً على ما سبق فثمة عوامل داخلية ساعدت على ضعف الهوية الوطنية العراقية وضعف المواطنة، تمثلت بضعف الثقافة الديمقراطية، وانتشار النزعات الانفصالية باستغلال بعض فقرات الدستور من اجل إقامة فدراليات خاصة على حساب الوحدة الوطنية^(٢٥)، فضلا عن انتشار الفساد الإداري والمالي وماله من اثر في مبدأ المواطنة. لذلك أصبح العراق يعاني من تحديات عدة لها علاقة بالهوية الوطنية تمثلت باستمرار النزعة الطائفية المنتشرة في البنية الاجتماعية والسياسية، والدعوات للانفصال وإقامة فدراليات على أساس طائفي وقومي وليس إداري، فضلاً عن التهجير القسري وعدم الانسجام الاجتماعي، لتكون الهوية الوطنية من أهم المعوقات أمام استراتيجية الأمن الوطني، مما دفع العراق إلى التأكيد على ضرورة بناء الهوية الوطنية وصهر الهويات الفرعية في هوية وطنية جامعة على أسس ثقافية تجمع جميع القوى الاجتماعية والسياسية والاتفاق على عقد اجتماعي جديد يذلل ذهنية التجزئة والانقسام^(٢٦).

اذن ثمة عوامل وفواعل تهديد كثيرة، وهذا يقتضي هندسة سياسات الأمن بالاعتماد على رؤية عميقة وشاملة، لما كان يمثل مصدر تهديد تاريخياً، في المستويات والجهات المذكورة أعلاه، وهذه من القضايا الحيوية التي تؤثر في الأمن الوطني. وبناءً على ما تقدم فإن المستوى الداخلي للأمن بكل معانيه «أمن الفرد والمجتمع»، من الأخطار الداخلية، وعلى وجه التحديد تلك التي يكون ورائها أيدي خارجية مع الأخذ بنظر الاعتبار أن الدولة المتمثلة بنظامها السياسي يجب إن تكون على قدر كافٍ من تحقيق العدالة الاجتماعية والتي يضمن من خلالها الحصول على الشرعية القانونية في بقاءه.

(٢٣) علي عباس مراد، حول بعض مشكلات إعادة بناء الدولة في العراق، مجلة حمورابي للدراسات العدد ٤، (بغداد: مركز حمورابي للدراسات الاستراتيجية، ٢٠١٢)، ص ٢٠٧.

(٢٤) احمد عدنان كاظم، تأثير صراع الإزادة السياسية في التجربة الديمقراطية العراقية بعد ٢٠٠٣، مجلة دراسات دولية العدد ٥٣، (جامعة بغداد، مركز الدراسات الدولية، ٢٠١٢)، ص ٧٠.

(٢٥) احمد محمد علي، جذور الهوية الوطنية العراقية منذ تأسيس الدولة العراقية حتى عام ٢٠٠٣، مجلة دراسات دولية، العدد ٥٣، (جامعة بغداد: كلية العلوم السياسية، ٢٠١٢)، ص ١٥٣.

(٢٦) ميثم الجنابي، العراق حوار البدائل، (بغداد: مطبعة جعفر العصامي، ٢٠٠٩)، ص ١٦٩.

المحور الثالث

تأثير عدم التوافق الاقليمي والدولي في الأمن الوطني

لم يعد الأمن مسألة داخلية فحسب، وإنما مسألة إقليمية ودولية؛ إذ لا يقتصر الأمر على ما يجري داخل الوحدة الدولية، وإنما يتعداه إلى ما يجري في الخارج؛ لأن العالم دائرة تأثر وتأثير متداخلة بكيفية لا يمكن تجاهلها، أو التقليل من شأن وتأثير ما يحدث فيها، ومتطلبات أمن طرف ما تمثل في الوقت ذاته تهديداً - فرصةً لطرف آخر، ومنها ما قد يمثل تهديداً - فرصةً إقليمياً وعالمياً.

وفي هذا السياق أشار باري بوزان، إلى مفهوم الأمن المركب، إذ أصبح الأمن مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالأبعاد الخارجية للإقليم، وبات من الصعب فهم الأمن في دولة ما دون الأخذ بعين الاعتبار الدول المجاورة لاسيما بعد تعقد المشاكل المطروحة في الفترة الراهنة وترابطها بشكل معقد^(٢٧).

وتساعد هذه الرؤية في نهج أو اتباع سياسات طويلة، تفترض التهديد في أكثر الأمور أماناً، ومن قبل الأصدقاء والحلفاء؛ ذلك أن السياسات تقوم على المصالح، ولا يمكن استبعاد أي أمر؛ فالحليف قد يمثل مصدر تهديد، عندما يتعرض لضغوط شديدة، أو تحديات كبيرة، أو تطراً في الداخل تغيرات كبيرة، فتتغير أولوياته وحساباته، وقد يرى أن يُفك عُرى التحالف في لحظة حرجة، وقد ينقلب على تحالفه.

لقد شكلت التدخلات الإقليمية والدولية عامل إرباك للوضع العراقي في مختلف المجالات، ومنها المجال الأمني، ولعل من أهم الأسباب تتمثل بوجود نوع من التنافس الإقليمي على النفوذ في العراق بين الأطراف الإقليمية (إيران، تركيا، دول الخليج)، لذا كانت هذه الدول ولا تزال تتدخل في الشأن الداخلي وبطرق مختلفة من دولة إلى أخرى وحسب ما تمليه مصالحها، على الرغم من اختلاف استراتيجيتها في العراق. فضلاً عن الرؤى الدولية للمنطقة العربية، والتي تسعى من خلالها رسم خارطة سياسية جديدة لدولها، كل هذه الأمور طرحت تحديات أمنية كبيرة على العراق جعلت منه امام مواجهه صعبة مع تلك الأوضاع التي تحمل متغيرات سريعة ومجهولة النتائج.

والمنتبغ للشأن العراقي لا يمكن ان يتجاهل دور وتأثير البُعد الخارجي - الاقليمي والدولي - والذي أدى دوراً محورياً في تعجير الصراعات الداخلية، إذ لم يزل الأداء السياسي العراقي رهين التدخلات الخارجية التي كرسست سياسية الفوضى وغذت بصورة مباشرة الانفلات الأمني - في اوقات متفاوتة - كما أدى تقاطع الرؤية السياسية للقوى السياسية العراقية مع الأطراف الخارجية أثرت سلباً في فاعلية السياسة الخارجية للعراق^(٢٨).

فمن البديهي إن تتقاطع مصالح وأهداف الدول المعنية بالشأن العراقي سواء أكانت دول اقليمية أم غير اقليمية، والتي تسعى بدورها لتوظيف المتناقضات الداخلية لصالحها،

(27) Barry Buzan, «New Patterns of Global Security in the Twenty-First Century», Op. cit. p 433.

(٢٨) إبراهيم احمد عرفات، البيئة الإقليمية اتجاهات التغيير والسيناريوهات المحتملة، مجلة شؤون خليجية، العدد ٤٩، (البحرين: مركز الخليج للدراسات الاستراتيجية، ٢٠٠٧)، ص ٧٣.

الأمر الذي رتب تنامي مجموعة من التحديات الخارجية أمام المشروع السياسي العراقي، وأمنه الوطني، بل وربما تهدد كينونته، طالما البيئة الخارجية للعراق غير سليمة تتقاطع فيها الغايات والمصالح حتى انتهى الحال إلى جعل العراق مسرحاً لجميع أزمات المنطقة وساحة لتصفية الحسابات الإقليمية مع الولايات المتحدة وسواها من الدول، أو ساحة مركزية لمواجهة الإرهاب العالمي على حساب العراق.

وبناء على ذلك فإن على الدولة العراقية أن تعيد هندسة أمنها الوطني وفق استراتيجيات فعالة للتعامل بواقعية مع البيئة الخارجية ومعالجة التحديات التي تفرزها هذه البيئة، وبما يضمن الأمن الوطني العراقي، فلا يمكن لأية استراتيجية للأمن الوطني أن تنجح ما لم تعمل على تحقيق الأهداف الخارجية للعراق، والتي تتمثل بتحقيق المصالح الوطنية وتفعيل دوره الإقليمي، والعمل على تعزيز العلاقات والتفاعل مع المحيط الإقليمي بشكل أكثر فعالية كونه الساحة الأولى للتفاعل مع المحيط الخارجي.

وفي الحالة النظرية للواقع العراقي، فهناك من يرى: إن أبعاد الأمن القومي ومستوى واتجاهات التحديات الرئيسة له تتمثل بالتهديدات الخارجية، مثل: عدم وضوح حقيقة الدور المنشئ للعلاقات العراقية - العربية، وعدم وجود نموذج انفتاح استراتيجي عراقي نحو الخليج العربي، واستمرار المشكلات المزمنة بين العراق ودول الجوار الجغرافي غير العربية^(٢٩).

ووفقاً لما سبق يمكن تحديد تأثير عدم التوافق الاقليمي والدولي في الأمن الوطني العراقي بما يأتي:

اولاً: تأثير البعد الاقليمي: ويتمثل هذا البعد فيما يأتي:

التوتر الأمريكي - الإيراني: يعد التوتر المتنامي والمتصاعد بين الولايات المتحدة الامريكية وايران واحداً من اهم وابرز الابعاد المؤثرة في أمن المنطقة بشكل عام والأمن الوطني العراقي بشكل خاص، وقد يؤدي هذا التوتر الى حرب بالوكالة أو مفتوحة الى زعزعة أمن المنطقة واستقرارها الاقتصادي والاجتماعي والأمني والسياسي.

تعدد النزاعات العربية البينية: تُعد النزاعات العربية - العربية بشأن القضايا العالقة بينها، مثل مسألة الحدود، التي أحدثت أزمات وصراعات متعددة بين بعض دول المنطقة، وكذلك النزاعات السياسية بين الدول الفائزة والدول التي تريد تصدر مشهد الزعامة والقيادة - التنافس والنزاع بين المملكة العربية السعودية وقطر - فضلاً عن النزاعات التي ترتبط بالمتبنيات الايديولوجية، فكثيراً ما تُعرض تك المتبنيات أمن المنطقة واستقرارها إلى خطر كبير، وتُعرض منظومة الأمن الاقليمية إلى الانكشاف على التهديدات الإقليمية والدولية.

لقد ساعد الاحتلال الأمريكي للعراق وما حدثه من تداعيات على الأمن القومي العربي وما رافق ما يسمى بـ «ثورات الربيع العربي» من خروج الدول العربية ذات النفوذ في المنطقة مثل مصر وسوريا وقبل ذلك العراق من دائرة التأثير الإقليمي، مما أعطى دول أخرى مساحة للبروز سياسياً في المنطقة، لتضع نفسها بقوة بوصفها فاعلاً كبيراً في الأزمات؛ وبذلك بدأت تتنافس فيما بينها لقيادة الأحداث والظهور بمظهر القوة، مما قاد

(٢٩) عبد الله محمود مسعود وعلي عباس مراد، الأمن والأمن القومي: مقارنة نظرية تطبيقية، (بنغازي/ ليبيا: المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، ٢٠٠٦)، ص ٣٤.

إلى حدوث توتر وصراع بينها أولاً، ومن ثم توتر وصراع مع دول اقليمية غير عربية «ايران وتركيا» تعرض الأمن الاقليمي إلى هزات سياسية وأمنية خطيرة جداً تزعزع استقرار المنطقة.

تنامي الجماعات الإرهابية: إن ظهور ما يسمى بتنظيم «داعش»، وسيطرته على أجزاء كبيرة من سوريا والعراق في العام ٢٠١٤، وضع دول المنطقة أمام تحدي خطير يتمثل بتنامي خطر الجماعات الإرهابية، وغياب استراتيجية واضحة وشاملة لمكافحتها على الصعيد الداخلي والإقليمي، مما جعل دول المنطقة في حالة تخوف مستمرة من تكرار التجربة في العراق وسوريا في باقي الدول، وهذا من شأنه أن يجعل قضية الأمن الإقليمي قضية مشتركة.

ثانياً: تأثير البعد الدولي:

بدأت الدول المتقدمة تنظر الى أي تهديد يتعلق بقدرتها على التأثير في بنائها الاقتصادي على أنه تهديد للأمن القومي، وظهر ما يسمى بموضوع أمن الطاقة المتمثل في تأمين مصادر الطاقة وبالذات النفط والغاز كجوهر للأمن القومي^(٣٠). هذا العامل دفع بعض الاطراف الدولية الى اعتماد سياسة خلق الحروب والنزاعات الاقليمية والداخلية من اجل التدخل، وشهدت المنطقة العربية خلال العقد الاخير من القرن العشرين والعقد الحالي من القرن الواحد والعشرين الكثير من النزاعات تحت مسميات «الثورات والانتفاضات» مفتعلة ومدفوعة من قبل اطراف وقوى دولية واقليمية في منطقة الشرق الاوسط، لإحكام سيطرتها على مصادر الطاقة. فضلاً عن تزايد مقولات ما يسمى بتقاطع المصالح بالنسبة لتلك القوى وما شهدته عملية غزو العراق عام ٢٠٠٣، وما تلى ذلك من احداث اجتاحت دول عربية اخرى منذ نهايات عام ٢٠١٠، وما زال بعض هذه الاحداث مستمرة حتى الوقت الحاضر لا سيما في سوريا وليبيا واليمن، يثبت بالبرهان القاطع ان تلك السياسات المتقاطعة هدفت الى تأمين مصادر الطاقة، والذي تحول الى ركيزة اساسية في الأمن القومي للولايات المتحدة الامريكية وغيرها من القوى الطامعة في التواجد في المنطقة^(٣١).

ويتمثل هذا البعد في الآتي:

١. أطماع الدول الكبرى.
٢. نهب الثروات من خلال إثارة الحروب واستغلال انهيار أسعار النفط.
٣. إمكانية توظيف الأقليات واستعمالها وسيلة للتدخل في الشأن الداخلي.
٤. إبقاء التوتر في المنطقة وتأجيج الصراعات والنزاعات.
٥. توظيف الحركات الإسلامية في زعزعة الاستقرار الداخلي ومن ثم محاربتها تحت شعار مكافحة الإرهاب (أصبحت العراق تمارس الحرب بالوكالة عن

(٣٠) جاسم محمد، مفهوم الأمن القومي في النظام السياسي الحديث، (بيروت: مركز بيروت لدراسات الشرق الاوسط، ٢٠١٤)، ص ٥.

(٣١) ايفو دالر، نيكول نيسوتو، فيليب غردون، هلال الازمات الاستراتيجية الامريكية - الاوربية حيال الشرق الاوسط الكبير، ترجمة: حسان البستاني، ط ١، (بيروت: الدار العربية للعلوم ناشرون، ٢٠٠٦)، ص ١٢.

المنطقة وعن المجتمع الدولي في محاربة حركات إسلامية كثيرة).
وتأسيساً على ما تقدم فإن الأمن المشترك أو توازن الأمن لا يقوم، بالضرورة، على انتفاء مصادر التهديد، أو الخلافات بين الأطراف؛ بل على اعتبار أن للجميع مصلحة بالأمن، وتحويل الصراع إلى منافسة، والانتقال من الحرب إلى السياسة، وعكس مقولة كلاوزفيتز؛ «أن السياسة استمرار للحرب بوسائل أخرى»^(٣٢)، والانتقال من القوة إلى الردع، والقناعة المتبادلة بأن الحرب تكاليفها عالية، وأن من الأفضل نهج طرق أخرى.

٣٢ () كارل فون كلاوزفيتز، في الحرب، ترجمة: أكرم ديري والهيثم الأيوبي، الطبعة ٢، (بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ١٩٨٠)، ص ٩٤.

المحور الرابع

اسس المنظر العراقي لهندسة الأمني الوطني

يؤكد «أدلر وبارنيت» Adler et Barnett ان الدول تستطيع صنع الأمن والاستقرار والسلام الدولي من خلال توليد الهويات والمعايير التي ترتبط بالاستقرار والسلام في ظل الظروف الملائمة. على اعتبار ان الهوية تولد وتصل المصالح، كما تعد هذه المقاربة أن العوامل الثقافية تؤثر بشكل مباشر وغير مباشر على الهوية، وأن المصالح القومية تتبع من بناء خالص لهوية الذات مقابل هوية الآخر، وهو ما يفسر بروز قضايا الأقليات بعدما تحول الصراع من صراع بين الدول أثناء الحرب الباردة إلى صراع داخل الدول بعد نهايتها، وكذا قضايا الإرهاب والتنظيمات الإرهابية بعد تحول الصراع من إيديولوجي إلى حضاري، فضلاً عن تحريك النعرات الطائفية والانتماءات العرقية والثقافية للأفراد وصناع قرار هذه الوحدات السياسية وهي كلها مؤثرات تدل على وجود عدة فواعل في النظام الدولي لما بعد الحرب الباردة^(٣٣).

وتعد مسألة التداخل بين المتغيرات والقرارات، وعناصر البيئتين الداخلية والخارجية من المهام التي تستوجب مهارة للفصل بين متطلبات ومصالح المواطن والدولة من ناحية، ومؤهلات وموارد وقدرات كل منهما لمواجهة التحديات، ومعالجة التهديدات لبناء الأمن الوطني، والنظرة إليها نظرة علمية واضحة بشكل يلزم القائمين على الأمن الوطني بدراسة مدى التداخل السياسي، والاقتصادي، والاجتماعي الداخلي والخارجي ونوعيته، أي التأثير والتأثير المضاد للقرارات، فيتسع الإطار العام للتعرف الى التداخلات المتبادلة والمفترضة لقرار معين، يُسهم في تقادي مخاطر التفكير السطحي الذي لا يتناسب مع وضع استراتيجي معقد تتشابك وتتداخل فيه المتغيرات^(٣٤).

ومن هنا اهتمت الدول بصياغة استراتيجيات للأمن تتحدد فيها بوضوح مصالحها الحيوية، وعلى ضوء تلك المصالح ترسم الأهداف وتحدد الوسائل، وإذا كان وجود استراتيجية للأمن الوطني بهذه الأهمية للدول، فان الواقع العراقي الراهن هو بحاجة ملحة لوجود مثل هذه الاستراتيجية، إذ ان صياغة ورسم او إعادة هندسة استراتيجيات الأمن الوطني اصبح من ميادين المعرفة العلمية وركناً أساسياً في بناء الدولة وتطويرها وترتيب علاقتها داخل مجتمعها أولاً، ومع محيطها الإقليمي ثانياً، وتفاعلاتها الدولية ثالثاً.

ويمكن إجمال العناصر التي يتأسس عليها مفهوم الأمن الوطني في مجموعة متغيرات مترابطة ومتشابكة ومتزامنة، أبرزها القوة التي لم تعد ترتبط بالعوامل العسكرية بل تعداه إلى السياسية والتكنولوجيا والتعليم والنمو الاقتصادي والاعلام الهادف والبناء،

(٣٣) امينة مصطفى دلة، الدراسات الأمنية النقدية، رسالة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، (غير منشورة)، جامعة الجزائر: كلية العلوم السياسية والاعلام، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ٩٠.

(٣٤) محمد حسين أبو صالح، دور التخطيط الاستراتيجي في تشكيل المستقبل السوداني، مؤتمر السودان الواقع وآفاق المستقبل، (الخرطوم: جامعة افريقيا العالمية، كلية الاقتصاد والعلوم الادارية والسياسية ٢٥ - ٢٦ سبتمبر ٢٠١٢)، ص ٥٢.

وهذه العناصر هي^(٣٥):

البعد السياسي: وهو الاستقرار السياسي للدولة، وحماية الشرعية وترجمة قدرة الدولة على استيعاب وتضمين مواطنيها في الحياة السياسية، والحد من التهميش السياسي. **البعد الاقتصادي:** ويتم تحقيقه عبر حماية الثروات الطبيعية والموارد المالية وتوفير عناصر التنمية المتكاملة والذي بدوره يتصل بقدرة الدولة على توفير الحياة الكريمة للمواطنين، بما في ذلك الحاجات الأساسية كالغذاء، والتعليم، والمسكن، والصحة، والحد من إحساس المواطن بالحرمان الاقتصادي، حيث إن تزامن التهميش السياسي، والشعور بالحرمان الاقتصادي يؤديان بالضرورة إلى عدم الرضا، ومن ثم اللجوء إلى العنف، وتهديد الأمن الوطني.

الأمن الاجتماعي: ويتمثل بالمحافظة على التعايش السلمي بين جميع مكونات الدولة من خلال قبول الطرف الآخر واحترام العادات والتقاليد للمكونات الأخرى بغض النظر عن العرق أو الدين أو المذهب أو الهوية وتحقيق الشعور بالأمان. ونظراً لتعدد المصالح المحلية والإقليمية والدولية في منطقة الشرق الأوسط وتشابكها، فإن أمن المنطقة مؤهل ليكون عرضة لمجموعة من عوامل التهديد المحلية والإقليمية والدولية، مما ينعكس هذا بدوره على الأمن الوطني العراقي ويفرز مجموعة من التهديدات الداخلية، يمكن إدراجها في العوامل المجتمعة الآتية:

١. الاضطرابات السياسية وعدم الاستقرار السياسي.
٢. التركيبة الديمغرافية السكانية، ووجود فجوات في البنية الاجتماعية.
٣. غياب الخدمة العسكرية الإلزامية.
٤. بروز الخلافات بين الزعامات الحاكمة بين الحين والآخر.
٥. زعزعة نظام القيم وتغيير الولاءات، وتحول قيم المجتمع التقليدية.
٦. صعود شرائح اجتماعية جديدة من التكنوقراط والمتعلمين الذين يرغبوا في إفساح المجال أمامهم للمشاركة.
٧. تنامي معدلات البطالة بين الشباب، وتراجع نسب فرص العمل، على الرغم من المقدرة المتزايدة للاقتصاد الوطني على توليد فرص عمل جديدة.
٨. تحديات مجتمعية ثانوية تهدد الأمن المجتمعي مثل الإدمان، وانتشار المخدرات، وممارسات العنف بين الشباب، وكذلك زيادة نسبة العنوسة، والطلاق.

ان وضع استراتيجية أمنية صحيحة يجب ان تكون ملائمة لواقع الحال، ولا بد من تفعيلها كثقافة وطنية لخلق عوامل رئيسة لمصلحة مراحل بناء الدولة، ومن اهمها وأولها استيعاب المواطن، وفهمه لدوره ومسؤوليته في هذه العملية، فضلاً عن ادراك السلطات او التشكيلات التي تتكون منها البنى التحتية الرئيسة للدولة والمجتمع لمسؤوليتها في الحفاظ على مستوى الاداء، والتنفيذ، والاصلاح، والتغيير، وبما ينسجم مع متطلبات المصالح الوطنية، ومحددات التهديدات والتحديات التي تواجه عملية تحقيق هذه المصالح

(٣٥) د: عبدالمنعم المشاط، «الأمن القومي المصري عقب ثورة ٣٠ يونيو»، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٩٦، (القاهرة مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام، ايار/ مايو ٢٠١٤)، ص .

او حمايتها من الخطر الداخلي او الخارجي^(٣٦). إذ إن للعامل الخارجي (البيئة الاقليمية والدولية) اثراً كبيراً في معادلات الثقافة الأمنية داخل الدولة للحفاظ على أمنها القومي من الناحية النظرية والتطبيقية، ومن الصعوبة بمكان إعادة بناء بلد، وإعادة اللحمة بين أبنائه إذا كانت دول الجوار تعمل على تفكيكه.

إن تحقيق الأمن الوطني العراقي يجب أن يرتكز على الأسس الآتية:

١. لا يمكن تحقيق الأمن الوطني العراقي إلا إذا كانت كل الدول الاقليمية تتمتع بالأمن والاستقرار الداخلي.

٢. يرتبط الأمن الوطني العراقي بقضية البناء الاجتماعي والسياسي، والقدرة على إقامة المؤسسات والأنظمة الجماعية القادرة على تحقيق مستويات من التنمية والتطور الذاتي، بما في ذلك استثمار الثروة النفطية والزراعية.

٣. إن الأمن الوطني العراقي هو قضية تهم أبنائه في المقام الأول، وأن الدفاع عنه هو مسؤولية المجتمع العراقي بمكوناته كلها.

٤. أما وسائل حماية الأمن الوطني خارجياً فلها أدوات وآليات عدة منها الأدوات الدبلوماسية انطلاقاً من أن الدبلوماسية هي الأداة الرئيسة في السياسة الخارجية، وتحقق الدولة من خلالها الأهداف السياسية والوطنية، وتدير عن طريقها الأزمات الاقليمية والدولية.

(٣٦) مجموعة باحثين، الأبعاد الايجابية لاعتماد استراتيجية الأمن القومي في العراق وآليات التفاعل معها من قبل المؤسسات والشرائح الاجتماعية، (بغداد: المركز الوطني للتخطيط المشترك، بلا مطبعة، كانون الثاني ٢٠٠٩)، ص ٢٨.

الخاتمة والاستنتاجات:

تناول البحث مفهوم الأمن في قراءة معرفية مركبة، وتوظيف مقاربات بحثية ومفاهيمية متعددة، تركزت جميعها حول مفهوم التفكير، ولو وضعنا كلمة أمن أمام كلمة هندسة، لتبين أن العالم هو أمن، وأن التطورات التقنية التي تجتاح العالم وتبتلعه تعيد انتاجه مرة بعد أخرى وفق منظومة هندسية تركيبية.

فالمقاربة المعرفية والتفكيرية لمفهوم الأمن في عالم ما بعد الحداثة، تفتح المجال واسعاً على تأويلات وقراءات نشطة لمفهوم كثيف المعاني والدلالات وإشكالي من حيث الخلافية الملازمة له، والاستثمار في قراءته وتوظيفاته، وممكناته واحتمالاته، ومن حيث المدارك النمطية حوله.

ويتبين من ثانياً البحث ان مفهوم الأمن يشهد انتقالاً من الأمور أو القضايا الكبرى إلى الصغرى، ومن المعقدة إلى البسيطة، ومن السياسات الى الاجتماعيات، ومن الدول إلى الجماعات والأفراد والفاعلين العابرين للحدود.

إن التحديات الخارجية للأمن الوطني العراقي اتخذت أشكالاً مختلفة وشملت جميع المجالات السياسية والاقتصادية والأمنية والاجتماعية، فضلاً عن إنها اتصفت بالديناميكيات المتعددة التي بدأت تتغذى على ردود أفعال والتفاعلات المنطلقة من اعتبارات كل طرف ومصالحه دون مراعاة مصالح العراق وشعبه. لذا فإن العبرة ليس في معرفة التحديات وتشخيص أثارها وإنما العبرة في قدرة العراق على توظيف واستثمار العناصر الايجابية لديه وتحييد أو مقاومة المخاطر والتحديات وكيفية دفعها.

ولعل من نافلة القول الإشارة إلى إن هندسة الأمن الوطني العراقي ترتبط، من حيث التفكير والصياغة بطبيعة الإشكاليات الأمنية والسياسية والاقتصادية التي تخضع لها منطقة الشرق الأوسط عموماً، وهي بدورها تحدد جميع الصياغات التي تركز على أساسها آليات الحكومة العراقية في التعامل مع المتغيرات والتطورات التي تهدد الأمن الوطني العراقي. وبهذا فإن الأساس الأول الذي يجب أن تقوم عليه هندسة الأمن الوطني العراقي المصالح العليا للعراق، ومن جهة ثانية لا بد من تمكين العراق من ضبط أدوات التنفيذ لوضع استراتيجية الأمن الوطني العراقي موضع التنفيذ.

ووفقاً لما تم عرضه توصل الباحث الى الاستنتاجات الآتية:

١. كلما كان هناك اعتماد على المبادرات الأمنية الخارجية كلما كان هناك فشل في أمنة الدولة من التهديدات.
٢. كلما غابت مؤسسات سياسية قوية لدى دول منطقة الشرق الاوسط زادت حالة عدم الاستقرار.
٣. تُعد مشكلة التحالف والترابط بين التهديدات الأمنية سواء أكانت تماثلية أم غير تماثلية هي من اعقد إشكاليات التي تواجه الأمن الوطني العراقي.
٤. إن الحركات السببية والمنتجة التي تقف وراء التحديات الأمنية في العراق لا

تتخصر في سبب معين بل في مجموعة أسباب متعددة الإبعاد والمستويات، فمن إشكالية التنوع الاثني والعربي إلى الموقع الحيوي والاستراتيجي الى الازمات المتلاحقة في المنطقة كلها أسباب محركة للتهديدات الأمنية.

التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣

أ.م. د. بدرية صالح عبد الله
جامعة بغداد - مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية

المستخلص

بعد التغيير السياسي عام ٢٠٠٣ تدهور الوضع الأمني في العراق حيث ظهرت النزاعات المسلحة ذات الدوافع العنصرية ، وتنامي المعتقدات الطائفية والعرقية والحزبية مع غياب الاتفاق الوطني والقومي داخل الدولة وكذلك الدور الخارجي (الاقليمي و الدولي) ، كلها عوامل أثرت سلباً على المجتمع العراقي وساهمت في نشر الفوضى وانعدام الامن والاستقرار السياسي وانهيار المجتمع وتشظيه وفق انتماءات دينية وطائفية وقومية وقبلية بدلا من الانتماء الوطني ، ولا ننسى هنا دور الاحزاب والتنظيمات السياسية المتنافسة فيما بينها ، وكلها عوامل أثرت على التعايش السلمي الاجتماعي في العراق . الى جانب ذلك جاءت المحاصصة الطائفية والتوافقية لتزيد من حالات التهميش والاقصاء وشعور بعض الفئات بالظلم والاضطهاد مما دفعهم للجوء الى الجماعات المتطرفة الخارجية ، ومع سيطرة تنظيم داعش الارهابي ٢٠١٤ على بعض المناطق في العراق ونشر الطائفية والإرهاب ، تأثر التعايش السلمي المجتمعي بصورة كبيرة . ولكن تعاون الاجهزة الامنية مع العشائر والمرجعية الدينية والمشاركة الفعالة للحشد الشعبي كلها عوامل ساعدت على الانتصار على تنظيم داعش الارهابي وأثبتت انه هناك فرصة لتحقيق التعايش السلمي الحقيقي بين جميع مكونات الشعب العراقي وفق اسس قائمة على الحوار والتسامح والتأكيد على نبذ الارهاب والجهات الداعمة له والثوابت المشتركة بين ابناء الشعب العراقي.

Abstract

After the political change in 2003, the security situation deteriorated in Iraq, where armed conflicts emerged with racist motives and the growth of sectarian, ethnic and partisan beliefs, with the absence of national and national agreement within the country. Also the external role (regional and international) all factors that negatively affected Iraqi society and contributed to spreading chaos The lack of security and political stability, the collapse of society and its fragmentation according to religious, sectarian, and tribal affiliations instead of the national affiliation, and we do not forget here the role of the parties and political organizations competing with each other, all factors that affected social coexistence in Iraq. In addition to that came sectarian and consensual quotas to increase the cases of marginalization and exclusion the sense of injustice and persecution by some groups, which prompted them to resort to external extremist groups, and with the control of the terrorist organization ISIS in 2014 over some areas in Iraq and the spread of sectarianism and terrorism, the peaceful coexistence of society was greatly affected .but the cooperation of the security agency with the tribes and the religious reference and the effective participation of the popular crowd, all

factors helped victory over ISIS terrorist organization and proved that there is an opportunity for investigation true peaceful coexistence between all components of the Iraqi people according to foundations based on dialogue and tolerance, an emphasis on rejection of terrorism and its supporters, and common principles among the Iraqi people.

المقدمة :

يعد العراق وحدة طبيعية متكاملة وتميز عبر التاريخ بميزات اجتماعية هي التعددية في المذاهب و الديانات و الاتجاهات الفكرية و كانت هذه التعددية مصدر غنى في الثقافة و البناء ، حيث يوجد هناك تعايش و انسجام بين جميع مكونات الشعب العراقي منذ قرون وذلك لوجود عوامل تاريخية و اجتماعية و ثقافية و أيضا بسبب التراث الحضاري المشترك الذي يعود للحضارات القديمة و التي قامت على مبادئ فكرية و اجتماعية و قانونية و التي لها دور في توحيد العراقيين في هوية واحدة الى جانب ذلك كان للحضارة الاسلامية العربية و مبادئ الاسلام دور كبير في التوحيد و التعاون و التسامح . و بعد الاحتلال الامريكي للعراق عام ٢٠٠٣ واجه العراق تحديات امنية و سياسية ، حيث أن اعتماد الديمقراطية التوافقية في العراق و المحاصصة الطائفية في توزيع المناصب في تشكيل الحكومة العراقية اثر بشكل كبير و واضح على التعايش السلمي في العراق حيث حولت هذه المحاصصة الطائفية المجتمع العراقي الى جماعات و كتلتات و عززت و الانتماء للعشيرة و القبيلة بدلا من الانتماء للوطن.

هدف البحث:

يهدف البحث الى ايجاد افضل الطرق الممكنة التي من خلالها ترسخ و تعزز التعايش السلمي داخل المجتمع العراقي الذي يتسم بالتعدد و التنوع العرقي و الديني و المذهبي ، وكيف يمكن للنظام السياسي و الحكومة المدنية التطرق لأفضل السبل و الوسائل التي من شأنها تعزز التعايش داخل المجتمع العراقي بعد عام ٢٠٠٣ نتيجة تعرضه الى نزاعات و حروب طائفية لذا دعت الحاجة للعمل من اجل العثور على افضل الاليات من خلال ترسيخ مفهوم التعايش السلمي داخل المجتمع العراقي.

اشكالية البحث:

تدور اشكالية البحث حول مدى اهمية التعايش السلمي في المجتمع العراقي سيما بعد اشاعة الفوضى و العنف و النزاعات الطائفية بشكل مستمر و عدم قدرة النظام السياسي القائم على حفظ الامن و السلم الاهلي و التعايش داخل المجتمع نتيجة السياسات الخاطئة المتبعة من قبل الحكومة فضلا عن التدخلات الخارجية و التي انعكست سلبا على التعايش السلمي و المجتمعي في العراق .

فرضية البحث :

ينطلق البحث من فرضية ان عملية بناء و تعزيز التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ينعكس بشكل ايجابي على الدولة بشكل عام و المجتمع بشكل خاص ، لان المجتمع العراقي يتميز بالتنوع و التعدد الديني و القومي و العرقي و لا يمكن ترسيخ التعايش السلمي فيه من دون تحقيق اسس و اليات بناء السلم الاهلي في المجتمع العراقي.

منهجية البحث:

تضمن البحث استخدام المنهاج العلمي الذي يتناسب مع طبيعة الموضوع ، إذ تضمن البحث استخدام منهاج التحليل النظمي حول السياسات المتبعة من قبل الحكومات العراقية المتعاقبة اتجاه التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ، ورسم السياسات العامة من قبل الحكومات العراقية المتعاقبة ، والأساليب التي استخدمت لإشاعة ثقافة التعايش والسلام داخل المجتمع العراقي .

وفي هذا البحث الذي جاء بعنوان التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ، سنتناول موضوع التعايش السلمي وفق محورين : المحور الأول : واقع التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ، والمحور الثاني : اليات التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ .

المحور الأول

واقع التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣

قبل الحديث عن واقع التعايش السلمي في العراق ينبغي الإشارة الى مفهوم التعايش السلمي والذي يعني قيام تعاون بين دول العالم على اساس من التفاهم وتبادل المصالح الاقتصادية والتجارية^(١)، كما يعرف التعايش السلمي بأنه الغاء للتمايز العنصري بين جميع الشعوب وتحطيم الفوارق والامتيازات^(٢)، كما يقصد بالتعايش السلمي من الناحية السياسية الحد من الصراع وتخفيف الخلاف العقائدي بين طرفي الصراع والسعي لتخفيف حدة ووتيرة هذا الصراع مما يتيح فرصة للجلوس سويا على طاولة الحوار بين المتخاصمين اما من الناحية الاقتصادية يتمثل في علاقات التعاون بين الحكومة والشعب وفقا للميادين الاقتصادية والتجارية وأما التعايش السلمي من الناحية الدينية والثقافية والحضارية وهو الاحداث ويشمل تحديدا ما هو التعايش الديني والحضاري وهو يقصد بذلك ان تقوم جميع الاديان والحضارات بالعمل على ترسيخ فكرة التعايش السلمي بعيدا عن الخصومات والمعوقات التي تواجه عملية التعايش السلمي في المجتمع^(٣).

يتميز المجتمع العراقي بالتنوع الديني والاجتماعي والقومي والمذهبي (سنة ، شيعة ، كرد ، تركمان ، صابئة ، ايزيديين ، مسيح ، ... وغيرهم) رغم ذلك هناك تعايش سلمي فيما بينهم باستثناء بعض الحالات نتيجة تأثرها بالسلطة الحاكمة والقوى الخارجية دورا في ضرب التعايش السلمي ويعود السبب في ذلك لوجود عوامل تاريخية واجتماعية وثقافية ابرزها التراث الحضاري المشترك للحضارات القديمة التي قامت على مبادئ فكرية واجتماعية وقانونية وحدت العراقيين في هوية واحدة من جهة ، والى الحضارة الاسلامية العربية القائمة على مبادئ التوحيد والتعاون والتسامح من جهة اخرى ، فضلا

(١) عبد العزيز بن عثمان التويجري ، الاسلام والتعايش بين الاديان في افق القرن الحادي والعشرين على الموقع الالكتروني : www.isesco.org.ma . للمزيد انظر خالد عبد الله عبد الستار ، الاسس الفكرية لثقافة التعايش السياسي في المجتمعات ، مجلة التراث العلمي العربي ، العدد (٢) ، ٢٠١٦ ، ص ٣١٣ ، (كان مفهوم التعايش السلمي مقصرا على حقل العلاقات الدولية بعد ان استخدمه الزعماء السوفييت لتلافي الصراع والذهاب الى الحرب عن طريق قبول كل من الطرفين بالآخر وتم استخدامه بعد وفاة جوزيف ستالين (١٨٧٨_١٩٥٣) لانتهاج سياسة تقوم على مبدأ قبول تعدد المذاهب الايدولوجية بين المعسكرين الشرقي والغربي وتشجيع لغة التفاهم وتخفيف حدة العداءات حيث تشعر الاطراف المتصارعة او المتنافسة بأن لها مصير واحد لتكون قادرة على تجاوز ثقافة محو الاخر مما يؤدي بالنتيجة الى انشقاق للعيش معا حتى اصبح التعايش السلمي يعني قبول الاخر والعيش معه جنبا الى جنب وعدم الاضرار به سواء كان فرد ام حزب ام طائفة او غير ذلك) .

(٢) مها طالب عبد الله الجبوري ، مبدأ الطائفية وأثرها في التعايش السلمي ، مجلة كلية التربية الاساسية ، العدد ٩٣ ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠١٦ ، ص ٢٦٩ .

(٣) علي عطية الكعبي ، التعايش السلمي ، دار ومكتبة عنان للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص ٣٣ . للمزيد انظر محمد عبد الجبار شبوط ، خطوات في بناء الدولة الحديثة ، مجلة المواطنة والتعايش ، العدد (١) مركز وطن للدراسات ، بغداد ، شباط ، ٢٠٠٧ ، ص ٨٢ ، (ويعرف التعايش السلمي بأنه (نموذج لاستئناف حياة منتجة آمنة ونظام اجتماعي يمكن الأفراد الذين انخرطوا في اعمال عدائية سابقة ضد بعضهم البعض ان يعيشوا ويعملوا معا دون ان يؤذي أحدهم الاخر) ومن الناحية العملية يمكن تعريف التعايش السلمي (اقامة علاقة بين اثنين او اكثر من الجماعات المختلفة الهوية التي تعيش بتقارب يشمل اكثر من مجرد العيش لتحقيق المصالحة على اساس السلام و الحقيقة و العدالة والتسامح) .

عن الخصائص الفكرية المشتركة للشخصية العراقية التي تركز على التحضر والتسامح وقوة تماسك المجتمع العراقي^(٤).

و بعد عام ٢٠٠٣ شهد العراق حالات و حوادث عديدة من اعتقالات و قتل على الهوية و الطائفية الامر الذي خلق حالة من الاحتقان السياسي و الطائفي و التخندق و طرح مشروع الهوية و الطائفية الامر الذي خلق حالة من الاحتقان السياسي و الطائفي و طرح مشروع التقسيم و الفيدرالية في العراق^(٥).

و لقد ساهمت المحاصصة الطائفية في تكريس وجودها والتي كانت من نتائجها تمزيق النسيج الاجتماعي في العراق^(٦)، و تكوين حكومة محاصصة و قتل المفاهيم السياسية للديمقراطية كالمعارضة السياسية و الأغلبية السياسية و الأقلية السياسية ، و أدت الى عدم الاستقرار السياسي و شل حركة الحكومة و مجلس النواب و عدم قدرتها على الاستجابة لمطالب المواطنين و ذلك نتيجة لظهور الاعتراضات المتعددة في مجلس النواب بسبب عدم تحقيق تعاون بين مختلف القوى السياسية في ائتلاف واحد^(٧). كما عززت الانتخابات العامة حالة التفكك العرقي و الطائفي حيث عكست حكومات (٢٠١٠-٢٠١٤-٢٠١٨) على أساس المحاصصة السياسية بين الكتل السياسية^(٨)، بمعنى ان عملية تكوين الحكومة العراقية اثرت على العمل السياسي الحقيقي و خلقت ظروف جديدة في تعطيل بناء المؤسسات السياسية في حين استمرت الحكومات المتعاقبة على نفس الاسس و تحت مسميات متعددة (التوافق ، الوحدة الوطني ، الشراكة الوطني) و هي في حقيقتها نوع من المحاصصة الطائفية^(٩). نتيجة اعتماد المحاصصة الطائفية اصبحت خاصية التوافق السياسي حاضرة في تمرير الصفقات السياسية و ازاحة الخلافات مما ادى الى هشاشة عمل صانعي السياسة في جميع السلطات التشريعية و التنفيذية و القضائية ، كما ان الديمقراطية العراقية بعد ٢٠٠٣ لم تقم على اساس الاغلبية السياسية بل قامت على الاغلبية المجتمعية ، إذ اخذت شكل الاغلبية العمودية و قسمت المجتمع وفق الانتماءات القومية و الدينية و الاثنية ، و ان الاحزاب القائمة على هذا النظام هي احزاب مذهبية و عرقية و هذا ما عكس حالة النزاعات و الصراعات بين الاحزاب و زعماء الكتل النيابية بسبب التنافس على المكاسب و المناصب و فرض الارادة و بالتالي عدم الاستقرار

(٤) قاسم محمد الحساني ، المجتمع العراقي نسيج قوى متماسك على الموقع : www.wasatonline.com وللزيد انظر ناظم نواف الشمري و طه حميد حسن العنكبى ، ازمة المواطنة في العراق و سبل معالجتها ، مجلة السياسة و الدولة ، كلية العلوم السياسية ، جامعة المستنصرية ، العدد (٢٦_٢٧) ، ٢٠١٥ ، ص ٣٦٧ .

(٥) سيار جميل ، العراق دراسة في السياسة و الاقتصاد ، مركز الامارات للدراسات و البحوث الاستراتيجية ، ابو ظبي ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٢ .

(٦) عامر حسن فياض و كاظم علي مهدي ، اشكاليات بناء الدولة و ادارة الحكم في العراق المعاصر ، مجلة قضايا سياسية ، كلية العلوم السياسية ، جامعة النهرين ، العدد (٣٤) ، ٢٠١٣ ، ص ٤٠ .

(٧) علي حسين سفيح ، السياسة العامة في النظام السياسي العراقي و العوامل المؤثرة فيها بعد عام ٢٠٠٣ ، مركز العراق للدراسات الاستراتيجية ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص ١٧٣ .

(٨) ستار جبار علاي ، الانتخابات العراقية و تأثيرها في الاستقرار و التنمية ، مجلة السياسة الدولية ، العدد ٥٤ ، مركز الدراسات الاستراتيجية الدولية ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ١١٤ .

(٩) ميادة احمد عبد الرحمن ، مظاهر الطائفية في العراق رؤيا سايلوجيا ، مجلة لارك للفلسفة و اللسانيات و العلوم الاجتماعية ، العدد ١٧ ، جامعة واسط ، ٢٠١٥ ، ص ٢٨٧-٢٨٨ .

السياسي والأمني والاجتماعي (١٠) .

إضافة الى ذلك ولدت الانقسامات الطائفية والعشائرية حالة من عدم الاستقرار للوحدة الوطنية في العراق بعد عام ٢٠٠٣ مما أدى الى وجود مجتمع سلبي على العكس من ذلك المجتمع المدني الذي يتمتع بالحرية والاستقلالية والتعايش السلمي^(١١)، وبعد تفجير الامامين العسكريين في شباط ٢٠٠٦ تدهورت الاوضاع الامنية وشهد المجتمع العراقي ممارسات عنف وعمليات قتل على الهوية ، وتطورت تلك الممارسات الى عمليات قتل لبعض الرموز والشخصيات الدينية والسياسية والأكاديمية لأسباب طائفية فضلا عن قتل الكفاءات المهمة وكان الهدف من هذه الاعمال الارهابية بث التفرقة الطائفية بين ابناء الوطن الواحد^(١٢).

إلى جانب ذلك هناك افراد من المجتمع العراقي من الذين يشعرون حقوقهم مسلوقة في الواقع السياسي مما دفعهم للانضمام مع جماعات ارهابية تحت مسميات عديدة تعمل ضد النظام السياسي الى جانب ذلك ضعف الاجهزة الامنية وعجزها عن مواجهة الجماعات الارهابية المسلحة الامر الذي عزز من الازمة المجتمعية التي يعيشها المجتمع العراقي و هو تأجج الطائفية و ما نتج عنها من هجرة كثير من العائلات العراقية سواء داخل او خارج البلاد التي بدأت تتقبل اعمال العنف لدى الاقليات في ظل عجز النظام السياسي الحاكم عن حل المشكلة وشعورها بالاضطهاد ولا ننسى دور التنظيمات السياسية (الاحزاب ، الاتحادات ، الجماعات) في نشر الشحن الايديولوجي بين افراد الاقليات وتمكينه من ممارسة العنف و الارهاب^(١٣).

وانتشرت الطائفية فيما بعد في البنية الاجتماعية و السياسية في العراق (٢٠٠٣ _ ٢٠١١) و ادخلت ثقافة جديدة هي ثقافة العنف والتكفير و التهجير وانعدام وجود عوامل الثقة بين المجتمع و الدولة ، بل اكثر من ذلك وجدت الاطراف المشتركة في العملية السياسية ان من مصلحتها ولتحقيق اهدافها في ترسيخ الانقسامات وذلك من خلال علاقة الطائفية السياسية بالسلطة و الثروة و النفوذ ، بمعنى اخر توظيف الهويات الفرعية لتحرير اهدافها و افشال و احباط اي جهد وطني يسعى لتعزيز عوامل التعايش السلمي من خلال التركيز على هوية وطنية جامعة للعراقيين^(١٤).

بمعنى آخر لقد فشلت الانظمة السياسية العراقية في بناء مجتمع عراقي متكاتف

(١٠) احمد فاضل جاسم ، عدم الاستقرار المجتمعي في العراق مابعد عام ٢٠٠٣ - دراسة تحليلية في التحديات المجتمعية والافاق المستقبلية ، مجلة سياسة دولية ، كلية العلوم السياسية -الجامعة المستنصرية ، العدد ٢٥ ، ٢٠١٤ ، ص ٨-٩ .

(١١) حسنين توفيق ابراهيم ، وعبد الجبار احمد ، التحولات الديمقراطية في العراق-القيود والفرص ، مركز الخليج للدراسات ، دبي ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٠ .

(١٢) احمد عبد الهادي السعدون ، المرجعية الدينية - دراسة في فكرها السياسي ومواقفها السياسية في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم السياسية -جامعة بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ١٨٢ .

(١٣) ناظم نواف الابراهيم ، ظاهرة العنف و الاستقطاب الطائفي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ و اثرهما في الاستقرار السياسي ، مجلة دراسات دولية ، مركز دراسات استراتيجية ودولية ، جامعة بغداد ، العدد (٦٣) ، تشرين الاول ، ٢٠١٥ ، ص ١٦٠ ، وللمزيد انظر التقرير الاستراتيجي العراقي (٢٠١٠_٢٠١١) مركز حمورابي للبحوث والدراسات الاستراتيجية للعراق ، الملف الامني والعسكري ، ص ١٨٧ .

(١٤) عبد العظيم جبر حافظ ، الديمقراطية التوافقية في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ، الواقع _ الاشكالية _ الحلول ، المجلة السياسية الدولية ، كلية العلوم السياسية ، جامعة المستنصرية ، العدد (٣٥ _ ٣٦) ، ٢٠١٧ ، ص ٥٢٧ .

ومندمج بالرؤى والأهداف بل العكس هذه الانظمة زادت من حالة التعصب العرقي والاثني والطائفي ، وان عملية التعايش السلمي تتمثل في عملية بناء السلام والتلاحم الوطني والاعتراف بميزة التنوع المجتمعي والتسامح وترسيخ روح المواطنة وحب الوطن لدى الفرد العراقي^(١٥).

أي أن وجود تلك الانتماءات العرقية والاثنية والطائفية ليست المشكلة بحد ذاتها وإنما المشكلة اذا ما زاد الجهل والتعصب لدى ابناء تلك الانتماءات الامر الذي يمثل بالنهاية عائقا امام تحقيق الانسجام والتعايش بين ابناء الشعب الواحد وذلك يشكل خطرا يهدد الاستقرار السياسي والاجتماعي للبلد^(١٦).

وعلى الرغم من وجود اطراف و قوى داخلية و خارجية لا تزال تدعم اعمال العنف والطائفية لجميع الجوانب سواء المادية و الاعلامية وغيرها من اجل افشال العملية السياسية في العراق ورسم حالة الفوضى و الصراعات^(١٧).

إلا انه بفعل تطبيق خطة فرض القانون و الاجراءات الواسعة التي اتخذتها الحكومة على الصعيد الامني والسياسي و ترسيخ و انجاز المصالحة الوطنية حيث طرحت مبادرات المصالحة الوطنية والتهدئة من قبل مختلف الجهات الداخلية والخارجية بهدف الحد من احداث القتل الطائفي و العمليات المسلحة و الاحتقان في البلاد ، وإطلاق رجال الدين والسياسيين النداءات و الدعوات ضمن اطار تحريم الدم العراقي وتهدئة الاوضاع و المصالحة بين الاطراف المشاركة في العملية السياسية وخارجها ، وأعلن رئيس الوزراء في ذلك الوقت نوري المالكي في حزيران ٢٠٠٦ خطة المصالحة الوطنية والتي شملت أحكام للعفو وعقد مؤتمرات للمصالحة وإنشاء (اللجنة العليا للحوار والمصالحة الوطنية)^(١٨).

وأطلقت الفتوى من قبل المرجعية الدينية في النجف متمثلة بمكتب السيد السيستاني والتي حرمت الدم العراقي وكذلك رفضت وجود الميليشيات المسلحة التي تضعف من هيبة الدولة وقدرتها على بسط الامن والنظام ، وأيضا كان لشيخ العشائر دور في تكوين ما يسمى بمجالس الصحوات والذي تزامن مع مشروع الحكومة العراقية في تطبيق خطة فرض القانون بعد ان تنامت قدرات اجهزتها الامنية القتالية والاستخباراتية فضلا عن تزايد الاهتمام الدولي والمحلي والرسمي والشعبي بعملية المصالحة الوطنية بين ابناء الشعب العراقي^(١٩).

إضافة الى ما سبق فأن عدم الاستقرار السياسي والأمني ودور الجماعات الارهابية المتطرفة المتمثلة بتنظيم داعش وغياب المؤسسة السياسية ، كلها عوامل أثرت على التعايش السلمي في العراق وغياب الثقة بين مكونات الشعب العراقي^(٢٠).

(١٥) اسامة مرتضى باقر ، التعايش السلمي والاندماج الثقافي في العراق وآليات احتواء التطرف ، المؤتمر الوطني حول الاعتدال في الدين والسياسة ، جامعة كربلاء - مركز الفرات للتنمية والدراسات الاستراتيجية ، ٢٠١٧ ، ص ٤ .

(١٦) طه حميد حسن العنبيكي ، سبل تعزيز التعايش السلمي في العراق ، مجموعة باحثين ، اعمال المؤتمر العلمي السنوي الثاني لكلية العلوم السياسية والاجتماعية في جامعة السليمانية ، ٥/نيسان/٢٠١١ ، ص ١٣٢ .

(١٧) دينا هاتف مكي ، العراق بين ثنائية الفوضى والاستقرار ، مجلة دراسات دولية ، مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية ، جامعة بغداد ، العدد (٦٢) ، تموز ، ٢٠١٥ ، ص ٥٠ - ٥١ .

(١٨) ستار جبار الجابري و صبري عبد الرزاق جاسم ، المصالحة الوطنية في العراق رؤى و مقترحات ، مجلة دراسات سياسية ، بيت الحكمة ، بغداد ، العدد (١٤) ، ٢٠٠٩ ، ص ٥ .

(١٩) طه حميد حسن العنبيكي ، سبل تعزيز التعايش السلمي في العراق ، مجموعة باحثين ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٥٢ .

(٢٠) ياسين محمد حمد العياشي ، الانعكاسات السلبية للمحاصرة السياسية على البنية المؤسسية والمجتمعية للنظام =

المحور الثاني

اليات تعزيز التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣

يحمل التعايش السلمي معاني ودلالات عديدة حيث على الصعيد السياسي والأيدولوجي هو الحد من الصراع العقائدي وعلى الصعيد الاقتصادي يشير الى علاقات التعاون بين الحكومات والشعوب في موضوع المسائل الاقتصادية التجارية ، اما على الصعيد الديني والثقافي والحضاري فهو التعايش الديني والحضاري على مستوى الافراد داخل المجتمع الواحد وبين الشعوب والمجتمعات الانسانية بينما على الصعيد الاجتماعي فيتمثل في معيشة الجماعات مع بعضها البعض والقائمة على الازدهار والاندماج^(٢١).

وهذا ما يتطلب توفر المبادئ الاساسية لتعزيز ثقافة التعايش السلمي في العراق منها حسم قضية الهوية الوطنية والاعتراف بالتنوع الحضاري والديني والثقافي لكافة الفئات الاجتماعية التي يتكون منها النسيج الاجتماعي العراقي ووفقا للآليات الديمقراطية مع تجنب الازمات التي ادت الى تراجع التعايش السلمي بين مكونات الشعب العراقي ، والحرص على احترام حقوق الانسان والمساواة والعدالة بين الجميع والامثال امام القوانين المعمول بها في البلاد ، وتعزيز ثقافة التسامح والتعايش والمصالحة الوطنية في مختلف المجالات^(٢٢).

بعد الانتصار على تنظيم داعش الارهابي وتحرير الموصل تطلب الامر التأسيس لمرحلة جديدة تعمل على تجاوز المعوقات بناء السلام و التعايش وقبول التنوع والتسامح وإعادة بناء المواطن من الداخل وإشاعة روح المواطنة من خلال ترسيخ الهوية الوطنية السياسية المدنية العراقية على الهويات السياسية غير المدنية الفرعية^(٢٣)، واعتماد المصالحة الوطنية ومبدأ العدالة الانتقالية ، ومنع استخدام السلاح ، ونبذ العنف والتسامح وقبول الاخر .

=الديمقراطي في العراق ، مجلة دراسات دولية ، مركز الدراسات الاستراتيجية و الدولية ، جامعة بغداد ، العدد (٦٠) ، كانون الثاني ، ٢٠١٥ ، ص ٢٤ .

(٢١) حسقيل قوجمان ، التعايش السلمي بين الشعوب ، الحوار المتمد ، العدد (١٦١٢) ، ٢٠٠٦/٧/١٥ ، على الموقع : www.uhewar.org . وللمزيد انظر اسراء علاء الدين نوري وفلاح مبارك بردان ، سياسات التعايش السلمي في العراق بعد عام ٢٠٠٣ المعوقات والاليات ، مجلة ابحاث العلوم السياسية ، كلية العلوم السياسية ، الجامعة المستنصرية ، العدد (٣_٤) ، ٢٠١٩ ، ص ٢٨٦ .

(٢٢) سداد مولود سبع ، الهوية الوطنية وتعزيز التعايش السلمي في العراق ، مجلة مركز الدراسات الاستراتيجية و الدولية ، العدد ٦٨ ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص ١١٨ .

(٢٣) ايمان رجب ، مستقبل العراق بين الصراع المذهبي وتهديد داعش ، مجلة السياسة الدولية ، العدد (٢٠٥) ، يوليو/٢٠١٦ ، القاهرة ، ص ١١١ ، رغم التأثيرات الايجابية لازمة داعش في العراق من حيث ارجاؤها تفكيك الدولة فان الكيفية التي سيتم بها اعلان الانتصار في الحرب على داعش ستؤثر بدورها في تشكل الدولة العراقية فمن ناحية لا يزال التنظيم قادر على التعبئة و التوسع ومن ناحية اخرى لا يزال العراق يعاني مشكلة جوهرية تتعلق بغياب الشعور بالهوية الوطنية الجامعة حيث لاتزال الانتماءات الطائفية هي العامل الاكثر تأثيرا في القرارات السياسية للحكومة وللجهات السياسية القوى الرئيسية في العراق وتعزيزها حسابات اقتصادية و امنية ويعد قرار تشكيل الحرس الوطني من القرارات التي تعزز هذه المشكلة .

ولتحقيق ذلك يجب توفر أسس وآليات ومن أبرزها :

الاساس الديني: ينطلق مفهوم التعايش الديني بين الاديان على مبدأ الاعتراف وتعايش بين الثقافات و الحضارات من مختلف انحاء العالم وحرية الاخر من الايمان وما يعتقد به بأنه حق ويقصد بالأسس والقواعد الدينية وأساليب السلوك الديني والتي تنظم حياة الافراد بين بعضهم البعض وبين الفرد و السلطة , ومن خلال (دور العبادة , المراجع الدينية , الكتب والمؤلفات) التي تساهم في خلق وعي للإفراد على مستويات كافة^(٢٤).

لقد كان للمرجعية الدينية العليا دور فعال في المستويات العامة في العراق بعد عام ٢٠٠٣ والتي تمثلت بتحريم الدم العراقي والابتعاد عن القتل والانتقام للذان من شأنهما زرع بذور الحقد والكراهية بين ابناء الشعب العراقي والحفاظ على الممتلكات الخاصة والعامة فضلا عن تحريم الاعتداء على مساجد المسلمين وإعادة المساجد المغتصبة الى اصحابها واستمر منهج الوحدة الوطنية في اغلب خطب وبيانات المرجعية .

كما دعت المرجعية الى التسامح والمحبة والألفة وتجنب اثاره الخلافات المذهبية كما لعب دورا مهما في مكافحة تنظيم داعش الارهابي بإصدار فتوى الجهاد الكفائي^(٢٥).
الاساس الاجتماعي: هنا تأتي أهمية الحوار في تحقيق التعايش الاجتماعي للقضاء على الصراعات العرقية والتعصب القبلي , والقضاء على الحقد وترسيخ المحبة والتعاون بين الناس و العلاقات بين الافراد ، وكان للعشائر العراقية دورا كبيرا من خلال الدفاع عن العراق وشعبه ووحدة اراضيه من خلال مجالس الصحوات ، والحفاظ على وحدة النسيج الاجتماعي والاندماج الوطني والتي تعتبر احد عوامل الاستقرار السياسي وتحجيم حالات العنف والنزاع وتحقيق المصالحة الوطنية^(٢٦).

الاساس الاقتصادي: الاصلاح الاقتصادي خطوة ضرورية لاستقرار التعايش بين الشعوب وتحقيق السلم العالمي والقضاء على الفقر والبطالة وخلق فرص عمل للشعوب والمجتمعات الفقيرة^(٢٧).

ويكون للعامل الاقتصادي دور كبير في استتباب الامن والطمأنينة لدى ابناء الشعب خلال تعايشهم السلمي الاقتصادي^(٢٨).

الاساس الثقافي: للثقافة دور في تفعيل التعايش السلمي وخاصة في المجتمعات متعددة الثقافات وذات التقاليد المشتركة وفق سياسة الاعتراف بالأخر وضمن الهوية الجماعية^(٢٩).

(٢٤) اسامة مرتضى باقر , التعايش السلمي و الاندماج الثقافي في العراق , بحث مقدم الى مؤتمر الاعتدال في الدين والسياسة , كلية العلوم السياسية , جامعة النهرين , ٢٠١٩/٢/٩ , ص ٤.

(٢٥) بيان من مكتب السيستاني في المرجعية الدينية العليا في النجف الاشرف (<http://www.sistani.org/arabic/>) statement .

(٢٦) اسامة مرتضى باقر , التعايش السلمي و الاندماج الثقافي في العراق , مصدر سبق ذكره , ص ٥ .

(٢٧) عامر حسن فياض , ديمقراطية العرب البحث عن هوية , مركز حمورابي للبحوث والدراسات الاستراتيجية , ٢٠١٣ , ص ٢٤ .

(٢٨) فاضل عباس المحمداوي , دور التعايش السلمي في تحقيق الوحدة الوطنية , مجلة سياسة دولية , العدد ٣١-٣٢ , كلية العلوم السياسية - الجامعة المستنصرية , ٢٠١٦ , ص ٨٧-٨٩ .

(٢٩) دريد شرهان محمود , دور وسائل الاعلام في نشر ثقافة التعايش السلمي في العراق لمرحلة ما بعد داعش , مجلة =

وتعد الثقافة روح الامة وعنوان هويتها وتدل على الرقي في التعامل الانساني ، ولثقافة دور في ترسيخ التلاحم بين افراد المجتمع^(٣٠).

وهناك آليات وخطوات لتعزيز التعايش السلمي في العراق خاصة بعد الانتصار على تنظيم داعش الارهابي ومن هذه الاليات:

- الغاء نظام المحاصصة الطائفية والتوافقية التي تثير النزاعات و العمل على بناء دولة وطنية ديمقراطية باعتبارها النموذج المثالي للدول المتعددة الاديان والمذاهب والاثنيات للحيلولة دون حدوث حالة عدم الاستقرار السياسي والاجتماعي و تنامي ظاهرة العنف في المجتمع^(٣١).

- تعزيز الهوية الوطنية العراقية مع الاعتراف بالتميز الثقافي والحضاري للمجموعات السكانية وترسيخها على أسس ديمقراطية جامعة لكل العراقيين وتوظيف النقاط المشتركة لخدمة الهوية العراقية^(٣٢).

- وتساهم الاقليات في تعزيز التعايش السلمي من خلال انسجامها واندماجها بالمجتمع ويتطلب معالجة مشكلة الاقليات من خلال الاعتراف بالأقليات الاثنية و المحافظة على هويتها من خلال الدستور بتشريع القوانين الضامنة لذلك ، و التمسك بمبدأ المساواة بين المواطنين ويتم مشاركة الاشخاص من الاقليات الاثنية في الحياة العامة والمجالس النيابية او الوظائف العامة بحيث يزول شعورهم بأنهم مواطنون من الدرجة الثانية^(٣٣).

- دور المؤسسة الدينية وعلماء الدين وخطباء وأئمة الجوامع في ترسيخ المفاهيم الدينية الصحيحة بين افراد المجتمع والتي تعمل على نبذ النزاعات الطائفية والعرقية ، إضافة الى ذلك إعطاء دور لزعماء العشائر والقبائل وشيوخها لإبعاد الطائفية والحرب الاهلية ، لأن المجتمع العراقي مجتمع قبلي عشائري^(٣٤).

- قيام الجهات السياسية الرسمية المتمثلة بالرئاسات الثلاث (البرلمان ، مجلس الرئاسة ، الوزراء) في توجيه وإدارة عملية التعايش السلمي داخل المجتمع العراقي ووضع الخطط اللازمة لتجذير التعايش السلمي الحقيقي في العراق ، ويكون الدستور هنا عاملا من عوامل تعزيز الوحدة الوطنية والتعايش السلمي والوئام الوطني ويكون إحلال التعايش من خلال حظر كل كيان او نهج يتبنى العنصرية او الارهاب او التكفير او التطهير العرقي او الطائفي او يحرض او

=ابحاث العلوم السياسية ، كلية العلوم السياسية ، الجامعة المستنصرية ، العدد (٥_٦) ، ٢٠١٩ ، ص ٧٩٣ . وللمزيد انظر وليد سالم محمد ، الثقافة السياسية واهميتها في مؤسسة السلطة وبناء الدولة في العراق : الرؤية والآليات ، المجلة العربية للعلوم السياسية ، العددان (٤١_٤٢) ، ٢٠١٤ ، بيروت ، ص ١٢١ .

(٣٠) فاضل عباس المحمداوي ، دور التعايش السلمي في تحقيق الوحدة الوطنية ، مصدر سبق ذكره ، ص ٨٩ .
(٣١) طه حميد حسن العنبيكي ، نحو بناء نظام سياسي صالح في العراق ، مجلة المستنصرية للدراسات العربية الدولية ، مركز الدراسات العربية و الدولية ، العدد (٢٨) كانون الاول ، ٢٠٠٩ ، ص ١٢١_١٢٢ .
(٣٢) ميثم الجنابي ، فلسفة الهوية الوطنية العراقية ، دار ميزوبتاميا ، دار افكار للدراسات و النشر ، سوريا ، ٢٠١٢ ، ص ١٤٩ .

(٣٣) توفيق نجم ، الاقليات الاثنية وحق تقرير المصير -تفكيك الدولة ام الاعتراف بالهوية ، مجلة كلية الحقوق ، العدد ١ ، مجلد ١٤ ، جامعة النهدين ، ٢٠١٤ ، ص ١٨ .

(٣٤) طه حميد حسن العنبيكي ، سبل تعزيز التعايش السلمي في العراق ، مصدر سبق ذكره ، ص ١٦١ .

- يمهد او يمجّد او يروج او يبرر له (٣٥).
- خلق ثقافة وطنية شاملة وموحدة وتنمية الجانب الثقافي وتنمية الترابط والتلاحم والاندماج كافة الجماعات الاثنية داخل المجتمع في كيان اجتماعي سياسي واحد بحيث تشعر كل جماعة مهما كانت لغتها وديانها ومذاهبها انها عراقية ومتساوية مع الجماعات الاجتماعية الاخرى ويكون الولاء للوطن الواحد على حساب الولاء للطائفة او القومية(٣٦).
- كما ان للثقافة السياسية دور في احداث عملية الاصلاح والتحول الديمقراطي والتعايش السلمي وهنا تأتي دور نشر ثقافة المساهمة وهي الثقافة التي يكون فيها المواطنين فاعلين وقادرين على التأثير في السلطة السياسية من خلال مؤسسات كالأحزاب وجماعات الضغط والمصالح ، ومن خلال احترام حقوق وواجبات الاخرين ورفض الظلم والإيمان بحرية الافراد والفئات الاخرى بممارسة طقوسهم الدينية الخاصة بهم وعاداتهم وتقاليدهم بدون ان تعارض هذه الثقافات ثقافة التسامح(٣٧).
- فرض هيبة الدولة و استقلال حقيقي للسلطة القضائية و الحيادية في تنفيذ القوانين و التزام الاجهزة الامنية على حب الوطن و الدفاع عنه وخضوع جميع افراد المجتمع للدستور و القوانين الوطنية ، و حصر السلاح بيد الدولة و القوات الامنية (الدفاع _ الداخلية) ، و إلغاء مظاهر التسلح والتخلص من الديمقراطية التوافقية وتنظيم العملية السياسية وفق نظام التكنوقراط وفصل السلطات(٣٨).
- تفعيل المصالحة الوطنية واحترام حقوق المواطن و المساواة بين المجتمع امام القانون ، ولتحقيق المصالحة الوطنية في العراق تتطلب توفر عناصر منها تطبيق العدالة الانتقالية حيث تمثل العدالة الركن الاول من بين اركان المصالحة الوطنية الثلاث المتمثلة بالعدالة والحقيقة و التعويض(٣٩).
- ايضا الاعتراف بالخطأ والاعتذار ومعالجة ترسبات الماضي والاعتراف بالأخر وبناء الثقة بين كل الاطراف واشترك جميع القوى الفاعلة في المصالحة ، والاتفاق على الثوابت الوطنية وتغليب المصلحة الوطنية على المصلحة الفردية(٤٠).

(٣٥) الدستور العراقي النافذ لعم ٢٠٠٥ ، المادة السادسة .

(٣٦) احمد غالب محيي و عماد محمد صالح ، الابعاد السياسية و الامنية و الاجتماعية و الثقافية للاعلام العراقي في تعزيز الهوية الوطنية بعد عام ٢٠٠٣ ، مجلة دراسات دولية ، مركز الدراسات الاستراتيجية و الدولية ، العدد (٧٨ _ ٧٧) ٢٠١٩ ، ص ١٢٥ .

(٣٧) مروان سالم العلي ، التسامح في المجتمع العراقي -ثقافة سياسية جديدة واجبة التطبيق ، مركز الفرات للتنمية والدراسات الاستراتيجية على الرابط : <http://m.annabaa.org/arabic/violenceandterror/18337>

(٣٨) حسن سعد عبد الحميد ، بناء السلام في العراق (رؤية مستقبلية) ، مركز النهريين للدراسات الاستراتيجية ، بغداد ، العدد (السادس) ، كانون الاول / ٢٠١٨ ، ص ١٠٠ .

(٣٩) عبد العزيز علوي عبد ، العدالة الانتقالية واثرها في تعزيز التعايش السلمي في العراق ، مجلة دراسات دولية ، مركز دراسات الاستراتيجية الدولية ، العدد (٨١) ، ٢٠٢٠ ، ص ١٣٧_١٣٨ .

(٤٠) مثنى فائق مرعي ، مسار المصالحة الوطنية في العراق المتطلبات والتحديات ، مركز النهريين للدراسات الاستراتيجية=

- فضلا عن ذلك بناء المؤسسات السياسية الفاعلة التي تتمكن بدورها من تحقيق مطالب الجماعات دون اللجوء للعنف ، وكذلك التماثل والانسجام الثقافي بين النخب السياسية والاجتماعية (٤١).
- تفعيل دور المؤسسات التعليمية ومنظمات المجتمع المدني في تعزيز التعايش السلمي وترسيخ ثقافة الحوار ونشر الثقافة القانونية والمواطنة وكذلك نشر ثقافة التسامح والحوار وتقبل الآخر والتأكيد على الفكر الابداعي وسمو الاخلاق (٤٢).

مما تقدم نرى ان لتحقيق التعايش السلمي في العراق يجب نشر ثقافة التسامح والسلام على الصعيد السياسي و الفكري و المجتمعي وترسيخ قيم الديمقراطية ولا ننسى دور مؤسسات المجتمع المدني في تعزيز وسائل التكافل الاجتماعي و السياسي وتهيئة شروطها وقيام مؤسساتها ودور الجامعات و المعاهد المتخصصة في حث المفكرين والمتخصصين في الشأن السياسي على اشاعة روح التسامح الديني والاجتماعي والتأكيد على اهمية التعايش السلمي والاستفادة من الروابط والقيم الاجتماعية والثقافية والدينية التي تربط ابناء المجتمع العراقي لدعم عملية المصالحة الوطنية وفي ظل وجود نسيج اجتماعي متماسك ساهم في دعم الحملة لمواجهة التطرف والارهاب , اذن لا وجود للتعايش السلمي داخل اي مجتمع اذا لم يتوفر مستوى شامل للعمل من اجل تحقيقه وهو وجود شعور بالحاجة الحقيقية للتسامح ارادة سياسية صادقة وقادرة على اصدار القوانين واتخاذ الاجراءات لإرساء السلم الاجتماعي .

=العدد (٦) , كانون الاول/٢٠١٨ , ص ٥٦_٥٧.

(٤١) عبد العزيز علوي عبد , العدالة الانتقالية واثرها في تعزيز التعايش السلمي في العراق، مصدر سبق ذكره ، ص١٣٨
 (٤٢) حنان علي ابراهيم و الاء بهاء عمر ، دور الجامعات في تفعيل الثقافة القانونية ونشر التعايش السلمي ، مجلة تكريت للعلوم السياسية ، العدد ١٥ ، كلية العلوم السياسية - جامعة تكريت ، ٢٠١٨ ، ص ٩٢ .

الخاتمة

يتميز العراق بأنه من الدول ذات التعددية الاجتماعية المتنوعة على الصعيد القومي والديني , وهناك نوع من الانسجام و التعايش الاجتماعي بين افراد المجتمع العراقي لكن بعد عام ٢٠٠٣ شهد العراق نتيجة حالات العنف و القوة بين المكونات العراقية بسبب عدم الاستقرار الامني و السياسي الى جانب ذلك جاءت المحاصصة الطائفية و التوافقية لتزيد من حالات التهميش والإقصاء وشعور بعض الفئات بالظلم و الاضطهاد مما دفعهم للجوء الى الجماعات المتطرفة الخارجية .

إن المجتمع العراقي لا يبقى متماسكا ولا يمكن للعراق ان يبقى موحدا وقويا إلا في اطار نوع من التعايش السلمي الطوعي والمشاركة في الوطن الواحد مع ضمان حقوق مختلف القوميات والأقليات والجماعات الدينية والمذهبية المتعددة والمتنوعة في العراق . ومع سيطرة تنظيم داعش الارهابي ٢٠١٤ على بعض مناطق في العراق وازدادت الطائفية و الارهاب وهذا ما اثر على التعايش السلمي المجتمعي , ولكن بتعاون الاجهزة الامنية مع العشائر و المرجعية الدينية و المشاركة الفعالة للحشد الشعبي كلها عوامل ساعدت على الانتصار على تنظيم داعش الارهابي وأثبتت ان هناك فرصة لتحقيق التعايش السلمي الحقيقي بين جميع مكونات الشعب العراقي وفق اسس قائمة على الحوار و التسامح و التأكيد على نبذ الارهاب و الجهات الداعمة له و الثوابت المشتركة بين ابناء الشعب العراقي .

ان التفاهم والتعايش لا يقومان بين طرفين مختلفين بالفكر والعقيدة الا اذا توفر لدى كل منها رغبة و ارادة حقيقية في العيش المشترك و التسامح حول الامور المختلف فيها و القبول من الطرفين بالتعددية العقائدية ولا يكفي ان يؤمن بالتعايش والتسامح طرف واحد بينما ينكر الطرف الاخر او الاطراف الاخرى ، فالحياة المشتركة مع الاخرين تحتاج من جميع الاطراف فيها قبولاً بالتعايش السلمي على اساس العدل و المساواة و احترام متبادل من كل طرف للطرف الاخر .

وهناك اليات أساسية ينبغي توفرها لتعزيز التعايش السلمي في العراق منها الحوار المبني على المصالح المشتركة لا على مصلحة طرف دون اخر وان يكون الحوار شامل على كل المستويات الاجتماعية الثقافية السياسية , وبناء اجهزة الدولة على أسس الكفاءة بعيدا عن المحاصصة الطائفية و التأكيد على دور الدين والمرجعية الدينية في إشاعة روح التسامح و الرحمة وعدم التفريق بين مكونات الشعب على اساس العرق او الطائفة او المذهب و افشال المخطط الخارجي الذي يعمل على توظيف الهويات الفرعية خدمة لأهدافه .

إن جذور السلام والتعايش السلمي متجذرة في اعماق و نفوس الشعب العراقي المحب للسلام و الوئام والعيش المشترك و بمختلف قومياته و اعراقه . لذا يجب العمل على ترسيخ مفهوم الهوية الوطنية العراقية وان يكون الولاء للوطن الواحد , لان التعايش السلمي القائم على اسس صحيحة يقود البلد لبناء السلم الاهلي والاستقرار و التقدم.

الازمة الخليجية - القطرية: الأبعاد والنتائج

أ. م. د. سليم كاطع علي
جامعة بغداد - مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية

المستخلص

تمثل الأزمة الخليجية القطرية بأبعادها وتداعياتها الخليجية والإقليمية والدولية، من أخطر أنواع الأزمات في مسار العلاقات بين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، انطلاقاً من الفجوة الكبيرة التي تركتها في إطار المنظومة الخليجية، وما ترتب عليه تحول سياسات دول مجلس التعاون الخليجي من الإطار الجماعي إلى الإطار الفردي الانعزالي، فضلاً عن فقدان عامل الثقة بين الأطراف الخليجية، وهو ما يعمق من إشكالية البعد الأمني لدول مجلس التعاون الخليجي، ومدى قدرتها على تحقيق الأمن بمفهومه الشامل سواء بصيغته الجماعية أو الفردية، ومن ثم تأثيره فيونه مدى قدرة الدول الخليجية في مواجهة التهديدات والتحديات التي تتميز به البيئة الإقليمية والدولية على حد سواء.

Abstract

The Gulf-Qatari crisis, with its Gulf, regional and international dimensions and repercussions, is one of the most dangerous types of crises in the course of relations between the countries of the Cooperation Council for the Arab States of the Gulf. Isolationism, as well as the loss of trust between the various Gulf parties, which deepens the problem of the security dimension of the Gulf Cooperation Council countries, and their ability to achieve security in its comprehensive concept, whether in its collective or individual form, and then its impact on the extent of the Gulf countries' ability to confront the threats and challenges that they face. It is characterized by its regional and international environment alike.

المقدمة

عُدت منطقة الخليج العربي ولا تزال محط أنظار الدول الكبرى في النظام الدولي، بسبب أهمية الإقليم من الناحية الجغرافية والاقتصادية مما ضاعف من أهمية المنطقة في الاستراتيجيات الدولية قبل اكتشاف النفط بقرون، إذ تُعد منطقة الخليج العربي مفصلاً جغرافياً مهماً بين الشرق والغرب براً وبحراً، بكونه من أبرز الطرق البحرية العالمية التي ازدادت أهميتها الإستراتيجية في التاريخ المعاصر، ويدلنا على ذلك تنافس الدول القوية للسيطرة عليه منذ نهايات القرن الخامس عشر وحتى يومنا هذا، وكانت أعتى قوة وأطولها زمناً هي تلك التي مثلتها بريطانيا على امتداد القرن التاسع عشر، فقد امتلكت بريطانيا إستراتيجية الملاحة الدولية والمصالح الاقتصادية في الإقليم بمواقعه الحساسة التي تمثلها أبرز مرافئ على السواحل الشرقية والغربية من الخليج العربي، وصولاً إلى اقتصاد النفط الذي كان بأيدي البريطانيين في النصف الأول من القرن العشرين. ثم أضحت منطقة الخليج مجال تنافس دولي حاد أثناء الحرب الباردة بين القوتين العظميين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي.

وقد أثبتت الأحداث التي تلت نهاية حقبة الحرب الباردة الأهمية الكبيرة التي تتمتع بها منطقة الخليج العربي، وذلك بسبب المكانة العالية التي تتمتع بها هذه المنطقة على المستويين الإقليمي والدولي سواء بفعل موقعها الجغرافي المتميز أو لإمتلاكها لأهم موارد الطاقة من الغاز والنفط في العصر الحديث، مما جعل منها محوراً مهماً من محاور الصراع والتنافس بين القوى الإقليمية والدولية.

لقد شهدت المنطقة العربية العديد من الازمات والتحديات، رافقها تحولات شديدة التعقيد، وقد شكلت الازمة الخليجية - القطرية إحدى أهم تلك الازمات، كونها تمثل نقطة تحول إستراتيجية في مسار العلاقات الخليجية - الخليجية، حملت معها الكثير من التداعيات على مختلف الأطراف فيها، ولا سيما على منظومة مجلس التعاون لدول الخليج العربية، فضلاً عن تأثيراتها في نطاقها الاقليمي والدولي.

أهمية الدراسة:

تتأتى أهمية الدراسة من ان الازمات البينية بين الدول الخليجية لها تداعياتها وانعكاساتها على النطاق الاقليمي والدولي، إنطلاقاً من ان مفهوم الامن الاقليمي يرتبط بأمن مجموعة من الدول وليس دولة واحدة، مما يؤشر ان الامن الاقليمي في جوهره يعبر عن حالة من التعاون والتضامن بين مجموعة دول الاقليم لحماية مصالحها وأمنها، وهو ما يجعل من الامن الاقليمي احد اهم دعائم الامن الدولي والامن العالمي.

إشكالية الدراسة:

إنطلاقاً من مركزية دول مجلس التعاون الخليجي في إطار التفاعلات الاقليمية والدولية، إستناداً للمقومات الجيوستراتيجية التي تملكها دوله، ولا سيما الموقع الجغرافي

المتميز، والثروات الضخمة، وفي مقدمتها النفط والغاز، تتحدد إشكالية الدراسة من سؤالين محوريين، هما: ما هي اسباب نشوء الازمة الخليجية - القطرية؟، وما هي تداعياتها على منظومة مجلس التعاون الخليجي؟.

فرضية الدراسة

تنطلق الدراسة من فرضية مفادها: ان الازمة الخليجية - القطرية هي أزمة مركبة ومتعددة الأبعاد، مما يُرتب جملة تداعيات سواء على مستوى الدائرة الخليجية برمتها، وعلى مستوى الدائرة الاقليمية والدولية، بفعل تداخل الفواعل الاقليمية والدولية فيها.

المبحث الاول

جذور الازمة الخليجية - القطرية

ان الازمة الخليجية - القطرية ليست حديثة العهد، بل هي محصلة لكثير من الخلافات والمشاكل بين دول مجلس التعاون الخليجي منذ زمن بعيد، فالتاريخ يعطي وقائع بذلك الخصوص إبان عهد الاحتلال البريطاني، الذي كان له دور كبير في تمزيق الدول العربية، ولا سيما في منطقة الخليج، إذ تركت بريطانيا العديد من الخلافات ومشاكل الحدود بين الدول الخليجية، والتي كانت سبباً في تأزم وتدهور العلاقات وإندلاع الصراعات بينها، مما اعاق إمكانية وضع نظام أمني اقليمي بين دول مجلس التعاون الخليجي، وكذلك حالت تلك الخلافات دون تحويل مجلس التعاون الخليجي الى كتلة امني سياسي واقتصادي كبير قادر على موازنة القوتين الاقليميتين الكبيرتين في الخليج وقتها وهما العراق وايران.

فالنزاعات بين دول مجلس التعاون الخليجي ترجع أساساً الى مشكلات في حدود الجغرافية لدول المجلس، وما يتعلق بترسيمها وتثبيتها، وما يرتبط بذلك من محاولات حيازة مزيد من الثروات، ولا سيما النفطية منها، الامر الذي يسحب هذه الدول الى حالة من الاختلافات والتقاطعات في المصالح على صعيد العلاقات السياسية فيما بينها، وهو ما يدفع باتجاه تطور هذه الخلافات الى مرحلة النزاعات الى حد توظيف القوة العسكرية فيها^(١).

فعندما قرر الاحتلال البريطاني الرحيل عن شبه الجزيرة العربية عام ١٩٦٨، بدأت القبائل العربية آنذاك محاولة تشكيل تحالفات لكسب حدود جديدة، والتي ستنتج عن الفراغ البريطاني، وسعت كلاً من السعودية والإمارات الى محاولة احتواء إمارة قطر في مهدها قبيل التأسيس على الحدود الحالية، إذ يشكل الموقع الاستراتيجي لقطر نقطة مهمة بالنسبة لدول مجلس التعاون الخليجي، فهي في إطار الحدود البرية تتصل بالجوار مع كل من الامارات والمملكة العربية السعودية، وهو ما جعلها ضرورة استراتيجية بالنسبة للدول الخليجية الاخرى، إذ ان وجودها في منتصف الخط الساحلي للخليج العربي يمنحها موقعاً متميزاً في إطار التفاعلات الخليجية، وبالشكل الذي لا يمكن تجاهله بأي شكل من الاشكال^(٢).

(١) محمد شوقي عبد العال، فض المنازعات في إطار مجلس التعاون لدول الخليج العربية: مقارنة بتجارب منظمات اقليمية، الطبعة الاولى، أبو ظبي، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ٢٠١٠، ص ٢١.

(٢) د. علي فارس حميد، قطر والخليج المضطرب: محنة الذات وعقدة الجيوبولتيك، في كتاب: مجموعة باحثين، قطر وأزمة الخليج: عقدة الجيوبولتيك والتنافس الاقليمي، الطبعة الاولى، بيروت، مركز بلادي للدراسات والابحاث الاستراتيجية، ٢٠١٨، ص ٣٨.

خريطة توضح موقع قطر بالنسبة لدول مجلس التعاون الخليجي



المصدر: أزمة العلاقات الخليجية.. المقدمات والأسباب والدوافع، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ٥ حزيران ٢٠١٧، على الرابط: <https://www.alaraby.co.uk/%D%8A%3D%8B%2D%85%9D%8A9>

وعليه، فقد طالبت السعودية بضم قطر إليها كونها جزء من إقليم الأحساء، واستمرت السعودية في هذه المطالب، حتى تدخلت بريطانيا لكبح جماح السعوديين عن قطر، لتعترف السعودية بحدود قطر، فيما بقيت مناطق متنازع عليها بين الطرفين، إلى أن وقعت السعودية وقطر عام ١٩٦٥ اتفاقية ترسيم للحدود، لكنها لم تقض على المشكلة بعد، لا سيما بسبب حقوق التنقيب عن النفط^(٣).

حاولت السعودية محاصرة قطر بعد ذلك في صفقة قامت بموجبها المملكة بالتنازل عن أجزاء من «واحة البريمي» للإمارات العربية المتحدة، وذلك في مقابل الشريط الساحلي المعروف بـ«خور العديد» والذي أصبح حاجزاً حدودياً طبيعياً بين قطر والإمارات، وبذلك أصبح على القطريين أن يمروا بأراض سعودية للوصول إلى الإمارات بدلاً من أن تكون هناك حدود مشتركة ومباشرة بين قطر والإمارات، في تدخل سعودي واضح لتغيير الحدود القطرية^(٤). فضلاً عن ذلك، فقد كان الخلاف الحدودي بين قطر والبحرين، عاملاً آخر من عوامل عدم الاستقرار في المنطقة، ولا سيما حول جزر حوار وفتش الديبل، والذي كان هدفه حقل غاز الشمال القطري، إذ تفاقت الازمة عام ١٩٨٦، عندما قصف الطيران القطري المنشآت التي قامت البحرين بإقامتها على الفشت، فدمرتها واعتقلت جميع عمال ومستخدمي الشركة الهولندية «بلاست نيدام» المنفذة للمشروع^(٥).

فضلاً عن ذلك، فقد كان لقطر خلافات عديدة، وفي مراحل مختلفة مع بعض دول مجلس التعاون الخليجي، ولا سيما المملكة العربية السعودية، مثل الخلافات الحدودية

(٣) الجذور التاريخية للخلاف الخليجي - القطري، على الرابط: ص ٣٨. <https://www.noonpost.com/content/18173>

(٤) المصدر نفسه.
(٥) أنور مؤمن، دبلوماسية الوساطة في النزاعات الخليجية: دراسة في دور (الكويت، قطر، عمان)، في كتاب: مجموعة باحثين، قطر وأزمة الخليج: عقدة الجيوبولتيك والتنافس الاقليمي، الطبعة الاولى، بيروت، مركز بلادي للدراسات والابحاث الاستراتيجية، ٢٠١٨، ص ٩١.

التي حدثت خلالها مواجهة بين الدولتين في عام ١٩٩٢، وأدت الى مقتل ضابط سعودي وجنديين قطريين، وإنتهت بسيطرة السعودية على منطقة الخفوس، الى جانب الانقلاب الابيض في قطر عام ١٩٩٥، والذي ادى الى تولي الامير حمد بن خليفة الحكم خلفاً لوالده الامير خليفة بن حمد، إذ لم تكن السعودية راضية عن هذا الانقلاب، وفي عام ١٩٩٦ قام الامير خليفة بانقلاب فاشل ضد ولده الامير حمد، إذ إتهمت قطر لاحقاً السعودية والامارات والبحرين بدعم هذا الانقلاب، فضلاً عن إنشاء قناة الجزيرة الفضائية عام ١٩٩٦، التي إهتمت بنقد الاوضاع العربية بشكل عام، وأنظمتها السياسية بشكل خاص، الى جانب إبرام قطر إتفاقية مع الولايات المتحدة الامريكي في عام ٢٠٠٢، لإقامة قاعدة عسكرية تعد الاكبر في منطقة الخليج العربي، في حين لم تحرب السعودية بالخطوات القطرية، وعدتها بالضد منها، الى جانب الاتفاقيات الامنية والاقتصادية التي ابرمت بين قطر وايران في عام ٢٠٠٦، وعدم تصويتها على فرض عقوبات على ايران في مجلس الامن^(٦).

وقد أخذ الخلاف بين قطر وبعض دول مجلس التعاون الخليجي منحى آخر عام ٢٠١٣، إذ اصبحت قطر بنظرهم تشكل مصدر خطر على أمن الخليج العربي، مما ادى الى قيام بعض دول المجلس بقطع علاقاتها الدبلوماسية مع قطر، الى ان تم إحتواء الازمة في عام ٢٠١٤ نتيجة لجهود الوساطة الكويتية بهدف الوصول لتسوية للازمة الخليجية، وتم الوصول الى إتفاق عُرف بـ: « إتفاق الرياض التكميلي»، إذ وافقت قطر بموجبه على القيام بما يلي^(٧):

١. عدم التدخل في الشؤون الداخلية لأي من دول مجلس التعاون الخليجي، بشكل مباشر أو غير مباشر، وعدم إيواء أي من مواطني المجلس أو تشجيع ممن لهم نشاط معارض مع أنظمة دولته، إلا بعد موافقة دولته، وعدم دعم الفئات المارقة المعرضة لدولها، وعدم دعم الاعلام المعادي.
٢. عدم دعم الاخوان المسلمين أو أي من المنظمات او التنظيمات او الافراد الذين يهددون أمن دول مجلس التعاون الخليجي وإستقرارها عن طريق العمل المباشر او عن طريق محاولة التأثير السياسي.
٣. عدم تقديم الدعم لأي فئة كانت في اليمن، ممن يشكلون خطراً على الدول المجاورة لليمن.

ولا شك، فان بعض دول مجلس التعاون الخليجي ولا سيما السعودية والامارات لم تكن مقتنعة بالاتفاق المعلن مع قطر، وذهبت الى ان قطر قدمت تنازلات محدودة على مستوى التغطية الاعلامية القطرية للمسألة المصرية، وإبعاد القيادات الاخوانية المصرية التي إتخذت من قطر ملجأ بعد إنقلاب عام ٢٠١٣^(٨). الامر الذي جعل الخلافات

(٦) مؤيد خالد شلال المجالي، السياسة الخارجية الاردنية تجاه الازمة الخليجية. القطرية: دراسة في الأداة الدبلوماسية، الطبعة الاولى، برلين، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ٢٠١٩، ص ٤٩.

(٧) أحمد محمد أبو زيد، عام على الازمة القطرية. الخليجية: التناحيات على مستقبل منظمة « مجلس التعاون الخليجي»، بيروت، معهد الاصفري للمجتمع المدني والمواطنة، ٢٠١٨، ص ٩ - ١٠.

(٨) مجموعة باحثين، حصار قطر: سياقات الازمة الخليجية وتداعياتها، الطبعة الاولى، الدوحة، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٧، ص ٢٨ - ٢٩.

بين قطر وبعض دول مجلس التعاون الخليجي تتطور وتعمق اكثر بين الطرفين من خلال التطورات السريعة التي شهدتها المنطقة، عبر تضارب المصالح والاهداف بين القوى الفاعلة في المنطقة، مما أدى الى التوتر الكبير في العلاقات، والذي تمثل بقطع العلاقات السياسية والدبلوماسية في عام ٢٠١٧^(٩)، وإغلاق المنافذ البرية والجوية والبحرية، ومنع العبور في الأراضي والاجواء والمياه الإقليمية التابعة للدول الخليجية الثلاث (السعودية، الامارات، والبحرين)، الى جانب مصر.

(٩) مؤيد خالد شلال المجالي، مصدر سبق ذكره، ص ٥١.

المبحث الثاني

اسباب الازمة الخليجية - القطرية

شهدت منطقة الشرق الاوسط تحولات عديدة تركت تداعياتها على جميع القوى الاقليمية وطريقة تعاملها مع جميع القضايا المؤثرة في المنطقة، اذ برزت مؤشرات على حدوث تحولات جوهرية في طبيعة ادوار القوى الاقليمية وتبدلاً في المصالح الحيوية والقوة الكبرى الفاعلة في النظام الدولي، فطبيعة الازمات التي تتسم بها المنطقة كرسست غياب الثقة بين الاطراف الاقليمية من جهة ، وحالة من الاربك السياسي على مستوى التعاون مع هذه الازمات من ناحية اخرى.

وقد مثلت الازمة الخليجية - القطرية منعرجاً مهماً ضرب المنظومة السياسية والامنية والاقتصادية لمجلس التعاون الخليجي، فضلاً عن تداعياتها الاقليمية والدولية، وهنا لا بد من الاشارة بان ما يجري من توتر وتصعيد خطير بين الدول الخليجية ليس ببعيد عن المشهد العربي الذي يعاني تدهوراً سياسياً واقتصادياً وامنياً وغياب الثقة بين اطراف النظام العربي وفقدان التواصل والحوار البناء بين جميع الاطراف، اذ لم تكن الدول الخليجية في مأمن من اجواء التوتر التي طالت بعض الدول العربية نظراً للطبيعة البنوية والخلافات الخليجية - الخليجية على الرغم من حالة التوافق الظاهرية المبنية على المصالح والاهداف المحلية الضيقة لكل بلد من البلدان وتقاطع تلك المصالح مع بعضها البعض بحثاً عن الدور والنفوذ في النطاق الجغرافي الاقليمي.

ان التبريرات التي انطلقت منها الدول الخليجية في مقاطعتها لقطر في ٥ حزيران ٢٠١٧، لا تتعد عن كونها مبررات ليست بجديدة وصلت الى اتهام قطر بدعم الارهاب وتمويل الحركات الاسلامية المتطرفة متناسية تلك الاطراف انها جزء لا يتجزأ من عوامل ديمومة تلك التنظيمات الارهابية وتمويل الارهاب في بعض دول المنطقة، ولا سيما في العراق وسوريا.

ولا يمكن حصر اسباب الازمة الخليجية القطرية على خلفية التصريحات التي بثتها وكالة الانباء القطرية الرسمية التي نسبت الى امير قطر واعرب فيها تأييده لايرن وحماس وحزب الله ، وهو ما نفته الحكومة القطرية سابقا ، يمكن القول ان وراء الازمة ابعاد استراتيجية مختلفة يمكن اجمال اهم ما يلي:

قضية دعم الاخوان المسلمين والجماعات الارهابية

تعد هذه القضية من القضايا الخلافية والمسببات الكبرى بين اطراف الازمة، فالدعم القطري للامحدود لجماعة الاخوان المسلمين والجماعات الاخرى التي تصنف بالارهابية مثل جبهة النصر المرتبطة بتنظيم القاعدة تعدها اطراف الازمة الاخرى (السعودية، الامارات، البحرين، ومصر) تهديداً لأمنها واستقرارها، ولا سيما بعد أن وفرت قطر الحماية لأعضاء وقادة جماعة الاخوان بعد عزل الرئيس المصري محمد مرسي، إذ عُدت جماعة محظورة من قبل الحكومة المصرية، والمصنفة بأنها إرهابية من قبل

السعودية والامارات^(١٠). إذ ان بعض الدول الخليجية تخشى من احتمال إنتقال تأثير تنظيم الاخوان الى المجتمع الخليجي، وهو ما يعني إمكانية الففز على السلطة في هذه الدول الخليجية، لا سيما في المملكة العربية السعودية، وما يعزز من تلك الخشية وجود جذور تاريخية وبنية مجتمعية خليجية قابلة للإنصات للأدبيات السياسية لهذا التنظيم^(١١). وفي ظل تصاعد الدعم القطري لجماعة الاخوان المسلمين في مصر والمنطقة، ومخالفة قطر للتوجه العام للدول الخليجية، سحبت الامارات والسعودية والبحرين سفراءها من قطر في آذار ٢٠١٤، من أجل إخضاع قطر للسياسات الخليجية المناوئة للإخوان المسلمين، ففي نيسان عام ٢٠١٤ ذكر قائد شرطة دبي ضاحي خلفان انه: « لا ينبغي ان تكون قطر ملاذاً آمناً لما يسمى بالإخوان المسلمين وأنه ينبغي على الامارات ان تستعيد قطر»^(١٢).

الاعلام القطري

يشكل الاعلام القطري بواجهاتها المختلفة تهديداً كبيراً لأنظمة بعض الدول الخليجية، عبر انتهاجه لسياسة التدخل في الشؤون الداخلية للدول الاخرى باتباع مبدأ التضييل والتشتيت الذهني لتحريض الرأي العام العربي على بعض الحكام وحلفاءها في المنطقة، ويأتي في مقدمتها قناة الجزيرة التي تمولها قطر، فضلاً عن شبكة واسعة من الفضائيات والصحف والمواقع الاعلامية، التي وظفتها قطر من اجل ان تكون الذراع الطولى لطموحات قطر الاقليمية، إذ قامت هذه الماكنة الاعلامية بدور كبير في تشجيع حركات التغيير التي شهدتها بعض الدول العربية مثل مصر وليبيا وتونس وبعض الدول الخليجية^(١٣).

العلاقات القطرية - الايرانية

تمثل العلاقات القطرية - الايرانية بمثابة العقدة السياسية الاكبر السعودية والامارات اللتان ترفضان أي شكل من أشكال التقارب والتعاون مع الجانب الايراني. فالملاحظ ان السياسة القطرية إتخذت خطأً متوازناً في علاقاتها مع ايران منذ قيام الثورة الاسلامية في ايران عام ١٩٧٩ وحتى يومنا هذا، وكانت قطر اكثر قريباً من ايران مقارنة بالدول (١٠) علي زياد العلي، منطلقات السياسة الخارجية العراقية وخياراتها حيال الازمة الخليجية» نحو دور مرتقب وتوازن إقليمي جديد»، في كتاب: مجموعة باحثين، قطر وأزمة الخليج: عقدة الجيوبولتيك والتنافس الاقليمي، الطبعة الاولى، بيروت، مركز بلادي للدراسات والابحاث الاستراتيجية، ٢٠١٨، ص ٢٣١ - ٢٣٢.

(١١) د. محسن محمد صالح، تداعيات الازمة الخليجية على القضية الفلسطينية، تقدير استراتيجي، مركز الزيتونة للدراسات والاستشارات، بيروت، تموز ٢٠١٧، ص ١. وينظر: د. فاطمة الصيادي، القراءة الايرانية للأزمة: الوحدة الخليجية اصبحت من الماضي، في كتاب: مجموعة باحثين، حصار قطر: سياقات الازمة الخليجية وتداعياتها، الطبعة الاولى، الدوحة، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٧، ص ٨٥.

(١٢) نقلاً عن: د. كزار انور ناصر، البحث عن الذات في صراعات الشرق الاوسط: الدور الاماراتي إنموذجاً، في كتاب: مجموعة باحثين، قطر وأزمة الخليج: عقدة الجيوبولتيك والتنافس الاقليمي، الطبعة الاولى، بيروت، مركز بلادي للدراسات والابحاث الاستراتيجية، ٢٠١٨، ص ٢١٨.

(١٣) علي زياد العلي، مصدر سبق ذكره، ص ٢٣٢. وينظر بذلك: د. محمد الراجي، الفكرة الاعلامية وشيطنة السياسة القطرية لتجسير الازمة بالخليج، في كتاب: مجموعة باحثين، حصار قطر: سياقات الازمة الخليجية وتداعياتها، الطبعة الاولى، الدوحة، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٧، ص ٣٥ وما بعدها.

الخليجية الاخرى، واستطاعت ان تحقق توازناً في علاقاتها مع ايران ومستلزمات العضوية في إطار منظومة مجلس التعاون الخليجي، وفي سياق العلاقة القوية التي تربط البلدين، كانت قطر العضو الوحيد في مجلس الامن الذي صوت ضد قرار المجلس رقم (١٦٩٦) في عام ٢٠٠٦، والذي يدعو ايران الى وقف برنامجها للتخصيب النووي، الذي عدته السعودية مهدداً لمنها القومي، فضلاً عن تقاسم قطر وايران ملكية حقل غاز الشمال، الذي يعد من أكبر حقول الغاز الطبيعي في العالم^(١٤).

العلاقات القطرية - التركية

تعد العلاقات بين قطر وتركيا أحد الاسباب الرئيسة للأزمة الخليجية، وذلك من خلال التعاون والتنسيق بين البلدين تجاه العديد من قضايا المنطقة، كما في الموقف من الحرب في سوريا، والاحداث في مصر. وقد شهدت العلاقات بين البلدين تطوراً كبيراً، نتج عنه في عام ٢٠١٤ التوقيع على اتفاقية تسمح بإنشاء قاعدة عسكرية تركية في قطر^(١٥). إذ تعد قطر بالنسبة لتركيا البوابة الرئيسة للدخول في منطقة الخليج، فبعد موافقة قطر على إنشاء قاعدة عسكرية تركية على اراضيها، اصبحت قطر نافذة لمد النفوذ العسكري التركي في المنطقة، وبوابة لممارسة الضغط على الاطراف العربية ولا سيما في الخليج^(١٦)، لا سيما وان التوجه التركي تجاه قطر، يأتي في سياق العقيدة العسكرية التركية الجديدة للتغلغل في منطقة الخليج، وهو جزء لا يتجزأ من الاستراتيجية التركية الرامية الى تمدد نفوذها وقوتها العسكرية في منطقة الشرق الاوسط عموماً، وبما يتفق مع الرؤية التركية الجديدة للسياسة الاقليمية ضمن المعطيات الجيوسياسية الاقليمية^(١٧).

السياسة الاقليمية لقطر

يمثل الدور الاقليمي المتصاعد لقطر في قضايا المنطقة عاملاً للقلق لدول المنطقة، ولا سيما المملكة العربية السعودية ومصر، إذ ان الطموح القطري في البروز كقوة فاعلة على المستوى الاقليمي، يتجاوز حجمها كدولة ذات إمكانيات لا ترقى الى مستوى الدول الاقليمية الفاعلة الاخرى، سواء كانت جغرافية أم سكانية أم اقتصادية أم عسكرية، على الرغم من إمتلاك قطر احتياطات من الغاز نحو (١٤٪) من احتياط الغاز الطبيعي المكتشف في العالم مما جعلها ثالث اكبر مصدر للغاز الطبيعي في العالم^(١٨).

(١٤) علي زياد العلي، مصدر سبق ذكره، ص ٢٣٣.

(١٥) مجموعة باحثين، حصار قطر: سياقات الازمة الخليجية وتداعياتها، الطبعة الاولى، الدوحة، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٧، ص ١٥٧.

(١٦) د. كرار انور ناصر، مصدر سبق ذكره، ص ٢١٦.

(١٧) د. مرات يشلتاش، من اجل فهم الاستراتيجية التركية تجاه ازمة الخليج، مجموعة باحثين، حصار قطر: سياقات الازمة الخليجية وتداعياتها، الطبعة الاولى، الدوحة، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٧، ص ٧٧ وما بعدها.

(١٨) علي زياد العلي، مصدر سبق ذكره، ص ٢٣٥.

جدول يوضح قدرات الدول الخليجية الثلاث مقارنة بقطر لعام ٢٠١٧

الدولة	المساحة (كم ^٢)	السكان (مليون)	الناتج المحلي الاجمالي (مليون دولار)	نصيب الفرد من الناتج المحلي الاجمالي (دولار)
الامارات العربية المتحدة	٨٣,٦٠٠	٩,٤	٣٨٣,٧٩٩	٦٧,٨٠٥
البحرين	٧١٦	١,٥	٣٠,٣٦٢	٤١,٥٨٠
المملكة العربية السعودية	٢,٢٤٠,٠٠٠	٣٢,٩	٧١١,٠٥٠	٤٩,٦٨٠
قطر	١١,٤٣٧	٢,٦	١٩٢,٤٠٢	١١٦,٨١٨

الجدول من اعداد الباحث بالاعتماد على:

1. The United Nations Development programme, Human development Report, Communicatio
Development Incorporated, New York, 2018, P.P. 44- 22.

٢. دول مجلس التعاون: لمحة إحصائية، تقرير الامانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربية، قطاع شؤون المعلومات، إدارة الإحصاء، العدد الرابع، آذار ٢٠١٤، ص ٦٣.

٣. وضحة ذبيان غنام المطيري، دور مجلس التعاون الخليجي في حفظ أمن منطقة الخليج ٢٠٠٣ - ٢٠١١، رسالة ماجستير، كلية الآداب والعلوم، جامعة الشرق الاوسط، عمان، ٢٠١١، ص ١٤.

فقد مثل تغير القيادة السياسية في قطر بوصول الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني الى الحكم في حزيران ١٩٩٥، وبقاؤه أميراً للبلاد حتى تنازله عن السلطة لئانابه وولي عهده الشيخ تميم بن حمد آل ثاني، الذي اصبح أميراً لدولة قطر في ٢٥ حزيران ٢٠١٣، مثلت هذه التغيرات نقطة تحول مهمة في السياسة العامة لقطر ولسياستها الخارجية القطرية على وجه التحديد، عبر إنتهاج سياسة الانفتاح تجاه البيئة الاقليمية، وإعتمادها سياسة محافظة تجاه التفاعلات الدولية، والتمسك بمسار الاصلاحات السياسية والاجتماعية والاقتصادية^(١٩). وقد مهدت تلك السياسات لقطر ان تلعب دور اقليمي مؤثر في العديد من القضايا، إذ اقامت علاقات متطورة مع الولايات المتحدة الامريكية، إذ توجد في قطر اليوم أكبر قاعدة جوية امريكية في المنطقة، وهي قاعدة قادرة على استقبال مئات الطائرات العسكرية المقاتلة، وقد إختارتها وزارة الدفاع الامريكية « البنتاغون»، لتحل محل قاعدة الامير سلطان السعودية، التي أعلن عن إغلاقها في نيسان (٢٠) ٢٠٠٣.

فالأزمة الحالية لا تخرج عن كونها صراع على الدور الإقليمي بين السعودية وقطر وازمة تعكس صراع الارادات بين هذه الدول لفرض قرارها وسياساتها على معظم القضايا والاحداث التي تجري على الساحة العربية والخليجية، ومما ساهم في تسارع تلك الاحداث هو دور الولايات المتحدة وتدخلها القوي في المنطقة وسعيها الى اعادة

(١٩) د. جمال عبد الله، الموقف القطري من ثورات الربيع العربي: السياسة الخارجية القطرية من الحياد الى التأثير، في كتاب: الخليج في سياق استراتيجي متغير، تحرير: محمد بدرى عبد . جمال عبد الله، الطبعة الاولى، الدوحة . بيروت، مركز الجزيرة للدراسات . الدار العربية للعلوم ناشرون، ٢٠١٤، ص ٩٧.

(٢٠) المصدر نفسه، ص ٩٩.

ترتيب البيت الخليجي مما يتناسب مع مصالحها واهدافها القومية انطلاقاً من ان ادارة العلاقات بين دول المنطقة يتم من الخارج ولكن بأدوات محلية من خلال الاعتماد على دول اقليمية محددة مسبقاً.

وعليه، فقد شكلت قطر بسياساتها السابقة وخطها المستقل داخل منظومة مجلس التعاون الخليجي، فضلاً عن مواقفها من القضايا والاحداث في العديد من الدول العربية ابتعاداً عن النهج المتبع في دول مجلس التعاون الخليجي وخروجاً عن الاطار الجامع لهذه الدول وهو التوافق التام في معالجة القضايا الاقليمية، فضلاً عن طبيعة السياسة القطرية التي ترى ان ايران دولة اقليمية لا يمكن اغفال دورها في المنطقة وهو ما شكل رفضاً للدور السعودي وللسياسة المتبعة تجاه ايران.

تباين الرؤية الخليجية للأمن

يعد تباين رؤية الدول الخليجية للأمن في المنطقة أحد مسببات الازمة الخليجية - القطرية، إذ يؤشر الواقع وجود رؤيتين للأمن الخليجي، الاولى تعارض أي وجود للقوى الاجنبية في المنطقة إنطلاقاً من ان الامن الاقليمي مسؤولية الدول الاقليمية نفسها، وهذه الرؤية تتطابق مع التوجهات الايرانية. اما وجهة النظر الثانية فتدعم إجراءات بناء الثقة وتعزيز التعاون بين الدول الاقليمية، ولا تعارض تدويل الامن الاقليمي، كون مظلة الامن الجماعي الدولية بإمكانها حماية الدول من التهديدات القائمة والمحتملة، ومن ثم تقليل الاعتماد المطلق على الحماية الاجنبية، التي تسعى الى حماية مصالحها الخاصة بغض النظر عن مصالح الدول الاقليمية ودعم الاستقرار بالمنطقة.

ويمكن الإشارة هنا الى الرؤيتين السعودية والقطرية للأمن الخليجي، إذ تنطلق الرؤية السعودية تنطلق رؤية المملكة العربية السعودية لأمن الخليج العربي من بعدين يتعلق اولهما بالوزن السعودي في الخليج العربي، ويرتبط ثانيهما بأهمية الخليج العربي بالنسبة لأمن المملكة بصفة عامة، وتستند السعودية في رؤيتها لأهمية أمن الخليج العربي من عدة إعتبارات اهمها: ان السواحل السعودية في الخليج تشكل نحو (١٦٪) من إجمالي سواحل الخليج العربي، وهي بذلك ثالث دولة خليجية من حيث طول سواحلها الخليجية بعد ايران (٣٦٪)، والامارات (٢٤٪)، فضلاً عن كونها قوة اقتصادية وعسكرية هامة في المنطقة مقارنة بإجمالي قدرات الدول الاخرى في المجلس^(٢١). ومن ثم انطلقت الرؤية السعودية من ضرورة عقد اتفاقيات تعاون أممي ثنائي بينها وبين دول المجلس الاخرى، والتركيز على الوظيفة السياسية للمجلس والاستقرار في الخليج العربي وضمان الامن الداخلي للدول الخليجية العربية، مع ضرورة إشراك القوات المسلحة النظامية في تأكيد سيادة كل دولة وتسهيل المحافظة على القانون والنظام الداخلي فيها وتشجيع دول الخليج على تحقيق الاستقلال الذاتي والعسكري^(٢٢).

(٢١) محمد صادق اسماعيل، مجلس التعاون الخليجي في الميزان، الطبعة الاولى، بلا، دار العلوم للنشر والتوزيع، ٢٠١٠، ص ٦٠.

(٢٢) عبد الخالق عبد الله، مجلس التعاون لدول الخليج العربية: طبيعته ومسيرته، في كتاب: مجموعة باحثين، مجلس التعاون لدول الخليج العربية على مشارف القرن الحادي والعشرين، الطبعة الثانية، ابو ظبي، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ١٩٩٩، ص ٦١.

أما الرؤية القطرية للأمن في الخليج فتختلف مع بعض الدول الاعضاء في مجلس التعاون الخليجي، إذ تستند سياستها الخارجية على ثلاث استراتيجيات رئيسية هي: استراتيجية التحالفات الدولية، واستراتيجية الحفاظ على علاقات حسن الجوار خليجياً وعربياً، فيما تمثلت الاستراتيجية الثالثة في ترسيخ صورة ذهنية إيجابية للدولة لدى المجتمع الدولي^(٢٣). ووفقاً لذلك رأت قطر ان ايران لا تشكل تهديداً أمنياً بالدرجة نفسها، او الكيفية التي تراها بها البحرين او السعودية، ودعت الى ضرورة عقد اتفاقيات امنية مع ايران، انطلاقاً من ان استقرار أمن الخليج سيترتب عليه استقرار باقي الاوضاع في المنطقة عموماً، مع إمكانية عقد اتفاقيات أمنية مع الدول الاجنبية للمحافظة على أمن الخليج العربي، مع عدم إغفال اهمية بناء القوات المسلحة لدول المنطقة للمحافظة على الأمن والاستقرار فيها.

وفي ضوء ما تقدم، يمكن القول ان الازمة الخليجية - القطرية تمثل ازمة ثقة وغياب التوافق الخليجي في العديد من القضايا والاحداث الاقليمية والدولية، مما يؤثر عمق تلك الازمة وتداعياتها المحتملة على منظومة مجلس التعاون لدول الخليج العربي كونها اخطر ازمة تعصب بالمنطقة وتهدد ذلك الكيان لما وصلت اليه هذه الازمة من تصعيد وتوتر وصل الى حد قطع العلاقات الدبلوماسية مع قطر من قبل ثلاث دول خليجية (السعودية، الامارات، والبحرين) واغلاق الحدود والمجال الجوي والبحري معها، الامر الذي يعني تهديد منظومة مجلس التعاون الخليجي برمتها.

(٢٣) مجموعة باحثين، الخليج في سياق استراتيجي متغير، مصدر سبق ذكره، ص ٩٥.

المبحث الثالث

تأثير الازمة الخليجية - القطرية في الأمن الخليجي

لا شك ان اية دولة لا تستطيع أن تعيش في عزلة تامة عما يجري في إقليمها وهو ما ينطبق بالضرورة على دول مجلس التعاون الخليجي، ونظراً لدرجة الإرتباط بين مستويات الأمن المختلفة (الوطني والإقليمي والدولي)، فإن حالة عدم الإستقرار الداخلي في دولة ما، أو إقليم معين ستؤدي إلى التأثير بصورة مباشرة أو غير مباشرة على الدول، والأقاليم الجغرافية المحيطة أو القريبة من الدول المعنية، وهو ما يترتب عليه انتقال التوتر أو عدم الاستقرار إلى الدول المجاورة، أو إنتقال آثار هذا الصراع إليها فيما بعد. يمكن القول ان الازمة على مستوى دول مجلس التعاون الخليجي لها تداعياتها الإقليمية والدولية، نظراً لأهمية كبيرة على الصعيد العالمي بناءً على توافر أهم متغيرين استراتيجيين مرتبطين بأمن العالم وإستقراره، وهما: الموقع الاستراتيجي الحاكم، والموارد الاستراتيجية المهمة وفي مقدمتها النفط. فالموقع الاستراتيجي للمنطقة جعل منها تاريخياً بمثابة «عنق العالم»، إذ من يسيطر عليها يكون بمقدوره ان يخنق العالم، فضلاً عن امتلاكها لأهم وخطر أداة إنتاج عرفها التاريخ (النفط)، الذي يعد مادة لا غنى عنها للإقتصاد العالمي ككل^(٢٤).

إذ تقع دول مجلس التعاون الخليجي في منطقة تُعد إحدى اهم المناطق الحيوية في العالم، مما منحها موقعاً متميزاً بين قارات العالم، فضلاً عن كونها تشرف على اهم الممرات المائية بما يصيغها بأهمية استراتيجية على صعيد خطوط النقل البحرية والبرية والجوية، وحركة التجارة الدولية والإقليمية^(٢٥). كما لعبت دول مجلس التعاون الخليجي خلال العقود الماضية دوراً محورياً في استقرار سوق الطاقة العالمي، لإمتلاكها إحتياجات ضخمة من النفط والغاز الطبيعي، إذ يبلغ حجم الإحتياجات لدول المجلس نحو (٤٩٦) مليار برميل، وهو ما يشكل نسبة (٣٤٪) من الإحتياجات النفطية العالمية المؤكدة، كما تمتلك دول المجلس نحو (١٨،٢٪) من الإحتياجات العالمية المؤكدة من الغاز الطبيعي، وإنتاج يبلغ نحو (١١،٣٪) من الإنتاج العالمي، ووفقاً لمعدلات الإنتاج الحالية يمكن لإحتياجات الغاز الطبيعي ان تكفي لنحو (١١٨) عام^(٢٦).

فالأزمة الخليجية - القطرية التي إندلعت عام ٢٠١٧، تعد من أخطر انواع الازمات التي عصفت بمنظومة مجلس التعاون الخليجي مقارنة بالازمات الأخرى التي شهدتها المجلس. فالواقع يؤشر ان الخلافات السابقة بين دول مجلس التعاون الخليجي، سواء تلك المتعلقة بالسياسة أم الإقتصاد أم الأمن، هي خلافات شائعة، ويجري تجاوزها بإستمرار، لكنها نادراً ما يتم حلها وبصورة كاملة.

إذ مثلت الازمة القطرية تحولاً كبيراً في مسار العلاقات بين دول مجلس التعاون

(٢٤) مجموعة باحثين، الخليج في سياق استراتيجي متغير، مصدر سبق ذكره، ص ٢٥.

(٢٥) محمد صادق اسماعيل، مصدر سبق ذكره، ص ٧.

(٢٦) د. خديجة عرفة، تحديات سياسة امن الطاقة في دول مجلس التعاون الخليجي، مجلة دراسات، البحرين، مركز البحرين للدراسات الاستراتيجية والدولية والطاقة، المجلد الثاني، العدد الاول، ٢٠١٥، ص ١٣٠.

الخليجي، وخلق فجوة في المنظومة الامنية للمجلس ترتب عليه فقدان عامل الثقة بين الدول الاعضاء في المجلس، والتحول من سياسات الأمن الجماعي الى الأمن الانعزالي من ناحية اخرى^(٢٧)، مما عمق من إشكالية الأمن لدول مجلس التعاون الخليجي وقدرتها على تحقيق الأمن بمفهومه الشامل سواء بصيغته الجماعية أم المنفردة.

لقد أدت التوترات بين الدول الخليجية الثلاث (السعودية، الامارات، والبحرين)، فضلاً عن مصر من ناحية، وقطر من ناحية اخرى ومحاولات إخضاع الاخيرة، الى تبلور رؤية قطرية مفادها وجود مخطط للتأمر عليها وإستهداف نظامها السياسي، وهو ما دفعها الى السعي نحو تعزيز جبهتها الاقليمية والدولية، عبر اعتماد استراتيجيات متعددة الابعاد، من خلال تقوية جهازها الاعلامي (قناة الجزيرة الفضائية)، وتعزيز علاقاتها الدولية بالقوى الكبرى وفي مقدمتها الولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا، وإقليمياً تركيا وإيران^(٢٨).

فقد أدركت قطر، ان المملكة العربية السعودية وإستناداً لمقومات القوة التي تملكها تسعى نحو التمدد والنفوذ في الاطار الخليجي والعربي عموماً، والتوجه نحو تبني مواقف تجاه جاراتها قد توصف بالاستعلائية مما يجعل الخلاف حالة متكررة ومعضلة مزمنة تلازم العلاقات السعودية - الخليجية بشكل عام وليست الازمة الحالية مع قطر إلا حلقة اخرى من مظاهر سياسة المناكفة المعتادة تاريخياً بين الاطراف الخليجية^(٢٩).

ولعل ما يشجع المملكة العربية السعودية في السير بهذا الإتجاه، هو المركزية الجغرافية للسعودية مما يجعلها مركز محوري يجب على اساسه ان تحترمها الدول الاخرى، ولا سيما الدول الخليجية الصغيرة ذات المساحة الصغيرة، وكذلك ذات العدد السكاني الصغير جداً مقارنة بالسعودية، وقد برز هذا بوضوح في مناسبات عدة تم الحديث فيها عن قطر من قبل مسؤولين سعوديين سابقين، إذ وصفها مدير الاستخبارات السعودي السابق تركي الفيصل بانها: « ليست دولة بل اسرة من ٣٠٠ الف شخص»^(٣٠)، ومن هنا نقرأ النظرة السعودية لمواطني الدول الخليجية الاخرى وجغرافيتها المشابهة جميعها نسبياً لقطر ونستشرف على ضوءها منطلق السعودية في التعامل مع الدول الخليجية.

وعليه، فقد مثلت الازمة تحدياً غير مسبوق للمنظومة الخليجية، وإختبار للقوة غير مؤكد النتائج، ومما زاد من خطورتها دخول بعض الاطراف الاقليمية على خط الازمة ومسارات إدارتها، مما يدفع بإتجاه تعقيدها بدلاً من حلها، مما يؤشر إمكانية تفكك المنظومة الخليجية وحصانتها الذاتية، ولعل أخطر انواع التدخلات الاقليمية، إرسال تركيا قواتها الى الدوحة، ودور ايران في مساعدة قطر والتعاطف معها في

(٢٧) جارث عادل، تداعيات الفوضى الامنية بمنطقة الخليج على التجربة التكاملية الخليجية لدول مجلس التعاون الخليجي، في كتاب: الازمة الخليجية الراهنة ... الاسباب والتداعيات، الطبعة الاولى، عمان، مركز الكتاب الاكاديمي، ٢٠١٩، ص ١٤٨.

(٢٨) مجموعة باحثين، قطر وأزمة الخليج: عقدة الجيوبولتيك والتنافس الاقليمي، مصدر سبق ذكره، ص ١٩٣.

(٢٩) د. مضاوي الرشيد، السعودية وجيرانها: علاقة مضطربة، في كتاب: مجموعة باحثين، حصار قطر: سياقات الازمة الخليجية وتداعياتها، الطبعة الاولى، الدوحة، مركز الجزيرة للدراسات، ٢٠١٧، ص ص ٥٧ وما بعدها.

(٣٠) نقلاً عن: مضاوي الرشيد، مصدر سبق ذكره، ص ٦٠.

مواجهة الدول الخليجية الاخرى^(٣١).

فالاخلافات والصراعات بين دول مجلس التعاون الخليجي، وإن كانت سمة ملازمة للمجلس منذ إنشائه، بسبب الطبيعة القبلية للإسر الخليجية الحاكمة من جهة، وللتباينات السياسية بين دول مجلس التعاون من جهة اخرى. إلا ان الازمة الراهنة شكلت تهديداً حقيقياً لدول المجلس وللمنظومة الامنية الخليجية، إذ لم يسبق ان تعرضت المنظومة الخليجية الى ازمة سياسية بهذا الحجم، وما تبعه من فرض حصار اقتصادي وسياسي على دولة عضو في المجلس، مما يفتح الباب في المستقبل امام إعادة صياغة التفاعلات الاقليمية من جديد، والاقتراب من تشكيل محاور متعددة في إطار الاقليم الواحد خارج الدائرة الخليجية، مما سينتج عنه تأثيراته على طبيعة معالجة المشكلات الاقليمية من ناحية، وعلى مستقبل المنظومة الخليجية من ناحية اخرى.

ونظراً للإشكاليات المستقبلية التي ربما تنتج عن الازمة الخليجية - القطرية، وبما يدفع المنطقة الى مزيد من التوتر والصراع مما سيكون له اثار على شعوب المنظومة الخليجية وستزيد من حالة الانقسام بين دول المنطقة، لا سيما وإن الخلاف بين دول الحصار الأربع ودولة قطر يكمن بالشئ غير المعلن، والمتمثل بالحيولة دون ان يكون لقطر أي دور اقليمي في المنطقة وذلك من خلال مقوماتها السياسية والاقتصادية والاعلام وهذا الشئ لا تريده السعودية، والتي تريد ان يكون لها الحضور القوي على المستوى الاقليمي وادارة بعض الملفات العالقة في المنطقة ومن هنا نجد ان السعودية تسعى للسيطرة على مجلس دول التعاون الخليجي الذي تعد قطر عضواً بارزاً فيه، مما يدفع بقطر في حالة خروجها من المنظومة الخليجية الى الدخول في تحالفات مع دول لها خلافات مع المملكة العربية السعودية، ولا سيما ايران، مما سيؤدي الى مزيد من المواقف المتشددة، في ظل الصراع بين الدول الفاعلة في الاقليم على المصالح الموجودة في المنطقة الامر الذي يؤدي الى تهديد منطقة الخليج وانقسام المنظومة الامنية والاقتصادية التي يتسم بها مجلس التعاون الخليجي^(٣٢).

ونتيجة لما سبق، الى جانب تداعيات الانتخابات الرئاسية الأميركية التي جرت في تشرين الثاني ٢٠٢٠، وما نتج عنها من خسارة الرئيس ترامب وفوز منافسه الديمقراطي، جو بايدن، مما ادى الى تغيير كبير في السياسة السعودية تحديداً، إذ أخذت الرياض تعيد النظر في بعض السياسات، وتسعى لإغلاق بعض الملفات الإقليمية خشية أن تواجه ضغوطاً تحت إدارة بايدن الذي لم يخف خلال حملته الانتخابية توجهه إلى إعادة النظر في عدد من السياسات المرتبطة بالعلاقة مع السعودية، مثل مبيعات السلاح، وقضايا حقوق الإنسان، ودعم واشنطن للحرب في اليمن، الامر الذي دفع السعودية الى محاولة استباق أي ضغوط يمكن أن تمارسها عليها الإدارة الأميركية الجديدة، في أكثر من اتجاه، من خلال إعادة النظر في بعض السياسات التي ثبت عدم جدواها، وعلى رأسها قرار

(٣١) د. محمد الرميحي، مجلس التعاون الخليجي في مواجهة أسئلة التغير الحتمي، مجلة السياسة الدولية، القاهرة، العدد (٢١٠)، اكتوبر ٢٠١٧، ص ٩٦ - ٩٧.

(٣٢) مؤيد خالد شلال المجالي، السياسة الخارجية الاردنية تجاه الازمة الخليجية . القطرية: دراسة في الأداة الدبلوماسية، مصدر سبق ذكره، ص ٦٣.

مقاطعة قطر بهدف إنهاء الأزمة داخل البيت الخليجي، مما يعزز رغبتها في إظهار استقلالية سياستها الخارجية، وعدم تأثرها بأية ضغوط، وهو ما نتج عن إتفاق المصالحة الخليجية، أثناء القمة الخليجية التي عقدت في السعودية في ٥ كانون الثاني (٣٣) ٢٠٢١. وعلى الرغم من تغير السياسة السعودية وبعض الدول الخليجية تجاه قطر في العلن، مما افضى الى إعادة التواصل بين الاطراف المتخاصمة، إلا ان التداعيات التي نتجت عن الازمة، والتي طالت كافة المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، بحاجة الى مزيد من الوقت لغرض استعادة الثقة بين أطراف الازمة، والعمل على تذليل بعض الخلافات التي ما زالت عالقة، لا سيما مع الدول التي لم تكن مندفعة للمصالحة مع قطر، فضلاً عن ضرورة الاتفاق على آليات مناسبة وفاعلة لحل الخلافات الخليجية، بما يمنع تكرار مثل هذه الأزمات، والاتفاق على ميثاق خليجي يمنع استخدام القوة أو المقاطعة أو الحصار في حل الخلافات الخليجية البينية.

(٣٣) ينظر: قمة المصالحة الخليجية: ظروفها ودلالات التوقيت، ٧ كانون الثاني ٢٠٢١، على الرابط:

<https://www.dohainstitute.org/ar/PoliticalStudies/Pages/The-Gulf-Reconciliation-Summit-Circumstances-and-Significance-of-its-Timing.aspx>

أثر الحراك الاجتماعي العام
على المجال السياسي العراقي
بعد تظاهرات ٢٥ تشرين الثاني ٢٠١٩

أ.م.د. ايمن احمد محمد الشمري
جامعة بغداد - مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية

المستخلص

شكلت الحركة الاحتجاجية العراقية بعد العام ٢٠٠٣ ، مفصلاً مهماً في الحياة السياسية، إذ عملت على زيادة وتعزيز الوعي الوطني بأهمية تقييم عمل النظام السياسي، عبر تشكيل رأي عام ناقد ومراقب ومحاسب لأداء السلطة ومؤسساتها التمثيلية، وأثر بشكل ايجابي على مخرجات صانع القرار السياسي عبر تبني توجهات إصلاحية لمعالجة الخلل الكامن في بنية النظام السياسي، وطرح البدائل الممكنة للخروج من أزمة الشرعية، وتحقيق الرضا والقبول بالسياسات العامة، واستدامة عملية اصلاح النظام وفق منهج السلمية والحوار العقلاني عبر المجال العام الذي تشكل وتبلور بشكل واضح بعد تظاهرات تشرين العام ٢٠١٩.

Abstract

Abstract: The Iraqi protest movement after 2003 constituted an important articulation in political life, as it worked to increase and enhance national awareness of the importance of evaluating the work of the political system, by forming a critical, observant and accountable public opinion for the performance of the authority and its representative institutions, and positively affecting the outputs of the political decision maker by adopting orientations Reformation to address the underlying defect in the structure of the political system, put forward possible alternatives to get out of the crisis of legitimacy, achieve satisfaction and acceptance of public policies, and sustain the process of reforming the system in accordance with the approach of peace and rational dialogue through the public sphere that was clearly formed and crystallized after the October 2019 demonstrations.

المقدمة:

منذ انطلاق العمل السياسي في العراق بعد العام ٢٠٠٣ مثلت السياسة فيه طموحات وتوجهات ومصالح نخبة السياسية، وانحسر الفعل السياسي في أنساق مغلقة تعمل من أجل المصالح الخاصة لعدد قليل من الأشخاص، وبذلت الأحزاب السياسية المؤتلفة في السلطة جهوداً حثيثة من أجل أن يكون المجال العام مقتصرًا على تلك النخبة ومن يمثلها عبر المؤسسات الرسمية وغير الرسمية، عبر التأثير في الرأي العام، وأن يُحتكر الحل لمشكلات النظام السياسي القائم ضمن البنى الفوقية، التي سرعان ما بان ضعفها وقصورها إثر الحراك السوسيولوجي الذي ظهر كرد فعل على الواقع المنغلق للنخبة السياسية الحاكمة، ليجترح فضاءً عاماً يشمل مجموع المواطنين، ليؤسس لنوع آخر من الديمقراطية التي تعتمد الخطاب الجماهيري العقلاني، لتشكيل إرادة سياسية من مجموع المواطنين، قادرة على تحقيق أهداف النظام السياسي الديمقراطي، بفاعلية تتجاوز السلبيات، عبر خلق بيئة حرة لتداول الأفكار والنقاش لقيام نظام سياسي في دولة ديمقراطية تولي السيادة الشعبية في السلطة اهتماماً خاصاً وتحافظ على الحقوق الإنسانية.

إشكالية البحث:

كيف يمكن للمجال العام السياسي في المجتمع العراقي، أن يمتلك القوة للحد من السلطة ودورها في تعيين حدود العملية السياسية في النظام السياسي بعد تظاهرات ٢٥ تشرين الثاني ٢٠١٩.

فرضية البحث:

أدت موجة الاحتجاجات المتواترة في العراق بعد العام ٢٠٠٣ لاسيما تظاهرات ٢٥ تشرين الثاني العام ٢٠١٩ الى خلق مجال عام سياسي تمثل في ساحات الاحتجاج عبر طرح الافكار ومناقشتها واشتراك مختلف شرائح المجتمع لتقويم مسار العمل السياسي في العراق.

المبحث الأول

التحولات الفكرية والبنوية للحركة الاحتجاجية العراقية

لتشكيل المجال العام.

امتازت الحركة الاحتجاجية العراقية المعاصرة مطلع الألفية الثالثة، بالتعدد والتنوع والفاعلية على المستوى الوطني، إذ وجدت لها أطراً واسعة، وتوافرت لها إمكانات مهمة لرفع مطالبها وعرض قضاياها، بفعل ثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وتطور وسائل الاعلام ووصولها لجميع شرائح المجتمع عبر شبكات التواصل الاجتماعي، التي كانت أفضل الوسائل للتواصل السريع بين الأفراد، وتوظيفها لإستمرار الاحتجاجات وبلورة المطالب العامة. واستطاعت كسر الطوق السلطوي الذي صادر جهود الحركات الإجتماعية الحديثة منذ تأسيس الدولة العراقية، التي تهتم بالشأن العام وتجيئها لمصالح الأحزاب السياسية، وأسهمت الاحتجاجات في بناء قاعدة اجتماعية واعية تشترك بالأهداف انطلاقاً من الشعور بأن المسؤولية المجتمعية ووحدة المعاناة تستلزم التواصل الحر والمباشر بين الأفراد لتكوين مجال عام فاعل وسياسي من شأنه إحداث التغيير واستكمال تنمية المجتمع. لذا نجد من الضروري تناول المجال العام كمفهوم إجرائي يتعلق بموضوع البحث ومسار تطور الحركة الاحتجاجية العراقية بنويماً وفكرياً.

أولاً: المعنى الإجرائي للمجال العام

أسس المجال العام المفكر الألماني «يورغن هابرماس»^(١) في بداية الستينيات من القرن العشرين ليدرس عبره العلاقات الاجتماعية و السياسية في أوروبا الغربية منذ القرن الثامن عشر. وأدى المجال العام، الذي أسسته الطبقة البورجوازية دوراً مهماً في التقدم السياسي و الاجتماعي و حتى الاقتصادي الذي حققته الدول الأوروبية، فهو الذي سمح بظهور المجتمع المدني كقوة اجتماعية مستقلة تراقب السلطة الأرستقراطية، وهو المجال الذي يتم فيه النقاش و الحوار الحر بين مختلف الأفراد حول الشؤون العامة و المشتركة^(٢).

تعرض مفهوم هابرماس للمجال العام للانتقادات والدعوة الى إعادة النظر في أن المجال العام البورجوازي كان يتشكل فقط من البورجوازية المتكافئة في قوتها الاجتماعية، بل كان متعدداً منذ نشأته، وتميز منذ تلك المدة بالامساواة و السيطرة و الهيمنة؛ وأن المجال العام لم يتشكل فقط من الطبقة البورجوازية و النخبة الاجتماعية المثقفة، ولكن أيضاً من شرائح عريضة من الجماهير لم تكن فقط بطوناً تهضم ما يلقي لها، بل

(١) (*) يورغن هابرماس: هو فيلسوف الماني ولد عام ١٩٢٩، في دوسلدورف الالمانية، ويعد من فلاسفة الجيل الثاني لمدرسة فرانكفورت المعروفة بالمدرسة النقدية، ومن أكبر فلاسفة الغرب اليوم، وأهم الفلاسفة الألمان المعاصرين، حصل على شهادة الدكتوراه في الفلسفة عن أطروحته «النزاع بين المطلق والتاريخ في فكر شلينغ» = والمنشورة في عام ١٩٥٤. للمزيد ينظر: علي عبود المحمداوي، الإشكالية السياسية للحداثة من فلسفة الذات إلى فلسفة التواصل، منشورات ضفاف، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٧-٣٤.

(٢) دريس نوري، استعمال المجال العام في المدينة الجزائرية، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة محمد منتوري. قسنطينة، الجزائر، ٢٠٠٦/٢٠٠٧، ص ٥.

كانت تسعى دوماً إلى تشكيل هويتها عبر التحرر باستعمال النقاش السياسي. وأمام هذه الانتقادات، أعاد هابرماس النظر، في التعريف الذي قدمه للمجال العام، إذ يعترف في كتابه المجال العام الذي أعاد طبعه في العام ١٩٩٢ بأن «المجال العام كان متنوعاً منذ نشأته الأولى وأنه كان إلى جانب المجال البرجوازي، يوجد مجال عام آخر يضم الطبقات الدنيا من المجتمع». وبذلك فإن المجال العام بهذا المعنى يقع بين المجتمع المدني و الدولة وله دلالة سياسية وقانونية، لأنه عبارة عن طريقة تنتظم عبرها العلاقة بين سلطة الحكام و المحكومين، فهو إذن عبارة عن علاقة سلطة^(٣). لذا فالمجال العام وفق رؤية هابرماس هو ميدان اجتماعي لبلورة الأفكار وتداولها ومن ثم صياغة رأي عام عبر حرية تداول المعلومات، وهو قائم على استخلاص المعرفة من العقل عبر النقاش^(٤). ويشير المفهوم إلى دلالات متعددة وكالاتي^(٥):

١- الاستعمال العمومي للعقل. يرى هابرماس أن المجال العام هو فضاء عقلائي (Rational) بالمقام الأول، وليس نظاماً مغلقاً، بل يشكل شبكة من العلاقات بين الافراد الأحرار والمتساوون الذين يقومون بالتداول الحر للأفكار والنقاش النقدي في الأماكن العامة والمفتوحة، مع تهميش للأصول العرقية والمكانة الاجتماعية والاقتصادية، وأسهم الجميع بوصفهم مواطنون مشاركون في النقاش العقلاني المستند إلى افضل الحجج.

٢- المجال العام مفتوح لكل المواطنين. يرى هابرماس أن المجال العام هو جانب من حياتنا الاجتماعية، ويمكن فيه أن يتشكل شيء يقترب من الرأي العام، وامكانية الوصول اليه متاحة لكل المواطنين، فالمجال العام هو الفضاء الاجتماعي الذي يعرف تبادلات عقلانية ونقدية بين الذات (الفردية والجماعية) التي تسعى إلى بلوغ التوافق حول القضايا التي تتصل بالممارسة الديمقراطية.

٣- ارتباط المجال العام بالمصلحة العامة. يتوسط المجال العام بين المجال الخاص ومجال السلطة العامة، ولايتدخل المجال العام بالمجال الخاص الذي يتضمن المجتمع المدني بمعناه الضيق، وإلا كان استبدادياً، في حين أن مجال السلطة العامة يتعلق بالدولة أو مجال السلطة والطبقة الحاكمة، ولأن الجماهير تعد المجال العام مؤسسة تنظيمية ضد سلطة الدولة، ومن هنا فإن دراسة المجال العام لايد لها أن تركز على الديمقراطية التشاركية، وكيفية تحويل الرأي العام لكي يصبح فعلاً سياسياً فاعلاً ومؤثراً بالشأن العام.

٤- المجال العام والتواصل الحر. يرى هابرماس بأن الاتصال يتطلب وسائل محددة لنقل المعلومات والتأثير على المتلقي، لذا تتكون وسائل الاعلام في المجال العام من الصحف اليومية والمجلات والإذاعة والتلفزيون، وفي الوقت المعاصر وسائل التواصل الاجتماعي، وتحدث هنا عن المجال العام السياسي، إذ تجري المناقشة على قضايا

(٣) دريس نوري، استعمال المجال العام في المدينة الجزائرية، مصدر سبق ذكره، ص ص ٥١-٥٢.

(٤) أوسكار نيغث، هابرماس المثقف السياسي، ترجمة: رشيد بو طيب، مجلة فكر وفن، العدد (٢٩)، السنة (٤٩)، ٢٠١٠، ص ٦٣.

(٥) أنور محمد فرج محمود، التعايش بين الاتجاهين العلماني والديني في المجال العام: دراسة في إسهامات يورغن هابرماس، مجلة جامعة التنمية البشرية، المجلد (٤)، العدد (١)، ٢٠١٨، ص ص ٦٩-٧٠.

تتعلق بنشاطات الدولة، وهذه الفكرة تدعو إلى ترشيد السلطة من خلال آلية المناقشة العامة بين الأفراد، ويمكن ان تتحقق، على أساس التغيير، وإعادة تنظيم عقلاني للسلطة السياسية. ويقوم مفهوم المجال العام على فكرة التداول في الأمور العامة بطرق مشروعة من خلال السعي العقلاني للمصلحة الجماعية، وهو ما يعني أيضا درجة معقولة من الشفافية في التواصل بين الجهات المعنية بهذه العملية.

ويتكوّن مفهوم المجال العام من مفاهيم ضمنية استعملها هابرماس لتأسيس مشروعه البحثي ويرتبط ذلك بمفهوم الرأي العام والمشاركة السياسية والمجتمع المدني، هذه المؤشرات التي تهدف بدورها إلى تأسيس مبادئ الديمقراطية التداولية، فقد سعى هابرماس جاهدا لإقناع مجتمعه والمجتمعات الأوروبية أن المجال العمومي هو وحدة أساسية لبناء نظام ديمقراطي مادام يركز على العقلانية، فهو «دائرة التوسط بين المجتمع المدني والدولة، أي بين دائرة المصالح الخاصة المتعددة والمتنوعة والمتناقضة، ودائرة السلطة الموحدة والمجردة، فهو الفضاء المفتوح الذي يجتمع فيه الأفراد ليصوغوا رأياً عاماً، وليتحولوا بفضلهم إلى مواطنين يتبادلون بطريقة عقلانية، وجهات النظر حول مسائل تخص الصالح العام^(٦)، فهو إذن يمثل حيزاً من الحياة الاجتماعية ينشأ عبر تفاعل الأفراد وحواراتهم الحرة والعقلانية مع بعضهم بعضاً في مسائل تخص الصالح العام، بغض النظر عن انتماءاتهم الإثنية والفروق التي قد تكون موجودة بينهم، وعبره يتم تشكيل ما يقترب من الرأي العام. وبذلك يعكس مفهوم المجال العام فكرة وجود مستوى من الفعل الاجتماعي ومن الاتصال بين الدولة والمجتمع المدني، يشكل فضاءً اجتماعياً يتفاعل فيه الافراد العاديون ويتعاونون.

وتهدف فكرة المجال العام إلى إتاحة ساحة من الحرية، تحترم حقوق الأفراد وتزيد من قوة المجتمع، لأن الاتصال الذي يحدث في المجال العام يخلو من الإكراه المؤسسي (العنف البيئي)، كما أن الحوار الذي يتم عبره، يمكن أن يؤسس لخطاب ديمقراطي، وتكمن أهمية الحوار في إشراك المجتمع في تحديد مشكلاته أولاً، ومن ثم العمل على حلها بأفكار واقتراحات قطاعات المجتمع نفسه، ويشكل مفهوم المجال العام المساحة التجريدية التي يتناقش فيها المواطنون والجماعات المجتمعية المتباينة، ويتجادلون حول مختلف القضايا والاهتمامات العامة. وتعد المؤسسات الاجتماعية فضاءً لمناقشة القضايا أو المسائل الاجتماعية والسياسية، مناقشة نقدية دفعت بالمجال العام ليشكل سلطة في مواجهة الدولة، كانت من نتائج الديمقراطية النيابية^(٧). إن دلالة المجال العام أخذ فاعلية أكبر مع هابرماس، وأصبح البيئة المعول عليها في إنجاز مشروع عقلنة الممارسة السياسية، بتوفيرها ميداناً لتداول الموضوعات النزاعية، هدفاً لتحقيق الإجماع حولها بعد المرور بعملية نقاشية-حجاجية، ينتصر في نهايتها للحجة الأكثر إقناعاً، وأفضل خطاباً، وجديد هابرماس هنا هو تحويل المجال العام من خصوصية النخب البرجوازية في العصر الحديث إلى جعله ميداناً عاماً لكل الفئات

(٦) حسن مصدق، يورغن هابرماس ومدرسة فرانكفورت النظرية النقدية التواصلية، المركز الثقافي العربي، المغرب، ٢٠٠٥، ص ٧.

(٧) طارق عبد العال، وإن تحاورت المجتمعات... ما الذي يتغير؟

الاجتماعية المعاصرة^(٨).

ثانياً: دور الحركات الاحتجاجية العراقية في تشكيل المجال العام

عندما ننظر الى المجال العام داخل البيئة الاجتماعية والسياسية العراقية، نجد أنه لم يشهد استقراراً وفاقاً مفتوحة لتأسيسه، بحكم ادلجته أو أدلجة المؤشرات المكونة له، من رأي عام ومجتمع مدني ومشاركة سياسية، وافراره من محتواه النقدي القائم على العقلانية في تسيير الشؤون العامة للمجتمع، كما أن طبيعة الأنظمة السياسية السلطوية المتعاقبة تحول من دون تأسيس صريح للمفهوم وفق التصور الهابرماسي، لأنه ليس من مصلحة أي نظام سلطوي أن يهيئ الظروف لقيام مجال عام عقلاي يحيلنا إلى الديمقراطية التداولية^(٩). إذ اتسمت العلاقة بين الفرد والسلطة في العراق بالطابع التآزمي منذ تأسيس الدولة وإلى وقتنا المعاصر، وشهدت الحياة السياسية في العهد الملكي سلسلة من الانتفاضات والتظاهرات والاضرابات والاعتصامات، التي أسهمت مع عوامل أخرى في تمييط الصورة الذهنية السلبية للسلطة في المخيال العراقي العام، وفي عقود الاستبداد السلطوي أصبحت نزعة الاحتجاج استعداداً كامناً بوصفها أمراً ملازماً لشخصية الفرد العراقي، ومع بدء حياة سياسية جديدة بعد العام ٢٠٠٣، جرى امتصاص نزعة الاحتجاج المجتمعية، وإعادة انتاجها هوياتياً، لتتخذ مساراً عدائياً بعيداً عن المسارات العقلانية المدنية، وجرى اختطاف المجتمع عبر توظيف التطرف الديني والمذهبي وراء قضبان العجز والعممية واليأس والاغتراب^(١٠). وأسهمت عوامل موضوعية عديدة، أولها الحروب والحصار والاستبداد والاحتلال والفساد السياسي والتطرف الديني الدموي والتهجير الطائفي والفقر والحرمان والبطالة ونهب المال العام وانهيار الخدمات، في ارتهان مصير العراقيين، وبتعبير أدق فإن العراقي يعرف الحرية عقلياً لكنه يريد أن يظل سلوكياً رهينة لقوة ما تعفيه من مسؤولية وجسامة المبادرة الذاتية لمواجهة وجود اجتماعي مكتظ بالأزمات والحرمان اعتاد أن يتحاشاه خضوعاً وخوفاً من قسوة قوى متنفذة تتيب عنه في كل مرة، وبعد العام ٢٠٠٣ بات الطريق سالكاً لقوى الاسلام السياسي الى السلطة، وعاود المتأسلمون الإفادة من استراتيجية «المجتمع الرهينة» بعد ان جرى ترجمة السلطة إجرائياً في صناديق الاقتراع عبر قوائم وأسماء ورموز تؤدي دور «الوسيط المقدس» بين الإنسان وربه^(١١).

لذا نلاحظ أن الأنظمة الحاكمة في العراق سعت لتقييد المحتوى المتداول داخل المجال العام وحصره في دائرة الخاص تحسباً لقدرة المجال العام التأثير في المجال السياسي، وتحديدًا في تراتبية الفاعلين داخل المجال السياسي، بما يهدد سيطرة النظام لصالح لاعبين آخرين ينتمون بشكل أو بآخر للمعارضة، والتي يكون من مصلحتها

(٨) علي عبود المحمداوي، الإشكالية السياسية للحدثة من فلسفة الذات إلى فلسفة التواصل، منشورات ضفاف، بيروت، ٢٠١٥، ص ٣٩٥-٣٩٦.

(٩) بوحلوان عبد الغاني و طيبي غماري، مأسسة المجال العمومي مقارنة هابرماس على المحك، مجلة متون، جامعة الدكتور مولاوي الطاهر سعيدة، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، المجلد العاشر، العدد الثاني، ١ كانون الاول ٢٠١٨، ص ١٠٩.

(١٠) فارس كمال نظمي، سيكولوجيا الاحتجاج في العراق، دار سطور للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٧، ص ٧-٨.

(١١) فارس كمال نظمي، الأسلمة السياسية في العراق رؤية نفسية، صفحات للدراسات والنشر، سوريا، ٢٠١٢، ص ٣١-٣٣.

تحجيم النظام وتقليل درجة سيطرته على المجال السياسي^(١٢). فإذا كان المجتمع المدني هو مجتمع الحقوق والشرعية والحركة الذاتية للمطالب وتأسيسها الاجتماعي والاخلاقي، فإن التاريخ الاجتماعي للعراق المعاصر يكشف عن مستوى الانتهاك الشامل لهذه المكونات الجوهرية، ولم يكن في العراق قبل العام ٢٠٠٣ ابعاداً اجتماعية للدولة، ومن ثم إفراغ المجتمع من مقومات فعله الذاتي، ومن تاريخه المدني، بحيث حوله إلى ذرات متناثرة يوحدتها العرف والدين والعادات. بينما المجتمع المدني هو نفي للبنية التقليدية من أجل إرساء رؤية واقعية وعقلانية عن طبيعة وحقيقة المجتمع المدني المرتبطة تاريخياً بالفلسفة الداعية إلى تحرر السلطة والمجتمع أحدهما عن الآخر وارتباطهما عبر القانون والحقوق والمصلحة العامة^(١٣).

أدى تواتر الاحتجاجات بعد العام ٢٠٠٣ إلى تفكك السلطة الأبوية وتصدع منظومة البنى التقليدية، وظهور الحاجة إلى تعريف جديد للفعل الاجتماعي، ولتحرر والابداع، وخلق هذا المطلب أنواعاً جديدة من التوترات ومحاولات الحل، ومحاولات إعادة تعريف العلاقة الثنائية بين السلطة والشعب بتحويلها إلى علاقة بين الأنا والآخر تحكمها الثقة والاتصال الإيجابي^(١٤).

إن ما ابداه المحتجون في التظاهرات من حيوية ونشاط وعزم على التغيير ونقد جريء بالغ العمق لفساد السلطة والدولة وبوسائل متعددة سلمية وحجم التضحيات الكبيرة، والاصرار على استمرار التظاهرات، يدل على نضوج التقاليد الاحتجاجية فكرياً وأدائياً، وأن جنين العقلانية الشعبية بدأ يكبر منبثقاً من ضرورات الجدل السوسولوجي، وانزواء التراث السلطوي اللاعقلاني لكل أنواع السلطة التي حكمت العراق منذ تأسيس دولته الحديثة^(١٥).

وبرهنت الحركة الاحتجاجية على تطور فكر وثقافة المجتمع العراقي من سياسة الهوية الفرعية بكل أنواعها الإثنية التي ارادت السلطة الحاكمة ان تكون ايديولوجيا تتحكم عبرها بالارادة الجماعية وتجعلها اداة لاستمرار الصراع الذي يحجب الرؤية الواقعية والعقلانية، بأن سياسة الهوية إنما هي سياسة التشطي والخلاف وطريق اللاعودة لمنطق الحوار الذي من شأنه أن يوحد آراء وتطلعات الشعوب نحو تحقيق أمنهم واستقرارهم ورفاههم، وتحوله إلى سياسة القضايا issue politic كهوية سياسية، تستخدم لبناء فعل سياسي موحد، وتوليد خطاب جامع لتوحيد الجماعة، وتغذية الفعل الجمعي^(١٦).

(١٢) ابتسام علي حسين، المجال العام في الدولة السلطوية: مفهوم القوة بين الخطاب والفاعلين، المركز العربي للبحوث والدراسات، في ١ ديسمبر ٢٠١٤.

(١٣) ميثم الجنابي، فلسفة الهوية الوطنية (العراقية)، دار صفحات، دمشق، ٢٠١٠، ص ص ١٥٣-١٥٤.

(١٤) أرماندو سالفاتورى، المجال العام الحداثى الليبرالية والكاثوليكية والإسلام، ترجمة: احمد زايد، المركز القومي للترجمة، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٦٧.

(١٥) فارس كمال نظمي، الأسلمة السياسية في العراق رؤية نفسية، مصدر سبق ذكره، ص ٨٩.

(١٦) أنظر: فالح عبد الجبار و سعد عبد الرزاق، حركة الاحتجاج والمساءلة نهاية الامتثال بداية المساءلة، دراسات عراقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٢.

المبحث الثاني

أثر المجال العام في تقويم العمل السياسي في العراق

أولاً: العوامل التي ساعدت في تعزيز المجال العام في العراق بعد العام ٢٠٠٣
المجال العام في أي مجتمع ينشأ ويتطور ويتسع ويضيق في سياق وظروف تاريخية، ويتم بناؤه وفق صراعات اجتماعية معينة، ومن ثم فإن فكرة المجال العام هي بالضرورة حدث تاريخي وليست مفهوماً متعالياً معلقاً في الفراغ^(١٧).
لذا اسهمت عوامل متعددة في تبلور المجال العام في العراق بعد العام ٢٠٠٣ يمكن أن نتلمسها في الآتي:

١- درجة الحرية الممارسة ومساحة الحقوق في التنظيم الاجتماعي.

ويرتبط وجودها في المجال العام والتي تمنحها الدولة لأفرادها، إذ يتشكل عبرها رأي عام نقدي قادر على تحريك الفاعلين الاجتماعيين في المجتمع وتأسيس فكر مدني يقوم على مراقبة الصالح العام وصناعة وعي سياسي عقلاني لخدمة المصلحة المشتركة للأفراد والجماعات^(١٨). وهنا علينا التمييز بين حق التعبير عن الرأي، والحق في أن يصبح هذا الرأي مؤثراً. فحق المرء في التعبير شيء وتأثير هذا التعبير سياسياً وتشريعياً شيء آخر، من الممكن أن تكون هناك حرية في التعبير عن الرأي لكن من دون مؤسسات وتنظيمات وسيطة تنقل هذا الرأي وتحوله إلى عنصر مؤثر في السياسة والتشريع، يصبح الرأي العام بدون مجال عام أعمى، والمجال العام بدون رأي عام أجوف، إذ يجب أن يعالج الرأي العام لا على أنه مسألة حق خاص Private Right، بل مسألة صالح عام Public Welfare، عندئذ يكون حق التعبير في بيئة لديها مداخل للسلطة السياسية وتأثيراً حقيقياً عليها^(١٩).

٢- انتشار وتوسع وسائل الاعلام وشبكات التواصل الاجتماعي.

يرتبط هذا السبب بالنقطة الأولى ويعتمد عليها، إذ يؤدي الاعلام دوراً أساسياً في عملية التواصل، فهو عامل إسهاري لموضوعات النزاع والنقاش داخل المجتمع، ويعد عامل محفز للنشاط السياسي- الاجتماعي، فهو يجعل من الفعل الاجتماعي قوة مؤثرة باتجاه السلطة كما يصح العكس، حينما تستخدم الدولة المؤسسة الإعلامية للتزييف أو الهيمنة والحفاظ على النمط والنسق الحاكم، لذا تعد الصحافة الحرة والمستقلة عامل فاعل في تعزيز عملية التواصل والنقاش العقلاني، لبناء علاقة مترابطة بين المجال العام السياسي والمجتمع المدني^(٢٠).

(١٧) ماهر عبد الرحمن، ما هو المجال العام، <https://almanassa.com/ar/story/1479>، في ١١/٤/٢٠١٦.

(١٨) بولطوان عبد الغاني وطبيي غماري، مأسسة المجال العمومي مقارنة هابرماس على المحك، مصدر سبق ذكره، ص ١٠٨-١٠٩.

(١٩) أشرف منصور حسن، نظرية هابرماس في المجال العام، مجلة أوراق فلسفية، العدد (٧)، مصر، ص ٢٥٦.

(٢٠) علي عبود المحمداوي، الإشكالية السياسية للحدث من فلسفة الذات إلى فلسفة التواصل، مصدر سبق ذكره، ص ٢٥٧-٢٥٨.

وفي العراق كان لشبكة الانترنت بشكل عام والشبكات الاجتماعية بشكل خاص دور مهم في تشكيل مجال عام افتراضي يُمكن المستخدمين من ممارسة ديمقراطية الكترونية تشجعهم على المشاركة في التداول والحوار الديمقراطي (Democratic deliberative) الذي يتسع للأصوات المختلفة لتبادل المعلومات والأفكار وتُعبّر عن وجهة نظرها إزاء القضايا السياسية والعامّة، وفي الوقت نفسه أسهم المجال الافتراضي في التمكين السياسي للأفراد عبر مشاركة سياسية تتضمن عدة مستويات سواء على مستوى المشاركة السياسية التقليدية أو غير التقليدية بدءاً من اطلاعهم على المعلومات السياسية مروراً بمشاركة هذه المعلومات وإنتاجها إلى تكوين حركات احتجاجية والدعوة إلى الإضراب والتظاهر، أو توظيف هذه الشبكات لخدمة أغراض سياسية^(٢١).

٣- وجود بيئة داعمة للمشاركة السياسية.

كان للتغيير السياسي الكبير للبنية السياسية العراقية الأثر الواضح في تبني آليات الديمقراطية كبراكسيس^(٢٢) (*) سياسي لممارسة أدوار فاعلة ومؤثرة للمجتمع في رسم معالم التوجهات السياسية للأحزاب المتنافسة في الانتخابات، إذ تمنح الأخيرة الأفراد فرصة لممارسة أدوار تفوق ما اعتادوا على فعله في المجتمع، لأنها تجعل للمواطن دور في السياسة، وفي الشأن العام، ومما يسهم بتعزيز المجال العام، كون الانتخابات تتيح للناخبين مساحة واسعة للاجتماع والنقاش بامور السياسة والمرشحين الذين سيمنحونهم ثقتهم، ومد جسور التواصل بين الجماهير بمختلف مشاربهم، وهذه المشاركة تمكن الأفراد وتحثهم على مراقبة أداء ممثليهم، ما يعني خلق رأي عام نقدي على الأفعال التي تتصل بالشأن العام، وهذا تجسيد واقعي لتأثير المجال العام في الحياة السياسية

(٢١) أماني المهدي، المجال العام من الواقع الفعلي إلى العالم الافتراضي: معايير التشكل والمعوقات، المركز العربي الديمقراطي، <https://democraticac.de/?p=٥٣١٨٤>، ٢٠١٨/٣/٢٠.

(٢٢) (*) يشير مصطلح براكسيس في اللغة اليونانية القديمة إلى النشاط الذي يمارسه الناس الأحرار، وكان الفيلسوف اليوناني الشهير أرسطو يعتقد أن هناك ثلاثة أنشطة أساسية للبشر: التفكير والإبداع والبراكسيس، تُقابل هذه الأنشطة العملية أنشطة نظرية أخرى والهدف الرئيس والنهائي منها هو الوصول للحقيقة، وهي طريقة أو ممارسة يتم من خلالها إنتاج نظرية أو درس ما أو مهارة معينة أو إدراك، ويقول كالفن سراخ: «إن طريقة براكسيس هي أسلوب للتواصل مع العالم ومع الآخرين وهي صلة الوصل أو نقطة الانطلاق للربط بين الفلسفة النظرية والتطبيقات العملية لها». وكان الفيلسوف البولندي أوغست شكوفسكي «وهو من الهيجليين الجدد» أحد أوائل الفلاسفة الذين استخدموا مصطلح البريكسس على أنه عمل موجّه نحو تغيير المجتمع. وفي كتابها الحالة الإنسانية The Human Condition تقول الباحثة اليهودية الألمانية حنة أرندت إن الفلسفة الغربية ركزت في أغلب الأحيان على التأمل النظري أكثر من التطبيق العملي وهو الأمر الذي أفقد الحركة الإنسانية الكثير من الصلات اليومية بين الأفكار الفلسفية والحياة الحقيقية الفعلية، بالنسبة لأرندت يعدّ تطبيق البراكسيس هو أعلى وأسمى أشكال الحياة العملية، ومن ثم فهي تُشجّع المزيد من الفلاسفة على الانخراط في الحياة السياسية اليومية لأنها تعد الإدراك الحقيقي الأفضل لحرية الإنسان، ووفقاً لأرندت فإن قدرتنا على تحليل الأفكار ومناقشتها والانخراط في التطبيق العملي الفاعل لها هو ما يجعلنا بشراً متميزين.

وفي تقييم موريزيو باسرين دي أتريفيس «سُمِّتْ نظرية أرندت في العمل وإحيائها للفكرة القديمة للبراكسيس واحدة من أكثر المساهمات أهميّة في القرن العشرين، فضلاً عن ذلك فإنّه عبر النظر للعمل كطريقة للتواصل الإنساني تستطيع أرندت تطوير مفهوم جديد للديمقراطية التشاركية التي تتناقض بشكل مباشر مع أشكال السياسة البيروقراطية النخبوية التي تميّز العصر الحديث».

See: Krancberg Sigmund, A Soviet Postmortem: Philosophical Roots of the «Grand Failure», Rowman & Littlefield, 1994 pp. 57-56. And See: Joseph Francese, Perspectives on Gramsci: Politics, Culture and Social Theory, Routledge, 2009, pp. 60-59.

للمجتمع^(٢٣).

٤ - استعادة الحيز العام.

يُعرف الحيز العام بالإطار الاجتماعي للتواصل الحر من دون قيود الرقابة على كل ما يتعلق بالثقافة والمجتمع وكل ما هو موضوع نقاش عام. ومنذ حقبة التنوير في القرن الثامن عشر، ينظر إلى الحيز العام على أنه منظم فكري يقضي إلى التنظيم الذاتي الحر والعقلاني للمجتمع وإلى تحسين الدولة، مما يحدّ من سوء استخدام السلطة. وللمساحات العامّة دورٌ أساسيٌّ في تعزيز الديمقراطية فهي تنظّم وتسهّل التفاعل الاجتماعي وتشكّل مركزاً للمجتمع المدني، فهناك يتكوّن الرأي العام ليوازي السلطة السياسيّة^(٢٤).

وتأكيداً على ذلك، نعود إلى تعريف هابرماس في الفلسفة السياسيّة، أن الحيز العام يعد مكاناً للنقاش السياسي والممارسة الديمقراطيّة، وهو يفعل ذلك أحد أدوات وأشكال التواصل؛ وهو المكان الذي تتطوّر فيه شخصيّة المواطن بوصفه أساس كل الشرعيّة السياسيّة^(٢٥).

لذا فإن الحيز العام هو مساحة مجردة وسياسيّة تنتجها التبادلات اللفظيّة المباشرة وغير المباشرة بين المواطنين المعنّيين بالشؤون العامّة، فإنّ صوت المواطن هو الذي يُظهر المجال العام، وبذلك أصبح ظهور الأهميّة المكانية للحيز العام الشرط المسبق لظهور ديمقراطيّة تداوليّة يكون فيها كل قرار شرعي فقط إذا سبق ذلك نقاش عام.

ويعد أحد أهم المكاسب التي حققتها تظاهرات تشرين ٢٠١٩ هو استعادة العراقيين للحيز العام في كلّ المناطق التي عمّت فيها الإحتجاجات، وبرز دور ساحات التظاهر العامّة ليس فقط ككيانٍ مادّيٍّ ومكانيٍّ تجري فيه الأحداث، وإنّما كمكوّنٍ سياسيٍّ أساسيٍّ في إنتاج روح الثورة واستمرارها وتأجيحها، وفي أثناء الإحتجاجات لا يقتصر الحيز العام على الساحات أو الحدائق أو كلّ مساحة عامّة بفعل وظيفتها المدينيّة وموقعها وإنّما أصبحت المناطق بأكملها فضاءً عامّاً يتكوّن فيه الرأي السياسي وتجري فيه النقاشات. لذلك، ينعكس التنازع بين الأطراف السياسيّة صراعاً مكانيّاً في المدينة من يحتلّ الساحات؟ ومن يفرض سلطته على الشارع والحركة فيه؟ ومن يهيمن على المشهد البصري للمدينة عبر الصور والأعلام والجداريات؟ من هذه التساؤلات التي توحى بوجود صراع بين السلطة والمحتجين، ينبغي علينا أن نسلط الضوء على الممارسات السياسيّة النخبوية والشعبية، وما ترتب على ذلك من نتائج أثرت على الواقع السياسي المعاصر في العراق.

(٢٣) عبد السلام ابراهيم بغدادي و عبد العزيز عليوي العيسوي، المجال العام اطار نظري مع اشارة الى التجربة العراقية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص ص ٧٧-٧٨.

(٢٤) سينتيا بوكون، إستعادة الحيز العام ودوره في إنتاج الثورة، (٢٥) أشرف منصور حسن، نظرية هابرماس في المجال العام، مصدر سبق ذكره، ص ٢٥٣.

ثانياً: أثر المجال العام في المنظومة السياسية العراقية.

لم تكن تظاهرات تشرين فعلاً شعبياً طارئاً، بل هي امتداداً حقيقياً لكل الثورات والاعتصامات والانتفاضات والاحتجاجات والهبات الشعبية منذ تأسيس الدولة العراقية، وهي متلازمة لفشل إدارة الدولة وفقدان الشرعية للأنظمة السياسية المتعاقبة على حكم العراق. إذ أن التقصير الحكومي والفساد السياسي انعكس على العلاقات الاجتماعية عبر التضامن الجماهيري لمواجهة أزمات النظام المفتعلة، عبر الاحتجاجات السلمية، وتميزت تظاهرات تشرين عن سابقتها كونها تبنت اهدافاً ومطالب عامة ومثلت مختلف شرائح المجتمع، وتعد سمتها السلمية حجر الأساس في تبلور رأي عام مساند لها، وفي الوقت الذي حققت فيه التظاهرات اجماعاً شعبياً على شرعيتها، واستت لمجال عام سياسي فاعل ومؤثر على السلطة للتوفيق بين المطالب المتعارضة للمواطنين، سعت الأحزاب الحاكمة لجعله مجالاً للمنافسة بين السياسيين أنفسهم. «وتدخلت السلطة في تحديد معايير وحدود الحرية والممارسات في المجال العام»^(٢٦)، «ولم تعد القوانين والتشريعات تصدر نتيجة لحلول وسط يتوصل إليها الأفراد عبر عملية حوار نقدي، أو نتيجة لإجماع يصدر عن هذا الحوار، بل نتيجة لمساومات تحدث بين مصالح اقتصادية خاصة»^(٢٧). وفي هذا السياق يقول هابرماس: «إن نزاع الصفة السياسية عن الجماهير واضمحلال المجال العام بوصفه تنظيمياً سياسياً يعد أحد مكونات نظام في الهيمنة ينزع إلى عزل المسائل العملية عن النقاش العام... إن الممارسة البيروقراطية للسلطة يقابلها مجالاً عاماً مقيداً بالاعلام المزيف والتصفيق والتلهيل»^(٢٨).

إن محاولات الاستيلاء على المجال العام في العراق وادلجته وتقيده مستمرة وهي تتم دائماً تحت انظار السلطة السياسية التي ترى بأنه يشكل خطراً عليها وعلى آليات هيمنتها الممنهجة، كونه غير مقيد بايديولوجيا السلطة الحاكمة، ويعد مشروعاً صريحاً لممارسة وظيفة المراقبة تجاه كل ما يصدر من السلطة السياسية، ومحاربة الفساد السياسي، وإعادة بناء فلسفة اجتماعية، قادرة على فهم التحولات التي تحدث داخل الواقع المعاش^(٢٩).

ومن أجل معرفة أثر المجال العام على النظام السياسي علينا فهم أن الاحتجاجات في العراق ارتبطت بعوامل مثل الإنهاك البنيوي structural strain الناجم عن عجز البنية الاجتماعية - السياسية القائمة على التعاطي مع التحولات المجتمعية السريعة، وفي مثل هذا الوضع، يؤدي الإنسداد السياسي، وتراجع قدرة المؤسسات السياسية القائمة على تمثل واستيعاب المطالب الاجتماعية، إلى انتقال الفعل السياسي إلى الشارع، إذ يصبح احتلال الفضاء العام بذاته محاولة لخلق إمكانات بديلة لإنتاج ضغط يفرض على مؤسسات السلطة والقوى المهيمنة عليها التصرف بطريقة مغايرة. والانسداد السياسي هذا

في 20/9/2015، <https://alghad.com>.

(٢٦) باسم الطويسي، المجال العام والمجال الخاص،

(٢٧) أشرف منصور حسن، نظرية هابرماس في المجال العام، مصدر سبق ذكره، ص ٢٦٠.

(28) Habermas, Legitimation Crisis, Trans By Thomas McCarthy. Heinemann, London, 1973, p 81.

(٢٩) يوحوان عبد الغاني و طيبي غماري، مأسسة المجال العمومي مقارنة هابرماس على المحك، مصدر سبق ذكره، ص ص ١٠٦-١٠٧.

يرتبط بعملية اضعاف وتفكيك الدور التنموي للدولة، وبشكل خاص عجزها عن تحقيق التوازن السياسي-الاجتماعي عبر إدارة منفتحة للسياسات التمثيلية representative politics، وإدارة عادلة للسياسات التوزيعية distributive politics وبدلاً من ذلك، ارتهانها لقوى شللية زبائنية - ميليشياوية تعتاش على الدولة بعلاقة طفيلية وافتراضية، ممتصة جزءاً كبيراً من مواردها ومعطلة قدرتها على الإدارة العقلانية المستجيبة للحاجات المجتمعية. إننا هنا أمام نمط من الاحتجاجات الذي لا يقاوم الدولة بل يطالب بتحول في الإنموج المنظم لعلاقتها بالمجتمع، بحيث تكف عن أن تكون دولة «أحزاب» لتصبح دولة «مواطنين» من هنا يتسم خطاب المحتجين بالموقف الرفض للأحزاب، وتتجه مطالبهم - على تشعبها وغياب الوحدة فيها - الى الاتفاق على إضعاف أو التخلص من سلطة الأحزاب^(٣٠). لذا ضربت حركة الاحتجاج بقوة شرعية النظام السياسي بمنظومة توافقاته ومحاصصاته النفعية والحزبية الخالية من أية رؤية وطنية، وفرضت، على أجندة السياسة وحيات المجتمع، رؤيتها الوطنية الخاصة الراضية للمكونات العرقية أو المذهبية أساساً في تنظيم الحياة السياسية. ورغم وضوحها الأخلاقي لاسيما الدعوة إلى مساواة كاملة وحقيقية وليست شكلية، وغير مشروطة بين العراقيين بغض النظر عن جذورهم المكونات المختلفة، كالتى كرسها عمليا النظام السياسي بعد العام ٢٠٠٣، إلا أن هذه الرؤية غير متبلورة سياسياً، ولا مُتمثلة مؤسسياً^(٣١).

من هنا، يجب أن نفهم الحركة الاحتجاجية بوصفها تعبيراً عن مساومة Bargaining متواصلة بين الشارع وبين الطبقة السياسية، يحاول كل طرف فيها أن يقوي موقعه تجاه الآخر وأن يطور تكتيكات جديدة للتخلص من ضغط الطرف الآخر. وقد كانت استقالة رئيس الوزراء عادل عبد المهدي في ٢٩ تشرين الثاني ٢٠٢٠ هي نتيجة لتنامي واستمرارية ومطالبة ضغط الشارع، وتعبيراً عن تزعزع الصفة بين مراكز القوى التي أنتجت حكومته. غير إن الانتقال نحو إصلاحات أساسية تسمح بانفتاح النظام وتغيير سياساته التمثيلية والتوزيعية بشكل عميق سيتطلب مطالبة الحركة الاحتجاجية وقدرتها على تطوير تكتيكاتها وأدواتها والاستمرار بكسب الدعم المجتمعي الضروري لديمومتها ونجاحها. كذلك، فإن نجاح الحركة الاحتجاجية يعتمد على تحديد الأهداف الواضحة وعدم التشتت، وعلى الاستعداد للانتقال من الفعل الاحتجاجي في الفضاء العام الى الفعل السياسي عبر المؤسسات والآليات الدستورية في حالة نجاح الاحتجاجات بفرض إصلاحات أساسية، مثلاً على مستوى النظام الانتخابي، فإن اخفاق الحركات الاحتجاجية في انتاج قوة سياسية قادرة على خوض الانتخابات والفوز فيها انعكاساً لصعوبة ترجمة الفعل الاحتجاجي الى مشروع سياسي واضح ومستند إلى قوة سياسية قادرة على تطبيقه^(٣٢).

(٣٠) حارث حسن، الاحتجاجات التشريعية وبنية السلطة في العراق مقارنة سياسية، في مجموعة باحثين، الاحتجاجات التشريعية في العراق احتضار القديم واستعصاء الجديد، تحرير: فارس كمال نظمي و حارث حسن، ص ١١. على الرابط الإلكتروني: <https://www.ahewar.org/debat/files/665969.pdf>.

(٣١) عقيل عباس، معضلة التداول السلمي للسلطة في العراق وخيارات الاحتجاج، <https://www.skynewsarabia.com/blog/2020/12/3-1397843>، في 13/12/2020.

(٣٢) حارث حسن، الاحتجاجات التشريعية وبنية السلطة في العراق مقارنة سياسية، مصدر سبق ذكره، ص ١٦-١٧.

ومع ذلك فقد حققت الاحتجاجات العديد من الأهداف يمكن ايجازها بالآتي:

الإنجازات على المستوى الفكري والثقافي

وُلدت الاحتجاجات عصفاً نوعياً سوف يهيء مسرح الأحداث ويفتح أفقاً ومسارات جديدة للتطور السياسي للبلاد وفقاً لديناميات أكثر قرباً من مفاهيم المواطنة والديمقراطية والعدالة الاجتماعية، وتعزيز الهوية الوطنية، وترسيخ الوعي المجتمعي بضرورة إعادة توزيع الثروة. وإعادة تشكيل أساسية لمفهوم «القدسية» وفقاً لتتنوير عقلائي جريء يبرز من رحم الحيز العام. فالمقدس الجديد سيتجلى فقط بحق الفرد في حياة كريمة ومنصفة لا مناص من استرجاعها أو على الأقل الكفاح من أجلها. وما حدث هو نهاية مؤكدة لحقبة وعي سياسي زائف وثقافة سياسية خضوعية، مثلما هي بداية التفكير الجمعي الجدي لدى فئات واسعة من العراقيين بأنهم لن يستطيعوا أن يعيشوا بالطريقة السابقة أبداً، إذ توحدت الصورة الذهنية لدى المجتمع العراقي تجاه طبقة السياسيين الفاسدين الفاقدين للشرعية بعد خرقهم الدستور والعقد الاجتماعي مع ناخبهم^(٣٣).

الإنجازات على المستوى السياسي.

استطاعت احتجاجات تشرين من هز النظام السياسي واربাকে، وأجبرت القوى السياسية الحاكمة على تبني بعض من مطالبهم في محاولة لتهدئة الاحتجاجات والسيطرة عليها. وأرغمت الاحتجاجات رئيس مجلس الوزراء عادل عبد المهدي على الاستقالة، وتنصيب رئيس وزراء من خارج الكتل السياسية، وهيكله مجلس المفوضين واستبدالهم بمجموعة من القضاة، وإعادة تنظيم عمل المفوضية العليا المستقلة للانتخابات، وتحديد موعد لإجراء ما سمي بالانتخابات المبكرة في ١٠/١٠/٢٠٢١، وإجراء تعديلات جوهرية في قانون الانتخابات، وتبني نظام انتخابي جديد (نظام الفائز الأول) الذي سيسهم في استبعاد الكثير من القيادات التقليدية والكيانات التي سيطرت على المشهد السياسي. وظهور قوى سياسية جديدة من رحم الاحتجاجات سعياً منها إلى تحويل الفعل المجتمعي إلى واقع سياسي رافض للمحاصصة واقتسام موارد الدولة قسمة الغرماء، والقضاء على الفساد ومحاسبة الفاسدين، واستعادة هيبة الدولة، ورفض عسكرة المجتمع وحصر السلاح بيد الدولة، وخضوع الجميع للقانون وبناء مؤسسات حقيقية تمتاز بالحيادية والموضوعية بعيداً عن الشخصية، واستيزار اصحاب الخبرة والكفاية والنزاهة بعيداً عن هيمنة الأحزاب السياسية المتنفذة.

من ذلك نستنتج أن الحركة الاحتجاجية التشريعية استطاعت امتلاك الحيز العام وكسب تأييد الأفراد والجماعات وأكثر شرائح المجتمع، والتنظيمات النقابية والمهنية والاتحادات، وطلبة الجامعات، ومنظمات المجتمع المدني، وكسب التعاطف على المستوى الوطني -باستثناء جماعات الأحزاب- والاقليمي والدولي المتمثل بالامم المتحدة، وبذلك تشكل مجال عام وطني كان له تأثير سياسي مباشر على النظام السياسي الذي خضع للتماهي مع المطالب الاحتجاجية وأرغم على تبني بعضها، وبذلك نكون أمام حوار

(٣٣) فارس كمال نظمي، فقراء الشيعة وإعادة بناء الوطنية العراقية مقارنة في سايبولوجيا ثورة تشرين، في مجموعة باحثين، الاحتجاجات التشريعية في العراق احتضار القديم واستعصاء الجديد، مصدر سبق ذكره، ص ٢٤.

عقلاني حر مستنير مستمد من حركة احتجاجية مجتمعية اسهمت في تحريك قوى المجتمع المدني على تبني قضايا الشأن العام، وما كان أمام النظام السياسي إلا التفاعل معها ولو بشكل جزئي لانتاج مدخلات جديدة في المنظومة السياسية أملا في أن تكون مخرجات الفعل السياسي - الاجتماعي تحمل معها إمكانات جديدة لحل أزمات النظام السياسي المستعصية على العقل السياسي الحاكم منذ العام ٢٠٠٣.

الخاتمة

أسهمت الاحتجاجات التشريعية في تشكيل المجال العام في العراق، إذ يمكن تلمس ذلك وفق الأسس والفروض النظرية التي أرسى دعائمها يورغن هابرماس، فالاتصال الجماهيري قام بناءً على الحوار عبر وسائل التواصل الاجتماعي، والتقييم لأداء النظام السياسي، ومن ثم تكامل في ساحات التظاهر والاعتصام، عبر عقد الاجتماعات والندوات الحوارية، ومناقشة قضايا الشأن العام، واشترك في الحوار الأفراد من مختلف الشرائح الاجتماعية على اختلاف درجة ثقافتهم وتحصيلهم العلمي، وتحلى الخطاب الاحتجاجي بانفتاحه على كل الموضوعات العامة، وطرحت الاسئلة بحرية تامة، وافصح كل فرد عن ما في داخله من فكرة لتأخذ مساحة من النقاش، وسُمح لكل فرد بالتعبير عن اتجاهاته، ورغباته، واحتياجاته، ولم يمنع من ممارسة حقه عن طريق مصدر إكراه داخلي أو خارجي، وشهدت ساحات النقاش مطالب متعددة ومتنوعة حتى على مستوى الفرد الواحد الذي كان يحمل لافتة ومكتوب عليها مطلبه، في محاولة للوصول لأعلى درجة من التمكين، وإدراج الأفراد من مختلف الجهات الفاعلة، كعمثلين لمجتمع مدني يحضى بأهمية خاصة ويتمتع بالاستقلال الذاتي، ومن المقومات التي تؤيد تبلور المجال العام العراقي سرعة الوصول والانتشار للحركة الاحتجاجية في المجتمع، ودرجة التحكم الذاتي، إذ كان المحتجون مواطنون أحرار تخلصوا من السيطرة والهيمنة والإجبار، ورفضوا أن تكون طبيعة العلاقة بينهم تتسم بالهيراركية، فكل فرد يشارك على قدم المساواة مع الآخرين، وكان هناك فهم وثقة ووضوح في المضمون الاعلامي، وكان هناك سياق اجتماعي ملائم، وهذا مايفسر استمرار ونجاح الاحتجاجات والنتائج الايجابية التي حصل عليها نتيجة الضغط على النظام السياسي، واجباره على تبني بعض المطالب الاتفاقية العامة، أي امتك المجال العام القدرة على تحويل الفعل الاجتماعي الى فعل سياسي عقلاني مؤثر، وأصبح مجالاً لتحقيق التضامن بين المواطنين في دولة الحق والديمقراطية المنشودة. إلا أن السلطة الحاكمة أدركت حجم الخطر الذي شكلته الحركة الاحتجاجية، وبدأت بالعمل على تفكيك تلك الحركة بجعلها محلاً لمساومات أصحاب المال، واعتبارات توازنات السلطة، وسعت بكل الوسائل والطرق لتفتيتها وطبقت استراتيجيات متعددة للانقضاء عليها ونجحت في قمعها بالقوة بعد اختراقها ومن تم تسقيطها اجتماعياً لتتضية الرأي العام. لتبقى أزمة تحصيل شرعية النظام السياسي مستحكمة، إذ تم استخدام استراتيجية الهيمنة للحيلولة من دون تكوّن إرادة سياسية - اجتماعية عامة، مرتبطة بمبدأ مناقشة عامة في المجال العام. وبالرغم من نجاح أحزاب السلطة في اجهاض الحركة الاحتجاجية باستخدام العنف البنيوي، إلا أن نتائجها ما زالت متحكمة بالمشهد السياسي العراقي، ومحل جدل ونقاش داخل الأبنية المؤسسية، وآثارها بدت واضحة عبر التأثير على المؤسسة التشريعية التي اتخذت قرارات مهمة، ولعل أكثرها أهمية تغيير نظام الانتخاب بالتمثيل النسبي لنظام اعلى الاصوات مما سيؤثر لا محالة في رسم خريطة انتخابية تختلف عن

سابقاتها، ومع سعي الأحزاب الحاكمة لجعل البيئة الانتخابية ملائمة لبقائها، لكن هذا لا يمنع أو يؤثر في استمرار الفعل الاجتماعي الرفض لبقائهم على رأس عملية صنع القرار، وستكون مخرجات العمل السياسي القادم مدخلات اجتماعية جديدة لتقويم المسار وصولاً لتحقيق التماثل بين الفعل الاجتماعي والسياسي، وهذا هدف وغاية نظرية المجال العام.

الامن الوطني العراقي في ظل الاختراق السيبراني (أمن المعلومات)

الباحثة نور علي صكب
كلية الهادي الجامعة - قسم القانون

المستخلص

يعاني الامن الوطني العراقي ازمام كبيرة قسم منها ذات طبيعة امنية واقتصادية واجتماعية، وفي ظل المتغيرات التكنولوجية الجديدة اضافة عبئ جديد على الامن الوطني العراقي، اذ اصبح أمن المعلومات (السيبراني) من المدخلات الحديثة على الامن الوطني، واخطر ما في التهديدات المعلوماتية (السيبرانية) بانها تحديات غير مرئية، ففي عصر التكنولوجيا أصبح لأمن المعلومات الدور الأكبر لصد أي هجوم إلكتروني ومنعه ، وقد تتعرض له أنظمة الدولة المختلفة، وأيضاً حماية الأنظمة التشغيلية من أي محاولات للولوج بنحو غير مسموح به لأهداف غير سليمة .

وفي هذا الدراسة نحاول مناقشة موضوع عبر اربع محاور تناولنا في المحور الاول مفهوم الامن الوطني وأبعاده في مرحلتين المرحلة التقليدية التي تمثلت قبل ظهور الامن المعلوماتي السيبراني وبعد ظهور هذا المتغير ومدى تأثيره على ابعاد الامن الوطني ، اما في المحور الثاني تمت مناقشة مفهوم الامن المعلوماتي (السيبراني) وانعكاسه على عناصر ووظائف الدولة، اما المحور الثالث تناولنا تداعيات الاختراق السيبراني على الامن الوطني العراقي وحاولنا في المحور الرابع وضع سبل لمعالجة على المستويات الثلاثة المستوى الاول هو على المستوى الداخلي للدولة العراقية والمستوى الثاني تناولنا الاقليمي اما المستوى الثالث تمثل بسبل المواجهة والمعالجة على المستوى الدولي

Abstract

The Iraqi national security suffers from major crises, some of which are of a security, economic and social nature, and in light of the new technological changes, a new burden has been added to the Iraqi national security. Unseen challenges, in the age of technology, information security has become the biggest role to repel and prevent any cyber attack, and various state systems may be exposed to it, as well as protecting operational systems from any attempts to gain unauthorized access to improper targets.

Discussing the concept of national security and its dimensions in a photo gallery for the first time, and it represents the concept of national security, and comparing it to the national stock exchange, but for the first time in the fold of the bulge, the concept of national security, information security (cyber)) and its reflection on the elements and the return of the state, the third title we dealt with the implications of the cyber breach On the Iraqi national security and we tried in the fourth axis to develop ways to address the three levels, the first level

المقدمة

يعد الامن الركيزة الاساسية للدول ، اذ لا يمكن تصور اي تقدم في اي مجال بعيدا عن تحقيق الامن ، سواء اكان ذلك ، على المستوى الداخلي ، ام على المستوى الخارجي ، ومع بروز ثورة المعلومات وأمن المعلومات (الامن السيبراني) كمتغير جديد على الدولة الوطنية وامنها ، اصبح الامن السيبراني ركيزة من ركائز التنمية المستدامة، وبذلك شكل قيمة مضافة الى الامن الوطني لكل دولة، ولا شك ان هناك تفاوت كبير في قدرات الدول في مواكبة هذا المتغير، فمن المؤكد أن الدول المتقدمة قد قطعت اشواطاً كبيرة في هذا المجال بحجم التجربة والتراكم وبنائها المؤسسي ، فبالقابل الدول الاخرى الاقل تقدم لا زالت تعاني العديد من الاختراقات في هذا المجال ومنها العراق .

إذ يعاني الأمن الوطني العراقي منذ عام ٢٠٠٣ تحديات كثيرة (سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافة) والتي يمكن التماس حيثياتها وتأثيراتها بشكل مباشر، وانضاف لها اخيرا التهديدات السيبرانية الإلكترونية ، والتي تشكل تهديداً أكبر على المنظومة الاستراتيجية للأمن الوطني ، إذ لا يمكن التماس تأثيراتها المباشرة على وحدات الأمن الوطني، لذا فإن التحديات غير المرئية للأمن الوطني العراقي تتجلى بجملة من العوامل والمؤثرات التي تخص قطاعات استراتيجية مهمة في الدولة، كقطاع البنى التحتية، التي تمس تأثيراتها حياة المواطنين، فضلاً عن تحديات أخرى محدقة بالمنظومة الرقمية للعراق والمتمثلة بالتهديدات السيبرانية الإلكترونية، فضلاً عن تحديات زيادة السكان وضعف التخطيط الاستراتيجي ، وكلها تمثل معوقات امام تحقيق الأمن الوطني.

اشكالية الدراسة:

يعاني الأمن الوطني العراقي من حساسية مفرطة كونه يتعرض الى جملة من المتغيرات المتسارعة منذ عام ٢٠٠٣ ، إذ لا تدع مجالاً لصناع القرار في السياسة العراقية والمعنيين بالشأن الامني من الإحاطة بكل تلك المتغيرات والتعامل معها ، فبناء الامن الوطني للدولة العراقية يحتاج الى الكثير من الوقت والجهد والخبرة اللازمة ، وهذا يدفعنا للقول أن الدولة العراقية على الرغم من الموازنات الانفجارية لكنها تمر في أخطر مرحلة منذ تأسيسها ، نتيجة عجز الحكومة ومؤسسات الدولة من مواكبة التطورات التكنولوجية والاعلامية والجريمة الالكترونية ، مما جعل العراق دولة مكشوفة ومختربة .

فرضية الدراسة:

يعاني الأمن الوطني العراقي من خلل على مستوى أمن المعلومات ، الامر الذي اثر على الواقع الامني وجعل العراق من الدول المخترقة في هذا المجال .

منهجية الدراسة:

فرضت طبيعة الدراسة توظيف المنهج التحليلي، لرسم استراتيجية مستقبلية لتحقيق الامن الوطني في ظل اختراق سيبراني والجريمة السيبرانية.

المحور الاول

مفهوم وابعاد الامن الوطني العراقي في ظل الفضاء الالكتروني

يعرف الامن الوطني بأنه قدرة الدولة على حماية أراضيها ومواردها ومصالحها من التهديدات الخارجية والداخلية , وتم استخدام اصطلاح الامن الوطني للتعبير عن مجموعة سياسات تتخذ لضمان سلامة الدولة والدفاع عن مكتسباتها في مواجهة الأعداء سواء في الداخل أو الخارج واتسع مفهوم الامن في العقود الأخيرة ليشمل قضايا ليست بالضرورة ذات طابع عسكري أو أمني , وانما يشمل مجموعة من الاجراءات الاقتصادية والثقافية والاجتماعية^(١)...

وبفعل ثورة التكنولوجيا والمعلومات حدثت تحولات في مفهوم الامن الوطني , ابرزها في جانب القوة والتي لم تعد ترتبط بالقوة الصلبة فقط بل تعدتها الى الامن المبني على القوة الناعمة^(٢), وفي ظل هذا التحول اصبح أمن المعلومات (السيبراني) من المدخلات او الابعاد الحديثة على الامن الوطني العراقي , واطر ما في التهديدات المعلوماتية (السيبرانية) بأنها تحديات غير مرئية , ففي عصر التكنولوجيا أصبح لأمن المعلومات الدور الأكبر لصد أي هجوم إلكتروني ومنعه , وقد تتعرض له أنظمة الدولة المختلفة , وأيضاً حماية الأنظمة التشغيلية من أي محاولات للولوج بنحو غير مسموح به لأهداف غير سليمة^(٣).

لذا شهد مفهوم الأمن الوطني تطوراً كبيراً ذو صلة وثيقة بعصر المعلومات والفضاء الالكتروني , وله انعكاسات واضحة على جميع ابعاد الامن الوطني وهي كالآتي:

أولاً: البعد السياسي: يتمثل في الحفاظ على الكيان السياسي للدولة وهو ذو شقين داخلي وخارجي , يتعلق البعد الداخلي بتماسك الجبهة الداخلية وبالسلم الاجتماعي والوحدة الوطنية , أما البعد الخارجي فيتصل بتقدير أطماع الدول العظمى والكبرى والقوى الاقليمية في أراضي الدولة ومواردها ومدى تطابق أو تعارض مصالحها مع الدولة سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وتحكمه مجموعة من المبادئ الاستراتيجية التي تحدد أولويات المصالح الأمنية واسبقياتها^(٤).

وفي ظل الاستخدام الواسع للفضاء الالكتروني , تأثرت موازين القوى داخل المجتمع نفسه, إذ اصبح بإمكان المواطن , ان يتحول الى لاعب أساسي , في اللعبة السياسية , كما اصبح بإمكانه الاطلاع , على خلفيات ومبررات القرارات السياسية التي تتخذها حكومته , عبر الكم الهائل من المعلومات , التي يمكنه الوصول اليها , او التي

(١) سعد مزهر العلق, مفهوم الامن القومي, المجلة العسكرية, العدد الاول, وزارة الدفاع العراقية , ٢٠١٧, ص ٥٠.

(٢) المصدر نفسه , ص ٥٠.

(٣) علي زياد العلي , التحديات غير المرئية للأمن الوطني العراقي , صحيفة الصباح الجديد , تموز / يوليو ٢٠١٨ , العدد ٥٥٢٧ .

(٤) ابراهيم قاسم ابراهيم , استراتيجية الامن الوطني العراقي بعد عام ٢٠٠٣ , رسالة ماجستير (غير منشورة), كلية الاركان , جامعة الدفاع للدراسات العسكرية, بغداد , ٢٠١٥ , ص ٢٥ .

يمكن ان توزع وتنتشر على الانترنت ، وبقية الاجهزة التي توصل بها^(٥)، اما من جانب التدخل الخارجي ، فقد زاد الفضاء الالكتروني من امكانية التدخل في شؤون الدول الاخرى التي تملك بعض الادوات العلمية والتقنية الحديثة ، اذ يحاولون استغلال ما تقدمه هذه التقنيات ، للوصول الى اكبر شريحة ممكنة من المواطنين ، والترويج لسياساتهم في العالم ، وهذه الطريقة تعد من الامور المؤثرة جدا بالرأي العام والتدخل بالشؤون الداخلية للدولة وله انعكاسات كبيرة على سيادة الدولة^(٦).

ثانياً: البعد الاقتصادي : يرمي الى توفير المناخ المناسب لتأمين احتياجات الشعب وتوفير سبل التقدم والرفاهية له فمجال الامن الوطني هو الاستراتيجية العليا الوطنية التي تهتم بتنمية واستخدام كافة موارد الدولة لتحقيق اهدافها السياسية كذلك النمو الاقتصادي والتقدم التكنولوجي هما الوسيلتان الرئيسيتان والحاسمتان لتحقيق المصالح الامنية للدولة وبناء قوة الردع الاستراتيجية وتنمية التبادل التجاري وتصدير العمالة والنقل الافقي للتكنولوجيا وتوطينها وبخاصة التكنولوجيا العالية و الحيوية^(٧).

وفي ظل أمن المعلومات (الامن السيبراني) برز مفهوم اقتصاد المعرفة^(٨) ، الذي يعتمد على استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات، بالقيمة التي تمثلها البيانات والمعلومات المتداولة والمخزنة والمستخدمه ، على كل المستويات، إذ عملت تقنيات المعلومات والاتصالات، على تعزيز التنمية الاقتصادية لبلدان كثيرة ، عبر افادتها من فرص الاستخدام ، التي تقدمها الشركات الدولية ، والشركات الكبرى ، التي تبحث عن ادارة كلفة انتاجها ، بأفضل الشروط ، الا ان هذا الواقع ، يطرح مسائل مختلفة ، سواء منها ما يتعلق بحماية مقدم الخدمة، والعمل ، أو بحماية المستهلك على الانترنت^(٩).

فضلا عن ذلك دخول العالم عصر المال الالكتروني ، ضمن بيئة تقنية متحركة ، بعد اطلاق خدمات المحفظة الالكترونية ، اذ تتزايد استثمارات المصارف، والمؤسسات المالية ، في مجال المال الرقمي. وتتنافس الشركات ، على اصدار تطبيقات تسمح بآليات دفع امانة وبحفظ المال في المحفظة الالكترونية، وبالإيفاء من خلالها وباستخدامها

(٥) عبد الناصر المهداوي ، ما هو الامن السيبراني وما دلالة تكوين هيئات دولية له؟ ، مركز العراق الجديد ، متاح على الموقع : newiraqcenter.com.

(٦) فراس البياتي ، السياسة العامة للأمن الوطني العراقي بعد عام ٢٠٠٥ ، كلية العلوم السياسية ، جامعة النهدين ، بغداد ٢٠١٦ ، ص ٥٤ .

(٧) سعد مزهر العلق ، مفهوم الامن القومي، مصدر سبق ذكره ، ص ٥١ .

(٨) * اقتصاد المعرفة : ويطلق عليه في بعض الاحيان أيضا (الاقتصاد الجديد)، وفي احيان اخرى اقتصاد المعلومات، وهو الاقتصاد القائم على المعرفة سواء بشكل مباشر (Economy Knowledge) (أو غير مباشر (Economy Based Knowledge) ، في هذا الاقتصاد تعتبر المعرفة المحرك الرئيس للنمو الاقتصادي. وتعتمد اقتصادات المعرفة على توافر تقنية الاتصالات والمعلومات وتستخدم الابتكار والرقمية لإنتاج سلع وخدمات ذات قيمة مضافة مرتفعة.

يضم الاقتصاد المعرفي، قطاع الاتصالات وتقنية المعلومات إضافة إلى كافة الأنشطة الرقمية في باقي قطاعات الإنتاج السلعي والخدمي الأخرى ولاسيما المال والأعمال والسياحة والتأمين والنقل والمواصلات. يعتبر الاقتصاد اقتصادا معرفيا عندما تفوق أعداد العمالة في القطاعات المعرفية العمالة في القطاعات الاقتصادية الأخرى، وقد حدث ذلك في عام ١٩٦٧ في الولايات المتحدة عندما بلغت نسبة العمالة في قطاعات المعرفة نسبة ٥٣ % من إجمالي العمالة. للمزيد ينظر : هبة عبد المنعم وسفيان قعلول ، اقتصاد المعرفة : ورقة إدارية ، دراسات اقتصادية ، العدد (٥١)، الدائرة الاقتصادية والفنية ، صندوق النقد العربي ، ابوظبي ، ٢٠١٩ ، ص ٥

(٩) هيربرت لين ، النزاع السيبراني والقانون الدولي الانساني ، المجلة الدولية للصليب الاحمر ، العدد ٨٨٦ ، مجلد ٩٤ ، جامعة كمبريدج ، انكلترا ، صيف ٢٠١٢ ، ص ٥١٦ .

كرصيد افتراضي، وقد وضعت بعض الدول تشريعات خاصة بهذا المال^(١٠).

لذا يقع على عاتق مؤسسات الدولة مسؤوليات كبيرة ، اولها الربط بين الامن والنمو الاقتصادي بشكل واضح ، فالامن السيبراني، يضمن ركون الجمهور، الى الخدمات التي تقدم بواسطة تقنيات المعلومات والاتصالات، كما يضمن الاقبال عليها، بما يترجم عمليا، بتطوير اسس اقتصاد سليم ولعل الدليل الاوضح ، على هذه القيمة، هو استهداف هذه المعلومات، منذ القديم، سواء من خلال عمليات التجسس الصناعي والعسكري التقليدية، او من خلال الاعتداء على الملكية الفكرية ، هذا عدا عن التأثيرات المالية السلبية التي يتركها، الاعتداء على انظمة المعلومات، وتعطيلها، كما سرقة نتائج ابحاث او غيرها من معلومات^(١١).

ثالثاً: البعد الاجتماعي: يرمي الى توفير الامن للمواطنين بالفدر الذي يزيد تنمية الشعور بالانتماء والولاء ، فضلا عن تعزيز الوحدة الوطنية كمطلب رئيسي لسلامة الكتلة الحيوية للدولة ودعم الارادة الوطنية وإجماع شعبها على مصالح وأهداف الأمن الوطني^(١٢)، في حين تسمح طبيعة الفضاء الإلكتروني ، عبر المدونات والشبكات الاجتماعية بشكل خاص، لكل مواطن بان يعبر عن تطلعاته السياسية وانتمائه الفرعي ، وطموحاته الاجتماعية ، بأشكالها كافة^(١٣) ، وهذه في حد ذاتها تمثل مؤشر خطير على الامن الوطني للدولة ، إذ تتمثل بسهولة اختراق القاعدة الحرجة للمواطنين الدولة وتجنيدهم ، فضلا عن تراجع الوحدة الوطنية مقابل ظهور المواطن العالمي والاقليات داخل مجتمع الدولة الواحدة^(١٤).

رابعاً: البعد العسكري: تتحقق مطالب الدفاع والامن والهيبة الاقليمية من خلال بناء قوة عسكرية قادرة على تلبية احتياجات التوازن الاستراتيجي العسكري والردع الدفاعي على المستوى الاقليمي لحماية الدولة من العدوان الخارجي عبر الاحتفاظ بهذه القوة في حالة استعداد قتالي دائم وكفاءة قتالية عالية للدفاع عن حدود الدولة وعمقها والقوة العسكرية هي الاداة الرئيسية في تأييد السياسة الخارجية للدولة وصياغة دورها القيادي وبخاصة على المستوى الاقليمي ويمتد البعد العسكري الى إعداد الدولة والشعب للدفاع ودعم المجهود الحربي في زمن الصراع المسلح ولتحقيق مطالب الردع في فترات السلم^(١٥).

والقوات العسكرية ليست استثناء من تطور تكنولوجيا المعلومات ، ففي ظل الاستخدام الامثل لتكنولوجيا المعلومات ظهرت الاسلحة الحديثة دقيقة التوجيه ، والذي يزيد من قوة فتكها ويقلل من الأضرار التي تصاحب استخدام مثل هذه الأسلحة ، فضلا عن ذلك يمكن تنسيق تحركات وأفعال القوات العسكرية من خلال شبكات الاتصال

(١٠) عبد الناصر المهدي ، ما هو الامن السيبراني وما دلالة ، مصدر سبق ذكره .

(١١) هيربرت لين ، النزاع السيبراني والقانون الدولي الانساني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥١٦ .

(١٢) سعد مزهر العلق ، مفهوم الامن القومي، مصدر سبق ذكره ، ص ٥١ .

(١٣) هيربرت لين ، النزاع السيبراني والقانون الدولي الانساني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥١٧ .

(١٤) عادل عبد الصادق ، استخدامات الفضاء الإلكتروني من منظور التدخل الخارجي ، مجلة السياسة الدولية، العدد ٢١٠ ، مؤسسة الاهرام ، القاهرة ، أكتوبر ٢٠١٧ ، ص ٢٤ .

(١٥) سعد مزهر العلق ، مفهوم الامن القومي، مصدر سبق ذكره ، ص ٥١ .

التي تتيح تبادل المعلومات والصور المشتركة لميدان المعارك على نطاق واسع^(١٦)، وهذه التطورات في البيئة العسكرية ، لتضاف إليها بعد التطور البيئية الاكاديمية العسكرية ، بما تمثل من أبحاث تخدم تطوير القدرات العسكرية، والانجازات العلمية، التي تحافظ على تفوق بلد على آخر، لتوضيح الابعاد العسكرية، للأمن السيبراني، وخطورة الهجمات السيبرانية، حيث يمكن ايراد ما حصل في جورجيا، واستونيا، وكوريا الجنوبية، وايران، كمثال على بعض الهجمات والاختراقات، التي ترجمت ماديا، سواء باندلاع صراع مسلح لاحق، كذلك الذي وقع، بين روسيا وجورجيا، أو بانقطاع الاتصالات بشبكات الانترنت في استونيا، بين الدولة والمواطنين، والتشويش على الإدارات الحكومية^(١٧).

فضلا عن اختراقات أنظمة المنشآت النووية، في ايران، وتحقق امكانات التلاعب بها، مع ما يعنيه هذا من تعرض الامن القومي، للدولة المعنية، ومن تعريض السلام الدولي للاهتزاز. في هذا المجال ايضا، يمكن ايراد، الاختراق الذي حصل في البرازيل، والمملكة المتحدة، للبنية التحتية للطاقة، حيث انقطع التيار الكهربائي، ما طال بآثاره السلبية ملايين الاشخاص، والمؤسسات والمصالح، وما يمكن ان يعني من وصول، الى موارد الطاقة كافة^(١٨).

فضلا عن ذلك يستغل الارهاب الفضاء الالكتروني بشكل كبير ، على الرغم من ان يستخدم الإرهابيون والمجموعات المسلحة من غير الدول الأسلحة الحركية ذات تقنية بسيطة بوجه عام، لكنهم يستخدمون تكنولوجيا المعلومات والفضاء الالكتروني في التجنيد والتدريب والاتصالات غالبًا ما يتسم بدرجة عالية من التطور والتعقيد^(١٩).

خامساً: البعد الثقافي: يقوم على حماية الفكر والمعتقدات ويحافظ على العادات والتقاليد والقيم وهو الذي يعزز ويؤمن انطلاق مصادر القوة الوطنية في كافة الميادين في مواجهة التهديدات الخارجية والتحديات الداخلية ويوسع قاعدة الشعور بالحرية والكرامة وبأمن الوطن والمواطن وبالقدرة على تحقيق درجة رفاهية مناسبة للمواطن وتحسين أوضاعهم المالية بصورة مستمرة^(٢٠)، إذ أن الدور الثقافي بالغ الأهمية في تحصين الوطن من الاطروحات الثقافية في عهد التطور التكنولوجي وثورة المعلومات وصراع الحضارات اذ اخذناها بالمفهوم الشامل متضمنا الفكر والثقافة والتعليم والاعلام والفنون والادب، فالأمن الوطني يعني (تمكين الشعب من ممارسة منظومة القيم الخاصة به على أرضه المستقلة) وأمام التعدد في أبعاد الامن الوطني يمكن القول أن الهدف الرئيسي للأمن الوطني هو التركيز على قيمة الانسان فالقاعدة الشعبية العريضة هي ركيزة الامن^(٢١).

(١٦) هيربرت لين ، النزاع السيبراني والقانون الدولي الانساني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥١٧.

(١٧) فلاديمير برينكوف وأكسل ليمان، «التحديات الأمنية الناشئة عن الابتكارات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات» ندوة دولية حول الحرب النووية والطوارئ الكونية، دورة ٣٨ ، مركز إ. ماجورانا للثقافة العلمية، إريس، إيطاليا، ٢٠٠٧ ، ص ٥١٥ .

(١٨) المصدر نفسه ، ٥١٦ .

(١٩) هيربرت لين ، النزاع السيبراني والقانون الدولي الانساني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٥١٧ .

(٢٠) عاصي حسين حمود ، سهاد عادل احمد ، اثر الثقافة الموجهة على أمن وهوية المجتمع العراقي ، مجلة الفراهيدي ، العدد ٢٣ ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ٣٧١ - ٣٧٢ .

(٢١) عاصي حسين حمود ، سهاد عادل احمد ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٧٣ .

المحور الثاني

مفهوم الامن السيبراني وانعكاساته على عناصر ووظائف الدولة

يعرف الامن السيبراني (أمن المعلومات): هو حزمة عمليات وإجراءات تتوخى تأمين وحماية الشبكات وأجهزة الكمبيوتر والبرامج والبيانات من الهجوم أو التلف أو السرقة والوصول غير المصرح به ، وكذلك من التعطيل أو العرقلة في الخدمات التي تقدمها، بحسب التعريف المعطى له ، في التقرير الصادر عن الاتحاد الدولي للاتصالات ، هو مجموعة من المهمات، مثل تجميع وسائل، وسياسات، واجراءات امنية، ومبادئ توجيهية، ومقاربات لإدارة المخاطر، وتدريبات ، وممارسات فضلى ، وتقنيات ، يمكن استخدامها لحماية البيئة السيبرانية وموجودات المؤسسات والمستخدمين ، يمكن تعريف الامن السيبراني، انطلاقا من أهدافه، بأنه النشاط الذي يؤمن حماية الموارد البشرية، والمالية للدولة ، المرتبطة بتقنيات الاتصالات والمعلومات ، ويضمن امكانات الحد من الخسائر والاضرار، التي تترتب في حال تحقق المخاطر والتهديدات ، كما يتيح اعادة الوضع الى ما كان عليه، بأسرع وقت ممكن ، بحيث لا تتوقف عجلة الانتاج ، وبحيث، لا تتحول الاضرار الى خسائر دائمة^(٢٢).

وعلى الرغم من الايجابيات الكبيرة التي حققتها ثورة المعلومات والتكنولوجيا وحديث العديد من الباحثين عن امكانية بناء (سلام سيبراني) بين المجتمعات وحرية تداول المعلومة^(٢٣)، لكن انعدام الضوابط على استخدام ثورة المعلومات ، وعدم وجود قانون دولي متفق عليه ، أثر بشكل سلبي على عناصر ومكونات الدولة (الاقليم ، الشعب ، والحكومة) من نواحي مختلفة^(٢٤)، هي كالاتي:

لقد أثر الفضاء الالكتروني في العامل الحيوبولتيكي ، المتعلق بطبيعة العلاقة بين البيئة الطبيعية والسياسية ، في انخفاض أهمية الثروات المادية والارض والسلع ، ورأس المال عن أهمية التعليم والمعرفة ، والتدفقات بين الدول ، وأهمية التوسع في السوق عن احتلال الارض^(٢٥)، بالإضافة الى التحرك باتجاه الاشياء غير المادية ، وهو ما أدى الى حدوث تغيير في طبيعة العلاقة بين الدولة والعالم الخارجي ، وبين السياسة والاقتصاد ، وبين التعليم ورأس المال، علاوة على أن الفضاء الإلكتروني أفقد أهمية البعد الحمائي للتضاريس والحدود من الغزو الخارجي^(٢٦).

أما بالنسبة لعنصر الشعب ، الذي يعد أهم الأبعاد التقليدية في مكونات الدولة ، فقد أصبح له أهمية في عصر الفضاء الإلكتروني ، إذ ارتبطت أهميته بحجم وكفاءة

(٢٢) منى الأشقر جبور ، الأمن السيبراني: التحديات ومستلزمات المواجهة ، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية ، جامعة الدول العربية، ٢٠١٢ ، ص ٣.

(٢٣) للمزيد ينظر : هينين ويجنز ، السلام السيبراني ، بحث في كتاب : البحث عن السلام السيبراني ، فريق الرصد الدائم لأمن المعلومات الاتحاد العالمي للعلماء ، الاتحاد الدولي للاتصالات ، ٢٠١١ ، ص ٧١ .

(٢٤) عادل عبد الصادق ، استخدامات الفضاء الإلكتروني من منظور التدخل الخارجي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٤

(٢٥) عادل عبد الصادق ، استخدامات الفضاء الإلكتروني من منظور التدخل الخارجي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٤

(٢٦) للمزيد ينظر : ريتشارد روزكرانس ، توسع بلا غزو : الدولة الافتراضية في الامتداد للخارج ، ترجمة : عدلي برسومي

، مؤسسة الاهرام للترجمة والنشر ، ٢٠٠١ ، ص ٨٠ .

المهارات التي يمتلكها في العصر الرقمي , لدرجة أن حدود قوة الدولة من الناحية النوعية , أصبحت تتأثر بإسهامها الفعلي (عبر شعبها) وهو ما يعرف ب (الثورة الصناعية الرابعة) أو ثورة المعلومات, والتي تعكس مدى تمكن شعب الدولة الإلمام بالثورة التكنولوجية , وقدرته على الابداع والابتكار بغض النظر عن الاستناد الى العدد الكمي من المواطنين , أو عناصر القوة التقليدية^(٢٧), وبذلك قد وفر الفضاء الإلكتروني فرصة لظهور (المواطن العالمي) الذي عبر بانتمائه حدود الدولة القومية , وهذه في حد ذاتها سلبية على الامن الوطني للدولة , تتمثل بسهولة اختراق القاعدة الحرجة للمواطنين الدولة وتجنيدهم , واستغلالهم من قبل جماعات متطرفة وارهابية تهدد أمن واستقرار الدولة , فضلا عن الى إن كثافة التدفقات المعلوماتية , التي تتم عبر الفضاء الإلكتروني , أصبحت تتحدى القدرة الرقابية للدولة , وإيجاد إعلام بديل يخرج المواطنين من سيطرة نظمها الحاكمة بصورة مباشرة^(٢٨).

فضلا عن ذلك يمكن القول إن الفضاء الإلكتروني له تأثير بالغ على الروح الوطنية للمواطنين داخل الدولة , وتشجيع الانتماءات العرقية والدينية , نتيجة حدوث تداخلات بين المجتمعات بما يجعل لها قوة في مخاطبة الآخر او المطالبة بالحقوق , وتواصل الاقليات الدينية والعرقية عبر الحدود ومحاولات خلق تكتلات خاصة بهم ذات طابع ديني او قومي او طائفي^(٢٩), مما جعل الاحداث التي يشهدها إقليم معين تتجاوز حدوده عبر الفضاء الإلكتروني وتصل أصدائها وتأثيراتها الى أبعاد إقليمية أخرى وعالمية^(٣٠).

وعلى المستوى البناء الحكومي الداخلي الوظيفي , أحدث الفضاء الإلكتروني تغيرات في بنية الحكومات , تمثلت في توفير الخدمات والمعلومات بسهولة الى المواطنين , وهذا فقط في الدول التي فعلت نمط (الحكومة الالكترونية) التي لعبت دورا في مكافحة الفساد والبيروقراطية, وهو ما يعكس في انتشار القوة السياسية داخل الدولة , ورفع كفاءة السياسات الحكومية , وتحسين القدرة التنافسية للاقتصاد , واستقطاب رؤوس الأموال والاستثمارات^(٣١).

أما بالنسبة للتدخل الخارجي عبر الفضاء الإلكتروني من خلال قيام دول ما بالتدخل في شئون دولة أخرى , سواء كان ذلك شأن محلي أو خارجي يخص تلك الدولة , دون سند دبلوماسي أو تحالفي , وهو ما يؤثر في الاستقلال الخارجي للدولة, وإرادتها الحرة وسيادتها, وكان لظاهرة الفضاء الإلكتروني وبعدها الدولي العابر للحدود , دور في تجاوز الأطر الرسمية في العلاقات بين الدول^(٣٢), وتنامي القدرات في مجال التأثير في توجهات الرأي العام الداخلي , وبروز نمط جديد من القوة السيبرانية ذات الطابع الصلب , والآخرى ذات الطابع المرن دفعت تلك العوامل وغيرها الى تشكيل مزايا استراتيجية

(٢٧) عادل عبد الصادق , استخدامات الفضاء الإلكتروني من منظور التدخل الخارجي , مصدر سبق ذكره , ص ٢٥

(٢٨) المصدر نفسه , ص ٢٥

(٢٩) عادل عبد صادق , الفضاء الإلكتروني والتدخل الخارجي في الشؤون الداخلية : تحديات جديدة في عالم متغير , المركز العربي لأبحاث الفضاء الإلكتروني , ٢٠١٧ , ص ٨

(٣٠) عادل عبد صادق , الفضاء الإلكتروني والتدخل الخارجي في الشؤون الداخلية : مصدر سبق ذكره , ص ٨

(٣١) عادل عبد الصادق , استخدامات الفضاء الإلكتروني من منظور التدخل الخارجي , مصدر سبق ذكره , ص ٢٥

(٣٢) المصدر نفسه , ص ٢٧

لتوظيف الفضاء الإلكتروني في التدخل الخارجي^(٣٣)(٣٤)، إما لتحقيق أهداف إنسانية أو عسكرية أو سياسية ، أو اقتصادية ، وقد أسهم أيضا الفضاء الإلكتروني في حدوث تغيرات في بنية القوى ، وهيكّل النظام الدولي في طبيعة وخصائص الفاعلين ، والتأثير في حركة التفاعلات الدولية في اتجاه حركة الداخل الى الخارج وفي اتجاه حركة الخارج الى الداخل ، وقد كشف الفضاء الإلكتروني عن امكانية التدخل الخارجي وحدود تحوله الى سلاح استراتيجي يستخدم في القيام بعمليات تخريب وتأثير داخل الدولة ، وحروب نفسية ضد الشعوب ، دون استخدام للقوة العسكرية التقليدية ، بل يتم ذلك من خلال استخدام القوة الناعمة التي تؤثر في النخب الحاكمة ، والقادة الجدد ممن الشباب ، عن طريق تقديم المنح التدريبية والتعليمية لهم ، أو تجنيدهم في خدمة أهداف خارجية عبر اجهزة استخباراتية خارجية^(٣٥)

لذا احدث الفضاء الإلكتروني تغيرات مهمة على مستوى السيادة ، خاصة في درجات الاستقلال الوطني والسيادة الوطنية ، وهو ما أثر في القدرة على تبني السياسات القومية، وعلاقات التبعية بين الدول ، فضلا عن تغيير شكل العلاقات بين الحكومة والفاعّل غير الحكوميين ، حتى أصبح العالم يعيش مرحلة اضطراب ، أطلق عليها المفكر (روزناوا) سياسات ما بعد الدولة^(٣٦).

وكذلك اثر الفضاء الإلكتروني في مبدأ حق تقرير المصير ، عن طريق توفير منابر إعلامية بديلة ، بعيدة عن سيطرة الدولة ، يتم استخدامها في التعبير عن المطالب القومية، والانتهاكات التي يتم التعرض لها ، والثقافة المغايرة وإتاحة الفرصة أمام الزعماء الوطنيين لمخاطبة القوى العالمية ، وتسهيل عمل المنظمات الدولية غير الحكومية والحكومية المعنية بحقوق الانسان في متابعة الأوضاع الداخلية ، وإتاحة الفرصة لتشكيل تحالفات عابرة للحدود ، سواء كانت تنتمي أو تتعاطف مع تلك الهويات أو الاعراق ، على النحو الذي يجعل منها قوة ضغط سياسية^(٣٧)، وبقدر ما يكون هذا الامر ايجابيا بالنسبة لمسألة حقوق الانسان ، بقدر ما يشكل انتهاك لسيادة الدولة وتدخل في السلطان الداخلي لها ، اذ يتم استخدام مبدأ مسؤولية الحماية وحقوق الانسان كألية جديدة للتدخل الدولي ، على أن سيادة الدولة لم تعد توفر حماية ضد التدخل الأجنبي ، وأن مسوغات بناء السيادة تتطلب أن تكون الدولة قادرة على رفاهية شعبها ، وعندما تكون الدولة غير قادرة على القيام بذلك ، فيتحمّل المجتمع الدولي المسؤولية باستخدام الأدوات الدبلوماسية والانسانية^(٣٨).

(٣٣) المصدر نفسه ، ص ٢٧

(٣٤) عادل عبد الصادق ، استخدامات الفضاء الإلكتروني من منظور التدخل الخارجي ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٧ .

(٣٥) المصدر نفسه ، ص ٢٧

(٣٦) ريتشاردن . هاس ، إعادة النظر في مفهوم السيادة ، صحيفة الغد الاردنية ١٧ شباط / فبراير ٢٠٠٦ ، متاح على الرابط : <http://goo.gl/CidytI>

(37) Vittorio Fanchiotti Jean Paul Pierin Impact of Cyberspace on Human Rights and Democracy, p52

(38) ipid , p 53 , Vittorio Fanchiotti Jean Paul

المحور الثالث

تداعيات الاختراق السيبراني على الأمن الوطني العراقي

التطور التكنولوجي الذي شهده العراق في مجال المعلومات والاتصالات بعد عام ٢٠٠٣ والذي تزامن مع ضعف الأمانة الإلكترونية لدى البنية التحتية الوطنية (أمنية أو مصرفية أو شخصية) مما جعل العراق منكشفاً سيبرانياً لكثير من دول العالم، لاختراقه والتجسس على المعلومات الخاصة بالمؤسسات الأمنية، واستخدام العراق كساحة لشنّ الهجمات الإلكترونية لضرب أمن معلومات أي دولة كانت واختراقه، فضلاً عن استراق أي معلومة واستخدامها لأغراض المساومة أي: لتنفيذ عمليات إرهابية وإسنادها، وهذا نتيجة عدم اهتمام المؤسسات الحكومية العراقية لمسألة الامن السيبراني، إذ يشير التقرير الاخير الصادر عن الاتحاد الدولي للاتصالات (GCI) التابع للأمم المتحدة لعام ٢٠١٨ ، أن العراق يحتل مكانة متأخرة في تحقيق الامن السيبراني، إذ جاء بتسلسل ١٠٧ من أصل ١٧٥ دولة، والـ ١٣ عربياً، وسبقته في هذا الترتيب عدة دول عربية لا يمكن مطلقاً مقارنة موازنتها المالية بالعراق من بينها السودان وفلسطين والاردن^(٣٩).

وهذا التسلسل المتأخر للعراق يكمن خلفه عدة اسباب وثرعات وتحديات أهمها:
إن أكثر المؤسسات العراقية تتعاقد لتجهيز معلوماتها من الأقمار الصناعية ذات مورد خدمة واقع خارج الحدود العراقية الذي يؤدي إلى مرور تلك المعلومات في خوادم تلك الدول، ورجوعها إلى العراق إذ يشكل هذا الإجراء خرقاً لأمن المعلومات العراقي^(٤٠).
عدم قدرة المؤسسات العراقية على مواجهة الجريمة الالكترونية او السيبرانية، إذ انتشرت مؤخراً نوعية خطيرة من الهجمات والجرائم السيبرانية التي تعتمد على تقنيات متقدمة (كالجاسوسية الحاسوبية والذكاء الاصطناعي واختراق المواقع الرسمية والاحتيايل المصرفي والصيد الاحتيالي للمعلومات)^(٤١)، وتشير العديد من الدراسات الدولية والمتابعين الرئيسيين لأمن تكنولوجيا المعلومات مثل مكتب التحقيقات الفيدرالية في الولايات المتحدة، الى خطورة الجريمة السيبرانية والبرامج الخبيثة ومدى انعكاسها على أمن الدولة والتي أخذته بالتزايد^(٤٢)، وكان من بين ابرز هذه البرامج التي تهدد الامن السيبراني العراقي (الفدية الخبيثة) والتي حذرت منها هيئة الاعلام والاتصالات العراقية فهو يعمل على حجب جميع المعلومات في اجهزة الحواسيب الحكومية والشخصية واستخدامها كأوراق ضغط وابتزاز مقابل مبالغ مالية كبيرة، وكذلك برنامج (الهكر الاخلاقي) وغيرها من البرامج^(٤٣)، فضلاً عن ذلك هناك العديد من المواقع الحكومية العراقية التي تتعرض الى الاختراق، والذي يعزبه النائب في البرلمان العراقي (علي البديري) في ١٦ حزيران ٢٠١٧

(٣٩) العراق يحتل مركزاً متواضعاً في الامن السيبراني، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، العدد ٢، ٢٠١٨، ص ٢٠١.

(٤٠) علي زياد العلي، التحديات غير المرئية للأمن الوطني العراقي، مصدر سبق ذكره.

(٤١) حسين باسم عبد الامير، تحديات الامن السيبراني، قسم الدراسات السياسية/ مركز الدراسات الاستراتيجية- جامعة كربلاء آيار/ ٢٠١٨.

(٤٢) سولانغ غيرناوني - هيلي، دليل الأمن السيبراني للبلدان النامية، الاتحاد الدولي للاتصالات، سويسرا، ٢٠٠٦، ص ٣٧.

(٤٣) فاطمة الزهراء عبدالفتاح، كيف كشفت هجمات «الفدية الخبيثة» ثغرات الأمن السيبراني؟، صحيفة الصباح الجديد،

متاح على الرابط: <http://newsabah.com/newspaper/122890>.

(أن تعاقد وزارة الاتصالات مع شركات مشبوهة مثل (سيمفوني وايرثلنك) لتنفيذ مشروع الكابل الضوئي جعل الباب مفتوحاً لتهكير المواقع الحكومية وسرقة البيانات والمعلومات الحكومية والمؤسسات الخاصة)^(٤٤).

قدرت الجماعات الارهابية المتطرفة (القاعدة و داعش) على تسخير الشبكة الرقمية والفضائيات , للوصول الى الجماهير وتبرير وتسويق العمليات الارهابية والترويج للفكر الذي تتبناه وفي معظم المواقع يبدو التوظيف العاطفي اقوى من الحجج العقلية^(٤٥), مما مكن التنظيم من تجنيد الأشخاص على مستوى العالم, ففي مطلع عام ٢٠١٤ جاء تقرير للأمن البريطاني في صحيفة (ديلي ستار سندي) البريطانييين يقاتلون مع تنظيم القاعدة في سوريا والعراق ويتبادلون المعلومات وتجند الشباب للقتال عبر وسائل التواصل الاجتماعي^(٤٦), وتكمن اسباب جاذبية هذه المواقع للإرهابيين هي^(٤٧):

قدرت الجماعات الارهابية على تحقيق التواصل مع الاخرين بكل اللغات والثقافات لمختلف شعوب العالم, وبخصوصية عالية, مع إمكانية تشكيل المنتديات الحوارية المتطرفة التي تقوم على منهج الاقناع مما يجعل هذه المواقع بيئة خصبة لتجنيد الارهابيين.

إقبال الشباب على وسائل التواصل يقابله عجز المؤسسات العراقية من الرقابة على التواصل بين أطراف الاتصال مما سهل عمليتي التنشيط والتجنيد.

احد الازمات التي يعانيها الامن الوطني العراقي في ظل الاختراق السيبراني هو العجز عن حماية الفكر والمعتقدات والحفاظ على العادات والتقاليد والقيم الوطنية فالأمن الوطني يعني (تمكين الشعب من ممارسة منظومة القيم الخاصة به على ارضه المستقلة)^(٤٨), وهذا العجز اوجد حالة شرخ كبير بين العادات والتقاليد العراقية الاصلية وثقافة الاجيال الشابة الناشئة والعجز الحكومي عن اتخاذ التدابير اللازمة مثل عجزه عن حجب لعبة (البووبي) التي تؤثر بشكل كبير على المستوى العلمي والثقافي للشباب.

(٤٤) المصدر نفسه .

(٤٥) فايز عبدالله الشهري , الوجه التقني (الانترنت نموذجاً) , صحيفة الرياض , ١٩ ديسمبر ٢٠١٤ , العدد ١٣٣٢٧ .

(٤٦) نقلا عن سعد بن عبيد السبيعي, الاعلام الجديد ودوره في تعزيز الامن في المملكة العربية السعودية دراسة تطبيقية على بعض النخب السعودية في الرياض, اطروحة دكتوراه غير منشورة , جامعة نايف العربية للعلوم الامنية, ٢٠١٤, ص٥٥.

(٤٧) عبد الحميد بسيوني , الديمقراطية الإلكترونية, دار الكتب العلمية, القاهرة, ٢٠١٨, ص ٣٩-٤٣.

(٤٨) سعد مزهر العلق, مفهوم الامن القومي, مصدر سبق ذكره, ص٥٤.

المحور الرابع

سبل المعالجة

لتلافي العديد من الخروقات التي تتعرض لها حركة المعلومات في العراق وما لها من انعكاسات خطيرة على منظومة الامن الوطني العراقي في جميع المجالات (الاقتصادية والامنية والثقافية)، لذا يتوجب المؤسسات العراقية أن تشكل مجموع الأطر القانونية والتنظيمية، فضلاً عن الوسائل التقنية والتكنولوجية والتي تمثل الجهود المشتركة للقطاعين الخاص والعام، وخلق تعاون فعال بين الداخل العراقي والمحيط الاقليمي يهدف إلى حماية الفضاء السيبراني الوطني، مع التركيز على ضمان توافر أنظمة المعلومات وتمتين الخصوصية، وحماية سرية المعلومات الشخصية، واتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لحماية المواطنين من مخاطر الفضاء السيبراني^(٤٩).

لذا على الحكومة ان تتحرك بثلاث مستويات وهي الاتي :

على المستوى الداخلي: لغرض الحفاظ على الامن الوطني من الهجمات السيبرانية الخطيرة , نحتاج الى أفضل الوسائل التكنولوجية، من أجل مقاومة الاختراقات والتخريب، وضرورة الاطلاع على افضل الطرق لحماية الأمن الوطني بشموليته، وحماية البنية المعلوماتية لكل المؤسسات، اضافة لعمليات التدريب والتثقيف والتوعية، فهذا يعني تكاليف عالية لا يمكن لمؤسسات فردية أن تتحملها، فمن هنا كانت ضرورة انشاء الهيئات الوطنية للأمن السيبراني، فمن خلالها يمكن التوجه ايضا لصناعة استراتيجية وطنية للأمن السيبراني^(٥٠)، تعمل على تعزيز المنظومة المتكاملة للأمن السيبراني من خلال تنفيذ عدد من المبادرة ضمن سقف زمني محدد , وتهدف الى خلق بيئة سيبرانية آمنة وصلبة تساعد على تمكين الافراد من تحقيق طموحاتهم , وتمكن المؤسسات الحكومية والخاصة من التطور والنمو في بيئة امنة مزدهرة , تعمل الاستراتيجية إلى دعم معايير الأمن الإلكتروني بالدولة عبر آليات ومحاور مختلفة اهمها^(٥١):

١. تصميم وتنفيذ إطار قانوني وتنظيمي شامل لحماية الأمن السيبراني ومعالجة جميع أنواع الجرائم السيبرانية، وبناء إطار تنظيمي لحماية التقنيات الحالية والناشئة، ووضع أنظمة داعمة لتمكين الشركات الصغيرة والمتوسطة وحمايتها من التهديدات السيبرانية.

٢. النهوض بثقافة وطنية للأمن السيبراني عبر زيادة وعي أفراد المجتمع بأهمية الأمن السيبراني والمخاطر المتعلقة بالإنترنت، وتشجيع اتباع الممارسات الآمنة في التعامل مع التقنية، وتشجيع المؤسسات على نشر الوعي السيبراني بفاعلية

(٤٩) علي زياد العلي، التحديات غير المرئية للأمن الوطني العراقي، صحيفة الصباح الجديد، تموز/ يوليو ٢٠١٨، العدد ٥٥٢٧.
(٥٠) زياد جيوسي، الهيئة الوطنية للأمن السيبراني الأمثل لحماية الأمن الشخصي، للمؤتمر الخامس لأمن وسلامة المعلومات في الفضاء السيبراني، مؤتمر الايام العربية للأمن السيبراني، بيروت - لبنان، ٢٠١٥، ص ٥.
(٥١) الاستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني-٢٠١٩، الامارات العربية المتحدة، متاح على الرابط :

<https://www.government.ae/ar-ae/about-the-uae/strategies-initiatives-and-awards>

لمزيد ينظر : الهيئة الوطنية للأمن السيبراني، صحيفة سبق الالكترونية، ١٦ / ابريل، ٢٠١٩، الرياض، متاح على الموقع www.Sabq.org

- والعمل على مبدا الثواب والعقاب , وتخصيص مكافأة التميز في مجال الأمن السيبراني عبر برامج الجوائز الوطنية، وتشجيع المؤسسات على إطلاق برامج حول الأمن السيبراني، وإلهام رواد الأعمال الابتكار في المجال، ودعم الأبحاث الخلاقة في المؤسسات الأكاديمية، وتنشيط تشجيع الطلبة على الانخراط في مجال الأمن السيبراني.
٣. وضع اليات وطنية فعالة للاستجابة للحوادث السيبرانية لتمكين الاستجابة السريعة والمنسقة في الدولة عبر تنظيم آلية الكشف عن حوادث الأمن السيبراني وفق معايير منهجية موحدة لتقييم درجة خطورة الحوادث)
٤. إقامة تعاون على المستوى الوطني بين الحكومة ومجتمع صناعة الاتصالات والمعلومات.

على المستوى الاقليمي: في ظل التطورات الكبيرة التي طرأت على الامن الوطني، أصبح من الصعب على اي دولة تحقيق أمنها الوطني دون تعاون اقليمي ، لذا على الحكومة العراقي التعاون إقليميا مع عدد من الدول ذات التجارب الناجحة في تحقيق الامن السيبراني، اذ سعت مصر لتحقيق أمنها السيبراني باتجاهين الاول من خلال النصوص القانونية والدستورية اذ يشير الدستور المصري لعام ٢٠١٤ في المادة (٣١) (أمن الفضاء المعلوماتي جزءاً أساسياً من منظومة الاقتصاد والامن القومي وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليه ، على النحو الذي ينظمه القانون)^(٥٢)، والاتجاه الاخر بوضع استراتيجية للأمن السيبراني (٢٠١٧ - ٢٠٢١) تتضمن الاستراتيجية عدد من البرامج التي تدعم الاهداف الاستراتيجية للأمن السيبراني ، كما توضح توزيع الادوار بين الجهات الحكومية والقطاع الخاص ومؤسسات الاعمال والمجتمع المدني وما تقوم به الدولة من اجراءات للتقدم نحو تحقيق تلك الاهداف^(٥٣)، اما السعودية التي تعمل على حماية الامن السيبراني عبر انشاء (الهيئة السعودية للأمن السيبراني) والتي جعلت من السعودية ان تتبوأ المرتبة الثالث عشر عالمياً لعام ٢٠١٨ وفي هذا الصدد ذكرت الهيئة في بيان لها (تتطلع الهيئة الى فضاء سيبراني سعودي آمن وموثوق من خلال مستوى نضج أعلى في الامن السيبراني في جميع الجهات الوطنية وبالتعاون مع الاطراف ذات العلاقة)^(٥٤)، ولا ضرر ان يكون هذا التعاون ضمن أطر مؤسساتية تابعة لجامعة الدول العربية ، وما على العراق سوى التوقيع على الاتفاقية العربية لحماية الفضاء السيبراني ، اعدتها المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية في مجلس وزراء العدل العرب والذي ضمن تشكيلات جامعة الدول العربية ، عام ٢٠١٨^(٥٥)

(٥٢) المادة (٣١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤ .

(٥٣) الاستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني (٢٠١٧ - ٢٠٢١) ، جمهورية مصر العربية ، رئاسة مجلس الوزراء ، المجلس الاعلى للأمن السيبراني ، ٢٠١٧ ، ص ٢ .

(٥٤) السعودية الأولى عربياً و ١٣ عالمياً في مؤشر الأمم المتحدة للأمن السيبراني من بين ١٧٥ دولة ، صحيفة الشرق الاوسط ، طبعة لندن ، ٢٨ مارس ٢٠١٩ ، العدد ١٤٧٤٠٣٠٣ .

(٥٥) للمزيد ينظر : الإتفاقية العربية لحماية الفضاء السيبراني بين الواقع والطموح ، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية ، مجلس وزراء العدل العرب ، جامعة الدول العربية ، بيروت - لبنان ، تموز ٢٠١٨

على المستوى الدولي : تنطلق عملية التعاون الدولي لتحقيق الامن من فكرة الأمن الجماعي التي طرحها وزير الخارجية الامريكي (جون فوستر دلس) ، والتي يعني بها مسؤولية جميع الدول عن تحقيق الامن والالتزام لتصدي لأي عدوان تتعرض له دولها منفردة او مجتمعة^(٥٦)، لذا تبذل العديد من الدول والهيئات الدولية ، جهودا حثيثة ، تؤكد على حتمية الامن السيبراني ، فعلى العراق ان يعمل متعاوناً مع هذه الهيئات لكبح الجرائم السيبرانية التي تحدث داخل مؤسساته من قبل الاختراق الخارجي ، وفي مقدمه هذه الهيئات ، الاتحاد الدولي للاتصالات ، إذ يخصص جزء اساسي من برامجه وخطط عمله المختلفة لتحقيق الامن السيبراني ، وكذلك تعاملت الامم المتحدة، مع تقنيات المعلومات والاتصالات، لاسيما فيما يتعلق بالانترنت، من منطلق كونها، أداة للتنمية الاجتماعية والاقتصادية ، ووسيلة ناجعة في السعي الى تحقيق اهداف الالفية ، وعليه فقد اوكل المجلس الاقتصادي الاجتماعي ، لمتابعة قضايا التنمية المتعلقة بالانترنت ، في المقابل تهتم اللجنة الخاصة بالعدالة الجنائية ومنع الجريمة ، الموكلة بمتابعة الجهود الدولية في مكافحة ومنع الجرائم الوطنية والعابرة للحدود ، بالقضايا المتعلقة بجرائم الانترنت^(٥٧).

وكذلك يمكن للعراق التعاون مع المجلس الأوروبي، الذي اقر معاهدة مكافحة الجريمة السيبرانية، التي دخلت حيز التنفيذ، سنة ٢٠٠٤ ، داعياً جميع الدول الى التوقيع عليها، منذ تاريخ اقرارها في العام ٢٠٠١. وتعد احكام هذه المعاهدة، منسجمة مع متطلبات مكافحة الجريمة السيبرانية، لاسيما وانها تطلب من الدول الاعضاء، انشاء مراكز اتصال، تعمل بحسب مبدأ استمرارية الخدمة، اي تأمين متابعة على امتداد ساعات اليوم، بحيث تكون دائمة الاستعداد، للتجاوب مع الطلبات القادمة من خارج الحدود الجغرافية، وللتعاون مع القوات المعنية بمكافحة الجريمة، بسرعة وفعالية. ويأتي في هذا السياق، أيضاً، التزام الدولة، في حال كونها مصدر الفعل الجرمي الملاحق، الاحتفاظ بالبيانات الخاصة بحركة الاتصالات، والكشف عنها، الى الدولة التي تطلب ذلك، نتيجة وقوع نتائج الجرم فيها. ويعني ذلك عملياً، ضرورة سن التشريعات الخاصة، التي تسمح بتسهيل عمليات البحث، والاستقصاء، والمتابعة، ووضع اليد، على معلومات الاتصالات، وادخال التعديلات اللازمة على القوانين الجزائية، بحيث تأتي منسجمة، مع متطلبات تسليم المطلوبين من العدالة، وتبادل المعلومات^(٥٨).

(٥٦) ابراهيم قاسم ابراهيم ، استراتيجية الامن الوطني ، مصدر سبق ذكره ، ص ٢٤ .

(٥٧) منى الأشقر جبور ، الأمن السيبراني: التحديات ومستلزمات المواجهة ، مصدر سبق ذكره ، ص ٧ .

(٥٨) منى الأشقر جبور ، الأمن السيبراني: التحديات ومستلزمات المواجهة ، مصدر سبق ذكره ، ص ٧- ٨ .

الخاتمة

تعد مسألة الاختراق السيبراني والجريمة السيبرانية من أكثر القضايا خطورة على الامن الوطني العراقي , نتيجة عجز الحكومة وعجز القطاع الخاص العراقي عن تحقيق الامن السيبراني , ويعود هذا الى العديد من المعوقات التي تم ذكرها , لكن الحقيقة التي لا يمكن تجاهلها ان مساعي الحكومة العراقية لإحلال السلام السيبراني حتى الآن بطيء بشكل يثير القلق, في حين الواقع يحتاج للعمل المكثف لإحلال السلام السيبراني وهذا لا يمكن تحقيقه ما لم تتوفر ارادة حقيقية وعمل جماعي مجد لاحتواء الجرائم السيبرانية والنزاع السيبراني.

لذا يحتاج العراق العمل وبشكل جدي الى ايجاد حلول لمسألة الاختراق السيبراني , وعلى الحكومة العراقية أن تتطلق من ارادة حقيقية مفادها الحرص والمحافظة على معلومات جميع القطاعات ومحاربة أولئك المتخصصين بسرقة المعلومات بتقنيات الكترونية عالية الدقة وحماية فضائها الالكتروني من الاختراقات .

الحرب الاسرائيلية على غزة مواقف وآراء

مجموعة من الباحثين في الجامعات العربية والعالمية

تواصلت هيئة التحرير في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية مع الزملاء والاساتذة الباحثين في الجامعات العربية والعالمية من اجل اصدار ملف خاص عن الحرب الاسرائيلية على شعبنا الفلسطيني في غزة. وقد لبي دعوتنا نخبة خيرة من الاساتذة والذوات الكرام من لبنان وفلسطين الحبيبة وسوريا وألمانيا .وننشر في هذا العدد الأوراق البحثية التي وردتنا منهم كما هي مع خالص شكرنا وتقديرنا لهذه المساهمات الكريمة.

القدس توحد الفلسطينيين وتنتصر لحقوقهم في حرب غزة ٢٠٢١ أ.د. حنا عيسى / الأمين العام للهيئة الإسلامية المسيحية لنصرة القدس والمقدسات

في ظل التطرف والعنجهية لقوات الاحتلال الاسرائيلي من جهة، والاعتداءات اليومية لسوانب المستوطنين وجرائمهم المتواصلة من جهة أخرى، والمساس اليومي بحرمة كل ما هو مقدس وعلى رأسه المسجد الأقصى المبارك، وما يحرق بالمدينة المقدسة والمسجد المبارك من مخططات تهويدية، على رأسها تهجير عائلات فلسطينية من حيي سلوان والشيخ جراح، سادت اجواء التوتر والمواجهة المسجد الأقصى المبارك في اعقاب اقتحامه من قبل قوات الاحتلال المدججة بالسلاح وسط اطلاق كثيف للرصاص الحي وقنابل الصوت والغاز، وسرعان ما انتقل التوتر إلى الضفة الغربية والمدن الفلسطينية في الداخل الفلسطيني المحتل، ثم إلى عدوان غاشم على قطاع غزة... وبعد ١١ يوماً من بدء العدوان على غزة.

فمع حلول شهر رمضان، وتحديداً في ١٣ أبريل/نيسان بدأت كرة العدوان الإسرائيلي في مدينة القدس المحتلة، ثم أخذت تتدرج إلى الضفة الغربية والمدن العربية داخل «إسرائيل»، ثم قطاع غزة. وبدأت شرارة المواجهة بالاعتداء على عشرات الفلسطينيين ومحاولة منعهم من التواجد في ساحة «باب العامود»، واشتدت، مع دعوة جماعات إسرائيلية متطرفة إلى «حرق العرب»، والتداعي لاقتحام واسع للمسجد الأقصى في ٢٨ رمضان. وردا على تلك الانتهاكات، أطلقت فصائل فلسطينية في غزة عشرات الصواريخ على المستوطنات الإسرائيلية القريبة من القطاع.

ومع مساء اليوم الأول من شهر رمضان ١٣ إبريل/نيسان بدأت ترتسم ملامح مواجهة جديدة في القدس بعد أن وضع الاحتلال الإسرائيلي حواجز وسواتر حديدية في باب العامود، وتطور الأمر إلى مواجهات يومية أخذت حيزاً مهماً من الاهتمام في العالمين العربي والإسلامي. وبعد أسبوعين من بدء المواجهة، أعلن المقدسيون انتصارهم على الاحتلال الذي لم يرق له تذوق طعم الهزيمة، لبدأ حرباً شرسة ضد المصلين في المسجد الأقصى وأهالي حي الشيخ جراح بنية تهجيرهم قسراً.

في ٤ مايو، وجه قائد أركان كتائب القسام محمد الضيف تحذيراً نهائياً وأخيراً للاحتلال الإسرائيلي إذا لم يتوقف عن اقتحام المسجد الأقصى في ظل حديث كان يدور عن تجهيز المستوطنين لاقتحامه بالآلاف، وأشار أيضاً إلى قضية الشيخ جراح محذراً كذلك من تهجيرهم. لكن تقديرات الاحتلال كانت بعكس الواقع، فقد كانت ترى أن حماس غير معنية بالتصعيد، وهو ما ثبت عدم دقته بعد رشقة صاروخية نفذتها القسام باتجاه القدس مفشلة اقتحام المستوطنين للأقصى، ومن هناك بدأت الحرب.

وتشابه ما جري في قطاع غزة مؤخراً من تصعيد عسكري إسرائيلي عنيف باستخدام القصف الجوي والبحري وما خلفه ذلك من مئات الشهداء والمصابين مع ما أقدم عليه الاحتلال من قبل في حوادث متشابهة ومتكررة تقريباً، بدءاً من عملية «الرصاص

المصوب» عام ٢٠٠٨ مروراً بعملية «عمود السحاب» عام ٢٠١٢، وصولاً إلى عملية «الجرف الصامد» عام ٢٠١٤. إلا أن العدوان الإسرائيلي الأخير على القطاع والذي حمل اسم «حارس الأسوار» قد حمل عدة ملامح وامتغيرات قد تبدو جديدة عن العمليات التي سبقتها، تتمدد هذه المتغيرات في كل جوانب التصعيد العسكري تقريباً، بدءاً من دوافعه وشرارة انطلاقه، وصولاً إلى التأثيرات التي خلفتها نتائجه على مستقبل القضية الفلسطينية ومستقبل المواجهة بين إسرائيل وفصائل المقاومة الفلسطينية.

وشكل تصدي المقدسين وأهالي حي الشيخ جراح لسياسة الاحتلال وتهجيرهم من بيوتهم، رافعة لانطلاق هبة مقدسية فلسطينية، استطاعت أن تفرض نفسها على أجندة الجميع وتعيد قضية القدس إلى الواجهة.

وجاء التحول الأبرز في هذه الأحداث بتدخل المقاومة في غزة واعتبارها الانتهاكات بحق المقدسات وأهل القدس دافعا ومبررا للدخول في جولة من القتال مع الاحتلال، خاصة بعد مناشدات المقدسين لها وإصرار حكومة رئيس الوزراء الإسرائيلي بنيامين نتنياهو على فرض سياساتها على المسجد الأقصى. منذ هذه اللحظة بدء الفلسطينيون تسجيل جملة من الإنجازات على صعيد قضيتهم، أهمها:

دخول سلاح المقاومة في غزة على خط التأثير على الاحتلال في القدس، وقد يتطور ذلك في مشاهد أخرى ليشمل الاعتداءات الإسرائيلية في الضفة الغربية، وربما بحق فلسطينيي الداخل المحتل.

هذه المعادلة، وبشكل مجرد، تمثل تحولا إستراتيجيا تبنته المقاومة، وقد يعد بمثابة مسار نضالي جديد يعيد القضية الفلسطينية - التي حاولت صفقة القرن واتفاقيات أبراهام تصفيتيها - إلى مربعها الأول، وتثبيت رواية الشعب الفلسطيني التاريخية المتمثلة بأحقية في هذه الأرض، وأن دولة الاحتلال هي مشروع إحلال لمجاميع سكانية مكان شعب له هويته وأرضه.

الوحدة الفلسطينية النضالية في مواجهة الاحتلال في القدس والضفة الغربية وقطاع غزة والداخل المحتل.

استطاعت هذه الجولة بشموليتها في القدس وغزة والضفة والداخل، تثبيت الحق الفلسطيني في القدس، وتفنيد رواية الاحتلال بأحقية في تهويد القدس وأحيائها. يضاف لذلك هبة فلسطينيي الداخل المحتل التي برهنت - بما لا يدع مجالاً للشك - أن دولة الاحتلال أضعف مما تحاول تقديم نفسها به، وأن لدى الاحتلال خاصرة رخوة وحساسة لم تعد بمنأى عن الفعل الفلسطيني المقاوم والتأثر به. أثبتت هذه الجولة قدرة الفلسطينيين على إسقاط مشاريع «الأسرلة» الثقافية والديمغرافية في هذه المواجهة.

وماطلت إسرائيل في وقف إطلاق النار منذ انقضاء الأسبوع الأول للعدوان العسكري على قطاع غزة، ورفضت كافة المبادرات الأممية - ومن ضمنها الأميركية - لتحقيق الهدوء على جبهة القطاع، وفي المقابل عمدت في الأسبوع الثاني من الحرب لتصعيد وتيرة القصف وتكثيف الغارات واستهداف المناطق السكنية، مع التأكيد على

استبعاد تهدئة طويلة الأمد.

وعلى الرغم من المبادرة المصرية والوساطة الإقليمية لوقف إطلاق النار، عقب إطلاق فصائل المقاومة رشقة صاروخية باتجاه مدينة القدس المحتلة في ذكرى ما تسميه إسرائيل «يوم توحيد القدس»، أصرت إسرائيل على المضي في عدوانها دون تحديد بنك الأهداف، وذلك خلافا لحملة عسكرية سابقة.

وأكدت الفصائل الفلسطينية في التصعيد الحالي الوحدة الفلسطينية وأرست معادلة مفادها أن ما يحدث أو سيحدث في القدس أو الضفة الغربية سيتدرد صداه وسيستوجب ردًا من قطاع غزة، وأن ثوابت القضية وأهمها القدس والمقدسات تظل جامعة لكل الفلسطينيين، سواء القابعين تحت الاحتلال، أو غيرهم. وظهر جلياً في العدوان الأخير أن المساعي الإسرائيلية طوال عقود لتقسيم المجتمع الفلسطيني وتكريس الانقسام لم تتجح، بل أن الفلسطينيين لم يكونوا بهذا الشكل من الاتحاد منذ سنوات طويلة ضد الاحتلال وممارساته القائمة على الفصل العنصري. وهي حقيقة لن يكون بمقدور إسرائيل تجاهلها مستقبلاً. كما وثبت الفشل المعلوماتي والاستخباري الإسرائيلي في فهم السياق الوطني لما يجري، وتوقع ما تؤول إليه الأحداث، والأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى تصعيد، والأثر الذي يمكن أن تحدثه ممارسات الاحتلال في القدس على بقية النطاق.

الجديد في المواجهة:

كانت الدوافع الرئيسة للحروب الإسرائيلية السابقة على قطاع غزة هي الصواريخ التي تطلقها حركة حماس ردًا على السياسات الإسرائيلية المتمثلة في فرض الحصار وتضييق الخناق على قطاع غزة، وتهرب إسرائيل من الوفاء بالتزاماتها بموجب الاتفاقات برفع الحصار.

أما مؤخرًا فقد انطلقت شرارة التصعيد نتيجة ما شهدته القدس المحتلة من تهجير قسري لأهالي حي الشيخ جراح، وانتهاكات المستوطنين المتواصلة بحق أهالي القدس والمسجد الأقصى واقتحام باحاته بحماية من قوات الاحتلال، حتى أسمت الفصائل هذه المعركة بـ «سيف القدس». مؤكدة الوحدة.

وأظهر العدوان الإسرائيلي على الأراضي المحتلة التقدم الكبير في القدرات الصاروخية لحركة حماس على المستوى الكمي والنوعي، ويظهر ذلك بشكل جلي من خلال التصريحات الإعلامية للمتحدث باسم جيش الاحتلال بأن الصواريخ التي استهدفت إسرائيل خلال الفترة الماضية «هي الأكثر عددًا في تاريخها».

ومثلت حالة الاضطراب الإسرائيلية على المستويين السياسي والمجتمعي - فضلًا عن الاقتصادي - ملمحًا جوهريًا للحرب الحالية؛ إذ كانت المواجهة وسط حالة غير مسبوقة من التصدع داخل المجتمع الإسرائيلي بشقيه من اليهود والفلسطينيين من عرب الداخل المحتل، اشتدت رحاها مع أحداث حي الشيخ جراح واقتحام المسجد الأقصى، وما أنتجه ذلك من صدمات عنيفة بين الفلسطينيين من جهة واليهود وقوات الاحتلال من جهة أخرى، وخاصة في مدن اللد وحيفا وعكا. وتعد هذه المواجهات وكذلك الإضراب

العام الذي أعلن في الضفة الغربية ومدن إسرائيلية نتائجًا مباشرًا للسياسات العنصرية والتمييزية التي تتبعها إسرائيل بحق الفلسطينيين بالداخل المحتل، وشكلت الأحداث الأخيرة في مجملها حائطًا منيعًا أمام الاستقرار المجتمعي في إسرائيل وتصدعًا عميقًا ومتجذرًا في جبهتها الداخلية؛ في ضوء أن فلسطينيي الداخل يمثلون نحو ٢٠٪ من المجتمع الإسرائيلي، وكونوا رقمًا مهمًا في معادلة السياسة الإسرائيلية في الانتخابات المتوالية.

متغير آخر قد جد في هذا التصعيد وهو إدانة ما تقوم به إسرائيل على كل المستويات، سواء الاستهداف المكثف للمدنيين واللاجئين والمؤسسات الإعلامية في غزة، أو الانتهاكات بحق المقدسين وخاصة أهالي حي الشيخ جراح، أو العنف الذي يمارسه المستوطنون بحق الفلسطينيين في المدن المختلطة، وتوصيفه بأوصافه الحقيقية «الفصل العنصري»، وسعي نواب في الكونجرس الأمريكي إلى منع صفقة بيع أسلحة أمريكية دقيقة التوجيه إلى إسرائيل بقيمة ٧٣٥ مليون دولار. وهي تطورات جعلت إسرائيل هي التي تحاول إضفاء الشرعية على ما تقوم به، وإقناع المجتمع الدولي بأنها تدافع عن نفسها عن طريق التسويق المكثف للأضرار التي تلحقها الصواريخ في المدن والمستوطنات الإسرائيلية. وقد يرتبط هذا التغير في الاستجابة العالمية للحدث بالتحويلات الكبرى على المستويين الإقليمي والدولي، وما تسهم فيه هذه المواجهة من رسم لقواعد جديدة للعبة بين القوى الدولية والإقليمية، وفي القلب منها معادلة أمريكا-إيران، خاصة مع وجود إدارة أمريكية جديدة.

وتحتل القضية الفلسطينية حجر الزاوية في السياسة الخارجية المصرية كأحد محددات الأمن القومي المصري، ودائمًا ما تلعب مصر دورًا محوريًا خلال أي مواجهة تحدث بين فلسطين وإسرائيل للوصول إلى هدنة ووقف إطلاق النار واتفاق تهدئة، وتفاعلت مصر بشكل سريع مع التطورات في الأراضي المحتلة، إذ أصدرت الخارجية المصرية ثلاثة بيانات رسمية خلال الفترة من ٧ - ١٠ مايو شددت خلالها على ضرورة احترام المقدسات الإسلامية ووقف كافة الممارسات التي تنتهك حرمة المسجد الأقصى، وتحميل السلطات الإسرائيلية مسؤولية التطورات التي ستؤدي إلى مزيد من الاحتقان والتصعيد. ومع بدء العدوان الأخير أكدت مصر في كلمتها أمام مجلس الأمن على أن العرب والمسلمين ضاقوا على مدى العقود الثلاثة الماضية مما بدا تغييبًا وتسويفًا لا نهائيًا لوعود وتعهدات دولية ذات طابع قانوني بالتفاوض الجاد حول إنشاء دولة فلسطينية على الأراضي التي تم احتلالها عام ١٩٦٧ والتي تشمل القدس الشرقية، وأن مشهد الصراع العسكري الحالي يهدد مستقبل السلام والاستقرار في المنطقة، داعية مجلس الأمن حثيًّا لأن يلتفت لهذا الوضع المتأزم، وأن يرتقي إلى حجم المسؤوليات الملقاة على عاتقه لإنهاء جولة الصراع الحالية، هذا بالإضافة إلى فتح معبر رفح والتوجهات الرئاسية بتقديم كافة أوجه الدعم للأشقاء بقطاع غزة وختامًا بإعلان الرئاسة المصرية عن تقديم مبلغ ٥٠٠ مليون دولار لإعادة إعمار غزة ومشاركة الشركات المصرية في عملية إعادة الإعمار.

نتائج متوقعة

فشل تحقيق الانتصار: التغيير في معادلة الردع الذي فرضته فصائل المقاومة بقدراتها العسكرية التي استطاعت إلحاق أضرار في العمق الإسرائيلي أدى إلى عدم استطاعة إسرائيل في تحقيق ما يمكن أن تصفه بأنه انتصار عسكري. وهذه الحالة شبيهة بما انتهت به عملية «الجرف الصامد» (٢٦ أغسطس ٢٠١٤). إلا أن هذه الحالة قد ترسخت في حرب ٢٠٢١، مع تداول الصور والمقاطع المصورة التي تظهر إصابة صواريخ المقاومة لأهداف حيوية في المدن والمستوطنات الإسرائيلية، منها مطاري بن جوريون ورامون. وفي ضوء هذه الحالة - فضلاً عن رغبة نتنياهو في تحقيق مكسب على المستوى السياسي انعكاساً للوضع العسكري مثلما حدث في ٢٠١٤ - حاولت إسرائيل - من خلال إعاقة جهود الوساطة الساعية للتوصل إلى وقف إطلاق النار أطول وقت ممكن، وتأكيد استمرار المعارك أياماً أخرى - أن تطيل أمد الحرب - غير مكرثة بالخسائر - أملاً في تحقيق اختراق يمكن أن تصفه بأنه تحقيق للهدف المنشود من العملية، والذي لم يتغير عن العمليات السابقة وهو تدمير القدرات العسكرية لحركة حماس. وقد يمثل هذا الاختراق المنشود في استهداف أحد الشخصيات المهمة في التسلسل القيادي لحركة حماس، وخاصة محمد الضيف قائد كتائب عز الدين القسام والذي تحاول إسرائيل استهدافه منذ نحو ٢٥ عاماً، أو تدمير شبكة أنفاق حماس في غزة بشكل كامل، وهو هدف أثبتت التجربة في ٢٠١٤ صعوبة تحقيقه إلا بهجوم بري ستكون خسائره كبيرة. ونتيجة لذلك كله فإن الوقت القصير الذي يفصل إسرائيل عن وقف إطلاق النار وصعوبة تحقيق هذه الأهداف يجعل من إمكانية خلق صورة انتصار لها أمراً صعباً للغاية.

ضرورة إنهاء الوضع القائم: أعاد التصعيد الأخير بروز القضية الفلسطينية على الساحة العالمية بعد أن توارت عن الأنظار إثر نحو ١٠ سنوات من الحرب المستعرة في الإقليم، وأكد حقيقة للمجتمع الدولي مفادها أن الصراع الإسرائيلي الفلسطيني لن يكون ممكناً التعامل معه من منطلق إدارة الوضع القائم، وأن الاتفاقات التي وقعتها إسرائيل مع عدد من الدول العربية لم تؤد إلى تخفيف حدة النزاع أو وجود دولة إسرائيلية أكثر أمناً، وأن السلام والاستقرار في الشرق الأوسط لن يتأتى إلا بحل جذري وعادل للقضية الفلسطينية يراعي حقوق الفلسطينيين التاريخية. وتتأكد هذه الحقيقة بالنظر إلى ما حدث خلال الأسابيع الأخيرة، فالوضع القائم بما يشمله من تصدع وانكشاف داخلي إسرائيلي ووحدة الفلسطينيين داخل إسرائيل وخارجها وقدرات عسكرية متطورة لدى الفصائل تنذر بعدم استقرار طويل الأمد يمكن أن يهدد إسرائيل. وعلاوة على ذلك فإن هذا التصدع الداخلي والاشتباك الأيديولوجي وتنازع الهويات الذي قد يتطور في أي وقت إلى انتفاضة فلسطينية ثالثة يطرح أمام إسرائيل صورة واقعية مصغرة لما يمكن أن يكون عليه الحال إذا تحقق سيناريو الدولة الواحدة ذات القوميتين كحل مقترح للقضية الفلسطينية. ومن ثم، فإن حل الدولتين رغم الصعوبات الجمة التي تعترض الطريق أمام تحقيقه يظل هو الحل

الأمثل لتسوية هذا الصراع.

ووجهت انتقادات واسعة لـ «إسرائيل» في ضوء نتائج المعركة الأخيرة بين قطاع غزة وجيش الاحتلال، بسبب أن «نتنياهو لم يحدث تغييراً كبيراً على الأرض، ولم يحصل سكان المستوطنات على أي مقابل أو إنجاز بعد تعرضهم لضربات صاروخية كثيفة، وتم فرض وقف إطلاق النار بدون تحقيق إسرائيل أي إنجازات على الأرض». وقال رئيس تحرير صحيفة «هآرتس» العبرية «ألوف بن»، إن العدوان الإسرائيلي على قطاع غزة «يبدو أنه حرب الحدود الأكثر فشلاً وغير الضرورية لإسرائيل». وأضاف: «نحن نشهد فشلاً عسكرياً وسياسياً خطيراً، كشف إخفاقات في استعدادات جيش الاحتلال وأدائه، وبقيادة حكومة مرتبكة وعاجزة». مشيراً إلى أن «المشاكل الأساسية التي اكتشفت في الاستعدادات للحرب وإدارتها هي أن إسرائيل فوجئت بالكامل من تولي حماس المبادرة، ومن جرأتها والقدرة القتالية التي أظهرتها بإطلاق آلاف الصواريخ على الجبهة الداخلية الإسرائيلية».

العدوان الإسرائيلي على غزة

أ.د. خليل حسين/ رئيس قسم العلاقات الدولية والدبلوماسية في الجامعة اللبنانية

ليست سابقة تاريخية ولا عقائدية ان تقدم إسرائيل على تنفيذ اعتداءات منظمة سلفا وبخاصة في الأراضي الفلسطينية المحتلة وتحديدًا في قطاع غزة . حتى باتت تلك الاعتداءات بمثابة قاعدة تستعملها القيادات السياسية والعسكرية الإسرائيلية عند كل حدث بصرف النظر عن أهميته او حجمه او تداعياته، بحيث ان منسوب العدوان ومستواه يتعدى بأشواط كبيرة حتى الضرورات التي تبيحها قواعد القانون الدولي الإنساني في الحروب والنزاعات المسلحة.

والعدوان الأخير المنفذ في النصف الثاني من مايو/ أيار الماضي، يختلف بتداعياته واسبابه وخلفياته عن مجمل الاعتداءات الكبيرة التي نفذت سابقا كاعتداء العام ٢٠٠٨ و ٢٠١٠ و ٢٠١٢ و ٢٠١٤ وما تلاها من اعتداءات صغيرة ومتوسطة متفرقة. فالعدوان نفذ وسط ظروف إسرائيلية وفلسطينية وإقليمية ودولية دقيقة، واستهدف العديد من القضايا الاستراتيجية والتكتيكية ذات الصلة بالصراع العربي الإسرائيلي او بالقضايا الإقليمية ذات البعد الدولي من جهة أخرى.

إسرائيليا، ثمة ازمة سياسة قاعدتها المبدئية ازمة حكم ترقى الى مستوى ازمة نظام ، انشقاق داخلي عامودي بين الطرفين التقليديين اللذين يقودا الحياة السياسية في النظام، مترافقا مع حالات فساد منظمة وموصوفة في رأس الحكم وقياداته السياسية والأمنية والعسكرية، تبتدئ من رئيس الحكومة بنيامين نتنياهو ولا تنتهي بمؤسسات أمنية وعسكرية معتبرة في الحياة السياسية ويتكل عليها في عمليات اتخاذ القرارات الحاسمة. هذه الظاهرة الموصوفة ليست جديدة وانما لها امتدادات عميقة في النظام السياسي الحاكم، لكن هذه المرة اتخذت ابعادا وتداعيات اكثر خطورة على الكيان ولامست الخطر الوجودي، . كما ان العامل الاجتماعي الاقتصادي وكذلك الوضع الصحي جراء جائحة كورونا ، شكلت جميعها ظروفًا مقنعة في رأس نتنياهو لتنفيذ عدوانه، على القاعدة المتعارف عليها في الحياة السياسية الإسرائيلية، وهي الهروب الى الامام في اعتداءات وحروب خارجية، في محاولة لتسجيل انتصارات وهمية والتهرب من انتاج الحلول المقبولة داخليا وخارجيا. وهي عادة متبعة ترتقي الى مستوى قاعدة تستعمل في الحياة السياسية الإسرائيلية عبر الهروب الى الامام من أي استحقاق داخلي او خارجي، . وقد نفذ في مناسبات اسرائيلية عدة ان على مستوى تكتي ام استراتيجي كاعتداءات وحروب كبيرة او متوسطة، ضد الفلسطينيين في الداخل او ضد الدول العربية.

فلسطينيا ، وللأسف ليس الوضع افضل حالا، تباينات عميقة في الرؤى حول كيفية التعاطي مع مشاريع السلام المختلفة بدءا من مؤتمر مدريد ١٩٩٠ مرورا بأوسلو وكامب دايفيد وواي ريفير والكثير من المحطات والمشاريع المتنوعة، وسط ضغوط عربية

واقليمية ودولية هائلة، يستحيل معها التوصل الى قواعد واضحة للتعامل مع عدو يجيد اقتناص الفرص وتحويل الاستثمارات الأمنية والسياسية والعسكرية الى نتائج محققة. عربيا، تراجع موصوف في الحضور السياسي الإقليمي والدولي والفلسطيني، حتى يكاد الصوت مختفيا، وحيث كل دولة تتلهى بمشاكلها التي لا تنتهي، وبذلك فعالية التدخل معدومة ان وجدت، وبالتالي فرص تنفيذ العدوان كانت متوفرة وبمنسوب إسرائيلي عال، ما أتاح لإسرائيل تنفيذ عدوانها دون عراقيل عربية ذات وزن كبير، وهو امر مكرر وليس جديدا، ففي معظم الحالات كان يترك الفلسطينيون لقدرهم .

إقليميا، وضع مأزوم وضاعط، متعدد الاشكال والابعاد، ولهةمن الامتدادات والتداعيات والمؤثرات التي لا تنتهي في ظروف الدول الداخلية وعلاقات الخارجية؛ علاوة على القضايا ذات الصلة بأبعاد دولية. ومنها قضايا لها امتداداتها القوية والمؤثرة في ملفات أخرى متصلة بقضايا داخلية. ربما ابرز هذه القضايا البرنامج النووي الإيراني الذي استهلك الكثير من الجهد والوقت في السياسات الإقليمية والدولية وترك أثارا جمة على العلاقات الإقليمية مثلا وعلى طبيعة القضية الفلسطينية وارتباطات حلولها. فالتدقيق مثلا في هذا الجانب يعزز الاعتقاد بأن سلسلة الاعتداءات التي نفذت على غزة مثلا ، لها بعدا استراتيجي لجهود كسر التوازنات الإقليمية في المنطقة او إعادة بنائها او تعديها، وبخاصة مثلا بين إسرائيل وايران عبر حماس والقوى الإسلامية في غزة وحزب الله في لبنان، وعليه فان الاشتباك الأخير وتحديدا العدوان لا نقل خلفياته او تداعياته او نتائجه المباشرة وغير المباشرة على القضية الفلسطينية برمتها.

اما الظروف الدولية فلا تقل تعقيدا وتأثيرا لجهة تكوين الظروف المناسبة لإسرائيل، فروسيا وأميركا مشغولتان بملفات ثنائية معقدة كقضايا العقوبات الاقتصادية على موسكو وبرامج التسليح والحروب التجارية الطاحنة التي دخلت فيها الصين لاعبا رئيسا، علاوة على النقاط الساخنة في غير مكان من العالم، عدا عن تداعيات جائحة كورونا على الأوضاع الدولية اقتصاديا واجتماعيا وسياسيا ناهيك عن التداعيات الصحية.

تلك الظروف والأوضاع لا تبعد سياسة إسرائيل من الملف النووي الإيراني ومحاولة تدخلها الدائم في سياق المفاوضات الدولية الجارية بين ايران والولايات المتحدة في فيينا، وكأن العدوان المنفذ الهدف الأساس منه حجز مكان رئيس في أي ترتيبات قادمة في هذا الملف، وهو مقعد تريده إسرائيل متقدما ومؤثرا وفاعلا، بحث تعتبر هذا الملف متصل بشكل وجودي بحياة إسرائيل واستمرارها ككيان في المنطقة.

لقد أدى العدوان الإسرائيلي على غزة الى تنغيز مجازر ضد الشعب الفلسطيني في غزة راح ضحيته المئات بينهم اعداد كبيرة من الشيوخ والنساء والأطفال، اضافة الى تدمير الابراج والمسكن واتلاف القطاعات الزراعية ونسف ائالمنشآت والمؤسسات الحيوية في غزة، باختصار نتائج عدوان ارتقت الى توصيفات يجرمها القانون الدولي الانساني ، وفي طليعتها جرائم حرب موصوفة. ورغم الخسائر التي تكبدتها إسرائيل ،فلا مجال للمقاربة او المقارنة عمليا لجهة الاحجام والنوعيات التي تم استهدافها او تضررها. وفي أي حال من الأحوال ورغم أهمية هذه الخسائر، تبقى النتائج السياسية هي الأهم

والتي يبني عليها لاحقا.

في المبدأ، وباعتراف إسرائيلي مبطن أحيانا ومعلن أحيانا أخرى، بأن الغلبة لم تكن لإسرائيل ولم تتمكن من تحقيق أي من اهداف العدوان المعلنة او غير المعلنة ويمكن في هذا السياق تسجيل الملاحظات التالية وأبرزها:

- لم تحقق إسرائيل أي هدف استراتيجي او تكتي معلن او مبطن من العملية، فقد دخلت مسارا عسكريا ولم تتمكن في مراحلها المختلفة من السيطرة على مجريات العمليات العسكرية والأمنية ، بل بدت كعادتها تستجد بغير طرف لوقف اطلاق النار.
- تمكنت المقاومة من تحديد مسارات الرد العسكري في العديد من المناطق الفلسطينية المحتلة وبصواريخ ذات نوعيات محددة، وهي سابقة في المواجهات العسكرية والأمنية بين الفلسطينيين والإسرائيليين.
- لم تتمكن إسرائيل من تنفيذ اجتياحات برية للقطاع بهدف تحرير الجندي الأسير، وظلت المعركة برمتها تبادلا للقصف الصاروخي النوعي بين الطرفين.
- تمكنت المقاومة من تحديد واستثمار مجريات التفاوض لوقف اطلاق النار، وحددت شروطها التي تمكنت من انتزاعها عنوة. من الطرف الإسرائيلي.
- عودة مصر الى الإمساك بملف غزة عمليا، بعد تدخلها وافساح المجال لنجاح مبادرتها لوقف اطلاق النار بين الطرفين.
- تمكنت المقاومة الفلسطينية من تثبيت قواعد الاشتباك ، وعدم تمكن إسرائيل من فرض قواعد جديدة تطل من فعالية الموقف الفلسطيني وتأثيراته عمليا وفعليا.
- تمكنت المقاومة مع اطراف اقليميين آخرين من رسم صورة مبدئية لقواعد عامة تهيء لنظام إقليمي شرق اوسطي لا تكون لإسرائيل اليد الطولى فيه.
- تمكنت المقاومة من التحكم بقواعد اللعبة السياسية في إسرائيل عبر اخراج رئيس الوزراء الإسرائيلي من الحكم، وهي سابقة لجهة التأثير او الفعالية.
- تمكنت المقاومة من الحد من تسارع اجواء التطبيع مع إسرائيل.

من نتائج حرب ١٠ أيار ٢٠٢١ بين المقاومة الفلسطينية وإسرائيل.

د. قصي غريب - سوري / مقيم في ألمانيا.

علي حسن بك - سوري / مقيم في ألمانيا.

في ١٠ أيار ٢٠٢١ اندلعت الحرب الفلسطينية الإسرائيلية في ظل ظروف فلسطينية وإسرائيلية وعربية ودولية مربكة تفتقد اليقين، فقد أظهرت نتائج استطلاعات الرأي العام حول الانتخابات التشريعية الفلسطينية عن احتمال تقدم حركة حماس على حركة فتح التي أخذت مكانتها تتراجع كحركة تحرير وطني في ظل قيادة الرئيس محمود عباس للسلطة الفلسطينية، وقد تم تأجيل الانتخابات من قبله.

وإسرائيلياً كانت نتائج الانتخابات التشريعية تؤكد على احتمال عدم قدرة كتل اليمين المتطرف الذي يقوده بنيامين نتنياهو الذي تلاحقه قضايا فساد وخلافات في كتله في الحصول على أغلبية تمكنه من تشكيل حكومة جديدة، وقد فشل وشكلت حكومة إسرائيلية جديدة برئاسة نفتالي بينيت.

وفي العالم العربي على الرغم من الإهمال الرسمي للقضية الفلسطينية، فقد عمل إعلام الحكومات الموجه وبخطوات ممنهجة حثيثة على تهميشها كقضية مركزية جامعة للعرب على المستوى الشعبي، وما انفك يروج إلى ما يسمى الواقعية السياسية من خلال أن إسرائيل قد أصبحت أمراً واقعاً من دول المنطقة، ومن اللازم التطبيع والتعامل معها، وتقديمها قوة ضاربة لا تقهر، ولذلك من المفيد الاستعانة بها في مواجهة إيران، الذي بدوره ما برح نظامها السياسي ذي العقلية والسلوك «الشاهنشاهي» من تعزيز حالة الحلول كعدو بديل عنها، وتحويل الصراع في المنطقة من عربي إسرائيلي إلى عربي فارسي وسني شيعي، فكان من تبعات ذلك أن لحق بالنظام المصري والنظام الأردني في الاعتراف بإسرائيل والتطبيع معها الأنظمة السياسية الحاكمة في كل من السودان والمغرب والإمارات والبحرين، تحت ذريعة حماية الفلسطينيين ومنع ضم باقي أراضيهم من قبلها.

أما دولياً فقد تراجع مستوى الاهتمام السياسي والإعلامي بالقضية الفلسطينية ولاسيما حين تجاوز الرئيس الأميركي السابق دونالد ترامب حل الدولتين، التي دأبت الإدارات الأميركية المتعاقبة على التعبير عن دعمها له، واعترف في كانون الأول ٢٠١٧ بالقدس عاصمة لإسرائيل، مع أن الولايات المتحدة هي راعية مؤتمر مدريد للسلام في تشرين الأول ١٩٩١ بين الأنظمة العربية وإسرائيل، وراعية اتفاق أوسلو ١٩٩٣ بين منظمة التحرير الفلسطينية وإسرائيل، ولكنها لم تقوم بواجبها وتلزم إسرائيل بتعهداتها القانونية والتزاماتها اتجاه عملية السلام.

في خضم هذه المعطيات وفي القدس بغرة شهر رمضان وبداية شهر نيسان ٢٠٢١ بدأت شرارة المواجهة بين الفلسطينيين وقوات الاحتلال الإسرائيلي بعد أن دعت جماعات إسرائيلية متطرفة إلى اقتحام المسجد الأقصى، بالتزامن مع ممارسة السلطة

الإسرائيلية سياسة التهجير القسري من خلال إصدار قرارات إخلاء منازل تعود لعوائل فلسطينية في حي الشيخ جراح وإحلال مستوطنين إسرائيليين فيها بغية تغيير الطابع السكاني لمدينة القدس، ورداً على هذه الممارسات العنصرية فقد قام الفلسطينيون بالتجمع والتواجد في المسجد الأقصى وباب العامود وأمام المنازل المهددة بالإخلاء في حي الشيخ جراح للتضامن مع الأهالي، فاقترحت قوات الاحتلال الإسرائيلي المسجد الأقصى وقامت بالاعتداء على المصلين، وفرضت إجراءات حرمت من يقل عمره عن ٤٥ عاماً الدخول إليه، ومنعت التواجد في ساحة ومحيط باب العامود، وأغلقت ومنعت الدخول إلى حي الشيخ جراح، فقد واجهت قوات الاحتلال الإسرائيلي الاحتجاج السلمي الفلسطيني بالقمع الوحشي باستخدام الرصاص بأنواعه وقنابل الصوت والغاز والمياه القذرة، وشنت حملة اعتقالات، وعلى أثر ذلك أُنذرت المقاومة الفلسطينية ولاسيما كتائب الشهيد عز الدين القسام الجناح العسكري لحركة حماس سلطات الاحتلال الإسرائيلي، إن لم يتوقف العدوان على الفلسطينيين في القدس فهي لن تقف مكتوفة الأيدي، ومع انتهاء المهلة التي حددتها فقد استهدفت صواريخها عمق تل أبيب وحيفا واللد، وفي المقابل شن جيش الاحتلال الإسرائيلي ضربات جوية عنيفة على قطاع غزة، لتبدأ الحرب في ١٠ أيار ٢٠٢١ وتقف في ٢١ أيار ٢٠٢١، بوساطة مصرية مدعومة دولياً لتعطي النتائج الآتية:

- أعادت حرب ١٠ أيار ٢٠٢١ بين المقاومة الفلسطينية وإسرائيل موضوع القضية الفلسطينية إلى واجهة وصدارة الأحداث والأخبار في الإعلام العربي والعالمي، وبدأ الحديث يتردد من جديد عن لزوم حل القضية الفلسطينية من خلال حل الدولتين أو إقامة الدولة الواحدة.

- على الرغم من حالة الإحباط السائدة لدى الفلسطينيين من النتائج السلبية لاتفاق السلام مع إسرائيل، الذي أرسى قواعده مؤتمر مدريد للسلام في ٣٠ تشرين الأول ١٩٩١ بين أنظمة المواجهة العربية وإسرائيل، واتفاق أوسلو في ١٣ أيلول ١٩٩٣ بين منظمة التحرير الفلسطينية وإسرائيل، في عدم تحقيق إقامة دولة فلسطينية عاصمتها القدس، إلا أن إرادة المقاومة لم تقتر لدى الشعب الفلسطيني، فتصديه السلمي والعسكري لقوات الاحتلال الإسرائيلي يعني أن إرادة التصميم والإصرار على نيل الحرية ما تزال جذوتها ملتهبة، فضلاً عن ذلك أن الممارسات العدوانية والفصل العنصري من قبل إسرائيل ضد الشعب الفلسطيني قد أعادت له شعور الانتماء والمصير الواحد من النهر إلى البحر، ووحدت بين فلسطينيي الضفة الغربية وقطاع غزة والفلسطينيين الذين يعيشون منذ ١٩٤٨ في ظل إسرائيل، الذين ثاروا في مظاهرات منددة بممارساته وقد جوبهت بالعنف المفرط، وأدت إلى فرض الحكومة الإسرائيلية حالة الطوارئ في مدينة اللد، وهذا التحرك الفلسطيني الواعد مع ارتفاع نسبتهم السكانية في المستقبل سيكون له تبعات لا يستهان بها على شكل وجود الكيان الصهيوني، الذي ما انفك يحاول تفرقة وشرذمة الشعب الفلسطيني الذي لم يكن موحداً كما حصل في هذه الحرب.

- أعادت حرب ١٠ أيار ٢٠٢١ للعربي من الخليج إلى المحيط ومن البحر إلى الصحراء الشعور بوحدة الانتماء الواحد والمصير المشترك بين العرب، وهذه الحالة

الجامعة لم تألوا جهداً الأنظمة العربية الحاكمة من محاولة إلغائها لتكريس حالة الدولة القطرية أولاً، لكن التضامن العربي الواسع مع الشعب الفلسطيني قد أكد أن العرب هم شعب واحد والاعتداء على جزء منه هو اعتداء على الكل، وفي هذه الحرب المستمرة منذ بداية القرن العشرين يقاتل الشعب الفلسطيني ضد إسرائيل نيابة عن العرب والمسلمين. - أفهمت حرب ١٠ أيار ٢٠٢١ السياسيين الإسرائيليين ومن يدعمهم ويسانداهم عن حقيقة أن العدوان على الشعب الفلسطيني لم يعد القيام بنزهة أو رحلة سياحية كما كان من قبل، وسيكون ثمنه مكلفاً وباهضاً جداً عليهم، وخاصة أن الصواريخ الفلسطينية البسيطة قد أوقفت الحياة في إسرائيل ولا سيما المطارات، وأظهرت فشل نظام القبة الحديدية التي تسوقها إسرائيل على أنها من أنجح تقنياتها العسكرية بحيث أن الولايات المتحدة الأميركية قد استوردتها لحماية دول الخليج العربي، ولذلك حصل تغير في مفهوم الموازين حيث تم الانتقال من حالة الفرق في توازن القوة بين قوة الجيش الإسرائيلي الضاربة وبين قوة المقاومة الفلسطينية البسيطة إلى حالة توازن الرعب بينهما، الذي يقوم على الردع المتبادل وتوافر القدرة على الرد، فقد كسرت وتجاوزت هذه الصواريخ الهالة التي أحاطتها إسرائيل حولها كقوة عسكرية ضاربة مهابة لا يمكن الاقتراب منها والتجاوز عليها، وأظهرتها في الحقيقة من خلال النتائج على الأرض ضعيفة من الداخل وأن هزيمتها ليست مستحيلة.

- أفهمت حرب ١٠ أيار ٢٠٢١ الشعوب العربية الذين عادت لهم الثقة أنه من خلال توافر إرادة المقاومة وبأسلحة بسيطة فإن هزيمة إسرائيل ممكنة وممكنة جداً، وبذلك كشفت بشكل واضح أن الجيوش التي تم بناءها تحت زعم مواجهة إسرائيل، والأسلحة التي ما انفكت الأنظمة العربية تشتريها وتكدسها على حساب حياة شعوبها قادرة على هزيمة إسرائيل، ولكن يبدو أنها لم تكن لمحاربتها وتحرير فلسطين إنما لحراسة الأنظمة، ولجم وقتل شعوبها إن ثارت عليها، وهذا ما حصل في بلدان الثورات على الاستبداد، وكذلك كشفت وحشية الممارسات العنصرية والعدوانية الصهيونية ضد الشعب الفلسطيني فساد منطق الحكومات العربية، التي اعترفت وطبعت علاقاتها مع إسرائيل من أن خطوتهم لم تؤد إلى حماية الشعب الفلسطيني وتمنع ضم باقي أراضيها من قبل إسرائيل، أو يجعلها أكثر اعتدالاً ويثنيها عن الاستمرار في جرائمها، ومن ثم أن التطبيع لم يساهم في تحقيق السلام بين إسرائيل والشعب الفلسطيني، مع أن بنيامين نتنياهو قد أكد أن الاتفاق معهم يقوم على مبدأ السلام بالسلام وليس السلام بالأرض.

- براغماتية حركة حماس فعلى الرغم من الانتماء العقائدي إلى حركة الإخوان المسلمين لكن بسبب الحصار المفروض عليها في قطاع غزة، وكون مصر بوابتها إلى العالم العربي والخارجي، فقد تجاوزت الخلافات وطبعت العلاقات مع النظام المصري، الذي يشن إعلامه حرب لا هوادة فيها على تنظيم الإخوان المسلمين المصري وعليها باعتبارها تنظيم اخواني، والمفارقة أن قامت مصر بوساطة وقف اطلاق النار بين حماس وإسرائيل من خلال جهاز المخابرات المصرية في حين كانت التهمة الموجهة من قبل

المحكمة إلى الرئيس المصري المنتخب ديمقراطياً محمد مرسي الاتصال بحركة حماس، ومن جانب آخر فقد دفع الحصار المفروض من قبل الأنظمة العربية على حركتي حماس والجهاد إلى الارتقاء في الحضن الإيراني لدفع الشعب العربي إلى التخلي عن المقاومة الفلسطينية، فأجبرتنا على مد العلاقات وتمتين الروابط مع إيران، فكان من سوء نواياها في استغلال دعمها ومساندتها لتحقيق أجندتها أن تم ربط الفعل المقاوم الفلسطيني بتحقيق الأجندة الإيرانية المتعلقة بالملف النووي، ويبدو أن هذا ليس دقيقاً من مبدأ أن المقاومة الفلسطينية هي حركة تحرر وطني، ومن البراغماتية التعامل مع كل الفواعل السياسية في الساحتين الإقليمية والدولية لتحقيق أهدافها، ولذلك من السياسة والاستراتيجية أن تسعى الفصائل الفلسطينية إلى الفائدة من أي دعم يقدم إليها من أي جهة وخاصة الدعم العسكري لمواجهة إسرائيل، لأنه في نهاية الأمر يكون الفعل العسكري والسياسي مرتبط بها وليس بمن يقدم الدعم، فالتجربة التاريخية لحركات التحرر الوطني في العالم، ومنه العالم العربي تؤكد أنها تتلقى الدعم والمساندة من كثير من الدول، ولكنها لا تعمل إلا بأجندة تحقيق أمان شعوبها، فالمقاومة الفيتنامية قد تلقت الدعم من الاتحاد السوفيتي والصين الشعبية، ولكنها لم تكن تعمل إلا لمصلحة الشعب الفيتنامي، وكذلك المقاومة الفلسطينية بقيادة ياسر عرفات فعلى الرغم من تلقيها الدعم والمساندة من الدول العربية والاتحاد السوفيتي ومنظومته الاشتراكية إلا أنها لم تعمل إلا لأجندة الشعب الفلسطيني.

- خلقت حرب ١٠ أيار ٢٠٢١ حالة من التعاطف الدولي مع الشعب الفلسطيني، وذكرت المجتمع الدولي بأنه لا يمكن القفز عن حل قضيته، فالولايات المتحدة وإن ما برحت الدفاع عن حق إسرائيل بالدفاع عن نفسها، ولكنها عبرت عن قلقها بشأن عمليات الإخلاء المحتملة للعائلات الفلسطينية، الذين يعيشون في منازلهم منذ أجيال، وطالب عدد غير مسبوق من أعضاء الكونجرس الأميركي بربط جزء من المساعدات الأميركية لإسرائيل، باحترامها حقوق الإنسان.

ودعا الاتحاد الأوروبي السلطات الإسرائيلية إلى التحرك بشكل عاجل لوقف التصعيد معتبراً إجراءات الإخلاء في حي الشيخ جراح غير قانونية. وأعرب بابا الفاتيكان عن قلقه البالغ إزاء الوضع في القدس ودعا إلى إنهاء الصدمات في المدينة المقدسة. فضلاً عن ذلك فقد وصفت وسائل إعلام عالمية ومراكز أبحاث مثل كارنيجي، ومنظمات لحقوق الإنسان مثل هيومن رايتس واتش، ما تقوم به إسرائيل من ممارسات ضد الشعب الفلسطيني بالعنصرية، وطالبت بضرورة محاسبتها على انتهاكاتها، كما شهدت عدة مدن في الولايات المتحدة وكندا وأوروبا وأستراليا مظاهرات منددة بالعدوان الإسرائيلي على الفلسطينيين، وطالب المحتجون حكوماتهم بالتوقف عن دعم إسرائيل.

- من المحتمل أن تشهد الساحة السياسية الفلسطينية إعادة بناء جديد لموازن القوى السياسية فيها من منطلق إن نتائج الحرب العسكرية ستعكس سياسياً على مكانة حركة حماس في قيادة الشعب الفلسطيني كقوة سياسية لها القدرة على التأثير في صنع القرار السياسي الفلسطيني، ولاسيما من خلال تعزيزها بالانضمام إلى منظمة التحرير

الفلسطينية، فموقف ودخول حركة حماس الحرب في الدفاع عن الشعب الفلسطيني، والرد بقوة على الاعتداءات الإسرائيلية قد أسهم في تهميش دور السلطة الفلسطينية وتقديم نفسها كقائد للشعب الفلسطيني، فذهب خالد مشعل رئيس حركة حماس في الخارج في هذا الاتجاه حول ضرورة وجود قيادة فلسطينية جديدة تقود نضال الشعب الفلسطيني، ويبدو أن الجولة العربية لرئيس المكتب السياسي لحركة حماس إسماعيل هنية لا تخلو من أجل تأكيد ودعم هذا الشأن.

- كان من نتائج حرب ١٠ أيار ٢٠٢١ على الساحة السياسية الإسرائيلية فقدان بنيامين نتنياهو منصب رئيس الحكومة الذي استمر يشغله لمدة ١٢ عاماً، فقد تم الاتفاق بين ثمانى أحزاب معارضة على تشكيل تحالف والعمل معاً من أجل تشكيل حكومة جديدة منها القائمة العربية الموحدة التي تعد أول حزب فلسطيني ينضم لائتلاف حكومي منذ تأسيس إسرائيل، فدعا بنيامين نتنياهو أعضاء اليمين في البرلمان إلى منع التحالف الجديد من تولي السلطة، ولكن البرلمان أيد تشكيل حكومة برئاسة نفتالي بينيت.

دراسات مترجمة

الرأي السادس للمجلس الاستشاري لاتفاقية الامم المتحدة المنظمة لعقود البيع الدولي للبضائع^(١) (حساب التعويضات وفق المادة ٧٤ من اتفاقية الامم المتحدة المنظمة لعقود البيع الدولي للبضائع)^(٢)

ترجمة:

أ.م.د. حسين جبر حسين الشويبي

د. محمد عبد العزيز العكيلي

الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية

(١) المجلس الاستشاري لاتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (CISG-AC) هو مبادرة خاصة مدعومة من قبل مؤسسة القانون التجاري الدولي في كلية القانون بجامعة (بيس) ومركز دراسات القانون التجاري في جامعة (لندن) . ومهمة المجلس هي المساهمة في تفسير نصوص اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع , او ما تسمى باتفاقية فينا ١٩٨٠ (CISG) والمساعدة على التوحيد في تطبيقها . وقد أصدر المجلس الاستشاري لغاية الان عشرين رأيا استشاريا بخصوص مسائل مختلف في تفسيرها ضمن نصوص الاتفاقية . وهذه الاراء الاستشارية صدرت عن المجلس باللغة الانكليزية , الا أن عددا منها قد ترجم لى اللغات الاخرى كالفرنسية والصينية وغيرها دون اللغة العربية . ولحاجة الباحثين العرب في مجال التجارة الدولية والتحكيم التجاري الدولي الى الرجوع الى هذه الاراء , ارتأينا ترجمتها الى اللغة العربية قدر المستطاع ونشرها في مجلة كليتنا , وقد بدأنا هنا بترجمة الرأي الأول , الذي تم نشره في العدد السادس من المجلة والرأي الثاني الذي نشر في العدد السابع منها والرأي الثالث الذي نشر في العدد الثامن والرأي الرابع في العدد التاسع منها والرأي الخامس في العدد العاشر . ونقدم للقارئ الكريم في هذا العدد الرأي السادس مع التعليقات الملحقة به على امل متابعة نشر باقي الاراء في الاعداد القادمة . كما أننا نجد أن من المفيد اضافة بعض الحواشي التي نراها ضرورية للاحاطة براء المجلس .

(٢) جاء هذا الرأي استجابة لطلب: وكان السؤال المطروح على المجلس هو «ما هي انواع الاضرار التي نصت عليها المادة ٧٤ وكيف يجب ان تحتسب هذه الاضرار؟»، وبذلك فان هذا الرأي ذو نطاق محدود ولا يمتد الى دراسة القضايا المتعلقة بالسببية وامكانية التنبؤ وتخفيف الضرر على نحو معمق.

المادة (٧٤):

«يتألف التعويض عن أخلال أحد الطرفين بالعقد من مبلغ مساو للخسارة التي لحقت بالطرف الآخر والكسب الذي فاته نتيجة هذا الأخلال. كما لا يجوز أن تتجاوز هذه التعويضات قيمة الخسارة التي توقعها الطرف المخل أو التي كان يجب أن يتوقعها وقت إبرام العقد، في ظل الوقائع والمسائل التي كان يعلمها أو التي كان يجب أن يعلمها، كنتيجة متوقعة للأخلال بالعقد».

الرأي.

١. تعكس المادة (٧٤) المبدأ العام للتعويض الكامل.
٢. يقع على عاتق الطرف المتضرر عبء إثبات _ بدرجة معقولة من اليقين _ تكبده للخسارة ومقدارها، ولكنه لا يحتاج إلى إثباتها بدقة حسابية.
٣. للطرف المتضرر الحصول على تعويضات بسبب عدم تنفيذ العقد، والتي تقدر عادة بالقيمة السوقية للفائدة التي حرم منها بسبب الإخلال بالعقد، أو تكاليف التدابير المعقولة لتحقيق الوضع الذي كان من الممكن أن يحدث لو نُفذ العقد بشكل صحيح.

أ- للطرف المتضرر الحصول على أي مكاسب صافية فائتة نتيجة الإخلال.
ب- قد يشمل الكسب الفائت الذي يمكن استرداده بموجب المادة (٧٤) الكسب الفائت الذي يتوقع تكبده بعد أن تقيم الهيئة القضائية التعويضات.
ج- يشمل الكسب الفائت الخسارة في حجم المبيعات.
٤. للطرف المتضرر الحصول على تكاليف إضافية تكبدها بشكل معقول نتيجة الإخلال بالعقد، والتدابير المتخذة لتقليل الخسارة.
٥. لا تجيز المادة (٧٤) للطرف المتضرر المطالبة بالنفقات المرتبطة بالتقاضي بشأن الإخلال بالعقد.

٦. للطرف المتضرر الحصول على تعويضات عن الخسارة المالية الناجمة عن مطالبات الغير نتيجة الأخلال بالعقد.
٧. للطرف المتضرر الحصول على تعويضات عن فقدانه سمعته التجارية بسبب هذا الإخلال.

٨- إذا حدث أخلال بالعقد، ثم دخل الطرف المتضرر في معاملة بديلة مناسبة دون أن يفسخ العقد الأول، يجوز له وفق المادة (٧٤) المطالبة بالتعويض عن الفرق بين قيمة العقد والمعاملة البديلة.
٩. يجب ألا تضع التعويضات الطرف المتضرر في وضع أفضل مما كان سيتمتع به لو نُفذ العقد بشكل صحيح.

أ- عند حساب مبلغ التعويضات المستحقة للطرف المتضرر، فإنه يجب من حيث المبدأ، معادلة الخسارة التي لحقت به نتيجة الأخلال بالعقد، بالمكاسب التي يكون قد حققها نتيجة عدم تنفيذه.

ب- لا يجوز منح تعويضات جزائية بموجب المادة (٧٤) من هذه الاتفاقية. تعليقات على الرأي السادس للمجلس الاستشاري لاتفاقية الامم المتحدة المنظمة لعقود البيع الدولي للبضائع.

١- تعكس المادة (٧٤) المبدأ العام للتعويض الكامل.

١,١_ لا تقدم المادة (٧٤) مبادئ توجيهية محددة لحساب التعويضات^(٣). وتَمَنَح بدلاً من ذلك المحكمة سلطة تحديد «الخسارة التي تكبدها الطرف المتضرر ... نتيجة الاخلال» بناءً على الظروف الخاصة بالقضية. وتهدف المادة (٧٤) إلى وضع الطرف المتضرر في نفس الوضع المالي الذي كان من الممكن أن يكون فيه، لو لم يحدث الاخلال وتُفَذ العقد بشكل صحيح^(٤). وبعبارة أخرى صُممت لمنح الطرف المتضرر «منفعة الصفقة»^(٥). وبناءً على ذلك يجب تفسير المادة (٧٤) بشكل موسع؛ لتعويض الطرف المتضرر عن جميع الأضرار التي لحقت به نتيجة الأخلال بالعقد. ومع ذلك تخضع جميع المطالبات بالتعويضات، بما في ذلك التي تكون بموجب هذه المادة، للقيد التي تفرضها مبادئ إمكانية التنبؤ والتخفيف^(٦).

(3) -The Secretariat Commentary provides:

Since article 70 [draft counterpart to CISG Article 74] is applicable to claims for damages by both buyer and the seller and these claims may arise out of a wide range of situations, including claims for ancillary damages to a request that the party in breach perform the contract or to a declaration of avoidance of a contract, no specific rules have been set forth in article 70 describing the appropriate method of determining “the loss . . . suffered . . . as a consequence of the breach.” The court or the arbitral tribunal must calculate the loss in the manner which best suits the circumstances

Secretariat Commentary, art. 70 [draft counterpart to CISG art. 4 ,74, reprinted in Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales, Kluwer 1989, p. 449 [hereinafter “Secretariat Commentary”], also available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/seccomm/secomm-74.html>. There exists no official commentary on the CISG. The Secretariat Commentary is on the 1978 Draft of the Convention. Nevertheless, the Commentary reflects that Secretariat’s impressions of the purposes and effects of the Commission’s work and provides a helpful analysis of official text of the CISG. See Kritzer, Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1989, p. 2 (“[The Secretariat] Commentaries are the closest available counterpart to an Official Commentary on the Convention and, when they are relevant, constitute the most authoritative citations to the meaning of the Convention that one can find.”).

(4) See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods, 2nd ed., Oxford, 2005, art. 2 ,74; Honnold, Uniform Law for International Sales, 3rd ed., Kluwer, 1998, p. 445 (citing Treitel, Remedies for Breach of Contract, Oxford, 1998, p. 82).

(5) See Farnsworth, Damages and Specific Relief, 27 Am. J. Comp. L. pp. 1979) 249 ,247); Sutton, Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 50 Ohio State L.J. pp. 1989) 742 ,737).

(6) CISG arts. 77 ,74.

٢,١_ نُص على مبدأ التعويض الكامل عن الإخلال بالعقد الوارد في المادة (٧٤) في العديد من القوانين الوطنية^(٧). فضلاً عن ذلك اعتمد في كل من مبادئ اليونيدورا ومبادئ قانون العقود الأوروبي (PECL)^(٨). كما أنه يتفق مع قرارات العديد من المحاكم الدولية^(٩).

٣,١_ وتجدر الإشارة ابتداءً إلى أنه يجوز للأطراف الاتفاق على الجزاءات المتاحة للإخلال بالعقد^(١٠). على سبيل المثال: قد يحدون من نطاق المسؤولية في حالة قيام أحد الأطراف بإنهاء العقد بسبب أحداث معينة. فضلاً عن ذلك قد تتضمن بند تعويضات مقطوعة، والذي ينص على مبلغ محدد من التعويضات الذي يتعين على الطرف الذي يتصل من الاتفاق دفعه. ومع ذلك قد ترفض بعض السلطات القضائية تطبيق هذا البند؛ لأسباب تتعلق بالسياسة العامة^(١١).

٢. يقع على عاتق الطرف المتضرر عبء إثبات _ بدرجة معقولة من اليقين _ تكبده للخسارة ومقدارها، ولكنه لا يحتاج إلى إثباتها بدقة حسابية.

١,٢_ لم تبين المادة (٧٤) صراحةً إلى أي مدى يجب على الأطراف المتضررة إثبات تكبدها للخسارة، من أجل حصولهم على التعويضات بموجب هذا النص^(١٢).

(7) See Harris/Tallon, *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons*, Oxford 1989, p. 274; Draetta, et al., *Transnational Contract Law in The Law of Transnational Business Transactions*, Federation Press, 4:50 §, 2003; *Robinson v. Harman* 1 Exch p. 1848 (850); *The Unique Mariner* [1 [1979 Lloyd's Rep. 54 ,37; Waddams, *The Law of Damages*, Canada Law Book Limited, ,1983 536; Corbin, *Corbin on Contracts*, West, 1952, p. 525; Canada, *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, Supreme Court of Canada, 1, 1979 S.C.R. p. 663.

(8) UNIDROIT Principles art. 7.4.2; PECL art. 9:502

(9) See *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co.*, *Arbitral Award*, 15 March 1963, reprinted in 35 I.L.R. pp. 1967) 182 ,136); *Delagoa Bay and East African Railway Co. (U.S. and Great Britain v. Portugal)* (1900), summarized in pertinent part in Whiteman, *Damages in International Law*, William S. Hein & Co., 1943, vol. 3, pp. 1697 ,1694; see also Westberg, *International Transactions and Claims Involving Government Parties: Case Law of the Iran-U.S. Claims Tribunal*, Intl. Law Inst., 1991, p.

190. The arbitrator in the celebrated *Sapphire* case explained this principle as follows: According to the generally held view, the object of damages is to place the party to whom they are awarded in the same pecuniary position that they would have been in if the contract had been performed in the manner provided for by the parties at the time of its conclusion. . . . This rule is simply a direct deduction from the principle of *pacta sunt servanda*, since its only effect is to substitute a pecuniary obligation for the obligation which was promised but not performed. It is therefore natural that the creditor should thereby be given full compensation. This compensation includes loss suffered (*damnum emergens*), for example expenses incurred in performing the contract, and the profit lost (*lucrum cessans*), for example the net profit which the contract would have produced.

Sapphire, 35 I.L.R. pp. 86-185.

(10) CISG art. 6.

(11) Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, Aspen, 2004, vol. 12.18 §, 3.

(12) Commentators have asserted that the CISG imposes a burden of providing evidence of=

ونتيجة لذلك كان هناك خلاف حول ما إذا كانت الاتفاقية تتناول هذه المسألة ضمنياً أم أنها مسألة إجرائية يتعين حلها وفقاً للقانون المحلي. وقد رأيت بعض المحاكم والهيئات القضائية أن هذه المسألة من قبيل المسائل الإجرائية والتي تقع خارج نطاق الاتفاقية^(١٣). ومع ذلك فإن الاعتماد على مثل هذا النهج يمكن أن يؤدي إلى نتائج عكسية، وإلى تفرقة بالمعاملة بين أطراف ذات أوضاع متشابهة.

٢,٢_ يجب على الطرف المتضرر أن يثبت أنه تكبد خسارة نتيجة الإخلال بالعقد؛ ليحصل على التعويض. وفي بلدان التي تأخذ بالشرعية الأنكلوسكسونية غالباً ما يتبين مستوى الإثبات المطلوب في اشتراط ان يثبت المدعي «قطعياً الأضرار»^(١٤). وتشترط بعض البلدان التي تأخذ بالشرعية اللاتينية أن يكون الضرر ثابتاً بدرجة معقولة في وجوده دون مقداره^(١٥)، في حين تقرض بلدان أخرى معياراً أعلى من الإثبات للحصول على التعويض، ولا سيما فيما يتعلق بالمطالبة به عن الكسب الفائت^(١٦).

٢٣_ يمكن أن يؤدي وجود قواعد مختلفة لإثبات الضرر إلى معاملة تفضيلية لأطراف ذات أوضاع متماثلة. فعلى سبيل المثال: كثيراً ما يعتمد المشترون الذين يحاولون إثبات الخسائر في المستقبل على افتراضات بشأن أسعار السوق وحجم المبيعات المستقبلية. فإذا رفض البائع بطريق الخطأ تسليم منتج جديد أو منتج لم يكن المشتري قد

=damages on a claimant. See Enderlein/Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications 1992, p. 298. However, the CISG does not expressly require that damages be proved with certainty. See Saidov, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, § 2001) 5), available at : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>.

(13) See United States, *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, U.S. Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1996, CISG-online.ch 140; see also Finland, *Helsingin Hoviokseus*, 26 Oct. 2000, CISG-online.ch 1078; Switz., *Bezirksgericht der Saane*, 20 Feb. 1997, CISG-online.ch 426; Arbitration, ICC Court of Arbitration, 23 Jan. 1997 CISG-online.ch 236. One commentator examining CISG cases in the Russian Federation concludes that arbitration tribunals there have consistently applied their own discretion to determine the level of proof necessary. See Saidov, *Cases on CISG Decided in the Russian Federation*, 7 *Vindobona J. Intl Com. L. & Arb.* pp. 2003) 50 ,62-1).

(14) See United States, *Bagwell v. Middle S. Energy*, U.S. Court of Appeals (5th Cir.), 797 ,1986 F.2d p. 1298; United States, *Locke v. United States*, U.S. Court of Claims, 283 ,1960 F.2d p. 521; Unites States, *Kozlowski v. Kozlowski*, New Jersey Supreme Court, 403 ,1979 A.2d p. 902; Chitty on Contracts, 24th ed., Sweet & Maxwell, 1977, vol. 1562§ ,1; Carter/Harland, *Contract Law in Australia*, 4th ed., LexisNexis, 2117 ,2002; see also Restatement, Contracts (Second) § 1981) 352 (U.S.); Dobbs, *Law of Remedies*, West, 2)12.9 ,(3)12.4 §§ ,1993; McGregor, *McGregor on Damages*, 14th ed., Sweet & Maxwell, 261 § ,1980; see also Waddams, op. cit., 1051; *Arbitral Award, Final Award in Case No. 78445 of 1996*, reprinted in XXVI Y.B. Com Arb. pp. 2001) 175 ,167 (citing India, *State of Kerala v. K. Bhaskaran*, AIR (1985) Kerala p. 55); Robert Dunn, *Recovery of Damages for Lost Profits*, 5th ed., Cromwell-Smith, 1.6 § ,1998; Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, 36 *Geo J. Intl L.* p. 2005) 61).

(15) See Simont, Belgium, in *Transnational Litigation*, Oceana, 2003, p. BEL64-; Vargas/Lira, Brazil, in *Transnational Litigation*, Oceana, 1997, p. BRA11-.

(16) Wirth et al., Switzerland, in *Transnational Litigation*, Oceana, 1997, p. SWI77-

تعامل به من قبل، مع وجود القليل من الأدلة الملموسة التي يمكن للمشتري المتضرر أن يبني عليها مطالبته بالتعويض، والتي ستتألف أساساً من الكسب الفائت^(١٧)، فالبلدان التي تتطلب مستوى عالياً من الإثبات فيما يتعلق بتكبد الطرف المتضرر للخسارة لن تسمح على الأرجح باسترداد الكسب الفائت بموجب المادة (٧٤). في حين يمكن للطرف المتضرر الحصول على هذه التعويضات بموجب المادة المذكورة، في البلدان التي يكون فيها مستوى الإثبات أكثر مرونة. وستكون هذه النتيجة غير عادلة وتقوض هدف الاتفاقية المتمثل في توفير قانون موحد بشأن بيع البضائع. وبالإضافة إلى ذلك فإن النهج الأول يتعارض مع مبدأ التعويض الكامل. ويمكن أن يوفر أيضاً حافزاً لأحد الأطراف على الإخلال بالتزاماته التعاقدية. وكما أوضحت إحدى هيئات التحكيم في قضية غير متعلقة بهذه الاتفاقية:

إذا اقتصر الاسترداد على ما أنفقه المطالب اعتماداً على عقد أخل به، سينشأ حافز يتعارض مع الأخلاق التعاقدية؛ إذ سيجد الملتزمون عموماً أن من مصلحتهم الإخلال بالعقود التي يتبين أنها ذات منفعة للمتعاقد الآخر، ولن يبرموا عقوداً تتطوي على مخاطر تتطلب سداد تكاليفها. كما أن قصر ما سيسترده المتضرر نتيجة الإخلال بالعقد على نفقاته الفعلية سيحوّله إلى دائن، وهو أمر لا يمكن تقبله عندما يكون هذا الطرف معرضاً لمخاطر كاملة على مبلغ الاستثمارات التي تمت على أساس قوة العقد^(١٨).

٢٤. علاوة على ذلك، فإنه يجب من منظور السياسة العامة ألا يتمكن الطرف المخل بالعقد من الإفلات من المسؤولية، لكون فعله غير المشروع يصعب معه إثبات الأضرار بدرجة قطعية^(١٩). كما أشارت إحدى محاكم الولايات المتحدة إلى «أن المحاكم تحمل مسؤولية الشك في تحديد مقدار الكسب الفائت بشكل خاص، للطرف المخل»^(٢٠).

٢٥. من ناحية أخرى قد يؤدي الاعتماد على القانون الإجرائي الواجب التطبيق لحل هذه المسألة إلى نتائج عكسية^(٢١)، ويرجع ذلك إلى أن اعتبار مسألة ما موضوعية

(17) The Helsinki Court of Appeals dealt with a similar scenario, where the seller had refused delivery of plastic carpets that the buyer had not previously been in the business of selling. See Finland, Helsingin hovioikeus, 26 Oct. 2000, CISG-online.ch 1078. In this case the buyer had entered into a requirements contract with a third party for the resale of the plastic carpets. Id. The court, in estimating the buyer's damage as a result of the seller's breach, held that the buyer's sales goal could not be used as basis for estimating lost profits. Id

(18) Arbitral Award, Himpurna California Energy Ltd. v. P.T. (Persero) Perusahaan Listruik Negara, Final Award of 4 May 1999, reprinted in XXV Y.B. Com. Arb. pp. 2000) 84-83, 13).

(19) See United States, Southwest Battery Corp. v. Owen Supreme Court, 115, 1938 S.W.2d p. 1097 ("A party who breaks his contract cannot escape liability because it is impossible to state or prove a perfect measure of damages."); United States, Super Valu Stores, Inc. v. Peterson, Alabama Supreme Court, 506, 1987 So.2d p. 317 ("[T]he risk of uncertainty must fall on the defendant whose wrongful conduct caused the damages.")

(20) United States, Mid-America Tablewares, Inc. v. Mogi Trading Co., U.S. Court of Appeals (7th Cir.), 100, 1996 F.3d p. 1353.

(21) See Zeller, Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, =

أو إجرائية قد يختلف من اختصاص قضائي إلى آخر، وكذلك قد تتوقف على الظروف الخاصة لكل قضية^(٢٢). وبدلاً من ذلك يجب أن يركز التحليل على ما إذا كانت هذه المسألة خاضعة للاتفاقية من خلال دراسة «أغراض الأحكام الفردية وسياساتها، وكذلك الاتفاقية ككل» وإيلاء الاعتبار اللازم للحاجة إلى تفسير موحد^(٢٣).

٦,٢_ نظراً للحاجة إلى تعزيز الطابع الدولي للاتفاقية، وضرورة تشجيع الاتساق في تطبيقها، وفي ضوء مقاصد المادة (٧٤) وسياساتها، يتحمل الطرف المتضرر عبء إثبات تكبده للخسارة نتيجة الاخلال بدرجة معقولة من اليقين. ويجب عدم النظر إلى فرض معيار «المعقول» على أنه توجه راديكالي. بل هو يتسق مع الاتفاقية ككل. كما يشير أحد المعلقين إلى ما يلي:

وأشارت الاتفاقية في مناسبات عديدة إلى الأطراف باعتبارهم أشخاصاً «عقلاء» انظر على سبيل المثال: المواد (٢/٨) و(٣/٨) و(٢٥) و(٣٥/١/ب) و(٦٠) و(٢/٧٢) و(٧٥) و(٧٧) و(١/٧٩) و(٨٥) و(٨٦) و(٢/٨٨)، واقتضت في مناسبات أخرى وجوب إنجاز فعل معين أو توجيه إشعار في غضون «فترة زمنية معقول» (انظر على سبيل المثال: المواد (٢/١٨) و(٣/٣٣) و(١/٣٩) و(١/٤٣) و(٤٧) و(٤٩) و(٦٣) و(٦٤) و(٦٥) و(٢/٧٣)، وكذلك ميزت بين النفقات «المعقولة» و«غير المعقولة» (انظر على سبيل المثال: المادة (٤٣) و(٣٧) و(٤٨) و(٨٧) و(٨٨/٢/٣). وتدل هذه الإشارات على تشكيل ضابط «المعقولة» بموجب هذه الاتفاقية معياراً عاماً لتقييم سلوك الأطراف الذي يجوز للمرء اللجوء إليه في ظل غياب أي أنظمة خاصة^(٢٤).

=Oceana,

2005, pp. 59-158 (noting substance-procedure distinction allows courts to apply local law that they are familiar with and leads to forum shopping, and, in some cases where procedural law has been applied instead of an international convention, “the application of domestic procedural law distorted the process of what could have been a uniform application of substantive law”).

(22) See Orlandi, Procedural Law Issues and Law Conventions, 5 Uniform L. Rev. p. 2000) 23); See also, United States, Sun Oil Co. v. Wortman, U.S. Supreme Court, 486, 1998 U.S. p. 717 (“Except at the extremes, the terms „substance and „procedure precisely describe very little except dichotomy, and what they mean in a particular context is largely determined by the purposes for which the dichotomy is drawn.”); United States, Hanna v. Plumer, U.S. Supreme Court, 380, 1965 U.S. p. 460 (“The line between „substance and „procedure shifts as the legal context changes. Each implies different variables depending upon the particular problem for which it is used.”); see also John Y. Gotanda, Awarding Interest in International Arbitration, 90 Am J. Intl L. p. 1996) 40) (noting that “many countries regard the awarding of interest as substantive, while others deem rules concerning interest procedural”).

(23) See Bianca/Bonell/Knapp, Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè, Milano, 1987, art. 2.3.1-2.2.1, 7 (stating that in cases of ambiguities or obscurities in text and gaps, “courts should to the largest possible extent refrain from resorting to the different domestic laws and try to find a solution within the Convention itself” by looking “to the underlying purposes and policies of individual provisions as well as of the Convention as a whole”).

(24) Bianca/Bonell/Bonell, op. cit., art. 2.3.2.2, 7.

٧,٢_ أن مطالبة الأطراف المتضررة بإثبات (بدرجة معقولة من اليقين) تكبدها خسارة يتفق مع مبادئ اليونيدروا ومبادئ قانون العقود الأوروبي^(٢٥). حيث تنص مبادئ اليونيدروا على ما يلي: «جـ يقتصر استحقاق التعويض عن الضرر، بما في ذلك الضرر المستقبلي الذي يُثبت بدرجة معقولة من اليقين»^(٢٦)، وتنص التعليقات كذلك على «يؤكد من جديد الشرط المعروف جيدا المتمثل بيقينية الضرر...»^(٢٧). وتنص مبادئ قانون العقود الأوروبي على ما يلي: «تشمل الخسارة التي يمكن التعويض عنها عن الأضرار: (أ) الخسارة غير المالية . (ب) الخسارة المستقبلية التي يحتمل حدوثها بشكل معقول»^(٢٨).

٨,٢_ يتفق هذا الشرط أيضا مع العديد من القوانين الوطنية^(٢٩)، وعلاوة على ذلك فإنه يتسق مع قرارات عدد من المحاكم والهيئات القضائية التي فرضت شرطا يقضي بإثبات الأضرار بدرجة معقول من اليقين^(٣٠).

٩,٢_ إذا كان بمقدور الأطراف المتضررة تحمل عبء إثبات الأضرار بقدر معقول من اليقين، فإن عليها عندئذ أن تتحمل عبء إثبات مدى هذه الأضرار، ولكنها لا تحتاج إلى ذلك بدقة رياضية^(٣١). ويقتصر واجبها على توفير الأساس الذي يمكن للمحكمة البناء عليه لتقدير مدى الأضرار بشكل معقول. ويمكن للطرف المتضرر القيام بذلك على سبيل المثال من خلال: استخدام شهادة الخبراء، أو البيانات الاقتصادية

(25) See Eiselen, Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG, k, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>; Blasé/Höttler, Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp74.html>.

(26) Art. 7.4.3.

(27) Art. 7.4.3 cmt. 1 (emphasis added).

(28) Art. 2)9:501) (emphasis added).

(29) See Hahnkamper, Austria, in *Transnational Litigation*, Oceana, 1999, p. AUS88-; Simont, op. cit., p. BEL63- (Belgium); Wirth, op. cit., p. SWI76- (Switz.) (citing Gauch/Schluemp, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich, 6th ed., 1995, vol. 2, pp. ,2630 ,2624 2726; Restatement, Contracts (Second) § 1981) 352) (U.S.); see also Gotanda, Lost Profits, op. cit., p. 87 (“[I]n general, the claimant must prove lost profits with reasonable certainty. In many countries though, the certainty rule applies only to the fact that the breach resulted in claimant’s loss of future revenues and not to the amount of profits it lost.”).

(30) Finland, Helsingin Hovioikeus, 26 Oct., 2000, CISG-online.ch 1078; Russia, ICA Arbitral Tribunal, 27 July, 1999, CISG-online.ch 779; United States, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp., U.S. Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1996, CISG-online.ch 140.

(31) Cf. C.c. art. 1226 (Italy); BW art. 6:105 (Neth.); United States, California Lettuce Growers v. Union Sugar Co., California Supreme Court, 289, 1955 P.2d pp. 793, 785. Comments to the American U.C.C. “reject[s] any doctrine that damages must be calculable with mathematical accuracy,” stating that “[c]ompensatory damages are often best approximate; they have to be proved with whatever definiteness and accuracy the facts permit, but no more.” U.C.C. § 106-1 cmt. 1 (U.S.). The UNIDROIT Principles states that “where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.” UNIDROIT Principles art. 3)7.4.3).

والمالية، أو الدراسات الاستقصائية للسوق والتحليلات، أو السجلات التجارية لمؤسسات مماثلة⁽³²⁾، ويقيم هذا الشرط توازنا بين الحاجة إلى الأدلة التي يمكن أن تستند إليها المحاكم في منح تعويضات، والاعتراف بأن صعوبة إثبات أي تعويضات تتبع في الواقع من الفعل غير المشروع للطرف المخالف⁽³³⁾.

٣_ للطرف المتضرر الحصول على تعويضات بسبب عدم تنفيذ العقد، والتي تقدر عادة بالقيمة السوقية للفائدة التي حرم منها نتيجة الأخلال بالعقد، أو تكاليف التدابير المعقولة لتحقيق الوضع الذي كان من الممكن أن يكون موجودًا لو نُفذ العقد بشكل صحيح.

٣، ١_ تجيز أحكام المادة (٧٤) للطرف المتضرر الحصول على تعويض عن قيمة توقعه التعاقدية غير المحقق من أجل الحصول على فائدة الصفقة. وتسمى هذه الخسارة أحيانًا بالخسارة غير المتعلقة بالتنفيذ، أو الخسارة المباشرة، أو الخسارة في القيمة. وغالبًا ما تقاس بالفرق بين قيمة التنفيذ الذي كان ينبغي أن يقبضه الطرف المتضرر، وقيمة ما نُفذ فعليًا إن وجد⁽³⁴⁾.

(32) See United States, Butler v. Westgate State Bank, Kansas Supreme Court, 596 ,1979 P.2d p. 156; United States, Alliance Tractor & Implement Co. v. Lukens Tool & Die Co., Nebraska Supreme Court, 281 ,1979 N.W.2d p. 778; United States, Houston Exploration, Inc. v. Meredith, Nevada Supreme Court, 728 P.2d p. 1986) 437); United States, Edwards v. Container Kraft & Paper Supply Co., California Court of Appeals, 327 ,1958 P.2d p. 622; Restatement, Contracts (Second) § 352 cmt. b (1981) (U.S.).

In one tribunal in a non-CISG case, the claimant calculated its claimed lost profits on the basis of detailed forecasts of expected results during the relevant time period, including the forecasted production capacity of a factory that the respondent failed to complete, the forecasted sales of the product that was to be made at the factory (based largely on statements from the claimant's customers that they would have bought certain quantities of the product at prices that were competitive with those offered by the claimant's competitors). The tribunal "accept[ed] that the claimed amount of loss of profit fairly represents what the claimant would have earned during the relevant period of time, if production according to the Agreement had been performed." Sweden, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Interim Award of 17 July 1992 and Final Award of 13 Jul. 1993, reprinted in pertinent part in XXII Y.B. Com. Arb. p. 1997) 197).

(33) As the tribunal in Final Award in Case No. 8362 of 1995 pointed out, in a non-CISG case: With respect to the calculation of the amount of damages, counterbalancing factors are taken into account under the law: on the one hand, there must be a sound basis upon which alleged damages are to be calculated. They cannot be the product of sheer speculation unsupported by tangible evidence. On the other hand, the law will not reward a party in breach by depriving the other party of compensation merely because no precise basis for determining the amount of damages exists.

ARBITRAL AWARD, Final Award in Case No. 8362 of 1995, reprinted in pertinent part in XXII Y.B. Com. Arb. pp. 1977) 177 ,164).

(34) Farnsworth, op. cit., § 12.9; see, e.g., Germany, LG Trier, 12 Oct. 1995, CISG-online.ch 160. The Secretariat Commentary provides:

If the goods delivered had a recognized value which fluctuated, the loss to the buyer would be equal to the difference between the value of the goods as they exist and the value of the goods would have had if they had been stipulated in the contract. Since this formula is intended to =restore him to the economic position he would have been in if the contract had been performed

٢,٣_ يجوز للطرف المتضرر في حالات أخرى اتخاذ تدابير لوضعه في ذات الوضع الذي كان سيكون عليه لو نُفذ العقد بشكل صحيح. ففي مثل هذه الحالات يحق للطرف المتضرر استرداد تكاليف هذه التدابير، بشرط أن تكون معقولة^(٣٥). فعلى سبيل المثال: عندما يسلم البائع بضاعة معيبة ويقوم المشتري بإصلاحها، فإن المحكمة تحكم للمشتري المتضرر بالنفقات المتكبدة في إصلاحها^(٣٦). وإضافة إلى ذلك عندما يتأخر البائع دون مبرر في تسليم البضائع ويتخذ المشتري تدابير للتغلب على خسارته المؤقتة، فإن المحاكم قد تقضي للمشتري المتضرر بالنفقات التي تكبدها في التغلب على خسارة فائدة التنفيذ. فعلى سبيل المثال: في قرار للمحكمة العليا في كولن (الالمانية) بتاريخ ٨ كانون الثاني/يناير/ ١٩٩٧ (لم يسلم بائع آلات الدباغة الآلات في التاريخ المنفق عليه، ثم استعان المشتري بالغير لمعالجة بضائعه الجدية. فقد قضت المحكمة المذكورة: بأنه وبموجب المادة (٧٤) يحق للمشتري استرداد المبلغ المدفوع للغير؛ لأن التعاقد مع هذا الطرف له ما يبرره في ظل هذا الظرف^(٣٧).

٣,٣_ يقدم تعليق الأمانة المثال الإضافي التالي^(٣٨):

«نص العقد على بيع ١٠٠ طن من الحبوب بسعر إجمالي قدره (٥٠.٠٠٠ دولار) على ظهر السفينة (البيع فوب)، وكانت الحبوب التي سُلمت تحتوي على رطوبة أكثر مما هو مسموح به بموجب مواصفات العقد، ونتيجة للرطوبة حدث بعض التدهور في الجودة، وكانت التكلفة الإضافية التي يتحملها المشتري من تجفيف الحبوب هي (١٥٠٠ دولار)، ولو كانت الحبوب كما هو متعاقد عليها، لكانت قيمتها (٥٥٠٠٠ دولار)، ولكن بسبب التدهور الناجم عن الرطوبة بعد تجفيفها، كانت قيمة الحبوب (٥١٠٠٠ دولار) فقط.

قيمة العقد: ٥٠٠٠٠ دولار.

القيمة التي كانت ستحصل عليها الحبوب بحالتها المتعاقد عليها: ٥٥٠٠٠ دولار.

قيمة الحبوب بالحالة التي سلمت: ٥١٠٠٠ دولار.

الفرق: ٤٠٠٠ دولار.

properly, the contract price of the goods is not an element of the calculation of damages.

Secretariat Commentary, op. cit., art. 70 [draft counterpart to CISG art. 7, 74.

(35) See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 14, 74. The Secretariat Commentary states: Where the seller delivers and the buyer retains defective goods, the loss suffered by the buyer might be measured in a number of different ways. If the buyer is able to cure the defect, the loss would often be equal to the cost of the repairs. If the goods delivered were machine tools, the buyer's loss might also include the loss resulting from lowered production during the period the tools could not be used. Secretariat Commentary, op. cit., art. 70 [draft counterpart to CISG art. 6, 74.

(36) See Austria, OGH, 14 Jan., 2002, CISG-online.ch 643; see also Canada, Nova Tool and Mold Inc. v. London Industries Inc., Ontario Court, 16 Dec. 1998, CISG-online.ch 572; Germany, AG München, 23 June 1995, CISG-online.ch 368. Failed attempts to repair goods may also be compensated. See United States, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp., U.S. Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1996, CISG-online.ch 140.

(37) See Germany, OLG Köln, 8 Jan., 1997, CISG-online.ch 217.

(38) Secretariat Commentary, op. cit., art. 70 [draft counterpart to CISG art. 7, 74.

مصارييف اضافية لتجفيف الحبوب: ١٥٠٠ دولار.

الخسارة الناشئة عن الاخلال: ٥٥٠٠ دولار.

٤,٣_ يتوافق هذا النهج مع مبادئ اليونيدروا ومبادئ قانون العقود الأوروبي^(٣٩). حيث تنص المادة (١/٢,٤,٧) من مبادئ اليونيدروا على ما يلي: «للطرف المتضرر الحصول على تعويض كامل عن الضرر الذي لحق به نتيجة عدم التنفيذ. ويشمل هذا الضرر أي خسارة تكبدها وأي كسب حرم منه...»^(٤٠). وبالمثل تنص المادة (٥٠٢ / ٩) من مبادئ قانون العقود الأوروبي على ما يلي «المقياس العام للتعويضات هو المبلغ الذي يضع الطرف المتضرر قدر الإمكان في الوضع الذي كان سيكون فيه لو نُفذ العقد، على النحو الواجب. وتغطي هذه التعويضات الخسارة التي عانى منها الطرف المتضرر، والمكاسب التي حرم منها»^(٤١).

٥,٣_ يجوز للطرف المتضرر كذلك استرداد الخسائر الناتجة عن انخفاض سعر الصرف إذا تمكن من إثبات أنه كان سيحصل على قيمة نقدية أعلى لو أن الطرف المخل قد دفع الأموال المستحقة بموجب العقد^(٤٢). ويمكن قياس خسارة الطرف المتضرر في هذه الحالة بحساب الفرق بين القيمة المحولة للعملة وقت استحقاق الدفع بموجب العقد، وقيمتها المحولة وقت الدفع^(٤٣).

٦,٣_ يوضح المثال التالي هذه النقطة: لنفترض أن العقد يلزم المشتري بدفع (١٠٠٠٠ دولار) عند تسليم البضائع إلى البائع في البلد (أ) وعملة هذا البلد هي اليورو وسعر الصرف (عند التسليم) (١٠٠٠٠ دولار) تساوي (١٠٠٠٠ يورو) فإذا أمتنع المشتري خطأً عن الدفع للبائع، وأقام البائع دعوى أمام محكمة أمريكية لتحصيل الثمن.

(39) For a discussion of the differences between the CISG damages provisions and the American Uniform Commercial Code, which has been adopted in some form by most states, see Flechtner, Remedies under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C., 8 J.L. & Com. pp. 1988) 107-97, 53).

(40) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts art. 2004) 7.4.2). For a comparison of the damages provisions of UNIDROIT Principles and the Convention, see Eiselen, op. cit.; see also Garro, The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG, 69 Tulane L. Rev. pp. 1152, 1149 1995)).

(41) Principles of European Contract Law (PECL) art. 9:502 (prepared by the Commission on European Contract Law, Ole Lando and Hugh Beale eds., 2000). For a comparison of the damages provisions of the PECL, see Blasé/Höttler, op. cit.

(42) An aggrieved party may suffer losses resulting from the devaluation of currency when a debtor fails to make a payment when due and, in the interim between the maturity of the obligation and the receipt of payment, the exchange rate between the currency of the agreement and the aggrieved party's local currency declines. Then, upon conversion into its local currency, the aggrieved party does not receive the value that it expected under the contract. See UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, available at <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V63/555/04/PDF/V0455563.pdf>; see also F.A. Mann, The Legal Aspect of Money, Oxford, 4th ed., 1982, p. 286.

(43) See Switzerland, HG Zurich, 5 Feb. 1997, CISG-online.ch 327; New Zealand, Issac Naylor & Sons Ltd. v. New Zealand Cooperative Wool Marketing, 1, 1981 N.Z.L.R. p. 361; see also Vroegop, Exchange Losses on an International Sale of Goods, 1982 N.Z.L.J. pp. 4-3.

لكن بمرور الوقت الذي تصدر فيه المحكمة حكماً لصالحه، فإن الدولار الأمريكي الواحد ينخفض ويساوي (٠,٧٦٩٢ يورو) فقط. وبالتالي فإن منح مبلغ (١٠٠٠٠ دولار) للبائع من شأنه أن يمنح البائع في الواقع (٧٦٩٢ يورو) لا غير، وعليه يحق للبائع الحصول على مدفوعاته بموجب العقد (١٠٠٠٠ دولار أمريكي) ، بالإضافة إلى (٣٠٠٠ دولار) أمريكي إضافية، مما يمنح البائع ما يعادل (١٠٠٠٠ يورو).

٧,٣_ رغم أن الاتفاقية لم تتناول صراحة كيفية معالجة المحاكم والهيئات القضائية مسألة الخسارة الناجمة عن تقلب أسعار الصرف، إلا أن ذلك يتفق مع مبدأ التعويض الكامل للطرف المتضرر عن الخسارة^(٤٤). وكان هناك بعض الالتباس حول ما إذا كانت الخسارة الناتجة عن تخفيض قيمة العملة يمكن استردادها بموجب الاتفاقية، ويرجع ذلك في المقام الأول إلى مبدأ الاسمية والقاعدة القائلة بأن الدائن يتحمل عادة مخاطر انخفاض أسعار الصرف^(٤٥). على الرغم من أن الدائن (الطرف المتضرر) قد يتحمل بالفعل خطر تقلب أسعار الصرف خلال فترة العقد، إلا أنه لا يستمر في تحملها بعد استحقاق الدين^(٤٦). والقول بخلاف ذلك سيؤدي إلى تحميله مخاطر لم يكن ينوي تحملها بموجب العقد، وعندما تكون عملة السداد في انخفاض مستمر، فسيكون لدى المدين حافز لتأخير السداد لأطول فترة ممكنة^(٤٧).

٨,٣_ قضت محاكم عديدة بالتعويضات عن الخسائر في أسعار الصرف بموجب المادة (٧٤)^(٤٨). ومع ذلك فقد اقتصر التعويضات على الحالات التي يمكن فيها للدائن (الطرف المتضرر) أن يثبت أنه لو حصل على السداد في موعد استحقاقه، لكان قد حصل على قيمة أعلى بتحويل النقود إلى عملته المحلية^(٤٩). ولكن عندما يجري الدائن الذي يكون محل دينه عملة أجنبية_ عادة أعماله بعملة مختلفة، فإنه يفترض أنه يقوم بتحويل العملة الأجنبية فوراً، وبالتالي يحق له الحصول على القيمة التي

(44) See Eiselen, op. cit.; Saidov, Cases on CISG Decided in the Russian Federation, 7 Vindobona J. Intl Com. L. & Arb. pp. 2003) 45-44 ,1); see also Enderlein/Maskow, op. cit., p. 298.

(45) See, Germany, LG Heidelberg, 27 Jan. 1981 [ULIS precedent]; Russia, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (ICAC), 21 Apr. 1994, summarized in pertinent part in Saidov, op. cit., p. 44 n.197; see also Saidov, op. cit., pp. 5-44 (examining cases and concluding that ICAC has generally rejected recovery of exchange rate losses under theory that loss is creditor's domestic issue and risk should not be shifted to debtor). In general, the principle of nominalism applies only to single currency transactions and is not inconsistent with the recovery of exchange rate losses in multi-currency international contracts. See Brand, Exchange Loss Damage and the Uniform Foreign-Money Claims Act: The Emperor Hasn't All His Clothes, 23 Law & Poly Intl Bus. pp. 1992) 44 ,1).

(46) See Mann, op. cit., pp. 286 ,108; Brand, op. cit., p. 44.

(47) See also Brand, op. cit., pp. 44-43.

(48) See Switzerland, DT Ltd. v. B. AG, HG St. Gallen, 3 Dec. 2002, CISG-online.ch 727; Switzerland, HG Zürich, 5 Feb. 1997, CISG-online.ch 327; Netherlands, Gruppo IMAR v. Protech Horst, District Court Roermond, 6 May 1993, CISG-online.ch 454; see also Germany, OLG Düsseldorf, 14 Jan. 1994, CISG- online.ch 119.

(49) See Germany, OLG Düsseldorf, 14 Jan. 1994, CISG-online.ch 119; see also Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 17 ,74.

يحددها سعر الصرف عند استحقاق الالتزام⁽⁵⁰⁾. كما قد تنشأ الخسائر كذلك عن انخفاض قيمة العملة عندما تكون عملة العقد هي العملة المحلية للدائن. ويختلف هذا الوضع عن الخسائر الناتجة عن انخفاض أسعار الصرف، وبشكل عام لم تعتبر هذه الخسائر قابلة للتعويض⁽⁵¹⁾.

٩,٣_ ذهبت العديد من القوانين والمحاكم الوطنية إلى تعويض الأطراف المتضررة عن خسائر سعر الصرف⁽⁵²⁾. وكذلك توفر كل من مبادئ اليونيدروا ومبادئ قانون العقود الأوروبي للأطراف المتضررة معالجات لانخفاض سعر الصرف بعد استحقاق الدين⁽⁵³⁾. ومع الجدير بالذكر إنها تعالج ذلك من خلال اشتراط أن تسدد وفقاً لسعر الصرف السائد عند الدفع أو في وقت استحقاقه. وبعبارة أخرى بدلاً من الحكم على الخسارة الناتجة عن تخفيض قيمة العملة كتعويض، تنص مبادئ اليونيدروا ومبادئ قانون العقود الأوروبية صراحةً على نفس النتيجة من خلال السماح للمحكمة بإصلاح الأضرار وفقاً لسعر صرف مناسب، بحيث لا يتكبد الطرف المتضرر خسارة بسبب التغيير في سعر الصرف بعد الأخلال بالعقد⁽⁵⁴⁾. وبما أن الاتفاقية لا تحتوي على حكم صريح يحكم هذه المسألة، فمن المناسب اعتبار الخسارة أضرار قابلة للاسترداد بموجب المادة (٧٤)⁽⁵⁵⁾.

أ_ للطرف المتضرر الحصول على أي مكاسب صافية حرم منها نتيجة الأخلال بالعقد.

(50) See Switzerland, DT Ltd. v. B. AG, HG St. Gallen, 3 Dec. 2002, CISG-online.ch 727; see also Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 17, 74.

(51) See Italy, Tessile v. Ixela, District Court Pavia, 29 Dec. 1999, CISG-online.ch 678; Germany, OLG Düsseldorf, 14 Jan. 1994, CISG-online.ch 119; see also Enderlein/Maskow, op. cit., p. 302. In Tessile v. Ixela, an Italian seller brought a claim for the remainder of the unpaid purchase price of high fashion textiles, where the contract called for payment in Italian lira. The seller claimed damages due to monetary devaluation of the Italian lira. However, the court stated that “[n]othing is due by right of greater damages from monetary devaluation because, in the period of time involved here, the legal interest rates have always been greater than the rate of inflation.” Id. Thus, according to the court, ordinary currency devaluation is intended to be compensated through the awarding of interest.

(52) See New Zealand, Issac Naylor & Sons Ltd. v. New Zealand Cooperative Wool Marketing, 1, 1981 N.Z.L.R. p. 361; United Kingdom, Milliangos v. George Frank (Textiles) Ltd., 1976 A.C. pp. 465, 443; Mann, op. cit., pp. 87-286.

(53) See UNIDROIT Principles art. 4)6.1.9); PECL art. 3)7:108).

(54) See PECL art. 7:108 cmt.; Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 1986 (2)823 (U.S.). PECL art. 9:510 cmt.

(55) Relying on national laws to compensate an aggrieved party for loss due to a change in the exchange rate would result in similarly situated parties receiving different results because such laws differ from country to country. See generally Gotanda, Supplemental Damages in Private International Law, Kluwer, 4 §, 1998 (surveying national laws on damages in foreign currencies and noting that there are three general dates on which the convention should be performed: date of breach, date of judgment, and date of payment). But cf. United States, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp., U.S. Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1996, CISG-online.ch 140 (applying New York Breach-Date rule to convert Italian lira to U.S. dollars); United States, Schmitz-Werke v. Rockland, U.S. Court of Appeals (4th Circuit), 21 Jun. 2002, CISG-online.ch 625.

١٠,٣_ الكسب الفائت هو الضرر الوحيد المذكور على وجه التحديد في المادة (٧٤)^(٥٦). وتجزيز هذه المادة للمدعي أن يحصل نتيجة الإخلال بالعقد على «مبلغاً مساوياً للخسارة التي تكبدها ... نتيجة الاخلال، بما في ذلك الكسب الفائت»^(٥٧). ويوضح تعليق الأمانة أن سبب تضمين إشارة محددة إلى المكاسب الفائتة؛ لأنه «في بعض الأنظمة القانونية لا يدل مصطلح» الخسارة «بمفرده، على خسارة الربح(الكسب الفائت)»^(٥٨).

١٢,٣_ لا تقدم الاتفاقية توجيهات محددة حول حساب الكسب الفائت. ومُنحت المحاكم منفردة سلطة تقديرية لحساب الأضرار على أساس كل حالة على حدة^(٥٩). ويجب حساب التعويضات عن الكسب الفائت وفقاً لمبدأ المادة (٧٤) الخاص بالتعويض الكامل - أي أن الهدف هو وضع الطرف المتضرر في ذات الوضع الذي كان يمكن أن يكون عليه اقتصادياً لو نُفذ العقد^(٦٠). كما لا يجوز تطبيق الممارسات المحلية التي تحد من التعويضات المترتبة على الكسب الفائت^(٦١).

١٣,٣_ لا يخضع تحديد الكسب الفائت لقواعد دقيقة، وأن بعض الطرق المستخدمة لحسابها معقدة^(٦٢)؛ لذلك قد يكون الحساب الدقيق لهذه الأضرار غير ممكن. علاوة على ذلك أنه في بعض الحالات قد يحول الأخلال بالعقد بين الطرف المتضرر وإثبات الأضرار بدقة. وفي ظل هذه الظروف يجب ألا يكون بمقدور الطرف المخل الإفلات من المسؤولية على أساس أن الكسب الفائت غير مؤكد المقدار^(٦٣)، وبالتالي لا يُطلب من الطرف المتضرر أن يثبت بدقة مقدار الأرباح التي خسرها نتيجة الاخلال بالعقد، وكل ما يحتاجه إثبات الخسارة بقدر معقول من اليقين^(٦٤).

١٤,٣_ تجيز المادة (٧٤) للطرف المتضرر الحصول على أرباح صافية حرم منها، أي الأرباح الصافية المفقودة نتيجة الإخلال بالعقد. وبصفة عامة يتم احتساب صافي الأرباح بطرح المصروفات التي وفرت نتيجة إعفاء الطرف المتضرر من التنفيذ من إجمالي الأرباح^(٦٥). وتتفق هذه الممارسة مع مبادئ اليونيدرو وقانون

(56) See CISG art. 74; see also Secretariat Commentary, op. cit., art. 70 [draft counterpart to CISG art.3],[74.

(57) See CISG art. 74.

(58) See Secretariat Commentary, op. cit., art. 70 [draft counterpart to CISG art. 3],[74.

(59) See id.

(60) See id., 3; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 22 ,74.

(61) See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 2 ,74.

(62) See Gotanda, Lost Profits, op. cit., p. 99.

(63) See, United States, Southwest Battery Corp. v. Owen, Texas Supreme Court, 115 ,1928 S.W.2d pp. 1099 ,1097; United States, Super Valu Stores, Inc. v. Peterson, Supreme Court of Alabama, 506 ,1987 So. 2d pp. 330 ,317.

(64) See 2.13-2.1.

(65) See Dunn, op. cit., § 6.1. The most common form of expenses saved are variable costs, which include all "charges composing an essential element in the cost of manufacture or . . . service. Essential elements in such cost[s] . . . are confined to expenditures that would necessarily have been made in the performance of the contract." Id., § 6.5 (quoting United States, Oakland California Towel Co. v. Sivils, California Court of Appeals, 52 ,1942 Cal. App. 2d pp. ,517 520).

العقود الأوروبي^(٦٦). لا سيما أن التعليق على المادة (٥٠٢/٩) من مبادئ قانون العقود الأوروبي ينص على ما يلي:

يجب على الطرف المتضرر أن يراعي عند حساب التعويضات أي مكاسب تعويضية تعوض خسارته، ويقتصر ما يمكنه استرداده على الرصيد وصافي الخسارة. وبالمثل عند حساب المكاسب التي حُرِمَ منها، فإن التكلفة التي كان سيتكبدها في تحقيق تلك المكاسب هي توفير تعويضي يجب خصمه لتحقيق المكاسب الصافية. وتنشأ المكاسب التعويضية عادة نتيجة لمعاملة تغطية أبرمها الطرف المتضرر.... ويحدث الادخار التعويضي عندما يكون الأداء المستقبلي_ الذي تم إبراء ذمة الطرف المتضرر منه نتيجة عدم التنفيذ_ كان سيفرض على الطرف المتضرر نفقات^(٦٧).

١٥,٣_ يجوز للأطراف المتضررة في بعض الحالات المطالبة بتعويضات عن خسارة فرصة أو خسارة أمكانية لتحقيق الربح^(٦٨). ويحدث هذا عندما يدعي الطرف المتضرر_ بعد الإخلال بالعقد_ أنه تكبد خسارة نتيجة ضياع فرصة لتحقيق الربح^(٦٩). وما يفصل خسارة الفرصة عن الفئة العامة للكسب الفائت هو وجود حدث طارئ أو عرضي غير معروف بين تنفيذ المدين وتحقيق الدائن للكسب. وفي هذه الحالة أي إخلال من قبل المدين يحرم الدائن من جني ثمار فرصة الحصول على الربح^(٧٠). ولأنه يجب أن تحدث حالة الطوارئ قبل تحقيق الأرباح، فإن الطرف المتضرر لا يستطيع عادة أن يثبت بقدر معقول من اليقين أنه كان يمكن أن يحقق ربح لو نُفذ العقد على النحو الواجب. وبناءً على ذلك فإن التعويض عن فقدان فرصة أو أمكانية لتحقيق الربح غير قابل للحصول عادة بموجب المادة (٧٤)^(٧١).

١٦,٣_ لا ينطبق الحظر على التعويضات عن خسارة فرصة أو امكانية الربح عندما يبرم الطرف المتضرر عن قصد عقداً من أجل الحصول على فرصة لكسب ربح^(٧٢). ففي مثل هذه الحالة تكون فرصة الربح موجودة^(٧٣)، وعندما يختار أحد الطرفين إبرام عقد للحصول على هذه الفرصة، يحق له الحصول على تعويض عندما لا ينفذ المدين التزامه دون مبرر. والقول بخلاف ذلك يَمَكِّن المدين من الأخلال بالعقد مع الإفلات من

(66) UNIDROIT Principles art. 7.4.2; PECL art. 9:502.

(67) PECL art. 9:502 cmt. C.

(68) See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 22 ,74; see also UNIDROIT Principles art. 1)7.4.2) cmt. 2.

(69) The classic example involves breach of a contract denying a contestant the chance to win a beauty pageant. See United Kingdom, Chaplin v. Hicks, 2 ,1911 K.B. p. 786.

(70) One commentator asserts that loss of chance can be treated in two ways – as an issue of “recoverability of losses” or as a “standard of proving losses” issue. See Saidov, Damages: The Need for Uniformity, paper presented at 25 Years United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods (CISG) § 3.4, p. 9 (Vienna Mar. 2005 ,16-15). Cf. Murray, Murray on Contracts, LexisNexus, 4th ed., 121 § ,2001[C].

(71) See Saidov, Damages: The Need for Uniformity, op. cit., § 3.4, p. 10; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 22 ,74.

(72) Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 22 ,74, n.98.

(73) See Saidov, Damages: The Need for Uniformity, op. cit., § 3.4, p. 9; Melvin Aron Eisenberg, Probability and Chance in Contract Law, 45 UCLA L. Rev. pp. 1049 ,1005).

العقاب^(٧٤)، وتجنبه المسؤولية استنادا إلى تعسر الطرف المتضرر من إثبات الخسارة متى ما يكون من الواضح وقت أنشاء العقد أن مثل هذه الخسارة من المستحيل إثباتها بدرجة معقولة من اليقين^(٧٥). علاوة على ذلك فإن السماح بالاسترداد في هذا الطرف سيكون متسقاً مع مبدأ التعويض الكامل للمادة (٧٤). كما أنه يجد دعماً في المادة (٣،٤،٧) من مبادئ اليونيدروا التي تنص على استرداد التعويضات عن فقدان فرصة للربح^(٧٦). بالإضافة إلى ذلك فإن السماح بالتعويض عن فقدان الفرصة سيكون متسقاً مع الممارسات المتبعة في عدد من البلدان^(٧٧).

ب_ قد يشمل الكسب الفائت الذي يمكن استرداده بموجب المادة (٧٤) الكسب الفائت المتوقع تكبده بعد أن تقيم الهيئة القضائية التعويضات.

٣،١٩_ لا يقتصر حق الطرف المتضرر وفق المادة (٧٤) على استرداد الكسب الفائت قبل صدور الحكم فحسب، بل يمتد ليشمل الكسب الفائت المستقبلي بالقدر الذي يمكن إثباته بقدر معقول من اليقين مع مراعاة مبدئي إمكانية التنبؤ والتخفيف^(٧٨). ورغم عدم نص الاتفاقية صراحة على إمكانية استرداد الخسائر المستقبلية، إلا أن ذلك يتسق مع مبدأ التعويض الكامل، ويتفق مع المادة (٩:٥٠١/٢/ب) من مبادئ قانون العقود الأوروبي، والمادة (٣،٤،٧) من مبادئ يونيدروا، التان تسمحان باسترداد الخسائر المستقبلية. خاصة وأن التعليق على المادة (٩:٥٠١/٢/ب) المذكورة يوضح ما يلي:

(74) In such a situation the breaching party could still be liable for other damages incurred by the aggrieved party as a result of the breach.

At least one court interpreting CISG Article 74 has denied the recoverability of the loss of chance. See Switzerland, HG Zürich, 10 Feb., 1999, CISG-online.ch 488. In this case, the court addressed whether a buyer could set off the seller's claims of damages with, among other claims, a claim that the seller's failure to deliver art books to an exhibition on time prevented the buyer from receiving more offers. The buyer contended that, "as one of three European publishing houses specializing on the production of such catalogues, buyer would have received at least a third of the commissions." The court held that such a chance of profit was not recoverable, stating that "buyer's loss of profit must be considered normal for the buyer's kind of business and the seller at the time of conclusion of contract, must have been in the position to foresee such a consequence." Id. However, the court acknowledged that, had the seller been aware of this potential type of loss, such loss would have been recoverable.

(75) Murray, op. cit., § 121 ("These departures from the reasonable certainty requirement are explicable only on the basis that courts are simply unwilling to permit a breaching party to avoid liability solely on the basis of the plaintiff's difficulty of proving loss where it was clear at the time of formation that such loss would be impossible to prove with reasonable certainty.")

(76) UNIDROIT Principles art. 2)7.4.3).

(77) See United Kingdom, Chaplin v. Hicks, 2, 1911 K.B. p. 786; United States, Kansas City, M & O. Ry. Co. v. Bell, Tx. Ct. of Civil Appeals, 197, 1917 S.W. p. 322; United States, Wachtel v. National Alfalfa Journal Co., Iowa Supreme Court, 176, 1920 N.W. p. 801; see also Restatement (Second) on Contracts § 3)348) (U.S.); Murray, op. cit., § 121; Simont, op. cit., p. BEL64- (Belgium); Nicholas, op. cit., p. 228.

(78) See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 22, 74; see, e.g., Switzerland, HG Zurich, 31 May 1996, Arbitral award 2HK 95/273.

«تتضمن الخسارة التي يمكن للطرف المتضرر استردادها الخسارة المستقبلية، وهي الخسارة المتوقع تكبدها بعد وقت تقدير التعويض. ويتطلب هذا الأمر من المحكمة أن تقيم نوعين من أوجه عدم اليقين: هما احتمالية حدوث الخسارة المستقبلية ومقدارها. كما هو الحال في حالة الخسارة المتراكمة قبل صدور الحكم ... ويغطي هذا كلاً من النفقات المحتملة التي كان من الممكن أن يتجنبها الطرف المتضرر، والمكاسب التي كان من المتوقع أن يحققها لو لا حدوث هذا الاخلال»^(٧٩).

ج - يشمل الكسب الفائت الخسارة في حجم المبيعات.

٢٠,٣_ يجوز للطرف المتضرر بموجب المادة (٧٤) استرداد الكسب الفائت في حالة الخسارة في حجم المبيعات. تقليدياً عندما يخفق المشتري في الوفاء بالتزاماته بموجب العقد، فإنه تقاس تعويضات البائع بالفرق بين قيمة العقد والسعر الذي يمكن إعادة بيع البضائع به في السوق (أو سعر المعاملة البديلة). ومع ذلك إذا أعاد البائع بيع البضائع بنفس السعر، فمن المفترض أنه لم يتكبد أي ضرر. لكن إذا كان البائع قادراً على البيع لعدة مشتريين، فلن تكون المعاملة الثانية بديلاً عن الأولى، بل هي مجرد بيع ثان. لذلك فإن التعويضات المقاسة وفقاً للصيغة التقليدية ستكون «غير كافية لوضع البائع في وضع مناسب مثلما كان سيؤدي التنفيذ»، ويجب أن يكون الطرف المتضرر قادراً على استرداد التعويضات عن الخسارة في حجم المبيعات^(٨٠).

٢١,٣_ يوضح المثال التالي الأساس المنطقي لتعويض الكسب الفائت في حالة الخسارة في حجم المبيعات:

«إذا وافق شخص ليس بتاجر على بيع سيارته إلى مشتر بمبلغ (٢٠٠٠ دولار)، فإن الإخلال من جانب المشتري لن يتسبب في خسارة البائع إذا تمكن الأخير من بيع السيارة إلى مشتر آخر بنفس السعر (باستثناء الأضرار العرضية مثل نفقات البيع الجديد). ولكن الوضع يختلف مع التجار الذين لديهم كميات غير محدود من البضائع ذات الأسعار الموحدة. وبالتالي إذا وافق تاجر السيارات على بيع السيارة إلى مشتر بسعر موحد يبلغ (٢٠٠٠ دولار)، فإن الإخلال المشتري سيضر به إذا كان لديه مخزون لا ينضب من السيارات، حتى لو كان بمقدوره بيع السيارة لآخر بالمبلغ ذاته؛ لأن إعادة بيع السيارة لاستبدال المشتري المخل بالعقد بمشتري آخر سيكلف التاجر عملية بيع؛ لأنه لو التزم

(79) PECL art. 2)9:501(b) cmt. F. The Comment provides the following illustration:

E is appointed sales manager of F's business under a three-year service contract. She is to be paid a salary and a commission on sales. After 12 months E is wrongfully dismissed, and despite reasonable efforts to find an alternative post she is still out of work when her action for wrongful dismissal is heard six months later. E is entitled to damages not only for her accrued loss of six months salary but also for the remaining 18 months of her contract, due allowance being made for her prospects of finding another job meanwhile. She is also entitled to damages for loss of the commission she probably would have earned. Id., Illustration 8.

(80) See U.C.C. § 2)708-2 (U.S.) (lost volume seller exception). For more information on how the lost volume seller exception operated under the U.C.C., see Anderson, Damages Under the Uniform Commercial Code, West, 2nd ed., 708:14-2 § ,2003.

المشتري المخل لكان التاجر قد أجرى عمليتي بيع بدلاً من واحدة. وفي مثل هذه الحالة سيؤدي هذا الأخلال إلى انخفاض مبيعات التاجر إلى سيارة واحد، كما يجب أن تكون عملية تقدير التعويضات متعلقة بربح التاجر من بيع سيارة واحدة»^(٨١).

٢٢,٣_ وبناءً على ذلك فإن استرداد الكسب الفائت عن الخسارة في حجم المبيعات يتفق مع مبدأ التعويض الكامل للطرف المتضرر. لكن في المقابل لا يجوز للطرف المتضرر الجمع بين استرداد الكسب الفائت عن الخسارة في حجم المبيعات بموجب المادة (٧٤)، والتعويضات عن المعاملة البديلة بموجب المادة (٧٥)؛ لأنه في هذه الحالة سيحصل الطرف المتضرر على تعويضين^(٨٢).

٤_ للطرف المتضرر الحصول على النفقات الإضافية التي تكبدها بصورة معقولة نتيجة الإخلال بالعقد، وكذلك التدابير المتخذة للتقليل من الخسارة.

٤,١_ قد يؤدي الأخلال بالعقد في بعض الأحيان إلى تكبد الطرف المتضرر نفقات إضافية في محاولة منه لتجنب المزيد من الخسارة^(٨٣). ويشار إلى هذه النفقات أحياناً باسم الخسائر العرضية، وهي خسائر مضافة إلى خسائر الطرف المتضرر في حجم المبيعات، وتكون ناتجة عن حرمانه من التنفيذ بموجب العقد. ورغم أن المادة (٧٤) لم تنص صراحة على دفعها، إلا أنه يجوز للطرف المتضرر استردادها بموجب مبدأ المادة المنظم للتعويض الكامل بشرط أن تكون من بين جملة الأمور المعقولة الأخرى.

٤,٢_ لم تنص المادة (٧٤) على قائمة شاملة بالتكاليف الإضافية التي يمكن استردادها في الحالة التي يرفض فيها المشتري البضائع دون مبرر، أو التي يرفض الدفع عند تسلمها على النحو المتفق عليه في العقد. كما قد تشمل النفقات الإضافية التي يتكدها الطرف المتضرر للتقليل من الخسارة النفقات المبذولة في تخزين البضائع أو حفظها^(٨٤). ففي حالة أخلال البائع، قد تشمل التعويضات العرضية النفقات المتكبدة في تخزين البضائع التي سلمت متأخرة أو حفظها، أو التي تكون معيبة ويتعين إعادتها

(81) United States, Neri v. Retail Marine Corp., New York Court of Appeals, 285 ,1972 N.E.2d p. 311(quotng Hawkland, Sales and Bulk Sales, ALI, 1958 ed., pp. 54-153).

(82) See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 11 ,75. Allowing an aggrieved party to recover lost profits in addition to damages already including lost profits would place that party in a better economic position than if the contract had been performed. See Germany, LG München 6 Apr. 2000, CISG-online.ch 665.

(83) See Korpela, Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, § 3.3.2, Pace Rev. of the CISG 05-2004 (forthcoming); cf. U.C.C. § 710-2 (U.S.). Under Article 77, “[a] party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach.” CISG art. 77. See generally Honnold, op. cit., pp. 64-456; see also Saidov, Methods of Limiting Damages Under the Vienna Convention for the International Sale of Goods, (Dec. 2001), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>.

(84) See e.g., Arbitration, ICC Arbitration Case No. 1 ,7585 Jan., 1992 CISG-online.ch 105; see also Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 18 ,74.

إلى البائع^(٨٥)، فضلاً عن نفقات الشحن المعجل للبضائع البديلة^(٨٦). علاوة على ذلك يجوز للمشتري المتضرر استرداد كتعويضات عرضية_ النفقات الإضافية المعقولة التي تكبدها للتحقق مما إذا كانت البضائع مطابقة للعقد، حال ثبوت وجود عيب بالفعل وإخطار الطرف الآخر بذلك^(٨٧).

٥. لا تجيز المادة (٧٤) حصول الطرف المتضرر على نفقات التقاضي عن الأخلال بالعقد.

٥.١_ لم تعالج المادة (٧٤) صراحة مسألة دفع أتعاب المحاماة والتكاليف التي يتكبدها الطرف المتضرر فيما يتعلق بالسعي للحصول على تعويض بسبب أخلال الغير بالعقد، مثل نفقات المحكمة أو هيئة التحكيم (نفقات التقاضي). وترى بعض المحاكم وجانب من الشراح أن الحصول على نفقات التقاضي هي مسألة إجرائية خارج نطاق الأحكام الموضوعية للاتفاقية المتعلقة بالتعويضات^(٨٨). وفي المقابل احتجت محاكم أخرى وشراح آخريين بأنه بناءً على المادة (٧/ ١) يجب تفسير الاتفاقية بشكل مستقل عن التكييف القانوني للقانون الداخلي لأنه غير ذات صلة، وأن اللجوء إلى القانون الداخلي يجب أن يكون الملاذ الأخير. وبموجب هذا الرأي احتجوا بأن المادة (٧٤) يجب تفسيرها على نطاق واسع وفقاً لمبدأ التعويض الكامل، والذي يقودنا بالضرورة إلى استنتاج مفاده: أنه يجب أن يكون بمقدور الطرف المتضرر الحصول على النفقات المرتبطة بإثبات

(85) See Germany, LG Landshut, 5 Apr., 1995, CISG-online.ch 193; Austria, Vienna Arbitral Tribunal, 15 Jun. 1994 CISG-online.ch 691; Sweden, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Case No. 1997/107, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html>.

(86) See e.g., United States, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp., U.S.Court of Appeals (2nd Circuit), 6 Dec. 1996, CISG-online.ch 140.

(87) See, e.g., Sweden, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Case No. 1997/107, available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html>; Germany, BGH, 25 Jun.1997, CISG-online.ch 277; see also Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 19 ,74; Korpela, op. cit. § 3.3.2; cf. U.C.C. § 1)715-2) (U.S.).

(88) See United States, Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking Co., U.S.Court of Appeals (7th Circuit), 13 ,2002 F.3d pp. 388 ,385; Flechtner/Lookofsky, Viva Zapata! American Procedure and CISG Substance in a U.S. Circuit Court of Appeal, Vindobona J. Intl Com. L. & Arb. p. 2003) 93). Under this view, as a matter of procedural law, the recovery of litigation expenses is to be determined by reference to domestic law or applicable rules for resolving the dispute. See Zapata, op. cit., 313 F.3d p. 388; see also Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 20 ,74 ("The compensation of costs of litigation .

. . is governed exclusively by the relevant lex fori."); but cf. Schlechtriem/Schwenzer/Slechtriem, op. cit., Introduction, p. 7 ("If national courts simply qualify the recoverability of litigation costs and lawyers fees as a procedural matter to be decided under their own lex fori, thereby circumventing Article 74 and the analysis of whether such costs are a risk to be borne by any party having to litigate in the U.S., there will soon be more enclaves of domestic law, which for the deciding judge may seem self-evident and which conform to his or her convictions, formed by historic rules and precedents, but which will not be followed in other jurisdictions and, thereby, will cause an erosion of the uniformity achieved.").

حقوقه. وإلا فإن حقوقه ستبقى غير مكتملة^(٨٩).

٢,٥_ لا يمكن حل مسألة مدى إمكانية اعتبار نفقات التقاضي من ضمن التعويضات لأغراض المادة (٧٤) من خلال التمييز بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي. كما قد يختلف اعتبار مسألة ما موضوعية أو إجرائية من اختصاص قضائي إلى آخر، وقد تعتمد كذلك على الظروف الخاصة بالقضية^(٩٠). كما أن الاعتماد على مثل هذا التمييز في هذا السياق عفا عليه الزمن وأصبح غير منتج^(٩١). وبدلاً من ذلك يجب أن يركز التحليل على ما إذا كان دفع نفقات التقاضي قد استبعد عمداً من الاتفاقية، وإذا لم يكن الأمر كذلك، ما إذا كان يمكن حل المشكلة «بما يتفق مع المبادئ العامة التي تستند إليها (الاتفاقية)، وفي حالة غياب هذه المبادئ، هل يمكن حلها بما يتوافق مع القانون المطبق بموجب قواعد القانون الدولي الخاص»^(٩٢).

٣,٥_ رغم عدم نص المادة (٧٤) صراحة على الحصول على نفقات التقاضي كتعويضات، إلا أنها لم تحظر ذلك. وفضلاً عن ذلك إنه لم تُطرح هذه المسألة في التاريخ الذي صيغت فيه. وبالتالي فإنها ليست من المسائل التي تقع خارج الاتفاقية ومن المناسب النظر فيما إذا كان من الممكن حلها من خلال تفسير موسع للمادة (٧٤)، أو من خلال تطبيق أحكام معينة من الاتفاقية^(٩٣).

٤,٥_ على الرغم من الرأي القائل بأن نفقات التقاضي يجب أن تكون قابلة

(89) See generally Felemegas, The Award of Counsel's Fees under Article 74 CISG, in Zapata Hermanos Sucesores v. Hearthside Baking Co. (2001), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas1.html>; Zeller, Interpretation of Article 74 - Zapata Hermanos v. Hearthside Baking - Where Next?, 2004 Nordic J. Com. Law 1, available at <http://www.njcl.utu.fi>.

(90) See 2.5. One commentator has proposed an outcome determinative test to be applied by courts in judging whether an issue is substantive or procedural. See generally Orlandi, Procedural Law Issues and Law Conventions, 5 Uniform L. Rev. p. (2000). Use of an outcome determinative test in the United States has generated much confusion, particularly with respect to the applicability of the Federal Rules of Civil Procedure in situations where it conflicts with state law. As a result, the United States Supreme Court eventually ruled that the outcome determinative test did not determine the validity of the Federal Rules of Civil Procedure in cases where the rules conflicted with state law. See United States, Hanna v. Plumer, op. cit.; see also Chemerinsky, Federal Jurisdiction, Aspen, 4th ed., 2003, p. 321 (noting that "problem with the outcome determinative test is that virtually any rule can determine the outcome of a case").

(91) See Carruthers, The Substance and Procedure Distinction in Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages, 53 Intl & Comp. L.Q. p. 2004) 691).

(92) CISG art. 2(7). One commentator notes:

There is strong opinion in favor of the view that the label given by domestic law is not conclusive as to whether a particular matter ... falls within the Convention (HONNOLD, Uniform Law, 97). The substance rather than the label or characterization of competing rule of domestic law determines whether it is displaced by the Convention. In determining such questions, the tribunal, it is submitted, should be guided by the provisions of Article 7, and give to the Convention the widest possible application consistent with its aim as a unifier of legal rules governing the relationship between parties to an international sale.

BIANCA/BONELL/Khoo, op. cit., art. 3.3.5, 4.

(93) Honnold, op. cit., p. 109; see also Schlechtriem/Schwenzer/Slechtriem, op. cit., art. -27 7 29.



للاسترداد ينسجم مع مبدأ التعويض الكامل الوارد في المادة (٧٤)؛ بغية حصول الطرف المتضرر على حقه كاملاً، إلا أن هذا التفسير يتعارض مع مبدأ المساواة بين المشتري والبائعين على النحو المنصوص عليه في المادتين (٤٥) و(٦١)^(٩٤). فإذا مُنحت المصاريف القانونية كتعويضات بموجب المادة (٧٤)، فإنه سينتج حالة غير مقبولة؛ لأن هذا الحق سيكون مقتصرًا على المدعي حال كسب دعواه^(٩٥). حيث تستند إمكانية المطالبة بالتعويضات بموجب المادة (٧٤) على الإخلال بالعقد، وعليه لن يتمكن المدعي عليه حال كسبه للدعوى من استرداد نفقاته القانونية إذا لم يرتكب المدعي إخلالًا بالعقد^(٩٦). ولذلك فإن الغرض من منح أتعاب المحامين وتكاليفهم لجعل الطرف

(94) Articles 45 and 61 provide equivalent remedies to both buyer and seller, respectively, following a failure of the other party to perform its obligations. See CISG arts. 61, 45; see also Liu, Comparison of CISG Article 61/45 remedial provisions and counterpart PECL articles 8:101 and 2004, 8:102 Nordic J. Com. L. pp. 2, 1 available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art61-.html> (discussing parallel remedies available to buyer and sellers).

(95) See Flechtner, Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co., 22 Nw. J. Intl L. & Bus. pp. 2002) 151, 121); Keily, How Does the Cookie Crumble? Legal Costs Under a Uniform Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2003 Nordic J. Com. L. 5.6 §, 1, available at <http://www.njcl.utu.fi>; Vanto, Attorneys' Fees as Damages in International Commercial Litigation, 15 Pace Intl L. Rev. pp. 2003) 221, 203).

(96) See Vanto, op. cit., p. 221; see also Flechtner, op. cit., p. 151; Keily, op. cit., § 6.2(b). One commentator has argued that the gap identified by the anomaly would be filled by domestic law in accordance with Article 2)7). See Zeller, op. cit., p. 10. This, however, would not resolve the problem as successful respondent may still not be able to recovery their litigation costs. Another commentator argues that a claimant breaches a duty of loyalty when it files a breach of contract action, but the tribunal determines that the respondent was not in breach. He argues that, in such case, attorneys' fees and costs may be awarded under the Convention. See Felemegas, op. cit., p. 126. This proposal, however, stems from an overly strained interpretation of the Convention. Neither the language nor the structure of the Convention supports the imposition of liability for attorneys' fees and costs on the claimant in such circumstance. See Flechtner, op. cit., p. 152. Interpreting Article 74 to provide for the recovery of litigation expenses incurred by a successful claimant also may conflict with otherwise applicable procedural laws and rules that regulate the amount of attorneys fees that may be recovered. For example, in a number of countries, awards of attorneys fees are calculated pursuant to a fixed fee schedule that may result in an award amounting to less than the actual fee incurred. If Article 74 were interpreted to allow for the recovery of litigation expenses, then these laws and rules presumably would be preempted by the Convention because they would be inconsistent with the principle of full compensation. Such preemption would, however, would result in disuniformity between the claimant and respondent. Due to the anomaly discussed above, a successful respondent would be forced to recover expenses associated with litigation under domestic laws, but because of preemption such laws would not apply to successful claimants. Such an unequal treatment is patently unfair and contrary to the Convention. Of course, one may argue that the ability to recover attorneys fees and costs is a substantive matter that is governed by the Convention, but the determination of the amount is a procedural matter that is subject to applicable local law and rules. This distinction is highly artificial and would be contrary to the principle of full compensation and the need for uniformity, particularly because recovery of litigation expenses would vary depending on the

الكاسب لا يخسر شيء نتيجة التكاليف المتكبدة في التقاضي_ لن يتحقق في الحالات التي يكسب فيها المدعى عليه الدعوى^(٩٧). وسبل الانتصاف هي جوهر قانون العقود، وتفسير المادة (٧٤) لإيجاد عدم المساواة في المطالبة بالتعويضات بين المشتري والبائعين يتعارض مع اتجاه الاتفاقية^(٩٨). غير أن المادة (٧٤) لا تمنح المحكمة أو هيئة التحكيم من منح الاطراف أتعاب المحامين وتكاليفهم عند نص العقد على ذلك، أو عندما تسمح به القواعد الواجبة التطبيق.

٦. للطرف المتضرر الحصول على تعويضات عن الخسارة المالية الناجمة عن مطالبات الغير نتيجة الأخلال بالعقد.

٦,١_ قد لا يقتصر الأخلال بالعقد على التسبب في تكبد الطرف المتضرر خسائر مباشرة وعرضية فحسب، بل قد يتسبب كذلك في خسائر ناجمة عن التعامل مع الغير. تسمى هذه الخسائر أحياناً بالأضرار التبعية^(٩٩). على سبيل المثال: في حالة وجود أخلال من قبل المشتري، قد يتعرض البائع لأضرار تبعية ناتجة عن إنهاء العقود مع الموردين^(١٠٠)، أو الرسوم الناتجة عن شيك دون رصيد^(١٠١). وكذلك يمكن للمشتري استرداد التعويضات التبعية عندما يستلم من البائع سلعةً معيبة، ويعيد بيعها إلى الغير، ويتحمل المسؤولية أمامهم عن هذا العيب أو عدم التنفيذ^(١٠٢).

applicable procedural law or rules.

(97) Other policy reasons for awarding attorneys fees and costs include deterrence and punishment. See Reinganum/Louis L. Wilde, Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs, 17 RAND J. Econ. p. 1986) 557) (discussing the deterrence function awarding attorneys fees serves); Wetter/Priem, Costs and Their Allocation in International Commercial Arbitrations, 2 Am. Rev. Intl Arb. p. 1991) 329, 249) (arguing that courts awarded costs and fees in order to punish an unsuccessful plaintiff for bringing a false claim or to fine a losing defendant for unjustly refusing the plaintiff's right). The later is clearly not a policy to be furthered by Article 74.

Moreover, interpreting the CISG to provide for one-way fee shifting would not serve the goals behind such a regime. One-way fee shifting statutes are typically enacted to encourage law suits in certain areas because it is in the public interest to do so or to equalize the litigation strength between the parties, particularly in suits between governments and private parties of modest means. See generally Krent, Explaining One-Way Fee Shifting, 79 Va. L. Rev. p. 2039 1993)). Claimants in CISG suits do not need one-way fee shifting as incentive to bring suit. Nor do such suits as a routine matter involve claimants of modest means suing governments. Thus, the purposes for construing the CISG as providing for a one-way fee shifting scheme are not compelling.

(98) See Keily, op. cit., § 6.2(b); see also Bianca/Bonell/Bonell, op. cit., 2.2.1 (stating that, in interpreting the Convention, "courts are expected to take a much more liberal attitude and to look, wherever appropriate, to the underlying purposes and policies of individual provisions as well as the Convention as a whole").

(99) See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 21 ,74.

(100) See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 21 ,74 (citing cases).

(101) See Germany, OLG Munchen, 28 Jan. 1998, CISG-online.ch 339; Germany, LG Bielefeld, 2 Aug., 1996.

(102) See Germany, BGH, 25 Nov. 1998, CISG-online.ch 353.

٦,٢_ تخضع هذه التعويضات _ على غرار التعويضات المباشرة والعرضية _ لقيود إمكانية التنبؤ والتخفيف. ومع ذلك قد تكون هذه المفاهيم أكثر احتمالاً للحد من توافر التعويضات اللاحقة^(١٠٣).

٧. للطرف المتضرر الحصول على تعويضات عن فقدان السمعة نتيجة للإخلال بالعقد.

١,٧_ تعتبر الأضرار المالية الناجمة عن فقدان السمعة _ من حيث المبدأ _ قابلة للتعويض بموجب المادة (٧٤)^(١٠٤). غير أن هذه المادة لا تسمح باسترداد الخسارة غير المادية^(١٠٥). لذلك لا يمكن استرداد التعويضات عن فقدان السمعة إلا إذا تمكن الطرف المتضرر من إثبات أنه قد تكبد خسارة مالية بسبب الأخلال بالعقد^(١٠٦).

٢,٧_ رغم أن المادة (٧٤) لا تنص صراحةً على استرداد خسارة السمعة، إلا أنه يُسمح بمثل هذه التعويضات بموجب مبدأ التعويض الكامل الوارد في هذه المادة^(١٠٧). وإضافة إلى ذلك تسمح به كل من المادة (٩: ٥٠١ / ٢ / أ) من مبادئ قانون العقود الأوروبي، والمادة (٢,٤,٧) من مبادئ اليونيدروا^(١٠٨).

٣,٧_ من المعروف أن السمعة يصعب تعريفها^(١٠٩)، وبالتالي يصعب قياس

(103) See Anderson, op. cit., § 11.3; Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, op. cit., art. 21, 74.

(104) See Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, op. cit., art. 12, 74; Blasé/Höttler, op. cit.; Djakhongir Saidov, Methods of Limiting Damages Under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 14 Pace Intl L. Rev. pp. 2001) 328, 307). But see Germany, LG München, 30 Aug. 2001, CISG-online.ch 668 (holding that damages due to loss of goodwill are not available under

Convention). Commentators argue, however, that the reasoning in that case was unsound. See Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, op. cit., art. 12, 74, n.55; see also Waddams, op. cit., p. 535 (noting “no cogent reason why damages should not be given for loss of reputation in a contract case”); McGregor, op. cit., § 38 (same).

(105) See Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, op. cit., art. 12, 74; but see Saidov, op. cit., pp. 32-329 (arguing for category of non-material damages for injury to business reputation).

(106) See France, Sté Calzados Magnanni v. SARL Shoes General International, CA Grenoble, 21 Oct. 1999, CISG-online.ch 574; Switzerland, HG Zurich, 10 Feb. 1999, CISG-online.ch 488; Germany, LG Darmstadt, 9 May 2000, CISG-online.ch 560.

(107) Blasé/Höttler, op. cit.

(108) See UNIDROIT Principles art. 7.4.2 cmt. 5; PECL art. 2)9:501) and n.4; see also Blasé/Höttler, op. cit. Numerous jurisdictions applying the American Uniform Commercial Code also permit recovery of damages due to loss of goodwill. See Anderson, op. cit., § 11:31.

(109) Commentators explain:

Many businesspeople think of goodwill in terms of a company's relationship with its customers; that is, a company with good service generates goodwill among its customers. Although this is an accurate interpretation of goodwill, there are several others. For example, under the so-called excess earnings method for estimating business value, a company is worth the sum of the FMV [fair market value] of its tangible assets and its goodwill. In this scenario, goodwill is calculated as the capitalized value of the company's “above average” earnings or rate of return. In other words, the goodwill is a reflection of the fact that the subject company is earning a return greater than the norm for investments of a similar risk. Thus, goodwill in this instance is the company's ability to

خسارتها. ويمكن أن تشير ببساطة إلى خسارة الكسب الفائت في المستقبل. كما عُرِفَتْ بأنها انخفاض في سمعة الأعمال التجارية أو الصورة التجارية، والتي تقاس من خلال الاحتفاظ بالعملاء. وعرفت كذلك بأنها انخفاض في قيمة المصلحة التجارية^(١١٠). ونظرًا لعدم وجود تعريف موحد، فقد طلبت بعض المحاكم مستوى أعلى من الإثبات للأضرار الناتجة عن فقدان الشهرة. فعلى سبيل المثال قد قررت المحكمة التجارية في كانتون زيورخ (السويسرية) بتاريخ (٠١ شباط/ فبراير/ ١٩٩٩) أن الأضرار الناتجة عن فقدان السمعة يجب «إثباتها وبيانها بشكل ملموس»^(١١١). بالإضافة إلى ذلك فقد رفضت محكمة دارمشتات الإقليمية الألمانية بتاريخ (٩ ايار/ مايو/ ٢٠٠٠) ، في قرار لها التعويضات عن خسارة السمعة التجارية؛ لأن المشتري لم يكن قادرًا على «حساب الخسائر الدقيقة الناتجة عن سمعة المتضررة»^(١١٢). ومع ذلك فإنه يجب أن لا تؤدي صعوبة قياس السمعة إلى اشتراط مستوى أعلى من الإثبات للحصول على التعويض. وفي الواقع إن اشتراط حساب التعويضات عن خسارة السمعة بالدقة، سيضع في كثير من الأحيان عبئًا على عاتق الطرف المتضرر لا يمكنه التغلب عليه، وسيهدر مبدأ المادة (٧٤) المعني بالتعويض الكامل. كما أن منح التعويض عن فقدان السمعة _ في حال تمكن الطرف المتضرر من إثبات بدرجة معقولة من اليقين أن سمعته قد تضررت نتيجة الإخلال بالعقد_ ينسجم مع المادة (٧٤)، شأنه في ذلك شأن التعويضات الأخرى التي يجوز المطالبة بها بموجبها^(١١٣).

٤,٧_ يمكن قياس خسارة السمعة بالكسب الفائت في بعض الحالات. ومع ذلك فإن هذه القضايا تنطوي على احتمال استرداد مكرر بسبب التداخل بين اضرار التي لحقت بالسمعة واضرار الكسب الفائت. وعلى وجه الخصوص الحالة التي يتساوى التعويض عن انخفاض قيمة المصلحة التجارية للطرف المتضرر مع التعويض الذي

earn above-normal profits. . . .

The final interpretation of goodwill relates to a company's balance sheet. GAAP [Generally Accepted Accounting Principles] does not allow a company to estimate the value of its goodwill and then place this figure on the balance sheet. The historical cost principle makes such an entry impossible under GAAP. However, in the case of a business acquisition, goodwill can be placed on the postacquisition balance sheet, reflecting the excess purchase price paid over the FMV of the identifiable tangible assets. In practice, this excess may be allocated to other intangible assets besides goodwill (e.g., customer base, trade name).

GABEHART/BRINKLEY, THE BUSINESS VALUATION BOOK, A.M.A., 2002, pp. 17-116.

(110) See Anderson, op. cit., § 11:31; Saidov, op. cit., p. 330.

(111) See HG Zurich 10 Feb. 1999, op. cit.

(112) See Germany, LG Darmstadt, 9 May 2000, CISG-online.ch 560.

(113) See 2.9-2.1 (discussing level of proof/certainty requirement); see also Anderson, op. cit., § 11.3 (rejecting any "stringent standard of certainty" for damages due to loss of goodwill) (quoting McCormick, Handbook on the Law of Damages, West, 1935, p. 677; Saidov, op. cit., p. 330. Of course, the aggrieved party will still have to prove, among other things, that such damages were foreseeable. In fact, some have asserted that there exists a stricter foreseeability test for loss of goodwill. See Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 46 ,74.

سيحصل عليه عن الكسب الفائت المستقبلي⁽¹¹⁴⁾. في هذا الظرف لا يمكن للطرف المتضرر المطالبة بتعويضات عن خسارة عائدات العملاء الناتجة عن خسارة الشهرة، والكسب الفائت المستقبلي⁽¹¹⁵⁾. حدث هذا الموقف في قرار لمحكمة دارمشتات الإقليمية الألمانية بتاريخ (٩ أيار/مايو/ ٢٠٠٠)⁽¹¹⁶⁾. واتهم المشتري البائع في تلك القضية بتسليم بضائع معيبة ورفض دفع ثمن العقد. وفي دعوى مضادة طالب المشتري بتعويضات ناجمة عن خسارة في رأس المال وفقدان السمعة التجارية. وأوضحت المحكمة المذكورة أنه لا يوجد أساس لمطالبة المشتري بالتعويض عن خسارة السمعة. وذكرت المحكمة أنه «لا يمكن للمشتري المطالبة بخسارة في رأس المال من ناحية - والتي يمكن تعويضها في شكل كسب فائت- ومن ناحية أخرى محاولة الحصول على تعويض إضافي عن فقدان السمعة»⁽¹¹⁷⁾.

٥,٧_ قد تكون هناك ظروف يمكن فيها للطرف المتضرر استرداد تعويضات عن خسارة السمعة وخسارة الأرباح معاً. فعلى سبيل المثال عندما يؤدي إخلال المدين في النهاية إلى فشل مشروع الدائن التجاري، فقد يكون الدائن قادراً على استرداد من بين أمور أخرى الكسب الفائت من تاريخ الإخلال حتى اليوم الذي فشل فيه المشروع التجاري، ومن ثم التعويضات عن إتلاف أعمال هذا المشروع التي قد تتضمن قيمتها الكسب الفائت وخسارة السمعة⁽¹¹⁸⁾.

٨_ إذا كان هناك إخلال بالعقد، ثم دخل الطرف المتضرر في صفقة بديلة معقولة دون أن يفسخ العقد أولاً، يجوز له استرداد التعويضات بموجب المادة (٧٤)، أي الفرق بين سعر العقد والمعاملة البديلة.

١,٨_ يمكن للطرف المتضرر أحياناً أن يتجنب جزءاً من خسارته الناتجة عن الإخلال بالعقد عن طريق الدخول في معاملة بديلة⁽¹¹⁹⁾، فإذا الغى هذا الطرف العقد ودخل بعد ذلك في معاملة بديلة في غضون فترة زمنية معقولة وبطريقة منطقية، فيجوز له استرداد التعويضات بموجب المادة (٧٥) المقاسة بالفرق بين سعر العقد والمعاملة البديلة إلى جانب أي تعويض إضافي⁽¹²⁰⁾. ومع ذلك يجوز للطرف المتضرر في بعض الأحيان إما بموجب واجب التقليل أو كإجراء وقائي، أو كليهما - الدخول في معاملة بديلة بعد

(114) Waddams, op. cit., p. 628; LG Darmstadt, 9 May 2000, op. cit.; see also Anderson, op. cit., § 11.3 (stating that "lost future profits that are not attributable to an erosion of the customer base do not constitute a loss of goodwill").

(115) See LG Darmstadt, 9 May 2000, op. cit. (citing danger of double recovery).

(116) Id.

(117) See id.

(118) Cf. United States, Lewis River Golf v. O.M. Scott & Sons, Wash. Supreme Court, 845, 1993 P.2d p. 987 (awarding U.S. 664,340\$ in damages for breach of contract and U.S. 1,026,800\$ in damages for loss on subsequent sale of business, which included loss resulting from damage to its reputation or goodwill).

(119) See generally Farnsworth, op. cit., pp. 225, 216.

(120) CISG art. 75.

الإخلال ولكن قبل فسخ العقد. ففي هذا الظرف يجب أن يكون الطرف المتضرر قادرًا على حساب التعويضات باستخدام نفس الطريقة المتبعة لاسترداد التعويضات بموجب المادة (٧٥)^(١٢١)، أي عندما يدخل الطرف المتضرر في معاملة بديلة دون أن يفسخ العقد أولاً، فيجوز له استرداد كتعويض (وفق المادة) ٧٤ (الفرق بين السعر المنصوص عليه في العقد والمعاملة البديلة، لكن بشرط أن تكون هذه المعاملة معقولة)^(١٢٢). وشرح الأساس المنطقي لهذا النهج على النحو التالي:

«ويجب أن يُسمح للمشتري الذي تلقى بضائع غير مطابقة _ بدرجة لا ترتقي إلى حد الإخلال الجوهري بالعقد الذي يسمح بفسخه _ بأن يبرم صفقة تغطية من أجل مواصلة إنتاجه أو تنفيذ عقود مع زبائنه، أو كليهما. وعلى الرغم من عدم وجود فسخ، وبالتالي عدم قابلية تطبيق المادة (٧٥) من هذه الاتفاقية، لذا يجب أن يُسمح للمشتري بحساب التعويضات التي لحقت به على أساس تكاليف معاملة التغطية»^(١٢٣).

٩. يجب ألا تضع التعويضات الطرف المتضرر في وضع أفضل مما كان سيتمتع به لو نُفذ العقد بشكل صحيح.

أ- عند احتساب مبلغ التعويضات المستحقة للطرف المتضرر، مبدئياً تُعوض الخسارة التي لحقت به نتيجة المخالفة، بأية مكاسب له نتيجة عدم تنفيذ العقد.

٩، ١_ قد يوفر الإخلال بالعقد في بعض الأحيان مزايا مالية للطرف المتضرر من خلال السماح له بتجنب بعض الخسارة أو توفير النفقات التي كان سيتكبدها لولا ذلك الإخلال. ففي هذه الحالة يجب تعويض الخسارة القابلة للتعويض التي تكبدها نتيجة الإخلال بالعقد بالمزايا التي حصل عليها بسبب عدم تنفيذ الاتفاق. وكما يشير المعلقون «يجب أن لا تؤخذ المزايا المكتسبة في الحسبان إذا لم تكن لها صلة كافية بالخسارة،

(121) Cf. Germany, OLG Hamburg, 28 Feb. 1997, CISG-online.ch 261.

(122) See Schlechtriem, Damages Avoidance of the Contract and Performance Interest under the CISG, Festschrift Apostolous Georgiades, Athens (forthcoming 2006); see also Farnsworth, op. cit., pp. -224

27. In this situation, the aggrieved party is also entitled to any incidental and consequential damages.

(123) Schlechtriem, op. cit., p. 4. In calculating the amount of damages owed to the aggrieved party, the loss to the aggrieved party resulting from the breach must be offset by any gains to the aggrieved party resulting from the non-performance of the contract. Professor Schlechtriem notes:

If the buyer liquidates the contract by claiming performance interest without avoiding the contract, he has to keep the non-conforming goods, the value of which has to be taken into account in the computation of the buyer's total damages. If he resells the goods – even at a high discount because of their non-conformity – the proceeds have to be accounted for in the calculation of damages. Likewise, if he claims performance interest because the seller was in delay in delivering the goods, but then tenders, although late, and the buyer has to take delivery, because he cannot avoid (since the delay might not amount to a fundamental breach or an additional period of time was not set), the value of the goods bought as cover, if and insofar as they can be utilized, or the proceeds from reselling them, have to be taken into account.

Id., p. 6.

وكانت مرتبطة بنفقات الطرف المتضرر نفسه (مثل التأمين)؛ لأن ذلك سيكون مخالفاً لمبدأ حسن النية (أنظر: المادة ١/٦) الذي يقضي بإعفاء الطرف المدين من قبلهم»^(١٢٤).
 ٢,٩_ يتوافق هذا النهج مع الممارسة المتبعة في معظم البلدان^(١٢٥)، ومع مبادئ اليونيدروا و مبادئ قانون العقود الأوروبي، حيث تنص المادة (٢,٤,٧) من مبادئ اليونيدروا على أنه يجب أن يؤخذ في الحسبان «أي مكسب للطرف المتضرر ناتج عن تجنبه للتكلفة أو الضرر»^(١٢٦). ويوضح التعليق على هذه النص أن الغرض من هذه الصيغة هو ضمان عدم إثراء الطرف المتضرر من تعويضات عدم التنفيذ. ووفقاً لذلك «يجب أن يؤخذ في الاعتبار أي مكسب ناتج عن عدم تنفيذ الطرف المتضرر، سواء كان ذلك في شكل نفقات لم يتكبدها (على سبيل المثال: لا يجب عليه دفع تكلفة غرفة في فندق لفنان تخلف عن الحضور)، أو على شكل الخسارة تم تجنبها (على سبيل المثال: في حالة عدم تنفيذ ما كان سيشكل صفقة خاسرة له)»^(١٢٧).

٣,٩_ على النقيض من ذلك لم تنص مبادئ قانون العقود الأوروبي صراحة على وجوب تعويض خسارة الطرف المتضرر بالمكاسب الناتجة عن الإخلال بالعقد. ومع ذلك فإن التعليق على المادة (٩: ٥٠٢) من هذه المبادئ ينص على ما يلي:
 «يجب على الطرف المتضرر أن يراعي عند الحد من التعويضات أي مكاسب تعويضية تعوض خسارته، ولا يمكنه استرداد سوى الرصيد، وصافي الخسارة، وبالمقابل عند حساب المكاسب التي حرم منها، فإن التكلفة التي كان سيتكبدها في تحقيق هذه المكاسب هي وفورات تعويضية يجب خصمها لتحقيق ربح صاف، وتتشأ المكاسب التعويضية عادة نتيجة لمعاملة التغطية التي يبرمها الطرف المتضرر، ولكن على الطرف غير المنفذ أن يثبت أن المعاملة التي ولدت المكاسب كانت بالفعل معاملة بديلة، على عكس المعاملة التي أبرمت بمعزل عن التقصير. ويحدث الادخار التعويضي عندما يكون التنفيذ المستقبلي الذي نفذ منه الطرف المتضرر نتيجة لعدم التنفيذ كان سيفرض عليه نفقات»^(١٢٨).

٤,٩_ يقدم تعليق الأمانة التوضيحات التالية للتدبير المناسب للتعويض بموجب المادة (٧٤):

مثال أ) (نص العقد على بيع ١٠٠ قطعة من أدوات الآلات بقيمة (٥٠٠٠٠٠ دولار) وكان من المقرر أن يصنعها البائع. تتصل المشتري عن العقد قبل البدء بتصنيعهن. فلو نفذ العقد (في هذا الفرض) لكان البائع قد تكبد تكاليف إجمالية قدرها (٤٥٠٠٠٠ دولار) منها (٤٠,٠٠٠ دولار) التكلفة التي ستتكبد نتيجة لوجود هذا العقد (على سبيل المثال: المواد والكهرباء والعمالة المستأجرة للعقد أو التي تدفعها وحدة الإنتاج)، و(٥٠٠٠ دولار) ستمثل تخصيصات هذا العقد للنفقات العامة للشركة (مثل: تكلفة رأس المال المقترض،

(124) Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, op. cit., art. 32,74.

(125) See Farnsworth, op. cit., § 12.9; Treitel, op. cit., §§ 50-149; see also PECL art. 9:502 n.4 (citing numerous cases and authorities).

(126) UNIDROIT Principles art. 7.4.2.

(127) Id., cmt. 3.

(128) PECL: art. 9:502 cmt c

والمصروفات الإدارية العامة، واستهلاك المصانع والمعدات). ونظرًا لتتصل المشتري عن العقد، فإن البائع لم ينفق مبلغ الـ (٤٠,٠٠٠ دولار) من التكاليف التي كان يمكن تكبدها لو نُفذ هذا العقد. ومع ذلك فإن مبلغ الـ (٥٠٠٠ دولار) من النفقات العامة التي حُصفت لهذا العقد، كانت لتغطية نفقات الأعمال التي لم تكن تعتمد على وجود العقد. لذلك لا يمكن تخفيضها، وما لم يكن البائع قد أبرم عقودًا أخرى استخدم طاقته الإنتاجية بالكامل خلال الفترة الزمنية المعنية نتيجة لأخلال المشتري_ فإن البائع قد فقد تخصيص (٥٠٠٠ دولار) وبالتالي فإن الخسارة التي يكون المشتري مسؤولاً عنها في هذا المثال هي (١٠٠٠٠ دولار).

قيمة العقد (٥٠٠٠٠ دولار) أمريكي، تخصم نفقات الأداء التي يمكن توفيرها وهي (٤٠٠٠٠ دولار) الباقي (١٠٠٠٠ دولار) وهي الخسارة الناتجة عن الأخلال بالعقد. مثال ب) (إذا كان البائع قد تكبد بالفعل) ١٥٠٠٠٠ دولار (في المصروفات غير القابلة للاسترداد في الأداء الجزئي للعقد، قبل تتصل المشتري من العقد كما في المثال أ)، فإن إجمالي التعويضات في هذه الحالة يساوي (٢٥٠٠٠٠ دولار). مثال ج): إذا أمكن بيع ناتج الأداء الجزئي في المثال ب) للغير مقابل (٥٠٠٠ دولار) كإنقاذ، فإن خسارة البائع ستخفف إلى (٢٠٠٠٠ دولار)^(١٢٩).

ب- لا يجوز منح تعويضات جزائية بموجب المادة (٧٤) من الاتفاقية. ٥,٩_ لم تنص الاتفاقية على دفع تعويضات جزائية. والتعويضات الجزائية وتسمى أيضًا التعويضات التأديبية: وهي مبالغ تزيد عن أي تعويضات مكافئة أو اسمية، غايتها معاقبة أحد الأطراف لسلوكه المشين^(١٣٠). ولا يجوز منح هذه التعويضات بموجب المادة (٧٤) لأنها تقصر التعويض على «مبلغ يساوي الخسارة_ بما في ذلك خسارة الأرباح_ التي تكبدها الطرف الآخر نتيجة للأخلال بالعقد»^(١٣١). علاوة على ذلك فإنه لا يجوز منح تعويضات جزائية بحسب هذه الاتفاقية حتى في حال سماح القانون الداخلي لهم بذلك كنتيجة للأخلال بالعقد؛ لأن الاتفاقية لم تنص على ذلك^(١٣٢). ومع ذلك يجوز للأطراف الموافقة على السماح للمحكمة أو للهيئة القضائية بإصدار تعويضات جزائية إلى الحد الذي يسمح به القانون الواجب التطبيق^(١٣٣).

(129) Secretariat Commentary, op. cit., art. 70 [draft counterpart to CISG art. 5 ¶, [74.

(130) For a comparative study of punitive damages, see Gotanda, Punitive Damages: A Comparative Analysis, 42 Colum. J. Transnatl L. p. 2004) 391). The prohibition on punitive damages does not, in principal, apply to claims for liquidated damages.

(131) CISG art. 74.

(132) Id.

(133) See Enderlein/Maskow/Knapp, op. cit., p. 544. It should be noted that an award of punitive damages may violate an applicable mandatory rule of law. In such case, the award or the portion of the awarding punitive damages may be invalid or unenforceable. See generally Gotanda, Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitration in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 38 Harv. Intl L.J. p. 1997) 59).

فخ ثيوسيديس: هل تتجه الولايات المتحدة والصين إلى الحرب؟

مجلة أتلاتك

جراهام أليسون - ٢٤ أيلول ٢٠١٥

ترجمة: أ.م.د. عبدالأمير عبدالحسن إبراهيم

في دراسة أجريت من قبل فريق بحثي في مركز (بيلفر) لتحديد ماهية السلوك الخارجي للدول التعديلية ، فإن إنتى عشرة حالة من أصل ست عشرة حالة في تاريخ العلاقات الدولية على مدى خمسمائة سنة واجهت فيها قوة صاعدة قوة مهيمنة ، كانت النتيجة إراقة دماء .

عندما التقى الرئيس الأمريكي الأسبق (باراك أوباما) نظيره الصيني (شي جين بينغ) خلال زيارة الدولة الأولى للرئيس الصيني إلى الولايات المتحدة ، لم يكن هناك بند واحد على جدول أعمالهم تناول احتمال أن تجد الولايات المتحدة والصين نفسيهما في حالة حرب في العقد المقبل ، وبدى ذلك مستبعداً بقدر ما هو أمر يخلو من الحكمة . ومع ذلك ، بعد مرور أكثر من ١٠٠ عام على ذلك اللقاء ، تقدم الحرب العالمية الأولى تذكيراً واقعياً بقدرة الإنسان على ارتكاب حماقة، فعند القول إن إندلاع الحرب «لا يمكن تصورها» ، فهل هذا بيان حول ما هو ممكن في العالم - أم ما يمكن أن تتخيله العقول فقط ؟ .

في عام ١٩١٤ ، كان قليلون يتخيلون المذابح التي ارتكبت في الحرب العالمية الأولى. وعندما انتهت الحرب بعد أربع سنوات ، كانت أوروبا في حالة خراب: ذهب القيصر ، وتفككت الإمبراطورية النمساوية المجرية ، وأطاح البلاشفة بالقيصر الروسي ، ونزفت فرنسا على مدى جيل ، وجردت إنكلترا من شبابها وكنوزها، وتوقفت الألفية التي كانت فيها أوروبا المركز السياسي للعالم.

إن السؤال المحدد حول النظام العالمي لهذا الجيل هو ما إذا كان بإمكان الصين والولايات المتحدة الهروب من فخ ثيوسيديس، في استعارة المؤرخ اليوناني، بالمخاطر المصاحبة عندما تتنافس قوة صاعدة قوة مهيمنة - كما حدث بين أثينا سبارطا في اليونان القديمة؟، أو كما فعلت ألمانيا لبريطانيا قبل مايزيد على قرن من الزمان، فالتعديلات في المواقف والأفعال لا تصدر من جانب المتحدي ولكن من جانب المتحدى أيضاً.

واستناداً إلى المسار الحالي للصراع الأمريكي الصيني ، فإن الحرب بين الولايات المتحدة والصين في العقود المقبلة ليست ممكنة فحسب ، ولكنها أكثر احتمالية بكثير مما هو معروف في الوقت الحالي. في الواقع .

واستناداً إلى السجل التاريخي ، فإن احتمالية الحرب هي الأكثر احتمالاً، فضلاً عن ذلك ، فإن الاستهانة الحالية وسوء فهم المخاطر الكامنة في العلاقة بين الولايات المتحدة والصين التي تساهم بشكل كبير الدخول في أتون حرب، إذ يمكن أن يؤدي مجرد حدث غير متوقع وغير عادي - إلى صراع واسع النطاق.

وعندما تهدد قوة صاعدة بإزاحة قوة مهيمنة ، فإن الأزمات القياسية التي كان من الممكن احتواؤها ، مثل اغتيال (أرشيدوق) في عام ١٩١٤ ، يمكن أن تبدأ سلسلة من ردود الفعل التي ، بدورها ، تؤدي إلى نتائج لم يكن أي من الأطراف ليختارها لولا ذلك . لكن الحرب ليست حتمية، إذ إن أربع من الحالات من أصل ست عشرة حالة لم تنتهي بإراقة الدماء . فهي تقدم ، دروساً ذات صلة لقادة العالم اليوم، ويتطلب الهروب

من المصيدة جهداً كبيراً لنقادها.

وكما قال الرئيس الصيني (شي جين بينغ) نفسه خلال زيارة إلى مدينة سياتل في الولايات المتحدة ، « لا يوجد شيء مثل ما يسمى بفخ ثيوسيديديس في العالم، ولكن إذا تكرر ارتكاب الدول الكبرى أخطاء في الحسابات الإستراتيجية ، فقد تخلق مثل هذه الفخاخ لنفسها .».

منذ أكثر من ٢٤٠٠ عام ، قدم المؤرخ الأثيني (ثيوسيديديس) نظرة ثاقبة قوية: « لقد كان صعود أثينا ، والخوف الذي ألهمه هذا في اسبارطا ، هو الذي جعل الحرب أمراً لا مفر منه»، نتيجة التحول السريع في ميزان القوى بين متنافسين.

وقد حدد (ثيوسيديديس) محركين رئيسيين لهذه الديناميكية: الاستحقاق المتنامي للقوة الصاعدة ، والشعور بأهميتها ، والمطالبة بمزيد من الرأي والتأثير ، من ناحية ، والخوف وانعدام الأمن والتصميم على الدفاع عن الوضع الراهن الذي يولده هذا. في السلطة القائمة ، من ناحية أخرى.

في هذا النموذج الذي كتب عنها في القرن الخامس قبل الميلاد ، فقد ظهرت أثينا على مدى نصف قرن كبرج حضارة ، نتج عن التقدم في الفلسفة والتاريخ والدراما والعمارة والديمقراطية والبراعة البحرية، وهو ما أحدث صدمة لدى اسبارطا ، التي كانت لمدة قرن القوة البرية الرائدة في شبه جزيرة بيلوبونيز ، في مواجهة موقف أثينا التي نمت نفوذها ، وازدادت ثقتها بنفسها ، ووعيتها بظلم الماضي ، وحساسيتها لحالات عدم الاحترام، وإصرارها على مراجعة الترتيبات السابقة لتعكس حقائق جديدة في توزيع القوة، الذي فسرت اسبارطا على أنه غير معقول ، ومهدد للنظام الذي أسسته.

لقد قام (ثيوسيديديس) بالتوثيق التاريخي للتغيرات الموضوعية في القوة النسبية ، لكنه ركز أيضاً على التغيير في الإدراك الاستراتيجي لقادة أثينا واسبارطا - وكيف أدى ذلك إلى تعزيز التحالفات مع الدول الأخرى على أمل موازنة الآخر .

وعندما انتهت الحرب بعد ثلاثون سنة ، تركت الدولتين في حالة من الخراب ، وكانت اسبارطا هي الطرف المنتصر، مما جعل اليونان ، لاحقاً ، عرضة لهجمات الفرس.

قبل ثماني سنوات من اندلاع الحرب العالمية في أوروبا ، سأل الملك البريطاني (إدوارد السابع) رئيس وزرائه لماذا أصبحت الحكومة البريطانية غير ودية للغاية مع ابن أخيه القيصر (فيلهلم الثاني) في ألمانيا ، بدلاً من إبقاء عينها على أمريكا ، وهو ما اعتبره التحدي الأكبر . أصدر رئيس الوزراء تعليماته إلى كبير مراقبي الشؤون الألمانية في وزارة الخارجية ، (آير كرو) ، لكتابة مذكرة تجيب على سؤال الملك. سلم (كرو) مذكرته في يوم رأس السنة الجديدة ، ١٩٠٧ ردد فيها منطوق تحليل رؤية (ثيوسيديديس) في أن سعي ألمانيا إلى «الهيمنة السياسية والصعود البحري» يشكل تهديداً وجودياً لـ «استقلال جيرانها وفي النهاية وجود إنجلترا»، وهو ما تجسد في ملاقاته الأسطول البريطاني الكبير أسطول البحرية الإمبراطورية الألمانية في معركة جوتلاند عام ١٩١٦. كانت إجابة (كرو) واضحة: القدرة هي المفتاح، ومع تجاوز الاقتصاد الألماني الاقتصاد البريطاني ، لن تقوم ألمانيا فقط بتطوير أقوى جيش في القارة. وسرعان ما

«تبنى قوة بحرية قوية بقدر ما تستطيع» ، وهو ما عبر عنه (هنري كيسنجر) ، « إن حققت ألمانيا تفوقاً بحرياً ... هذا في حد ذاته - بغض النظر عن النوايا الألمانية - سيكون تهديداً موضوعياً لبريطانيا ، ولا يتوافق مع وجود الإمبراطورية البريطانية » . بعد ثلاث سنوات من قراءة تلك المذكرة ، توفي (إدوارد السابع) ، وكان من بين الحاضرين في جنازته اثنين من «المشييعين الرئيسيين» - خليفة (إدوارد جورج الخامس) ، والقيصر فيلهلم الألماني - جنباً إلى جنب مع (ثيودور روزفلت) الذي مثل الولايات المتحدة . ، سأل (روزفلت فيلهلم) عما إذا كان سيفكر في تعليق سباق التسليح البحري الألماني البريطاني ، أجاب القيصر إن ألمانيا كانت ملتزمة بشكل ثابت بامتلاك قوة بحرية قوية. لكن كما أوضح ، فإن الحرب بين ألمانيا وبريطانيا كانت ببساطة غير واردة ، لأنني «نشأت في إنجلترا ، إلى حد كبير ؛ أشعر بأنني رجل إنجليزي جزئياً. بجانب ألمانيا ، أنا أهتم بإنجلترا أكثر من أي دولة أخرى » . ثم مع التركيز : «أنا أعشق إنجلترا!»

على الرغم من أن الصراع الذي لا يمكن تصوره يبدو ، مهما كانت كارثية العواقب المحتملة لجميع الجهات الفاعلة ، ومهما كان التعاطف الثقافي العميق بين القادة ، حتى الأقارب بالدم ، ومهما كانت الدول مترابطة اقتصادياً - لا تكفي أي من هذه العوامل لمنع الحرب ، في عام ١٩١٤ أو اليوم .

وعندما تحدثت فرنسا الثورية الصاعدة هيمنة بريطانيا على المحيطات وتوازن القوى في القارة الأوروبية ، دمرت بريطانيا أسطول (نابليون بونابرت) في عام ١٨٠٥ وأرسلت لاحقاً قوات إلى القارة لهزيمة جيوشه في إسبانيا وفي (واترلو). بينما سعى (أوتو فون بسمارك) إلى توحيد تشكيلة مثيرة للجدل من الدول الألمانية الصاعدة ، كما وتحدى الاقتصاد الياباني والمؤسسة العسكرية التي تم تحديثها بسرعة الهيمنة الصينية والروسية على شرق آسيا ، مما أدى إلى نشوب حروب مع كليهما ظهرت اليابان كقوة رائدة في المنطقة .

إن التحدي الجيوستراتيجي البارز في هذه الحقبة ليس في إطار الصدام مع الإسلام السياسي ، أو روسيا الصاعدة. إنه التأثير الذي سيحدثه صعود الصين على النظام الدولي الذي تقوده الولايات المتحدة ، والذي قدم نموذجاً غير مسبوق للقوى العظمى على مدار أكثر من السبعين عاماً ماضية. وكما لاحظ الزعيم السنغافوري الراحل ، (لي كوان يو) ، فإن «حجم إزاحة الصين للتوازن العالمي سينتج توازناً جديداً ، إذ لا يمكن التظاهر بأن هذا مجرد لاعب كبير آخر ، فهو أكبر لاعب في تاريخ العالم » ، إذ يعلم الجميع عن صعود الصين بأنه لم يسبق في التاريخ أن قامت أمة حتى الآن ، بهذه السرعة ، على أبعاد عديدة من القوة. لإعادة صياغة ما قاله الرئيس التشيكي الأسبق (فاتسلاف هافيل) ، حدث كل هذا بسرعة كبيرة لدرجة أنه لم يتح لنا الوقت لنندم . في عام ١٩٨٠ ، كان لدى الصين ١٠٪ من الناتج المحلي الإجمالي للولايات المتحدة ، فضلاً عن ٦٪ من صادراتها. وفي غضون ذلك ، كانت العملة الأجنبية التي تحتفظ بها الصين تبلغ سدس حجم الاحتياطيات الأمريكية. ولكن بحلول عام ٢٠١٤ ،

بلغت هذه الأرقام ١٠١٪ من الناتج المحلي الإجمالي و ١٠٦٪ من الصادرات، و أن احتياطات الصين اليوم أكبر ب ٢٨ مرة من احتياطات الولايات المتحدة.

والسؤال الذي يطرحه السياسيون والاقتصاديون هو ، هل يمكن أن تصبح الصين رقم ١؟ في أي عام يمكن أن تتفوق الصين على الولايات المتحدة لتصبح ، على سبيل المثال ، أكبر اقتصاد في العالم ، أو المحرك الأساسي للنمو العالمي ، أو أكبر سوق للسلع الكمالية؟

وهل ستكون الصين قادرة على الحفاظ على معدلات النمو الاقتصادي عدة مرات مقارنة بالولايات المتحدة لعقد آخر وما بعده؟ إذا كان الأمر كذلك ، فهل أن قادتها الحاليون جادون في إزاحة الولايات المتحدة كقوة مهيمنة في آسيا؟ وهل ستتبع الصين مسار اليابان وألمانيا ، وتحتل مكانها كصاحب مصلحة مسؤول في النظام الدولي الذي بنته أمريكا على مدى العقود السبعة الماضية؟ من الواضح أن الإجابة على هذه الأسئلة لا يعرفها أحد.

ولكن إذا كانت توقعات أي شخص تستحق الاهتمام ، فهي توقعات (لي كوان يو) ، مراقب الصين الأول في العالم والمرشد للقادة الصينيين منذ (دينغ شياو بينغ). قبل وفاته في آذار (مارس) الماضي ، قدر مؤسس سنغافورة احتمالات استمرار الصين في النمو تفوق عدة مرات معدلات نمو الولايات المتحدة على مدى العقد المقبل وما بعده. وحول ما إذا كان قادة الصين جادون في إزاحة الولايات المتحدة كقوة عظمى في آسيا في المستقبل المنظور ، أجاب لي مباشرة: «بالطبع. لماذا لا ... كيف لا يطمحون إلى أن يكونوا رقم واحد في آسيا وفي العالم في الوقت المناسب؟» «وحول قبول مكانتها في نظام دولي صممه وتقوده الولايات المتحدة ، قال لا على الإطلاق: «الصين تريد أن تكون الصين ومقبولة على هذا النحو - وليس كعضو فخري في الغرب.»

عندما ظهرت الولايات المتحدة كقوة مهيمنة في نصف الكرة الغربي في تسعينيات القرن التاسع عشر ، كيف تصرفت؟

لقد جسد الرئيس الأمريكي الأسبق (ثيودور روزفلت) ذلك بوصف الولايات المتحدة بأنها أمة واثقة للغاية من أن المائة عام القادمة ستكون قرناً أمريكياً. وعلى مدى عقد من الزمان بدأ في عام ١٨٩٥ بإعلان وزيرة الخارجية الأمريكية أن الولايات المتحدة «ذات سيادة على هذه القارة الأمريكية»، إذ حررت كوبا، وهددت بريطانيا وألمانيا بالحرب لإجبارهما على قبول المواقف الأمريكية من الخلافات في فنزويلا وكندا، ودعمت التمرد الذي قسم كولومبيا لإنشاء دولة جديدة في بنما (التي منحت الولايات المتحدة على الفور امتيازات لبناء قناة بنما) ؛ وحاولت الإطاحة بحكومة المكسيك ، التي كانت مدعومة من المملكة المتحدة.

وفي نصف القرن الذي تلا ذلك ، تدخلت القوات العسكرية الأمريكية في «نصف الكرة الأرضية» في أكثر من ٣٠ مناسبة منفصلة لتسوية النزاعات الاقتصادية أو الإقليمية بشروط مواتية للأمريكيين ، أو للإطاحة بالقادة الذين اعتبروهم غير مقبول. على سبيل المثال ، في عام ١٩٠٢ ، عندما حاولت السفن البريطانية والألمانية

فرض حصار بحري لإجبار فنزويلا على سداد ديونها لهم ، حذر (روزفلت) كلا البلدين من أنه «سيكون مضطراً للتدخل بالقوة إذا لزم الأمر» إذا لم يسحبوا السفنمت إقناع البريطانيين والألمان بالتراجع وحل نزاعهم بشروط مرضية للولايات المتحدة في لاهاي. في العام التالي ، عندما رفضت كولومبيا تأجير منطقة قناة بنما للولايات المتحدة ، رعت الولايات المتحدة الانفصاليين البنميين ، واعترفت بالحكومة البنمية الجديدة ، في غضون ساعات من إعلان استقلالها ، وأرسلت قوات المارينز للدفاع عن الدولة الجديدة. دافع روزفلت عن تدخل الولايات المتحدة على أساس أنه «مبرر في الأخلاق وبالتالي مبرر في القانون». بعد ذلك بوقت قصير ، منحت بنما للولايات المتحدة حقوقاً في منطقة القناة «إلى الأبد».

وفي عودة إلى موضوعة الصين ، فقد بدأ دنغ شياو بينغ المسيرة السريعة للصين إلى السوق في عام ١٩٧٨ ، أعلن عن سياسة تُعرف باسم «الاختباء والاختباء»، إذ إن أكثر ما تحتاجه الصين في الخارج هو الاستقرار والوصول إلى الأسواق ، بالتوازي مع بناء قدراتها العسكرية بعد أن أعاد الضباط العسكريون الصينيون صياغتها أحياناً على أنها أصبحت قوية قبل أن تتعادل.

مع وصول الزعيم الجديد للصين (شي جين بينغ) ، انتهى عصر «الغميضة» ، فقد أذهل (شي) زملائه في الداخل ومراقبي الصين في الخارج بالسرعة التي تحرك بها وبجرأة طموحاته على الصعيد المحلي ، إذ تجاوز حالة قيادة الحكم من قبل لجنة دائمة مكونة من سبعة رجال ، إلى تعزيز مقاليد سلطته بين يديه ؛ أنهى المغازلة بالديمقراطية من خلال إعادة تأكيد احتكار الحزب الشيوعي للسلطة السياسية ؛ وحاولت تحويل محرك النمو الصيني من اقتصاد يركز على التصدير إلى اقتصاد مدفوع بالاستهلاك المحلي في الخارج ، وانتهج سياسة خارجية صينية أكثر نشاطاً والتي تزداد حزماً في تعزيز مصالح البلاد.

وفي حين أن الصحافة الغربية بدأت بالتركيز على المؤشرات الاقتصادية مستحوذة على قصة «التباطؤ الاقتصادي في الصين» ، بالإشارة إلى أن معدل النمو المنخفض للصين لا يزال أكثر من ثلاثة أضعاف مثيله في الولايات المتحدة، فقد فات العديد من المراقبين خارج الصين الاختلاف الكبير بين الأداء الاقتصادي للصين وأداء منافسيها على مدى السنوات السبع منذ الأزمة المالية لعام ٢٠٠٨ والركود العظيم. تسببت تلك الصدمة في تعثر جميع الاقتصادات الكبرى الأخرى وتدهورها. لم تقوت الصين أبداً عامًا من النمو ، حيث حافظت على معدل نمو متوسط يتجاوز ٨٪. في الواقع ، فمنذ الأزمة المالية ، حدث ما يقرب من ٤٠ في المائة من إجمالي النمو في الاقتصاد العالمي في بلد واحد فقط هو الصين بالمقارنة بالنمو بين أقرانها في مجموعة البريكس. وتحتل الصين، اليوم ، مكان الولايات المتحدة كأكبر اقتصاد في العالم يتم قياسه من حيث كمية السلع والخدمات التي يمكن للمواطن شراؤها في بلده (تبادل القوة الشرائية).

إن ما يسميه (شي جين بينغ) «حلم الصين» يعبر عن أعرق تطلعات مئات

الملايين من الصينيين ، الذين لا يرغبون في أن يكونوا أثرياء فحسب ، بل أن يكونوا أقوياء أيضًا. يكمن جوهر العقيدة الحضارية للصين في الاعتقاد - أو الغرور - بأن الصين هي مركز الكون. في الرواية المتكررة ، أدى قرن من الضعف الصيني إلى الاستغلال والإذلال القومي من قبل المستعمرين الغربيين واليابان، و يتم الآن إعادة الصين إلى مكانها الصحيح ، حيث تتطلب قوتها الاعتراف بالمصالح الأساسية للصين واحترامها.

وفي تشرين الثاني (نوفمبر) من العام ٢٠١٤ ، في اجتماع أساسي للمؤسسة السياسية والسياسة الخارجية الصينية بأكملها ، بما في ذلك قيادة جيش التحرير الشعبي ، قدم الرئيس الصيني (شي) نظرة عامة شاملة عن رؤيته لدور الصين في العالم عرض فيها الثقة بالنفس إلى حد ي الغرسة.

لقد بدأ الرئيس (شي) بتقديم مفهوم (هيجل) بشكل أساسي للاتجاهات التاريخية الرئيسية نحو التعددية القطبية (أي ليس القطبية الأحادية الأمريكية) وتحول النظام الدولي (أي ليس النظام الحالي بقيادة الولايات المتحدة). وبحسب كلماته ، فإن الأمة الصينية المتجددة ستبني «نوعًا جديدًا من العلاقات الدولية» من خلال صراع «طويل الأمد» حول طبيعة النظام الدولي. في النهاية ، أكد لجمهوره أن «الاتجاه المتزايد نحو عالم متعدد الأقطاب لن يتغير».

وبالنظر إلى الاتجاهات الموضوعية ، يرى الواقعيون أن قوة لا تقاوم تقترب من كائن ثابت. إنهم يسألون أيهما أقل احتمالاً: أن تطالب الصين بدور أقل في بحر الصين الشرقي والجنوبي مقارنة بالولايات المتحدة في منطقة البحر الكاريبي أو المحيط الأطلسي في أوائل القرن العشرين ، أو أن الولايات المتحدة تشارك الصين الهيمنة في غرب المحيط الهادي التي تتمتع بها ، واستمتعت بها منذ الحرب العالمية الثانية؟

ومع ذلك ، في أربع من الحالات الست عشرة حالة التي تم حلها فريق من (مركز بيلفر) ، لم تنتهي الخصومات المماثلة بالحرب.

وإذا سمح القادة في الولايات المتحدة والصين للعوامل الهيكلية بدفع هاتين الدولتين العظيمتين إلى الحرب، فإنهما لن يكونا قادرين على الاختباء وراء عباءة الحتمية، فأولئك الذين لا يتعلمون من النجاحات والإخفاقات السابقة في إيجاد طريق أفضل للمضي قدمًا لن يلومهم أحد سوى أنفسهم.

إن أكثر ما يحتاجه الاستراتيجيون في الوقت الحالي ليس استراتيجية جديدة ، بل وقفة طويلة للتفكير. إذا كان التحول التكتوني الناجم عن صعود الصين يشكل تحديًا للأبعاد الثيوسيدية الحقيقية ، أو التصريحات حول «إعادة التوازن» ، أو التنشيط «الانخراط والتحوط» ، أو دعوات المرشحين للرئاسة لمزيد من المتغيرات «العضلية» أو «القوية» من نفس الشيء ، لا ترقى إلا إلى الأسبرين في علاج السرطان، وسيقارن مؤرخو المستقبل مثل هذه التأكيدات بتوقيع القادة البريطانيين والألمان والروس أثناء سيرهم وهم نائمون إلى عام ١٩١٤.

إن ظهور حضارة عمرها ٥٠٠٠ عام ويبلغ عدد سكانها أكثر من ١,٣ مليار

شخص ليس مشكلة يجب حلها. إنها حالة - حالة مزمنة يجب إدارتها على مدى جيل. لن يتطلب النجاح مجرد شعار جديد ، واجتماعات قمة متكررة للرؤساء، واجتماعات إضافية لمجموعات عمل الإدارات، بل يتطلب اهتمامًا مستمرًا لإدارة هذه العلاقة دون حرب ، على أعلى مستوى في كلا البلدين، وسوف يستلزم عمقًا من التفاهم المتبادل لم تشهده منذ محادثات (هنري كيسنجر) و(تشو إنلاي) في السبعينيات. إن الأهم من ذلك ، سيعني حصول تغييرات جذرية في المواقف والأفعال، من قبل القادة والجمهور على حد سواء ، أكثر مما يتخيله أي شخص حتى الآن.

تعليق على حكم قضائي

الاستثمار المقلوب

أ.د. درع حماد

الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية

يعد الاستثمار احد الوسائل السريعة والعاجلة لتوفير متطلبات الناس من السلع والخدمات ، عندما تعجز الدولة أو لا ترغب بالدخول في هذه المجالات، اما لأنها تفتقد القدرات المالية الكافية لتوظيفها في هذه المجالات أو لا تملك الادوات الفنية او الادارية لتحقيق هذا الغرض، فتفسح المجال للقطاع الخاص الوطني أو الاجنبي لدخول هذه المجالات، والاستثمار بهذا المعنى تتعدد صورته ومجالاته بحيث تنبسط على مختلف مجالات الحياة، والعقود التي يتم الاستثمار متعددة ومختلفة ولا تتخذ شكلا واحدا اسمه عقد الاستثمار، فعقد الاستثمار جنس يشتمل على انواع متعددة من العقود، قد يتخذ ادارة وتشغيل مرفق عام كميناء بحري او جوي او سكة حديد وقد يتخذ صورة عقد مساطحة مع الدولة والمؤسسات العامة الاخرى او مع الافراد والقطاع الخاص، ولهذا فان عبارة عقد الاستثمار ليس علما على عقد محدد ذي مضمون ثابت وخصائص محددة .

ويبحث المستثمرون عن الفرص المناسبة لتوظيف اموالهم في مشاريع مختلفة تدر لهم عائدا مناسباً بعد استرجاع رؤوس اموالهم، ومما يساهم في تحقيق هذه الغاية التسهيلات والاعفاءات التي تمنحها قوانين تشجيع الاستثمار، مما يجعل العائدات في المجال الاستثماري اكثر لإغراءاً من اي مجالات اخرى، اي ان توظيف المال في دول تشجع تشريعاتها على الاستثمار بما تمنحه من امتيازات وما تعرضه من اعفاءات يجعل الاستثمار اكثر جدوى من استثمارات اخرى لا تتمتع بمثل هذه الامتيازات.

عانى العراق من مشاكل اقتصادية في قطاع السكن ، فالمعروض من المساكن لا يلبي الطلب المتزايد على الوحدات السكنية على نحو يمكن القول معه انه يعاني ازمة سكن مزمنة، وليس في قدرة الدولة ان توفر هذه الحاجة ، فسعت الى تشجيع الاستثمار في هذا القطاع وصدر قانون الاستثمار لتحقيق هذه الغاية وهو القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٧ وقد جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون انه « من أجل دفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية وجلب الخبرات التقنية والعملية وتنمية الموارد البشرية ويجاد فرص عمل للعراقيين بتشجيع الاستثمارات ودعم عملية تأسيس مشاريع الاستثمار في العراق وتوسيعها وتطويرها على مختلف الاصعدة الاقتصادية ومنح الامتيازات والاعفاءات لهذه المشاريع شرع هذا القانون».

ورغم العبارات العامة الواردة في الاسباب الموجبة للقانون التي تكرسها عبارة «دفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية...» ، فان الواقع العملي اظهر ان معظم هذه الاستثمارات ووظفت في قطاع انشاء الوحدات السكنية وبدرجة اقل في مجال البيع بالتجزئة ، كما في المراكز التجارية التي بدأت تظهر في كل مكان.

لقد وقع بين يدينا حكم لمحكمة التمييز اثار مسائل عديدة تثير الدهشة والاستغراب فيما طرحه من مفاهيم وما تبناه من تكييف والنتيجة التي توصل اليها، فما توصل اليه الحكم التحكيمي يخالف العقل والمنطق قبل القانون، والقانون الذي خالفه الحكم التحكيمي ليس من المسائل الدقيقة الشائكة التي يجتهد فيها القضاء ويتباين رأي الفقه بشأنها، بل هي مسائل لا خلاف فيها وتحكمها نصوص واضحة لا مساغ للاجتهاد في ثناياها

اولا: وقائع الدعوى

تتلخص وقائع الدعوى كما اوجزها الحكم التمييزي بأن المدعي بتاريخ ٢٠١٣/٧/٣١ وقع عقد مع المدعى عليه وزير الاسكان والاعمار/ اضافة لوظيفته عقد بيع شقق سكنية/ مجمع التاجيات السكني العمارة B٤٩ الطابق الارضي ٧٧ رقم الشقة ٧ مساحتها ٢١٥٠م^٢ ببديل مقداره اربعة وتسعون مليون ومائتان واربعة وتسعون دولار وبناء عليه (قامت) بتسديد الدفعة الاولى من بدل البيع المتفق عليه والبالغ اثنان وعشرون مليون واربعمائة وخمسة واربعون الف دينار بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢ وكذلك تسديد الدفعة الثانية والباغة سبعة ملايين وتسعمائة وواحد وعشرون الف دينار ونظرا لعدم التزام المدعة عليه بالفقرة السابعة من العقد الموقع بين الطرفين والمشار الى تاريخه اعلاه والتي تنص (يقوم الطرف الاول بتسجيل الشقة باسم الطرف الثاني خلال فترة سنة اعتبارا من تاريخ الاستلام الاولي للمشروع....ولثبوت عدم التزام المدعى عليه بالعقد الموقع بين الطرفين ولاستحالة تنفيذ المدعى عليه للعقد الموقع معه وذلك لان العقد المبرم بين المدعى عليه للشركة المستثمرة وقد تم فسخه بموجب قرار محكمة الاستئناف بغداد/الرصاف/الهيئة الاستئنافية الثانية فقضت محكمة الموضوع بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغ مقداره ثلاثون مليون وثلاثمائة وستة وستون الف ديناروتحميله المصاريف...

وفي المرحلة الاستئنافية اصدرت محكمة الاستئناف حكما حضوريا قضى بفسخ الحكم البدائي تعديلا والحكم بفسخ العقد المبرم بين الطرفين والزامه بتأديته للمستأنف مبلغ ثلاثون مليون وثلاثمائة وستة وستون الف دينار.

وبإيجاز اوضح فان وزارة الاعمار والاسكان تعاقدت مع شركة سكشن البريطانية لإنشاء شقق سكنية، وتعاقدت في نفس الوقت مع المواطنين لبيع الوحدات السكنية لهم، فتلكأت الوزارة في سداد مستحقات الشركة فطلبت الحكم بفسخ العقد بين الطرفين (بموجب حكم سابق)، وطلب احد مشتري هذه الوحدات من الوزارة فسخ عقده مع الوزارة لإخلالها بالتزامها بتسليم الشقة، فصدر الحكم التمييزي محل التعليق.

ثانيا: الحكم التمييزي

قضت محكمة التمييز/ الهيئة الاستئنافية/عقار في وقائع الدعوى المشار الى وقائعها اعلاه « نقض الحكم المميز » بناء على الاسباب الاتية نوجزها لتلافي الاطالة: « ان الذي حصل ووقع^(١) عدم التزام وزارة الاسكان والتعمير^(٢) بنود العقد الاصلي تجاه المتعاقد معها وهو شركة سكشن البريطانية ، قضت محكمة استئناف الرصافة بصفتها الاصلية فسخ العقد الاستثماري.....

النقطة الواجبة الحل هي البحث عن مصير عقد بيع وشراء الشقة السكنية بين المدعي والمدعى عليه هو ايضا عقد من نوع خاص وبالنتيجة فهو عقد استثماري وذلك للتلازم والترابط المصيري بينه وبين العقد الاستثماري الاصلي لا سيما وان عقد بيع الشقة

(١) اسلوب ريك في الصياغة اقرب الى العامة لا يصح ان يرد في قرارات المحاكم العادية فما بالك بالمحكمة العليا.
(٢) الاسم الرسمي لوزارة الاعمار والاسكان والبلديات العامة.

للمدعي قد تضمنت^(٣) صراحة بشموله^(٤) احكام قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل وبهذا يعتبر فرصة استثمارية لطرفي^(٥) وهذه^(٦) الاسباب لا يعتبر العقد باطلا ولان الثابت ان العقد الاستثماري الذي ابرمته وزارة الاسكان والتعمير المتعلق بمشروع استثماري سكني قد تم فسخه بسبب سوء الوضع المالي للوزارة نتيجة الازمة المالية والاقتصادية التي عصفت بالبلد مطلع ٢٠١٤.... ولم يعد للعقد الاستثماري اي وجود ولا استمرار الازمة المالية بعد فسخ العقد الاصلي والمقترنة بعدم احالة المشروع مرة اخرى الى مستثمر جديد فتكون هذه الواقعة الحركية^(٧) والمتتابعة تجسد قوة قاهرة طرأت اثناء نفاذ عقد البيع والشراء.... ولان عدم تنفيذ المتعاقد (البائع) للالتزام لسبب اجنبي يعطي الحق للمتعاقد الاخر المشتري بالمطالبة بإعادة المبالغ المسددة من قبله للطرف الاخر فقط ولا يجوز له المطالبة بالفسخ عقد البيع.^(٨) لان المبيع قد هلك حكما ويعتبر العقد قد انفسخ حكما نتيجة السبب الاجنبي استنادا لصراحة نص المادة (١٧٩) من القانون المدني.....

ثالثا: التعليق

يثير القرار المذكور انفا بالحيثيات والاسباب التي استند اليها جملة من المفاهيم القانونية المتناقضة والمتعارضة مما لا تجد لها مجالا للتطبيق في الحكم القضائي محل التعليق وعلى النحو الآتي:

لغة الحكم واسلوبه ومصطلحاته: نسجل، اولا وقبل كل شيء، تواضع اسلوب الصياغة في بيان مضمون الحكم التمييزي على نحو ما اوردناه في هوامش الصفحة السابقة ، وينحدر في بعض المواضع الى مستوى اللغة العامية، وإذا كانت محكمة التمييز تقوم على توحيد الاجتهاد القضائي في المسألة الواحدة وصياغة المبادئ القانونية، فان هذا التوحيد وتلك الصياغة يتعين ان يتم بلغة سليمة تماما، بل ينبغي ان تكون لغة سامية ترقى الى مستوى لغة قانوننا المدني التي تتسم بفخامة الاسلوب وجزالة اللفظ وبما يليق بلغة المحاكم العليا.

وفضلا عن الملاحظة السالفة نجد ان لغة القرار افتقرت الى الدقة في اكثر من موضع ، فالمميز (المدعي) هو وزارة الاعمار والاسكان والبلديات العامة وهذا هو الاسم الرسمي المعتمد قانونا، لكن نجد ان حيثيات الحكم تورد الاسم بشكل غير دقيق حيث تشير اليه وزارة الاسكان والتعمير، ولا يصح ان تعتمد تسميات غير رسمية لأطراف الدعوى أو الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الاخرى الذين يشار اليهم في حيثيات الحكم. وفوق ذلك استعمل الحكم عبارة «الواقعة الحركية المتتابعة»، ولا نعلم المدلول القانوني لهذه العبارة ، فاذا كان لها مضمون قانوني، وجب ان يشار الى هذا المضمون

(٣) تضمن وليس تضمنت لان الفعل يعود للعقد وهو مذكر وليس مؤنث.

(٤) حرف الباء زائد ولا معنى له ، بل انه جعل الكلمة ركيكة اقرب الى العامية، والصحيح ان يقال شموله بأحكام.

(٥) المفروض لطرفيه.

(٦) ولهذه الاسباب وليس وهذه الاسباب.

(٧) لم نفهم المقصود بمصطلح الواقعة الحركية.

(٨) المطالبة بفسخ عقد البيع وليس المطالبة بفسخ عقد البيع.

حتى تكون العبارة علماً على فكرة او قاعدة او مبدأ قانوني لتلافي الاجتهادات المتضاربة التي يمكن ان تثور حولها، لا ان تطلق عبارة جديدة في ساحة العمل القضائي قد يتناولها الفقه بالدرس والتحليل ، فلا يجد ما يسعفه في بيان مدلولاتها.

تعريف المستثمر . وصف الحكم التمييزي الشركة البريطانية (سكشن) المتعاقدة مع وزارة الاسكان بـ (المستثمر) وهذا الوصف تعوزه الدقة كثيرا، فالاستثمار يقوم على فكرة مفادها ان يقوم شخص بتوظيف امواله في مشروع اقتصادي ذي طابع خدمي أو صناعي أو سكني أو زراعي وفي حالاتنا هذه مشروعا سكنيا ويحصل على العائد من حصيلة بيع وبيع الوحدات السكنية للأفراد والمؤسسات الاخرى، لكن الوقائع تشير أن وزارة الاعمار والاسكان تعاقدت مع الشركة البريطانية على ان تقوم الشركة ببناء الوحدات السكنية مقابل مبلغ من المال تدفعها الوزارة وتقوم الوزارة ببيع الوحدات للمواطنين بمقابل ثمن .

فالعقد المبرم بين الوزارة وشركة (سكشن) البريطانية لا علاقة له بالاستثمار من قريب أو بعيد ، بل هو عقد مقاوله بالمعنى الفني الدقيق لعقد المقاوله وهو «عقد به يتعهد أحد الطرفين ان يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به عقد الطرف الاخر»^(٩). وهو ليس عقدا خاصا وبالنتيجة هو عقد استثماري، فلا خصوصية للعقد الذي ابرمته الوزارة مع الشركة البريطانية ولا هو عقد استثمار ، بل هو عقد مقاوله بكل بساطة. ولا يغير من هذا التكييف تضمين العقد صراحة شموله بأحكام قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، فأحكام قانون الاستثمار لا تنطبق على عقد الوزارة مع الشركة، بل أحكام عقد المقاوله، ولسنا بحاجة الى الاشارة الى المبدأ القانوني المستقر في مختلف النظم القانونية ان القاضي لا يلتزم بتكييف الخصوم لعقودهم وانما يكيف العقد على وفق عناصره الاساسية التي تشكل جوهره ومحتواه.

ومن نافلة القول ان نشير انه، لا تلازم بين كون العقد من نوع خاص وبين كونه عقدا استثماريا، فقد يكون العقد من نوع خاص يستعصي على الخضوع على اي من القوالب التي رسمها القانون للعقود لكنه يبقى عقدا غير استثماري، فالعقد الاستثماري هو الذي يتضمن توظيف المستثمر لأمواله لا ان يأخذ هو مقابلا لما يقوم به من اعمال، كما هو الحال في العقد موضوع الدعوى ، وبعد ان يقوم بإنشاء المشروع من امواله يقوم بتسويق خدماته أو سلعته للأفراد ويحصل على مقابل منهم، ولهذا جاء عنوان التعليق الاستثمار المقلوب.

مفهوم القوة القاهرة:

تعد القوة القاهرة احد صور السبب الاجنبي الذي ينفي العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، وهي امر غير متوقع لا يمكن تلافيه يؤدي بالشخص الى الاخلال بتنفيذ التزامه، ولكي يعتبر الحادث الطارئ قوة القاهرة ينبغي أن يقوم على مجموعة شروط هي:

١. أن يكون الحادث لا يمكن توقعه ولا تفاديه.

(٩) المادة (٨٦٤) من القانون المدني.

٢. عدم امكانية درء ما ينشأ عنه من ضرر .

ولا يكفي ان يتمسك الطرف الذي أخل بالتزامه العقدي بالقوة القاهرة ، بل لابد ان تكون نشأة هذه القوة القاهرة خارجة عن ارادة المدين، اي لا يكون من صنع المدين نفسه.

وبتطبيق الشروط المتقدمة على الحالة المعروضة، نجد ان شروط القوة القاهرة منتفية في الحالة المعروضة .

فأولاً وقبل كل شيء، نجد ان التزام الوزارة تجاه المقاول شركة سكشن البريطانية هو التزام بأداء مبلغ من النقود، ويقرر الفقه ان الالتزام النقدي لا يكون مستحيلاً، اي انه ممكن الاداء دائماً ووجود القوة القاهرة لا يجعل هذا الالتزام مستحيلاً وانما يبقى ممكناً دائماً. ولهذا فان فسخ العقد بين وزارة الاعمار والاسكان مع المقاول شركة سكشن ليس بسبب القوة القاهرة وانما لإخلال الوزارة بالتزاماتها بأداء المبالغ المستحقة عن عقد المقاولة على وفق ما يقتضيه صحيح القواعد العامة في القانون والتي تنظمها قواعد فسخ الالتزامات التعاقدية عند الاخلال بها.

ان فسخ عقد المقاولة بين الوزارة وشركة سكشن لا يعد من قبيل القوة القاهرة ، لان الحكم بالفسخ نشأ عن اخلال الوزارة بالتزاماتها تجاه المقاول وهو التزام غير مستحيل بل ممكن دائماً، ولهذا فان اعتباره (اي الفسخ) قوة القاهرة ، غير صحيح لان منشأ هذه القوة القاهرة هو فعل المدين نفسه (اخلاله بالتزامه بدفع مقابل عقد المقاولة) ، مما يجعل شروط القوة بعيدة الانطباق على هذه الحالة.

اما ما اورده الحكم التمييزي من وجود تلازم مصيري بين عقد شراء الشقة بين المدعي وزارة الاعمار والاسكان وبين عقد المقاولة بين الوزارة وشركة سكشن بحيث ينصرف اثر القوة في العقد الاول على العقد الثاني، فانه محل نظر، ولا تسوغه قواعد القانون، فبطلان عقد المقاولة أو فسخه لأي سبب سواء كان هذا السبب هو القوة القاهرة أو فعل المدين نفسه لا اثر له على عقد شراء الشقة، لاختلاف طرفي الدعويين فعقد المقاولة طرفيه وزارة الاعمار والاسكان وشركة سكشن البريطانية ، فيما عقد شراء الشقة طرفاه المدعي في هذه الدعوى ووزارة الاعمار والاسكان، كما ان العقد الاول هو عقد مقاولة محله انشاء وحدات سكنية في حين ان الثاني محله بيع شقة سكنية فيد الانشاء. وحيث ان العقد لا يضار منه أحد غير طرفيه وفقاً لمبدأ نسبية اثار العقد من حيث الأشخاص، فان المدعي في عقد شراء الشقة السكنية ليس طرفاً في عقد المقاولة ، ولا يصح ان تنصرف اليه ما يترتب على عقد المقاولة من اثار سواء كانت هذه الاثار ضارة او نافعة ، وهو ما اصر الحكم التمييزي على مده الى المدعي ، فعكس بذلك الاثار الضارة في عقد من العقود، على شخص آخر ليس طرفاً فيه في خرق واضح لمبدأ نسبية اثار العقد.

قد يبرر البعض هذا الموقف بفكرة اخرى ظهرت في الفقه الفرنسي ووجدت لها بعض التطبيقات في القضاء الفرنسي وهي فكرة المجموعة العقدية، بيد ان فكرة المجموعة العقدية تقوم على تظافر مجموعة عقود لتحقيق غرض واحد ، كما في عقد

التأجير التمويلي الذي يقوم على عقد بيع فإيجار ووكالة ثم عقد بيع ، وهو ما لا ينطبق على الحالة المعروضة ، فضلا عن ان القضاء في فرنسا قد هجر هذه الفكرة ولم يعد لها مجال في التطبيق.

وفوق ذلك ، فحتى لو سلمنا بوجود القوة القاهرة في عقد المقاولة وانعكاس ذلك على عقد شراء الشقة السكنية، فان من شروط القوة القاهرة ، ان تجعل الوفاء بالالتزام مستحيلا، لأنه اذا ظل الوفاء بالالتزام ممكنا رغم وقوع القوة القاهرة ، فلا يعتبر ذلك الحادث السبب الحقيقي لعدم الوفاء، كما لو جعلت القوة القاهرة الوفاء بالالتزام عسيرا او اكثر كلفة، ما دامت لا تحول بين المدين والوفاء بالتزامه، ومن ثم لا يعد الحادث من قبيل القوة القاهرة ، وكل اثر يمكن ان يرتبه الحادث اذا جعل الالتزام اكثر كلفة وليس مستحيلا ان تعدل التزامات الطرفين الى الحد الذي تقتضيه قواعد العدل والانصاف وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة. فلا بد لاعتبار الحادث قوة القاهرة ان ينتج عنه استحالة تنفيذ الالتزام بصورة مطلقة، فلا يكون بمقدور المدين التغلب على هذا الحادث بحال من الاحوال.

لكن على اي معيار يعتبر يعد الوفاء بالالتزام مستحيلا؟ فهل يكون مستحيلا من قبل المدين الذي تعذر عليه ان يتصرف خلاف ما فعل ولو كان بإمكان غيره ان يتصرف؟ بمعنى اخر هل ان تقدير الاستحالة تكون بمعيار شخصي خاص بالمدين ام بمعيار موضوعي عام؟

لا شك ان القاضي يجتهد في تصور ما اذا كان هناك شخص متوسط غير المدين وفي نفس ظروفه الخارجية ان يتقى النتائج الضارة للقوة القاهرة ان يقوم بتنفيذ التزامه رغم وجودها، وفي ضوء ذلك يتحدد ما اذا كان بإمكان المدين تلافي اثار القوة القاهرة او لا ؟ فاذا كان بإمكان المدين تلافي اثار القوة القاهرة لم يكن بمقدوره التذرع بهذه القوة القاهرة لنفي الخطأ عن فعله بعدم تنفيذ الالتزام؟

وإذا وضعنا المعيار الموضوعي المتقدم، نجد انه حتى بزعم وجود القوة القاهرة ، فان بإمكان وزارة الاعمار والاسكان التعاقد مع مقاول اخر لإكمال أعمال المقاولة بغية تنفيذ التزاماتها تجاه المشترين الذين باعت لهم الشقق السكنية واستلمت عددا من الاقساط من كل مشتر، فاين ذهبت الاقساط التي استلمتها بما جعلها عاجزة عن تنفيذ التزاماتها تجاه المشترين؟ فضلا عن ذلك اذا كان عقد المقاولة قد تم فسخه قضائيا، كان بإمكانها تنفيذ هذه الالتزامات من قبلها مباشرة وهي وزارة متخصصة بأعمال الاعمار والاسكان ولديها شركات متخصصة في هذا المجال اذا لم ترغب بالتعاقد مع مقاول اخر لإكمال الاعمال كما اسلفنا.

دعوى الفسخ ترفع في كل الاحوال.

اورد الحكم التمييزي فقرة غريبة غي حيثياته تقول « ولا يجوز له (اي المدعي) المطالبة بالفسخ^(١٠) عقد البيع لان المبيع قد هلك حكما ويعتبر العقد قد انفسخ حكما نتيجة السبب الاجنبي وذلك استنادا لصراحة نص المادة (١٧٩) من القانون المدني.....».

(١٠) المقصود بفسخ عقد البيع وليس الفسخ عقد البيع.

وقبل الاستطراد في التعليق على هذه الجزئية نورد نص المادة المشار إليها وهي تقضي في فقرتها الأولى بالاتي «١- اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه».

وهذا النص يقرر فسخ العقد بقوة القانون عند هلاك المعقود عليه (في الاشياء القيمية اما الاشياء المثالية فلها نظائر ولا يستحيل الوفاء بها)، لكن هذا لا يعني عدم امكان رفع الدعوى من قبل الدائن، بل للدائن ان يرفع دعواه بالفسخ وعلى المدين ان يثبت هلاك المعقود عليه بفعل القوة القاهرة ، فاذا اثبت المدين القوة القاهرة وجب على المحكمة الحكم بالفسخ، لكن الحكم الصادر بالفسخ او الانفساخ هو حكم مقرر للفسخ لا منشأ له، ولا تملك المحكمة التي تنتظر الدعوى اي سلطة تقديرية في اقرار الفسخ من عدمه، لكن قد يجادل الدائن في مدى توفر شروط القوة القاهرة، وقد لا يكون في مقدور المدين اثبات شروط وجود القوة القاهرة ، فلا تقضي المحكمة بانفساخ العقد بين الطرفين .

ورفع الدعوى من قبل الدائن فيه حماية له، فاذا تبين ان شروط القوة القاهرة غير منطبقة على الواقعة محل النزاع ، فانه لن يكون لها اثر على مصير العقد، ولهذا يكون المدين الذي لم يف بالتزامه في وضع المخل قانونا الامر الذي يبيح للدائن طلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى وهذا هو الفارق الاساسي بين الفسخ القضائي والانفساخ بسبب القوة القاهرة ، فالقوة القاهرة تنزع عن فعل المدين صفة الخطأ ، فتتحل الرابطة العقدية عند استحالة التنفيذ بسببها دون ان يكون للدائن المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي بحقه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، في حين يكون للدائن الحق في المطالبة بالتعويض عند طلب الفسخ القضائي بناء على اخلال المتعاقد الاخر في تنفيذ التزامه. فدعوى انفساخ العقد تبقى ضرورة لا يحرم الدائن منها اذا كان ينازع في وجود القوة القاهرة، وهي كما لاحظنا هي منازعة حقيقية، فلا تنطبق شروط القوة القاهرة على الواقعة محل النزاع، وذهاب محكمة التمييز الى ان العقد منفسخ حكما قد جانبه الصواب لعدم انطباق شروط الانفساخ بقوة القانون على موضوع الدعوى.

هلاك محل العقد بفعل القوة القاهرة.

تقرر المحكمة الموقرة ان المبيع هلك حكما، وتقرير واقعة هلاك محل العقد بفعل القوة القاهرة لا يستجيب لأي معطيات مادية او قانونية ومن ثم فأن بناء الحكم على واقعة الهلاك غير دقيق.

فمن الناحية المادية، فان الانشاءات غير المكتملة التي قام بها المقاول (شركة سكشن) لا تزال قائمة وقد ترتبت له مستحقات عن الاعمال التي قام بها ، ولما كان رب العمل وزارة الاعمار والاسكان لم تدفع له مستحقاته بناء على جدول تقدم الاعمال، فقد طلب فسخ العقد بناء على هذا الاخلال، وقد استجاب القضاء لطلبه وقرر فسخ العقد، فلو لم يتم المقاول بالعمل لما استحق اي مقابل ولدفعت الوزارة بعدم تنفيذ التزامه وتحرمه، بالنتيجة من طلب فسخ العقد، مما يؤكد ان هناك امعلا موجودة وهي قائمة لم تهلك من

الناحية المادية^(١١).

وحتى يفرض هلاك محل العقد ماديا، فإن الهلاك يتحملة المقاول (شركة سكشن)، فالمقاول يتحمل هلاك البناء الى وقت تسليمه الى رب العامل، ولهذا فانه في الهلاك المادي لمحل عقد المقاولة قبل التسليم لا يؤدي الى فسخ العقد بقوة القانون.

اما فرضية الهلاك الحكمي لمحل العقد الذي افترضته المحكمة فرضا ، فهو غير صحيح ايضا، فالهلاك الحكمي يفترض انتقال ملكية محل العقد للغير انتقالا تزول معه الحقوق المترتبة عليه للاخرين، كما في استملاك محل العقد للمنفعة العامة ، فلاستملاك يؤدي الى انتقال العقار الى الدولة للمصلحة العامة وتزول مع هذا الانتقال الحقوق التي ترتبت للغير عليه. فهل في وقائع الدعوى ما يشير الى هلاك محل العقد للمنفعة العامة؟ الاجابة بالنفي تفرض نفسها، فلو كان محل العقد قد هلك حكما على الصورة التي عرضنا انفا لأدى ذلك الى انفساخ العقد لعدم وجود محل يرد عليه، لكن استنتاج هلاك محل العقد بسبب عدم قدرة رب العامل على اداء التزاماته النقدية وفسخ العقد تبعا لذلك لا يمكن بحال من الاحوال، ان يعد هلاكا حكما أو يكون له اثر على عقد شراء الشقة.

ان استنتاج فكرة الهلاك الحكمي على النحو المتقدم يعوزه التسبب الصحيح، وهو ما يخل بصحة الحكم المذكور لعدم صحة الاسباب التي استند اليها الحكم التمييزي ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية « أن المشرع لم يقصد بإيراد الاسباب أن يستكمل الحكم شكلا معيناً، بل ان تتضمن مدوناته ما يطمأن المطلع عليه ان المحكمة قد امت بالواقع المطروح عليها ومحضت ما قدم اليها من ادلة وما ابداه الخصوم من دفاع وحصلت من كل ذلك ما يؤدي اليه ثم انزلت حكم القانون ويحمل بذاته آيات صحته وينطق بعدالته...»، وذلك حتى يكون الحكم موضوع احترام وطمأنينة للخصوم^(١٢).

ومن كل ما تقدم، يلاحظ ان الاسباب التي اوردها محكمة التمييز في حيثيات حكمها انطوت على فهم غير دقيق لعقد الاستثمار، وعلى تكييف غير سليم للعلاقة بين رب العمل والمقاول، وانزال شروط القوة القاهرة في غير منزلتها الصحيحة ، فضلا عن تبني فكرة هلاك محل العقد التي تؤدي الى انفساخ العقد وهو هلاك لا وجود له لا فعليا ولا قانونيا، ولهذا جاء الحكم التمييزي في فقرته الحكمية منقطعاً عن الاسباب الفعلية او القانونية التي تؤدي اليه.

ان امعان النظر في وقائع الدعوى، يجعل وزارة الاسكان في موضع المخل في تنفيذ التزامها تجاه المدعي، لان عدم تنفيذ التزامها لا يرجع الى القوة القاهرة، بل الى اخلالها بما وجب عليها بالعقد، فضلا عن ان مرور الدولة بأزمة مالية لا يحلها من التزاماتها ، فالوزارة تتلقى دفعات مالية من المشتريين حسب جدول تقدم العمل، مما يثير التساؤل عن مصير الاموال التي استوفتها من المشتريين واين ذهبت بها وهي التي يفترض ان تستخدم لاداء حقوق المقاول.

ان التصرف بالدفعات المقدمة من قبل المشتريين وعدم سداد حقوق المقاول منها

(١١) بالاضافة الى الحجة القانونية بوجود اعمال منجزة ولا تزال قائمة فاننا وبصفة شخصية نشاهد هياكل البناء التي قامت بها شركة سكشن.

(١٢) الطعن رقم (٦٠٩) لسنة ٧٠ قضائية الصادر بجلسة ٢٨/١١/٢٠١١.

هو الخطأ الذي ينسب للوزارة وليس القوة القاهرة التي لا تنطبق شروطها على وقائع الدعوى.

وفي الختام، نقول لا ينبغي ان تقع محكمة التمييز في مثل هذه الاخطاء، فأحكامها هي التي تعين على فهم نصوص القانون فهما دقيقا، وهي التي تضع المعايير والضوابط ان تغاضى المشرع عنها او اهملها ، بل هي التي تكفل مواكبة القانون للتطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع حتى لا تدوسه الاحداث بثقلها وتتركه وراءها، وكل ذلك يسوقه منطق سليم قوامه العدل والانصاف، فتحمي الضعيف وتضرب على يد القوي، فمحكمة التمييز في العراق لها تاريخ عريق لا ينبغي أن تقع في مثل هذه الاخطاء خصوصا وان احكامها تخضع للدراسة والتمحيص داخل العراق وخارجه.

