

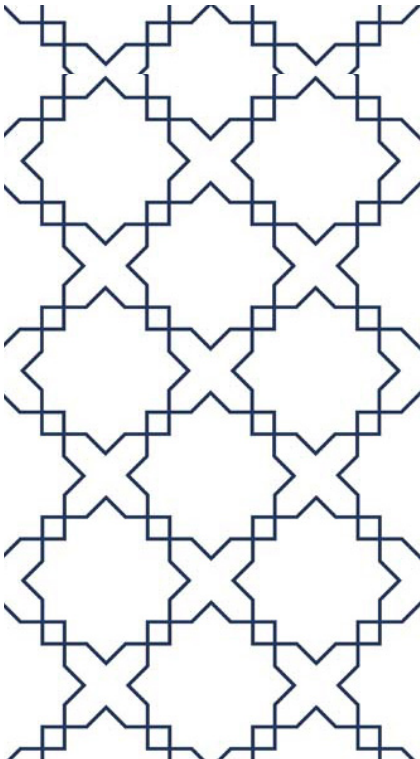
مجلة

كلية القانون والعلوم السياسية

مجلة علمية فصلية محكمة متخصصة

بالدراسات والبحوث القانونية

والسياسية الدولية



الجامعة العراقية- كلية القانون والعلوم السياسية

بغداد - الاعظمية- هيبه 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

١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

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 الأسطر (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

م. د. علياء حكيم محسن / مدقق لغوي (اللغة العربية)

م. د. وسن هاشم ابراهيم / مدقق لغوي (اللغة الانكليزية)

مشرف الموقع الالكتروني: محمد خالد محمد وليد

البحوث المنشورة تعبر عن آراء اصحابها وليس بالضرورة عن رأي المجلة

المحتويات

- ٩ كلمة التحرير
- ١١ الملف القانوني
- ١٣ اثر فراسة القاضي في الاثبات الجنائي
أ.م.د رعد فجر الراوي
- ٣٥ حدود سلطة القاضي الاداري في توجيه اوامره للادارة
أ.م.د. زكري عباس علي
- ٥٧ الاعتداد بالشبهة كدليل لإصدار عقوبة في القضاء الاداري العراقي
م.د. محمد فلسطين حمزة
- ٧٧ الصك الخطي.. (دراسة مقارنة)
م. د. أياد جواد الخفاجي
- ٩٧ القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا بين التنظيم وال فراغ القانوني ..
م.د. أرميض عبيد خلف
- ١٢٧ المانع المؤقت في العقد.. (دراسة مقارنة)
م.د. بروين محمود محمد
- ١٤٧ تجريم الإحتيال المعلوماتي
م.د رقية فالح حسين علي
- ١٦٣ ماهية الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية وطبيعته القانونية
م.م ماجد حامد عبد الهادي
- ١٧٨ الاعتبار في العقد دراسة في القانون الانكليزي
م. عباس فاضل عباس
- ٢١١ المواجهة الجنائية لجريمة سرقة الاثار.. (دراسة مقارنة)
م. م. مروان حسين احمد
- ٢٤٩ الملف السياسي
- ٢٥١ معضلة التنبؤ في العلاقات الدولية.. حدود النظريات والصعوبات المنهجية..
أ.م.د. عماد مؤيد جاسم

- ٢٧٩ تأثير المتغير الامني في السياسة الخارجية السويدية بعد نهاية الحرب الباردة
أ.م.د. عباس هاشم عزيز
- ٣٠٥ تفافم ظاهرة الهجرة والارهاب وتداعياتها على الاتحاد الاوروبي
ا.م.د ابراهيم حردان مطر، الباحثة غفران عبد الكريم توفيق
- ٣٢٧ الباطنية في الفكر الإسلامي وجهة سياسية.. إخوان الصفا نموذجاً
د. حسين عباس حسين
- ٣٤٩ توظيف الأرهاب البيولوجي في العلاقات الدولية دراسة في التحديات وسبل المواجهة
ا.م.د دينا محمد جبر، م.د اسماعيل ذياب خليل
- ٣٧٧ دراسات مترجمة
الرأي الاستشاري الثامن لاتفاقية الأمم المتحدة المنظمة لعقود البيع الدولي
للبضائع
ترجمة/أ.م.د حسين جبر حسين الشويلي، محمد المصطفى رسول محمد
- ٣٧٩
ترجمة/أ.م.د حسين جبر حسين الشويلي، محمد المصطفى رسول محمد
- ٣٩٩ أوكرانيا: اختار بوتين «حربه الأبدية»
ترجمة: أ.م.د. راند شهاب احمد
- ٤٠٥ ثمن القضية: كيف ستكون عاقبة العقوبات المفروضة على روسيا
ترجمة: م.م. حسام محمد خضير
- ٤١١ تعليق على حكم قضائي
اتصال القضاء العادي بأحكام التحكيم
أ. د. درع حماد
- ٤٢٣ عرض كتب
رفيق الباحث في القانون الخاص
عرض أ.م.د. اسراء خضر خليل العبيدي

كلمة التحرير

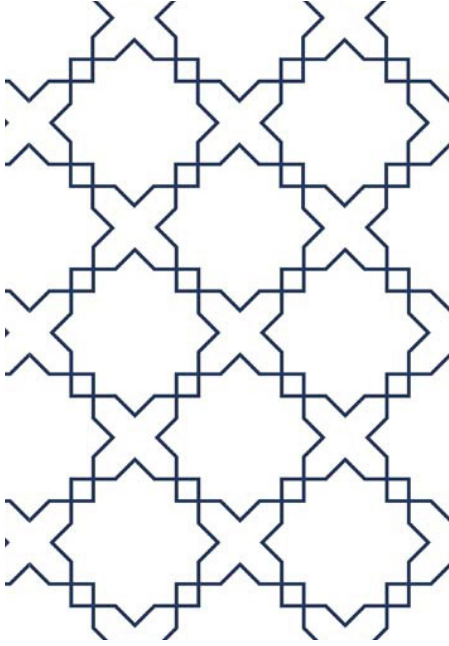
على بركة الله يصدر العدد الرابع عشر من مجلة كلية القانون والعلوم السياسية في الجامعة العراقية وهو يضم كالمعتاد وكسياق مستمر باذن الله تعالى الملفات الرئيسية للمجلة ، القانوني والسياسي والترجمة والتعليق على الاحكام القضائية وعرض الكتب العلمية الحديثة، وهي ملفات يسهم اساتذة وزملاء اجلاء في تحريرها ورفدها بالمادة العلمية المطلوبة في كل عدد فلهم منا كل الشكر والتقدير . ونظرا لكثافة المساهمات العلمية والثقة العالية التي باتت تحضى بها مجلتنا بين المجالات العلمية المحكمة في مجال الاختصاص فقد تزايدت اعداد البحوث الواردة الينا للنشر في المجلة من داخل العراق وخارجه الامر الذي أدى الى زيادة مدة الانتظار للباحثين لنشر بحوثهم في اعداد المجلة وعلى هذا الأساس وتقديرا منا لهذا الثقة واکراما لكل زملائنا الأعزاء في الجامعات العراقية والعربية فقد قررت هيئة التحرير اصدار عدد خاص من المجلة قريباً جداً ليستوعب هذا الزخم العالي للمساهمات العلمية الكريمة التي تردنا مع تبني رؤية جديدة للمستقبل قد تقودنا الى اتباع هذه الصيغة بين الحين والآخر وحسب ظروف الادارة والكلية معاً.

لقد تضمن هذا العدد عشرة بحوث في الميدان القانوني وخمسة بحوث في الميدان السياسي مع ترجمتين لأحدث ما نشر في المجالات العلمية والصحف العالمية بخصوص الحرب الجارية حالياً بين روسيا الاتحادية واورانيا منذ شهرين تقريباً والتي صارت شأنها عالمياً يندر بمخاطر جمة على المستوى العالمي سواء مايتعلق منه بالأمن والاستقرار الدوليين واحتمالات تحول الحرب المحدودة الجارية حالياً الى فتيل قد يشعل حرباً على نطاق اوسع من هذا بكثير جدا مثلما يرى البعض من خلال أدلة ومؤشرات معينة أو على صعيد التدهور المريع في امدادات الطاقة خصوصاً النفط والغاز وارتفاع اسعارها تدريجياً وهو امر تعاني منه اوربا على وجه الخصوص والصين واليابان وباقي الاقتصادات العالمية المتقدمة التي تعتمد في انشطتها الاقتصادية على الاستيراد من الخارج وخصوصاً من طرفي الحرب الحالية الروسي والاوركاني. ولايعد خافياً أثر هذه الحرب على امن الغذاء على المستوى العالمي فكل الاطرفين يمثلان مجهزاً رئيسياً للغذاء على المستوى العالمي خصوصاً بالنسبة للسلع الاستراتيجية وصادرات الحبوب الأمر الذي دفع بالكثير من المنظمات الدولية والحكومات الى التحذير من أزمات غذائية عالمية ستطيح بالكثير من المخزون العالمي من هذه المواد في المستقبل القريب ان لم يتم التوصل الى حل سريع لهذه الحرب. الى جانب ذلك كله هناك مشاكل كبرى تطرحها هذه الحرب على مستوى الهجرات الجديدة التي تواجهها اوربا بسبب هذه الحرب ومستقبل التوازنات داخل القارة وحتى شكل النظام الدولي الجديدة ومصادر السيطرة فيه.. نسأل الله تعالى أن يوفق الجميع لما يحب ويرضاً وندعوه مخلصين أن يختم لنا ولجميع الصائمين بالقبول والعتق من النار وأن يبارك للأمة الاسلامية عيد الفطر المبارك وكل عام وأنتم بخير .

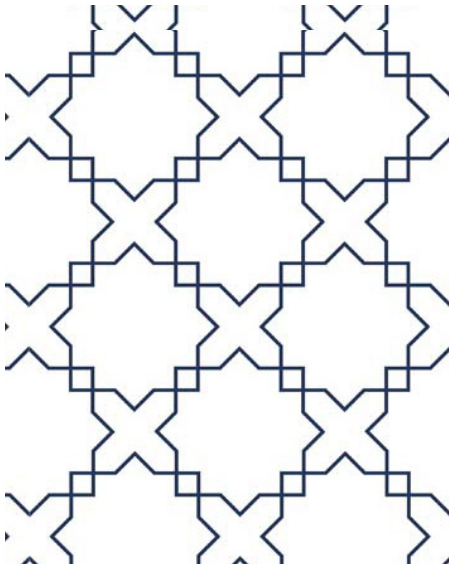
رئيس التحرير







الملف القانوني



اثر فراسة القاضي في الاثبات الجنائي

THE EFFECT OF THE JUDGES PHYSIOGNOMY IN THE CRIMINAL INVESTIGATION

أ.م.د رعد فجر الراوي

جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

يظل الامن هاجس الجميع ومن دون ذلك لا تستقر حياة الانسان، ومن اجل اشاعة الاستقرار والامن بين الاشخاص في المجتمع تم سن القوانين وانيطت مهمة ذلك بالسلطة التشريعية لجعل القوانين تنظم الحياة الانسانية وتردع الأشخاص الذين يرتكبون افعال محرمة من اجل مكافحة الجريمة والحد منها. ومع ما حصل للجريمة في اسلوب ارتكابها من تطور وظهور ما يعرف بالمجرم الالكتروني او المجرم الذكي كان لا بد من تطور الاجهزة التي تتصدى لمثل هكذا مجرم؛ وفي نفس الوقت كان على القاضي ان يطور من اسلوبه في التحقيق ويعمل على تطوير مهاراته من خلال اشتراكه في دورات تدريبية وتطوير الفراسة وحدة الفكر لدى القاضي اصبحت من ضرورات التحقيق ولا بد من ان ننوه لها ونعمل على بحثها وامكانية تطويرها.

ونتيجة لذلك على القاضي حين تتبع الاثر في مسرح الجريمة ان يستخدم فراسته التي تساعده على الوصول الى الحقيقة ويسند عمله بالخبرة التي يحصل عليها وتوفر المختبرات الجنائية التي تساعد هي الاخرى في معاونة قاضي التحقيق ليصل الى التكامل في الادلة المعروضة عليه؛ ومع الادلة التي حصل عليها من مسرح الجريمة وصولاً الى بناء قناعته الوجدانية الصحيحة والدقيقة.

بتوفر الفراسة لقاضي التحقيق يمكن له ان يقوم بتحليل وحل اكبر الغاز الجرائم ويقوم بتفكيك تشابك خيوط الجريمة المعقدة مهما وصل بمرتكب الجريمة من ذكاء اذ ان الاخير لا بد ان يترك من الاثر ما يدل عليه.

ان قاضي التحقيق وهو يقوم بمهمته لا بد ان يكون له فريق عمل يقوم بتحليل الجريمة من خلال استخدام الاجهزة التقنية المتطورة واشراكه بالدورات تساعده في الاعتماد على مكنته التي حصل عليها من خلال عمله. كما ان نجاح تنبؤات قاضي التحقيق تساعده هي الاخرى في ان يقوم بتوجيه المسؤول في مركز الشرطة والمحقق القضائي عندما يقوم بعمله وسيكون لفراسة قاضي التحقيق الاثر الكبير عندما يتمتع هو بالخبرة العملية التي تساعده في الاثبات الجنائي.

Abstract

An investigative judge can analyze and solve a complicated crime even though the crime was committed by an intelligent criminal.

The criminal usually leave an evidence that indicates he ; she committed the crime. The investigative judge must have a team that analyzes the crime by using advanced equipment. Also, the investigative judge should participate in training courses that Would help him by relying on the experience which he obtained during the exercise of his profession.

المقدمة

الفـراسة هي موهبه من الله تعالى التي يختص بها من يشاء من الاشخاص وهي تدل على فطنة الشخص وتؤكد على فهم صاحبها للطريقة التي تسير فيها الامور، ومتى ما اجتمعت الفـراسة مع الخبرة والتدريب فان نفعها يكون كبير ويصب في صالح الدعوى واجراءات التحقيق وتجعل قاضي التحقيق ذو امكانية لان يفرق بين الحق والباطل وبين الافراد الصادقين والكاذبين.

هنا تظهر اهمية علم الفـراسة في الـاثبات الجنائي اذ بالقدر الذي يمتلكه القاضي من كفاءة ومقدرة وخبرة وحده في الفكر والمام بالعلوم الجنائية وبقدر ما يملكه من مقدرة وسيطرة على ما يمر به التحقيق من مواقف؛ بقدر ما تكون النتيجة التي يحصل عليها من التحقيق تسير في صالح الاخير ويتم من خلال ذلك ارساء القناعة الوجدانية التي تحقق مصلحة التحقيق وصولاً الى العدالة الجنائية الناجعة.

وتتجسد مشكلة البحث في ان الكثير من الجرائم التي تحصل في الواقع تشكل وللوهلة الاولى لغزاً يحتاج الى وضع الحل له قبل ان تصل الى الطريق الصعب في الـاثبات والذي يثير الدهشة، والقاضي لا يندهش الا من الامور التي يبدو فيها صعوبة في الفهم والتي يجد فيها صعوبة الوصول الى حقيقتها.

وتهدف الدراسة الى وجوب ان يتمتع القاضي بالفـراسة وان ينظر الدعوى الجزائية بشكل شامل ولا يقتنع بجزئيات الاشياء المعروض امامه، وعلى القاضي ان تكون له نظرة معمقة ومتيقظة الى الاعماق مستعيناً بكل ما يحصل عليها من حقائق من خلال تفحص وتمحيص لكل ادلة الـاثبات وبشكل فاحص للوصول الى حقائق الامور.

اما فيما يتعلق بفرضية الدراسة فان القضاء لم يعد فقهاً فقط، وانما هو صفة تكسب شخصية القاضي المتمرس والحاقد القدرة والامكانية على تجنب وسد جميع او اغلب طرق الاحتيال والنصب والتدليس والتلاعب التي قد يتعرض لها القاضي في جلسة المحكمة من قبل المتهم او الشهود في اثناء سير الدعوى. وهذه الصفة المتمثلة بالفـراسة قد تحد كثيرا من الظلم او وقوع القاضي في الخطأ غير المتعمد. لذلك جاء بحثنا لبيان اثر فـراسة القاضي في الـاثبات الجنائي.

وتمهيداً لدراسة موضوع البحث كان لا بد من اتباع المنهج المقارن معتمدين في ذلك على الدراسة البيئية التي تربط علم النفس بالتحقيق الجنائي.

وان منهج البحث قد بين ماهية الفـراسة من ناحية التعرف بها واسبابها واقسامها ومقوماتها وهذا ما تضمنه المبحث الاول، اما المبحث الثاني فتضمن دراسة طرق تحقيق الفـراسة لدى القاضي وبيان اثر فـراسة القاضي في تسبب الحكم والنطق به.

المبحث الاول ماهية الفراسة

يرجع اصل علم الفراسة للعصور الوسطى فهو يعد من مظاهر الفلسفة القديمة، وان بداية هذا العلم تعود الى ارسطو الفيلسوف اليوناني الاصل، الذي قام بالاهتمام بدراسة وجه الانسان وتجسيد الصفات الشخصية التي يمتلكها والتي يمكن الوصول اليها من خلال التجربة وقام بربطها بالخصائص الفيزيائية؛ منها ربط طبيعة الانف والاعتماد على لون العين وكذلك نبرة الصوت وغيرها من الملاحظات التي تسجل على الشخص من خلال بيان صفاته^(١)، هذا وقد ساهم بعض العلماء العرب في تطوير علم الفراسة ببيان حدة الفكر لدى الاشخاص ومن ابرز العلماء ابن الرشد. وقد تم استخدام هذا العلم في الكشف عن طبيعة الشخص الاجرامية وميوله نحو ارتكاب الجريمة وذلك في القرن الثامن عشر والقرن التاسع عشر.

الفراسة في اللغة يراد بها الاسم من قولك تفرست فيه خيراً، وهو يتفرس، اي يثبت وينظر. تقول منه رجل فارس النظر، وفي الحديث النبوي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله ». ويقال للفراسة الصادقة فراسة ذات بصيرة^(٢). ويراد بها ايضاً بان الفراسة اسم من التفرس وهو التوسيم، ويقال افرس الناس فلان وفلان اي اصدقهم فراسة^(٣).

وللفراسة في الاصطلاح تعريفات كثيرة منها ما دل ظاهر الحديث عليه وهو ما يدفعه الله في قلوب اوليائه فيعلموا احوال بعض الناس من خلال نوع من اصابة الظن والحدس القوي، ونوع اخر من الفراسة يتم تعليمه من خلال الدورات التدريبية فيتم من خلال التجارب واكتساب الخبرة للتعرف على احوال الناس وتعتبر من كاشفات احوال الناس من خلال التيقن ومتابعة الحدث. ويقال عن الفراسة بانها الاستدلال والاستنباط بأحوال الافراد المتمثلة بالوان الاشخاص واشكالهم واقوالهم وعاداتهم^(٤).

وستتناول هذا المبحث من خلال مطلبين ندرس في المطلب الاول تعريف الفراسة واسبابها، اما المطلب الثاني فيتضمن دراسة اقسام الفراسة ومقوماتها.

المطلب الاول: تعريف الفراسة واسبابها

تعرف الفراسة بانها المؤشر على الشخصية والطبع. وهي فن تحديد الطباع او خصائص الشخصية من خلال التعرف على شكل الجسم وبيان ملامحه، منها على سبيل المثال بيان ملامح الوجهة واجزائه وبيان طول الشخص. باعتبار ان المظهر الخارجي

(١) احمد بسيوني ابو الروس، التحقيق الجنائي والتصرف فيه والادلة الجنائية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٩٠٥.

(٢) الامام زين الدين محمد عبد الرؤوف الناري، التفسير في شرح الجامع الصغير، ط٣، مكتبة الامام الشافعي، الرياض، ١٩٨٨، ص ٢٢٩. كذلك ينظر تاج العروس مادة الصبر لسان العرب (٤/٦٥).

(٣) الامام محمد بن جرير بن زيد بن خالد، جامع البيان عن تأويل آيات القران، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٥، ص ٢٠١. كذلك ينظر سنن الترمذي، تفسير القران عن الرسول (ص).

(٤) ينظر السنة لابي بكر الخلال ٥١٧/٣.

للشخص يمنح القاضي فكرة اولية وبها يكون صورة عن الشخص المائل امامه سواء كان شخص المشتبه فيه او الشاهد او الخبير. وذلك من خلال العلامات العامة التي يتمتع بها الشخص والانتباه الى بعض التصرفات والتركيز على نقاط القوة او الضعف او الارباك او ما يظهر من معالم الغباء او الذكاء والعبقرية التي قد تظهر على الشخص اثناء جلسة المحكمة.

ان الفراسة تظهر بشكل واضح عندما تكون في الدعوى الجزائية ادلة اثبات من عداد القرائن لأنها تعد ضرب من ضروب القرائن الخفية وغير الواضحة، والتي يكثر فيها الاستنتاج وتظهر العلاقة بين شخص قاضي الذي يستنتج الحدث وما تعرض عليه من ادلة في جلسة المحكمة بعدها هي الامور التي يتم الاستنتاج منها وصولاً الى القرائن القريبة من الادلة الاخرى المتوفرة في جلسة المحكمة معتمداً القاضي في ذلك على قوة حدسه في استنباط الادلة الكائن بوضوح والامارات التي يؤشرها في اثناء سير الدعوى الجزائية^(٥).

فحدة فكر القاضي او فراسته يمكن تعريفها على انها المهارة في تعرف بواطن الامور من ظواهرها. كما تم تعريفها على انها النظر والتثبت للشيء والتبصر به، فيقال انه لفارس بهذا الامر اذا كان لماماً به، وتقرس الشيء توسمه^(٦). فغاية الفراسة هي امانة تعد ظنية لا تصل في كثير من الاحيان الى مقام الدليل الذي يعتبر من القوة بحيث يمكن للقاضي ان يعتبره سبب للنطق بالحكم وعده دليل من ادلة الاثبات.

فالفراسة علم يتقصى ويهتم بمعرفة بعض التصرفات والاحوال التي يمكن استدراكها واستنباطها من خلال بيان بعض العلامات المحددة والتي يتم تعينها والانتباه اليها وتسجيلها من قبل القاضي، والاخير بذلك لا يدعي انه عالم بعلم الغيب ولكنه يتمتع بفراسة تميزه عن اقرانه من القضاة اذ يمتلك من المقدرة الشخصية ما تمكنه من تحليل الشخص المائل امامه، وهذه المقدرة قد تكون مكتسبة من خلال خبرة القاضي في سوح القضاء ومنها ما تعتبر موهبة قد منحها الله لشخص القاضي.

فالفراسة او حدة الفكر قد تساعد القاضي على معرفة الاخلاق الكامنة في الشخص المائل امامه وذلك من خلال بيان احواله وتصرفاته الظاهرة، وهذا ما يعرف باستدلال الخلق والاحوال الظاهرة من الخلق والاحوال الباطنة والتي تتضح هي الاخرى من خلال قراءة المظهر الخارجي للفرد منها التركيز على لون الشعر او الانتباه الى طريقة المشي او بيان ذلك من خلال تمحيص نبرة الصوت او تحليل شكل الوجهة منها شكل الانف وعرض الشفتين والاذنين.

وان اسباب الفراسة ترجع الى امرين اولهما هو جودة ذهن القاضي المتفرس، والاخرى هو ظهور العلامات والادلة على المتهم او الشاهد المتفرس فيه، والتي تساعد القاضي المتفرس على استخراجها اثناء التحقيق وتسجيلها والاعتماد عليها للوصول الى قناعة وجدانية صحيحة تساعد في بناء العدالة الجنائية. وهذان الامران في جميع

(٥) د. حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية، ج١، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٠، ص٨٨.

(٦) الامام ابي عبد الله محمد ابن احمد الانصاري، الجامع لأحكام القرآن، ط٣، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٦٧، ص١٨٦.

الاحوال يعتبران ظنيان فما يبني عليهما يكون ظنيا، ولكنهما في نفس الوقت يمكن ان يكونان عامل مساعد متى ما لم يسجلان تعارض مع الادلة اليقينية التي يتم الحصول عليها اثناء سير التحقيق. عليه فأثناء التحقيق لا يجوز الاعتماد على مجرد حدة فكر القاضي وحدها لان ذلك يسجل مخالفة لقاعدة شفوية المحاكمة التي تستوجب على القاضي ان يتم طرح جميع الادلة المعروضة عليه للمناقشة^(٧).

وعلى القاضي ان يعتمد على التوافق بين فراسته وادلة الاثبات المعروضة في الدعوى وذلك بالاستفادة من حدة فكره في مجال التوافق والترجيح بين الادلة المعروضة في جلسة المحكمة متى ما كانت هذه الادلة متعارضة فيرجح بعضها على البعض الاخر معتمداً على ما يملكه من خبرة والتي تنمي فيه روح الفراسة وتجعل له حدة في الفكر لها الاثر في الاثبات الجنائي^(٨).

وكذلك فان اطلاع القاضي بنفسه على مسرح الجريمة اثناء الانتقال اليه ومعاينته يمكنه من ان يرفع عن طريق الاجهزة المختصة اثار الاقدام وبصمات الاصابع ويقوم بتحليلها ودراستها واستنباط المعلومات منها لاسيما وان الجريمة في مراحلها الاولى فيتبين له على اقل تقدير جنس الضحية واستنتاج عمره وطوله ووزنه وعدد المساهمين في الجريمة وحالة الجاني فيما اذا كان لديه عوق او كان مرتكب وغيرها من المعلومات التي يكون لفراسة القاضي الدور في تدوينه وهو في مسرح الجريمة مما يساعده في تحقيق قناعة وجدانيه تمكنه من الوصول الى القرار الصائب عند احالة الدعوى او عند الحكم بها. واذا ما كان شخص الجاني موجود في مسرح الجريمة فيمكن للقاضي معرفة خصائص سلوك الجاني وتفسير حركاته والتعمق في معرفة خصائص جسمه العامة وتسجيل ما اذا كان مرتكب من عدمه وبيان تقاضل جسمه من حيث طول الاذرع وبيان مواصفات فاعل الجريمة من طول الساق والاقدام والظهر والكتف وغيرها من الملاحظات التي هي على بساطتها ولكنها في نفس الوقت تشكل اهمية في لحظة ما في التحقيق^(٩).

المطلب الثاني: اقسام الفراسة ومقوماتها

امكانية المساهمة في الاستدلال على مفهوم الخلق الباطن من مفهوم الخلق الظاهر، يتبين من خلال دلالة كل عضو من اعضاء وجه الشخص المشتبه فيه بالإضافة الى الانتباه من قبل قاضي التحقيق على افعال المشتبه فيه، ان البحث في شخص المشتبه فيه لا زال غير مطبق بشكل عملي في جلسات المحاكم لان علم الفراسة ما زال في طور التطوير بالاعتماد عليه وهو في نفس الوقت قابل لان يكون عرض للنقد والتحوير.

ان ممارسة قراءة الوجه من قبل قاضي التحقيق وقراءة او محاولة قراءة شخصية

(٧) د. محمد علي السالم الحلبي، الوجيز في اصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٩، ص٢٩٩.

(٨) د. حسن بشييت خوين، المرجع السابق، ص١٦٥.

(٩) د. محمد فتحي، علم النفس الجنائي علما وعملا، ج١، ط٣، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٩، ص١٨٨.

المتهم او الشاهد ومن النظرة الاولى قد يكون فكرة عن شخصية المتهم صحيحة وقد تكون خطأ معتمداً في ذلك على فراسة القاضي، فالفراسة صعبة في كثير من الاحيان فقد تشكل الانطباعات الاولى على اطراف الدعوى من قبل قاضي التحقيق مثار لسوء الفهم والاستهجان والتحقير في وقت لاحق في سير الدعوى الجزائية؛ لان الفراسة تحتاج الى دراسة هذا العلم من قبل قاضي التحقيق دون الاعتماد على التجربة والخبرة فقط لان هذا العلم يحتاج الى معرفة تفاصيله التي تعتمد على ملامح الوجه التي تعد بمثابة ضوابط لشخص المتهم اذ يمكن في كثير من الاحيان ومن خلال ملامح الوجه قراءة طباع الشخص ومزاجه. ان قراءة الوجه من قبل قاضي التحقيق لا تستوجب اصدار الاحكام على شخص المائل امام المحكمة بصورة مباشرة وانما هي حالة يمكن ان تساعد القائم بالتحقيق على فهم شخصية المتهم والاشخاص الاخرين المتواجدين في جلسة المحكمة لغرض بناء قناعة في كيفية التعامل مع اطراف الدعوى الجزائية للسير في الدعوى بصورة قانونية وصحيحة وتطويع شخصية المتهم للمساهمة في التحقيق بصورة ايجابية وابرار شخصية الشاهد وحمله على قول الحقيقة^(١٠).

ان دراسة منهجية معتمدة لملامح الوجه والبنية الجسمانية لشخص المتهم يمكن ان يقوم بها القاضي وذلك بالاعتماد على ما يقوم بترجمته من تعبيرات المتهم الخارجية والتي تظهر على وجهه بشكل واضح عند اخذ افادته، ذلك لان الموقف الذي يمر به المتهم اثناء جلسة المحكمة من مشاعر قد تؤثر في حركة عضلات الوجه بشكل واضح ودقيق وهذا ما يعكس طبيعة الحالة النفسية التي يمر بها المتهم اثناء سير التحقيق وعلى القاضي ان يقرأ هذه التحولات وضرورة ان يكون معه في جلسة المحكمة من يساعده في ذلك متمثل بشخص الخبير او الطبيب النفسي، وعلى القاضي ان يقوم بقراءة العقل الباطن وتسجيل المعلومات والملاحظات على تصرفات التي يشاهدها على المتهم وتحليل شخصيته والتي تساعد بالذهاب بالدعوى الجزائية الى بر الامان من خلال النطق بالحكم العادل.

واذا ما انتبهنا الى ما لوجه المشتبه فيه وتقاسيمه من اهمية في الاثبات الجنائي نجد ان الذقن له علاقة في ارادة الجاني لارتكاب الجريمة اذ ان ذقن الشخص المشتبه فيه قد يكون من اكثر اعضاء الوجه له علاقة بإرادة الجاني، لان الذقن نجده يقابل المخيخ وله علاقة قوية به وما دام من اهم وظائف المخيخ تتجسد في الارادة فتتصل هذه العلاقة بالفك السفلي من الوجه وبالتالي فان هذه الخصائص تنتقل بينهما، فالذقن في الفراسة يشكل حدة فكر لدى القاضي تتمثل بالإرادة فاذا ما سجلنا ان المعتوه في الاعم الغالب يولد ذا ذقن ضعيف فنجد ان ارادته ضعيفة وهذا ما يتطابق مع ما اخذ به القانون من النص على نقص الاهلية لدى الشخص المعتوه عند التعامل معه^(١١).

واذا ما وجدنا ان راس الذقن يكون الى الامام وعريض فان ذلك يمكن ان يعطي

(١٠) د. محمد الغرياني المبروك ابو خضرة، استجواب المتهم وضماناته في مراحل الدعوى الجنائية، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠١، ص١٤٦.

(١١) د. رعد فجر فتيح، توظيف لغة الجسد في التحقيق الجنائي، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، مجلد الحادي عشر، العدد١، ٢٠٢١، ص٢٧٥.

للقاضي دلالة على ان الشخص المائل امامه يكون اكثر ثباتاً وصبراً، كذلك فان بروز الحنك لدى الشخص المائل امام المحكمة دليل الثبات، وعلى العكس من ذلك فمتى ما كان الشخص المائل امام القاضي يتمتع بذقن قصير وغير واضح المعالم اي يكون مضمور فان ذلك يدل على انه يتمتع بإرادة ضعيفة وعديم الصبر كثير البغضاء، اما ما يتعلق ببروز قاعدة مقدمة الفك فإنها تدلل على ان الشخص المائل امام المحكمة يتمتع بقوة الارادة وانه اذا قال فعل وهو صاحب حزم وصدق وقوة ويتمتع بالشدة، ان دراسة منهجية معتمدة لملامح الوجه والبنية الجسمانية لشخص المتهم يمكن ان يقوم بها القاضي وذلك بالاعتماد على ما يقوم بترجمته من تعبيرات المتهم الخارجية والتي تظهر على وجهه بشكل واضح عند اخذ افادته، فاذا ما قام قاضي التحقيق بدراسة هذه المواصفات البسيطة او ساعده في ذلك خبير فراسة يوجد في قاعدة المحكمة ويقوم بتقديم تقرير عن هذه الامور وبالرغم من بساطتها لكنها تشكل اهمية في مسألة الوصول للحقيقة في بناء قناعة القاضي الوجدانية^(١٢).

وبرغم من اهمية الذقن لكنه قد يستتر بالحية ولكن متى ما اعتمد القاضي في بناء فراسته على الانف الذي يوجد على طول الوجه فان ذلك يشكل له اهمية اكبر وادق فالأنف اثبت في الدلالة من الذقن في دراسة الارادة واظهارها. فاذا كان انف الشخص المشتبه فيه نحيف التركيب فان له دلالة على انه يشعر بالروائح بصورة دقيقة وتامة وهذا يساعد في الاستخدام الدقيق لحاسة الشم فيمكن له ان يشم رائحة الحريق ووجود المادة المخدرة في مكان ما وغيرها من الامور التي تحتاج الى استعمال حاسة الشم فيها^(١٣). كما ان للأنف علاقة في قوة الصوت وجهارته، اما اذا كان انف الشخص المائل امام المحكمة ذات بروز طويل فان ذلك له دلالة على ان صاحبة يتمتع بالقوة والمهمة، اما شخص المتهم الذي نجده في جلسة المحكمة يدافع عن نفسه ولا يقوم بالهجوم العشوائي في الغالب بل على العكس من ذلك نجده يتمتع بمناقشة للأدلة المعروضة في جلسة المحكمة وفي الدفاع عن نفسه بثبات؛ فان هذا الشخص يكون له انف يمتاز بعرض في الثلث الأخير منه، اما صاحب الارادة الصادقة المدافع عن المسائل التي تعرض في جلسة المحكمة المتعلقة بالدعاوى الشرعية اذ يكون له غيره على اهله فان انف هذا الشخص يكون في الغالب ذات مواصفات تتمثل بعرض الانف في جهة المنتصف.

اما الدليل الذي لا يحتاج في بيان حدة فكر القاضي الى من يقوم بالترجمة للأخير فيتمثل في العيون التي تنطق بالصدق في اغلب الاحيان بدل اللسان الذي لا يتمتع بهذا القدر من الصدق لأنه يكون مدافع عن دفع الأذى عن شخص المتهم ليتمكن من الحصول على اقل مدة من العقوبة او حصوله على البراءة^(١٤)، فاذا ما نطقت العين وقالت قولها وفي نفس الوقت قال اللسان قولاً مخالفاً فان العين هي الصادقة والاعتماد في ما تقوله العين لا ما قاله اللسان، فنجد في الواقع العملي ان هناك حالات تم القاء القبض فيها على الجنات تمت من خلال ارتباكه وتوجيه نظراته الى الشرطة في حالة

(١٢) د. محمد رمضان بارة، مبادئ علم الجزاء الجنائي، ط١، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ١٩٨٨، ص ٢٢٦.

(١٣) د. حسن محمد امين جوخدار، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٨١.

(١٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦، ص ٦٨.

ارتباك، فالعيون منها المريبة في نظراتها ومنها الخائفة والنافذة بحدة الكلمة وكذلك نجد منها العين ضعيفة الحجة في التدبير ومنها ما تتسم بالوداعة والتمدن وعكسها المنكبة وتدل على الوحشية.

فالعين تعتبر نافذة الروح يستحق على القاضي التوقف عندها والتمعن بها فالعين تعتبر المترجم لسمات الشخص المائل امام القاضي وكما هي دون تجميل يضاف لما يقال في جلسة المحكمة او تعديل. فأثناء التحقيق قد ينتبه القاضي بما يملكه من فراسة على احمرار العينين للمتهم وهي دليل على الغضب فالعينين تدل على ما لصاحبها من منزلة في الاهتمام بسير الدعوى من عدمه، كذلك فان لحجم العين دور واثر في التحقيق فحدة التفكير لدى القاضي تتأثر بحجم العين فمتى ما كانت العين في حجمها خوصاء او غائرة فهذا يدل على ان المتهم الذي يمتلك هذا النوع من العيون يكون في الغالب متفهم لجزيئات الامور اما صاحب العيون الجاحظة فانه لا ينظر الى جزيئات الامور وانما يهتم بمجمال الامور ولا يدقق فيها، اما اذا كان المتهم من اصحاب العيون الواسعة فهو يتمتع بان يتفكر قليلاً وينظر كثيراً وبالعكس منه اصحاب العيون الطويلة فان نظرهم قليل وفي نفس الوقت يتفهمون ما يرونه بدقة. اما ما يتعلق بلون العيون فللقاضي ان يدرج نفسه على ان العيون الزاهية دليل على لطف صاحبها سواء كان متهم ام شاهد ام خبير، اما العيون القاتمة فهي دليل على ان صاحبها يمتلك من القوة ما تظهر بصورة واضحة عند الضرورة، كذلك فان الارادة لدى اصحاب هذه العيون تكون قوية. فمتى ما نظر القاضي الى عيون المتهم او الشاهد فيستطيع من خلالها ان يتسلط على افكاره وقد يشعر بشيء يمكن ان يصل من خلاله الى مدى صدق الشاهد او المتهم في اثناء اخذ افادتهم. هذا وتظهر الفراسة الحقيقية للعين من خلال دراسة الامارات والمعاني التي تظهر فيهما وهي اكثر اعضاء الوجهة دلالة على الارادة فمنها يمكن معرفة ان شخص المتهم يتمتع بالذكاء او الصدق او الدهاء وبالعكس ومن خلال العين ممكن ان يستشعر القاضي ان شخص المتهم يتمتع بالبلادة او السذاجة او العدوانية.

قد يمتلك المتهم من الدهاء والخبث ما يستطيع به ان يؤثر على القاضي متى ما كان حدة الفكر لدى القاضي ليست بالمستوى المطلوب، فيقوم المتهم بمخاطبة القاضي دون التطلع الى وجهه^(١٥)، وقد يعمل المتهم على النظر للقاضي وجفانه ترتعش من الخوف او كانه قلق وفي حالة استحياء وهو في حقيقة الامر يخاطب القاضي وفي فكره تدبير اخر. فعلم الفراسة يمكن ان يعد وسيلة لمعرفة مزاج المتهم الاصلي وذلك بالاستدلال عليه بفهم السبب من وراء تصرف المتهم فمثلاً بطئ فهم المتهم هو يمكن ان يكون دليل على انه شخص يتصف بالبرود في ردة الفعل، كما ان استنباط القاضي بالأمور الخفية للمتهم التي يمكن ان يصل اليها القاضي تتجسد بالحس والايحاء الذي يتمتع به القاضي والذي يمكن تعضيده بالخبرة والدراسة في علم الفراسة ويؤدي ذلك الى الوصول للحقيقة في المعلومة والتي يتم بناء القناعة مع الارتباط بالأدلة المتوفرة في جلسة المحكمة^(١٦).

(١٥) د. عماد محمد ربيع، حجية الشهادة في الاثبات الجنائي، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١، ص٣٠١.

(١٦) د. محمد علي سالم الحلبي، المرجع السابق، ص٢٣١.

المبحث الثاني

طرق تحقيق الفراسة في القضاء وفي تسبيب الحكم

ان علم التحقيق الجنائي هو علم مكمل للقانون الجنائي بشقيه الموضوعي والاجرائي، في جانب قانون العقوبات الذي يعتبر الجانب الموضوعي يرشدنا التحقيق الجنائي الى الطريق والادوات والوسيلة التي من خلالها يمكن تكييف الواقعة واثبات اركان الجريمة وبيان النص الذي يمكن تطبيقه على الواقعة، كما يساعد تطبيق نصوص قانون العقوبات على معرفة الوقائع التي من خلالها يتم تحديد الوصف القانوني وما يحيط بالجريمة من ظروف التي من شأنها ان تؤدي الى تشديد العقوبة او تخفيفها او النطق بها بعدها الطبيعي والاعتيادي.

اما من ناحية الجانب الاجرائي الجزائي فيبين علم التحقيق الجنائي طبيعة الاجراءات المعتمد في التحقيق ومدى مطابقتها للقانون لتجنب حالة البطلان، كذلك يبين لنا الطرق الفنية والعلوم الحديثة التي تم اعتمادها اثناء التحقيق، باعتبار ان الاخير اصبح يمثل صراع على الوصول للحقيقة بين المحقق وشخص المتهم، فقاضي التحقيق اثناء السير في الدعوى الجزائية يحاول الوصول الى الحقيقة اما شخص المتهم فيحاول ان يقوم بتضليل العدالة وطمس الحقيقة لكي يفلت من العقاب.

وستتناول هذا المبحث في مطلبين ندرس في المطلب الاول طرق تحقيق الفراسة في القضاء، اما المطلب الثاني فيتضمن دراسة اثر الفراسة في تسبيب الحكم والنطق فيه.

المطلب الاول: طرق تحقيق الفراسة في القضاء

عمل قاضي التحقيق من اهم واجل واصعب الاعمال التي يؤديها الافراد في المجتمع، لما يمر به قاضي التحقيق من مسؤوليات جسام وواجبات تلقى على عاتقه يكون لتعدد الاثر في بناء شخصية وخبرة وفراسة القاضي، كذلك فان النتائج التي يحصل عليها التحقيق والتي تحقق اثار بعيدة المدى هي الاخرى تعتبر من الصعوبات التي تواجه القاضي في عمله، فمهنة القاضي من المهن الشاقة، وعندما يصل القاضي الى الثقة والزهو بالنفس من خلال ما يملكه من فراسة وخبرة فان هذا الامر يهون عليه بعض من الصعوبات ويجعله يبحث بشكل جاد وراء الحقيقة ايمانا منه برسالته السامية واصرارا منه بان يصل بالتحقيق الى الحقيقة الناجزة التي لها اثر في استقرار المجتمع والحد من الجريمة من خلال الوصول الى المجرم الحقيقي^(١٧).

ان النظرة الحديثة الى الاجرام اصبحت تبنى على اساس ان الجريمة ظاهرة مرضية تصيب المتهم في احد غرائزه الانسانية التي اودعها الله في نفوس جميع البشر والتي تعتبر سليمة لدى الاغلبية الا انها تتعرض للمرض في شخص المتهم لأسباب قد تكون طارئة ومحظ صدفة وهو ما يتمثل بالمجرم بالصدفة وقد تكون شكلت جزء من شخصية

(١٧) د. منثى صفاء جاسم، الفراسة وعلم القاضي واثرهما في التحقيق الجنائي في الفقه الاسلامي، مكتبة عين الجامعة، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٣٩.

المتهم فبالئالى اصبح مجرم محترف؁ كل ذلك حصل بعد ان تقدمفة البحوث فى دراسة علم النفس واتساع نطاق الدراسات الاجتماعفة مما استوجب معه ان يكون القاضى ملم بهذه الدراسات؁ كما اصبح من واجب المشرع ان يعامل المتهم الذى قام بارتكاب الجريمة معاملة الشخص المصاب بمرض وعلفة ان يضع النصوص التى تعالج هذا المرض ونحن نجد ان السفاسة الجنائفة فى النصوص القانونفة المتطورة اكدت على هذه الحالة وذلك من خلال التشفد على تفعل السفاسة الوقائفة فى النصوص القانونفة والعمل على مجموعة من التدابفر التى نص علفها المشرع والتى يمكن ان تعمل على الحد من توجيه العقوبات الشدفة وتبذلها بعقوبات بءلفة تحقق الغافة نفسها التى نص المشرع على توجيه العقوبة علفها وذلك من خلال اصلاح شخص المتهم وزجه مرة ثانية فى حضفرة المجتمع باعئاره انسان نافع.

لذلك لابد ان يكون قاضى التءقف ذو كفاءة عالية وان يكون له عزيمة جبارة واصرار فى الوصول الى الحقففة وان فتمتع بصبر وجلادة عظفمة وان يكون فى نفس الوقت شدفة القفظة والفطنة بما فءور فى الجلسة وان يكون له السيطرة على الجلسة وادارئها باعئارها من القواعد الاساسفة فى اجراءات المحكمة والتى تناط برئفس الجلسة^(١٨). كما على القاضى ان فتمتع بقوة الملاحظة وان فتم بنكران الذات وذو طباع مقبولة فى وسطه الوظففى وان فتمتع بالمقدرة وقوة اءئفار الاحئمال القرفب الى الواقع وان يكون له عزيمة قوفه وفمئلك افق واسع ومن اهم الصفات والتى فمكنه تءقف ما تقدم من الطباع هو ان فتمز قاضى التءقف بالمعرفة وان فمئلك من الشجاعة ما فءله مقءاماً ومحباً فى نفس الوقت مغامراً فى طرح افكاره الواقفة وان يكون مستعد للتضءفة وصادق مع نفسه اولاً فى اءخاذ القراءات والاحكام المطابقة لنصوص القانون؁ وفساعده فى ذلك اندماجه فى المجتمع وان يكون قرفب لكل طبقات المجتمع مما فءفسد معه اءاء رسالئه فى مجال عمله بصورة سامفة^(١٩).

فالقاضى بحكم مهنئه فءءاج الى ان يكون على درافة باسرار المتهم باعئار ما يكون علفه من شذوذ او نشوز او ان حالة المتهم فشكل واقع صءى ومرضى فءله فقوم بارتكاب الجريمة؁ فالقاضى فى هذه الحالة فعد طفبب اجئماعى مهمئه فءذفب نفس المتهم وءله فعترف بما قام به من فعل غير مباح فعد جريمة فى حسب النصوص القانونفة؁ ولا بد للقاضى من ان فصدر حكمه بالعقوبة المناسبة لإصلاح هذا الاعوجاج فى شخص المتهم ولغرض مساعئئ للعودة الى حضفرة المجتمع باعئاره انسان مففء؁ فالمهمة الملقاة على قاضى التءقف فى معالجه الجرفم او الحد منها مهمة شاقة وءقففة اذ لابد له من ان فبفنى حكمه على قناعة وجدانفة بعفءا عن الخطأ او التءسف فى استعمال سلئئئه وهنا فءفسد دور الفراسة وطبفة دراسة علم النفس واسالفة الحءفئة لكى فضع الطرفق العلاجى الانسب لتجنب الخطأ ونطق بالحكم بقناعة حقففة^(٢٠).

ومتى ما استطاع قاضى التءقف دراسة علم الفراسة فصبح بإمكانه التمتع بعلاقات

(١٨) زفء فرفح جاسم الءفمى؁ ائرف فءفم الذات فى فكوفن الانطباع؁ رسالة ماجسئفر؁ جامعة بغداد؁ ٢٠٠٢؁ ص١٢٩.

(١٩) محمد بن الصوفى؁ السفاسة فى علم الفراسة؁ ط٢؁ دار زاهد القدسى؁ القاهرة؁ ١٩٨٣؁ ص٨٣.

(٢٠) جمال محمد مصطفى؁ شرح قانون اصول المءاكمات الجزائفة؁ مكتبة السنهورى؁ بغداد؁ ١٩٨٩؁ ص١٠٧.

تمكنه من ادامت التواصل مع حركات شخص المتهم وذلك بصورة مباشرة من خلال جلسة المحكمة ويدقق في شكل الوجه وملامحه وتسجيل تعابيره، ويعد ذلك منهجاً يمكن ان يساعد القاضي في الوصول الى الدليل بصورة اسرع من الحالة التي يكون فيها القاضي غير مطلع على علم الفراسة. كما يمكن للقاضي ان يستدل على الدليل من خلال التعامل مع اسباب حدوث الواقعة وبيان علة وقوعها متى ما كانت الواقعة غير واضحة المعالم؛ فمتى كان القاضي على معرفة بالخلفية الاجتماعية للمتهم او الامور الاخرى التي تعتبر اساسية في بناء شخص المتهم وبيان معرفة اخلاقه التي يمكن الحصول عليها بالاستماع الى شهادة التزكية التي يقوم الشهود ببيانها عند اخذ شهادتهم العينية او السماعية هذه الامور تساعد القاضي على تفسير افعال وتصرفات المتهم، وكذلك يمكن للقاضي فهم سلوك المتهم من خلال دراسة وتحليل القصد من وراء فعل المتهم الذي قام به فقد يكون تصرف المتهم اثناء ارتكابه لجريمته سلوك غير عفوي وانما هو سلوك مقصود وذلك لتحقيق غاية ما^(٢١).

ان الحركات اللاإرادية لأطراف الدعوى الجزائية والتي يمكن للقاضي ان يسجلها من خلال اعتماده على حدة الفكر التي يتمتع بها يمكن ان يتوصل اليها القاضي بالاعتماد على التفكير اللاشعوري لأطراف الدعوى والتي تعبر عما في النفس الباطن لأطراف الدعوى والتي تتجسد في حركات دون شعور الاشخاص بها وهي في نفس الوقت لا يمكن لها ان تشكل دليل يعتمد عليه القاضي في اسناد وتسبيب حكمه لكنها تعتبر من قبيل المساعدة لبناء قناعته الوجدانية. اما الحركات الارادية لأطراف الدعوى الجزائية والتي يمكن للقاضي ان يسجلها فهي حركات تصدر من العقل الباطن الى العقل الظاهرة وتجسد ارادة وحرية اختيار واعية وهي على العكس من الحركة اللاإرادية. وبالتالي على قاضي التحقيق يساعده في ذلك الخبير النفسي الذي ندعو الى ان يكون موجود في جلسة المحكمة ان يسجل ويلاحظ كل الحركات التي يقوم بها اطراف الدعوى بشكل دقيق وذلك بتفعيل تحليل الحركات ومساهمة التجربة والمشاهدة التي تتجسد في الظواهر الفكرية المختلفة ورصدها بالملاحظة الدقيقة ويجاد الصلة بين الحركات ومسبباتها وتحليل وتعليل كل ما يقوم به اطراف الدعوى وخاص المتهم من حركات لما فيها من فائدة يتم الاستفادة منها للنطق بالحكم العادل^(٢٢)، كذلك فان ما يطرأ على المتهم من تحولات نفسية لها الاثر هي الاخرى في ضرورة تسجيلها والاستفادة منها كلما تهيأت للوصول الى المعلومة الحقيقية عن ظروف الجريمة وملابساتها، وهذا معناه ان على القاضي ان يكون دقيق وان يتمتع بالصبر في انتظار الفرصة الملائمة التي يمكن الحصول عليها من خلال تحقيق معمق^(٢٣)، اذ متى ما تم للقاضي الحصول على الحركات الارادية ولاإرادية من قبل المتهم وبقية اطراف الدعوى وقام بتسجيلها وتحليلها والاستفادة منها متى ما

(٢١) امال عبد الرحمن يوسف حسن، الادلة العلمية الحديثة ودورها في الاثبات الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠٢١، ص ١٤٧.

(٢٢) محمد غالب الرحيلي، الخبرة في المسائل الجزائية، دراسة مقارنة بين التشريعين الاردني والكويتي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٤، ص ١٠٩.

(٢٣) د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار الاثير، الموصل، ٢٠١٢، ص ٢٠١.

كان اعتماده على الأدلة التي تحصل عليها مسنود بالخبرة التي يتمتع بها القاضي كان بالمكان الحصول على حكم قضائي هو اقرب للحقيقة والذي يمكن بالحصول عليه ان نحقق العدالة الجنائية التي هي غاية الدعوى الجزائية^(٢٤).

لغرض تمكين القاضي من ذلك لابد من الربط بين الطبيعة البشرية للمتهم من الجانب النفسي والولوج في اعماق النفس وبيان ومعرفة خباياها وما يمكن ان يقوم المتهم بإخفائه من خلال تعميق ما يظهره عقله الظاهر وما يخفيه عقله الباطن، لتمكين القاضي من استخراج ما استقرت عليه نفسية المتهم والتي تتضح من خلال المشاهدة وعلى القاضي ان يتمتع في هذه الحالة بأسلوب فني عالي المستوى في التحقيق والآخر يتطلب خبرة وتوفر حدة فكر لدى القاضي في دراسة حالة المتهم النفسية كما يمكن ان يساعد القاضي في هذه الحالة طبيب او خبير نفسي يقوم بهذه المهمة التي تعتبر مهمة وضرورية تساعد القاضي في الوصول الى الحكم الصحيح والذي يمكن الحصول عليه بالتمييز بين المؤثرات المختلفة التي يقوم بها المتهم والتي يجسدها بحركات يتم تسجيلها وتحليلها والاعتماد عليها في الإثبات الجنائي^(٢٥).

كما ان المأم قاضي التحقيق بالقوانين والتدريب الجيد وتمتعه باللياقة والخبرة اللازمة يجب ان يرافقها حب القاضي لعمله وان يكرس وقته وجهده للعمل وان يتمتع بشغفه لعمله وان يتعلم باستمرار معلومات تزيد الى حصيلته سواء كانت في مجال عمله او من خلال اطلاعه على الثقافات العامة. بالإضافة الى ذلك ان يتمتع بالمرونة في بيان رايه وان لا يكون رايه قاطعاً منذ اللحظات الاولى التي يتم فيها عرض القضية عليه وان يعمل على ان يبذل قصار جهده للوصول الى افضل وانجح النتائج وان لا يعتقد ان ما توصل اليه من نتائج دائماً هو افضل ما يمكن تحقيقه^(٢٦).

وان يعمل على الاستفادة لكل ما يتم عرضه في جلسة المحكمة وان يحاول طرحه للمناقشة مع الانتباه لتسجيل كل صغيرة وكبيرة تحدث اثناء المرافعة وان لا يترك ويسفه في امور يعتقد انها لا تخدم التحقيق الا بعد التأكد من ذلك، وعلى قاضي التحقيق ان يتذكر ان اغلب الجناة ومهما كانت درجة حرصهم بان تتم الجريمة بصورة كاملة وان لا يمكن الوصول اليه فانه لابد وان يترك وراءه بعض التفاصيل التي تدل عليه وتساعد القاضي في الوصول الى الخيوط الاولى للجريمة. وعلى قاضي التحقيق ان يعمل على تفعيل اهم قاعدة من القواعد الاساسية في التحقيق وهي سرية التحقيق وان يتجنب المبالغة والمباهاة والتفاخر بذكر تفاصيل اجراءات التحقيق وما قام به من تحريات^(٢٧).

ان دراسة نفسية المتهم تمكن القاضي من ملاحظة خفايا الامور ويعمل ذلك في نفس الوقت على تقوية حدة الفكر لدى القاضي وتعمل على تأهيله للقيام بإصدار القرارات والاحكام بصورة صحيح وثابته بعيدا عن التردد والمماطلة مما يساعد على

(٢٤) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الاجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة دار الكتاب العالمي، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٠٩.

(٢٥) د. احمد محمود بونه، علم الجراء الجنائي (النظرية والتطبيق)، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٩، ص ٢٣١.

(٢٦) د. رعد فجر فتيح، الوجيز في شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٤٣.

(٢٧) د. ضياء الاسدي، حق السلامة في جسم المتهم، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٧٩.

الاسراع في انجاز الدعوى والابتعاد عن مسألة تراكم الدعاوى الجزائية في ادراج القضاء مما يشكل عب على القضاء^(٢٨).

ان وجود ادوات الجريمة من قبل القاضي وقيامه بتحليلها بمساعدة ما يمتلكه من فراسة وتكييف هذه المشاهدات مع النصوص القانونية واعمالها مع الواقع العملي بشكل سليم ومن خلال الاستعانة بالأدلة والحقائق الايجابية التي يؤديها ما يتم عرضه في جلسة المحكمة من مشاهدات حسية وقيام القاضي بوضع التحليل النفسي من خلال وجود خبير علم النفس في جلسة المحكمة « وهذا ما ندعو اليه » ومن خلال التجربة العملية والفكر الحاد الذي يمتلكه القاضي بخبرته في سوح القضاء كل هذه الامور تبعد القاضي من الوقوع في الخطأ الى حد كبير. لان العامل الذي يشكل خطر على سير الدعوى الجزائية يتمثل في وقوع القاضي في الخطأ والذي يرجع الى عدم معرفته وتبصره بالإسرار النفسية للمتهم وما يعمل عليه عقله الباطن واساليبه الخلقية المختلفة والمعقدة لذلك فان وجود خبير علم النفس يساعد القاضي في تخطي هذا الخطر.

عليه يمكن ان نوجه دعوانا المتواضعة في ضرورة وضع مادة في المراحل الدراسية للقانون يدرس فيها علم النفس الجنائي ولو بمبادئه الاولية لغرض تقديم العون للقاضي المختص في ان يكون لديه معلومة اولية يمكن العمل على تطويرها من خلال دراسته ومتابعته والبحث في هذا المجال في المستقبل، لأننا نرى من الضروري ان يكون القاضي لديه المعرفة بعلم النفس وعلم الاجتماع وعلى المشرع النص على ان يكون خبير علم النفس من ضمن اطراف الدعوى الجزائية وان يحضر جلسات المحكمة وان يتم تبليغه بموعد الجلسة.

المطلب الثاني: اثر الفراسة في تسبب الحكم والنطق به

ان الفراسة صفة مطلوبة في قاضي التحقيق من اجل ان يكون له الغلبة في التحقيق من خلال يقظته وفطنته وان يعتمد الحذر من اطراف الدعوى وطروحاتهم، ومع ذلك ليس على القاضي ان يبني قناعته معتمدا على فراسته فقط، لان الاخيرة تعتمد في اغلب الاحيان على الحرز والتخمين وفي بعض الاحيان على الظن وبالتالي فالفراسة في افضل حالاتها لا يعمل بها بصفقتها قرينة في الاثبات الجنائي من اجل اثبات التهمة على المتهم وتسبب الحكم على اساسها^(٢٩).

في حين يمكن ان يقوم القاضي بتسبب حكمه على الفراسة وذلك متى ما لا يجد قاضي التحقيق ان الاهتداء الى الوصول للبيئة صعب المنال او ان الحجة التي يمكن له ان يبني قناعته عليها تكون واضحة المعالم، فيمكن والحالة هذه ان يقوم القاضي ببناء قناعته بان يعتمد على بعض الامور التي يمكن ان تظهر اثناء التحقيق معتمدا على فراسته خلال استجواب المتهم او سماع الشهود في الدعوى او السماع الى تقرير الخبير

(٢٨) د. محمد بن محمد الحسام، الفراسة واثرها في القضاء والتحقيق الجنائي والفتوى، دار مؤته للنشر، الرياض، ٢٠٠١، ص٨٩.

(٢٩) د. عدنان خالد التركماني، المعايير الشرعية والنفسية في التحقيق الجنائي، ط١، المركز العربي للدراسات الامنية والتدريب، الرياض، ١٩٩٩، ص٢٠٢.

او اي دليل اخر يطرح في جلسة المرافعة.

عليه فالفراسة التي يتمتع بها القاضي ولوحدها لا يمكن ان تشكل في اي حال من الاحوال دليلاً يعتمد عليه قاضي التحقيق لتسبب حكمه لا سيما في القضايا الجنائية، بالرغم من انها تدلل على ذكاء القاضي والالهام الذي يتجسد في شخصيته والتي يحتاجها القاضي كثيرا في الوصول للدليل لكنها في نفس الوقت لا يمكن ان يتم القبول بها لوحدها بان تكون دليل في الاثبات الجنائي.

على ما تقدم فاذا ما خالفة فإرسة قاضي التحقيق الادلة المطروحة في جلسة المحكمة والتي بدورها تشكل دليل لا يقبل الشك فيه لاعتباره من الادلة القاطعة فعلى القاضي ان يعتمد على الادلة المطروحة في الدعوى وان يترك العمل بالفراسة التي يتمتع بها لان العدالة الجنائية تستوجب ان يأخذ القاضي بما يتم طرحه من ادلة في جلسة المحكمة لا الى ما يحصل عليه ويكونه من غيبيات لا اساس لها فيما يتم تعضيدها من ادلة وكل ما في الامر ان فإرسة القاضي هي التي تكون اساس لها فمتى ما اعتمد عليها القاضي عد قرار حكمه باطل وغير معتبر^(٣٠).

فعلى القاضي ان يقوم بالبحث على الادلة في القضية المعروضة امامه لا ان يعتمد على فراسته بالرغم من وجود شكوك في هذه الادلة من حيث صدقها ودقتها وعليه ان يحكم بما يتم عرضه من هذه الادلة في جلسة المحكمة لا ان يعتمد على فراسته، اما في حالة غياب الدليل فان فإرسة القاضي لا تعتبر وسيلة لبناء قناعة القاضي وعلى القاضي ان يحكم بالبراء متى ما غاب الدليل او ان فعل المتهم غير معاقب عليه في القانون، وعلى ذلك فان الفراسة هي وسيلة تسهل للقاضي البحث عن الدليل متى ما وجد هذا الاخير. والفراسة في نفس الوقت صفة مطلوبة في قاضي التحقيق من اجل ان تجسد يقظة القاضي وفطنته لكي يسترشد ويستدل القاضي عن ادلة الاثبات ولكن لا ان يعتمد على فراسته في اثبات التهمة بدون وجود ادلة الاثبات التي نص عليها قانون اصول المحاكمات الجزائية.

فالقاضي يستنبط متى ما كان الشاهد ضعيف البصر فلا يمكن والحالة هذه ان يعتمد على شهادته ان لم تكن قد اسندت بدليل اخر يوافقها، كذلك اذا كانت رؤية الشاهد مقيدة بظرف الليل مثلا وان المسافة بعيدة بينه وبين شخص المتهم فالقاضي يمكن ان يستنبط ان لا يمكن الاعتماد على هذه الشهادة وهذا يحتاج الى قاضي يتمتع بالفطنة والفراسة وحدة الفكر^(٣١).

بعد قبول القاضي في النظر بالدعوى الجزائية المعروضة امامه يقوم بسماع اطراف الدعوى الجزائية في محاكمة شفوية ويتم النظر في وقائع الدعوى لاستنباط الادلة وتكييفها ليتسنى له اصدار الاحكام الجزائية متى ما تم مطابقة الادلة للنصوص وتسبب الحكم الجزائي، كل ما تقدم من اجراءات يعتمد بشكل كبير على الادلة المطروحة للمناقشة في جلسة المحكمة^(٣٢)؛ من هذه الادلة ما تكون ثقيلة وهي اقل اهمية في الاثبات

(٣٠) علي رسلان، نظام اثبات الدعوى وادلته في الفقه الاسلامي والقانون، ط١، دار الدعوة، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص١٣٩.

(٣١) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص٣٩٧.

(٣٢) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١،

الجنائي مالم يعتمدها القاضي من خلال تعضيدها بادله عقلية تتم عن طريق المشاهدة او اعتراف المتهم بالتهمة الموجه اليه او باي دليل اخر نص على اعتماده قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، اما اذا ما تم طرح ادلة امام قاضي التحقيق هي في طبيعتها نقلية وعقلية في نفس الوقت فعلى القاضي ان يتيقن من الادلة المعروضة في جلسة المحكمة وهذا يحتاج الى تمتع القاضي بالفراسة المطلوبة والتي يمكن تتميتها بالدراسة واشراك القاضي في دورات في هذا المجال كما ان الخبرة العملية للقاضي لها الاثر في هذه المسألة(٣٣).

وتظهر اهمية علم الفراسة في تطبيق القاضي للنص الجنائي على الواقعة المعروضة امامه من خلال قيام القاضي بمساعدة النص في تحقيق العدالة الجنائية، اذ ان المجتمع يحتاج الى مصالح متعددة يستحيل على المشرع الجنائي ان ينص عليها في مقنن واحد يحتوي كل شيء لان الامور التي يلتفت اليها المشرع تحتاج الى تفاصيل عديدة تنظمها والتي بدورها تغلت من رؤية المشرع اليها وبالتالي يتعذر احتواءها في نص تشريعي واحد(٣٤). على ضوء ذلك فان القانون في حاجة دائمة الى تجدد وان يكون احد خصائصه وصفاته المرونة لمواكبة التطور والنقد السريع الحاصل في الواقع العملي من ناحية ومن جانب اخر فان الخوف من عدم استقرار نصوص القانون الجنائي يؤدي الى جموده فما دام النص الجنائي يعالج حالة اجتماعية ولفترة محددة من الزمن والتي تفتن اليها المشرع فوضع لها المعالجات والحلول كما ان النص الجنائي يحتاج لاستقراره بعض من الوقت لكي تستقر القاعدة القانونية التي وضعها المشرع وذلك من خلال تطبيق القضاء لها ولكي يتحقق ذلك تكون مستلزمات الحياة قد وضعت وقائع جديدة يكون لها الحظ في وضع تشريع جديد للحصول على مخرج لمعالجة الوضع الجديد مهما حدثت من احداث قد تتولى بسرعة(٣٥).

كما تظهر فراسة القاضي في اثناء سير الدعوى الجزائية من خلال مناقشة تقرير الخبير اذ يمكن لقاضي الموضوع استدعاء الخبير لمناقشته في تقريره متى ما وجدت المحكمة ان هناك حاجة تستدعيها ظروف القضية المعروضة عليها؛ كما يمكن للقاضي ان يوجه للخبير الاسئلة التي يجدها ضرورية سواء كانت هذه الاسئلة بناء على طلب احد الخصوم في الدعوى او يحددها القاضي من تلقاء نفسه وهنا يتميز القاضي الذي يمتلك حدة فكر عن غيره في معرفة الخطأ الذي يمكن ان يوجد في تقرير الخبير(٣٦). هكذا ففي هذه الاحوال وحتى يستقر التشريع ويمكن للمشرع ان يصوغ ما يتلاءم من النصوص القانونية التي تنطبق مع الوقائع ويتم مطابقة الاحكام التي تصدر من

(٣٣) الادلة النقلية تكون على نوعين اما يقينية او غير يقينية من حيث الثبوت وكل منها اما قطعية او ظنية من حيث الادلة على الحكم. فكل نص لا يحتمل اكثر من معنى واحد تكون دلالاته على احد الاحتماليين دلالاته ظنية لانه يحتمل في نفس الوقت الاحتمال الآخر، اما اذا كان القاضي متيقناً من الادلة المعروضة امامه فان العلم الجازم الثابت للمطابق للواقع هو ما يكون صفة لحكمه . اما الدليل العقلي فهو الذي يتم الوصول له من خلال الوقائع المادية التي يصل اليها النظر والعقل والاستنتاج وهو اما ظني او يقيني. لتفاصيل اكثر ينظر د. عبد الرحمن بن عبد الله المخضوب، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٣٤) محمد ابراهيم دسوقي، النظرية العامة للقانون والحق، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ١٩٨٩، ص ١٣١.

(٣٥) د. ثروت انيس الاسيوطي، النظرية العامة للالتزام، جامعة وهران، مركز المنشورات الجامعة، الجزائر، ١٩٧٧، ص ٥٢.

(٣٦) د. براء منذر كمال عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

القاضي مع هذه النصوص بالاستعانة بالأدلة المتوفرة في الدعوى الجزائية مقترنة بحدة فكر القاضي. ويكون تيار الحياة والوقائع التي تحصل فيها قد تحتاج الى افاق جديدة ويصبح التشريع متخلف بعض الشيء من ناحية التطبيق او التكييف على الواقعة مما يستوجب معه وجود قاضي متمرس لديه من الفراسة ما يستطيع معه مواكبة التكييف الجديد للواقعة لاسيما وان النص وجد ليعالج وضع حاصل في زمن وضع النص ولا يمكن له ان يتنبأ بما سيحدث من تطور في الاوضاع عليه تظهر هنا اهمية وجود قاضي يتمتع بحدة في الفكر.

الخاتمة

منح قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي قاضي الجزاء الحرية في الاقتناع وفرض عليه تسبب الحكم الذي يصدره في القضية المعروضة عليه، فالقاضي حر في الاخذ بالأدلة التي يراها مناسبة وتجزئة الدليل او اسقاطه كله متى ما لم يقتنع به ولم يرتاح اليه، مما يستوجب والامر ان يتدرب القاضي على علم الفراسة لزيادة حدة تفكيره. لهذا كان لنا البحث في اثر فراسة القاضي في الاثبات الجنائي الذي انتهى بخاتمة تضمنت اهم الاستنتاجات والمقترحات وعلى النحو التالي.

اولاً: الاستنتاجات.

١. ان اصل الفراسة يخص بصر الروح الذي يتصل من ناحية ببصر العقل ومن ناحية اخرى بالإدراك، فالعين جارحة والبصر من الروح والادراك بمجمل الاشياء من حولها، فاذا ما تفرغ العقل والروح من اشغال النفس ابصر الروح وادرك العقل ما ابصر الروح ومن ذلك نحتاج الى من يتخصص بصفة الفراسة لان على العموم نجد الافراد لا ينشغلون بهذا الربط بين العقل والادراك.
٢. ان بناء قاضي الموضوع قناعته تتم بناء على عملية تعتمد في اساسها على المنطق والعقل ومعتمدة في نفس الوقت على ما يتمتع به القاضي من فراسة مبنية على الاستقرار لوقائع الدعوى والاستنباط الذي من خلاله يمكن ان يصل الى نتيجة معينة، وهذا يؤدي الى السرعة في انجاز الدعوى الجزائية مما يستوجب ربط فراسة القاضي بما يصل اليه من قناعة في اجراءات الدعوى. اذ ان منح القاضي سلطة تقديرية في الاثبات الجنائي من خلال تقييم الادلة المعروضة في جلسة المحكمة على اساس مبدأ اقتناع القاضي الجزائي، فله السلطة بالأخذ بالدليل او رفض الدليل او الاجتزاء من الدليل ما يقتنع به واستبعاد الجزء الاخر من الدليل الذي لا يقتنع به، فاذا اجتمعت ادلة في الدعوى الجزائية تدعو الى ادانة المتهم ولم يقتنع بها القاضي فله السلطة التقديرية بان يبرء المتهم.
٣. ان السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الادلة لا تصل الى درجة التحكم الكامل في الدعوى الجزائية، وانما قيده القاضي باتباع الاجراءات المنصوص عليها في قانون اصول المحاكمات الجزائية، كذلك اوجب عليه تسبب احكامه الصادرة منه وبيان في قرار الحكم ما تم الاسناد اليه من الوقائع، وبهذا فان القاضي متى ما كان ملم بعلم الفراسة وكان يتمتع بحدة فكر وخبرة فان ذلك يساعده في ان يستند الى المنطق والعقل.
٤. على القاضي متى ما اراد ان يستند الى بيان الدلة وربطها بالفراسة التي يمتلكها فيجب عليه ان لا يتجاوز الحدود التي وضعها له قانون اصول المحاكمات الجزائية، اذ يجب ان يسند فراسته الى دليل يتم طرحه في اثناء

سير الدعوى الجزائية.

٥. ليس للقاضي أن يحكم بناء على المعلومات التي يحصل عليها من خارج جلسة المحكمة لأن ذلك يخالف قاعدة أساسية في إجراءات الدعوى الجزائية وهي شفوية جلسة المحكمة، كما لا يجوز أن يعتمد على دليل سري لم يتم طرحه للمناقشة في جلسة المحكمة ولا يجوز أن يتم الاستماع إلى أشخاص خارج جلسة المحكمة وبغياب المتهم لأن ذلك يخل بقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات وهي وجاهية المحكمة.

٦. إذا ما خالفة فـرأسة قأضي الأتحقيق الأءلة المءروءة في جلسة المحكمة والأئي بءورها لأشكل أءليل لا يقبل الشك فيه لاعتباره من الأءلة القاطعة فعلى القأضي أن يعتمد على الأءلة المءروءة في الدعوى وأن يترك العمل بالفـرأسة الأئي يأمءع بها لأن العءالة الجنائية أءءءءب أن يأءء القأضي بما يأمء طرحه من أءلة في جلسة المحكمة لا إلى ما يحصل عليه ويكونه من غيبياء لا أساس لها فيما يأمء تعضيءها من أءلة وكل ما في الأمر أن فـرأسة القأضي هي الأئي أءكون أساس لها فمءى ما اعءءم عليها القأضي عء قرار حكمه بأطل وغير معءبر.

٧. يمكن للقاضي أن يستعين بالفـرأسة الأئي يملكها وءءة الفكر والخبر مءى ما كان الأءليل الأئي يعرض أمام المحكمة أءليل مشروع أي أن يكون ضمن القانون ومطابق له وأن يأمء الحصول عليه بالطرق القانونية الأئي رسمها القانون، بعيدا عن اكراه المتهم لأن الأءير يعد أءليلاً غير مشروع لا يجوز للقأضي الاعتماد عليه وبناء الحكم على أساسه، لأن ذلك يؤءي إلى بطلان إجراءات الدعوى الجزائية.

أانيا: المقءرأء

١. نرى من الضروري أن يكون للقاضي معرفة بعلم النفس وعلم الأءءماع وعلى المشرع النص على أن يكون خبير علم النفس من ضمن أطراف الدعوى الجزائية وأن يحضر جلسات المحكمة وأن يأمء تبليغه بموءع الجلسة.

٢. أن أءور المءرمين وظهور المءرم الأئي ولغرض مءابعتهم، نقءرأ أن يكون هناك قأضي وءهاز أءاري يتولى الأتحقيق الأبتءائي يأمءع بصفاء منها ءءة الفكر وسعة في الخيال الأئي لا يبيءعء عن الأقيق وذلك من أجل الوصول إلى الجناة الأقيقيين بأسرع وقت وءقءيمهم إلى المحكمة لإجراء مءاكمءهم بصورة عاءلة وعلى ضوء قانون أصول المءاكماء الجزائية وما يءءويه من نصوص قانونية وضع بالأساس لأءكون ضمانة للمءهم وفي نفس الوقت هي قيد على قأضي الموضوع لأن أي مءالفة لهذه الإجراءات يكون مصير الدعوى الجزائية هو البطلان.

٣. ان الموقف الذي يمر به المتهم اثناء جلسة المحكمة من مشاعر قد تؤثر في حركة عضلات الوجه بشكل واضح ودقيق وهذا ما يعكس طبيعة الحالة النفسية التي يمر بها المتهم اثناء سير التحقيق، لذلك ندعوا الى تسجيل هذه الحركات من قبل خبير في علم النفس يساعد القاضي في ان يقرأ هذه التحولات، وعلى القاضي ان يقوم بقراءة العقل الباطن وتسجيل المعلومات والملاحظات على تصرفات التي يشاهدها على المتهم وتحليل شخصيته والتي تساعد بالذهاب بالدعوى الجزائية الى بر الامان من خلال النطق بالحكم العادل .
٤. نقترح دراسة شخصية المتهم النفسية لكي تعين القاضي في الوصول الى القناعة الوجدانية من خلال فهمه لطبيعة المتهم او الشاهد باعتباره انسان يتأثر بالحياة سلباً وإيجاباً ومعرفة ذلك على الوجهة الصحيح وذلك يساعد القاضي على تسير الكثير من المظاهر العقلية المختلفة والتي بدوره تساهم في الوصول الى شخصية المتهم الغامضة او المعقدة والتي تفتقر الى الوضوح والتي تعرض لها في سير حياته العملية وبذلك يتمكن القاضي من دراسة القضية المعروضة امامه من جميع اتجاهاتها.
٥. يمكن ان نوجه دعوانا المتواضعة في ضرورة وضع مادة في المراحل الدراسية في كلية القانون يدرس فيها علم النفس الجنائي ولو بمبادئه الاولية، لغرض تقديم العون للقاضي المختص في ان يكون لديه معلومة اولية يمكن العمل على تطويرها من خلال دراسته ومتابعته والبحث في هذا المجال في المستقبل.

حدود سلطة القاضي الاداري في توجيه اوامره للادارة

THE LIMITS OF THE ADMINISTRATIVE JUDGE'S AUTHORITY TO
DIRECT HIS ORDERS TO THE ADMINISTRATION

أ.م.د. ذكرى عباس علي
المديرية العامة لتربية محافظة ديالى

المستخلص

لا يقتصر استقلال القضاء على حرية القاضي في اصدار القرارات القضائية دون تأثير أي جهة وإنما يمتد إلى وجوب احترام الاحكام القضائية ويمثل الحكم القضائي الجانب العملي لاستقلال القضاء ويتحتم على بقية السلطات ضرورة الاستجابة لأحكام القضاء وتنفيذها واحترامها ، ويمنح القانون الحكم القضائي المكتسب الدرجة القطعية حجية الشيء المقضي به ضماناً لاستقرار احكام القضاء ، لذا من الواجب ان يحرم على السلطة التنفيذية ان تجعل من المنازعة التي حسمها الحكم القضائي محلاً للمنازعة بعد أن قال القضاء كلمة الفصل فيها ، لهذا وجد مبدأ حتمية تنفيذ الاحكام القضائية .

لذا نهدف من خلال بحثنا هذا إلى تسليط الضوء على أهمية سلطة القاضي الإداري في توجيه اوامره للإدارة وحدود تلك السلطة ، وبيان المجالات التي يستطيع فيها القاضي من اصدار اوامره والمجالات التي يحظر عليه من توجيه تلك الاوامر ونهدف للبحث عن حلول مقترحة بحل مشكلة عدم تنفيذ الإدارة أو موظفيها للقرارات القضائية ، من خلال طرح الاراء والاتجاهات الفقهية وسعيًا للوصول إلى الراجح فيها .

والتي استنتجنا من خلالها إلى أن القانون هو ملجأ وملاد الافراد لمواجهة الإدارة ، وهو الرادع لتجاوزاتها، من خلال الاحكام والقرارات القضائية التي يصدرها القاضي الإداري ، وأن امتناع الإدارة من تنفيذ حكم الالغاء يعد قراراً إدارياً سلبياً بالإمكان الطعن فيه ، ويمكن اثاره مسؤولية الإدارة أو الموظف الممتنع عن التنفيذ وتعتبر فكرة المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ ضماناً حقيقياً لتنفيذ الاحكام والقرارات القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي به .

Abstract

The independence of the judiciary is not limited to the judge's freedom to issue judicial decisions without the influence of any party, but extends to the obligation to respect judicial rulings. The res judicata is to ensure the stability of judicial rulings, so it is necessary for the executive authority to be forbidden to make the dispute that was resolved by the judicial ruling a subject of dispute after the judiciary said the final word on it, for this he found the principle of the inevitability of the implementation of judicial rulings. So we aim through this research to shed light on the importance of the administrative judge's authority in directing his orders to the administration and the limits of that authority, and to indicate the areas in which the judge can issue his orders and the areas that he is prohibited from directing those orders. its employees for judicial decisions, by presenting opinions and jurisprudential trends and in an effort to reach the most correct in them. Through which we concluded that the law is a refuge and a haven for individuals to confront

the administration, and it is a deterrent to its transgressions, through judicial rulings and decisions issued by the administrative judge, and that the administration's refusal to implement the annulment ruling is a negative administrative decision that can be challenged, and the responsibility of the administration or the abstaining employee can be raised. The idea of the personal responsibility of the employee who refrains from execution is a real guarantee for the implementation of judicial rulings and decisions that have the force of the res judicata .

المقدمة

لا يقتصر دور القضاء في الدولة الحديثة على مجرد اصدار حكم أو قرار يؤكد حق الافراد , بل يمتد إلى التنفيذ مستهدفاً تغير الواقع العملي وجعله متلائماً مع الحكم أو القرار القضائي أو الإداري ويمنحه القانون القوة التنفيذية ، حتى يحرم على السلطة التنفيذية أن تجعل من المنازعة التي حسمها الحكم القضائي محلاً للمنازعة بعد أن قال القضاء كلمة الفصل فيها . لهذا وجد مبدأ حتمية تنفيذ الاحكام القضائية ، ومما يزيد من أهمية التنفيذ هو حجية احكام الالغاء المطلقة في مواجهة الكافة مما يتيح لكل الافراد أن يتمسكوا به ويحتجوا على الإدارة والمحاكم بمختلف انواعها بهذا الحكم الذي يعد مصدراً من مصادر مبدأ المشروعية .

ثانياً : أهمية البحث

تأتي أهمية هذا الموضوع من حيث البحث والتعرف على المجالات التي يستطيع فيها القاضي من اصدار اوامره للإدارة ، والتعرف على المسؤولية التي تترتب على الإدارة عند عدم تنفيذها للقرارات القضائية الإدارية اضافة للبحث في حلول مقترحة لحل مشكلة عدم تنفيذ الإدارة أو موظفيها للقرارات القضائية ، حيث جاء اختيارنا لهذا الموضوع محاولة منا للتوفيق بين آراء فقهاء القانون الإداري وسعياً للوصول إلى الرأي الراجح منها

ثالثاً : اشكالية البحث

لما كانت اشكالية تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة الهاجس الوحيد لدى المتقاضى الذي لا يجد بدلاً سوى الانتظار حتى ترسخ الإدارة وتنفذ ما عليها من احكام قضائية ، فهنا الاشكالية تكمن في : هل يحكم القاضي الإداري على الإدارة أم لا ؟ وما هي مجالات وحدود حكمه ؟ وإذا حكم ضدها هل يملك سلطة الزامها على الخضوع لحكمه ؟

وسنحاول ومن خلال طرح تلك التساؤلات التوصل إلى :-

سنحاول معرفة الإطار القانوني الذي يحكم تنفيذ القرارات القضائية الإدارية والأسباب التي تدفع الإدارة إلى الامتناع عن التنفيذ وما يترتب عليها من مسؤولية قانونية . هل يصح فرض العقوبة على الموظف الممتنع عن تنفيذها وما نوع تلك العقوبة . هل أن الاعتراف التشريعي بالغرامة التهديدية ضد الإدارة كفيل لوضع حد لتعنت الإدارة ؟

رابعاً : هيكلية البحث

للإجابة عن الإشكاليات السابقة ارتأينا تقسيم بحثنا إلى مبحثين ، الأول عن الحكم القضائي وقوة الشيء المقضي به نتناول فيه المجالات التي يمكن للقاضي أن يلجأ فيها

لتوجيه أوامره ، والمجالات التي يحظر فيها على القاضي لتوجيه أوامره للإدارة .
أما المبحث الثاني : فهو للبحث في مدى التزام الإدارة بأوامر القاضي الإداري ، والبحث في مسؤولية الإدارة ومسؤولية موظفيها عن عدم تنفيذ حكم القضاء .

المبحث الأول

الحكم القضائي يحمل قوة الشيء المقضي به

ان اصطلاح الحكم يطلق بصفة عامة - انه اعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية ، فهو قرار صادر من محكمة مشكلة تشكيلةً صحيحاً ، ومختصة في خصومه رفعت اليها وفق قواعد المرافعات ، سواء كان صادراً في موضوع الخصومة او في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه .^(١)

ووفقاً لما سبق فإن الحكم الإداري هو حكم صادر من محكمة مختصة يكون احد اطرافها احد الأشخاص الاعتبارية العامة ، بقصد اثبات حق مشروع أو حمايته ، وأن للأحكام الإدارية قوة الشيء المقضي فيه وهذا يعود لاعتبارين اساسيين :-
اولهما : الحفاظ على وحدة الاحكام القضائية وانسجامها ، وضمان عدم تعارضها وتضاربها .

وثانيهما : ان الحكم هو نهاية النزاع بمعنى وضع حد للتنازع أمام القضاء فالحجية التي يتمتع بها الحكم الإداري يتعلق بالنظام العام الذي يجوز الدفع به في أي حالة كانت عليها الدعوى وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك الخصوم بها .^(٢)
ولا يشترط لأعمال حجية حكم الالغاء المطلقة اتحاد الخصوم أو الموضوع أو السبب فيجوز لكل من لم يكن طرفاً في الدعوى ان يتمسك بحكم الالغاء ويجوز التمسك به في مواجهة الغير ، ويحق التمسك بهذه الحجية من أي مرحلة يثار بشأنها البحث في مشروعية القرار الملغي .^(٣)

لذا فإن هناك مجالات يلجأ فيها القاضي إلى اصدار اوامره للإدارة وهناك مجالات يتمتع فيها القاضي عن توجيه تلك الأوامر وهذا ما سوف نوضحه من خلال المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول: المجالات التي يلجأ فيها القاضي لإصدار اوامره للإدارة

تتخصر وظيفة القضاء اساساً في مهمة الفصل في المنازعات بمقتضى احكام القانون ، حيث يقضي بحسب ظروف كل منازعة ولكن القاضي الإداري له دور انشائي للقواعد القانونية التي تحكم ما يعرض عليه من منازعات ، والذي لا يعني اعترافاً له بسلطان مطلق في علاقته مع الإدارة .^(٤)

(١) د. احمد ابو الوفا : نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٩ ، ص ٣٤ وما بعدها .

(٢) هذا ما اكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها حيث قضت (...).وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها استهدافاً إلى حسن سير العدالة (...). بالطن ٣١١٥ لسنة ٣٢.ق جلسة ١١/٢٤/١٩٩٢، منشور من قبل المحامي محمود سعيد الديب على الموقع الالكتروني .
www.Eldebsaid@2005yahoo.com

(٣) ينظر د. سامي جمال الدين : الوسيط في دعوى الغاء القرارات الإدارية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٤ ، ص ٨٥٣ وما بعدها ، وينظر كذلك د. رفعت رشوان . رقابة القاضي الجنائي لمشروعية القرار الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، ص ١٧٤ .

(٤) د. حسين السيد بسويوني ، دور القضاء في المنازعة الإدارية ، دراسة تطبيقية لمقارنة النظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٣١٣ .

بمعنى ان دور القاضي الإداري يتوسع حسب ما تقتضيه طبيعة المنازعات التي يختص بها ويتعداها إلى الكشف عن قواعد قانونية جديدة ، لم يتناولها المشرع بالتنظيم ، فيضع نفسه ذات موضعه مستلهماً ارادته، ولكن اذا ما ماطلت الإدارة في تنفيذ الاحكام الصادرة عن القاضي الإداري تؤدي هذه المماثلة إلى اضعاف دور القاضي الإداري ، ومن ثم يتم اختلال التوازن بين السلطتين الإدارية والقضائية ، لذا كان لزاماً عليه التخفيف من تلك القيود من أجل تأكيد سلطته. (٥)

فليس لقاضي الالغاء سلطان مطلق عند ممارسته لوظيفته القضائية وإنما ترد على وظيفته عدة حدود او قيود ، وله عدة مصادر قد تكون في طبيعة المنازعات أو في طبيعة الاشخاص الممثلة في المنازعة أو في الوظيفة القضائية ذاتها. (٦)

وهنا نجد ومن المجري العادي للأمر اذا ما اصدر القاضي الإداري حكماً ، يتوجب على الإدارة أن تقوم بتنفيذه طوعياً ، ولكننا نجد ومن الواقع العملي ، ان الإدارة قد تمتنع عن تنفيذ ما يصدر ضدها من احكام ، ولا يجد المحكوم له ازاء موقف الإدارة الراض للتعفيذ اي وسيلة اجبارية على التنفيذ ، وبإمكانه اللجوء للقضاء مرة اخرى ليستصدر حكماً جديداً ضد الإدارة ، والتي لا سلطان عليها لإجبارها على التنفيذ ، وقد نجد بعض المحاولات التي يقوم بها القضاء الإداري تأخذ شكل الحق والرجاء باحترام ما يصدره من احكام ، فإذا ما تركت الاحكام دون تنفيذ تصير الاحكام عديمة الجدوى ، فإن قوة الدولة تكمن في قوة قضائها ، وان قوة قضائها كمؤسسة دستورية تكمن في تنفيذ احكامه وقراراته ، فقد تقوم الإدارة بتعطيل تنفيذ الحكم الإداري الصادر في مواجهتها بإصدار قرار إداري فردي أما بامتناعها والتزام الصمت مما يتولد عن ذلك قرار إداري سلبي برفض التنفيذ كأن يصدر حكم بإلغاء رفض ترخيص ، فالإدارة لا تتبع ذلك الحكم بإصدار قرار منح الترخيص لتتطابق مع الشيء المقضي به ، أو أن تصدر الإدارة قرار إداري صريح يرفض التنفيذ كأن يصدر حكماً بإلغاء فصل موظف فتعيده الإدارة إلى عمله ثم لا تلتبث أن تصدر قراراً يفصله مرة اخرى. (٧)

ولكن لو صدر الحكم الإداري لصالح الإدارة ، فإن الوضع يختلف عن سابقه ، فإن الإدارة تمتلك من الوسائل والاساليب والامتيازات والسلطات التي تمكنها من تنفيذ الاحكام الصادرة لصالحها ، على سبيل المثال لا الحصر استخدام امتياز التنفيذ المباشر بتوقيع الحجز الإداري أو القطع المباشر من الراتب (ان كان المحكوم عليه موظفاً) .

وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي على التخفيف من تلك القيود التي ترد على سلطة القاضي الإداري بإتباع عدة اساليب منها: (٨)

أ- احلال السبب الصحيح محل السبب الباطل في حالة ان تكون الإدارة ملزمة

(٥) د. حسن السيد بسيوني : آثار حكم الإلغاء في القانونين المصري والفرنسي / اطروحة دكتوراه / ١٩٧١ / القاهرة ، ص ٣٢٥ .

(٦) عبد المنعم عبد العظيم الجيرة : آثار حكم الالغاء / دراسة مقارنة ، ١٩٧١ ، ص ٣١٥ .

(٧) د. محمد سعيد الليثي : أمتناع الإدارة عن تنفيذ الاحكام الإدارية الصادرة ضدها / دراسة مقارنة / الطبعة الأولى ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٢ وما بعدها .

(٨) ينظر عبد المنعم عبد العظيم الجيرة : مصدر سابق ، ص ٣١٦ وما بعدها . وينظر ضرغام مكي نوري ، مدى سلطة قاضي الالغاء في تعديل القرار الإداري / رسالة ماجستير / كلية القانون / جامعة بابل ، ١٩٩٧ ، ص ٧٧ وما بعدها .

باتخاذ القرار على نحو معين .
 ب- اعطاء التوجيهات والنصائح للإدارة بتحديد الإطار الذي تعمل فيه لترتيب آثار حكم الالغاء .
 ج- الأمر بإجراءات التنفيذ التي يقتضيها القرار بإحالة المحكوم له للإدارة للحصول على حقه بالكامل .

وقد تطور مبدأ التخفيف من وضع القيود على سلطة القاضي الإداري في الزام الإدارة بتنفيذ حكم الالغاء وبشكل متسارع منذ نهاية القرن الماضي وأصبح بإمكان القاضي الإداري ان يلزم الإدارة بالقيام بتنفيذ احكامه ، حيث اجاز المشرع لمجلس الدولة الفرنسي بفرض غرامات تهديدية على الإدارة لإجبارها على التنفيذ لتلك الأحكام^(٩) .
 حيث ان الحكم المتضمن فرض غرامة تهديدية على الإدارة لإجبارها على التنفيذ في طبيته توجيه اوامر القاضي الإداري للإدارة .

وأن أي انكار للأحكام القضائية وأي استخفاف بها يعني القضاء على مبدأ الفصل بين السلطات ، والتي تعتبر الأساس في وضع القيود التي ترد على سلطة القاضي ، وبمقتضى هذا المبدأ وضح استقلال كل من السلطتين الإدارية والقضائية احدهما اتجاه الأخرى مع ضرورة التوازن بين كلتي السلطتين^(١٠) .

مما يعني ان تقوم الإدارة ببعض الاعمال الإدارية (الدوائر ذات الاختصاص القضائي) ، وتدخل القضاء بصورة غير مباشرة في عمل الإدارة ، لتحقيق ذلك التوازن بينهما ، ولتحقيق نوع من التلطيف والتخفيف من حدة هذا المبدأ^(١١) .

ومن وجهة نظرنا فإن هذا التخفيف يكفل للقاضي الإداري اتخاذ وسائل غير مباشرة في مواجهة الإدارة من أجل تنفيذ قراراته دون اكراه أو جبر بشكل صريح، ووجدنا ان القاعدة العامة تقضي إلى أن سلطة قاضي الالغاء اتجاه القرار الإداري المطعون فيه تقتصر على الالغاء أو رد الطعن ، كذلك فإن احكام القضاء وآراء الفقهاء جاءت مؤيدة لتلك الحدود ، التي كان الأساس فيها يعود لمبدأ الفصل بين السلطات .

ولغرض ايجاد نوع من التوازن بين السلطتين القضائية والإدارية ومن أجل تركيز سلطة قاضي الالغاء ، وعدم اضعاف دور قاضي الالغاء فقد سلك مجلس الدولة الفرنسي وتبعه مجلس الدولة المصري ، حيث اعطى صلاحية تعديل القرار الإداري لمحكمة القضاء الإداري وقد سار المشرع العراقي على نفس النهج ، فمحكمة القضاء الإداري لها صلاحية تعديل القرار الإداري بالبيت في الطعن المقدم اليها ولها ان تقرر رد الطعن أو الغاء أو تعديل الامر أو القرار المطعون فيه^(١٢) .

وأن إجراء التعديل للقرار الإداري يعني احداث تغيير يشمل محل القرار الإداري

(٩) علاء ابراهيم محمود : تنفيذ حكم الالغاء الصادر عن القضاء الإداري (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق / جامعة كربلاء / كلية القانون ، س٢ ، ٢٤ ، ٢٠١٠ ، ص٢٠٠ .

(١٠) عادل السيد فهيم : القوة التنفيذية للقرار الإداري ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص١٩٨ .

(١١) د. القطب محمد ليلة : العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٥ ، ص٧٣ .

(١٢) تنظر المادة / ثانياً / من قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ .

بأكمله ، ومن ثم فإنه يؤدي إلى انتهائه ، لذا يمكن القول بأنه لا يجوز تعديل القرار الإداري من حيث اثره إلى تعديل كلي أو تعديل جزئي. (١٣)

ولكن بالإمكان تقسيم التعديل إلى التعديل الايجابي والتعديل السلبي :
أ- التعديل الايجابي : فهو اما استحداث آثار تؤدي إلى تعديل بعض آثار القرار الإداري دون الآخر .

وأما استحداث آثار تؤدي إلى احداث تغيير في بعض آثار القرار الإداري دون الأخرى ، أي الغاء غير مباشر يرد على جزء من القرار الإداري .

وهذا ما ذهبت اليه محكمة القضاء الإداري في أحد احكامها إلى تعديل الامر الإداري المطعون فيه وذلك ضمن صلاحيتها بـ (.... وحيث ان هذه المحكمة تملك الغاء أو تعديل الامر المطعون فيه استناداً لأحكام الفقرة (ط) من البند (ثانياً) من المادة (٧) من قانون مجلس شوري الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ عليه قرر بالاتفاق الحكم بتعديل الفقرة (١) من الامر الديواني المرقم (٧) لسنة ٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٣/٢٠ والصادر من محافظة بغداد / مكتب المحافظ وجعلها اقضاء المدعي (ع.ب.م) من منصب مدير ناحية (ب.ج) استناداً لأحكام المادة (الثانية والستون) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ والغاء الفقرة (٢) من الامر المطعون فيه). (١٤)

ب- التعديل السلبي : ويعني الالغاء المباشر لجزء من القرار دون أن يشمل بأكمله وهذا ما أكدته المادة / ٢٠ من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل (لا يجوز فرض اكثر من عقوبة بموجب هذا القانون عن فعل واحد) .

ومن حيث الجهة التي تقوم بتعديل القرار الإداري يمكن تقسيمه إلى تعديل إداري وتعديل قضائي :-

أ- التعديل الإداري : تتولاه جهة إدارية بناءً على تظلم مقدم من قبل صاحب المصلحة ومن تلقاء نفسها ، فتقوم الإدارة بفحص مشروعية وملائمة القرار الإداري ، ولها صلاحية الغاءه أو سحبه في حالة أنهاء القرار ، أما إذا أرادت الإبقاء عليه فأنها تقوم بتعديله أو تصحيحه مع الأخذ بنظر الاعتبار الحقوق المكتسبة للأفراد. (١٥)

ب- التعديل القضائي : يتم اجراءه من قبل جهة قضائية بناءً على طعن يتقدم به صاحب المصلحة إلى جهة القضاء الإداري ضمن المدة المحددة قانوناً. (١٦)

ونخلص مما تقدم ان استقلال القضاء هو احد مقومات الدولة القانونية ، اضافة إلى التطبيق النسبي لمبدأ الفصل بين السلطات في الدولة يتيح المجال للقضاء الإداري بإصدار احكام قضائية عادلة منصفة للأفراد اتجاه الإدارة لذا وجدنا ان المجالات التي يلجأ فيها القاضي لإصدار اوامره للإدارة معتمداً في ذلك على التطبيق النسبي لمبدأ الفصل بين السلطات .

(١٣) د. شاب توما منصور : القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٠ ، ص ٣٦٨.

(١٤) ينظر قرار محكمة القضاء الإداري رقم ٦٤ / قضاء إداري / ٢٠١١ في ٢٠١١/٥/١٨ ، منشور في مجموعة قرارات وفتاوي مجلس شوري الدولة لعام ٢٠١١ ، ص ٣١٦ وما بعدها .

(١٥) د. محمد كامل ليلة : الرقابة على اعمال الإدارة (الرقابة القضائية) ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٣ ، ص ١٣٦.

(١٦) د. محمد كامل ليلة ، المصدر نفسه ، ص ١٣٩.

المطلب الثاني: المجالات التي يحظر فيها على القاضي توجيه اوامره للإدارة

القضاء الإداري في جوهره رقابة وقيود على تصرفات الإدارة ، وكثيراً ما تشعر الإدارة بالتذمر والضيق من هذه الرقابة لسبب أو لآخر ، لأن الاصل هو خضوع القرارات الإدارية لرقابة القضاء بمظهرها الغاء والتعويض ، وهذه تختص بإلغاء القرارات الإدارية المخالفة للقانون .

أذن الاصل هو خضوع القرارات الإدارية للرقابة القضائية ، وأنه النتيجة الطبيعية للأخذ بمبدأ المشروعية ، ذلك المبدأ الذي يعد الطابع المميز للدولة الحديثة ، الدولة القانونية .

وقبل الخوض في المجالات التي يحظر فيها على القاضي في توجيه أوامره للإدارة سوف نبحت في أساس هذا المبدأ في ايسر مدلولاته - هو أن القاضي الإداري لا يملك الزام جهة الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه أو أن يحل محلها في عمل معين أو اجراء معين هو من صميم اختصاصها؛ حيث للإدارة الحرية الكاملة في اتخاذ القرارات والاجراءات دون تدخل من جانب القاضي الإداري .^(١٧)

فسبق لنا القول ان حدود القاضي الإداري حين الفصل في موضوع دعوى الالغاء تقتصر سلطته على الحكم برفض الدعوى اذا ما تحقق من أن القرار المطعون فيه لا يتوفر فيه أي وجه من اوجه عدم المشروعية ، أو كان مشوباً بعيب من عيوب عدم المشروعية ، اضافةً إلى سلطته في تعديل القرار الإداري تعديلاً ايجابياً ، أو تعديلاً سلبياً وقد تعددت الآراء الفقهية في الاسانيد القانونية التي تبرر الحظر المفروض على القاضي الإداري والتي يمكن حصرها في ثلاث تبريرات :-

١ . النصوص التشريعية كمصدر لمبدأ حظر توجيه اوامر من القاضي الإداري للإدارة وعلى الرغم من خلو النظام القانوني من اية نصوص تشريعية صريحة بخصوص ذلك ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اقر مبدأ الحظر المفروض بقوله : لا يجوز للأفراد ان يطلبوا من القاضي الإداري ان يوجه امراً لجهة الإدارة بمعاقبة المسؤولين عن احداث الاضرار التي لحقت بهم لان القاضي الإداري ليس من سلطته اصدار اوامر للإدارة ، أو أن يقوم القاضي الإداري بتوجيه امر للعمدة لإلزامه بالتدخل للحفاظ على السكينة العامة .^(١٨)

وكذلك سار القضاء الإداري المصري على ذلك باعتناقه لمبدأ حظر توجيه اوامر من القاضي الإداري للإدارة حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن (.... ان هذه المحكمة ليست من هيئات الإدارة فلا تملك اصدار اوامر إدارية ومن باب اولى ان تقوم مقام الإدارة في اتخاذ اجراء معين) .^(١٩)

٢ . مبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة كمصدر لحظر توجيه اوامر للإدارة :

(١٧) د. حمدي علي عمر : سلطة القاضي الإداري في توجيه اوامره للإدارة / دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٧.

(١٨) محمد ابو بكر المقصود : سلطة القاضي الإداري في توجيه اوامر للإدارة لإلزامها بالحفاظ على النظام العام، بحث منشور في مجلة روح القوانين ، مصر ، ٢٠١٠ على الموقع الالكتروني : <https://www.researchgate.net>

(١٩) حكم محكمة القضاء الإداري ، ٢٨ آذار ١٩٤٧ ، الطعن رقم ٧٢ لسنة ١ / قضائية ، مجموعة السنة الاولى، ص ٣٦٥.

ويتلخص بأن القاضي الإداري لا يستطيع القيام باتخاذ اجراء يعد من صميم اختصاص الإدارة بأن عمله مخالفاً لمبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة ، فلا يستطيع ان يصدر امراً أو يمنح ترخيصاً كرجل الإدارة.

٣. طبيعة سلطات قاضي الالغاء كمصدر لمبدأ حظر توجيه اوامر للإدارة بمعنى لا يمكن للقاضي الإداري الذي يصدر حكماً بالغاء قرار غير مشروع أن يأمر الإدارة باتخاذ التدابير اللازمة لإحداث اثر حكم الالغاء بالكامل. (٢٠)

وإذا كان مبدأ المشروعية هو الأساس الذي تقوم عليه الدولة الحديثة ، نجد أن القوانين الوضعية تورد عليها استثناءات تخرج بمقتضاها بعض اعمال السلطات الحاكمة من نطاق الرقابة القضائية. (٢١)

وقد استلهم المشرع العراقي في قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ (الملغي) حيث اورد استثناءات اخرج بمقتضاها بعض اعمال السلطات الحاكمة من نطاق الرقابة القضائية والتي سميت تلك الاعمال (بأعمال السيادة) حيث نصت المادة (٤) منه على انه (ليس للمحاكم ان تنتظر في كل ما يعتبر من اعمال السيادة) (٢٢) ثم تلاه قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ الذي نص في المادة ١٠ منه على أن (ليس للمحاكم أن تنتظر في كل ما يعتبر من اعمال السيادة...). (٢٣)

بمعنى ان يحظر على القاضي الخوض في هذه المجالات وتوجيه اوامر للإدارة استثناءً من مبدأ الخضوع لرقابة القضاء في كل ما يتعلق بأعمال السيادة واستثناءات خاصة تنص عليها القوانين، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة / البند خامساً عند صدور قانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦ لسنة ١٩٧٩ على (لا تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي) :

١- اعمال السيادة وتعد من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية . اي منع على القضاء الإداري من النظر بالطعون المتعلقة بأعمال السيادة على الرغم من ان القضاء الإداري يتمتع بالولاية العامة على القضايا الإدارية الداخلة في اختصاصه ، كما منع القضاء الاداري من النظر في القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية ووفقاً لصلاحيته الدستورية ، كذلك القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتنظيم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها. (٢٤)

ولكن عندما تغير نظام الحكم في عام ٢٠٠٣ احدث تحولاً سياسياً واجتماعياً وتشريعياً كبيراً ، ومن اهم مظاهر هذا التحول هو التغيير في تنظيم الدولة وفلسفة التشريع بحيث تحول تنظيم القضاء من اعتماد المذهب الاشتراكي في التشريع وما يترتب عليه من طبيعة دور الدولة وتوليها الكثير من مظاهر تنظيم العلاقات الاجتماعية ، والنظر

(٢٠) د. محمد سعيد الليثي ، مصدر سابق ، ص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢١) د. محمود محمد حافظ : القرار الإداري / دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ١٢٣ وما بعدها .

(٢٢) ينظر نص المادة ٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ الملغي .

(٢٣) ينظر نص المادة (١٠) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ .

(٢٤) ينظر نص المادة السابعة / البند خامساً من قانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم

٦٥ لسنة ١٩٧٩ .

إلى السلطة التنفيذية أو الحكومة بمظهر معين يجعلها قادرة على أن تصدر أنواعاً من القرارات الباتة التي يمنع المشرع مراجعة القضاء لها ، لضرورة تتصل بأعمال السيادة ، إلى اتجاه لا يعطي للحكومة الدور المرسوم لها في المذهب الاشتراكي ، حيث صدر قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥^(٢٥) الذي نص على الغاء جميع النصوص القانونية اينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل اعتباراً من ١٧/٧/١٩٦٨ لغاية ٩/٤/٢٠٠٣ ، التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل .

وبذلك اصبحت ولاية القضاء الإداري مطلقة بإلغاء المشرع النص الخاص بمنع القضاء الإداري عن النظر في الدعاوى الناشئة عن اعمال السيادة . وهذا ما اكده ايضاً دستور العراق الحالي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٠٠) منه على أن (يحضر النص في القوانين على تحصيل اي امر أو قرار إداري من الطعن).^(٢٦) هذا المنهج وسع سلطة القضاء الإداري على وجه الخصوص لأن اكثر الاعمال التي تدخل في معنى اعمال السيادة هي من القضايا الداخلة في اختصاص القضاء الإداري ، وبذلك اصبحت كل قرارات الدولة خاضعة لرقابة القضاء .

(٢٥) ينظر قانون الغاء النصوص القانونية التي تمنع المحاكم من سماع الدعاوى رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ .
(٢٦) تنظر المادة (١٠٠) من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ .

المبحث الثاني

مدى التزام الإدارة بأوامر القاضي الإداري

يقع على عاتق الإدارة الالتزام بتنفيذ الأحكام القضائية ويأتي هذا الالتزام من مضمون احترامها للأحكام عموماً ، حتى تلك الصادرة بين الأفراد ، والتزاماً خاصاً هو الواجب الذي يقع على عاتق الإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها وفي حال عدم تنفيذ هذه الأحكام يترتب عليها مسؤولية عدم التنفيذ ، وسوف نوضح ومن خلال مطلبين المسؤولية التي تترتب على الإدارة في حالة عدم تنفيذ حكم القضاء والمسؤولية التي تترتب على الموظف إذا كان عدم التنفيذ نتيجة امتناعه وكالاتي :-

المطلب الأول: مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذ حكم القضاء

قبل ان نتطرق إلى الآثار والمسؤولية التي تترتب على الإدارة عن تنفيذ حكم القضاء لابد من البحث في الأساس القانوني الذي يجبر الإدارة ويلزمها بتنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها ، ولاسيما وأن القاضي الإداري يقف عند حد اصدار الحكم دون أن يعتده أو اصدار اوامر للإدارة أو الحلول محلها ، أذن يقع على عاتق الإدارة تنفيذ حكم الالغاء دون صدور أمر بذلك من القاضي .

وللبحث في الأساس القانوني نجد الآراء والاتجاهات الفقهية قد تعددت في ذلك:

الرأي الأول : يذهب إلى أن أساس التزام الإدارة بالتنفيذ هو القانون .^(٢٧) أي يصبح امتناع الإدارة عن الالتزام بالتنفيذ هو مخالفة قانونية صريحة تستوجب مواجهة الإدارة بها على أساس مخالفة القانون .

فتنفيذ حكم الالغاء من قبل الإدارة تنفيذاً تاماً وترتب كافة الآثار المترتبة عليه لا يعني اخضاع السلطة التنفيذية للسلطة القضائية بل خضوعها للقانون نفسه ، وهذا لا يعتبر اخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات ولا يعني تجرد الإدارة من حقها في استخدام امتيازاتها في تحقيق الصالح العام .^(٢٨)

الرأي الثاني : يذهب إلى أن أساس الالتزام بالتنفيذ هو حجية الشيء المقضي به ، باعتبارها قوة قانونية وأصل من أصول القانون ، التي تتمتع بها احكام الإلغاء التي هي أساس التزام الإدارة بتنفيذها ، أي يتوجب على الإدارة احترام هذه الحجية .^(٢٩) فحكم الالغاء يعد حجة على الكافة يسري في مواجهتهم سواء كانوا اطراف في الدعوى أم لم يكونوا .

الرأي الثالث : يجد الأساس في التزام الإدارة بالتنفيذ هو القوة الملزمة للحكم ، أن القوة الملزمة للأحكام القضائية هو نتيجة طبيعية لمبدأ الفصل بين السلطات ، فعلى الرغم من استقلال كلاً من الإدارة والقضاء عن بعضها البعض كقاعدة عامة . فإن ذلك

(٢٧) د. حسين أبو زيد ، الحكم بالإلغاء (حجيته وآثاره وتنفيذه) ، بلا مكان طبع ، ص ١٦٥ .

(٢٨) عادل السيد فهيم : مصدر سابق ، ص ١٩٨ .

(٢٩) د. سليمان محمد الطماوي : قضاء الإلغاء / الكتاب الاول / دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة ، القاهرة ، ١٩٧٦

ص ١٣٩ .

لا يعني أن يتجاهل كل منهما قرارات الجهة الأخرى ، فإن من القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة تؤدي إلى نشوء خصومة قضائية ، ومن ناحية أخرى يفصل القضاء في مشروعية تلك القرارات الإدارية. (٣٠)

أي أن القوة الملزمة لحكم الإلغاء التي تلزم الإدارة بالتنفيذ تتوضح في مطابقة المراكز القانونية مع ما تضمنه الحكم ، وتتعكس القوة الملزمة كأثر ايجابي لحجية الشيء المقضي به. (٣١)

فعند صدور حكم الإلغاء يترتب عليه تدخل الإدارة لإصدار القرارات الإدارية اللازمة لأعمال آثار الحكم وتحقيق مضمونه ، وقد يترتب عليها أيضاً القيام ببعض الأعمال المادية أو التصرفات القانونية الأخرى .

وعلى الإدارة أن تلخص النتائج المترتبة على الوضع القانوني الناتج والذي يتمثل بزوال القرار الملغي وهذه النتائج قد تكون ايجابية أو سلبية. (٣٢) بمعنى تحديد الالتزامات التي تفرضها القوة الملزمة لحكم الإلغاء على عاتق الإدارة وعدم الخروج عليها أو مخالفتها .

ولغرض حث الإدارة على تنفيذ الاحكام القضائية أن نقيم التزامات بالتنفيذ على أكثر من أساس للوصول إلى أقصى درجة في الالتزام ، لهذا نرى ان اجتماع الأسس الثلاثة بأن يشكل القانون أو التشريع ، وحجية الشيء المقضي به ، والقوة التنفيذية للأحكام بناءً واحداً لغرض تنفيذ الإدارة وبشكل سليم للأحكام الصادرة بحقها ، مما يتطلب تدخل الإدارة لإصدار القرارات الإدارية اللازمة قد تكون تلك الأعمال مادية أو تصرفات قانونية ، لأعمال آثار الحكم وتحقيق مضمونه .

ولكن لو اخلت الإدارة بالتزاماتها تجاه حكم الإلغاء الصادر ضد احد قراراتها أيأ كانت صورة هذا الاخلال كالامتناع عن التنفيذ أو التنفيذ ناقص ، أو التأخير والمماطلة في التنفيذ أو التحايل على حكم الإلغاء ، هو مخالفة لحجية الشيء المقضي به ، وأن مخالفتها توجب مساءلتها لأنها تكون قد ارتكبت خطأ من جانبها سبب ضرراً لأصاحب الشأن لأنه اضر بمركزه القانوني. (٣٣)

ومن رأينا ان تصرف الإدارة هذا يضر بالمجتمع ككل لأنه اخل بقاعدة قانونية وجدت لاستقرار الحياة الاجتماعية وقرار النظام وتثبيت الحدود . وأن امتناع الإدارة قد يأخذ اما شكل امتناع ارادي في التنفيذ وهنا يأخذ صورتين ، أما أن يكون مكشوف وواضح المعالم أو أن يكون بأحد المظاهر الدالة دلالة قاطعة علنية . أي بمعنى أما أن يكون امتناع صريح أو أن يكون امتناع ضمني. (٣٤)

(٣٠) د. محمد سعيد الليثي ، مصدر سابق ، ص ٥٥.

(٣١) د. حنان محمد القيسي : الإدارة والاعتداء على حقوق الأفراد (دراسة في امتناع الإدارة عن تنفيذ احكام الالغاء) ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، ٢٥٤ و٢٦ ، ص ٧.

(٣٢) د. سامي جمال الدين : الدعوى الإدارية والإجراءات امام القضاء (دعوى الالغاء) ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسكندرية ، ١٩٩١ ، ص ٣٩٧.

(٣٣) د. محمد العبادي : قضاء الالغاء ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ٢٨٥.

(٣٤) حسينة شرون : امتناع الإدارة عن تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية الإدارية / رسالة ماجستير ، جامعة بسكرة ، ٢٠٠٣

الصورة الاولى الامتناع الصريح : يعني رفض الإدارة بما لا يدع مجال للشك في مخالفتها لحجية الشيء المقضي فيه ومجاورتها بالخروج على احكام القانون .

الصورة الثانية الامتناع عن التنفيذ الضمني : بمعنى ان تلزم السكوت ازاء القرار القضائي ذو الحجية وهنا يظهر موقفين من الإدارة ، أما ان تستمر في تنفيذ القرار الإداري الذي الغي ، اي تتجاهل الإدارة القرار القضائي ، أو تقوم بإعادة اصدار قرار إداري مماثل للذي الغي متحججة لتصحيح العيب الذي شاب القرار الذي الغي حيث تقوم بتغيير الاسانيد القانونية أو المادية للقرار الإداري .

وهنا نتسأل ما المسؤولية القانونية التي تترتب على الإدارة اذا ما اخلت بالتزامها في تنفيذ أو الامتناع عن تنفيذ حكم الإلغاء ؟

ولأجل تحديد مسؤولية الإدارة هذه ، فإن المشرع قد حصرها ضمن إطار المسؤولية المدنية ، إذ أن عدم تنفيذ الإدارة لالتزامها تجاه حكم الإلغاء ، يعد خطأ من جانبها يحرك المسؤولية المدنية ضدها ، وفي ذلك ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر (وحيث ان ثمة قاعدة أولية قوامها أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر من القضاء هو بمثابة قرار سلبي خاطئ لذوي الشأن الطعن فيه بالإلغاء أمام المجلس ومن ثم المطالبة عنه بالتعويض ، وهذا الامتناع الخاطئ عن تنفيذ الحكم يستوجب مسؤولية الهيئة المدعى عليها من التعويض كما يترتب عليه من ضرر). (٣٥)

وقد أكدت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة هذا الحكم عند عدم تنفيذ الحكم القضائي الحائز درجة البتات ، حيث تقول (... ان محكمة القضاء الإداري ليست بذات اختصاص في اصدار حكم يلزم (المميز عليه) اضافة لوظيفته بتنفيذ حكم صادر من محكمة مختصة وقد اكتسب درجة البتات وواجب التنفيذ بقوة القانون ويخضع من يمتنع عن ذلك للمساءلة القانونية) .

ولكن محكمة القضاء الإداري في العراق قد ذهبت إلى غير ذلك (حيث امتنعت من الحكم بالزام احدى دوائر الدولة من تنفيذ الحكم القضائي المكتسب الدرجة القطعية والمراد تنفيذه ، وذلك كون قانون التنفيذ رقم ٦٥ لسنة ١٩٨٠ قد حدد تنفيذ الاحكام بالمادة (٩) منه وفقاً لأحكامه وحدد حالات التنفيذ الطوعي من قبل دوائر الدولة بالتنفيذ الرضائي في المادة / ٢٠ منه وفي المادة / ٢١ الفقرة الثانية منها حدد المسؤولية التي تقع على موظفي الوزارات ودوائر الدولة والقطاع العام عن تنفيذ الاوامر والقرارات التي تصدرها مديريات التنفيذ والعقوبة المقررة في قانون العقوبات في حالة عدم التنفيذ ، لذا تكون هذه المحكمة غير مختصة بالنظر بالمسائل الخاصة بعدم تنفيذ الاحكام من قبل الوزارات والدوائر الحكومية عملاً بأحكام المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ (قررت رد دعوى المدعي...) (٣٦).

(٣٥) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية القضية ١٦٥٥ لسنة ١٧ القضائية جلسة ٣٠ / حزيران / ١٩٦٨ السنوات ٢١ و ٢٣ ، ص ٣٦٨ ، وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري القضية رقم ٣ لسنة ١٣ القضائية ، جلسة ٢ / حزيران / ١٩٦١ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، السنة الخامسة عشر ، ص ٢٩٦ .

(٣٦) قرار محكمة القضاء الإداري العراقية رقم ١٢٣ / ٢٠٠٦ في ٢٠ / ٩ / ٢٠٠٦ منشور في مجموعة قرارات مجلس شورى الدول الجزء الأول ٢٠٠٤-٢٠٠٥-٢٠٠٦ ، الطبعة الأولى ٢٠٠٨ ، ص ٤٥٠ وما بعدها .

وهذا الالتزام السلبي في تنفيذ الاحكام القضائية يتمثل في امتناع الإدارة عن اتخاذ أي اجراء يترتب عليه حدوث اثر للقرار بعد الغائه ، وتتحدد التزامات الإدارة السلبية في التزامين هما :^(٣٧)

الأول : وقف سريان القرار الملغي

ان استمرار الإدارة في تنفيذ القرار الملغي يعد بمثابة تحدي صارخ للقرار القضائي الاداري القاضي بالإلغاء الذي اكتسب قوة ملزمة بمجرد اعلانه للإدارة لترتيب الاثر الفوري للقرار ، وهي مخالفة قانونية واضحة وهذا ما يشكل اعتداءً مادياً .

الثاني : عدم اعادة اصدار القرار الملغي

سواء في صورته الأولى شكلاً ومضموناً ، أو بصفة مقنعة لإعادة ترتيب كل الآثار أو بعضها والتي نتجت عن القرار الملغي ، حتى لو كان ذلك بناءً على تنازل المحكوم لصالحه في الإلغاء ، كون الخصومة ليست بين اشخاص وإنما ضد القرار المخالف للقانون ضماناً للمشروعية واستقراراً للمراكز القانونية والقاعدة العامة ان أي قرار إداري ، تصل عدم مشروعيته من الجسامة إلى احداث ضرر يوجب المسؤولية على الإدارة ، فإذا بلغت عدم المشروعية حداً أدى إلى ضرر محقق بالشخص عندئذ يحق له المطالبة أمام القضاء بإلغاء القرار الإداري والتعويض عن الضرر الذي سببه ، ولكننا نجد أن ليس كل صور عدم المشروعية التي قد تصيب القرار الإداري تحرك المسؤولية المدنية ضد الإدارة ، بينما عيب مخالفة القانون الذي تدرج تحت عنوانه مخالفة مبدأ حجية الشيء المقضي به هي دائماً موجبة لمسؤولية الإدارة ، لأن مخالفتها شديدة الوقع على القانون والعدالة والمجتمع ، فاحترام حجية الشيء المقضي به يعني احتراماً لمبدأ المشروعية .^(٣٨) وأن امتناع الإدارة عن القيام بواجبها بالوفاء بالتزامها الذي يفرضه القانون بتنفيذ حكم قضائي هو تصرف خاطئ يجعلها مسؤولة عن الاضرار التي سببتها للغير . ولكن قد تترتب المسؤولية المدنية على الإدارة ليس على أساس الخطأ ، وإنما تصرفها بالامتناع عن تنفيذ حكم القضاء قد يسبب ضرر دون أن يقوم على خطأ ، فهنا تكون الإدارة ملزمة بالتعويض طبقاً لمبدأ المساواة بتحمل تكاليف الاعباء العامة لما لحق الافراد الذين صدر الحكم لصالحهم من ضرر ، وأن لم ينفذ لاعتبارات تتعلق بالصالح العام .^(٣٩)

لذا يتوجب على الإدارة أن تصدر قرار تنفيذي للحكم القضائي فإذا كان القرار التنفيذي في الظروف العادية يخضع لإجراءات محددة كالعرض على اللجان أو أخذ استشارة جهة أو هيئة معينة ، فإنه لا لزوم له طالما القرار قد صدر تنفيذاً لحكم الإلغاء . وقد تم تشبيه القرار الذي تصدره الإدارة بحسب القرار الملغي قضاءً بالقرارات المؤكدة التي تصدرها الإدارة لتؤكد فيها اثر قانونياً لقرار سابق لمجرد اظهار

(٣٧) رمضاني فريد : تنفيذ القرارات القضائية الإدارية واشكالاته في مواجهة الإدارة ، رسالة ماجستير / كلية الحقوق / جامعة الحاج خضر - باتنة ، ٢٠١٣ ، ص ١٠١ وما بعدها . منشور على الموقع الالكتروني www.theses.univ-batna.dz
(٣٨) د. سليمان محمد الطماوي : القضاء الإداري ، قضاء التعويض ، الكتاب الثاني ، ص ١٥٢ .
(٣٩) د. وجدي ثابت غيريال : مبدأ المساواة أمام الاعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص ١٣٩ .

نهايتها في التمسك به أو لتتبيه المواطنين إلى واجباتهم التي نص عليها القرار الأول. (٤٠) أي أن القرار المؤكد لا يضيف أي أثر قانوني جديد إلى ما يتضمنه القرار الأول ، وبذلك يعتبر في الحقيقة قراراً إدارياً .

المطلب الثاني: مسؤولية الموظف عن عدم تنفيذ حكم القضاء

أن المسؤولية ترتبط في حقيقتها بمفهوم الخطأ والضرر الناجم عنه ، لذا فالمسؤولية الشخصية للموظف تعتبر من أهم الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لجبر الاحكام القضائية الإدارية ، فإن المشرع قد عمد إلى ابقاء المسؤولية الجزائية والتأديبية على الموظف .

أولاً : المسؤولية الجزائية للموظف الممتنع عن التنفيذ

ان تحديد المسؤولية الجزائية عن جريمة الامتناع عن تنفيذ الاحكام الإدارية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتحديد المسؤول جنائياً أمام القضاء ، وأن فكرة المسؤولية الشخصية للموظف عن خطأ الامتناع عن التنفيذ ليست حديثة العهد حيث أن الموظف الذي يرفض أو يهمل تنفيذ الاحكام الإدارية يكون قد خرج عن حدود وظيفته ويكون بذلك قد ارتكب خطأ شخصي يسأل عنه جزائياً .

وقد عرفت المسؤولية الجنائية (تحمل تبعة الجريمة والالتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر قانوناً). (٤١)

مما يعني ان المسؤولية هي صلاحية الشخص لتحمل العقوبة أو التدبير الوقائي الذي يقرره القانون كأثر لارتكاب الجريمة .

وقد سلكت التشريعات إلى تجريم الموظف العام المخالف لالتزاماته بصدد امتناعه عن تنفيذ حكم الإلغاء سعياً منها لحماية مبدأ المشروعية ، وتعزيز مفهوم دولة القانون ، بمعنى خضوع الحكام والمحكومين للقانون ، كي لا تضع حقوق الأفراد وتستباح الحرمات ولا يبقى للقانون قيمة ، لذلك فإن الامتناع عن تنفيذ احكام الإلغاء يشكل جريمة جنائية يعاقب عليها القانون. (٤٢)

فقد ذهب المشرع المصري إلى ايقاع المسؤولية الجزائية للموظف الممتنع عن التنفيذ وهو ما نصت عليه المادة (١٢٣) (٤٣) من قانون العقوبات المصري حيث قرر على الموظف الممتنع عن التنفيذ عقوبتين الأولى هي الحبس دون تحديد لمدتها ، كما قرر في الوقت ذاته العقوبة الثانية وهي العزل ، أي الحرمان من الوظيفة نفسها التي يشغلها الموظف ، وتعتبر عقوبة العزل عقوبة تكميلية وليست تبعية ، لأنها صادرة متممة ، ولطالما أن النص المبين للعقوبة لم يحدد المدة فإنه يتعين على القاضي ان يحدد هذه

(٤٠) فتوى الجمعية العمومية رقم ١٤٩ في ١٩٥٨/٨/٢٠ ذكره الدكتور ماهر ابو العينين : تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان / دراسة تطبيقية لدور القاضي الإداري في مصر ، الكتاب الثاني ، ص ٩٣٦ .

(٤١) حسينة شرون : المسؤولية بسبب الامتناع عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية والجزاءات المترتبة عنها ، بحث منشور في مجلة الفكر ، كلية الحقوق / جامعة بسكرة / العدد الرابع ، ٢٠٠٩ ، ص ١٨٥ .

(٤٢) د. عمار طارق عبد العزيز : ضمانات تنفيذ احكام الإلغاء ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين / المجلد ١٠ / العدد ٢٠ / حزيران ٢٠٠٨ ، ص ١٣٦ .

(٤٣) ينظر نص المادة ١٢٣ من قانون العقوبات المصري النافذ .

المدة ملتزماً بالحدين الأدنى والأقصى .

وقد بين المشرع العراقي ايضاً ان فعل امتناع الموظف او المكلف بخدمة عامة عن تنفيذ الاحكام القضائية او تعطيلها جريمة يعاقب عليها القانون بالحبس أو الغرامة او بإحدى هاتين العقوبتين ، اذا استغل الموظف أو المكلف بخدمة عامة وظيفته في وقف أو تعطيل تنفيذ الاوامر الصادرة عن الحكومة أو احكام القوانين او الانظمة او أي حكم أو أمر صادر من احدى المحاكم أو من أية سلطة عامة مختصة .^(٤٤)

وقد احسن المشرع صنعاً اذ قرر تجريم عمل الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم قضائي لما في ذلك من مساس بمبدأ حجية الشيء المقضي به الذي هو اصل من الاصول القانونية الواجب احترامها ، وعلى هذا الاساس فان عرقلة أو تعطيل تنفيذ حكم قضائي يعد جريمة يعاقب عليها القانون لكونها قيام بفعل فإعاقه تنفيذ الحكم او الامتناع عن فعل بالقيام باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتحقيق مقتضيات الحكم واتيان هذه الافعال يعتبرها المشرع جريمة من الناحية الجنائية ، ويوقع على مرتكبيها عقوبة منصوص عليها وفق قانون العقوبات .

وهذا ما اكدته الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة عند عدم تنفيذ الحكم القضائي الحائز على درجة البتات من قبل الموظف المختص اذ تقول (... ان محكمة القضاء الإداري ليست بذات اختصاص في اصدار حكم يلزم (المميز عليه) اضافة لوظيفته بتنفيذ حكم صادر من محكمة مختصة وقد اكتسب درجة البتات وواجب التنفيذ بقوة القانون ويخضع من يمتنع عن ذلك للمساءلة القانونية وفقاً للمادة (٣٢٩) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ لذا تقرر تصديق القرار المطعون فيه...)^(٤٥)

وبالرجوع إلى نص المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات تبين لنا اركان جريمة الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية الإدارية تتمثل :

١. الركن المفترض (الصفة) : أي ان يكون المتهم موظفاً .
 ٢. شرط الاختصاص : أي ان يكون التنفيذ من اختصاص الموظف .
 ٣. الركن المادي : ان يمتنع او يوقف أو يعطل التنفيذ .
 ٤. القصد الجنائي : ان يكون الموظف متعمداً الامتناع عن التنفيذ .
- وبذلك ان اكتملت الاركان صار بالإمكان تحريك المسؤولية الجنائية ضد الموظف الذي يعيق عملية تنفيذ حكم الإلغاء في صورتين :-

١. جريمة استعمال سلطته الوظيفية لوقف تنفيذ الحكم .
٢. جريمة امتناع الموظف المختص عن تنفيذ الحكم .

ثانياً : المسؤولية التأديبية

اذا كان فعل الموظف الممتنع عن تنفيذ حكم الإلغاء يعتبر جريمة جنائية يحاسب عليها القانون ، فإن المسؤولية التأديبية تُعد أقل الجزاءات استخداماً ضد الموظفين الذين يمتنعون عن تنفيذ حكم الإلغاء ، أو قيامه بالعرقلة أو التراخي في تنفيذ حكم الإلغاء

(٤٤) ينظر نص المادة ٣٢٩ من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل العراقي .

(٤٥) قرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة رقم ٤١ / اداري - تميز / ١٩٩٨ في ١٩٩٨/٦/٢٩ .

أو تنفيذه على وجه غير صحيح ينطوي على اخلال بواجبات الوظيفة واصدار لحجية الشيء المقضي به ، ومخالفة التعليمات والسلوك الوظيفي الواجب مراعاته كموظف عام (٤٦).

ولكي تتحقق المسؤولية التأديبية لابد من وجود الخطأ، وهنا يتوجب السؤال ما مقدار الخطأ المستوجب للمساءلة التأديبية وما اذا كان تصرف الموظف ينطوي تحت مجال الخطأ التأديبي؟ وجدنا ان الحل يكون بإخضاع الموظف لمعيار موضوعي. (٤٧) مجرد يقوم على اساس سلوكه سلوك الشخص المعتاد ، ولا يشترط بالخطأ ان يكون جسماً، إضافة إلى ان المسؤولية التأديبية للموظف لا تستلزم توافر الضرر لقيامها. (٤٨) وقد تكون المخالفة التي يقترفها الموظف تتعد على اساس المسؤولية الجنائية والتأديبية معاً ، فامتناع الموظف عن القيام بتنفيذ حكم القضاء يؤدي طبقاً للمادة ١٢٣ من قانون العقوبات المصري والمادة ٣٢٩ من قانون العقوبات العراقي إلى تحريك المسؤولية الجنائية والتأديبية معاً ولكن لا يشترط ان يكون تلازم بين المسؤوليتين في كل الأحوال ، فقد يكون الخطأ المرتكب من قبل الموظف ذنباً إدارياً لا يوجب المسؤولية الجنائية للموظف ، بينما يوجب المسؤولية التأديبية. (٤٩)

نخلص مما تقدم من الناحية العملية نجد حالات عدم التنفيذ الواضحة (الجلية) تكون قليلة جداً وخصوصاً فيما يتعلق بالسلطات اللامركزية ، نلاحظ ان الإدارة قد تجد اعدار مختلفة لعدم تطبيق القرار بأكمله او لتطبيقه بصورة سيئة ، كالتأخير أو التباطؤ أو التنفيذ الجزئي للقرار ، وكل ذلك يمثل اخلالاً بسيادة القانون ، ويحق للمحكوم لصالحه ان يتخذ الوسائل القضائية نحو مساءلة الإدارة والموظف جنائياً ومدنياً وحتى تأديباً عن هذا الامتناع.

(٤٦) د. محمود حلمي : القضاء الإداري ، دار الاتحاد العربي للطباعة ، الطبعة الأولى ، ١٩٧٠ ، ص ٢١٤ .
 (٤٧) المعيار الموضوعي : هو معيار واقعي يراعي في التطبيق الظروف التي صدر فيها التصرف من ناحية الموظف الذي قام بالفعل من حيث سن الوظيف وحالته الصحية وجنسه ومن ناحية الزمان والمكان والبيئة ، وافترض ان الموظف المعتاد واحاطت به نفس الظروف التي احاطت بالموظف الذي ينسب الخطأ اليه ويوزن التصرف على هذا الأساس للتمييز بين هذا المعيار ينظر د. مازن ليلو راضي : القضاء الإداري ، كلية القانون/ جامعة دهوك ، ٢٠١٠ ، ص ١٢٢ .
 (٤٨) د. مازن ليلو راضي ، بلا سنة طبع ، ص ١٠٧ وما بعدها .
 (٤٩) د. محمود حلمي ، مصدر سابق ، ص ٢١٤ .

الخاتمة

يبقى القانون هو ملجأ وملاذ الافراد لمواجهة الإدارة ، وهو الرادع لتجاوزاتها وصمام الأمان للحقوق والحريات العامة والكفيل الحقيقي لحفظ النظام داخل المجتمع .

وقد توصلنا ومن خلال بحثنا إلى عدد من النتائج وكالاتي :-

١. ان القاضي الإداري يوجه اوامر للإدارة لتنفيذ الحكم الذي يصدره ولحماية الطاعن من الرجوع إلى الإدارة التي قد تماطل وقد تمتنع عن تنفيذ حكم القضاء ، فما هي الفائدة المرجوه إذا لم يتحقق للطاعن الاثر الذي سعى اليه والمصلحة المشروعة التي اراد حمايتها بحكم قضائي .
٢. أن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم الإلغاء يعد قراراً إدارياً سلبياً ممكن الطعن فيه إلغاءً أمام القضاء الإداري ، كما يمكن اثاره مسؤولية الموظف من الناحيتين الانضباطية والجزائية في حال امتناعه غير المشروع عن تنفيذ حكم الإلغاء .
٣. لقد حرم القضاء الإداري العراقي وبلا مبرر قانوني مقنع من سلطة النظر في القرار الإداري السلبي الناتج عن امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم القضاء الإداري بالإلغاء ، حيث لاحظنا ومن خلال احكام وقرارات محكمة القضاء الإداري معللة الامر بعدم الاختصاص .
٤. لقد طالب الفقه الإداري العراقي بأن يصدر قانون اجرائي ينظم عمل الهيئات القضائية في مجلس الدولة ، إلى اعطاء مكنة متابعة تنفيذ احكامه الصادرة ضد الإدارة والغاء قرارها السلبي المتمثل بالامتناع عن تنفيذ حكم الالغاء الذي يصدره القاضي الإداري ، وطالب ايضاً بمنح القاضي سلطة الحكم بالغرامات التهديدية عن تحقق المسؤولية التصيرية عن اخطاء موظفيها الممتنعين عن التنفيذ .

المقترحات

١. نقترح تعديل نص المادة (٣٢٩) من قانون العقوبات العراقي بجعل العقوبة اشد مع اعطاء الحق لمن صدر الحكم لصالحه من الحصول على تعويض عن الاضرار التي اصابته نتيجة عدم تنفيذ الحكم على أن يدفعه الموظف المسؤول عن تنفيذ الحكم وفق الضوابط الإدارية ومن ماله الخاص ، ضماناً لهيبة القضاء وانتصاراً لمبدأ المشروعية وحماية للحقوق الفردية .
٢. نقترح تخصيص احدى هيئات مجلس الدولة او تخصيص هيئة خاصة على مستوى المحاكم الإدارية ومجلس الدولة تكون مهمته مراقبة تنفيذ الاحكام الادارية ، وحل المشكلات التي تعترض التنفيذ تحت اشراف قاضي اداري واعطاءها الصلاحيات الادارية التي تضمن سرعة وصحة اجراءات التنفيذ .
٣. نقترح ان يتضمن منطوق الحكم ولغرض معالجة اجبار الادارة على تنفيذ حكم

القاضي الاداري من المحكمة التي اصدر حكم الالغاء او المحكمة الادارية العليا بغرامة تهديدية ، فأن صياغة احكام المعالجة المدنية والجزائية لهذه المهمة تخرج عن اختصاص مثل هذا القانون ، وتتطلب تظافر قوانين اخرى لتحقيقها .

٤ . العمل على ايجاد الحلول التشريعية الاخرى لمواجهة كافة صور امتناع الإدارة عن تنفيذ الاحكام القضائية وتطبيق الحجز الاداري من اجل اجبار الادارة على التنفيذ .

الاعتداد بالشبهة كدليل لإصدار عقوبة
في القضاء الإداري العراقي

**SUSPICION IS CONSIDERED AS EVIDENCE FOR ISSUING
A SENTENCE IN THE IRAQI JUDICIARY**

م.د. محمد فلسطين حمزة
كلية العلوم/ جامعة ذي قار

المستخلص

ان البحث في موضوع الشبهة كدليل لا صدار العقوبة لا سيما في القضاء الاداري، يقتضي تناوله بحياد و تجرد و حذر كي يمكن تجاوز الخلط فيما بين التباين في فهم الادلة الشرعية كأساس لإصدار حكم. ان للشبهة اهمية يمكن ان نصفها بالكبيرة، من جانب ان مجرمين كثر يرتكبون افعال من دون ان يتركوا ورائهم دليل واضح يثبت ما ارتكبه من افعال، وبذلك فقد لا تطولهم يد العدالة، و بذلك فقد تزداد الجريمة ويستشري الفساد في الدوائر الرسمية وشبه الرسمية التي يفترض بها تقديم الخدمة للمواطن، ل تكون عيباً عليه على حساب خدمته. فهل يجوز اعتماد الشبهات التي تحوم حول سلوك الموظف و تصرفاته، إن وجدت لتوجيه او اثبات التهمة على الموظف الجاني، و تطبيق العقاب المناسب له؟. في الوقت الذي صار الدليل الكتابي هو الاصل المعتمد في الادانة، فضلاً عن القرائن والشهود و الادلة الاخرى.

Abstract

The research on the issue of suspicion as evidence for not issuing punishment, especially in the administrative judiciary, requires dealing with it with impartiality, impartiality and caution in order to overcome the confusion between the discrepancy in understanding the legal evidence as a basis for issuing a ruling. The suspicion has an importance that we can describe as great, from the point of view that many criminals commit acts without leaving behind a clear evidence to prove what they have committed, and thus the hand of justice may not reach them, and thus the crime may increase and corruption is rampant in the official and semi-official departments that are supposed to Providing service to the citizen, to be a burden on him at the expense of his service. Is it permissible to rely on suspicions surrounding the employee's behavior and actions, if any, to direct or prove the accusation against the offending employee, and apply the appropriate punishment for him? At the time, the written evidence became the basis for the conviction, in addition to the evidence, witnesses, and other instruments.

المقدمة

ان هدف القضاء سواء كان القضاء العادي او القضاء الإداري؛ هو وصوله الى الحقيقة و الحرص على ان تكون احكامه و قراراته موصوفة بالإنصاف و العدل، و هذه المهمة تُعد بالغة الخطورة، كون ان على القاضي ان لا يدّخر جهداً في سلوكه كافة السبل بغية الوصول الى العدالة المنشودة عن طريق جمع الادلة الواضحة و المقنعة له اللازمة للفصل في الدعوى. لكن ما هو دور القاضي حيال ما يبدر امامه من شبهات وظنون و شكوك؟. هل يلتزم بالقواعد العامة في تعامله مع هذه الازهاصات؟ ام يمنحها قيمة قانونية تؤول بالنتيجة الى التأثير بقناعاته كي يصدر حكم او قراري قضائي مراعيّاً هذه الشبهات والشكوك؟. هذا ما سنحاول الاجابة عليه في ثنايا هذا البحث. ومما هو معلوم ان الشبهة او الشكوك كقاعدة عامة، غالباً ما تُفسّر لصالح المُتهم، و هذا ما عكفت عليه اغلب القوانين الاجرائية في العالم، الا انه مؤخراً ترددت بعض القناعات القضائية في القضاء الإداري و المبنية على الشبهة او الشك انبثق عنها احكاماً قضائية جزائية منها، ارتكزت على شبهات و شكوك كانت تحوم حول المتهم. الامر الذي يدعو الى تسليط الضوء و الرغبة في الاجابة على السؤال البديهي الذي سيُطرح في هذه الحالة، وهو هل يمكن ان تُفسر الشبهة او الشك تفسيراً سلبياً لا يصب في صالح المتهم، لدرجة ان يرتكز عليها حكماً قضائياً؟. و رغبةً منا في الاجابة عن هذا التساؤل، عملنا على بحث هذا الموضوع بالقدر المُنال.

منهجية البحث:

من المعلوم ان طبيعة الموضوع مجال البحث؛ هي التي تُحدد آلية و منهجية البحث، لذا سنحاول اعتماد المنهج التحليلي لإجلاء الغموض عن القيمة القانونية للشبهة او الشك كدليل اثبات و في اطار القواعد القانونية المُعتمدة في مناهج الاثبات القضائي. من خلال جمع المُتيسر من المصادر ذات العلاقة، و الاستفادة من الاحكام و القرارات القضائية ذات العلاقة.

المطلب الاول ماهية الشبهة

عند البحث عن ماهية الشبهة في معاجم اللغة العربية نجد أنها تُطلق على عدّة معانٍ تتقارب فيما بينها وهي المشابهة و المماثلة ، كما ان لها دلالة على اللبس وحصول الإشكال و الاختلاط ، فعندما يشتهب على إنسان أمر ما فإنّه لن يستطيع ادراك ماهيته و حكمه بدقّة، الا بالعمل على تمييز اللفظ على المستويين اللغوي و الاصطلاحي، وهذا هو ما سنعمل عليه في الفرعين الآتيين.

الفرع الاول: تعريف الشبهة أولاً: الشبهة لغةً.

الشبهة وجمعها الشبهات، تدلّ على الأمور المتشابهة او المشتبهة، وسمّيت بالشبهة، كونها غير واضحة و غامضة الحال و حكمها قد خفيّ على التثبیت و التعيين، و عند بحثنا عن مادة شبهة في القواميس و المعاجم نجد أنها تُطلق على عدّة معانٍ منها المتقاربة و المشابهة و المماثلة ، كما أنها لها دلالة على الالتباس و حصول الاختلاط و الإشكال ، فالإنسان عندما تتشابه عليه الامور فإنّه لن يدرك حكمه و ماهيته ببسر و سهولة. فشبه الشيء، ماثله، اي كان مثله، يقال، (فلان شابه امه) اي صار ضعيفاً عاجزاً كالمرأة، و تشبّه به اي جراه و ماثله، و ما اشبه البارحة باليوم، كمثل يضرب على تشابه السابق باللاحق، و تشبّه به، اي جراه و ماثله، و شُبّه عليه الامر اي ليس عليه، و تشابه الامر عليه اي كان متشابهاً غير محكم، و اشتهب في الامر اي شكّ في صحته، و يُقال، اياك و المُشَبّهات، اي الامور المُشكلات المُلتبسة^(١). و شِبّه و شَبّه لغتان بمعنى يقال هذا شبهة اي شبيهه و بينهما شَبّهة بالتحريك و الجمع مَشَابِهٌ على غير قياس كما قالو محاسين و مذاكير، و الشبهة الالتباس، و المشتبهات من الامور، المشكلات، و المتشابهات المتماثلات^(٢).

ثانياً: الشبهة اصطلاحاً

على خلاف ما سار عليه فقهاء الشريعة الاسلامية، فإن فقهاء القانون الوضعي لم يبنوا لفظة الشبهة كمصطلح قانوني، بل استخدموا تعبير (الشك) كبديل عنها. فعرف البعض بأن الشك هو (تأرجح اقتناع القاضي فيما بين ثبوت التهمة و مسؤولية المتهم عنها؛ و بين عدم ثبوتها، بسبب تأرجح الدليل بين معنيين متناقضين، او بسبب عدم الاطمئنان لصدق الدليل)^(٣). كما عرّف بانه (اسقاط ادلة الادانة، و العودة الى الاصل العام - وهو البراءة - عند توافر الشك في هذه)^(٤). فالشك هو على خلاف مدلول اليقين وهو اختلاف النقيضين و تساويهما عند

(١) لويس معلوف، المنجد في اللغة، منشورات اسلام، طهران، ١٣٨٨ هـ، ص ٣٧٢-٣٧٣.

(٢) محمد بن ابي بكر عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة- الكويت، ١٩٨٣، ص ٣٢٨.

(٣) عبد الحميد الشواربي، الاخلاق بحق الدفاع في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص ١٣١.

(٤) احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣١٢.

الإنسان^(٥).

وهنا نجد ان الشك كدليل اثبات يكون في صورتين:

الصورة الاولى: تأرجح الدليل بين معنيين متباينين او متناقضين، فهو في

الاول يُثبت، و في الثاني ينفى.

الصورة الثانية: هي عدم الوثوق بصدق الدليل، اما بسبب تخلف احد

شروطه، او وجود احد الموانع التي تمنعه.

وهنا يمكن القول تأسيساً على ذلك بأن الاحكام يجب ان تستند الجزم و

اليقين وليس على الظن، و الاحتمالية، إذ ان القاضي يجب ان يكون ملزم بأن يحكم

ببراءة المتهم، طالما ان هناك حالة من الشك، تطبيقاً للقاعد التي تقول (الشك

يُفسر لصالح المتهم)، فاليقين لا يُنفى الا بيقين مثله، حيث ان اصل البراءة لا يصلح

لان يُنفى بالشك^(٦). و هذا الاخير هو ما ورد في قانون (الاثبات العراقي رقم ١٠٧

لسنة ١٩٧٩) في مواضع عدّة، ففي المادة ٢٤ جاء ما نصه (اذا لم يوجد اصل

السند الرسمي كانت صورته الرسمية حجة على الوجه الآتي: اولا - يكون للصورة

الرسمية الاصلية حجية الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يتطرق اليه الشك في

مطابقتها للأصل). و كذلك ما جاء في المادة ٣٥ (اولا - لا تعمل بالسند الا اذا كان

سالماً من شبهة التزوير والتصنيع.) ثالثاً(اذا كان السند محل الشك في نظر المحكمة

جاز لها من تلقاء نفسها ان تدعو الموظف الذي صدر عنه، أو الشخص الذي

حرره ليبيدي ما يوضح حقيقه الامر فيه). و الظاهر ان لمفهوم عبارة (الشك)، دلالة

واضحة و قد استخدمها المُشرّع عن ادراك و علم، لما لها من مدلول اصطلاحي

و لغوي ينفع في تحقيق ما يصبو اليه مُطبّق النص القانوني من تحقيق العدالة،

فالمعنى المُراد ايصاله عن طريق هو ما يتجسد في قالب اللفظ، وهو الوسيلة

المباشرة و الرئيسية لاستنباط الحكم من قالب النص، فالمُشرّع عندما يستخدم لفظاً

مُعیناً؛ انما يستخدمه وفقاً لمعناه الخاص، لا في المعنى الدارج لهذا اللفظ^(٧).

الفرع الثاني: خصوصية الاثبات في القضاء الإداري

أولاً: دور القاضي الإداري في تقدير ادلة الاثبات.

للقاضي الإداري دوراً ايجابياً في مجال الاثبات في الدعاوى الادارية، و

يعود السبب في ذلك الى ان الفرد في هذه الدعاوى، يلعب دور المُدعي من حيث

الاصل، في قبالة اختصاص الادارة و مواجهتها كطرف مُدعى عليه، و مما لا شك

فيه من ان الفرد هنا سيكون الطرف الاضعف، لذا و بغية ايجاد نوع من التوازن

بين طرفي الدعوى، يجب ان يتصف القاضي بالإيجابية، خلاف ما عليه الحال من

(٥) ابو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح- تاج اللغة وصحاح العربية، مراجعة، محمد محمد تامر- انس محمد الشامي- زكريا جابر احمد، دار الحديث ، القاهرة، ٢٠٠٩، ج٤، ص١٥٩٥.

(٦) نضال احمد سلطان، الشبهات في الاثبات و اثارها، رسالة دكتوراه الجامعة الاردنية ص٤٦. نقلاً عن حباس عبدالقادر،

الشبهة و اثارها في اسقاط العقوبة، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، اطروحة دكتوراه، جامعة وهران/كلية العلوم الانسانية، الجزائر، ٢٠١٦، ص١٢٢

(٧) محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف و الشؤون الدينية، ١٩٨٠، ص٦٤.

الدور الحيادي الذي يتخذه القاضي في القضاء العادي، كون ان التوازن بين اطراف الدعوى في القضاء العادي يكون متاحاً و موجوداً^(٨).

و مما لا شك فيه، ان لدور الايجابية الذي يلعبه القاضي الاداري، له من الاهمية بمكان في تسهيل وتبسيط اجراءات التقاضي وتسهيل عملية الاثبات^(٩). و الذي بدوره يُكرّس عملية التوازن فيما بين الخصمين (الافراد من جهة والادارة من جهة اخرى)، إذ ان الدعوى الادارية على خلاف ما عليه الحال في الدعوى الاخرى، تتفرد كما هو معلوم بكون ان القاضي الاداري يكون مقيداً - من حيث الاصل - فيما يقدمه المتخاصمين من الادلة الثبوتية، إذ لن يكون هناك ما يدفع القاضي الى قيامه بالبحث عن ادلة بنفسه، بل يقتصر دوره على تلقي ما يقدمه المختصون من الادلة^(١٠). و قد عبّر عن ذلك بالقول (ان الاجراءات امام القضاء المدني، هي ملك للخصوم، وهي ضمان لمساواتهم امام القانون و القاضي خبيرها، و الاجراءات امام القضاء الاداري، فهي وسيلة لإعلان الحقيقة و ضمان سيادة القانون و القاضي اميرها)^(١١).

حيث ان يملك القاضي الاداري مكنة الفصل بعدم جواز او جواز اثبات الواقعة المعروضة امامه من تلقاء نفسه، إذ لا يمكن للخصوم اجبار او تقييد القاضي الاداري باستعمال سلطته في التعامل مع اجراءات الاثبات كاجراءات جوازية له، و عليه فلا يمكن للخصوم الطعن بقرار القاضي الاداري عند رفضه القيام بأي اجراء من اجراءات الدعوى المعروضة امامه، فللقاضي الحرية في تقدير الادلة و مدى صلاحيتها و كفايتها، بالشكل الذي لا يسمح للخصوم بالطعن في تقدير هذه الادلة، كما ان له مكنة الموازنة بين ما معروض امامه من حيثيات، و اتخاذ ما يراه مناسباً من دون الاضطرار الى الاجتهاد في ايضاح الاسباب التي دفعت به لاتخاذ قراره بترجيح دليل على آخر^(١٢). و هذا ما نجده جلياً في قرار مجلس شورى الدولة العراقي(سابقاً) مجلس الدولة حالياً، إذ انه اقر في احد قراراته بأن على (...على المجلس ان يمنح المدعي الوقت الكافي حتى انتهاء الدوام الرسمي ثم ينظر في دفع المدعي عليه وحيث ان قانون الاثبات قد اعطى للقاضي دوراً ايجابياً يقع على عاتقه تحقيق العدالة وان تأخر المدعي للأسباب اعلاه يعد عذراً قانونياً لا بد من مراعاته لاسيما وان المدعي قد حضر بعد صدور القرار لكل ما تقدم وما تقتضيه العدالة...)(^(١٣).

كما ان القانون الاداري لا يُحدد تسلسلاً تراتبياً فيما بين ادوات الاثبات امام القاضي

(٨) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاثبات في الدعوى الادارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٠٥.

(٩) محمد ماهر ابو العينين، اجراءات المرافعات امام القاضي الاداري، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٣٣٣.

(١٠) عيبر موسى محمد عابد، الاثبات القانوني امام القضاء الاداري، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح في فلسطين، ٢٠١٧، ص ٥٠.

(١١) برهان خليل زريق، نظام الاثبات في القانون الاداري، الطبعة الاولى، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٩، ص ٣٦.

(١٢) لعوي حسين- حمة لخضر بالوادي- و اخرون، خصوصية دور القاضي الاداري في الاثبات، الملتقى الدولي الثامن، التوجهات الحديثة للقضاء الاداري و دوره في ارساء القانون، ٦-٧ مارس ٢٠١٨، ص ١٩٠.

(١٣) قرار مجلس الدولة العراقي، الهيئة العامة بصفقتها التمييزية بتاريخ ٢٠/ذي القعدة/١٤٢٧هـ، رقم الاعلام (٢٨٤)، ٢٠٠٦/١٢/١١، رقم القرار ٢٨٥/انضباط/تميز/٢٠٠٦

الإداري، فالأخير ليس له تلك الحرية الواسعة في تقدير ادوات و وسائل الإثبات التي تُعرض أمامه من دون التمييز فيما بينها. فالدليل الكتابي لا يرجح على القرينة أمام القاضي الإداري، مثلما هو الحال في القضاء المدني. وهذا ما صرحت به محكمة القضاء الإداري في مصر، بأن الأصل فيما هو متعلق بالإثبات أمام القاضي الإداري، بأن الدليل الكتابي لا يُعد أكثر قوة من القرائن كما عليه الحال في القانون الخاص، وذلك بسبب طبيعة الخصومة الإدارية^(١٤).

ثانياً: مناهج الإثبات في القضاء الإداري.

يصنف الفقهاء مناهج الإثبات القضائي الى ثلاث تصنيفات وهي كما يلي:

- مذهب الإثبات المطلق (الحر). يتكفل هذا المذهب بمنح مساحة يتمتع بها القاضي بدور ايجابي يسمح له سلطة تقدير الإثباتات و الأدلة المعروضة أمامه، لا سيما الأدلة التي لم يمنحها القانون قوة معينة، فضلاً عن سلطة القاضي في مكنة استخلاص القرائن^(١٥). حيث يرى هذا المذهب، ان عملية الإثبات القضائي، هي عبارة عن عملية ايصال عقل القاضي الى مرحلة القناعة، وهذه الأخيرة لا تكون بقواعد قانونية واضحة ومجردة، بل تُعرض الأدلة وكافة ما يمكن للخصوم عرضه من وسائل اثبات أمام القاضي، ليقوم الأخير بدوره و بحرية كاملة، في تقدير كل دليل من أدلة الإثبات^(١٦). وهذا ما نجده في قرار مجلس الدولة العراقي في ان بعض القضايا يمكن ان تخضع لكافة طرق الإثبات من دون حصر ذلك بطريقة معينة إذ جاء في ما نصه(ان اثبات الخدمة المطلوب احتسابها من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بطرق الإثبات كافة)^(١٧).
- مذهب الإثبات المُقيّد. ان اساس العمل بها المبدأ يقوم على تقييد حرية القاضي و الحد منها في قبول وسائل وادلة الإثبات المعروضة أمامه، و الهدف من هذا التقييد هو توحيد ما يصدر من احكام في القضايا المتشابهة، و الحد من التعسف في سلطة تقدير الأدلة وترجيح دليل دون آخر، فالقاضي هنا يلعب دوراً سلبياً وفق هذا المذهب، إذ يقتصر على ما يقدمه الخصوم من الأدلة التي يجبر القانون تقديمها بما يترتب عليها من آثار عند تقديمها. و بذلك فليس للقاضي هامش من مساحة تسمح له باعتماد الأدلة التي يشاء، بل يتوجب عليه الالتزام بما يرسمه القانون، كما ان الأخير هو من يحدد القيمة القانونية لكل من الوسائل و الأدلة الإثباتية، بالشكل الذي يجعلها متسلسلة بدأً من الدليل الاقوى نزولاً الى

(١٤) الحكم الصادر في ١٦ يونيو ١٩٧٠ السنة ٢٤، اشار اليه د.احمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري القاهرة : دار الفكر العربي، ٢٠١٢، ص٥٢.

(١٥) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص٢٣.

(١٦) سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة عشر، مصر، ١٩٨٧، ص٧١٠.

(١٧) قرار مجلس الدولة العراقي، ٢٣/نو/١٤٢٦هـ رقم الاعلام (٨) ٢٣/١/٢٠٠٦م ٧/انضباط/تميز/٢٠٠٦.

الاضعف من حيث الحجية وقوتها في الاثبات^(١٨). وهنا نجد ان دور القاضي يقتصر على تلقي ادلة و وسائل الاثبات ليتولى مراعاة تقدير حجيتها بالاثبات وفقاً لما قرره المشرع. و ما يميز هذا المذهب هو تكريس الاستقرار في الاحكام الصادرة فضلاً عن كونه سيكون اكثر وضوحاً بالنسبة للمتخاصمين، الا ان ما يعيبه هو فرضه القيود على سلطة القاضي بالشكل الذي يمكن ان يحول بينه و بين تحقيق العدالة من وجهة نظره^(١٩). اي ان للقاضي هنا وظيفة آلية في ظل هذا النظام المغلق، و هذه الفكرة تعود الى (مونتسكيو) التي تُفصي الى الفصل بين السلطات، و التي ان يجد القاضي القانون، ولا يضعه^(٢٠).

• مذهب الاثبات المختلط: يسمح هذا المذهب للقاضي بالجمع فيما بين المذهبين السابقين - المذهب الحر و المذهب المقيد - عن طريق توجيهه لأطراف الدعوى بالاستيضاح عن الغموض الذي يمكن ان يعتري حيثيات الدعوى المعروضة امامه، واستكمال الادلة المنقوصة، بالشكل الذي لا يجعها تتعارض مع تقييد القاضي بالأدلة التي يحددها القانون^(٢١). بمعنى ان للقاضي دوراً ايجابياً حيال الادلة التي لم يتناول القانون تحديد قوتها^(٢٢). مع امكانية تحقيق الاستقرار بالتعاملات عن طريق تجاوز القيود التي تُفرض على القاضي، من خلال ترتيب الادلة وحصرها لتعطي للأخير دوراً ايجابياً في تقدير وسائل الاثبات التي لم يتناولها القانون^(٢٣).

ثالثاً: موقف المشرع العراقي من مناهج الاثبات القضائي.

أخذ المشرع العراقي في (قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩) بالمنهج المختلط، إذ ورد في الاسباب الموجبة للقانون ما نصّه (.... في صدد طرق الاثبات، تخير القانون الاتجاه الوسط ما بين انظمة الاثبات المقيد و المطلق، فعمد الى تحديد طرق الاثبات لكنه جعل للقاضي دوراً ايجابياً في تقدير الادلة و في التحرك الذاتي الموصل الى الحكم العادل و الى الحسم السريع و واقام كل ذلك على ما ينبغي ان يتوافر للقاضي من ثقة يوليها له المشرع...)^(٢٤). فعن طريق قيام القاضي بتوجيه الدعوى، و توجيه اليمين، و الاستجواب؛ يمكن ان يتبين لنا الدور الايجابي للقاضي لما له من سلطة في ذلك^(٢٥). اما الدور السلبي فيظهر عن طريق

(١٨) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٢٤.

(١٩) محمد حسن قاسم، اصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٢.

(٢٠) ادم وهيب نداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات، الدار العلمية للنشر و التوزيع، و دار الثقافة، ٢٠٠١، الادرن، ص ٩٢.

(٢١) عبيد موسى محمد عابد، الاثبات القانوني امام القضاء الاداري، مصدر سابق ص ٢٤.

(٢٢) احمد عزيز جابد، دور القاضي في اثبات الدعوى المدنية، الطبعة الاولى، بغداد ٢٠١١، ص ١٠.

(٢٣) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٢٤) عبيد موسى محمد عابد، الاثبات القانوني امام القضاء الاداري، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٢٥) الاسباب الموجبة لقانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

عدم مكنة القاضي من النطق بالحكم بناءً على علمه الشخصي الذي يتحصل عليه من خارج نطاق القضاء، و كذلك تقييد القاضي بالأخذ بالشهادة كدليل اثبات او انقضاء التصرف القانوني اذا زادت قيمة هذا التصرف عن (٥٠٠٠) دينار^(٢٦). من ذلك يمكن القول ان قانون الاثبات العراقي قد اتخذ من المنهج المختلط في الاثبات، بُغية الجمع بين المزايا التي يمتاز بها نظامي الاثبات المُقَيّد و الحر، اسوةً بالتشريعات الفرنسية و المصرية، فمنهج الاثبات المُختلط يجمع بين الثبات في التعامل مع ما احتوى عليه مقيدات؛ و بين ما للقاضي من فسحة للاقتراب من الحقيقة الواقعية و القضائية التي يحصل عليها من سماح القانون له من حرية التقدير^(٢٧).

الفرع الثالث: مشروعية الشبهة او الشك كدليل قضائي

تأسيساً على ما مر ذكره آنفاً بأن فقهاء القانون الوضعي لم يتبنوا لفظة الشبهة كمصطلح قانوني، بل استخدموا تعبير (الشك) كبديل عنها، فإننا هنا سنحذو الحذو نفسه بهذا الخصوص، حيث سنسلط الضوء على ما للشبهة او الشك من اثر في تكريس قناعة القاضي لإصدار حكمه، فالشك هو التردد بين متناقضين، من دون رجحان احدهما على الآخر لدى الشاك. فالشك من الناحية العملية هو التردد فيما بين وجود الشيء و عدم وجوده، بصرف النظر عن ان طرفي هذين الشئيين متعادلين او يرجح احدهما على الآخر^(٢٨). و يناظره في معنى آخر يكاد ان يكون قريباً منه وهو (الظن) فالظن من الناحية الاصطلاحية هو (الاعتقاد الراجح مع احتمالية النقيض، و يستعمل في اليقين و الشك، و يقال: الظن احد طرفي الشك لصفة الرجحان، ن الترجيح لا يقع بين دليلين موجبين للعلم ولا بين علتين موجبتين للعلم لأن العلم لا يتزايد إن كان بعضه أقوى من بعض، وكذلك لا يقع الترجيح بين دليل موجب للعلم أو علة موجبة للعلم وبين دليل أو علة موجبة للظن لما ذكرناه ولأن المقضى للظن لا يبلغ رتبة الموجب للعلم ولو رجح بما رجح لكان الموجب للعلم مقدماً عليه فلا معنى للترجيح)^(٢٩).

و في قبال هذين المصطلحين - الشك و الظن - هناك ما يُطلق عليه (اليقين) و هذا الاخير يقصد به الاعتقاد الثابت الجازم الذي يتطابق مع الواقع، وهو العلم المستقر لثبوته عن سبب مُتَعَيّن له بالشكل الذي لا يقبل الانهدام (فاليقين هو العلم و زوال الشك، يقال يقنت الامر يقناً، و ايقنت، و استيقنت، و تيقنت كُلّه، بمعنى انا على يقين منه)^(٣٠).

(٢٦) المواد (١٧-١٧-١٢٠) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٢٧) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام الاثبات، اثار الالتزام ص ٢٩.

(٢٨) الشريف علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م، ص ٢٢.

(٢٩) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المعجم في أصول الفقه، دار الكتب العلمية الطبعة: الطبعة الثانية ٢٠٠٣ م، ١١٨.

(٣٠) أبو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، مصدر سابق، ص ١٢٨٠.

و اليقين كمصطلح قضائي؛ وهو الذي يُحصل عليه من الأدلة، التي اقنعت القاضي، وهي تلك الأدلة التي تفرض نفسها على الكافة في الدعوى، و ليس فقط ما يستقر في وجدان القاضي^(٣١). ويمكن اجمال مراتب الادراك عند القاضي الى خمس: العلم، الظن، الشك، الوهم، و الجهل. فالعلم اليقيني هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع. و الظن هو ادراك الطرف الراجح من امرين جائزين. والشك هو تجويز امرين لا مزية لاحدهما على الاخر. و الوهم هو ادراك للطرف الراجح من امرين يتصفان بأنهما جائزين و الجهل هو تصور للشيء على خلاف ما هو عليه في الواقع، فأن اعتقد بذلك؛ فهو جهلٌ مركب، و الا فالجهل البسيط هو عدم العلم بشكل مطلق^(٣٢).

ومما تقدم فقد تمخضت قاعدة قانونية كرسها الكثير من القوانين الدولية و الوطنية الا وهي (اليقين لا يزول بالشك). و لهذه القاعدة اصل في الحديث الشريف، (فليطرح الشك و ليبن على ما استيقن)^(٣٣). فقاعدة اليقين لا يزول بالشك من القواعد المهمة و التي يُراد منها ان الامر المُتيقن من ثبوته، لا يمكن ان يرتفع بمجرد ان حالة شك قد طرأت عليه، وهذه القاعدة تُقضي الى اِعمال مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم لان الاصل هو البراءة وان الاتهام بالجرم او المخالفة او الشبهة هو امر مشكوك فيه ومن ثم لا مجال لاتباع الشك. الا ان طبيعة اصل البراءة في الانسان هو محل خلاف فيما بين القانونيون، فمنهم من يذهب الى عدّه مجرد قرينة قانونية بسيطة و تُسمّى قرينة البراءة^(٣٤).

وهناك اتجاه آخر يرى ان البراءة حقاً لصيقاً بالإنسان ثابت لكل شخص و يظل ملازماً له على مدى مراحل تفصيلات الدعوى حتى حسمها، و هذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر و الذي ورد فيه (افتراض البراءة لا يتمخض عن قرينة قانونية، و لا هو من يصورها و إنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جُبل الانسان عليها، فقد ولد حراً مبرئاً من الخطيئة او المعصية)^(٣٥).

فضلاً عن اقرار القانون الدولي بهذا المبدأ ليصبح مبدأً مستقراً في الوثائق التي تُعنى بحقوق الانسان^(٣٦). فالأصل في المتهم هو البراءة و هذا من القواعد الاساس التي تقوم عليها الشرعية في اجراءات التقاضي، حيث يظهر السند القانوني لهذا المبدأ هو ان الاتهام خلاف الاصل، إذ ان الاصل في الانسان هو البراءة، و ان من يدعي خلاف ذلك، عليه اثبات هذا الادعاء، من دون تكليف المُدعى عليه عبء اثبات براءته لان الاخيرة ثابتة بحكم الاصل و ليست بحاجة الى اثبات، بمعنى ان من يدعي خلافها، عليه اثبات ذلك الادعاء، فالمرء لا يُكلف لإدانة نفسه، بل ان ذلك تكليف من له مصلحة بالإدانة.

(٣١) علاء محمد الصاوي سلام ، حق المتهم في محاكمة عادلة، جامعة القاهرة كلية الحقوق، ٢٠٠١، ص ٥١٢.

(٣٢) الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت. ج ١٤، ٢٠١٢، ص ٢٠٣.

(٣٣) مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار احياء التراث العربي، بيروت، ج ٤، ص ٤٩.

(٣٤) محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٧٨٧.

(٣٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في ٣ يوليو ١٩٩٥ القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ق دستورية، مشار اليه في حق المتهم في محاكمة عادية، سلام الصاي و محمد علاء، ص ٥١٣.

(٣٦) نصت المادة(١/١١) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على ان كل شخص متهم يُعد بريئاً الى ان يثبت ارتكابه لها قانوناً .. في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه.

المطلب الثاني

تطبيقات دليل الشبهة او الشك في القضاء العراقي

مما لا شك فيه ان التشريعات و ما تتناوله من وسائل الاثبات، تبقى مجرد نصوص جامدة لا طائل منها حتى تنهض لتحقيق نتائج قانونية جراً تطبيقها من قبل المختصين بالفصل في القضايا المعروضة، وهم في الاعم الاغلب القضاة، فالألفاظ و المعاني التي وضعها المشرع تبقى مجرد نصوص لحين تطبيقها على النزاعات و القضايا ذات العلاقة، سواء في القضاء العادي او القضاء الاداري، وسنحاول التطرق الى شيء من هذه التطبيقات في الفرعين الآتيين.

الفرع الاول: تطبيقات في القضاء العادي

غالباً ما يُفسر الشك او الشبهة لصالح المتهم، وهذا ما سار عليه اغلب توجهات القضاء العادي، و يستند في ذلك الى عدة قواعد يمكن ان نجملها بما يلي:

اولاً: قاعدة تفسير الشك لصالح المُتهم.

ان هذه القاعدة قد تكون ذات قبول متباين و محل خلاف فيما بين القانونيين؛ فالبعض يذهب الى عد اصل البراءة، لا يعدو الا ان يكون قرينة قانونية بسيطة تُسمى قرينة البراءة^(٣٧). و يراها البعض الاخر حقاً ثابتاً ملتصقاً بشخص كل انسان في المجتمع يبقى ملازماً له على مدى مراحل الدعوى القضائية حتى نهايتها، و كان للمحكمة الدستورية العليا في مصر، رأيٌ بذلك، حيث جاء في حكم لها ان (افتراض البراءة لا يتمخض عن قرينة قانونية، و لا هو من صورها و إنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الانسان عليها، فقد ولد حُرّاً مُبرءاً من الخطيئة او المعصية)^(٣٨).

وكان لإعمال هذه القاعدة في القضاء العراقي مساراً واضحاً، لا يلتبس به لبوس، إذ كان لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق احكاماً عِدّة بهذا الخصوص، حيث ذهبت حكم لها الى ان (اقوال المشتكي والشهود المتأخرة والمتناقضة تكون عرضة للتلقين ومثاراً للشك والشك، يُفسر لصالح المتهم)^(٣٩). و كذلك حكمها الذي نص على ان (الادلة في الدعوى غير كافية وغير مقنعة لتجريم المتهم وساورها الشك وان الشك يُفسر لصالح المتهم)^(٤٠). و كذلك حكمها الذي ورد فيه بأن (...كل ما تقدم فان ال ادلة المطروحة بالكيفية الموصوفة ساورها الشك وان الشك يُفسر لصالح المتهم وانها غير كافية لتجريم المتهم...)^(٤١). و كذلك حكمها الذي كان

(٣٧) محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص ٧٨٧.

(٣٨) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ ٣/يوليو/١٩٩٥، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ ق دستورية، نقله سلام الصاوي/ محمد علاء، حق المتهم في محاكمة عادلة، ص ٥١٣.

(٣٩) محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم الحكم ::٢٨٥//٢٠١٢، تاريخ اصدار الحكم ::١٩/١١/٢٠١٢، منشور على موقع المحكمة الإلكتروني <https://www.hjc.iq/qview.1880/>

(٤٠) محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم الحكم ::٧٥٦//٢٠١٦، تاريخ اصدار الحكم ::٢٧/٦/٢٠١٦.

(٤١) محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم الحكم ::٥٠٤//٢٠١٥، تاريخ اصدار الحكم ::٢٩/١٢/٢٠١٥.

مبدؤه (بأن الأدلة التي تصلح لتجريم المتهم يجب ان تبنى على الجزم و اليقين لا على الظن و التخمين)^(٤٢). و يبدو على هذا الاتجاه، انه قد تعكز على المفهوم الاسلامي و الذي يعد اصل البراءة بأنها اصلا من الاصول التي تقرها الشريعة الاسلامية. و بصرف النظر حول عد البراءة هي اصل او قرينة، فإن اعمال هذا المبدأ و السير عليه، في جميع مراحل الدعوى القضائية التي هو ما يُعد العبرة الحقيقية التي تواجه المُتهم، فلا يُنظر للأخير انه مذنب او مقصر او مُجرم، لمجرد ان هناك شبهة او شك يحوم حول ارتكابه لذنوب او جريمة، بل ان المُتعيّن ان يُعامل على انه بريء حتى انتفاء هذه الصفة عنه عن طريق صدور حكم قضائي نهائي مبني على دلائل تخلو من الشبهات و الشكوك.

ثانياً: قاعدة الاصل في المتهم البراءة.

تُعد قاعدة الاصل في المُتهم البراءة مما موجّه اليه من اتهام؛ من القواعد الاساس التي تتعكز عليها شرعية الاجراءات في القانون الوضعي، حتى ينهض الدليل اليقيني القاطع على تثبيت ما هو متهم به، و هذا هو ما يجب اعتماده و البناء عليه في كافة مراحل الدعوى القضائية، حتى ثبوت ادانة المُتهم بصورة جازمة و قطعية^(٤٣). و مما يمكننا القول في هذه القاعدة هو انها تستند الى ان الاتهام هو خلاف للأصل -وهو البراءة- وان على من يدعي خلاف هذا الاصل؛ فهو من يتحمل اثبات ادعائه، من دون ان يتحمل (المتهم) المُدعى عليه، اثبات براءته، لان الاخيرة ثابتة بحكم الاصل و لا تحتاج الى اثبات، بل على من يدعي خلافها اثبات ما يدعيه، لأنه من غير المعقول ان يُكلف الانسان بجلب ما يثبت ادانته، لان هذا لا يصب في مصلحته، بل يصب في مصلحة من يدعي الادانة لذا فهو مضطر الى تحمل عبء اثبات هذا الادعاء بغية تحقيق مصلحته المنشودة، فيكون عليه البحث عن ادلة قطعية تثبت ادانة المُتهم، ليصدر على اساس هذه الادلة حكماً قضائياً بالإدانة، اما في حال عدم تقديم صاحب المصلحة بالادعاء بالاتهام، او انه قد قدم ادلة يتخللها الاشتباه والشك؛ فإن دعواه سوف تسقط، و يبقى اصل البراءة نافذاً. وهذا ما اشارة الى قرار المحكمة الاتحادية في العراق، حيث جاءت بما نصّه (وضع الطعن المدرج في اعلاه والذي يخص الفقرة (٢) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٧٦) لسنة ١٩٩٤ التي منعت اخلاء سبيل المتهم في جريمة تهريب في دوري التحقيق و المحاكمة الا بعد صدور قرار حكم حاسم في الدعوى وذلك موضع التدقيق و المداولة من المحكمة الاتحادية العليا و وجدت ان الاصل في المتهم البراءة حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية عادلة وذلك بموجب حكم المادة (١٩/خامساً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ وان حرية الانسان وكرامته مصانة وفقاً لحكم المادة (٣٧/اولاً) من الدستور...)^(٤٤).

(٤٢) حكم محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٠١٦/١٣٢٩ بتاريخ ٢٠١٦/١٠/٣١.

(٤٣) محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص ٤٢٠ و ما بعدها.

(٤٤) قرار المحكمة الاتحادية المرقم (١٠/اتحادية/٢٠١٩) في ٢٠١٩/٢/٢٦.

فالدعوى القضائية غالباً ما تكون بدايتها مؤسسة على صورة من صور الشبهة أو الشك في توجيه اتهام أو واقعة إلى شخص ما، وإن كافة الإجراءات اللاحقة لهذا الاتهام؛ هي تحويل تلك الشبهة أو ذلك الشك إلى يقين قطعي جازم لا شبهة فيه، فإن لم يتحقق ذلك، فلا مجال للإدانة^(٤٥).

ثالثاً: قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات.

ترتبط قاعدة (شرعية الجرائم والعقوبات) بقاعدة (تفسير قاعدة الشك لصالح المتهم) كونه أساس لقوانين الإجراءات الجنائية والتي تضع النصوص المحددة لما يجب أن يُتبع في أي تصرف يمس بحرية الشخص المُتهم. إذ لا يمكن تقييد حرية و حقوق إنسان أو القبض عليه أو حبسه أو سحب يده، من دون ضرورة تفرض ذلك، فلا يجوز للسلطة أن تعتسف ضمانات حق المتهم عند مباشرتها إجراءاتها بغية التوصل إلى الحقيقة^(٤٦). و في ضوء ذلك يتوجب تقييد و حصر سلطات القاضي في تطبيقه للقانون، إذ لا يمكنه القيام بأي إجراء ضد متهم ما إلا بناءً على قانون، فالأصل في الإنسان البراءة و الحرية الشخصية لحين اثبات ادانته بحكم بات، هنا فقط يمكن أن يسقط أصل البراءة. فإعمال مبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات) و كذلك مبدأ (تفسير الشك لصالح المتهم) يوجب على المُدعي اثبات ما يدعي، فإن لم يتمكن من ذلك فدعواه لا قيمة لها. إذ إن أغلب النظم القانونية المعاصرة، عكفت على تكريس مبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات) و الذي أخذ تعبير شائع وهو (لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص)، و فحوى هذا المبدأ؛ هو حصر صور الجرائم و عقوباتها في نصوص قانونية صريحة و واضحة، فالفعل لكي يكون جرمًا أو مخالفة؛ يجب أن يخرج من دائرة التصرفات المباحة و يدخل في دائرة التصرفات المحظورة، و المشرّع هو من يقوم بذلك فهو من يقع على عاتقه تحديد تلك الجرائم و يحدد ما عليها من عقوبات، بالشكل الذي يكون مناسباً لتحقيق الصالح العام، و ليس للقاضي إلا تطبيق ما معروض أمامه لقوانين سنّها المشرّع و وضع لها العقوبات المناسبة^(٤٧). و قد سارت محكمة النقض المصرية على هذا المبدأ إذ قضت بأنه (يكفي في المحاكمة الجنائية أن يتشكك القاضي في صحة اسناد التهمة إلى المتهم، لكي يقضي له بالبراءة، إذ مرجع الأمر في ذلك إلى ما يطمئن إليه في تقدير الدليل، ما دام الظاهر من الحكم أنه احاط بالدعوى عن بصر و بصيرة)^(٤٨).

(٤٥) محمود نجيب حسني، مصدر السابق، ص ١٢٢.

(٤٦) محمود مصطفى، الأثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، القاهرة، الكتاب الجامعي، الطبعة الأولى، ص ٥٧.

(٤٧) محمد محيي الدين عوض، القانون الجنائي (مبادئه الأساسية و نظرياته العامة)، القاهرة، مطبعة الكتاب الجامعي، ١٩٨١، ص ١٨.

(٤٨) نقض جلسة ١٩٧٥/٣/٩ - أحكام النقض - س ٢٦ ص ٢٢٠، نقله، مصطفى مجدي هرجة، موسوعة التعليق على قانون الإجراءات الجنائية - الجزء الثالث، دار محمود/ القاهرة، ٢٠٢١ ص ١٥٧م.

الفرع الثاني: تطبيقات في القضاء الاداري

يسعى القاضي الاداري الى إيجاد أكبر قدر من تحقيق التوازن بين اطراف الخصومة الادارية، فعادةً ما يكون دوره ايجابياً مختلفاً عن ما عليه الحال في القضاء العادي، كون ان الادارة تتمتع بامتيازات قد تخلق حالة من انعدام التوازن بين اطراف الدعوى، لذا يكون للقاضي الاداري دوراً يختلف عن دور القاضي المدني او الجنائي، فالقاضي الادارة يتمتع بدور انشائي يسمح له الاجتهاد بوضع حلول مناسبة للمنازعة المعروضة امامه التي تنشأ بين الادارة و الافراد، تختلف عن ما هو الحال في القضاء العادي، و بالتالي سنكون امام ايجابية اكثر من ناحية الطبيعة الاجرائية و الموضوعية في القضاء الاداري^(٤٩).

فيما يخص ورود الشبهة او الشك في القوانين العراقية؛ فإن لهذا التعبير وجود صريح في قانون هيئة الاشراف القضائي رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٦، المادة ٦/ ثانياً و التي تنص على (يلتزم منتسبوا الهيئة بالمحافظة على كرامة الهيئة و الابتعاد عن كل ما يبعث الشك و الريبة بهم، او يخل بسلوكهم الوظيفي). كذلك ما ورد في قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المادة ٧ ما نصه (يلتزم القاضي بما يأتي: اولاً- المحافظة على كرامة القضاء و الابتعاد عن كل ما يبعث الريبة في استقامته..). مما تقدم نجد ان الشك يمكن ان يُعد ذو قيمة قانونية في حال وجود ما يبرره حول المعنيين بالنصوص اعلاه. و كتطبيق عملي في القضاء الاداري العراقي نجد ان الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة سابقاً، في قد افقت بانه (من حق لجنة تدقيق قضايا المتقاعدين اعادة المعاملة الى دائرة التقاعد لغرض مفاحة دائرة شؤون المحاربين لإعادة فحص المعترض امام اللجنة الطبية المختصة في حالة وجود شك لديها في التقرير الطبي المقدم)^(٥٠).

وحول موقف المحكمة الادارية العليا في العراق من الاعتراف بالشبهة كدليل؛ نعرض حكماً اجاز للإدارة ان تتخذ قراراً بتغيير عنوان موظف من (محقق) الى معاون قضائي لشبهات تحيط بعمله (محقق) حفاظاً على حسن سير مرفق القضاء مع عدم وجود حكم جزائي او دليل قاطع على تعاطيه الرشوة، فقضت في الدعوى ٢٧٢١/قضاء الموظفين/ تمييز/٢٠١٧: (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد ان (المدعي) يطعن بالأمر الاداري المرقم (١٠٦٧) في ٢٠١٦/٧/١٨ المتضمن تغيير عنوانه من (محقق قضائي ثالث) الى (معاون قضائي ثالث) ، لذا طلب دعوة المدعي عليه / إضافة لوظيفته للمرافعة والحكم بإلغاء الامر المذكور انفاً ، فقضت محكمة قضاء الموظفين بإلغاء الامر محل الطعن قدر تعلق الامر بتغيير عنوان المدعي ، لاحظت المحكمة الادارية العليا ان من المسلم أن الاختصاص بتغيير عنوان المدعي من (محقق قضائي) الى (معاون قضائي) مناطه كأصل عام، هو تحقيق المصلحة العامة وما تتطلبه من ضمان حسن سير العمل وانتظامه في مرفق القضاء، وأن مبررات ممارسة هذا الاختصاص تتوافر كلما دعت اعتبارات المصلحة العامة إلى التدخل لإجرائه ويستوي أن يتم هذا التغيير

(٤٩) لعوبي حسين- حمة لخضريالوادي- و اخرون، خصوصية دور القاضي الاداري في الاثبات، مصدر سابق، ص١٨٧.
(٥٠) حكم الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة سابقاً، بالعدد ١٤/تقاعد/تمييز/٢٠٠٦، بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١٨.

بسبب جرم ثبت ارتكابه أو بمناسبة اتهام الموظف بمخالفات تسيء الى سمعته وتخل بما يجب ان تتحلى به شخصية المحقق من اعتبار، فإذا كان قد ثبت للمُدعى عليه / إضافة لوظيفته أن المحقق مهمل وغير منتج وهناك شبهات واتهامات في عمله، وان ضمان حسن سير العمل يستوجب الاستفادة منه في موقع آخر وبعنوان آخر يتفق وقدراته، فإن قراره في هذا الشأن يكون قائماً على أسباب تبرره. وتجد هذه المحكمة ان الأوراق وما تضمنته لائحة وكيل المدعى عليه، لاتدع مجالاً للقول أن قرار تغيير العنوان لم يستند الى اثبات، فأمر ذلك متروك للمُدعى عليه / إضافة لوظيفته له أن يسند للمُدعى العمل والعنوان المناسبين اللذين يتفقان مع قدراته ومصلحة العمل - ما دام لم يثبت أن العنوان الجديد أدنى أو تضمن تنزيراً في الدرجة - وعلى مقتضى ما تقدم يكون القرار محل النزاع قد صدر في حدود السلطة التقديرية للإدارة متوخياً المصلحة العامة، وحيث ان محكمة قضاء الموظفين لم تلتزم بوجهة النظر القانونية هذه، لذا تقرر نقضه وحيث ان موضوع الدعوى صالح للفصل فيه ، لذا قرر الحكم برد دعوى المدعي..)

وبشأن هذا الحكم نورد الملاحظات الآتية:

١. ان الحكم يتعلق بنقل الموظف من وظيفة الى اخرى وليس معاقبته انضباطياً ونعلم ان نقل الموظف نوعياً او مكانياً يدخل ضمن الاختصاص التقديري للإدارة تجريبه على وفق مقتضيات الصالح العام وهي غير ملزمة بتسبيبه تفصيلاً ولا رقابة للقضاء عليه مالم يداخله عيب الانحراف بالسلطة. و من غير الصحيح قياس النقل على العقوبات الانضباطية لأنه اجراء تتخذه الادارة بحسب قناعتها وتقديرها للصالح العام بينما العقوبة تعني ادانة الموظف عن ذنب ثبت ارتكابه وليس على اساس الشك لأنه مرفوض في كل المعاملات كما يقول فقهاء المنطق القانوني . إذ ان ادلة الاثبات في المنازعات الادارية كثيرة وليست محصورة بالأدلة التي نص عليها قانون الاثبات والمهم فيها انه لا يجوز اخذ الموظفين بالشبهة لأنها تقوم على الشك والشك باطل لا يجوز العمل به. الا انه يُمكن القول في مقابل ما تقدم؛ ان الموظف المُدعى طالما قد طعن بقرار تغيير عنوانه الوظيفي؛ فإنه يشعر بالحيف و الضرر من هذا التغيير و الذي يمكن ان يفسره كعقوبة قد حلت به، بصرف النظر عن توصيف الادارة لتصرفها الاداري هذا بأنه بسبب شبهات او خدمة للصالح العام.

٢. ورد في الحكم عبارة(فاذا كان قد ثبت للمدعى عليه إضافة لوظيفته ان المحقق مهمل وغير منتج وهناك شبهات واتهامات في عمله) فماذا تعني كلمة(ثبت) اوليس الاثبات يتم بأدلة؟ بمعنى ان المحكمة خرجت من دائرة الشبهة و دخلت في دائرة الشيء المثبت، اذا سلّمنا بحرفية العبارات المُستخدمة في نص القرار. من جانب آخر فقد حذا القضاء الاداري المصري حذواً اكثر وضوحاً فيما يخص بعده الشك سبباً مباشراً في فرض العقوبة الانضباطية على الموظف، وهذا ما نجده جلياً في قرار المحكمة التأديبية بالإسكندرية و الذي نصه (ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة

قد جري علي أن الشبهة كافية لإدانة الموظف العام في المجال التأديبي لأنها يمكن أن تمثل الركن الشرعي للجريمة التأديبية ، ذلك أنه قد يكفي وجود دلائل ومشبهات قوية تلقي ظلالاً من الشك والريبة علي توافر سوء السمعة أو طيب الخصال بمراعاة البيئة التي يعمل بها الموظف ، ولا حاجة إلي الدليل القاطع علي ذلك ، وغني عن البيان أن حسن السمعة والسيرة الحميدة في الموظف يجب أن تتوافر فيه دوماً داخل نطاق الوظيفة وخارجه باعتبار أن سلوك الموظف في غير نطاق الوظيفة ينعكس علي سلوكه العام في مجالها .^(٥١)

وكذلك قضت المحكمة الادارية العليا في مصر ، بأنه (يتعين على المحكمة التأديبية ألا تغفل عن حجية الحكم الجنائي الصادر ببراءة الموظف إذا كان قد أستند على عدم صحة الوقائع أو عدم ثبوته أو عدم الجنائية - هذه الحجية لا تقيد المحكمة التأديبية متى كان الحكم الجنائي الصادر بالبراءة قد تأسس على عدم كفاية الأدلة أو الشك فيها فإنه حينئذ لا يرفع الشبهة نهائياً عن الموظف و لا يحول دون محاكمته تأديبياً و إدانة سلوكه الإداري من أجل التهمة عينها على الرغم من حكم البراءة)^(٥٢).

و هنا يتبين ان قضاء المحكمة الادارية العليا في مصر قد استقر على عدم التقيد بالحكم الجزائي لاستقلال المسؤولية الجزائية عن المسؤولية الانضباطية . وان الشبهة قد تشكل الركن الشرعي للجريمة التأديبية.

(٥١) قرار المحكمة التأديبية بالإسكندرية «الدائرة الأولى» بجلسة ٢٠٠٥/٤/١٧ في الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٤٦ ق.
(٥٢) قرار المحكمة الادارية العليا في مصر في طعن رقم ١٤٩٤ لسنة ٣٣ ق.ع جلسة ٢٧ - ٢٨ - ١٩٩٠.

الخاتمة

بعد ان اتمنا هذا الجهد المتواضع في بحث قيمة الشبهة او الشك كدليل ادانة؛ تبدى لنا جملة من النتائج و التوصيات و التي سنحاول اجمالها بما يلي:

النتائج:

١. يحتل الاثبات في القضاء الاداري بوسائله المتباينة و غير المُحددة اهمية كبيرة من اجل الوصول الى الحقيقة القانونية في ظل وجود طرفين او عدة اطراف لنزاع معيّن يرجح احد اطراف هذا النزاع (وهو الادارة) على الطرف او الاطراف الاخرى من ناحية السلطة او النفوذ او القوة، فحتى لا يكون لهذا الجحان اثر في القرار القضائي، فلا بد من ان يتصف القاضي بالإيجابية عند نظره لذه النزاع، كضمانة لأطرافه.
٢. عمل المُشرّع على تحديد و حصر اساليب الاثبات، و جعل للقاضي دوراً ايجابياً في تقدير الادلة و الرقابة عليها من ناحية القيمة القانونية، و ما يترتب عليها من آثار يمكن ان توتي أكلها كسبب يمكن ان يُعتمد في الحكم او القرار القضائي الصادر.
٣. بالرغم من التماثل الكبير في اساليب التحقيق و الاثبات في القضاء الاداري مع التحقيق الجزائي ؛ الا انه يختلف بشكل واضح في شأن القيمة القانونية للشبهة او الشك.
٤. ان بعض القوانين اخذت بالشبهة او الشك كسبب يمكن ان يترتب عليه اثر في الحكم او القرار القضائي الاداري، على خلاف ما هو عليه الحال في القضاء العادي.
٥. ان طرق و وسائل الاثبات الواردة في (قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ في ١٩٧٩) و قانون (اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١)، هي الوسائل المُعتمدة في الاثبات الا انها ليست مقبولة جميعها في القضاء الاداري.
٦. يولي المُشرّع اهتمامه بالثقة العالية التي تتوفر في قناعة القاضي الاداري، عندما تُقضي هذه الثقة و هذه القناعة الى اثر في قرار القاضي او حكمه في القضية المعروض امامه.

التوصيات:

١. دعوة القضاء الاداري الى الاخذ بالاحتياط و التثبت بأقصى درجاته في ادانة الموظف بناءً على شكوك او شبهات قد تحوم حول سلوكه الوظيفي، إذ ان أصل البراءة يُعد من الحقوق الاساسية للإنسان و التي يجب ان لا تُمس، منعاً للتعسف و إساءة استخدام السلطة.

٢. دعوة المشرّع العراقي الى تشريع قانون اثبات يُعنى بـ (اصول التحقيق و التقاضي الاداري) سيّما وان العراق من الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج.

٣. ان القضاء الاداري في العراق يعتمد بشكل اساسي في اجراءاته على القوانين الاخرى ذات العلاقة كـ (قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ في ١٩٧٩) و قانون (اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١)، و تأسيساً على ذلك فإننا نوصي المشرّع العراقي بتشريع قانون خاص بـ (المرافعات الادارية) لما للقضاء الاداري من خصوصيات يتميز بها عن ما عليه الحال في القضاء العادي.

الصك الخطي
(دراسة مقارنة)
THE WRITTEN CHEQUE
«COMPARATIVE STUDY »

م. د. أياد جواد الخفاجي
الجامعة التكنولوجية

المستخلص

الصك الخطي هو الصك الذي يتم تحريره من قبل الساحب بخط يده دون مراعاة منه للنموذج المسلم اليه من قبل المصرف ، وقد اثارت هذه الصيغة من الصكوك اشكال البعض لا سيما في التشريعات التي سكتت عن بيان مدى الزام الساحب بمراعاة النموذج المصرفي فبينما ذهب البعض الى عده باطلا ذهب اخرون الى اعتباره صحيحا وكل له حججه واسانيده .

ان اللغظ الفقهي بصدد حكم الصك الخطي لم يقتصر على بيان حكم هذا النوع من الصكوك بل تعداه الى الاختلاف في مدى مسؤولية المصرف عن عدم الوفاء بهذا النوع من الصكوك على الرغم من استيفائه لكافة البيانات الالزامية و وجود مقابل الوفاء الكافي لدى المصرف فبين من الزم المصرف المسؤولية في حال امتناعه عن السداد ذهب البعض الاخر الى التفرقة بين عدم السداد الى الحامل القانوني فعد ذلك امر يستدعي قيام المسؤولية المصرفية على المصرف استنادا لمبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية وبين عدم الوفاء للساحب فلم يقيم المسؤولية المصرفية على المصرف عند وجود اتفاق مسبق بين الساحب والمصرف على عدم تحرير الصك الا على النموذج المصرفي واقامة المسؤولية في خلاف ذلك.

Abstract

The written cheque is the cheque that written by the drawer in his handwriting without taking into account the form handed to him by the bank. In vain, others went to consider it authentic, and each had its own arguments and support.

The doctrinal confusion regarding the rule of the written instrument was not limited to the statement of the ruling of this type of instrument, but rather extended to the difference in the extent of the bank's responsibility for not fulfilling this type of instrument despite its fulfillment of all the obligatory data and the existence of a consideration for sufficient fulfillment with the bank. In case of his refusal to pay, others went to differentiate between non-payment to the legal holder, then it is a matter that calls for the exchange responsibility on the bank based on the principle of self-sufficiency of the commercial paper and the non-fulfillment of the drawer, so the exchange responsibility was not established on the bank when there was a prior agreement between the drawer and the bank that the cheque was not issued except on the banking model and the responsibility was established otherwise.

المقدمة

اولا :- فكرة البحث

مع مراعاة البيانات الالزامية فمن الممكن تصور ظهور ورقة الصك في ثلاثة صور ، اذ قد تكون ورقة عادية تكتب عليها البيانات الالزامية وهو وما يدعى بالصك الخطي او ربما كانت ورقة مصممة على نحو معين وبهيئة معينة مطبوع عليها البيانات الالزامية مع ترك فراغ لتعبئة ما يلزم اضافته من اسم المستفيد وتوقيع الساحب وتاريخ انشاء الورقة وغيرها من البيانات الاخرى وهو ما يدعى بالصك المكتبي وذلك بالاشارة الى المكان الذي يتم فيه بيع هذه النماذج ، حيث تباع على هيئة دفاتر في المكتبات ، وقد يكون الصك على هيئة ورقة او دفتر صادر عن المصرف الذي تربطه بالساحب علاقة قانونية تتجسد في عقد الحساب المصرفي والتي بمقتضاها يكون الساحب العميل قد فتح من قبل حسابا لدى المصرف و اودع من السابق مبلغا من النقود واتفق معه على ان تسديد قيمة الصك يكون من حسابه هذا . ويدعى الصك في الحالة الاخير بالصك المسحوب على وفق النموذج المصرفي .

وعموما فمن الثابت ان المصرف ملزم باداء قيمة الصك المسحوب متى كان وفق الصياغة التي نص عليها القانون وطالما كانت المطالبة به قانونية وكان مقابل الوفاء موجودا ، وهو يتحمل المسؤولية عن اخلاله بتنفيذ هذا الالتزام سواء اكان هذا الاخلال متمثلا بالتسديد المعيب للصك ام كان متمثلا بالرفض غير المشروع لتنفيذ التزامه بالاداء .

وقد شاع في الواقع العملي امتناع المصارف عن سداد قيمة الصك في حالة عدم تحريره على وفق النموذج المصرفي ، اذ جرى العرف على قيام هذه المصارف بتزويد عملائها دفترا يدعى بدفتر الصكوك يحتوي على مجموعة اوراق يستعملها العميل لأغراض سحب ودائعه النقدية وهو ما يحقق مصلحة العميل والمصرف في ان واحد ، اذ يمكن المصرف المسحوب عليه من اكتشاف التزوير بسهولة ، لعلمه المسبق بنماذج ونوع وارقام اوراق الدفتر فضلا عن توقيع الساحب المودع لديه ومن جانب اخر يطمئن العميل على نقوده المودعة لدى المصرف لعدم امكانية سحبها الا من خلال الورقة المقطعة من دفتر الصكوك بعد ان يتم ملئها بالبيانات اللازمة والتوقيع عليها .

ان الاهمية المتقدم ذكرها لتحرير الصك على وفق النموذج المصرفي هي ما حدثت الى اقدام بعض التشريعات الى النص على ضرورة تحرير الصك وفقا للنموذج المصرفي على خلاف التوجه الذي كان سائدا اذ لم تراعى هيئة الورقة التي يتم اعتمادها لتحرير الصك من قبل الساحب .

ثانيا :- مشكلة البحث

ان امتناع المصارف عن سداد قيمة الصك الخطي امر يثير جملة تساؤلات عن مشروعية هذا الامتناع وما حكم الاتفاقات التي تجريها المصارف ابتداء مع عملائها

بعدم تحرير الصك الخطي وضرورة الالتزام بالنموذج المصرفي او دفتر الصكوك المسلم الى العميل من قبل المصرف وما حكم عدم مراعاة هذا الاتفاق من قبل الساحب وما حكم امتناع المصرف عن سداد الصك الخطي المقدم اليه من قبل الحامل القانوني ، كل هذه الاسئلة وسواها سيحاول الباحث التعرض لها والاجابة عليها في مضامين هذه الدراسة .

ثالثا :- منهج البحث

ان المنهج الذي سنتبعه في دراسة الصك الخطي سواء من حيث حكم تحريره او حكم امتناع المصرف عن الوفاء به هو المنهج التحليلي المقارن بكل من القانون التجاري المصري والاردني مع الاشارة الى بعض الاحكام القضائية الصادرة في هذا المجال.

المبحث الاول حكم الصك الخطي

ان الصك في فحواه هو عبارة عن مخطوط تم تنظيمه تبعا لشروط شكلية معينة نص عليها القانون يتضمن امرا للدافع عند الاطلاع موجها من صاحب الى مصرف مسحوب عليه بان يدفع لشخص ثالث او لأمره او لحامل الشيك وهو المستفيد مبلغا معيناً بمجرد الاطلاع (١).

وقد تفاوتت التشريعات في ضرورة ا فراغ الصك في نموذج محدد سلفا صادر من المصرف المسحوب عليه . اذ يعد الصك الخطي محكوم بالبطلان بالنسبة الى التشريعات التي نصت على الزام المصارف بتزويد عملائها بنماذج الصكوك والزام العملاء بمراعاة تلك النماذج عند تحرير الصك (٢) كما هو الحال بالنسبة الى قانون التجارة المصري ، غير ان ما اثار حدة النقاش هو موقف التشريعات التي لم تشترط تحرير الصك على وفق النموذج المصرفي وان كانت قد نصت على ضرورة تحرير الصك على ورقة ، الامر الذي جعل من الفقه ينقسم الى اتجاهين بين مؤيد ومعارض في معرض الاجابة على التساؤل الخاص بحكم تحرير الصك الخطي بالنسبة الى هذه التشريعات ، و حكم اشتراط المصرف ابتداء على ضرورة مراعاة العميل النموذج المصرفي عند تحريره للصك، ولكل من الاتجاهين حججه واسانيده في ترجيح موقفه الامر الذي يقتضي منا تقسيم المبحث الى مطلبين نتعرض فيهما الى حجج واسانيد كلا الاتجاهين وكالاتي :-

المطلب الاول: حجج الاتجاه القائل ببطلان الصك الخطي

لا شك في ان جميع البيانات الالزامية التي تطلب المشرع ضرورة مراعاتها ينبغي ان تكون محررة على ورقة ، ومن ثم فان الصك الذي يتم تحريره مستوفيا للشروط الشكلية والموضوعية التي نص عليها القانون يعد صحيحا ومنتجا لأثره وعلى الاطراف الالتزام به ، و يزيد انصار هذا الاتجاه (٣) الى ذلك ضرورة مراعاة الاطراف اي اتفاق صريح او ضمني تم التوصل اليه قبل تحرير الصك متى كانت لا تخالف الاحكام القانونية الالزامية او النظام العام والاداب العامة، ومن بين هذه الاتفاقات مراعاة النموذج المصرفي عند تحرير الصك من قبل الساحب متى اشترط المسحوب عليه ذلك ابتداء ، اذ يلتزم عندها الساحب بكتابة الصك على النموذج الذي تم استلامه من قبل المصرف والذي هو عبارة عن اوراق مطبوعة من قبل المصرف بصيغ محددة تحتوي على اسم العميل ورقم حسابه ويترك فيها اسم المستفيد والمبلغ وتاريخ السحب على بياض وتقتصر مهمة العملاء على ملئ هذه البيانات في المكان المتروك والمخصص لذلك ومن ثم

(1) Encyclopédie Dalloz / commercial// c.com Répertoire de droit commercial – 31 août 1992 / imprimé en France par l'imprimerie de la chapelle montligeon. Page : 3

(٢) د. سميحة القليوبي ، الاوراق التجارية ، الطبعة السادسة ، مطبعة نادي القضاة ، القاهرة ، ٢٠١٧ ، ص ٣٥٤

(٣) د. الياس ناصيف ، الشيك ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، دمشق ، ٢٠١٧ ، ص ٥٠

التوقيع على النموذج^(٤) .

وتبعاً لما تقدم وبحسب ما يراه هذا الاتجاه فإن الصك الخطي محكوم يحكم بالبطلان ، وليس هذا فحسب بل يدعو انصار هذا الاتجاه الى ضرورة النص في التشريعات التجارية على حصر تحرير الصكوك على وفق النموذج المصرفي وسندهم في ذلك الحجج الاتية :-

١- قدرة المصرف على ايضاح بيانات العميل الساحب ، ورقم حسابه المصرفي ، وعنوانه الدائم والمؤقت ، وارقام سجلاته الدالة على هويته ، مما يسهل على المستفيد الوصول الى مدينه بأقصر الطرق في حال عدم وجود مقابل للوفاء بقيمة الصك ، بخلاف الحال فيما اذا تم تحرير الصك على ورقة عادية لم تصدر من المصرف ، فان المستفيد سيكون عرضة لفقدان عنوان المدين وهويته ومحل اقامته الذي سيبنى عليه الاختصاص القضائي الذي ينعقد لمحل اقامة المدين او المركز الرئيس للمصرف او الفرع الذي صدر عنه النموذج وكل ذلك يضعف الصك كورقة تجارية تخدم مضامينها قوة القانون التجاري وتسهم في تحقيق اهدافه .

ومن هنا نجد ان قانون التجارة المصري الزم المصارف عند قبولها منح دفتر صكوك لعملائها ، ان يتضمن نموذج الصك بيانات محددة توضح كل ما يتعلق بالساحب واسم البنك المسحوب عليه او احد فروع واسم العميل وايضاح رقم الصك على صلبه واسم العميل الذي تسلم الدفتر ورقم حسابه^(٥) ، ورتب المشرع جزاء جنائياً يوقع على موظف البنك عند تسليم العميل عمدا دفتر صكوك على خلاف البيانات المتقدم ذكرها والذي يتمثل بالغرامة التي لا تقل عن ثلاثة الاف جنيهه ولا تزيد على عشرة الاف جنيهه^(٦) .

٢- ان في ربط الصكوك بنماذج صادرة من المصرف اثر فعال في حماية الاقتصاد من انتشار صكوك لا ارتباط لها بحسابات مصرفية مما قد ينعكس سلباً عليها ويلحق بالمجتمع اضراراً اقتصادية ومالية كثيرة وذلك من خلال زيادة اعداد الصكوك المرتجعة^(٧) .

٣- ان تحرير الصك على نماذج يعطي قوة وثقة بالصكوك اكبر مما لو تم تحريرها على ورقة لم تصدر من المصرف وفي اعطاء الصكوك القدر الكبير من الثقة اسهام في تطور القانون التجاري وازدهار الحركة المالية بالاستغناء عن النقد الذي يسعى القانون التجاري للاستغناء عن حمله في الكثير من المعاملات المالية^(٨) .

٤- ان المصارف تشترط على عملائها عدم تحرير الصكوك الا على النماذج الصادرة عنها ، وما هذا الا حماية لهذه الورقة التجارية من الخطأ في استخدامها ورغبة في تقليل مخاطرها ومادامت المصارف تشترط هذا الشرط على عملائها وقد اشتهر ذلك

(٤) د. ادوار عيد ، الاسناد التجارية ، بدون دار نشر ، ١٩٦٧ ، ص ٢٣

(٥) الفقرة الأولى من المادة ٥٣٠ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

(٦) الفقرة (د) من المادة ٥٣٣ من قانون التجارة المصري النافذ

(٧) د. كريم خنياب الاسدي ، جرائم النصب والاحتيال وعلاقتها بالجرائم المشابهة لهما في القانون الجنائي ، بدون دار نشر ، ٢٠١٥ ، ص ٢٠٢

(٨) د. فائق الشماع ، التدقيقات المصرفية اللازمة قبل المبادرة بصرف الشيك ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الخامس والعشرون ، العدد الثاني ، ٢٠١٠ ، ص ١١

وجرى به العمل ففي هذا دليل كاف على الالزام بتحرير الصك على النموذج المصرفي حتى وان لم ينص المنظم على ذلك^(٩) .

٥- ان عددا من القوانين نصت على وجوب تحرير الصكوك على نماذج صادرة عن المصرف ومن ذلك قانون التجارة المصري اذ جاء فيه (الشيك الصادر في مصر والمستحق الوفاء فيها لا يجوز سحبه الا على بنك والصك المسحوب في صورة شيك على غير بنك او المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه لا يعتبر شيكا)^(١٠). ومن بين هذه القوانين ايضا ما نصت عليه الفقرة خامسا من المادة ٤٢١ من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ التي حصرت نطاق جريمة اصدار الصك من دون رصيد بتلك الصكوك المسحوبة على وفق النماذج المصرفية .

وتبعاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية ما مفاده «الحكم ببراءة المطعون ضده من جريمة اصدار شيك بدون رصيد استنادا لعدم اعتباره شيكا وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد لكونه خطي وغير محرر على نماذج البنوك المعدة لذلك»^(١١).

ومن ذلك ايضا لم تحكم محاكم الجزاء في الاردن بعقوبة اصدار شيك من دون رصيد على الصكوك الخطية وكما جاء في نص القرار الاتي: «ان لشيك المكتوب على ورق عادي لا يعد شيكا وبالتالي ان تداوله من دون رصيد لا يشكل جريمة اصدار صك بدون رصيد وان المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات لا تعاقب الا على الشيكات دون غيرها من الاوراق التجارية او السندات ولذلك فانه يجب لسلامة الحكم الصادر بالعقوبة بهذه المادة ان الورقة التي اصدرها المتهم هي شيك فاذا هو اكتفى بالقول بان المتهم حرر الصك على ورقة عادية الامر الذي لا يفيد ان الورقتين المحررتين مستوفيتان لشرائط الشيك كما هو معروف في القانون فانه يكون قاصر البيان»^(١٢).

وتبعاً لما تقدم بيانه فان هذا الاتجاه يذهب الى ضرورة الاخذ بما انتهت اليه التشريعات من توجه جديد كان انعكاسا للاثار الاقتصادية الكبيرة التي ظهرت في الواقع العملي المتمثلة بالحد من الصكوك التي لم ترتبط بحسابات مصرفية او بإضفاء جدية اكبر قبل اصدار الصك اذ ان المصرف لا يمنح العميل نماذج الصكوك الا بعد اجراء جملة تدقيقات تضمن للمصرف جدارة عميله وتحول دون منح دفاتر الصكوك لأشخاص غير مؤهلين لحملها .

(٩) د. قرمان ، نماذج فتح الحسابات في البنوك السعودية ،ص ٢٣٧

(١٠) م ٤٧٥ من قانون التجارة المصري لعام ١٩٩٩ رقم ١٧

(١١) الطعن المرقم ٤٤٣٥ لسنة ٢ قضائية الصادر بجلسة ٢٧ / ٢ / ٢٠١٣ و ينظر عكس هذا التوجه لمحكمة النقض المصرية في قرارها المرقم طعن ٤٧٤ سنة ٢٧ في جلسة ١٩ / ١٩٥٧/٦ ، ص ٨، ص ٦٩٢ وذلك في الفترة السابقة لتعديل القانون التجاري المصري حيث قضت (لا يشترط لزما ان يكون الشيك محررا على نموذج مطبوع ، وماخوذا من دفتر الشيكات الخاص بالساحب) .

(١٢) مذكور لدى د. عبد الحميد الشواربي ، الاوراق التجارية ، منشأة المعارف . نقلا عن د. اكرم ياملي ، المصدر ذاته ، ص ٢٩٠ ، سنة ٢٠٠١

المطلب الثاني: حجج الاتجاه القائل بصحة الصك الخطي

في قبالة الاتجاه المتقدم يذهب هذا الاتجاه^(١٣) الى القول بعدم الزام الساحب بالتقيد بالنموذج المصرفي وان بإمكانه استعمال اية ورقة كانت لأصدار امر بصورة صك الى مصرفه ، وانه ليس لهذا الاخير ان يتمتع عن الدفع لمجرد عدم استعمال العميل الاشكال المطبوعة المزود بها من قبله حتى لو كان المصرف قد اشترط على عميله وجوب استعمال هذه الاشكال دون غيرها من الاوراق التجارية ، وكما قضت بذلك محكمة سين التجارية في ١١ نيسان ١٩٣٣ ومحكمة باريس بتاريخ ٣٠ نيسان ١٩٣١ وهو ما ذهب اليه كل من الفقيه ريبير وروبلو وهاميل وفاليري^(١٤) . ويستند هذا الاتجاه في رأيه الى الحجج الآتية :-

١- ان المشرع جعل للصك شروطا موضوعية وأخرى شكلية وأن الشروط الموضوعية هي ما نص المشرع على ضرورة مراعاتها في اي اتفاق والتي تتمثل في وجوب توفر التراضي التام الذي لا تشوبه العيوب سواء أكانت غلطا ام اكراها ام غبنا مع التغرير ، وان يصدر الصك عن اهلية تامة للساحب ، وان يكون محله مشروعا وممكنا ، واما الشروط الشكلية فتمثل في وجوب صدور الصك على وفق بيانات حددها النظام ، منها ما هو على سبيل الالزام كالتوقيع ، وتاريخ الانشاء ، ومكانه ، وكون المسحوب عليه مصرفا ، وان يتضمن التزاما ناجزا باتا غير معلق على شرط او غيره بدفع مبلغ من النقود ، ومن البيانات ما ليس الزاميا كذكر سبب الاستحقاق ، او تعدد النسخ ، او اشتراط التوقيع بالاعتماد او حتى ذكر اسم المستفيد^(١٥) ، اذ اجاز القانون التجاري العراقي ان يكون الصك لحامله^(١٦) .

وتبعاً لما تقدم وبحسب زعم انصار هذا الاتجاه فان المشرع قد ذكر احكام الصك واتي على ذكر تفاصيلها بدقة ولم يجعل من ضمنها ان تكون محررة ومكتوبة على نموذج مصرفي ولو كانت شرطا او امرا واجبا لما توانى المشرع في ايرادها على سبيل الالزام .

٢- ان المواد المنظمة للاوراق التجارية شأنها شأن مواد القانون التجاري الاخرى عبارة عن استثناء من احكام القانون المدني والاصل العام في الاستثناء ان يبقى بالقدر الذي استثنى فيه ولا يتعدى الى غيره .ولما كان القانون التجاري قد اتى على تنظيم تفاصيل دقيقة في احكام الصك وليس منها اشتراط تحريرها على نموذج مصرفي فلا يمكن توسيع العمل بنصوص التشريع الى الحكم ببطلان الصك المحرر على غير النموذج المصرفي . وعموما تبقى مسألة تحرير الصك على وفق هذا النموذج وبحسب ما

(١٣) د. اكرم ياملكي ، القانون التجاري الطبعة الثانية ، شركة التايمس للطبع والنشر ، بغداد ، ١٩٧٨ ، ص ٢٩٠ وانظر ايضا د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري -الاوراق التجارية والافلاس ، بدون دار نشر ، ١٩٨٢ ، ص ٢٥٣ وانظر ايضا معوض عبد التواب ، الوسيط في جرائم الشيك ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٢٥

(١٤) نقلا عن د. اكرم ياملكي ، المصدر ذاته ، ص ٢٩٠

(١٥) د. فوزي محمد سامي ، د، فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص ٣١٣ وما بعدها

(١٦) د. فوزي محمد سامي ، د، فائق محمود الشماع ، المصدر ذاته ، هامش رقم ٣ ، ص ٣٢٠ وما بعدها

يذهب اليه انصار هذا الاتجاه مسألة اختيارية للساحب لا تتطوي على عنصر الالتزام^(١٧) .
 ٣- ان الاسباب التي تم ذكرها من قبل انصار الاتجاه الاول والتي هي بزعمهم تصلح ان تكون مبررا لضرورة الزام الساحب بمراعاة النموذج المصرفي عند تحريره للصك لا تنهض بحسب انصار هذا الاتجاه في ان تكون مبررا كافية في اشتراط مراعاة النموذج المصرفي وذلك للاسباب الاتية :-

أ- ان التبرير بان سحب الصك وفق النموذج المصرفي سيؤدي الى معرفة بيانات الساحب وعنوانه وانه سيعين الدائن في الوصول الى مدينه وتسهل عليه تحديد اختصاصه القضائي^(١٨)، لا يكفي في اشتراط تحرير الصك وفقا للنموذج المصرفي ، لأنها مسؤولية الدائن المستفيد ، فمن اراد استلام صك يجب عليه بذاته او باستشارة ذوي الخبرة ان يتأكد من سلامة الصك شكلا وموضوعا ، كما يجب عليه ان يتأكد من عنوان المدين للرجوع اليه عند الاقتضاء ، ثم ان الاختصاص القضائي لا يتوقف على عنوان المدين فللدائن اقامة الدعوى المصرفية في مكان انشاء الصك او في محل الاموال المنقولة للمدين بالصك .

ب- واما التعليل في ان اشتراط اتباع النموذج المصرفي عند تحرير الصكوك يساعد على التقليل من صدور صكوك لا ارتباط لها بحسابات مصرفية مما قد يلحق الضرر بالاقتصاد ، فيمكن الرد عليه في ان تحرير الصكوك على نماذج المصرف لا يعني صدور الصك وارتباطه بحساب مصرفي ، اذ قد يحصل العميل على عدد من النماذج ودفاتر الصكوك من المصارف ثم يغلق حساباته المصرفية ويسيء استعمال هذه الصكوك ، فليس في هذا الاشتراط ما يمنع المدين من اساءة استعمال هذه الصكوك ، ثم ان المشرع قد نظم الاجراءات والجزاءات الصارمة على المدين عند عدم الوفاء بالصكوك منها ايقاف الخدمات والمنع من السفر والحجز على الاموال وغيرها متى طالب بها الدائن ، فضلا عن ذلك فقد نص المشرع على بعض صور العقوبات الجزائية لا تقتصر على الالتزام المالي فحسب بل تصل الى السجن والغرامة^(١٩) .

ج- القول بأن في تحرير الصك على النموذج المصرفي يعطي مزيدا من القوة لها وانعاش للحركة الاقتصادية الناشئة عن الثقة بالصكوك التي تحل محل النقد في كثير من المعاملات ، يرد عليه بأن هذه الغاية صحيحة وهي مطلب للمجتمعات ونمو اقتصادها من خلال سنها القانون التجاري وقانون الاوراق التجارية ، غير انه يقتضي ان لا يتعارض ذلك مع مبدأ سلطان الارادة فللإرادة ان تختار ما تراه مناسبا ومتى وصل كثرة استعمال الصك الخطي الى مرتبة العرف فان ذلك سيعيد قانونا ومن ثم يقتضي تدعيم الثقة به لأنعاش الحركة الاقتصادية فضعف التطبيق سينعكس سلبا على الثقة بالصكوك وعلى قوة النهضة الاقتصادية^(٢٠).

(١٧) د. محمد حسن الجبر ، مصدر سابق ، ص ٢

(١٨) د. محمد بن بلعيدا منو الوطيسي ، الاوراق التجارية المعاصرة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٢٠٠٦ ، ص ١٤٧

(١٩) د. عرفات عبد الفتاح تركي ، الوجيز في احكام الشيك ، الطبعة الاولى ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٤ ، ص ٢٠١ ،

(٢٠) د. محمد محمود المصري ، احكام الشيك منديا وجزائيا ، ط٣ ، المكتب العربي الحدي ٣ ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٠٢

د- اما التعليل بأن عددا من القوانين نصت على اشتراط كون الصكوك وفق نماذج المصرف فيرد عليه بأن الدول تتمتع بسيادتها المستقلة وان ما يلزم تطبيقه في بلد ما على مواطنيه لا يتعدى الى البلدان الاخرى الا اذا كانت هناك اتفاقيات مبرم ما بين البلدين، عليه فلا يسوغ الاحتجاج بقوانين الدول الاخرى حتى وان كان يمكن الاستفادة من تجاربها .

ه- واما فيما يتعلق بالاتفاق الذي يبرم بين الساحب والمسحوب عليه والذي بمقتضاه يشترط المصرف على الساحب ان لا يحرر الصك الا على النموذج المصرفي الذي قام المصرف بتزويده للساحب ، يمكن الرد على ذلك بأن هذا الاشتراط لا يكون ملزما للساحب لتعارضه مع مبدأ كفاية الورقة التجارية الذي يعد من ابرز الخصائص العامة للاوراق التجارية عموما ، والذي يقصد به ان الورقة التجارية متى ما استوفت شروطها الموضوعية والشكلية التي نص عليها المشرع تكون كافية بذاتها لبيان الحق الثابت فيها من دون الاعتماد او الاحالة على اي اتفاقات خارجية عنها^(٢١) ، اذ ان القاء نظرة على الورقة التجارية تكفي لتحديد مضمونها دون الحاجة الى البحث في الفاظ وعبارات ورقة اخرى .

اما عن موقف التشريعات من الصك الخطي فقد تقدم بيان موقف المشرع المصري وانه قد عدل قانونه التجاري الى ضرورة ادراج بيانات الصك في النماذج الصادرة عن المصرف والا عد الصك باطلا^(٢٢). غير ان المفارقة تكمن فيما ذهب اليه المشرع الاردني فبينما نص في قانون العقوبات نطاق جريمة اصدار الصك بدون رصيد بتلك الصكوك المسحوبة على هيئة النماذج المصرفية^(٢٣) في حين ان المشرع الاردني في قانونه التجاري رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ لم يشترط على الساحب مراعاة النماذج المصرفية اذ كل ما اشترطته المادة ٢٢٨ من قانونه التجاري ان تكون هناك عبارة شيك في متن السند باللغة التي تم فيها تحرير الشيك ، وهي مفارقة تستدعي من المشرع الاردني الالتفات اليها وجعل النص ينسجم مع توجهه في جريمة اصدار الشيك من دون رصيد.

اما عن موقف قانون التجارة العراقي^(٢٤) من الصك الخطي فبالنظر الى نص المادة ١٣٨ منه نجد ان المشرع العراقي قد نص صراحة على البيانات التي يقتضي ان تندرج في كل صك والتي بخلافها يكون محكوم بالبطلان، ونص في الفقرة اولا من هذه المادة على ضرورة كتابة لفظ شيك في الورقة باللغة التي كتبت بها ، والظاهر من هذه العبارة ان المشرع اطلق لفظ الورقة ولم يقيد بالتمودح المصرفي، الامر الذي يجعلنا نعتقد بصحة الصك الخطي المحرر على اوراق تعارف الناس على عدها من ضمن اوراق كتابة المستندات ولا يحكم بصحة الصك المحرر على غير ذلك كالورق المقوى غير المعد لكتابة المستندات عليه كعلبة السكائر مثلا او المعدن . وان كنا نلمس في بعض نصوص القانون التجاري ما يفيد تفضيل المشرع العراقي

(٢١) د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٣٢

(٢٢) المادة ٤٧٥ من القانون التجاري المصري المعدل بقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

(٢٣) ينظر نص المادة ٤٢١ من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠

(٢٤) قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤

الصك المصرفي على الصك الخطي في الحماية حيث الزم المشرع مالك الصك الضائع ان يعارض لدى المسحوب عليه في وفاء قيمته وذلك من خلال اخطار يتضمن رقم الصك ومبلغه واسم صاحبه وكل بيان اخر يساعد في التعرف عليه والظروف التي احاطت بضياعه^(٢٥).

ومن الزام المالك بايراد رقم الصك يتضح ان النص مقصور على الصك المصرفي دون الصك الخطي . واما بخصوص الاتفاق المسبق بين كل من الساحب والمصرف على ضرورة الالتزام بالنموذج المصرفي فلا يمكن اعماله في الحكم ببطلان الصك الخطي بالنسبة الى الحامل القانوني الحسن النية وذلك استنادا الى مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية وان كان بإمكان المصرف الرجوع على الساحب لمخالفته هذا الاتفاق طبقا لقواعد المسؤولية المدنية وكما سيأتي بيان ذلك.

(٢٥) ينظر نص المادة ١٦٣ من القانون التجاري العراقي

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على امتناع المصرف عن الوفاء بالصك الخطي

من الثابت ان المصرف ملزم باداء قيمة الصك المسحوب عليه لدى الاطلاع متى كان قد اودع الساحب عنده مقابلا للوفاء وتم تقديم الصك خلال المدة المنصوص عليها قانونا^(٢٦)، اذ يبدأ المصرف بالاطلاع على الصك والتحري من كون الشخص الذي يبغى استلام المبلغ منه هو الحامل الشرعي للصك والا تعرض للوفاء مرة ثانية^(٢٧)، وفضلا عن ذلك يقتضي بالمصرف التأكد من توفر جميع البيانات الالزامية للصك^(٢٨) ومن كونها بيانات غير محرفة وان توقيع الساحب لم يجر عليه تزوير بالمقارنة مع نموذج التوقيع الموجود لديه^(٢٩)، ومتى ثبت نقص او تحريف في بيانات الصك او كان قد تم تقديمه خارج المدة القانونية، او لم يكن هناك مقابلا للوفاء لدى المسحوب عليه جاز لهذا الاخير الامتناع عن الوفاء به . غير ان التساؤل الذي يمكن ان يطرح في هذا الصدد هو مدى قدرة المصرف على الامتناع عن وفاء صك خطي قدم اليه خلال المدة المنصوص عليها في القانون وكان قد استوفى كافة بيانه الالزامية فضلا عن وجود مقابل وفاء مودع لديه من قبل الساحب .

لا اشكال في ان المصارف في ظل القوانين التي تبطل التعامل بالصك الخطي تستطيع الامتناع عن صرف الصك على اعتباره ليس من طائفة الاوراق التجارية اصلا ، وبإمكان المصرف اثبات ذلك في احتجاج عدم الوفاء ليعود الحامل القانوني بعدها على الساحب او على احد المظهرين للصك مطالب اي منهما بوفاء قيمة الصك . وايضا لا يذكر اشكال بالنسبة الى التشريعات التي اباحت التعامل بالصكوك الخطية اذ يلتزم المصرف عندها بالوفاء والا كان للحامل حق الرجوع عليه بالدعوى المصرفية او الرجوع على الساحب او احد المظهرين وذلك بعد قيامه بالاجراءات اللازمة للرجوع، غير ان الاشكال يظهر بالنسبة الى التشريعات التي لم تقصح عن موقفها من الصك الخطي وبالنسبة الى التشريعات التي اجازته غير ان المصرف قد اشترط على الساحب ابتداء باتباع النموذج المصرفي حصرا عند تحرير الصك اذ انقسم الفقه في بيان الاثر المترتب على عدم الوفاء بالصك الخطي في الفرضين الاخيرين وهو ما سنكرس هذا المبحث في تناولهما وذلك في مطلبين وكالاتي:-

المطلب الاول: الاثر المترتب على امتناع المصرف عن الوفاء في قبالة الحامل القانوني

هناك جملة اسباب بإمكان المصرف الاستناد اليها في امتناعه عن الوفاء بقيمة

(٢٦) ينظر المادة ١٥٥ من قانون التجارة العراقي

(٢٧) ينظر الفقرة ثالثا من المادة ١٨٦ من القانون التجاري العراقي

(28) Michel cabrillac- cheque émission et circulation- Juris classeur/commercial banque. 1975 ,fascicule 21, page : 14 et 15

(٢٩) د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٤٣٠-٤٣١ وانظر ايضا د. فائق الشماخ ، مصدر سابق ، ص ٩

الصك سواء أكان الامتتاع هذا في قبالة الساحب ام في قبالة الحامل القانوني (٣٠)، بيد أنه ليس من بين هذه الأسباب تحرير الصك على غير النماذج المصرفية (٣١) الأمر الذي يجعل من امتتاع المصرف عن الوفاء بالصك الخطي امتتاعاً لا يستند الى مبرر قانوني وهو ما يترتب عليه إلزام الحامل القانوني في حال امتتاع المصرف عن وفاء قيمة الصك اتباع الاجراءات التي نص عليها المشرع الخاصة بامتتاع المصرف عن الوفاء غير المشروع، والتي تتمثل في إلزام الحامل القانوني بإثبات هذا الامتتاع من ثم استعمال حقه في الرجوع على الملتزمين بالصك (٣٢) ، ويكون ذلك الإثبات اما من خلال بيان يكتبه المسحوب عليه على الصك ذاته يفيد معنى عدم وفاء القيمة والسبب الذي حدى بالمصرف الى الامتتاع عن الوفاء، واما في صيغة احتجاج يسحب من قبل الحامل القانوني للصك يثبت فيه امتتاع المصرف عن الوفاء والسبب الذي دعاه الى ذلك (٣٣) .

واما بصدد الصك الخطي فقد ثار الخلاف بشأنه فبين من يذهب الى عده من بين المبررات القانونية التي بإمكان المصرف الاستناد اليها في رفض الوفاء اذ ينعدم (٣٤) التزام المصرف صرفياً ازاء الحامل القانوني لا سيما في حال وجود اتفاق مسبق بين الساحب والمصرف على عدم تحرير الصك الا وفق النموذج المسلم اليه من قبل المصرف، وذلك على اعتبار ان الصك بحد ذاته تصرف انفرادي صادر من الساحب لمصلحة المستفيد ولا يمكن لإرادة هذا الساحب المنفردة ان تلزم المصرف المسحوب عليه الذي يعد اجنبياً اي من الغير بالنسبة للصك المسحوب والصك المظهر الى الحامل القانوني (٣٥) .

واما بصدد التزام المصرف بالوفاء للحامل القانوني لوجود مقابل وفاء لديه فيذهب هذا الاتجاه الى رفض اسناد مسؤولية المصرف الصرفية ازاء الحامل القانوني تبعاً لوجود مقابل الوفاء من عده، وذلك لعدم توافر الشروط القانونية الخاصة بمقابل الوفاء ، في حالة سحب الصك على ورقة عادية رغم الاتفاق على منع ذلك فمفهوم مقابل الوفاء المودع عند المسحوب عليه يأخذ حكم الدين النقدي الذي في ذمة المصرف المسحوب عليه لمصلحة الساحب وذلك على اعتبار ان الفرضية التي نحن بصدها تتمثل بوجود مبالغ نقدية للساحب مودعة لدى المسحوب عليه مقترنه باتفاق الطرفين على التصرف بهذه النقود بموجب صك مسحوب وفق نموذج محدد سبق وان سلمه المصرف للعميل في صيغة دفتر صكوك، عليه فان المبالغ النقدية المذكورة تكون قد خصصت كمقابل لوفاء الصك المسحوب من نموذج دفتر الصكوك وليس للصك المسحوب على ورقة عادية من خارج هذا الدفتر وكل ذلك بحكم الاتفاق والمتضمن منع سحب الصك على ورقة عادية .

ويزيد البعض على ما تقدم في عدم القاء المسؤولية على عاتق المصرف في

(٣٠) نصت المادة ١٥٠ من القانون التجاري العراقي على (يعتبر حائز الشيك القابل للتداول بطريقة التظهير حامله قانوناً متى اثبت انه صاحب الحق فيه بتظهيرات غير منقطعة ولو كان اخرها تظهيراً على بياض والتظهيرات المشطوبة تعتبر في هذا الشأن كأن لم تكن ...)

(٣١) بالنسبة الى التشريعات التي سكتت عن بيان موقفها من الصك الخطي كالقانون العراقي

(٣٢) ينظر نص المادة ١٦٩ من القانون التجاري العراقي

(٣٣) ينظر نص الفقرة اولا من المادة ١٦٩ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤

(٣٤) د. فائق الشماع، مصدر سابق ، ص ١٢

(٣٥) د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ٨٢

حالة الامتناع عن الوفاء للحامل القانوني ان الشرط الذي سبق وان تم الاتفاق عليه بين المصرف والساحب له مفعول المعارضة في الوفاء من جانب الساحب ومن ثم فما على المصرف سوى تجميد قيمة الصك لديه الى ان تصدر المحكمة امرا بناء على طلب المستفيد او الحامل القانوني لرفع المعارضة^(٣٦).

وعلى نقيض ما تقدم يذهب البعض^(٣٧) الى عدم استطاعة المصرف رفض الوفاء بالصك المحرر للنص الصريح على امكانية تحريره على ورقة عادية ولا يستطيع التذرع بحجة وجود شرط مسبق يقضي بعدم جواز سحب صك على ورقة عادية استنادا الى مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية من جهة والى تجريد الالتزام بالورقة التجارية من الدفع من جهة اخرى متى ما كان الحامل حسن النية لا يعلم بالاتفاق الذي تم مع العميل^(٣٨) ، وبمعنى اخر ان الاتفاق بين المصرف والعميل على عدم صرف الصك المسحوب على ورقة عادية لا يتعدى اثره الى حامل الصك الذي يحق له المطالبة بقيمة الصك متى وجد له مقابل وفاء ويلزم المصرف بإيجابية الحامل في السداد على اعتبار ان الحامل هو المالك لمقابل الوفاء^(٣٩).

وتعصيذا لما تقدم يذهب البعض^(٤٠) الى ان العلاقة القانونية بين حامل الصك والمصرف سرعان ما تنشأ بمجرد استلام الحامل القانوني الصك من الساحب اذ تنتقل عندها ملكية مقابل الوفاء الى الحامل القانوني الامر الذي ينزل الحامل القانوني منزلة الدائن للمصرف بمبلغ مقابل الوفاء ، وبالاستناد الى ما تقدم يكون للحامل القانوني اما الرجوع على كافة الضامنين للصك للمطالبة باداء قيمته وذلك بعد مطالبته المصرف بتنظيم احتجاج عدم الوفاء ، ويتم في هذه الحالة اعمال قاعدة تجريد الالتزام الصرفي من الدفع فلا يحق للضامنين التمسك في قبالة الحامل القانوني بما لهم من دفع ازاء المصرف ، واما مقاضاة المصرف بصفته المالك لمقابل الوفاء ويحق للمصرف عندها التمسك بكافة الدفع التي كان يستطيع التمسك بها اتجاه الساحب كالادعاء ببطلان العلاقة القانونية السابقة على تحرير الصك او ان يدعي بسداد الدين الذي في ذمته لساحب ، ولا يتعرض الحامل القانوني لمزاحمة دائني الساحب في حال استحصال قيمته من المصرف على اعتبار ان الحامل القانوني هو المالك الحقيقي لهذا المبلغ .

وقد تتعدم خيارات الحامل القانوني فلا يبقى امامه سوى مطالبة المصرف قضائيا وذلك في حالة انقضاء دعوى التقادم الصرفي التي يرفعها الحامل القانوني على الساحب والمظهرين ، او سقوط حقه بالرجوع عليهم بسبب عدم مراعاة الاجراءات القانونية التي قام المشرع بوضعها .وأما في حالة افلاس المصرف قبل تقديم الصك اليه فان حق الحامل

(٣٦) ابراهيم بكر ، الاحكام القانونية لحماية الشيك ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ١٩٨٣ ، ص ١٨ وما بعدها

(٣٧) محمد محمود المصري ، في احكام الشيك من الناحيتين المدنية والجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص ٨٦

(٣٨) د. فائق الشماخ ، مصدر سابق ، ص ١٢ وانظر ايضا د. محمد عودة الجبور ، الحماية الجزائية للشيك في القانون الاردني ، ط ١ ، مطبوعات جامعة مؤتة ، الكرك ، ١٩٨٩ ، ص ٢٢-٢٣

(٣٩) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٥٣ وانظر ايضا د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٩٣ ، ص ٨٣

(٤٠) عيسى طایل عواده ، الاثار القانونية لخصم الاوراق التجارية ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٢ ، ص ١١٦

القانوني في مقابل الوفاء لا يتأثر اذ سيشتك في التقليل مع بقية الدائنين والخضوع الى قسمة الغرماء .

ومن جانبنا نعتقد بعدم استطاعة المصرف الامتناع عن الوفاء متى تم تقديم الصك الخطي من قبل الحامل القانوني الحسن النية وبغض النظر عن وجود او عدم وجود اتفاق مسبق بين المصرف والساحب ، وذلك بالاستناد الى عدم وجود نص يجعل من الصك الخطي احدى مبررات رفض الوفاء وبالاتناد الى مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية الذي يجعل من الصك الخطي تصرفا قانونيا مستقلا عما ترتبه اي علاقة قانونية سابقة .

المطلب الثاني: الاثر المترتب على امتناع المصرف عن الوفاء بالصك الخطي بالنسبة للساحب

يذهب البعض^(٤١) ممن نادى ببطلان الصكوك المحررة على غير النماذج المصرفية تبعا لوجود اتفاق مسبق بين المصرف المسحوب عليه والساحب الى عدم تحميل المصرف اية مسؤولية صرفية عن هذا الامتناع على اعتبار انه امتناع عن السداد في ورقة تجارية باطلة قانونا .

وبخلاف ما تقدم يذهب البعض الاخر^(٤٢) الى عدم امكانية المصرف الامتناع عن الوفاء بقيمة الصك حتى وان كان هناك اتفاق مسبق على وجوب استعمال العميل دفتر الصكوك ، ويستند هذا الاتجاه الاخير في رأيه الى مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية اذ يلزم وبحسب هذا الرأي ان يكون الصك واضحا بذاته ولا يحيل الى اي وقائع او اتفاقيات

(٤١) د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق ، ص ١٢٠ وانظر ايضا د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري - الاوراق التجارية والافلاس ، بدون دار نشر ، ١٩٨٢ ، ص ٢٥٣ وانظر ايضا معوض عبد التواب ، الوسيط في جرائم الشيك ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٢٥ ، نقلا عن د. اكرم ياملي ، المصدر ذاته ، ص ٢٩٠ ، د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص ٣١٣ وما بعدها ، د. فوزي محمد سامي ، د. فائق محمود الشماع ، المصدر ذاته ، هامش رقم ٣ ، ص ٣٢٠ وما بعدها ، د. محمد حسن الجبر ، مصدر سابق ، ص ٢ ، د. محمد بن بلعيدا منو الوطبي ، الاوراق التجارية المعاصرة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ٢٠٠٦ ، ص ١٤٧ ، د. عرفات عبد الفتاح تركي ، الوجيز في احكام الشيك ، الطبعة الاولى ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ٢٠١٤ ، ص ٢٠١ ، د. محمد محمود المصري ، احكام الشيك مدنيا وجزائيا ، ط ٣ ، المكتب العربي الحدي ٣ ، الاسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٠٢ ، د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٤٣٠-٤٣١ وانظر ايضا د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص ٩ ، د. فوزي محمد سامي ود. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص ، ينظر نص المادة ١٦٩ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، محمد محمود المصري ، في احكام الشيك من الناحيتين المدنية والجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٣ ، ص ٨٦ ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص ١٢ وانظر ايضا د. محمد عودة الجبور ، الحماية الجزائية للشيك في القانون الاردني ، ط ١ ، مطبوعات جامعة مؤتة ، الكرك ، ١٩٨٩ ، ص ٢٢-٢٣ ، د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ٥٣ وانظر ايضا د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ١٩٩٣ ، ص ٨٣ ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص ١٢ ، د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ٨٢ ، ابراهيم بكر ، الاحكام القانونية لحماية الشيك ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ١٩٨٣ ، ص ١٨ وما بعدها ، د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ١٢

(٤٢) د. اكرم ياملي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٠

خارجة عنه^(٤٣). ويستطيع الساحب الرجوع على المصرف بدعويين الاولى هي الدعوى المدنية والثانية هي الدعوى المصرفية وله الحق في اختيار ايهما افضل له وانسب. وتبعاً لما تقدم وبحسب هذا الرأي يحق للساحب مقاضاة المصرف ومطالبته بمقابل الوفاء الذي لديه فضلاً عن التعويض عما تسببه المصرف من اضرار مادية ومعنوية ويشترط ان ترفع الدعوى خلال مدة امدها ٣ سنوات والا تكون مشمولة بالتقادم المصرفي ، مع ملاحظة ان تقادم الدعوى المصرفية لا يحول بين الساحب وبين مقاضاة المصرف بالاستناد الى العلاقة القانونية السابقة على تحرير الصك .

وقد اختلف الفقه في تأسيس مسؤولية المصرف عند امتناعه عن الوفاء بالصك الخطي للساحب تجاه الساحب ، حيث انقسموا الى فريقين الاول يتمثل في الاتجاه اللاعقدي والذي يؤسس مسؤولية المسحوب عليه على فكرة مخاطر المهنة ، ومفاد هذه النظرية انه في حالة وجود نشاط من الممكن ان ينشأ عنه ضرر يكون صاحبه مسؤول عن التعويض للغير عما اصاب الاخير من ضرر وفقاً لقاعدة الغرم بالغنم .والتي بموجبها يكون الشخص المستفيد من العمل او النشاط الذي يمارسه ملزماً بالتعويض عنه .

وتنتقد هذه النظرية على اعتبار انها ترتب مساوئ متعددة على اكثر من صعيد في الحياة ، فمؤدى هذه النظرية تحميل الشخص كافة الاضرار التي تلحق الغير نتيجة نشاطه على وجه الاطلاق ، وهو ما يعني شلل الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية ، فبتوسيع نطاق المسؤولية وجعلها مبنية على مجرد الغنم ، وهو ما يؤدي الى نوع من الجمود الاقتصادي المرفوض اجتماعياً ، خاصة وان العدالة تقضي ان نعمل على تحقيق قدر من التوازن بين ما يغنمه الشخص من الشيء وما يرتب على هذا الشيء من اخطار وذلك على اساس التوازن المعقول وليس المصطنع والمطلق والاحتمال الاشخاص مسؤولية شديدة تقضي على روح المبادرة لديه .

اما الفريق الثاني فقد كان مع الاتجاه العقدي ليغدو مبنياً على فكرة الخطأ العقدي حيث ان اساس العلاقة بين الساحب والمصرف هو العقد المبرم بين بينهما والذي من اهم التزاماته مكنة سحب صكوك من الرصيد الموجود في المصرف على ان يكون لدى الساحب مقابل وفاء يكفي لأداء مبلغ الصك وقت انشاءه طبقاً لاتفاق صريح او ضمني فيما بينهم. وبحسب هذا الرأي يمكن للعميل سحب صكوك من الرصيد الموجود في المصرف على ان يكون لدى الساحب مقابل وفاء يكفي لأداء مبلغ الصك وقت انشاءه طبقاً لاتفاق صريح او ضمني فيما بينهم .

واعمالاً لقواعد المسؤولية العقدية فان التعويض عن الضرر سيشمل ما قد اصاب الساحب من ضرر نتيجة امتناع المصرف عن الوفاء وما قد لحق باعتباره المالي من اذى على ان تكون قيمة التعويض مساوية لقيمة الضرر وتعتبر المحكمة هي الجهة المسؤولة

(٤٣) د. عدنان محمد ، القانون التجاري والافلاس والصلح الاحتياطي ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢١١ .

عن تقييم مقدار الضرر .

ومن جانبنا نعتقد ان المصرف ملزم بسداد قيمة الصك الخطي الى الساحب متى استوفى كافة بياناته الالزامية وكان هناك مقابل وفاء مودع لديه يكفي لسداد قيمة الصك ولا يمكن الركون الى ما اعتادت عليه المصارف من رفض وفاء قيمة الصك الخطي واعتباره عرفا تجاريا ملزما ، وذلك على اعتبار ان المواد الخاصة بقانون الصرف استثنائية لا يجوز التوسع فيها .

ويستثنى مما تقدم في اعلاه حالة وجود اتفاق مسبق بين الساحب والمصرف على عدم تحرير صك الا طبقا للنموذج الذي تم تسليمه الى الساحب وذلك على اعتباره من الشروط المؤطرة للعملية المصرفية ككل والمتمثلة بالإيداع النقدي والسحب منه يدويا او بطريقة الصكوك .

الخاتمة

حري بنا ونحن نشرف على نهاية بحثنا ان نجل بختمة ابرز ما توصل اليه البحث من استنتاجات وما نراه بصدها من توصيات وكالاتي :-

اولا :- الاستنتاجات

١. لم يشترط المشرع العراقي تحرير الصك على وفق النموذج المصرفي وعلى خلاف القانون التجاري المصري .
٢. ميز المشرع العراقي الصك المحرر على وفق النموذج المصرفي بالحماية حينما اشترط للإبلاغ عن الصك الضائع ذكر رقم الصك في الطلب المقدم الى المصرف المسحوب عليه .
٣. لا يستطيع المصرف المسحوب عليه الامتناع عن صرف الصك الخطي الى الساحب الا في حالة ما اذا كان هناك اتفاق مسبق معه يقضي بعدم سحب الصك الا على وفق النموذج المصرفي .
٤. لا يستطيع المصرف الامتناع عن صرف الصك الخطي في حالة ما اذا تقدم به الحامل القانوني الحسن النية حتى في حالة وجود اتفاق مسبق مع الساحب يقضي بعدم سحب الصك الا على وفق النموذج المصرفي وبخلاف ذلك يستطيع الحامل القانوني بعد اثبات الامتناع عن الوفاء مقاضاة المصرف على اساس الدعوى المصرفية .

ثانيا :- التوصيات

١. تعديل نص الفقرة اولا من المادة ١٤٠ من القانون التجاري العراقي لتكون كالاتي :- «الشيك الصادر في العراق والمستحق الوفاء فيه لا يجوز سحبه الا على مصرف والورقة المسحوبة في صورة شيك على غير مصرف او المحررة على غير نماذج المصرف المسحوب عليه لا تعتبر شيكا».
٢. تعديل نص الفقرة ثالثا من المادة ١٤٢ لتكون كالاتي :- «لا يجوز للمسحوب عليه رفض اعتماد الشيك المسحوب على وفق النموذج المصرفي اذا طلب منه الساحب او الحامل ذلك وكان لديه مقابل وفاء يكفي لأداء مبلغ الشيك».

القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا بين التنظيم والفراغ القانوني

THE EXTENT OF THE EFFECTIVENESS OF PUBLIC ORDER AGAINST
THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION COURT

م.د. أرميض عبيد خلف
جامعة تكريت - كلية التربية للبنات

المستخلص:

مما لا شك فيه أن عالمية الاقتصاد والتجارة الدولية والانفتاح العالمي زاد من دخول أطراف عالمية في تعاقدات مع بعضهم البعض، كما أن كبر حجم وتعقيدات العمليات التجارية الدولية أدى إلى ازدياد الحاجة إلى استخدام الكثير من الخطابات بين التجار المتفاوضين سابقة على التعاقد. فمثلاً في العقود الكبيرة مثل عقود إنشاء البنية التحتية وعقود بيع وتركيب المصانع وعقود الإنشاءات وعقود تسليم المفتاح وعقود نقل التقنية، فإن الوصول إلى اتفاق حول إبرام العقد يتطلب مئات الخطابات المحررة بعد قبول العرض بالتفاوض، لطول المدة التي يستغرقها إبرام العقد، وتركز تلك الخطابات على التأكيد على النية في التفاوض، وعلى جميع ما يتطلبه إبرام العقد النهائي من وسائل فنية وموافقات حكومية ودراسات ومناقشات ودخول طرف ثالث، والتزامات السرية والاعلام وعدم التفاوض مع الغير، فخطاب النية يُعد أحد المحررات أو المستندات التي يتم إعدادها قبل صياغة وثيقة العقد النهائية. وهذا الخطاب من المستندات التي يتوصل لها الأطراف ويتفقون عليها أثناء التفاوض أو خلال المرحلة الأخيرة التي تسبق عملية التوقيع على العقد النهائي، فخطاب النية يدل دلالة ضمنية على نية مستقبلية لتوقيع العقد، إلا أن المشكلة فيما لو لم يتوصل الأطراف إلى إبرام العقد النهائي، فما مصير خطاب النية، الذي يتضح من تسميته أنه يدل على عدم الالتزام، فما مصير تلك الخطابات التي صدرت والمناقشات والنفقات والوقت والجهد، تكاد تجمع أغلب الدول على انتفاء أي قيمة قانونية لتلك التصرفات سواء كانت فردية (صادرة بإرادة منفردة) أو ثنائية (بإرادتين)، واعتبارها وقائع مادية ملموسة، يترتب على الإخلال بها المسؤولية التقصيرية في حال أثبات وقوع الضرر من قبل الطرف المتضرر، ويتحدد وفق ذلك القانون الواجب التطبيق وفقاً لأحكام الالتزامات غير التعاقدية، فخطابات النية أو وعود الشرف أو التوصيات التعاقدية أو الالتزامات الأدبية أياً كانت التسمية التي تطلق على تلك الخطابات فإنها تمثل المحور الأساسي للمفاوضات، والأخيرة لم تنظم قانوناً في التشريعات الوطنية والدولية لحد الآن تعاني من فراغ تشريعي رغم ترك بعض الدول مسألة تحديد مدى وجود التزام تعاقدي من عدمه إلى الفقه والقضاء.

Abstract

Undoubtedly, the globalization of the economy and international trade and global openness increased the entry of international parties into contracts with each other, and the large size and complexity of international trade operations led to an increase in the need to use a lot of documents between contracting traders before the contract was concluded. For example, in the big contracts such as contracts for the construction of infrastructure, contracts for the sale and installation of factories, construction contracts, turnkey contracts and technology

transfer contracts, reaching an agreement on concluding the contract requires hundreds of letters written after accepting the offer by negotiation, for the length of time that it takes to conclude the contract, and these letters focus on confirmation The intention to negotiate, and all the technical means required for the conclusion of the final contract, government approvals, studies, discussions, third party entry, commitment to the media obligations, and non-negotiating with others. The letter of intent is one of the documents or documents that are prepared before drafting the final contract document. This letter is one of the documents that the parties reach and agree upon during negotiation or during the last stage that precedes the process of signing the final contract. The letter of intent, which is clear from its name, indicates that it is not obligatory, so what is the fate of those letters that were issued, the discussions, the expenditures, the time and the effort, almost all countries agree on the absence of any legal value for these actions, whether they are individual (issued by a single will) or bilateral (with two wills), and consider them Concrete material facts, the breach of which entails tort liability in the event that the damage is proven by the injured party, and the applicable law is determined in accordance with the provisions of non-contractual obligations, letters of intent, honor promises, contractual recommendations or moral obligations, whatever the name given to those The letters represent the main axis of the negotiations, and the latter has not been legally regulated in national and international legislation so far. It suffers from a legislative vacuum, although some countries have left the issue of determining the extent to which there is a Contractual obligation to the judicial authority.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

لعل أفضل ما ندلل به على موضوع البحث في القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا التي تتداول في المرحلة قبل التعاقدية في العقود الدولية، أن العقود الدولية أصبحت عقود مركبة ولم تُعد بالبساطة التي كانت عليها من قبل والتي كان ينعقد العقد بمجرد الاتصال الفوري بين الإيجاب والقبول، بل بات يسبقها مشاورات كثيرة تأخذ وقتاً طويلاً يتبادل فيه الاطراف الآراء والمقترحات، وهذه المرحلة قبل التعاقدية هي المرحلة الفاصلة بين تكوين العقد والعقد النهائي، فهذه المرحلة اصبح لها شأن كبيراً وتشغل بال اطراف موضوع الدراسة فيما إذا كان هذا العقد الدولي يلبي احتياجاتهم، فالأطراف لديهم الحرية التعاقدية الكاملة في اي مرحلة من مراحل العقد سواء مرحلة قبل التعاقدية أو مرحلة التعاقد، لكن المرحلة التعاقدية هي التي تظهر فيها مطابقة الايجاب للقبول، أما المرحلة قبل التعاقدية هي تعبير عن رغبة الشخص في التعاقد ولا يصح أن تكون ارادة باطنية أو مسالة كامنة داخل النفس، بل لابد من تصرفات خارجية صريحة ومكتملة الشكلية حتى يصبغ عليها الطابع القانوني، فخطابات النوايا أو خطاب النية هي التي تعبر عن إرادة حقيقية للأطراف في الرغبة بالتعاقد، متى ما ظهرت للاعيان مكتوبة بطريقة لا تقبل الشك والتأويل، وكثيرا ما يقع الخط بين النية والإرادة فيجعل منهما شيء واحداً، بيد أن الأمر على خلافه، ذلك أن القول بأن النية هي الإرادة، فإن ذلك يعني تقرير لها طبيعة موضوعية ، بخلاف الواقع الذي يشهد بأن للنية طبيعة ذاتية بحتة، لا حاجة لإظهارها لأنها غير ظاهرة إلى العالم الخارجي لكي تترتب عليها الآثار القانونية. فهي الرغبة في الحصول على شيء معين ، وهذا الشيء في العلاقات التعاقدية يفترض أن يكون عائداً إلى شخص آخر غيره، وهو عندما يرغب في هذا الشيء عليه أن يطلبه من مالكه ، أو أي شخص ذو صفة، وإلا فلا تعتبر رغبته هذه، أو بالأحرى إرادته تعاقدية ، إذ أن الإرادة متوجهة إلى شخص آخر معين بخلاف النية التي هي قرار مع النفس غير متوجهة إلى شخص آخر.

ثانياً: اهمية البحث:-

تتجلى اهمية البحث في تزايد المشكلات التي تثيرها المرحلة قبل التعاقدية، من خلال عدول احد الطرفين في أي وقت ودون أدنى مسؤولية أيا كان مسلكه في هذا العدول وأيا كان الضرر الذي لحق الطرف الاخر، وهذا ما ينسجم مع مبدأ الحرية التعاقدية في العلاقات الدولية الخاصة، لكن في المقابل لابد من توفر الامن لهذه الحرية التعاقدية، فالموضوع ينصب على عقود دولية تستغرق وقت طويلاً وجهد ونفقات كبيرة كعقود تشييد المطارات وبناء انفاق المترو وعقد تسليم المفتاح باليد وعقود الانشاءات اي العقود التي تتطلب تكاليف مالية باهضة، وهذا ما يكلف المتفاوض عليها سواء كان رؤساء شركات

او رجال اعمال تكاليف مالية كبيرة تتمثل في مصاريف السفر وتحديد مكان الاجتماع وطلب خبراء وفنيين، وهذه العملية تتخللها مراسلات وخطابات وهذه ما تعرف بخطابات النوايا او عهود الشرف، ويكون المتفاوض بحاجة الى ما يضمن له جدية التفاوض ويكفل له المحافظة على امواله ومجهوداته من الضياع خاصة وأن القانون لم ينظم هذه العملية بنصوص خاصة، وانما تركها للقضاء والذي لا يعبا عادة بالتفاوض، فالتوفيق بين عامل الحرية التعاقدية وعامل الامان يتطلب صياغة الخطابات او المراسلات الكتابية بصورة صريحة وواضحة للحفاظ على حقوقهما والتزامتهما.

ثالثاً: إشكالية البحث:

إن اشكالية البحث تنطلق من عنوانه وهو القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا بين التنظيم والفرغ القانوني، فالفرغ التشريعي كان سائداً في المرحلة قبل التعاقدية أو ما تسمى مرحلة المفاوضات، فالتشريعات المقارنة لم تتصدى لهذه المسألة بالنصوص صريحة أو بالأحرى لم تنظمها اطلاقاً ولا تمنحها إي قيمة قانونية عند بعض الدول، فالبحت بهذا الموضوع جاء لمحاولة كشف التنظيم القانوني لخطابات النوايا في قوانين الدول وموقف القضاء والفقهاء القانوني من ذلك.

رابعاً: منهجية البحث:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي، وذلك بتحليل خطابات النوايا وبيان اسلوب صياغتها ومضمونها، من خلال البحث في المؤلفات العامة والتخصصية والقوانين المقارنة وشبكة الانترنت، واعتمدنا ايضا المنهج المقارن لبيان موقف التشريعات الوطنية بشأن التنظيم القانوني لخطابات النوايا، وما اذا كان هناك اختلاف فيما يتعلق بخطابات النوايا او تتفق تلك التشريعات على رؤية واحدة تجاه تلك الخطابات، وكذلك المنهج التأصيلي برد الفروع الى اصولها وذلك الرجوع الى النظريات العامة التي تحكم العقود سواء في القانون العراقي او غيره من القوانين الاخرى.

المبحث الاول

ماهية خطابات النوايا وقيمتها القانونية

تمهيد وتقسيم:

إن التطور الصناعي والعمراني الكبير في العصر الحديث، أظهر العديد من العقود الدولية التي لم تكن مألوفة من قبل، كعقود البنى التحتية، وإنشاء مترو الانفاق، ومحطات الطاقة بنظام ال B.O.T ، والتي تتميز بالتعقيد وطول مدة تكوينها أو انعقادها، والتي يصعب معها ابرام العقد بمجرد الايجاب والقبول^(١)، فهذه العقود تحتاج الى مفاوضات سابقة لانعقادها، وخطابات النوايا تُعد المحور الرئيسي لمفاوضات العقود الدولية، فهي مستندات بالغة التعقيد والتنوع في مضمونها، وسنقوم في هذا المبحث بتسليط الضوء على خطابات النوايا من حيث تعريفها ومضمونها وبيان صورها وخصائصها، ومن ثم قيمتها القانونية، وذلك في مطلبين، وعلى النحو التالي:-

المطلب الاول: تعريف خطابات النوايا

خطابات النوايا مستندات مختلفة المضامين ومتنوعة الصور لا تجتمع في صيغة موضوعية واحدة، تختلط فيها فكرة الاخلاق بالقانون من حيث حسن النوايا في صيغة خطابات النوايا^(٢)، وقد يتضمن خطاب النوايا مقترحات من أحد طرفي العقد المحتملين أو من كليهما، كما قد يتضمن تعهد أحدهما بأن يقوم بعمل معين، يتم تحرير تلك الخطابات في المرحلة السابقة على التوقيع النهائي على العقد. وهذا ما يزيد في أهمية رسائل النوايا، بحيث يتم تسجيل ما يدور في المفاوضات من محادثات وما يعرض فيها من بيانات ومستندات في هذه الأخيرة، ولذلك فإن كل هذه الخطابات هي وسيلة لإثبات الاتفاقات الأولية ، وإن كانت لا تصل إلى مرحلة أن توصف بأنها ارتباط عقدي إلا في الحالات النادرة التي تتضمن فيها عقوداً حقيقية ولكن محرريها يصفونها بأنها خطابات نوايا^(٣)، وهذه الخطابات بالغة التعقيد في عمومها، وهذا ما يعكس صعوبة تعريفها ، سوف نقوم بتسليط الضوء في هذا المطلب على مدى تضمين التشريعات الوطنية والدولية تعريف لخطابات النوايا، وكذلك بيان صورها وخصائصها وأساليب صياغتها، وعلى النحو التالي:

الفرع الاول: تعريف خطابات النوايا

إن خطابات النوايا كما اسلفنا هي مستندات بالغة التنوع في فحواها ومضمونها، وهذا يعكس صعوبة تعريفها لاختلاف مضمونها من خطاب الى اخر، ولا يوجد خطاب

(١) إن حسن النية هي مسألة كامنة في النفس ولا يمكن التحقق منها، أما تسمية خطابات النوايا فيها نوع من التضليل والغموض واللبس فهي مسألة يتطلب البحث فيها في بحث خاص، ولكن قد يكون من اراد هذه التسمية ان تنسم خطابات النوايا بحسن النية أي أن يكون طرفا التفاوض لديهم حسن النية في التعامل من خلال مراسلاتهم المتبادلة من أجل ابرام عقد مستقبلي، فالخطابات تعبر عن حقيقة الشخص في ابرام العقد، ينظر في ذلك، د. عقيل فاضل حمد الدهان، منذر ابراهيم حسين، الاطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة ال البيت عليهم السلام ، العدد٨، ص ٥٥. (٢) ينظر في ذلك، مها محسن علي السقا، مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط١، ٢٠١٦، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص ٣٢. (٣) ينظر في ذلك، محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية ، ع ٢) مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص ٢٥.

واحد يشمل خطاب معين وبذلك سميت خطابات النوايا^(٤)، فالتشريعات الوطنية لم تضع أو لم تشر بالأصل تعريف للمرحلة قبل التعاقدية التي تسمى مرحلة المفاوضات التي يمكن من خلالها ايجاد تعريف لخطابات النوايا، وكذلك القواعد الموضوعية الاتفاقية الدولية التي وردت في اتفاقتي لاهاي ١٩٦٤ واتفاقية فيينا ١٩٨٠ لم تنطرق اصلا الى تعريف المرحلة قبل التعاقدية (المفاوضات) حتى يمكن وضع تعريف لخطابات النوايا، فخطابات النوايا يصعب تعريفها فهي تختلف من قانون الى آخر، بل ومن متعاقد الى آخر، حتى أن الاحكام القضائية سواء على مستوى التشريعات المقارنة أو أحكام التحكيم الدولية^(٥) لم تتضمن هي الاخرى تعريفا لخطابات النوايا.

إلا أن في نهاية المطاف نجد محاولات من بعض الفقه لتعريف خطابات النوايا^(٦) عرفها بعض الفقه من خلال الدور المناط بها بانها وسيلة اثبات ما تم بين الاطراف في مرحلة المفاوضات « فخطابات النوايا هي الوسيلة التي يتأكد بها ما تم الاتفاق عليه في المفاوضات ومن ثم عدم امكانية العدول عنه.

ويذهب البعض الآخر إلى تعريف خطابات النوايا بانها « خطابات يحدد فيها احد الطرفين للأخر مسألة حالية او مستقبلية في المفاوضات تبذو في تقديره هامة، بما يقتضي التحوط لها بمستند مكتوب^(٧) وذهب جانب اخر من الفقه الى تعريفه بما يتناسب مع مسماه بانه « مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الاخر يعرب فيه عن رغبته تلك، وي طرح فيها الخطوط العريضة للعقد المستقبلي المزمع إبرامه ويدعو الى التفاوض والدخول في مفاوضات حولها^(٨) ويمكن تقديم تعريف له بانه (وثيقة مكتوبة قبل العقد النهائي تعكس الاتفاقات أو الفهم المبدئي لطرف أو اكثر من اطراف التعاقد التجاري بغية الدخول في عقد مستقبلي)^(٩) ويمكن من جانبنا تعريفها بانها « مستند مكتوب ينطوي على توجه طرف الى طرف اخر للبحث في امر معين بغية الوصول الى ابرام عقد نهائي من خلال التباحث حول المسائل التي يدور حولها العقد بغية ابرامه». وبالتالي فان المستند الذي لا يتضمن ما يفيد ابداء الرغبة في التعاقد ، ولا ينطوي على النقاط الأساسية للتعاقد ولا يرسم الخطوط العريضة المستقبلية لعملية التعاقد، ولا يشتمل على دعوة الطرف الاخر للالتقاء والجلوس سويا للتداول حولها، لا يعتبر خطاباً للنوايا بل يسمى باسمه.

(٤) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الامن والقانون اكااديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشر، العدد الاول يناير، ٢٠٠٣، ص ١٠.

(٥) ينظر في ذلك، مها محسن علي السقا، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٦) راجع في ذلك، د. وائل حمدي احمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، ص ٣٤٥.

(٧) ينظر في ذلك، د. ابو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٢،

(٨) راجع في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية، قانون الارادة وأزمته)، دار النهضة العربية القاهرة، ص ٣٤.

(٩) هذا التعريف اكثر ملاءمة وموضوعية لهذه الخطابات، للمزيد في ذلك راجع د. وائل حمدي احمد، مصدر سابق

ص ٣٤٥.

الفرع الثاني: صور خطابات النوايا وخصائصها وصياغتها

تتخذ خطابات النوايا العديد من الصور، وتتمتع بجملة من الخصائص نوجزها من خلال الفقرتين التاليتين :-

أولاً:- صور خطابات النوايا:- قد يتبادل اطراف التفاوض العديد من خطابات النوايا خلال المرحلة قبل التعاقدية تتخذ العديد من المسميات بتعدد اغراضها ومعانيها واختلاف مضمونها وصورها، فعلى سبيل المثال لا الحصر:-

١. خطاب إستعلافي تبادلي:- حيث يقتصر على مجرد طلب معلومات أو الرد على استفسارات محددة بشأن العملية التعاقدية، فهو يعبر رغبة بمشروع تلك العملية دون اي نية في الدخول بالمفاوضات^(١٠).

٢. خطاب للدعوة للبدء في التفاوض:- إن الراغب في التفاوض كثيرا ما يقوم بتوجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن هذا العقد تمهيدا لإبرامه، وهذا ما يطلق عليه الدعوة إلى التفاوض، حيث لا تتضمن تلك الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بل مجرد التعرف على من يستجيب لدعوته ليدخل معه التفاوض حول مضمون العقد المرغوب فيه^(١١) ويقتصر فيه التفاوض على الشروط الخاصة والمسائل التفصيلية النوعية والمتغيرة واطهار النية الجادة في التعامل من خلال اتخاذ التدابير اللازمة كالحصول على موافقة الجهات الحكومية والمؤسسات المصرفية لتمويل المشروع.

٣. خطاب الاتفاق المبدئي الحر:- هو الاتفاق الذي يتم توجيهه خلال المفاوضات، ويثبت فيه اتفاق الطرفين على بعض الالتزامات التي تكون مستقلة عن تلك الواردة في العقد النهائي المزمع إبرامه، كالخطاب الذي يتضمن الاتفاق على عدم قطع المفاوضات دون سبب معقول، وعدم افشاء الاسرار حول ما يدور من دراسات للجوانب المالية والفنية والتنفيذية للصيغة، وكذلك الخطابات التي تتضمن عدم الدخول في مفاوضات موازية، والالتزام بالتحكيم.

٤. خطاب الاتفاق المبدئي التعاقدية: هو الخطاب الذي يصدر بعد مرحلة كبيرة من المفاوضات تم التوصل فيها الى أمور ونقاط أساسية او تصور لمشروع تفاصيل العقد النهائي، وهذا ما يطلق عليه مذكرة التفاهم أو مذكرة الاتفاق^(١٢) ويحرص من يصدر منه الخطاب على التأكيد على أن ذلك غير ملزم للطرفين إلا بعد توقيع العقد النهائي أو استيفاء بعض الشروط أو حدوث امر معين مثل الحصول على تسهيل ائتماني أو قرض معين أو استغلال براءة الاختراع أو الاتفاق مع الموردين للبدء في تصنيع أو تصميم المعدات أو الآلات.

٥. خطاب مشروع العقد النهائي: وهو الخطاب الذي يأتي بعد التوصل لتصور

(١٠) ينظر في ذلك، د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديد للنشر الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٤٢.

(١١) ينظر في ذلك، ماجي سعاد، خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الالتزامات «دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة»، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابو بكر بلقايد- تلمسان، ص ١٣.

(١٢) راجع، د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، مصدر سابق، ص ٤٣.

كامل لمشروع معين وبنود العقد النهائي، غير أن التوقيع على العقد النهائي والبدء في تنفيذه معلق على بعض الشروط أو حدوث أمر معين. وهذا ما يحدث في شأن عقود نقل التكنولوجيا، والتقيب على الثروات الطبيعية، لا يتم التوقيع على العقد النهائي وتنفيذه إلا بعد الحصول على التراخيص الخاصة باستغلال براءة الاختراع أو المعرفة الفنية، والتراخيص الإدارية لمباشرة النشاط والدخول إلى الموقع، أو الحصول على تسهيل ائتماني أو قرض من إحدى المؤسسات المالية^(١٣).

ثانياً: خصائص خطابات النوايا: إن خطابات النوايا رغم تعدد أشكالها، وكذلك تباين تفاصيل مضمونها إلا أنها تشترك في جملة من الخصائص نوجزها من خلال النقاط التالية:

١. خطابات النوايا تأخذ شكل مستند مكتوب، رغم اختلاف أشكالها ومضامينها، فلا يمكن أن تتم شفاهه، فالعبرة بالكتابة لتحديد مضمون المحتوى من حيث أهميته من عدمه.
٢. خطابات النوايا أو المستندات قبل التعاقدية في مجملها تلخيص للخطوات أو النقاط الرئيسية التي استقر عليها أطراف التفاوض^(١٤) دون أن يؤثر ذلك على امكانية الغائها كلياً أو تعديلها في المرحلة المستقبلية.
٣. خطابات النوايا هي التي تحدد امكانية قطع المفاوضات وفق ما تحويه من مضمون، لأن تقوم على مبدأ حرية الأطراف في العملية التعاقدية.
٤. خطابات النوايا لا يترتب عليها مسؤولية تعاقدية، كونها لا ترتقي إلى مستوى العقد، إلا انها تستلزم التعامل بحسن نية من كل الطرفين.

الفرع الثالث: صياغة خطابات النوايا

في ظل عدم وجود تعريف وتنظيم قانوني محدد لخطابات النوايا لحد الان. وليس من السهل وضع تنظيم قانوني لها، فإن صيغ خطابات النوايا تلعب دور في تفسير النية الحقيقية للطرفين وجديتها، وهذه تسهم في تسهيل عملية التفاوض وطمأنة الطرف المتلقي للخطاب بجدية تعامله وأنه يرغب في التعاقد على انجاز المشروع، وخطاب النوايا قد يستخدم لوضع الإطار العام للمفاوضات بالإضافة الى تحقيق أهداف اخرى عديدة تختلف باختلاف الظروف وموضوع التعاقد. أياً كانت التسمية التي تطلق على خطابات النوايا^(١٥) فلا بد من مراعاة عدة أمور عند صياغة خطابات النوايا وهي:

أولاً: يجب أن يتضمن الخطاب تحديداً واضحاً للموضوع الذي يريد الأطراف الاتفاق عليه والهدف الذي يراد تحقيقه من إصداره.

(١٣) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

(١٤) ينظر في ذلك، مها محسن علي السقا، مصدر سابق، ص ٧٠-٧١.

(١٥) ينظر في ذلك، د. ابو العلا على ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ٧٦.

- ثانياً: يجب أن يحتوي خطاب النوايا على الإيضاحات الآتية:
١. مدة سريان الخطاب. فوضع مدة لنهاية الخطاب يدل على النية الحقيقية لمصدره في التوصل الى اتفاق.
 ٢. تحديد طبيعة ونوع العمل المراد عليه بوضوح ناف للجهالة.
 ٣. يجب أن يحدد الخطاب بوضوح ما يجب اتخاذه بالنسبة لما تم انجازه من العمل المتفق عليه في حالة انتهاء الخطاب او انتهاء مدته^(١٦).

ثالثاً: ضرورة صياغة وكتابة خطاب النوايا بلغة سليمة وواضحة بعيدة عن أي لبس أو غموض ويقتضي ذلك مراعاة ما يأتي:

١. تحديد نوع الخطاب، وهذا مرتبط بتحديد نوع وطبيعة العقد المراد الاتفاق عليه.
٢. تحديد القوة الالزامية لخطاب النوايا، وهذا تترتب عليه مسؤولية الطرفين حول ما يدور من التزامات بينهما مستمدة من مبدأ حسن النية الذي يعد من المبادئ الأساسية في التعاملات الدولية^(١٧).

وبالتالي فإن خطابات النوايا في حقيقتها هي تعبير عن اثبات الالتزام الذي تم الاتفاق عليه في وثائق مكتوبة بغرض عدم التنصل منه، وهذا ما يقتضي الالتزام به في كل المراحل التي تمر بها خطابات النوايا منذ الاخطار بخطاب النية نحو البدء بالمفاوضات حتى الوصول الى التصور النهائي لنصوص وبنود العقد المراد إبرامه، ومن خلال صياغة نموذج خطابات النوايا يمكن اثبات القيمة القانونية لخطابات النوايا ومدى الزاميتها للطرفين، وهذا ما سوف نسلط عليه الضوء في المطلب القادم.

المطلب الثاني: القيمة القانونية لخطابات النوايا

إن القيمة القانونية لخطابات النوايا تتطلب البحث في مضمون كل خطاب من خطابات النوايا، فخطابات النوايا لا بد أن تكون عرضه للتمحيص للكشف عن معانيها ومدلولاتها، وخصوصاً ما يتعلق منها بالدلالة اللغوية، والدلالة اللغوية الغاية منها التعرف على النية المستقبلية لدى من يصدر منه خطاب النوايا، إلا أن ما يفيدنا في الخصوص هو الكشف عن المدلول القانوني لخطابات النوايا في إطار علاقات القانون الدولي الخاص، من خلال دور ارادة الاطراف والتشريعات القانونية والدولية في تحديدها قيمتها القانونية، وهذا ما سوف نسلط الضوء عليه عن النحو التالي:

الفرع الاول: دور ارادة الاطراف في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا

في ظل عدم وجود تنظيم قانوني في كل دول العالم لحد الآن تدخل في نطاق دائرته خطابات النوايا، فإن إثبات قيمتها القانونية يمكن استنتاجه من خلال تحليل صيغة خطابات النوايا التي يصدرها الاطراف وبيان مضمونها رغم تعدد اشكالها ومحتواها، فغالباً ما تكون صيغة تلك الخطابات يعترها اللبس والغموض وعدم الوضوح ويغلب عليها

(١٦) راجع في ذلك، د. ابو العلا النمر، المصدر السابق، ص ٧٧.

(١٧) ينظر في ذلك، أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٤٤، وبنفس المعنى د. وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

طابع العمومية وعدم الدقة ، مما يصعب مهمة التكييف القانوني لهذه الخطابات، وهذا يُعد امراً طبيعياً لأن خطابات النوايا ما هي إلا مراحل تمهيدية لبدء في المفاوضات، خاصة أن الأشكال المختلفة لهذه الخطابات ليس محلاً لقواعد قانونية تنظمها بذاتها سواء بالقانون العام أو القانون الخاص^(١٨). إلا أن خطابات النوايا لها قيمة قانونية ملزمة من حيث الإثبات، فهي وسيلة اثبات لما تحتويه من التزامات للطرفين كونها تمثل صمام أمان وعصب المفاوضات، فهذه الخطابات تمثل محور المفاوضات الدائرة بشأن العقد المزمع إبرامه، وبدونها لا يمكن القول بوجود مفاوضات، إلا أن جانب من الفقه يجردها من كل قيمة الزامية قانونية ومعنوية، ويلحقها بالمفاوضات بالقول بأنها « تستمد قوتها القانونية من النظرة التشريعية للمفاوضات في التشريعات المقارنة».

فخطابات النوايا تأخذ شكلاً إلزامياً إذا تضمنت التزامات محددة، أو كشفت عباراته عن اتفاق على مسائل معينة، هنا نكون بصدد اتفاق مبدئي *de Principe un accord* يحدد إطار عملية التفاوض ومبادئها، مثل الالتزام بالمحافظة على السرية المعلومات المتبادلة^(١٩) ومواصلة المفاوضات بحسن نية،^(٢٠) وحظر الدخول في مفاوضات مع الغير بخصوص موضوع التفاوض خلال مدة محددة^(٢١). وتترتب المسؤولية عند الاخلال بالالتزامات الناشئة عن هذه الاتفاقات.

فإرادة الطرفين بتحديد صيغ خطابات النوايا، ومضامينها، والالتزامات الناشئة عنها وفق ما سبق ذكره في هذا الفرع تتمتع بسيادة *Souverainete* واستقلال *Autonomie*، وإرادة الطرفين هي المشرع لمختلف بنود العقد حسبما تتلاقى مصالح الأطراف، وبالتالي تشكل قواعد قانونية خاصة تشكل في مجموعها القانون التعاقدى الذي ينظم علاقات وروابط الأطراف، ويشبه القانون الصادر عن البرلمان^(٢٢) ويتمتع الأطراف باستقلال في ذلك، فلا يخضع الأطراف لغير ما تمليه عليه المصالح والمنافع المشتركة، مع التحفظ الخاص بعدم الارتطام بمقتضيات المصلحة العامة والنظام العام.

فإرادة محرر خطاب النوايا، وسلوك الطرف الآخر ممكن أن تحسم مشكلة القيمة القانونية وفقاً لإرادة الطرفين من ناحية القوة القانونية الملزمة. فقد تتضمن خطابات النوايا الدعوة إلى التفاوض فيكون مضمون هذا الخطاب لا يتضمن قيمة قانونية ما لم يتصل به خطاب مقابل بقبول الدعوة إلى التفاوض، وهذا قد يكون خطاب النوايا رفضاً للتفاوض مع العميل، وينبغي توخي الحذر الشديد عند صياغة خطابات النوايا، من حيث استخدام ألفاظ واضحة ومحددة تدل بشكل واضح على أن الأمر يتعلق بمجرد دعوة الى التفاوض

(١٨) ينظر في ذلك، د. هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانون الانجليزي والمصري، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٣.

(١٩) «جميع المعلومات التي كشف عنها أو تم توفيرها من قبل أحد الأطراف إلى الطرف الآخر، سواء كانت شفوية أو مكتوبة، وتتعلق بمناقشات موضوع الاتفاق، تعتبر معلومات سرية وحقاً من حقوق الطرف الذي يكشف عنها ويتعهد الطرف المتلقي لهذه المعلومات بعدم افشائها للغير، كما يتعهد بعدم استعمالها في أي عمل سوى تحليل وتقييم مصلحته في العقد المزمع الدخول فيه، ويلتزم بالمحافظة عليها وحمايتها بنفس المستوى الذي يحافظ به على حقوقه الخاصة، راجع في ذلك، د. ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٢٠) راجع في ذلك، محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٢١) ينظر في ذلك، هاني صلاح سرى الدين، مصدر سابق، ص ١٩.

(٢٢) ينظر في ذلك، أحمد عبد الكريم، العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٤٦.

لا تحمل أي جانب إلزامي لمصدرها، أن أسلوب صياغة خطاب النوايا الذي يحدد رغبة الاطراف في أن يكون هذا الخطاب ملزماً قانوناً لمصدره من عدمه^(٢٣). واسلوب صياغة خطابات النوايا غالباً ما يشوبه عدم الدقة والوضوح لأن من يتولى تحرير هذه الخطابات المسؤولون التنفيذيون في المشروعات من مديريين ومهندسين، دون الاستعانة برجال القانون^(٢٤)، وما هو ما يلقي على عاتق رجل القانون عبئاً ثقيلاً في سبيل التعرف على القيمة القانونية لخطابات النوايا ومدى إلزاميتها القانونية من عدمه.

الفرع الثاني: دور التشريعات الوطنية في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا

اختلفت التشريعات الوطنية والدولية في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا تلك الخطابات الغير واضحة المعالم القانونية، فقد ذهبت بعض الدول الى عدم الاعتراف للمرحلة قبل التعاقدية بأي قيمة قانونية ملزمة والتي تعد خطابات النوايا المحور الرئيسي لها، فقد ذهب القانون الانجليزي الى تجريد خطابات النوايا من أي قيمة قانونية، فالقانون الانجليزي لا يوجد فيه أي تنظيم قانوني للمرحلة قبل التعاقدية أو ما تسمى بمرحلة المفاوضات وكل ما يدور في فلك المفاوضات من خطابات ، وقبل التوصل لاتفاق حقيقي وكل الوثائق تعد خرج دائرة التنظيم القانوني^(٢٥) فالقضاء الانجليزي لا يختلف مع قانونه بهذا الصدد من حيث عدم الاعتراف بالمسؤولية قبل التعاقدية وكل ما يتداول من محررات أو مستندات مكتوبة اثناء المفاوضات.

ففي قضية تتلخص وقائعها في أن احدى الشركات الهندسية قد أرسلت خطابات نوايا إلى شركة أخرى تخبرها برغبتها في التعاقد معها ، وأخطرتها ببدء الاعمال معها دون انتظار، وعلى إثر خلاف بين الطرفين، ورفع الأمر إلى القضاء، قررت المحكمة المختصة أنه لم ينشأ عن خطاب النوايا ، من الطرف الاول أي التزام تعاقدي ، رغم بدء تنفيذ الأعمال من قبل الطرف الاخر.

أما في القانون الامريكي فانه يعتقد بالثنية المشتركة للأطراف في المرحلة التفاوضية، فإذا ثبت أنهم قد قصدوا من تحرير خطاب النوايا إثبات ما تم التوصل إليه من إتفاقات فإن هذا يشكل عقدا دون حاجة إلى انتظار توقيع العقد النهائي، بل يعتبره وثيقة ملزمة وقابلة للتنفيذ إذا تضمن تحقق شرط معين وقع بالفعل مثل النص على ذلك الخطاب على أنه لا يعد تعاقدًا نهائيًا إلا إذا دافعت جهة الإدارة على المعاملة بشأنه، أو إلا إذا وافق بنك محدد على شروط التمويل المقترحة. وفي نفس هذا المعنى صدر حكم قضائي في الولايات المتحدة الأمريكية في ١٤ / ١١ / ١٩٨٥، بالتعويض على شركة من أكبر شركات البترول الأمريكية (تكساكو)^(٢٦)، لأنها فسخت صفقة شراء شركة بنزويل لشركة جيتي بعد أن كان قد حرر بشأنها اتفاق حدد فيها كل التفاصيل بما فيها سعر شراء السهم الواحد،

(٢٣) ينظر في ذلك، ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٢٤) راجع في ذلك، محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢٥) ينظر في ذلك، مها محسن علي السقا، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٢٦) راجع في ذلك، ماجي سعاد، مصدر سابق، ص ٥٧. وبفلس المعنى، ينظر في ذلك، د. وائل حمدي، مصدر سابق

ص ٣٤٧.

وكانت معلقة على موافقة مجلس إدارة الشركة جيتي مع علمها بتوقيع مذكرة الاتفاق، فقد رأَت المحكمة في هذا الإتفاق إتفاقاً ملزماً لأطرافه والزمّت شركة تكساكو بدفع تعويض بلغت قيمته ١٠ مليار دولار أمريكي، خفض بعد الإستئناف إلى مليار دولار فوجه الإلزام هنا حتى ولو كان في المرحلة التمهيدية للتعاقد النهائي، ولكن متى وضع التوقيع على الاتفاق يصبح نافذاً، وكثير من المحاكم الأمريكية تنظر في نية الطرفين وتعمل على الكشف عنها في لغة الاتفاق أو في الظروف المحيطة به لتنتهي إلى فاعليته في ترتيب مسؤولية طرفه الذي يخالف مقتضاه. فهنا اعتبرت خطابات النوايا المحور الأساسي لعملية التفاوض وتستمد قيمتها القانونية من النظرة التشريعية للمفاوضات، لان من خلالها يتم اثبات المفاوضات، وهذا ما يخالف ما ذهب اليه جانب من الفقه الذي جردها الاخير من القيمة القانونية والمعنوية^(٢٧).

أما في القانون الفرنسي فقد سكت حيال هذه المشكلة ، فلم يتضمن نصاً خاصاً في هذا الشأن على غرار القوانين الحديثة. ولا عجب في ذلك، فقد كانت فكرة punctation غريبة تماماً على واضعي تقنين نابليون، فضلاً عن أن هذا الأخير لم يتضمن سوى عدد قليل من النصوص المتعلقة بتكوين العقد. فقد انطلق المشرع من مبدأ الحرية التعاقدية، فالأطراف لهم الحق في الاستمرار في مواصلة المفاوضات أو قطعها دون أن يترتب على ذلك أية مسؤولية قانونية لعدم الزامية خطابات النوايا، فإن الإرادة التعاقدية هي التي تستطيع الدخول انشاء التزامات تعاقدية والدخول في دائرة المسؤولية العقدية المنظمة قانوناً، كما تستطيع أن تبقى حرة طليقة لا تفرض التزاماً على صاحبها^(٢٨).

ولقد عنى المشرع الفرنسي بإيجاد حل لهذه المشكلة، وانتهى إلى أن الاتفاق على المسائل الجوهرية يعتبر كافياً لانعقاد العقد، حتى ولو كانت هناك مسائل ثانوية معلقة، طالما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وقد استقى القضاء هذا الحل من الفلسفة السائدة في القانون المدني الفرنسي والتي تعول على إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية في مجال العقد، كما اعتمد في تقريره على بعض النصوص الخاصة ببعض العقود المسماة، وعلى الأخص المادة ١٥٨٣ من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأنه «يعتبر البيع تاماً بين الطرفين بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والثمن» . و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن «البيع يعتبر قد تم بمجرد اتفاق الطرفين على المبيع والثمن، ولا يحول دون ذلك عدم اتفاقهما على المسائل الثانوية ، وذلك ما لم يتفق على إرجاء إبرام العقد حتى يتم الاتفاق على هذه المسائل»^(٢٩).

تثير خطابات النوايا في ظل التشريعات المدنية العربية إلى تحري قواعد ارتباط الإيجاب بالقبول، لإسباغ الصفة التعاقدية عليها، فقد ذهب المشرع المصري على غرار ما ذهب اليه المشرع الفرنسي، بعدم إضفاء الصفة القانونية على المرحلة قبل التعاقدية وعدم تنظيمها في تشريعه، وقد جاءت المادة ٩٥ من القانون المدني المصري رقم

(٢٧) ينظر في ذلك، د. وائل حمدي أحمد، مصدر سابق، ص ٣٤٧.

(٢٨) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٢٩) ينظر في ذلك، رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٢٧.

١٣١ لسنة ١٩٤٨ متفقة مع ٢٥٨٣ من القانون الفرنسي^(٣٠) اما في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، فإن تطبيق المادة (١/٨٦) والمادة (٢/٨٦) منسجمة مع القانون الفرنسي والمصري^(٣١). الملاحظ على نصوص المواد السابقة في التشريعات الوطنية المختلفة، تطبت الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية كأن يتقفا في عقد البيع على المبيع والثمن ويؤجلان الاتفاق على المسائل الثانوية الاخرى كمكان التسليم وميعاده ونفقاته وكيفية الوفا بالثمن.... الخ. والذي يبرر تطبيق تلك المواد هو أن ارادة الاطراف قد اتجهت الى اعتبار العقد قد انعقد حتى لو قام خلاف بينهما فيما بعد على المسائل الثانوية المرجأة فهما قد اعتبرا أن هذه المسائل لا تحول دون انعقاد العقد وهو أمد يملكه طبقاً لمبدأ سلطان الارادة ولا عائق يحول دون ذلك قانوناً متى توافرت للعقد عناصره الجوهرية اللازمة قانوناً لإتمام العقد^(٣٢) وطبقاً لما جاء بنصوص التشريعات الوطنية سلفة الذكر، فإن الاتفاق يلزم اطرافه ويكون للقاضي سلطة تكملة العقد متى ما تم الاتفاق على كافة العناصر الجوهرية اللازمة لانعقاد العقد.

إلا اننا نرى من جانبنا أن ما ذهبت اليه التشريعات الوطنية هو اعطاء تفسير موسع، فلا بد من عدم التوسع وأن تفسر تلك النصوص تفسيرات ضيقة، فالأصل هو توقف سلطان القاضي عند تفسير ارادة العاقدين دون تكملة العقد على النحو الذي تضمنته التشريعات الوطنية كالمادة ٢/٨٦ من القانون المدني العراقي والمادة ٩٥ من القانون المدني المصري، وبعبارة اخرى فإن نص المادة ٢/٨٦ والمادة ٩٥ من القانونين العراقي والمصري، لا يعدو إلا أن يكونا استثناء من قاعدة عامة، ومن ثم لا يجوز التوسع فيهن، وخاصة في اطار العقود التجارية الدولية (التي تبلغ قيمتها عشرات بل ومئات الملايين من الدولارات)^(٣٣) فإن هناك العديد من الأمور التي يجب اعتبارها من الأمور الجوهرية - والتي قد لا تبدو كذلك لأول وهلة، من ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق، أو وسيلة تسوية النزاع التي تعد من المسائل الجوهرية في إطار العقود التجارية الدولية. ومن ناحية اخرى فإنه في الاحوال التي يثبت فيها أن المسائل المتعلقة كانت محلاً للمفاوضة، ولكن أرجأ المفاوضات البت فيها الى وقت لاحق، فإنه يجب تفسير ذلك الموقف على انه قرينه على عدم اتجاه ارادتهم إلى الدخول في علاقات تعاقدية ملزمة، وبعبارة اخرى فإن الاتفاق على ضرورة توقيع اتفاق نهائي كامل يجب تفسيره في إطار

(٣٠) إذ تنص المادة ٩٥ من القانون المدني المصري «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد اعتبر انهما قد أرادا الالتزام نهائياً حتى لو احتفظ ببعض المسائل الثانوية وعند عدم الاتفاق على هذه المسائل فإن القاضي يفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة».

(٣١) إذ تنص المادة (١/٨٦) « يطابق القبول الإيجاب، إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تقاوض فيها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي للالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق كتابة». والمادة (٢/٨٦)، التي تنص على أن: « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

(٣٢) ينظر في ذلك، د. عبد العزيز المرسى حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى «دراسة مقارنة»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد العشرون السنة العاشرة، اكتوبر، ٢٠٠١، ص ٢٥٧.

(٣٣) ينظر في ذلك، د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٧٠.

العلاقات التعاقدية الدولية على انه مجرد قرينه بسيطة على انه لم تتجه إرادة الاطراف الى الدخول في علاقة تعاقدية ملزمة إلى حين توقيع هذا الاتفاق النهائي.

الفرع الثالث: دور التشريعات الدولية في تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا

إن التشريعات الدولية لم تواكب التطور الذي لحق عملية إبرام العقود الدولية، وخصوصاً المرحلة السابقة على تكوين العقد الدولي، والتي تمثل المحور الأساسي للعملية التعاقدية، فاتفاقية فيينا الخاصة بالبيوع التجارية الدولية ١٩٨٠ التي تمثل تنظيمًا موضوعياً موحدًا، خلت من أي تنظيم موحدة لخطابات النوايا، فاتفاقية فيينا ١٩٨٠ قد تركت مسألة تنظيم العملية قبل التعاقدية إلى الأطراف، ولم تواكب الاتفاقية لتطورات التجارة الدولية والتي يتطلب غالباً انعقاد العقد فيها الى فترة طويلة من المفاوضات وتبادل الخطابات والمستندات اضافة الى مجموعة من الاتصالات المكثفة التي غالباً ما تنتهي الى إبرام العقد النهائي، ولم تؤل الاتفاقية إلى هذا التطور اية اهمية، واعتقت النظرية التقليدية في الايجاب والقبول لانعقاد العقد، هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى فإن الاتفاقية لم تفرض على المتفاوضين الالتزام بحسن النية في خطاباتهم المتبادلة خلال المفاوضات، بل انها لم تنطرق إلى تنظيم عام للحالات التي تقوم فيها المسؤولية قبل العقدية. ومع ذلك، فلم يرى واضعوا الاتفاقية أن مثل هذه الامور تمثل عقبة حقيقية في ظل تطبيق احكام الاتفاقية، ذلك أن قواعد الايجاب والقبول التقليدية تعد مناسبة تماماً للتعامل مع بيوع البضائع التي تتم في حدود الدولة اي في اطار المعاملات الداخلية الوطنية البحتة، وأن غياب نص موضوعي موحد يتعامل بدقة مع العملية قبل التعاقدية في احكام الاتفاقية، لا يُعد أمر غريباً، ويرجع ذلك إلى أن التطبيقات الخاصة بهذا النوع من المسؤولية تُعد أمر غير متفق عليه حتى بين التشريعات الوطنية سابقة الذكر.

ويتمتع الأطراف في الحرية الكاملة في الاتفاق على الحقوق والواجبات التي تحكم تلك العملية^(٣٤)، وهذا ما يتماشى مع مبدأ سلطان الإرادة، والقول بأن موضوع المسؤولية قبل التعاقدية يقع خارج نطاق الاتفاقية لا يمنع كما قلنا الأطراف من تنظيم عملية التفاوض، وبهذا لا تختلف الاتفاقية عن القوانين المحلية في فسح المجال للأطراف في تنظيم عملية التفاوض، وتحديد حقوقهم والتزاماتهم.

(٣٤) ينظر في ذلك، بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ٣٦٩.

المبحث الثاني التنظيم القانوني لخطابات النوايا

تمهيد وتقسيم:

إن خطابات النوايا كما أوضحنا مستند مكتوب صادر عن يملكه، و«خطاب النوايا» الذي هو في الحقيقة صورة من صور العقد، حيث يعبر عن تلاقي إرادتين حول المسائل الأساسية المتعلقة بصفقة ما، وفق إرادتهما ونيتهما المباشرة، فخطاب النوايا هو تصرف ارادي ينطلق من مبدأ الحرية التعاقدية في التعاقد من عدمه، وفي مجال العقود الدولية يكون خطاب النوايا تصرفاً قانونياً عابراً للحدود، ويتصل بنظام قانوني لأكثر من دولة^(٣٥)، فلا بد لكل اتفاق، في أية علاقة تعاقدية، من قانون يحكمه ويبين شروطه وحدوده، فلا يتصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة إلزام ذاتية، فلا بد أن يرتبط الاتفاق أو العقد بنظام قانوني معين يمنحه قوة الإلزام ويرتب له آثاره. كذلك ينطبق الأمر على خطابات النوايا، سواء تعلق الأمر بالخطابات الصادرة في إطار المفاوضات الممهدة للتعاقد أو أي خطابات أخرى تحمل نفس المعنى.

فخطابات النوايا ليست مشروع في الهواء، وإنما هي تصرفات متبادلة بين طرفين لا تتجرد من الصفة القانونية، على الرغم من الخلاف الذي احتدم حول القيمة القانونية لهذه الخطابات في التشريعات الوطنية والدولية، فهي تصرفات تتم تحت عباءة القانون، إذ بمجرد دخول الطرفين في التفاوض فإنهما لا يعودا من الغير، وإنما تتكون بينهما علاقة قانونية خاصة، تنشئ على عاتقهما التزامات تبادلية معينة، فلا بد من تنظيم قانوني ينظمها، ويرتب المسؤولية على الاخلال بها والقانون الواجب التطبيق على ذلك الاخلال، وسوف نستعرض كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا، والمسؤولية عن الاخلال بخطابات النوايا والقانون الواجب التطبيق، وعلى النحو التالي:-

المطلب الاول: تحديد القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا

مما لا شك فيه أن خطابات النوايا مستندات بالغة التعقيد كما اسلفنا، تستمد قوتها القانونية من مضمونها وصياغتها، فهي ليس لها مفهوم قانوني محدد وواضح إلا بالرجوع إلى محتواها، وهذه مسألة ليست بالسهلة، بل تعترتها التساؤلات والتفسيرات المتضاربة ليست من جانب الطرفين فحسب، بل من جانب المحكمة التي تنتظر في المنازعة، عندما يدعي احد الطرفين بان الطرف الاخر أخل بالتزام ناشئ عن ذلك الخطاب^(٣٦).

فالتساؤل المطروح هو مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الخطابات في حال الاخلال بما اتفق عليه الاطراف أو بما ورد بمضمون خطابات النوايا، فالإجابة على هذا التساؤل، أن خطابات لا تختلف على أي تصرفات ارادية أخرى، فالحرية التعاقدية تمتد في اطار العلاقات الدولية إلى الاتفاق على تحديد القانون الذي تخضع

(٣٥) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي «مفاوضات العقود الدولية- قانون الإرادة وازمته»، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٣٦) ينظر في ذلك، ماجي سعاد، مصدر سابق، ص ١٢٥.

له تصرفاتهم وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، أما في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الذي يخضع له تصرفهم القانوني، فيتم تحديده وفقاً لقاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي المنظور امامه النزاع، وبناءً على تكييفه للعلاقة وفق قانونه الوطني يتم اسنادها الى قاعدة الاسناد المناسبة التي تقع تحت طائلتها تلك العلاقة، وسوف نستعرض هذا على النحو التالي:

الفرع الاول: التحديد الارادي للقانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا

إن القانون الواجب هو بمثابة الاداة التي يتم بناءً عليها تنظيم التزامات الطرفين وتحديد مدى صحتها وصحة شروطها، ومتى ما كان القانون المختار ملائماً كان التصرف له قدر اكبر من النجاح والتنفيذ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق اهمية كبيرة سواء لدى الاطراف أو لدى القضاء والتحكيم^(٣٧)، عندما يدعى من وجه اليه الخطاب بأن الطرف الاخر قد أخل بالالتزامات الواردة بالخطاب، وخصوصاً اذا ادعى أن الأمر يتعلق بالتزام تعاقدي أو اتفاقي ناشئ عن ذلك الخطاب، ويثبت انه تم الاتفاق على نقاط ومسائل محددة من العقد النهائي وذلك خلال عملية التفاوض، ويطلب بترتب المسؤولية القانونية على الاخلال بالتزام عقدي^(٣٨) ولما كانت خطابات النوايا هي تصرفات قانونية ارادية، فإنها تخضع للنظرية العامة للالتزامات العقدية، ولما كانت الاخيرة تعطي لطرفي العقد باختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم بإرادتهما الحرة، فالقانون الذي يختاره أطراف التفاوض صراحة أو ضمناً، أو قانون محل إعداد وتحرير الخطاب، أو قانون الموطن المشترك (م ١/٢٥) من القانون المدني العراقي^(٣٩) هو القانون الذي يتوقف عليه صحة التصرف القانوني وبطلانه. وعلى ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد المشار إليها باختصاص قانون دولة أجنبية، فإن هذا القانون هو الذي يحكم القيمة القانونية لخطاب النوايا.

فالتحديد الارادي هو يعني أن إرادة الطرفين هي المشرع لكل بنود ونصوص العقد، ووفقاً لما تمليه مصالحتهم، فسيادة الإرادة تعني سيادة الأطراف في خلق قانون ارادة بمباركة القوانين الوطنية، إذ نصت المادة ١/١٩ « من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل «يسري على الالتزامات التعاقدية. قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه»^(٤٠) والتشريعات الدولية لا تختلف بذلك عن القوانين الوطنية في السماح لإرادة الأطراف باختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم^(٤١) ويتمتع الأطراف في تحديد

(٣٧) ينظر في ذلك، محمد احمد حسن محمود الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٨، ص ٥٥٨.

(٣٨) راجع في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣٩) يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه.

(٤٠) وقد ذهب على غرار ذلك ذهب المشرع الجزائري إذ نصت على ذلك صراحة المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل والتي جاء فيها «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقد أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد».

(٤١) إذ نصت المادة ٣ من اتفاقية روما ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية « يخضع =

القانون الواجب التطبيق باستقلال تام بحيث لا يمكن لاحد أن يملى عليهم ارادته، فإرادة الأطراف تعلق على غيرها فيما يتعلق بالمصالح المشتركة بين طرفي الالتزام، ولا توجد اية صعوبة إذ ما اتفق الأطراف على تنظيم أحكام المسؤولية قبل التعاقدية في اتفقاتهم إذ تنطبق هذه الأحكام طالما لا تتعارض مع النظام العام في الأنظمة الوطنية^(٤٢) وبذلك نجد أن قانون الارادة قد استقر في مختلف التشريعات الوطنية والدولية.

الفرع الثاني: سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا

إن ثبوت الصفة الدولية لخطابات النوايا، ينشئ حقاً للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على تصرفهم الارادي، إلا أن في بعض الحالات لا يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، الأمر الذي يثير إشكالية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وحرصاً من المشرع الوطني على تنظيم التصرفات الارادية وضمان حقوق الافراد في العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي، شرع الى تنظيمها بقواعد اسناد يستند اليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المعروضة امامه^(٤٣).

إن المشرع العراقي نظم تلك المسألة في المادة (١٢٥/ق.م) والتي تنص على « يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه». ولا يختلف مشرعو الدول عن المشرع العراقي في تحديد المعايير التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تدخل خطابات النوايا في نطاقها كونها تصرفات ارادية ترتب عليها التزامات بين ارادتين حول تصرف معين، فالمشرع المصري نظمها في المادة (١/١٩ ق.م)، والمشرع الجزائري ذهب على غرار ذلك في المادة ١٨ من القانون المدني الجزائري، والمشرع الاردني في المادة (١/٢٠) من القانون المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ نص على « يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك». بمقتضى هذه النصوص التي وردت في التشريعات الوطنية للدول والتي اتحد مشرعوها في تحديد المعايير التي يستند عليها القاضي الوطني المعروض عليه النزاع لتحديد القانون الواجب التطبيق، فعلى القاضي الالتزام بالبحث عن ارادة الطرفين الصريحة والضمنية فيما اذا كانت قد حددت

=العقد للقانون الذي يختاره الأطراف هذا الاختيار يتعين ان يكون صحيحاً، ويجوز ان يستخلص بطريقة مؤكدة من شروط العقد او من الظروف المحيطة به ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد أو على جزء منه»، وكذلك نصت على ذلك اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود المدنية اذ تنص المادة (٢) من الاتفاقية « يخضع البيع للقانون الداخلي الذي يختاره الطرفان» واتفاقية لاهاي في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع ضمن الشطر الاول من المادة (٧) والتي تقضي يخضع للعقد للقانون الذي يختاره طرفا العقد على ان يكون هذا الاختيار قد صدر صحيحاً او يستنتج من عبارات العقد».

(٤٢) ينظر في ذلك، بلال عبد المطلب بدوي، مصدر سابق، ص ٣٧٠.

(٤٣) ينظر في ذلك، أحمد حميد الانباري، سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي» دراسة مقارنة»، رسالة مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٧، ص ٢.

القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم الإرادية، وفي حال لم يتوصل القاضي لذلك اي انعدمت الإرادة الصريحة والضمنية، فإنه يقوم بتطبيق الضابطين أو المعيارين بالتدرج ، فالضابط الاول: قانون الموطن المشترك للأطراف، إذ اتحد موطناً، ثانياً، إذا اختلفا موطن المتعاقدين طبق قانون الدولة التي ابرم فيها العقد.

اما فيما يتعلق بالتشريعات الدولية جاء في اتفاقية روما ١٩٨٠ فإنه « في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق على العقد... فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقاً^(٤٤). وهو الحكم الذي نقله القانون الخاص الالمانى(م/٢٨/١ مدني) والسويسري(م/١١٧/١) فهنا يبحث القاضي في حال انعدمت الإرادة الصريحة وتعذر الكشف عن ارادة الاطراف الضمنية عن القانون الواجب التطبيق الذي يرتبط بالعقد على نحو وثيق وجدي^(٤٥).

خطابات النوايا في مجال التعامل الدولي تتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق على شكلها وموضوعها، فخطابات النوايا تصرفاً قانونياً عابراً للحدود ويتصل بالنظام القانوني لأكثر من دولة، وهو ما يقود بالضرورة إلى تنازع القوانين حول الشكل الذي ينبغي أن يفرغ فيه. فهل نظم المشرع تلك المسألة أم تركها للقواعد العامة في مجال تنازع القوانين؟

تخضع مسألة شكل خطاب النوايا للقاعدة العامة في حال تنازع القوانين في مسائل الشكل عموماً، وهي التي تقرر خضوع الشكل لقانون المحل فالخطاب الذي يحرر أو يعد في العراق يخضع في شكله إلى القانون العراقي^(٤٦) غير أنه بالنظر للطابع الاختياري وإعمالاً لقاعدة خضوع الشكل لقانون المحل، طبقاً لمقتضيات اتفاقية روما فإن خطاب النوايا يعد صحيحاً من حيث الشكل، إذا استوفى الشكل الذي يقرره فضلاً عن قانون محل إعداده، القانون الذي يحكم موضوعه، أو قانون الموطن المشترك للطرفين مصدر الخطاب والموجه إليه أو قانون جنسيتها المشتركة^(٤٧) إذا لم يحدد مصدر الخطاب ويبين حقيقة مضمونه، وما إذا كان يحتوي على تعهدات اتفاقية لها أثر ملزم يشكل الإخلال بها خروجاً على التزامات تعاقدية ترتب المسؤولية القانونية، فإن القيمة القانونية لخطاب النوايا تخضع في تحديدها للقانون واجب التطبيق على التصرفات القانونية الإرادية وهو القانون الذي يختاره أطراف التفاوض صراحة أو ضمناً، أو قانون محل إعداد وتحرير الخطاب، أو قانون الموطن المشترك وهو ما أشار إليه المشرع العراقي صراحة في المادة (١٨/٢٥) والمشرع المصري في نص المادة (١/١٩) مدني مصري وتقابلها المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري سائلة الذكر. وعلى ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد المشار

(٤٤) المادة (٤) من الاتفاقية.

(٤٥) ينظر في ذلك، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص١٩٦-١٩٧.

(٤٦) إذ نصت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي على « تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها».

(٤٧) ويلاحظ ان اتفاقية روما في تحديد القانون الذي يخضع له شكل العقد لا تختلف عن ما نصت عليه المادة (٢٠) من القانون المدني المصري «العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك» الا ان المشرع العراقي اتجه الى عدم التوسع بالقانون الواجب التطبيق على شكل العقد، وإنما أوجب خضوعه الى قانون محل الإبرام فقط، على عكس ما ذهب اليه اتفاقية روما والمشرع المصري اللذان اخضعا شكل التصرف الى أكثر من ضابط كالخضوع للقانون الذي يسري على الاحكام الموضوعية وقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

إليها باختصاص قانون دولة أجنبية، فإن هذا القانون هو الذي يحكم القيمة القانونية لخطاب النوايا هذا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الجوانب الموضوعية في خطابات النوايا اي مضمونها ومحتواها. وتختلف القوانين الأجنبية في هذا الشأن، حيث لا يعترف، جانب منها، لخطاب النوايا بأي قوة إلزامية، أو طبيعة تعاقدية، وهذا على خلاف البعض الآخر^(٤٨).

المطلب الثاني: المسؤولية عن الإخلال بخطابات النوايا والقانون الواجب التطبيق

إن خطابات النوايا كما اسلفنا تصرفات ارادية تخضع لمبدأ حرية الأطراف في التعاقد، إلا أن المرحلة قبل التعاقدية، لم ترقى الى مستوى الالتزام التعاقدى، وقد أهملت أغلب الدول وضع نصوص قانونية ترتب المسؤولية التعاقدية عند الإخلال بخطابات النوايا التي تُعد المحور الاساسي في عملية التفاوض قبل التعاقد وتدخل ضمن نطاقها^(٤٩)، ونظراً لأن المسؤولية قبل التعاقدية تحتل مكانا بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، فلا زال النقاش دائراً حول وضع المسؤولية قبل التعاقدية في التقسيم الثنائي بين العقد والفعل الضار الذي اتبعته، ويدور النقاش حول أثر ذلك على ملائمة تطبيق الحلول المخصصة للمسؤولية العقدية أو التقصيرية على المسؤولية قبل التعاقدية وتثور الأهمية لهذا النقاش في عبء الإثبات والقانون واجب التطبيق نظراً لاختلاف الحلول الخاصة بها حسب طبيعة المسؤولية المطروحة، اختلف الفقه في طبيعة تلك المسؤولية التي تقع على عاتق الطرف المخل، والتي يترتب على توافرها في حق احد الطرفين أن يعرض الطرف الاخر عن ذلك الضرر الذي لحق به، ولكن لأي نوع من انواع المسؤولية يخضع لها الطرف المخطئ، هل للمسؤولية العقدية ام التقصيرية أم لمسؤولية اخرى، حتى يمكن اخضاع لطائفة معينة، ومن ثم اسنادها لقانون الواجب التطبيق، هذا ما نتطرق اليه:

الفرع الاول: المسؤولية العقدية المترتبة على الإخلال بخطابات النوايا والقانون

الواجب التطبيق

إن دخول خطابات النوايا ضمن عملية التفاوض، يعني أن تلك الخطابات تعد هي اداة المفاوضات والوسيلة التي يتم من خلالها معرفة مدى اخلال هذا الطرف أو ذاك بالتزامه، إلا أن الإخلال بهذا الخطاب قبل التعاقد محل خلاف، فذهب بعض الفقهاء الى القول بأن المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالتزامات قبل العقدية هي مسؤولية عقدية^(٥٠) ويتزعم هذا الاتجاه اهزيج والذي يرى أن المسؤولية التي قد تنشأ عن قطع المفاوضات قبل العقدية ما هي الا مسؤولية عقدية على اساس وجود اتفاق ضمني بين المتعاقدين، أي وجود عقد ابتدائي في المفاوضات قبل العقدية والاخلال بهذا العقد يؤدي الى قيام المسؤولية العقدية، وهذا ما اخذه به الفقه الالمانى والسويسري^(٥١).

(٤٨) ينظر في ذلك، ماجي سعاد، مصدر سابق، ص١٢٧.

(٤٩) ينظر في ذلك، حياة محمد ابو النجا، الالتزام بالتفاوض في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤، ص٧٨.

(٥٠) ينظر في ذلك، نورت جمعة الهسنيانى، التعاقد بواسطة الشبكة الالكترونية(الانترنت) وحماية المستهلك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٤، ص٨٦.

(٥١) إن القانونين الالمانى والسويسري يتجهان إلى البعد عن التكييف التقصيري للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالمرحلة =

وهناك رأي آخر ضمن نفس الاتجاه يرى بأن الدعوة الى التفاوض تتضمن توكيلاً ضمناً باتخاذ كل الاعمال اللازمة في سبيل إبرام العقد، وبذلك يجب أن لم يتم إبرام العقد التعويض عن كل المصروفات التي انفقت في سبيل تنفيذ الوكالة^(٥٢).

أما ما يشير اليه الواقع العملي من تعدد وتنوع في خطابات النوايا واختلاف مسمياتها، فأنها لا تخرج عن كونها وثائق متبادلة، دون تعريف محدد لها، فإنه من المتصور أن يحدث بين الأطراف تنازع بشأن ما اذا كان تفاوضهما يتم في إطار تعاقدية أم يتم خارج الإطار التعاقدية.

فقد يتمسك احد الأطراف - وغالباً هو ذلك الذي صدر عنه المستند محل التفسير - بأن المستند لا يتضمن ما يفيد إلزامه على التفاوض، أما الطرف الاخر المرسل إليه المستند، فإنه يتمسك بأن للمستند قيمة قانونية تصل الى حد اعتبار من صدر عنه ملتزماً بالتفاوض حول عناصر العقد المراد إبرامه.

وحسماً لهذا النزاع فإن الفقه يفرق بين فرضين^(٥٣) الفرض الاول: وفيه قد يكون مضمون خطاب النوايا مجرد طلب معلومات أو اسئلة أو تبادل استفسارات بخصوص عناصر العقد المراد إبرامه. بحيث يكون لا يعدو الامر في النهاية سوى مجرد اهتمام بمشروع التعاقد. وهذا يعني أن المفاوضات تجري في إطار واسع من الحرية أن تسبغ علاقة المتفاوضين بالصفة العقدية. غاية الأمر هو إمكان المساءلة في قطع المفاوضات بطريقة تعسفية^(٥٤) الفرض الثاني: وفيه يأتي خطاب النوايا معبراً عن وجود ارتباط تعاقدية بين طرفي المفاوضات، بحيث يتضمن محتوى المستند إرادة الدخول في المفاوضات مع الالتزام بالسعي نحو إبرام العقد النهائي.

الواقع أن هذه التفرقة تتفق مع احكام القوانين المقارنة، ومنها القانون الفرنسي، والقوانين العربية الاخرى المستوحاة احكامها منه كالقانون المدني المصري والعراقي والكويتي والاردني والجزائري، فالعقد يستلزم اتجاه الإرادة المشتركة إلى إحداث أثر قانوني أياً كان هذا الأثر، وتقدير وجود الإرادة الدالة على انعقاد العقد، وبالتالي دخول العلاقة دائرة القانون أو الدالة على ابقاء العلاقة خارج نطاق القانون. مسألة تتوقف على البحث في النية الحقيقية للطرفين وفقاً للقواعد العامة التفسير^(٥٥).

فخطابات النوايا هي التي يمكن من خلالها اسباغ الطابع العقدي على المرحلة قبل التعاقدية، فمضمون خطاب النوايا من خلال البحث يمكن التحقق من وجود التزام

قبيل التعاقدية، بحيث إذا أخل أحد اطراف التفاوض بما يجب عليه أمكن مساءلته على أساس فكرة في تكوين العقد، راجع في ذلك، حياة محمد ابو النجا، مصدر سابق، ص ٧٧، وبنفس المعنى ينظر، د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومرحل إعداد العقد الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو لسنة ١٩٩٦، السنة الثامنة والثلاثون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ٤١.

(٥٢) راجع في ذلك، مها محسن السقا، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٥٣) راجع في ذلك:

*Cedras (Jena) L'obligation de negocier . Rve. T. D. com .1985 p.275 et.ss.

* Filali Osman , les principes Generaux de la lex Mercatoria ed .L.G.D.J.1992 P.53 et s.s.

(٥٤) راجع في ذلك، د. محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطوار التعاقدية (صورها وأحكامها)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول، السنة السابعة والاربعون، يناير ٢٠٠٥، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، ص ٢١.

(٥٥) المصدر السابق، نفس الصفحة.

عقدي بين الطرفين من عدمه، ومسألة تحديد الالتزام العقدي من عدمه، تقع على عاتق المتفاوضين والقاضي، فالمتفاوضين وفقاً لقانون الإرادة يمكن لهم النص في مستنداتهم على عدم ترتيب أي أثر قانوني على المرحلة قبل التعاقدية وما يدور فيها من خطابات متبادلة^(٥٦)، ولهم تضمينها التزامات متبادلة ترتب المسؤولية العقدية، وللقاضي تكييف العلاقة في حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين، وتحديد المسؤولية المترتبة عليها، وتحديد قاعدة الاسناد، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق^(٥٧). ولما كانت المسؤولية العقدية تتطلب وجود اتفاق فإن على القاضي التحقق من وجود ارادتين متطابقتين، حتى يتسنى له تكييف العلاقة على انها علاقة عقدية، ومسألة التكييف تخضع لقانون دولة القاضي في القضايا التي تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق، وهذا ما ذهب اليه القانون المدني العراقي المصري واغلب القوانين الاخرى^(٥٨). ومسألة التكييف في هذه المرحلة تواجه صعوبة لدى القاضي، والسبب في ذلك قد يرجع الى قصور التنظيم القانوني لهذه المرحلة في الكثير من النظم القانونية، واذا ثبت وجود التزام عقدي ناشئ عن تطابق ارادتين على احداث اثر قانوني، كانت مهمة القاضي سهلة، إذ يعتبر العلاقة بين الطرفين في هذه الحالة علاقة تعاقدية، ومن ثم يطبق على النزاع قاعدة الاسناد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة.

في هذا الشأن تنص المادة (٢٥/١ق.م.ع) والتي تنص على « يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه» تقابلها نص المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري. ويستفاد من هذا النص أن المشرع قرر عدة ضوابط يستعين بها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد هي: ضابط الاختيار الصريح أو الضمني لقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، وهذا هو قانون الإرادة، الضابط الثاني هو ضابط المواطن المشترك للمتعاقدين، والضابط الاخر هو محل الاجرام إذا تخلف ضابط المواطن المشترك.

فالأصل هو تطبيق قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية فهو الذي سيحدد لنا القيمة القانونية والاثار المترتبة على الاخلال بالالتزام العقدي في التفاوض، وفي المقام الثاني يستعان بالضوابط الاحتياطية التي تعين لنا القانون المختص الذي يحدد القيمة القانونية لهذه العقود. ويتعين مراعاة بعض التحديدات الهامة بصدد أعمال قانون الإرادة في مرحلة التفاوض العقدية، إذ تخرج من نطاق قانون الإرادة الاتفاقات التي ترد على عقار تخضع

(٥٦) إذ يرى الفقه الفرنسي أن بعض الالتزامات لا تنص على التزامات محددة وواضحة، بل يقرر الاطراف صراحة أن هذا الاتفاق لا يرتب التزاماً قانونياً، فهذه الالتزامات لا يسري عليها مفهوم العقد بالمعنى الدقيق وفقاً لنص المادة ١١٠١ من القانون المدني الفرنسي، فالعقد يفترض وجود التزامات محددة من جانب واتفاقاً على العناصر الجوهرية للعقد من جانب آخر، واستناداً لتوافر هذين العنصرين، يمكن للقضاء أن يحدد ما إذا كان يوجد عقد من عدمه، ومسلك الأطراف يعد أمراً جوهرياً في تكوين القرار الذي يتخذه القضاء في هذا الشأن.

(٥٧) ينظر في ذلك، د. ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٥٨) إذ تنص المادة ١٠(ق.م.ع) على أن « القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينهما».

لقانون موقع العقار^(٥٩) كما يخرج من مجال قانون الإرادة أهلية التعاقد وشكل العقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي والمصري^(٦٠). أما بالنسبة لمشرعو الدول الغربية، نجد أن التكييف التعاقدى في القانون الألماني، فإن المسؤولية المترتبة على الاخلال بالالتزامات قبل التعاقدية خلال المرحلة قبل التعاقدية، تخضع لقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية المنصوص عليها في المادة ٢٧ وما بعدها من القانون المدني الألماني المعدل عام ١٩٨٦، غير أنه لما كان العقد لم يبرم في مرحلة المفاوضات، فإن المسؤولية تخضع للقانون الذي كان ينبغي تطبيقه لو أن العقد كان قد أبرم^(٦١) وفي جميع الاحوال فإن من سلطة القاضي أو المحكم البحث في خطابات النوايا لاستخلاص وجود اتفاق حقيقي ملزم لطرفيه بالتفاوض يرتب المسؤولية العقدية، وذلك من خلال البحث في مضمون خطاب النية، وعبء الاثبات يقع على عاتق طرفي العقد والجهة القضائية التي تنظر النزاع، وهذه مسألة تقديرية يقوم بها القاضي، وبالتالي تخضع لرقابة محكمة التمييز في العراق أو محكمة النقض في مصر.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية المترتبة على الاخلال بخطابات النوايا والقانون الواجب التطبيق

إن الاخلال الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية لا بد أن يكون مستقل استقلال تام عن العدول، فالخطابات التي تتضمن قطع للمفاوضات لا يترتب عليه مسؤولية تقصيرية، وإنما تترتب المسؤولية عن توفر الخطأ من جراء ذلك، فالخطأ الذي يصاحب العدول هو الذي يرتب المسؤولية التقصيرية، وبهذا يكون الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية مستقلاً استقلالاً تاماً عن مسألة العدول عن الاستمرار بالتفاوض؛ إلا إذا كان العدول متعسفاً أو صدرت منه أفعال تتنافى مع حسن النية أو يشكل سلوكاً خطأً^(٦٢) ونجد أن الفقه الحديث^(٦٣) يفرق في هذا الصدد بين صورتين من صور التفاوض على ابرام العقد، فإن المستندات التي لا توجد اتفاق من الجانبين تعتبر وقائع مادية لا يترتب عليها التزام الا ما يقضيه مبدأ التفاوض بحسن النية ويترتب عليها تعويض المضرور وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، أما خطابات النوايا التي تتضمن التزامات متبادلة (اتفاق) فيمثل الأخير مصدر هذا الالتزام ويكون الالتزام تبادلي دائن ومدين. وهذا ما يؤيده القضاء الفرنسي إذ اقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ أن المضرور من خطأ

(٥٩) ان نصت المادة ٢/٢٥ (ق.م.ع) على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأنه» وتقابلها المادة ٢/١٩ (ق.م.م) والتي تنص على أن « قانون العقار هو القانون الذي يسري على العقود التي ابرمت في شأن هذا العقار»

(٦٠) ان تنص المادة ١/١٨ من (ق.م.ع) على « الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته.» اما المشرع المصري لا يختلف عن ما ذهب اليه المشرع العراقي من حيث سريان قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته، وهذا ما نصت عليه المادة ١١ (ق.م.م) « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم» أما شكل العقد فقد نصت المادة ٢٦ (ق.م.ع) وتنص « تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها» يقابلها نص المادة ٢٠ (ق.م.م) « العقود ما بين الحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيها...»

(٦١) ينظر في ذلك، د. ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(٦٢) ينظر في ذلك، مها محسن علي، مصدر سابق، ص ١٣٧.

(٦٣) ينظر في ذلك، حياة محمد ابو النجا، مصدر سابق، ص ٧٩.

وقع في المرحلة السابقة على إبرام العقد، له الحق في المطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية التقصيرية^(٦٤)، وذلك إعمالاً لنص المادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي. وقد اكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ هاماً فيما يتعلق بسوء النية أو نية الاضرار بالطرف الاخر في خطابات النوايا أو المستندات المتبادلة بين الطرفين في المرحلة قبل التعاقدية كشرط لتأسيس المسؤولية التقصيرية، وقد أوضحت المحكمة أن سوء النية لا يُعد عنصراً ضرورياً لانعقاد هذه المسؤولية، وإنما يكفي لأن يتصرف المتفاوض بخفه؛ حتى يتوافر في مسلكه ركن الخطأ ويتحمل المسؤولية عن تعويض الأضرار التي أصابت الطرف الاخر^(٦٥) وتتلخص وقائع قضية في قيام شركتين (أ) و(ب) في الدخول في مفاوضات من أجل إبرام عقد بيع آلة تصنع المواسير من الإسمنت تنتجها شركة أمريكية ، وتعتبر الشركة (ب) الوكيل المعتمد لتوزيع هذا المنتج في فرنسا وأثناء التفاوض قامت الشركة (أ) الراغبة في شراء هذه الآلة بإرسال مندوب لها إلى الولايات المتحدة الأمريكية بنفقات من جانبها لمعاينة تشغيل الآلة على الطبيعة ثم طلبت الشركة الأمريكية (ب) الوكيل المعتمد معلومات إضافية لتختار على ضوءها النوع المناسب من الآلة ، ولكن الشركة (ب) بدلا من تسليم البيانات المطلوبة التي وصلتها من الشركة الأمريكية قامت ببيع الآلة إلى شركة أخرى منافسة وقطعت المفاوضات^(٦٦). وتُعد المسؤولية عن قطع المفاوضات في هذه القضية مسؤولية تقصيرية لعدم وجود اتفاق تفاوض، ذلك لأن المفاوضات قطعت دون مبرر ودون عذر مشروع وفجأة ومن جانب واحد.

وهذا ما ذهبت اليه ايضا محكمة النقض المصرية بأن ما يدور في المرحلة قبل التعاقدية من مستندات ليست إلا عملاً مادياً، ولا يترتب عليها أية أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر العدول، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا اذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الأخر المتفاوض، وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن التفاوض بذاته ملزم للتعويض بل لا بد من تحقق أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببيه^(٦٧) ويقع على عاتق الطرف المضرور مدعي المسؤولية عبء إثبات الخطأ^(٦٨).

اما القضاء العراقي لم يظهر لنا وجود قرارات قضائية تتضمن الحكم في خطابات النوايا، سوى ما أورده القضاء المذكور، من تطبيقات اقتصرت على الخطابات التعاقدية لتطبيق الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد، حيث قضت محكمة التمييز العراقية في احد قراراتها، إن حقيقة المستند الكتابي الذي بموجبه قطع الطرف الأول وعدا للطرف الثاني، بتوقيع عقد البيع النهائي بينهما خلال المدة المحددة فيه، لا يعدو أن يكون وعداً بالتعاقد،

(٦٤) ينظر في ذلك، د. رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ٢٩٩.

(٦٥) راجع في ذلك، د. ابو العلا النمر، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٦٦) راجع في ذلك:

Cass com 22 fev , 1994 : revue de jurisprudence de droit des affaires ,1994, p 611 no , 765.

(٦٧) ينظر في ذلك، د. ابو العلا النمر، المصدر السابق، ص ١٩٥.

(٦٨) ينظر في ذلك، محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص ٤.

ملزمًا لمن صدر عنه ذلك المحرر، ولا يوجد مسوغ قانوني لإلزام الطرف الثاني في إمضاء العقد أو تقرير المسؤولية المدنية، ما دام العدول الذي صدر من الطرف الآخر قد تم قبل وضع قبوله على ذات المحرر^(٦٩)، فالقضاء العراقي لم يرتب على خطابات النوايا التزامات من جانب واحد، وبذلك تكون بمنأى عن المسؤولية التعاقدية، ولا بد من خضوعها الى احكام المسؤولية التقصيرية.

اما موقف القوانين المقارنة^(٧٠) كالقانون المدني العراقي والمصري والجزائري والكويتي من هذه المسألة، هو غياب أي نص قانوني في هذه القوانين ينظم خطابات النوايا التي تعد محور وعصب عملية التفاوض، وبها يتم أثبات التفاوض، وعدم الاعتراف لها بأي قيمة قانونية سواء كانت وردت بالتزام عقدي ام لم ترد، فإن الاخلال بها يرتب المسؤولية التقصيرية على اساس فكرة اثبات الخطأ، ويقع عبء الاثبات على المضرور، لأنها اعمال مادية لا يترتب عليها الزام قانوني، وعدم التنظيم لا يقتصر فقط على القوانين العربية فقد بل امتد ذلك الى القوانين الغربية كالقانون الانكليزي الذي جرد تلك الخطابات وكل ما يدور بعملية التفاوض من أية اهمية، والوثائق والخطابات تقع خارج دائرة او نطاق القانون^(٧١).

اما ما يتعلق بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الحالات التي تعتبر التزامات غير تعاقدية، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يتوقف على تكييف العلاقة بين الطرفين، وفقا لسائد في القانون العراقي فإن خطابات النوايا في مرحلة المفاوضات تُعد مجرد عمل مادي، وبالتالي يطبق عليها قاعدة الإسناد الخاصة بالتزامات غير التعاقدية. وقد نصت المادة ١/٢٧ (ق.م.ع) «الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام». ٢- على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه» وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري في المادة ٢١ من (ق.م.م)^(٧٢).

إن التحديد بأن هذه العلاقة تخضع للقواعد العامة في الالتزامات غير العقدية، مرجع الى التكييف القانوني الذي يخضع إلى قانون القاضي، وهذا ما نصت عليه المادة (١٧) من (ق.م.ع)^(٧٣) والمادة (١٠) من (ق.م.م)، والمقصود بالتكييف هنا التكييف الاولي السابق على معرفة قاعدة الاسناد، وهو التكييف الذي يؤدي الى وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة قانونية تختص بحكمها قاعدة اسناد معينة، أما التكييفات اللاحقة والموضوعية التي يقتضيها التطبيق الصحيح للقانون الأجنبي المختص، فإنها

(٦٩) ينظر في ذلك، إبراهيم المشاهدي، معين القضاة، ط٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز، القسم الأول. الثاني. الثالث، المجلد الأول والثاني، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٦، ص٤٣.

(٧٠) ينظر في ذلك، ماجي سعاد، مصدر سابق، ص١٤٩.

(٧١) ينظر في ذلك، د. وائل حمدي احمد، مصدر سابق، ص٣٤٧.

(٧٢) اذ تنص المادة ٢١ على ١- «يسري علي التزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام» ٢- «علي أنه فيما يتعلق بال الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة علي الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه».

(٧٣) المادة ١٧/ ١- « القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها».

تخضع لهذا القانون نفسه وليس لقانون القاضي المعروف عليه النزاع. ويلاحظ أن فكرة النظام العام قد تحول دون إعمال القانون الواجب التطبيق، ومثال على ذلك قانون البلد الأجنبي الذي وقع فيه قطع المفاوضات يعتبر العدول في حد ذاته موجبا للمسؤولية، أي يعتبر عملاً غير مشروع إذ أنه في هذا الفرض يستبعد تطبيق القانون الأجنبي، ويسري على النزاع القانون المصري لأن العدول في حد ذاته يعتبر عملاً مشروعاً في القانون المصري والعراقي استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد، مالم يقترن هذا العدول بخطأ يرتكبه المفاوض الذي عدل ويكون مستقلاً عن العدول في حد ذاته^(٧٤).

(٧٤) المادة ٢/٢٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ٢/٢١ من القانون المدني المصري.

خاتمة البحث

من خلال دراستنا لهذا الموضوع (القانون الواجب التطبيق على خطابات النوايا بين التنظيم والفرغ التشريعي) توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات نوجزها على النحو التالي:
أولاً: النتائج:

١. توحد موقف المشرعين العراقي والمصري أغلب مشرعو الدول حيال خطابات النوايا، لم نجد تنظيماً قانونياً لهذه الخطابات، ولم تأخذ بها محكمة النقض المصرية إذ جردتها من كل قيمة قانونية، هذا ولم نلاحظ في تطبيقات المحاكم العراقية وجود احكام قضائية واضحة تعالج موقفه من المستندات التي يتبادلها الاطراف قبل التعاقد التي تأخذ شكل الخطابات الفردية، أو تعرضه لبيان مدى قيمتها القانونية، وهذا نقص تشريعي واضح في النصوص القانونية، وما أدى اليه هذا الفراغ التشريعي من جهود مضمية بذلت من جانب الفقه في محاولة لتغلب عليه، وربما هذا الدافع الحقيقي من اختيار بحثنا.
٢. خطابات النوايا تخضع لمبدأ حرية التعاقد « مبدأ العقد شريعة المتعاقدين » إذ يمثل الاساس الذي يضي عليها الصفة القانونية، ويرتب التزام سواء بإرادة منفردة أو بإرادتين متطابقتين، أو عدم ترتب التزام، وفقاً لما اتجهت اليه ارادتهم، مع اختلاف مشرعو الدول في الاخذ بذلك.
٣. صياغة خطابات النوايا، وضبطها يقع على عاتق اطراف التفاوض، فما تتضمنه يكون خاضع للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع، لتكييف العلاقة وتحديد طبيعتها القانونية والقانون الواجب التطبيق والاثار القانونية المترتبة عليها.
٤. اغفال المتعاقدين عن صياغة خطابات النوايا على نحو غير تعاقدي، يجعلها ليس لها أي دور، سوى دوراً تفسيريّاً لبند العقد، وللقاضي وللمحكم السلطة التقديرية في اللجوء إليها في تفسير العقد أو طرحها جانباً.
٥. مصطلح خطابات النوايا يشمل كل ما يدور بين اطراف التفاوض من مذكرات وتفاهات وخطابات ولا يخضع لصيغة موضوعية واحدة.
٦. اختلفت الدول بشأن الاعتراف لمستندات (خطابات النوايا) التي تتم في المرحلة قبل التعاقدية بأي قيمة قانونية سواء صدرت عن طريق اتفاق أو بدون اتفاق، واعتبرتها مجرد وقائع مادية ولا يترتب عليها اثر قانوني استناداً الى مبدأ الحرية التعاقدية كالمشرع العراقي والمصري والجزائري، تاركة المسألة للفقه والقضاء، أما في بعض تشريعات الدول الغربية كالتشريع الفرنسي فقد ميزت بين وجود اتفاق من عدمه، ففي حالة تضمن خطاب النوايا التزام على طرفيه، فإنه يترتب اثرًا قانونياً ويخضعه للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، أما اذا كان غير مصحوب باتفاق فلا يترتب عليها اثر قانوني، وإنما يترتب

عليها المسؤولية التقصيرية على أساس أثبات الخطأ، وتخضع للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

ثانياً: التوصيات:

١. نوصي مشرعو الدول وبالأخص المشرع العراقي على وضع تنظيم قانوني لخطابات النوايا التي تمثل محور العملية قبل التعاقدية، وإدخالها في النطاق التشريعي القانوني، وعدم تركها إلى اجتهادات الفقه والقضاء، بل لا بد من ضمان توفير نظام قانوني يكفل الحماية القانونية الفعالة لكل طرف. لما تمثله هذه المرحلة من اهمية بالنسبة للأطراف في العقود التي تستغرق وقتاً طويلاً لإبرامها وجهد ونفقات سفر والاستعانة بخبراء، فأحد المتفاوضين قد يستغل عدم وجود تنظيم قانوني لهذه المرحلة مما يدفعه بعدم التفاوض بحسن النية أو قطع المفاوضات دون مبرر مما يلحق الضرر بالطرف الاخر.
٢. إن ضرورة ودواعي الاستقرار وما يفرضه مفهوم حسن النية وأمانة التعامل، يجعل التدخل القانوني أمر ضرورياً لوضع تنظيم قانوني لخطابات النوايا محور عملية التفاوض، وذلك لضمان الانسجام والتوفيق بين مصالح طرفي التفاوض.
٣. نوصي اطراف التفاوض بضرورة استخدام المصطلحات والعبارات الاكثر دقة ووضوحاً للتعبير عن رأيهم، فالنزاع دائماً ما يأتي من رداءة الصياغة وعدم أحكام السيطرة على المفاهيم المراد تبينها، ووضع ما تم الاتفاق عليه في إطار عقدي ملزم للطرفين لسد أي باب يمكن أن يفتح المشاكل عليهم، وهنا لا بد من تدخل رجال القانون عند اعداد خطابات أو مستندات النوايا في مرحلة التفاوض، لما يتمتعون به من قدره عالية على احكام الصياغة ومراعاة احكام القانون، وبالتالي تلافي النزاعات في المستقبل.
٤. نوصي الاطراف بضرورة الدقة في اختيار القانون الذي يحكم الخلافات التي قد تنشأ بينهم، لان القوانين تتباين في احكامها وموقفها تجاه المرحلة قبل التعاقدية وما يدور فيها من مستندات (خطابات النوايا)، فإن اختيار الاطراف لاحد هذه القوانين يختلف عن اختيارهم لقانون اخر، فبعض القوانين كما اسلفنا لا تعترف بالمرحلة قبل التعاقدية جملة وتفصيلا ولا ترتب عليها اية التزام قانوني كالقانون الانكليزي، والبعض الاخر يقيم المسؤولية على اساس فكرة الخطأ في تكوين العقد على هذه المرحلة كالقانون الالمانى.

المانع المؤقت في العقد
(دراسة مقارنة)

THE TEMPORARY OBSTACLE OF A CONTRACT
COMPARATIVE STUDY

م.د. بروين محمود محمد
معهد الادارة التقني / الجامعة التقنية الوسطى

المستخلص

تعد القوة القاهرة حالة تهدد الالتزامات بالقضاء عليها أو بوقف تنفيذها في أي وقت كان، مما يجعل موضوعها من الموضوعات المهمة نتيجة للتطور المستمر لأنواع وأشكال العقود، وأيضاً لتطور الأحداث القاهرة وعظم حجمها، مما يستوجب على المشرع في مختلف الدول أن يواكب هذا التطور حتى يتم تحديث النصوص القانونية التي تعالج هذه الحالة لتكون قادرة على منح الاستقرار في مجال العقود.

وتعترض القوة القاهرة كحدث أهم مرحلة من حياة العقد الا وهي مرحلة التنفيذ، ولها شروط في حال توافرها يترتب عليها مجموعة من الآثار، وهي تختلف في الواقع وفقاً لنوع القوة القاهرة، فقد تؤدي الى انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين اذا كانت القوة القاهرة دائمة او تؤدي الى مجرد وقف التنفيذ لحين زوالها اذا كانت القوة القاهرة مؤقتة. ويسمح وقف التنفيذ الاستبقاء على العقد في حال اعترضته قوة قاهرة مؤقتة، على أن يستأنف العقد سريانه بعد زوالها، وبذلك يحافظ الوقف على امكانية تنفيذ العقد في المستقبل، وهو أمر يؤدي الى رفع الارهاق الذي لا يد للمدين في حدوثه.

Abstract

Force majeure is a situation which threatens obligations to eliminate or to stop their implementation at any time, that is why its subject is considered as one of the important issues as a result of the progressive development of the types and forms of contracts, in addition, the development of force majeure events and their great size requires a legislator in different countries to keep up with this development as the legal texts dealing with these actions are always updated to be able to give stability in contracts.

Force majeure is considered as the most important stage in the contract, as it is the stage of implementation and has some conditions if they are available It has a set of effects, and they differ according to the type of force majeure. It may lead to the termination of the contract and the absence of the debtor's responsibility if the force majeure is permanent, or it leads to just the implementation stopping until it is removed if it is temporary.

At the time of implementation, the contract may be retained in the event of a temporary force majeure objection, provided that the contract resumes its validity after its demise, and thus the endowment keeps the possibility of carrying out the contract in the future, which is a matter that leads the debtor to be exhausted .

المقدمة

ينشأ العقد عند إبرامه على وجه صحيح التزامات على عاتق عاقديه، وانطلاقاً من مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يستطيع أي متعاقد أن يتحلل من التزامه الا اذا قام اتفاق على ذلك بينه وبين المتعاقد الاخر أو لسبب من الاسباب التي يقرها القانون، أما ما عدا ذلك فليس أمام المدين الا تنفيذ ما التزم به سواء كان ذلك باختياره او جبراً عنه.

وليس هناك ما يعفي المدين من مسؤولية عدم تنفيذ ما التزم به الا أن يحول دون ذلك ظروف وأحداث خارجة عن ارادته تفوق قدرته على تخطيها، ومن هنا تبرز نظرية استحالة التنفيذ، والتي تفرض أن عقداً صحيحاً قد أبرم في ظل ظروف وأحداث عادية لتطراً أحداث بعد تنفيذ العقد لا يد للمدين بها، وهذه الاحداث أصطلح على تسميتها في القانون بالسبب الاجنبي.

وتتعدد صور السبب الاجنبي فتارةً قد تكون قوة القاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المتضرر أو فعل الغير، وتعد القوة القاهرة موضوع بحثنا من أكثر صور السبب الاجنبي شيوعاً وتداولاً تؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام، غير أنه ليس كما هو شائع أن استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة تؤدي دائماً الى فسخ العقد، فهذا الاثر يترتب إذا كنا أمام قوة القاهرة نهائية، بل قد تكون استحالة التنفيذ مؤقتة تؤدي الى وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد اذا كانت القوة القاهرة مؤقتة أو ما يصطلح على تسميتها بالمانع المؤقت.

أهمية الموضوع وأسباب اختياره: موضوع القوة القاهرة بصورة عامة من المواضيع المهمة التي أثارت أرقام الفقهاء سواء في مجال القانون العام او الخاص، وشكلت هذه الأهمية الدافع والحافز لنا في اختياره للبحث فيه، وإنصب بحثنا على صورة القوة القاهرة المؤقتة أو ما يصطلح القانون المدني الفرنسي المعدل على تسميته بالمانع المؤقت.

وتتجلى أهمية هذا البحث كذلك بدراسة حالة العقد الذي يعترض تنفيذه الحدث المؤقت فيرتب أثراً يتمثل بوقف تنفيذه، وهو أمر قد لا يرغب المتعاقدان في حصوله لاسيما إنهما إتقنا ابتداءً على تنفيذ العقد في موعده المحدد، الا إن هذا الاثر هو الحل الناجع للمحافظة على العقد من الزوال.

وفي هذا البحث تم تسليط الضوء بصورة تفصيلية على المانع المؤقت بشروطه وأثاره، لنخرج بذلك عن الصورة النمطية للقوة القاهرة والمقتصرة على ذلك الحدث الذي يؤدي الى انفساخ العقد وإنهاء التزامات المتعاقدين على خلاف ما كان مقرراً لها ابتداءً وهو المضي في تنفيذها.

منهجية البحث:

إعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الوصفي والتحليلي، ففي المنهج الوصفي عرضنا الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية التي نصت على المانع المؤقت، أما المنهج التحليلي ففيه عمدنا الى تحليل نصوص القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، مع ملاحظة تقديم القانون المدني الفرنسي في البحث على القانون العراقي، كونه عالج موضوع المانع المؤقت بصورة صريحة في نصوصه.

المبحث الاول

مفهوم المانع المؤقت

المانع المؤقت حدث يعترض العقد أثناء التنفيذ، يربحاً تنفيذ الالتزامات الى حين زواله، ولإحاطة به يقتضي الامر التعريف به والوقوف على الشروط الواجب توافرها لاعتبار الحدث مانعاً مؤقتاً، لذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول: التعريف بالمانع المؤقت

التعريف بالمانع المؤقت يقتضي بيان معناه القانوني أولاً ومصادر نشأته ثانياً، وهو ما سنحاول بحثه في هذا المطلب وذلك بتقسيمه الى فرعين :

الفرع الاول: المعنى القانوني المانع المؤقت

نص القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بالامر التشريعي رقم (١٣١) في (٢٠١٦) في المادة (١٢١٨) على أنه (تعد قوة القاهرة في المسائل التعاقدية تمنع المدين من تنفيذ التزامه، خروج حدث معين عن سيطرة المدين، لم يكن متوقفاً بشكل معقول وقت إبرام العقد ولم يكن من الممكن تجنب أثاره بالتدابير المناسبة).

إذا كان المانع مؤقتاً، فيعلق تنفيذ الالتزام ما لم يبرر التأخير الناجم عنه فسخ العقد، وإذا كان المانع نهائياً، فيعد العقد منفسخاً بحكم القانون ويبرأ الاطراف من التزاماتهم طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣٥١ و ١/١٣٥١).

إن المشرع الفرنسي وفق النص أعلاه بعد أن أعطى مفهوماً للقوة القاهرة، أعقب هذا المفهوم بذكر صورتين للقوة القاهرة، الصورة الاولى تتمثل بالمانع المؤقت، في حين تتمثل الثانية بالمانع النهائي، ويختلف الاثر المترتب على تحقق كل صورة.

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) فقد نصت المادة (٤٢٥) منه على أنه (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه) كما نصت المادة (١٦٨) الواردة ضمن أحكام المسؤولية العقدية على أنه (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه...)

، والسبب الاجنبي وفق نص المادة (٢١١)^(١) الواردة ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية أما أن يكون آفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر. والقوة القاهرة كصورة من صور السبب الاجنبي تؤدي الى انقضاء الالتزام وفق نص المادة (٤٢٥) والمادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي وبالتالي فهي قوة القاهرة نهائية أو مطلقة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة نهائية. وهذا يعني أن القانون المدني العراقي لم ينص على القوة القاهرة المؤقتة.

(١) نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك).

أما قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة (٢٠١٥) فقد نصت المادة (٧٢) منه على ما يأتي (إذا توقف العمل كلياً أو جزئياً نتيجة ظروف استثنائية أو قوة قاهرة، فعلى صاحب العمل دفع اجور العمال عن فترة التوقف لغاية (٣٠) ثلاثين يوماً، ولصاحب العمل تكليف العامل بعمل آخر مشابه أو بعمل إضافي غير مدفوع الاجر كتعويض عن الوقت الضائع، على أن لا يزيد العمل الاضافي غير المدفوع (٢) ساعتين في اليوم و(٣٠) ثلاثين يوماً في السنة).

ويقصد بمصطلح (قوة قاهرة) في المادة أعلاه القوة القاهرة المؤقتة بدلالة الاثر المترتب الذي استهلكت به هذه المادة والمتمثل بوقف العقد.

و فيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية، فقد نظمت اتفاقية القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية (لاهاي ١٩٦٤) الاعفاء من المسؤولية في المادة (٧٤) فنصت الفقرة (١) من هذه المادة على أنه (عندما لا ينفذ أي من الطرفين أحد التزاماته فهو لا يكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ، إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع الى ظروف لا يمكن أن يأخذها في حسابه أو أن يتجنبها أو يتغلب عليها وفقاً لقصص الطرفين عند إبرام العقد...).

أما الفقرة (٢) من ذات المادة فقد نصت على أنه (عندما تمنع الظروف تنفيذ الالتزام بشكل مؤقت، سيحصل تنفيذه متى يكون ممكناً).

أما اتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا) لسنة (١٩٨٠) فقد خصصت المادتين (٧٩) و(٨٠) منها للإعفاء من المسؤولية، وجاء نص المادتين في الفرع الرابع من الاتفاقية تحت عنوان (الاعفاءات)، فنصت الفقرة (١) من المادة (٧٩) على أنه (لا يُسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وأنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه).

كما نصت الفقرة (٣) من ذات المادة على أنه (يحدث الاعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائماً).

أوردت كلا الاتفاقيتين سبباً للإعفاء من المسؤولية، يُعرف في اتفاقية فيينا بـ (العائق)، وفي ظل اتفاقية لاهاي يعرف بـ (الظروف)، وكلا المفهومين يقتربان من مفهوم القوة القاهرة في القوانين اللاتينية.

وقد يكون العائق والظرف نهائياً يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلًا بصورة نهائية، وهو ما قضت به الفقرة (١) من المادة (٧٤) من اتفاقية لاهاي والفقرة (١) من المادة (٧٩) من اتفاقية فيينا إذ جاء النص فيهما على إنتفاء مسؤولية المدين لعدم تنفيذ أي من التزاماته، وهذا لا يتحقق الا اذا كان هناك عدم تنفيذ نهائي، والاخير لا يتحقق الا في ظل العائق أو الظرف النهائي، وقد يكون العائق أو الظرف مؤقتاً، وهو ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٧٤) من اتفاقية لاهاي وبينت بأن الظرف إذا كان مؤقتاً فإنه يمنع من تنفيذ الالتزام في فترة قيامه ويتم استئناف التنفيذ متى كان ممكناً. كما نصت عليه اتفاقية فيينا في الفقرة (٣) من المادة (٧٩) إذ تناولت الاثر المتمثل بالإعفاء المؤقت من

تنفيذ الالتزام، وهو ما يؤكد أنه لا يمكن أن يكون هناك إعفاء مؤقت إلا إذا كان هناك عائق مؤقت يترتب عليه هذا الأثر.

وبالانتقال الى مبادئ اليونيدروا^(٢) فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٧/١/٧) من هذه المبادئ على أنه:

(يعفى المدين من المسؤولية عند عدم التنفيذ اذا اثبت ان عدم التنفيذ يرجع الى حادث لا سيطرة له عليه وكان من غير المعقول ان يدخله في حساباته عند ابرام العقد او كان لا يستطيع تجنب وقوعه او تفاديه او تجاوزه نتائجه) وتطرقت بعدها هذه المبادئ صراحة للمانع المؤقت في الفقرة الثانية من المادة (٧/١/٧) والتي نصت على أنه (إذا كان العائق مؤقتاً فحسب، فإن الإعفاء يظل منتجاً لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر العائق إلى تنفيذ العقد) .

والحادث الذي نصت عليه هذه المبادئ في المادة (٧/١/٧) ما هو الا قوة القاهرة، وهي أما أن تكون قوة القاهرة نهائية تعفي المدين من مسؤولية عدم تنفيذ الالتزام، أو أن تكون مؤقتة تعفي المدين من مسؤولية عدم التنفيذ خلال مدة قيام الحادث. ومن خلال النصوص المتقدمة، يتبين أن المانع المؤقت ما هو الا عبارة عن حدث يمثل قوة القاهرة، يترتب عليه وقف تنفيذ العقد الى حين زوال المانع.

ووقف تنفيذ العقد خلال مدة بقاء المانع المؤقت يرجع الى إن المانع يلحق ميعاد التنفيذ لا التنفيذ بذاته، فلو لحق التنفيذ في ذاته الفالحكم هو الانساح وليس الوقف^(٣). وعليه يمكن تعريف المانع المؤقت بأنه قوة القاهرة تلحق ميعاد التنفيذ يترتب عليه وقف تنفيذ العقد الى حين زوال المانع.

فالمانع المؤقت لا يؤدي الى عدم القدرة على تنفيذ الالتزام كونه لا يصيب الالتزام في ذاته، بل يمنح طيلة فترة بقاءه تنفيذ ما تضمنه العقد من التزامات، فيتوقف في ظله تنفيذ العقد ويصبح ممكناً _ أي التنفيذ _ بعد انتهاء المدة التي يظل فيها المانع قائماً، فالمانع المؤقت يُبقي على الرابطة العقدية بين المتعاقدين لحين الاجل الذي يصبح فيه الوفاء ممكناً.

الفرع الثاني: مصادر نشأة المانع المؤقت

تتعدد مصادر نشأة المانع المؤقت، فقد يكون المصدر مادياً وقد يكون قانونياً، والمصدر المادي هو نتاج واقعة مادية ملموسة تلحق قدرة المدين على الوفاء بالتزامه بشرط أن لا يلحق ذات الالتزام حتى لا نكون أمام مانع نهائي يؤدي الى انفساخ العقد، بل يلحق ميعاد التنفيذ حتى يمكن وقف تنفيذ العقد، ويستوي أن يكون المانع ناتجاً عن الكوارث الطبيعية أو غيرها، مثال ذلك وقوع زلزال أو فيضان يؤدي الى قطع الطرق أو

(٢) هي مبادئ موحدة للعقود التجارية الدولية صادرة من المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا)، ينظر: الترجمة العربية لمبادئ اليونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
(٣) ينظر: د. أسماء مدحت سامي، الاعفاء من المسؤولية في إتفاقية الامم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فيينا)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٢٣، ١٢٤.

تعطل وسيلة النقل الوحيدة في منطقة سكن المدين^(٤). وقد يكون مصدر المانع المؤقت قانونياً، أي ان عدم تنفيذ الالتزام ينظر اليه من زاوية المنع القانوني ويأتي المنع القانوني بعدة صور منها، إخراج محل الالتزام العقدي من دائرة التعامل، كإخراج سلعة او خدمة من دائرة التعامل سواء لاعتبارات سياسية كمنع تداول سلع بعض الدول المعادية، او لاعتبارات اجتماعية كمنع تداول بعض الادوية والمواد الضارة بالصحة او لاعتبارات اقتصادية كمنع تداول بعض المنتجات الاجنبية التي تمثل منافسة لمنتجات وطنية، وقد يأتي المنع القانوني بصور أعمال من السلطة العامة لفترة محددة من الزمن كصدور تشريعات او قرارات داخلية تمنع المدين من القيام بتنفيذ التزامه، كما في صدور تشريع جديد يحرم بعض العقود، او صدور قرار من المحكمة بالحجز على أموال المدين يحول دون تنفيذ التزامه^(٥)، أو صدور قرار من السلطة التنفيذية، كما في القرار الصادر من لجنة الامر الديواني (رقم ٥٥ لسنة ٢٠٢٠) في (٢١ اذار ٢٠٢٠) والذي عدت فيه فترة أزمة فايروس كورونا قوة القاهرة وما إستتبع ذلك من فرض حظر التجوال الشامل في بغداد ابتداءً من الساعة (١١ ليلاً) من يوم الثلاثاء الموافق (١٧ اذار ٢٠٢٠) ولغاية الساعة (١١) ليلاً من يوم الاثنين الموافق (٢٣ اذار ٢٠٢٠) وتعطيل الدوام الرسمي في جميع الوزارات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية، وتخويل صلاحية فرض حظر التجوال في المحافظات الى السادة المحافظين^(٦)، وقرارها الصادر باستمرار حظر التجوال لغاية الساعة (١١) ليلاً من يوم السبت الموافق (٢٨ اذار ٢٠٢٠)^(٧).

والتاريخ المُقر من قبل السلطة التنفيذية في اعتبار فترة أزمة فايروس كورونا قوة القاهرة هو التاريخ المعتمد ببدء استحالة تنفيذ العقود بشكل مؤقت، ويستمر الحال الى حين صدور قرار لاحق بانتهاء تلك القوة القاهرة على نحو يتيح للأفراد استئناف تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، وقد عدت لجنة الامر الديواني فترة أزمة فايروس كورونا قوة القاهرة من تاريخ (٢٠ شباط ٢٠٢٠) ولغية إعلان وزارة الصحة إنتهاء هذا الفايروس. الا أنه تجدر الملاحظة إن التاريخ المعلن لاعتبار فترة أزمة فايروس كورونا قوة القاهرة ولغاية (١٧ اذار ٢٠٢٠) لم يكن هناك حظر تجوال شامل وبالتالي لا وجود لاستحالة تنفيذ، وكان بإمكان أطراف أي عقد أن ينفذوا التزاماتهم بشكل طبيعي في الفترة الممتدة بين هذين التاريخين^(٨).

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية عدت فيه فايروس كورونا قوة القاهرة حيث قضت بأنه (ومن مصاديق القوة القاهرة إنتشار وتفشي وباء فايروس كورونا بسرعة في

(٤) ينظر: رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص٤٧٦ وما بعدها.

(٥) ينظر: رشوان حسن رشوان، مصدر سابق، ص٤٩١ وما بعدها.

(٦) قرارها الصادر في (١٥ اذار ٢٠٢٠)، منشور على الموقع الاتي:

تاريخ الزيارة 2020/2/26 <https://gds.gov.iq/ar/>

(٧) قرارها الصادر في (٢١ اذار ٢٠٢٠)، منشور على الموقع الاتي:

تاريخ الزيارة 2020/2/26 <https://gds.gov.iq/ar/>

(٨) ينظر: د. حيدر فليح حسن، أثر جائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الاول، ٢٠٢٠، ص٣٤٦، ٣٤٨.

جميع بقاع العالم ومنها العراق وقد إقترن ذلك بعدم وجود أي لقاح او دواء مخصص له مما أحدث حالة من الرعب و الخوف والهلع وقد حتم ذلك على دول العالم ومنها العراق اتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية للحد من انتشاره (...)^(٩)

المطلب الثاني: شروط المانع المؤقت

إذا كان المانع المؤقت عبارة عن قوة قاهرة فيشترط فيه ما يشترط في القوة القاهرة من شروط، ويضاف الى هذه الشروط شرط التأقيت، وعليه سنبحث كل شرط في فرع مستقل وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول: شرط أن يكون المانع مؤقتاً

المانع المؤقت كما أسلفنا الذكر هو عبارة عن حدث يمثل قوة قاهرة، ويشترط في الحدث أن يكون مؤقتاً، ويقصد بالتأقيت في المانع هو إمكان زواله في المستقبل والامر يتعلق باحتمال وليس بتحديد دقيق لمدة بقاء المانع^(١٠)، فإذا كان غير قابل للزوال بطبيعته عدّ مانعاً دائماً، أما إذا وجدت ملايسات وظروف تشير الى انتهاء المانع بعد مدة من الزمن طالقت أم قصرت عدّ المانع مؤقتاً ويتوقف تنفيذ الالتزام في ظلّه^(١١).

وتلعب إرادة الاطراف دوراً في تحديد طبيعة المانع بكونه مؤقتاً أو نهائياً، فقد يكون مانع التنفيذ قابلاً للزوال ومع ذلك تتجه إرادة الاطراف الى إعتبار الاستحالة نهائية، ومن أمثلة ذلك اتجاه إرادة الاطراف الى عدم السماح بتأخير تنفيذ العقد واعتبار كل تأخير استحالة نهائية تؤدي الى انفساخ العقد^(١٢)، ويمكن أن تتجه إرادة الاطراف كذلك الى عد الاستحالة نهائية إذا لم يرد أيأ منهما أن يبقى مرتبطاً بما التزم به مدة قيام المانع لاسيما إذا طالقت مدة المانع أو كانت غير معلومة الزوال، كما في انفساخ عقد العمل نتيجة طول مدة الخدمة الإلزامية^(١٣).

والمانع المؤقت لأبد أن يزول قبل أن تنتهي الفترة المحددة للوفاء، فاذا زال المانع يشرع في تنفيذ الالتزام بشرط أن تكون المدة المتبقية بعد زوال المانع كافية لتنفيذ ما تبقى من التزامات كما يشترط أن يبقى التنفيذ مجدياً ومفيداً^(١٤).

(٩) قرار رقم (١٤ / الهيئة العامة / ٢٠٢٠)، بتاريخ (٢٥/٨/٢٠٢٠)، منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة التمييز الاتحادية

تاريخ الزيارة 2020/2/26 <https://iraqcas.hjc.iq/>

(١٠) ينظر: د. حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الاولى، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٩، ص ٤٤٤، ٤٤٥، د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، مطبعة الفجيرة، دبي، ٢٠١٠، ص ٣٢٣، ٣٢٤.

(١١) ينظر: د. عبد الحي حجازي، آثار الاستحالة في العقود الملزمة للجانبين، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة الخامسة والخمسون، العدد ٣١٦، ابريل ١٩٦٤، القاهرة، ص ٩٤. د. حامي حياة، استحالة تنفيذ الالتزام المؤقتة، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر ١ بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، المجلد ٥٤، العدد ٢، ص ٢١٦، منشور على الموقع الآتي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/88121> تمت الزيارة بتاريخ ٢٠٢١/١١/١١.

(١٢) ينظر بهذا المعنى: د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، بلا مكان، ١٩٩٥، ص ٣٨٥.

(١٣) ينظر: د. حسين عامر، مصدر سابق، ص ٤٤٣.

(١٤) نظر: د. حسين عامر، مصدر سابق، ص ٤٤٣، ٤٤٥. د. محمد نصر الدين منصور، نحو نظام قانوني لوقف عقود=

واشترط الكفاية والفائدة يرتبط بنظام وقف التنفيذ، فالوقف فترة تثبت فيها العلاقة العقدية أثناء وجود المانع، لتستأنف بعد زوال المانع ويعود تنفيذ الالتزامات الى وضعه الطبيعي، وحتى يتحقق الهدف من الوقف يجب أن تكون المدة المتبقية من العقد كافية ومفيدة في تحقيق هذا الهدف، فإذا كانت هذه المدة قاصرة عن تحقيق هذا الهدف، فإن الاستحالة تعد في حكم الاستحالة النهائية التي تؤدي الى إنفاس العقد^(١٥).

ويقصد بالمدة الكافية هي المدة المتبقية بعد خصم مدة بقاء المانع من مدة تنفيذ العقد بحيث تصلح هذه المدة لتنفيذ ما تبقى من التزامات لم تنفذ، أما إذا كانت المدة المتبقية لتنفيذ العقد بعد زوال المانع غير كافية الا إن المتعاقدين اتفقا على امتداد العقد مدة مساوية للمدة التي توقف فيها التنفيذ، فالمدة تعد كافية^(١٦).

ولا يكفي أن تكون المدة المتبقية بعد زوال المانع كافية للتنفيذ بل لا بد أن يكون التنفيذ مجدياً ومفيداً كذلك، ويكون التنفيذ اللاحق مفيداً إذا كان يحقق مصلحة الطرفين، فلو أصبح التنفيذ غير مفيد لأي من الطرفين لفوات الوقت الذي يمكن خلاله تحقيق الفائدة التي قصدتها المتعاقدان فلامجال للقول بإمكانية الوقف^(١٧).

وقد تكون المدة المتبقية بعد زوال المانع كافية لتنفيذ ما تبقى من التزامات ولاسيما اذا كان هناك اتفاق على امتداد العقد مدة مساوية لمدة الوقف ومع ذلك يصبح التنفيذ غير مجدياً ومفيداً، ويضرب لذلك مثال الالتزام بتسليم الكتب لغرض عرضها في معرض للكتاب، فاذا وجد مانع يمنع تسليم الكتب وامتد لفترة إقامة المعرض، وزال المانع بعد انتهاء المعرض أو قبله بأيام قليلة، فالتسليم لا يكون مفيداً في هذه الحالة^(١٨).

والحديث عن المدة الكافية بعد زوال المانع يثار في حالة العقد محدد المدة، أما العقد غير محدد المدة فلا تثار بشأنه مشكلة المدة الكافية للتنفيذ، فالعقد يبقى مستمراً الى حين تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهم^(١٩).

وتثار فائدة التنفيذ كذلك في العقد محدد المدة، وبعبارة أخرى فان مدة التنفيذ التي حددها المتعاقدان لا بد أن تكون عنصراً جوهرياً في التعاقد، ولا يجوز للمدين أن ينفذ الا في هذه المدة، وكل تنفيذ بعد هذا الاجل يصبح غير ذي جدوى^(٢٠)، وفي هذا الاتجاه تذهب محكمة النقض الفرنسية في قرار لها الى أنه (إذا صح القول بان القوة القاهرة ليست لها إلا صفة موقوتة يتأجل فيها التنفيذ، فان الامر لا يكون كذلك إذا كان المتعاقدان قد قصدا أن يكون التنفيذ في فترة معينة)^(٢١).

وجدير بالتنويه إن العقد يكون محدد المدة أما باتفاق أطرافه، كما إذا اتجهت نيتهم

= العاملین حال توقف العمل في المنشآت، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة، ص ٢٠.

(١٥) ينظر بهذا المعنى : د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٣٨٢.

(١٦) ينظر : د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٣٢٦.

(١٧) ينظر : د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٣٨٢. د. صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في عقود التجارة الدولية، الطبعة الاولى، بلا مكان، ٢٠١٢، ص ٢٥٧.

(١٨) ينظر بهذا المعنى: د. حسين عامر، مصدر سابق، ص ٤٤٥، ٤٤٦.

(١٩) ينظر : د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٣٢٦.

(٢٠) للتفصيل ينظر: كاظم كريم علي الشمري، مصدر سابق، ص ٥٩-٦٣. وسن قاسم غني الخفاجي، إيقاف التنفيذ المؤقت في العقود، إطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص ٤٣، ٤٤.

(٢١) قرار رقم ٣٦٥ في ٣ يونيو ١٩٢٩ مشار اليه لدى: د. حسين عامر، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

الى تحديد مدة معينة للتنفيذ، أو قد تلعب طبيعة العقد دوراً في تحديد مدة التنفيذ، كما في حالة شراء سلعة لعرضها في معرض معين^(٢٢).

الفرع الثاني: شرط خروج المانع المؤقت عن إرادة المدين

يطلق على هذا الشرط كذلك مصطلح (الخارجية)^(٢٣)، ويقصد به أن يكون الحدث الذي يمثل القوة القاهرة مستقلاً عن إرادة المدين بمعنى أن لا يكون المدين قد تسبب في حدوثه ولا يسبقه أو يقتزن به خطأ المدين ولا ينجم عن إهماله وتقصيره^(٢٤)، فإذا لم يكن الحدث أجنياً عن المدين بل تعلق به هو فلا يعد الحدث قوة القاهرة ولا يترتب عليه ما يترتب على القوة القاهرة من آثار.

كما لا يكون الحدث خارجياً إذا امكن نسبته الى فعل تابعي المدين إذا صدر منهم أثناء تنفيذ العقد، فإذا نشأ الحدث عن فعل أحد تابعي المدين فلا يستطيع الاخير اي المدين التمسك بالحدث باعتباره قوة القاهرة، ذلك ان الاستعانة بالتابعين مسالة ترجع الى المدين، وان نشاط التابعين يعد نشاطاً للمدين في مواجهة الدائن، وبذلك يتساوى فعل المدين وفعل تابعيه، فإذا صدر فعل من احد تابعي المدين فيسند هذا الفعل الى المدين وبذلك لا يكون امام قوة القاهرة^(٢٥).

إن شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين شرط منطقي وعادل وينسجم مع مبدأ حسن النية، فمن غير المنطقي والعدل أن يسمح للمدين بالاستفادة من أثر المانع المؤقت بوقف تنفيذ العقد وما في الوقف من تأخير في تنفيذ الالتزامات ولاسيما إذا كان هذا الوقف لسبب يعزى الى خطأ المدين، كما إن هذا الشرط يفضي الى حماية الدائن من تدخل المدين سيء النية^(٢٦).

الفرع الثالث: شرط عدم إمكانية دفع المانع المؤقت

يشترط لإضفاء صفة المانع في الحدث أن لا يكون باستطاعة المدين دفع وقوعه أو تلافيه، ويقصد بهذا الشرط أن يكون المانع حدثاً لا يمكن تجنب وقوعه أو تجنب عواقبه أو لا يمكن التغلب عليه أو على عواقبه.

والعبرة بعدم إمكانية تقادي الحدث فإذا أمكن بطريقة ما تقاديه أو تقادي عواقبه أو التغلب عليهما فجوهر المانع ينتفي حتى وإن كان الحادث مستحيل التوقع^(٢٧).

وتكمن العلة في إعفاء المدين من المسؤولية عند تحقق هذا الشرط هو ارتباطه بالإرادة، فوجوده أمام قوة ضاغطة تؤثر فيه تأثيراً كبيراً وعلى نحو سلبي تجعله يفقد قدرته

(٢٢) ينظر: د. أحمد علي محمد الحميدي السعدي، وقف العقد، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٦، ص ٣٤-٣٦.

(٢٣) ينظر: د. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة الرابعة والسبعون، العددان، ٣٩٣، ٣٩٤، يوليو، أكتوبر، ١٩٨٣، ص ١٧٩.

(٢٤) ينظر: علي ضاري خليل، السبب الاجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩، ص ٤١.

(٢٥) ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ٧٣ وما بعدها.

(٢٦) ينظر: د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٢٥٩، ٢٦٠.

(٢٧) ينظر: د. محمد شتا أبو سعد، مصدر سابق، ص ١٨١.

على اتخاذ أي مسلك أو إتيان أي تصرف من شأنه أن يتفادى الحدث به^(٢٨). إن إثبات عدم القدرة على تجنب المانع ونتائجه تكون قبل وقوع الحدث وبعد وقوعه، فيجب على المدين أن يمنع حدوث المانع الذي يحول دون تنفيذ التزامه بما يمتلكه من وسائل، فإن وقع رغم ذلك وجب عليه بذل الجهد اللازم للتغلب عليه، فإن لم يستطع ذلك كان عليه تجنب آثاره أو التقليل منها، فإذا بذل ذلك الجهد ومع ذلك أعاقه المانع من تنفيذ التزامه، فإن شرط عدم إمكانية الدفع يتحقق^(٢٩).

وحول المعيار الذي يقاس بموجبه عدم قدرة المدين على دفع المانع، فيذهب البعض أن المعيار الذي يقاس بموجبه عدم قدرة المدين على دفع المانع هو معيار شخصي يعتد فيه بظروف المدين الشخصية^(٣٠).

في حين يذهب البعض الآخر إلى الأخذ بمعيار موضوعي أي معيار الشخص المعتاد بصدد قياس قدرة المدين على دفع حدث القوة القاهرة، فإذا كان توخي اليقظة الشديدة يؤدي إلى تفادي وقوع الحدث أو يؤدي إلى تجنب نتائجه الضارة، فلا يمكن القول بأن الحدث يمثل قوة القاهرة^(٣١).

وبدورنا نرجح الأخذ بمعيار شخصي، أي أن تقاس درجة الجهد الذي يجب أن يبذله المدين في دفع الحادث وتجنب نتائجه الضارة بمعيار شخصي يعتد فيه بظروفه الشخصية ووسائله الخاصة وإمكاناته الذاتية، وبذلك يتم مراعاة الظروف التي تحيط بالمدين وقت وقوع الحادث.

الفرع الرابع: شرط عدم إمكانية توقع المانع المؤقت

إن من يسعى إلى التمسك بالمانع ليتخلص من مسؤولية عدم تنفيذ الالتزام خلال فترة قيام هذا المانع، يجب أن لا يكون قد توقعه، ويراد بعدم التوقع عدم تصور الأطراف المتعاقدة حدوث المانع بطريقة تؤثر مباشرة على علاقاتهم التعاقدية^(٣٢). أو هو إقصاء كل ما يمكن أن يعلم به ويدركه أو يتصوره المدين من أحداث تعوق تنفيذ الالتزام وقت التعاقد حتى وقوع الحادث بالفعل^(٣٣).

ويذهب الدكتور (السنهوري) إن العبرة في ترتيب آثار المانع يرتبط بعدم توقعه لا باستحالة دفعه، فإن استحالة تجنب المانع بعد وقوعه غير إن المدين كان قد توقعه ولم

(٢٨) ينظر: د. صفاء تقي العيساوي، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٢٩) ينظر: أكرم محمد حسين التميمي، الإخلال بالتنفيذ في بيوع التجارة الدولية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤، ص ١٦٧.

(٣٠) ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص ٥٨٧. د. عادل جبيري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٢٥. د. صفاء تقي العيساوي، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٣١) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٧٣٧. د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، ١٩٥٨، ص ٤٨٥. د. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٧٩، ص ١٧٩، ١٨٠. د. أسماء مدحت مصطفى، مصدر سابق، ص ١٥٤.

(٣٢) ينظر بهذا المعنى: د. عادل جبيري محمد حبيب، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

(٣٣) ينظر: د. أسماء مدحت سامي، مصدر سابق، ص ١٤٣.

يقم بالإجراءات الكفيلة بدفعه فلا تترتب آثار المانع عندئذٍ^(٣٤). ويتم تقدير توافر شرط عدم توقع المانع لحظة إبرام العقد، فإذا أقدم المدين على التعاقد مع علمه باحتمال وقوع أحداث تعيق تنفيذ التزاماته في المستقبل فلا يجوز له الاحتجاج بالمانع في هذه الحالة، فتصرفه على هذا النحو يعد تصرفاً مقترناً بسوء النية وهو بذلك يعد مرتكباً لخطأ يوجب حرمانه من التمسك بالأثر المترتب على تحقق المانع المؤقت^(٣٥).

وفيما يتعلق بمعيار عدم التوقع، فقد جاء موقف القانون المدني الفرنسي المعدل متفقاً مع موقف اتفاقية فينا ومبادئ اليونيدروا في تقدير التوقع بالنظر الى شخص المدين وظروفه الخاصة وثقافته وقدرته العقلية، وهذا هو المعيار الشخصي. أما بشأن موقف اتفاقية لاهاي فيكون قياس عدم التوقع بما قصده المتعاقدان وقت إبرام العقد، وهذا هو المعيار الشخصي، وفي حال تعذر استظهار مقاصد المتعاقدين، كانت العبرة بما يقصده عادةً أشخاص عقلاء من نفس صفات المتعاقدين إذا وضعوا في ظروف مماثلة وهذا هو المعيار الموضوعي. وينتقد البعض موقف اتفاقية لاهاي فيما يتعلق بمعيار عدم التوقع حيث إنه جمع بين معيارين وهو ما لا يمكن قبوله في غالبية الاحوال، ناهيك عن غموض المعيار الموضوعي فيما يتعلق بوصف الأشخاص بالعقلاء والذي بدوره يحتاج الى معيار آخر لوصف الشخص بالعقلانية من عدمه^(٣٦).

(٣٤) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٣٧.
 (٣٥) ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٨٥. د. محمد شتا أبو سعد، مصدر سابق، ص ١٨١.
 (٣٦) ينظر: باسم حمد خضر آل حجيل السعيد، إعادة التوازن العقدي بالوسائل الاتفاقيه في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠١٥، ص ٩٢.

المبحث الثاني أثر المانع المؤقت

إن تحقق المانع المؤقت أثناء تنفيذ العقد يرتب من الآثار ما يتفق وطبيعة الاستحالة التي تتحقق في ظله، ففي ظل المانع المؤقت يتوقف تنفيذ العقد الى حين زواله ليستأنف التنفيذ بعدها، وفي فترة قيام المانع لا يسأل المدين عن التعويض كجزاء لعدم تنفيذ الالتزامات، ذلك إن عدم التنفيذ يرجع الى حدث لا دخل لإرادته فيه. وبناءً على ذلك سوف نبحت أثر المانع المؤقت من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الاول: وقف تنفيذ العقد

يُعرف وقف تنفيذ العقد^(٣٧) بأنه انقضاء مؤقت لا رجعة فيه للالتزامات رئيسية بسبب استحالة تنفيذ مؤقتة أو بسبب ممارسة المتعاقد لحق يحول بينه وبين تنفيذ العقد أو بسبب عدم التنفيذ الراجع لخطأ المتعاقد، وذلك كله دون أن يمس وجود واستمرار الرابطة العقدية^(٣٨).

ولا يؤثر وقف التنفيذ على ما تم تنفيذه من التزامات قبل وجود المانع المؤقت او بالنسبة لما سوف ينفذ من التزامات بعد زوال المانع، ذلك ان الوقف وان لحق تنفيذ العقد فهو لا يلحق سريانه^(٣٩).

ويشترط لإعمال وقف التنفيذ ان لا يكون الطرفان قد استبعدا فكرة التنفيذ المتأخر من حساباتهما، أي أن لا يكون لوقت التنفيذ اعتبار جوهري عند التعاقد، فيستوي عند المتعاقدين أن يكون التنفيذ في الوقت المحدد ابتداءً في العقد أو بعد انقضاء ذلك الوقت، وعليه فإذا كان ميعاد التنفيذ جوهرياً لدى المتعاقدين فلا يمكن في هذه الحالة إعمال الوقف بل فسخ العقد^(٤٠).

ويتمثل الاثر الجوهري لوقف تنفيذ العقد خلال مدة المانع المؤقت في عدم تنفيذ الالتزامات الرئيسية الناشئة عن العقد طيلة مدة الوقف^(٤١)، ويقصد بالالتزامات الرئيسية تلك الالتزامات التي أبرم العقد من أجل تحقيقها^(٤٢).

والوقف في حقيقته لا يمنع سوى تنفيذ الالتزام الرئيسي للعاقد الذي توفر لديه سبب الوقف، أما التزام المتعاقد الاخر ولكوننا أمام عقد تبادلي فيتوقف عن تنفيذها تبعاً لذلك

(٣٧) طرحت عدة آراء فقهية لتعريف وقف تنفيذ العقد، للاستزادة ينظر: د. أحمد علي محمد الحميدي السعدي، مصدر سابق، ص ١٧-٢٠.

(38) Look :Jacques Ghestin et Marc Billiau, Traite de droit civil: les obligations, les effets du contrat, L.G.D.J paris, 1992, N.357, p347.

مشار اليه لدى: د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٣٧٩.

(٣٩) ينظر: د. أسماء مدحت سامي، مصدر سابق، ص ٣١٤.

(٤٠) ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ٣٤٢. د. محمد صبري عبد الامير الاسدي، القوة القاهرة وأثرها في المسؤولية العقدية، دار مصر للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، ٢٠٢٠، ص ١٦٩، ١٧٠.

(٤١) ينظر: د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٣٨٥.

(٤٢) ينظر: د. أحمد علي محمد الحميدي السعدي، مصدر سابق، ص ٣٠٣.

لوجود الترابط بين التزامات الطرفين، كما إن الهدف من وقف العقد هو المحافظة على الروابط العقدية من الانهاء وهذا الهدف لن يتحقق الا إذا تم وقف تنفيذ الالتزام المقابل للالتزام الموقوف^(٤٣).

وإذا كان الوقف المتبادل للالتزامات الطرفين الرئيسية يشكل قاعدة عامة، الا إن هناك إستثناء يرد على هذه القاعدة بموجبه لايتوقف تنفيذ الالتزام الرئيسي المقابل للالتزام الموقوف، وهذا الاستثناء يجد أساسه في نص القانون، وهو ما جاءت به المادة (٧٢) من قانون العمل العراقي على أنه (إذا توقف العمل كلياً أجزئياً نتيجة ظروف إستثنائية أو قوة قاهرة، فعلى صاحب العمل دفع إيجور العمال عن فترة التوقف لغاية (٣٠) ثلاثين يوماً....).

أما فيما يتعلق بالالتزامات الثانوية، فيذهب رأي فقهي الى إن وقف تنفيذ العقد يشمل الالتزامات الثانوية كما الرئيسية^(٤٤). أما الرأي الثاني من الفقه فيذهب الى إن وقف تنفيذ العقد لا يشمل الالتزامات الثانوية وبالتالي يجب القيام بها خلال وقف تنفيذ العقد، فوقف عقد العمل يجب أن لا يحرم العامل من حقه في السكن الذي يُقدم الى العامل ملحقاً بالاجر^(٤٥)، أما الرأي الاخر من الفقه وهو ما نؤيده فيذهب الى إن وقف تنفيذ العقد يمتد ليطل الالتزامات الثانوية المرتبطة بالالتزام الاصلي الموقوف فيتوقف تنفيذها بتوقف الالتزام الاصلي، وتطبيقاً لذلك فإن وقف تنفيذ عقد النقل يؤدي الى وقف تنفيذ الالتزام بالسلامة^(٤٦).

وعلى خلاف ذلك فإذا كان الالتزام الثانوي مستقلاً في تنفيذه عن الالتزام الاصلي فوقف التنفيذ لا يلحقه، وعلى سبيل المثال عقد الايجار، فايقاف تنفيذ التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالدار المؤجرة، لايمتد أثره الى التزامه باجراء الاصلاحات أو الترميمات الضرورية لتلك الدار، لكي تبقى صالحة للانتفاع بها من قبل المستأجر، وبقاء التزامه هذا نافذاً حتى خلال فترة إيقاف التنفيذ، وبإمكان المستأجر مساءلته قانوناً في حالة عدم قيامه بتنفيذ هذا الالتزام^(٤٧).

ويترتب على عاتق المتعاقدين التزامات يفرضها وقف التنفيذ تتمثل أولها بإستئناف تنفيذ الالتزامات الموقوفة من جديد وهو إلتزام يفرضه واجب التخلص من العقوبات التي تعترض سير تنفيذ العقد، وثانيها الالتزام بالمحافظة على العقد ويجد هذا الالتزام أساسه في مبدأ حسن النية والامانة التعاقدية بين الطرفين^(٤٨).

(٤٣) ينظر: د. أحمد علي محمد الحميدي السعودي، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(44) Look: Sarrute. De la suspension dans l'execution de contracts, paris, 1929, p52,53.

مشار اليه لدى: ياسر شحادة مرزوق ضبابيات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٨، ص ٢٦٩.

(45) Look: Treillard, De la suspension des contrats, La tendance a la stabilite de rapport contractuel par paul Durand, paris, 1960, p88.

مشار اليه لدى: كاظم كريم علي الشمري، مصدر سابق، ص ٧٧.

(٤٦) ينظر: د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٣٨٦.

(٤٧) ينظر: عبد الوهاب الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٨٠٥، ٨٠٦.

(٤٨) ينظر: وسن قاسم غني الخفاجي، مصدر سابق، ص ١٤٣ - ١٤٦.

ففيما يتعلق بالسعي لاستئناف العقد فيقع على عاتق المدين الذي توقف تنفيذه للالتزامه أن يسعى للتخلص من سبب الوقف ليتمكن من إستئناف تنفيذ الالتزام، والسعي الى إستئناف تنفيذ الالتزام مرهون بالجهد الذي يبذله المدين لاعادة تنفيذ الالتزام المتوقف، فعلى سبيل المثال في عقد النقل إذا حال المانع المؤقت دون تنفيذ الالتزام بنقل بضاعة ما، فعلى المدين أن يسعى الى البحث عن وسائل نقل أخرى لتنفيذ التزامه بنقل البضاعة^(٤٩). أما فيما يتعلق بالالتزام بالمحافظة على العقد، فيقع على عاتق المتعاقدين أثناء الوقف الاتفاق على القيام ببعض الاجراءات التي من شأنها المحافظة على بقاء العقد، وفي حال عدم الاتفاق فإن إلتزامهما في هذه الحالة يؤسس على وجود إتفاق ضمني بموجبه يلتزم كل منهما بهذه الاجراءات^(٥٠). ويشتمل الالتزام بالمحافظة على العقد على صورتين، تأخذ إحداها المظهر الايجابي في حين تأخذ الأخرى المظهر السلبي^(٥١). ففيما يتعلق بالمظهر الايجابي فعلى المتعاقدين القيام ببعض الاعمال للمحافظة على الشيء محل العقد، من ذلك مثلاً قيام البائع الذي إستحال عليه مؤقتاً تسليم المبيع بالمحافظة عليه من التلف وذلك بإصدار الاذونات والتراخيص لحفظ البضائع والمنتجات، وقيام المؤجر بالترميمات اللازمة للعين المؤجرة أثناء فترة الوقف^(٥٢).

أما فيما يتعلق بالمظهر السلبي، فعلى أطراف العقد الامتناع عن أي عمل من شأنه التأثير على بقاء العقد أو على مقدار الالتزامات الناشئة عنه، وهو التزام متبادل يقع على عاتق الطرفين على غرار نظيره الايجابي^(٥٣).

وفي صدد المحافظة على العقد يثار تساؤلاً حول مدى أحقية الدائن بالالتزام في البحث عن شخص آخر للحصول على الاداء الذي تعذر على المدين به تنفيذه بسبب وقف التنفيذ للمانع المؤقت؟

إجابة هذا السؤال تقتضي التمييز بين ما اذا كان الاطراف قد نظموا هذه المسألة بنص صريح أم لم يضعوا لها تنظيمياً خاصاً.

فيذهب رأي في الفقه^(٥٤) الى أن مرد ذلك مرهون بإتفاق الطرفين على تنظيم هذه المسألة من عدمه، فإذا كانت هذه الحالة محل إتفاق بين المتعاقدين فيجب إتباع ما إتفقوا عليه، ويمكن أن يأتي هذا الإتفاق بأكثر من صورة، فقد يتفق الاطراف على إعطاء الحق لاي منهم في التعاقد مع الغير للحصول على الاداء الموقوف أو قد يتم الإتفاق على عدم إعطاء هذا الحق لاي منهما.

أما الرأي الثاني في الفقه^(٥٥) فيرى أنه في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين على تنظيم هذه المسألة فيجوز للطرف المتضرر من الوقف أن يلتجأ الى التعاقد مع

(٤٩) ينظر: د. أحمد علي محمد الحميدي السعودي، مصدر سابق، ص ٣٤٢، ٣٤٣.

(٥٠) ينظر: د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٣٣٩، ٣٤٠.

(٥١) ينظر: د. صفاء تقي العيسوي، مصدر سابق، ص ٢٦٣، ٢٦٤.

(٥٢) ينظر: د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٥٣٥.

(٥٣) ينظر: د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

(54) Look: Fontaine(M), Droit des contrats internationaux, Analyse et redaction de clauses, FEC, 1989, p227.

مشار اليه لدى: د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٣٤٤.

(٥٥) ينظر: د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٣٨٩، د. شريف محمد غنام، مصدر سابق، ص ٣٤٤.

طرف اخر والحصول على الاداء محل العقد أثناء مدة الوقف بشرط أن لا يؤثر ذلك على سريان العقد الاصيلي بعد انتهاء مدة الوقف.

وبدورنا نؤيد ما ذهب إليه الرأي الفقهي الثاني، فهذا الرأي يحقق فائدة لكلا المتعاقدين، فالدائن سيحصل بمقتضى هذا الرأي على نفس الاداء الذي كان يحصل عليه قبل الوقف مما يخفف من الاضرار التي سببها عدم تنفيذ المدين للالتزامه، أما المدين الذي توقف فيه عن أداء التزامه بسبب المانع المؤقت فهو لن يُضار من تعاقد الدائن شيئاً، إذ إن العقد الجديد لن يؤثر على علاقته مع الدائن، فالعقد الاصيلي سيعود الى سريانه العادي عند زوال الحدث.

وأخيراً لابد من التنويه في حال ما إذا طالمت مدة المانع المؤقت على نحو يؤدي الى تأخير في تنفيذ الالتزام فيترتب على العقد جزاء الفسخ وليس الوقف، وقد نص القانون المدني الفرنسي المعدل على هذا الحكم بقوله (..... إذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التأخير الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد...).

المطلب الثاني: الاعفاء من المسؤولية

يرتب المانع المؤقت أثراً آخرأ الى جانب وقف تنفيذ العقد يتمثل بالاعفاء من المسؤولية أي دون أن يلتزم بالتعويض طوال فترة قيام المانع، وهذا الجزاء لم يرد النص عليه في القانون المدني الفرنسي المعدل في المادة (١٢١٨) والتي أخذت بالمانع المؤقت، ولم يرد النص عليه كذلك في قانون العمل العراقي.

أما فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية فقد جاء النص على هذا الاثر في إتفاقية فينا في المادة (٣/٧٩) بقولها (يحدث الاعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال المدة التي يبقى فيها العائق قائماً)، والمقصود بالاعفاء هنا هو الاعفاء من جزاء التعويض بإستدلال الفقرة (٥) من ذات المادة والتي نصت على أنه (ليس في هذه المادة ما يمنع أحد الطرفين من إستعمال أي من حقوقه الاخرى خلاف طلب التعويضات وفق أحكام هذه الاتفاقية)، فيستطيع الدائن بموجب هذا النص وفي حال توافر المانع أن يستعمل جميع الحقوق المقررة له^(٥٦) والنتيجة عن عدم تنفيذ الالتزام لعدم قدرة المدين على الوفاء به ما عدا المطالبة بالتعويض، فالمدين يعفى من جزاء التعويض خلال مدة قيام المانع المؤقت فقط، وينتهي الاعفاء بزوال المانع ليعود التعويض كجزاء للاخلال بالالتزام^(٥٧).

وقد نصت مبادئ اليونيدروا على الاعفاء من جزاء التعويض في المادة (٧-١-٧) الفقرة (٢) في حالة المانع المؤقت إذ جاء فيها (إذا كان الحادث مؤقتاً فحسب، فيظل الاعفاء منتجاً لأثره خلال مدة معقولة يراعى فيها أثر الحادث على تنفيذ العقد)، والمقصود بالاعفاء هنا هو الاعفاء من جزاء التعويض بدلالة الفقرة (١) من ذات المادة والتي نصت على أنه (يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم

(٥٦) وتمثل الحقوق الاخرى بحق الدائن في فسخ العقد أو المطالبة بإنقاص الثمن أو الحق في إسترداد ما قام بالوفاء به للمدين. ينظر: د. محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة، ص ٢٥٤، ٢٥٥. د. أسماء مدحت سامي، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٥٧) ينظر: د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص ٢٥٦. د. أسماء مدحت سامي، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

التفويض يرجع الى حادث لاسيطرة له عليه وكان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفاديه أو تجاوز نتائجه).

إلا أنه يلاحظ على مبادئ اليونيدروا إنها حددت سريان الاعفاء من جزاء التعويض في حالة المانع المؤقت (بمدة معقولة) وهو أمر يخلو من الدقة، فما المقصود بالمدة المعقولة؟ ومن يتولى تحديدها، وكان من الاجدر أن يأتي نص المادة (٧-١-٧) الفقرة (٢) من هذه المبادئ على النحو الاتي (إذا كان الحادث مؤقتاً فحسب، فيظل الاعفاء منتجاً لأثره خلال المدة التي يبقى فيها الحادث قائماً).

أما إتفاقية لاهاي فلم تنص على اثر الاعفاء من التعويض الا في حالة المانع الدائم دون المؤقت إذ نصت المادة (٣/٧٤) على أنه (الاعفاء المنصوص عليه في هذه المادة لصالح أي طرف لايمنع فسخ العقد طبقاً لاية نصوص في هذا القانون ولايمنع الطرف الاخر من أي حق له طبقاً لهذا القانون في تخفيض الثمن).

الخاتمة

في الخاتمة لا بد من الادلاء بأهم النتائج التي تم التوصل اليها ليتسنى بعد ذلك تثبيت أهم التوصيات وعلى النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١. المانع المؤقت عبارة عن قوة قاهرة مؤقتة تلحق العقد أثناء تنفيذه.
٢. يلحق المانع المؤقت ميعاد التنفيذ لا التنفيذ بذاته، وعليه فالاستحالة الناجمة عنه هي إستحالة مؤقتة، فإذا لحق المانع المؤقت التنفيذ بذاته كانت الاستحالة نهائية.
٣. لا يترتب على تحقق المانع المؤقت فسخ العقد بل يتوقف تنفيذه، ويستثنى من ذلك حالة إذا طال المانع المؤقت على نحو يؤدي الى تأخير تنفيذ الالتزام فيكون الجزاء الفسخ وليس الوقف كما نص على ذلك القانون المدني الفرنسي المعدل.
٤. يشمل وقف التنفيذ الالتزام الرئيسي الذي لحقه المانع المؤقت ويتوقف تبعاً لذلك الالتزام المقابل له الا إذا نص القانون على خلاف ذلك، أما الالتزامات الثانوية فقد ظهر خلاف فقهي بصددها، وانتهينا بدورنا الى تأييد الرأي الفقهي الذي يرى بأن وقف تنفيذ العقد يمتد ليشمل الالتزامات الثانوية المرتبطة بالالتزام الرئيسي فقط .
٥. يرتب العقد أثناء وقف تنفيذه التزامات على عاتق طرفيه يفرضها واجب التعاون ومبدأ حسن النية.
٦. يعفى المدين من المسؤولية فلا يمكن مطالبته بالتعويض أثناء وقف العقد كجزاء عن عدم تنفيذ الالتزام.

ثانياً: التوصيات :

- تعديل نص المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي لتكون بالشكل الآتي :
١. إذا إستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالالتزامه ما لم يثبت إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر في تنفيذ التزامه.
 ٢. إذا كان السبب الاجنبي قوة قاهرة وكانت الاستحالة الناشئة عنها مؤقتة فالعقد يتوقف تنفيذه، ويعد من قبيل القوة القاهرة كل حدث خارج عن سيطرة المدين، لم يكن متوقفاً وقت إبرام العقد ولم يكن من الممكن تجنب وقوعه أو تجنب عواقبه أو لا يمكن التغلب عليه أو على عواقبه.

تجريم الإحتيال المعلوماتي FORMATIONAL FROUD

م.د رقية فالح حسين علي
الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

يعد الاحتيال الالكتروني واحدا من طرق الاحتيال , الا ان ما يميزه هو استخدام وسائل الكترونية تميزه عن باقي انواع الاحتيال. بخصوص تجريم الاحتيال الالكتروني , فان قوانين بعض الدول افردت لهذا النوع من الاحتيال قوانين عقابية خاصة , بينما تركت بلدان اخرى تجريمه للقواعد العامة المنصوص عليها في قوانينها الجنائية. يتعامل هذا البحث مع جريمة الاحتيال الالكتروني , ابتداء بالتعرف على مفهوم هذه الجريمة, ومرورا بوسائل اثباتها, وانتهاء بموقف تشريعات النظم القانونية منها بما في ذلك التشريعات العراقية.

Abstract

Electronic Fraud considered a kind of fraud in general, but it has some characterizes which distinguish it as it related to informational technology.

Concern the criminalization of Electronic Fraud, some legal systems deal with special rules codified in special codes, while other legal systems continued to deal with the crime of electronic fraud according to the general rules of the penal codes. The deference between these two ways is not that important as the two kinds of rules are essentially the same Except for the difference in the type of means used in committing the crime.

This research deal with the crime of Electronic Fraud, starting from the concept and definition of this crime to the evidence of the crime , and the legislative position of the legal system, including Iraqi legislation, on electronic fraud.

المقدمة

يعد الإحتيال المعلوماتي صورة من صور الإحتيال بوجه عام إلا أنه يتصف ببعض السمات التي تميزه وتجعل له طبيعة خاصة نظراً لارتباطه بالحاسبات الآلية وتكنولوجيا المعلومات.

وأن الإحتيال المعلوماتي يسير إلى صورة مستحدثة للإحتيال تقوم على إساءة استخدام الحاسب الآلي من أجل الحصول بغير حق على أحوال أو منفعة أو خدمات وهي صورة يتميز الإحتيال فيها عن صور وأنماط ما يسمى بالإحتيال التقليدي العادية بسمات عدة أبرزها التعقيد الناجم عن استخدام المفاتيح والشفرات والدلائل الإلكترونية في ارتكابه^(١).

وعند تبيان مدى إمكانية تطبيق النصوص التقليدية للإحتيال على الإحتيال المعلوماتي نرى أن جوهرهما واحد ففي كلا الحالتين يمارس الجاني وسائله الإحتيالية للاستيلاء على مال الغير، بينما يكمن الفرق بينهما في محل السلوك الإجرامي من ناحية ونوع الوسائل الإحتيالية التي يلجأ إليها الجاني من ناحية أخرى، ولأن جريمة الإحتيال المعلوماتي من الجرائم المعلوماتية والمستحدثة في وقتنا الحاضر نظمتها الكثير من التشريعات العقابية ووضعت جزاء لمرتكبيها.

أهمية البحث:

إن تجريم الإحتيال عبر الانترنت من الموضوعات الجديدة والمهمة فهذه الجريمة لها أضرار كبيرة على الافراد والمجتمع من حيث المستوى الاقتصادي وإن غياب النص التشريعي الذي يكافح هذا النوع من الجرائم كما في العراق يؤدي إلى حدوث هذه الجرائم وزيادتها دون وجود رادع لها، إذا اهتمت الدراسات بالبحث في الجانب النظري لها، ولا بد من دراسة واقعية لهذه الجريمة المستحدثة على واقعنا.

مشكلة البحث:

إن البحث في جريمة الإحتيال المعلوماتي يثير الكثير من الجدل الفقهي نظراً لحدثة هذه الجريمة وخاصة في العراق، ذلك لأنه لا يوجد إلى الآن في العراق تشريع جزائي معلوماتي يضع الحلول المناسبة الناشئة عن الانترنت واستخدام التكنولوجيا ومنها جريمة الإحتيال المعلوماتي فلا بد من وجود تشريع جزائي يعاقب على هذه الجرائم المستحدثة.

منهجية البحث:

إن هذا البحث يعتمد على الأسلوب الوصفي التحليلي في جمع وتحليل الحقائق المتعلقة بجريمة الإحتيال المعلوماتي في التشريعات التي تناولت تجريمه بنص قانوني.

(١) هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٤٤.

المبحث الأول مفهوم الاحتيال المعلوماتي

إن من الجرائم الواسعة التي تقع بواسطة النظام المعلوماتي، جريمة الاحتيال المعلوماتي وهي صورة مستحدثة من جرائم الاحتيال التقليدي بحيث تشترك كلا الجريمتين في ممارسة الجاني لوسائل احتيالية خادعة للحصول على مال الغير، وقد باتت جرائم الاحتيال في صورتها المعلوماتية واسعة الانتشار نظراً للتطور الذي أصاب العديد من المؤسسات من خلال اعتمادها على الحاسبات الالية ونظم الانترنت في تعاملاتها، مما مكن الجناة من اختراق هذه النظم أو التلاعب بها بهدف الاستيلاء على أحوال الغير بطرق احتيالية، وغير مشروعة، وسنبين في هذا المبحث تعريف لجريمة الاحتيال المعلوماتي ومدى إمكانية تطبيق النصوص التقليدية على الاحتيال المعلوماتي.

المطلب الأول: تعريف الاحتيال المعلوماتي.

في بادئ ذي بدء وقبل الدخول في دراسة هذا النوع من الجرائم الالكترونية المستحدثة لابد من تعريفها من الناحية التشريعية والفقهية.

الفرع الأول: التعريف التشريعي

إن معظم التشريعات الجزائية تتجنب ايراد التعاريف وذلك لان التعاريف ليست من واجب المشرع إلا إذا أريد بها معنى محدد، فيما يخص جريمة الاحتيال المعلوماتي ابتداءً وقيل بيان تعريفها من الناحية التشريعية فقد انقسمت التشريعات الجزائية فيما بينها حول ايراد النص عليها فمعظم التشريعات جعلتها خاضعة للقواعد العامة في جريمة الاحتيال وفي القسم الخاص من قانون العقوبات ومن ثم اكتفت بما ورد فيها ولم تستحدث نصوص قانونية خاصة بها، ومن الجانب الآخر هناك من التشريعات الجزائية قد وضعت نصوصاً قانونية خاصة بهذا النوع من الجرائم المستحدثة كالقانون الاتحادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي وبعض الولايات المتحدة الامريكية والتي أصدرت قوانين تعاقب على الاستخدام غير المسموح به للكمبيوتر بهذه ارتكاب افعال الغش أو الاستيلاء على المال^(١).

وإن التشريعات الجزائية العربية اختلفت فيما بينها في تسمية جريمة الاحتيال في اتجاهين الاتجاه التشريعي الأول ذهب إلى تسميتها بجريمة النصب كالقانون الجزائي والمصري والليبي والكويتي والبحريني والمغربي^(٢).

أما الاتجاه التشريعي الثاني فقد استخدم تعبير الاحتيال كالقانون الاردني والعراقي واللبناني والسوري والقطري والعماني^(٣).

أما بالنسبة لتعريف جريمة الاحتيال هناك اتجاهين أولهما لم يورد تعريف لهذه الجريمة كالقانون الاماراتي والقطري والعراقي واليمن والسوداني والسوري واللبناني

(٢) علي عدنان الفيل، المصدر السابق، ص ١٧.

(٣) انظر المادة (٣١٢) قانون العقوبات الجزائري، المادة (٣٣٦) قانون العقوبات المصري، (٢٣١) قانون العقوبات الكويتي.

(٤) م (٤٥٦) من قانون العقوبات العراقي، (٤١٧) من قانون العقوبات الاردني، (٤٦١) من قانون العقوبات السوري، (٦٥٥)

من قانون العقوبات اللبناني.

والعماني والفنلندي وثانيهما أو رد تعريفاً لجريمة الاحتيال فقانون الجزاء الكويتي عرف جريمة الاحتيال هي كل تدليس يقصد به فاعله ايقاع شخص في الغلط أو ابقاؤه في الغلط الذي كان واقعاً فيه لحمله على تسليم مال في حيازته وترتب عليه تسليم المال للفاعل أو لغيره سواء كان التدليس بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة^(٥).

التعريف الفقهي

وردت تعريفات متعددة من الناحية الفقهية هناك من عرفها بانها (كل كذب مصحوب بوقائع خارجية أو أفعال مادية يكون من شأنها توليد الاعتقاد لدى المجني عليه بصدق هذا الكذب بما يدفعه إلى تسليم ما يراد منه تسليمه طواعية واختياراً)^(٦)، وعرفت كذلك بأنها (تلك الجريمة التي تتحقق من خلال توصيل الجاني أو شخص آخر إلى تسلّم مال منقول مملوك للغير دون وجه حق نتيجة استخدام الجاني لأحدى وسائل الخداع المنصوص عليها في القانون على سبيل الحصر والتي تسفر عن وقوع المجني عليه في الغلط الدافع إلى التسليم)^(٧). وعرفت كذلك بأنها (أي سلوك احتيالي ينتهج منهج الحوسبة بنية الحصول على أمتياز عالي)^(٨). وعرف أيضاً الإحتيال المعلوماتي بأنه الحصول على ربح مادي عن طريق الحيلة والخداع^(٩). إلا ان الباحث يرى إن هذه التعريفات لم تكن جامعة لكافة العناصر التي تميز الإحتيال المعلوماتي عن الإحتيال بصورته التقليدية لذا يرى الباحث بان الإحتيال المعلوماتي يمكن تعريفه على انه كل سلوك احتيالي يقوم به الجاني لتوصيل المجني عليه لتسليم أي شيء له قيمة مالية او اقتصادية باستعمال وسائل التلاعب بمعلومات وبيانات يخزنها نظام الحاسب الآلي او أي وسيلة أخرى من شأنها التأثير على الحاسب الآلي من اجل الحصول على ربح مادي غير مشروع.

المطلب الثاني: مدى إمكانية تطبيق النصوص التقليدية على الاحتيال عبر الانترنت

لا تخلو القوانين العقابية التقليدية في نص أو نصوص تنظم جريمة الاحتيال أو ما تسمى في بعض التشريعات جرائم النصب والاحتيال بوصفها احد الجرائم الواقعة على الاموال لما لها أهمية في تطويق السلوك الاحتيالي والعقاب عليه، ونص المشرع العراقي في م(٤٥٦) على جريمة النصب والاحتيال.

إن تطبيق نص المادة (٤٥٦) من قانون العقوبات العراقي (٤٠) فلا يثير أي مشكلات قانونية متى انطبق النص على واقعة (احتيال تقليدي) مكتملة الاركان والعناصر، كما لا تثار أي مشكلة في ظل التشريعات الحديثة التي تعالج الجرائم المعلوماتية التي

(٥) انظر المادة (٢٣١) من القانون الجزائي الكويتي.

(٦) نقلا عن علي عدنان الفيل، الاجرام الالكترونية، منشورات زين الحقوقية.

(٧) أباد حسني عباس العزاوي، جريمة الاحتيال في القانون العراقي، ط١، بغداد، مكتبة الصباح، ١٩٨٨، ص٦٣٨.

(٨) د.عمر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٤١١.

(9) Totty (Richard) & Hardcastel (Anthony), Computer Related Crime, obceit, pp. 170

جاء من بين نصوصها ما يجرم الاحتيال المعلوماتي^(١٠)، غير أن الإشكالية التي تثار في هذا الخصوص والتي تثار حولها الجدل الفقهي والاختلاف القضائي هي مدى إمكانية تطبيق النصوص التقليدية الخاصة بجريمة الاحتيال على أفعال الاحتيال المعلوماتي، في ظل غياب نصوص قانونية تنظم الاحتيال المعلوماتي.

إذ تظهر الإشكالية في مدى قابلية المال المعلوماتي أن يكون محلاً لجريمة الاحتيال، ومدى قيام الحاسب الآلي محل الانسان في هذه الجريمة بالإضافة إلى إشكالية تسليم المال في جريمة الاحتيال المعلوماتي وهذا ما سوف نبينه فيما يأتي:

الفرع الأول: محل جريمة الاحتيال المعلوماتي (المال المعلوماتي).

إن النصوص التقليدية لجريمة النصب والاحتيال تتطلب أن يكون موضوع الجريمة (مالاً منقولاً) أي يكون له كيان ملموس لكي يتم الاستيلاء عليه سواء كان مبلغ من المال أو ورقة إبراء الدين لكن الاحتيال المعلوماتي ينصب على برامج وبيانات ومعلومات حيث تثار الجدل حول انطباق صفة المال المنقول عليها^(١١) إلى إتجاه مؤيد إلى تطبيق هذه الصفة وبين رافض.

أولاً: الاتجاه الفقهي الرافض.

يرى أنصار هذا الرأي أن النشاط الاجرامي يجب أن ينصب على مال مادي منقول، وأن المعلومات بما لها من طبيعة معنوية لا تصلح أن تكون محلاً لجريمة الاحتيال المعلوماتي^(١٢).

ثانياً: الاتجاه الفقهي المؤيد.

ذهب هذا الاتجاه إلى أن الاحتيال المعلوماتي في جوهره تلاعب في البيانات والمعلومات للحصول على ربح غير مشروع أو منفعة تقوم بالمال، وعليه إن محل الاحتيال يشمل كل ربح يمكن أن يحصل عليه الفاعل، فالدخول إلى نظام مدفوع الاجر باستخدام شفرة غير صحيحة، فضلاً عما يترتب عليه من جزر يلحق بمستخدم الشفرة الأصلي والمتمثل في القيمة النقدية المستحقة نظير استخدام النظام، فإنه يحقق منفعة للمتهم تقوم بالمال والتي تتمثل في استخدام النظام دون تحمل النفقات اللازمة لهذا الاستخدام، فإن المال هنا ليس له قياس ملموس، إلا أنه يصبح محل الجريمة المعلوماتية، التي تقوم على البيانات والبرامج والمعلومات^(١٣)، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن البرامج والبيانات والمعلومات في حد ذاتها تعد أموالاً تقع عليها جريمة الاحتيال^(١٤).

(١٠) عمار عباس الحسيني، جرائم الحاسوب والانترنت، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص ٢٧٨.

(١١) محمد طارق عبد الرؤوف، جريمة الاحتيال عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١، ص ١٣٤.

(١٢) احمد محمود مصطفى، جرائم الحاسبات الالية في التشريع المصري (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ٢٩٧.

نائلة عادل، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ١١٦.

(١٣) نائلة عادل قورة، المصدر نفسه.

(١٤) عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٦٤.

الفرع الثاني: اشكالية وجود الشخص المجني عليه في جريمة الإحتيال المعلوماتي.
من المشكلات التي ثارت في مجال تطبيق النصوص التقليدية لجريمة النصب والاحتيال على جرائم الإحتيال عبر الانترنت هي مشكلة ضرورة وجود شخص مقابل للجاني المحتال، وهو أمر قد لا يحقق لان الإحتيال المعلوماتي يقع في مواجهة الحاسب أو النظام المعلوماتي وعلى أسباب ذلك كان هناك جدل فقهي مؤيد ورافض لذلك.
الأول: الاتجاه الرافض.

يقول أصحاب هذا الاتجاه بضرورة وجود شخص يخدعه شخص آخر إذ لا يمكن خداع الحاسب الآلي، لانه آلة، وبناءً على ذلك لا يمكن تطبيق النص التقليدي للاحتيال وأن الذي يقوم باستخدام وسائل احتيالية بمواجهة الحاسب الآلي لاخرتاقه بهدف المنفعة المالية لا يعد مرتكباً لجريمة احتيال لان الحاسب نظام معالجة المعلومات يفتقر إلى التفكير ولا يمتلك الارادة المنسوبة يصيب الغش كما في جريمة الإحتيال التقليدية، لانه ينفذ أوامر تلقاه أو تنفيذ أسلوب معالجة للمعلومات قام به الفاعل^(١٥).

ثانياً: الاتجاه المؤيد.

يرى هذا الاتجاه أن الحاسب الآلي مجرد وسيلة لارتكاب الجريمة يستخدمها انسان لخداع انسان آخر وهو المجني عليه وليس لخداع الحاسب الآلي^(١٦)، وهو ما يؤيده بعض الفقه في مصر على أساس أن الإحتيال كذب تدعمه أعمال مادية أو خارجية وأن الجاني في الإحتيال المعلوماتي يبرز المستندات أو المعلومات التي يغذي بها الحاسب الآلي وهي تماماً مثل الاعمال المادية التي تؤيد الكذب المجرد من الجاني^(١٧).

الفرع الثالث: تسليم المال المعلوماتي في جريمة الإحتيال.

إن في جريمة الإحتيال التقليدية من الضروري أن يكون هنالك تسليم للمال من قبل المجني عليه إلى الجاني وهذا نتيجة لافعال الإحتيال واستخدام المظاهر الخارجية لخداع المجني عليه، والاشكالية التي تثار هنا هي صعوبة التسليم الحقيقي للمال من المجني عليه إلى الجاني كما هو في الإحتيال وعليه هناك اتجاهات في الفقه مؤيد والاخر رافض.

أولاً: الاتجاه الرافض.

يرى انصار هذا الاتجاه أنه لا يكون هناك تسليم مادي ملموس يحصل به التسليم من قبل المجني عليه إلى الجاني، لعدم صلاحية المعلومات والبرامج والبيانات لان تكون محلاً لجريمة الإحتيال، وفي حالة حصول الاستلام والتسليم، فإن المجني عليه يبقى محتفظ بحياسة هذه المعلومات والبيانات، وهذا لا يتفق مع النشاط الاجرامي لجريمة

(١٥) علي جبار الحسيناوي، جرائم الحاسوب والانترنت، دار البازوردي للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص٧٥-٧٦.
(١٦) عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، في القانون العربي كالنموذجي (دراسة قانونية متعمقة في القانون المعلوماتي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠٠٧، ١٣٤.
(١٧) محمد علي العريان، الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص١٢٥-١٢٦.

الاحتيال المتمثل بتملكه لهذا المال محل الجريمة^(١٨).

ثانياً: الاتجاه المؤيد.

يذهب البعض من الفقه إلى أن التسليم في اطار جريمة الاحتيال المعلوماتي لا يجوز النظر إليه على أنه واقعة مادية تتمثل في مناوله ترد على شيء ينقله المجني عليه من سيطرته إلى حيازة الجاني، إنما يجب النظر إليه على أنه عمل قانوني عنصره الجوهري إرادة المجني عليه المعيبة بالخداع، وأن المناولة هي المظهر المادي لهذا العمل أو أثره، إذ أن تسليم المال يتم في شكل عمليات حسابية يقوم بها الحاسب بحيث لا يصل إلى يد الجاني بصورة مباشرة، وأن التسليم لا يقتصر على المناولة اليدوية هناك التسليم الحكمي للأشياء لقيام جريمة الاحتيال واحد بتطبيق على صورة مستحدثة من تسليم الاموال، وبذلك يعد التسليم حاصلًا في بعض الحالات على الرغم من بقاء المال في حيازة المجني عليه وبهذا الصدد أخذ القضاء الفرنسي بفكرة إبراء الذمة^(١٩).

(١٨) محمد عبيد الكعبي، الجرائم الناشئة عن الإستخدام غير المشروع لشبكة الإنترنت، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ٢٣٧.

عفيفي كامل عفيفي، المصدر السابق، ١٦٤
(١٩) عمار عباس الحسيني، المصدر السابق، ص٢٨٨.
نائلة عادل، المصدر السابق، ٤٦٥

المبحث الثاني

الاثبات في الاحتيال المعلوماتي وموقف التشريعات من تجريمه

المطلب الأول: أدلة الاثبات في الاحتيال المعلوماتي

نصت معظم الدساتير في العالم على أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته بحكم قضاء مبرم، وذلك حفاظاً على كرامة الانسان وحرية ومنها الدستور العراقي إذ نص على ان (المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية عادلة ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه الا اذا ظهرت ادلة جديدة)^(٢٠) ويقصد بأدلة الاثبات في المسائل الجزائية، إقامة الدليل لدى السلطة الجزائية المختصة على واقعة معينة، بالطرق المقبولة قانوناً، فالاثبات هو العمود الفقري للعدالة الجزائية، بالحقيقة أن الدليل التقليدي ليس له تلك القوة المعروفة في إثبات جرائم العالم المادي^(٢١)، إلا أنه يلعب دور لا غنى عنه في إطار جريمة الاحتيال عبر الانترنت وسائر جرائم العالم الافتراضي فمن أدلة الاثبات التي حافظت على وجودها في عصر الطفرة التكنولوجية والمعلوماتية التي يعيشها في الالونة الاخيرة. وبناءً على ذلك سوف نبين في الفرع الأول الدليل الكتابي وفي الفرع الثاني الدليل الرقمي.

الفرع الأول: الدليل الكتابي

الدليل الكتابي هو أحد أدلة الاثبات في المسائل الجزائية. ويتضمن ثلاث عناصر من الادلة الكتابية هي:

١. محضر الضبط.
٢. الاوراق التي تشكل جسم الجريمة، كالرسالة التي تحمل تهديداً للمجني عليه.
٣. الأوراق الخاصة الصادرة عن المدعى عليه والتي تتضمن اعترافاً، كاعترافه بارتكاب الجريمة.

أولاً: الضبط، هو المحرر الذي يدونه الموظف المختص لاثبات ارتكاب الجرائم أو الإجراءات التي اتخذت بشأنها، وذلك وفق الشروط والأشكال التي حددها القانون^(٢٢) وهناك أنواع من الضوابط منها:

١. الضوابط التي يعمل بها ما لم يثبت تزويرها.
٢. الضوابط التي يعمل بها حتى يثبت العكس.
٣. الضوابط التي لا تعد أن تكون معلومات عادلة، وأن الاتيان بالضبط كدليل كتابي في جريمة الاحتيال المعلوماتي يتمثل من خلال الضوابط التي يمكن تنظيمها من قبل الضابطة، حيث أن مشروع قانون الجريمة الالكترونية السوري

(٢٠) المادة (٥/١٩) من دستور العراق ٢٠٠٥.

(٢١) محمد طارق عبد الرؤوف، المصدر السابق، ص ٢٩٩.

(٢٢) محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط ٢، دار العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٤٨٤.

نص على إحداث وحدات شرطية في وزارة الداخلية متخصصة بمكافحة الجرائم التي نص عليها هذا المشروع، فالضبوط التي يمكن تنظيمها من قبل هذه الضابطة إما أن يعمل بها حتى أن يثبت العكس عندما تكون الجريمة جنحة أو تكون على سبيل المعلومات عندما تكون جنائية وهذه هي القواعد التي يجب أتباع مستقبلاً بالنسبة للضبوط المتعلقة بجريمة الاحتيال عبر الانترنت^(٢٣).

الفرع الثاني: الدليل الرقمي.

الدليل الرقمي، هو إفرازات ثورة المعلومات والتكنولوجيا يتماشى مع طبيعة هذا النوع من الجرائم وهو ناتج عن فحص المكونات المعنوية أو البرمجية للحواسيب وشبكة الانترنت.

إذ أن جريمة الاحتيال المعلوماتي تتطلب طرق تقنية تتناسب مع طبيعتها، حيث يمكن ترجمة الذبذبات الالكترونية إلى أدلة اثبات أو نفي على ارتكاب جريمة معلومات كما في الجرائم التقليدية فحص البصمات على السكين التي استخدمها الجاني في جريمة القتل، فإن جريمة الاحتيال المعلوماتي يكشف الدليل فيها بطرق تقنية وذلك لطبيعة الجريمة المعلوماتية، وعرفت المنظمة الدولية الدليل الرقمي بأنه (معلومات مخزنة أو منقولة بشكل يمكن قبوله في المحكمة)^(٢٤)، إن معرفة الدليل الرقمي يهنا في معرفة دوره في إثبات الجرائم الاحتيال، لان الدليل الرقمي يمكن استخدامه في إثبات أو نفي الجرائم التقليدية، فممكن استخدامه كدليل في الجرائم التقليدية، عندما يرسل الجاني رسالة الكترونية يهدد المجني عليه، فالدليل الرقمي له مزايا ومساوي.

أولاً: مزايا الدليل الرقمي.

١. إمكانية النسخ فيمكن نسخ الدليل الرقمي نسخة طبقاً للاصل لتقادي إيلاف النسخة الاصلية اثناء الفحص وهذه الميزة لا توافر بالادلة التقليدية.
٢. امكانية كشف التعديل قد يتعرض الدليل إلى تعديل اثناء فحصه من قبل القائمين على التحقيق في الجريمة أو من قبل الجاني نفسه ولكن يمكن معرفة التعديل الذي جرى على الدليل وذلك باستخدام تقنية معينة في هذا الخصوص.
٣. صعوبة التخلص من الدليل الرقمي وهي ميزة من مزايا الدليل الرقمي إذ لا يمكن التخلص من الدليل الرقمي وهو بهذا يشبه الدليل العلمي المتعلق بالحمض النووي DNA حيث أن أدلة الجرائم التقليدية يمكن التخلص منها بسهولة مسح البصمات أو قتل الشهود أو التخلص من الاوراق المزورة بحرقها، بينما تكون صعوبة في التخلص من الدليل الرقمي، فالتخلص من المعلومات أو البيانات عن طريق Delete، أو Erase لا تشكل عائقاً يحول دون استرجاعها جزئياً أو كلياً^(٢٥).

(٢٣) نقلا عن محمد طارق عبد الرؤوف، المصدر السابق، ص ٣٢٥.

(٢٤) محمد طارق عبد الرؤوف، المصدر السابق، ص ٣٤٠.

(٢٥) عمر محمد أبو بكر ابن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩٨١.

ثانياً: مساوئ الدليل الرقمي.

١. دليل غير مرئي: إن الدليل المرئي ليس له طبيعة مادية ملموسة مثل الأدلة التقليدية، ففي الأدلة التقليدية تكون هناك طبيعة مادية ملموسة كالبصمات على السكين في جريمة القتل أو السندات الرسمية المزورة من جريمة التزوير أما في الجريمة المعلوماتية يتكون فيها الدليل الرقمي عبارة عن نبضات الكترونية يمكن أن تدل في مجموعها أنماط سلوك الإنسان.
٢. الحجم الكبير للبيانات التي يوجد فيها الدليل الرقمي، إذ يحتوي القرص الصلب على كم كبير من المعلومات غير المرتبة وقد يكون ما يتعلق بالجريمة جزء صغير جداً من هذه البيانات.
٣. الدليل الرقمي دليل ظرفي إذ من خلال معرفة عنوان الانترنت IP يشير إلى الحاسوب الذي ارتكبت الجريمة بواسطة فقط، دون أن يحدد مرتكب الجريمة الامر الذي يجعل من الصعوبة بمكان نسبة النشاط الجرمي إلى شخص ما^(٢٦).

وخلاصة القول أن الحصول على الدليل الرقمي يحتاج إلى خبرة في التقنيات والبرامج للحاسوب الآلي من أجل الحصول والمحافظة واستخدامه كدليل إثبات له قوته الثبوتية وقيمه العلمية حيث أن القاضي عند تقديره الدليل الرقمي لا يتناول القمة العلمية القاطعة للدليل لأنه قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة ولا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة وإنما ما يدخل في نطاق تقديره الشخصي هي الظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من تجريم الإحتيال المعلوماتي

ذهبت التشريعات العقابية المتخصصة بجرائم المعلوماتية إلى مواقف متباينة من تجريم الإحتيال المعلوماتي من حيث صياغة النص أو صور السلوك الاجرامي والعقاب عليه وسوف نبين موقف التشريعات في الفرع الاول والفرع الثاني نبين موقف المشرع العراقي.

الفرع الأول: تجريم الإحتيال المعلوماتي بنص عام.

لقد كان للتشريعات العقابية موقفاً من تجريم الإحتيال المعلوماتي ففي القانون الانكليزي أضيف تعديلاً عام ١٩٩٦ على قانون السرقة الانكليزي حيث أضاف نصاً يعاقب كل من يحصل عن طريق الإحتيال على تحويل الكتروني للاحوال سواء كان هذا التحويل له أو لغيره^(٢٧) حيث يتم هذا التحويل بمناسبة سحب رصيد مالي من حساب معين إلى حساب آخر.

أما في الولايات المتحدة ذهب المشرع إلى العقاب على الإحتيال المعلوماتي صراحة بموجب التعديل الصادر عام ١٩٨٦ بشأن القانون الفيدرالي لجرائم الحاسبات

(٢٦) محمد طارق رؤوف، المصدر السابق، ص ٣٤٥.

(٢٧) ينظر: المادة (١٦) نقلاً عن عمار عباس الحسيني، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

الالية حيث ذهب المشرع إلى عقاب كل من يدخل إلى نظام حاسب الي مشمول بالحماية من دون أن يكون مصرحاً له بذلك، أو متجاوزاً التصريح الممنوح له، إذا كان الغاية من هذا الدخول الحصول على شيء ذي قيمة عن طريق الاحتيال^(٢٨) فإذا كان دخول الفاعل مصدقاً به فلا تحقق الجريمة.

أما المشرع الفرنسي ذهب إلى تعريف الاحتيال في قانون العقوبات الفرنسي الجديد بأنه (واقعة خداع شخص طبيعي أو معنوي، سواء باستخدام اسم كاذب أو صفة كاذبة أو التعسف في صفة غير صحيحة أو باستعمال حيلة تدليسية من شأنها حمل الغير على تسليم نقود أو قيم أو أي مال أو تقديم منفعة أو الموافقة على عمل ينتج عنه التزام أو تحرر من التزام وذلك اضراراً بالمجني عليه أو الغير^(٢٩)).

أما التشريعات العقابية العربية المتخصصة بمكافحة الجريمة المعلوماتية فقد نصت على تجريم الاحتيال المعلوماتي ومنها القانون الاماراتي، إذ نص على (كل من توصل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال منقول أو على سند أو توقيع هذا السند وذلك بالاستعانة بطريقة احتيالية أو بإتخاذ اسم كاذب أو انتحال صفة غير صحيحة متى كان ذلك من شأنه خداع المجني عليه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تقل عن ثلاثين الفاً أو بإحدى هاتين العقوبتين^(٣٠)).

وذهب المشرع في السودان وفي السعودية وسلطة عمان إلى تجريم الاحتيال المعلوماتي^(٣١)، أما القانون العربي النموذجي الموحد فقد ذهب إلى القول كل من استحوذ بالنقاط بطريق التحايل على البرامج والبيانات المخزنة في الحاسب والمسجلة على جميع وسائط التخزين المتعددة أو التي تظهر على الشاشة يعاقب بالحبس وبالغرامة حيث يترك الحبس والغرامة وفقاً لتقدير كل دولة، أما القانون العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم انظمة تقنية المعلومات وما في حكمها والصادرة عن الامانة العامة للجامعة العربية فقد نص على تجريم التوصل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الالي وما في حكمها إلى الاستيلاء على مال منقول أو على سند أو توضيح هذا السند وذلك بالاستعانة بطريقة احتيالية أو بإتخاذ اسم كاذب أو انتحال صفة غير صحيحة متى أن من شأن ذلك خداع المجني عليه^(٣٢).

الفرع الثاني: موقف المشرع العراقي من تجريم الاحتيال المعلوماتي.

إن التطور الكبير أو المتنازع التي تشهد نواحي الحياة المختلفة والتي يشهدها العالم واستعمال التقنيات التكنولوجية في جميع مجالات العمل من استعمال الحاسب الالي والانترنت لم تعد ترتكب الجريمة بشكلها التقليدي بل تعداه إلى ارتكاب الجريمة

(٢٨) ينظر: المادة (١٠٣٠/٤) من القانون الفيدرالي لجرائم الحاسبات الالية لسنة ١٩٨٦.

(٢٩) ينظر: المادة (٢/٣١٣) منه.

(٣٠) ينظر: المادة (١٠) من القانون الاتحادي في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي لسنة ٢٠٠٦.

(٣١) ينظر: المادة (١١) من قانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة ٢٠٠٧ والمادة (٤) من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية

السعودي لسنة ١٤٢٨هـ والمادة (١٣) من المرسوم الخاص بقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العماني لسنة ٢٠١١.

(٣٢) ينظر: المادة (١٠) منه نقلاً عن عمار عباس الحسني، المصدر السابق، ص ٢٩١.

باستعمال شبكات المعلومات حيث ترتكب الجريمة المعلوماتية باستخدام الحاسب ونظم المعلومات.

وبهدف توفير الحماية القانوني وإيجاد نظام عقابي لمرتكبي جرائم الحاسوب وشبكة المعلومات، ولما تتطوي عليه من مخاطر عدة تلحق بالمؤسسات والافراد خسائر كبيرة باعتبارها تستهدف الاعتداء على البيانات والمعلومات وتمس الحياة الخاصة للافراد وتهديد الامن الوطني وتضعف الثقة بالتقنيات الحديثة والجرائم المعلوماتية كثيرة منها الاحتيال المعلوماتي والتزوير والجريمة المعلوماتية حديثة العهد بالنسبة للواجب العلي في البلد وأن النصوص العقابية متناثرة في الكثير من التشريعات ومنها قانون العقوبات وقانون مكافحة الإرهاب وقانون المخدرات وقوانين أخرى ولغرض تنظيم ومعالجة الجرائم المرتكبة عن طريق الانترنت سارع مجلس النواب إلى تقديم مسودة قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية وقانون التوقيع الالكتروني والتعاقد الالكتروني.

الخاتمة

إن جريمة الاحتيال المعلوماتي من الجرائم المعلوماتية وهي تمثل الاستيلاء على مال الغير بالخداع عبر تقنية الانترنت، ويمكن تطبيق النصوص التقليدية لجريمة الاحتيال على المعلومات والبيانات لانها تعد من الاموال لما لها من قيمة اقتصادية حيث يقوم الجاني باستعمال الوسائل الخداعية باستخدامه للحاسب الالي أو الهاتف الذكي كوسيلة لتنفيذ جريمته من خلال حمل المجني عليه إلى تسليم ماله، والتسليم لا يقتصر على التسليم بالمناولة لان هناك ما يعد بالتسليم المعادل وهي النظرية التي ابتدعها القضاء الفرنسي، وفي خاتمة البحث توصلنا إلى عدة توصيات منها:

١. ضرورة الاسراع في تشريع قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية مع عدم المساس بالحريات الشخصية وأن ينسجم القانون مع الدستور.

٢. تعتبر جرائم الاحتيال المعلوماتي عبر الانترنت من الجرائم المستحدثة في الوسط التشريعي والقانوني وينبغي على المشرع غير إعداد أو صياغة أي تشريع يتعلق بهذه الجرائم المعلوماتية أن يلتفت إلى اختلاف طبيعة هذه الجرائم من الجرائم التقليدية لتعلقها بأساليب مختلفة ترتبط بالمعالجة الالكترونية للبيانات.

٣. يتطلب النهوض وتطوير جوانب قانونية تتعلق بالتحري والاستدلال والضبط ونوع القضاء المختص وأن تكون هناك دورات تدريبية للقائمين بالتحقيق حيث لا بد أن يتمتع المحقق في الجريمة المعلوماتية بالخبرة المعلوماتية.

٤. إن الجرائم المعلوماتية بشكل عام وجريمة الاحتيال المعلوماتي بشكل خاص يحتاج إلى إعادة النظر في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل وذلك لانها من الجرائم التي تختلف في وسائل اثباتها عن الجرائم التقليدية.

٥. ضرورة أن تكون هناك توعية قانونية بمخاطر استخدام الانترنت من قبل ضعاف النفوس ومخاطر الاستخدام من قبل الاحداث في أن يكونوا صيداً سهلاً لقرصنة الانترنت والاحتيال وأن تكون هناك توعية اعلامية كبيرة بعد الاستخدام الواسع للحاسب في جميع مجالات الحياة.

ماهية الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية
وطبيعته القانونية

WHAT IS THE LEGAL NATURE OF THE PLEA FOR
INADMISSIBILITY OF THE CIVIL LAWSUIT

م.م ماجد حامد عبد الهادي
ديوان الوقف السني

المستخلص

تعد الدفوع من اهم الوسائل الاجرائية التي نص عليها المشرع واعطى الحق للمدعى عليه بأستعمالها للرد على دعوى المدعي اتجاهه , وبدوره قسم المشرع تلك الدفوع الى اقسام عدة بحسب تأثيرها على الدعوى , واحد انواع تلك الدفوع هي الدفوع بعدم قبول الدعوى التي هي مدار بحثنا الذي سبق , اذ انها تتميز بطبيعتها الخاصة التي جعلت منها محطاً للخلاف الفقهي منذ زمن بعيد بين المدارس الفقهية والباحثين من اول تعريف تلك الدفوع مروراً بطبيعتها القانونية وصولاً الى الاحكام المتعلقة بتطبيقها . وقد اثار الدفع بعدم القبول اهتمام الباحثين والفقهاء نظراً لغموض فكرته وعدم وضوح النظام القانوني الذي يستجيب له فعلى الرغم من تعدد الدراسات التي تناولت هذا النوع من الدفوع بالبحث والتحليل في الدول العربية المجاورة والتي قد توحى بحسم الخلاف حوله الا ان طبيعة هذا الدفع واحكامه ما زالت تكتنفها الغموض ولا يزال الباب مفتوحاً لإجتهد الباحثين والفقهاء والقضاء بهذا الشأن .

وتعرفنا على ماهية الدفع بعدم القبول من خلال تعريف ذلك الدفع ومن ثم بيان الطبيعة القانونية وقد توصلت الى نتائج هي ان الدفع بعدم القبول عبارة عن وسيلة اجرائية تهدف الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماح الدعوى باعتبار ان تلك الشروط حق مستقل عن الحق الموضوعي وقد تكون اثاره هذا الدفع عن طريق المدعى عليه او قد تقوم المحكمة بأثارته اذا ما تعلق هذا الدفع بالنظام العام ويشترط لصحة ابداء الدفع بعدم القبول ذات الشروط التي تطلبها القانون لإقامة الدعوى, انه دفع مستقل بنظامه الاجرائي عن باقي الدفوع .

Abstract

The defenses are one of the most important procedural means stipulated by the legislator and gave the defendant the right to use them to respond to the plaintiff's claim against him. In turn, the legislator divided those defenses into several sections according to their impact on the case. As it is distinguished by its special nature that made it a focus of doctrinal dispute for a long time between the schools of jurisprudence and researchers, from the first definition of those defenses through their legal nature to the provisions related to their application. The plea for non-acceptance has aroused the interest of researchers and jurists due to the ambiguity of its idea and the lack of clarity of the legal system that responds to it. Ambiguity, and the door is still open to the jurisprudence of researchers, jurists and the judiciary in this regard .

We got to know the nature of the defense of non-acceptance by defining that payment and then explaining the legal nature. The conclusions were reached that the plea of non-acceptance is a procedural means aimed at challenging the lack of

conditions necessary for hearing the case, considering that these conditions are a right independent of the substantive right and may be provocation This defense is by the defendant, or the court may raise it if this plea is related to public order, and for the validity of the plea of non-acceptance, the same conditions required by law to file the case are required, that it is a plea independent of its procedural system from the rest of the defenses .

المقدمة:

يضطلع القضاء بأقدس وظيفة فهو الحارس لأنبيل رسالة , هي رسالة إحقاق الحق واعطاء كل ذي حق حقه وهو الملاذ الذي يوفر للأفراد الطمأنينة من خلال الضرب على ايدي المتجاوزين على الحقوق والحريات التي عملت القوانين على توفيره الحماية اللازمة لها من خلال التشريعات التي يصدرها المشرع وتقسّم تلك القوانين والتشريعات الى اقسام عدة فمنها ماهي قوانين موضوعية تحقق الحق بمضمونها وفحواها , ومنها ماهي قوانين اجرائية تمثل الطريق والاداة التي توصل تلك القوانين الموضوعية الى حيث تطبيقها بالشكل السليم , ويعد قانون المرافعات المدنية والتجارية الحجر الاساس لتلك القوانين الاجرائية , والذي يعنى بتنظيم كل ما يخص الدعاوى من لحظة اقامتها امام القضاء الى حين انتهائها بصور اخر حكم يكون قابل للتنفيذ فيها , وتعتبر الدفوع من أهم اجزاء الدعوى التي عالجها القانون من حيث كيفية تقديمها ومواعيد التقديم وأثرها على مسار الدعوى التي حرص المشرع على بيانها بشكل تفصيلي لما لها من تأثير على الخصوم في الدعوى .

وإن من مستلزمات حق التقاضي هو ضمان حرية الدفاع والادعاء في وقت واحد لكي يتحقق العدل بين طرفي الدعوى واذا كان الادعاء يتحقق في لجوء المدعي الى القضاء للمطالبة بحماية حقوقه ومصالحه عن طريق اقامة الدعوى , فإن الدفوع , تمثل وسائل فنية يلجئ اليها المدعي عليه للرد على دعوى المدعي , وان الدفع بعدم القبول أحد أنواع تلك الدفوع ويرمي هذا الدفع الى الطعن بعدم توافر احد الشروط التي تطلبها القانون لقبول الدعوى .

فقد اثار الدفع بعدم القبول اهتمام الباحثين والفقهاء نظراً لغموض فكرته وعدم وضوح النظام القانوني الذي يستجيب له فعلى الرغم من تعدد الدراسات التي تناولت هذا النوع من الدفوع بالبحث والتحليل في الدول العربية المجاورة والتي قد توحى بحسم الخلاف حوله الا ان تعريف الدفع و طبيعته ما زالت يكتنفها الغموض ولا يزال الباب مفتوحاً لإجتهد الباحثين والفقهاء والقضاء بهذا الشأن .

أهمية موضوع البحث:

- تكمن اهمية البحث في موضوع الدفع بعدم القبول في الجوانب الاتية :
- الاهمية القصوى للدفوع بعدم القبول في الفكر القانوني والعمل القضائي ويظهر ذلك خاصة في التطبيقات العملية للدفع بعدم القبول
- تقديم المادة القضائية والخبرة التشريعية لتقنيات المرافعات والتراث الفقهي والقضاء الذي استطاع القضاة واساتذة القانون تجميعه حول هذا النوع من الدفوع في مصر والعراق
- انه لا يوجد مرجع واحد في المرافعات إلا وتطرق للدفع بعدم توجه الخصومة كأحد انواع الدفع بعدم القبول بالرغم من ذلك لا يزال هذا النوع من الدفوع مثار جدل

مشكلة البحث:

لم ينظم المشرع العراقي الاحكام المتعلقة بالدفع بعدم القبول على النحو الذي اعتمدته التشريعات المقارنة ومنها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ولم يتطرق له الفقه في العراق فالرأي غير مستقر حول العديد من المسائل المتعلقة به ، ونذكر منها على سبيل المثال :

- تعريف الدفع بعدم القبول من الناحية الفقهية والتشريعية
- شروط قبول الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية
- الطبيعة القانونية للدفع بعدم قبول الدعوى المدنية

هدف البحث:

الهدف من هذا البحث هو تقديم دراسة وافية لمفهوم الدفع بعدم القبول وطبيعته القانونية من خلال ما ورد في قانون المرافعات المصري وقضاء محكمة النقض وآراء الفقه في مصر لمساعدة المشرع العراقي في إكمال القصور الحاصل في قانون المرافعات العراقي من نقص في النصوص التشريعية التي تعالج مفهوم الدفع بعدم القبول بوضع نصوص تبينه بشكل صريح وأحكام تسهل من عملية تطبيقه والاستفادة منه كأحد الدفوع المستخدمة في الدعوى.

نطاق البحث

سيقتصر هذا البحث في الدفع بعدم القبول على القاء الضوء على اهم مفاصل هذا الدفع محاولين الخروج ولو بالحد الأدنى بالنتائج والمقترحات الضرورية للارتقاء بهذا الدفع بما يتناسب مع حجم الخلاف الدائر حوله ولت ندرس غيره من الدفوع

منهجية البحث:

سنتبع في اعداد هذا البحث المنهج التحليلي المقارن من خلال الاطلاع على النصوص التي نظمت تعريف بالدفع بعدم القبول وطبيعته القانونية في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وكذلك تعريف المشرع الفرنسي لذلك الدفع ، وما قضت به محكمة النقض المصرية في هذا الصدد ، والتعريفات التي حاول الفقه صياغتها ، ومناقشة آراء الاتجاهات الفقهية بخصوص الطبيعة القانونية له ، وذلك لمحاولة ابداء المساعدة والارشاد للمشرع العراقي الذي لم ينص على هذا الدفع في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على الرغم من الاهمية التي يحتلها ذلك الدفع .

المبحث الاول

مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية

سننتاول في هذا المطلب تعريف الدفع بعدم القبول في فرع أول ثم نبين بعد ذلك الحكمة من هذا الدفع في فرع ثاني وذلك على النحو الآتي:-

المطلب الاول: تعريف الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية

تأثرت النظم القانونية المعاصرة بفكرة الدفع بعدم القبول، والتي ظهرت لأول مرة في الأمر الملكي الصادر في فرنسا في القرن السابع عشر وعلى وجه التحديد في العام ١٦٦٧م، وأصبحت تجد محلها التشريعي في المواد (١٢٤، ١٢٥، ١٢٦) من قانون المرافعات الفرنسي الصادر سنة (١٩٧٥).

لذلك لم يكن ثمة بُد من وضع نصوص تنظم الأحكام الخاصة بهذا النوع من الدفوع بعد أن طال بحثه أمام الفقهاء والقضاء، وعلى الرغم من أهمية الدفع بعدم القبول، أكتفى المشرع المصري بنص المادة (١١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بالإشارة إلى هذا النوع من الدفوع، ولم يأت قانون المرافعات العراقي بتنظيم خاص لهذا النوع من الدفوع أو الأحكام الخاصة به، وعليه نرى أن موقف المشرع العراقي لا يتناسب والأهمية التي يحتلها هذا النوع من الدفوع، والخلاف الفقهي المثار حوله، فالأولى به إعادة النظر من موقفه، وتنظيم الأحكام المتعلقة به، بما يتناسب ومنزلته التي يحتلها بين الدفوع الأخرى بالدعوى المدنية.

وعرفت الدفوع بعدم القبول عند الفقهاء بتعريفات متقاربة المعاني والألفاظ، فذهب رأي إلى أنها: «الدفوع التي ترمي إلى إنكار وجود الدعوى، لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبولها أو لقبول الطلب العارض أو الدفع الشكلي أو الطعن في الحكم، سواء كانت هذه الشروط من الشروط العامة التي يتعين توافرها لسماع الدعوى أو من الشروط الخاصة بالدعوى المقدم بشأنها الدفع»^(٢).

هذا التعريف مننقد من ناحيتين، الأولى عدم وجود شروط يتطلبها القانون لقبول الدفوع الشكلية، فالدفوع الشكلية تحكمها قاعدة عامة، وهي وجوب التمسك بها قبل الدخول في موضوع الدعوى، والثانية أن الهدف من الدفع بعدم القبول لا يقتصر على مجرد إنكار الدعوى، وإنما يهدف إلى استصدار حكم بعدم سماع الدعوى أو نظرها، كما أن شروط قبول الدعوى ليست سابقة على وجودها، وإنما بوجودها توجد الدعوى وبانعدامها تتعدم الدعوى.

وذهب آخر إلى أنها: «تشمل كل اعتراض يوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى بهدف منع المحكمة من سماعها لتخلف الشروط اللازمة لذلك»^(٣).

ويجاء على هذا التعريف استخدامه لمصطلح «الاعتراض» وهو مصطلح

(١) د. نبيل اسماعيل عمر: الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م، ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ط ٣، عام ١٩٨٠م، ص ٢١٦.

(٣) د. عيد محمد القصاص: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دون دار نشر، ط ٢، ٢٠١٠م، ص ٨٠٨.

فضفاض، فقد يشمل أي اعتراض يبديه المدعى عليه أثناء نظر الدعوى، في حين أن الدفوع عبارة عن وسائل إجرائية من صنع المشرع أوردها في القوانين الموضوعية والاجرائية، وقد توجد نتيجة لاتفاق الخصوم على أمر معين^(٤)، وفي جميع الأحوال يجب التقيد بالقواعد التي وضعها المشرع لأستعمال هذه الدفوع.

وذهب رأي ثالث إلى أن الدفع بعدم القبول هو: «الاجراء الذي يثيره الخصم الذي في مركز المدعى عليه لمنع المحكمة المختصة من بسط الحماية القضائية للإدعاء الذي يتقدم به المدعي، لتخلف شرط من شروط قبوله»^(٥).

ويمكن انتقاد هذا التعريف على أساس أن الدفع بعدم القبول عبارة عن وسيلة إجرائية قد يستعملها المدعى عليه أو المحكمة من تلقاء نفسها، إذا تعلق هذا الدفع بالنظام العام، كما أن الادعاء سلطة قانونية ممنوحة للخصم باللجوء إلى القضاء، إما ليقرر حقاً يدعيه أو ليحصل على الحماية القضائية لحقه الذي اعتدى عليه.

وذهب رأي رابع إلى أن الدفع بعدم القبول هو: « الدفع الذي يوجه الى حق المدعي في رفع الدعوى اي مكنة الحصول على حكم في الموضوع فهو لا يوجه الى شكل الخصومة أو موضوعها وهو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى أي التمسك بانتفاء المصلحة أو أنتفاء الصفة أو سبق الفصل في النزاع قضاءً (أو ما يطلق عليه الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها) أو صلحاً أو الاتفاق على تسويته تحكيمياً أو التمسك بفوات ميعاد حتمي»^(٦)

ونرى ان هذا التعريف هو من اكثر التعاريف تفصيلاً لمفهوم الدفع بعدم القبول وإيضاحاً له بصورة لا تقبل اللبس والاشتباه بينه وبين غيره من الدفوع ومشتماً للأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول.

ومن جهتها جرت محكمة النقض المصرية على أن تنقل عن المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري السابق تعريف الدفع بعدم القبول بأنه: « الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، كانهدام الحق في الدعوى أو سقوطه، لسبق الفصل فيها، أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الاجراءات من جهة، ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى»^(٧).

(٤) كالاتفاق على التحكيم الذي قد يترتب على عدم احترامه واللجوء إلى القضاء دفع بسبق الدعوى لأوانها «الدفع بالتحكيم». سعاد عطية الدعالسة: الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١٣، و، ص ٣١

(٥) د. مصطفى عبد الحميد عياد: الأصول في التنظيم القضائي والمحاكمات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٨٢.
(٦) د. احمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص ٢٧٥ - وفي ذات المعنى ورد تعريف للدفع بعدم القبول أنه « الوسيلة التي يتمسك بواسطتها الخصم بعدم جواز نظر الطلب أو الدفع أو الطعن المقدم من خصمه الى المحكمة » . د. الانصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٣، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٤٦٤
(٧) نقض مدني مصري، الطعن رقم ٧٥٩٣ لسنة ٧٤/٢٨/٤، ٢٠١٤، المشار اليه في موقع محكمة النقض على شبكة الانترنت - نقض مدني مصري، الطعن رقم ٩٥٧ لسنة ١٢ ق، بجلسة ١٩٦٢/٣/٢٩. مشار إليه لدى، د. أحمد السيد الصاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٠م، ص ٣٢٤؛ وفي نفس المعنى نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٨ لسنة ٥٠ ق، بجلسة ١٩٨٩/٢/٨ مشار إليه لدى، د. محمد كامل عبد العزيز تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، بدون دار نشر أو سنة طبع، ص ٧١٥.

يلاحظ على هذه التعريفات أنها جاءت متشابهة إلى حد كبير، من حيث: اتفاق هذه التعريفات على أن الدفع بعدم القبول يوجه إلى تخلف شرط من شروط الواجب توافرها لقبول الدعوى، ومن ثم نظرها، وأنه لا يوجه إلى شكل الاجراءات أو أصل الحق المتنازع عليه.

أن البعض منها قصر الحق في إثارة هذا النوع من الدفوع على المدعى عليه في الدعوى، علماً بأنه يمكن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تثير هذا النوع من الدفوع إذا تعلق بالنظام العام.

أن الهدف من إثارة الدفع بعدم القبول هو استصدار حكم بعدم قبول الدعوى أو عدم سماعها من قبل المحكمة، وأن الأثر المترتب على قبوله، هو الحكم بعدم قبول الدعوى أو منع سماعها من قبل المحكمة.

ومن هنا يمكن القول أن مقومات هذا الدفع وأهم عناصره - من خلال الاستنتاج من هذا التعريف- تتجسد في القواسم المشتركة لمجمل الآراء الفقهية، والتي يمكن أن تميز هذا الدفع عن غيره من الدفوع، ومن أهم هذه العناصر:

أن الدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى أساساً، فإذا كان الدفع الشكلي موجه أساساً إلى اجراءات الدعوى أو الاختصاص في نظرها، مما يعني أن الدعوى موجودة فعلاً إلا أنها مخالفة للأوضاع التي رسمها القانون، والتي يتعين على الخصم مباشرتها حتى تكون دعواه صحيحة، وكذلك إذا كان الدفع الموضوعي ينصب بشكل مباشر على ذات الحق المدعى به، من دون أن يكون للمدعى عليه تحفظ على الدعوى بوصفها وسيلة لحماية الحقوق، إذ من المسلم به أن للدعوى كياناً مستقلاً، وهي ليست بذات الحق المدعى به، إلا أن للدفع بعدم القبول خصوصية تميزه عن هذا وذاك، وتتمثل في توجيهها إلى الوسيلة التي يحمي بها الخصم حقه (الدعوى) فتصيبها بالشلل، ومن ثم عدم قدرة المدعي من المطالبة بحقه^(٨).

تجدر الإشارة أن المشرع العراقي^(٩) لم يشر إلى تسمية الدفع بعدم قبول في قانون المرافعات، وإنما اكتفي بالنص على صورة من صور هذا الدفع وهي حالة عدم توجه الخصومة، وهذا الموقف لا يتناسب مطلقاً مع الأهمية التي يحتلها هذا الدفع، والخلاف الحاصل بشأنه، فالأولى بالمشرع إعادة النظر في موقفه وإعطاء هذا الموضوع الأهمية التي يحتلها من خلال بيان مفهوم هذا الدفع بشكل واضح والابتعاد عن النصوص المقتضبة والتي لا توضح معالم هذا الدفع بكافة تفاصيله من أحكام وأثار.

أن الدفع بعدم القبول يكون بمناسبة انعدام الشروط التي يتطلبها القانون في قبول الدعوى، فهذا الدفع هو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى، سواء كانت شروطها الموضوعية أو الاجرائية، الايجابية أو السلبية، ويجوز الدفع بعدم

(٨) د. فارس علي عمر الجرجري: الدفوع بعدم قبول الدعوى، بحث منشور، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٠)، العدد (٣٧)، السنة ٢٠٠٨، ص ٤٥.

(٩) راجع الفقرة (١) من المادة (٨٠) مرافعات مصري، والفقرة (٣) من المادة (٢٠٩) مرافعات عراقي، في حين أن المشرع الفرنسي تصدى لتعريف الدفع بعدم القبول في المادة (١٢٢) من قانون الاجراءات الفرنسي الصادر في ١٩٧٥ بأنه: « كل دفع ينكر به الخصم دعوى خصمه - دون المساس بالموضوع - وذلك بسبب انتفاء حق التقاضي.»

قبول الطعن وذلك بالتمسك بعدم توافر شرط من شروط الطعن في الحكم^(١٠).
فالتشريعات تفرض شروطاً لقبول الدعوى أمام المحكمة، فإذا أقام الشخص دعوى أمام المحكمة ولم تتوافر الشروط اللازمة لقبول هذه الدعوى، فإنها لا تكون مقبولة بصرف النظر عما إذا كان محقاً في ادعائه أم غير محق، وعليه يجب أن تثبت المحكمة من شروط قبول الدعوى في الجلسة الأولى وتتأكد من توافر جميع الشروط وذلك قبل الخوض في موضوعها، فإذا ما تخلف شرط أو أكثر في الدعوى المنظورة وجب على المحكمة ردها شكلاً^(١١).

المطلب الثاني: الحكمة من الدفع بعدم القبول

إن الدفع والدعوى، بوصفها إجراءات قضائية إنما تخضع للأمر التنظيمية والشكلية التي يتكفل المشرع بتحريها، ومن ثم تلبية الحماية القضائية لمن يطلبها سواء من جهة الادعاء أم من جهة الدفاع، فالإجراءات القضائية رغم تنوعها إنما ترتبط ببعضها لتكون في المحصلة عملاً قانونياً واحداً، وفي حالة مخالفة الخصوم للشكليات المقررة عندها تنهض الجزاءات التي حددها المشرع بسبب مخالفة تلك القواعد^(١٢).

فالمدعي عندما يتجاهل أو يهمل الشروط اللازمة لصحة دعواه، أو عندما لا يتقيد بالضوابط والشكليات والمدد المقررة لصحة الدعوى، إنما يخرق بذلك ضمانة ضرورية تحرص عليها التشريعات المختلفة للوصول إلى قضاء عادل ألا وهي الشكل، فإذا كان الطابع المميز لقواعد المرافعات أنها قواعد شكلية، فإن بعض هذه القواعد تكون لها خصائص القواعد الموضوعية التي تمس حقوق الأفراد، مثل قبول شروط قبول الدعوى، والقواعد المنظمة لطرق الطعن في الأحكام وقواعد تسببها^(١٣).

ومن هنا تبدو الحكمة من الدفع بعدم القبول، من كونها جزءاً ذات طابع خاص ينهض عندما لا تحترم الشكليات المقررة من قبل المدعي، فالمشرع عندما يوفر الفرصة للمدعي عليه من إثارة هذا الدفع للحيلولة دون قبول دعوى المدعي، إنما يوجه في الوقت نفسه رسالة إلى المدعي والأفراد على وجه العموم مفادها أن عدم احترام القواعد والشكليات التي حددها جزءها عدم قبول تلك الدعوى، فالدفع بعدم القبول إنما يسلب سلطة المدعي في استعمال الدعوى، لأن هذه السلطة لم تباشر وقف الشكل المحدد له، ومن ثم أصبحت وسيلة لردع المدعي غير المستوفي لشرائط إقامة الدعوى^(١٤).

إن الحماية إنما توفر للخصم الحريص على دعواه، وليس المستهين بالإجراءات المقررة، لأن الإجراءات الثابتة والمنضبطة تحول دون فوضى القضاء وسوء نية الخصم، مما يعني عدم ترك إجراءات التقاضي تخضع لتقدير الخصوم أو القضاة ولأن الشكل عدو الظلم والتحكيم، فالدفع بعدم القبول عندما يوجه إلى الحماية القضائية المطلوبة بهدف

(١٠) د. وجدي راغب: مبادئ الخصومة المدنية، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، عام ١٩٧٨م، ص ١٨.

(١١) د. عباس العبودي: شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مطابع جامعة الموصل، ٢٠٠٠م، ص ٢٠٢.

(١٢) د. آدم الندوي: المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(١٣) د. عباس العبودي: شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٣.

(١٤) د. فارس علي عمر الجرجري: الدفع بعدم قبول الدعوى، مرجع سابق، ص ٤٧.

إنكار حق طالبها فيها، إنما تعد في الوقت نفسه إحدى الجزاءات الاجرائية المقررة في قانون المرافعات، هذا الجزاء الذي يواجه مشكلة قبول أو عدم قبول الطلب القضائي، وبالتالي فإنه يواجه مسألة أحقية المدعي في طلب منحه الحماية القضائية وعدم أحقيته في الحصول على هذه الحماية^(١٥).

وبناءً على ذلك نرى من خلال ما تقدم ان توجه الفقه في العراق هو ان الدفع بعدم القبول هو جزاء اجرائي وهو يميل الى ان تكييف الدفع بعدم القبول انه دفع شكلي .

(١٥) د. نبيل اسماعيل عمر : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص ١٦٩.

المبحث الثاني

طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية

تعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول من المسائل الدقيقة التي تباينت آراء الفقه بشأنها، فقد ذهب رأي إلى أن الدفع بعدم القبول هو أحد الدفوع الموضوعية، لأختلاطه بوسائل الدفاع الموضوعية، ومن ثم فإنه يوصف بأوصافه ويأخذ حكمه، وذهب آخر إلى أن الدفع بعدم القبول يعد من الدفوع الشكلية، ذلك أنه يهدف إلى استبعاد الطلب القضائي لعدم توافر الشروط اللازم توافرها لهذا الاستعمال في القانون الاجرائي، وذهب ثالث إلى أن الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة، وذلك بالنظر إلى طبيعة محله، فإذا تعلق بمسألة موضوعية فهو دفع موضوعي، ويخضع لأحكامه، وإذا تعلق بمسألة شكلية فهو دفع شكلي ويخضع لأحكامه، وذهب رأي رابع إلى أنه يعد دفعا قائما بذاته ومستقلا عن الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية، وسنعرض فيما يأتي للمبررات التي استند إليها أنصار كل رأي، والانتقادات التي وجهت إليه، والرأي الراجح في هذه المسألة، وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول: الاتجاه الفقهي التقليدي لطبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية

تتلخص نظرة ذلك الاتجاه الفقهي على النحو الآتي :

الفرع الأول : الدفع بعدم القبول دفع موضوعي

يرى جانب من الفقه أن الدفوع بعدم القبول في حقيقتها هي دفوع موضوعية، إذ أنها تختلط بوسائل الدفاع الموضوعية، بأعتبار أن الدعوى عنصر من عناصر الحق المراد حمايته، ومن ثم فهي توصف بأوصافه وتأخذ حكمه، واستند أنصار هذا الرأي إلى المبررات الآتية^(١٦).

الحجة الاولى: أن الدفع بعدم القبول يوجه إلى الشرط الوحيد لقبول الطلب القضائي، وهو شرط المصلحة أو أي وصف من الأوصاف والشروط الواجب توافرها فيها، وبناءً عليه فإن انتفاء المصلحة أو عدم توافر المصلحة الحالة هو دفع الموضوعي، فالدفع بعدم القبول ينحصر في الحالات التي ينكر بها الخصم صفة خصمه أو ينكر هو صفته، أو ينكر على خصمه وجود دعوى لديه لسبق الفصل في موضوعها، أو لسبق الاتفاق على الصلح فيها، أو لسبق الاتفاق على التحكيم^(١٧).

ويمكن الرد على هذه الحجة، على أساس أن تحقق القاضي من توافر شروط قبول الدعوى أو الدفع، لا يعني أنه تعرض لموضوع الطلب أو الدعوى من قريب أو من بعيد، وإن فحصه بعض المسائل المتعلقة بموضوع الطلب، ذلك يكون بصفة عرضية، لكي

(١٦) أنظر في عرض هذا الرأي وأسانيده والانتقادات التي وجهت له: د. أحمد ابو الوفا: نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص ٨٨١؛ د. أحمد أبو الوفا: التعليق على قانون المرافعات، منشأة المعارف، ط٦، دون سنة نشر، ص ٩٠١؛ د. أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية - النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٨م، ص ٦٥١؛ د. نبيل عمر، الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها؛ د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٤٩٦؛ د. عبد الله خليل الفزا : الدفع بالقضية المقضية وأثره على الدعوى القضائية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، ٢٠٠١، ص ٥٢٥.
(١٧) د. عبد المنعم الشراقوي : نظرية المصلحة في الدعوى، بند ٤١، ط ١، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٤٧.

يفصل في مسألة قبول الدعوى أو الطلب، كما أن الدفع بعدم القبول لا ينازع في الحق الموضوعي المدعى به، وإنما في مكنة الحصول على حكم بشأنه، فالدفع بعد القبول يهدف إلى منع المحكمة من مناقشة موضوع القضية، والحكم برفض الدعوى دون بحث الموضوع.

الحجة الثانية: أن الدفع بعدم القبول يعد دعواً موضوعياً، ذلك أنه يختلط بوسائل الدفاع الموضوعية مع فارق واحد، هو أنه لا يتناول ذات الحق المتنازع عليه بالإنكار أو الاحتجاج بأدائه أو انقضائه، ولكنه يتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه^(١٨). ويمكن الرد على هذه الحجة وأنصار هذا الرأي عند تشبيهم الدفع بعدم القبول بالدفع الموضوعية لم يلاحظوا الفرق بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي، فالدفاع الموضوعي، مسلك سلبي، يقتصر على مجرد انكار الوقائع المدعاة أو انكار أثارها، بعكس الدفع الموضوعي الذي يتوجه مباشرة إلى أصل الحق، بغرض الحكم برفض الدعوى نظراً للمنازعة المباشرة في نشوء الحق أو في بقائه أو مقداره، ومما يساعد على الخلط بين وسائل الدفاع الموضوعية والدفع الموضوعية ما يراه البعض من أن^(١٩) :

- وسائل الدفاع الموضوعية ليست واردة على سبيل الحصر، كما أن المشرع لم يضع ترتيباً معيناً للتمسك بها، فلا يؤدي تأخير أحدها إلى سقوط الحق فيها.
- جواز التمسك بوسائل الدفاع الموضوعي في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

الحجة الثالثة: أن الدفع بعدم القبول لأنعدام الصفة للمدعى عليه هو دفع موضوعي، والمقصود منه الرد على الدعوى نفسها، والنتيجة المترتبة على قبوله خسارة المدعي لدعواه، فلا يستطيع العودة إليها، وبه تستنفد المحكمة كل سلطتها في نظر الدعوى، وتخرج القضية من ولايتها إلى ولاية المحكمة الاستئنافية، فإذا قضت الأخيرة برفض الدفع الذي قبلته المحكمة الابتدائية، وجب عليها أن تتدرج في نظر موضوع الدعوى لتفصل في طلبات المدعي^(٢٠).

ويمكن الرد على هذه الحجة أيضاً بأن الطعن في القرار الصادر في الدفع بعدم القبول، لا ينقل إلى محكمة الطعن سوى مسألة القبول من عدمه، لذا لا يجوز لمحكمة الطعن نظر موضوع الادعاء، لأن محكمة أول درجة لم تفصل فيه، ولم تستنفد ولايتها عليه، فإذا قضت محكمة الطعن بإلغاء الحكم المطعون فيه، وجب عليها إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها.

الحجة الرابعة: أن الدفع بعدم القبول قد يتعلق بأصل الحق ذاته، فالدفع بعدم قبول الدعوى لأنعدام المصلحة القانونية، كما لو رفعت الدعوى مستندة إلى مصلحة اقتصادية لا يحميها القانون، أو التزام أدبي هو دفع بعدم وجود الحق المدعى به^(٢١).

(١٨) د. محمد محمود إبراهيم: الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٧٤٧.

(١٩) سعاد عطية الداعسة: الدفع بعدم القبول في القانون الفلسطيني - دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢٠) د. إبراهيم حرب محيسن: النظرية العامة للدفع المدنية - دراسة مقارنة، دار الفلاح للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م، ص ٤٤٧؛ د. فتحي والي: الوسيط، مرجع سابق، بند ٢٨٦، ص ٤٩٧؛ د. وجدي راغب: مرجع سابق، ص ٥٠٤؛ د. احمد ابو الوفا: مرافعات، مرجع سابق، بند ٢٠٩، ص ٢٢٣-٢٢٤.

(٢١) د. عباس العبودي: شرح أحكام في قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٩.

يمكن الرد على هذه الحجة، أن دفع عدم القبول يمكن الفصل فيه من دون نظر الدعوى، كما أن هناك دفع بعدم القبول لا علاقة لها بموضوع الدعوى، ومنها الدفع المتعلقة بالمهل القضائية.

الحجة الخامسة: أن الدفع بعدم وجود مصلحة حالة يعد دفعاً موضوعياً، فدفع دعوى المسؤولية مثلاً بعدم وجود ضرر هو دفع موضوعي ودفع بعدم القبول أيضاً، لعدم تحقق مصلحة قانونية^(٢٢).

والقول السابق غير سديد، فالأخذ به يطيح بطائفة دفع عدم القبول ومن ثم زوالها، لأن الأمر سيفضي في النهاية إلى تطبيق إما قواعد الدفع الموضوعية أو الدفع الشكلية. وعلى الرغم من الانتقادات التي تم توجيهها لهذا الاتجاه، فإن اعتبار الدفع بعدم القبول من الدفع الموضوعية، هو ما اعتنقته محكمة النقض المصرية، وأستقر قضاؤها القديم وبعض الحديث عليه^(٢٣).

وبتقديرنا أن الدفع بعدم القبول لا يعد دفعا موضوعياً، ولو كان كذلك لما نصت على أحكامه المادة (١١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري^(٢٤)، وبالكيفية الواردة بالمادة المذكورة، فالدفع الموضوعية تتعلق بأصل الحق ذاته، وتنظمها القوانين المقررة للحقوق المدنية، ويمكن أن تستمد أحكامها من القانون أو القواعد العامة.

الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول دفع شكلي

تتلخص فلسفة هذا الاتجاه، بإلغاء طائفة الدفع بعدم القبول وذلك بالنظر إلى ما يحيط بهذا النوع من الدفع من مشاكل، وضرورة إدماجه داخل طائفة الدفع الشكلية.

وقد استند هذا الاتجاه على عدة حجج من أهمها:

١. قانون المرافعات الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٦ قد عدد الدفع الشكلية والموضوعية فقط، إذ يتوجه النوع الأول إلى الاجراءات بقصد عرقلة سير الخصومة، أما النوع الثاني فيتوجه إلى مضمون الادعاء بقصد تحطيمه، كما يعتمد على ما جرى عليه العمل، إذ تم إدماج الدفع بعدم القبول في هذه المرحلة داخل طائفة الدفع الشكلية^(٢٥).

(٢٢) سعاد عطية الدعالسة: الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص ٣٦، ٣٧.
(٢٣) د. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز: التعليق على قانون المرافعات، بدون دار نشر، ط ٨، ١٩٩٦، ص ٦٥٢؛ د. عيد القصاص: الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٨١٣.
قضت محكمة النقض المصرية بأن: «المقصود بالدفع بعدم القبول في المادة ١١٥ هو الدفع بعدم القبول الموضوعي»، نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٨٧٠ لسنة ٥٠ ق، بجلسة ١٩٨٦/٣/٣، نقض مدني، الطعن رقم ٤٧٥ - ٤٧٨ - ٤٨١، لسنة ٦٥ ق، بجلسة ١٩٩٦/٨/٥ «أحوال شخصية» السنة ٤٧، ص ١١٣٤، عدد ٢ رقم ٢١٢. مشار إليه لدى، د. أحمد هندي: التعليق على قانون المرافعات في ضوء أحكام محكمة النقض وأراء الفقهاء، ج ٢، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٤٧٠ - ٤٧٧.

(٢٤) نصت المادة (١١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أن: «١- الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها، ٢- إذا رأَت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء صفة المدعي عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً، ٣- إذا تعلق الأمر بإحدى الوزارات أو الهيئات العامة أو مصلحة من المصالح، أو شخص اعتباري عام، أو خاص فيكفي في تحديد الصفة أن يذكر اسم الجهة المدعي عليه في صحيفة الدعوى».

(٢٥) د. نبيل عمر: الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص ١٤٠-١٤١؛ د. فارس علي عمر الجرجري: الدفع بعدم قبول الدعوى، مرجع سابق، ص ٥١-٥٢.

وعلى الرغم من تقديرنا لهذا الرأي التقليدي، وموقف المشرع الفرنسي في هذه المرحلة، إلا أننا لا نتفق مطلقاً مع ما ذهب إليه هذا الاتجاه، لعدة أسباب، من أهمها أن المشرع الفرنسي عندما لا يذكر في القانون الصادر سنة ١٨٠٦ الدفع بعدم القبول، فهذا لا يعني مطلقاً عدم وجودها، فالتشريعات قد ترسم الخطوط العريضة في النظام القضائي تاركاً التفاصيل والمضامين الدقيقة للقضاء بتطبيقها، ولعل أفضل مثال على ذلك هو موقف المشرع العراقي الحالي، فهو لم يذكر بصريح العبارة الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات، بل جاءت الإشارة إلى صورة من صورته، فهذا لا يعني أن المشرع العراقي قد تجاهل هذا النوع من الدفع، أما السبب الأخر في اعتقادنا بعدم صحة هذا الاتجاه، هو أن الاخذ بفلسفة هذا الاتجاه تؤدي حتماً إلى تشوية فكرة الدفع بعدم القبول وفكرة الدفع الشكلي في آن واحد، ومن ثم الوقوع ثانية في عدم تحديد النظام القانوني لكليهما بسبب اضطراب الفكرتين.

أنه يشترط لممارسة العمل القضائي وإنعقاد الخصومة تحقق عدة مفترضات، وهي: الإختصاص القضائي للمحكمة بثبوت الولاية للقاضي والطلب القضائي الذي يحمي الإدعاء، والأشكال الضرورية للإجراءات، ويترتب على تخلف أي منها عدم قبول الخصومة أو الإجراء^(٢٦).

ويمكن الرد على هذه الحجة بأن الدفع الاجرائية توجه إلى إجراءات الخصومة، في حين يوجه الدفع بعدم القبول إلى الحق في الدعوى الذي تحتضنه الخصومة. أن القاضي عندما يقرر قبول الدفع أو عدمه، فإنه لا يحكم في الحق المدعى به، وإنما يقوم بفحص موضوعي الدعوى، لكي يستشف من خلاله توافر شروط الدعوى من عدمه، فهو يقوم بدور يشبه إلى حد ما دور قاضي الحيازة أو الأمور المستعجلة، بصرف النظر عن صاحب الحق المدعى به^(٢٧).

ويخلص هذا الرأي إلى أن دفع عدم القبول تثير مسألة إجرائية أولية سابقة على الفصل في الموضوع، بل تنحصر أهميتها في أنها تعني المحكمة عن الفصل في الموضوع أي أنها تنحصر في مسألة قبول الطلب أو عدم قبوله وهذه المسألة اجرائية، ولذا من الطبيعي أن تفصل فيها المحكمة قبل نظر الموضوع، أما إذا رأت أنها في حاجة لضم هذا الدفع إلى الموضوع فينبغي تنبيه الخصوم لتمكينهم من إبداء أوجه دفاعهم، ومظهر تعلق هذه المسألة الاجرائية بالموضوع يتحقق في جواز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى في أي حالة تكون عليها الاجراءات، وقاعدة هذا الجواز ترجع الى طبيعة هذا الدفع هو انه دفع اجرائي يتعلق بالموضوع ، وموضوع هذا الدفع هو نفي حق الدعوى لعدم توافر شرط من شروطه، وبما أن حق الدعوى هو حق الحصول على حكم في هذا الموضوع، فإن العبرة في وجوده لا تكون بتوافر شروطه عند الدفع وإنما وقت الحكم

(٢٦) انظر في عرض هذا الرأي وأسانيده وانتقاداته التي وجهت له، د. مصطفى عبد الحميد عياد، الأصول في قانون المرافعات، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص ١٨٣؛ د. عبد الله خليل الفراء، الوجيز في قانون المرافعات، ج ١، مرجع سابق، ص ٥١٥؛ د. نبيل عمر، أحمد خليل، أحمد هندي: قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

(٢٧) انظر هذه الحجة لدى، سعاد عطية الداعسة: الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص ٤٠-٤١؛ د. أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٩٠١؛ د. فتحي والي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٤٩٦؛ د. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٤٨٩.

في الموضوع^(٢٨).

وينتهي هذا الرأي من الفقه، بأن الحكم في الدفع بعدم القبول ليس عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق، فلا يترتب حجية الأمر المقضي به، أي لا يمنع من إعادة رفع الدعوى ذاتها إلى القضاء، وذلك لأن العمل القضائي وهو ما يعبر عنه بأسم القضاء الموضوعي، إنما ينحصر في الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، ولا تترتب حجية الأمر المقضي به، ومما أدى بهذا الفقه إلى تغليب الطبيعة الاجرائية للدفع بعدم القبول أن الأحكام الاجرائية التي تفصل في الدفوع الاجرائية أيضاً لا تترتب حجية الأمر المقضي به^(٢٩).

ويبرر هذا الفقه وجهة نظره بالقول أن الدعوى هي مركز قانوني إجرائي يعبر عن قابلية الادعاء لأن يكون محلاً للعمل القضائي، والدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الادعاء لأن يكون محلاً للعمل القضائي وهو بذلك يثير مسألة اجرائية تتعلق بالموضوع^(٣٠).

يمكن الرد على هذه الحجة بأن الجزاء المترتب على تعييب إجراءات الخصومة هو البطلان، ويأتي هذا الجزاء قبل أو بعد قبول الادعاء، أما تخلف شروط قبول الدعوى، فلا علاقة لها بإجراءات الخصومة، فالقاضي عند نظره للدفع بعدم القبول لا يفصل في أصل الحق المدعى به، فمناط بحثه هو شرط المصلحة بأوضاعها المختلفة، والتي يترتب على تخلفها حكم القاضي بقبول الدفع، الأمر الذي يعني أن الادعاء غير مقبول، ومن ثم لا حاجة لإقامة أو استمرار الخصومة بشأن إدعاء لا يحميه القانون، كهدف أساسي من الخصومة.

بتقديرنا أنه لا يعد الدفع بعدم القبول دعواً شكلياً بمقتضى أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، ذلك أنها أوجبت إبداء سائر الدفوع التي تستهدف الاجراءات قبل أي دفع بعدم القبول أو طلب أو دفع أو دفاع، في حين تعتبر مسألة إثارة الدفوع بعدم القبول في اية حالة تكون عليها الدعوى هي الأصل في القانون، وإثارته قبل الدخول في أساس الدعوى من المسائل الجوازية، أضف إلى ذلك ان أحكام القانون سابق الذكر رتبت جزاء سقوط الحق في التمسك بالدفوع الشكلية التي لم تثر قبل الدخول في أساس الدعوى، في حين لم يترتب أي جزاء على عدم إثارة الدفوع بعدم القبول.

المطلب الثاني: الاتجاه الفقهي الحديث لطبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية

تتلخص نظرة ذلك الاتجاه الفقهي على النحو الآتي :

الفرع الاول : الدفع بعدم القبول ذو طبيعة مختلطة

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى إجراء تقسيم داخل طائفة الدفوع بعدم القبول، قسم أطلق عليه الدفع بعدم القبول الاجرائي أو الدفع بعدم القبول لعيب اجرائي، والقسم الثاني: الدفع بعدم القبول الموضوعي أو المتصل بالموضوع بسبب تخلف المصلحة في الاجراء،

(٢٨) د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٢٢.

(٢٩) د. وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

(٣٠) محمد خليل أبو بكر: دفوع عدم القبول ونظامها الاجرائي، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦م، ص ٧٦.

- وهو ما يتحقق بالنسبة للدعوى، بسبب عدم توافر شروط الحق في رفع الدعوى^(٣١).
- وترجع أسباب عدم القبول بصفة عامة بحسب مفهوم هذا الرأي إلى أحد السببين:
١. وجود عيب في الدفع كعمل اجرائي، سواء أكان العيب متعلقاً بالشكل، كما هو الحال بالنسبة لصحيفة استئناف مقدمة بعد ميعاد الاستئناف، أو صحيفة دعوى رفعت قبل اتخاذ إجراء يجب أن يسبق رفع الدعوى، أو كان ذلك بمقتضى موضوعي في العمل، كعدم صلاحية القائم بالعمل، مثل رفع الدعوى من قاصر لا يمثله الوصي عليه، وذلك لكي ينظر القاضي في العمل المقدم إليه يجب أن يحترم مقدمه المقتضيات التي فرضها القانون لصحته^(٣٢).
 ٢. عدم توافر المصلحة في الإجراء، أي إذا كان تحقيق الرغبة المطلوبة ليس من شأنه تقديم الحماية لطالبيها، أو المساعدة في تحقيقها، ففي هذه الحالة من العيب إضاعة الوقت في النظر في إجابة الخصم إلى طلبه^(٣٣).
- وإذا كان الطلب أمام القضاء يتضمن رفع دعوى إلى المحكمة، فإنه فضلاً عن خضوع الطلب القضائي لتكييف عدم القبول باعتباره عملاً اجرائياً، فإنه يخضع لتكييف عدم القبول، لأسباب تتعلق بعدم توافر الحق في رفع الدعوى^(٣٤).
- وقد قام القضاء في فرنسا، بإجراء تفرقة دقيقة داخل طائفة الدفوع بعدم القبول، حيث جرى تقسيم الدفوع بعدم القبول إلى دفوع تتعلق بالإجراءات أطلق عليها تسمية « دفوع بعدم القبول الاجرائية »، قصد بها تلك الدفوع التي ترمي إلى استبعاد الطلب القضائي بسبب عدم مراعاة الشروط التي يجب توافرها في الدعوى لأستعمال تلك الدعوى من الوجهة الاجرائية بسبب افتقاد المصلحة أو انتهاء الميعاد، ودفوع بعدم القبول مرتبطة بالموضوع، ويقصد بها الدفوع التي تواجه ادعاء المدعي بالحق أمام القضاء كأساس للطلب القضائي، فهي دفوع تقع على أصل الحق المدعى به، ويرجع الأصل في هذه الدفوع إلى ما كان يسمى في القانون الفرنسي القديم الدفوع الحاسمة لموضوع النزاع، مثال ذلك التمسك بحجية حكم صادر لصالح المتمسك بالدفع بعدم القبول^(٣٥).
- يرى بعض الفقه المصري^(٣٦) صعوبة اجراء التفرقة الموجودة في القانون الفرنسي بين الدفع بعدم القبول الذي يتعلق بالإجراءات والدفع بعدم القبول الذي يتعلق بالموضوع، في حين ذهب بعض آخر من الفقه^(٣٧) إلى أن الدفع بعدم القبول لوجود عيب في العمل الاجرائي الشكلي هو في حقيقته دفع شكلي وهذا ما يؤدي إلي خضوعه للدفوع الشكلية، ويترتب على ذلك إبداء هذا الدفع مع الدفوع الشكلية التي يجب إبدائها قبل الكلام في
- (٣١) د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٩٤، د. فتحي والي : المبسوط في شرح قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ج ٢، ٢٠١٧، ص ١٠٥.
- (٣٢) فهد بن زين نافع السلمي : الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٨، ص ١٢٨.
- (٣٣) د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٩٥، د. فتحي والي، المبسوط في شرح قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٠٨.
- (٣٤) فهد بن زين نافع السلمي : الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ١٢٩.
- (٣٥) د. نبيل اسماعيل عمر : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص ١٤٤ - ١٤٥.
- (٣٦) د. ابراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، ج ١، منشأة المعارف، ١٩٤٧، ص ٦٥٢.
- (٣٧) د. نبيل اسماعيل عمر : الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص ١٤٨، ١٤٩.

الموضوع إلا إذا كان متعلقاً بالنظام العام فيجوز في هذه الحالة التمسك به بعد الكلام في موضوع الدعوى، بقبول تقديم الطعن بالاستئناف بعد فوات الميعاد المحدد لتعلقه بالنظام العام، ومن جانب آخر توجد دفع بعدم القبول تتعلق بالموضوع توجه إلى الحالات التي يكون تخلف الحق في الدعوى ظاهراً ويسمي الدفع بعدم القبول الموضوعي ويترتب على التقسيم نتائج عملية هي: (٣٨)

- فيما يتعلق بلحظة التمسك بالدفع بعدم القبول، فالدفع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات يجب التمسك بها قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك بها، أما الدفع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع، فيجوز التمسك بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، كما يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض (التمييز) إذا كانت متعلقة بالنظام العام، وكان أساسها المادي قد سبق التمسك به أمام محكمة الموضوع.
- فيما يتعلق بالأثار الاجرائية للدفع بعدم القبول: أن الأثار الإجرائية لنوعي الدفع بعدم القبول ليست موحدة، وإنما يوجد هناك مغايرة فيما يتعلق بهذه الأثار، ففيما يتعلق بالآثر الناقل للطعن استئنافاً ضد حكم صادر في دفع بعدم القبول متعلق بالإجراءات، فإن الأثر الناقل لهذا الطعن لن ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية إلا المسألة التي فصل فيها الحكم الصادر في الدفع، وبالتالي فلن يستطيع القاضي في الاستئناف تناول الموضوع الأصلي للنزاع للفصل فيه، لأن الاستئناف ليس له أثر ناقل يتعلق بهذا الموضوع الذي لم تتناوله محكمة أول درجة لا من قريب أو بعيد، وبالتالي لا نستطيع القول أنها قد استفدت ولايتها بصدده .

وفي قانون المرافعات المصري فإن القانون السابق في نص المادة (١٤٢) لم يختلف ما جاء فيه عما جاء في قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ في المادة (١٥) منه، إذ أكد على أن الدفع بعدم القبول يجوز إيدأؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف، وعند النظر إلى ما ذهب إليه المشرع نجده قريباً في حكمه من الدفع الموضوعية، إذ أجاز ايدأء الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو بالاستئناف، والغرض منه أن لا يحرم المدعى عليه من دفاع في الدعوى يمس غالباً موضوعها (٣٩)

أما عن موقف محكمة النقض في هذا الصدد، نجد أنها لم تلتزم برأي قاطع بخصوص هذه المسألة، فقضت في بعض أحكامها بأنه « حيث يتعلق الأمر بإجراء يوجب القانون اتخاذه حتى تستقيم الدعوى فإن الدفع المبني على تخلف هذا الاجراء يعد دفعاً شكلياً، ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى ما انتقت الصفة والمصلحة » (٤٠).

(٣٨) فهد بن زين نافع السلمي: الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودية، مرجع سابق، ص ١٢٨ - ١٣٠.

(٣٩) د. أحمد أبو الوفا: نظرية الدفع، مرجع سابق، ص ٨٨٢ - ٨٨٣.

(٤٠) نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٣٢٣ سنة ٤٨ ق، جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٧٩، مشار إليه لدي سعيد أحمد شعلة: قضاء النقض المدني في اجراءات الدعوى، منشأة المعارف، ١٩٩٩، ص ١١٢، وفي ذات المعنى نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٦٤٨ لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٤ / ٧ / ١٩٩٣، مشار إليه لدي يحيى اسماعيل: أحكام نظرية الدفع والخصومة في قانون المرافعات، دون دار نشر، ٢٠١٢، ص ٨٨٤.

في حين قضت ذات المحكمة بنقيض من ذلك بأن الدفع المبني على مخالفة الاجراء الذي رسمه القانون هو دفع بعدم القبول، بقولها « إذا كان الدفع المبدي من الطاعن هو دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير هذا الطريق الذي رسمته المادة (٦٣) من قانون المرافعات هو في حقيقته دفع بعدم قبولها لرفعها بغير هذا الطريق، ولا محل لما ذهب الحكم المطعون فيه من أن الغاية من الاجراء قد تحققت بطرح الدعوى على المحكمة بما يصحح الاجراء، ولو كان تعييبه الأمر من النظام العام، إذ عدم استيفاء الدعوى لشروط رفعها جزاؤه عدم القبول وليس البطلان»^(٤١).

وتحفظت في بعض أحكامها مقررة أن الدفع بعدم القبول الذي نصت عليه المادة (١١٥) من قانون المرافعات هو الدفع الذي يجوز ابدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى^(٤٢).

ويؤخذ على هذا الرأي عدة مآخذ:

١. التمييز بين أقسام طوائف الدفع بعدم القبول ليس سهلاً في جميع الحالات، وتوجد صعوبة في اجراء التفرقة بين الدفع بعدم القبول المتعلق بالإجراءات والدفع بعدم القبول المتعلق بالموضوع، ومن ذلك الدفع بتخلف الصفة، فهناك رأي في أن توافر الصفة شرط ضروري لقبول الطلب القضائي، أي شرط لممارسة الحق في رفع الدعوى، بينما ذهب رأي آخر إلى أن الصفة هي شرط متعلق بالموضوع، وحال تخلفها تواجه بالدفع بعدم القبول المتعلق بالموضوع^(٤٣).

٢. هذا الرأي يخلط بين شروط الطلب القضائي، أي شروط رفع الدعوى وبين العيوب التي قد ترد على الطلب، لمخالفة ما نص عليه القانون وليس هناك منهج علمي متبع من قبل هذا الفقه^(٤٤)، فهو في حد ذاته تعبير مخالف لما نص عليه القانون، ثم إن القانون حدد شروط لقبول الطلب حال تخلف أحد منها يحكم بعدم قبول الطلب^(٤٥)، وبالتالي فإن التفسير الذي اعتمده هذا الرأي يعتبر مخالفاً لما نص عليه القانون، كونه يخلط ما بين شروط الطلب التي نص عليها القانون وبين ما يشوب الاجراء من عيوب لا يحكم ببطلانها، إلا ما نص القانون على بطلانه .

٣. هذا الرأي الذي يجري التفرقة بين طوائف الدفع بعد القبول لا يقسمها إلى دفع بعدم القبول تتعلق بالإجراءات، ودفع بعدم القبول تتعلق بالموضوع، إنما يهدف إلى التغلب على مشكلة علمية عن طريق تسهيل التوصل إلى نتائج علمية،

(٤١) نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٥٨٧ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٢ / ٦ / ١٩٨٩، مشار إليه لدي عدلي أمير خالد : الارشادات العملية في اجراءات المرافعات والاثبات في كافة دعاوى المدنية، منشأة المعارف، ٢٠٠١، ص ١٩٥.

(٤٢) نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٠٦٢ لسنة ٥١ ق، جلسة ٥ / ١٢ / ١٩٨٩، مشار إليه لدي أحمد مليجي : التعليق علي قانون المرافعات بآراء الفقه وأحكام القضائي، ج ٢، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص ٤٣٥ - وأيضاً الطعن رقم ٦ لسنة ٧٠ ق، جلسة ٢٨ / ٣ / ٢٠٠٦، مكتب مدني ٥٧، ص ٢٩١ والطعن رقم ١٣ لسنة ٧١، جلسة ٨ / ٥ / ٢٠٠٣، مكتب مدني ٥٤، ص ٧٥٩.

(٤٣) د. نبيل اسماعيل عمر : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٤٤) المرجع السابق نفسه، ص ١٣١.

(٤٥) انظر المادة (١) من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٩٦ التي حلت بدلاً عن المادة (٣) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨

هذه المشكلة هي بدون شك طبيعة الدفع بعدم القبول وصعوبة إبداء الرأي بشأنها، أما النتائج العملية فهي أعمال قواعد ونظام الدفوع الشكلية على الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات، وأعمال قواعد ونظام الدفوع الموضوعية على الدفوع بعدم القبول المرتبطة بالموضوع، لأن الطوائف القانونية معروفة وطريقة عملها معروفة، والانتقادات الموجهة إليها معروفة، لذا من السهل إدخال الأفكار الجديدة داخل الطوائف القديمة حتى لو مثلت هذه الطوائف اطارات رديئة لهذه الأفكار الجديدة. وهذا هو تحليل ما حدث بالضبط مع الدفع بعدم القبول من جانب أصحاب هذا الرأي^(٤٦)

٤. يصعب على هذا الرأي التمييز بين الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات، كما يعجزه اجراء التمييز بين الدفوع الموضوعية والدفع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع. كونه بهذا الرأي قد طمس أي تفرقة قد توجد بينها، لأنه اتخذ أسلوباً شكلياً فيما ذهب إليه، فهو قد نظر إلى الإجراءات، وذهب إلى أن الدفع المتعلق بها دفع بعدم القبول الاجرائي يخضع لقواعد الدفع الاجرائي، ونفس الحال ينطبق على الدفوع الموضوعية. فهذا الرأي يؤدي إلى إفراغ طائفة عدم القبول من أي مضمون بحيث لا يكون هناك حاجة لها، بمعنى آخر إلغاء الدفوع بعدم القبول تماماً^(٤٧)

٥. وبتقديرنا لا يعد الدفع بعدم القبول دفعاً مختلطاً، ذلك أن هذا الرأي يهدم الدفع بعدم القبول كدفع له ذاتيته واستقلاله لأن هذا الأمر سيفضي إما إلى تطبيق قواعد الدفوع الموضوعية أو الشكلية، فلا حاجة للقول بوجود دفوع عدم القبول هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن هذا الرأي لا يحدد المعيار الواجب اتباعه للترقية بين الدفوع التي تخضع لأحكام الدفوع الشكلية، والدفوع التي تخضع لأحكام الدفوع الموضوعية، ومن جانب ثالث أن تعرض القاضي لبعض عناصر الادعاء الموضوعية أثناء نظره للدفع بعدم القبول لا يعني التعرض لأصل الحق المدعى به، إذ أن التعرض في هذه الحالة هو تعرض ظاهري يتحسس به القاضي صحة تأسيس الدفع من عدمه، كما أن الحكم الفاصل في الدفع بناء على هذا التعرض لا يعتبر حكماً فاصلاً في الموضوع، ولا تستنفذ به المحكمة سلطتها ولايتها بالنسبة للموضوع، كما أن المشرع قد فرق صراحة في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بين الدفوع الشكلية والدفوع بعدم القبول فأجاز ابداء الدفوع بعدم القبول في اية حالة تكون عليها الدعوى في حين اوجب ابداء الدفوع الشكلية قبل الدفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيها أو فيما لم يبد منها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

(٤٦) فهد بن زين نافع السلمي : الدفع بعدم قبول الدعوى في نظام المرافعات الشرعية السعودي، مرجع سابق، ص ١٣٠.
(٤٧) سعاد عطية الداعلسة : الدفع بعدم القبول، مرجع سابق، ص ٤٣، د. نبيل اسماعيل عمر : الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص ١١٧، ١٣١.

الفرع الثاني: الدفع بعدم القبول دفع مستقل

الدفع بعدم القبول يوجه إلى الحماية القضائية بقصد إنكارها على مدعيها بما يضمن عدم قبول طلبه، فهو يتوجه إلى شرط المصلحة في هذه الحماية أو أي صفة من أوصافها، فهو إذن لا يتوجه إلى إجراءات الخصومة وبالتالي ليس دفعا شكلياً، كما أنه لا يتوجه إلى ذات الحق المدعي فيه، وبالتالي فهو ليس دفعا موضوعياً، ومن ثم فهو دفع مستقل عن بقية الدفوع^(٤٨).

وهو يعني أيضاً التمسك من جانب الخصم بعدم قابلية الادعاء، لأن يكون محلاً للعمل القضائي، وبتلك الحالة فإن الدفوع بعدم القبول تثير مسألة إجرائية لكنها تتعلق بالموضوع في ذات الوقت^(٤٩).

ولذلك يرى البعض من الفقه أن الدفوع بعدم القبول، على الرغم من أنها تشكل طائفة متميزة من الدفوع باستقلالها عن الدفوع الشكلية والموضوعية، إلا أنها تمس الدفوع الأخرى، فاستقلالها ليس مطلقاً فعند الفصل في الدفع بعدم القبول فإن ذلك الفصل يمس موضوع الدعوى وهي بذلك تقترب من الدفوع الموضوعية، أما الأثر المترتب على قبول الدفع بعدم القبول فهو يقترب من الأثر المترتب على الدفوع الشكلية^(٥٠).

وتفصل المحكمة في الدفع بعدم القبول على استقلال على الرغم من عدم وجود نص يقضي بذلك كما هو شأن الدفوع الشكلية، إلا أن طبيعة هذا الدفع تقتضي أن يفصل فيه أولاً، وحيث أن عدم القبول يثير مسألة إجرائية أولية سابقة على الفصل في الموضوع فإن أهميته تكاد تنحصر في أنه إذا صح فسيغني المحكمة عن الفصل في الموضوع، لذلك كان من الطبيعي ان تفصل فيه أولاً، مالم ترى ضرورة ضمه إلى الموضوع فيتعين عليها أن تنبه الخصوم إلى ذلك وتمكنهم من إبداء ما لديهم من أوجه دفاع ودفوع موضوعية، وعلى أن تبين حكمها مسبقاً في كل منهما^(٥١).

وهناك من يرى^(٥٢) بأن ما ينطبق على الدفوع الإجرائية بهذا الخصوص لا ينطبق على الدفع بعدم القبول^(٥٣)، وإن للمحكمة أن تحكم بالدفع بعدم القبول على الاستقلال، كما أن لها أن تفصل فيه، وفي موضوع الدعوى معاً دون ان تقرر ضمه للموضوع^(٥٤)، ولها أن تغضله إذا تراءى لها أنه لا يقوم على أساس، ولا يتضمن ما يمكن أن يغير وجه الحكم في الدعوى^(٥٥).

(٤٨) د. نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص ١٣٢ وما بعدها.

(٤٩) د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٤٢٢ - د. أحمد هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

(٥٠) د. أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٦، ص ٣٢٧.

(٥١) د. وجدي راغب: مبادئ الخصومة المدنية، مرجع سابق، ص ٥٠١ وما بعدها.

(٥٢) د. فتحي والي: المبسوط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٠٢-١٠٣.

(٥٣) تنص المادة (٢/١٠٨) من قانون المرافعات المصري على أنه: «يحكم في الدفوع الاجرائية على استقلال مالم تأمر المحكمة بضمها للموضوع، مع الفارق من ناحيتين، الأولى: في أنها لا تقصر هذا الحكم على الدفوع الاجرائية فقط، والثانية:

أنها لا تعطي المحكمة الحق في ضم الدفع إلى الموضوع إذا ما تراءى لها ذلك.

(٥٤) نقض مدني مصري، تاريخ ١١/٢٨/١٩٥٧، مجموعة النقض ٧، ص ٨٣٤.

(٥٥) نقض مدني مصري، تاريخ ١٢/١٢/١٩٥٧، مجموعة النقض ٨، ص ٨٩٨.

غير أن الرأي السائد في الفقه الحديث^(٥٦) يذهب إلى أن الدفع بعدم القبول هي دفع قائمة ومستقلة بذاتها عن بقية الدفع الأخرى، فهي ليست دفع شكلية توجه إلى إجراءات الخصومة وليست دفعاً موضوعية توجه إلى أصل الحق المدعي به. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها أن الدفع بعدم القبول، والذي نصت عليه المادة ١١٥ من قانون المرافعات، واجازت ابداءه في أي حالة كانت عليها هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفعها باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى^(٥٧).

ونرى من خلال دراسة موقف محكمة النقض السابق ذكره ان الدفع بعدم القبول وان التقى مع هذا الدفع او ذاك في بعض الاحكام الا ان ذلك لا يعني انكار وجود طائفة الدفع بعدم القبول كدفع مستقل ونسبتها الى الدفع الموضوعية او الشكلية وحسب رأينا ان ذلك الالتقاء او التقارب في الاحكام انما جاء نتيجة لمرونة الدفع بعدم القبول بالنسبة لمكانته من الدفع الاخرى هذا من جانب ، ومن جانب اخر ان خير دليل على استقلاليتها هو موقف المشرع المصري في ايراد نصوص في قانون المرافعات تتضمن ذلك الدفع مما يعني ان الفلسفة التشريعية تتجه نحو استقلالية الدفع بعدم القبول عن الدفع الاخرى وكذلك استقرار احكام محكمة النقض على ان الدفع بعدم القبول دفع مستقل لذلك نحن نذهب مع الاتجاه الفقهي القائل بأستقلالية الدفع بعدم القبول عن الدفع الاخرى بشكل كامل .

(٥٦) نكار استقلالها سيؤدي إلى اهدار قيمة الدفع بعدم القبول، انظر د. أحمد عوض هندي، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٢٦٤ - د. نبيل اسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، ص ١٥٢ - ١٥٣ .
(٥٧) نقض مدني، الطعن رقم ٣٥٧٩ لسنة ٨١ ق، جلسة ١٦ / ١ / ٢٠١٣، مشار إليه في موقع محكمة النقض على شبكة الانترنت، وكذلك قضت محكمة النقض في حكم آخر لها بأن « الدفع بعدم القبول الذي تعينه المادة ١١٥ مرافعات ماهيته هو الذي يرمي إلي الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى، عدم اختلاط ذلك بالدفع المتعلقة بشكل الإجراءات التي تبدي قبل الحكم في الموضوع ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه» - نقض مدني رقم ١٤٥٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٠ / ٢ / ١٩٩٥، مشار إليه لدى د. عبد الحميد الشواربي: الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٤٤ وفي أحكام أخرى قد قضت محكمة النقض بأن « يقصد بالدفع بعدم القبول كل دفع يوجه إلى الشروط اللازمة لسماع الدعوى من صفة أو مصلحة أو الحق في رفعها باعتباره حقاً مستقلاً عن الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، في حين أن الدفع الشكلي دفع موجه الى الإجراءات ولا يتصل بموضوع الدعوى ولا صفة الخصوم أو مصلحتهم أو حثهم في رفعها وذلك دون الاعتداد بالتسمية التي تطلق على الدفع لأن العبرة في تكييفه هي بحقيقه جوهره ومرماه « الطعانان المدنيان المرقمان ٨٩١٥، ١٩٢٠ لسنة ٦ ق، جلسة ٢٥ / ٩ / ١٩٩٥ .
وكانت محكمة النقض المصرية قد قضت بأن « الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشرط اللازمة لسماع الدعوى من صفة أو مصلحة حق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى أو سقوطه ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى » ، نقض مدني رقم ٣٥١ لسنة ٢٦ ق، جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٦٥، س ١٦، ص ١١١٩، مشار إليه لدى معوض عبد التواب، الدفع المدنية والتجارية، دون دار نشر أو سنة نشر، ص ٤٦٢ - وكذلك نقض مدني ٦٣٥ لسنة ٥٢ ق، جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٨٧، مشار إليه لدى محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات، ج ١، ص ٧١٦.

الخاتمة

تبين لنا من خلال دراسة مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية وحسب احكامه الواردة في قانون المرافعات المصري ان قانون المرافعات العراقي يشوبه الكثير من النقص التشريعي اذ ان المشرع العراقي لم ينظم الدفع بعدم القبول بشكل صريح ولم يولاه الاهمية اللازمة من حيث تأثير هذا الدفع على المنازعات طبيعته الخاصة التي تميزه وفيما يأتي عرض لأهم النتائج والتوصيات التي خرجت بها هذه الدراسة:

أولاً- النتائج:

الدفع بعدم القبول عبارة عن وسيلة اجرائية تهدف الى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى باعتبار ان تلك الشروط حق مستقل عن الحق الموضوعي وقد تكون اثاره هذا الدفع عن طريق المدعى عليه او قد تقوم المحكمة بأثارته اذا ما تعلق هذا الدفع بالنظام العام ويشترط لصحة ابداء الدفع بعدم القبول ذات الشروط التي تطلبها القانون لإقامة الدعوى.

يتمتع الدفع بعدم القبول بنظام اجرائي خاص به التي تجعل منه دعواً مستقلاً عن بقية الدفوع وانه يقترب في بعض احكامه من الدفوع الشكلية من حيث انها لا تمس اصل الحق المدعى به ويمكن الفصل فيه على حدة ومن انها لا تمنع من اقامة الدعوى مرة اخرى امام القضاء ، كما ان الدفوع بعدم القبول تلتقي مع الدفوع الموضوعية في انها يمكن اثارته في اي مرحلة من مراحل التقاضي وجواز ضمها الى الموضوع والفصل فيها مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى.

ثانياً - التوصيات :

نوصي المشرع العراقي بضرورة قيامه بتعديل قانون المرافعات المدنية وازضافة نص ينظم موعد امكانية تقديم الدفع بعدم القبول، عن طريق الاستفادة من قوانين الدول الاخرى التي نصت على ذلك الدفع وفي مقدمة تلك القوانين قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ونرى ان ينص المشرع العراقي على الدفع بعدم القبول بالشكل الآتي : (يجوز الدفع بعدم قبول الدعوى امام محكمة البداية و امام محكمة الاستئناف) وتعريف الدفع بعدم القبول بأنه : (الدفع الذي يرتكز على عدم توافر شروط اقامة الدعوى من حيث فقدان المصلحة او الصفة في اقامتها)

الاعتبار في العقد
دراسة في القانون الانكليزي
THE CONSIDERATION IN CONTRACT
A STUDY IN ENGLISH LAW

م. عباس فاضل عباس
الجامعة العراقية/ كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون الخاص

المستخلص

لا يفترض ان تختلف فكرة العقد باختلاف الانظمة القانونية في العالم, كون العقد من اهم ما تشترك به كل الامم, ومارسته كل المجتمعات القديم منها والحديث على السواء, مع ذلك نجد ان هذا المفهوم يختلف من نظام الى اخر. فاذا كان العقد لدينا ينعقد متى ما توافرت اركانه, وهي الرضا والمحل والسبب, فان العقد في القانون الانكليزي لا يتم الا من خلال ركن اخر الا وهو الاعتبار. وهذه الكلمة واعني بها الاعتبار لا يمكن فهمها الا من خلال التعرف على اساسها التاريخي الذي اسهم القضاء الانكليزي في ارساء معناه الدقيق. ففي القانون الانكليزي لا يمكن ان تكون دائئا بمجرد الارتباط بعقد, وانما لا بد ان تقدم اعتبارا او مقابلا, وهذا الاعتبار يعني في ابسط وصف له انه يجب عليك ان تدفع مقابلا لأجل ان تكون دائئا, مما يعني ان الاعتبار او المقابل حسب المفهوم الانكليزي لا يراد به الاداء الذي يقع على عاتق الطرف الاخر, وانما هو مفهوم له نطاقه المحدد. وهذا البحث ما هو الا محاولة للتعرف على ذلك المعنى المحدد للاعتبار في العقد, فضلا عن الاسباب التاريخية التي وضعت في اطاره الفني الدقيق, ودور القضاء الانكليزي في صياغة هذا المعنى.

Abstract

The idea of the contract is not supposed to differ according to the different legal systems in the world, because the contract is one of the most important things that all nations have in common. It was practiced by all societies, both ancient and modern, yet we find that this concept differs from one system to another. If the contract in Iraqi law is concluded whenever its pillars are present, which are the offer, acceptance, the object and the motive, then the contract in English law needs another condition, which is consideration. This word can only be understood by identifying its historical basis, which the English judiciary contributed to establishing its precise meaning. In English law, it cannot be a creditor by mere agreement, but it must provide consideration or consideration. This consideration means, in its simplest terms, that you have to pay in order to be a creditor Which means that consideration or consideration according to English law does not mean the performance that falls on the other party, but rather it is a concept that has its specific scope. This research is nothing but an attempt to identify that specific meaning of consideration in the contract according to English law, as well as the historical reasons that put it in its precise technical framework and the role of the English judiciary in formulating this meaning.

المقدمة :

اولا - فكرة البحث :

لا شك ان العقد هو اولى ما يعنى به المختصون بدراسة القانون الخاص والقانون المدني تحديدا، فاذا كانت مصادر الالتزام في القانون المدني خمسة، فالعقد أهم تلك المصادر على الاطلاق، وكان الامر يقتضي ان لا تختلف الانظمة القانونية بشأن العقد طالما انه يضرب بجذوره الى عمق التاريخ، فقد عرفته اولى الحضارات البشرية ونظمت احكامه تشريعا وعرفا، واذا كانت فكرة العقد من الافكار السائدة في سائر الانظمة القانونية، فانه يعتريه من الاختلاف بين تلك الانظمة ما يتعري اي فكرة بشرية، فكانت احكام العقد في القانون العراقي المتأثر بالمنهج اللاتيني، تختلف اختلافا بينا عن النظام الانكلوسكسوني، وكان من اهم ما يميز العقد في القانون الانكليزي هو وجود ما يعرف بفكرة الاعتبار في العقد، تلك الفكرة التي تقرد بها القانون الانكليزي والقوانين ذات النزعة الانكلوسكسونية، دون سائر الانظمة القانونية في العالم، ولما كانت فكرة الاعتبار في العقد تعني المقابل في بعض معانيها، فان هذا الامر يثير اللبس في الكثير من الاحيان، اذ المقابل المعروف في المنهج اللاتيني هو الاداء الذي يقع على عاتق المدين، فهو اثر من اثار العقد، فضلا عن ذلك فان فكرة الاعتبار في العقد قد تختلط او تمتزج بفكرة اخرى الا وهي فكرة العقود ذات الاعتبار الشخصي .

ثانيا - اهمية فكرة البحث :

ان اهمية البحث في فكرة العقد اجلى واوضح من اقامة الادلة والبراهين عليها، فكل شخص يبرم في اليوم الواحد العديد من العقود، بدءاً من وجبة الطعام، مروراً بركوب وسيلة النقل من خلال عقد النقل، فضلا عن شحن الهاتف او شراء الكتاب او المجلة، وقس على ذلك العقود الكثيرة الاخرى غير المتناهية، وقد ازداد عدد العقود التي يبرمها الناس في اليوم الواحد بازدياد الحاجات التي اضافتها الحضارة والتقدم التقني، فبتنا نشهد العقد التقليدي والعقد الالكتروني باختلاف انواعه من عقد وارد على الملكية او عقد ينصب على المنفعة او العمل، الى غير ذلك من انواع العقود، واذا كانت هناك نظرية لا ينبغي ان تتقطع الكتابة بشأنها فهي نظرية العقد، وذلك لشدة حاجة الناس الى العقد في شتى شؤون حياتهم اليومية، فهو الوسيلة التي من خلالها يحصل الناس على حاجاتهم غير المحدودة .

ثالثا - اسباب اختيار الموضوع :

تمتاز الدراسات المقدمة بشأن العقد بكونها دراسة تقليدية تعتمد على ما يقدمه شراح القانون المدني في فرنسا ومصر والعراق، وقلما يتطرق الباحثون الى دراسة العقد من خلال الانظمة القانونية الاخرى، لاسيما النظام الانكلوسكسوني، علما ان النظام الانكلوسكسوني والمطبق في عدد من الدول كانكلترا والولايات المتحدة الامريكية، يمتاز

بطابعه الخاص ونظامه المميز، والذي يعتمد على القضاء بالدرجة الأساس، باعتبار القضاء هناك ينشئ القاعدة القانونية ولا يكفي بمجرد تطبيق النص، ويأتي هذا البحث من باب الرغبة في تنويع الدراسة المتعلقة بالعقد من خلال التطرق للنظريات القانونية المختلفة، والتي لديها وجهة نظر أخرى بشأن العقد .

رابعا - مشكلة البحث :

لعل اهم مشكلة تواجه الباحث في القانون الانكليزي، تتمثل بالاختلاف الكبير في الهيكلية القانونية التي يعتمدها القانون الانكليزي، والمختلفة كثيرا عن النظام اللاتيني، لاسيما ان دور القضاء في القانون الانكليزي لا يقصر على تطبيق القاعدة القانونية المكتوبة كما هو المعهود لدينا، وانما للقضاء الانكليزي القدرة على خلق القاعدة القانونية، ولعل من الملفت حقا ان تجد ان لفكرة القانون العام في القانون الانكليزي معنى مغايرا تماما للمعنى الذي نقصده، فالقانون العام لدى الانكليز ليست تلك القواعد القانونية التي تدخل الدولة طرفا فيها بوصفها شخصا سياديا، وستجد ايضا الفرق بشأن هذه المسألة في ثنايا البحث .

خامسا - منهجية البحث :

نتناول دراسة هذا الموضوع من خلال المنهج التحليلي المقارن، فنتناول فكرة الاعتبار في العقد من خلال بيان معنى الفكرة وتاريخها في القانون الانكليزي، فنتعرض لذكر الموقف الفقهي والقانوني والقضائي، غير ان القضاء الانكليزي ليس قضاء يطبق النصوص القانونية فحسب كما هو الحال لدينا، وانما هو قضاء ينشئ القاعدة القانونية في كثير من الاحيان، ولن نغفل الاشارة او المقارنة مع القانون العراقي والفرنسي في بعض المواطن التي تستلزم تلك الاشارة .

سادسا - خطة البحث :

البحث في موضوع الاعتبار في العقد يعني البحث في العقد نفسه، الامر الذي يستدعي التقديم لهذه الفكرة من خلال التطرق لمفهوم العقد في القانون الانكليزي، غير ان البحث في القانون الانكليزي تواجهه بعض العقبات، اهمها اختلاف النظام القانوني في العراق عن النظام الانكليزي الذي تكون عبر التاريخ مما يعرف بالقانون العام، الامر الذي يستلزم بحث هذه المسألة بشئ من الايضاح في المبحث الاول، ثم نتناول في المبحث الثاني فكرة الاعتبار في العقد من خلال بيان تاريخ تلك الفكرة ومعناها الفني الدقيق وتمييزها عن الاوضاع القانونية المشابهة، فضلا عن شروط الاعتبار في العقد وفق ما قرره القضاء الانكليزي بهذا الشأن .

المبحث الاول العقد بشكل عام

دراسة العقد في القانون الانكليزي تثير بعض الصعوبات, كون النظام القانوني الانكليزي يبدو غريبا نوعا ما عن النظام الذي يسود في العراق, فالعقد في القانون العراقي هو مزيج من النظام اللاتيني والشريعة الاسلامية. ولأجل التعرف على النظام الانكليزي فضلا عن العقد في القانون الانكليزي, نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الاول منهما للقانون العام الانكليزي, كون القانون العام Common law بدوره يحكم العقد, ثم نتناول مفهوم العقد حسب القانون الانكليزي .

المطلب الاول - القانون العام الانكليزي :

تثير فكرة القانون العام حسب المفهوم الانكليزي بعض اللبس, لاسيما عندما يقرأها المتأثرون بالمنهج اللاتيني, كما هو الحال في العراق ومصر, ففكرة القانون العام لدينا تنطلق من اساس تقسيم القانون الى عام وخاص, فيقال ان القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تدخل الدولة طرفا فيها بوصفها شخصا سياديا, اما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الافراد مع بعضهم البعض, او علاقة الافراد مع الدولة بوصفها شخصا عاديا (١).

وهذا المعنى المتقدم ليس هو المعنى المراد من القانون العام في النظام الانكلوسكسوني, فالقانون العام لديهم هو مجموعة الاحكام القضائية التي استقرت واصبحت عرفا, ويرجع تاريخ محاكم القانون العام في إنجلترا الى العصور الوسطى (٢). وعلى هذا الاساس فان القانون العام هو مجموعة من الاعراف غير المدونة. والتي تعتمد إلى حد كبير على السوابق القضائية, فهذه السوابق يمكن تطبيقها على الحالات المماثلة, فيتضح من ذلك ما للقضاء دور هائل في تشكيل القانون العام الأمريكي والبريطاني (٣). فالقانون العام اذن هو مجموعة من القوانين غير المكتوبة على أساس السوابق القانونية التي وضعتها المحاكم. ولا يقتصر تطبيق القانون العام على انكلترا فقط, وانما يشمل العديد من الدول, ومن ابرز تلك الدول هي الولايات المتحدة الامريكية, اذ تطور نظام القانون العام الأمريكي من خلال تقليد بريطاني انتشر إلى أمريكا الشمالية خلال الفترة الاستعمارية في القرن السابع عشر والثامن عشر. كما يطبق القانون العام أيضا في أستراليا وكندا وهونغ كونغ والهند ونيوزيلندا والمملكة المتحدة. ويستمد القانون العام

(١) انظر : سمير تنانغ - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٤ - ص ٥٥٣ وما بعدها. عبد المنعم فرج الصدة - اصول القانون - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر ١٩٦٥ - القسم الاول نظرية القاعدة القانونية - ص ٣٧ وما بعدها . حسن كيره - المدخل الى القانون - الناشر : منشأة المعارف - الاسكندرية - دون سنة طبع - القسم الاول - ص ٥٦ وما بعدها . محمد حسين منصور - المدخل الى القانون - القاعده القانونية - منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١٠ - ص ٦٣ وما بعدها. انظر ايضا : عبد الباقي البكري - زهير البشير - المدخل لدراسة القانون - العائلك لصناعة الكتاب _ القاهرة - بدون سنة طبع.

(2) "Common Law - Early Statute Law," Encyclopedia Britannica, n.d., <https://www.britannica.com/topic/common-law/Early-statute-law>. تاريخ الزيارة - ٣٠ - ١١ - ٢٠٢١

(3) THE COMMON LAW and CIVIL LAW TRADITIONS," n.d., <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/11/2017/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>. P 1. تاريخ الزيارة - ٣٠ - ١١ - ٢٠٢١ .

من آراء وتفسيرات السلطات القضائية وهيئات المحلفين العامة. وتكون القوانين العامة في بعض الأحيان مصدر إلهام لتشريع جديد يتم سنه من قبل السلطة التشريعية. ويتم الاعتماد على السوابق القضائية بسبب عدم وجود نص قانوني يمكن تطبيقه على الحالة المتنازع عليها، فيحدد القاضي الذي يرأس القضية ما هي السابقة القضائية التي تنطبق على تلك القضية بالذات (٤).

المطلب الثاني - العقد بشكل عام :

نقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الاول - تعريف العقد:

من السهل ان تجد تعريفا تشريعيا للعقد في القانون العراقي او الفرنسي, اذ عمد المشرع العراقي الى وضع العديد من التعريفات عند تطرقه للمفاهيم القانونية, ومن تلك المفاهيم التي عرفها المشرع العراقي هي فكرة العقد, وذلك بقوله في المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي ان العقد : هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه. وهذا ما فعله المشرع الفرنسي في المادة ١١٠١ من قانونه المدني اذ عرّف العقد بأنه : اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه (٥). وتبتعد التشريعات بصورة عامة عن وضع التعريفات, كون التعريف عمل فقهي ولا يدخل ضمن وظيفة المشرع, وهذا ما فعله المشرع المصري (٦).

وفيما يتعلق بالقانون الانكليزي فليس من السهل العثور على تعريف للعقد في القانون الانكليزي, لاسيما اذا ما علمنا ان النظام القانوني الانكليزي يقوم على العرف والسوابق القضائية وتقل التشريعات لديه, الا ان الفقه الانكليزي تبنى سد النقص التشريعي فبينوا معنى العقد بقولهم : انه اتفاق يفرضه القانون. وعلى الرغم من أن كلمة «عقد» غالبا ما تشير إلى مستند مكتوب، إلا أن الكتابة ليست ضرورية دائما لإنشائه. فقد يكون الاتفاق ملزما للطرفين على الرغم من أنه شفوي. ومع ذلك فإن بعض العقود يجب ان تكون مكتوبة (٧). والعقد كعمل قانوني يتحقق بإعلان أحد الطرفين عن رغبته بالالتزام من خلال الايجاب الذي يلاقي قبولا من الطرف الاخر (٨).

(4) Troy Segal, "Common Laws Are Unwritten Legal Precedents That Guide Court Decisions," Investopedia, 2019, <https://www.investopedia.com/terms/c/common-law.asp>.

تاريخ الزيارة - ٣٠ - ١١ - ٢٠٢١ .

(5) Article 1101 du Code civil : Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

(٦) كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يورد تعريفا للعقد بموجب المادة ١٢٢ منه على ان العقد هو اتفاق بين شخصين او اكثر على انشاء رابطة قانونية او تعديلها او انهاءها. لكن هذا التعريف حذف في المشروع النهائي وكان هذا الحذف مجازة لسياسة تشريعية مفادها تجنب الاكثار من التعريفات الفقهية. ينظر : عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان - ج ١ - نظرية الالتزام بوجه عام - ص ١٣٨ .

(7) "Chapter 1," lamission.edu, accessed November 2020, 25, <http://lamission.edu/law/emmanuel/contract.htm>.

تاريخ الزيارة - ٢ - ١٢ - ٢٠٢١ .

(8) Gregory Klass, "Scholarship @ GEORGETOWN LAW Scholarship @ GEORGETOWN LAW 2009 Intent to Contract Intent to Contract Part of the Commercial Law Commons, and the Contracts="



والعقود في القانون الانكليزي من حيث انعقادها اما عقود شكلية او عقود بسيطة, ولكن العقود البسيطة لا تتعقد الا اذا كان هناك مقابل او صفقة (الاعتبار) ^(٩). ويعبر الفقهاء الانكليز عن ذلك بقولهم ان الشخص الانكليزي لا يكون ملزماً لأن تعهداً صدر منه, ولكن لانه قام بعقد صفقة ^(١٠).

وإذا كانت العقود البسيطة يشترط فيها المقابل, فلا يشترط فيه ان يكون مساوياً للقيمة, وانما كل ما يتطلبه القانون الانكليزي هو وجود هذه القيمة, مهما كانت ضئيلة, فمن الممكن ان تشتري ما قيمته الف باوند بباوند واحد, وقد قيل في المثل لديهم : (حبة من القمح تكفي) ^(١١). فالمقابل يجب أن يكون ذا قيمة للطرف الآخر, حتى ولو كان تافها طالما انصرفت له النية الجادة ^(١٢).

الفرع الثاني - الايجاب (العرض) Offer والقبول Acceptance :

لا يخفى ان اركان العقد ثلاثة هي الرضا والمحل والسبب في العقود الرضائية, يضاف لها الشكل اذا كان العقد من العقود الشكلية, والتسليم اذا كان العقد من العقود العينية التي لا تتعقد الا بالقبض ^(١٣). الا ان الامر المنقح عليه هو ان اهم اركان العقد هو الرضا, لاسيما اذا ما علمنا ان المحل يعد ركناً في الالتزام وليس في العقد, فضلاً عن ذلك فان السبب طالما كان هو الباعث الدافع للتعاقد, فانه ليس ركناً مستقلاً, وانما هو يدخل في النية, اي الرضا. ولأجل ذلك لن نتناول من اركان العقد سوى الايجاب والقبول (الرضا). لاسيما وان القانون الانكليزي يضيف لهذه الاركان التقليدية الاعتبار او النظر او المقابل في العقد. وفيما يتعلق بالمشروع العراقي فانه كعادته في الاكثار من التعريفات في التقنين المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٤١ فقد عرف الايجاب والقبول بموجب نص المادة ٧٧ من القانون المدني العراقي بقوله : الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد, وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب، والثاني قبول.

كذلك الحال في التشريع الفرنسي : القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ (قانون نابليون) والمعدل بالمرسوم الصادر بتاريخ ١٠ / ٢ / ٢٠١٦ . فنجد نص المادة ١١١٣ منه تقول : يتم العقد بالتقاء الايجاب والقبول اللذان يعبر الاطراف بموجبهما

=Commons," n.d., P 9. See also : Dena Valente, "ENFORCING PROMISES Consideration and Intention in the Law of Contract," 2010, P 12 - 11 - 8.

(٩) استاذنا الدكتور : 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, ٢٠١٢, - ص ٧٤ - ٧٥ .

See : Emily M Weitzenböck, "English Law of Contract: Consideration," 2012,p3.

(١٠) احكام العقد في القانون الانكليزي - شيشير - فيفوت - فيرمستون - ترجمة هنري رياض - دار الجيل - بيروت - شروري بوكشوب - الخرطوم - ص ٦٨ - ٦٩ .

(١١) مجيد حميد العنكبكي - مبادئ العقد في القانون الانكليزي - كلية الحقوق - جامعة النهريين - ٢٠٠١ .

(12) Mary Charman, Contract Law, vol. (Cullompton: Willan, 67-66, (2016).

(١٣) مثال العقود الشكلية ما ورد في المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي : بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون. ومثال العقود العينية التي تستلزم التسليم او القبض ما ورد بنص المادة ٦٠٣ ف ١ - من القانون المدني العراقي بقولها : لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة او دلالة.

عن ارادتهم في التعاقد^(١٤). اما المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي فقد تناولت ما يتضمنه الايجاب بقولها: يتضمن الايجاب الموجه الى شخص محدد او غير محدد العناصر الجوهرية للعقد المنشود ويعبر عن ارادة صاحبه في الارتباط في حال قبوله عن تخلف ذلك فلا يعد الامر سوى دعوة للتفاوض^(١٥). كما عرف القبول بموجب نص المادة ١١١٨ منه بقوله: القبول هو التعبير عن ارادة صاحبه بالارتباط طبقا لشروط القبول^(١٦). وفيما يتعلق بالحديث عن القانون الانكليزي فنتناول الايجاب اولا، ثم القبول ثانيا كما سيأتي:

اولا - تعريف الايجاب بموجب القانون الانكليزي: لا يختلف تعريف الايجاب باختلاف الانظمة القانونية، فهو يؤدي ذات المعنى في سائر انظمة القانون في العالم، ولعل سبب ذلك هو ان العقد له ذات المعنى المحدد المستمد من طبيعته، وتلك الطبيعة لا تختلف باختلاف نظريات القانون، والمعروف عن النظام الانكليزي هو عدم وجود الكثير من التشريعات، مما يعني صعوبة العثور على تعريف تشريعي للمفاهيم ذات الصلة بموضوع البحث، لكن عدم وجود تعريف تشريعي لا يعني نفي التعريف نهائيا، اذ يرى الفقه الانكليزي ان الايجاب هو مظهر من مظاهر الاستعداد للدخول في صفقة، مما يبرر للشخص الآخر اعطاء موافقته لابرار تلك الصفقة. وبعبارة أخرى، فإن العرض هو شيء يخلق قوة القبول^(١٧). ولا تصلح جميع العروض لابرار العقود، فالعرض المقدم على سبيل المزاح ليس عرضا صالحا حتى ولو كان قد حصل القبول بشأنه، فلا ينتج عنه إنشاء العقد. كذلك الحال فيما يتعلق بالمفاوضات الأولية، إذا كان الطرف الذي يرغب في التعاقد يلتمس التعرف على رغبة الطرف الاخر، فهذا الالتماس لا يعد عرضا ولا يمكن أن يكون قبولا، وانما هو مجرد أساس للمفاوضات الأولية. ويثور التساؤل فيما اذا كان طرح الصفقة في المزاد يعتبر ايجابا باتا يمكن ان يتم به عقد مع من يتقدم باكبر عطاء، ام انه مجرد محاولة او دعوة للتفاوض؟ تم الحكم في قضية باين ضد كاف: بأن التقدم بعطاء هو الذي يعتبر ايجابا يمكن قبوله من جانب البائع بالمزاد او رفضه^(١٨)، وفقا لهذه القاعدة نص قانون بيع البضائع لسنة ١٩٩٣. على ان البيع بالمزاد

(14) Article 1113 : Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.

Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur.

ترجمة محمد حسن قاسم - قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية - منشورات الحلبي - ٢٠١٨ - ص ٣٦ . للتفصيل اكثر انظر: محمد حسن قاسم - القانون المدني - دراسة فقهية قضائية مقارنة في ضوء التوجيهات التشريعية والقضائية الحديثة وقانون العقود الفرنسي الجديد (٢٠١٦) - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الثانية - ج ١ - العقد.

(15) Article 1114 : L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

(16) Article 1118 : L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre....

(17) "Chapter 1," lamission.edu, accessed November 2020, 25, <http://lamission.edu/law/emmanuel/contract.htm>

تايبخ الزيارة - ٢ - ١٢ - ٢٠٢١

(١٨) انظر: شيشير - فيفوت - قواعد الايجاب والقبول في القانونين الانكليزي والسوداني - ترجمة هنري رياض - كرم شفيق - نشر وتوزيع مكتبة النهضة السودانية الخرطوم - دار الثقافة - بيروت - لبنان - الطبعة الخامسة لعام ١٩٦٠ - ص ٩.



يتم عندما يقوم البائع بالمزاد باعلان تامه عن طريق ضرب المنضده بالمطرقة او باي طريقه اخرى يجري عليها العرف لاعلان رسو المزاد, وعلى هذا يجوز سحب العطاء قبل رسو المزاد (١٩).

ويثور السؤال في حالة ما اذا كان قد تم نشر اعلان للبيع بالمزاد دون تحديد ثمن معين, هل يعتبر ايجابا باتا للبيع لمن يتقدم باكبر عطاء ؟ لم تأخذ المحاكم باسكتلندا بوجهة النظر التي تجيب بالايجاب. وقد حكمت وفقا لهذه القاعده بأن الاتفاق على البيع لا يتم ما لم يقيم البائع باعلان قبوله للعطاء عن طريق ضرب المطرقة على المنضدة, ولم يستقر القضاء الانكليزي على وجهة نظر معينة, على الرغم من انه جرى وفق ما ورد في قضية وارلو ضد هاريسون. قطعت دعوى المدعي امام المحكمة لأن المدعي اقام دعواه على سبب غير صحيح, وكان من رأى ثلاث قضاة ان وجه الحكم كان يمكن ان يتغير لو اقام المدعي دعوى جديدة, على أساس انه لما كان البائع قد نشر اعلان للبيع بالمزاد, فقد التزم بالبيع لمن يتقدم باكبر عطاء (٢٠).

ثانيا - القبول : Acceptance قبول العرض هو مظهر من مظاهر الموافقة على الشروط التي قدمها مقدم العرض (٢١). ويجوز استنباط الاتفاق من سلوك الطرفين, ولكن قد تكون هناك بعض الصعوبة في استنتاج الرضا او القبول, وتحديد اللحظة التي يمكن القول فيها بتلاقي الايجاب والقبول على وجه الدقة, وخاصة اذا استمرت المفاوضات بين الطرفين مدة طويلة, او كانت بواسطة رسائل مطولة عدة (٢٢).

ويتضح العناية الذي تلاقيه المحكمة في هذا الشأن في قضية برودجن ضد متروبولي, وتتحصل وقائعها فيما يلي :

قام برودجن بتوريد فحم للشركة المدعى عليها دون ان يكون بينهما اتفاق محدد,

(19) The Sale of Goods 1993 : Act Auction sales - 58: In the case of a sale by auction: 1 - Where goods are put up for sale by auction in lots each lot is prima facie deemed to be the subject of a separate contract of sale;

2 - A sale by auction is complete when the auctioneer announces its completion by the fall of the hammer or in other customary manner. Until such announcement is made a bidder may retract his bid;

قانون بيع البضائع لسنة ١٩٩٣ : المادة - ٥٨ : في حالة البيع عن طريق المزاد : ١ - حيث يتم طرح البضائع للبيع بالمزاد العلني في الكثير يعتبر كل الكثير ظاهريا أن يكون موضوع عقد بيع منفصل ; ٢ - يكتمل البيع بالمزاد عندما يعلن الدلال عن إكماله بواسطة سقوط المطرقة أو بطريقة عرفية أخرى. حتى يكون هذا الإعلان جعل مقدم العرض قد يتراجع عن عرضه;

Sale of Goods Act, 58. 1893. In the case of a sale by auction— (1) Where goods are put up for sale by auction in lots, each lot is prima facie deemed to be the subject of a separate contract of sale:

(2) A sale by auction is complete when the auctioneer announces its completion by the fall of the hammer, or in other customary manner. Until such announcement is made any bidder may retract his bid:

قانون بيع السلع لعام ١٨٩٣ - المادة ٥٨ : في حالة البيع عن طريق المزاد : (١) عندما تطرح السلع للبيع بالمزاد العلني في الكثير ، تعتبر كل قطعة ظاهريا موضوع عقد بيع منفصل : (٢) يكتمل البيع بالمزاد عندما يعلن الدلال عن إكماله بسقوط المطرقة ، أو بطريقة عرفية أخرى. حتى يتم الإعلان عن ذلك ، يجوز لأي مقدم عرض التراجع عن عرضه . (٢٠) شيشر - فيفوت - المصدر السابق - ص ١١.

(21) "Chapter 1," lamission.edu, accessed November 2020, 25, <http://lamission.edu/law/emmanuels/contract.htm>.

تاريخ الزيارة - ٨ - ١٢ - ٢٠٢١ .

(٢٢) شيشر - فيفوت - نفس المصدر - ص ٢٣.

واخيرا قرر الطرفان تنظيم العلاقات فيما بينهما, فأرسل وكيل الشركة المدعى عليها صورة من العقد المقترح من جانب الشركة لبرودجن. فقام الاخير باضافة اسم المحكمة في مكان ترك خاليا لذلك الغرض, وقع على المستند ورده الى الشركة المدعى عليها بعد ان كتب فيه موافق عليه, ثم وضع وكيل الشركة المدعى عليها المستند في درج مكتبه, ولم تقم الشركة بأي اجراء بعد ذلك لاتمام تنفيذ العقد. قام الطرفان بعد ذلك بالعمل بمقتضى شروط المحرر المذكور, فقامت الشركة بتوريد الفحم كما قام المدعي بالدفع وفقا للاشتراطات المذكورة به, وذلك حتى ثار نزاع فيما بينهم فأنكر برودجن ان ثمة عقد تم فيما بينهما.

وتبدو الصعوبة في تحديد وقت تطابق الارادتين ان كان ثمة توقيت, لذلك لا يجوز القول بأن رد برودجن على الاتفاق المقترح من جانب وكيل الشركة يعتبر قبولا لايجاب صادر من الشركة, طالما ان برودجن اضاف اسم المحكمة ذات الاختصاص, اذ يعتبر عمله ذلك اضافة لشرط جديد لشروط الايجاب, ولم يكن للشركة فرصة الموافقة عليه او رفضه, ولكن اذا افترضنا ان تسليم المستندات مع اضافة اسم المحكمة يعتبر ايجابا لتوريد الفحم بالشروط الواردة بالمستند, فمتى يعتبر ان الايجاب قد لاقى قبولا من الشركة؟ الثابت من الادلة ان الطرفين لم يتبادلا الرسائل بعد ذلك التاريخ, ولذلك فانه يستحيل ان يستخلص رضاء الشركة من مجرد حفظها للمستند في درج مكتب وكيل الشركة دون اي تاشير عليه, ولكن لا يمكن من ناحية اخرى فهم سلوك الطرفين الا اذا افترضنا انهما وافقا على شروط الاتفاق المقترح, ولقد قرر مجلس اللوردات بأن العقد يعتبر تاما اما وقت ان قامت الشركة بتقديم اول طلب لها لبرودجن لتوريد الفحم وفقا لتلك الشروط, واما وقت قيام برودجن بتوريد الفحم وذلك على ادنى تقدير (٢٣).

(٢٣) شيشر - فيفوت - المصدر السابق نفسه - ص ٢٤ - ٢٥.

المبحث الثاني الاعتبار في العقد

دراسة فكرة الاعتبار بالعقد تقتضي منا التطرق للتطور التاريخي لهذه الفكرة اولا, ثم نتناول تعريفها وبيان معناها الدقيق ثانيا, ثم تمييزها عن الاوضاع القانونية المشابهة ثالثا, ثم بيان شروطها رابعا, ولأجل ذلك نقسم هذا المبحث الى اربعة مطالب, نتناول في كل مطلب منها احدى تلك النقاط .

المطلب الاول - التطور التاريخي لفكرة الاعتبار في العقد :

يساعد العرض التاريخي للقاعدة القانونية على فهمها وتطبيقها تطبيقا سليما على القضايا المعروضة على القضاء, وفي هذا يقول الفقيه الامريكي كورين : ان في معرفة ما كان عليه القانون والعرف في مرحلتهما الاولى مصلحة كبيرة من الناحية التاريخية, كما يمكن ان يكون ذا قيمة عملية لكل من المحاكم والمشتغلين بالقضايا القانونية والموكليين^(٢٤). ولا يعرف بالضبط التاريخ الذي استعملت فيه كلمة اعتبار للمرة الاولى, ويرى بعض الباحثين انها ترجع الى سنة ١٤٦١ حيث عثر على وثيقة مؤرخة بهذا التاريخ تتضمن تصفية وتسوية حسابات بين شخصين, وقد استعملت كلمة اعتبار في هذه الوثيقة بمعنى السبب الذي من اجله يبرم عقد من العقود. وقد استعملت الكلمة بعدة معان قبل ان تصبح معنى اصطلاحيا مستقرا, فقد استعملت للمرة الاولى بمعنى التفكير والتأمل, ثم استعملت بمعنى قرار صادر في قضية متنازع فيها, وبهذا المعنى استعملت محاكم القانون العام Common law الكلمة بقولها في احكامها باعتبار ان It is considered . ثم استعملت بمعنى الاسباب والبواعث, واخيرا استعملت بصورة خاصة للتعبير على عما يحمل على هبة او تعهد. ومن النظريات التي فسرت الاصل الذي تقوم عليه فكرة الاعتبار في العقد هو ان اشتراط الاعتبار في العقود الشفهية يعد تحويرا او تعميما لفكرة المقابل في العقد, اذ لا ينشئ الدين بمجرد الكلام ودون حاجة لشكلية معينة. وقال اخرون ان الاعتبار هو عبارة عن تحوير لفكرة السبب في القانون الروماني, ويذهب رأي اخر الى ان الاعتبار هو عبارة عن تعميم لفكرة الثمن, بينما يذهب رأي اخر الى عدم امكان رد الاعتبار الى مصدر واحد^(٢٥).

واكثر الاراء قبولاً لدى الفقهاء في الوقت الحاضر هو ما ذهب اليه مؤرخ القانون الانكليزي الشهير Holdsworth : فهو يذهب الى ان الاعتبار انما اكتسب معناه الفني بصورة رئيسية بالنسبة لدعوى العقد, ولكن ذلك لم يكن العامل الوحيد الذي عمل على تكوين فكرة الاعتبار, فهناك افكار ترجع في اصولها الى فكرة العوض او المقابل الذي الذي يجب اثبات دفعه للنجاح في دعوى من دعاوى الدين, هذه العوامل مجتمعة مع عوامل اخرى عملت على ان تدخل على نظرية الاعتبار عناصر ادت في العمل الى نتائج تختلف تماما عن تلك التي نشأت عن الرأي القائل بأن الاعتبار كان اهم الشروط

(٢٤) عبد المجيد الحكيم - الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي مع مقدمة عامة في التعريف بالقانون المقارن وعلم الخلاف واهمية الدراسات المقارنة - بغداد - ١٩٩١ - ص ١٦٣.

(٢٥) عبد المجيد الحكيم - المصدر السابق - ص ١٦٣ - ١٦٦.

التي يجب على المدعى ان يستوفيهما لينجح في دعوى العقد. وهناك رأي اخير للفقهاء الأمريكي هنري وينثروب : يرى ان نظرية الاعتبار انما هي فكرة عامة او مبدأ عام استنتب من القضايا والوقائع التي عرضت على القضاء من السياسة التشريعية او القواعد الكلية للقانون (٢٦).

لقد نشأ المقابل في القانون الانجليزي مصاحبا للعقود غير الشكلية, اي العقود البسيطة (الرضائية). اذ لما كان القانون الانجليزي القديم شكليا واجرائيا, فقد كانت القوة الملزمة للعقد تستمد من الشكل الذي افرغ فيه, وعند تطور القانون نحو اللاشكلية في بعض العقود, كان لابد من ايجاد فكرة لاضفاء القوة الملزمة على العقود غير الشكلية (البسيطة), فكانت فكرة المقابل. وهكذا فان فكرة المقابل قد ارتبطت منذ نشوئها بفكرة العقد البسيط المجرد من الشكل (٢٧). فلا يمكن في العقد البسيط اجبار شخص على تنفيذ ما اتفق عليه ما لم يكن قد حصل او سيحصل على مقابل, والواقع ان فكرة المقابل جاءت منسجمة مع الفلسفة العامة التي تسود انجلترا, الا وهي الفلسفة النفعية, وبتطبيق هذه الفلسفة في مجال العقد البسيط, يكون اساس الالتزام بالعقد هو الفائدة او المصلحة التي حصل او سيحصل عليها الملتزم به, وبخلاف ذلك فانه من الصعوبة ان نتصور الزام شخص دون ان يكون هناك مردود مادي للالتزامه, وبهذا المعنى يكون العقد مؤسسا على فكره الصفقة لا على اساس سلطان الارادة (٢٨).

المطلب الثاني - مفهوم الاعتبار Consideration :

يمكن القول ببساطة إن الاعتبار هو الإجابة على السؤال التالي : لماذا تدخل هذا العقد ؟ أو ما الذي تتلقاه لكونك طرفا في هذا العقد ؟ فلأجل ان يعد أي اتفاق ملزما قانونا، يجب أن يتضمن النظر اي : (الاعتبار Consideration) من جانب كل شخص يبرم العقد. والاعتبار هو الفائدة التي يحصل عليها كل طرف أو يتوقع الحصول عليها من الصفقة التعاقدية. والسؤال هنا هو كيف يعمل الاعتبار او النظر في العالم الحقيقي ؟ وجواب ذلك يتضح من المثال التالي : وهو لو انك الحققت بجارك بعض الضرر , سيكون بمقدور جارك مقاضاتك للحصول على تعويض عن هذا الضرر , ولكن بدلا من ذلك قد يوافق على عدم مقاضاتك إذا دفعت له ١٠٠٠ دولار. توفر هذه الاتفاقية الاعتبار الكافي للعقد، فأنت هنا تتخلى عن بعض أموالك, بينما يتخلى جارك عن الحق في مقاضاتك (٢٩). وفكرة الاعتبار هي واحدة من أكثر الافكار التي نوقشت بشدة وتعرضت لانتقادات عديدة, ولكن على الرغم من وضعها المثير للجدل, إلا أنها لا تزال شرط أساسي لتكوين العقود غير المكتوبة (٣٠).

(٢٦) عبد المجيد الحكيم - المصدر السابق - ص ١٦٩ - ١٧٠.

(٢٧) مجيد حميد العنبي - مبادئ العقد في القانون الانكليزي - كلية الحقوق - جامعة النهدين - ٢٠٠١ - ص ٢٥.

(٢٨) مجيد العنبي - المصدر السابق ص ٢٦ - ٢٧ .

(29) Richard Stim, "Consideration: Every Contract Needs It," www.nolo.com (Nolo, October ,10 2011), <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/consideration-every-contract-needs33361.html>.

تاريخ الزيارة - ٨ - ١٢ - ٢٠٢١ .

(30) Dena Valente, "ENFORCING PROMISES Consideration and Intention in the Law of Contract," 2010, P 6.



والاعتبار في العقد في القانون الانكليزي يجعل العقد قابلا للتنفيذ في المحاكم، ومن معاني كلمة الاعتبار حسب تطبيق المحاكم هناك : هو إما ضرر يتكبده الشخص المتعاقد، أو فائدة يتلقاها الشخص الآخر. وبالتالي يجب أن يكون الشخص الذي يسعى إلى إنفاذ الوعد قد دفع، أو ألزم نفسه بالدفع، أو قضى وقتا في العمل، أو تخلى عن بعض الربح أو الحق القانوني. ومع ذلك فإن هذا التعريف يترك دون إجابة مسألة ما هو الاعتبار الكافي؟ خلال فترات معينة من التاريخ اعتبر الاعتبار الاسمي كافيا، حتى ولو كان سنتا واحدا!. لكن تدريجيا أصبحت المحاكم تتطلب أن يكون الاعتبار قيما، على الرغم من أنه ليس بالضرورة ان يكون مساويا في القيمة لما يتم تلقيه. وإذا كان الاعتبار ضروريا لأجل ان يكون العقد قابلا للتنفيذ، فان له عدد من الوظائف الأخرى في قانون العقود. منها مثلا انه يعد دليلا على وجود عقد، فضلا عن ذلك فان له وظيفة تحذيرية تتمثل في حماية الوعد من الإجراءات غير المدروسة؛ كذلك وظيفة الردع المتمثلة في تثبيط المعاملات ذات المنفعة المشكوك فيها؛ ووظيفة أخرى هي تمكين الأشخاص من التمييز بين أنواع معينة من المعاملات (٣١).

يرى البعض ان الاعتبار إجراء شكلي فهو لا يزيد عن كونه دليلا على نية الأطراف للالتزام بالعقد، ويمكن أن يكون إجراء تحذيريا، فطالما كان العقد شفهيلا لا يتم من خلاله التوقيع على وثيقة، فمن الأرجح أن المتعاقد سيتفهم جدية الالتزام الذي هو على وشك القيام به، فهو يدل على أن الطرفين يعترضان ان يكون العقد ملزما (٣٢).

وفكرة المقابل في القانون الانكليزي قد يصعب فهمها، بسبب الفرق الكبير بين النظام الانكليزي والنظام اللاتيني، ففي النظام الانكليزي نحن نسأل الدائن لماذا انت دائن؟ في حين اننا في القانون اللاتيني نسأل المدين لماذا انت مدين؟ وسبب ذلك ان الدائن قدم مقابلا - اي اعتبارا لمدينه- فالمدين التزم حيال الدائن بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل (٣٣). وسبب نشوء المقابل او الاعتبار في العقد، هو ان الناس قديما لم يعرفوا التعاقد، فالتعاقد يقتضي ان يكون اطراف العقد متساوين، وهم ليسوا متساوين، الامر الذي يعني ان الطرف القوي سيفرض ارادته على الطرف الضعيف. لذا استعاضوا عن فكرة التعاقد بفكرة التعاهد، اذ ان ما يدعو للعقد هو الحاجة، وكونك بحاجة لشيء فهذه علامة على الضعف، ولما كان اي عهد لا قيمة له مالم تتم اراقة دم ذبيحة كدليل على تأكيد الالتزام به، لذا كان كل تعاهد غير مصحوب بدماء الحيوانات الطاهرة يكون غير ملزم، ومع الزمن خفف القانون الانكليزي من حدة هذه الشكلية فأبقى على المقابل في العقود البسيطة، شرطا لنفاذ عقود المعاوضات بين اطرافها (٣٤).

والذي يبدو مما تقدم ان المقابل في القانون الانكليزي ليس اثرا من اثار العقد،

(31) "Consideration | Contract Law," in Encyclopædia Britannica, 2019, <https://www.britannica.com/topic/consideration>. تاريخ الزيارة ١ - ١٢ - ٢٠٢١ .

(32) Dena Valente, "ENFORCING PROMISES Consideration and Intention in the Law of Contract," 2010. P 19 - 17 .

(٣٣) اكرم فاضل سعيد - التطور التاريخي لفكرة المقابل في القانون الانكلوسكسوني - مجلة جامعة النهريين - ١٧٦ - ص ١٥٧ .

(٣٤) اكرم فاضل سعيد - المصدر نفسه - ص ١٥٩ - ١٦٣ .

بمعنى انه ليس الالتزام الذي يقع على عاتق الطرف الاخر, وهذا ما نفهمه في الاتجاه اللاتيني, وانما هو شي يدخل في تكوين العقد في مرحلة الانعقاد, ففي القانون الانكليزي لا تصبح دائنا الا اذا اعطيت شيئا اثناء انعقاد العقد .

المطلب الثالث - تمييز الاعتبار في العقد عن الاوضاع القانونية المشابهة :

هناك بعض المفاهيم قد تشتبه بمفهوم الاعتبار في العقد, وناخذ من تلك المفاهيم مفهومين هما : الاعتبار الشخصي في التعاقد, والمقابل في العقد, ونخصص لكل منهما فرعاً مستقلاً كما سيأتي:

الفرع الاول - تمييز الاعتبار في العقد عن العقود ذات الاعتبار الشخصي :

لا يخفى مدى التشابه اللفظي بين فكرة الاعتبار في العقد, وفكرة العقود ذات الاعتبار الشخصي, ومع ذلك فان مضمون الفكرتين مختلفان, وهذا الامر يتطلب الوقوف على معنى الاعتبار الشخصي في العقود, لنضع الفرق بين الفكرة الاخيرة وفكرة الاعتبار في العقد, ونتناول تعريف فكرة الاعتبار الشخصي في العقود اولاً, ثم بيان الفرق بينها وبين موضوع الدراسة ثانياً :

اولاً - التعريف بفكرة الاعتبار الشخصي في العقود :

ان فكرة الاعتبار الشخصي في العقود تعني ان يكون للشخص المتعاقد او صفة من صفاته دوراً مهماً في ابرام العقد. واذا اردنا ان نبحث عن التعريف التشريعي لفكرة الاعتبار الشخصي في العقود لأجل ان نتبين معناها, نجد ان المشرع العراقي لم يورد نصاً يعرف به هذه الفكرة, وكذلك الحال في القانون الفرنسي والقانون الانكليزي الذي هو موضوع الدراسة.

فاذا كانت التشريعات تخلو من ايراد تعريف بهذا الشأن, فان ذلك لم يمنع الفقه من بيان معنى الفكرة مثار البحث, فقد ذهب جانب من الفقه الى القول : بأن الاعتبار الشخصي يعني ان شخصية المتعاقد هي الباعث الدافع الى التعاقد^(٣٥). فالاعتبار الشخصي حسب هذا المفهوم يراد به ان تكون شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار في العقد, وقد يعود ذلك لأسباب نفسية لدى المقابل, كشعوره بأن هذا الشخص دون غير هو المناسب للتعاقد, وقد تعود لأسباب او اعتبارات اجتماعية, كوجود صلة قرابة بين الطرفين, وقد تكون الاسباب او الاعتبارات تتعلق بالجوانب الاخلاقية التي يحملها الشخص المراد التعاقد معه, وذلك لما يتصف به من شرف وامانة, وقد يكون مرد ذلك هو وجود نوع من العلاقة المتينة والثقة المتبادلة بين الطرفين, وقد يكون سبب ذلك بواعث اخرى اوسع نطاقاً تشمل قضايا اقتصادية او حتى سياسية^(٣٦).

(٣٥) انظر : عبد المهدي كاظم ناصر، حيدر عواد حمادي - دور عنصر الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد بواسطة غير المتعاقد (دراسة مقارنة) - مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية - جامعة القادسية العدد : الثاني المجلد : التاسع - كانون الاول ٢٠١٨ ص ٢٣٧ .

(٣٦) انظر : هيلان عنان احمد - الاعتبار الشخصي في التعاقد - مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية . المجلد : ٨ - العدد : ٢٩ - العام : ٢٠١٩ - ص ٦٣ . للتفصيل اكثر انظر : نورة عيسى سالمين - الاعتبار الشخصي في العقود المدنية والتجارية - رسالة ماجستير في القانون الخاص - كلية القانون - جامعة قطر - يناير ٢٠٢١م/٤٤٢هـ . انظر ايضا : د . زروق يوسف - حماية الاعتبار الشخصي في العقود الالكترونية - دراسة مقارنة - مجلة الدراسات القانونية والسياسية - العدد : ٦ جيهان - ٢٠١٧ .

والجدير بالذكر هو انه اذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد، فان اهم سبب لذلك من الناحية العملية ترجع لما يحمله المتعاقد من جوانب تخصصية وكفاءة وخبرة في مجال عمله، فالمرريض الذي يريد اجراء عملية جراحية مثلا، لا يتعاقد الا مع طبيب يحمل من الشهرة والكفاءة في مجال تخصصه ما تحمل الناس الى التعاقد معه، كذلك الحال بالنسبة لمن يختار محاميا للدفاع عن قضيته، فهو يختاره لاعتبارات تتعلق باتقان ذلك المحامي لمهنته، وخبرته القانونية في الدفاع عنه، ولا يختاره لبواعث الشرف والفضيلة والاخلاق^(٣٧). وابرز العقود التي يكون فيها الاعتبار الشخصي حاضرا، هي عقود التبرع، والعقود الواردة على العمل، وعقد النقل، وعقود شركات الاشخاص^(٣٨).

وإذا كان المشرع العراقي لم يورد تعريفا للعقود ذات الاعتبار الشخصي، ولم يحدد معنى الاعتبار الشخصي في العقد، فانه تناول بعض العقود التي تمتاز بالاعتبار الشخصي في التعاقد، من ذلك مثلا ما جاء بالمادة ٨٨٨ من القانون المدني العراقي فيما يتعلق بعقد المقاولة :

١. تنتهي المقاولة بموت المفاوض اذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فان لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء ذاته، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير حالة تطبيق المادة ٨٨٥ الا اذا لم تتوفر في ورثة المفاوض الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

٢. وتعتبر دائماً شخصية المفاوض محل اعتبار في التعاقد اذا ابرم العقد مع فنان او مهندس معماري او مع غيرهم ممن يزاولون مهناً حرة اخرى، وتقتض هذه الصفة في العقود التي تبرم مع العمال او الصناع، الا اذا كان هناك دليل او عرف يقضي بغير ذلك، وفي سائر الاحوال الاخرى وبخاصة في اعمال المقاولات الكبيرة يكون المفروض ان المكانة التي وصل اليها اسم المفاوض في السوق لا صفات المفاوض الشخصية هي التي كانت محل الاعتبار الاول في التعاقد.

فيستفاد من هذا النص ان عقد المقاولة هو من العقود ذات الاعتبار الشخصي، وان المفاوض ومؤهلاته الشخصية وخبرته الفنية هي دائماً محل اعتبار في التعاقد، واذا كان المشرع العراقي قد اورد امثلة على اشخاص لهم اعتبارهم في التعاقد، كالفنان والمهندس المعماري الا انه فتح الباب واسعا بقوله : (معماري او مع غيرهم ممن يزاولون مهناً حرة اخرى) . وعند الاختلاف في كون هذا المتعاقد له اعتبار شخصي من عدمه، فانه اعطى للعرف دورا مهما في ذلك بقوله : (الا اذا كان هناك دليل او عرف يقضي بغير ذلك) . وبكل الاحوال فان هذه المسألة من الوقائع التي يتوصل لها القاضي عند نظره للدعوى، ويستعين بذلك بالقرائن وغيرها من ادلة الاثبات .

ثانيا - الفرق بين الاعتبار في العقد والعقود ذات الاعتبار الشخصي :

سبق وان ذكرنا انه بالرغم من التقارب اللفظي بين المفهومين، فان الفرق شاسع

(٣٧) للتفصيل انظر : هيلان عدنان - المصدر السابق - ص ٦٣ وما بعدها، والمصادر المشار لها بهذا الصدد .
(٣٨) هيلان عدنان - المصدر السابق - ص ٦٦ وما بعدها .

بينهما, فقد تبين من خلال ما تقدم الاعتبار الشخصي هو الباعث الذي يدفع الشخص لابرام العقد مع شخص معين بالذات, وذلك لما يمتاز به هذا الشخص من مؤهلات, الامر الذي يبني عليه انه لو توفي الشخص محل الاعتبار في العقد, قد يؤدي ذلك الى انهاء العقد, وذلك لما يمتاز به شخصيته من اعتبار دفعت الطرف الاخر لابرام العقد معه, الا ان المقصود بالاعتبار بالعقد في القانون الانكليزي معنى مغاير تماما لما تقدم, اذ يراد بالاعتبار ما يدفعه المتعاقد عند ابرام العقد لأجل ان يكون دائنا, ومدار الامر كله كما تقدم هو اختلاف المنهج اللاتيني عن النظام الانكلوسكوني بهذا الشأن, ففي النظام الانكليزي نحن نسأل الدائن لماذا انت دائن ؟ في حين اننا في النظام اللاتيني نسأل المدين لماذا انت مدين ؟

ان دراسة الفرق بين الفكرتين تقتضي منا بيان اوجه الفرق بين الفكرتين مثار البحث, ويمكن القول ان نقطة التشابه الوحيدة بينهما هو اللفظ المشترك (الاعتبار) لا غير, اما الفرق بينهما فهو فرق شاسع كما ذكرنا ويمكن ان نجمل ابرز اوجه الاختلاف كما يلي :

١. ان الاعتبار في العقد في القانون الانكليزي يعد احد اركان العقد, بمعنى ان العقد في القانون الانكليزي لا يمكن ان ينعقد بدون وجود اعتبار, وهي فكرة المقابل في العقد, لكن المقابل هنا لا يحمل نفس المعنى الذي نفهمه في القانون المدني العراقي او الفرنسي .
٢. ان فكرة الاعتبار في العقد في القانون الانكليزي (المقابل) فكرة يجب توفرها في اي نوع من انواع العقود سواء اكان العقد ذا اعتبار شخصي ام لا . وبلتالي فالمقابل في العقد مطلوب مهما كانت شخصية المتعاقد, سواء اكانت هي الدافع الى التعاقد من عدمه.
٣. لا بد من ذكر ان اركان العقد التقليدية حسب المنهج اللاتيني كالقانون المدني الفرنسي والعراقي والمصري هي الرضا والمحل والسبب, هذا اذا كان العقد رضائيا يضاف لها ركن الشكل اذا كان العقد شكليا, الا ان القانون الانكليزي يشترط وجود المقابل كركن لابرام العقد .
٤. وينبغي على النقطة الاخيرة ان المقابل في العقد يدخل في تكوين العقد وليس اثرا من اثار العقد, ففكرة المقابل في العقد في القانون الانكليزي لا يراد بها الالتزام الذي يقع على عاتق الطرف الاخر, وانما هو عنصر يدخل في تكوين العقد, ولا يعد مرحلة من مراحل تنفيذ العقد .

الفرع الثاني - تمييز فكرة الاعتبار في العقد عن فكرة المقابل في العقد :

لعل من المسلمات في نظرية العقود هو ان العقد ينقسم الى اقسام عدة باختلاف زاوية النظر اليه: ومن بين تلك الاقسام التي ينقسم لها العقد, هو انقسامه لعقود المعاوضة وعقود التبرع, فعقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطيه, فالبيع عقد معاوضة بالنسبة الى البائع, لانه يأخذ الثمن في مقابل اعطاء المبيع,

وبالنسبة الى المشتري لأنه يأخذ المبيع في مقابل اعطاء الثمن، والقرض بفائده عقد معاوضة بالنسبة الى المقرض لأنه يأخذ الفوائد في مقابل اعطاء الشيء لأجل، وبالنسبة الى المقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل في مقابل اعطاء الفوائد^(٣٩).

اما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابل لما يعطيه، ولا يعطي المتعاقد الاخر مقابل لما يأخذه، فالعارية عقد تبرع بالنسبة الى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل الشيء المعار، وبالنسبة الى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير في مقابل الانتفاع بالشيء المعار، وكذلك الهبة بدون عوض، والقرض، والوديعة، والوكالة، اذا كانت هذه العقود الثلاثة دون مقابل، فكلها عقود تبرع^(٤٠). ومن ذلك يتبين ان العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالايجار، وبعضها تبرع العارية، كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض، وبعضها معاوضة كالكفالة اذا اخذ الكفيل اجرا من المدين^(٤١).

والحديث عن عقود المعاوضة والتبرع يعني ان عقد المعاوضة يكون فيه مقابل، اما عقد التبرع فهو يخلو من المقابل، وهذا الامر يقودنا للحديث عن العقود الملزمة لجانب واحد، والعقود الملزمة لجانبين، فالعقد الملزم لجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع، في مقابل ان يلتزم المشتري بدفع الثمن، والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات احد الطرفين والتزامات الطرف الاخر^(٤٢).

والعقد الملزم لجانب واحد هو العقد الذي لا ينشئ التزامات الا في جانب احد المتعاقدين، فيكون مدينا غير دائن، ويكون المتعاقد الاخر دائنا غير مدين، مثال ذلك الوديعة غير المأجورة، يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع بأن يتسلم الشيء المودع، وان يتولى حفظه ويرده عينا، دون ان يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده^(٤٣). وفيما يتعلق بالفرق بين المقابل في العقد والاعتبار في العقد، فيأتي التشابه بين الفكرتين من كون الاعتبار ايضا يعطيه احد طرفي العقد كمقابل، لكن فكرة المقابل التي نفهمها في النظام اللاتيني هو الاداء الذي يقع على عاتق الطرف الاخر، فهو يمثل الالتزام النابع من العقد، والذي يلتزم الطرف الاخر بتنفيذه، في حين المقابل في النظام الانكلوسكوني، والذي يأخذ اسم الاعتبار في العقد، ليس اثرا من اثار العقد، ولا التزاما يقع على عاتق المدين، وانما الاعتبار في العقد يدخل في تكوين العقد واثاء انعقاده، وهو عوضا عن الشكلية، فطالما ان العقود البسيطة تخلو من الشكلية فينبغي ان يتوافر فيها الاعتبار، ولعل سبب الخلط اختلاف النظام اللاتيني الذي يسود العراق ومصر والعديد

(٣٩) السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٦٢ . عبد المجيد الحكيم - الموجز في القانون المدني - بغداد ١٩٦٣ - ج ١ - ٤٣ - ٤٤

(٤٠) السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٦٢ . عبد المجيد الحكيم - المصدر السابق - ج ١ - ص ٤٤ .

(٤١) السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٦٢ .

(٤٢) السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٥٨ . سمير تناغو - مصادر الالتزام - مكتبة الوفاء القانونية - الاسكندرية - الطبعة الاولى - ٢٠٠٩ - ص ١٦ .

(٤٣) السنهوري - الوسيط - ج ١ - ص ١٥٨ . عبد المجيد الحكيم - المصدر السابق - ج ١ - ص ٤٠ - ٤١ . سمير تناغو - مصادر الالتزام - مكتبة الوفاء القانونية - الاسكندرية - الطبعة الاولى - ٢٠٠٩ - ص ١٦ .

من البلدان العربية، عن النظام الانكلوسكسوني الذي يسود انكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا، وبالتالي فإن فكرة المقابل أو الاعتبار في العقد، نشأت هناك بسبب عوامل تاريخية ذكرنا بعضها، ويمكن اجمال الاختلاف بين المنهجين اللاتيني والانكلوسكسوني بما ذكرناه سابقا : هو اننا في النظام الانكليزي نسأل الدائن لماذا انت دائن ؟ في حين اننا في القانون اللاتيني نسأل المدين لماذا انت مدين ؟

المطلب الرابع - شروط الاعتبار في العقد :

سبق وان ذكرنا ان القانون العام الانكليزي تكون من خلال احكام المحاكم التي صدرت من القضاء الانكليزي، واستقرت تلك الاحكام حتى اصبحت تعرف بالسوابق القضائية التي تطبق على الحالات المماثلة، ومن هنا نشأ العرف الذي يسود النظام الانكليزي، وهو يغني عن التشريعات التي يفترق لها هذا النظام، وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المطلب جانبا من تطبيقات القضاء الانكليزي بشأن الاعتبار في العقد، والتي تمثل بذات الوقت شروط الاعتبار في العقد:

اولا - يجب أن يكون الاعتبار كافيا :

فمن شروط الاعتبار في العقد هو انه يجب أن يكون كافيا : ولكن ما معنى ان يكون كافيا ؟ وما هو المقدار الذي يفى بالغرض ؟ يجيب القضاء الانكليزي على ذلك بأن تكون هناك بعض القيمة، حتى ولو كانت هذه القيمة قليلة جدا. مما يعني أنه عندما يتبادل الطرفان القيمة، يجب أن تكون كافية، ولكن ليس من الضروري ان تكون على درجة كبيرة. ففي قضية Midland Bank V Green (١٩٨١) AC ٥١٣ ، HL : قالت المحكمة : ان مبلغ ٥٠٠ دولار يعد اعتبارا قيما، على الرغم من أنه كان غير كاف بشكل واضح (٤٤).

وتتلخص القصة في ان الاب منح ابنه، خيارا لثراء مزرعة. لم يتم تسجيل الخيار في سجل الملكية. ولتجنب هذا الخيار، باع الأب المزرعة لزوجته مقابل ٥٠٠ جنيه إسترليني. كانت المزرعة حقا بقيمة £٤٠,٠٠٠. بعد وفاة الأم، سعى الابن إلى الحصول على تصريح من المحكمة بأن الخيار ملزم للأم. رأى القاضي أن البيع كان حقيقيا فتم رفض خيار الابن غير المسجل. ومع ذلك، نقضت محكمة الاستئناف هذا القرار. فناشدت الأم مجلس اللوردات.

فبموجب المادة ١٣ من قانون رسوم الأراضي لعام ١٩٢٥ (٤٥). تكون رسوم

(44) "Define What Does or Does Not to Amount to a Good Consideration in Law," www.lawteacher.net, n.d., <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/contract-law/define-what-does-doesnt-amount-good-consideration-law-contract-essay.php>. تاريخ الزيارة - ٦ - ١٢ - ٢٠٢١ .

(45) Land Charges Act 13 - 1925 : Protection of purchasers against land charges created after certain dates

(1)A land charge of Class A created after the thirty-first day of December, eighteen hundred and eighty-eight, shall be void as against a purchaser of the land charged therewith or of any interest in such land, unless the land charge is registered in the register of land charges before the completion of the purchase.

(2)A land charge of Class B, Class C or Class D, created or arising after the commencement of=



الأراضي باطله ما لم يتم تسجيلها ضد مشتر الأرض بشرط أن يكون الشراء «مقابل المال أو قيمة المال». جادل الابن بأنه يجب استبعاد المشتريات بأقل قدر ممكن من الاعتبار. كما جادل بأن المادة ١٣ ف (٢) لا تحمي الشخص الذي يتصرف بسوء نية. رأت المحكمة أنه ليس من الاحتيال الاعتماد على الحقوق التي يمنحها القانون حتى لو كانت هذه الحقوق تمارس بسوء نية (٤٦).

وتاكيدا على موقف القضاء الانكليزي من كفاية الاعتبار تقرر المحاكم هناك وجوب أن يكون الاعتبار شيئاً ذا قيمة في نظر القانون - (توماس ضد توماس) (١٨٤٢) . وخالصة تلك القضية هو ان السيد توماس قال لزوجته قبل وفاته : إنه يتمنى ان يكون المنزل الذي يعيشون فيه لزوجته لبقية حياتها . ومع ذلك ، لم يكتب هذا العقد . بعد وفاته ، وافق منفذوه ، «بالنظر إلى هذا الوعد»، مع السيدة توماس على أنها ستدفع إيجارا سنويا مقابل السماح لهم بالعيش في المنزل. قررت المحكمة انه يجب أن يكون العقد ساري المفعول مدعوما بالاعتبار. أي أن المتعاقد يجب أن يعد بالقيام بشيء ما مقابل وعد الطرف الآخر. وقيل إنه لا يوجد عقد لأن السيدة توماس ، لم تقدم الاعتبار الكافي، فمبلغ الإيجار الذي اعطته بموجب الاتفاق لا يعد إيجار تجاريا للعقار. جادلت السيدة توماس بأن وعدا بدفع الإيجار والحفاظ على المنزل في حالة إصلاح كان جيدا. قررت المحكمة انه لم يكن هناك عقد فبيان الطرفين لم ينشئ عقدا وانما فقط عبرا عن رغبتهم للدخول في الاتفاقية. ومع ذلك تم الاعتراف بمبلغ الإيجار على أنه اعتبار جيد (٤٧).

ثانيا - الاعتبار في أداء واجب قائم :

إن تحديد أداء واجب قائم وهل انه يعد اعتبار جيدا ام لا أمر صعب. ففي قضية Harley v Ponsonby (١٨٥٧) ١١٩ ER ١٤٧١ , QB هارتلي ضد بونسونبي [١٨٥٧] وخالصتها : ان المدعى عليه (بونسونبي) كان قبطاناً. تعاقد البحارة على الخدمة على متن السفينة لمدة أقصاها ثلاث سنوات إلى أي موانئ مطلوبة حتى عودتها إلى المملكة المتحدة. أثناء وجودهم في البحر هجر ١٧ من إجمالي ٣٧ من أفراد الطاقم، الامر الذي عرض السفينة للخطر. وعد القبطان الطاقم المتبقي من اجل اقتاعهم بتسيير السفينة بأجور إضافية. وعندما عادت السفينة إلى المملكة المتحدة، رفض أن يدفع لهم تلك الاجور الاضافية. فتمت اقامة الدعوى للمطالبة بالاجور المتفق عليها. افاد المدعى عليه بأن البحارة لم يقدموا أي مقابل، وبالتالي فإن العقد باطل. وادعى أن البحارة كانوا

=this Act, shall (except as hereinafter provided) be void as against a purchaser of the land charged therewith, or of any interest in such land, unless the land charge is registered in the appropriate register before the completion of the purchase:Provided that, as respects a land charge of Class D and an estate contract created or entered into after the commencement of this Act, this subsection only applies in favour of a purchaser of a legal estate for money or money's worth.

(46) "Midland Bank Trust Co Ltd v Green (No. 1)," www.lawteacher.net, accessed December ,7 2021, https://www.lawteacher.net/cases/midland-bank-trust-v-green1-.php.

تاريخ الزيارة ٧ - ١٢ - ٢٠٢١

(47) "Thomas v Thomas - 1842," Lawteacher.net, 2018, https://www.lawteacher.net/cases/thomas-v-thomas.php.

تاريخ الزيارة - ٣٠ - ١١ - ٢٠٢١

يفعلون فقط ما كانوا ملزمين به بالفعل بموجب بنود السفينة التي وقعوا عليها، واحتج بقضية هاريس ضد واتسون (١٧٩١) (٤٨). حيث تم التأكيد على أن القبطان لا يدين بأجور إضافية في مثل هذه الحالة.

القرار : قال اللورد كامبل سي جيه إن قضية هاريس ضد ويستون كانت هناك حالة طارئة، اما بصدد هذه الحالة لم تكن هناك حالة طارئة. اذ كانت السفينة في الميناء وكانت غير صالحة للإبحار بسبب نقص عدد أفراد الطاقم الكافي. لذلك كان من حق المدعي رفض الإبحار. وبالتالي من خلال الموافقة على القيام بالعمل، قدم المدعي اعتباراً جديداً. لذلك كان العقد ساري المفعول (٤٩).

أيضا في قضية Glasbrook Bros V Glamorgan County Council (١٩٢٥) AC ٢٧٠ - :

خلال إضراب على منجم للفحم، طلب مدير المنجم حماية إضافية من الشرطة للمنجم، وطلب من ضباط الشرطة التمرکز في المبنى. قدم مدير الشرطة ضباطاً متنقلين لكنه رفض وضع المزيد من الضباط في المنجم ما لم يدفع المدير مبلغاً إضافياً لتغطية النفقات. وافق المدير على ذلك لكنه رفض الدفع لاحقاً.

اعتبر مجلس اللوردات أنه يحق للشرطة الحصول على أجر إضافي. فالاصل ان الشرطة يقع على عاتقها مسؤولية حماية الارواح والممتلكات دون أن دفع اجور اضافية، فالحفاظ على السلام ومنع الجريمة هو واجب الشرطة الاساسي، غير ان امر توفير ضباط متمركزين في منجم الفحم، يتعدى واجب الشرطة العام. مما يعني ان الشرطة قدموا بذلك اعتباراً جيداً. لذلك كان العقد واجب النفاذ مما يجيز للشرطة اخذ المبلغ الاضافي (٥٠).

ثالثاً - يجب ألا يكون الاعتبار في الماضي :

ومعنى انه يجب ان يكون الاعتبار في الماضي هو انه قد تم تحديده مسبقاً

(٤٨) Harris v Watson - هاريس ضد واتسون ١٧٩١ : كانت هذه القضية تتعلق بأجور البحارة، اذ كان المدعي بحارا على متن السفينة ألكسندر the ship Alexander وكان المدعى عليه قائد تلك السفينة. كانت السفينة في رحلة إلى لشبونة، بالنظر إلى أن المدعي سيؤدي بعض العمل الإضافي في الإبحار في السفينة، وعد بأن يدفع للمدعي خمس جنيهات بالإضافة إلى أجره المشترك. أثبت المدعي أن السفينة كانت في خطر وأن القائد بهدف حث البحارة على بذل جهودهم قدم الوعد المذكور في الإعلان. ولم يكن العقد المتعلق بدفع أجور إضافية مقابل عمل إضافي في ظل ظروف ملحة قابلاً للإنفاذ لأسباب تتعلق بالسياسة العامة. فإذا كان مثل هذا الاتفاق قابلاً للتنفيذ فإنه سيكون البحارة من التصرف بشكل انتهازي أثناء وجودهم في البحر. وإذا كان هذا الإجراء مدعوماً، فسيؤثر ذلك مادياً على الملاحة في هذه المملكة. اذا المتفق عليه والمعمول به منذ فترة طويلة، هو أنه عندما يتم فقدان الشحنة، يتم فقدان الأجر أيضاً. وقد تأسست هذه القاعدة على مبدأ السياسة، لأنه إذا كان البحارة في جميع الأحداث لديهم أجورهم، وفي أوقات الخطر يحق لهم الإصرار على رسوم إضافية على مثل هذا الوعد، سيعانون في كثير من الحالات من غرق سفينة، ما لم يدفع القبطان أي طلب باهظ قد يعتقدون أنه مناسب للقيام به.

"Harris v Watson," Wikipedia, January 2018 ,25, https://en.wikipedia.org/wiki/Harris_v_Watson.

تاريخ الزيارة - ٧ - ١٢ - ٢٠٢١

(49) "Hartley v Ponsonby - (1857)," Lawteacher.net, 2020, <https://www.lawteacher.net/cases/hartley-v-ponsonby.php>.

تاريخ الزيارة - ٧ - ١٢ - ٢٠٢١

(50) "Glasbrook v Glamorgan CC 1925," www.lawteacher.net, n.d., <https://www.lawteacher.net/cases/glasbrook-v-glamorgan.php>.

تاريخ الزيارة - ٧ - ١٢ - ٢٠٢١



وعند ابرام العقد وقبل قيام الاطراف الاخر بتنفيذ التزامه, ومع ذلك قد نجد الاعتبار في
المستقبل ومثالها قضية : [١٦١٥] Lampleigh v Braithwaite [١٧٧٠] KB ewhc
Case summary

وخلاصة هذه القضية ان المدعى عليه Braithwaite كان متهما بقتل رجل,
فطلب من المدعي Lampleigh تأمين عفو له من الملك. قضى المدعي عدة أيام في
سبيل الحصول على تأمين العفو, فبذل جهده بركوب الخيل والسفر على نفقته الخاصة
في جميع أنحاء البلاد إلى حيث كان الملك والعودة مرة أخرى. وبعد ذلك وعده المدعي
عليه بدفع مبلغ ١٠٠ جنيه إسترليني كامتتان. لكنه فشل في وقت لاحق بدفع المال, فأقام
Lampleigh الدعوى ضد Braithwaite . واحتج المدعى عليه بأن المدعي تصرف
قبل أن يقدم المدعى عليه أي وعد بالدفع. لذلك لم يقدم سوى الاعتبار السابق لوعده
معين في المستقبل. ونظرت المحكمة فيما إذا كان هذا الاعتبار السابق كافيا لإنشاء
عقد صالح.

القرار : وجدت المحكمة ان المدعي قد أعطى الوعد بالفعل بعد أن تصرف
المدعي. غير أن المدعي تصرف بناء على طلب مقدم من المدعى عليه. ورأت المحكمة
أن الطلب الأصلي المقدم من المدعى عليه يتضمن وعدا ضمنيا بدفع المدعي مقابل
جهوده. وبناء على ذلك قررت المحكمة أنه إذا قام (أ) بشيء من أجل (ب) بناء
على طلبه وبعد ذلك وعد (ب) بدفع مقابل ل (أ) فإن هذا الوعد يعتبر جيدا. فالوعد
اللاحق جزءا من المعاملة الواحدة نفسها، ومن ثم كان قابلا للإنفاذ^(٥١).

(51) "Lampleigh v Braithwaite," www.lawteacher.net, accessed November 2021, 30, https://www.lawteacher.net/cases/lampleigh-v-braithwaite.php.

الخاتمة :

نتناول الخاتمة من خلال نقطتين, تتمثل النقطة الاولى بأهم النتائج التي توصلنا لها خلال البحث, اما النقطة الثانية فتتمثل بالتوصيات :

اولا - اهم النتائج :

١. لا يمكن للشخص ان يكون دائئا بموجب القانون الانكليزي الا اذا قدم مقابلا, وهذا المقابل هو الاعتبار في العقد, والاعتبار في القانون الانكليزي يعد ركنا من اركان العقد .
٢. ان المعنى المتقدم لكلمة الاعتبار Consideration لو اخذت بمعزل عن اصلها التاريخي ومعناها الفني الدقيق, او استخدمت في غير الاطار الذي وضعت له في القانون الانكليزي, لما كان بالامكان فهمها على هذا النحو,
٣. وينبغي على ما تقدم ان كلمة الاعتبار اذا وردت في سياق العقد لدينا, فان المقصود بها تلك العقود التي تعدد بالاعتبار الشخصي, وذلك لما يملكه الشخص من كفاءة في مجال اختصاصه, تدفع الاخرين الى التعاقد معه.
٤. كما يراد من كلمة الاعتبار في بعض معانيها (المقابل) . وهذا المعنى لدينا انما يراد به ذلك الاداء الذي يقع على عاتق الطرف الاخر, ففي عقود المعاوضة مثلا هناك التزام او اداء يقع على عاتق كلا طرفي العقد, مما يجعل من الطرفين دائن ومدين بنفس الوقت,
٥. ان المقابل في القانون الانكليزي لا يراد به ذات المعنى الوارد في القانون المدني العراقي او المصري او الفرنسي, وانما حصر هذه الكلمة في معناها الفني الدقيق يقتضي منا القول : ان هناك العديد من الاعتبارات والاسباب التاريخية التي اسهمت في تكوين الاعتبار وتطوره على النحو المفهوم لكلمة الاعتبار في العقد في القانون الانكليزي.
٦. ان العقد في القانون الانكليزي اما عقدا شكليا او عقدا بسيطا اي رضائيا, والحاجة الى الاعتبار لا تكون الا في العقود البسيطة اي الرضائية, فالشكلية اذا توفرت في العقد فهي تعني ان هناك قوة تجعل من العقد قابلا للتنفيذ, فاذا انعدمت تلك الشكلية فاننا سنكون في هذه الحالة امام عقد لا يمكن الزام طرفيه بتنفيذه,
٧. جاءت فكرة الاعتبار لتجعل من العقد البسيط قابلا للتنفيذ, فهي بمثابة العهد الذي كان يقطع طرفا العقد او العهد كما كان يسمى قديما, وعادة ما يأخذ هذا العهد شكل القران الممزوج بالمفهوم الديني, ليكون فيه نوع من التأكيد على وفاء كلا الطرفين بالتزاماتهما, ومع الزمن اختفت فكرة العهد او القران, لتبقى منها تلك الصورة المخففة, المتمثلة بتقديم الدائن منفعة, او تحمله جزء من الضرر لأجل ان يكون دائئا .

ثانيا - التوصيات :

ان اهم ما نوصي به هو الأخذ بما يأخذ به القضاء الانكليزي من خلال اعطاء القاضي سلطة اوسع مما هو عليه الحال في القانون المدني العراقي, فالقضاء لدينا يقتصر دوره على الحكم بموجب النص التشريعي, ولا يعطي للقاضي سلطة الاجتهاد الا في حالات محدودة جدا, في حين نجد القضاء الانكليزي له سلطة واسعة بهذا الشأن, فلا يكتفي بتطبيق النص وانما بإمكان القاضي الانكليزي ان ينشئ القاعدة القانونية .

المواجهة الجنائية لجريمة سرقة الاثار
(دراسة مقارنة)

**THE CRIMINAL CONFRONTATION OF THE CRIME
OF ANTIQUITIES THEFT
- A COMPARATIVE STUDY -**

م. م. مروان حسين احمد
جامعة كركوك - كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

تتمتع الآثار بقيمة تاريخية متميزة في حياة أي شعب وبلد من بلدان العالم فالآثار في كل امة هو عنوان مجدها وأساس المنبع التاريخي لهوية الشعوب وهو أداة التعبير عن الرصانة والحضارة الفكرية والعملية التي وصلت إليها في تلك الفترة . فالمحافظة على الآثار أمر في غاية الأهمية للمحافظة على التاريخ ونقل وقائعه بصورة صحيحة وصادقة وتكمن قيمتها وأهميتها كتراث إنساني وكحلقة من حلقات التطور الثقافي والحضاري , وان ضياع أي اثر أو فقدته يشكل خسارة كبرى لا تعوض للدولة صاحبة الأثر فحسب بل للإنسانية جمعاء .

ومن أجل الحفاظ على الآثار في العراق باعتبارها موروثاً ثقافياً وعلمياً يمثل الهوية الحضارية للشعب، فقد ذهب المشرع العراقي إلى توفير الحماية الجنائية للآثار والتراث في عدة قوانين سعياً منه في مواكبة التطور القانوني لهذه الأموال المنقولة والغير منقولة والحفاظ عليها وتطويرها ومنع التجاوز عليها أو تخريبها كي تبقى معالمها شاخصة أمام أنظار الناس تحكي دور الإنسان العراقي المتميز في وضع اللبنة الأولى لبناء الحضارة الإنسانية منذ نشأتها .

ومن هذه القوانين «قانون الآثار والتراث رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢» ورغبة منه أيضاً الإحاطة بالحماية لهذه الحقوق نص المشرع على مجموعة من العقوبات تطبق على مجموعة من الجرائم التي تقع من الغير على الآثار والتراث.

وتبرز أهمية الموضوع من حيث كثرة الآثار والتراث التي نهبت وسرقت وأتلفت وضاعت من بلدنا العزيز بلد الحضارات فكان لابد لنا من معالجتها بإطار قانوني دقيق ليتسنى للمجتمع ولأصحاب الاختصاص معالجتها ومكافحة الجرائم بصورة قانونية صحيحة.

وتتعدد صور الاعتداء الواقعة على الآثار في القانون العراقي والقانون المقارن وسنتناول الدراسة في ثلاثة مباحث يخصص الأول لمفهوم الآثار والثاني لجريمة سرقة الآثار والثالث لآثار الحماية الجنائية (العقوبة) .

Abstract

Enjoys effects and material heritage value historical distinct in the life of any people and country of the world footprints and heritage in every nation is the title of glory and the basis of the upstream historic peoples' identity, a tool of expression for sobriety and civilization intellectual and practical reached in that period. Maintaining the effect is very important to preserve the history and the transfer of its proceedings are true and correct and is worth and importance as human heritage and as a link of episodes cultural and civilizational development. And the loss of any trace or

lose a great loss not compensate for the State sponsoring impact, but for all mankind. In order to preserve the monuments and heritage in Iraq as inherited culturally and scientifically represents the cultural identity of the people. He went Iraqi legislature to provide protection criminal of Antiquities and Heritage in several laws in an effort to keep pace with the evolving legal status of these movable and immovable and preservation, development and prevent overtaking them or sabotage to remain landmarks heralded before the eyes of the people tells the role of the Iraqi man outstanding in the development of the first brick to build a civilization humanity since its inception. Among these laws Law of Antiquities and Heritage No. 55 of 2002 and the desire to also take the protection of these rights legislator text on a range of sanctions applied to a range of offenses that fall from a third party on Antiquities and Heritage.

And highlight the importance of the subject in terms of the large number of monuments and heritage looted and stolen and damaged and lost of our dear country civilizations was, we must address them a precise legal framework to enable the community and specialists processed and combating crimes legally correct.

And exceed images located on the assault of Antiquities and Heritage in Iraqi law and comparative law and we will study in the first three sections devoted to the concept of effects and the second theft and third sparked criminal protection (punishment).

مقدمة

تمثل الآثار موروثاً ثقافياً وعلمياً يمثل الهوية الحضارية للشعوب وذات صلة مباشرة في نشوء حضاراتها وارتقائها عبر العصور ودورها الفاعل في مد الحضارة الانسانية بأولى مقوماتها الاساسية , مما أقتضى تسجيل هذه الآثار وحمايتها وصيانتها ومنع التجاوز عليها أو تخريبها كي تبقى معالم شاخصة أمام أنظار الناس تحكي دور الانسان القديم في وضع اللبنة الأولى في بناء الحضارة الانسانية منذ نشأتها .

ويعد العراق من أكثر الدول التي تمتاز بكثرة المواقع الاثرية وتنوع الآثار وقدمها و اختلاف العصور التاريخية التي تعود إليها , إذ تعد الآثار من أهم العناصر الاساسية للحضارة الانسانية والثقافة الوطنية, ومصدراً أساسياً لكتابة التاريخ الثقافي والاجتماعي والاقتصادي للمجتمعات القديمة .

أولاً: أهمية البحث

تتمثل أهمية الموضوع بكون الآثار من أهم العناصر الاساسية للحضارة الانسانية والثقافية الوطنية فالآثار أتمثل الرصيد الدائم من التجارب والخبرات والمواقف التي «تعطي الانسان» والمجتمع القدرة على أن يواجه الحاضر ويتصور المستقبل بوصفها من أهم مكونات الذاكرة البشرية .

ولكثرة «الهجمات التخريبية» التي تعرضت لها الآثار العراقية والتي امتدت عبر حقبة زمنية- امتدت من بداية العصر العباسي ومروراً بالانتداب البريطاني ومروراً «بحرب الخليج عام ١٩٩١ وكان اخرها الاحتلال الامريكي وسقوط النظام في العراق عام ٢٠٠٣ وما أعقبها من اعمال السلب والنهب والتخريب ومروراً بعام ٢٠١٤ والهجمات الارهابية التي شنتها عصابات داعش الارهابي .

ثانياً: أشكالية البحث

تعدد النصوص التي عالجت سرقة الاموال العامة .

وجود جماعات دينية تشرعن تخريب واثلاف الآثار وسرقتها كونها تعدها من قبيل الاشراك وعبادة الاوثان .

بيان مدى كفاية النصوص القانونية الواردة في قانون الآثار والتراث العراقي رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ وقانون العقوبات العراقي رقم ١١١١ لسنة ١٩١٦٩ وقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل في توفير المواجهة الجنائية الجريمة سرقة الآثار .

ثالثاً: نطاق الدراسة

سوف يقتصر نطاق بحثنا في دراسة ماهية الاجراءات و العقوبات المقررة لجريمة سرقة الآثار وفقاً لنصوص «قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩» و «قانون

اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل «و» قانون الاثار والتراث العراقي رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٢ « وغيرها من القوانين المقارنة (القانون الأردني والقانون المصري).

رابعاً: منهجية البحث

من أجل تحقيق الهدف المقصود من الدراسة سنعتمد على المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية في قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون الاثار والتراث رقم ٥٠٥ لسنة ٢٠٠٢ , والقوانين المقارنة كالأردني والمصري .

المبحث الاول مفهوم الآثار

ان معالجة المفهوم القانوني لجريمة سرقة الآثار يقتضي تعريف الآثار لانه امر هام لمعرفة طبيعتها عليه فسننظر الى مفهوم الآثار من خلال اللغة ومن بعدها تعريفها في القانون وهذا ما سنتناوله في مطلبين مستقلين .

المطلب الاول: تعريف الآثار لغةً واصطلاحاً

تنوعت تعريف الآثار لدى علماء اللغة ولدى فقهاء القانون وفي القوانين المختلفة إذ يترتب على تعريفها , وخاصة التعريف القانوني العديد من النتائج القانونية وسيتم استعراض ذلك من خلال الفروع التالية :

الفرع الاول: الآثار لغةً وفقها

تعرف الآثار عند علماء اللغة وفي الاصطلاح الفقهي كما يلي:-
أولاً:- تعريف الآثار لغةً:

الأثر (بالتحريك) في اللغة: هو ما بقي من رسم الشيء والجمع: آثار (١) والآثار (عالم الآثار) هو العالم المتخصص في معرفة القديم من تاريخ الحضارات الإنسانية, أما علم الآثار (الاركيولوجيا) فهو مصطلح إغريقي الأصل ومعناه معرفة القديم أو معرفة الوثائق القديمة, وهو ما اقره مجمع اللغة العربية في القاهرة (٢). وقد مر ذكر الآثار في القرآن الكريم في آيات عديدة منها:

قوله تعالى: (إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتَى وَنَكْتُبُ مَا قَدَّمُوا وَآثَرَهُمْ وَكُلَّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ) (٣) وقوله تعالى: (قَالَ ذَلِكَ مَا كُنَّا نَبْغُ فَازْتَدَا عَلَى آثَارِهِمَا قَصَصاً) (٤) وقوله تعالى: (أَوْلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَيَنْظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ كَانُوا مِنْ قَبْلِهِمْ كَانُوا هُمْ أَشَدَّ مِنْهُمْ قُوَّةً وَآثَارًا فِي الْأَرْضِ فَأَخَذَهُمُ اللَّهُ بِذُنُوبِهِمْ وَمَا كَانَ لَهُمْ مِنَ اللَّهِ مِنْ وَاقٍ) (٥).

الفرع الثاني: المفهوم الاصطلاحي للآثار

تنوعت التعريفات المتعلقة بالآثار إذ حظيت باهتمام كبير على الصعيدين الفقهي والتشريعي فضلاً عن : القضائي وسنبحث في هذا الفرع اولاً المفهوم التشريعي , أما ثانياً فنخصصه للمفهوم القضائي , وبثالث والأخير سيكون لما أدلى به الفقهاء من طروحات لأجلاء غموض هذه المفردة وعلى النحو الآتي :

(١) ينظر بالتفصيل (مختار الصحاح) تقديم عبد الله العليلي و آخرين -دار الحضارة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٧٤ ص ٧-٨. وكذلك (الوسيط) المكتبة الإسلامية، إبراهيم مصطفى و آخرين ج ١ - اسطنبول ٢٠٠٠، ص ٥ وكذلك (لسان العرب) لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري- دار بيروت للطباعة المجلد الرابع بيروت، ١٩٥٥ ص ٥.

(٢) مجموعة المصطلحات العلمية والفنية التي اقرها المجمع -القاهرة- الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ١٩٦٦ المجلد السابع ص ٢١.

(٣) سورة يس، الآية ١٢.

(٤) سورة الكهف، الآية ٦٤.

(٥) سورة غافر، الآية ٢١.

أولاً : المفهوم التشريعي للآثار :

لقد احتلت الآثار مكانة مرموقة في القوانين والتشريعات سواء الدولية منها كالمواثيق والمعاهدات او الوطنية منها، فعلى الصعيد الدولي عرفت اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة المنازعات المسلح المنعقد بتاريخ (١٤/ايار/١٩٥٤) الممتلكات الثقافية - التي تعد مرادفة لمفردة الآثار - بأنها « الممتلكات المنقولة او الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية او الفنية او التاريخية أو الديني منها، والأماكن الأثرية ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية او فنية والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية والتاريخية والأثرية وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمخطوطات والمنسوخات والممتلكات السابق ذكرها »^(١) وعرفت معظم القوانين المتعلقة بتنظيم وحماية الآثار مفهومها القانوني فقد عرفها المشرع العراقي في قانون الآثار والتراث الجديد^(٢) بان الآثار هي. « الاموال المنقولة وغير المنقولة التي بناهاها او صنعها او بنحتها او كتبها او رسمها او صورها الانسان ولا يقل عمرها عن (٢٠٠) مئتي سنة، وكذلك الهياكل البشرية والحيوانية والنباتية» .

عليه ووفقا لهذا التعريف فإن كل العقارات التي بنيت قبل مئتي عام وكذلك المنقولات التي ما زالت موجودة منذ تلك المدة تعتبر وفقا لهذا النص اثر من الآثار . وينتقد المشرع على نصه على ان يكون عمر الاثر والتراث اكثر من مئتي سنة وكان الأجدر به ان ينص على ان تكون المدة (١٠٠ عام) خصوصا في بلد مثل العراق لكثرة اثاره ولعراقة حضارته والديانات الموجودة به والتي يمكن ان تعتبر من الآثار ولم تمر عليها المدة المنصوص عليها في القانون بسبب قيمتها المعنوية لدى اصحابها .

في حين عرفها المشرع الاردني بأنها «[أ ي شيء منقول او غير منقول انشأه او صنعه او خطه او نقشه او بناه او اكتشفه او عدله انسان قبل سنة (١٧,٥٠ م) بما في ذلك المغاور والمنحوتات والمسكوكات والفخاريات والمخطوطات وسائر انواع المصنوعات التي تدل على نشأة وتطور العلوم والفنون والصنائع والديانات والتقاليد الخاصة بالحضارات السابقة او اي جزء اضيف الى ذلك الشيء او اعيد بناؤه بعد ذلك التاريخ وكذلك البقايا البشرية والحيوانية والنباتية التي يرجع تاريخها الى ما قبل ستمائة سنة ميلادية]»^(٣) , ونلاحظ من هذا النص مدى توسع المشرع الاردني في تحديد المفهوم القانوني للآثار .

أما المشرع المصري فقد عرف الآثار بأنه « يعتبر اثر كل عقار او منقول أنتجته الحضارات المختلفة او احدثته الفنون والعلوم و الآداب والاديان من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام متى كانت له قيمة اثرية او تاريخية باعتباره مظهرا من ماهر الحضارات المختلفة التي قامت على ارض مصر او

(٦) الفقرة (أ) من المادة (١) من الاتفاقية المذكورة .

(٧) المادة (٤) سابقاً من قانون الآثار والتراث العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ .

(٨) المادة (٢) سابقاً من قانون الآثار الاردني رقم ٢١ لسنة ١٩٨٨ .

كانت لها صلة تاريخية بها , وكذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها»^(٩). اما على الصعيد الدولي فقد عرفت الآثار بأنها « الأعمال المعمارية واعمال النحت والتصوير على المباني والعناصر او التكوين ذات الصفة الاثرية , والنقوش والكهوف ومجموعات المعالم التي لها جميعا قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ او الفن او العلم»^(١٠).

وكذلك اعتبرت الآثار جزء من الممتلكات الثقافية على الصعيد الدولي, وعرفت بانها «الممتلكات المنقولة او الثابتة ذات الاهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعماري او الفنية منها او التاريخية , الديني منها او الديوي , والاماكن الاثرية ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية او أفنية والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والاشياء الاخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والاثرية وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوزات ومنسوخات الممتلكات»^(١١).

اذن ومن خلال التعاريف القانونية المذكورة أنفأ سواء اكانت التعاريف الواردة في التشريع الداخلي ام التشريع الدولي فأننا نلاحظ اتجاه المشرع التوسع في مفهوم الآثار بشرط ان تتوفر فيها شرطين اساسيا هما العمر الزمني لها وهذا ما بين مائة عام وثلاث مائة عام والشرط الثاني هو قيمة هذا الاثر بان يكون له قيمة تاريخية او دينية او ادبية او فنية او ثقافية تستوجب المحافظة عليه ونسترعي الانتباه اليه سواء اكان عقارا او منقولاً.

ثانياً المفهوم القضائي للآثار :

أنفرد القضاء المصري بتعريف الأثر , إذ أكد على أنه « الارض التي أعتبرت بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة على العمل بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ والتي يصدر باعتبارها أثر قرار من رئيس مجلس الوزراء - يدخل في حكم هذه الارض الواقعة داخل خطوط تجميل الآثار او الواقعة في المنافع العامة للآثار - أثر ذلك يحظر على الغير فيها جميعاً , إقامة منشآت او شق قنوات او إعداد طرق او الزراعة او أي عمل يترتب عليه تغيير في معالم هذه المواقع الا بترخيص من الهيئة وتحت اشرافها - خضوع الارضي المتأخمة للمناطق الأثرية والمأهولة لمسافة ثلاثة كيلو مترات للقيود الواردة بقانون حماية الآثار , دونما حجة الى قرار يصدر بذلك بالنسبة للمساحة التي تحدها الهيئة في المناطق غير المؤهولة»^(١٢).

ثالثاً: المفهوم الفقهي للآثار :

يعرف الفقه القانوني الآثار بشكل عام بأنها : كل منشأ له قيمة معمارية وتاريخية خاصة وعمره أكثر من مئة عام , ومعنى ذلك أنه بمرور الزمن تدخل أعداد كبيرة من

(٩) المادة (١) من قانون حماية الآثار المصري رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ .

(١٠) المادة (١) من اتفاقية حماية التراث العالمي والثقافي الطبيعي لسنة ١٩٧٢.

(١١) المادة (١,أ) من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح لسنة ١٩٥٤ .

(١٢) طعن رقم (٤٤٦) لسنة ٤٥ ق. ع - جلسة ٢٠/١٢/٢٠٠٠ , أحكام محكمة النقض المصرية .

المباني ضمن دائرة الآثار او المباني الأثرية.^(١٣) والآثار هي كل ما تركه الإنسان القديم من أدوات خلفها أو كهوف ، أو قصور عاش فيها ، أو معابد تعبد فيها ، أو حلي ، أو قلائد تزين بها ، أو نذور تقرب بها ، أو كتابات ، أو أسلحة أستخدمها ، أو رسوم وفنون خلدها.^(١٤) والآثار هي كل ما خلفه الانسان من مواد ملموسة من صنع يده من الماضي منذ أن خلق الله آدم عليه السلام ، وهذه الآثار قد تكون ثابتة مثل المساكن والحصون والمعابد والسدود وقد تكون متحركة او منقولة مثل الأواني الفخارية والحجرية والزجاجية.^(١٥) ويرى الباحث ان كافة التعاريف السابقة متماثلة ، لجهة اشتراطها أن يكون الشيء من صنع الإنسان وأن يمر عليه مدة محددة من الزمن وأن يتمتع بأهمية تاريخية محددة ، ويأخذ عليها أنها وصفية تقوم على وصف حالة الأشياء التي تعد أثرية ، وكذلك أقتصرت على أنتجه الإنسان ، في حين أن الآثار يمكن أن تكون من صنع الطبيعة نتيجة العوامل المناخية والتحويلات البيئية المختلفة ويمكن أن تكون مشتركة بين الطبيعة والانسان .

رابعا: التعريف بالآثار في المواثيق والاتفاقيات الدولية

١- تعريف الاتفاقيات الدولية

عرفت اتفاقية التراث العالمي الثقافي والطبيعي لعام ١٩٧٢ في المادة الاولى على أن « يعني التراث الثقافي لأغراض هذه الاتفاقية : الآثار : الاعمال المعمارية ، وأعمال النحت والتصوير على المباني والعناصر او التكوينات التي لها الصفة الاثرية والنقوش والكهوف ومجموعات المعالم التي لها جميعا قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ او الفن او العلم . المجمعات : مجموعات المباني المنعزلة او المتصلة ، التي لها بسبب عمارتها ، او تناسقها او اندماجها في منظر طبيعي ، قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ او الفن او العلم .

المواقع : أعمال الانسان او الاعمال المشتركة بين الانسان والطبيعة ، وكذلك المناطق بما فيها المواقع الاثرية التي لها قيمة عالمية استثنائية من وجهة النظر التاريخية او الجمالية او الانثولوجية او الانثوبولوجية » أما اتفاقية حماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح (لاهاي) لعام ١٩٥٤ فقد عرفت هذه الاتفاقية الممتلكات الثقافية (الآثار) بأنها :

الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها او التاريخية ، الديني منها او المدني ، الأماكن الاثرية ، ومجموعة المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية والنحف الفنية والمخطوطات

(١٣) احمد حلمي أمين ، حماية الآثار والاعمال الفنية ، دار النشر والتدريب الأمني ، الرياض - المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٢ ، ص ١٢٦ .

(١٤) محمد أحمد قاسم - الاعلام الاثري ، بحث مقدم للندوة العلمية للآثار اليمنية المنعقدة في صنعاء ، ١٩٩٦ ، ص ١ .
(١٥) د. شوقي شعث ، المعالم التاريخية في الوطن العربي ووسائل حمايتها وصيانتها وترميمها ، بحث مقدم للمؤتمر السادس عشر للآثار والتراث الحضاري في الدول العربية ، تحت عنوان « الحفاظ على المواقع الأثرية والمعالم التاريخية وصيانتها ، منشورات المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، الكويت ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢ .

والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية أو الأثرية وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها.^(١٦)

المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة في الفقرة (١) كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابيء المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (١) في حالة نزاع مسلح »

٢- تعريف المؤتمرات الدولية

أقيمت العديد من المؤتمرات الدولية التي تناولت الآثار من الناحية القانونية , ومن أبرز هذه المؤتمرات مؤتمر دلهي الجديدة الذي عقد في عام ١٩٥٦ الذي عرفت الاموال الثقافية بأنها : كل أثر ثابت او منقول يكون في المحافظة عليه فائدة عامة من حيث التاريخ او الفن » .

وفي عام ١٩٨٠ انعقد مؤتمر اليونسكو وأنتهى الى تعريف الممتلكات الثقافية بأنها « تلك التي تكون تعبيراً عن الابداع البشري او عن تطور الطبيعة والتي تكون لها قيمة او اهمية أثرية او تاريخية او فنية او علمية او تقنية » .

المطلب الثاني: تمييز الآثار عما يشابهها

سنقوم في هذا المطلب بتمييز الآثار عما يشتهه بها من خلالها, سنخصص الفرع الأول لتمييز الآثار عن الكنوز في حين سيكون الفرع الثاني لتمييز الآثار عن الثروات الطبيعية و الأخير سيكون مكرسا لتمييز الآثار عن الأشياء المتروكة والضائعة .

الفرع الأول: تمييز الآثار عن الكنوز

الكنز هو كل ما يوجد في باطن الأرض مما أودعه الإنسان نقودا كان أم سبائك ولا يعد جزء من الأرض التي دفن فيها^(١٧) وقد عرفه القانون المدني العراقي على إنه «الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع إن يثبت ملكيته , يكون لمالك العقار إن كانت الأرض مملوكة له و للدولة إن كانت الأرض أميرية و لجهة الوقف إن كانت الجهة موقوفة وقفا صحيحا»^(١٨) فملكية الكنز تذهب في القانون المدني العراقي لمالك العقار إذا كانت الأرض مملوكة و للدولة إن كانت الأرض أميرية و لجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وقفا صحيحا و يلاحظ إن القانون المدني المصري جعل لمالك الأرض ملكية الكنز المدفون الذي لا يستطيع احد إن يثبت ملكيته له, غير انه جعل لمن يعثر على الكنز بمجرد الصدفة في ارض مملوكة لغيره نصفه و نصفه الأخر إلى صاحب العقار و إذا كانت الأرض موقوفة فيكون الكنز ملكا خاصا للواقف أو الورثة^(١٩).

وبناء على ما سبق فإذا كانت القوانين اعترفت بالملكية الخاصة للكنز تكون

(١٦) عرفت المادة الثالثة والخمسون من البروتوكول الاول لاتفاقية لاهاي والمادة السادسة عشر من البروتوكول الثاني لها والصادرين في عام ١٩٧٧ الممتلكات الثقافية بأنها « الآثار التاريخية والاعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب»

(١٧) علي الخفيف , الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية . معهد البحوث و الدراسات العربية , الطبعة الأولى , ١٩٦٦ , ص ٤٩ .

(١٨) انظر مادة ١١٠١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١

(١٩) انظر المادة ٨٧٢ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

لمكتشف سواء شملت الملكية كل الكنز أو نسبة كبيرة منه. فإن القوانين ذهبت إلى إن الآثار تعد من الأملاك العامة فالقانون المصري اعتبر جميع الآثار من الأموال العامة عدا ما كان وقفاً^(٢٠)، وكذلك سار على هذا النهج قانون الآثار و التراث العراقي حيث نصت المادة ٣٥ أولاً منه على انه « تكون الآثار المكتشفة أثناء التنقيب من الأموال العامة...»^(٢١).

و يتشابه كل من الآثار و الكنوز في إنهما لا يمكن إن تنطبق عليهما قواعد الاستيلاء , و يشتركان في إنهما من صنع الإبداع الإنساني كالسيوف أو الدروع... الخ, فهي بذلك تتشابه مع الآثار في هذه النقطة تكون الآثار هي أيضا من صنع النتاج البشري و إبداعه , أما الاختلاف بين الكنوز و الآثار , فإن الآثار و الكنوز لكل واحد منهما قيمة مادية عالية , فإن للآثار فوق ذلك شيء من طبيعة خاصة , فهي نتاج الحضارات المتعاقبة التي توالى على البلد أو الحضارات الأجنبية التي كان لها اتصال بهذا البلد و تقضي المصلحة الوطنية حفظها و صيانتها^(٢٢), على إن الشيء المهم الذي يميز الآثار عن الكنوز هو إن الآثار تخضع لفترة زمنية معينة يجب إن تمر عليها حتى تعتبر هذه الأشياء المادية آثار, فإذا لم تمر هذه المدة على هذا الشطي المدفون فانه يعد كنزا و يخضع لأحكام القانون المدني العراقي, وبالتالي فإن إحكام المادة (١١٠١) من القانون المدني العراقي تنطبق عليه^(٢٣).

كما إن الآثار تكون عقارا أو منقولاً على خلاف الكنز فإنه يكون دائماً أشياء منقولة, و كذلك يشترط في الكنز إن يكون مدفون في باطن الأرض أو مخبأ في مكان معين بعيد عن أنظار الناس ولا يشترط ذلك في الآثار.

الفرع الثاني: تمييز الآثار عن الثروات الطبيعية

تشمل الثروات الطبيعية الثروات المعدنية و المناظر الطبيعية والغابات ,لذا فالثروات الطبيعية من أهم الأسس التي تبنى عليها إمكانات الدولة, فهي عامل مهم في ديمومة و استمرارية حضارة إي دولة من دول العالم , فالثروات الطبيعية لها أهمية بالغة من جانبين :-

الجانب الأول :- الجانب الاقتصادي , يتمثل فيما تملكه الدولة من المعادن بأنواعها المختلفة كالحديد و النفط و الذهب ..الخ من المعادن تعد مصدر من مصادر الطاقة في إي دولة من الدول .

الجانب الثاني :- الجانب البيئي , فالأماكن الطبيعية من الجبال و الأهواز و الشلالات لها أهمية بارزة و اثر كبير في تصفية و تنقية الجو و الحفاظ على البيئة من التلوث .

(٢٠) المادة ٦ من قانون حماية الآثار المصري رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ .

(٢١) المادة ٣٥ أولاً من قانون الآثار و التراث رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ العراقي .

(٢٢) محمد عبد الرحيم عنبر , الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر و الدول العربية , ج١ , الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية , القاهرة , ١٩٧٢ , ص ١٥٦ .

(٢٣) د. صلاح الدين الناهي (الوجيز في الحقوق العينية الأصلية) شركة الطبع و النشر الأهلية , بغداد, ١٩٦٠-١٩٦١ ص ٢٤١ .

و تشترك كل من الآثار و الثروات الطبيعية بأن كليهما يعد من الأموال العامة للدولة التي لا يجوز الاستيلاء عليها أي إن الثروات الطبيعية تعد ملكيتها للشعب و للأمة , و هذا منصوص عليه في معظم دساتير دول العالم , ومنها دستور جمهورية العراق الحالي لسنة ٢٠٠٥ م النافذ في المادة ١١٨ منه .

وتتميز الآثار عن الثروات الطبيعية بكونها إنتاج الإبداع الإنساني و تظهر اليد الإنسانية بصورة واضحة في الآثار و هو ليس جزء من الأرض إي منفصل و متميزا عن الأرض بخلاف المعادن التي تكون خاما عند اكتشافها و تكون جزء من الأرض , و يبرز التساؤل الأتي : هل الكهوف و الجبال التي تحتوي على المعادن كالذهب و الفضة التي تعود إلى مئات آلاف من السنين تعد ثروة طبيعية أم اثر ؟ في الواقع إن المعيار الفاصل هنا بين الصنفين المذكورين من أحوالهم العامة و هو يتمثل بتدخل الإنسان , فإذا كانت يد الإنسان قد صاغت الذهب و الفضة أو رسمت صورا على جدران الكهف هنا نكون إمام اثار و ليس معادن و ينطبق عليها إحكام الآثار .

ولكن إذا وجدنا إن الإنسان لم يتدخل في صناعتها أو صياغتها إنما هي من صنع الخالق عز وجل فنكون هنا إمام ثروة طبيعية مهما كان عمرها التاريخي .

الفرع الثالث: تمييز الآثار عن الأشياء المتروكة

و يراد بالأشياء المتروكة: هي التي ليس لها أية قيمة مادية و التي تنازل عن ملكيتها أصحابها إي أنهم تركوها بإرادتهم لأي شخص يعثر عليها مثل الأدوات و الملابس القديمة^(٢٤).

إما عن اختلاف الآثار عن الأشياء المتروكة فإن الأخيرة تكون لأول من يعثر عليها مادام صاحبها تخلى عن ملكيتها , وبالتالي فإنها يمكن إن تكون محلا للاستيلاء فيحوزها أول من يستولي عليها , في حين إن الآثار لأتكون محلا للاستيلاء , إذ إن الآثار مملوكة بأصلها للدولة منذ اكتشافها فلو تم التصرف بالآثار من قبل المكتشف فإن تصرفه هذا يعد باطلا^(٢٥).

إن الآثار تختلف عن الأشياء المتروكة في كون إن الأخيرة تكون بدون فائدة أو ذات فائدة ذات محدودية جداً , في حين إن الآثار تكون ذات فوائد كثيرة منها إبراز الوجه الثقافي و الحضاري للبلاد و الكشف عن مدى التقدم الذي وصلت إليه شعوبها و تفسير إحداث الماضي من خلالها .

و أخيرا فإن الأشياء المتروكة تكون ذات قيمة مادية ضئيلة على العكس من الآثار فإنها تكون ذات قيمه مادية و فنية و علمية عالية.

(٢٤) عبد المنعم الصدة , الحقوق العينية الأصلية , دار النهضة العربية لطباعة , بيروت , ١٩٨٢ , ص ٢٩٥ .

(٢٥) صلاح الدين الناهي , المصدر السابق , ص ٢٤٣ .

الفرع الرابع: تمييز الآثار عن التراث

١. مصطلح التراث يستخدم في الواقع للتعبير عن الأشياء ذات الطابع الفني او العلمي او الفكري^(٢٦) لذا تلتقي الآثار والتراث في العديد من السمات أهمها :
٢. التراث والآثار يصوغان معاً هوية الجماعة وكلاهما يعطي بعداً للنتاج الانساني ذي القيمة والطابع الفني او الاداري او العلمي او التاريخي لذلك فهما متلازمان.^(٢٧)
٣. لا يطلقان إلا على القديم المتوارث بين الاجيال.^(٢٨)
٤. كلاهما يشمل العقار والمنقول .

ويفترقان في :-

ان التراث لا يخضع لفترة زمنية محددة وبالتالي لا يمكن حصره في النطاق الزمني, ولا يمكن ربطه بعمر معين , فهو يشمل كل ما هو قديم , وله قيمة من القيم الفنية أو الأدبية أو العلمية أو الاجتماعية أو التاريخية , بخلاف الآثار التي ترتبط بنطاق زمني محدد هو العمر الأثري.^(٢٩)

مفهوم التراث أوسع من مفهوم الآثار , لذلك فإنه يشمل الآثار مما يجعل الآثار جزءاً من التراث , وليس التراث كله , فالتراث , والآثار متباينان من جهة دون جهة وبالتالي فإن أي شيء أثري هو بالضرورة تراثي وليس كل تراثي أثري لان التراث اوسع من الآثار ويظهر ذلك جلياً في تعريف مجمع القانون الدولي للآثار في مؤتمر بال بتاريخ ١٩٩١/١١/٣ بأنها : « المال المنتمي للتراث الثقافي للدولة ».^(٣٠)

يصح تحويل التراث المادي الملموس الى آثار , ان كان هناك مصلحة عامة بذلك للدولة دون التقييد بالعمر الزمني.^(٣١)

المطلب الثالث: الشروط الواجب توفرها في الشيء الأثري

إن ما يترتب على اعتبار شيء من الأشياء اثرياً عدة أحكام تميزت بها الآثار عن الأشياء المشابهة لها لذلك يشترط توفر مجموعة من الشروط من اجل اعتبار شيئاً ما اثرياً و هذه الشروط تشمل الاتي :-

الشرط الأول:- إن تكون الأشياء مادية ملموسة إي إن تكون الأشياء المراد اعتبارها اثراً أشياء مادية , فإن علم الآثار هو علم يبحث في مخلفات الإنسان المادية التي خلفها في مواقع الآثار و يحلل تلك المواد التي تركها لكي يتمكن من خلالها التعرف على

(٢٦) أنس محمود الجبوري , دلشاد عبد الرحمن يوسف البريفكاني, جريمة سرقة الآثار والتراث دراسة تحليلية في ضوء أحكام قانون الآثار والتراث العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ , جامعة الموصل , مجلة الحقوق , العدد ٣٣ , ٢٠١١ , ص ٦ .

(٢٧) أمين احمد الحذيفي , الحماية الجنائية للآثار , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية القاهرة , ط ١ , ٢٠٠٧ , ص ١٥٣ .

(٢٨) القاضي ناصر عمران الموسوي , الحماية الجنائية للتراث في القانون العراقي , مقالة منشورة في موقع السلطة القضائية تم تسجيل الدخول بتاريخ ٢٦/٥/٢٠٢٠ .

(٢٩) م.معالي حميد الشمري , حماية الآثار والمصلحة المعتمدة من تجريم الاعتداء عليها , مجلة الفنون والاداب وعلوم الانسانيات والاجتماع , ع ٤٣٤ , العراق , ص ٩٥ .

(٣٠) وليد محمد رشيد ابراهيم , حماية الآثار وعناصر التراث في القانون الدولي الخاص , اطروحة دكتوراه , جامعة حلوان , كلية الحقوق , مصر , ٢٠٠٥ .

(٣١) احمد حلمي أمين , المصدر السابق , ص ١٢٨ .

طرق حياة الجماعات القديمة من الناحية الاجتماعية و الفنية و الصناعية و الاقتصادية و الدينية^(٣٢) وإن الآثار التي يختص بها القانون هي الآثار المادية الملموسة, أما غيرها من العناصر الغير مادية فإن قانون آخر هو الذي يحميها و ليس قانون الآثار .
و بناء على ما سبق فإن علم الآثار يختلف عن علم التاريخ, فإن علم التاريخ أكثر مواده أدبية في حين علم الآثار يبحث في المنظور الملموس من تراث العصور القديمة^(٣٣)

لذلك فان الآثار يجب إن يكون لها و ضع مادي ملموس فعليه ليس هناك مكان للعناصر غير المادية في إطار الأشياء الأثرية , لكن ما هو حكم المعلومات المستحصلة من عمليات التنقيب عن الآثار ؟ و كيف يستقيم هذا مع القول بان القوانين الاعترافية تعالج فقط العناصر المادية من الآثار ؟

إن قانون الآثار و التراث العراقي رقم « ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ » قد قام بمعالجة ذلك ضمن نصوصه حيث انه قرر في البند أولاً من المادة (٣٥) حكم جعل فيه المعلومات المستحصلة من عمليات التنقيب ضمن الأموال العامة^(٣٤)

إن المعلومات المستحصلة من عمليات التنقيب ليس لها وجه مادي ملموس مما أدى إلى عدم اعتبارها من الأشياء الأثرية و ذلك لان هذه المعلومات التي توصل إليها أثناء التنقيب هي ثمرة الجهود التي يقوم بها المنقبون .

لذا فان هذه المعلومات تعتبر حقوقاً معنوية يحميها قانون آخر فهي تعتبر ملكاً للمنقب الذي توصل إليها بجهوده و نشاطه .

ومن اجل ذلك فقد ذهب قانون الآثار المصري رقم « ١١٧ لسنة ١٩٨٣ » إلى حفظ حق البعثة التي تقوم بعمليات التنقيب عن الحفائر بالنشر العلمي لمدة «خمس سنوات» من تاريخ أول كشف اثري لها في الموقع الأثري, وبعدها يسقط حقها في الأسبقية بالنشر^(٣٥).

على خلاف قانون الآثار المصري اتخذ قانون الآثار العراقي رقم « ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ » موقفاً متشدداً لا مبرر له عندما قرر في «المادة ٣٥ -البند أولاً : «تكون الآثار المكتشفة من الآثار العامة و كذلك المعلومات المستحصلة من نتائج التنقيب بما في ذلك الصور و الخرائط و المخططات التي لا يجوز التصرف بها أو نشرها داخل العراق أو خارجه إلا بموافقة السلطة الاثارية التحريية».

إن موقف قانون الآثار العراقي رقم « ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ » يعرقل عملية جلب البعثات الأجنبية للتنقيب عن الآثار في داخل العراق , و هي التي تمتلك الخبرات العلمية و التنقيبية و الوسائل التقنية و الفنية المتطورة , هذا كله يدعو إلى أبداء بعض المرونة عند

(٣٢) صالح محمد محمود, حماية التراث الثقافي والطبيعي في المعاهدات الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة , ط١ , ١٩٩٩ , ص ٦ .

(٣٣) صالح محمد محمود, المصدر السابق , ص ٧ .

(٣٤) بشار جهم عجمي الفتلاوي , النظام القانوني للأموال الأثرية , رسالة ماجستير , مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق , جامعة النهدين , ٢٠٠٤ , ص ٢٧ .

(٣٥) د. معوض عبد التواب , الوسيط في شرح التشريعات الجنائية الخاصة , مؤسسة المعارف للطباعة والنشر , القاهرة , ١٩٨٤ , ص ٤٣٧ .

التعامل مع البعثات العلمية و لأجل الاستفادة منها، لذا كان موقف القانون المصري موقفاً حيث حفظ حق البعثة في النشر العلمي لمدة ٥ سنوات^(٣٦).

لذا يكون من الأفضل إلغاء نص البند أولاً من المادة ٣٥ من «قانون الآثار العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢»، ووضع بدله نص يخول البعثات في حق النشر العلمي لما تسفر عنه عمليات التقيب لمدة محدودة من الزمن و هذا كله من اجل جذب اكبر عدد من البعثات العلمية و التثقيفية و تشجيعها بما يكفل الاستفادة من خبراتها ، مما يتيح ذلك من فرصة لعدد اكبر من الناس لأجل التعرف على آثار الدولة و حضارتها و ذلك كله من دون التفريط بأي حق لا تقضيه المصلحة العامة.

الشرط الثاني:- إن يكون الأثر قد بلغ من العمر الفترة المحددة في القانون أو يكون تاريخه راجعا للفترة التي حددها القانون .

وأيضاً يقترن بهذه الصفة السابقة إن يكون الشيء ذا أهمية من الناحية الأثرية أو التاريخية أو الفنية أو العلمية الأجل إن يكتسب الصفة الأثرية و بالتالي اعتباره أثرياً . أن هذا الشرط ذو شقين متصلين لا يمكن فصلهما إذا ما أريد اعتبار شيء ما أثرياً:

فالشق الأول: يتمثل بالمدة الزمنية المطلوب توفرها بالشيء ، فبعض التشريعات الأثرية تشترط في الشيء لأجل اعتباره أثرياً ، هو إن يبلغ عمره عدداً من السنين فمنها من وضع مئتي (٢٠٠) عام كقانون الآثار العراقي رقم «٥٥ لسنة ٢٠٠٢»^(٣٧) . إما الشق الثاني: فإنه يتمثل بقيمة الشيء و أهميته من الناحية الأثرية أو الفنية أو التاريخية.

فإن هاتان الصفتان تظهران بوضوح في النصوص القانونية، فلو تمعنا في قانون الآثار العربي الذي عرف الأثر بأنه «أي شيء خلفته الحضارات أو تركته الأجيال السابقة مما يكشف عنه أو يعثر عليه»^(٣٨)

كذلك التعريف الوارد في الاتفاقية الدولية لحماية التراث العلمي و الثقافي و الطبيعي التي اقرها المؤتمر العام لليونسكو عام ١٩٧٢، إذ عرفت الآثار بأنها «الأعمال المعمارية و أعمال النحت والتصوير على المباني والعناصر أو التكوينات ذات الصفة الأثرية والنقوش والكهوف ومجموعات المعالم التي لها جميعاً قيمة عالمية استثنائية من وجهة نظر التاريخ أو الفن أو العلم»^(٣٩). و إن القوانين الأثرية اشترطت أن يكون لشيء قيمة فنية و تاريخية و علمية^(٤٠).

فقانون الآثار العراقي رقم «٥٥ لسنة ٢٠٠٢» أشترط إضافة للمدة إن يكون الشيء متصلاً بالإبداع الإنساني، فذكر بأن الآثار هي «٠٠الأفعال... التي بناها أو صنعها

(٣٦) د. معوض عبد التواب، مصدر نفسه، ص ٤٣٧.

(٣٧) المادة ٤ الفقرة ٧ من «قانون الآثار و التراث العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢».

(٣٨) قانون الآثار العربي الموحد الصادر عن الدورة الثالثة لمؤتمر وزراء الثقافة العرب المنعقد في بغداد، تشرين الثاني عام ١٩٨١.

(٣٩) اقرها المؤتمر العام في دورته السابعة عشر في باريس ١٦ تشرين الثاني، لسنة ١٩٧٢.

(٤٠) قانون الآثار المصري رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ عندما عرف الآثار بقوله «كل عمار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة أو أحدثته الفنون و العلوم و الأديان.... متى ما كانت له قيمة وأهمية أثرية أو تاريخية» ..

أو نحتها أو أنتجها أو كتبها أو رسمها أو صورها الإنسان... وكذلك الهياكل البشرية و الحيوانية و النباتية»^(٤١)...

ومن جهة أخرى لا تعتبر آثاراً الأشياء التي لها صبغة فنية ولكنها لم تستوفي المدة المطلوبة لذلك لأتعد آثاراً لوحات الرسامين و الأعمال الفنية الحديثة... و أخيراً فإن اعتبار الشيء أثرياً إذا ما توفر فيه الشرطان الأول و الثاني، هو الطريق الأصلي و الطبيعي لاعتبار الشيء أثرياً، فإذا توفرا اعتبر الشيء أثرياً.

(٤١) ينظر البند السابع من المادة (٤) من «قانون الآثار العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢» .

المبحث الثاني جريمة سرقة الآثار

من المعروف بان السياسة الجنائية والعقابية، تخضع لحاجات المجتمع ومصالحه نظراً لحتمية التلازم بين القانون والمجتمع ولخطورة جريمة سرقة الآثار على المجتمع العراقي خصوصاً انها تصيبه في اهم ما يملكه من تاريخ وحضارة وتباهي بين دول العالم وقد تزايدت هذه الجريمة في الاوانة الاخيرة وبشكلٍ خطير ومما ساهم على ذلك غياب السلطة المختصة وضعف الاجراءات المتخذة للمحافظة على الآثار العراقية من النهب والسلب المنظم .

عليه فقد أتجه المشرع الى تجريم فاعلها وتحريك المسؤولية الجنائية تجاهه لان الضرر الواقع بسببها لا يمس فرداً او مجموعة افراد وانما يمس المجتمع وكيان الدولة ككل بصورة عامة^(٤٢).

فأركان الجريمة تحددها «عادةً قواعد» جنائية، في حين تحدد الشروط المفترضة في الغالب» قواعد غير جنائية لذا سنبين موقف التشريعات من جريمة سرقة الآثار اولا ثم نتطرق لأركان جريمة سرقة الآثار بمطلب ثاني .

المطلب الاول: موقف التشريعات من جريمة سرقة الآثار

سلكت التشريعات اتجاه تجريم سرقة الآثار اتجاهات عدة ، فتباينت في تحديد القانون الذي ينظم التجريم او النص العقابي الذي يستوعبه القانون فذهبت الى :-
الاتجاه الاول :- عدم إدراج هذه الجريمة في نطاق قانون الآثار وبالتالي فإن أحكام القانون العام هي التي تطبق في حالة سرقة الآثار دون حاجة إلى النص عليها في قانون الآثار لأنه سيكون تكراراً وليس له معنى أو إضافة عناصر جديدة تستدعي التشديد في العقوبة.^(٤٣)

الاتجاه الثاني:- وهو الاتجاه الذي جعل مكان وجود الآثار، معياراً لتحديد القانون الواجب التطبيق، ويمثل هذا الاتجاه « قانون الآثار العراقي رقم ٥٥ لعام ٢٠٠٢^(٤٤) في المادة «٤٠» منه فأذا كانت الآثار في حيازة السلطة الاثارية فأن سرقتها تخضع لقانون الآثار ، ويتم العقاب عليها بموجب هذا القانون ، أما اذا كانت الآثار في حيازة الأفراد ، فأن سرقتها تخضع لنصوص قانون العقوبات العراقي رقم «١١١ لعام ١٩٦٩»

ونرى انه كان يجدر بالمشرع في قانون الآثار العراقي عدم التمييز بين الآثار الموجودة في حيازة السلطات الاثارية وبين الآثار الموجودة في حيازة الافراد وأن الأفراد قد

(٤٢) محمد مردان علي البياتي ، المصلحة المعتمدة في التجريم ، إطلوحة دكتوراه ، مقدمة إلى جامعة الموصل ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٢ وما بعدها .

(٤٣) قانون حماية الآثار لسنة ١٩٩٩ السوداني الذي جاء حالياً من أي نص يجرم أو يعاقب على سرقة الآثار ، وينطبق الحال نفسه على قانون الآثار الكويتي رقم (١١) لسنة ١٩٦٠ وقانون الآثار الجزائري رقم ٩٨-٠٤ لسنة ١٩٩٨/٦/١٥ (٤٤) يوم (١٨،١١،٢٠٠٢) صدرت جريدة الوقائع العراقية بعدها (٣٩٥٧) وفيها القانون رقم « ٥٥ لسنة ٢٠٠٢ قانون الآثار والتراث النافذ حالياً والذي حل محل قوانين عدة تتعلق بالآثار هي قانون الآثار» رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ « وقانون منع تهريب الآثار «رقم ٤٠ لسنة ١٩٢٦ «وقانون رسم تصدير الآثار القديمة» رقم ٧٣ لسنة ١٩٣٧ » .

لا يملكون من الأدوات ما يمكنهم من حماية الآثار التي في حوزتهم من جهة ومن جهة أخرى ماذا لو كانت الآثار المملوكة للدولة في حيازة فرد ما لترميمها مثلاً؟ أو العكس ماذا لو كانت الآثار المملوكة للأفراد في حيازة السلطات الاثارية لسبب ما؟ وبالتالي فإن هذا التوجه يعد تقريباً بالحماية المقررة للآثار وخاصة المملوكة للدولة وهي بجوزة الأفراد لسبب ما .

الاتجاه الثالث : إدراج جريمة سرقة الآثار ضمن نطاق قانون الآثار، وهذا الاتجاه هو الراجح لأن معالجة جريمة سرقة الآثار ضمن نطاق قانون الآثار يعد الاتجاه الأفضل أسوة ببقية الجرائم الإثارية الأخرى، وتمييزاً لها عن ارتكاب جريمة سرقة لمادة أخرى ليست أثرية بهدف التشديد في مقدار العقوبة المفروضة على مرتكب جريمة سرقة الآثار فموضوع الجريمة هنا يمثل طرفاً مشدداً. بمعنى ان ينص على تجريم فعل سرقة الآثار في قانون الآثار كما ينص على عقاب جرم السرقة في القانون ذاته ، وسار بهذا الاتجاه «قانون الآثار المصري رقم» ٣ لعام ٢٠١٠» وكذلك قانون الآثار الاردني رقم ٢١ لسنة ١٩٨٨ .

المطلب الثاني: اركان جريمة سرقة الآثار

تقوم جريمة سرقة الآثار على ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي وهناك شرط مفترض يلحق الركنين لإظهار الجريمة لذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع في الاول سنتكلم عن الشرط المفترض فيما سيكون الركن المادي بفرع ثاني وبعد ذلك سنعرض الركن المعنوي بفرع ثالث .

الفرع الاول: الشرط المفترض

يميل جانب من الفقه الجنائي الى تسمية شرط التجريم بـ «الشرط المفترض» وهي تسمية صحيحة من جهة إنها صفة لشرط التجريم، الا إنه لا يصلح استبدالها بعبارة «شرط التجريم»، لأن منطق الصياغة القانونية يأبى ذكر الصفة في موضع الموصوف للدلالة عليه.^(٤٥) في حين يذهب جانب آخر من الفقه الى اطلاق عبارة «العنصر المفترض» وهذه وجهة غير صحيحة، لأن لفظ «عنصر» مرادف للفظ «ركن»، والحالة الواقعية أو القانونية التي يفترض المشرع قيامها في وقت سابق لوقوع الجريمة لا تدخل في ماهية الجريمة، وبالتالي لا يصح تسميتها بـ «العنصر أو الركن» بدلاً عن «الشرط»^(٤٦).

يشترط المشرع في بعض الجرائم، فضلاً عن الأركان العامة والخاصة، توفر شرط اضافي يسميه الفقه «الشرط المفترض» ويتمثل في كونه: حالة واقعية أو قانونية يسبغ القانون حمايته عليها ويفترض توافرها وقت وقوع الجريمة.^(٤٧)

ويعرف الشرط المفترض او الخاص بانه العنصر الذي يفترض قيامه مباشرة

(٤٥) د. جمال ابراهيم الحيدري، شرح أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٣٢ .

(٤٦) محيد خضر احمد عبدالله، نظرية الغلط في قانون العقوبات- دراسة مقارنة اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٣، ص ١٩٤ .

(٤٧) د.جاسم خريبط خلف، شرح قانون العقوبات -القسم العام، ط١، منشورات زين الحقوقية والأدبية لبنان، ٢٠١٧، ص ١٠٩ .

الفاعل نشاطه وبغيره لا يوصف هذا النشاط بعدم المشروعية وله صورتان فهو إما أن يشكل ركناً خاصاً بالنسبة لبعض الجرائم أو أن يكون أحد الظروف المشددة المقترنة بها^(٤٨)، فالشرط المفترض في جريمة سرقة الاثار تكون بأعلان الدولة بأن هذه الاثار تعود للملكية العامة اي ذات الصفة المادية الملموسة والتي تشملها التشريعات الجنائية بالحماية الخاصة ويتقدم هذا الشرط على الاركان الاخرى^(٤٩).

الا أن المشرع العراقي وفي (قانون الآثار والتراث) قد قصر عدا الأثر أو المادة التراثية التي في حوزة السلطة الاثارية ولم يجعلها تمتد الى الاموال الأخرى الموجودة في حيازة الأفراد وإنما أخضعها للقواعد العامة في جريمة السرقة العادية وهذا، ما أشارت اليه (م ١٧) أولاً حيث أستنتى ذلك بموجب الفقرة ثالثاً المادة نفسها من قانون الاثار والتراث الحالي ولذلك فإن ورود عبارة (في حيازة، السلطة الاثارية) في المادة (٤٠) من القانون أعلاه يؤدي الى نتيجة غير مقبولة وهي عدم خضوع الجناة الذين يرتكبون جريمة سرقة الاثار الموجودة لدى الافراد المسموح، لهم بالحيازة قانوناً للعقوبات الواردة في قانون الاثار والتراث والتي تتسم بالشدّة بالمقارنة مع العقوبات الواردة في قانون العقوبات العراقي رقم «(١١٠١)» لسنة ١٩٦٩ المعدل « لذلك لا يمكن عد الشيء أو المال من قبيل الآثار ألا اذا توافرت فيه مجموعة من الشروط التي أوجبتها القوانين^(٥٠).

الفرع الثاني: الركن المادي

العناصر المادية أو الموضوعية الثابتة واللازمة لبناء الركن المادي للجريمة، لا تعدو عن ثلاث عناصر هي: الفعل الجرمي، والنتيجة الجرمية، والرابطة السببية التي تصل ذلك الفعل بتلك النتيجة. ومتى قامت كل هذه العناصر قامت معها الجريمة، ومتى قامت هذه الجريمة فإن ذلك يعني أن هناك حقاً يحميه القانون قد أهدر بالاعتداء عليه. أما هذه الحقوق التي يعترف بها المشرع الجنائي ويسبغ عليها حمايته فلا بد لها من (موضوع أو محل) يناله فعل الجاني بذلك الاعتداء، الأمر الذي يجعل موضوع (أو محل) الحق لا ينفصل عن سلوك الجاني فهو ذو صلة وطيدة به وهو لازم وملازم له. فلا جريمة بدون ركن مادي وأن الركن المادي هو جوهر الجريمة، إذ بدون وجوده فإنه لا حاجة لوجود ركن قانوني^(٥١) ويتألف الركن المادي لجريمة سرقة الاثار من العناصر ذاتها التي تقوم عليها جريمة السرقة بمفهومها العام، الا أنها تختلف عنها من

(٤٨) د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، مصر، ٢٠١٠، ص١٨-١٩، وكذلك أشار اليه بشار جاهم عجمي الفتلاوي، النظام القانوني للأموال الأثرية، رسالة ماجستير، جامعة النهدين، كلية الحقوق، ٢٠٠٤، ص١١٥.

(٤٩) د. علي حمزة العسل الخفاجي، الحماية الجنائية للآثار والتراث (دراسة في ضوء أحكام قانون الاثار والتراث العراقي رقم ٥٥ لسنة ٢٠٠٢) مجلة المحقق الطلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد ٦، الاصدار ٢، ٢٠١٤م، ص٢٥.

(٥٠) وبناءً على ما ذكر فقد نقضت محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة المدنية حكماً صادراً من محكمة بداءة المحاويل تقضي برد دعوى تقدم بها المدعي للمطالبة بالتعويض عن جرف مغروسات وأشجار قامت بها مفتشية آثار بابل ومنعه من استغلالها، إذ وجدت محكمة التمييز الاتحادية أنه كان يجب على المحكمة المذكورة أرفاق صورة من أضرار العقار، وخارطة الكادسترو، للقطعة موضوع الدعوى للتحقق فيما إذا كانت تضم بكامل مساحتها، أو أجزاء منها مواقع أثرية وتراثية أو تاريخية مشمولة بأحكام المادة الرابعة، الفقرات (سابعاً، ثامناً، تاسعاً) من قانون الاثار والتراث رقم «٥٥ لسنة ٢٠٠٢».

(٥١) د. معز احمد محمد الحيازي، الركن المادي للجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط١، ٢٠١٠، ص٩.

حيث محل الجريمة وهو الاثار وهذا يعني أن الركن المادي لجريمة سرقة الاثار يقوم على أخذ آثار منقولة , أو أجزاء من آثار ثابتة عائدة للغير بدون رضاه .
فلا يمكن ان تتكون جريمة سرقة الأثار ما لم يصدر عن الفاعل نشاط او سلوك ارادي اي فعل باعتباره عنصرا من عناصر الركن المادي سواء اكانت الجريمة عمدية ام غير عمدية, والركن المادي هو سلوك اجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون او الامتناع عن فعل امر به القانون^(٥٢).

وقد نص المشرع العراقي والمقارن في القانون الخاص بحماية الأثار بقولها « يعاقب بالسجن كل من سرق اثرا او مادة تراثية »^(٥٣) . ولم يرد تعريف السرقة في القانون الخاص بالآثار الا ان المشرع العراقي عرفها في قانون العقوبات بانها « اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمدا »^(٥٤). عليه فأن الركن المادي يتكون من فعل الاختلاس ومحل الاختلاس (الآثار) .

أولاً- فعل الاختلاس

لم يعرف المشرع مفهوم الاختلاس ولكن الفقه عرفه بأنه استيلاء على حيازة شيء بغير رضى مالكة او حائزه^(٥٥). ويتحقق سلب الحيازة بعنصريها المادي والمعنوي بمجرد ان ينقل الجاني الشيء من صاحبه او حائزه السابق لإدخاله في حيازته الشخصية ويستوي في ذلك ان يكون الجاني قد اتخذ هذا الفعل بأعضاء جسمه او سخرة الة او حيوانا او غيره للقيام بذلك ولا يهم اذا كان سلب الحيازة قد حصل خفية او بعلم المجني عليه الذي لا يرضى بان ننزع عنه حيازة امواله^(٥٦), ولا يهم بان يكون الشيء قد سلم الى الجاني تسليماً مادياً ارادياً في قيام الجريمة ما دام احتفظ به الجاني بصفة المالك وبنية التملك وهذا ما نص عليه المشرع في قانون الأثار بقوله (وتكون العقوبة السجن المؤبد اذا كان مرتكب الجريمة من المكلفين بإدارة او حفظ او حراسة الاثر)^(٥٧).

ثانياً- محل الاختلاس

يشترط لاعتبار الجريمة سرقة بان تقع على مال منقول مملوك لغير الجاني وهنا يجب ان تقع السرقة على مادة اثرية في. حيازة السلطة المختصة وسبق وعرفنا المقصود بالآثار والذي يهمنها هو الأثار المنقولة لأن السرقة لا تقع الا على اموال منقولة وهي كما عرفها المشرع العراقي في القانون الملغى بانها « الأثار المنفصلة عن الارض والمباني والتي يسهل فصلها عنهما ونقلها لأي) مكان اخر »^(٥٨) . كذلك اضاف قانون العقوبات العراقي الى مفهوم الاموال المنقولة « النباتات. وكل ما هو متصل بالأرض او مغروس

(٥٢) المادة ٢٨ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٥٣) المادة (٤٠) من القانون الاثار العراقي والمادة (٢٦ ، أ) من القانون الاردني والمادة(٤٢، أ) من القانون المصري.

(٥٤) المادة ٤٣٩ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥٥) د. عبد المهيم بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦، ص٧٤١.

(٥٦) د. واثبة داود السعدي ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٨-١٩٨٩، ص ١٦١ .

(٥٧) المادة (٤٠) أولاً من القانون الاثار العراقي والمادة (٤٢) ج من القانون المصري .

(٥٨) المادة (٢) من القانون الاثار العراقي الملغى رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٩ .

فيها بمجرد فصله عنها»^(٥٩)، وهذا النص يتطابق مع ما ذهب اليه المشرع في تعريف الآثار بقوله « يعتبر اثراً ... الهياكل البشرية، والحيوانية والنباتية»^(٦٠)، الا انه يبقى بأن المشرع لم يعطي مفهوماً قانونياً للآثار المنقولة في القانون الحالي .

ويعرف المال بانه» كل شيء قابل للتملك الخاص اي كل شيء يمكن ان يكون محلاً لحق من الحقوق المالية فالمال هو كل حق له قيمة مادية»^(٦١).

فالاختلاس يقوم على عنصرين الاول سلب حيازة الشيء والعنصر الاخر تقوم بعدم رضاء المالك او الحائز السابق ويشترط في الاختلاس أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه اولا وان يدخل الشيء المسروق في حيازة المجني عليه ثانياً^(٦٢) وفي هذه الجريمة المال هو الاثر المنقول ويجب ان يكون هذا الاثر المنقول هو ملك للسلطة المختصة بالآثار في العراق ، وكذلك المشرع المصري اعتبر جميع الآثار المنقولة والثابتة من ضمن الأموال العامة حيث نص قانون حماية الآثار المصري في المادة (٦) من القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠ والمعدل للقانون رقم « ١١١٧ لسنة ١٩٨٣ » بأنه تعتبر من الأموال العامة جميع الآثار العقارية والمنقولة والأراضي التي اعتبرت أثرية عدا ما كان وفقاً...» لذا فلكي يكتمل الركن المادي لهذه الجريمة يجب ان تقع السرقة على اثار في حيازة السلطة المختصة حسب القانون بالمحافظة على الآثار وهي هنا وزارة الثقافة ومؤسساتها^(٦٣) عليه فإنه اذا وقعت جريمة سرقة على مادة اثرية منقولة ولم تكن في حيازة السلطة المختصة بل في حيازة افراد عاديين فانه لا يمكن تطبيق هذا النص بل تطبق نصوص قانون العقوبات العراقي .

يتبين من النص السابق أن لهذه الجريمة ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي، وركن ثالث مفترض في أحوال محددة سيأتي ذكرها.

وترى محكمة النقض المصرية أن عرض الآثار المصرية في الخارج هي من التصرفات الاستثنائية التي ترد على الآثار وكونها من التصرفات الاستثنائية فإن الموافقة على عرضها في الخارج منعقد الاختصاص في شأنه لرئيس الجمهورية ، شرط إتباع الأوضاع والشروط والإجراءات القانونية ، وأن مخالفة ذلك تؤدي لقيام المسؤولية إدارياً ومدنياً وجنائياً بإعتبارها مسؤولية شخصية تجاه الشعب بأسره وأن العائد المالي ليس ولا يجب أن يكون هو وجه المصلحة العامة في عرض الآثار في الخارج.^(٦٤)

ويتبنى قانون الآثار العراقي رقم (٥٥) لعام ٢٠٠٢ ذات الموقف إذ حظر أعاة الآثار ، وأجاز للسلطات الأثرية إخراج الآثار المنقولة أو المواد التراثية الى الخارج لأغراض الدراسة العلمية ، او الصيانة او العرض الموقت وفق نظام داخلي يصدره الوزير

(٥٩) المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي .

(٦٠) المادة (٤) سابعا من القانون الآثار العراقي .

(٦١) المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٦٢) د.عبد العظيم مرسى وزير، القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الأموال ، دار النهضة العربية ، ط١، ١٩٨٢، ص٧٠.

(٦٣) المادة (٤) أولاً من القانون الآثار العراقي .

(٦٤) طعن مصري رقم (٤٧٥٣) لسنة ٤٤ ق ع جلسة ٢٣/٦/٢٠٠١ ، المكتب الفني لسنة ٤٦ الجزء ٣ ، ص٢٢٨٥ ،

القاعدة رقم ٢٦٨ .

المختص.

اذن يمكننا القول بأن الركن المادي في هذه الجريمة يتمثل بالقيام بسرقة اثر من الآثار الموجودة في حيازة السلطة الاثارية ويقصد بالحيازة الحقيقية على الأثر بوجوده لدى السلطة الاثارية، وكذلك يقصد بالحيازة الحكيمة للعقار أو الموقع الأثري المعلن عن أثريته والتي يوجد فيها آثار فيعتبران أيضا في حوزة السلطة الاثارية، وانها من الجرائم الانية كون الركن المادي يتحقق بمجرد أخذ الاثر من حيازة المجني عليه وأدخالها الى حيازة أخرى وهنا علينا أن نفرق بين جرم سرقة الآثار عن جرم أخفاء الآثار كون الاخفاء تسبقها جرم السرقة .

ونرى من الافضل عدم التمييز بين الآثار على أساس مالكةا مع أمكانية تحول ملكية الآثار المملوكة ملكية خاصة لأي سبب وفي أي وقت للدولة .

الفرع الثالث: الركن المعنوي

جريمة سرقة الآثار من الجرائم العمدية التي تقوم على القصد الجرمي العام بعنصريه العلم والارادة ويشترط القانون ايضاً توفر القصد الجرمي الخاص لدى الجاني وهذا القصد هو نية. التملك «،الذي أفصح عن ارادة الجاني في، حيازة الشيء حيازة كاملة ونيته في تملك الآثار محل السرقة .

ونرى أن المسألة تختلف فيما يخص الآثار ، فالعلم بممنوعية أخذ الآثار أمر مفترض ، لأنه علم بالقانون وبالتالي لا يعذر أحد بجهله بهذه الحالة ، الا اذا كانت بوضع لا يمكن لهذا الشخص معرفة أنها آثار ففي هذه الحالة يمكن البحث في جهله بطبيعتها ، لأنها جهل بالوقائع يجب إثباته ، والبت في ذلك يعود لمحكمة الموضوع ، لأنها مسألة موضوعية تقررها المحكمة أستناداً الى الخبرة فضلاً عن عوامل أخرى كدرجة ثقافة الشخص ومدى قدرته على التمييز بين الآثار وبين غيرها .^(٦٥)*

عليه .فيجب ان يوجه الفاعل ارادته الى اختلاس مادة اثرية او اثار موجودة في. حيازة السلطة المختصة واضافتها الى ملكه دون رضى السلطة وان تكون ارادته معتبرة قانونا بان تكون حرة ومختارة^(٦٦) وأخذ المشرع العراقي في « قانون الآثار العراقي رقم (٥٥) لعام ٢٠٠٢ » في المادة (٤٠) منه حيث أشتراط القانون المذكور القصد الخاص الى جانب القصد العام^(٦٧) ويتمثل القصد الخاص بنية الجاني الاحتفاظ بالأثر أي الظهور عليها بمظهر المالك ، فأذا دخل شخص ما الى أحد المتاحف ووضع يده على أثر ولكن لا يقصد تملكه بل بهدف إجراء دراسة عليه . فإنه لا يمكن مساءلته على جريمة سرقة آثار لانثناء القصد الجرمي الخاص لديه ويمكن مساءلته اذا كان فعله يشكل جريمة

(٦٥) محمد سمير محمد ذكي ابو طه ، الحماية الجنائية للآثار - «دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة -كلية الحقوق، ٢٠١٢، ص ٢٣ .

(٦٦) د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص ٢٧٤ .

(٦٧) تنص المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي على ، «السرقة أختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً».

أخرى^(٦٨).

وان يكون عالماً بأنه يختلس اثار مملوكة للدولة فلو وضع شخص اثرا لأخر في حقيبة بقصد تهريبها خارج البلد دون علم الثالث واخذ هذا الاخير حقيبتة بما فيها لا يعد سارقاً لانتفاء قصده واذا ثبت ان المتهم كان يعتقد بان الاثر ملكه او انه مال متروك او مباح وكانت الظروف تبرر اعتقاده فان القصد ينتفى وبالتالي لا يعد سارقاً .

ويجب ان يتوفر الى جانب القصد العام في جريمة سرقة الآثار أقصد لأخاص يتمثل أفي نية التملك وهذه النية تتمثل في انصراف نية الجاني الى ان يحوز الشيء حيازة كاملة ويباشر عليه جميع السلطات التي يملكها المالك بأعتبره مالك الآثار^(٦٩).

فالنية هنا هي نية الجاني في ان يحوز الاثر حيازة كاملة ويباشر عليه السلطات التي يملكها المالك من انتفاع واستعمال واستغلال ويحول دون ان يباشر المالك الحقيقي حقوقه على الاثر , فاذا اقتصر نية الفاعل على مجرد حيازة الاثر حيازة ناقصة , انتفى القصد الخاص مثل من يختلس اثار من اجل اجراء الدراسة والفحص عليها ومن ثم يعيدها فلا تقع في هذه الحالة جريمة سرقة الآثار .

(٦٨) فراس ياوز عبد القادر أوجي , الحماية الجنائية للآثار , رسالة ماجستير , كلية القانون , جامعة بغداد, ١٩٩٨ , ص ٢١٥

(٦٩) د. وأثبة داود السعدي, المصدر السابق, ص ١٧٥ .

المبحث الثالث

اثر المواجهة الجنائية لجريمة سرقة الاثار

لقد رتب القانون من جزاءً جنائياً يتضمن أي عقوبات أصلية وتكميلية للجريمة تتضمن إيلاًماً مقصوداً يقرره القانون ويوقعه القاضي على من لأثبتت أي مسؤوليته عن الجريمة ولما كان المشرع كان العراقي والمقارن أعتبر جريمة أي سرقة الأثار من أي الجنایات^(٧٠) , فقد فرض نوعين من العقوبات وهما عقوبات أصلية كان وأخرى أتكملية. ولا بد اثناء التطرق الى اثار جريمة سرقة الاثار ان نعرض الى المواجهة الاجرائية قبل الخوض في الاثار الموضوعية للجريمة لذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين سنتناول في المطلب الاول المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار فيما سيكون المطلب الثاني الجوانب الموضوعية لجريمة سرقة الاثار.

المطلب الاول: المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار

المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار تعني اعطاء خصوصية للوسائل والاساليب المتبعة من الدولة للمطالبة بحقها في العقاب على مرتكب جريمة سرقة الاثار^(٧١). وتمنح المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار للدولة وعلى سبيل الاستثناء من القواعد العامة بعض الحقوق التي تمكنها من التوصل الى حقها في فرض العقاب الذي يكون السبيل الوحيد للتوصل الى هذا الحق^(٧٢). ولما كانت القواعد الاجرائية في قانون اصول المحاكمات الجزائية هي المطبقة على اغلب الاجراءات المتعلقة بجرائم سرقة الاثار. لذا سيتم التركيز في هذا المطلب على القواعد الاجرائية من خلال ثلاثة فروع في الاول سنتناول المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار خلال مرحلة التحري عن الجرائم وجمع الادلة فيما نعرض في الفرع الثاني المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار خلال مرحلة التحقيق الابتدائي وفي نهاية المطلب سنتناول المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار خلال مرحلة المحاكمة.

الفرع الاول: المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار خلال مرحلة التحري عن الجرائم وجمع الادلة.

يبرز خلال مرحلة التحري وجمع الادلة دور رئيس لأعضاء الضبط القضائي, فوقوع الفعل المخالف للقانون المشكل اعتداء على الاثار والذي يبدأ فيه حق الدولة في العقاب يلقي واجب التحري عن هذا الفعل وقبول الاخبارات بشأنه على اعضاء الضبط القضائي الذين تم تحديدهم مسبقاً بموجب قانون اصول المحاكمات الجزائية^(٧٣) وخلال

(٧٠) تقسم الجرائم حسب مدة العقوبة المفروضة عليها إلى جنایات وجنح ومخالفات ، المادة (٢٣) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .

(٧١) د . محمد عبد الشافي اسماعيل, الحماية الاجرائية للمال العام في التشريع المصري, دار النهضة العربية , القاهرة , ص ٣ .

(٧٢) د . عبد الفتاح مصطفى الصفي, النظرية العامة للقاعدة الاجرائية الجنائية, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, بلا سنة, ص ٢١ .

(٧٣) حدد المشرع العراقي اعضاء الضبط القضائي العام بقانون اصول المحاكمات الجزائية المعدل رقم (٢٣ لسنة ١٩٧١) حيث جاءت المادة(٣٩) «اعضاء الضبط القضائي هم الاشخاص الاتي بيانهم في جهات اختصاصهم:»

مرحلة جمع الادلة حدد المشرع العراقي اعضاء الضبط القضائي من بين الجهات التي يقدم اليها الاخبار او الشكوى عن وقوع الجريمة، وجاء ذلك في المادة الاولى من قانون اصول المحاكمات الجزائية «أ. تحرك الدعوى الجزائية بشكوى شفوية او تحريرية تقدم الى قاضي التحقيق او المحقق او أي مسؤول في مركز الشرطة او أي من اعضاء الضبط القضائي...»^(٧٤) والمادة (٤١) من القانون نفسه «أعضاء الضبط القضائي مكلفون في جهات اختصاصهم بالتحري عن الجرائم وقبول الاخبار والشكاوى...». فعضو الضبط القضائي جعله المشرع من بين الجهات التي تقدم اليها الاخبار والشكاوى^(٧٥). والواجب الملقى على عاتق عضو الضبط القضائي المقدم اليه اخبار عن وقوع الجريمة او المرفوعة امامه شكوى من المجني عليه او ممثله القانوني يجب عليه وحسب ما لزمه به قانون اصول المحاكمات الجزائية^(٧٦) ارساله فوراً الى قاضي التحقيق^(٧٧).

والاخبار قد يكون جوازيًا (اختيارياً) وقد يكون وجوبياً (الزامياً)^(٧٨). ويكون الاخبار جوازيًا حسب ما جاءت به المادة (٤٧) من قانون اصول المحاكمات الجزائية «١ - لمن وقعت عليه الجريمة ولمن علم بوقوع جريمة تحرك الدعوى فيها بلا شكوى او علم بوقوع موت مشتبه به ان يخبر قاضي التحقيق او المحقق او الادعاء العام او احد مراكز الشرطة. ٢- للمخبر في الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي او الخارجي وجرائم التخريب الاقتصادي والجرائم الاخرى المعاقب عليها بالإعدام او السجن المؤبد او المؤقت ان يطلب عدم الكشف عن هويته وعدم اعتباره شاهداً...» وحسناً فعل المشرع العراقي في البند الثاني من هذه المادة حيث فسح المجال امام (الاخبار السري)^(٧٩) في الجرائم المتعلقة بأمن الدولة الداخلي او الخارجي وجرائم التخريب الاقتصادي لما لهذه الجرائم من خطورة على البلد ، وللاخبار الاختياري اهمية كبيرة في الكشف عن مرتكب جرائم سرقة الاثار، وتكون الصورة واضحة في تصور اغفال المشرع النص على هذه المادة فتكون النتيجة سلبية حيث يحجم اغلب المخبرين عن تقديم اخبارات عن تلك الجرائم

= ١- ضباط الشرطة ومأمورو المراكز والمفوضون. ٢- مختار القرية والمحلة في التبليغ عن الجرائم وضبط المتهم وحفظ الأشخاص الذين تجب المحافظة عليهم. ٣- مدير محطة السكك الحديدية ومعاونيه ومأمور سير القطار والمسؤول عن ادارة الميناء البحري والجوي وربان السفينة او الطائرة ومعاونيه في الجرائم التي تقع فيها. ٤- رئيس الدائرة او المصلحة الحكومية او المؤسسة الرسمية وشبه الرسمية في الجرائم التي تقع فيها. ٥- الأشخاص المكلفون بخدمة عامة الممنوحون سلطة التحري عن الجرائم واتخاذ الاجراءات بشأنها في حدود ما خولوا به بمقتضى القوانين الخاصة».

(٧٤) وكذلك المشرع المصري في قانون الاجراءات الجنائية رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠ حيث نص في المادة (٢٤) « يجب على مأمور الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد اليهم بشأن الجرائم وأن يعيّنوا بها فوراً الى النيابة العامة...»

(٧٥) سعيد حسب الله عبد الله: شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٨، ص ١٤٦.

(٧٦) المادة (٤١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

(٧٧) د. سامي النصراني: دراسة في اصول المحاكمات الجزائية، ج١، مطبعة دار السلام ، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٢٨ .

(٧٨) عبد القادر محمد القيسي: المخبر او المصدر السري بين الكشف عن الجريمة والاخبار الكاذب، ط١ ، بلا ناشر، بلا مكان، ٢٠٠٩، ص ٢٨.

(٧٩) المخبر السري هو ذاك الشخص الذي يقدم معلومات سرية الى الجهات المختصة وتكون تلك المعلومات ذات علاقة بجريمة قد وقعت سابقا او جريمة وشيكة الوقوع في المستقبل مع اشتراط عدم الكشف عن هويته لأسباب معينة والتزام السلطة المختصة بعدم الكشف عن اي معلومات بشأن ذلك الشخص . عبد القادر محمد القيسي: المخبر او المصدر السري بين الكشف عن الجريمة والاخبار الكاذب، المصدر السابق، ص ١٤.

لما للكشف عن هوية المخبر من خطورة فتؤدي الى جعل حياته عرضة للانتقام وبشتى الوسائل لمن قدم اخبار عنه، هذا اذا ما اخذنا بنظر الاعتبار الجهات التي تقف وراء ارتكاب مثل هكذا جرائم حيث تعمل جهد الامكان على اخفاء معالم جرائمها التي تأخذ صور (الجريمة المنظمة)^(٨٠) التي يصعب في أغلب الأحيان الكشف عن هوية مرتكبها ما لم تدعم التحريات بمعلومات استخباراتية يلعب الأخبار السري دوراً كبيراً فيها^(٨١).

ولأهمية مصلحة من المصالح يقرر المشرع الجنائي قواعد خاصة للأخبار كشكل متميز للحماية الاجرائية بحيث يؤدي ذلك الى إضافة قواعد إجرائية وفي قوانين خاصة تكون محفزة للأفراد على القيام بأعمال معينة^(٨٢)، ومثال هذه القواعد اصدار قوانين خاصة لمكافأة المخبرين كما فعل المشرع العراقي بقانون مكافأة المخبرين رقم «٣٣ لسنة ٢٠٠٨»^(٨٣). الا ان الملاحظ على هذا القانون التركيز على الأموال والآثار فقط .

والمشرع العراقي جعل جريمة سرقة الاثار من ضمن الدعاوي الجزائية المشمولة بأحكام قانون حماية الشهود والخبراء والمخبرين والمجنى عليهم اذ نص في المادة الاولى من القانون اعلاه «اولاً- د- جرائم سرقة وتهريب الاثار المنصوص عليها في قانون الآثار والتراث رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢»^(٨٤).

اما الاخبار الوجوبي (الالزامي) فقد الزم بموجب النصوص القانونية فئات معينة من الاشخاص بوجوب الاخبار ولكن هذا الالزام الذي اورده المشرع قد يكون سببه صفة المخبر كأن يكون موظفاً في الدولة وهذا الالزام ينطبق على موظفي هيئة الاثار حيث يكون الاخبار واجباً في حال علم الموظف بسبب عدم تأدية العمل او حصول احد جرائم سرقة الاثار اثناء اداءه العمل كأن يهمل من كان موجوداً في موقع التنقيب عن الاثار وتم سرقة اجزاء من الاثار المكتشفة فان الاخبار واجب على من كان مرافقاً له في موقع العمل وحتى في حال الاشتباه بوقوع الجريمة التي تحرك بها الدعوى بلا شكوى^(٨٥). ويبقى هذا الالزام قائم على المكلف بخدمة عامة حتى بعد انتهاء العمل الوظيفي^(٨٦). ويكون الاخبار متحققة في الجرائم التي تدرج تحت وصف الجنائيات حيث الزم المشرع من كان حاضراً وقوع جنائية بوجوب الاخبار فاذا ارتكبت جريمة من جرائم سرقة الاثار

(٨٠) هناك من ذهب الى العزوف عن تعريف الجريمة المنظمة لان وضع تعريف لها يؤدي الى مشاكل تسببها الاشكال العديدة التي تتخذها تلك الجريمة والتي لا يمكن احصائها . وقد قيل في تعريفها بانها ذلك النوع من الاجرام ذو الصفة المؤسسية التي تركز على الاستمرارية كالزمام لتحقيقها وبيان ذاتيتها عن الجرائم المرتكبة من قبل المجرمين المجتمعين صدفه، او المشكلين لعصابة مؤقتة، حتى لو كان عملهم بغاية الاتقان بحيث تكون الجريمة مخطط لها لا منظمة . د. سليمان احمد ابراهيم: القواعد الجنائية للجريمة المنظمة والتعاون الدولي في سبل مكافحتها، دار الكتب الحديثة، بلا مكان، ٢٠٠٨، ص٣.

(٨١) د. سليمان احمد ابراهيم: القواعد الجنائية للجريمة المنظمة والتعاون الدولي في سبل مكافحتها، المصدر السابق، ص٢٧٧.

(٨٢) د. فخري عبد الرزاق الحديشي: دور الجمهور في الوقاية من الجرائم الاقتصادية، مجلة القانون المقارن، العدد الخامس عشر، السنة العاشرة، ١٩٨٣، ص١٨٠.

(٨٣) قانون مكافأة المخبرين منشور في الوقائع العراقية عدد (٤٠٨٥) في ١/٩/٢٠٠٨.

(٨٤) قانون تحديد الدعاوي الجزائية المشمولة بأحكام قانون حماية الشهود والخبراء والمخبرين والمجنى عليهم منشور في الوقائع العراقية عدد (٤٥٢٣) في ١٧/١٢/٢٠١٨ .

(٨٥) المادة (٤٧، ١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

(٨٦) سعيد حسب الله عبد الله: شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، المصدر السابق، ص١٤٩.



بوجود شخص وجب عليه الاخبار متى حملت تلك الجريمة صفة الجنائية^(٨٧).

الفرع الثاني: المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار خلال مرحلة التحقيق الابتدائي.

التحقيق الابتدائي هو الاجراءات المتخذة من قبل السلطة التي يحددها القانون ويخولها القيام بكافة الافعال التي تمكنها من الكشف عن الحقيقة بشأن الجريمة التي وقعت ونسبتها الى المتهم ولكي تحقق ذلك تجمع الادلة التي تمكنها من التوصل الى الحقيقة وتعتمد عليها بعد تمحيصها وتدقيقها لكي تتخذ القرار المناسب بشأنها^(٨٨), فغاية التحقيق الابتدائي التوصل الى المعلومات الحقيقية المتعلقة بالجريمة^(٨٩). والصفة القضائية التي تتميز بها هذه المرحلة^(٩٠) لها اهمية من ناحيتين الاولى الفائدة التي تقدمها للعدالة من خلال التمهيص الذي تجر به على ادلة الجريمة والمحافظة عليها وبذلك يسهل على محكمة الموضوع اداء مهمتها^(٩١), وهو من ناحية ثانية ومن خلال القواعد المتبعة فيه والمختلفة عن القواعد المعتمدة في مرحلة المحاكمة يكفل للمتهم الحفاظ على سمعته من خلال سرية التحقيق وما يوفر من ضمانات تسمح للمتهم بالدفاع عن نفسه^(٩٢).

بعد ان يتم اخبار مركز الشرطة^(٩٣) بوصفه احد الجهات التي تقدم اليها الشكوى, عن وقوع جريمة سرقة الاثار, وبوصف هذه الجرائم من الجنايات والجنح, فان المسؤول في مركز الشرطة^(٩٤) يقوم بتدوين الاخبار ويأخذ توقيع المخبر عليه ويرسل تقرير بذلك الى قاضي التحقيق او المحقق, ولا يفرق بين ان يتم الاخبار بكتاب رسمي من الدائرة الواقعة الجريمة على اموالها او من الموظف المسؤول على المال الذي اصبح محلاً لتلك الجريمة ويرسل تقرير الى قاضي التحقيق او المحقق^(٩٥) اما في حال الاخبار الذي يقدم الى المسؤول في مركز الشرطة عن جريمة مشهودة كان يتم اخبار مركز شرطة زرباطية في محافظة واسط عن وقوع سرقة احدى الاثار وقيام السارق بتهرب هذا الاثر,

(٨٧) المادة (٤٧,٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

(٨٨) د . عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية منشأة المعارف, الاسكندرية, ٢٠٠٢, ص ٣٤٦. وكذلك ينظر د . محمد ابو العلا عقيدة: شرح قانون الاجراءات الجنائية, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٥, ص ٤٠٥.

(٨٩) د. جلال ثروت, نظم الإجراءات الجنائية, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠٠٣, ص ١٧٦ .

(٩٠) د. مأمون محمد سلامة: الاجراءات الجنائية في التشريع المصري, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٨, ص ٤٩٩ _ ٥٠٠.

(٩١) د . محمود نجيب حسني: شرح قانون الاجراءات الجنائية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٥, ص ٥٠٠ .

(٩٢) د . محمد ابو العلا عقيدة: شرح قانون الاجراءات الجنائية, المصدر السابق, ص ٤٠٦ .

(٩٣) تشكلت مديرية شرطة حماية الاثار والتراث بموجب الأمر الإداري ذي العدد ٥١٢٤٤ في ٢٦/١٠/٢٠٠٨ وفك ارتباطها من قيادة قوات الشرطة الاتحادية وربطها بوكالة الوزارة لشؤون الشرطة بموجب الأمر الإداري ذي العدد ٣١٩٥٨ في ٤/٨/٢٠١٠ كما تم تشكيل مديريات أقسام شرطة حماية الاثار والتراث في المحافظات وربطها بمديريات شرطة المحافظات إدارياً بموجب الأمر الإداري ذي العدد ٣٢٥٥٣ في ٦/١١/٢٠١٠, منشور في الموقع الإلكتروني

<https://moi.gov.iq/index.php?name=Pages&op=page&pid=158>

تم الزيارة بتاريخ ٥/٧/٢٠٢٠. - تقوم مديرية شرطة حماية الاثار والتراث بالإشراف الفني على كافة المديريات ما عدا إقليم كردستان وتقوم بمتابعة أعمالهم في حماية المتاحف والمواقع الأثرية.

(٩٤) المسؤول في مركز الشرطة: هو ضابط الشرطة او مأمور المركز او المفوض, المادة (٣٩, ١) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي, سعيد حسب الله عبدالله: شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية, المصدر السابق, ص ١٥٨.

(٩٥) المادة (٤٩, أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

فعلى المسؤول ان يخبر فوراً قاضي التحقيق والادعاء العام، ويقوم بالانتقال فوراً الى محل ضبط المتهم ويتولى مهمة توجيه الاسئلة اليه والمحافظة على ادلة الجريمة ويقوم بجمع كافة المعلومات والادلة عن وسيلة ارتكاب الجريمة ويتولى تدوين اقوال الاشخاص الذين كانوا حاضرين في محل ارتكابها ويدون كافة المعلومات التي تفيد التوصل للحقيقة ويدون كل ذلك بمحضر يقدم الى قاضي التحقيق او المحقق او عضو الادعاء العام عند حضورهم، ولكن كل الاجراءات التي يتولاها المسؤول في مركز الشرطة لم تخوله صفة محقق الا في حال الجنائيات والجرح المشهوده^(٩٦) وبصودر امر من قاضي التحقيق او المحقق بتولي التحقيق من قبل المسؤول في مركز الشرطة او باعتقاد الاخير ان احالة المخبر على قاضي التحقيق او المحقق، يؤدي اجرائياً الى ضياع معالم الجريمة فمركز شرطة سفوان الحدودي وبعد حصول جريمة سرقة الاثار وتعرض المتهم بعد المطاردة من قبل القوات الامنية الى حادث جعل حياته مهددة بالخطر وقلل من فرصة بقاءه على قيد الحياة اذا ما احيل الى قاضي التحقيق او المحقق فيتولى المسؤول في مركز الشرطة التحقيق مع المتهم، وقد يكون المتهم بارتكاب جريمة سرقة الاثار في منطقة سامراء في محافظة صلاح الدين احد افراد العشائر الكبيرة في تلك المنطقة واحالته على قاضي التحقيق يؤدي الى الاضرار بسير التحقيق^(٩٧).

أما الطائفة المختصة بالتحقيق اصلاً^(٩٨) فهم قضاة التحقيق والمحققون الذين يعملون تحت اشراف قاضي التحقيق^(٩٩). كما تكون صلاحية التحقيق ممنوحة الى اي قاضي يشهد جناية او جنحة اذا لم يكن القاضي المختص موجوداً بشرط عرض كافة الاوراق التحقيقية على القاضي المختص عند حضوره^(١٠٠). ومنح عضو الادعاء العام سلطة قاضي التحقيق في مكان وقوع جريمة يغيب عنها قاضي التحقيق^(١٠١) وقد تتولى التحقيق هيئة يرأسها احد القضاة فتقوم بالتحقيق في جريمة او جرائم معينة تمنح سلطة التحقيق من رئيس مجلس القضاء الاعلى^(١٠٢).

أذن جريمة سرقة الاثار فان التحقيق فيها يجري على وفق القواعد العامة في قانون

(٩٦) المادة (٤٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٩٧) المادة (٥٠) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٩٨) عهد قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي مهمة التحقيق اصلاً الى قضاة التحقيق والمحققون بسبب تبني العراق مذهب الفصل بين سلطة الاتهام والتحقيق اما في مصر فان القضاة لا يتولون التحقيق الابتدائي الا على سبيل الاستثناء في الجنائيات والجرح ويجوز القانون الاجرائي المصري اجراء التحقيق من قبل مستشار المحكمة الاستئنافية المنتدب في الدعوى المتطلبه خبره وبذلك تكون النيابة العامة هي المختصة اصلاً بالتحقيق الابتدائي الذي لم يوجبه المشرع المصري الا في الجنائيات .د. حسن بشيت حوين: ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة التحقيق الابتدائي، الجزء الاول، ط١ (مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨) ص ٤١ وما بعدها.

(٩٩) المادة (٥١، أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(١٠٠) المادة (٥١، ج) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي .

(١٠١) المادة (٣) من قانون الادعاء العام العراقي .

(١٠٢) المادة (٣٥، ٢) من قانون التنظيم القضائي العراقي، و حلت عبارة رئيس مجلس القضاء الاعلى محل عبارة وزير العدل استنادا الى المادة (٩٠) من دستور جمهورية العراق ٢٠٠٥ «يتولى مجلس القضاء الاعلى ادارة شؤون الهيئات القضائية، وينظم القانون، طريقة تكوينه واختصاصاته، وقواعد سير العمل فيه». وامر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣٥) اعادة تشكيل مجلس القضاء، المنشور في الوقائع العراقية العدد(٣٩٨٠) في ١٨ / ايلول / ٢٠٠٣. بحيث يتولى هذا المجلس وبالاستناد الى القسم (١) من هذا الامر «... مجلس القضاء ... المكلف بالاشراف على جهازي القضاء والادعاء العام في العراق، يؤدي المجلس وظائفه بشكل مستقل عن وزارة العدل».

أصول المحاكمات الجزائية المتعلقة بالتحقيق هي المطبقة في هذا الحال.

الفرع الثالث: المواجهة الاجرائية لجريمة سرقة الاثار خلال مرحلة المحاكمة.

بعد وصول الدعوى الجزائية الى محكمة الموضوع تبدأ المرحلة الثانية من مراحل الدعوى الجزائية بعد مرحلة التحقيق الابتدائي، وتتطلق هذه المرحلة بالتحقيق القضائي وتنتهي بالحكم، وبعد اصدار الحكم تبدأ مرحلة جديدة، وهي مرحلة الطعن التي تلي مرحلة اصدار (الاحكام)^(١٠٣)، وفي هذه المرحلة تطبق القواعد العامة الواردة في قانون اصول المحاكمات الجزائية .

وحسب الاختصاص الذي يعني المعيار الذي يحدد نطاق تطبيق (الولاية القضائية)^(١٠٤) بحيث يقتصر على نوع معين من الصلاحيات المخولة بموجب هذه الولاية ويبين حدودها فيختص القاضي بقدر معين من هذه الولاية تخوله النظر في دعاوى معينة وفي الحدود التي يرسمها القانون^(١٠٥).

والجهات المختصة أصلاً للنظر بالجنايات والجنح هي محكمة الجنايات ومحكمة الجنح التي يكون لها الاختصاص الأصيل، الا ان هذا الأصل يرد عليه استثناء يخرج بعض الجرائم ليحدد اختصاص النظر بها الى محاكم اخرى وبموجب نصوص قانونية صريحة تحدد ذلك الاختصاص الاستثنائي^(١٠٦).

ويحدد الاختصاص للنظر بنوع معين من الجرائم لجهة قضائية معينة بنص خاص، الا ان السبب الذي يحمل المشرع على ذلك يختلف من محكمة الى اخرى، فقد يكون السبب هو الطبيعة التي تتميز بها نوع معين من الجرائم كجرائم امن الدولة التي تهدف الاضرار بأمن الدولة سواء من جهة الداخل ام الخارج^(١٠٧).

المطلب الثاني: المواجهة الموضوعية لجريمة سرقة الاثار العقوبات الأصلية

يقصد بالعقوبة الأصلية كل جزاء أنص لأعليه المشرع وقدره للجريمة ويجب على القاضي ان يحكم بها عند ثبوت ادانة المتهم ولا يمكن تنفيذها على المحكوم عليها الا إذا نص عليها القاضي صراحة في حكمه ويمكن أن يقتصر عليها الحكم النهائي دون أن يكون الحكم قابلاً للطعن لأنها الجزاء المفروض في القانون للجرائم ايأ كان نوعها وتحقيق (١٠٣) الحكم: القرار الصادر من المحكمة المختصة والمترتب عليه الفصل في موضوع الدعوى او في مسألة يلزم الفصل فيها قبل الولوج في الموضوع . د. عوض محمد عوض: المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية، المصدر السابق، ص ٧١٥ .

(١٠٤) الولاية القضائية: هي صلاحية مباشرة الوظيفة القضائية بصورة عامة . د . حاتم حسن بكار: اصول الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف ، الاسكندرية ٢٠٠٧، ص٥١٠ .
(١٠٥) د. مأمون محمد سلامة: الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ج ٢ ، منشورات جامعة بنغازي، بلا مكان، ١٩٧٤، ص ٤٠ .

(١٠٦) المادة (١٣٧ ، أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي «المحاكم الجزائية هي محكمة الجنح ومحكمة الجنايات ومحكمة التمييز وتختص هذه المحكمة بالنظر في جمع الدعاوى الجزائية الا ما استثنى بنص خاص» .
(١٠٧) كالمحكمة الجنائية العراقية العليا المشكلة بموجب القانون رقم(١٠) لسنة ٢٠٠٥ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد(٤٠٠٦) ١٨/١٠/٢٠٠٥، ومحكمة (امن الدولة) الملغاة التي تشكلت في العراق بموجب قانون السلامة الوطنية رقم (٤) لسنة ١٩٦٥، وتقابلها في مصر محكمة امن الدولة المشكلة بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٥٨ .

الأغراض المتوخاة من العقاب^(١٠٨) وتتمثل العقوبات الأصلية بالعقوبات البدنية والسالبة للحرية والعقوبات المالية حيث تتمثل العقوبات البدنية بالإعدام ، والعقوبات السالبة للحرية بالسجن والحبس ، والعقوبات المالية بالغرامة، والعقوبات الأصلية التي قررها المشرع العراقي لجريمة سرقة الأثار هي الإعدام والسجن والغرامة^(١٠٩).

الفرع الأول: الإعدام

الإعدام هو من العقوبات السالبة للحياة ويقصد به شنق المحكوم عليه حتى الموت^(١١٠)، والمشرع العراقي في قانون الآثار^(١١١) قد نص على عقوبة الإعدام لكل من أثبتت إدانته بجريمة سرقة الأثار التي نص عليها القانون وحصلت السرقة بالتهديد أو الأكره سواء أكان أكره مادي أو معنوي أو حصلت من شخصين فأكثر وكان أحدهم يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً ، ولم ينص المشرع الأردني والمصري على مثل هذه العقوبة بل اكتفى بالسجن والغرامة^(١١٢).

ولا بد من الإشارة الى الأمر « ٧ لسنة ٢٠٠٣ القسم ٣،١ منه و الصادر من سلطة الائتلاف والذي علق العمل بعقوبة الإعدام وأن أمر مجلس الوزراء رقم (٣) في ٢٠٠٤/٨/٨ و المتعلق بإعادة عقوبة الإعدام لا تشمل هذه الإعادة إلا الجرائم المحددة في هذا القرار و لم يكن منها «قانون الآثار و التراث رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢»^(١١٣) .

الفرع الثاني: السجن

السجن هو احد صور العقوبات السالبة للحرية ويقصد به ايداع المحكوم عليه في

(١٠٨) د. علي حسين خلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، مبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ٤١٤ .

(١٠٩) ويسلك قانون الآثار المصري رقم (٣) لعام ٢٠١٠ ، اتجاه التشدد في المعاقبة على سرقة الأثار .

(١١٠) المادة ٨٦ من قانون العقوبات العراقي .

(١١١) المادة (٤٠) أولاً-... وتكون العقوبة الإعدام إذا حصلت السرقة بالتهديد أو الأكره أو من شخصين فأكثر وكان أحدهم يحمل سلاحاً ظاهراً أو مخبأً .

(١١٢) المادة (٢٦) أ، ٨، من القانون الأردني و المادة (٤٢) أ من القانون المصري .

(١١٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم (٢٥) بتاريخ ٢٠٠٦ « لدى التدقيق و المداولة من قبل الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية وجد انه سبق لها و أن أصدرت قرارها بالعدد ٢/هيئة عامة/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٧/٥ و القاضي بنقض كافة القرارات الصادرة من محكمة جنابات الديوانية بالعدد ٤٤٩/ج/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١١/١٣ و استناداً لأحكام المادة ٢٥٩،١ - ٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية كون المحكمة المذكورة كانت قد أدانت المتهمين(ي.خ) و (ح.ك) و (ع.ص) وفق المادة ٤١، أولاً من الأثار رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢ و استناداً بالمواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ من قانون العقوبات و حكمت عليهم بالإعدام شنفاً حتى الموت، و حيث أن الأمر ٧ لسنة ٢٠٠٣ القسم ٣،١ منه و الصادر من سلطة الائتلاف علق عقوبة الإعدام و لا مجال للحكم بالعقوبة المنكورة على هذه الواقعة كما أن الجريمة المنسوبة إلى المتهمين وقعت بتاريخ ٢٠٠٤/٨/١١ و أن أمر مجلس الوزراء رقم ٣ و الصادر في ٢٠٠٤/٨/٨ و المتعلق بإعادة عقوبة الإعدام لا يشمل العقوبة الواردة بالمادة ٤٠، أولاً من قانون الآثار و التراث و حصر إعادة العمل بعقوبة الإعدام على عدد من الجرائم الواردة في قانون العقوبات و عقوبة المتاجرة بالمخدرات لغرض تمويل الإرهاب وان الجريمة المذكورة ليست من بينها لذا قررت الهيئة العامة بقرارها الموصوف أعلاه إعادة الدعوى إلى محكمتها لأجراء المحاكمة بحق المتهمين وفق المنوال المتقدم و بعد إجراء المحاكمة مجدداً فقد اتبعت محكمة جنابات الديوانية بموجب قرارها الصادر بالعدد ٤٤٩/ج/٢٠٠٤ في ٢٠٠٥/٥/٢٢ قرار الهيئة العامة المرقم ٢/هـ ع/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٧/٥ بإدانة المتهمين كل من (ي.خ) و (ح.ك) و (ع.ص) وفق المادة ٤١، أولاً من قانون الآثار و التراث و حكمت على كل واحد منهما بالسجن المؤبد و حيث أن الحكم المذكور جاء إتباعاً لقرار الهيئة المذكور و لموافقة كافة القرارات الصادرة بالدعوى لأحكام القانون قرر تصديقها تطبيقاً لأحكام المادة ٢٥٩،١ - ١ من قانون الأصول الجزائية و صدر القرار بالاتفاق في ١ جمادى الأولى، ١٤٢٧ هـ الموافق ٢٠٠٦/٥/٢٩ م.

أحدى الإصلاحات العقابية المخصصة لهذا الغرض^(١١٤) لتمضية مدة العقوبة .
والمشروع العراقي في قانون الآثار قد نص على عقوبة السجن لكل من تثبت إدانته
بجريمة سرقة الآثار التي نص عليها القانون وقد جعل المشروع العراقي الحد الأدنى
لعقوبة السجن هي السجن المؤبد والبالغة (عشرين عام)^(١١٥) كحد أقصى في حالة ارتكاب
الجريمة من قبل المكلفين بإدارة أو حفظ أو حراسة الآثار سواء أكانوا موظفين أم مكلفين
بخدمة عامة^(١١٦).

وكذلك عاقب المشروع العراقي على مرتكب الجريمة من غير ما ذكروا اعلاه
بعقوبة السجن المؤقت لمدة لا تزيد خمسة عشر سنة ولا تقل سبع سنين^(١١٧) وعاقب
المشروع العراقي الشريك في جريمة السرقة بنفس عقوبة الفاعل الاصيلي^(١١٨).
ويسلك قانون الآثار المصري رقم (٣) لعام ٢٠١٠ ، اتجاه التشديد في المعاقبة
على سرقة الآثار فالمادة (٤٢) مكررا منه تعاقب بالسجن ، وبغرامة لا تقل عن خمسين
ألف جنيه ولا تزيد على مئتين وخمسين ألف جنيه من سرق أثراً أو جزءاً من أثر مملوك
للدولة ، ومن علامات التشديد لدى قانون الآثار المصري أنه عاقب على سرقة الآثار
بالسجن كما رفع الحد الأدنى للغرامة وجعل الجمع بين العقوبتين المانعة للحرية والعقوبة
المالية أمراً وجوبياً .

الفرع الثالث: الغرامة

يقصد بالغرامة إلزام المحكوم عليه بأن يدفع المبلغ المقرر بالحكم لخزينة الدولة
وهي عقوبة عامة قابلة للتطبيق على الجرائم بوجه عام سواء أكانت الجريمة جنائية أم
جنحة أم مخالفة وتتمثل في ذاتها عقوبة مالية لأنها تقوم على إنقاص الجانب الإيجابي
من ذمة المحكوم عليه المالية وتعد عقوبة أصلية أفي الجرائم التي من نوع الجرح وذلك
في الأحوال التي يقرها القانون للعقاب أو في الأحوال التي تكون فيها الغرامة عقوبة
إضافية مع الحبس وهو الغالب سواء أكانت وجوبية أم جوازية^(١١٩).

وبحسب القانون العراقي فإنه لم ينص على عقوبة الغرامة لجريمة سرقة الآثار
على العكس من المشروع المقارن^(١٢٠)، إلا أن المشروع العراقي استخدام مصطلح (التعويض)
بدلاً من مصطلح (الغرامة) في القانون بنصه على (... وبتعويض مقداره ستة اضعاف
القيمة المقدرة للأثر في حاله عدم استرداده)^(١٢١) رغم انه نص على هذه العقوبة في

(١١٤) د. محمد زكي ابو عامر ود. سليمان عبد المنعم ، القسم العام في قانون العقوبات ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية
٢٠٠٢ ، ص ٥٨٣.

(١١٥) انظر المادة (٨٧) من قانون العقوبات العراقي .

(١١٦) انظر المادة (٤٠) اولا من القانون الآثار العراقي والمادة (٤٢) ج من القانون الآثار المصري .

(١١٧) انظر المادة (٤٠) اولا من القانون الآثار العراقي والمادة (٤٢) من القانون الآثار المصري والمادة (٢٦- أ) من
القانون الآثار الأردني .

(١١٨) انظر المادة (٤٠) ثانياً من القانون الآثار العراقي والمادة (٤٢) أ من القانون الآثار المصري .

(١١٩) د. محمد زكي أبو عامر ود. سليمان عبد المنعم ، المصدر السابق ، ص ٥٩٣ .

(١٢٠) انظر المادة (٤٢) من القانون الآثار المصري والمادة (٢٦) أ من القانون الآثار الأردني .

(١٢١) المادة ٤٠ اولا من القانون الآثار العراقي .

جرائم اخرى متعلقة بالآثار^(١٢٢) وكان الاجدر به ان يستعمل كلمة الغرامة بدلاً من التعويض لأن التعويض في الامور المدنية وكذلك انه اشترطه في حالة عدم استرداد الآثار وهذا موقف مننقد فكان الاجدر بالمشرع ان يعاقب الجاني بالعقوبة حتى في حالة الاسترداد لان هدف الجاني الاساسي هو الربح الوفير من ارتكاب هذه الجريمة كما فعل المشرع في القانون الملغي بنصه على ان (ويغرم مبلغا يعادل ستة اضعاف القيمة المقدرة للآثر المسروق)^(١٢٣) , وكذلك نص المادة (٤٢) من قانون الآثار المصري .

المطلب الثاني: العقوبات التكميلية

يقصد بالعقوبات التكميلية هي جزاءات ثانوية تديمية تتفق مع العقوبات التبعية في أنه ألا تأتي بمفردها بل تابعة للعقوبة الأصلية ولكنها لا تلحق المحكوم عليه بقوة القانون بل يجب أن ينص عليها القاضي صراحة في حكمه المتضمن للعقوبة الأصلية^(١٢٤).

الفرع الأول: الحرمان من بعض الحقوق والمزايا

نصت المادة (١٠٠) من قانون العقوبات العراقي النافذ على أن « للمحكمة عند الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت أو بالحبس مدة تزيد على سنة أن تقرر حرمان المحكوم عليه من حق أو أكثر من الحقوق المبينة أدناه لمدة لا تزيد على سنتين ابتداءً من تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو من تاريخ انقضائها لأي سبب كان»^(١٢٥).

ومضمون هذه العقوبة هو حرمان المحكوم عليه من بعض الحقوق والمزايا بصورة تؤدي إلى تضيق دائرة نشاطه في المجتمع والحيلولة أبنه وبين استغلال إمكاناته . ولم ينص القانون الخاص بجرائم الآثار على مثل هذه العقوبة إلا إنه ما دامت جريمة السرقة هي أمن نوع الجنایات والعقوبة المحددة لها هي الاعدام والسجن المؤبد او المؤقت فيمكن أن توقع المحكمة مثل هذه العقوبة بحسب المادة السابقة وهذه الحقوق نصت عليها المادة (١٠٠) من القانون وهي :-

١. تولي بعض الوظائف والخدمات العامة .
٢. حمل أوسمة وطنية أو أجنبية .
٣. حمل سلاح .
٤. الحقوق والمزايا المذكورة في المادة (٩٦) كلاً أو بعضاً^(١٢٦).

(١٢٢) لمادة ٤١ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧ ، ٤٥ ، من القانون الآثار العراقي

(١٢٣) المادة ٦٠ ثانياً من قانون الآثار العراقي الملغي .

(١٢٤) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، المصدر السابق ، ص ٤٣٦ .

(١٢٥) الغي نص المادة (١٠٠) وحل محلها النص أعلاه بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) بالرقم ٩٩٧ في ٣٠ / ٧ / ١٩٧٨ والمنشور بالوقائع العراقية بالعدد ٢٦٦٧ في ٧ ، ٩ ، ١٩٧٨ .

(١٢٦) نصت المادة (٩٦) الخاصة بالعقوبات التبعية من قانون العقوبات العراقي على مجموعة من الحقوق والمزايا وهي :-
أ- الوظائف والخدمات التي كان يتولاها .

ب- أن يكون ناخباً أو منتخباً في المجالس التمثيلية .

ج- أن يكون عضواً في المجلس الإدارية أو البلدية أو إحدى الشركات أو مديراً لها .

د- أن يكون وصياً أو قياً أو وكيلاً .

هـ- أن يكون مالكاً أو ناشراً أو رئيساً لتحرير إحدى الصحف .

على أن عقوبة الحرمان وفقاً للقانون يشترط فيها أن لا تزيد مدتها على السنتين كما يجب على المحكمة المختصة أن تبين في قرار الحكم ماهية الوظيفة أو الخدمة العامة التي يحرم المحكوم عليه من مزاولتها بعد اخلاء سبيله من السجن وكذلك اذا افرج عن المحكوم عليه إفراجاً شرطياً فأن مدة الحرمان المقررة من المحكمة أتبداً من تاريخ إخلاء سبيل من السجن فإن صدر قرار بإلغاء الإفراج الشرطي لأي سبب كان و تنفيذاً ما أوقف من العقوبة الأصلية فأن مدة الحرمان تبتداً من جديد من تاريخ إكماله أمدة محكوميته^(١٢٧).

الفرع الثاني: المصادرة

المصادرة بحسب الأصل عقوبة مالية كالغرامة ويمكن تعريفها بأنها الاستيلاء على مال المحكوم لأعليه و انتقال ملكيته إلى الدولة بدوان أي تعويض^(١٢٨)، أي إضافة مال الجاني إلى مال الدولة دون مقابل .

وتختلف المصادرة عن الغرامة في أنها عقوبة عينية تنصب على الآلات والوسائل التي استعملت في الجريمة بينما الغرامة في أغلب الأحيان عقوبة نقدية تنصب على الذمة المالية للمحكوم عليه وأن المصادرة هي عقوبة تكميلية أتتبع على الدوام عقوبة اخرى أصلية في حين أن الغرامة تشكل بنفسها عقوبة أصلية^(١٢٩).

والمصادرة من حيث الأموال التي تقع عليها تقسم إلى نوعين :- عامة تنصب على جميع ما يملكه المحكوم عليه أو جزء يمثل نسبة أو حصة منها كنصفه أو ثلثه أو رבעه وخاصة تنصب على مال أو شيء معين بذاته سواء أكان هذا الشيء مستعمل في الجريمة أم معداً لهذا الأستعمال أو ناتجاً عنها.

وقد أشارت أمحكمة النقض المصرية إلى ذلك في قرار لها (إن المصادرة أجراء الغرض منه تمليك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بجريمة قهراً على صاحبها بغير مقابل , وهي عقوبة اختيارية تكميلية في الجنایات والجنح إلا اذا نص القانون على غير ذلك فلا يجوز الحكم بها إلا على شخص تثبت إدانته وقضى عليه بعقوبة أصلية)^(١٣٠).

والهدف من المصادرة هو غلق الأبواب وسد الطرق أمام محاولات مرتكبي جرائم سرقة الأثار من تهريب الأموال او غسلها والتي يجري جنيتها من هذه التجارة بأي صورة عليها تلك الأموال سواء كانت نقدية أم في شكل أعيان أو عوائد أو وسائل كالأجهزة الإلكترونية.

ونلاحظ إن قانون الأثار العراقي لم لأینص صراحةً على الحكم بالمصادرة وترك الأمر لحكم القواعد العامة التي يذكرها قانون العقوبات وهو موقف منتقد فكان من

(١٢٧) ينظر المادة (١٠٠) فقرة (ج) من قانون العقوبات العراقي .

(١٢٨) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، المصدر السابق ، ص٤٣٨ .

(١٢٩) لمزيد من التفصيل انظر زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم ، المصدر السابق ، ص٦٠١ و د. عبد الرزاق الحديثي ، قانون العقوبات ، جرائم الاقتصادية، مطبعة وزارة التعليم ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٧ ، ص٤٤٠-٤٤١ .

(١٣٠) طعن ٤٦٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣، ١٠، ١٢، انظر د. سمير محمد عبد الغني ، جرائم المخدرات ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٦ ، ص٢٢٠ .

الأفضل النص في القانون على المصادرة وجعلها وجوبية كما فعل المشرع المقارن^(١٣١) وكذلك المشرع المصري أوجب المصادرة التي تشمل محل الجريمة والأدوات والآلات والسيارات والأجهزة المستخدمة في الجريمة .

ونستنتج أن جريمة سرقة الأثار , هي جريمة سرقة بالمعنى التقليدي للسرقة , إلا أنها تفترض أن يكون محلها أشياء أثرية منقولة لذلك و بأعتبارها من أكثر الجرائم شيوعاً ضد الاثار , لا بد من أجل ردع مرتكبيها بشكل مناسب , أن تنص القوانين صراحة على تجريمها والعاقب عليها في قانون الاثار كقانون خاص بحماية الأثار , كما يفترض أن تعتبر الأشياء المفصولة عن الأثار الثابتة أشياء منقولة ولا تعتبر بحكم الأثار الثابتة تسهياً لتطبيق القانون على جرائم السرقة التي يكون محلها أشياء أثرية هي عبارة عن أجزاء من أثار ثابتة .

١٣١ () المادة (٢٦) ب من القانون الاردني والمادة (٤٢) أ من القانون المصري .

الخاتمة

أولاً :- الاستنتاجات .

إن جريمة سرقة الآثار نطاقه واسع ويكاد يمتد الى العالم بأسره وتضر بالمصلحة العامة ككل والغرض من ارتكابها سلب حضارات الشعوب ومقوماتها والانتفاع المادي الغير مشروع .

شرعت الدول ومن ضمنها العراق تشريعات خاصة بحماية الآثار ولم تترك تطبيقها الى القواعد العامة في قانون العقوبات .

عرف الآثار في القانون العراقي بأنها (الاموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها او صنعها او نحتها وأنتجها او كتبها او رسمها او صورها الانسان ولا يقل عمرها عن (٢٠٠) مئتي سنة وكذلك الهياكل البشرية الحيوانية والنباتية) .

لغرض تطبيق قانون الآثار على جرائم السرقة لابد ان يكون الاثر المسروق في حوزة السلطة المختصة .

المصلحة التي يسعى اليها المشرع من وراء تجريم سرقة الآثار هي حماية المصلحة العامة باعتبارها ثروة وطنية تضاف الى الثروات الاخرى .

علق العمل بعقوبة الإعدام وأن أمر مجلس الوزراء رقم (٣) في ٨,٨,٢٠٠٤ و المتعلق بإعادة عقوبة الإعدام لا تشمل هذه الإعادة إلا الجرائم المحددة في هذا القرار و لم يكن منها «قانون الآثار و التراث رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٢

ثانياً :- المقترحات .

١. نقترح على المشرع تعديل التعريف الوارد في قانون الآثار العراقي «رقم ٥(٥) لسنة ٢٠٠٢» وذلك بإضافة المفهوم القانوني للاموال المنقولة والتي تعد اثار باعتبار جريمة السرقة تقع عليها .

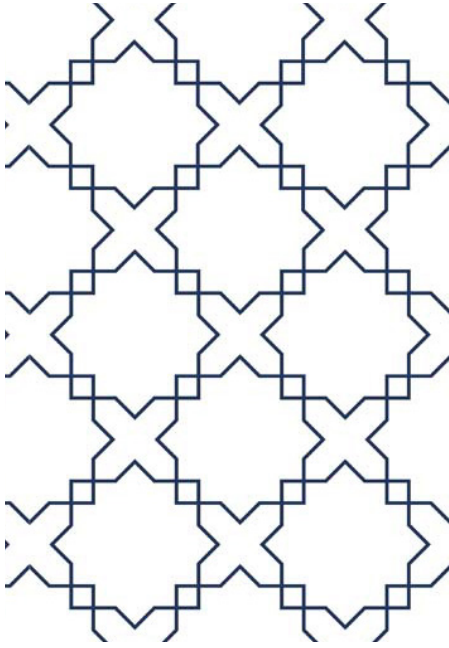
٢. وجوب سن مواد قانونية تضاف الى التشريعات المعنية بحماية الاثار , تعد الاعتداء على الاثار صورة من صور الجرائم الارهابية , لان غايتها تكمن في طمس ثقافة البلدان والقضاء على الحضارة بشتى أنواعها - لا سيما بعد الجرائم المتكررة على الصروح الحضارية من قبل التنظيمات الارهابية والتي أستغلت ثراء البلدان التاريخي والعريق والغني بالممتلكات الاثرية المهمة .

٣. التعاون الاقليمي والدولي بما يضمن خطة للمطالبة بأسترداد الاثار التي سرقت وهربت للخارج .

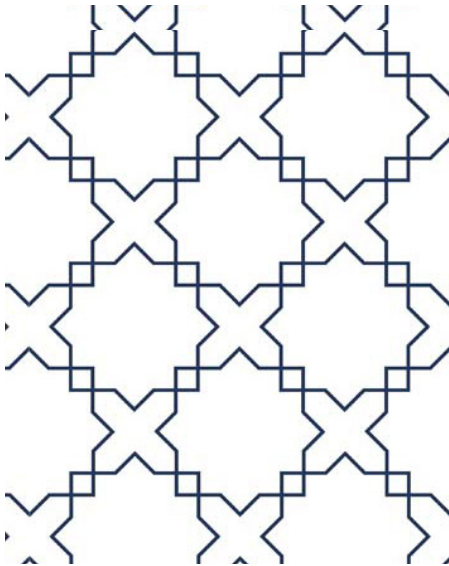
٤. النص على وجوبية الحكم بمصادرة الأموال والأشياء المتحصلة من الجريمة كما فعل المشرع المقارن .

٥. ضرورة تعديل نص عقوبة التعويض واستبدالها بكلمة الغرامة بدلاً من التعويض لان التعويض في الامور المدنية وشمولها للجاني حتى في حالة الاسترداد للآثار المسروقة .

٦. دعوة المشرع الى شمول اي شخص يرتكب جريمة سرقة الآثار حتى ولو لم تكن بحوزة السلطة المختصة بقانون الآثار الحالي بالنظر الى شدة العقوبات الواردة فيه.
٧. ضرورة معاقبة الشروع بارتكاب هذه الجريمة بعقوبة الجريمة الكاملة لما لها من اثارا سلبية على المجتمع والدولة والافراد ككل .
٨. ضرورة ان تتوجه الحكومة العراقية الى المجتمع الدولي والمطالبة بأعادة الآثار العراقية التي نهبت من العراق وباعتبار سرقة الآثار العراقية جريمة دولية.
٩. تحرك الحكومة العراقية على منظمة اليونسكو التي يمكن ان تمارس دورا على الدول التي تحتفظ ببعض القطع الاثرية المسروقة من العراق.
١٠. تشجيع المواطنين الذين يحتفظون بالقطع الأثرية وتقديم لهم مبالغ مالية ودون التعرض الشخص الذي يقوم بتسليم الآثار الى تبعات قانونية.
١١. توعية المواطن العراقي والتأكيد على العامل الوطني بان يكون له دور مهم في موضوع حماية تاريخ العراق والحفاظ على الآثار العراقية.



الملف السياسي



معضلة التنبؤ في العلاقات الدولية حدود النظريات والصعوبات المنهجية

THE PROBLEM OF FORECASTING IN INTERNATIONAL RELATIONS:
LIMITS OF THEORIES AND METHODOLOGICAL DIFFICULTIES

أ.م.د. عماد مؤيد جاسم
جامعة ديالى / كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

أظهر المجتمع الأكاديمي للعلاقات الدولية، ومنذ فترة مبكرة، إهتماماً كبيراً بجهود التأسيس لنظرية علمية تسمح بتقديم إطار تفسيري لدراسة الظواهر السياسية، فضلاً عن إيضاح الحدود المعرفية لهذا التخصص، لكن هذا لم يمنع إنشغاله أيضاً بمسعى الوصول إلى التنبؤ باعتبار أن تحقق هذا الغرض يعمل على إضافة طابع علمي أكثر تجريباً للنظرية يقترب من مستوى الدقة الذي تمتاز به نظريات العلوم التطبيقية. لكن مع ترسخ الإدراك أن الوقائع الدولية أثبتت عجز النظرية، أو قصورها عن توقع الكثير من الأحداث أو عدم كفاية فروضها لتفسير ظواهر السياسة الدولية أو تتبع التغيير غير الخطي، أخذ مجتمع العلاقات الدولية ببذل جهوداً أكبر في إنتاج دراسات تُعنى بالتنبؤ على أساس الإهتمام بنطاق بحثي أكثر تحديداً من الناحيتين الزمنية والمكانية من خلال التركيز على قضايا يسهل السيطرة على متغيراتها وإخضاعها للدراسة والتحليل، كما إستهدفت هذه الدراسات تعميم نتائجها على الحالات المماثلة، ومع ذلك، إعترتها أيضاً بعض مظاهر القصور.

Abstract

The academic community of international relations has shown, from an early period, great interest in efforts to establish a scientific theory that allows providing an explanatory framework for the study of political phenomena, as well as clarifying the epistemological limits of this discipline. But this did not prevent his preoccupation with the endeavor to reach prediction, considering that the achievement of this purpose adds a more abstract scientific character to the theory, close to the level of accuracy that characterizes the theories of applied sciences.

With the solidification of the realization that international facts proved the inability of the theory, or its failure to anticipate many events, or the inadequacy of its hypotheses to explain the phenomena of international politics or track non-linear change, the international relations community began to exert greater efforts in producing studies concerned with prediction based on interest in a more research scope, specifically in terms of time and space by focusing on issues that are easy to control its variables. These studies also aimed to generalize their results to similar cases. However, it also showed some shortcomings.

المقدمة

رغم أنّ حقل العلاقات الدولية باتّ في النصف الثاني من القرن العشرين مُنشغلاً إلى أبعد الحدود بإيجاد نظرية عامة تعمل على توضيح الحدود المنهجية لهذا التخصص بهدف تثبيته كإنضباط علمي إلى جوار العلوم الإنسانية الأخرى، وبداء أنّ هذا الإنشغال أو الهوس بالنظرية يكاد يكون محور إهتمامه المركزي دون ما عداه إلا أنّه مع ذلك أظهر إهتماماً آخر كان من الصعب عليه تجاهله. فعمله على بناء نظرية لم يكن من الممكن فصله عن الإهتمام بالتنبؤ باعتبار أن أي نظرية يعمل على تطويرها يُفترض أن تحتوي على رؤية للمستقبل على أساس إفتراضها أن هناك قوانين تحكم ديناميكية الظواهر التي تدرسها وبالتالي من الممكن توقع الأحداث على أساس هذه القوانين، ما يعني أنّ إهتمام حقل العلاقات الدولية بالتنبؤ لم يكن منفصلاً عن توجهه العلمي في بناء النظريات وإقامة الفروض، وأنّ الإهتمام بالتنبؤ سار إلى جوار الإهتمام بوضع نظرية عامة.

وقد كانت الجهود الأولى لوضع نظرية في العلاقات الدولية مدفوعة بالحاجة لإيجاد إطار تفسيري (Explanatory Framework) لظواهر السياسة الدولية بحيث يُمكن لهذا الإطار أن يكون فاعلاً في تقديم النصح والمشورة لصُناع القرار. مع ذلك، أسفرت هذه الجهود عن نظريات متعددة في طروحاتها ومنطقاتها الفكرية، إضافة إلى النظريات الوضعية العقلانية (المثالية والواقعية)، فضلاً عن أنّ الواقعية نفسها تنوّعت ما بين الكلاسيكية والبنوية والكلاسيكية-البنوية، ظهرت إلى جوار ذلك، الليبرالية والمؤسسية والبنائية وغيرها، ما كان يعني أنّ حقل العلاقات الدولية غنيّ بنظرياته وطروحاته، لكن مثلما كانت هذه النظريات عامل إثراء للمجتمع الأكاديمي كانت في ذات الوقت مؤشراً واضحاً لحالة التعقيد التي تهيمن على دراسة السياسة الدولية وأنّه من الصعب إحتواء مظاهرها بنظرية واحدة وبالتالي من غير الممكن الإتفاق على وجود قوانين واحدة يُمكن الركون إليها باعتبارها تُحقق غرض التنبؤ.

إشكالية البحث

يتضح مما ذكر أعلاه أنّ محاولات تأطير نظرية متكاملة عند بعض العلماء لم يكن منفصلاً عن تحقيق شرط القدرة على التنبؤ، بمعنى أنّ تحقق الأخير، القدرة على التوقع الصحيح، كأنما بات شرطاً لازماً للحكم على جودة النظرية ودقة فروضها، وعلى هذا الأساس تتمثل إشكالية البحث هنا في محاولة الإجابة على سؤال مركزي هو: هل أنّ نظريات العلاقات الدولية على وجه الخصوص مُهيأة للتنبؤ؟ ويتفرع من هذا السؤال المركزي مجموعة من الأسئلة الفرعية المرتبطة به والتي نحاول أيضاً الإجابة عليها وهي:

ما حاجة العلاقات الدولية للنظرية؟ هل من أجل تقديم التفسير أم لتحقيق غرض التنبؤ؟ وهل من الممكن وضع تنبؤات أو توقعات إعتيادية على توظيف النظرية؟ هل أنّ التلازم بين النظرية في العلاقات الدولية وشرط التنبؤ ضروري وحتمي، أم

من الممكن بناء نظرية تختص بتحقيق الغرض التفسيري دون أن تكون مطالبة بتقديم توقعات وتنبؤات للمستقبل؟
هل هناك مداخل منهجية أو مقاربات تجريبية في العلاقات الدولية حققت فرصاً في التنبؤ أفضل من جهود بناء النظرية؟

فرضية البحث

تتمثل فرضية البحث في «إنّ معضلة التنبؤ في العلاقات الدولية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بإشكالية عدم إكمال بناء النظرية. وطالما أنّ النظرية تحتوي على قصور وعيوب في إفتراضاتها وتفسيرها للقوانين الحاكمة للظواهر السياسية، من الصعب حينئذ أن يكون التنبؤ أحد ممارساتها الموثوقة». وعلى أساس إفتراضنا أنّ النظرية قاصرة عن تحقيق التنبؤ، نفترض أيضاً «أنّ الدراسات التخصصية، والتي لا يُشترط أن تستند فروضها بالكامل إلى نظرية مُحددة في العلاقات الدولية، والتي تكفي بدراسة قضية أو ظاهرة سياسية مُحددة مكانياً وزمنياً يُمكن أن تُحقق دقة في التنبؤ أفضل من النظرية».

منهجية البحث

تطلب البحث إجراء نوع من المراجعة الأكاديمية لجهود العلماء في مجال تأطير النظرية في العلاقات الدولية فضلاً عن مراجعة الجهود الأخرى ذات الصلة بأعمال التنبؤ وهي الممارسات العملية التي إرتبطت بالمدرسة السلوكية بهدف الوصول إلى فكرة عن طبيعة الجهود المبذولة في هذا الإطار، وضمن هذا المسعى، تم إستخدام المنهج التحليلي - الوصفي في إيضاح هذه الجهود فضلاً عن تحليل الغاية من وجود النظرية في العلاقات الدولية، وإستعراض بعض الدراسات التي يُمكن أن توصف بأنها دراسات تنبؤية.

هيكلية البحث

إنقسم البحث إلى أربع محاور، عالج المحور (أولاً) إشكالية التنبؤ لدى المجتمع الأكاديمي للعلاقات الدولية من خلال مناقشة الجهود المبكرة في صياغة النظرية والأغراض العلمية التي تسعى إلى تحقيقها، أما المحور (ثانياً) فتطرق إلى جهود المدرسة السلوكية في مجال التنبؤ والتي ركزت على الأعمال القياسية-الإحصائية كمنهاج تجريبي سعى إلى توخي الدقة في أعماله، أما المحور (ثالثاً) فكان أن إختص بالتركيز على الدراسات التنبؤية التخصصية في العلاقات الدولية والتي أبدت إهتماماً بقضايا محددة مثل الصراع والحروب الاهلية، أما في المحور (رابعاً)، فقد تم تسليط الضوء على بعض المعوقات التي قد تحرف التنبؤات عن مسارها الصحيح نتيجة التعقيد في النمذجة الرياضية أو أن يكون للقيم والأحكام الشخصية دوراً في تصميم شكل النموذج التنبؤي ما يؤدي إلى مخرجات وإستنتاجات مغلوطة.

أولاً: المجتمع الأكاديمي للعلاقات الدولية وإشكالية التنبؤ

في أواخر السبعينيات من القرن الماضي كتب (جون فريمان-Freeman) و(براين جوب-Job) مقالاً أكدوا فيه أنه مع استمرار تأثيرات التكنولوجيا والنمو السكاني واستهلاك الموارد في إدامة التغيير وخلق حالة من عدم اليقين في البيئة العالمية، يُطلب من صانع السياسة بشكل متزايد الإدلاء بتصريحات حول المستقبل، ويتطلع صناع القرار بدورهم إلى علماء الاجتماع والسياسة للحصول على إرشادات تتعلق بكل من محتوى ومنهجية الإستشراف والتنبؤ. ومع ذلك، «لم يقدم لهم مجتمع العلاقات الدولية الأكاديمي حتى الآن سوى القليل من المساعدة المفيدة»⁽¹⁾. قد تكون هذه الكلمات عامل إحباط أن المساهمات التي قدمها العلماء في حقل العلاقات الدولية بما فيها النظريات لم تكن ذات عون كبير لصناع القرار أو لم يتم الاستفادة منها بشكل كافي من قبل المختصين لشرح وتحليل متغيرات البيئة العالمية وتقديم إستشراف صحيح للمستقبل، وهذا على أساس الإفتراض أن النظرية في العلاقات الدولية وُجدت لأغراض التفسير والتنبؤ وليس لتحليل أنماط الظواهر السياسية فحسب.

وربما هناك بعض العزاء الذي يُقلل من درجة الإحباط في أن الفارق الزمني بين الأمس والحاضر يُمكن أن يكون مشجعاً على الإفتراض أن الأحكام قد تغيرت، باعتبار أن العالم بعدها شهد تطوراً علمياً غير مسبوق، ما يعني أن حقل العلاقات الدولية وحقل العلوم السياسية بشكل عام بات بحوزتهما الآن ذخيرة من البيانات والطرائق العلمية فضلاً عن الثورة في علم الحاسوب، وهو ما يفترض أن النظرية بات بإمكانها تجاوز الإكتفاء بالتفسير فقط وأن تطمح أكثر بالعمل على التنبؤ بشكل صحيح، لكن مع ذلك، يُفيد الواقع أن نظريات العلاقات الدولية لم تتجو من الإتهام بضعف قدرتها على التنبؤ. ولعل من المؤشرات المبررة لهذا الواقع أن (جاكلين ستيفنز-Stevens)⁽²⁾، إنتقدت علماء السياسة في العام ٢٠١٢ واصفة إياهم بأنهم «متنبئين من درجة رديئة» "Lousy Forecasters"⁽³⁾.

ورغم أن إنتقاد (ستيفنز) لم يكن على مستوى الإتهام الموجه للنظرية في العلاقات الدولية، إلا إن النظرية، مع ذلك، لم تتجو من إتهام آخر أكثر حدة طالها بعد فترة وجيزة وكشفت عنه المناقشات الأكاديمية التي تعرّضت لدراسة المعضلة التي رافقت حقل العلاقات الدولية في إفتقاره للنظرية المتكاملة التي تسمح ببناء إطار واقعي ومنطقي

(1) John R. Freeman and Brian L. Job, *Scientific Forecasts in International Relations: Problems of Definition and Epistemology*, *International Studies Quarterly*, Volume (23), Issue (1), March, 1979, P 113.

(2) (جاكلين ستيفنز) بروفيسور في العلوم السياسية في جامعة (نورثويسترن-Northwestern) في ولاية (إيلينويس-Illinois) الأمريكية، وهذه الجامعة تُعد واحدة من أفضل (٢٥) جامعة في العالم حسب تصنيف مجلة (Times) لمؤسسات التعليم العالي، ولعل من أشهر أساتذة العلوم السياسية الذين عملوا في هذه الجامعة كان (كينيث تومبسون-Thompson)، أحد رواد المدرسة الواقعية الكلاسيكية، وتلميذ (هانز مورغنثاو) الذي شاركه في تأليف الكتاب المعنون (مبادئ ومشكلات السياسة الدولية) عام ١٩٥٠.

(3) Jacqueline Stevens, *Political Scientists Are Lousy Forecasters*, *The New York Times*, June ,23 2012, At: <https://nyti.ms/3Gs84Tr>

للتنبؤ، إلى الحد الذي تجرأت فيه هذه المناقشات إلى الإعراف صراحة بما أسّمتها (نهاية النظرية في العلاقات الدولية)^(٤)، وبغض النظر عن حقيقة أنّ الجهود الأكاديمية والعلمية في العلوم السياسية بشكل عام والعلاقات الدولية بشكل خاص، هي في حالة تحقق مستمر من الظواهر والقوانين ولا يُمكن أن تدعي الوصول إلى الحقيقة المطلقة، وهذه العملية ساعدت إلى حد كبير في إتخاذ قرارات كانت صحيحة من وجهة نظر متخذيها ومجتمع السياسة الداخلي، وأنّ الدراسات الأكاديمية السياسية حول التوقع حققت بعض قصص النجاح، إلا أن هذا لا يلغي حقيقة أنّ التنبؤ يُعد معضلة أكيدة في حقل العلاقات الدولية.

ولعل الشيء المتفق عليه لدى جميع الأكاديميين أنّ الإهتمام بالتنبؤ في حقل العلاقات الدولية، لم يكن ترفاً فكرياً بقدر ما ارتبط بتحقيق غاية ذات منفعة عملية تتمثل في العمل على تقليل حالة عدم اليقين وتجنب المضاربة والمخاطر غير الضرورية. إذ يسعى التنبؤ إلى تحقيق أربع أغراض تتمثل في: فهم المجهول، التحكم في النتائج المستقبلية، فهم الديناميكيات العامة للنظام لتقدير الظروف الحالية، والتخطيط للمستقبل القريب. ولهذا، أبدى حقل العلاقات الدولية، ومنذ فترة مبكرة تركيزاً على تحقيق هذه الغاية وعملاً على تطوير وإبتكار منهجيات متعددة للتنبؤ تراوحت ما بين أقلها منهجية وانتظاماً إلى أكثرها إنضباطاً وصرامة، وهي المعيارية (normative)، والاستكشافية - الإسقاطية (exploratory projective)، ومنهجيات قائمة على استخدام النماذج (model based) (الإحصائية والوظيفية)، فضلاً عن المحاكاة والذكاء الاصطناعي^(٥).

ومن المعلوم أنّ أي إنضباط علمي (Academic Discipline) عندما ينضج، يُصبح التنبؤ أحد ممارساته المعيارية والروتينية، ولعل مجال العلاقات الدولية حاول بشكل مُجهد التحول إلى إنضباط رغم المعوقات المنهجية والصعوبات المعرفية، التي على ما يبدو لم تمنع إهتمامه المتزايد بالتنبؤ لتلبية لطموحات مجتمع السياسات الذي كان يأمل من أبحاث العلاقات الدولية أنّ تكون قادرة على توفير إنذار مبكر للنزاع والكوارث السياسية الأخرى، وهو ما كان يدفع بالمجتمع الأكاديمي إلى المشاركة بنشاط في تمارين التنبؤ (Forecasting Exercises)، وغالباً ما كانت الطريقة الأوفر حظاً في النجاح هو من خلال التركيز على قضايا مُحددة أكثر من الإعتماد على نظرية سائدة في العلاقات الدولية.

لهذا السبب نجد أنّ النجاحات التي حققتها بعض الدراسات في صواب توقعاتها إنّما بسبب تناولها لقضية مُحددة تحتوي على متغيرات قابلة للسيطرة على دراستها وضبطها

(٤) خصصت المجلة الأوروبية للعلاقات الدولية (EJIR) عدداً خاصاً صدر في العام ٢٠١٣ لمناقشة مظاهر القصور في نظريات العلاقات الدولية والأخطاء التي وقعت فيها هذه النظريات، وأن حالة القلق التي أعربت عنها الأوراق العلمية المنشورة أكدت بما لا يدع مجالاً للشك أنّ النظريات بلغت مرحلة لا يُمكن بعدها أن تقدم شيئاً جديداً وأنّ جميع الإسهامات البحثية تدور حول إختبار فروض هذه النظريات أكثر مما تميل إلى تطويرها وتجديدها. للمزيد يُمكن الرجوع إلى:

European Journal of International Relations, Special Issue: The End of International Relations Theory, Volume (19), Issue (2013), (3), PP 665 – 405.

(5) Nazli Choucri, Forecasting in international relations: Problems and prospects, International Interactions: Empirical and Theoretical Research in International Relations, Volume (1), Issue (2) 1974, P 63.

بحثياً، ما يعني أن النجاح يرتبط بدراسة قضية ضمن نطاق زمني ومكاني مُحدد، أما أن تكون هناك نظرية سياسية عامة صالحة للتنبؤ فهذه مسألة تحوم حولها الكثير من الشكوك، سيما وأن الغاية من وضع النظرية في العلاقات الدولية مثلما كان يأمل العلماء المختصين ومنذ وقت مبكر هو من أجل التفسير والتحليل أكثر ما هو من أجل التنبؤ.

النظرية في العلاقات الدولية وطبيعتها غرضها العلمي

إن الصعوبات التي واجهها حقل العلاقات الدولية الأكاديمي في توفير المفاهيم والأطر التي تُسهل فهم أو حتى معالجة التغيير المتقطع وغير الخطي الذي قد تولده الأحداث النادرة مثل نهاية الحرب الباردة أو الهجمات الإرهابية في ١١ أيلول ٢٠٠١، ليست جديدة عليه أو طارئة، بل هي تكاد تكون متصلة بالمعوقات التقليدية الأساسية التي رافقت نشوءه وتأسيسه كتخصص علمي، علماً أنّ هذه ليست المرة الأولى التي يواجه فيها مجال العلاقات الدولية أزمة هوية، في الواقع يُمكن للمرء أن يُجادل بأن (العلاقات الدولية)، كتخصص أكاديمي، كان في أزمة هوية مستمرة، وهو ما يُفسر جزئياً هوس المجال المستمر بالنظرية.

إذ واجه مجال العلاقات الدولية، بعد الحرب العالمية الثانية، أزمة هوية عميقة حين لم يكن هناك وضوح حول الحدود المعرفية والمنهجية لهذا العلم، وعلى إثرها اعتقد عدد متزايد من العلماء أنه لا يمكن حل المعضلة وأزمة الهوية هذه إلا من خلال صياغة نظرية للسياسة الدولية، بإعتبار أنّ قيمة أي مجال أكاديمي يُصنف على أنه علم إنما تكمن في نظرياته التي يتمكن من وضعها، وأن وجود مثل هذه النظريات ستبين بشكل واضح حدوده ومنهجيّاته^(٦).

وعلى هذا الأساس خلص معظم العلماء المؤثرين في هذا المجال إلى أن التقدم، وحتى بقاء هذا الإنضباط، يتطلب نظرية عامة للعلاقات الدولية، وقد أدرك (ستانلي هوفمان - Hoffmann) هذه الحقيقة عندما كتب «لا يمكن حل المشكلات التي نواجهها في مجالنا إلا من خلال عمل نظري أكثر منهجية بكثير مما تم القيام به في الماضي، وهذه قناعة يُشاركني فيها معظم الكُتاب»، وأن «إمكانية اعتبار العلاقات الدولية مجالاً مستقلاً إلى حد كبير، ضمن علم السياسة المترامي الأطراف والفضفاض، هو ما يفسر الحاجة إلى النظرية»^(٧).

وعلى ما يبدو لم يكن وجود النظرية من عدمها هو المؤشر الوحيد على أزمة الهوية في حقل العلاقات الدولية، بل أنّ عدم إتفاق العلماء حول الغرض من النظرية كان يُسلط الضوء على بُعد آخر لهذه الأزمة ربما أكثر عمقاً. إذ اعتقد بعض العلماء أنّ النظرية ضرورية للإيضاح والتفسير، وهذا الموقف مثله بشكل إنموذجي كُُل من (جيمس

(6) Brian C. Schmidt, The Need for Theory: International Relations and the Council on Foreign Relations Study Group on the Theory of International Relations, 1954-1953, The International History Review, Volume (42), Issue (2020), (3), PP 590 - 589.

(7) Stanley H. Hoffmann, International Relations: The Long Road to Theory, World Politics Journal, Volume (11), Issue (3), April 1959, P 346.

دوغيرتي (Dougherty)، و (روبرت بفالتزغراف-Pfaltzgraff) اللذان أوضحا أنّ أهمية النظرية تكمن في أنّها عبارة عن «انعكاس منهجي للظواهر، مُصممة لتفسيرها وإظهار كيفية ارتباطها ببعضها البعض في نمط ذكي، بدلاً من كونها مجرد عناصر عشوائية في نظام غير متماسك»^(٨)، وبالمثل، كان كل من (بول فيوتي-Viotti) و (مارك كوبي-Kauppi) ينظران للنظرية باعتبارها «طريقة لجعل العالم أو جزء منه أكثر وضوحاً أو مفهوماً بشكل أفضل»^(٩).

ومن جانب آخر، نجد أنّ علماء آخرين كانوا مُوقنين أنّ منفعة النظرية تتحدد من خلال تجاوز مجرد وصف الظواهر التي يتم ملاحظتها إلى المشاركة في التفسير السببي لهذه الظواهر، والتنبؤ، إن أمكن، بناءً على أحداث أو ظروف سابقة معينة، بمعنى إفتراض هؤلاء أنّ ثمة ترابط عضوي ما بين النظرية ودورها في تحقيق غرض التنبؤ، وهو ما عبّر عنه (غامزي تانيل-Tanil) بشكل واضح بقوله «بدون نظرية قوية، لا يُمكن الوصول إلى وصفات صحيحة. إذ تزودنا النظريات بمفاهيم لتنظيم معرفتنا وإستكشاف العلاقات بينهما، ولا تساعدنا النظرية الجيدة على فهم العالم الذي نعيش فيه فحسب، بل تعطينا أيضاً أفكاراً معينة حول المستقبل المحتمل»^(١٠).

وعلى الرغم من وجهات النظر المختلفة حول الغرض من النظرية، إلا أنّ غالبية علماء العلاقات الدولية إتفقوا على أنّ وظيفة النظرية كما تصورها وناقشوها قد تبدّت في ثلاثة أغراض يُفترض أنّ تعمل على تحقيقها، وهي نوعاً ما بعيدة عن تحقيق شرط التنبؤ، وهذه الأغراض هي: أولاً، وربما هو الأكثر أهمية، تجعل ترتيب البيانات مُمكناً، وثانياً أنّها أداة مفيدة للفهم كونها تُوفر إطاراً معقولاً للفرضيات المنهجية والخيالية، وثالثاً أنّها تُعطي نظاماً ومعنى لكثلة من الظواهر التي بدونها ستبقى متناثرة وغير مفهومة^(١١). بهذا المعنى، نجد أنّ ترتيب البيانات مهم كونه يساعد الباحث على التمييز بين التماثلات والافتراق، أي أنماط التكرار في السياسة الدولية والوقائع المنفردة بشكل إستثنائي، مثلما يُساعد أيضاً على فهم وتمييز الجوانب الثابتة نسبياً، والمتغيرة التي لا يُمكن السيطرة عليها، والجوانب القابلة للتلاعب في السياسة العالمية، كما توضح النظرية الأدوات التي يمكن من خلالها للمراقب أن يكتشف في وسط الأحداث ما هو متكرر ونموذجي، كما أنّها، تُرشدنا إلى النظر في التكوينات الاجتماعية المتعددة للسياسة من خلال إيضاح المبدأ التنظيمي القائم على أكثر خصائص السياسة تميزاً، وهو الصراع على القوة. وقد يبدو للوهلة الأولى أنّ أنصار التوجه الذي يُركز على أهمية و«دور النظرية في التنبؤ» كانوا مدفوعين بفكرة أنّ التنبؤ سيُحقق خدمة أفضل لصناع القرار الذين كانوا

(8) James E. Dougherty and Robert L. Pfaltzgraff, *Contending theories of international relations: a comprehensive survey*, Longman Publishing, New York, 4th Edition, 1997, P 15.

(9) Paul R. Viotti and Mark V. Kauppi, *International relations theory: realism, pluralism, globalism*, Macmillan Publishing Company; 1st Edition, New York, 1987, P 3.

(10) Gamze Tanil, *The Social Constructivist Fusion Perspective: A Theory for Europeanization*, *Perspectives on European Politics and Society*, Volume (15), Issue (2014), (4, P 483.

(11) Kenneth W. Thompson, *Toward a Theory of International Politics*, *The American Political Science Review*, Volume (49), Issue (3), September 1955, P 735.

في أمس الحاجة، مع زيادة درجة التعقيد في حالة العالم، إلى طلب المساعدة من العلماء والمختصين من أجل تزويدهم بالإرشادات والنصائح التي يُفترض أن تُسهم في توضيح الأمور وتبديد حالة الغموض التي تحيط بالمشاكل والتحديات التي يواجهونها بهدف إتخاذ القرارات الصحيحة إزائها، لكن هذا لا يعني أنهم وحدهم من تبنى هذه الإطروحة، بل حتى العلماء من أنصار «دور النظرية في التفسير» كانوا مؤمنين بأن النظرية ضرورية ليس من أجل تحديد ملامح التخصص الجديد فحسب، بل من أجل توفير إقرار رسمي بأهميته العملية من قبل صناع القرار وخدمة الممارسة السياسية، ولهذا السبب، عمد علماء العلاقات الدولية، بغض النظر عن موقفهم من غرض النظرية، إلى تطوير نظريات، وإن كانت متشعبة بهدف توفير إطار معرفي يساعد في تبسيط فهم حالة التعقيد في السياسة الدولية، وتقديم الوصفات السياسية الصحيحة لفهم العالم كما هو.

على هذا الأساس، كان علماء العلاقات الدولية بشكل عام على قناعة تامة أن النظرية، باعتبارها كيان متماسك من الفروض المتناسقة والتي تعكس تفسيراً للظواهر محل الدراسة، مُفيدة لصناع القرار بقدر فائدتها للمنظرين والمختصين، وكان (جورج ليبسكي-Lipsky) من العلماء الذين دافعوا بشدة عن فكرة أن النظرية ذات أهمية كبيرة لكل من الأكاديمي والممارس على حد سواء، ولم يكن وحده من إعتقد بصواب هذا الرأي، بل شاركه إياه العديد من العلماء، ويتضح هذا بشكل جلي في مناقشات الإجتماع الأول الذي عقدته مجموعة من العلماء المختصين بوضع نظرية للعلاقات الدولية، برعاية مؤسستي (كارنيجي-Carnegie)، و(روكفلر-Rockefeller) خلال الأعوام (١٩٥٣-١٩٥٤)، إذ تسائل حينها البروفيسور (ستراوس هوب-Strausz-Hupe) عن ماهية الطبيعة العامة للعلاقة بين النظرية والممارسة في الشؤون الدولية، وكان (جورج ليبسكي) و(كينيث ثومبسون) قد تمسكا بشدة بوجهة نظر مفادها أن «هناك علاقة سببية قوية بين النظرية وسياسات رجل الدولة»^(١٢).

بالتأكيد أن بعض النظريات في العلوم الإجتماعية قد تم تصميمها لتحقيق أهداف تتمثل في الوصف والتحليل والتنبؤ، وفي تخصصات أخرى نجد أن النظرية مقتصرة على الإيفاء بشروطي الوصف والتحليل دون أن تجازف بالإدعاء بالقدرة على التنبؤ، وفيما يتعلق بحقل العلاقات الدولية، يبدو واضحاً أن الإتجاه الذي تبلور منذ منتصف القرن الماضي مع نشوء التخصص الأكاديمي كإنضباط علمي، كانت حاجته للنظرية مُستمدة من الحاجة لتفسير الظواهر السياسية وإكتشاف طبيعة أنماط التكرار فيها قبل أن تكون مطالبة بتحقيق القدرة على التنبؤ، إن كان هذا يتجاوز قدرة النظرية وإمكاناتها، إلا أن هذا لم يمنع بعض النظريات من أنها تحوي فروضاً تُثير الإنطباع أنها دعوة مفتوحة، وإن كانت حذرة للتنبؤ، إلا أن الظروف والوقائع الدولية أثبتت فيما بعد مستوى المبالغة الطموحة للنظرية بقدرتها على تحقيق التنبؤ وعدم إستيعاب فروضها لجميع المتغيرات الماثلة والمتخيلة.

(12) Brian C. Schmidt, The Need for Theory: International Relations and the Council on Foreign Relations Study Group on the Theory of International Relations, Op.cit, P 596.

مدى كفاية نظريات العلاقات الدولية في تحقيق التنبؤ؟

في أوائل عقد التسعينيات من القرن العشرين تعرضت نظريات الواقعية السياسية لإنتقادات شديدة بإعتبار أنها فشلت في التنبؤ بنهاية الحرب الباردة بالطريقة التي إنتهت بها بدون حرب، عندما قرر الإتحاد السوفيتي الإنسحاب من هذا الصراع سلمياً وتفكيك إمبراطوريته بملء إرادته، إلى الحد الذي بدا فيه وكأنّ هذه النظرية أثبتت عدم جدواها لأن السلوك السوفيتي، التخلي التدريجي عن مركز القوة، تناقض بشكل صارخ مع الإفتراض المركزي للنظرية بأن الدول تسعى لبناء المزيد من القوة للشعور بالأمن ومواجهة تهديدات البقاء (Survival)، وبالتالي كان هناك إحتمال أنّ هذه النظرية ستُغنى مع نهاية الصراع الدولي، سيما بعد أن ساد الإنطباع أنّ كل من التقليد الكلاسيكي للواقعية والتعديلات التي طرأت على النظرية بإضافة البنى وهياكل النظام الدولي لفرضياتها وإنموذجها المعرفي، كانت معيبة بشدة، والسبب يكمن في تفسيرها المبسط لما يحفز الدول، وعدم الرغبة في الاعتراف بالدور الذي تلعبه الترتيبات السياسية والأفكار المحلية، والتقدير غير الكافي للقيود المؤسسية الداخلية وشبكات الاعتماد الاقتصادي المتبادل، وكُل هذا عمل على تقويض أسس النظرية، وبالتالي أدت هذه التغييرات إلى إفتراض العلماء أنّ هذه النظرية، الواقعية البنوية، غير ملائمة تماماً لفهم وتفسير عالم ما بعد الحرب الباردة^(١٣).

كان هذا يعني أنّ ثمة مشكلة في النظرية، أو بكلمات أخرى أنّ الإطار التفسيري والفروض التي تقوم عليها النظرية ليست كافية للإحاطة بجميع متغيرات الظواهر التي يُفترض أن تشرحها النظرية. وفي ظل هذا الإخفاق النظري في أنّ الواقعية لم تستوفي شروط النظرية الملائمة، بات السؤال الحقيقي يدور حول ليس ما إذا كانت هناك نظرية تدّعي أنّها مناسبة وقادرة على فهم التغيير، لكن ما هي النظرية المناسبة أصلاً لأن تستوعب هذا التغيير في فروضها وطروحاتها؟، بمعنى آخر، أنّ العلماء لم يكونوا قلقين من إخفاق النظرية في التنبؤ، بل كان التساؤل: هل أنّ إفتراضات النظرية، ضمن الحد الأدنى متوافقة مع الواقع الحقيقي؟، وكل هذا كان يُدلل على حاجة المجتمع الأكاديمي

(١٣) يُمكن الرجوع إلى أهم المراجعات النقدية للنظرية الواقعية البنوية والتي شككت في مدى ملائمتها كنظرية تفسيرية:

- John Lewis Gaddis, *International Relations Theory and the End of the Cold War*, *International Security Journal*, Volume (17), Issue (3), Winter 1993 – 1992, PP 58 – 5.
- Richard Rosecrance and Arthur A. Stein, *Beyond Realism: The Study of Grand Strategy*, In: Richard Rosecrance and Arthur A. Stein (Editors), *The Domestic Bases of Grand Strategy*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1993, PP 20 – 3.
- Charles W. Kegley, *The Neoidealist Moment in International Studies: Realist Myths and the New International Realities*, *International Studies Quarterly*, Volume (37), Issue (2), June 1993, PP – 131 147.
- Friedrich Kratochwil, *The Embarrassment of Changes: Neo-Realism as the Science of Realpolitik without Politics*, *Review of International Studies*, Volume (19), Issue (1), January 1993, PP 80 – 63.
- Rey Koslowski and Friedrich Kratochwil, *Understanding Change in International Relations: The Soviet Empire's Demise and the International System*, *International Organization Journal*, Volume (48), Issue (2), Spring 1994, PP 247 – 215.
- Richard Ned Lebow, *The Long Peace, the End of the Cold War, and the Failure of Realism*, *International Organization Journal*, Volume (48), Issue (2), Spring 1994, PP 277 – 249.

للنظر في حدود نظرية العلاقات الدولية وإعادة توجيه المناهج نحو الإهتمام أكثر بتفسير ديناميكيات التغيير والتركيز على البنائية الاجتماعية ونظرية التعقيد^(١٤).

على هذا الأساس، بدا ظاهرياً أنّ الفكرة القائلة بأن نظرية العلاقات الدولية قادرة على أنّ تكون في خدمة مساعدة صانعي السياسات على إتخاذ قرارات أفضل من خلال التنبؤ إلى حد ما، قد ثبت أنها مثيرة للجدل وربما لم تقدم لهم المساعدة اللازمة، وهذا في رأينا نتيجة سوء الفهم من قبل صناع القرار للغاية من وجود النظرية، فهي في تصورهم يُفترض أن توفر إجابة فورية للمشاكل والمعضلات وأنّ تقدم رؤى للمستقبل، بينما في ظل حالة التعقيد في العالم نجد أنّ أفضل ما تسعى النظرية لتحقيقه هو توفير إطار تفسيري مقبول أكثر من بناء إنموذج معرفي للتنبؤ، وعلى حد رأي (ستانلي هوفمان - Hoffmann) «أنّ معظم النظريات المزعومة في مجال علم السياسة وفي مجال العلاقات الدولية الفرعي هي في الواقع هياكل وصفية تزودنا في أفضل الأحوال بإطار إفتراضي ومجموعة من الأسئلة التي تُساعدنا في تحليل نوع الظواهر الدولية وتفسيرها^(١٥)، وعليه، نجد أنّ ما تسبّب بنشوء سوء الفهم حول إخفاق النظرية هو إصرار البعض من العلماء في وقت مبكر على أنّ النظرية في خدمة الممارسة الفعلية من حيث قدرتها على التفسير والتنبؤ معاً، وهو ما أدى إلى إعتقاد مُشوه أنّها كفيلة بتقديم قراءة صالحة للمستقبل.

بمعنى آخر، يُمكن القول إنّ الخلل أو موضع الخطأ يكمن في الإفتراق الواضح ما بين عالمي (صانعي السياسة) و(المنظرين)^(١٦). إذ أنّ (المنظرين) يدرسون أفعال (ممارسي السياسة الخارجية) على أنّها بيانات وقوانين للتحليل والتفسير، بينما يميل (ممارسي السياسة) إلى الطلب من (المنظرين) تقديم ما يتجاوز مجرد التحليل والتفسير،

(١٤) اعترفت مؤسسة العلوم الوطنية الأمريكية (NSF) بالفشل العام في فهم التغيير وتأثير الأحداث النادرة أو المتطرفة، ومن أجل عدم الوقوع في الخطأ مرة أخرى، بدأت بإطلاق برنامج لتمويل الأبحاث حول فهم التغيير بعنوان: «البحث متعدد التخصصات في البنية التحتية الحرجة والأنظمة ذات الصلة: التخفيف والتأهب والاستجابة والتعافي فيما يتعلق بالكوارث وأحداث خطيرة أخرى». للمزيد يُمكن الرجوع إلى:

Maureen T. Hallinan, *The Sociological Study of Change: 1996 Presidential Address, American Sociological Review*, Volume (62), Issue (1), February 1997, PP 11 – 1.

(15) Stanly Hoffmann (Editor), *Contemporary Theory in International Relations*, Englewood Cliffs, Prentice – Hall, New Jersey, 1960, P 40.

(١٦) يعكس هذا التباين ما بين العالمين مشكلة العلاقة الدائمة ما بين النظرية والممارسة وهل يُمكن للنظرية أن تكون صالحة للتطبيق، يُبين (شميدت) أنّ الإجماع الذي عُقد عام ١٩٥٤ من قبل مجموعة من علماء العلاقات الدولية، أميركيين وبريطانيين، كان الغرض منه السماح لمجموعة من العلماء والمحللين السياسيين بالإجماع بشكل غير رسمي لمناقشة بعض المشاكل الأساسية التي تنطوي عليها المناهج النظرية للسياسة الدولية، وكان تحديد العلاقة المناسبة بين النظرية والتطبيق هو محور إهتمام اللجنة الأمريكية، وكان أحد الأسئلة الرئيسية التي تناولتها المجموعة هو: أهمية استخدامات النظرية في السياسة الدولية، لا سيما في إدارة السياسة الخارجية. وقد شارك في هذا الإجماع العديد من صانعي السياسات البارزين مثل (بول نيتز - Nitze) الذي أكد في عنوان ورقته «أثر النظرية على الممارسة في إدارة الشؤون الخارجية»، على أهمية العلاقة بين النظرية والممارسة. وبالنسبة إلى (نيتز)، كان من الواضح أنّ «التأثير المباشر لكل من النظرية السياسية والفلسفة السياسية على الممارسة لا يكاد يكون قابلاً للنقاش»، وعلى الرغم من موافقة المشاركين الآخرين من رواد الواقعية الكلاسيكية مثل (أرنولد ولفرز - Wolfers) و(ويليام تي آر فوكس - Fox)، على هذا الرأي، لكن مع ذلك، كانت هناك خلافات عميقة حول ما يمكن للنظرية فعله وما لا يمكنها فعله، خاصة فيما يتعلق بمساعدة الفاعلين الرسميين في إدارة السياسة الخارجية. ولعل المشكلة الأساسية في هذا الصدد، كما تصورها (مورغنتاؤ - Morgenthau) وأيدها (كينيث تومبسون - Thompson)، هي «غموض المادة التي يجب على المنظر التعامل معها». للمزيد يُمكن الرجوع إلى:

Brian C. Schmidt, *The Need for Theory: International Relations and the Council on Foreign Relations Study Group on the Theory of International Relations*, Op.cit, P 601.

وربما ، في حال عدم تلبية هذا المطلب، إتهامهم بعدم فهمهم العالم الحقيقي بشكل كافٍ^(١٧)، فضلاً عن ذلك، هناك مسألة أخرى تُزيد من التباعد في المدركات بين الجانبين ألا وهي عدم الإتفاق، ليس بين صنّاع القرار والمنظرين فحسب، بل داخل المجتمع الأكاديمي نفسه، حول ماهية الفروق أو التماثلات الكامنة ما بين نظريات العلاقات الدولية ونظرية السياسة الخارجية، إذ يرفض البعض من الأكاديميين فكرة أنّ نظريات العلاقات الدولية تصلح لدراسة وفهم السلوك السياسي الخارجي لدولة معينة.

وهذا هو جوهر الفصل التحليلي الذي أقامه (كينيث والتز - Waltz) بين نظريات السياسة الدولية ونظريات السياسة الخارجية، إذ كان (التز) مُتشككاً للغاية فيما يتعلق بإمكانية التنظير حول السياسة الخارجية بسبب الطبيعة المعقدة للمتغيرات على مستوى الوحدة، ورفضه القاطع لفكرة أنّ نظريته البنوية لديها الكثير لنقله عن السياسة الخارجية، بسبب من أنّ تركيزه الواقعي الضيق والصارم على البنى والهياكل والقوة في النظام الدولي يجعل من تحليل السياسة الخارجية الملموس صعباً للغاية. بمعنى آخر، كان (التز) مقتنعاً أنّ ثمة فرق بين نظريات العلاقات الدولية ونظرية السياسة الخارجية^(١٨)، وأنّ الأخيرة يُراد بها إيجاد سياقات ومبادئ وقواعد تسمح بتفسير السلوك الخارجي للدول بشكل مُحدد خِلافاً لنظريات العلاقات الدولية التي تسعى إلى إكتشاف وشرح وتفسير الأنماط والتكرارات العامة في ظواهر السياسة الدولية^(١٩)، وحتى عندما يُقال أنّ (الواقعية الجديدة) يُمكن أنّ تفسر الأنماط العامة المتكررة لسلوك الدولة، لا يعني ذلك مُطلقاً أنّها تسعى لتفسير السياسات الخارجية لدول معينة، وعلى حد تعبير (التز) «إنّ نظرية السياسة

(17) Matthew J. Hoffmann, Constructing a complex world: The frontiers of international relations theory and foreign policy making, Asian Journal of Political Science, Volume (11), Issue (2003), (2, P 38.

(١٨) وفقاً لتشخيص (جيمس روزناو) هناك عيبين أساسيين يعوقان تطور نظرية السياسة الخارجية، أحدهما فلسفي والآخر مفاهيمي، والأهم هو المستوى الفلسفي، إذ ما زال يعاني المجال (The Field) من إفتقار واضح لتطور نظري يترتب عليه إجراء عمليات تجريبية تكون متاحة ويُمكن الاستفادة منها مستقبلاً في إضافة المزيد من التقدم على مستوى النظرية، ونتيجة لذلك إنّ محاولة بناء نماذج للسلوك البشري من البيانات الخام لا يعدو عن كونه، على حد قوله، محاولة لتشييد «مبنى من الأشجار المتساقطة والطين غير المطحون». وأنّ هذه المواد الخام في حال تشذيبها ومعالجتها علمياً يُمكن إستخدامها بشكل قابل للمقارنة وجاهزة للتنظير، وهذا هو الحال مع بناء واستخدام النظريات الاجتماعية، إذ تعمل المواد كأساس ومرتكز لجميع أنواع النظريات، التجريدية أو التجريبية، أحادية أو متعددة، صرفة أو تطبيقية، ولكن حتى تتم معالجتها بالمثل، من غير المحتمل أن يحدث التنظير، أو إذا حدث ذلك، من غير المحتمل أن تكون النتائج مفيدة جداً. للمزيد يُمكن الرجوع إلى:

James N. Rosenau, Pre-theories and theories of foreign policy, In: James N. Rosenau (Editor), The Study of World Politics, Volume (1): Theoretical and Methodological Challenges, Routledge Publishing, London, 1st Edition, 2005, P 170.

(١٩) رغم دفاع (التز) الحاد عن موقفه بأنّ هناك تمييز بين نظريات السياسة الخارجية والسياسة الدولية، إلا أنّ هذا لم يكن مُقنعاً للبعض مثلما لم يعفّه من التعرض لانتقادات كثيرة بسبب موقفه هذا. على سبيل المثال، جادل (كولن إلمان - Elman) في مقال نشره عام ١٩٩٦، بأنّه لا يوجد ما يُعيق بناء نظريات للسياسة الخارجية على أسس الواقعية الجديدة، كذلك أشار (هانز موريتزن - Mouritzen) من بعده إلى أنّ نظرية السياسة الدولية لا يمكن تمييزها بوضوح عن نظرية السياسة الخارجية طالما أنّه سيكون للسياسة الدولية إنعكاسات حتمية على السياسة الخارجية للدول. للمزيد يُمكن الرجوع إلى مُحاجّجاتهم:

- Colin Elman, Horses for Courses: Why not Neorealist Theories of Foreign Policy?, Security Studies Journal, Volume (6), Issue (1996), (1, PP 53 – 7.

- Hans Mouritzen, Kenneth Waltz: A Critical Rationalist between International Politics and Foreign Policy, In: Ole Wæver and Iver B. Neumann (Editors), The Future of International Relations: Masters in the Making, Routledge Publishing, London and New York, 1997, PP 89 – 66.



الخارجية، وليس نظريات العلاقات الدولية، هي المطلوبة تحديداً لشرح كيفية استجابة دولة فردية للقيود التي يفرضها النظام الدولي»⁽²⁰⁾.

لهذه الأسباب، هناك حذر شديد يُسيطر على علماء العلاقات الدولية في عدم الإدعاء بقدرتهم على التنبؤ خصوصاً عندما يبدو من الصعب تتبع مسار التغيير وتوقع نهايته. وحتى عندما قدم (روبرت جيلبن-Gilpin) كتابه عن (الحرب والتغيير في السياسة العالمية) كمحاولة جريئة لفهم التغيير، إلا أنه مع ذلك لم يدعي أنه وضع «قوانين لفهم التغيير» وأن هذه القوانين تم اختبارها علمياً، بل قدّم نظريته كقراءة معقولة للتجربة التاريخية. وانسجاماً مع هذا، كان يرى أن المسار المستقبلي للتغيير السياسي لا يمكن التنبؤ به، حتى وإن تم تشخيص الأنماط العامة له، وعلى حد قوله «التغييرات السياسية الرئيسية هي نتائج ظروف مجموعات فريدة وغير متوقعة من التطورات، ومن الممكن فقط تحديد الأنماط المتكررة والعناصر المشتركة والاتجاهات العامة في نقاط التحول الرئيسية في التاريخ الدولي»⁽²¹⁾.

وعلى ما يبدو أن أولئك الذين يؤكدون على إمكانية النظرية في مجال العلاقات الدولية على التنبؤ والتوقع إنما يواجهون نفس العقبات والغموض والتناقضات التي عانت منها جميع نظريات التاريخ والسياسة في الماضي. إذ أن جوهر النظرية هو التاريخ الذي يتألف من أحداث ووقائع فريدة من نوعها، وهو المادة التي يستخدمها المنظرين في صياغة فرضياتهم وطروحاتهم السياسية ووضع القوانين، إن أمكن ذلك، وكل من هؤلاء ينظر للتاريخ وفقاً لمفهوم معين، ما يمنحنا رؤى مختلفة لحركة التاريخ ونظريات مختلفة في ذات الوقت. على سبيل المثال، يُركز بعض العلماء على التكرار والأنماط التي تعيد إظهار نفسها عبر التاريخ كما هو الحال مع (مارتن وايت-Wight) الذي ينظر إلى السياسة الدولية باعتبارها «عالم من التواتر والتكرار-the realm of recurrence and repetition»⁽²²⁾، أما (كينيث تومبسون) فحمل رأياً مختلفاً، ووفقاً لوجهة نظره، «إنّ حادثة في التاريخ والسياسة لا تتكرر من ناحية واحدة، بل هي تحدث لمرة واحدة فقط، وأنها غير متكررة لأنها لم تحدث من قبل ولن تتكرر مرة أخرى. بهذا المعنى، يُصبح التاريخ بعيداً عن متناول النظرية»⁽²³⁾. صحيح أن أساس كل نظرية هو الافتراض بأنّ الأحداث الفريدة نفسها هي أيضاً حالات ملموسة لقضايا أكثر عمومية، إلا أن كل من التكرار والتفرد موجودان في التاريخ كما هو الحال في كل شيء آخر، والصعوبة المنطقية في التوفيق بينهما ليست أكبر ولا أصغر في العلاقات الدولية منها في المجالات الأخرى. أيضاً، ما يمنع وصول النظرية لمعرفة تنبؤية هو عدم إكمال بناءها من حيث الفروض والمفاهيم، على سبيل المثال، كشفت نظرية (الواقعية البنوية) عن أنّ علماءها

(20) Kenneth N. Waltz, Theory of International Politics, Addison-Wisely Publishing, Reading, Massachusetts, 1979, PP 72 - 71.

(21) Robert Gilpin, War and Change in World Politics, Cambridge University Press, United Kingdom, 1981, P 3.

(22) Martin Wight, Why Is There No International Theory?, International Relations Journal, Volume (2), Issue (1), April 1960, P 43.

(23) Kenneth W. Thompson, Toward a Theory of International Politics, Op.cit, P 734.

لا يكاد يشتركون في تعريفات موحدة بشكل صارم للمفاهيم الأساسية التي يستخدمونها لبناء المتغيرات، إذ تسمح التعريفات الفردية للمصلحة الوطنية والقوة وتوازن القوى والقطبية الدولية بمجموعة واسعة من المعاني والمصطلحات المفاهيمية والتشغيلية، وهذا يجعل من الصعب إختبار المقترحات الواقعية مقابل الأدلة المستمدة من حالات محددة، وهو خلاف ما تتطلبه النظريات القابلة للإختبار من ضرورة وجود تعريفات مفاهيمية وتشغيلية دقيقة لمتغيراتها التابعة والمستقلة، وهذه التعريفات يجب أن تكون دقيقة في نصها على كيفية قياس المتغيرات أو تحديدها، إلا أن النظريات الواقعية، على ما يبدو، لا تلبى هذه الشروط، وعلى حد قول (ريتشارد ليو- Lebow)، وهو من أشد منتقدي الواقعية، «الواقعية الجديدة، أكثر النظريات وعياً بذاتها علمياً، لكن فروضها غير كافية بشكل خاص في مواجهة العديد من الظواهر» (٢٤).

كذلك، كان التركيز على العوامل البنوية - الهيكلية على مستوى النظام الدولي أكثر ما إنشغلت به المدرسة الواقعية الجديدة (البنوية)، وهذا الإهمال للعوامل الداخلية كان قد أسهم في عجزها عن تفسير، وليس توقع، الكثير من الأحداث والوقائع الدولية، لهذا نجد أن قلة من المحللين كان بإمكانهم توقع ما حدث بين عامي (١٩٨٩-١٩٩١). وإن نظرياتهم المعقدة والمتنوعة في كثير من الأحيان حول (الإتحاد السوفيتي) كبديل حي لرأسمالية السوق قادت معظمهم، مع واحد أو اثنين من الاستثناءات البارزة، لإستنتاج مفاده أنه مهما كانت المشاكل التي يواجهها الإتحاد السوفيتي كقوة في الثمانينيات، فمن المرجح أن يستمر النظام في حد ذاته (٢٥).

(24) Richard Ned Lebow, The Long Peace, the End of the Cold War, Op.cit, P 250.

(٢٥) ربما كان (بول كينيدي-Kennedy)، و(إيمانويل تود-Todd)، وعالم الاجتماع الأمريكي (راندال كولينز-Collins)، من الأكاديميين القلائل ممن حاولوا لفت الأنظار إلى أن الإتحاد السوفيتي كان نظاماً معيباً وضعيفاً وفي حالة إنحدار نهائي، لكن كلماتهم لم يكن لها وزن كبير في ذلك الوقت. على العكس من ذلك، كان رأي الاقتصادي الأمريكي المؤثر (إد هيويت-Hewett)، الذي أصبح فيما بعد مستشار الرئيس (جورج بوش) للشؤون السوفيتية، يدعو للحذر من المبالغة في تقدير مشاكل (غورباتشوف) الاقتصادية، وأنه «من حماقة الاعتقاد بأن الإقتصاد السوفيتي يتأرجح على شفا الانهيار». للمزيد أنظر:

Michael Cox, Why did We Get the End of the Cold War Wrong?, The British Journal of Politics and International Relations, Volume (11), Issue (2009), (2), PP 163 – 162, P 169.

ثانياً: «السلوكية» وظهور الطرائق التجريبية في التنبؤ السياسي

لم يكن التنبؤ هو الطموح المركزي في دراسة العلاقات الدولية فحسب، بل أنّ الجهود التجريبية المبكرة لتطوير «علم السياسة» بشكل نموذجي كانت تطمح للوصول إلى القدرة على توقع الأحداث المستقبلية كميزة رئيسية. وقد أعطت الثورة السلوكية أهمية كبيرة، ربما أكثر مما فعلته نظريات العلاقات الدولية، للتكافؤ الوضعي بين تفسير الظواهر والقدرة على التنبؤ بها. إنّ السلوكية في العلوم السياسية والتي يُشار إليها بالمصطلح الإنكليزي (behavioralism)، تختلف عن السلوكية في علم النفس والتي تستخدم المصطلح (Behaviorism)، والتي هي معنية بدراسة السلوك البشري من وجهة نظر طبية - سريرية أكثر عمقاً من الدراسة الاجتماعية^(٢٦). ورغم أنّ هناك قواسم مشتركة ضعيفة بينهما، إلا أنّ العلاقة الحقيقية الوحيدة على ما يبدو بين مصطلحي (behavioralism) و (Behaviorism)، هي أنّ كليهما يُركزان على الفاعل البشري وسلوكه كمصدر مناسب للمعلومات حول سبب حدوث الأشياء في العالم بالطريقة التي تحدث بها، ويفترض كلاهما أيضاً أنّ المنهجية القائمة على العلوم الطبيعية مناسبة لدراسة البشر^(٢٧).

وعلى الرغم أنّ السلوكية كانت تتصور أنّها قادرة على التنبؤ بتركيزها على مجموعة الخصائص التي تتسم بها وهي: أنّ هناك إتساقاً يمكن اكتشافه في السلوك البشري (أنماط متكررة ومتشابهة من السلوك)، وأنّه يُمكن تأكيد ذلك من خلال الإختبارات التجريبية، فضلاً عن أنّها أظهرت مزيد من الصرامة في طرق الحصول على البيانات وتحليلها^(٢٨)، لكن مع ذلك، أصبحت الأساليب نفسها إشكالية، ولم تستطع أنّ تصل إلى مستوى الدقة في التنبؤ كما زعمت وقتئذٍ، رغم أنّه خلال عقدي الخمسينيات والستينيات من القرن الماضي، أصبحت طرق الحصول على البيانات وتحليلها شائعة، وأخذ القياس الكمي، كلما كان ذلك ممكناً ومعقولاً، مكاناً مهماً في إنضباط علم السياسة التجريبي الذي بات بارعاً في استخدام مجموعة واسعة من التقنيات التجريبية المتطورة بشكل متزايد مثل: الاستبيانات، والمقابلات، وأخذ العينات، وتحليل الانحدار، وتحليل العوامل، والنمذجة العقلانية، وما شابه ذلك^(٢٩).

وعلى ما يبدو أنّ هذه التطورات في الحركة السلوكية، بتركيزها على مناهج الدراسة

(٢٦) مع ذلك، ما زال الكثير من الباحثين والدارسين يستخدمون مصطلح (Behaviorism) للإشارة للدراسات السلوكية السياسية.

(27) David Easton, Political Science in the United States: Past and Present, International Political Science Review / Revue internationale de science politique, Volume (6), Issue (1), The Future of the State, 1985, P 137.

(28) David Easton, The current meaning of "Behavioralism" in political science. In: J. S. Charlesworth (Editor), The limits of behavioralism, The American Academy of Political and Social Science, Philadelphia, 1962, PP 25 – 8.

(29) David Easton, Political Science in the United States: Past and Present, Op.cit, P 138.

والتنبؤ، ألزمت نفسها بإحداث تطور على مستوى النظرية أكبر بكثير مما كانت عليه في الماضي. إذ أن الفهم المنهجي القائم على الملاحظة الموضوعية أدى إلى تحول ملحوظ في معنى النظرية، والتي على عكس الحقل الأكاديمي في العلاقات الدولية، لم تعد ذات طابع فلسفي أو تاريخي، وتطرح أسئلة حول طبيعة الحياة الجيدة وتكتفي بتفسير ظهور الأفكار السياسية في القرون الماضية والتركيز على أنماط التكرار والتفرد، بل أصبحت «النظرية السلوكية» موجهة تجريبياً ولا تقتصر على الشرح والتحليل بل يُمكن لها، كما زعمت، التنبؤ بالطريقة التي سيتصرف بها الناس سياسياً والطريقة التي تعمل بها المؤسسات السياسية⁽³⁰⁾.

لذلك عمد البعض من المنظرين إلى بناء نظرية موجهة تجريبياً على مستويات مختلفة من التحليل حول مجالات محددة في العلوم السياسية، كما هو الحال في إسهامات (وليام ريكير - Riker) وتلميذه (بيتر أورديشوك - Ordeshook)، في تطوير نظرية اللعبة ونظرية الاختيار العقلاني⁽³¹⁾، والتي إستخدما فيها مجموعة من النماذج الرياضية بهدف تحليل العلاقات المعقدة، وإفترضوا أن هناك فرصة لدراسة السياسة بالطريقة التي يدرس بها الاقتصاد السلوك البشري، إذ طالما أن الإقتصاد هي عملية إختيار عقلاني تُمارسه الأسر والشركات والحكومات الذين يقررون تبادل السلع والخدمات في مجموعة متنوعة من الإعدادات التنظيمية التي تتحد مع بعضها لتشكل شبكة علاقات تفاعلية تسمى بشكل تجريدي الأسواق الاقتصادية، ألهمت هذه الصورة (وليام ريكير) وتلميذه لتحليل السياسة باعتبارها نتيجة إختيار وأن السياسة، من منظور أوسع نطاق، تُعد أسلوباً اجتماعياً لتوليد قرارات جماعية من تفضيلات فردية متباينة ومتضاربة في كثير من الأحيان، بطريقة مشابهة للإقتصاد. لهذا ركزت دراستهم على النماذج الرياضية وتصور أن الأفراد يتصرفون بعقلانية في اختيارهم للسلوك السياسي الذي يستهدفون من وراء قراراتهم تعظيم منافعهم من استخدام السلع العامة، ولهذا السبب إفترضوا أن دراسة السياسة «قاحلة» وغير مثيرة للاهتمام فكرياً ما لم تتضمن نظرية (الإختيار العقلاني) كمجموعة من البديهيات الأساسية التي يمكن من خلالها استنتاج المزيد من الافتراضات النظرية المتخصصة.

ومع ذلك، لا يبدو أن السلوكية كانت كافية للقول أنها وضعت أصولاً تجريبية صارمة أو أنها توصلت لإمكانية التنبؤ بالسلوك البشري، بل أنها فشلت أصلاً في توقع سلوك إجتماعي بشري ظهر في أواخر الستينيات وأوائل السبعينيات من القرن العشرين، وتمثل هذا بظهور ما يسمى بـ«الثورة المضادة للثقافة» في الولايات المتحدة وهي كانت عبارة عن فترة من التغيير الاجتماعي الذي أخذ ينمو مع إشتداد حركة الحقوق المدنية وإحتجاجاتها ضد الفصل العنصري الموجه للطلاب من ذوي الأصول الأفريقية، وترافق ذلك أيضاً مع تنامي المطالب بتحسين الوضع الاجتماعي للأميركيين الأفارقة والأقليات الأخرى والإحتجاجات واسعة النطاق ضد حرب فيتنام خلال إدارتي الرئيسين (جونسون

(30) Ibid, P 138.

(31) William H. Riker and Peter C. Ordeshook, An Introduction to Positive Theory, Prentice-Hall Publishing, Englewood Cliffs, New Jersey, 1973.

ونيكسون)، فضلاً عن بروز المواقف الجديدة تجاه أشكال الملابس والسلوك الجنسي ومكانة النساء والأقليات في المجتمع والفقر والحفاظ على البيئة من التلوث والنفايات الذرية، وعدم المساواة الاجتماعية^(٣٢).

بالتأكيد أن فشل السلوكية قد مهد لظهور التعويض، وهو ما أطلق عليه (ديفيد إيستون) شخصياً مصطلح ثورة (ما بعد السلوكية-Post Behavioralism)^(٣٣)، ومثلت المرحلة التالية إستيلاء عميقاً من نتائج السلوكية، لكنه لم يؤدي إلى التخلي عن المنهج العلمي التجريبي في العلوم السياسية، بل أفضى إلى تعديل جوهري في فهم الحركة السلوكية لطبيعة العلم وهي حركة لا تزال تتطور^(٣٤). ويبدو أن ما رسخته هذه التغييرات الاجتماعية من حقيقة تمثل في أنّ السلوك البشري يتكون من العديد من المتغيرات المعقدة، وبالتالي من غير المحتمل أن تتمكن هذه الدراسات من إكتشاف أي قواعد حاكمة للسلوك تشبه القانون، وعلى حد قول (إيستون) نفسه «على عكس الذرات، إنّ البشر ليسوا مُصمّمين. لديهم إرادة حرة، وبالتالي لا يمكن التنبؤ بها حتى على أساس محتمل. وعندما أظهرت أساليب العلوم الطبيعية نجاحاً معرفياً كبيراً، إنما كان هذا نتاجاً لحقيقة أنها تتعامل مع مادة جامدة، والذرات، بطبيعتها، ليس لديها مشاعر أو نوايا لا يمكن التنبؤ بها أو يتعذر الوصول إليها بواسطة الملاحظة»^(٣٥).

(٣٢) من المفارقات العلمية، أنّ دورية السياسة (The Journal of Politics) التي تصدر عن (جامعة شيكاغو) احتفلت في العام ١٩٦٨ بالذكرى الثلاثين لصدور الدورية وخصصته للإبتهاج بالنجاح الذي حققته المدرسة السلوكية، التي تتبع بالأساس لجامعة شيكاغو، وكيف أنّ المنهجية الاجتماعية الحديثة قد حلت محل المنهجية التقليدية في الدراسات السياسية، وخلقت علماً سلوكياً سياسياً جديداً، لكن بعدها، في العام ١٩٦٩، كان (ديفيد إيستون) أول من إنتقد هذه المنهجية بإطلاقه (ثورة ما بعد السلوكية) داعياً إلى علم سياسي جديد. للمزيد يُمكن الرجوع إلى:

Thomas S. Engeman, Behavioralism, Post-behavioralism, and the Reemergence of Political Philosophy, Perspectives on Political Science, Volume (24), Issue (4), Fall 1995, PP 217 – 214.

(٣٣) إستخدم (ديفيد إيستون) هذا المصطلح في ورقة علمية قدمها في الاجتماع (٦٥) للجمعية الأمريكية للعلوم السياسية والذي عُقد في مدينة (نيويورك) عام ١٩٦٩. ويشير (كي وي لي-K.W.Lee) من جامعة (Pan American) في ولاية (تكساس) إلى أنّ (ما بعد السلوكية) هي ثورة في العلوم السياسية الأمريكية، وكان الدافع ورائها هو عدم الرضا العميق عن العلوم السياسية المعاصرة كتخصص وك مهنة، وأن علماء (ما بعد السلوكية) كانوا يطالبون بمشاركة سياسية نشطة، لإعتقادهم أنّه من الواجب الأخلاقي لعلماء السياسة القيام بدور أكثر فاعلية في السياسة لإعادة تشكيل المجتمع، وأنّه في أواخر عقد السبعينيات، أخذت النزعة السلوكية تهيمن على مهنة العلوم السياسية الأمريكية. للمزيد يُمكن الرجوع إلى مقاله:

K.W.Lee, The Study of Political Science in America, Philippine Political Science Journal, Volume (7), Issue (1979), (10, PP 91 – 82.

(34) David Easton, The new revolution in political science, The American Political Science Review, Volume (63), Issue (1969), (4, P 1052.

(35) David Easton, Political Science in the United States: Past and Present, Op.cit, P 42.

ثالثاً: الدراسات الدولية التخصصية والقدرة على التنبؤ

على ما يبدو أنّ الدراسات الدولية المتخصصة التي تركز إهتمامها على قضية مُحددة وتحاول إستشراف مستقبلها من خلال توظيف طرائق متعددة لدراسة متغيرات معينة، أريد لها أن تكون أوفر حظاً من النظرية العامة أو المناهج السلوكية في الوصول إلى التوقع، وهو ما حدا بالعديد من العلماء إلى أن يلجئوا في كثير من الأحيان إلى إستخدام تقنيات مثل تصميمات السلاسل الزمنية (Time Series)، ضمن فترات زمنية قصيرة لدراسة قضايا مثل الصراع والحروب الأهلية، والتعويل على هذه التصاميم بإعتبارها واحدة من المحاولات الموثوقة للتنبؤ بالتطورات المحتملة للنزاع داخل مناطق جغرافية معينة مثلما هو الحال في الدراسات التجريبية التي تناولت نماذج الصراع في كوسوفو^(٣٦)، أو سوريا^(٣٧). وإنّ الميزة الرئيسية لتصاميم السلاسل الزمنية لنزاع معين ومُحدد هي إمكانية نمذجة الديناميكيات داخل الصراع بشكل أكثر دقة. ومع ذلك، تأتي هذه الميزة على حساب انخفاض إمكانية تعميمه على النماذج الصراعية الأخرى، حيث أنّ مسارات الصراع لا تشبه بالضرورة بعضها البعض عبر مناطق جيوسياسية مختلفة. أيضاً من الطرائق الأخرى المخصصة لدراسة قضايا مُحددة، النهج الذي ابتكره (بوينو دي ميسكيتا - Mesquita)^(٣٨)* وهو (التنظير للعبة - Game Theoretic) ضمن نظرية (الإختيار العقلاني)، والفكرة العامة لهذا الإطار النظري هي إستخدام معلومات مفصلة عن الفاعلين الأساسيين كأساس تجريبي، إذ يستخدم المتنبئ هذه البيانات كمُدخلات للنماذج الإستراتيجية التي تحسب التنبؤات حول النتائج المحتملة في المنافسات السياسية. وهذا النهج يبدو مناسباً بشكل خاص لبناء تقييم للنماذج السلوكية، وقد تم استخدامه لشرح أنماط صنع القرار في الاتحاد الأوروبي وتفسيره والتنبؤ به^(٣٩). وتُظهر نماذج التنبؤ القائمة على أساس نظرية (الإختيار العقلاني) عموماً مستويات عالية من الدقة التنبؤية، ولعل القيد الرئيسي لهذا النهج كان يتمثل في القدرة المحدودة على التنبؤ بكيفية تطور العملية بمرور الوقت، إلا أن بعض النماذج زعمت أنّ قدرتها التنبؤية قادرة على مواكبة التغير في المواقف بمرور الزمن^(٤٠).

(36) Jon C. Pevehouse and Joshua S. Goldstein, Serbian compliance or defiance in Kosovo: Statistical analysis and real-time predictions, Journal of Conflict Resolution, Volume (43), Issue (4), 1999, PP 546 - 538.

(37) Gerald Schneider, Nils Petter Gleditsch and Sabine Carey, Forecasting in International Relations: One Quest, Three Approaches, Conflict Management and Peace Science, Volume (28), Issue (2011), (1), P

(٣٨) أحد أهم علماء السياسة في الولايات المتحدة، ويعمل في جامعة (نيويورك) ومعهد (Hoover) التابع لجامعة (ستانفورد). اشتهر بعمله المكثف على التنبؤات السياسية بما فيها نظرية الألعاب (Game Theory).

(39) Bruce Bueno de Mesquita, A new model for predicting policy choices: Preliminary tests, Conflict Management and Peace Science, Volume (28), Issue (2011), (1), PP 84 - 64.

(٤٠) في لقاء أجرته مجلة (The New York Times Magazine) مع (دي ميسكيتا) لشرح آلية عمل نموذج الحاسوبي في التنبؤ، أشار إلى أنّ المتغيرات الاجتماعية موضع الدراسة مثل الفاعلين السياسيين والمصالح التي يدافعون عنها =

ومع ذلك أظهرت أيضاً هذه الدراسات شذوذاً عن الواقع نتيجة إهمال دراسة بعض المتغيرات أو عدم توقع ظهور تأثيرات لاحقة لها. على سبيل المثال، كان رأي (جاكولين ستيفنز)، حول فشل العلماء في التنبؤ، مدفوعاً بموقفها من بعض الأعمال الأكاديمية التي شابتها بعض العيوب والتي أثرت في حكمها التنبؤي، حيث أبدت إستجابة سلبية تجاه أعمال بحثية متعلقة بمجال الحروب الأهلية أنتجها كل من (جيمس فيرون-Fearon) و(ديفيد لايتين-Laitin) من جامعة (ستانفورد-Stanford)، بتمويل من مؤسسة العلوم الوطنية الأميركية (NSF)، واللذان حاولا البرهنة في دراساتهم هذه على أن الحروب الأهلية هي نتاج لواقع الدولة الضعيفة وليست بالضرورة ناجمة عن مظالم عرقية، وهذه الأعمال وضعت إنموذجاً تفسيرياً للعلاقة بين المتغيرات التي تؤدي إلى وقوع الحرب الأهلية، مع التشديد على إمكانية التنبؤ بإحتمال وقوع حدث الحرب على أساس معرفة واقع المتغيرات المستقلة^(٤١)، ولعل الثقة التي أبداها هؤلاء بقابلية الإنموذج التفسيري على التنبؤ كان مردّها الإختبارات التجريبية التي تم إجراءها وعلى حالات مختلفة. ومع ذلك، أعربت أعمالاً لاحقة عن تشكيكها بهذا الإنموذج، وأنه من الضروري تجنب الإعتقاد عليه في خلق حالة توقع.

إذ بعدها بسنوات، إنتقد ثلاثة من العلماء بشكل مقنع، دراسات (فيرون ولايتين). إذ كتب (لارس سيدرمان-Cederman)، و(نيلز ويدمان-Weidmann)، و(كريستيان غليديش-Gleditsch) في العام ٢٠١١، مقالاً جادلوا وبرهنوا فيه على أن «بعض عمليات الصراع الأكثر إستعصاءً وتضرراً في العالم المعاصر، بما في ذلك السودان

=والعلاقة التي تجمع بينهم، يتم تمثيلها جميعاً بمعادلات رياضية. على سبيل المثال، وضع (دي مسيكيتا) عام ٢٠٠٩ نموذجاً رياضياً للتنبؤ بإحتمال إمتلاك إيران لقنبلة نووية، وقد أجرى أبحاثاً مكثفة عن لاعبي القوة الأساسيين داخل وخارج البلاد، بمعنى الأفراد الذين لديهم حصة في مستقبل إيران النووي. وبمجرد حصوله على المعلومات التي يحتاجها، كان يقوم بإدخالها في نموذج الكمبيوتر الخاص به، وتضمن جدول البيانات ما يقرب من (٩٠) فاعلاً، وكان بعضهم أشخاصاً مثل الرئيس الإيراني «محمود أحمدي نجاد» والمرشد الأعلى «علي خامنئي»، والبعض الآخر من الفاعلين عبارة عن مجموعات، مثل مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، و«المتشددون الدينيين» في إيران، وبجانب كل فاعل هناك رقم يمثل متغيراً واحداً، وهناك مقياس يمتد رقمياً من (٠-٢٠٠)، حيث يشير الصفر إلى «لا توجد قدرة نووية على الإطلاق»، ويمثل ٢٠٠ إختباراً لصاروخ نووي. وكانت النتيجة متغيرة على أساس التغير في مواقف اللاعبين، مثلاً عندما أبدت الولايات المتحدة تفهماً لإمكانية إمتلاك إيران تقنية نووية لأغراض سلمية، تغيرت النتيجة، وعندما تعرض المتشددون والمحافظين لضغط أبان الإحتجاجات الشعبية في عام ٢٠٠٩، تغيرت كذلك نتيجة المقياس، وعندما توقف المقياس عند الرقم (١١٨) كان يعني أن إيران لن تصنع قنبلة نووية بحلول أوائل عام ٢٠١٠، بل ستكون على شفا تطوير واحدة، لكنها ستتوقف ولن تذهب إلى أبعد من ذلك. للمزيد من المعلومات يُمكن الرجوع إلى:

Clive Thompson, Can Game Theory Predict When Iran Will Get the Bomb?, The New York Times Magazine, August 2009, 12, At: <https://nyti.ms/34w3h53>

(٤١) في دراساتهم هذه أزاح كل من (فيرون ولايتين) جانباً الإعتقاد التقليدي بأن السبب الجذري للحروب الأهلية هي العداوات العرقية والدينية، وأن العوامل التي تفسر أي البلدان كانت معرضة لخطر الحرب الأهلية ليست خصائصها العرقية أو الدينية، بل الظروف التي تساعد على التمرد، وهذه الظروف تشمل: الفقر الذي تتميز به الدول الضعيفة مالياً وبيروقراطياً والفساد الذي يُساعد على تجنيد المتمردين، وعدم الاستقرار السياسي، والتضاريس الوعرة، وكثرة السكان. للمزيد يُمكن الرجوع إلى دراساتهم:

- James D. Fearon and David D. Laitin, Ethnicity, Insurgency, and Civil War, The American Political Science Review, Volume (97), Issue (1), February, 2003, PP 90 – 75.
- James D. Fearon and David D. Laitin, Neo-trusteeship and the Problem of Weak States, International Security Journal, Volume (28), Issue (4), spring 2004, PP 43 – 5.

ويوغوسلافيا السابقة، تتعلق إلى حد كبير بالظلم السياسي والاقتصادي»^(٤٢)، وهو خلاف ما أفترضه (فيرنون ولايتين). ولا جدال أن الأخيرين لم يتعمدا إعطاء إستنتاجات مغلوطة بقدر ما أن إجراء المزيد من الدراسات والأبحاث عن المشكلة ذاتها وإخضاع متغيرات، ربما كانت مُهملّة، للتجريب يُقدم فهماً أعمق للعلاقة بين المتغيرات ولطبيعة المشكلة. إن مسألة الخطأ في الدراسات أو عدم كفاية التشخيص تبدو طبيعية، وغالباً ما كانت إسهامات العلماء تصطدم بأشياء غير متوقعة نتيجة الخطأ في التوظيف أو عدم التحليل الصحيح للمعلومات، ومع ذلك، قَدّمت هذه الإسهامات التجريبية - الإحصائية مزيجاً من القوة والثقة لعمل المؤسسات المهتمة بها، بضمنها مجتمع الإستخبارات، وساعدت تحليلاتهم على تحسين جودة عملها في بعض المواضيع. فخلال أواخر السبعينيات وأوائل الثمانينيات، بدأت مجموعة صغيرة من الأكاديميين بقيادة (بوينو دي ميسكيتا-Mesquita) في إحرار تقدم في مواجهة مشكلة كان يعاني منها مجتمع التحليل السياسي والتي تمثلت في تعقد الظواهر السياسية من جهة وبحر المعلومات الذي يغمر الجميع من جهة أخرى، وكان من الصعب التوفيق بين هذين العنصرين، إلا أن الحل الذي توصلوا إليه هو من خلال توظيف أجهزة الحاسوب وإستخدام نظرية (الإختيار العقلاني)، وهذه الأخيرة أريد بها أن تختصر التعقيد وطوفان المعلومات من خلال إبداء تركيز شديد على تحليل العمليات التي بواسطتها تتخذ المجموعات القرارات، وهذا التحليل الكمي للمتغيرات الإجتماعية إعتد على توافر المعلومات الدقيقة حول القوة النسبية للفاعلين السياسيين ضمن دائرة السلطة والنفوذ، وإستكشاف النتائج التي يريدون الوصول إليها. بمعنى آخر أرادت هذه النظرية فهم الطريقة والكيفية التي يختار بها صناع القرار تفضيلاتهم السياسية، وبالتالي توقع النتائج المحتملة على أساس هذا الإختيار^(٤٣)، وعلى الرغم من أن (ستانلي فيدر-Feder) كالّ المديح لعمل (ميسكيتا) وفريقه على أساس النجاحات التي حققوها، إلا أن عدم توقع هذه المجموعة للطريقة التي إنهار بها الإتحاد السوفيتي^(٤٤)، رغم أنه قرار نجم عن تفضيلات سياسية داخلية، يبقى بمثابة علامة

(٤٢) في مقالهم هذا، أكد العلماء الثلاثة على أن الأبحاث المعاصرة حول الحرب الأهلية رفضت إلى حد كبير دور المظالم السياسية والاقتصادية، وركزت بدلاً من ذلك على فرص الصراع. ومع ذلك، فإن هذه الادعاءات القوية تستند إلى أسس نظرية وتجريبية مشكوك فيها. وفي الوقت الذي ركّزت فيه تلك الدراسات على العلاقة بين عدم المساواة الفرية والصراع في المقام الأول، جادل العلماء الثلاثة على أن التفاوتات الأفقية بين المجموعات العرقية ذات الصلة سياسياً والدول ككل يُمكن أن تعزز الصراع الإثني القومي. ولتوسيع النطاق التجريبي، شملت دراستهم جمع بيانات عن مناطق إستيطان المجموعات العرقية مع تقديرات الثروة المكانية، وتم دراسة عدد من النماذج الصراعية (شملت يوغسلافيا السابقة، ألبانيا، ماينمار والسودان)، وإستنتجوا أنه في المجتمعات غير المتكافئة للغاية، تقابل كل من المجموعات الغنية والفقيرة في كثير من الأحيان أكثر من تلك المجموعات التي تقرب ثروتها من متوسط البلد. للمزيد يُمكن الرجوع إلى:

Lars-Erik Cederman, Nils B. Weidmann and Kristian Skrede Gleditsch, Horizontal Inequalities and Ethno-nationalist Civil War: A Global Comparison, *American Political Science Review*, Volume (105), Issue (3), August 2011, PP 495 – 478.

(43) Stanley Feder, *Factions and Policon: New Ways to Analyze Politics*, In: H. Bradford Westerfield (Editor), *Inside CIA's Private World: Declassified Articles from the Agency's Internal Journal, -1955 1992*, Yale University Press, USA, 1995, PP 292 – 274.

(٤٤) كان لدى مجتمع الإستخبارات توقعات خاطئة بخصوص قوة الإتحاد السوفيتي وقتئذ، مثال على ذلك ترويج وكالة الإستخبارات المركزية (CIA) لوجهة نظرها في عام ١٩٨٢، والتي خلصت في تقرير حظي بتغطية إعلامية جيدة إلى أن القيادة السوفيتية ستكون قادرة على المضي قدماً إلى أجل غير مسمى تقريبا، وخلصت الوكالة في تقريرها إلى أنه على =

إستفهام كبيرة تُحيط بطرائق التنبؤ^(٤٥).

وبشكل عام، يبدو أنّ النجاح في التوقع يكاد يكون من نصيب الدراسات السياسية المتخصصة بدراسة قضية مُحددة والتي تسعى للوصول إلى فهم أكبر لمسببات المشاكل التي تتعامل معها بهدف التنبؤ بمسارها مستقبلاً، أكثر ما هو من نصيب النظرية العامة. لهذا حظي التنبؤ في الدراسات الدولية المتخصصة باهتمام كبير سيما مع التقدم في النمذجة الإحصائية وجمع البيانات والأداء الحاسوبي، وبغض النظر عما إذا كانت هذه الطرائق موثوقة أو يُمكن أن تُقدم تنبؤات صحيحة، إستمر المجتمع الأكاديمي بإنتاج أعمال أبدت تركيزاً مكثفاً على المسائل الفنية التقنية التي تتضمن إستخدام النماذج الرياضية، بقدر تعلق الأمر بإهتمامها بقضايا معينة مثل الصراعات والنزاعات المسلحة. لقد إهتم كل من (نازلي شوشري-Choucri) و(توماس روبنسون-Robinson) بدراسة أساليب التنبؤ بالصراع الدولي والقيود التي تحدّ من تحقيق أعمال التنبؤ^(٤٦)، فيما قدّم عمل (جيرالد شنايدر-Schneider) و(نيلز غليديش-Gleditsch) إهتماماً بالتركيز على ثلاث طرائق في التنبؤ بالنزاعات العسكرية وهي: النموذج الهيكلي، السلاسل الزمنية، وتنبؤات النقاط^(٤٧)، أما (باتريك براندت-Brandt)، و(جون فريمان-Freeman) إقترحا إطار عمل قائم على إستخدام السلاسل الزمنية (Time Series) لتوقع وتحليل النزاعات الإقليمية والدولية مع تطبيقه على الصراع الفلسطيني - الإسرائيلي، حيث أنتج عملهم سلسلة من التنبؤات للصراع بين الإسرائيليين والفلسطينيين الذي توقعوا له أنّ يرتفع في العام ٢٠١٠ مقارنة بما كان عليه عام ٢٠٠٩^(٤٨)، وركز (فيليس شرودت-Schrodt)، و(جيمس يونامين-Yonamine) على إستخدام النمذجة الحاسوبية في

=الرغم من وجود «تباطؤ» ملحوظ في النمو السوفيتي منذ السبعينيات، إلا أنّ الاقتصاد السوفيتي «لن ينهار»، بل على العكس، توقعت الوكالة أنّ «يستمر الناتج القومي الإجمالي في النمو، وإن كان ببطء». للإطلاع على النص الكامل للتقرير يُمكن الرجوع إلى:

Henry Rowen, Central Intelligence Briefing on the Soviet economy, In: Erik P. Hoffmann and Robbin Frederick Laird (Editors), The Soviet Polity in the Modern Era, Aldine De Gruyter, New York, 1984, PP 445 – 417.

(٤٥) مع ذلك، تمكن (دي ميسيكتا) من خلال النمذجة الحاسوبية للعمليات السياسية من إبداء تنبؤ صحيح لأحداث حصلت لاحقاً، مثل تنبؤه بمن يخلّف (الخميني) في السلطة عام ١٩٨٩، ومن سيتولى السلطة في روسيا بعد (يلتسين)، وعلى حد قول أحد مسؤولي وكالة المخابرات المركزية، إنّ النموذج الحاسوبي الذي بناه (دي ميسيكتا) كان صائباً في التوقع بنسبة (٩٠٪) خلال السنوات الخمس والعشرين (١٩٨٠-٢٠٠٥) كما ورد في لقاء إذاعي مع (دي ميسيكتا) أجرته الإذاعة الوطنية الأميركية (NPR) في عام ٢٠٠٧. يُمكن الرجوع إلى:

Professor Claims to Predict the Future, Robert Smith Host Bruce Bueno de Mesquita, National Public Radio (NPR), October 2007 ,12, At: <https://n.pr/3tdGjKd>

(46) Nazli Choucri and Thomas W. Robinson, Forecasting in International Relations: Theory, Methods, Problems, Prospects, W. H. Freeman and Co, San Francisco, USA, 1978.

(47) Gerald Schneider, Nils Petter Gleditsch and Sabine Carey, Forecasting in International Relations: One Quest, Three Approaches, Conflict Management and Peace Science, Volume (28), Issue (2011), (1), PP 14 – 5.

(48) Patrick T. Brandt, John R. Freeman and Philip A. Schrodt, Real-Time, Time-Series Forecasting of Political Conflict, Conflict Management and Peace Science, Volume (28), Issue (2011), (1), PP – 41 64.

توقع العنف السياسي والإرهاب^(٤٩)، كذلك ركزت دراسة (هافارد هيغري-Hegre)، و(هافارد نايفارد-Nygaard)، و(رانفيغ رايدر-Ræder) على نمذجة دراسة الصراعات إحصائياً لمجموعة دول واستخدام تقنية المحاكاة (Simulation) للتنبؤ بإحتمالية إندلاع نزاع أو صراع صغير أو صراع كبير، وإحتمالية تجدد الصراع وانتقاله إلى دول أخرى^(٥٠). فضلاً عن ذلك، نجد أن أعمال (فيتو دي أورازيو-D'Orazio)^(٥١)، و(كورين بارا-Bara)^(٥٢) من أحدث الأعمال التجريبية التي فضّلت استخدام النماذج التنبؤية باعتبارها نماذج إستباقية تسمح بدراسة جميع أنواع الصراع والعنف السياسي بما في ذلك الحروب الأهلية، والصراعات الدولية، والإرهاب، والإبادة الجماعية، والاحتجاجات، وكل هذا يدل على أنّ هذه النماذج أصبحت الأكثر شيوعاً في دراسة الصراع ومحاولة التنبؤ بمساراته.

ولعل النجاح الملحوظ لهذا النوع من الدراسات، فضلاً عن كونه أرتبط بتناولها لمتغيرات يُمكن السيطرة عليها إلا أن العامل الأكثر تفسيراً لهذا النجاح يكمن في تركيزها على فهم الطريقة التي تتخذ بها المجموعات تفضيلاتها السياسية وقراراتها، بمعنى أنّ جزءاً كبيراً من هذه الدراسات كان مهتماً بنظرية (الإختيار العقلاني) والتي تركز على كيفية إتخاذ الأفراد لقراراتهم سواء التصارعية أو التعاونية، وعلى حد قول «دي ميسكيثا»: «إذا كنت ترغب في التنبؤ بالأحداث السياسية، فإن الحكمة والخبرة، والمعرفة العميقة بثقافة الدولة وتاريخها ليست كافية. التنبؤ بالمستقبل يتطلب منك أن تكون خبيراً ليس في فن الحكم، ولكن في فهمك لطريقة إتخاذ الأفراد للقرارات. أنت بحاجة إلى نظرية لعبة الممثل العقلاني»^(٥٣).

(49) hilip A. Schrodtt, James Yonamine and Benjamin E. Bagozzi, Data-Based Computational Approaches to Forecasting Political Violence, In: V. S. Subrahmanian (Editor), Handbook of Computational Approaches to Counterterrorism, Springer Publishing, New York, 2013, PP – 129 162.

(٥٠) أظهرت نتائج دراستهم أنّ «فخ الصراع-conflict trap»، ويُقصد به توفر ظروف تسمح بعودة الصراع مرة أخرى، هو أشد خطورة مما أشارت إليه الدراسات السابقة. على سبيل المثال، عندما أجروا محاكاة على بلد كبير منخفض الدخل ليس له صراعات سابقة ولكنه عانى من سنتين إلى ثلاث سنوات من الصراع خلال الفترة (٢٠١٥-٢٠١٨)، وجدوا أنّ هناك احتمال لتجدد الصراع مرة ثانية، وأن يستمر لمدة تسع سنوات خلال الفترة (٢٠١٩-٢٠٤٠)، وعلى العكس من ذلك، إذا كان هناك بلد كبير منخفض الدخل ولديه نزاع طويل خلال السنوات العشر الماضية، مع أكثر من (١٠٠٠) حالة وفاة مرتبطة بالصراع، ونجح في إحتواء العنف إلى مستوى تحوله إلى صراع طفيف خلال الفترة (٢٠١٥-٢٠١٨)، فسيكون لديه خمس سنوات من تجدد الصراع في السنوات العشرين اللاحقة (٢٠١٩-٢٠٤٠). للمزيد يُمكن الرجوع إلى الدراسة:

Håvard Hegre, Håvard Moksleiv Nygård and Ranveig Flaten Ræder, Evaluating the scope and intensity of the conflict trap: A dynamic simulation approach, Journal of Peace Research, Volume (54), Issue (2017), (2, PP 261 – 243.

(51) Vito D'Orazio, Conflict Forecasting and Prediction, In: Oxford Research Encyclopedias, International Studies, Oxford University Press, New York, 2020, At: <https://bit.ly/3r29vkw>

(52) Corinne Bara, Forecasting Civil War and Political Violence, In: Andreas Wenger, Ursula Jasper and Myriam D. Cavelty (Editors), The Politics and Science of Prevision: Governing and Probing the Future, Routledge Publishing, London, 2020.

(53) Clive Thompson, Can Game Theory Predict When Iran Will Get the Bomb?, The New York Times Magazine, August 2009, 12, At: <https://nyti.ms/34w3h53>



رابعاً: إشكالية الأحكام والقيم الشخصية وإنعكاسها على التنبؤ

مع الإقرار بان النظرية أبدت قصوراً في التوقع طالما أنها تستهدف توضيح الأنماط العامة في التكرار للظواهر السياسية وعدم بناء توقعات حدية، بات الميل أكثر، من حيث الإهتمام والتمويل، نحو الدراسات التنبؤية المتخصصة بحيث أبدى صانعي القرار والمخططين العسكريين بالدرجة الأولى عناية شديدة بهذه الدراسات لا سيما التي تحوي نماذج رياضية على أساس الاعتقاد أنها ستكون أشبه بإنذار مبكر مُتقدم للأزمات الوشيكَة تُمكنهم من وضع خطط تخفيف فعالة، وتعبئة الموارد، وتنسيق الاستجابات مع نظرائهم الأجانب، وهو ما أسهم في تمويلهم لعدد لا يحصى من الأبحاث والدراسات التي تركز على التنبؤ على مدى السنوات الأربعين الماضية، بحيث إستثمرت حكومة الولايات المتحدة بسخاء في عدة محاولات لبناء أنظمة للتنبؤ بالأزمات يمكن الدفاع عنها من الناحية التحليلية وقادرة على معالجة وفهم كميات هائلة من المعلومات في الوقت الحقيقي أو شبه الحقيقي^(٥٤).

وإزاء هذا الدعم والتمويل، حاول العديد من المفكرين والمنظرين إستباق التغيير بدلاً من مجاراته واللاحق به وكانت وسيلتهم في ذلك بناء نماذج رياضية لتفسير ما حدث سابقاً وإفتراض الوصول إلى قوانين تشرح العلاقة والترابط بين المتغيرات التابعة والمستقلة بحيث يُمكن معرفة التغيير في المتغيرات التابعة على أساس قياس مستوى التغيير في المتغيرات المستقلة. واستهدفت النمذجة معالجة الأسئلة الإجتماعية كماً من خلال تحويلها إلى رموز وأرقام، وكانت النتيجة بناء نماذج وإستخدام للرياضيات بشكل معقد إلى الحد الذي يتعذر على الكثيرين فهم هذه العلاقات. ومع أن الكثير من هذه الأعمال، قد أظهرت نجاحاً في قدرتها الإستشراافية إلا أن أعمالاً أخرى قد أخفقت نتيجة قصور في الإطار التفسيري للعلاقة بين المتغيرات أو عدم كفاية تصميم الإنموذج في الدراسة أو تعقده، وهو ما عتّى أن هذه الدراسات شابتها بعض العيوب المعرفية أو المنهجية، وهو ما تمثل في صعوبة النمذجة الرياضية التي قد لا تتمكن من تكميم المتغيرات الاجتماعية بشكل مثالي من جهة، فضلاً عن التحيز الشخصي أو تأثير الأحكام الشخصية في تصاميم النماذج من جهة أخرى.

(٥٤) من المحاولات الحديثة التي قام بها الجيش الأمريكي في العقد الأول من القرن الحادي والعشرين لتطوير آلية للتوقع المنضبط، هو تمويله لنظام الإنذار المبكر للأزمات أو ما يُعرف إختصاراً بـ(ICEWS)، وهو نظام قائم على أساس توقع الأزمات والصراعات السياسية المحتملة في مناطق جغرافية متفرقة بالإعتماد بشكل كلي على نظريات العلوم الاجتماعية في تحليل البيانات والقرارات. ورغم إحتوائه على بعض نقاط القوة إلا أن القيود التي تفرضها إشكالية معالجة أسئلة العلوم الاجتماعية وتمثيلها رياضياً باستخدام المناهج الكمية المعاصرة وبشكل واقعي دون تحيز ربما كانت تمثل عقبة أمام الوصول إلى توقع دقيق. مع ذلك أكد (O'Brien) إن هذا النظام نجح تجريبياً في إدماج العلوم الاجتماعية مع التقنيات الحاسوبية. للمزيد أنظر:

Sean P. O'Brien, Crisis Early Warning and Decision Support: Contemporary Approaches and Thoughts on Future Research, International Studies Review, Volume (12), Issue (1), March 2010, PP 104 – 87.

فعلى الرغم من أن النمذجة للظواهر السياسية ومنذ بداية إستخدامها تم الترويج لها بإعتبارها مدخلاً جديداً للفهم يُحقق موثوقية أشد في التفسير والتنبؤ إلا أنها مع ذلك لم تسلم من الإنتقادات، إذ كانت هذه الإسهامات المعرفية تنطوي على قدر من التعقيد وصعوبة الفهم، بدليل أن (وليام ريكير) عندما أصدر كتابه المعنون (مقدمة للنظرية السياسية الوضعية)، في عقد السبعينيات من القرن الماضي كمحاولة إستثنائية في دراسة العلوم السياسية، وصفته دورية السياسة (The Journal of Politics) التي تصدر عن جامعة شيكاغو أنه على مدى السنوات الخمس والعشرين الماضية، لم يُقم عالم سياسي واحد بأكثر مما قام به (ريكير) لتعزيز نمو النظرية الاستنتاجية في العلوم السياسية الحديثة. لكن على الرغم من أن المؤلف حاول خفض مستوى المهارة الفنية المطلوبة لمتابعة الحجج الرياضية إلا أنه في أجزاء معينة عندما يناقش الأسواق و(مثالية باريتو) والعوامل الخارجية، يستلزم الأمر فهم حساب التفاضل والتكامل الأساسي من القارئ، وأن أكثر الأجزاء المخيبة للأمال في الكتاب هي تلك التي تتناول نظرية الألعاب، إذ اتخذ (ريكير) نهجاً غير تقليدي إلى حد ما في تقديمه للنظرية حتى أنه يضطر في بعض المواضع إلى الإلتواءات لتدعيم حججه^(٥٥).

أما (المراجعة الأميركية للعلوم السياسية-American Political Science-Review)، فعلى الرغم أنها وصفت الكتاب بأنه مقدمة غنية جداً وخيالية، إلا أنها إنتقدته بسبب قصد المؤلف في بداية كتابه أن هذه المقدمة مخصصة «للطلاب على مستوى المبتدئين والمتخرجين»، بينما في الحقيقة كان عبارة عن «ترليج صعب بالنسبة لمعظم الأساتذة»، وهو مليء بالحديث الهائل عن مضاعفات «لاغرانج» و«خطوط اللامبالاة»، وهي أمور تقع عموماً خارج نطاق فهم ما لا يقل عن (٩٥) في المائة من جميع طلاب الدراسات العليا^(٥٦).

وحتى مع مضي سنوات على إستخدام وتوظيف النمذجة الرياضية، لم يكن جمع العلماء متفقين على ضرورتها ومنفعتيها للمتغيرات السياسية، ما يعني أنها لم تحظى بقبول كلي من مجتمع السياسة الأكاديمي نظراً لأنها قد تعجز عن إبداء تمثيل واقعي للكثير من الظواهر الإجتماعية والسياسية. مثلاً (جاكلين ستيفنز) إنتقدت تمويل الحكومة لهذه البرامج والأبحاث وتحديداً تمويلها من ميزانية المؤسسة الوطنية للعلوم (NSF) لأنها «تدعم، بشكل غير متناسب، الأبحاث التي يُمكن أن تخضع للتحليلات والنماذج الإحصائية على الرغم من أن الجميع يعلم أن المعادلات النظيفة تحجب الحقائق الفوضوية، والتي لا تتمكن الافتراضات أو مجموعات البيانات المبتكرة، من إلتقاطها وفهمها»^(٥٧).

ولم تكن الصعوبة في فهم هذه النماذج هو المعوق الأكبر الذي قد يحول دون

(55) Norman Frohlich, An Introduction to Positive Political Theory (Book Review), The Journal of Politics, Volume (36), Issue (1), February 1974, PP 232 – 231.

(56) Benjamin Walter, An Introduction to Positive Political Theory (Book Review), American Political Science Review, Volume (69), Issue (1975), (3, PP 1009 – 1007.

(57) Jacqueline Stevens, Political Scientists Are Lousy Forecasters, Op.cit.

إستخدامها وتوظيفها، بل أنّ الرغبة في بناء نموذج رياضي متكامل قد يدفع الباحثين إلى إستثناء دراسة متغيرات يصعب قياسها أو نمذجتها والإكتفاء بالمتغيرات القابلة للتكميم، ما يؤدي حتماً إلى عجز النموذج عن تقديم نتائج حقيقية، وهذه العملية القائمة على تفضيل متغيرات على حساب غيرها غالباً ما تعتمد على الأحكام الشخصية للباحثين ورؤيتهم للمشكلة. على هذا الأساس، ليس بالضرورة أنّ تكون أهم المتغيرات التي تعذي نموذج التنبؤ والتي توفر المعلومات الحاسمة هي المفاهيم الأكثر تخيلاً من الناحية النظرية، على العكس من ذلك، أوضح (مايكل وارد-Ward) و(براين غرينهيل-Greenhill) في تقييمهما لنموذجين تجريبيين بارزين لبداية الحرب الأهلية، أنّ إضافة العوامل التفسيرية التي تخلق أقصى قدر من الاهتمام الإعلامي لا تحسن الدقة التنبؤية للنماذج، بل من الأفضل الإنتباه لتقييم ما إذا كانت التفسيرات المفضلة من الناحية النظرية تُساهم حقاً في الوصول إلى الفهم الصحيح للأسباب، وأنّ المُخرجات في هذه الحالات يُمكن أنّ تعكس مدى التضليل الذي ينتج عن التركيز التقليدي على الأهمية الإحصائية. بكلام آخر، جادل كلاهما بأنّه تم إيلاء الكثير من الإهتمام لإيجاد علاقات ذات دلالة إحصائية، في حين تم منح القليل من التركيز على إيجاد متغيرات تعمل على تحسين قدرتنا على التنبؤ بالحروب الأهلية⁽⁵⁸⁾.

هذه الحالة يُمكن أن تُوصف بأنّها تعبر عن سعي الباحثين لبناء نموذج قادر على معالجة المتغيرات التي يفضلونها ويعتقدون أنّها قابلة للقياس ويُمكن إختباره على حالات مُحددة، أكثر من الأهتمام بمدى دقته الكُلية في إستيعاب كافة متغيرات المشكلة، وهذه ليست مسألة جديدة، إذ أنّ أقصى الإنتقادات التي تعرضت لها الحركة السلوكية وقت رواجها كان سعيها وراء تحقيق ما أسماه البعض بـ«نقاء منهجي-Methodological Purity» في طرائقها الدراسية أكثر من ميلها لمعالجة المخاوف السياسية الحيوية في الولايات المتحدة، وهذا العمل الذي كان يُفترض أنه خالص، أي خالٍ من القيم والمعايير التي تؤثر في جودة الحكم الموضوعي، دائماً ما كان مُتأثراً بشدة بأحكام القيم الشخصية، والتي كانت مع إستثناءات قليلة داعمة للوضع السياسي الراهن في الولايات المتحدة، ونقلت بشكل عام صورة خاطئة للحياة السياسية في الديمقراطيات الغربية⁽⁵⁹⁾، وعلى حد رأي (ديفيد إيستون)، في معرض إنتقاده للسلوكية «كان من الصعب في كثير من الأحيان التمييز بين ما إذا كان الباحث يُعبر عن تفضيلاته الخاصة، أم أنه في الواقع يصف كيفية عمل المؤسسات وكيف يتصرف الناس في الحياة السياسية»⁽⁶⁰⁾.

كذلك، عندما أصدر المفكر الأميركي (فرانسيس فوكوياما-Fukuyama) كتاباً تولى تحريره وكان عنوانه (Blindside) وإحتوى على إسهامات تحليلية لأساليب إستشراف وتوقع المستقبل، قدمها مشاركين من داخل مجتمع الإستخبارات والسياسة الخارجية والأمن

(58) Michael D. Ward, Brian D. Greenhill and Kristin M. Bakke, The perils of policy by p-value: Predicting civil conflicts, Journal of Peace Research, Volume (47), Issue (2010), (4), PP 374 – 363.

(59) Philip Green and Sanford Levinson (Editors), Power and Community: Dissenting Essays in Political Science, Random House, New York, 1970, P VII.

(60) David Easton, Political Science in the United States: Past and Present, Op.cit, P 136.

القومي وحتى من داخل المجتمع المالي في (وول ستريت) من قبل أشخاص يتعاملون مع مخاطر الأعمال^(٦١)، أشار (فوكوياما) في كلمة ألقاها في حلقة نقاشية عقدها معهد (بروكينغز-Brookings) لتحليل وإستعراض محتويات الكتاب بعد صدوره بعام، إلى إعتقاده، وفي كثير من النواحي، «أنّ هناك تحيزات منهجية معينة تدخل في الطريقة التي تتوقع بها هذه المجموعات المختلفة كمجتمعات المستقبل الأحداث القادمة، وأنّ عدم الدراية بهذه التحيزات ستُفضي إلى مشاكل في عمل أنواع صحيحة من التنبؤات»^(٦٢). وبشكل عام، نجد أنّ ميل الباحث إلى تضمين قيمه الشخصية أو تفضيلاته الخاصة غالباً ما يكون من أجل أنّ يلائم نمودجه الرياضي الواقع الحقيقي، بحيث يلجأ الباحث إلى إحداث إنتواءات في النمذجة لتتطابق مع المتغيرات الفعلية، أو أن يُهمل دراسة متغيرات مهمة لأنّها تصطدم مع إنمودجه الرياضي أو لا تتوافق معه، وعلى حد وجهه نظر (سيدرمان وغلديش)، إنّ رفض (فيرنون) و(لايتين) لتضمين العوامل «الفوضوية-Messy Factors»، مثل «المظالم وعدم المساواة» في دراستهم التجريبية عن أسباب الحروب والصراعات العرقية لأنّه كان من الصعب تحديد هذه العوامل كمياً، لذا عمداً إلى تبسيط النموذج بالطريقة التي يُمكن أن يُحقق بها إختباراً موضوعياً، وتقديم نماذج «أكثر أناقة-Elegant Models» ويُمكن إختبارها بسهولة أكبر^(٦٣).

(61) Francis Fukuyama (Editor), *Blindside: How to Anticipate Forcing Events and Wild Cards in Global Politics*, Brookings Institution Press, Washington, D.C, 2007.

(62) Francis Fukuyama, Speech in Discussion Panel Held on "Blindside: How to Anticipate Forcing Events and Wild Cards in Global Politics", The Brookings Institution, Washington, D.C, November 2007, 28, P 5, At: <https://brook.gs/3zFM7NS>

(63) Lars-Erik Cederman, Nils B. Weidmann and Kristian Skrede Gleditsch, *Horizontal Inequalities and Ethno-nationalist Civil War*, Op.cit, P 492.

الخاتمة

مثل بناء النظرية الإهتمام الأساسي في حقل العلاقات الدولية بحكم إرتباط وجود النظرية بإضفاء طابع علمي على هذا التخصص الوليد وكونها تسمح بإيضاح حدوده ومنهجيته، ومع ذلك، إسترعى الأمر أيضاً إهتمام بعض العلماء بمدى جودة النظرية وموضوعيتها في تقديم تنبؤات موثوقة على الرغم أن الإتجاه العام في إعداد النظريات كان منصرفاً نحو الإكتفاء بالتفسير والتحليل ووضع فروض حول الظواهر العامة في السياسة الدولية، ولعل هذه الثنائية في التوجه والموقف ما بين التحليل والتنبؤ قد سببت خطأً وسوء فهم حول الغاية من وجود النظرية، هل هو من أجل تقديم فروض تشرح الطريقة التي يسير بها العالم أم تكون مطالبة أيضاً بأن تحقق توقعاً للأحداث القادمة.

ومع القصور الواضح للنظريات في أن تُقدم توقعات دقيقة للكثير من الوقائع الدولية وكأن هذا القصور بات أشبه بفجوة كبيرة وسط البناء النظري، ظهرت الدراسات الدولية التنبؤية المتخصصة والتي تناولت قضايا محددة على مستوى النطاق الزمني والمكاني كمحاولة تجريبية لردم هذه الفجوة في حقل العلاقات الدولية وإعتمد الكثير من هذه الدراسات على إستكشاف العلاقات التفاعلية بين متغيرات معينة ومحاولة إسقاط تأثير هذه التفاعلات على المستقبل. وبشكل عام، يُمكن إدراج مجموعة من الإستنتاجات التي خلص إليها البحث وهي:

١. أن المتفق عليه لدى علماء العلاقات الدولية أن النظرية على وجه الخصوص مهياة لتحليل أنماط الظواهر في السياسة الدولية وتفسيرها وتقديم رؤى لأسباب حدوثها، أكثر مما هي مُخصصة للتنبؤ بما ستؤول إليه هذه الظواهر.
٢. إن جميع الجهود التنبؤية، نوعاً ما وعلى إختلاف طرائقها الفلسفية والتجريبية قد أدركت حقيقة واضحة لا يُمكن تجاهلها أنه ليس من المفيد جداً الإدعاء بإمكانية التنبؤ بالفواصل الهيكلية والتغيرات المفاجئة على مستوى النظام الدولي.
٣. أن الأكثر موثوقية هو أن التنبؤ يعتمد في كثير من الأحيان على البيانات التي تتغير ببطء بمرور الوقت، وبالتالي تكون هذه البيانات مناسبة فقط للتنبؤ بالتغيرات الطفيفة.
٤. علاوة على ذلك، يبدو أن التنبؤات العلمية قابلة للتحقق في المجالات التي يُمكن فيها للمتنبئين الإعتماد على المعرفة السابقة والأدلة المتراكمة في شكل بيانات مجمعة بشكل منهجي، أو رؤى الخبراء الذين يمتلكون معرفة مميزة حول عمليات صنع القرار والطريقة التي يتصرف بها أعضاء المجموعة.
٥. إن النمذجة الرياضية في الدراسات التنبؤية رغم أنها ذات منفعة إلا أن دقتها وفعاليتها تعتمد إلى حد كبير على معالجة جميع المتغيرات التي يُعتقد أنها ذات تأثير في المشكلة من جهة وعلى التمثيل الرياضي الصحيح للبيانات الإجتماعية من جهة أخرى.

تأثير المتغير الامني
في السياسة الخارجية السويدية
بعد نهاية الحرب الباردة

THE IMPACT OF THE SECURITY VARIABLE ON SWEDISH
FOREIGN POLICY AFTER THE END OF THE COLD WAR

أ.م.د. عباس هاشم عزيز
جامعة بغداد/ كلية العلوم السياسية

المستخلص

للمتغير الامني للسويد تأثير كبير على انتهاجها سياسة خارجية تختلف عن محيطها الاوربي الذي اتسمت علاقاته ولمدة زمنية طويلة من الصراع الذي كان له انعكسات كبيرة على استقرارها، ومن اجل الابعاد عن حالة الحرب وعدم الاستقرار انتهجت السويد سياسة امنية ومنذ عام ١٨١٤ اتسمت بعدم الاشتراك في التحالفات العسكرية وهو ما عدّ مبدأ توجيهها في سياستها الخارجية سارت عليه لاكثر من قرنين من الزمن ، هذه السياسة التي وصفت بالحياد الصلب طراً عليها تغير كبير منذ نهاية الحرب الباردة عام ١٩٨٩ باتجاه التخفيف من صيغة الحياد والاندماج التدريجي في محيطها الاوربي بنسخة جديدة «الحياد المرن» من خلال الانضمام لبرنامج الشراكة من اجل والسلام ١٩٩٤ والاتحاد الاوربي عام ١٩٩٥. وترى السويد أن التخلي عن الحياد كمبدأ توجيهي لصالح التضامن اعتبر متوافقا مع العضوية في الاتحاد الاوربي والتعاون مع حلف الناتو، لا سيما بعد المصادقة على معاهدة لشبونة ٢٠١٦ من قبل البرلمان السويدي. لذفان التغيرات الامنية التي سادت المحيط الاوربي ظلت هي الدافع نحو اجراء مراجعات للسياسة الخارجية السويدية، لا سيما وان بيانات السياسة الامنية والخارجية المقدمة الى البرلمان السويدي ومنذ نهاية الحرب الباردة ظلت تتحدث عن «عدم التحالف العسكري في وقت السلم والحياد في وقت الحرب» وهو يثبت شكل اخر من اشكال الحياد والذي يمكن ان يطلق عليها عدم الانحياز وتثبيت مبدأ التضامن في سياستها الخارجية.

Abstract

The security variable of Sweden has a great influence on its foreign policy that differs from its European environment, whose relations have been characterized for a long period of time, which had major repercussions on its stability, and in order to keep away from the state of war and instability, Sweden has pursued a security policy and since 1814 it has been characterized by not participating in military alliances. Which was considered a guiding principle in its foreign policy that it has followed for more than two centuries. This policy, which has been described as solid neutrality, has undergone significant change since the end of the Cold War in 1989 in the direction of diluting the formula of neutrality and gradual integration into its European environment with a new version of «flexible neutrality» through Joining the Partnership for Peace program in 1994 and the European Union in 1995. Sweden believes that abandoning neutrality as a guiding principle in favor of solidarity was considered compatible with membership in the European Union and cooperation with NATO, especially after the ratification of the Lisbon Treaty 2016 by the Swedish parliament. The security that prevailed in the European environment has been the driving force for revisions to the Swedish foreign policy.

المقدمة

مشكلة البحث.

يركز البحث على طرح اشكالية تتمحور حول التغييرات التي طرأت على السياسات الامنية بعد نهاية الحرب الباردة ، لذا فان التساؤل الرئيسي للبحث هو : كيف أثرت التغييرات الامنية التي طرأت على الساحة الاوربية على السياسة الخارجية السويدية، وبأي اتجاه؟

فرضية البحث.

يقوم البحث على فرضية مفادها، ان نهاية الحرب الباردة احدثت تغيرا كبيرا في السياسة الامنية السويدية وسياستها الخارجية باتجاه اكثر اندماج مع محيطها الاوربي والدولي.

حدود للبحث:

للبحث حدود موضوعية ومكانية وزمانية، هي: الحدود الموضوعية: المتغير الامني والسياسة الخارجية السويدية. الحدود المكانية: السويد ومحيطها الاقليمي والدولي. الحدود الزمانية : بعد نهاية الحرب الباردة ١٩٨٩.

المبحث الاول تاريخ ومقومات السياسة الامنية السويدية.

يمثل عام ١٨١٤ نقطة تحول في التاريخ السويدي، فبعد خمسة وعشرين حرباً خاضتها السويد في اقل من ثلاثمائة سنة قررت السويد التخلي عن موقفها العدواني تجاه جيرانها، والتوجه لسياسة امنية جديدة تقوم على الحياد. الا ان هذا لا يعني ان عملية تحول السويد من دولة محاربة الى دولة مسالمة سارت بسلاسة، فخلال القرن العشرين عبرت السويد الخط الدقيق الفاصل بين الحياد والتقارب السياسي مع محيطها الاقليمي، هذا الامر يوضح ان سياسة السويد الحيادية عملية معقدة ومتعددة الابعاد.

المطلب الاول: التحول في السياسة الامنية السويدية.

أن فهم تحول السياسة الامنية السويدية يتطلب العودة الى العوامل الدافعة له، والاشكال الذي اتخذتها على وفق تغير الظروف المحيطة بالدولة السويدية ومنذ عام ١٨١٤.

ويظهر التاريخ الحديث ان السويد اشتركت قبل ذلك في اول تشكيل رسمي للحياد عام ١٧٠٠، عندما انشأت عصبة للحياد المسلح مع كل من روسيا، الدنمارك، والنرويج، لدفع الاعتداءات التي قد تقع من فرنسا وإنجلترا وإسبانيا المشتبكة في حرب وقتئذ، ثم انضمت عام ١٨٠٠ الى عصبة الحياد المسلح الثانية التي ضمت نفس الدول مع بروسيا لترد الاعتداءات المتكررة التي كانت تقوم بها إنجلترا وفرنسا المتحاربتين على سفن المحايدين وتجارتهم^(١).

ان سياسة السويد الامنية الخارجية تشكلت على وفق الظروف الامنية التي احاطت بالسويد بعد احتلالات تعرضت لها، وحروب طويلة خاضتها مع جيرانها في بيئتها الشمالية والساحة الاوربية^(٢)، ناهيك عن تأثير موقعها الجغرافي الذي جعلها قلقة دائماً من محيطها المتصارع، كما ان القدرات التي تملكها لم تكن لتؤهلها لتحمل تكاليف الحروب ولا الحفاظ على استقلالها، فهي دولة تعد صغيرة من حيث السكان والحجم الجغرافي مقارنة بدول كبرى في محيطها الاوربي. ويمكن اضافة عوامل داخلية ساهمت في تشكيل سياسة السويد الامنية، تمثلت بنتائج الحروب التي خاضتها السويد في اوربا ومع جيرانها والتي كان اخرها حملتها ضد النرويج عام ١٨١٤. نتائج هذه الحروب دفعها الى تجنب التورط فيها، والتركيز على الداخل. هذا التركيز انعكس بإيجابية في تطور نظامها السياسي، وبمرور الزمن من نظام ملكي مطلق الى نظام ملكي بطبيعة برلمانية، فضلا عن بناء اقتصاد تنامي تدريجياً الى اقتصاد متطور منذ سبعينات القرن الماضي

(١) هيثم موسى حسن، القانون الدولي، الحياد الدولي، الموسوعة العربية، دمشق، المجلد الثالث، ص ٣٥٦. متاح :

<http://soo.gd/nr1a>

(٢) نالت السويد استقلالها في عام ١٥٢٣ بعد تخلصها من سيطرة الدنمارك، بعدها توسع نفوذها في اوربا، لكن خسارتها الجرب ضد روسيا القيصرية حجم تمددها نحو الغرب، وتمكنت من السيطرة على النرويج عام ١٨١٤ وشكلت معها اتحاد استمر حتى عام ١٩٠٥ ينظر:

Neil Kent, A concise History of Sweden, London, 1989, PP.22-13 .

وانتج مجتمع الرفاهية.

ويبدو أن اغلاق باب الانجرار في سياسات الحروب الساخنة والباردة بين الدول الكبرى، والتفرغ لتطوير البيئة الداخلية، كانت سياسة ناجحة. ولدت انطباع مفاده، ان سياسة الحياد كانت سببا في الرفاهية السويدية، وعدت ثقافة الحياد ثقافة سائدة في المجتمع السويدي.

الطابع الديناميكي لسياسة السويد الامنية والتي تقوم على الابتعاد عن التحالفات في وقت السلم والحياد في وقت الحرب وجدت تطبيقاتها في الحربين العالميتين الاولى والثانية. على وفق مدارس فكرية رئيسية اتخذت من الحياد سياسة امنية ناجحة.

اولا : الحياد السويدي في الحرب العالمية الاولى

تمتعت السويد بسلام تام في الايام الاولى من الحرب العالمية الاولى التي نشبت في ٢٨ تموز ١٩١٤، ولم يكن للحكومة السويدية في بداية الحرب موقف واضح، لأنها كانت تعيش حالة من عدم اليقين من الموقف الالمانى من حيادها (٣). لقد كانت القراءة السويدية لمجريات الحرب مهمة في تكييف حيادها على وفق مصالحها، فعندما اعلنت المانيا الحرب على فرنسا وروسيا، كانت السويد تعتبر هزيمة روسيا مهمة لمصالحها، وهو الامر الذي دفع السويد الى امالة حيادها لصالح المانيا. ومع ذلك فقد اجبرت السويد في نهاية المطاف الى اعلان مشترك للحياد مع (النرويج والدنمارك) (٤).

وتوضح مجريات الحرب ان الحياد السويدي لم ينتهك من قبل المتحاربين، ويرجع البعض ذلك الى اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٠٧ التي شرعت الحياد وواجبات الدول فيما يتعلق بالحرب البرية والبحرية على السواء.

وضعت دراسة قام بها «ستيفن كوبليك» Steven Koblik تقييما للموقف السياسي للسويد بين عامي ١٩١٧-١٩١٨ تقوم على تفسير مفاده، كان هناك نقص في توافق الآراء بشأن قضايا السياسة الامنية داخل مجتمع صنع السياسات في السويد، اذ مع تقدم الحرب تضاءلت حالة الدعم الشعبي لسياسة الحياد، مع ميل الى المانيا حتى عام ١٩١٦، ومع تغير مجرى الحرب انقلب حياد السويد نحو دول المحور، لا سيما بعد انسحاب روسيا من الحرب عام ١٩١٧، وزيادة مشاركة الولايات المتحدة الامريكية في الحرب (٥).

كان من نتائج الحرب العالمية الاولى استقلال فنلندا ودول البلطيق وبولندا، واستعادت الدنمارك الجزء الناطق بالدنماركية من المانيا « شليسفيغ » Schleswig، وقد وجدت السويد نفسها محاطة بدول صغيرة لا علاقات قوية لها مع الدول العظمى المحيطة بها. في هذه الفترة تحول الحياد الى تقليد حقيقي لأسباب محلية ودولية. ومع

(3) Wahlbäck, Krister, The Roots of Swedish Neutrality, The Swedish Institute, 1986, P23.

(4) Gustav Lindstrom, Engagement-The middle way, Occasional Papers, Institute for security studies- Western European Union, 1997, p.4.

(5) Steene, Mikale S., "Role Model or Power Pawn? The Changing Image of Swedish Foreign Policy, 1987-1929", in Sundelius, Bengt (ed.), The Committed Neutral, Sweden's Foreign Policy, Westview Press, 1989,

ان الاختبار قبل الحرب كان بين الحياد الوطني والتحالف العسكري، صار البديل الان هو في ايجاد مقاربة تقوم على تساؤل فيما اذا كان للسويد ثقة في نظام الامن الجماعي لعصبة الامم التي تأسست في ١٩١٩-١٩٢٠. ويبدو ان فكرة الامن الجماعي التي تبنتها العصبة قد مثلت عقبة امام سياسة الحياد السويدية، ويفسر ذلك الموقف العدائي الذي كان واضحا للقوى المنتصرة تجاه الحياد كمبدأ عام والتي وضعت فيه الدول الصغيرة تحت الضغط لإعادة النظر في سياساتها الامنية.

ومن اجل الحفاظ على امنها اتجهت السويد لبناء دفاع شمالي بعد ان غادرت مع الدول الإسكندنافية الاخرى عصبة الامم عندما غزت ايطاليا اثيوبيا عام ١٩٣٦، لكنها فشلت في مسعاها في ظل ظروف المناخ الدولي المتدهور، ولم يكن امامها سوى الالتزام بالحياد لتتجنب تداعيات الاحداث الدولية المتجهة للحرب، وتمكنت في عام ١٩٣٩ من الوصول الى اتفاق على ضرورة الدفاع بقوة عن الحياد مع الاطراف الدولية الفاعلة آنذاك^(٦).

ثانيا: الحياد السويدي في الحرب العالمية الثانية

عندما اندلعت الحرب في ١ ايلول عام ١٩٣٩ أعلنت الحكومة السويدية حيادها، واصدرت بالاشتراك مع حكومات الدنمارك والنرويج اعلان اسكندنافي ثان في ٣ ايلول من العام نفسه يؤكد حيادها^(٧). لذا فأن قراءة دقيقة للموقف السويدي من اطراف الحرب لاسيما بعد عام ١٩٣٩ توضح ان السياسة الامنية السويدية وجدت نفسها في ظروف متناقضة، فهي من جانب تضامنت مع دول الشمال ضد العدوان الالمانى، ومن جهة اخرى كانت واقعة تحت الضغط الاقتصادي الداخلي الذي لم يجد غير المانيا خيارا لتتمية تجارتها. لذلك فأن الحياد كسياسة عملية تعرضت للانحراف خلال الحرب في ثلاثة مناسبات حرجة، الاولى في حرب الشتاء ١٩٣٩-١٩٤٠ وهي الحرب التي شنها السوفييت بقصد احتلال فنلندا، وخلالها قدمت السويد المساعدات الانسانية للمتطوعين الفنلنديين وزودتهم بالأسلحة، علاوة على ذلك اشتركت وحدة جوية سويدية بالقتال الى جانب القوات الفنلندية^(٨). والثانية الاحتلال الالمانى للدنمارك والنرويج عام ١٩٤٠ اذ اجبرت المانيا السويد على السماح لنقل الجنود المجازين وتزويدها بالذخيرة ومواد حربية عبر ارضها الى النرويج^(٩). والثالثة الهجوم الالمانى على اتحاد الجمهوريات السوفيتية في عام ١٩٤١، فقد اجبرت المانيا السويد على السماح لنقل قسم من قواتها من النرويج الى فنلندا عبر السويد، وكذلك استخدام السكك الحديدية السويدية لنقل القوات والمعدات

(6) Jussi Kurunmarki and Johan Strang, Rhetorics of Nordic Democracy, Finnish Literature Society, Helsinki, 2010, p. 284

(7) Ibid, p. 137.

(8) Herolf, Gunilla & Lindahl, Rutger, "Sweden-continuity and change", in Ojanen & Lindahl, Rutger, Non-alignment and European Security Policy, Ambiguity at Work, Ulkopoliittinen instituutti & Institut für Europäische Politik, 2000, p. 160.

(9) Malmberg, Mikael, op.cit, p. 140.

العسكرية الالمانية كشرط اساسي في ابعاد السويد عن الحرب (١٠). في كل هذه المناسبات الثلاث، حاولت السويد ان تواكب الظرف الضاغط عليها وتكون اكثر مرونة في تكيف سياستها الامنية بشكل يلبي هدف الحفاظ على الحياد نفسه، وأهم من هذا كله الحفاظ على استقلالها.

ويبدو ان التغيير في السياسة الامنية السويدية في هذه الحرب كان يشكل مصلحة لكلا الطرفين المتحاربين، فبريطانيا استخدمت على الدوام المجال الجوي السويدي عند مهاجمتها المانيا، وقامت الولايات المتحدة الامريكية في ١٩٤٤-١٩٤٥ بنقل رجال الشرطة النرويجيين من السويد الى شمال النرويج تحت ذريعة تدريب الشرطة النرويجية. كما ان المانيا فضلت سويد خارج اطار العمليات العسكرية للاستفادة منها في الحصول على خام الحديد الضروري في صناعة اسلحتها (١١).

المطلب الثاني : مقومات السياسة الامنية السويدية.

للحياد عدد من المقومات أدت دورا في تبنيه كمبدأ في السياسة الخارجية السويدية، وادت دورا اخر في استمراره وبالتالي نجاحه، حتى عدا نموذجا لشكل الحياد المرن الذي يتكيف على وفق ظروف البيئتين الداخلية والخارجية. ويمكن اجمال هذه المقومات بالاتي:

اولا : الموقع الجيوسياسي للسويد.

يعد الموقع الجيوسياسي للسويد من اهم اعمدة حيادها، اذ تقع السويد في النصف الشرقي لشبه الجزيرة الاسكندنافية في شمال أوروبا، وتتوسط عبر بحر البلطيق من بولندا وألمانيا والاتحاد السوفيتي. هذا الموقع جعلها تراقب بدقة الصراع القاري الذي اجتاحت سهل شمال أوروبا منذ الحروب النابليونية وحتى حربها الأخيرة مع النرويج عام ١٨١٤، وقبلها كانت السويد رسميًا مشاركًا متحمسًا في الصراع الأوروبي. وعلى الرغم من أن حدودها قد تقلبت كثيرًا منذ العصور الوسطى (١٢)، إلا أن السويد لا تزال مقيدة بظروفها الجغرافية. ان قراءة جغرافية السويد توضح انها دولة حاولت ان تنتفع من مزايا موقعها الجغرافي اقتصاديا في منطقة كانت عاجة بالصراعات والحروب، لذا قدمت نفسها في شمال اوربا وغربها كدولة محايدة اكثر موثوقية في التجارة الاوروبية والعالمية، وقراءة ارقام النقل البحري السويدي للمدة ١٧٨٦-١٧٨٧ تشير الى وجود ما بين ١٠٠٠ و ١٢٠٠ سفينة سويدية تعمل في التجارة والشحن بسعة تبلغ ١٦٠ الف طن (١٣)، اذ ان ميزة الاستفادة من التجارة العالمية البحرية كانت احد دوافع تبني سياسة الحياد، لاسيما بعد ان فقدت السويد وضع الدولة العظمى بعد ١٧٧٢ وبدأت بالتكيف البطيء مع وضعها الجديد في السياسة الدولية (١٤). ويبقى عامل التوازن بين القوى العظمى عاملا مهما في الحفاظ على

(10) Ibid,p,141.

(11) Herolf, Gunilla & Lindahl, Rutger,op.cit. p,161

(12) The Geopolitics of Sweden: A Baltic Power Reborn, at : <https://soo.gd/4Sxy>. Jul 10:37 | 2019, 1

(13) Müller, Consuls, Corsairs, and Commerce, p. 142, table 5.5. See also Johansen, Shipping and Trade, pp. 37-36. The Russian-Sweden war 90-1788 caused a serious decline in registered capacity.

(14) Leos Müller, SWEDISH NEUTRALITY AND SHIPPING IN THE SECOND HALF OF THE=

الحياد السويدي ومنذ تبنيه كمبدأ توجيهي في السياسة الخارجية، فصراع المانيا وحلفائها من جهة وبريطانيا وروسيا القيصرية من جهة اخرى وحلفائهم رسخ عقيدة الحياد في السياسة الخارجية السويدية، لا سيما بعد ان حققت هذه السياسة مكاسب للدولة السويدية على الصعيد الامني والاقتصادي، ومن جانب اخر وفرت للدول المتصارعة منطقة امنة وموثوقة للتعامل معها، ولدول الشمال الاوربي منطقة توازن مرغوب فيها (١٥).

تشارك السويد في روابط اقتصادية قوية مع الاقتصاديات الغربية. وعن طريق هذه الروابط حققت السويد الكثير من التطور الاقتصادي، لذا فإن اهمية القنوات الاقتصادية الغربية لهذا الازدهار تعده ضروريا. ومع استمرار السويد بمظهر الدولة المحايدة اشتركت السويد مع دول الشمال الأخرى في ميلها إلى الظهور الواضح في القضايا والساحات العالمية، على أمل تعزيز التغيير الدولي في كل من قضايا الشمال والجنوب، وفي المفاوضات بين الشرق والغرب. التعريف الكلاسيكي لعقيدة السياسة الخارجية السويدية هو التحرر من التحالفات في السلام والتي تقود إلى الحياد في الحرب.

ثانيا : الهوية الامنية للحياد.

اعتمدت السويد ومنذ تبنيها سياسة امنية جديدة على دفاع وطني يقوم على مبدأ الردع لأي هجوم محتمل وجعله مكلفا للغاية مقابل المكاسب المحتملة له. ومن اجل جعل عملية الردع فعالة بدأت السويد بإنشاء مجلس الشمال «EFTA» للدفاع، ويبدو ان سياسة الردع المسلح المرن مع عوامل اخرى قد اثمر في ابعاد السويد عن الحرب العالمية الاولى، وقد جرى نقاش واسع داخل السويد للانضمام الى عصابة الامم ولاحقا منظمة الامم المتحدة، وانتهى النقاش الى ان المنظمة الدولية المعنية بتبنيها نظام الامن الجماعي لا تتعارض مع الحياد (١٦)، بل انها تشكل دعامة اضافية لمبدأ الردع المعتمد من قبل السويد. وانها ستجعلها ناشطة في ارساء تقاليد سويدية في العمل من اجل السلام. ومن اجل الابقاء على مبدأ الحياد في سياستها الخارجية رفضت السويد الدعوات للانضمام الى المناقشات حول الانضمام لحلف الناتو ومعاهدة بروكسل بالرغم من انضمام النرويج والدنمارك الى الناتو ١٩٤٩ كأعضاء مؤسسين، اذ اعلن وزير الخارجية السويدي بأن «شعبنا لا يمكن ان يقتنع بأن انهم يتطلب الان التخلي عن الحياد باعتباره سياسة غير فعالة وعفا عليها الزمن» (١٧).

تقوم سياسة الامن السويدية على اربعة متغيرات يستعرضها «بوهوجمارك» Bo Hugemark هي (١٨):

١- التركيز على منطقة الشمال بما لا يسمح لأية قوة بالسيطرة التامة ضمن الاقليم

=EIGHTEENTH CENTURY, EHS Annual Conference 2006, Reading, Session: IID: New Perspectives on the Early Modern Baltic World, Department of History, Uppsala University, 2006,p.5.

(15) BO HUGEMARK, Fyra perspektiv på svensk neutralitet , at: file:///C:/Users/LENOVO/Desktop/20%136Bo20%Hugemark;20%Fyra20%perspektiv20%på20%svensk20%neutralitet.pdf

(16) Per Cramér. Neutralitet och Europeisk Integration Göteborgs universitet, 1998,p,80.

(17) Ibid,p,80.

(18) Bo Hugemark, Fyra perspektiv på svensk neutralitet, Svensk Tidskrifts, 1985, pp,464-463.



الشمال، ويجاد ما يسمى بـ « توازن الشمال »
 ٢- العمل دائماً على تغيير شركاء التحالف وعلى وفق مناسبات محددة بما يمنع ظهور قوة مهيمنة تهدد التوازن.

٣- استغلال التناقض بين القوى العظمى في ايجاد الفرص وابرار اهمية الحفاظ على مصالح السويد، والتي غالباً ما تكون منسجمة مع « توازن منخفض المستوى ».
 نموذج هذه السياسة تتمثل بخطة « الأند » عام ١٩٢١، وهي خطة اريد منها تحقيق دفاع اسكندنافي اكثر ثباتاً متوافقة مع نهج عدم الانحياز في علاقات السويد الخارجية^(١٩).

٤- الحفاظ على قوة دفاعية قوية نسبياً بإمكانها ان تتكيف مع التهديدات واي تطورات غير مرغوبة على الصعيد الخارجي. ان محاولة تكييف السياسة الامنية السويدية مع بيئتها الخارجية ادى في النهاية الى تخلي السويد عن السعي للحصول على الاسلحة النووية.

يضاف الى ذلك عاملاً اخر يتمثل بالاستخدام الامثل لمفهوم الردع والدفاع والذي ادى دوراً في تعزيز مبدأ الحياد، اذ عزز السويديون من دفاعاتهم وبشكل مستمر خلال الحرب، الامر الذي شكل رادعاً للدول المتحاربة في انتهاك حياد السويد، ادراكاً منها بأن المكاسب التي يمكن ان تحصل عليها هي من سويد محتلة اقل بكثير من سويد محايدة. لقد شكلت تجربة الحربين العالميتين اجماعاً في السياسة السويدية والحياة الفكرية بالحاجة الى حياد وطني مسلح ومستقل في ظروف غياب الامن الجماعي العالمي^(٢٠).

ثالثاً : الطابع المؤسسي للحياد السويدي.

اضفاء الطابع المؤسسي على الحياد السويدي تدعمه عوامل عديدة منها^(٢١):

١- المدة الزمنية الطويلة للحياد السويدي منذ عام ١٧١٢ وللمن الحاضر، الامر الذي جعل استمراره الخط الثابت في السياسة الخارجية السويدية.

٢- الدعم الشعبي لسياسة للهوية الحيادية للسياسة الخارجية السويدية، وهذا الدعم الشعبي تمثل بمواقف الاحزاب السياسية السويدية، والتي غالباً ما ترى ان الحياد وان اختلفت في اشكاله هو الثابت الذي يجب ان يتبنى عليه السياسة الخارجية، مع حرية اكبر في تكييفه على وفق الظروف السياسية والاقتصادية للبيئة الدولية.

٣- حالة الاجماع لدى المؤسسة السياسية تجاه مبدأ الحياد، مع الابقاء على حالة النقاش مفتوحاً حول اجابيات الحياد في تحقيق الاستقرار السياسي والاقتصادي. وما دخول السويد في عضوية الاتحاد الاوربي عام ١٩٩٥ او برامج الشراكة من اجل السلام مع الناتو، الا تكييف لمؤسسة الحياد الرسمية مع التغيرات التي اصابت البيئة الدولية، ومحاولة الحصول على فوائد سياسية واقتصادية اكبر دون المس بمبدأ الحياد الذي تحول الى عدم الانحياز العسكري.

(19) Pirjo Kleemola-Juntunen, The, Aland Strait, university of Lapland, 2014, p.35.

(20) Malmberg, Mikael, op. cit, p.143.

(21) Henrik Karlsson, DEN SVENSKA NEUTRALITETSDEBATTEN 1992-1988, Lunds Universitet, Statsvetenskapliga Institutionen, 2006, pp16-14

وعليه فإن الحياد بأشكاله المتحولة كان ولا زال في صميم الهوية السويدية، وسار اعتقاد راسخ لدى السويديين ان حيادهم هو الذي ابقى السويد خارج الحروب، مما مكن لاحقا من اضاء الطابع المؤسسي على « النموذج السويدي» وعلى اساس المعايير الديمقراطية الاجتماعية للتوافق الاجتماعي، وغالبا ما يستعمل مصطلح « folkhem » للدلالة على توافر «المنزل، الراحة، الألفة، والامن» الامر الذي جلب اعتقاد اخر يتماشى بأن النموذج الحيادي يعزز نظام الرفاهية الذي تميز بوجود احساس بالتفوق والاستثنائية مقابل اوروبا القارية^(٢٢).

أن اجراء معاينة لسياسة الحياد التي انتهجتها السويد في الحربين العالميتين تبين تطور واختلاف في المنهجية المتبعة في كل حرب، فبينما كان حياد السويد في الحرب العالمية الاولى قانونيا الى حد ما، كان حيادها في الحرب العالمية الثانية سياسيا واكثر مرونة في التعامل مع القوى العظمى، عن طريق استخدام الحياد بشكل مرن، وعوّلت على السلوك غير الرسمي في زيادة ساحة المناورة للحياد، وتطلب ذلك توقيع اتفاقيات تجارية ثنائية مع المتحاربين، وبناء نظام اقتصادي متعاون من شركات خاصة، فضلا عن الاستفادة من المنظمات المجتمعية لقد خلقت هذه المناورة مساحة لحكومات مدعومة بأجماع برلماني، اعطتها الحرية في التحرك الخارجي، وفعلا عملت الحكومات السويدية المتعاقبة بشكل لافت في استخدام الحياد في مناسبات واهملته في مناسبات اخرى لشراء الوقت^(٢٣).

ومن المفيد هنا متابعة صور الحياد السويدي وتطوره خلال فترتين، الاولى ما بعد الحرب العالمية الثانية، والثانية اثناء الحرب الباردة.

١- الحياد السويدي في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية: انضمت السويد الى الامم المتحدة عام ١٩٤٦ وكانت ناشطة في مجالات الوساطة وقضايا حفظ السلام، مقابل ذلك حاولت السويد ايجاد منظومة دفاعية اسكندنافية الا انها لم تغلح، ودخلت في مفاوضات مع حلف الناتو الا المواقف المتباينة بينها وبين متطلبات وشروط الحلف ادى الى انتهاء المفاوضات عام ١٩٤٩ دون الانضمام، واخيرا اختارت السويد الاستمرار في سياسة الحياد التقليدية، والابتعاد عن التحالفات العسكرية في السلم والحيادية في الحرب^(٢٤).

٢- الحياد السويدي والحرب الباردة: اظهرت ارشفة الحياد السويدي شكوك بشأن حيادها خلال الحرب الباردة، وظهر نقاش حول وجود تباين كبير بين تصريحات السياسيين الرسمية فيما يخص موقف الحياد السويدي وبين ما كان يتم بالفعل من التخطيط الدفاعي والانتماء الأيديولوجي والعاطفي لغالبية السكان، وكمية الترابط بينهما، ووصلت حدة النقاش حول حياد السويد في تلك الحقبة الى درجة اتهام السويد بتبني معايير مزدوجة في التعامل مع المعسكرين، ووجه اتهام لها بالتضليل في اخفاء علاقاتها

(22) Krister Wahlbäck, The roots of Swedish neutrality, the Swedish Institute, University of California

(23) Ibid,144.

(24) Steene, Mikale S., po.cit ,p,172.

القوية مع اعضاء حلف الناتو التي وصلت الى حد التخطيط للحصول على مساعدات عسكرية في حالة وقوع هجوم من الشرق، هذه الكشف جعل البعض ينظر للسويد على انها العضو السابع عشر في حلف الناتو (٢٥). هذه النقاشات دفعت الحكومة الى اجراء تحقيق في هذه المزاعم ورفعت اللجنة المكلفة بمراجعة سياسة الحياد خلال الحرب الباردة تقريرها الرسمي الى البرلمان في ١٩٩٤ وبينت انه لم تحدث خروقات للحياد طيلة الفترة الممتدة ١٩٤٩-١٩٦٩. لكن اشار الى ان الحكومة السويدية عملت على تهيئة بعض الاستعدادات لجعل التعاون ممكن في حالة الحرب، وعلى هذا الاساس تم تمديد مدارج القواعد الجوية في الجزء الشرقي من السويد، وبينت انه ينبغي النظر الى هذه الاجراءات في سياق حالات الطوارئ لاستقبال العائدين من الشرق اضطراراً، مع استعدادات اخرى تدخل في « خلق حرية العمل بشكل اساسي» تسمح لاستقبال المساعدات السريعة غير المباشرة من الولايات المتحدة (٢٦).

ان التحول في سياسة الحياد السويدي اثناء الحرب الباردة تم طرحها من زاوية اخرى تمزج بين ثلاثة دوائر مكملة لبعضها هي : الحياد والتعاون الاسكندنافي والالتزام بالأمن الجماعي للأمم المتحدة، مرتكزات هذه الدوائر تدور حول السعي للتعاون مع الاتحاد الاوربي، وبناء الثقة في مؤتمر الامن والتعاون الاوربي، وصورة الشراكة الصامتة بين الولايات المتحدة الامريكية والسويد (٢٧).

ويؤشر البعض الى انه رغم سياستها الحيادية فأن السويد كانت اقتصاديا وسياسيا دولة غربية، وتماشيا مع هذه الحالة امتثلت السويد للحظر المفروض على تصدير السلع الاستراتيجية الى الاتحاد السوفيتي في عام ١٩٦٠، وبررت السويد مشاركتها في هذا الحظر بعدّه مسألة اقتصادية بحتة (٢٨).

ان عملية التغيير في سياسة الحياد السويدية بدأت منذ نيسان ١٩٦٣ بما عرف بـ « السياسة النشطة للحياد » وهو تغير على مستوى الخطاب السياسي، وتعبيرا عن الآراء في الصراعات الدائرة في انحاء العالم، في محاولة لإيجاد تأثير في حلها (٢٩). وهي سياسة هدفت من جانب اخر ايجاد اصلاحات على حياد السويد التقليدي، وتعزيز الامن السويدي بوسائل ايدولوجية في المقام الاول، رافقه انتقالا تدريجيا في عقيدة السياسة الخارجية الرسمية، من استراتيجية التكيف الى استراتيجية التغير (٣٠). وتماشيا مع هذه السياسة اتخذت الحكومة السويدية قرارا مهما في عام ١٩٦٨ تمثل بالتخلي عن الاسلحة النووية، وكانت حجتها في ذلك التي لم يتم الكشف عنها في العلن، هي امكانية الحصول على مساعدة الولايات المتحدة عند الحاجة (٣١). ومن اجل دعم حيادها قررت السويد عام ١٩٧٢ عدم التقدم بطلب الحصول على عضوية المجموعة الاقتصادية الاوربية، لخشيته

(25) Malmberg, Mikael, op.cit, 148

(26) Herolf, Gunilla & Lindahl, Rutger, op.cit, p, 165.

(27) Malmberg, Mikael, op.cit, p, 157.

(28) Ibid, p, 152.

(29) Ibid, p, 161.

(30) Ibid, p, 162.

(31) Ibid, p, 158.

من فقدان مصداقية حيادها (٣٢).
ويبدو ان سياسة السويد بالابتعاد عن التحالفات قد مثلت مصلحة استراتيجية للقوى العظمى، فخلال سنوات الحرب الباردة تطلب وجود دول غير منحازة يمكن ان تكون بمثابة وسيط، لتقوم بمبادرات مستقلة ورئاسة المناقشات متعددة الاطراف، فكانت السويد مع عدد قليل من الدول تؤدي هذه الوظيفة (٣٣). علاوة على ذلك فأند الدول العظمى كانت لهم مصلحة في ابقاء الخطاب السويدي التوفيقى كما هو، وهو الامر الذى اعطى للسويد مكانة على الساحة الدولية، بعبارة اخرى، في ايام الحرب الباردة ن كان الحياى « شيئاً يجب ان يكون » (٣٤).

(32) Steene, Mikale S., po.cit ,p,178.

(33) Gustavsson, Jacob, The Politics of Foreign Policy Change, Explaining the Swedish Reorientation on EC Membership, Lund University Press, 1998.p,77.

(34) Ibid,p,85.

المبحث الثاني

التغيير في السياسة الامنية بعد انتهاء الحرب الباردة

في الادبيات السياسية غالبا ما يشار الى ان حياد السويد كان ديناميكية ومتطور مع تطور البيئة الدولية المحيطة بها، فكان التحول على وفق ظروف سياسية واقتصادية داخلية وخارجية، كان اهمها تفكك الاتحاد السوفيتي ونهاية الحرب الباردة، لذا كانت عملية تكييف مبدأ الحياد السويدي منسجمة مع هذه المتغيرات الدولية. لذا فإن عملية التكييف للحياد السويدي سار على فرضية التحول من الحياد التقليدي الى عدم الانحياز العسكري.

المطلب الاول: التغيير في السياسة الامنية السويدية ١٩٨٩-١٩٩٩.

خلقت نهاية الحرب الباردة رؤى جديدة تطلبت مراجعات للسياسة الخارجية السويدية، فالهاجس الامني الذي كان اساس انتهاج سياسة الحياد من قبل السويد قد تبدلت صورته، وتوعدت طبيعية التهديدات. رافق ذلك ظهور تهديدات جديدة لم تكن ظاهرة قبل ذلك. سيناريوهات الامن في الحرب الباردة كانت تركز على الجانب العسكري اكثر من المدني، والحروب والصراعات بدأت تحدث داخل البلدان وليس بينها، فضلا عن ظهور قضايا عابرة للحدود الوطنية مثل التلوث البيئي والجريمة المنظمة والارهاب، احتلت القضايا الاخيرة الاولوية في جدول الاعمال السياسي للدول الاوروبية، هذه الصور الجديدة للتهديدات حولت الحياد الى قضية للنقاش بين الاعلاميين والسياسيين والاكاديميون السويديين، وظهر رأي مفاده ان السويد يجب ان تتخلى عن الحياد وتأخذ مكانها المناسب في اوربا الغربية، كما ان نهاية الحرب الباردة قد هزت دور السويد الخاص في العالم، وهو دور كان مطلوب في تلك الفترة (٣٥)، اذ لم تعد هناك حاجة الى وسيط لبناء جسر بين الدول المتصارعة، ووجدت السويد نفسها ذات امكانية قليلة في التأثير على البلدان الاخرى، فهي ليست عضوا في تلك المنظمات التي تعمل بنشاط على تشكيل اوربا الجديدة بدلا من الامم المتحدة ومؤتمر الامن والتعاون في اوربا، واضحى الاتحاد الاوربي وحلف شمال الاطلسي الجهات الاكثر فاعلية والاقوى (٣٦).

اولا : الانضمام للاتحاد الاوربي

تقدمت السويد تحت حكومة كارلسون في عام ١٩٩١ بطلب الحصول على عضوية الاتحاد الاوربي، وعدّ هذا إشارة الى التغيير في الموقف السويدي في فهمه للحياد، اذا سبق ان اعتبرت السويد ان الانضمام للاتحاد الاوربي امرا لا يتوافق مع الحياد. ان حيثيات هذه الخطوة لها ما يبررها من الجانب السويدي، اذ ترى السويد ان العالم لم يعد كما في سنوات الحرب الباردة، فالصراع بين الشرق والغرب قد تلاشى ولم تعد هناك ضرورة لعملية للاستمرار بحالة الابتعاد عن المشاركة في الاتحاد. سبب اخر مهد الطريق لعضوية المفوضية الاوروبية يعود الى الانخفاض النسبي في الانفاق على الدفاع

(35) Malmberg, Mikael, op.cit, p,172.

(36) Herolf, Gunilla & Lindahl, Rutger, op.cit

العسكري (٣٧)، بعد ان بدت القوى العظمى في اوربا تتحول الى دول محدودة القدرات العسكرية بالمقارنة مع فترات سابقة، وبدت اكثر القوى في الشمال ومنها السويد دول صغيرة بحاجة الى الاخرين في قضايا عديدة لاسيما مسائل الدفاع. لذا اعلنت الحكومة السويدية في ايلول عام ١٩٩١، ان الوقت قد حان لإعادة تقييم سياسة الحياد، اذ لاحظ رئيس الوزراء كارل بيلت Carl Bildt (١٩٩١-١٩٩٤) « أن مصطلح « سياسة الحياد لم يعد ممكن التطبيق ككل على مستوى السياسات الخارجية والامنية التي نود اتباعها في الاطار الاوربي. نحن سنتبع سياسة ذات هوية اوربية واضحة » (٣٨).

ويبدو ان هناك ثلاثة احداث اوجبت تغييرات رئيسية في هذه المدة كان لها انعكاساتها علي سياسة الحياد السويدية وهي (٣٩) :

ثانيا: تغيير في مفهوم الامن السويدي.

ابتداء من عام ١٩٩٢ اجري تضيق مفهوم الحياد لصالح سياسة عدم الانحياز العسكري في وقت السلم من اجل الحفاظ على امكانية البقاء محايدا في حالة الحرب، وهو ما عبر عنه كارل بيلت بقوله « ما زال جوهر سياسة الأمن لدينا هو عدم المشاركة في التحالفات العسكرية، مع الالتزام بالحفاظ على قدرة دفاعية مستقلة كافية لتمكيننا من البقاء محايدين في حالة نشوب حرب في محيطنا المباشر. لا يتم الدفاع عن السويد من قبل أي طرف آخر، فقط السويد هي التي تتولى الدفاع عن نفسها» (٤٠). وقد مثل هذه الحديث تغيرا رسميا اتاح فرصة جديدة في الانفتاح على اوربا.

وفي اطار المؤسسة السياسية والدبلوماسية، قدم السفير «سفيركر اوستروم» Sverker Åström تحليلا في تقرير لجنة الحكومة اشارة فيه أن اساس التعاون في الاتحاد الاوربي هو الشعور بالحاجة الى التماسك، وهذه الحاجة تستند الى القيم المشتركة، وهذا يعني في نهاية المطاف اذا واجه عضوا في الاتحاد الاوربي أزمة، بسبب تهديد خارجي او سبب اخر مثل كارثة بيئية او أزمة داخلية صعبة، فعلى الاخرين الانخراط بشكل ما للمساعدة في حل الأزمة.

ثانيا: اظهر مكانة أعلى في التعاون الدولي المنظم، وهو ما ظهر واضحا في المشاركة السويدية في مختلف المبادرات الامنية تحت قيادة الولايات المتحدة الامريكية وحلف الناتو.

ان المنطلق الاساسي في هذه السياسة هو احداث موائمة في الفصل بين الابعاد الامنية داخل الاتحاد الاوربي ومسائل الدفاع الاقليمي (٤١). وعلى وفق هذه السياسة شاركت السويد في العديد من المناسبات منها : قوة حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة

(37) Gustavsson, Jacob, The Politics of Foreign Policy Change, Explaining the Swedish Reorientation on EC Membership, Lund University Press, 1998,p,82.

(38) Herolf, Gunilla & Lindahl, Rutger,op.cit. p,177.

(39) Tapani Vaahtranta& Tuomas Forsberg, Post-Neutral or Pre-Allied ? Finnish and Swedish Policies on the EU and NATO as Security Organizations, The Finnish Institute of International affairs,Working Papers 29,2000,P.4.

(40) Ibid,p,178.

(41) Malmberg, Mikael,op.cit,p 172.

قوة الحماية في البوسنة في عام ١٩٩٣ ؛ شراكة الناتو من اجل السلام في عام ١٩٩٤ ؛ وضع المراقب في اتحاد غرب أوروبا (WEU) في عام ١٩٩٥ ؛ المشاركة في الناتو بقيادة التنفيذ (IFOR) في عام ١٩٩٥، وحل محله قوة تثبيت الاستقرار (SFOR) لدراسة اتفاق السلام في البوسنة عام ١٩٩٧ ؛ مجلس الشراكة الأوروبية الأطلسية (EAPC) ومجموعة أوروبا الغربية للأسلحة (WEAG) في عام ١٩٩٧، والتي تهدف إلى خلق مشترك البحوث الدفاعية والسوق الأوروبية المشتركة للمواد الدفاعية^(٤٢).

لقد برر السويديين انضمامهم الى الاتحاد الاوربي في ١ كانون الثاني ١٩٩٥ بأنه لا يعني التخلي عن سياسة الحياد بل تعديل مفهومه، ويحاجون بمعاهدة أمستردام التي دخلت حيز التنفيذ في عام ١٩٩٩ بما تتماشى مع نية السويد في الاحتفاظ بموقف الحياد، فالمعاهدة تصرح ان مسائل الدفاع العسكري تقتصر على عمليات حفظ السلام والمساعدات الانسانية على وفق ما اصطلح عليه « بالامتناع البناء »^(٤٣). فقرارات الاتحاد تأخذ بالأجماع وهو ما يعني ان اي عضو لديه فرصة أن يتمتع عن التصويت وعدم المشاركة في تنفيذ القرار، وبالتالي عدم المساهمة ماليا، في النهاية فأن معاهدة امستردام تتوافق مع التزامات الحياد السويدي^(٤٤). وفي عمليات الناتو ضد يوغسلافيا كانت استجابة السويد في الاخذ بـ «طريق ثالث» بين عدم الانحياز وبين الولاء للحالف الاطلسي، اذ رفض رئيس الوزراء السويدي رجوان بيرسون Göran Persson (١٩٩٦-٢٠٠٧) طلبا من الناتو في المساهمة في قوات عسكرية لمساعدة اللاجئين من كوسوفو طالما كانت العمليات تفتقر الى شرعية من الامم المتحدة، او منظمة الامن والتعاون الاوربي^(٤٥). وبعد ازمة كوسوفو والتفويض الاممي للعمليات من اجل السلام اتخذت السياسة الخارجية السويدية منحى اخر اقل تصلبا تجاه التدخل في القضايا الدولية^(٤٦).

المطلب الثاني: تقييم تأثير المتغير الامني في السياسة الخارجية السويدية .

نشأ الحياد كمفهوم لضرورات السياسة الامنية في نفس الوقت الذي نشأ فيه مفهوم سيادة الدولة. فالسيادة كانت تعني سلطة الدولة في كل الامور التي تقع ضمن الحدود الوطنية المعترف بها دوليا، وكذلك سلطتها في استخدام قواتها خارج هذه الحدود اذا تطلب الامر. وهذا يعني أن للدولة سلطة في شن الحرب كلما بدا لها ذلك مناسباً. الدول الاضعف عسكرياً رأت بالحياد وسيلة للحفاظ على سيادتها في بيئة دولية تقوم على نظام توازن القوى المهدد لسيادة الدول الصغيرة بالضم او الاحتلال، لذلك نظرت هذه الدول الى الحياد باعتباره اساساً قانونياً واداة تحد من استخدام القوة داخل المجتمع

(42) Ibid,173.

(43) Ibid,p,184.

(44) Goetschel, Laurent, "Neutrality, a Really Dead Concept?", Cooperation and Conflict, vol. 2 :34, June 1999, Sage Publications,p,125

(45) Malmborg, Mikael,op.cit,p.182.

(46) Hallenberg, Jan, "Swedish Foreign and Security Policy", in Miles, Lee, Sweden and the European Union Evaluated, Continuum, 2000, p,28.

الدولي^(٤٧). والسويد واحدة من تلك البلدان صغيرة الحجم ومحدودة القدرات، لذلك اختارت الحياد كوسيلة للبقاء خارج الحروب، وخلال القرن العشرين ظلت سياسة الحياد في صميم السياسة الخارجية السويدية، وتعاملت السويد مع تطورات أحداث العالم بوضع « الدولة المحايدة » وقد نجحت السويد في البقاء بعيدا عن الحروب. لذا يمكن القول ان سياسة الحياد وعدم الانحياز لاحقا قد خدمت غرضها الاستراتيجي خلال الحربين العالميتين والحرب الباردة. لكن ما لم يكن للحياد ان يقدمه للسويد هو المنافع في مرحلة السلام التي بدأت في ١٩٨٩-١٩٩١، وايضا كيفية مواجهة التحدي الجديد المتمثل بالتكامل الاوربي^(٤٨). علاوة على ذلك كانت لسياسة الحياد مكانة قوية في السياسة السويدية لوجود مبررات قوية تتعلق بالأمن القومي والسلام الدولي والداخلي وقضايا الرفاه والاخلاق. وبمرور الزمن اصبحت سياسة الحياد مؤسسية، وكانت الدعوة الى تغيير هذه السياسة محفوا بالمخاطر لاسيما بالنسبة للسياسيين الذين كانوا ينوون المشاركة في قيادة البلاد^(٤٩). ووفقا لمالمبورغ فان النقاش السياسي الذي دار بعد الحرب الباردة اثبت أن الحياد لم يكن فقط ضرورة امنية بل ايضا اخذ شكل الهوية الوطنية، ونتج عنه تصور علاقة متلازمة بينه والرفاهية السويدية^(٥٠). فتحول السويد من حالة محيطية فقيرة الى بلد ذا اقتصاد ومجتمع نموذجي مزدهر ارتبط بقوة الحياد، وهكذا لم ينظر للحياد فقد كوسيلة للحفاظ على السويد خارج الحرب، ولكن كأداة لحماية نظام الرعاية السويدي في المستقبل^(٥١).

يضاف الى كل ذلك ان المحليين يتفقون على اهمية « الوسيط الخاص، والسلام كدور مروج للدول الصغيرة المحايدة، كالدور الذي تلعبه الدول الصغيرة المحايدة في التعاون الدولي عندما يتعلق الامر بالاحترام وقواعد السلوك الاخلاقية^(٥٢).

وعليه يمكن القول ان ادوار الوسيط والداعم للسلام مع الارتباط العاطفي للمجتمع السويدي بسانة الحياد يقدمان هوية للامة السويدية. ويذهب ستيفن كوبليك في دراسة اجريت عام ١٩٧٢، ان سياسة الحياد الخارجية السويدية تم تشكيلها من خلال المتغيرات الخارجية والداخلية، فالعوامل الخارجية تشير الى المشهد الدولي، والعوامل المحلية تشير الى طبيعة الحاجات الداخلية^(٥٣). ويجادل كوبليك في بعض الجوانب من الحياد السويدي على الاقل في فترة الحرب الباردة ويضع وجهة نظر من الخارج حول فقدان الشفافية للحياد السويدي ويضع تساؤل مهم : هل هذا البلد محايد حقا، او هو حليف سري للكتلة الغربية؟. بيد ان مثل هذا النقاش كما يشير اليه « غوستافسون » Gustavsson في

دراسته حول سياسات التغيير في السياسة الخارجية السويدية لم يكن مرغوبا فيه حكوميا
(47) Goetschel, Laurent, "Neutrality, a Really Dead Concept?", Cooperation and Conflict, vol. 2 :34, June 1999, Sage Publications, p,119.

(48) Huldt, Bo, "Comments on the Swedish positions", in Ojanen, Hanna (ed.), Neutrality and non-alignment in Europe today, FIIA [The Finnish Institute of International Affairs] Report 2003/6, p,46.

(49) Goetschel, Laurent, op.cit, p,87.

(50) Malmborg, Mikael, op.cit, p,171.

(51) Ibid, 146.

(52) Steene, Mikale S., po.cit , p,176.

(53) Ibid, p182.



بسبب كونه قد يقوض مصداقية السياسة ويعرض الامن القومي للخطر^(٥٤). لذا فإن انعدام الشفافية والاختلاف بين المواقف الرسمية وغير الرسمية اثناء الحرب الباردة خلق عدم وضوح في سياسة الحياد السويدية. ويعلق مالمبورغ بالقول انه " لا يمكن التوفيق بسهولة بين تمسك السويد بالقيم الغربية وسياسة خارجية محايدة^(٥٥)."

أن وضع تقييم افضل لسياسة الحياد السويدي يمكن ان يكون من خلال متابعة الخطوات التي انتهجتها في صياغة مبدأ الحياد على وفق التطورات السياسية الدولية، ومن خلال البيانات الرسمية للجنة الشؤون الخارجية الحكومية (SGPFA)، ومن خلال مرحلتين :

المرحلة الاولى: اعادة صياغة سياسة الامن السويدي (٢٠٠٥-٢٠٠٠).

اعتمدت دراسة قدمتها اف. فوليا F. Fulya في عام ٢٠٠٧ بعنوان الحياد السويدي والتخلي عنه بالاعتماد على بيانات السياسة الحكومية في الشؤون الخارجية (SGPFA) للسنوات ٢٠٠٠-٢٠٠٥ في عقد مقارنة بين السياسات الامنية من الناحية النظرية وبين مستويات التطبيق الفعلي، ان هذا التحليل من شأنه ان يقدم لنا صورة اوضح للسياسة الامنية السويدية المتبعة فعلا في هذه الفترة^(٥٦).

في عام ٢٠٠٠ اكدت SGPFA على «عدم مشاركة السويد في التحالفات العسكرية، بهدف جعل بلدنا محايدا في حالة الحرب في محيطنا، وان الحياد لا يزال دون تغيير. وهو يعمل على تعزيز الأمن في منطقتنا، وبالتالي تعزيز أمننا» ويظهر ان هذه الصياغة، فيها التزام بالأمن الأوروبي الذي تم التعبير عنه في الجملة التالية: «أمن أوروبا غير قابل للتجزئة»^(٥٧).

في عام ٢٠٠١ اكد SGPFA على الابعاد الشمالية والاوربية والعالمية في الامن السويدي، اذا تم تعريق السياسة الامنية على انها لاعب رئيسي في ساحة السياسة الخارجية^(٥٨). الاختلاف في هذه البيان عن سابقه انه يعطي اشارة الى احتمال تغيير في السياسة الامنية التقليدية، اذ يبين البيان (في رأينا لقد حان الوقت لمراجعة هذه الصيغة. لذلك قمنا بدعوة جميع الأحزاب السياسية في البرلمان (Riksdag) للمناقشات حول هذا الموضوع. هدفنا هو خلق اتفاق واسع، واسع النقاش، من أجل التوصل إلى وصف أفضل لتوجيه سياستنا الأمنية. لا نعتزم التخلي عن سياسة عدم المشاركة في التحالفات العسكرية. إن سياسة عدم المشاركة في التحالفات العسكرية هي مصدر قوة للسويد وتحظى بدعم قوي من الشعب السويدي. إنها تتيح لنا حرية العمل. فهي تساعد في تقليل مخاطر الصراعات والتوتر في منطقتنا. إنها تجعلنا قادرين على أن نكون أستاذيين في عمل نزع السلاح النووي. كل هذه العوامل تشكل الأساس لاختيار سياستنا الأمنية»^(٥٩).

(54) Gustavsson, Jacob, op.cit, p,74.

(55) Malmberg, Mikael, op.cit, p,170.

(56) F.Fulya, SWEDISH NEUTRALITY AND ITS ABANDONMENT, Istanbul Ticaret Sosyal university Bilimler. 2007, p,200

(57) Statement of Government Policy on Foreign Affairs (SGPFA) 2000, p,3.

(58) Ibid, p,1.

(59) Ibid, p,6.

من خلال هذا التغيير يمكن الاستنتاج أن مفهوم الامن ارتبط على مستويين، مستوى الاتحاد الاوربي ومستوى التعاون عبر الاطلسي، ويظهر الدور القوي للولايات المتحدة في اوربا، وهو ما نتج عنه بُعد اخر في تقوية العلاقات مع الولايات المتحدة الامريكية واوربا^(٦٠). ان بيان SGPFA ٢٠٠١ يوضح حساسية الية التوازن الهش بين المستويين، فمن الواضح ان العضوية في الاتحاد الاوربي يمكن تصوريها « دولة ما بعد الحداثة » من قبل بعض الباحثين، وهو تصور يثير في خيال السويديين احتمالات جديدة للسياسة الامنية، ويبدو ان هذا التوازن الهش كان سمة من سمات الفترة الانتقالية.

كان للهجمات الارهابية التي وقعت في ١١ ايلول ٢٠٠١ تداعيات على السويد والاتحاد الاوربي اذ وضعت SGPFA التهديدات الارهابية في سلم اولوياتها، وعقبت على هذه الهجمات بالقول « لقد أوضحت أعمال الإرهاب المروعة في ١١ سبتمبر مدى ضعف المجتمع المفتوح، وكشفت التهديدات التي نتعرض لها جميعا. وغني عن القول أن السويد والاتحاد الأوروبي يجب أن يقومان بدور نشط وقوي في مكافحة الإرهاب الدولي^(٦١). ان معاينة بيانات SGPFA تظهر انه بالرغم من الاثر الذي احدثه ١١ سبتمبر في السياسة الخارجية للسويد وسياسات الدول الغربية، الا انها لم تحدث تغييرا في كلاسيكية السياسة الامنية السويدية.

وعلى وفق بيان SGPFA عام ٢٠٠٢ اشارت الى « أن اتباع السويد سياسة عدم المشاركة في التحالفات العسكرية، يجعل من الممكن أن تبقي بلدنا محايدًا في حالة نشوب صراعات في منطقتنا^(٦٢). ومع هذا السياق لم يتغير تركيز السويد على الأمن في المنطقة المجاورة، وهذا يذكرنا تلقائيًا بالموقف السويدي الداعم تجاه الاتحاد الأوروبي، مع رؤية توسيع ودعم دور الأمم المتحدة.

ومنذ عام ٢٠٠٣ عملت السويد على توحيد السياسات الامنية، ووضعت موائمة بين الحياد والامن السويدي، اذ اشارت SGPFA الى أن «السويد لا تشارك في التحالفات العسكرية. هذه هي السياسة التي خدمتنا بشكل جيد في مختلف مراحل التاريخ لما يقرب من مائتي سنة. إنها تتيح لنا حرية العمل. ولديها شعبية واسعة وعلى مستوى الاحزاب ايضا. بمعنى دعم سياسي واسع^(٦٣).

رافق هذا الصياغة الجديدة للسياسة الأمنية لـ SGPFA في عام ٢٠٠٣ التزام متكرر لتعزيز الامن لأوربا موحدة، وأشار إلى الاتحاد الأوروبي باعتباره أحد الجهات الأمنية الفاعلة بجانب الناتو وروسيا. مع التأكيد على التعاون الأوروبي الأطلسي، ومعالجة المشاكل الأمنية في جميع أنحاء العالم، وتم تقديم مفهوم الأمان الموسع اذ ذكر : «يقال تقليديا أن أمن الدول مضمون بالوسائل العسكرية، بما في ذلك القتال ضد الإرهاب. لكن هذه رؤية ضيقة للغاية. في عالم اليوم، يجب أن يبنى الأمن على مستوى

(60) Ibid .p,8.

(61) Statement of Government Policy on Foreign Affairs (SGPFA) 2001.p,7.

(62) Statement of Government Policy on Foreign Affairs (SGPFA)2002.p,10.

(٦٣) الاتفاق الذي توصلت اليه الحكومة مع حزب الوسط والديمقراطيين المسيحيين و الحزب المعتدل، يعني أنه يتمتع بدعم سياسي واسع . ينظر: Statement of Government Policy on Foreign Affairs(SGPFA)2003.p,16

العالم، ويشمل الحرية والأمن للجميع^(٦٤). سيصبح هذا المفهوم الموسع للأمن موضوعاً متكرراً في SGPFAS لعام ٢٠٠٤، اذا تمت صياغة السياسة الامنية بطريقة مشابهة للسياسة الامنية لعام ٢٠٠٣، من خلال الاشارة الى ان « السويد لا تشارك في التحالفات العسكرية. هذه سياسة خدمتنا وما زالت تخدمنا. في الوقت نفسه، نريد أن نشارك بنشاط في تعزيز سياسات الأمن والدفاع الأوروبيين ولا يوجد أي تناقض هنا»^(٦٥). البيان أعلاه قدم مرة أخرى الصياغة الرسمية لحقيقة تعزيز السويد سياستها الأمنية بطريقة تخفف من سياسة الحياد للقيام بدور في صياغة سياسة الاتحاد الأوروبي للأمن والدفاع وزيادة مساهمته في الأمن العالمي^(٦٦).

فيما يتعلق بالحرب على العراق، وقفت السويد ضد استخدام القوة ودعمت الامم المتحدة لإيجاد حل اخر غير الحرب، ومع ذلك فالعلاقات مع الولايات المتحدة كانت تسير بقوة أكبر في تلك المدة، بالرغم من الاختلاف في وجهات النظر من بعض القضايا لا سيما قضية الحرب على العراق. لكن السويد كانت ترى أن المشاركة النشطة للولايات المتحدة أمر ضروري لمواجهة جميع التحديات التي تواجه المجتمع الدولي، التي لا يمكن التعامل معها الا بجهود مشتركة. وكانت الرؤية السويدية تقوم على أن « الولايات المتحدة تحتاج إلى العالم والعالم يحتاج إلى الولايات المتحدة. العلاقة مع الولايات المتحدة - «الرابط عبر الأطلسي» - أمر حاسم بالنسبة لأمن وتنمية أوروبا. حتى لو كنا لدينا اختلافات في الرأي، فنحن نشارك في القيم الأساسية للديمقراطية وحقوق الإنسان»^(٦٧). يمكن القول ان التطور الذي حدث في السياسة الخارجية السويدية جعل الحياد ينتقل بدرجة بطيئة من حالة الحياد الكلاسيكي الى حالة اكثر انفتاحا وصولا الى حالة عدم الانحياز، وظلت سكة الحياد طيلة المدة من ٢٠٠٠ الى ٢٠٠٣ تسير الى محطة النطاق الجغرافي للسويد ومحيطها الاوربي، كما ان وصف الحياد بـ« عدم المشاركة في التحالفات العسكرية» بمعنى ان بيانات SGPFAS ركزت على تحسين الظروف الامنية في اوربا، وايضا مواجهة التغيرات الامنية في العالم، على اعتبار أن سياسة الحياد وضعت اساسا لتأمين حياد السويد في حالة وجود صراعات في المناطق المجاورة، وجرى التأكيد دائما على النطاق الاقليمي للحياد السويدي في SGPFAS، فضلا عن التوجه نحو الاتحاد الاوربي وتوسيعه من اجل تحقيق السلام في عموم القارة الاوربية. هذا التوجه يركز على فهم اكثر نضجا للمشاكل غير التقليدية التي بدأت تظهر وتحتاج الى انواع جديدة من الحلول. ويبدو أن السياسة الخارجية السويدية بدأت تتأثر بكل ما يحدث في العالم وحتى لو كانت تلك الاحداث بعيدة عن النطاق الجغرافي لأوربا، فالزلازل الذي ضرب اسيا في عام ٢٠٠٤ والذي خلف عدد كبير من الضحايا^(٦٨)، كان قد ولد ردود

(64) Statement of Government Policy on Foreign Affairs(SGPFAS)2003.p.15-2.

(65) Statement of Government Policy on Foreign Affairs(SGPFAS)2004.p.11.

(66) Ibid,p,10.

(67) Ibid,p,5.

(٦٨) زلزال المحيط الهندي ٢٠٠٤ قدر بـ«٩» درجات على مقياس ريختر. [١][٢][٣] وقع في ٢٦ ديسمبر ٢٠٠٤ مما تسبب في توليد موجة تسونامي التي راح ضحيتها ما يقارب ٣٠٠,٠٠٠ من البشر. وتكبدت اندونيسيا أعلى نسبة من الخسائر في الممتلكات والضحايا، وتعد موجة المد هذه من أكبر الكوارث الطبيعية في التاريخ الحديث. ينظر:

Tsunami Generation from the 2004 M=9.1 Sumatra-Andaman Earthquake.At: <http://soo.gd/S5ZU>.

10:40 .2019/04/02.

فعل انعكست على SGPFa لعام ٢٠٠٥، إذ لم تعد الية عدم الانحياز العسكري متوافقة كما كانت في السابق، لذا جاءت الرؤية هذه المرة أكثر تركيز على « تحسين قدرة السويد في حالات الطوارئ» والاستفادة من عضوية الاتحاد الاوربي في مجابهة قضايا الكوارث، والتدهور البيئي والفقر والارهاب والجريمة المنظمة والدول الفاشلة والصراعات الاقليمية والحرب وأسلحة الدمار الشامل. وعدّها تهديدات مشتركة، وهذا يعني توسيع في مفهوم الامن في السياسة الخارجية السويدية التي وسعت دائرة اهتمامها الامني من نطاقها الجغرافي الاقليمي الى النطاق العالمي، من خلال هذا المنظور الجديد للأمن تم التأكيد على دور الاتحاد الاوربي والولايات المتحدة والامم المتحدة في شؤون الامن العالمي، ومحاربة التهديدات العالمية الجديدة التي بدت واضحة الان. كل هذا استلزم مراجعة للسياسة الامنية السويدية للمدة ٢٠٠٠-٢٠٠٥. لكن هذه المراجعة لا تعني تغيير على مستوى الاهداف في الشؤون الخارجية بل فقط على مستوى الأدوات، فالسويد لم تتخذ خطوات الانخراط في التحالفات العسكرية وانما كانت اجراءات للتكيف مع البيئة الدولية المتغيرة والمضطربة الى حد ما، وهذا ما يمكن قراءته على مستوى الاندماج في النظام الامني الاوربي الذي يتم تجديد صياغته من قبل الدول الاعضاء، وعالمية علاقات القوة، والتكيف مع التهديدات والمخاطر الخارجية المتغيرة. لذا فإن مراجعة السياسة الامنية السويدية كانت عملية للتكيف مع الظروف الدولية^(٦٩).

المرحلة الثانية: اعادة صياغة سياسة الامن السويدي بعد عام ٢٠٠٥.

مثل عام ٢٠٠٥ محطة مهمة في في بناء سياسة امنية سويدية جديدة تقوم على الانخراط اكثر في محيطها الاقليمي والدولي بالرغم من التزامها بسياسة الحياد ولكن بثوب جديد يحتوي على كثير من المرونة، وهذا ما أكده بيان السياسة الحكومية لرئيس وزراء السويد «غوران بيرسون» «Göran Persson» «المقدم الى البرلمان ٢٠٠٥ ، ان « سياسة السويد المتمثلة عدم المشاركة في التحالفات العسكرية تحظى بدعم شعبي واسع»^(٧٠). بالمقابل لم يغفل الاشارة الى اصلاح السياسة الامنية عن طريق اصلاح الدفاع بحيث تكون للسويد قوة حديثة قادرة على الاستجابة السريعة للمساهمة في الجهود المبذولة لضمان السلام والامن. في هذه المرحلة وسعت السويد من مشاركتها في جهود تعزيز السلام في افغانستان، ومهمة ادارة الازمات في اقليم « اتشيه» في اندونيسيا. فضلا عن اهتماماتها المستمرة في قضايا برامج مكافحة الارهاب، ونزع السلاح، وقضايا دعم الديمقراطية والمساواة وحقوق الانسان.

وزادت السياسة الخارجية للحكومة السويدية من مجالات التعاون مع الامم المتحدة والمشاركة في نشاطاتها الانسانية. ورأت في الاتحاد الاوربي اهم منتدى للتعاون في القارة الاوربية^(٧١).

(69) F.Fulya, op,cit,p.200.

(70) Statement of Government Policy presented by the Prime Minister, Mr. Göran Persson, to the Swedish Riksdag on Tuesday, 13 September 2005,p 14-13

(71) Ibid.14-13

في عام ٢٠٠٧ ظلت الرؤية الامنية والخارجية السويدية متماشية منطبق الحياد بشكله الجديد، اذا اكد بيان SGPFA على نفس الالتزام السابق في عدم الانخراط في التحالفات العسكرية « السويد ليست جزء من أي تحالف عسكري. ويستند أمن بلدنا في المستقبل على المجتمع والتعاون مع البلدان الأخرى»^(٧٢). مع تأكيده ايضا على اهمية الانخراط في التحالف السياسي ضمن الاتحاد الاوربي الذي ترى فيه السويد انه يساعد في بناء ترتيب جديد للسلام في اوربا والعالم^(٧٣).

الشيء الجدير بالملاحظة ان بيان SGPFA لعام ٢٠٠٩ اختلف في بعض الشيء في صياغته عن الاعوام السابقة، فبينما كانت بيانات الخارجية السويدية السابقة تؤكد دائما على لابتعاد عن الاحلاف العسكرية، جاء بيان عام ٢٠٠٩ الذي قدمه وزير الخارجية «كارل بيلدت» الى البرلمان السويدي خاليا من هذه العبارة وأكتفى بالإشارة ان السويد تتمسك بخطها فيما يتعلق بالسياسة الأمنية. وتضمن عبارة أن التعاون الوثيق مع حلف الناتو ضروري في معالجة الأزمات ذات الأهمية الاستراتيجية بالنسبة للسويد. وبسبب حساسية العلاقة مع حلف شمال الأطلسي «الناتو» فان بيان «كارل بيلدت» لم يشر الى موقف محدد لمساهمة السويد في قوات الناتو للتدخل السريع^(٧٤).

وفي عام ٢٠١٠ اكدت الحكومة السويدية على مواضيع تتعلق بأهمية التعاون على المستوى الامني والاقتصادي مع اوربا والعالم. وهكذا اصبحت العالمية هي جزء من السياسة الامنية الخارجية للسويد، فهي تؤكد انها في «قلب التعاون الأوروبي»^(٧٥). فضلا عن التعاون مع الامم المتحدة لاسيما في قضايا السلام، « اذ تعد السويد «الأمم المتحدة القوية حجر الزاوية» في السياسة الخارجية السويدية. السويد تعمل من أجل أمم متحدة أكثر فعالية وكفاءة في وضع أفضل لمواجهة التحديات العالمية في المستقبل»^(٧٦). وصار الانخراط في القضايا السياسية لاسيما مواضيع تدعيم الالتزامات الدولية وقرارات مجلس الامن قضية مهمة في السياسة الخارجية السويدية، وظلت المشاركة في عمليات حفظ السلام احد ركائز السياسة الخارجية السويدية وداعمة لها. واكدت في سياستها الامنية انها لاتزال محافظة على عدم الاشتراك في التحالفات العسكرية، بالمقابل اكدت التزام السويد في الدفاع ليس فقط عن السويد بل عن شركائها في الاتحاد الأوروبي، هذا التطور في السياسة الامنية السويدية قد يعني ان السويد قد تتخلى عن سياستها الحيادية في مرحلة معينة « من الواضح أن بلدنا لن تبقى سلبية اذا ما تم ضرب دولة عضو أخرى في الاتحاد الأوروبي أو بلد في الشمال عن طريق الكارثة أو الهجوم. على نفس المنوال، نتوقع هذه البلدان لاتخاذ إجراءات مماثلة تجاه السويد »^(٧٧). مقابل ذلك

(72) Statement of Government Policy in the Parliamentary Debate on Foreign Affairs, Wednesday 14 February 2007, p,1.

(73) Ibid,p,3.

(٧٤) تقرير السياسة الخارجية يتوقع تحديات كبيرة في فترة رئاسة السويد للاتحاد الأوروبي، ١ راديو السويد، ٨ شباط ٢٠٠٩ 10:00 <http://soo.gd/TFvi> : متاح .

(75) Statement of Government Policy,5 October 2010,p,25

(76) Ibid,p,25.

(77) Ibid,p,26.

استمرت السويد في مسعاها في تبني سياسة دفاع متاح ومرن، لكن بطريقة تكاملية مع الشمال « من خلال مشاركتنا في مجموعة قوات الشمال، من قوات الرد السريع في الاتحاد الأوروبي، السويد تتحمل المسؤولية عن السلام والأمن داخل وخارج منطقتنا. السويد ستقود مجموعة قوات الشمال في عام ٢٠١١. لدينا طموح تولي القيادة في عام ٢٠١٤ »^(٧٨).

في بيانه المقدم الى البرلمان في ١٩ شباط ٢٠١٤ اكد وزير الخارجية السويدي «كارل بيلت» Carl Bildt على ان « السويد مستعدة للمساهمة في القدرات العسكرية في عمليات دعم السلام التي تقودها الأمم المتحدة، الاتحاد الأوروبي أو الناتو. »^(٧٩). هذا يعني ان السويد اخذت تنظر الى الامن نظرة عالمية، وبالتالي فان الحياد عندهم اخذ شكلا اخر يتمثل بصياغات امنية تعطي للأبعاد الانسانية دورا في تحقيق السلام عن طريق التعاون وليس عن طريق القوة العسكرية.

وفي ١٤ شباط ٢٠١٨ اكدت وزيرة الشؤون الخارجية «مارجوت فالستروم» Margot Wallström أن «الهدف الأساسي لسياسة السويد الخارجية هو حماية أمن بلدنا وأمننا كمجتمع. ونحن نفعل ذلك بالشراكة مع الآخرين، من خلال سياسة خارجية نشطة تعمل فيها الدبلوماسية، الحوار والتعاون هما أهم أدواتنا. »^(٨٠). وأشارت الى موضوع « الحياد النشط » الذي يعني الالتزام بالابتعاد عن التحالفات العسكرية مقابل التعاون النشط مع المؤسسات السياسية في اوروبا والعالم « لا تزال السياسة الأمنية السويدية ثابتة. عدم مشاركتنا في التحالفات العسكرية يخدمنا بشكل جيد ويساهم في الاستقرار والأمن في شمال أوروبا. ويتطلب تعاون نشط، إلى جانب تعزيز التعاون الدفاعي، لا سيما مع فنلندا، و يجب أن تكون قدرات الدفاع الوطني ذات مصداقية. »^(٨١). وتماشيا مع النهج السويدي الجديد للأمن والذي ينحو منحى التضامن الامني اشارت Margot Wallström الى التضامن الاوربي في مجال الامن، وان السويد لن تكون سلبية في حالة تعرض دولة عضو في الاتحاد الاوربي او دول الشمال الى كارثة او هجوم، فأنها ستشارك في دفع ذلك، كما توقعت ان يفعل الاخرين الشي ذاته لو تعرضت السويد لمثل ذلك^(٨٢).

استمرت السياسة الامنية السويدية للسنوات ٢٠٢٠-٢٠٢١ على نفس المنوال بأعتمادها سياسة اكثر انخراط في السياسات التعاونية الاقليمية مع مراعات الاستقلالية في التصرف على الصعيد الداخلي، لذا فإن الازمة الصحية التي تعرض لها العالم(فايروس كورونا) قد اثبتت طبيعة السياسة السويدية التي غالبا ما تراعي بيئتها الداخلية لا سيما بعد ان اصبح هذا الوباء يشكل تهديد امني يهدد امن المجتمع السويدي الصحي والاقتصادي، لقد اختلفت السويد في تعاطيها مع هذا الفايروس عن دول الاتحاد الاوربي،

(78) Ibid,p,27.

(79) Carl Bildt Minister for Foreign Affairs Statement of Government Policy, in the Parliamentary Debate on Foreign Affairs, Wednesday, 19 February 2014,p,7.

(80) Margot Wallström Minister for Foreign Affairs, Statement of Government Policy, in the Parliamentary Debate on Foreign Affairs, Wednesday 14 February 2018,

(81) Ibid,p,4.

(82) Ibid,p,4

فسياسات الاغلاق التي اتبعتها الدول الاوربية لم تطبقها السويد، فعلى الصعيد الخارجي ظلت حدودها مفتوحة امام مواطني الدول الاخرى، بالمقابل بدت اكثر تعاوناً في مجال تأمين اللقاحات لهذا الفايروس، وقدمت منح للمؤسسات الصحية العاملة في هذا الاتجاه وبمقدار ٢٠٠ كورنا سويدية ادراكاً منها بأن الامن الصحي هو جزءاً من امنها الوطني الذي يجب حمايته.^(٨٣)

(83) Statement of Foreign Policy 2021, Government Office of Sweden, Published 24 February 2021.
At: <https://www.government.se/speeches/02/2021/statement-of-foreign-policy/>.

الخاتمة

للمتغير الامني تأثيرا كبيرا على السياسة الخارجية دفعها لتبني الحياد مبدأ في علاقاتها الدولية، وهو مبدأ ظل ثابتا وان اختلفت في طرح اشكاله على وفق الظروف البيئة الاقليمية والدولية التي كانت ضاغطة عليها وباتجاهات متعددة. لقد خلصت الدراسة الى مجموعة من الاستنتاجات يمكن تلخيصها بالاتي :

١- ان المتغير الامني السويدي هو العامل الحاسم في السياسة الخارجية السويدية، والذي البس سياتها ثوب الحياد وعلى وفق وعي تام بطبيعة الظروف الاقليمية الضاغطة والمعطلة لبناء دولة الاستقرار والازدهار التي قررت السويد تحقيقها في مرحلة مبكرة من تاريخها الحديث.

٢- مثلت الحربين العالميتين الاولى والثانية نجاحا للسياسات الامنية السويدية، وهو نجاح تحقق من خلال المناورات التي اتبعتها السويد تجاه الاطراف المتحاربة، مع الافادة القصوى من حيادها في التجارة مع جميع الاطراف.

٣- التمسك بسياسة عدم الانحياز لمدة زمنية طويلة وفر مقومات نجاح اضافية عززت من مبدأ الحياد وخلق هوية امنية متميزة عن محيطها الاقليمي، وجذر الحياد في مؤسسات الدولة، وبنا ثقة في ردع التهديدات، فضلا عن الاحترام دولي لهذه السياسة.

٤- تكييف السياسة الامنية السويدية على وفق تغير البيئة الداخلية والدولية اوجد نموذجا ناجحا اطلق عليه بالطريق الثالث، وهو نموذج يجمع بين عدم الانحياز العسكري وبين اداء ادوار انسانية، وارساء سلام عالمي عن طريق القيام بالوساطة والمشاركة النشطة في قوات حفظ السلام ومشاريع السلام الاممية.

ان السياسة الامنية السويدية المتكيفة مع البيئة الدولية بصورته الحالية «عدم الانحياز العسكري» يعدّ نموذجا يمكن الاخذ به من قبل دول تعيش ظروف مقاربة، وتسعى الى الابتعاد عن اتون الحروب والصراعات الاقليمية والدولية، وتتوق لتحقيق الاستقرار والازدهار.

تفاقم ظاهرة الهجرة والارهاب
وتداعياتها على الاتحاد الاوروبي

**THE EXACERBATION OF THE PHENOMENON OF
MIGRATION AND TERRORISM AND ITS REPERCUSSIONS
ON THE EUROPEAN UNION**

ا.م.د ابراهيم حردان مطر
الباحثة غفران عبد الكريم توفيق
الجامعة العراقية/ كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص:

تعد ظاهرة الهجرة غير الشرعية والارهاب هاجساً مخيفاً يهدد امن وسلامة الدول لاسيما الدول الأوروبية التي شهدت تدفقاً كبيراً للمهاجرين غير الشرعيين نتيجة لأسباب اقتصادية واجتماعية وسياسية ، كما اصبحت هناك احتمالية دخول عناصر ارهابية الى اوروبا عن طريق الهجرة غير الشرعية، ولذلك عمد الاتحاد الأوروبي الى تبني مجموعة من الاجراءات والاليات لمواجهة هذه الظاهرة.

Abstract

The phenomenon of illegal immigration and terrorism is a frightening concern that threatens the security and safety of countries, especially European countries that have witnessed a large influx of illegal immigrants as a result of economic, social and political reasons. There is also the possibility of terrorist elements entering Europe through illegal immigration, and therefore the European Union has adopted a group Of the procedures and mechanisms to confront this phenomenon.

المقدمة

تعد ظاهرة الهجرة من أهم التحديات التي تواجه المجتمع الدولي لاسيما المجتمع الأوروبي ، وبالرغم من أنها ظاهرة انسانية فرضتها الأزمات الاقتصادية و الاوضاع الأمنية والمعيشية بين مختلف مناطق العالم ، وتهدف لأنتقال الافراد بحثاً عن مكان أمن للاستقرار ، إلا انها اصبحت قضية سياسية امنية تشكل خطراً على الأمن المجتمعي الأوروبي ، إذ يواجه الاتحاد الأوروبي أزمات داخلية على خلفية ملف الهجرة، واختلاف وجهات النظر بين صناع القرار الأوروبيين حول الآليات والسياسات التي يجب اتباعها لوقف موجات الهجرة غير الشرعية، حيث تأخذ هذه الظاهرة منحى خطيراً قد يصل لدرجة التسبب في تفكك الاتحاد الأوروبي، وهو ما قد بدأ يظهر جلياً مع استغلال تيارات وأحزاب اليمين المتطرف لهذا الملف في خطاباتهم العامة المعادية للمهاجرين وللإسلام.

تهدف الدراسة :

الى تناول موضوع الهجرة غير الشرعية والارهاب وتداعياتها على الاتحاد الأوروبي، وذلك من خلال التعريف بظاهرة الهجرة واسباب تزايدها ، وتدايعات الهجرة والارهاب على الاتحاد الأوروبي ، وأهم الاجراءات الأوروبية لمواجهتها.

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية الدراسة في أنها تتناول احدئ موضوعات الدراسات الأمنية والمتمثل في : «تفانم ظاهرة الهجرة والارهاب وتدايعاتها على الاتحاد الأوروبي » من حيث البحث والدراسة لهذه الظاهرة وأسباب تزايدها وتدايعاتها على الاتحاد الأوروبي ، وكيف تحولت هذه الظاهرة من قضية اقتصادية واجتماعية الى قضية سياسية امنية ، وهو مالدئ بالحكومات الأوروبية الى انتهاج أهم الاجراءات والآليات لمواجهتها.

أشكالية الدراسة :

تتمحور أشكالية الدراسة حول تساؤل اساسي وهو : ما تدايعات الهجرة والارهاب على الاتحاد الأوروبي ، وماهي الآليات والإجراءات التي اعتمدها الاتحاد الأوروبي لمواجهة الهجرة غير الشرعية والارهاب

ومن خلال هذا التساؤل تنبثق تساؤلات فرعية هي :

١. ما الاسباب الدافعة الى الهجرة غير الشرعية نحو أوروبا.
٢. ما تدايعات الهجرة غير الشرعية والارهاب على الاتحاد الأوروبي.
٣. ما الآليات والإجراءات التي اعتمدها الاتحاد الاوروبي في مواجهة الهجرة غير الشرعية.

وسيتم دراسة هذه المحاور والاجابة عن هذه التساؤلات من خلال دراسة ظاهرة الهجرة والارهاب واسباب تزايدها وانعكاساتها على الاتحاد الأوروبي ، وأهم الاجراءات

والاليات التي اعتمدها الاتحاد الأوروبي لمواجهتها.

فرضية الدراسة :

من اجل تحقيق أهداف الدراسة والاجابة عن اشكالياتها تقترض الدراسة ان تزايد تدفق اعداد المهاجرين الى دول الاتحاد الأوروبي لها اثاراً سلبية على الامن المجتمعي الأوروبي، كما ان انعكاسات ظاهرة الهجرة والارهاب على الاتحاد الأوروبي أدت الى تبني سياسات أوروبية عاجلة واستثنائية لمواجهتها.

منهجية الدراسة :

من اجل الاجابة عن تساؤل الدراسة واثبات فرضيتها تم توظيف منهج دراسة الحالة، لدراسة حالة ظاهرة الهجرة غير الشرعية والارهاب وماهي تداعياتها على الاتحاد الأوروبي، والمقصود بهذا المنهج هو التركيز على ظاهرة سياسية مغنية عن طريق دراستها وتحليلها ومعرفة اسبابها وتداعياتها.

المبحث الاول

تفانم ظاهرة الهجرة وتدايعاتها

المطلب الاول: - اسباب تزايد الهجرة غير الشرعية

تعد ظاهرة الهجرة من أهم القضايا الدولية المطروحة على الساحة الدولية وفي أروقة المنظمات الإقليمية منها والدولية، إذ ينبثق منها ظاهرة الهجرة غير الشرعية، والتي تمثل هاجساً، يهدد العلاقات الدولية لاسيما والدول التي ينزح منها المهاجرون غير الشرعيين وبين الدول المستقبلية لهم، وقد كانت أبرز تدايعات أحداث ما يعرف بالربيع العربي هي تفانم ظاهرة الهجرة لاسيما من الدول (الربيع العربي) فضلاً عن ذلك ان تدهور الاوضاع الأمنية في هذه الدول جعلها تتحول إلى مركزاً لاستقطاب المهاجرين من بقية الدول للعبور من خلالها باتجاه دول الاتحاد الأوروبي كما تستقطب كثير من الجماعات الخارجة عن القانون التي تمارس عمليات التهريب، و تمثل أفريقيا أكبر مصدر للمهاجرين غير الشرعيين إلى أوروبا، وذلك عبر البحر المتوسط سواء كان أولئك المهاجرون من دول الشمال الأفريقي، أو من بقية أجزاء القارة، وكانت أكبر البلدان المصدرة للمهاجرين هي (الصومال، بوركينا، فاسو السودان، وجمهورية الكونغو الديمقراطية، نيجيريا، ساحل العاج)،^(١) ويشير موقع منظمة الهجرة العالمية، إلى أن المدة من أول كانون الثاني حتى ١٩ تشرين الثاني من العام ٢٠١٧، شهدت محاولة (٦٧,٠٠٠) الف شخصاً الهجرة إلى أوروبا عبر البحر المتوسط، ومن ضمن هؤلاء (١٤,٠٠٠) الف وصلوا إلى إيطاليا، و (١٨,٠٠٠) الف وصلوا إلى أسبانيا، و(٢٥,٦١٤) الف وصلوا إلى اليونان، ووصل (١,٠٢٩) الف مهاجراً إلى قبرص.^(٢)

وفيما يلي نورد احصائيات توضح اعداد المهاجرين غير الشرعيين من العامين (٢٠١٧،٢٠٠٣) في قسمين، حيث يوضح القسم الاول الدول الافريقية، ويوضح القسم الثاني دول الشرق الاوسط. وفقاً للجدولين رقم (١-١) (١-٢) وفي احصائيات يقدمها المركز الأوروبي الرسمي للإحصاء (EuROSTAT) حول طالبي اللجوء وجنسياتهم، حيث يلاحظ التطور المتسارع لطلبات اللجوء، إذ قدرت في دول الاتحاد في العام ٢٠١٣ نحو ٤٣١,٠٠٠ الاف طلب، و ٦٢٧,٠٠٠ في العام ٢٠١٤، ونحو ١,٣ الف في العامي (٢٠١٥-٢٠١٦)، وفي العام ٢٠١٧ فقد قدم نحو ٧٠٥,٠٠٠ الف شخص طلب الحماية الدولية داخل دول الاعضاء ٢٨.

في حين يمكن تقسيم نسبة طالبي اللجوء حسب جنسياتهم إلى ٢٧,٨٪ سوريين، و٧٪ عراقيين، و٦٪ نيجيريين، نحو ٥٪ باكستانيين، وتتنوع النسب الاخرى على باقي الافراد التي تعرف دولهم أزمات أمنية وسياسية (السودان، الصومال، أفغانستان ...).^(٣)

(١) م. محمد زهير عبد الكريم، سياسات دول الاتحاد الأوروبي تجاه قضية الهجرة غير الشرعية، مجلة تكريت للعلوم السياسية، العدد ١٩، جامعة تكريت، كلية العلوم السياسية، ٢٠٢٠، ص ٥٦
(٢) احمد قاسم حسن: الاتحاد الاوروبي والهجرة غير النظامية، دراسة حالة ليبيا، مجلة حكامه (محكمة)، العدد ٢، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، معهد الدوحة للدراسات العليا، ٢٠٢١، ص ٨٩.
(٣) ضياء الدين او شريف: انعكاسات صعود اليمين على بناء سياسة اوروبية موحدة للهجرة واللجوء، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد ١، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠٢١، ص ٦٩١.

جدول رقم (١٠١) يوضح اعداد المهاجرين غير الشرعيين لدول الشرق الاوسط من العام (٢٠٠٣ - ٢٠١٧)

الدولة	٢٠٠٣	٢٠١٧
بوروندي	٥٣١,٦٣٧	٤٣٩,٢٨٠
جمهورية افريقيا الوسطي	٣٥,٤٠٠	٥٤٥,٤٩٨
جمهورية الكونغوالديمقراطية	٤٥٣,٤٦٥	٦٢٠,٧٧٥
ارتيريا	١٢٤,١٢١	٤٨٦,١٦٩
اثيوبيا	٦٢,٦٧٧	٨٧,٣٨٨
مالي	٤٦١	١٥٠,٢٨٥
نيجيريا	٢٤,٤٢٨	٢٣٨,٩٤٢
الصومال	٤٠٢,٣٣٦	٩٨٦,٣٥٦
جنوب السودان		٢,٤٣٩,٨٦٨
السودان	٦٠٦,٢٤٢	٦٩٤,٥٠٦
افريقيا جنوب الصحراء الكبرى	٣,٣١٢٤٧٥	٧,٢١٢,٨٤
المجموع	٢,٧٠٤٦١٨٤٧٥ مليون	٤,٢٥٨,٨٥١٦٨٢ مليون

المصدر: ازمة الهجرة وانعكاسها على الاتحاد الأوروبي وسياسته (الجزء الاول)، متوفر على شبكة المعلومات الدولية،

<https://capitalforum.net/%D%8A%3D%8B%2D%85%9D%8A%-9D%8A%7D%84%9D%87%9D%8A%8B%1D%8A%-9D-88%9>

جدول رقم (٢، ١) يوضح اعداد المهاجرين غير الشرعيين لدول الافريقية من العام (٢٠٠٣ -

٢٠١٧)

الدولة	٢٠٠٢	٢٠١٧
ارتيريا	١٢,١٠٧	٣,٩٩١
جمهورية مصر العربية	٦,٤٤٣	٢٢,٠٥٦
العراق	٤٢٢,٥١٢	٣٦٢,٥٠٦
ليبيا	١,٤٥٦	١١,١٨٥
المغرب	١,٢٦٩	٣,٠٦٤
الجمهورية العربية السورية	١٨,٩١٣	٦,٣٠٨,٦١٩
تونس	٢,٥٤٣	١,٨٠٦
الشرق الاوسط وشمال افريقيا	١,٠٦٣,٥٦٥	٦,٩٦٧,٤٢٣
المجموع	٤٦٦٦,٣٠٦٥٦٥ الف	١٧,٨٨٤٠٤٢ الف

المصدر: ازمة الهجرة وانعكاسها على الاتحاد الأوروبي وسياسته (الجزء الاول)، متوفر على شبكة المعلومات الدولية،

<https://capitalforum.net/%D%8A%3D%8B%2D%85%9D%8A%-9D%8A%7D%84%9D%87%9D%8A%8B%1D%8A%-9D-88%9>

كما كان لأحداث الربيع العربي اثرها في تفاقم ظاهرة التحدي الارهابي وتزايد نشاطاته العابرة للحدود، وهو ما مثل تهديداً وتحدياً للدول المستقبلية لإعداد المهاجرين الضخمة وغير المسبوقة، كما حدث لمواجهة إرهابية داخل دول أوروبية^(٤)، وقد عززت هذه الأحداث الإرهابية من الرؤى السائدة داخل أوروبا عن الإرهاب العربي وخطورته على الأمن القومي لتلك الدول الأوروبية.^(٥)

قد اضفت تداعيات الربيع العربي وما تلاها من أحداث في عوصم أوربية عدة، إلى تعقيدات جديدة في مقدمتها الالتباس والتشابك بين الهجرة والارهاب، والبحث عما يمكن عمله في إدارة عمليات الهجرة لبناء منظومة جديدة لها تشمل جميع النواحي الأمنية والسياسية، فضلاً عن ما يتم الترويج له حالياً للربط بين قيم الثقافة، الدين الاسلامي والارهاب، إذ النظرة السائدة في ان هذه الثقافة وهذا الدين متعارضين والقيم الغربية، وانهما قد يمثلان خطراً عليها^(٦)

كما ساهمت هذه الأحداث في تعزيز موقف الأحزاب اليمينية في الدول الغربية وتأكيد صحة طروحاتها حول المهاجرين المختلفين ثقافياً، إذ أسست تلك الأحداث لمفهوم جديد حول الخطر أو التهديد، وأصبح الرأي العام الغربي ينظر إلى الجاليات المهاجرة الإسلامية بعين سلبية، وإلى (العنف الإسلامي) بأنه عنف سياسي وإيديولوجي، اي أن ممارسة العنف من أفراد وجماعات ذات انتماء إسلامي تستند إلى حد كبير على عوامل عقائدية، وعلى قناعات دينية وتصورية للشاكلة التي ينبغي أن يكون عليها المجتمع^(٧) فعندما يصبح تحديد مفهوم (التهديد الإرهابي) في الصراعات الدولية الحالية قائماً على أساس ثقافي أو حضاري اقتصادي أو اجتماعي، يضع المواطن الأوروبي القيم الثقافية معياراً لتحديد مصدر الخطر، وتكون (الهوية الأوروبية) محل تهديد من قبل أولئك الأقل شأنًا ممن يختلفون عن الشعوب الأوروبية في القيم والمعتقدات^(٨)

فقد استقر في الوعي الجمعي لكثير من الأوروبيين الارتباط الشرطي بين الأحداث

(٤) اذ شهدت دول أوروبية اعمال ارهابية منها بريطانيا ففي ٢٢ ايار ٢٠١٧ : قتل ٢٢ شخصاً واصيب نحو ٥٠ آخرين في انفجار بقاعة للحفلات في مدينة (مانشستر) بشمال بريطانيا، ومنفذ العملية من اصول ليبية ويقطن في لندن، وتبنى تنظيم (داعش) الإرهابي الهجوم ، في ١١ تشرين الثاني ٢٠١٥ وقعت هجمات في العاصمة الفرنسية «باريس» التي تعرضت لسلسلة هجمات متزامنة أسفرت عن سقوط ١٣٠ قتيلاً أضافة الى ٣٥٠ جريحاً واستهدفت الهجمات مسرح «باتا كلان» في باريس، وتم توجيه الاتهام لمتشددين من اصول مغربية سنة ٢٠١٩ ، في ٢٢ اذار ٢٠١٦ قتل أكثر من ٣٠ شخصاً في سلسلة تفجيرات شملت مطار العاصمة البلجيكية بروكسل، ومحطة مترو «مالبيك» في المدينة، ووقعت بعد يوم من إلقاء القبض على «صلاح عبد السلام» المشتبه به الرئيسي في هجمات باريس التي وقعت في نوفمبر ٢٠١٥. للمزيد انظر - جاسم محمد: الاستخبارات الأوروبية معالجات ناقصة لظاهرة المقاتلين الأجانب، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، ٢٠١٨، ص ١٥-١٦.

(٥) مصطفى علوي : عوامل صعود اليمين المتطرف في أوروبا، مجلة السياسية الدولية، العدد ٢٠٨، مركز الاهرام للدراسات والبحوث الاستراتيجية، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٨٧.

(٦) شذى رضا عبد المجيد: اثر الهجرة على الامن والاستقرار والاندماج في الاتحاد الأوروبي بعد الحرب الباردة، اطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد، ٢٠٢٠، ص ٧٨.

(٧) يوسف كريم: دور اليمين المتطرف في امنة الهجرة بأوروبا، مجلة قضايا التطرف والجماعات المسلحة، العدد ٥، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين، ٢٠٢١، ص ١٦.

(8) Magda Fahsi : (The Rise of Europe's Far -Right : A Trivialization of Anti - Immigrant Discourse) , mint press News, 27 August 2012)

<http://www.mintpress.net/the-rise-of-europes-far-right-a-trivialization-of-anti-immigrant-discourse>

الإرهابية والمسلمين. وقد جاءت أحداث مدريد في العام ٢٠٠٤، وتفجيرات لندن في العام ٢٠٠٥^(٩)، وأحداث « شارلي إيبدو » (Charlie Hebdo) بباريس ٢٠١٥، والهجوم الإرهابي بساحة « لاس رامبلاس » (Las Ramblas) الشهيرة بالعاصمة الكتالانية في العام ٢٠١٧، لتعزز الربط المختزل بين وجود المهاجرين وعدم الاستقرار السياسي والأمني، وجعل دول الاتحاد الأوروبي تعيد النظر في الجماعات المسلمة وثقافتها في ضوء حرب الأفكار والثقافات التي يروج لها المفكرون القوميون. وقد كانت أحزاب اليمين المتطرف في مقدمة الأحزاب التي تبنت الخطاب الاسلاموفوبيا^(١٠) في الغرب حيث حظي مفهوم (اسلمة أوروبا) بنقاش واسع في الادبيات اليمينية في أوروبا.^(١١)

المطلب الثاني : تداعيات الهجرة غير الشرعية على الاتحاد الأوروبي

باتت مسألة الهجرة غير الشرعية مشكلة رئيسة تؤرق الدول المصدرة والمستقبلة لهم، وتعد أوروبا الوجهة الأولى للمهاجرين غير الشرعيين، وعلي الرغم من إن هناك قسماً من الدول تجد في استقبال المهاجرين فرصة لمعالجة حالة النقص في أعداد السكان لديها وتجد فيها قوة عاملة من الممكن ان تعوض حالة النقص التي تعاني منها لاسيما بعد أن يتم تأهيلهم في برامج تدريبية من أجل انخراطهم في المجتمعات المستقبلية وزجهم في سوق العمل رغم ذلك الا ان واقع الحال يؤشر ان هناك تداعيات سلبية على دول الاتحاد الأوروبي تتمثل في:

أولاً : التداعيات الأمنية :

تشكل الهجرة غير الشرعية أحد التهديدات التي تواجهها الدول الأوروبية، وذلك نظراً لاستمرار تدفق عدد كبير من المهاجرين بطرق شرعية وغير شرعية، وما يخلفونه من مظاهر الخوف والعنصرية في المجتمعات الأوروبية، وقد حاولت الحكومات الأوروبية معالجة هذه الظاهرة، وذلك من خلال انتهاج مقاربة أمنية، تقوم على تجنيد كل الوسائل الأمنية، وسن القوانين الردعية لمواجهتها، وهو ما يعرف بأمننة ظاهرة الهجرة، التي جاءت بفعل تكاثف عوامل عدة منها ما هو داخلي يتمثل في التوظيف الإعلامي والسياسي لظاهرة الهجرة من قبل وسائل الإعلام واحزاب اليمين المتطرف، والتي تسعى دائماً لربط الهجرة بمختلف الظواهر السلبية كالجريمة المنظمة والإرهاب. أما الخارجي فتتمثل في حوادث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ ودورها في إلصاق تهمة الإرهاب بالمسلمين الذين

(٩) هي سلسلة تفجيرات استهدفت قطارات الأنفاق في العاصمة البريطانية، وحافلة من طابقين. ونفذ أربعة من المتشددين هذه الهجمات، التي أسفرت عن مقتل ٥٠ شخصاً وأصابة ٧٠٠ آخرين. للمزيد ينظر - هجمات دامية شهدتها أوروبا منذ بداية الألفية»

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٦/١. <http://www.bbc.com/arabic/world39362924->

(١٠) الاسلاموفوبيا: وتعني العدا للسلام والمسلمين، وهي تعني ظاهرة الخوف المرضي التي تسود المجتمعات الغربية من الاسلام وكان لليمين المتطرف اليد الكبرى في صنعها وإدراجها ضمن الوعي الجمعي الغربي عامة، والأوروبي خاصة، للمزيد انظر - خيرة لكمين : ظاهرة اللجوء في أوروبا ثنائية التهديد واللامن - دراسة في تنامي الاسلاموفوبيا، من كتاب الاسلاموفوبيا في أوروبا الخطاب والممارسة، المركز العربي الديمقراطي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين : ألمانيا، ٢٠١٩، ص ٧٠.

(١١) يوسف كريم : دور اليمين المتطرف في امننة الهجرة بأوروبا، مصدر سبق ذكره، ص ١٦-١٧.

يمثلون نسبة كبيرة من المهاجرين الوافدين إلى أوروبا.^(١٢) أن أمننة الهجرة غير الشرعية يعني تحويلها من قضية انسانية إلى قضية أمنية، ما يستوجب اتخاذ (تدابير استثنائية)^(١٣) ردية لمواجهة هذا التحدي^(١٤) كما أن للإعلام دوراً في أمننة ظاهرة الهجرة، حيث تعتمد الحكومات والدول الأوروبية بصفة متزايدة على تصور وسائل الإعلام في صوغ سياساتها للهجرة، كما تستخدم هذه الحكومات وسائل الإعلام من أجل توجيه الرأي العام الوطني والدولي في اتجاه يخدم مصالحها^(١٥)

وكان لتفانم تدايعيات الهجرة والارهاب على الاتحاد الأوروبي أثرها في تنامي :
١- اليمين المتطرف^(١٦): حيث صعود (الأحزاب اليمينية)^(١٧) المعادية للهجرة، والتي

(١٢) رسي مشري : أمننة الهجرة غير الشرعية في السياسات الأوروبية، الدوافع والانعكاسات، مجلة سياسات عربية، عدد ١٥، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة، ٢٠١٥، ص ٦١.

(١٣) لقد بادرت أوروبا إلى اتخاذ التدابير التشريعية لمواجهة ظاهرة الهجرة، فبدأت كل دولة باتخاذ سياستها وتشريعها الخاص في مجال الهجرة، ثم تغير هذا التوجه، فبدأت الدول تنظر إلى القضية بأنها تخص الدول الأوروبية جميعاً، فكان ذلك بداية السعي لإيجاد سياساتٍ مشتركة بين دول الاتحاد الأوروبي من جانب، وبينها وبين الدول خارج الاتحاد من جانب آخر، فكان أول اتفاقيةٍ جماعيةٍ في شأن الهجرة في العام ١٩٨٥ وهي الاتفاقية المعروفة باتفاقية (شنغن)، ثم تالتت بعد ذلك القمم والاتفاقيات الجماعية لدول الاتحاد الأوروبي، ففي قمة (تامبير) عام ١٩٩٩، قرر رؤساء دول الاتحاد الأوروبي تبني سياسةٍ مشتركةٍ للتعامل مع الهجرة من أجل سد الثغرات في المجال الاقتصادي كتوفير الأيدي العاملة، وفي قمة (سالونيك) في العام ٢٠٠٣ حاولوا وضع معايير موحدة لدول الاتحاد من أجل التصدي للهجرة السرية وتضييق فرص الدخول إلى أوروبا إلا وفق شروط محددة، وفي مبادرةٍ مكملة لهذه السياسة تبني مجلس الاتحاد الأوروبي برنامج لاهاي في العام ٢٠٠٤ والذي يضع أهدافاً لتقوية الحرية والأمن ضمن الاتحاد الأوروبي خلال الفترة ما بين العامي (٢٠٠٥ - ٢٠١٠)، وكانت أهدافه الرئيسية تقوية الحقوق الأساسية كحرية التنقل، وتطوير إدارة متكاملة للحدود الخارجية للاتحاد الأوروبي، وفرض إجراءاتٍ مشتركةٍ وضمان إجراءاتٍ وقائيةٍ فعالة. للمزيد انظر - محمد بشر جوب : سياسات الاتحاد الأوروبي تجاه الهجرة ... اتجاهاتها وانعكاساتها على المهاجرين الأفارقة،

<https://kitabab.com/cultural/%D%8B%3D8%9A%D%8A%7D%8B%3D%8A%7D%8AA>

وكذلك - محمد رضا التميمي، الهجرة غير القانونية من خلال التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد ٤، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، ٢٠١١، ص ٢٦٠.

(١٤) عادل زقاغ : المعضلة الامنية المجتمعية، خطاب الامنية وصناعة السياسة العامة، مجلة دفاتر السياسة والقانون العامة (محكمة)، عدد ٥، الجزائر، ٢٠١١، ص ١٠٩.

(15) Anastassia Tsoukala, Le traitement mediatique de la criminalite› etrangere en Europe, cairn nfo,vol.26,2002,p.65.

(١٦) اليمين المتطرف : هو مصطلح سياسي يطلق على التيارات والأحزاب السياسية التي تهدف إلى حماية التقاليد والأعراف في المجتمع من خلال التدخل القسري واستخدام العنف و الأسلحة لفرض التقاليد والقيم . ويعتقد (كاس ميد) أن الأسس الأيديولوجية المشتركة لليمين الأوروبي المتطرف هي أربعة : القومية أو الانتماء للوطن، وكرهية الأجانب، حفظ القانون والنظام، والرؤية الشوفينية للرفاهية، بحيث يجب على الدولة ضمان رفاهيتها من خلال سياساتها الاجتماعية رفاهية أفراد الأمة دون الأجانب. انظر - هيبه غربي : تدايعيات الانسحاب البريطاني على المسألة الامنية في الاتحاد الأوروبي، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، برلين: المانيا، ٢٠١٨، ص ١١٩.

(١٧) ١- هولندا - حزب الحرية :- وهو حزب يميني تتشابه أفكاره مع حزب الجبهة الوطنية الفرنسي، ببنية موقفاً معادي للإسلام، وللاتحاد الأوروبي والمهاجرين الأجانب، وهو يرفض انضمام دولة مسلمة كتركيا للاتحاد الأوروبي، و يستند منهجه إلى التراث المسيحي في أوروبا ونتيجة لتلك الأفكار حصل حزب الحرية بزعامة غيرت فيلدرز على (٤ مقاعد) في البرلمان الأوروبي الحالي من أصل (٢٦ مقعداً) مخصصاً لهولندا.

١-بريطانيا - حزب الاستقلال : أحرز حزب الاستقلال البريطاني في الانتخابات البرلمانية لعام ٢٠١٥ نحو ١٣٪ من الأصوات، وبسبب قانون الأغلبية الانتخابية فاز بمقعد واحد فقط. لكن بالنظر إلى مجموع الأصوات، فإنه احتل المرتبة الثالثة، والهدف الرئيسي للحزب الذي تأسس في العام ١٩٩٣، هو انسحاب بريطانيا من الاتحاد الأوروبي، كما يتطلب رقابة صارمة على الهجرة ويرفض المجتمع متعدد الثقافات. =

تنتهج سياسات متشددة بهدف كسب المزيد من اصوات الناخبين، ولو بالتعارض مع المبادئ والقيم الأوروبية، والخطاب للسياسي الحاد من جانب بعض الدول الراضة لسياسات استقبال اللاجئين في أوروبا، لما تمثله من عبئ اقتصادي وأمني عليهم، اضافة إلى (اليمين الأوروبي) الذي يستغل ظاهرة الهجرة لإبراز سلبية السياسات التي يتبعها اليسار الأوروبي ويركز اليمين المتطرف في سياسته على: (١٨)

أ - ايقاف هجرة الأجانب إلى أوروبا و طرد الأجانب من الموجودين قدر المستطاع

ب - كره الإشتراكية والعدالة الإجتماعية بشكل عام وتأييد الرأسمالية على المستوى الإقتصادي.

ج - المحافظة على القيم التاريخية والتقليدية لمجتمعاتها .

د - معظم هذه الأحزاب رافضة لمشروع الوحدة الأوروبية، لأنها تخشى أن يؤدي إلى تذويب القوميات في دولة واحدة، كما تجد في مؤسسات الاتحاد الأوروبي انها سبب في فرض قبول المهاجرين ضمن دول الاتحاد بحسب نظام الحصص المعتمد لاسيما وان الاتحاد الأوروبي كمؤسسة ينظر إلى قبول المهاجرين بشكل ينسجم مع سياسته القائمة على حماية حقوق الانسان.

٢- العبء الملقى على دول جنوب أوروبا مثل (اليونان، مالطا، ايطاليا) بسبب موقعها الجغرافي، فقد استقبلت ايطاليا في العامي ٢٠١٥، ٢٠١٦ وحسب ما قالت وزارة الداخلية الايطالية ان اكثر من ١٨١ الف مهاجر وصلوا إلى ايطاليا بالقوارب، مما أدى للشعور بتخلي أوروبا عنها.

٣- تصاعد المخاوف الأمنية من الارهاب، فقد اظهرت التحقيقات في اغلب الهجمات الارهابية التي شهدتها أوروبا اخيراً ان مرتكبيها اغلبهم من المهاجرين الذين

=٢-المانيا - الحزب القومي الديمقراطي: سمي هذا الحزب بالنازية الجديدة، لأن أفكاره مستوحاة من الأيديولوجية النازية وخاصة الإيمان بالقيادة الديكتاتورية ضد الأقليات والتمسك الشديد بالقومية الألمانية القائمة على العرق، وهو يرفض المساواة بين البشر، واعتبر فوز (اوباما) برئاسة الولايات المتحدة مؤامرة من السود واليهود لغاء هوية أمريكا البيضاء، ورغم حالة العداء بين الحزب والحكومة والمحاولات الأمنية. في العام ٢٠٠٣ لحظه بسبب تظاهراته العنيفة، تمكن الحزب من السيطرة على مدينة «درسدن» وفي الانتخابات البرلمانية الأخيرة في العام ٢٠١٣ حقق هذا الحزب ١,٣% ومقعداً لمانيا داخل البرلمان الأوروبي .

٣-فرنسا - حزب الجبهة الوطنية : ارتفعت شعبية هذا الحزب مؤخراً نتيجة زيادة أعداد المهاجرين وتدهور الوضع الاقتصادي في فرنسا، فهو حزب معادي للهجرة والمسلمين، لعضوية فرنسا في الاتحاد الأوروبي والسوق الأوروبية والعملية الموحدة، وحقق الحزب عدد من النجاحات في العامي ٢٠١٥/٢٠١٤ في عدد من الاستحقاقات الانتخابية أهمها الانتخابات المحلية وانتخابات البرلمان الأوروبي، فقد حصل على ٢٣ مقعداً من أصل ٧٤ مقعداً مخصصة لفرنسا قبل تشكيل تحالف في البرلمان الأوروبي تحت اسم (تحالف أوروبا من اجل الشعوب والتحرير) ، ENF مع أحزاب يمينية شعبية أخرى، و تبرز زعيمته مارين لوبين، كواحدة من أهم الوجوه في سباق الانتخابات الرئاسية التي جرت في العام ٢٠١٧، ووضعت حزبا في صفوف الأحزاب الرئيسية في فرنسا. كانت هذه أهم الأحزاب اليمينية المتطرفة الرئيسية في أوروبا إلى جانب العديد من الأحزاب اليمينية الأخرى التي تشترك جميعها في بعض الخصائص أهمها أن المهاجر هو السبب الرئيسي لكل ما هو سيء. انظر: د. حسين طلال مقلد : نظرية الاحزاب . الاحزاب الأوروبية فوق القومية والبرلمان الأوروبي معالم رؤية مستقبلية، الهيئة العامة السورية للكتاب، دمشق، ط١، ٢٠٢٠، ص ٥٥ . وكذلك : هيبه غربي: تداعيات الانسحاب البريطاني علي المسألة الأمنية في الاتحاد الأوروبي، مصدر سبق ذكره، ص ١٢٠.

(١٨) هيبه غربي : اهم الاحداث الارهابية في اوربا وارتباطها بالهجرة غير الشرعية ، من كتاب مستقبل الاتحاد الاوروي في ظل تنامي النزعة القومية الوطنية،المركز الديمقراطي العربي ،للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ، مانيا: برلين، ٢٠١٨ ، ص ٦٧.وكذلك - شذى رضا عبد المجيد: اثر الهجرة علي الامن والاستقرار والاندماج في الاتحاد الاوروي بعد الحرب الباردة، اطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية العلوم السياسية، جامعة بغداد، ٢٠٢٠ ، ص ١٤٠.

السلبية، التي تكونت لدى المجتمعات المضيفة.

فعلى صعيد الثقافات المحلية للمهاجرين : يواجه المهاجرون بصورة عامة، والمهاجرون غير الشرعيين بصورة خاصة في أطار الاندماج تحديات تتعلق بحالة من التناقض في الثقافات التي يحملها هؤلاء المهاجرون لا سيما المهاجرين من ذوي الأصول العربية والإسلامية، وبين الثقافات الأوروبية للمجتمعات المضيفة^(٢٤)

فقد شكلت ميادين الثقافات المحلية للمهاجرين، وفي مقدمتها (اللغة، الدين)، من أهم تحديات الاندماج في المجتمعات الأوروبية المضيفة، حيث ساهمت معظم الثقافات المحلية للمهاجرين غير الشرعيين في الحيلولة دون الاندماج، لما تنطوي عليه هذه الثقافات من قيم وتقاليد يعدها مقدسة بالنسبة للمهاجرين.^(٢٥)

وفي أطار الحد من التوتر الثقافي الذي قد سببه المهاجرين غير الشرعيين، فقد سعى الاتحاد الأوروبي كجزء من الاستجابة للنظم الاجتماعية في أوروبا الغربية إلى إيجاد محاولات لتخفيف هذا التوتر المتمثل في صراع الهويات إلى وضع استراتيجيات لردم هذه الفجوات الثقافية، فعلى سبيل المثال في العام ٢٠١٦، فقد عقدت لجنة (أردياني) التي قد شكلها الاتحاد الأوروبي حواراً مع منظمات محلية مختصة في المجال الثقافي في عدد من الدول الأوروبية لدراسة دور العامل الثقافي في إدماج اللاجئين والمهاجرين غير الشرعيين.

وفي أطار الدعم المالي لمحاولات الدمج الثقافي للمهاجرين غير الشرعيين، فقد خصص الاتحاد الأوروبي في العام ٢٠١٧، ما يقارب نحو (٩,٥) مليون يورو لدعم استراتيجيات تمكين المهاجرين من دول عالم الجنوب.^(٢٦)

لقد أسهم التباين الثقافي والديني الذي قد جعل من عملية الاندماج صعبة للغاية في ظل مجتمعات لا يحظى الدين بأهمية ضمن ثقافتها، في الحيلولة دون التكيف والاندماج مع المجتمعات الأوروبية^(٢٧)

أما على صعيد الموقف الاجتماعي العنصري: يركز الخطاب الأوروبي على ان الهجرة تفرز تهديدات على هوية وثقافة المجتمعات الأوروبية، وما تتضمنه من تراجع القيم والمبادئ الأصلية لشعوبها، إذ يعبر هذا الخطاب عن هاجس أوروبي، يتمثل في الخوف من فرض العنصر غير الأوروبي قيمه وعادات ومعتقداته على المجتمعات الأصلية، وانخراط الأجيال الجديدة المنبثقة عن هذه الهجرات في العمل السياسي، وهذا ما ينعكس سلباً على مطالب الأوروبيين وسلوكهم الانتخابي.^(٢٨)

(٢٤) أ. د. د. عبد الجبار عيسى عبد العال، اسعد عبد الحسين خنجر: التداعيات الاجتماعية والاقتصادية للهجرة غير الشرعية على دول أوروبا الغربية، المجلة السياسية والدولية، كلية العلوم السياسية، جامعة المستنصرية، ٢٠١٩، ص، ٥٨. (25) Alcía Adser, language and Culture as drivers of Migration: linguistic and Cultural barriers affect international Migration flows, Princeton University, USA and IZA , Germany, 2015 ,P. 8.

(٢٦) أ. د. د. عبد الجبار عيسى عبد العال، اسعد عبد الحسين خنجر: التداعيات الاجتماعية والاقتصادية للهجرة غير الشرعية على دول أوروبا الغربية، مصدر سبق ذكره، ص ٦٠.

(٢٧) ونيسة الحمروني الورفلي : الهجرة غير الشرعية في دول غربي المتوسط (دراسة التجمع الاقليمي ٥+٥)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٠٠ - ١٠١.

(٢٨) مصطفى عبد العزيز مرسي، قضايا المهاجرين العرب في أوروبا، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ابوظبي، ٢٠١٠، ص ٧

المبحث الثاني

الاجراءات الأوروبية لمواجهة ظاهرة الهجرة غير الشرعية والارهاب.

يلاحظ أن غالبية دول الاتحاد الأوروبي لا تزال تتعامل مع مشكلة الهجرة غير الشرعية كمسألة أمنية بالدرجة الاولى، ومن خلال هذا الفرع سنحاول تسليط الضوء على أبرز الاليات التي تبناها الاتحاد الأوروبي في الحد من هذه الظاهرة وذلك من خلال :

المطلب الاول : الإجراءات الامنية :-

اصبحت قضايا الهجرة في معظم دول المجموعة الأوروبية على أنها من أهم القضايا الأمنية ، خاصة فيما يتعلق بالعلاقة المحتملة بين الإرهاب والمهاجرين ، حيث أصبح من الاحتمالات المذكورة أعلاه وجود اعضاء جماعات ارهابية بين المهاجرين والمسلمين وتحوم الشبهات حول المسلمين من إفريقيا، وقد ركز الاهتمام من قبلها بشكل اساسي على ضرورة وقف تدفق المهاجرين غير الشرعيين إلى شواطئ أوروبا بأليات اقل ما يقال عنها أمنية :

أ-الهيئات المختصة (تشكيل قوات الاورورفورس ، أنشاء وكالة فرونتكس) :-

• تشكيل قوات الاورورفورس:-وهي عبارة عن قوة خاصة يمكنها التدخل برا وبحرا لأسباب أمنية وإنسانية تقررها القيادة العامة لهذه القوات التي تأسست عام ١٩٩٦ بقرار من أربع دول أوروبية مطلة على البحر الأبيض المتوسط وهي: فرنسا ، إيطاليا ، البرتغال. أسبانيا ، وتتكون من القوات البرية euro-force ، والقوات البحرية euro-mar_forc جاهدة لحماية أمن واستقرار الحدود الجنوبية الأوروبية ، وفي عام ٢٠٠٢ أنشأت أوروبا قوة التدخل السريع the rapid reaction force^(٢٩) .

• أنشاء وكالة فرونتكس :- وهي هيئة متخصصة مستقلة مسؤولة عن تنسيق التعاون العمليتي بين الدول الأعضاء في مجال أمن الحدود ، والمعروف border security ، تعرف بأسم frontex ، تم إنشائها من قبل الاتحاد الأوروبي في تشرين الاول ٢٠٠٤ كجزء من تعزيز أمن الحدود الأوروبية من أجل الحد من الهجرة غير الشرعية، ومن ضمن مهامها :^(٣٠).

١-تنسيق التعاون العمليتي بين الدول الأعضاء في مجال إدارة الحدود الخارجية.
٢- مساعدة الدول الأعضاء في تدريب حرس الحدود.
٣-إعداد الدراسات المتعلقة بالرقابة والإشراف على الحدود الخارجية.
٤-مساعدة الدول الأعضاء في الظروف التي تتطلب زيادة الدعم الفني والعمليات على الحدود.

٥-تزويد الدول الأعضاء بالدعم اللازم لتنظيم عمليات العودة المشتركة.
وركزت الوكالة على تدفق المهاجرين بين شمال إفريقيا وإيطاليا ومالطا ، لكنها لم

(٢٩) فريجه لدمية، الاليات المعتمدة من قبل الاتحاد الاوروي لمواجهة الهجرة الغير الشرعية، مجلة المفكر، ١٢٤ ، ٢٠١٠،ص ص ١٩٢،١٩٣

(٣٠) بن موسى نبيل وغلبي أحلام : استراتيجية الاتحاد الاوروي لمواجهة الهجرة غير الشرعية ، مجلة الابحاث القانونية والسياسية - العدد ٢،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة سطيف ٢، ٢٠٢٠ ، ص ٢٥١.

ترحل أحداً إلى شمال إفريقيا، بسبب الخلافات حول مسؤولية المهاجرين الذين نجوا من البحر، وفي عام ٢٠٠٩ تأخرت العملية الثانية للوكالة بسبب عدم اتفاق مالطا وإيطاليا حول مسألة استقبال المهاجرين الذين تم انقاذهم من البحر، إلا أنه في ١٨ حزيران تم اعتراض المهاجرين وسط البحر وإعادتهم إلى ليبيا.

ب - الاجراءات الامنية بتشديد الحراسة الامنية على الحدود الاوروبية.

- ١- اتخذ الاتحاد الأوروبي تعزيزات أمنية مشددة على حدود سواحلها من بينها (٣١).
- ١- بناء جدار حدودي يصل ارتفاعه إلى ستة أمتار ، ومجهز بكاميرات وتصوير حراري ورادارات بعيدة المدى ، وأجهزة للرؤية في الظلام بالأشعة تحت الحمراء .
- ٢- قامت إسبانيا مراكز مراقبة إلكترونية ، مزودة بأجهزة إنذار ليلية ورادارات ، كما دعمت هذه المراكز بجهاز مدمج لحراسة المضيق.
- ٣- مشروع إطلاق قمر صناعي يسمى شبكة فرس البحر ، لتتبع عمليات الهجرة غير الشرعية ، وهو عبارة عن شبكة تتبع سريع لرصد البحر ، حيث يتيح نشر المعلومات حول تدفق المهاجرين، فضلاً عن الاتصال بالشرطة في كل دولة.

ج- الاليات بموجب الاتفاقيات الامنية (اتفاقية الادخال ، الاتفاقيات الامنية المشتركة) .

- الاتفاقيات اتفاقية الادخال:-في سياق مكافحة الهجرة غير الشرعية ، يسعى الاتحاد الأوروبي إلى إبرام اتفاقيات تتعلق بعودة أي شخص دخل إلى اراضي دولة أخرى بشكل غير قانوني ، وبالتالي عمل الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه على إقناع البلدان الاصلية للمهاجرين والدول التي يمرون من خلالها على إبرام اتفاقيات أو بنود لا عادة الادخال في إطار السياسات المتعلقة بالمساعدات الانمائية التي تنتهجها، اذ حاولت البلدان الاوروبية الغربية دمج هذه الاتفاقيات في اتفاقيات شراكة مع دول جنوب البحر الأبيض المتوسط وشرق أوروبا ، الا ان بعض البلدان رفضوا إدخال مواطني الدول الثالثة إلى أراضيهم، مما جعل الأمر أكثر صعوبة(٣٢).
- الاتفاقيات الامنية المشتركة :-تبنيت دول الاتحاد الأوروبي سياسة التعاون المشترك مع دول شمال إفريقيا ، من خلال إبرام اتفاقيات ثنائية و أخرى جماعية من أهمها :

- ١ - الاتفاقية المبرمة بين ليبيا و إيطاليا: عقدت في طرابلس عام ٢٠٠٧ وبموجبها تنظم ليبيا وإيطاليا دوريات بحرية بعدد ستة قطع بحرية مؤجرة مؤقتاً من إيطاليا ، يتواجد على متنها طواقم مشتركة بين البلدين لغرض التدريب وأعمال المساعدة الفنية لاستخدام و صيانة القطع ، وتقوم الوحدات البحرية بعمليات المراقبة والبحث والإنقاذ سواء في المياه

(٣١) شافية، بديعة، أزمة الهجرة الغير شرعية ودول الاتحاد الاوروبي، مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الاول -كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-مختبر البحث قانون الاعمال، ٢٠١٦، ٢٤، ص ٢٠، ١٩، ٢٠.

(٣٢) اسية بن بوعزيز، «سياسة الاتحاد الأوروبي في مواجهة الهجرة غير الشرعية» موقع : تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١١.

الإقليمية الليبية أو الدولية ، وهناك عدة اتفاقيات بين البلدين في نفس الشأن عام ٢٠٠٣ .
٢- الاتفاقية المبرمة بين تونس وإيطاليا: وتقضي أيضا بتزويد إيطاليا تونس بمعدات وأجهزة وقوارب سريعة ، و عقد دورات تدريبية سنوية لأفراد الشرطة المتخصصين في مكافحة الهجرة غير الشرعية ، مع وضع نظام لتبادل المعلومات بين البلدين^(٣٣) .
٣- الاتفاقية ايطاليا و مصر: تنص على إعطاء فترة كافية للمعطيات المصرية لإعادة توطين مواطنيها ، على أن يتحمل الجانب الإيطالي جميع تكاليف عملية توطين مواطنيهم .

٤ - الاتفاقية بين المغرب وإسبانيا: وهي مذكرة تفاهم وقعت عام ٢٠٠٣ بهدف الحد من الهجرة غير الشرعية بموجب هذا الاتفاق ، يُسمح لـ ٢٠٠ عامل موسمي من المغرب بالعمل في إسبانيا لأكثر من ٩ أشهر، وتعد نموذج للاتفاقيات الناجحة في محاربة الهجرة غير الشرعية.

٥- اتفاقية إسبانيا وموريتانيا : يهدف هذا الاتفاق إلى حل مشكلة السفينة العالقة التي تقل عددا من المهاجرين غير الشرعيين قبالة سواحل موريتانيا في طريقهم إلى إسبانيا وبموجب هذا الاتفاق، تعهدت موريتانيا بترحيل هؤلاء المهاجرين إلى بلدانهم ، وتعهدت إسبانيا بإنشاء مستشفى ميداني لاستقبال الجرحى منهم .

٦ - اتفاقية إيطاليا والجزائر: بموجب هذه الاتفاقية تم إبعاد جميع المهاجرين غير الشرعيين من الجزائر ، كما تم ترحيل أكثر من مليون شخص ، وأصدرت الحكومة الإيطالية ألف تأشيرة عمل للجزائريين عام ٢٠٠٨ / ٢٠٠٩^(٣٤) .

المطلب الثاني: الإجراءات السياسية :-

١- حوار ٥+٥ :

ظهرت معالم حوار ٥ + ٥ خلال الدورة الوزارية الأولى التي عقدت في روما في أكتوبر ١٩٩٠ ، والتي شاركت فيها فرنسا والجزائر وتونس وليبيا وإيطاليا والمغرب على مستوى مديري وزارات الخارجية ، و تم تنظيم الندوة الوزارية لهذا الحوار خلال شهر تشرين الأول ١٩٩١ بالجزائر وكان من المقرر عقد الحوار في عام ١٩٩٢ ، ولكن تم تعليقه بسبب العقوبات المفروضة على ليبيا في عام ١٩٩٢ وتوقف هذا الحوار لمدة عشر سنوات كاملة من ١٩٩١ - ٢٠٠١ ، لينطلق من جديد في اجتماع وزارة الخارجية الدول العشرة ٢٠٠١ في لشبونة بمبادرة برتغالية^(٣٥) .

ثم انعقدت قمة منتدى ٥ + ٥ في تونس عام ٢٠٠٣ بهدف إيجاد نهج مشترك وشامل لمعالجة المشاكل من خلال التعاون الحقيقي في قضايا الهجرة غير الشرعية وكذلك محاولة التوصل إلى اتفاق بشأن العمل الجماعي وهذا يشمل أيضا البلدان

(٣٣) شايقة، بدبعة ،ازمة الهجرة الغير شرعية ودول الاتحاد الاوروبي، مجلة القانون والاعمال ، مصدر سبق ذكره، ص ٢١
(٣٤) فايذة بركان، البيات التصدي للهجرة غير الشرعية، مذكرة مقدمو لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الحاج لخضر -باتنة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١١/٢٠١٢، صص ١٠٢، ١٠٢ .
(٣٥) واثق عبد الكريم حمود: موقف الاتحاد الاوروبي من ظاهرة الهجرة غير الشرعية (الافريقية) ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ٢٠ ، كلية القانون ، جامعة كركوك، ٢٠١٧ ، ص ٣٧٢

الأفريقية التي ينتمي إليها المهاجرون غير الشرعيين ، وبالتالي فالعمل مع هذه الدول ضرورة محتمة من خلال ارجاع المهاجرين غير الشرعيين إلى بلدانهم الأصلية شرط موافقة دول العبور ، ويقترح المشروع على الدول المصدرة للمهاجرين غير الشرعيين معاقبة الاشخاص الذين هاجروا بطريقة غير شرعية بالسجن لمدة تتراوح بين ثلاث اشهر الى ٢٠ عاما وبغرامات مالية.(٣٦)

٢- بيان الرباط ٢٠٠٦ :-

بتاريخ ٢٠٠٦/٧/١٣ طلبت ٦٠ دولة أفريقية وأوروبية من مساعد المفوضية العليا لشؤون اللاجئين معالجة الهجرة غير الشرعية من إفريقيا وأوروبا ، وقد صدر بيان يتضمن أسس التعاون والتعامل مع المشكلة مع احترام حقوق وكرامة المهاجرين واللاجئين وتوفير الحماية الدولية، كما دعي البيان المنظمات الدولية إلى المساعدة في تنفيذ التوصيات المتفق عليها.

٣ - ميثاق الهجرة واللجوء :-

تشكل هذه الاتفاقية التزامًا سياسيًا تجاه الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه لبناء سياسة أوروبية مشتركة للهجرة واللجوء، حيث تهدف هذه الاتفاقية إلى إنشاء سياسة عادلة وفعالة لمواجهة التحديات التي تطرحها الهجرة والفرص الإيجابية التي تصاحبها وهكذا تبنت الدول الأوروبية ميثاق الهجرة الذي تقدمت به فرنسا في ٢٠٠٨/٧/٧.(٣٧)

المطلب الثالث : الإجراءات الاقتصادية.

تعود أهمية الآليات الاقتصادية للدور الخطير الذي تمثله الهجرة غير الشرعية على الاقتصاد الأوروبي وتتمثل هذه الآليات في :

١-آليات الجوار والشراكة الأوروبية:

توفر هذه الآلية التمويل لسياسة الجوار الأوروبية ، والتي من خلالها تمر مساعدات الدعم لفائدة الدول الأعضاء في سياسة الجوار الأوروبية ، وهي أداة للتعاون ويديرها قسم المساعدة الأوروبية للتنمية، ويتم من خلالها تجسيد القرارات السياسية وترجمتها على ارض الواقع، فهذه الآلية ضمنّت تمويل الشراكة الأوروبية المتوسطية وحلت محل آلية المساعدة الفنية لصالح الدول المستقلة في وسط وشرق أوروبا(٣٨)

وتتمثل أهدافها فيما يلي:(٣٩)

١-دعم التغيير الديمقراطي وتعزيز حقوق الإنسان.

٢-تسهيل الانتقال إلى اقتصاد السوق وتشجيع التنمية المستدامة.

(٣٦) أ . عبد الكريم عطوات ، السياسات الأوروبية لمكافحة ظاهرة الهجرة غير الشرعية ، مجلة الباحث الاكاديمي في العلوم القانونية والسياسية ، العدد ٣ ، المركز الجامعي بأفلو/الأغواط، ٢٠١٩ ، ص ١٢٢ .

(٣٧) فريجه لدمية ، الآليات المعتمدة من قبل الاتحاد الاوروبي لمواجهة الهجرة الغير الشرعية، مجلة المفكر،مصدر سبق ذكره، ص ٢٠٠

(٣٨) اسية بن بوعزيز، «سياسة الاتحاد الأوروبي في مواجهة الهجرة غير الشرعية» مصدر سبق ذكره.

(٣٩) مصدر نفسه.

٣-تشجيع التعاون في السياسات ذات المصلحة المشتركة مثل مكافحة الإرهاب والهجرة غير الشرعية.

٢- التعاون من أجل التنمية:

إن تنمية اقتصاديات الدول المصدرة للهجرة غير الشرعية هي إحدى طرق وقف الهجرة غير الشرعية أو على الأقل الحد منها ، والاعتماد على التنمية كمحفز في توفير فرص العمل وإزالة الفروق في المعيشة بينها وبين الدول الأخرى المستقبلية مما يؤدي إلى إيقاف ضغط الهجرة ، و تتم التنمية من خلال دعم الإصلاحات الهيكلية والاقتصادية ، وتشجيع دعم الاستثمار الأجنبي الأوروبي في منطقة البحر الأبيض المتوسط ، فضلاً عن تحرير التبادل التجاري.^(٤٠)

(٤٠) شايقة، بدبعة، أزمة الهجرة الغير شرعية ودول الاتحاد الاوروبي، مصدر سبق ذكره، ص ٢١.

الخاتمة

تعد الهجرة غير الشرعية أحد التهديدات التي تواجه الدول الأوروبية ، والتي أصبحت مرتبطة بمظاهر العنف والارهاب والجريمة المنظمة بمختلف اشكالها، وهو ما جعلها تشكل تهديداً وخطراً على الامن المجتمعي الأوروبي ، وتسبب حالة من الفوضى واللاامن في المجتمعات الأوروبية. وتاخذ هذه منحنى خطيراً قد يصل لدرجة التسبب في تفكك الاتحاد الأوروبي، وهو ما قد بدأ يظهر جلياً مع استغلال تيارات وأحزاب اليمين المتطرف لهذا الملف في خطاباتهم العامة المعادية للمهاجرين وللإسلام.

ومع تنامي صعود اليمين المتطرف سياسياً وانتخابياً، تبدو الحاجة ماسة الى تبني استراتيجيات فعالة للحفاظ على تماسك المجتمعات وحمايتها من كل فكر او سلوك يهدد امنها واستقرارها ، وهذا ما جعل الدول الأوروبية تترجم انعكاسات هذا الوضع بأمننة الهجرة غير الشرعية عبر تسخيرها لمجموعة من الاستراتيجيات و الآليات الأمنية و السياسية و الاقتصادية التي سعت من خلالها إلى المحافظة على أمنها.

وتوصلت الدراسة الى ابراز الاستنتاجات وعلى النحو الاتي: -

تعد ظاهرة الهجرة غير الشرعية والارهاب من أهم التحديات التي تهدد امن وسلامة الدول الأوروبية التي شهدت تدفقاً كبيراً للمهاجرين غير الشرعيين نتيجة لأسباب اقتصادية واجتماعية وسياسية.

يواجه الاتحاد الأوروبي أزمات داخلية على خلفية ملف الهجرة ، واختلاف وجهات النظر بين صناعات القرار الأوروبيين حول الآليات والسياسات التي يجب اتباعها لوقف موجات الهجرة غير الشرعية.

تشكل ظاهرة الهجرة غير الشرعية والارهاب منحنى خطيراً قد يصل لدرجة التسبب في تفكك الاتحاد الأوروبي، وهو ما قد بدأ يظهر جلياً مع استغلال تيارات وأحزاب اليمين المتطرف لقضية الهجرة والمهاجرين في خطاباتهم العامة المعادية للمهاجرين وللإسلام.

مع تنامي صعود اليمين المتطرف سياسياً وانتخابياً، أصبحت الحاجة ماسة الى تبني استراتيجيات فعالة للحفاظ على تماسك المجتمعات ، وهذا ما جعل الدول الأوروبية تترجم انعكاسات هذا الوضع بأمننة الهجرة غير الشرعية عبر تسخيرها لمجموعة من الاستراتيجيات والآليات الأمنية و السياسية و الاقتصادية التي سعت من خلالها إلى المحافظة على أمنها.

أبرزت الهجرة غير الشرعية والأرهاب جملة من التداعيات ، ففي اطار الواقع الاجتماعي تمثلت في قضية اندماج المهاجرين داخل المجتمعات الأوروبية ، وتأثيرهم على هوية وثقافة المجتمعات الأوروبية، وما تتضمنه من تراجع القيم والمبادئ الاصلية لشعوبها، إذ يعبر هذا الخطاب عن هاجس أوروبي، يتمثل في الخوف من فرض العنصر غير الأوروبي قيمه وعادات ومعتقداته على المجتمعات الأصلية، وانخراط الأجيال الجديدة المنبثقة عن هذه الهجرات في العمل السياسي، وهذا ما ينعكس سلباً على مطالب الأوروبيين وسلوكهم الانتخابي. اما في اطار الواقع الاقتصادي ، فيتمثل في

التأثير على سوق العمل إذ تضيف الهجرة غير الشرعية على المدى القصير ضغوطات على اقتصاد بعض الدول الأوروبية ، وترتب أعباء على المالية العامة نتيجة تكاليف استقبال، وإيواء المهاجرين.

الباطنية في الفكر الإسلامي وجهة سياسية
إخوان الصفا انموذجاً

ESOTERICISM IN ISLAMIC THOUGHT AS A POLITICAL
PERSPECTIVE - BROTHERS OF AL SAFA - AS MODEL

د. حسين عباس حسين
الجامعة المستنصرية / كلية العلوم السياسية

المستخلص

دأبت الحركات الباطنية في الإسلام على الحراك الفكري المفعم بالطرح المغاير للأنماط السائدة، وهو ما شكل نوعاً من الطرح المختلف، إذ كانت الفلسفة والانشغالات العقلية في توصيف وإدراك الموجودات وتعريف المفاهيم هي الصفة الغالبة في ما ينظرون له، وعلى وفق هذا المعطى لم تخلُ الساحة الإسلامية التي وُجدت بها الحركات الباطنية من التعاطي السياسي، فكان حضورهم يتضمن الرؤى والطروحات السياسية التي أسهمت بإثارة الأقوال والأفعال تجاههم على مستوى الفكر والسياسة. فشكّلوا جدلية حاضرة أينما حضروا في نقاش رؤاهم على مستوى النقد والتحليل والرد، إذ لم تخلُ آراؤهم من تصدير فهمهم للسلطة وأهلية الحاكم وصفاته. ومن هنا كان لا بد من انتقاء نموذج للقياس، فكان إخوان الصفا مثلاً لما اتصفت به هذه الجماعة من شمولية الطرح وتفصيلاته، كما ورد فيما ينسب لهم من رسائل مليئة بالجوانب المتعلقة بالسياسة وتنظيرهم إزاءها.

Abstract

The esoteric movements in Islam have been perpetuating the intellectual movement, which is filled with a different proposition of the prevailing patterns, which constituted a kind of different discourse, as philosophy and mental concerns in describing and understanding the foundations and the definition of concepts were the dominant characteristic of what they viewed, and according to this data the Islamic scene in which they were found was not empty The inner movements of political engagement, as their presence included the political visions and propositions that contributed to stirring words and deeds towards them at the level of thought and politics, they formed a present dialectic wherever they attended in the discussion of their visions at the level of peer analysis, and response, as their opinions were not free from exporting their understanding of authority and the qualities of the ruler and his attributes, and from Here, it was necessary to choose a model for measurement, so they were the brothers of Al-Safa, an example of what characterized this group from the comprehensiveness of the offering and its details, as mentioned in the letters attributed to them, which are full of aspects related to politics and their theorization towards them.

المقدمة

تتلازم الحركات الباطنية في الحقب الإسلامية المتعاقبة بجدلية واسعة، فمنهم من عدّ هذه الحركات طائفة على منهج الفكر الإسلامي، الذي يقوم على الاستنباط السائد من الأدلة والنصوص الشرعية. إلا أن البعض الآخر يرى في الاتجاهات الفكرية الباطنية أنها انطلقت على وفق محددات المعاني الخفية للنصوص الشرعية، وأصبحت تفسيرات هذه الاتجاهات متعلقة بتصورات مبتدعيها وفلسفتهم في رؤيتهم للأشياء والوجودات، كالإسماعيلية والقرامطة والبصرية والدروز والتعليمية والسبعية والخرمية، ومنهم إخوان الصفا، في نمذجة لما جاء من مضامين البحث. وهذه الحركات كانت سرية الطابع، تأسست على منهج فلسفي وتأويل خاص بما تعتقد بجنبة كلامية طاغية على متبناياتهم. والحركات الباطنية في الإسلام اختلفت في تصنيفها الباحثون تاريخياً إلى أي اتجاه فكري تنتمي، فمنهم من قرن توجهاتها الفكرية بالمدارس الصوفية، ومنهم من يعزو أفكارهم إلى المتوارث من الأديان السابقة من سفسطة وزندقة توالت على جميع الأديان. إلا أن النقاش الفكري والعقائدي، وإن كان حاضراً عند أغلب من ناقش فكر الباطنية، بقي العامل السياسي هو الأكثر فاعلية في تصدير صورتهم إلى الباحث في خباياهم، فالنقاش على السلطة إسلامياً ألقى بنفسه على تصنيفهم، ورمي بعض هذه الحركات الباطنية بالانحراف، لأن السلطة إسلامياً عملت في كثير من مراحلها على تكفير وردة من خرج عليها، بعيداً عن تشريح ظاهرة الانتماء الفلسفي أو المضمون الكلامي أو مدى مبررات التأويل من عدمه لديهم. فيُنظر مثلاً تاريخياً وباستفاضة إلى مصدرية فكر الإسماعيلية كاتجاه فكري ينتمي إلى الحركات الباطنية، هو بالنهاية أحد أوجه الانشطار الفكري للمذهب الشيعي، وبغض الطرف عن نفي أو اثبات التلازم العقدي بين الاتجاهين الفكريين، نلمس الظلال السياسية على هذا الطرح بوصم الشيعة بتبعات الانحراف المروج له في الفكر الإسماعيلي، أو ارتهان الإسماعيلية للنسق الشيعي المعروف بالخروج على السلطة في الأحقاب الإسلامية المختلفة. فيجد الباحث أن (السياسة ومشروعية السلطة) حاضرة من جهة الحاكم بتبرير ديمومته في السلطة ورفضه لكل المخالفين، وكذلك الحركات الباطنية زاخرة بمقولاتها التي تتخلص "بلا ولاية لمن خرج عن جادة الدين"، ومن جهة أخرى رؤية الباطنية لطبيعة السلطة ومشروعيتها التي سيتناولها البحث، فيعدّ توجه هذه الحركات الباطنية في طرح آرائهم وتبيان هويتهم، خليط فيما يمكن أن نسميه الاقتباسات المتنوعة من مجموع الفلسفة وعلم الكلام والمنهج التأويلي في تفكيك التصورات بهذه الأبعاد بحد طاغ على طرحهم وما يتبنون، وجعلهم يشكلون بناءً قدسياً وروحياً يركز على الدين في الاستلهاً ومحورية التعايش الإنساني في السلوك والتطبيق.

ربما يكون معقداً تفكيك الرؤية القريبة من واقعية قراءة أفكار هذه الحركات وصدور هذه الآراء منهم، بجنبتها الفكرية العقدية والسياسية، لكن لا يخفى أن منظومة الفكر السياسي الإسلامي تأسست على المفهوم منها من أدلة تشريعية منصوص عليها

(القرآن والسنة)، وهي نفسها النظرية التي يراد منها الشيوع والانتشار والتطبيق، وبالتالي هي الأفكار المؤمن بها سلفاً، وهي نفسها التي تمارس وتشغل حيزاً من التطبيق، وما ينتج من رؤى وتصورات سياسية لا يخرج عن هذه القاعدة. نعم، ان الاتجاهات الباطنية في الفكر الإسلامي قد لا تتعاطى بوضوح مع الظواهر، لكنها بالنتيجة أفكار لا يراد لها التوقع والتحجر والانكفاء، فهي بالنتيجة ايدولوجية تستتبع الجذب لها وتوسيع رقعتها، فكانت أهمية البحث تتمحور في أن الحركات الباطنية في الإسلام ذات دور فاعل، وإن كان سرياً وغير معلن، إلا أنها مارست نوعاً من السلوك الفكري الذي يتسم بخاصية التنظيمات السياسية السرية، التي أشغلت الواقع السياسي والسلطوي، ومن هنا يفترض البحث بأن هذه الحركات لعبت دوراً في المعارضة السياسية، تأرجح بين دور ظاهر محسوس وبين النمط الفكري الذي بُني على أساس التصورات والتنظير، لما يجب أن تكون عليه السلطة.

المحور الأول

الحركات الباطنية.. النشأة والهوية الفكرية:

تتسم هذه الحركات منذ نشأتها بإحاطة الغموض حولها، فقد كانت مثار اهتمام الباحثين، وكذلك محوراً للبهام الذي يكتنف الخائض في مدار نشأة هذه الحركات وأفكارها. فكانت السرية في نشأتها واجتماعها ووجودها هي الحاضرة والظاهرة منها، فبرغم التصنيف في ماهية أفكارهم ما بين الفلسفة المجردة والرؤية الدينية المؤطرة بالتنظير الفلسفي، إلا أن العامل والشغل الذي يقرب من البعد السياسي بقي حاضراً في أروقة الجماعات والحركات والمذاهب والاتجاهات في حقب الإسلام المتباينة، لم تستطع الفلسفة ولا الدين أن يقفا بعيداً عن السياسة في هذا الثلاثي (الدين، السياسة، الفلسفة)، فظل الدين - الذي عرّف نفسه بأنه سياسة - محبباً للسياسة على اعتبار أنها أفضل الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق المثل الاجتماعية العليا به هو. وبالطريقة نفسها أصبح واضحاً أن الفلسفة ستشعر بالاحتياج إلى السياسة سواء أكان ذلك لضمان استمرار وجودها على اعتبار أنها الدرع الواقي الذي يمكنه تحقيق ذلك، أم باعتبارها الرشد الذي ينقل الإنسان إلى الحمل وجو السعادة^(١)، ولاستعراض ماهية الباطنية^(٢) ونشأتها كنمط فكري أثبعت من بعض الحركات المثبنية له، يمكن أن يكون هذا النمط من الفكر والتوجه أشبه ما يكون بالدخيل المنبثق من وحي مجموع الأفكار والرؤى التي تبنتها مجمل حركات الفكر الإسلامي المتقدمة. إلا أنها بالوقت نفسه جوبهت بكل أنواع الرفض ووصفت بأقذع الصفات. إن تناول الحركات الباطنية المتواترة في منظومة الفكر والتفكير الإسلامي يشكل جدلية بين طرفي النقيض، بين الإيمان الميتافيزيقي المطرد وبين الإيمان بثوابته الغيبية المعروفة بتعاقبية الأديان. فنجد الإيمان الغيبي وحدوده لا يمكن أن يكون سقفاً معلوماً للباطنية، بقدر ما يذهبون هم إلى حدود ابعده في التفسير والتأويل لمعالم الغيب ومفاهيمه ومدركاته، في قياس يوصل الباحثون به هذه التيارات إلى حد فاصل بين الإيمان والكفر، وبين الجادة والزندقة. وعلى وفق هذا المجال الفكري، كان تحديد ظهور المذاهب الباطنية ذا وجه عقلائي، لأنه يبرر بما يتميز به من خصائص تجعله مدار نقاش في منشأ الفكر والعقائد التي بناها للأخريين. لذلك، حين البحث في الجماعات الباطنية فإننا نقف عند تعريفات لهذه الجماعات، عكستها تغيرات ورؤى هذه الجماعات نفسها، فيما يخص الحقائق والاتجاهات التي يذهبون لها في تفسيرهم وتأويلهم، لكل ما يحيط بهم، ويتعلق بعائدية النص الديني الذي يشكل عاملاً مبرراً لأرائهم. «فالباطنية لقب عام مشترك تندرج تحته مذاهب وطوائف عديدة، الصفة المشتركة بينها هي تأويل

(١) زرين قورت اوغلو، الافق السياسي للفكر الإسلامي دراسة في علاقة الدين بالفلسفة، ترجمة وليد عبد الله القط، ط١، مركز المحروسة للنشر والخدمات الصحفية والمعلومات، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٨٨.

(٢) الباطنية: لقبت بها بعض الجماعات لدعواهم ان ظواهر القرآن والاخبار بواطن تجري في الظواهر مجرى اللب من القشر، وأنها بصورها توهم عند الجهال الاغبياء صوراً جلية، وهي عند العقلاء والانكباء رموز و اشارات إلى حقائق معينة، ينظر ابو حامد الغزالي، فضائح الباطنية، شركة ابناء شريف الانصاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥.

النص الظاهري بالمعنى الباطن تأويلاً يذهب مذاهب شتى، وقد يصل التباين بينها حد التناقض الخالص، فهو يعني أن النصوص الدينية المقدسة رموز وإشارات إلى حقائق خفية وأسرار مكتوبة. وإن الطقوس والشعائر، بل والأحكام العملية هي الأخرى رموز وأسرار، وإن عامة الناس هم الذين يقنعون بالظواهر والقشور، ولا ينفذون إلى المعاني الخفية المستورة التي هي من شأن أهل العلم الحق، علم الباطن»^(٣). ويعزو البعض ظهور أول دعوة للباطنية في أيام المأمون من حمدان بن قرمط، وعبد الله بن ميمون القداح^(٤)، وهذه الجماعات منهم من يجدر للموروث الباطني وهو عبارة عن حالة عرفتھا الأديان وتعاقت عبر الأحقاب. وهنا يمكن ان نَميِّز الباطنية بإطارها العام إلى مصدرين في الفكر الإسلامي: أولهما: الباطنية التي توارثتها وعرفتھا الأديان والحضارات المختلفة «ترك هذه أثره في مفكري تلك الحركات الباطنية التي ظهرت بعد ذلك، كما جعلهم يبحثون عن حضور هذه الأفكار الاصلية، فوجدوا ضالتهم في الفلسفة اليونانية بما فيها الأفلاطونية الحديثة، وكانت النزعة الباطنية التي تميزت به هذه الفلسفات دافعاً قوياً لأخذ المزيد من أفكارهم»^(٥)، ثانيهما: الباطنية المتجزئة والمتبينة إسلامياً، وهي قسمان:

- الاتجاه التطبيقي والسلوكي: وهو ما عُرف بالصوفية، وذلك لان التصوف يدور

حول نقطتين:^(٦)

أ- إن العكوف على العبادة يولد في النفس "فوائد" هي الحقائق الروحية، وقد أنكر

الحشوية^(٧) ذلك.

(٣) عبد الرحمن بدوي، مذاهب الإسلاميين المعتزلة الاشاعرة، الإسماعيلية، الفرامطة، النصيرية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٩٧، ص ٧٥١.

(٤) ينظر إلى الباطنية على أنها ليست فرقة من الإسلام، بل هي من فرق المجوس، حيث ينسب ظهورها أيام محمد بن طاهر بن عبد الله بن طاهر بخراسان، وهم خلاف الكرامية المجسمة، ينظر عبد القاهر بن ظاهر بن محمد البغدادي، الفرق بين الفرق، تحقيق عبد الحميد، الناشر محمد على صبيح واولاده، بصفة pdf تاريخ انشاء الملفات ١٤ اغسطس ٢٠٠٥، ص ٢٢.

www.noor.book.com. 2019/10/23

(٥) انبثقت الفلسفة الأفلاطونية والتي تقوم على خصائص معينة اهمها: الدقة في التفكير والغموض في المعاني، والتعبير عن الحقائق بالرموز والاشارات له أهمية رئيسية في تاريخ الباطنية في العالم الإسلامي ، إذ كان جل اعتماد رجالها في أفكارهم الباطنية على فيلسوفها المعروف «أفلوطين» ، والتي تتلخص أرائه فيما يلي : أولاً : الله في رأي أفلوطين كائن مطلق بسيط لا يدركه الوصف لأنه فوق الإدراك ، ثانياً : الفيض والعالم : وقف أفلوطين أمام مشكلة هي (خلق العالم ، وراى أن القول بعدم العالم على ما قال أرسطو يقود الى الكفر ، وأن القول بخلق العالم حسب ما وردت به الرويات الدينية مناقض للفلسفة ، فأراد أن يلفق مذهباً لا يثير به رجال الدين ولا يخالف الفلسفة في الظاهر ففتنى رأي أفلاطون في الفيض بعد أن خرج من نطاق الفلسفة الى نطاق الدين ، ثالثاً : النفس الكلية (التي صدرت عن العقل الأول الصادر عن الله مباشرة) تملأ العالم وتبعث في نشاطه ، وتظر النفس الكلية في كل كائن حي ، أما نسبة النفس الكلية للنفس الجزئية (نفوس البشر والنبات والحيوان) فقد ضرب عليها أفلوطين الأمثال فقال مثلاً (أن النفس الكلية كنور الشمس المشرق على غرف متعددة ، ففي كل غرفة جزء من نور الشمس نفسه ، ولكن ليس نور الشمس كله . للمزيد ينظر محمد أحمد الخطيب ، الحركات الباطنية في العالم الإسلامي عقائدهم وحكم الإسلام فيها ، ط١ ، مكتبة الأقصى ، عمان الأردن ، ١٩٨٦ ، ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٣٨ .

(٦) ماسيون ومصطفى عبد الرزاق، التصوف، ترجمة ابراهيم خورشيد وآخرون، ط١، دار الكتب اللبنانية مكتبة المدرسة، بيروت، ١٩٨٦، ص ٣٥-٣٦.

(٧) الحشوية، الذين هم حشو الناس وفضلتهم وجاهلهم ويطلق أيضاً على رواة الاحاديث من غير تمييز لصحيحها من سقمها، وكذلك يطلق على المجسمة، وكذلك يطلق على ضعيفي النظر والتمييز، والقائلون بجواز ان يخاطبنا الله بالمهمل او ما لا معنى له، وهو اللقب الذي اطلقه الحسن البصري على جماعة كانوا يجلسون في حلقة فوجد كلامهم رديئاً، فقال ردوا هؤلاء إلى حشا الحلقة أي جانبها، فسموا الحشوية من اجل ذلك، ينظر: احمد قوشتي عبد الرحيم، الاتجاهات الحشوية=

ب- إن علم القلوب يفيض على النفس (معرفة)، تتطوي على استعداد الارادة لتلقي هذه الفوائد. وقد أنكر المعتزلة ذلك، وفتنوا بمعرفة النفس معرفة نظرية.

• الاتجاه النظري الفلسفي أو التأويلي: وهو ما عُرف به الباطنيون بأنهم حرّروا فهمهم من قيد النص، ويقسم هذا التأويل إلى التأويل بمعنى التفسير، وهو أحد معنيي التأويل عند السلف سواء أوافق تفسير الكلام وبيان معناه ظاهره أم خالفه، "التأويل بمعنى تحصيل المؤول أو حصوله، أي بالمدار نفسه بالكلام، وهو المعنى الثاني في لفظ السلف، فإن الكلام إن كان طلباً، كان تأويله الفعل المطلوب نفسه، وإن كان خبراً، كان تأويله الشيء نفسه المخبر به. التأويل بمعنى صرف اللفظ عن ظاهره، وهو المعنى الذي شاع وتبادر للذهن أول الأمر في المؤلفات، ففصل المفسر في مثل قوله (يخرج الحي من الميت) إن أراد به اخراج الطير من البيضة كان تفسيراً، وإن أراد اخراج المؤمن من الكافر، أو العالم من الجاهل كان تأويلاً"^(٨). فالتأويل هو السمة التي امتازت بها تلك الحركات أو الاتجاهات الفكرية الباطنية، ولذلك كان كل ما هو خاضع لهذه القاعدة من التأويل الباطني يوصف بالانحراف والضلالة من قبل المحيطين، وهذا ما دأب عليه أغلب المؤلفين في كتب التاريخ. فالتأويل مبرر لدى الباطنيين لأنه يركز على الشواهد والقرائن التي يدعون ومنها الميتافيزيقيا، التي تسلط الأثر الروحي والنفسي على ملامح ذلك الفكر الباطني. كما ينظر إلى التأويل ليس نتاجاً ما ورائياً خالصاً جاء من وحي الفراغ وشرعنة الآراء ومدليلها، بل هي عملية من التلازم بين البيئة والفرد لانتاج تلك المقولات التي تتبنى "ان التأويل حركة بالشيء او الظاهرة، اما في اتجاه الأصل بالرجوع أو في إيجاد غاية أو العاقبة بالرعاية والسياسة، لكن هذه الحركة ليست حركة مادية، بل هي حركة ذهنية عقلية في إدراك الظواهر"^(٩). لذا، لم ترد التأويلات فقط من وحي النصوص والإشارة الواضحة إلى جملة من التأويلات في نص القرآن الكريم بقصة موسى (عليه السلام) مع معلمه. وكثيرة هي الشواهد الواردة في القرآن الكريم الدالة على ابعاد وأنواع التأويل^(١٠)، وقد امتازت الباطنية بأن رؤيتهم تمحورت حول ثابتة لديهم وهي ان

=في الفكر الإسلامي عرض ونقد، بحث منشور في مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، السنة السابعة العدد ٢٥، ص ٦٩١-٦٩٢-٦٩٣.

<https://ddlae//boo;reaf/2019/10/139836.3>

(٨) للمزيد ينظر، حمد بوديان، الإسلام والتأويل في النصوص الدينية المقدسة وأسس القبول والرد، دراسة مقارنة بين الإسلام والمسيحية، ج٤، جامعة ايتونو، كلية الاهليات، ملاطيا، ٢٠١٧، ص ١١٣-١١٤.

(٩) للمزيد ينظر، نصر حامد ابو زيد، مفهوم النص دراسة في علوم القرآن، ط١، المركز الثقافي العربي، بيروت، ٢٠١٤، ص ٢٣٠.

(١٠) ن معنى التأويل هنا الكشف عن الدلالة الخفية للأفعال وهذه الدلالة الخفية الباطنة لا تتكشف إلا من خلال افق غير عادي وهو «العلم الذني» الذي اوتيه العبد الصالح، ولا شك ان اعتراض موسى عليه السلام على هذه الأفعال لم يكن اعتراضاً ناشئاً عن الجهل بدلالاتها جهلاً مطبقاً، فالجهل المطبق من شأنه مع التسليم بعلم الآخر ان يؤدي إلى الصمت وانتظار التأويل، للمزيد من صور التأويل القرآني المتنوعة، ينظر: نصر حامد ابو زيد، مفهوم النص، دراسة في علوم القرآن، المصدر السابق، ص ٢٢٦-٢٢٧-٢٢٨.

- لكل ظاهر باطن، وهذا بحد ذاته جعل من واقع التأويل مرتكز في طروحاتهم ولعدة دواعي: (١١)
١. التحرر من قيد النص المقدس، ابتغاء التوفيق بينه وبين الرأي الذي يذهب اليه صاحب التأويل.
 ٢. التحرر من قيد النص المقدس، ابتغاء التوفيق بينه وبين ما يفهم من صريح اللفظ وبين ما يقتضيه العقل.
 ٣. الرغبة في تعميق صريح النص المقدس الساذج، ابتغاء مزيد من العمق في الآراء التي يحتويها. ومن هذه الدواعي يتبين أن ما يُلجئ إلى التأويل، هو الاضطرار إلى الأخذ بنص يعدّ مقدساً، أو مقيداً، ولولا هذا لما كان ثمة أي داعٍ إلى التأويل.
- وفي حالة التشخيص للحركات الباطنية وهويتها في منظومة البيئة الفكرية الإسلامية نجد ان هذه الحركات امتازت بنمطين من الطرح الفكري لتبيان هويتها، الأول: اتسم بالغموض الذي لم يشح للأخرين عن كل ما يجول بعقائد ومتمنيات الحركات الباطنية. والثاني: هو النمط الذي اقتصر على مريدي هذه الحركات، مما ميّزها بميزة الاتباع العقائدي والروحي.

(١١) عبد الرحمن بدوي، مذاهب الإسلاميين، مصدر سابق، ص ٧٥٤.

المحور الثاني

الحركات الباطنية جدلية الفكر والسياسة:

لا يخلو تحقيب الفكر الإسلامي من شواهد عديدة وحاضرة، وتشبي بأن الفكر الذي كانت تتمتع به جماعة يكون غير مقبول من الجهة الأخرى، على مستوى المذاهب أو الاتجاهات الفكرية المتعددة. وهذا ما أعطى لهذا النوع من السلوك والتعاطي طابعاً سياسياً، لأن هذه الحركات كانت موصومة بالانحراف والابتعاد عن جادة الصواب في نظر المناوئين لها، وهذا يتضح من خلال توجهات واتجاهات وتنوع رؤى هذه الحركات، فهي تصنف حسب الفكرة التي اعتقدت وتم تبنيها. وكذلك جاءت تلك الشخصية من وحي هذا الاعتقاد والفكر الذي اتسم به كل اتجاه فكري، وعلى النحو الآتي: (١٢)

١. الباطنية: نسبة إلى التأويل بالباطن.
٢. القرامطة: نسبة إلى حمدان بن قرامط أحد الدعاة الباحثين الذي ظهر في أيام المأمون، وعاونه فيما ذهب إليه عبد الله بن ميمون القداح.
٣. الخرمية: نسبة إلى حامل مذهبهم ورئيسه، وهو تحصيل اللذة، فإن (خُرْم) لفظة فارسية تدل على الشيء المستلذ، وقد كان لقباً ل(للمزدكية) وهم اهل الاباحة من المجوس.
٤. البابكية: نسبة إلى بابك الخرمي الذي خرج من بعض الجبال بناحية اذربيجان في أيام المعتصم بالله ٢١٨ هـ، فوجه اليه المعتصم جيشاً قضى على حركته ٢٢٢ هـ.
٥. الإسماعيلية: نسبة إلى محمد بن إسماعيل بن جعفر الصادق سابع الائمة (ع)، والإسماعيلية ساقوا الإمامة إلى جعفر (ع)، وزعموا ان الإمام بعده ابنه إسماعيل، وقد افترقوا إلى فرقتين:
- أ- فرقة منتظرة لإسماعيل بن جعفر، مع اتفاق اصحاب التواريخ على موت إسماعيل في حياة ابيه.
- ب- الفرقة الثانية تقول: كان الإمام بعد جعفر سبطه لمحمد بن إسماعيل بن جعفر، حيث ان جعفر نصب ابنه إسماعيل للإمامة بعده، فلما مات إسماعيل في حياة ابيه، علم انه انما نصب ابنه للدلالة على إمامة ابنه محمد بن إسماعيل. والى هذا القول مالت الإسماعيلية من الباطنية.
٦. السبعية: ولقبوا بذلك لأمرين: الأول اعتقادهم بأن أدوار الإمامة سبعة، والثاني قولهم: ان تدابير العالم السفلي منوطة بالكواكب السبعة.
٧. المحمرة: لقبوا بذلك لأنهم صبغوا ثيابهم بالحمرة أيام بابك وكان ذلك

(١٢) للمزيد ينظر، أبو حامد الغزالي، فضائح الباطنية، تقديم عبد الرحمن بدوي، ط١، مؤسسة الكتب الثقافية، الكويت، ص ١٢، ١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٧.

شعارهم.

٨. التعليمية: تُقبوا بذلك لان مذهبهم يقوم على إبطال الرأي وتصرف العقل، وعلى دعوة الخلق إلى تلقي العلم من الإمام المعصوم، وعلى انه لا مدرك للعلوم الا التعلم إمام معصوم.

وتلازم الجدل مع هذه الفرق والحركات والاتجاهات الفكرية في الإسلام حول تحديد هويتها في انتمائها إلى الإسلام وتعاليمه، ومدى قربها من الأصول والشريعة التي جاء بها الإسلام. ومنهم من يرى ان هذه الفرق خرجت عن ربة الإسلام وتعاليمه، وبرغم ان البعض يرى ان هذه الفرق قد جهدت للانفتاح الفكري "يمكننا ان نقول ونحن واثقون بأن الفلسفة الباطنية مهدت السبيل لنشر الأفكار الحرة في العالم الإسلامي، وشجعت الناس على المجاهرة بها بعد أن كانوا يخافون من البحث بها، وان لتلامذة هذه المدارس الفضل على النتاج الفكري الإسلامي بما أوجدوا من فتوحات فكرية عظيمة، حيث نفذوا إلى صميم واقع فلسفة كونية عالمية خالدة، فتركوا للأجيال اعظم ما يخلفه العقل الإنساني من انتاج وابداع، بالرغم من ان المدارس وجدت في عصر مضطرب صاحب بالثورات والحركات التي نتجت عن النعمة على الحكام والامراء والخلفاء" (١٣) فالحركات الباطنية التي انقسمت إلى هذه الفرق هي تجليات لما بات يعرف اليوم بـ"الإيديولوجية" التي تميزهم عن غيرهم من الفرق والأنماط الفكرية المتعددة، ومن هنا كان لهذه الحركات الاثر الواقعي والمفروض على منظومة الفكر الإسلامي عموماً. ولا بد من الإشارة إلى انه مثلما وقعت بعض الاتجاهات الباطنية بالانحراف والزندقة، كذلك كانت لهذه الاتجاهات الأثر الجلي في تبيان جوانب الباطنية المطلوبة للبناء والكمال الروحي. فيشار مثلاً إلى الإمام جعفر الصادق (ع)، ولا بد للباحث في شؤون الحركات الباطنية في الإسلام من التحدث عن الإمام جعفر الصادق (ع) (١٤)، ومن هنا يمكن ان نستمد ان الباحث تنازعه مدرستان لتشخيص الفكر الباطني بالإسلام، ينقسم بين الواصف لهم بالانحراف والزندقة، ومن يصفهم بأن لهم شأناً فكرياً معيناً للإستنتاج والوصول إلى المبتغيات. وللنظر في المضامين الفكرية والسياسية للحركات الباطنية يمكن ان تصنف إلى محورين في اتجاهها:

الأول: الوصم بالانحراف الفكري والزندقة

لا بد من بحث هذا التوجه إزاء الباطنية هل هو فكري المصدرية ام سياسي الدواعي، وما شكل فهماً فكرياً للباحثين والمؤلفين في شأن الباطنية، وشكل محوراً لوصمهم بالانحراف، وهذا ما نسب لهم من خواص وعلى النحو الآتي: (١٥)

١. التغطرس والخداع: ومعنى هذه الخاصية، او القاعدة في النهج الباطني، ان يكون الداعي للباطنية، ذكياً فطناً، متفرساً، على درجة عالية من القدرة على الخداع، ولا بد له أن يميز بين من يطمع به ويوثق بنيته.

٢. حيلة التأنيس: التلون في الممارسة وتعديل أساليب الدعوة الباطنية.

(١٣) ينظر، مصطفى غالب، الحركات الباطنية في الإسلام، ط١، دار الاندلس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ص ٥٣.
 (١٤) للمزيد ينظر، مصطفى غالب، الحركات الباطنية في الإسلام، مصدر السابق، ص ٥٠.
 (١٥) للمزيد ينظر بتصريف، صابر طعيمة، دراسات في الفرق الشيعية، والنصرية والباطنية، الصوفية، الخوارج، ط١، مكتبة المعارف، الرياض، ص ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤.

٣. التشكيك: وهي مرحلة لاحقة لمرحلة التأسيس أي مرحلة تغير عقيدته.
٤. حيلة التعليق: أي تعليق عضوية العضو تمهيداً لربطه بالجماعات الباطنية.
٥. حيلة الربط: وهي اخذ العهود والمواثيق من العضو.
٦. حيلة التدليس: وفيها يكون العضو أكثر من مجهز لتقبل الأفكار والمعطيات التي تقدم له.

٧. حيلة التأسيس: يكون العضو قد أوشك على أن يكون باطنياً، فتتوضح أمامه جملة من القضايا التي لا تُتكرر في الظاهر.

٨. الخلع: تجنيد العناصر التي يستهدفونها ولا تجيء الا بعد مرحلة التأسيس.

٩. مرحلة الانسلاخ: وتأتي بعد المراحل الباطنية جميعاً.

ولأن ما اتصفت به الحركات الباطنية، وما شكل انطباعاً عاماً للمؤرخين والباحثين لا يخرج عن اطار كون هذه الحركات اشبه ما تكون بالتنظيمات السرية، قد رمت بظلالها على مذاهب معتدّ بها تُعمل العقل والاصول الدينية، من سنة ونصوص، كالشيعة الإمامية التي امتازت بطرحها الكلامي والعقدي، وهو ما جعل الشبهة من جهة والاستعداد المستمر للحكام من جهة أخرى عاملاً مؤثراً في وصفهم بالانحراف. وفي عموم المذاهب والاتجاهات الفكرية إسلامياً، كان مبدأ الثيوقراطية هو السائد في المعطى العام الذي انعكس في ممارساتها وطروحاتها، فالكل ينظر في نفسه خاصية الهداية وينسب الانحراف إلى غيره اذا جاء من دون حجة ودليل ومنهج فكري. فكان ما بين الاتجاهين التباين في تشخيص هذه الحركات الباطنية في أنّها قد انحرفت عن جادة الطريق القويم، أو أنّها ثابتة على تعاليم استمدت من مبادئ الإسلام من السنة والقرآن، وهذا ما شكل نوعاً من كون المشخص لانحراف هذه الجماعات او المعتقد بصوابيتهم قد جاء ايضاً من وحي ما اعتقده المشخص أو المؤلف أو المؤرخ نفسه، وما تأثر به من قربه الفكري أو ابتعاده عن هذه الجماعات. نعم، ربما لا يختلف أي صاحب دراية بثوابت الدين الإسلامي في بعض انحرافات هذه الحركات أو جملة منها في منهجهم وتشخيصهم وآرائهم لكثير من المعاني والمرادفات والقصدية للثوابت، إلا ان أي متابع ايضاً لا يجد من الصعوبة تشخيص الكثير من التهم والنشويه لبعض المذاهب والطوائف، التي تمثلت جملة من عقائدها بما تتضمنه الباطنية. وهنا تعمّد التلبس عليها واتهامها شتى التهم، لان المصدرية الحقيقية وراء ذلك هي الاستحواذية على تصدير الفهم الصوابي لديهم، مما عرفوه عن الشريعة للأخريين، وادعائهم بأن هذه الصوابية هي الحق الوحيد، وما عداهم فهو عداهم، وجاء على هذا السلطة (الخلافة) وإدارة شؤون الرعية الأخرى، وهذا ما اقترن بحال أو بأخر ببعده السياسي في أروقة الفكر الإسلامي "نحن ندرس الحركات الباطنية في الإسلام من الناحية العقائدية والاجتماعية والسياسية على ضوء الواقع والحقيقة، أنّها كانت تهدف في مراحلها وادوارها كافة عبر التاريخ إلى خلق مجتمع مثالي على وفق مبادئ إنسانية تهدف إلى إسعاد الفرد، وبناء صروح المجتمع الإسلامي الاشتراكي السليم، على أسس من العدالة المنبثقة من تعاليم القرآن وارشادات النبي العظيم (ص) واحفاده الائمة الاطهار

(ع)^(١٦). ومن هنا تعددت الرؤى والتشخيصات للحركات الباطنية، وحسب كل مدرسة واتجاه في ما ينظر لطبيعة واقع تلك الحركات وحتى في وقتنا المعاصر.

الثاني: الوجهة السياسية لأفكارهم

لا يمكن التعاطي إزاء الحركات الباطنية من اغلب الاتجاهات المناقضة لها على أساس الضد الفكري والرأي المعاكس، وفي ضوء المقولات الخاضعة لمنهج الفقه والعقائد فحسب، بل كان التوجه في عمومهم أنهم جماعة يستنبطون الغايات السياسية أيضاً في مجمل أفكارهم، وهذه الرؤية جاءت لأنهم يرون أن الباطنية بمختلف توجهاتها هي عبارة عن حالة خارجة عن ربة الإسلام، وتهدف إلى الاطاحة بالخلافة والاستحواذ على السلطة، فكانت معالجة أفكارهم على وفق هذه الرؤية التي بقيت عالقة في الازهان. ومنذ أن نشأت هذه الحركات دأب المؤلفون على هذا الطرح وتبنيه "ومن البديهي أن يكون لاتباع الحركة الباطنية أهدافاً مرسومة، وغايات بعيدة من وراء زرع هذه الأفكار في العالم الإسلامي، من أهمها إزالة الخوف والقداسة عن العقائد الإسلامية ومناقشتها ووضعها تحت مجهر العقل والحس، من قبل اصحاب النفوس المريضة في الإسلام.. ولم يقف الاثر الفكري للحركة الباطنية عند هذا الحد، بل أوجد له أثراً واضحاً على الصوفية والصوفيين وبأفكارهم وعقائدهم الفلسفية. ويبدو أن عملية المطاردة لاتباع الفرق الباطنية جعلت الكثير منهم يخنفون في حلقات الصوفيين"^(١٧). والوصف الحقيقي لهذه الحركات في خضم الجدل الدائر حولها أنها هل تمكنت من إحالة العقيدة الدينية إلى حراك سياسي؟ وهل كانت لها من وحي هذه العقائد إيديولوجية بالمعنى السياسي المتعارف اليوم؟ نعم، لا يمكن انكار ذلك بالوقائع والدلائل التاريخية المشهودة، بل ينظر بعض الباحثين في العصر الحاضر إلى تمازج بين تلك الحركات وبعض الايديولوجيات العالمية الحاضرة والمعاصرة، بوصف هذه الحركات بأنها اجتماعية وتهدف إلى الاستقرار والعدالة. كما توصف الحركات الباطنية وصلتها بالحركات المنتقضة عبر الأحقاب الإسلامية المتعاقبة.^(١٨)

١. إن الحركات المنتقضة التي قام بها المبرقع وصاحب الزنج كانت ثورات اجتماعية، قام بها الفلاحون والمعدمون ضد السلطة، ولكنها فشلت لعدم ارتكازها على ايديولوجية دينية.
٢. إن الإسماعيلية نسجوا عقائدهم المذهبية على العقل، واستفادوا من التراث الديني وما فيه من نزاعات عقلانية إنسانية.

١٦ (١) مصطفى غالب، الحركات الباطنية في الإسلام، مصدر سابق، ص ٨.

١٧ (١) محمد احمد الخطيب، الحركات الباطنية في العالم الإسلامي، مصدر سابق، ص ٤٣٨.

١٨ (١) للمزيد ينظر: احمد عرفات القاضي، الفكر السياسي عند الباطنية وموقف الغزالي منه، ط١، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٦٠، ١٦١.

٣. إنهم رفعوا شعار العدالة الاجتماعية للجماهير الساخطة، وإن هؤلاء القرامطة لم يصل إلينا من تراثهم شيء، وإن كان ما يعول عليه في دراستهم مستمد من المصادر المعادية، سواء أكانت سنية أم شيعية، وإن هذه الآراء المعادية التي انتقلت على ادانة الباطنية لا تصلح لدراسة هذه الحركة.

٤. التواطؤ بين الكُتّاب والحاكمين من أجل الهبات والانعام المالي، ثم النظر إلى هذه الحركة على أنها حركة المستضعفين، كل هذه الحركات جعل الكُتّاب يتناقضون ويخطئون فيما كتبوه عن الباطنية مما يسقط مزاعمهم وقرائنهم.

فكان التلازم السياسي للحركات الباطنية لم يقتصر على ما يحملون من أفكار، بل كذلك ما وجّه من نقد واستعداد وتأليب لرأي الحاكم، مما جعل هذه الحركات مطاردة سياسياً، وإن أضمرت رؤاها السياسية في حينه. ومن هنا لم تقف الحركات الباطنية حول ذاتها، والتجمهر حول ما ترى من مفاهيم يتم تبنيها، وإن كانت بعنوانها الظاهري هي تتلامس مع المعنى، بوصفها باطنية الأفكار ولا تخرج عن هذا الإطار. "القانون عندهم تتركز دعائمه على أحكام الشريعة الإسلامية، ثم إنهم يبنون دولتهم الباطنية على هذه الأحكام، ومن أجلّ بها يعد خارجاً عن دولتهم. ذلك لأن العبرة في الاخلاص والطاعة والإيمان والتوبة بعد التوحيد، فالخروج على قانون دولة الباطن يعد خروجاً عن التشريع الالهي، وبالتالي عن قواعد الحكومة الباطنية، وعن تعاليمها وعن آدابها، بل يعدّ خروجاً عن الأخلاقيات التي لها المقام الأول في نظام دولتهم"^(١٩). وفي ظل ما لديهم من أفكار تأرجحية بين ما يعتقدون من رؤى باطنية للمفاهيم والموجودات والسير الدينية، وبين ما ينظر لهم من انحراف الخارجين عن رؤاهم وعقائدهم، يبقى الواقع السياسي ملازماً لحركتهم ووجودهم وطبيعة التعاطي معهم، وهذه الحركات اتسمت بالواقع السياسي لعدة شواخص:

١. مثلما يوجد من يرى أن هذه الحركات اتسمت بالتكتم، يرى البعض الآخر أنها لم تتكتم، كونها جماعات تؤمن بعقائد مخفية لا تعطى إلا لمن يجدون لديه استعداداً لفهمها بتصورهم. إذن، هم يبعد من الابعاد معلنون لباطنيتهم على مستوى سرية الفكرة، ولكنهم منفتحون بأسرارهم من جهة أخرى. وهذا ما عجل من الانخراط بمعنى من المعاني في الحياة العامة. ومن هنا، نستطيع أن نقول أن هذه الجماعة دخلت غمار السياسة بحراكها الملتحم مع المجتمع بترويج أفكارها.

٢. تلازمت صفة المعارضة السياسية مع هذه الحركات، وكانت طول وجودها وصيرورتها على خلاف مع السلطة، ومحاربة من قبلها. وهذا ما جعل الهجوم المبرر أحياناً وغير المبرر أحياناً أخرى بدافع وتبني من مختلف السلطات المتعاقبة إسلامياً.

٣. لم تفقد بوصلة الريادة والقيادة لمختلف توجهاتها واتجاهاتها كحركات باطنية متنوعة، وهذا ما انتقلت عليه على اية حال معظم الحركات الباطنية بمجمل

(١٩) للمزيد ينظر: حسن محمد الشرقاوي، الحكومة الباطنية، ط١، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٢، ص ٤٨.

أفكارها، من أن لها إماماً أو مربياً أو ولياً له الأحقية في تيسير الامور وصيرورتها. وهذا ما جعل لهم واقعاً ورؤى للحياة السياسية يتصفون ويمتازون بها، وفقاً لصفاء ونقاء باطنه لا شخصه. وهذا ما جعل لهم رؤى اتجاه كل حاكم بناءً على هذه القواعد التي لا تتوفر بمعظمهم.^(٢٠)

(٢٠) إن قواعد دولة الباطن تقوم أساساً على كونها إمرة، بمعنى قواعد لا يمكن الإخلال بها مهما كانت الظروف من دون اعتداد بالأشخاص التي تطبق عليهم، ومهما كانت درجاتهم ومقاماتهم أو مراتبهم في الولاية، لأن هذه القواعد إنما صادرة من التشريع الإلهي، ومن ثم لا يمكن مخالفتها بدعوى ظاهرية، إذ أن الأساس فيها طهارة الباطن والاخلاص والطاعة لله، كونها لا تخالف الشريعة الظاهرة. ينظر: محمد حسن الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٧٠، ٧١.

المحور الثالث:

إخوان الصفا النشأة الباطنية والرؤى السياسية.

اسهمت هذه الجماعة بكونها من الاتجاهات الباطنية التي تميزت بعدة متبنيات جعلت منهم محلاً مهماً للبحث والأهتمام على مستوى الاتجاهات الباطنية المختلفة، وهي مرتبطة وتعد امتداد للحركات السالفة رغم ما تميزت به عن غيرها من فكرة وهوية اختصت بها على مستوى الطرح والحركة وخفاء شخوصها، "وقد تألفت بالعشرة، وتعانقت بالصدقة واجمعت على القدس والطهارة والنصيحة فوضعوا بينهم مذهباً زعموا أنهم قربوا به الطريق إلى الفوز برضوان الله والمصير إلى جنته، وذلك أنهم قالوا: الشريعة قد دنست بالجهالات، واختلطت بالضلالات، ولا سبيل إلى غسلها أو تطهيرها إلا بالفلسفة وذلك لأنها حاوية للحكمة الاعتقادية والمصلحة الجهادية"^(٢١)، وهذه الجماعة تميزت بمنحها العميق في التفكير والعلوم والطرح والآراء المفعلة بالفلسفة والحكمة والتبصر، وقد وصف احد رجالاتها سنة احدى وسبعين وثلاثمائة للهجرة وهو "زيد بن رفاعة" بما يشي بهذه السمات "هنالك نكاء غالب وقاد ويقظة حاضرة، سوانح متناصرة ومنتسع في فنون النظم والنثر، مع الكتابة البارعة في الحساب والبلاغة وحفظ أيام الناس، وسماع للمقالات وتبصر الآراء والديانات وتصرف في كل فن اما بالشرير الموهوم وإما بالتبصر المفهم واما التناهي المفحم"^(٢٢)، وهذه الجماعة في عمومها قد تصنف إلى اربع مراتب:-^(٢٣) **الاولى:** اصحاب صفاء جوهر نفوسهم وجودة القبول وسرعة التصور، وهي مرتبة ارباب ذوي الصنائع.

الثانية: اصحاب القوة العاقلة المميزة لمعاني المحسوسات الواردة على القوة الناطقة بعد خمسة عشر سنة من مولد الجسد.

الثالثة: اصحاب مرتبة الملوك ذوي السلطان والأمر والنهي والنصر والقيام بدفع العناد والخلاف عند ظهور المعاند المخالف لهذا الامر بالرفق واللفظ والمدارة في اصلاحه.

الرابعة: وهم فوق هذه، وهي التي يدعو إليها إخواننا كلهم في أية مرتبة كانوا، وهي التسليم والقبول ومشاهدة الحق عياناً.

برغم أن ظهور هذه الجماعة في القرن الرابع للهجرة، وبرغم سرية هذه الجماعة، إلا أن التاريخ ينقل بعض أبرز شخوصها اللذين بنوا فكرها وبثوا هذا الفكر بين الناس. ومثلما كان الوجود والتأسيس في البصرة، إلا أن انتشارهم توسع في بغداد، وكان من أعلامهم "ابو سليمان محمد بن معشر السبتي، ويعرف بالمقدسي، وابو الحسن علي بن

(٢١) ينظر، ابو حيان التوحيدي، الامتاع والمؤانسة، تحقيق احمد امين واحمد الزين، الناشر، مؤسسة هنداوي سي أي سي، المملكة المتحدة، ٢٠١٧، ص ٢٢٧.

(٢٢) نفس المصدر، ص ٢٢٦.

(٢٣) للمزيد ينظر، رسائل اخوان الصفا، مج ٤، مراجعة خير الدين الزركلي، مؤسسة هنداوي سي أي سي، المملكة المتحدة، ٢٠١٧، ص ١٤٨-١٤٩.

هارون الزنجاني، وابو احمد المهرجاني، والصوفي، وغيرهم“ (٢٤). وكانت هذه [الجمعية] تعد من اغلب الباحثين امتداداً للإسماعيلية، ”ومن ثم عُدَّت إخوان الصفا جماعة ثورية متمردة على السلطة السياسية في الدولة العباسية، رافضة للنظام السياسي بأكمله، وداعية لقيام مملكة يرفرف العدل على ربوعها وتحقق السعادة لأهلها“ (٢٥)، فكانت لهم رؤاهم حول جملة من المدركات والمفاهيم العقائدية. إن الحقيقة التي سعى إليها إخوان الصفا هي سياسية، إلا أن البعض رفض أن تكون للإخوان هذه الغاية، تحت ذريعة أنهم ظهروا في زمن الدولة البويهية، وانقرضوا في أيامها التي كانت تعطف فيها على الشيعة، فهي ضمت لأول مرة في تاريخ الإسلام سيطرة العنصر الشيعي، والاقخوان انطلقوا من صفوف الشيعة الإسماعيلية التي نشطت تنظيمها السري منذ وفاة إمامهم إسماعيل بن جعفر الصادق“ (٢٦). فالفكر الذي كان يسعى إخوان الصفا لنشره وتقشيه في محيطهم لا يخلو من المسحة السياسية في بعد من ابعاده، وهذا ما ترسّخ لدى الكثير من المتابعين لهذه الجماعة. وبرغم ما كتب البعض من أن إخوان الصفا هم امتداد للإسماعيلية، إلا أن المميّزين لجملة عقائد وتصورات الاتجاهين يرون غير ذلك، ”وذلك لأن إخوان الصفا قالوا بالفيض، إذ هم يرون أن العقل فيض عن الباري وعلّة بقاء العقل على إمداد الباري (عزّ وجل) له بالوجود، والفيض الذي فاض أولاً وعلّة تامة العقل هي قبول ذلك الفيض واستمداده من الباري (تعالى)، وعلّة كمال العقل هي إفاضة ذلك الفيض والفضائل على النفس بما استفادته من الباري (عزّ وجل).. وكثيراً ما نلاحظ أن إخوان الصفا يسخرون من الإسماعيلية، ويسمونهم ”المسبّعة“! فيقولون مثلاً (وقد توغلت السبعة في الكشف عن الأشياء السباعية فظهر لهم منها أشياء عجيبة“ (٢٧)، وقد يستنتج من هذا ان إخوان الصفا لا يعدون انفسهم امتداداً للإسماعيلية فكراً وعقائداً، وهو ما تتبناه الفوارق العديدة بين الاتجاهين، بل يرى بعض الباحثين ان كلا منهما لديه مذهب مستقل عن الآخر. وهذه الأفكار التي نُسبت لهم جاءت في رسائل سُمّيت برسائل إخوان الصفا، والتي جسّدت كل ما اعتقدوه وانتجوه من مخاضات أفكارهم. ”إن زمان كفاية الرسائل تعود جذوره إلى ما قبل قيام الدولة الفاطمية، إذ أرجع بعض الباحثين الرسائل إلى احمد بن عبد الله، ونسبها آخر إلى عبد الله بن محمد“ (٢٨). وكانت لإخوان الصفا النظرة والنظرية في كل مجالات الانتقال الفكري في خواص العدد والأنواع والنفس والهندسة والفلك والجغرافية والموسيقى والأخلاق وغيرها.

من المجالات التي زخرت رسائلهم بها وبوصفها واتصافها والتنظير لها وفهمها، وهي مقولات المنطق ومعنى الأشياء ”إن تقدم الأشياء بعضها على بعض من خمسة

- (٢٤) ابو حيان التوحيدي، المقابسات، تحقيق وشرح حسن السندي، دار سعاد الصباح، الكويت، ١٩٩٢، ص ٤٦-٤٧.
 (٢٥) محمد عزيز نظمي سالم، الفكر السياسي والحكم في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، دت، ص ١٢٢.
 (٢٦) للمزيد ينظر، علي هادي ظاهر الموسوي، دراسة في فكر إخوان الصفا السياسي، بحث منشور في مجلة البصرة، السنة السابعة، العدد ١٢، السنة ٢٠١١، ص ٢٣٣.

<https://www.iasj/iasj? Func= fulltex&ald= /57292.2019>

- (٢٧) ينظر، عبد الرحمن بدوي، مذاهب الإسلاميين، مصدر سابق، ص ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠.
 (٢٨) نقلاً عن، علي هادي ظاهر الموسوي، مصدر سابق، ص ٢٣٤. للمزيد ينظر أديس عماد الدين القريشي، عيون الاخبار وفنون الآثار السبع الرابع، تحقيق مصطفى غالب، دار التراث الفاطمي، بيروت، ١٩٧٣، ص ٣٦٧-٣٦٨. وينظر خمس رسائل إسماعيلية، تحقيق عارف ثامر، منشورات دار الانصاف للطباعة والنشر، سلمية سوريا، ١٩٥٦، ص ٧٢.

أوجه، أحدها بالزمان والكون، كما يقال: إن موسى أقدم من عيسى، والآخر بالطبع كما يقال إن الحيوان أقدم من الإنسان، والثالث بالشرف كما يقال إن الشمس أقدم من القمر، والرابع بالمرتبة كما يقال إن العدد خمسة أقدم من الستة، والوجه الخامس بالذات كالعلة والمعلول^(٢٩). إذ أن إخوان الصفا كانت لهم رؤاهم كأى فكر إسلامي آخر في السياسة وفي واقع السلطة وهي رؤية شاملة، وإن كانت ذات أبعاد روحية، ولكنها نظرت للحاكم ومؤهلاته وصفاته، وكذلك النظرة إلى طبيعة ومكونات الدولة ببعدها السابق لعصرهم، والحداثي التي هي عليها الآن (استطاع إخوان الصفا أن يقدموا تحليلاً فلسفياً لحلقة الاتصال بين النبوة والإمامة والخلافة، كما قدموا تبريراً منطقياً لضرورة اجتماع الإمامة والملك أو الدين أو النبوة والإمامة أو السياسة والدين رأوا تقسيم السياسات الحكمة إلى ما يلي: (٣٠)

١. السياسة النبوية التي يقوم بها الانبياء.
٢. السياسة الملوكية وهي تهدف إلى حفظ الملة وحياء الشريعة واقامة الحدود والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وإخوان الصفا بعموم طروحاتهم كانوا ينشدون المعنى ويقولون بالتبني الروحي والاخاء العقلاني، منبثقاً ذلك كله من التعاليم العقلانية والفلسفة في عالم فاضل ومثالي، ومن هنا كانت واحدة من متبنيات هذه الجماعة هي ما اعتقدوه من مثالية المدينة الفاضلة والسعي الكمالي والروحي لها، وهذا ما جاء في معظم مقولات رسائلهم الاثنتين والخمسين، أو الاثنتين والخمسين وواحدة كتبت في الأخلاق^(٣١)، فقالوا فيها "ينبغي لنا أيها الأخ في اجتماعنا على الشرائط التي تقدمت من صفوة الاخوان أن نتعاون ونجمع قوة اخواننا ونجعلها قوة واحدة، ونرتب تدبير نفوسنا تدبيراً واحداً، ونبني مدينة فاضلة روحانية"^(٣٢). إن الطابع الرئيس للسياسة في فكر هذه الجماعة جاء متمثلاً في رسائلهم التي تحدد معالم إيديولوجيتهم، التي تعاطوا بها مع الواقع، وهذا ما جعل سمات سياسية واضحة لهذه الجماعة متمثلة بالآتي: (٣٣)

١. نشر أفكار الجماعة وموافقها من القضايا العامة، وطرح الشعارات والقيم والعقائد التي تتفق مع أهداف الجماعة.
٢. التنقيف السياسي في إطار خط واحد للوقوف على جميع المسائل النظرية، حتى يمكن منع أي محاولة للخروج في اسس النظرية أو تحريفها.

(٢٩) إخوان الصفا، رسائل إخوان الصفا وخلاف الوفاة، ج١، مكتب الاعلام الإسلامي، قم، جمادي الاولى، ١٤٠٥، ص ٤١٢.

(٣٠) محمد عزيز نظمي سالم، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٣١) اختلف إخوان الصفا انفسهم في عدد رسائلهم، فيذكرون في فهرس رسائلهم ان عددها اثنتان وخمسون رسالة في فنون العلم وغرائب الحكم وطرائب الاداب وحقائق المعاني، ويذكرون في موقع آخر أنها اثنتان وخمسون رسالة، ورسالة في تهذيب النفوس واصلاح الأخلاق، وفي موضع ثاني يتحدث الاخوان عن الأفكار الفلسفية التي اوجزوها في الرسائل في اثنتين وخمسين رسالة، وفي مواضع أخرى من الرسائل يشير الاخوان إلى ان عددها احدى وخمسون رسالة، فقد ورد ذلك في رسالة اجناس العلوم وأنواعها، كما جاء في الرسالة العاشرة من الرسائل الناموسية الالهية ان عدد الرسائل احدى وخمسون رسالة، ينظر، اخوان الصفا، رسائل إخوان الصفا وخلان الوفا، ج١، مصدر سابق، ص ١١-١٢.

(٣٢) ينظر، مصطفى غالب، اخوان الصفا وخلان الوفا، ط١، منشورات دار مكتبة الهلال، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٩١.

(٣٣) محمد فريد حجاب، الفلسفة السياسية عند اخوان الصفا، تقديم عز الدين فودة، ط١، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٩٦.

٣. حشد الحلفاء عن طريق نشر الرسائل لتوسيع جهة المواجهة، وتعميق الصلات مع مختلف طبقات الناس وكسب تعاطفهم مع الحركة على الاقل.
٤. نشر مساوئ النظام القائم والتحريض الجماعي الشامل ضده، حيث لا تحريض سياسي إيجابي، ولا عمل سياسي مثمر، من دون رسائل او جرائد تصدر بانتظام وتوزع توزيعاً شاملاً، وهو ما يسمى بالخيط السياسي.
٥. ربط جميع فروع التنظيم برباط عمل واحد وبفكر واحد، وهذا يؤدي بالتالي إلى تنمية القوى الذاتية وتحسين العمل التنظيمي وتدريب الأعضاء كفريق كامل للحركة، علاوة على اشتمال الرسائل والكتب السرية الأخرى على العنصر المساعد في تهيئة اعضاء الجماعة والمتمثل في الجانب الأدبي، الذي يعبر عن وجهة نظر الجماعة وفلسفتها ونظريتها السياسية.

وكانت هذه الرسائل والتعاليم بمثابة المحور الاساس لحركتهم وتواصلهم، وهذه الأفكار كانت هي الديناميكية التي اوصلت وشائج إخوان الصفا ببعضها، والتمحور حولها، فباتوا بالمعايير المعاصرة أشبه ما يكونون بصورة حزب سياسي له ايديولوجيته ومبادئه وأهدافه التي يروم الوصول لها. وحتى في رؤيتهم للدين يؤكدون بصلته ما هو معنوي (ميتافيزيقي) بما هو محسوس، وقد جاءت هذه التعاليم من وحي نظرتهم في فلسفة الدين نفسه، ورد الناس في هذا يختلفون اختلافاً بيناً، فعامة الناس لا يستطيعون ان يخلصوا لله في علائق الحس، وكما ان النبات والحيوان دون نفوس العامة، فكذلك نفوس هؤلاء دون نفوس الفلاسفة والأنبياء، وهؤلاء في مصاف الملائكة المقربين^(٣٤). وهذا ما ينسب لهم من العمل السياسي مبني على أساس ما هو معلن، وما هو مضمحل من أهدافهم وغاياتهم، في ما يمكن ان يسجل في تاريخهم من أن لهم عدة مبتغيات من هذه الرؤى والحراك، وواحدة من أهمها هي رؤيتهم للسلفة وكيفية الخلاص من السلطان الظالم. "قد يكون لإخوان الصفا هدف سياسي يسعون اليه وغاية يرمون بها إلى الثورة على نظام الحكم، فإن فاتهم الاضطلاع بالثورة الظاهرة فلن بطولتهم هي بالتتديد بجور الحكام المستبدين، لعل ذلك التتديد يثير النفوس المستسلمة والخانعة"^(٣٥). وهذا ما جاء راسخاً وعميقاً في فكرهم، إذ لا ينفك الدين عن الملك في معتقدتهم بأي حال من الاحوال، ويُعدان مثل تؤامين لا يفترقان، ولا يمكن في الملك ان يكون خارجاً عن تعاليم وضوابط الدين. لذا، يرى بعض الباحثين أن إخوان الصفا يتسم حراكهم بالثورية إزاء هذا النمط من السلطة ويوصفون بالزعماء الثوريين، وسياسيين حقيقيين خُلقوا من مبادئ واسس التنظيم وهي:^(٣٦)

١. له نظرية ثورية وبرنامج ثوري، شديد التمسك بالمبادئ والقيم، ولا تساوم في النظرية.
٢. يقوم التنظيم على اساس الوحدة والمركزية على مستوى البلاد بأسرها.

(٣٤) ينظر : ت.ج دي يور، تاريخ الفلسفة في الإسلام، ترجمة محمد عبد الهادي ابو ريده، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دت، ص ١٤٤.

(٣٥) للمزيد ينظر: جبور عبد النور، إخوان الصفا، ط١، دار المعارف، بيروت، ١٩٠٤، ص ٨١-٨٢.

(٣٦) للمزيد، محمد فريد حجاب، الفلسفة السياسية عند إخوان الصفا، مصدر سابق، ص ١٨٤-١٨٥-١٨٦.

٣. تنظيم حديدي جيد.
٤. ذو قادة نوابغ مجربين ومتقنين في الرأي اروع اتفاق ومهيئين فنياً، يتحلون بملكة التقدير السياسي الصحيح، وملكة تعيين اللحظة الحاسمة بدقة متناهية.
٥. يمارس التحريض والتشهير السياسي الشامل، ويمارس كل نشاطاته وعمله التنظيمي من خلال خطط شاملة، مسترشداً بمبادئ راسخة، وينفذ بحزم ومواظبة واستقامة ونظام.
٦. له رسائل ونشرات تعمم على فروع التنظيم كافة، تكون محرّضاً جماعياً وداعماً جماعياً ومنظماً جماعياً، وهي اشبه بالجريدة المركزية في التنظيمات السياسية والسرية المعاصرة.
- وبرغم ما يشار إلى هذه الجماعة من كونها تحدثت عن نظريات علمية، من وحي فسلفتهم وعمقهم الفكري، وما عدّه البعض بأنهم نحو منحى التراث الاغريقي فلسفياً وبصورة معمقة، وأنهم اقرب في طرحهم إلى المعنى الباطني، إلا انه لا يختلف الكثيرون أنّهم كانوا يتعاطون السياسة بنهج مميز واتسم بدقة الرؤى والتنظير المتعمن لكل مفاصل الواقع السياسي، الذي أحاطهم من رؤيتهم إلى ماهية الوجود صعوداً لربط نواحي الحياة المحسوسة كافي بالنظريات المعنوية التي كانوا يتبنون. ومن هنا جاءت السياسة عند إخوان الصفا بإطار مفعم بالفلسفة ودرايات الحكمة.

الخاتمة والاستنتاجات

لقد تناول البحث الحركات الباطنية من الجوانب الفكرية والفكرية السياسية. وبرغم أن هذه الحركات كانت منشغلة بواقعها الذي نشأت عليه من فكر مبني على أسس معنوية (باطني)، إلا أنها اتسمت أيضاً بالترابط المحسوس مع محيطها، والتي تم استنتاجها من غمار البحث:

١. إن الحركات الباطنية تتابع طبيعياً للحراك البشري على مستوى الدين والمجتمع، وهي لا تختلف عن كل المجتمعات الأخرى التي إذا ما توفرت ظروفها الموضوعية فإنها تظهر للعلن، وهي كما تؤسس رؤاها على أسس باطنية فهي خاضعة من جهة أخرى إلى كل الضوابط الاجتماعية والدينية والنواميس الأخرى.
٢. إن الحركات الباطنية كان لها دور فاعل ومهم على مستوى الحراك الفكري والمعرفي في مختلف مناحي الوجود والحاجة الإنسانية، وهي أثرت الفكر والمعرفة، برغم من وصف بعضها بالانحراف، إلا أن هذا الفكر قد استقر الركود الفكري للآخرين في تنميط فكرياً تجديدياً قادراً على المجارات الفكرية، وهذا الأمر لم تخل منه الرؤى والتنظيرات السياسية الباطنية.
٣. اتسمت الحركات الباطنية بأن لها نظريات مضمرة وأفراداً مستترة خلف عقائدهم، إلا أن العمل لم يكن غائباً عن أدائهم وسلوكهم الظاهري، ولا سيما في واقع تعاطيهم وفهمهم للحاكم والسلطة.
٤. تمتعت هذه الحركات الباطنية بأن لها أطروحاتها المتكاملة الايديولوجية التي تهدف إلى ترسيخها اجتماعياً ودينياً. وهذا ما أعطاهم صفة الانفراد في مرجعيتهم بالتشريعات الدينية، لأن ربطهم لمختلف التصورات والمفاهيم ربطاً فلسفياً مبني على اطلاق العقل في تشكيل ملامح الفكر الذي يحملون.
٥. إن مجمل هذه الحركات الباطنية - وان كانت رؤاها عقائدية دينية فلسفية - إنما تجد بين طيات أفكارها، فكانت تهدف الى الوصول إلى المدينة الفاضلة المثلى التي تتحقق بها الأهداف الدنيوية والأخروية في حدود ارتباط مفاهيمهم مع الدين والتحليل الفلسفي.
٦. تلازمت السرية مع هذه الحركات، وهذا ما أعطاهم طابعاً واضحاً من أن لها سمة واضحة للمعارضة السياسية التي جعلت من هذه الحركات تعيش صراعاً حاسماً مع مختلف الحكام، وتكون هدفاً دائماً لهذه السلطات.
٧. إن الحركات الباطنية بوصفها الروحي والمعنوي والتشريعي جعل حيالها حركة نستطيع ان نصلح عليها بالظاهرية، وهذا ما جعل وجوداً واضحاً للنديّة على المستويات الفكرية والسياسية، وهو بحد ذاته عامل واضح على انغمار هذه الحركات بالواقع السياسي للمنظومة الإسلامية، وإن اختفت وراء التورية والتأويل والتقية، فهي بهذا المخاض كانت فاعلاً في تدافع الأفكار نحو احقية وتبريرية الاصلاح فيما بين المنظومتين الفكريتين.

توظيف الإرهاب البيولوجي في العلاقات الدولية
دراسة في التحديات وسبل المواجهة

EMPLOYING BIOTERRORISM IN INTERNATIONAL
RELATIONS - A STUDY OF CHALLENGES AND WAYS TO
CONFRONT

ا.م.د دينا محمد جبر

جامعة بغداد / كلية العلوم السياسية

م.د اسماعيل ذياب خليل

جامعة ديالى / كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

تناول البحث دراسة موضوع توظيف الارهاب البيولوجي في العلاقات الدولية بإعتباره سلاح معاصر وذو قوة فتاكه وخفيه في تنفيذ الجرائم الارهابية التي تستهدف المجتمعات لغرض ادخال الرعب والفرع والامراض بين الناس، وإثارة الفوضى تحقيقاً لغايات إرهابية. ولم يعد الإرهاب البيولوجي الذي يعتمد على الفيروسات والميكروبات والجراثيم والبكتريا المختلفة حكراً على الدول فحسب بل يمكن حيازته واستخدامه من قبل إرهابيين سواء اكانوا افراداً ام جماعات. وهو ما يشكل خطراً على أمن الدول وسلامة شعوبها، الأمر الذي جعل هذا النوع من الارهاب محط اهتمام دولي واسع من قبل الدول والمنظمات الدولية والمراكز البحثية للبحث في سبل مواجهته وتطويره.

Abstract

The research dealt with the study of the subject of employing biological terrorism in international relations as a contemporary weapon with a lethal and hidden force in the implementation of terrorist crimes that target societies for the purpose of introducing terror, panic and disease among people, and stirring up chaos to achieve terrorist goals. Biological terrorism, which depends on various viruses, microbes, germs and bacteria, is no longer the monopoly of states only, but can be acquired and used by terrorists, whether they are individuals or groups. Which poses a threat to the security of states and the safety of their people, which has made this type of terrorism the focus of international attention on the part of states, international organizations and research centers to discuss ways to confront and contain it.

مقدمة..

يعد الإرهاب البيولوجي من اعلى صور الإرهاب المعاصر في العلاقات الدولية وذلك لقدراته على الخفاء وفداحة قوته التدميرية في المجتمعات وتحقيق أهدافه بأقصى درجة من الأمان، ويعتمد هذا النوع من الإرهاب على الفيروسات والميكروبات والجراثيم والبكتريا المختلفة، كسلاح في تنفيذ الجرائم الارهابية وادخال الرعب والفرع والامراض بين الناس، وإثارة الفوضى في المجتمعات تحقيقاً لغايات إرهابية. وعلى الرغم من ان امتلاك هذا السلاح البيولوجي واستخدامه في الصراعات الدولية غالباً ما يكون حكراً بيد الدول لارتفاع تكاليف حيازته وتخزينه، إلا أن احتمالية الحصول عليه واستخدامه من قبل إرهابيين (افراد أو جماعات) قد تكون واردة. ويشكل الإرهاب البيولوجي تهديداً خطيراً على الدول لما ينتج عنه من مشاكل أمنية واقتصادية واجتماعية عابرة للحدود، الأمر الذي جعله يحظى باهتمام واسع من قبل الدول والمنظمات الدولية، ويتجلى ذلك الاهتمام في جهود منظمة الأمم المتحدة والاتفاقيات والصكوك والاعلانات الدولية فضلاً عن التشريعات المحلية والخطط الاستراتيجية وانشطة المراكز البحثية والمنابر الإعلامية وغيرها في مختلف دول العالم.

اهمية الدراسة:

وتكمن أهمية الموضوع في أن الإرهاب البيولوجي يمثل تهديداً للحياة البشرية ويهدد دول العالم دون استثناءات، إذ أن خطر الاعمال الإرهابية البيولوجية لها انعكاسات سلبية عابرة للحدود الدولية، نتيجة لزيادة الاتصال والتقارب والتعاون المتبادل بين الدول، بفعل التطورات التكنولوجية المتلاحقة التي يشهدها العالم.

هدف الدراسة:

يهدف البحث الى تحقيق الاهداف الاتية :

١. تحديد طبيعة الإرهاب البيولوجي وكيفية استخدامه في استهداف الدول وكياناتها.
٢. تحديد الاطار القانوني الدولي لمواجهته عبر الجهود الدولية والوطنية .
٣. بيان أهم جوانب القصور في تلك الجهود.

اشكالية الدراسة:

تتجسد الاشكالية في معرفة مدى الأثر الذي يترتب على زيادة انتشار الاسلحة البيولوجية وتوظيفها في تهديد السلم الدولي من قبل بعض الدول والجماعات. فضلاً عن معرفة مدى إلتزام الدول في اجراءات تقييد ومنع انتاج السلاح البيولوجي؟ وما هي متطلبات النجاح في منع انتشار هذا السلاح في العالم من الناحيتين الموضوعية والاجرائية؟

فرضية الدراسة:

انسجاماً مع الاشكالية فان البحث ينطلق من فرضية مفادها أنه كلما اتسعت جهود الدول والمنظمات الدولية في تسوية المنازعات الدولية والإقليمية لاسيما ذات الطابع السياسي والاقتصادي، كلما زادت فرص نجاحها في منع استخدام وانتشار السلاح البيولوجي في العلاقات الدولية، والعكس صحيح، حيث تزداد احتمالات استخدامه كوسيلة للاضرار بالمجتمعات الأخرى وزعزعة أمنها واستقرارها.

منهجية الدراسة:

سنعتمد في دراستنا للموضوع على عدة مناهج وهي :

١. المنهج التاريخي لبيان اصول هذه الظاهرة وتأثيراتها التاريخية على العلاقات الدولية.
٢. المنهج التحليلي القائم على دراسة طبيعة هذا النوع من الإرهاب والجهود الدولية لمكافحته، ومدى آثاره التخريبية في المجتمعات المختلفة.

المبحث الأول

مفهوم الإرهاب البيولوجي وأشكاله في العلاقات الدولية.

الإرهاب بشكل عام هو ظاهرة اجتماعية قديمة ظهرت منذ ظهور فكرة الدولة وربما قبلها، أي منذ ظهور فكرة السلطة والصراع على النفوذ، إلا أن الإرهاب اليوم لم يعد كما كان في السابق، من حيث نطاقه وأساليبه ودوافعه، وإنما أخذ ابعاداً جديدة وأشكالاً حديثة تعتمد في جلها على التطور العلمي والتكنولوجي الذي استغله الإرهابيون لنقل أساليب جرائمهم الإرهابية من الأساليب الدموية كخطف الطائرات وتفجير المباني وما شابه ذلك، إلى أساليب اللاعنف وبرز صورها هو الإرهاب البيولوجي الذي يسمى بالإرهاب الصامت الخفي والذي يعد في حقيقته أبشع أنواع الإرهاب المعاصر لما يتسم به من ميزات خاصة من حيث تواضع إمكانيات تحضيره وقدراته على الانتشار السريع وبخفاء، فضلاً عن قوته التدميرية وتحقيق أهدافه بدرجة عالية من الأمان^(١). وبصدد ذلك سنتناول مفهوم الإرهاب البيولوجي وبرز أشكاله.

المطلب الأول: مفهوم الإرهاب البيولوجي.

أن دراسة مفهوم الإرهاب البيولوجي تتطلب ضرورة التطرق إلى مفهوم الإرهاب بشكل عام واستعراض أبرز التعريفات ووجهات النظر الواردة بخصوصه.

أولاً: تعريف الإرهاب في اللغة:

أن كلمة الإرهاب في اللغة العربية تدور حول معاني الخوف والفرع والرعب والتهديد وكلها تصب في معنى واحد. وكلمة (إرهاب) تشتق من الفعل المزيد (أرهبَ)، فيقال ارهب فلاناً: أي خوّفه وفرّعه، وهو المعنى نفسه الذي يدل عليه الفعل المضعف (رهبَ). أما الفعل المجرد من المادة نفسها وهو (رهبَ)، يرهبُ رهبَةً ورهباً ورهباً، فيعني خاف، فيقال: رهبَ الشيء رهباً ورهبة أي خافه. أما الفعل المزيد بالتاء وهو (ترهبَ) فيعني انقطع للعبادة في صومعته، ويشتق منه الراهب والراهبة والرهبنة والرهبانية... الخ، وكذلك يستعمل الفعل ترهبَ بمعنى توعّد إذا كان متعدياً فيقال ترهب فلاناً، أي توعده وأرهبه، بمعنى أخافه وفرّعه^(٢).

أما كلمة الإرهاب في اللغة الانكليزية (TERRORISM) فهي مشتقة من الفعل اللاتيني (TERS) والذي اشتقت منه كلمة (TERROR) ومعناها الرعب أو الخوف الشديد. ويذهب قاموس اكسفورد الانكليزي إلى تعريف كلمة الإرهاب على أنها (استخدام العنف والتخويف بصفة خاصة لتحقيق اغراض سياسية)^(٣).

(١) حلا الحديثي، ارهاب بيولوجي، على الرابط الالكتروني:

https://www.researchgate.net/publication/328771758_arhab_bywjlwj

(٢) احمد الحلو، الإرهاب في مفهومه وتداعياته: من تحديات اللغة إلى تباين وجهات النظر، مجلة الجيش اللبنانية، العدد ٣٤٠، بيروت، تشرين الأول ٢٠١٣، ص ٥٢.

(٣) خالد صالح الظاهري، دور التربية الإسلامية في مواجهة الارهاب، اطروحة دكتوراه منشورة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٤٢٣هـ، ص ٤٥.

ثانياً: تعريف الإرهاب اصطلاحاً:

اختلف الكتاب والفقهاء في وضع تعريف محدد وواضح للإرهاب وذلك نظراً لأختلاف الايديولوجيات، والفلسفات الفكرية، والعقائد الدينية، بين المجتمعات البشرية في دول العالم المختلفة، فكل فلسفة وفكر ذهب باتجاه صياغة تعريفات للإرهاب تتناسب مع تصوراته وثوابته التي يؤمن بها، أي بحسب ما يخدم مصالحه من كل الجوانب والاتجاهات سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو حتى الفكرية والدينية منها. وبالتالي فإن ما يعده البعض عملاً ارهابياً يلزم الادانة والاستنكار، يراه البعض الاخر عملاً وطنياً يستحق الدعم والتشجيع^(٤). ونتيجة لذلك برزت العديد من التعريفات التي تعكس وجهات نظر مختلفة. ففي اطار الفقه العربي يعرف (عبد العزيز محمد سرحان) الارهاب بأنه كل اعتداء على الارواح أو الاموال أو الممتلكات العامة والخاصة بالمخالفة لاحكام القانون الدولي العام بمختلف مصادره، بما في ذلك المبادئ الاساسية لمحكمة العدل الدولية. وبذلك فهو يعتقد بعدم امكانية اعتبار فعلاً ما عملاً ارهابياً إذا كان الباعث الذي قاد إلى ارتكابه هو الدفاع عن النفس وحقوق الافراد والجماعات وحق تقرير المصير للشعوب^(٥). ويعرف (ممدوح توفيق) الإرهاب بأنه جميع الأفعال التي ترمي إلى ايجاد حالة ذعر وترتكب بوسائل خطيرة كالمواد والادوات المتفجرة أو الملتهبة أو السامة أو الوبائية أو التي من شأنها أن تحدث خطراً عاماً، وترتكبها الجماعات الارهابية بقصد تحقيق غايات قد تكون سياسية...^(٦)، وطبقاً لهذا التعريف فإن استخدام المواد السامة أو المتفجرة ونشر الامراض الوبائية بين الافراد يعد من صميم الاعمال الارهابية.

اما مفهوم الإرهاب عند الغرب فقد وردت تعاريف عديدة منها: تعريف الفقيه (سوتيل) الذي عرف الإرهاب بأنه «العمل الاجرامي المصحوب بالرعب أو العنف أو الفرع بقصد خدمة هدف محدد»، وعرفه الفقيه (جيفا نوفيتش) بأنه عبارة عن اعمال من طبيعتها أن تثير لدى شخص ما الاحساس بالتهديد مما ينتج عنه الاحساس بالخوف بأي صورة كانت^(٧).

وفي اطار محاولات المجتمع الدولي لوضع تعريف للإرهاب فقد جاء في اتفاقية جنيف لمنع وقمع الارهاب في ١٦ نوفمبر ١٩٣٧ بأن الاعمال الإرهابية هي (الاعمال الاجرامية الموجهة ضد دولة ما، ويراد بها خلق حالة من الهلع في اذهان اشخاص معينين أو مجموعة من الاشخاص او عامة الناس)^(٨). اما الاتفاقية الاوروبية الموقعة عام ١٩٧٧ فقد تحاشت وضع تعريف محدد للإرهاب واكتفت ببيان مجموعة من الافعال التي تم تحريمها اما بموجب اتفاقيات سابقة أو تم تحريمها من قبل المجتمع الدولي،

(٤) وليد حسن محمد، الدور الأمريكي في محاربة الارهاب في العراق (داعش) انموذجاً، مجلة قضايا سياسية، جامعة النهدين، العدد ٤٨، السنة ٢٠١٧، ص ٤٣.

(٥) حيدر ادم الطائي، أثر الإرهاب على حقوق الانسان، المجلة السياسية والدولية، العدد ٩، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨، ص ١٤٨.

(٦) نقلاً عن: صلاح جبير البصيصي، محاولة التعريف بالارهاب وبيان وسائل مكافحته «دراسة قانونية»، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الرابع، العدد الثاني، حزيران ٢٠٠٦، ص ١٢١.

(٧) المصدر نفسه، ص ١٢٠-١٢١.

(٨) ينظر: المادة الاولى من اتفاقية جنيف لمنع الارهاب لعام ١٩٣٧.

ثم اضافت إليها كل الافعال الخطيرة التي تهدد حياة الاشخاص أو اموالهم، معتبرة أن الإرهاب هو بث الرعب بين الاشخاص أي عامة الناس^(٩). اما الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لعام ١٩٩٨ فقد نصت المادة الاولى منها على أن الإرهاب هو (كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به ايا كانت بواعثه أو اغراضه، يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي، يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس، أو ترويعهم بإيذائهم أو تعريض حياتهم أو حريتهم أو أمنهم للخطر، أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بإحدى المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة، أو احتلالها أو الاستيلاء عليها، أو تعريض احد الموارد الوطنية للخطر)^(١٠). ولعل من ادق التعريفات الاصطلاحية لمفهوم الإرهاب من حيث الشمولية وتحديد سلوك الإرهاب هو ما توصل إليه مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي فقد عرف الإرهاب بوصفه (العدوان الذي يمارسه أفراد أو جماعات أو دول بغياً على الانسان دينه، ودمه، وعقله، وماله، وعرضه. وعليه يمكن تعريف الإرهاب بأنه استخدام العنف المسلح أو التهديد به لتحقيق اهداف سياسية من قبل جماعة غالباً ما تكون منعزلة ومُحِبطة ومدركة بأن لا أمل لها في الوصول إلى ما تريد تحقيقه من أهداف إلا عن طريق تخويف الأغلبية ومؤسساتها عن طريق استخدام القوة).

ثالثاً: تعريف الإرهاب البيولوجي:

يعرف الارهاب البيولوجي على أنه «عملية إطلاق لعوامل بيولوجية أو مواد سامة بشكل متعمد بهدف إلحاق الاضرار بالكائنات الحية البشرية أو الحيوانية أو النباتية أو قتلها وتدميرها وذلك تحقيقاً لأهداف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية عبر ترهيب حكومات الدول أو سكانها المدنيين ومحاولة اخضاعهم بالقوة^(١١)» ويمكن أن تأخذ الاضرار الناجمة عن الارهاب البيولوجي ابعاداً خطيرة، كونها قد تتسبب بأمراض ووفيات بشرية واسعة النطاق، وتثير القلق والخوف والذعر على نطاق محلي وإقليمي وعالمي واسع^(١٢). ويعرف أيضاً بأنه: الاستزراع او النشر المتعمد لأنواع من الكائنات الحية الدقيقة الممرضة كالبكتريا والفطريات والفيروسات واطلاق افرازاتها السامة بقصد إحداث المرض أو القتل الجماعي للانسان أو ما يمتلكه من ثروة حيوانية أو نباتية أو لتلويث المياه ومصادرها وبالتالي تدمير البيئة الطبيعية التي يحتمي بها الانسان والحق الدمار والخراب بها لسنوات طويلة^(١٣). وعليه يمكن وصف الارهاب البيولوجي بأنه الاستخدام غير الشرعي للكائنات الحية الصغيرة كالفيروسات والفطريات والجراثيم او السموم المستخلصة

(٩) اثير ناظم الجاسور، الارهاب ومركزات الامن الوطني العراقي، المجلة السياسية والدولية، العدد ٢٨، كلية العلوم السياسية، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٥، ص ٣٢٩.

(١٠) ينظر: نص الفقرة الاولى من الاتفاقية العربية لمكافحة الارهاب لعام ١٩٩٨. على الرابط الالكتروني:

<https://political-encyclopedia.org/dictionary>

(١١) فرحي ربيعة، تداعيات كوفيد ١٩ على مكافحة الدولية للإرهاب البيولوجي، المعهد المصري للدراسات، دراسات سياسية، ٢٦ أغسطس، ٢٠٢٠، ص ٧.

(١٢) منيرة الحمدان، الارهاب البيولوجي، جريدة الرياض، العدد ١٩١٣٣، ٢١ مارس ٢٠٢٠. على الرابط الالكتروني:

<http://www.alriyadh.com>

(١٣) احمد محمد علي، الارهاب البيولوجي.. خطر داهم يهدد البشرية، دار نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٧.

منها، كسلاح بيولوجي من قبل الجماعات التي تطلقها ضد مجتمع ما، لإلحاق الأضرار بالإنسان أو البيئة التي يحتمي بها، بهدف تحقيق غايات غالباً ما تكون سياسية ويعد الإرهاب البيولوجي من أكثر أنواع الإرهاب خطراً في العالم لكونه يعتمد على اشد أنواع الأسلحة فتكاً. وخطورة هذه الأسلحة تكمن في قدرتها المفزعة على التكاثر والانتشار السريع والبقاء لفترات طويلة جداً بالمقارنة مع الأسلحة النووية أو الكيماوية أو الأسلحة التقليدية، ويمكن أن تتسبب بعدد كبير من الخسائر والإصابات للعدو بفضل قدرتها على التكاثر ونشر الأوبئة والأمراض وبفضل قدرتها على نقل العدوى إلى مناطق أخرى ولمدة طويلة ويمكنها استهلاك موارد العدو بنسبة كبيرة نتيجة تحشيد الكبير للتصدي لها، فهي بإمكانها أن تعرض كافة صور الحياة للتدمير الشامل، بدءاً من نشر الأمراض الوبائية مروراً بتلوث مصادر المياه والغذاء وانتهاءً بالإبادة الجماعية لجميع الكائنات الحية. ومن مخاطر الأسلحة البيولوجية أنها تستخدم من قبل الدول أو الإرهابيين أو المخابرات دون الوصول إلى الفاعل، لان تأثيرها لا يظهر إلا بعد فترة حضانة معينة يكون فيها الفاعل قد اختفى تماماً أثناءها قبل أن يتم اكتشاف امره^(١٤). ومما يزيد من خطورة الأسلحة البيولوجية أو الجرثومية أنها اسلحة رخيصة نسبياً سواء في عملية انتاجها أو وسائل اطلاقها، إذ تستطيع أي دولة أو مجموعة أن تنتج سلاحاً بيولوجياً ما أن عزمت على ذلك وبأقل الإمكانيات^(١٥)، فعملية انتاج السلاح البيولوجي لا تتطلب سوى مواد ومعدات يمكن الحصول عليها بشكل يسير من انحاء متعددة من العالم دون قيود أو شروط صارمة، ولا تحتاج إلى خبرات علمية نادرة أو تقنيات متقدمة، فعلى سبيل المثال يمكن انتاج البكتريا المسببة لمرض الجمرة الخبيثة كسلاح بيولوجي فعال بالاعتماد على امكانيات بشرية ومالية محدودة قد تكون متاحة في مبنى صغير نسبياً^(١٦).

وبناءً على ما تقدم يمكن أن نذكر أهم الخصائص والمميزات التي تتسم بها المواد والمعدات التي تستخدم كسلاح بيولوجي في الهجمات الإرهابية وهي كالآتي^(١٧):

١. أنها لا ترى بالعين المجردة.
٢. سهولة الإنتاج والاستخدام على مستوى واسع.
٣. يمكن الحصول عليها ونقلها بسهولة نسبياً.
٤. سرعتها في الانتشار وقدراتها العالية على الانتقال من شخص لآخر.

١٤ مصباح عبد الهادي، الاسلحة البيولوجية والكيماوية بين الحرب والمخابرات والارهاب، الدار المصرية اللبنانية، الطبعة الاولى، القاهرة ، اكتوبر ٢٠٠٠، ص ٢٤.

١٥ ينظر: ستيف توليو، توماس شمالمبرغر، نحو الاتفاق على مفاهيم الامن: قاموس مصطلحات تحديد الاسلحة ونزع السلاح وبناء الثقة، معهد الامم المتحدة لبحوث نزع السلاح، جنيف/سويسرا، ٢٠٠٣، ص ٤٦.

١٦ ذكرت «كاثلين بيلي» مديرة مراقبة التسليح المساعد في الجيش الامريكي سابقاً (ان صنع ترسانة من الاسلحة البيولوجية لا يحتاج إلى اكثر من (١٠,٠٠٠) عشرة آلاف دولار أمريكي للاجهزة المستخدمة وغرفة صغيرة لانتاجها عن ٢٥ متراً مربعاً، ولن يستغرق ذلك وقتاً طويلاً، فالخلية البكتيرية التي تنشطر كل عشرين دقيقة يمكنها أن تعطي بليون نسخة خلال عشرة ساعات فقط، والزجاجة الصغيرة من هذه البكتيرية يمكن أن تعطي عدداً لا نهائياً في غضون اسبوع واحد فقط، ومثل ذلك يمكنه أن يقضي على نصف سكان العاصمة واشنطن). ينظر: مصباح عبد الهادي، المصدر السابق، ص ١٦.

١٧ مصطفى عاشور، الميكروبات والحروب البيولوجية، طبعة بلا، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١١ و ١٤.

٥. الزيادة المؤكدة والجوهرية في اعدادها وقدرتها على الثبات البيئي.
٦. معظم المدنيين ليس لديهم مناعة ضدها وليس لديهم وسائل مكافحة ضدها بشكل فوري.

المطلب الثاني: إشكال الإرهاب البيولوجي:

ان الأسلحة البيولوجية التي تستخدم في الإرهاب البيولوجي إما تكون كائنات حية مسببة للمرض مثل الفيروسات والبكتيريا المسببة للإمراض، أو السموم التي تنتجها الكائنات الحية وتستخدم لقتل الناس والحيوانات وإتلاف المحاصيل الزراعية. وعليه يمكننا أن نتناول هذا الموضوع في فرعين رئيسيين

الفرع الاول: اصناف الكائنات الحية الدقيقة المستخدمة في الارهاب البيولوجي.
يمكن تصنيف الكائنات الحية الدقيقة التي تستخدم في انتاج الأسلحة البيولوجية إلى اربعة اصناف اساسيين وهي:

أولاً: البكتيريا:

تعد البكتيريا أكبر حجماً من الفيروس وتتميز بسهولة الانتاج عن طريق وسائل ومعدات شبيهه بتلك التي تستخدم في صناعة التخمير، وعلى الرغم من ان معظم أنواع البكتيريا يمكن أن تتأثر بالمضادات الحيوية إلا انه يمكن تحضيرها بطريقة تكون اكثر مقاومة للادوية وللشعة الشمس والجفاف، أما عملية زراعتها ونتاجها بدرجة عالية من التأثير القاتل، تحتاج إلى خبرات خاصة ومهارات عالية، ويمكن للبكتيريا أن تتغير طبيعتها من خلال الهندسة الوراثية شأنها في ذلك شأن الفيروسات، ومن أشهر انواع البكتيريا هي: التيتانوس والسل والسعال الديكي وغيرها^(١٨).

ثانياً: الفيروسات:

هي عبارة عن جسيمات صغيرة جداً، تعد بعض انواعها من اخطر مسببات الامراض القاتلة التي يمكن أن تصيب الانسان أو الحيوان أو النبات، وتتكون من غطاء بروتيني يحيط بمادتها الوراثية ويحميها، وهي يصعب مشاهدتها بالمجهر الضوئي العادي، فهي اصغر من البكتيريا بمقدار ١٠٠ إلى ٥٠٠ مرة تقريباً، وتتراوح اقطارها ما بين ٢٠٠ إلى ٣٠٠ نانومتر^(١٩) ومن خصائص الفيروسات انها لا تستطيع أن تتكاثر وتمارس نشاطها الحيوي إلا في خلايا الكائنات الحية،^(٢٠) أما إذا كانت خارج تلك الخلايا فأنها تصبح مثل الجماد، وهي سهلة الانتقال من ناحية إلى أخرى ومن امثلة الفيروسات: الايدز والكورونا والحصبة والجدي والحمى الصفراء وإنفلونزا الطيور والايبولا وغيرها.^(٢١)

(١٨) حميدة غزالة، الارهاب البيولوجي واليات مكافحته دولياً، رسالة ماجستير (منشورة)، جامعة العربي التبسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٣٣.

(١٩) النانومتر هو واحد على الف مليون من المتر.

(٢٠) دوروثي كروفورد، الفيروسات (ترجمة اسامة فاروق حسن)، الطبعة الاولى، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٤.

(٢١) الفيروسات... صغيرة جداً لكنها قاتلة. على الموقع الالكتروني:

ثالثاً: الركتيسيات :

هي مجموعة متنوعة من الطفيليات التي تعد إلى حد ما، من جنس البكتيريا، تنمو على الأنسجة الحية وهي شبيهة بالجراثيم في الشكل والبنية، ولا يمكن تكاثرها إلا في داخل الخلايا الحيوانية وخاصة داخل الخلايا الموجودة في القراد والقمل والبراغيث والعت والبقار والثدييات. وتتسبب أنواع الريكتسيا بما يعرف بحمى روكي ماونتين المبقعة، والجذري الريكتسي، والحمى المرقطة، والتيفوس البوابي، والتيفوس المورين، والحمى الطفحية. إذ تنتقل أنواع الريكتسيا عن طريق لدغة القراد أو العث المصابة أو عن طريق براز القمل أو البراغيث المصابة، ويتم ذلك من بوابة الدخول في الجلد ثم الانتشار عبر مجرى الدم ليصيب البطانة وأحياناً خلايا العضلات الملساء الوعائية، وبعد ادخال خلاياها المستهدفة تتكاثر بالانشطار الثنائي في العصارة الخلوية وتضر بالخلايا شديدة التطفل مباشرة، وتظهر على المرضى الذي يعانون من الإصابة بالريكتسيا أعراض الغثيان والقيء وآلام البطن والتهاب الدماغ وانخفاض ضغط الدم والفشل الكلوي الحاد وضيق التنفس^(٢٢). وعادة ما تنقش أنواع الريكتسيا في أيام الحروب والمجاعات والكوارث الطبيعية ويمكن انتاجها كسلاح بيولوجي في الصراعات والحروب.

رابعاً: الفطريات:

هي كائنات حية دقيقة من اصل نباتي ومعقدة التكوين^(٢٣)، يمكنها إصابة الإنسان أو الحيوان لامتلاكها القدرة العالية على غزو الأنسجة الحية للجسم المستهدف واضعاف الاستجابة المناعية له، ومن ثم اصابته بالمرض، إذ يمكن للفطريات ان تدخل الجسم عن طريق الجلد أو الاستنشاق أو من خلال الجروح السطحية، كما يمكن للفطريات أن تصيب النباتات بأمراض فطرية وتؤدي هلاكها، لذا قد تستخدم كسلاح بيولوجي فتاك من قبل مطلقها لتدمير المحاصيل الزراعية والمزارع الإنتاجية في محاولة لإحداث مجاعة على نطاق واسع ومعانات اقتصادية للمجتمعات المستهدفة. وغالباً ما تنتقل الفطريات المسببة للأمراض بواسطة نواقل مثل الرياح أو الغبار أو مرشات الرذاذ، وقد يتم نشرها بواسطة طائرات مسيرة لاسيما في الحروب البيولوجية المعلنة، حيث يتم نشر مثل هذه الفطريات الممرضة لتتسبب بأمراض عدة كآلام المفاصل والالتهابات الرئوية الحادة لدى الأشخاص المصابين مما يؤدي بهم إلى الوفاة، وعليه يمكن تطوير الكثير من هذه الفطريات واستخدامها كاسلحة بيولوجية إنطلاقاً من التأثير الموضعي للمرض^(٢٤).

الفرع الثاني: السموم والجراثيم المستخدمة في الارهاب البيولوجي

هناك أنواع عديدة من السموم والجراثيم التي يستخدمها الارهابيون في تصنيع الاسلحة البيولوجية واهمها ماييلي:

(22) Samuel Baron, Medical Microbiology, 4th edition, University of Texas Medical Branch at Galveston, 1996,p1.

(٢٣) فرحي ربيعة، مصدر سبق ذكره، ص ٧.

(٢٤) حميدة غزالة، مصدر سبق ذكره، ص ٣٤.

أولاً: بكتيريا (انثراكس العنصوية Anthrax).

وهي بكتيريا تتسبب بمرض (الجمرة الخبيثة) وهذا النوع من البكتيريا ادخل في مجال الحرب البيولوجية في الولايات المتحدة الأمريكية في اواخر الخمسينات ووائل الستينات من القرن الماضي، ويمكن لهذه البكتيريا أن تدخل الجسم عبر ثلاثة طرق وهي: الجلد، الجهاز الهضمي، الرئة، إلا أن هذه البكتيريا المستخدمة في تصنيع السلاح البيولوجي غالباً ما تكون على شكل (إروسول) الذي يدخل الجسم عن طريق الاستنشاق، وتكون لها فترة حضانة تمتد من (٢-٥) يوم^(٢٥) وبعدها تبدأ الأعراض المرضية على المصاب بالظهور وتتمثل بـ: ارتفاع حاد في درجة حرارة الجسم، واجهاد وتعب وآلام في العضلات، مع سعال جاف وآلام حادة في الصدر، يتبعها ضيق في التنفس وشعور بالاختناق والإصابة بالزرقة. وقد يحدث ثلوث في الدم مما قد ينتج عنه التهاب سحائي في المخ ونزيف داخلي ينتهي بموت المصاب في غضون (٢٤-٣٦) ساعة إذا لم يتم علاجه بشكل فوري وبالوقت المناسب^(٢٦).

ومن الجدير بالذكر ان بكتيريا الانثراكس العنصوية المسببة لمرض الجمرة الخبيثة يمكن تخزينها في التربة على شكل حويصلات ولفترات تمتد لعشرات السنين دون أن تفقد فعاليتها، فلها القدرة على مقاومة عوامل الجو المختلفة كالحرارة والجفاف والرطوبة وغيرها، وعندما تصيب الإنسان أو حتى الحيوان فإنها تتخلى عن التحوصل وتبدأ في ممارسة نشاطها وتتسبب بأعراض مرضية خطيرة، ويمكن لـ(١٠٠) كيلو غرام من هذه البكتيريا أن تتسبب بوفاة عدد يتراوح من مليون إلى خمسة ملايين مصاب وذلك بحسب الاجراءات الوقائية والعلاجية التي تتخذ في مثل هذه الحالات^(٢٧)

ثانياً: سموم البوتولينوم (Botulinum Taxins).

تعد هذه السموم من الأسلحة البيولوجية الهامة جداً، والمفضلة من بين برامج الأسلحة البيولوجية، نظراً لقوتها والامكانية المحدودة لعلاج المصابين بها، فهي عديمة اللون والرائحة ولا يتم اكتشافها إلا بعد حدوث الإصابة .وهي سموم تفرزها بكتيريا لاهوائية تسمى «كوليسيتيريديوم بوتولينيوم»(Closttidium Botulinum) ، ويوجد منها سبعة أنواع تشترك جميعها في أنها تتسبب بمرض شلل الأعصاب مما يؤدي إلى اصابة عضلات الجهاز التنفسي وتوقفها وحدث الوفاة، وتُعد سموم البوتولينوم اقوى بـ ١٥ الف مرة من غاز الأعصاب VX و ١٠٠ الف مرة أقوى من غاز «سارين» الذي تم تسريبه في اليابان في مترو الانفاق في مارس عام ١٩٩٥ وتسبب بوفاة ١٢ شخص واصابة ٥٥٠٠ آخرين بأصابات بالغة، حيث انه يصيب الجسم بنوع من الشلل، وهناك اتجاه لإنتاج غازات معينة يمكنها من اصابة جنساً أو لوناً معيناً وبحسب جيناته الوراثية لتخلص من عرق أو جنس معين يتميز بانتشار هذه الصفات الوراثية^(٢٨).

(25) Anthrax,(report),the center for food security, public health, iowa state university, college of veterinary medicine, March 2007, p3-2.

(٢٦) مصباح عبد الهادي، مصدر سبق ذكره، ص ٣١.

(٢٧) المصدر نفسه، ص ٣١-٣٢.

(٢٨) عبد الهادي مصباح، مصدر سبق ذكره، ص ٣٢-٣٣.

ثالثاً: الجدري Smallpox.

هو فيروس ممرض وقاتل ولا يصيب سوى الانسان، ويمكن أن يكون أداة محتملة للحروب البيولوجية أو سلاحاً ارهابياً يستخدم في الهجمات الإرهابية كونه يسفر عن معدلات عالية من الإصابات والوفيات بين صفوف المستهدفين^(٢٩)، ويُذكر أن القوات البريطانية في عام ١٧٦٣ قامت بإرسال عدوى فيروس الجدري إلى رؤساء القبائل الهندية في القارة الأمريكية عن طريق اهدائهم بطانيات ومناديل مليئة بفيروس الجدري مما أدى إلى انتشار الوباء فيهم وإبادة معظم السكان الاصليين^(٣٠)، حيث أن الجدري من الامراض الفيروسية شديدة العدوى والتي يمكن أن تنتقل عن طريق الرذاذ والهواء والعطس والسعال ، ويعتمد هذا الفيروس في استمرار دورة حياته على الانتقال من انسان لآخر، وتبلغ فترة حضانتها من (١٢-١٤) يوم، حيث تبدأ اعراضه بحمى شديدة ووجاع في الرأس والجسم ثم تتطور اعراضه إلى ظهور طفح جلدي على الوجه والذراعين والساقين وبعدها ينتشر في جميع اجزاء الجسم في غضون ٢٤ ساعة، ويمكن لهذا لفيروس الجدري أن يتسبب بوفاة ٣٠٪ من المصابين به^(٣١).

رابعاً: بكتريا الطاعون Yersinia Pestis.

تسمى بكتريا الطاعون بالموت الاسود كونها تتسبب بظهور بقع دموية تصبح سوداء تحت الجلد، وايضاً لكونها كانت السبب الرئيسي في هلاك سكان أوروبا في القرن الرابع عشر، حيث اصيب ما يقارب ثلاثين مليون اوروبي بمرض الطاعون ومات منهم ما يقارب (٨٠٪) منهم^(٣٢)، وقد وقع هذا الوباء ايضاً في الصين عام ١٩٤٠، عندما قامت القوات اليابانية بمهاجمة الصين واسقطت من الطائرات قنابل تحتوي على براغيث مصابة ببكتريا الطاعون مما أدى انتشار المرض على نطاق واسع. لذلك تصنف هذه البكتيريا ضمن أخطر فئة من الأسلحة البيولوجية، إذ بإمكان مستخدمي هذا البكتيريا نشر بلايين البلايين من جرثومة الطاعون على شكل رذاذ يتم نشره في الجو، تماماً كما تُنشر الكيماويات السامة أو مبيدات الحشرات والاعشاب، إذ تهاجم بكتيريا الطاعون رئة الشخص المصاب وتبدأ الاعراض المرضية عنده بالظهور لفترة تمتد من (٣-٤) يوماً وتكون على شكل حمى وهذيان ثم نزيف داخلي وقد تنتهي بموت الشخص المصاب، وتنمو بكتيريا الطاعون داخل القوارض مثل الفئران وتنتقل إلى الانسان اما عن طريق القوارض في حال مهاجمتها للانسان أو عن طريق الحشرات الناقلة.

وهناك ثلاثة انواع من الإصابة لبكتيريا الطاعون وهي^(٣٣):

١. إصابة الرئة: تتركز البكتيريا في الرئتين بالدرجة الاولى ويتم ذلك عبر استنشاق الجراثيم.

(٢٩) الاستعراض العلمي لبحوث فيروس الجدري ١٩٩٩-٢٠١٠، تقرير منظمة الصحة العالمية، ك١ ٢٠١٠، ص١٤.

(30) Peter d'Errico, Jeffrey Amherst and Smallpox Blankets, Project: Indigenous Peoples Legal Issues, University of Massachusetts, April 2020, P2.

(٣١) عبد الهادي مصباح، مصدر سبق ذكره، ص٣٦.

(٣٢) نبيل صبحي، الاسلحة الكيماوية والجرثومية، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٠، ص١٠٢-١٠٣.

(٣٣) المصدر السابق، ص١٠٠-١٠٢.

٢. إصابة العقد البلغمية (النفافية): وتصل نسبة الوفيات بهذا النوع من (٢٥-٥٠)٪ من مجموع الاصابات، حيث يظهر طفح جلدي احمر مع ورم في العقد البلغمية ممكن يؤدي ذلك إلى تفجر هذه العقد في حالة اشتداد الداء.
٣. إصابة الدورة الدموية: ويكون ذلك عبر غزو الجراثيم لدم المصاب وبكميات كبيرة، وبدورها تتسبب بتغيير لون الجلد بحيث يميل إلى الازرقاق القاتم، لذلك سمي هذا المرض بالموت الاسود.

خامساً: فيروس الإيبولا Ebola Virus

يعد هذا الفيروس من الأمراض القاتلة السريعة الانتشار والعدوى، وهو فيروس حديث الاستخدام في مجال الأسلحة البيولوجية ويشكل خطورة بالغة حتى على سلامة من يحاول استخدامه لأغراض السلاح البيولوجي، فهو فايروس قاتل في اقل من اسبوع وليس له علاج أو مصل واق، وليس هناك حبر صحي للمرض، وتصل نسبة وفيات المصابين به إلى ٥٠٪، وعند إصابة الانسان بالمرض فإن كل الانسجة الضامرة في الجسم تذوب ويصبح الجلد والاعشية المخاطة في الجسم كورق السوليفان الذي يسهل نزعه من الجسم، حيث توجد تحته نافورة من الدم ثم يصاب الشخص بالرعشة والتشنجات تنتهي بالموت^(٣٤)، وفيروس الإيبولا ظهر لأول مرة في عام ١٩٧٦، في منطقتين من العالم في آن واحد، هما: نزارا بالسودان والأخرى في يامبوكو بجمهورية الكونغو الديمقراطية في قرية تقع على مقربة من نهر إيبولا اذ اكتسب المرض اسمه منها^(٣٥).

سادساً: سموم افلاتوكسين، مايكوتوكسين Aflatoxin Mycotoxin

وتسمى ايضاً بالسموم الفطرية حيث تنتجها انواع من الفطريات التي تنمو على بعض المحاصيل الزراعية وخاصة المكسرات كالبنندق والفسق واللوز وغيرها، ولكون العراق وايران من الدول المعروفة بكثرة إنتاج هذه المكسرات عالمياً، لذا فهي من الدول الأكثر إنتاجاً لهذا النوع من السموم، ويمكن أن تستخرج هذه النوعية من السموم من محصول القمح وكذلك الغلة، فضلاً عن عدد اخر من المحاصيل الزراعية الاخرى، وهذه السموم يمكن استخدامها كسلاح بيولوجي ضد الإنسان كونها تتسبب بالأورام السرطانية على المدى الطويل، كما يمكنها من تدمير جهاز المناعة في الحيوانات^(٣٦).

سابعاً: بكتيريا الفرغرينا Clostridium Perfringens

الفرغرينا هو المصطلح المستخدم لوصف تسوس أو موت عضو أو نسيج في الجسم ناتج عن نقص إمداد الدم، وهو من المضاعفات الناتجة عن العمليات المعديّة أو الالتهابية أو نتيجة الإصابة بالسموم^(٣٧)، والفرغرينا وهي نوع من انواع البكتيريا يمكن أن

(٣٤) حميدة غزالة، مصدر سبق ذكره، ص ٤١.

(٣٥) تقرير منظمة الصحة العالمية، مرض فيروس الإيبولا، ١٠ شباط ٢٠٢٠. على الموقع الالكتروني:

<https://www.who.int/ar/news-room/fact-sheets/detail/ebola-virus-disease>

(٣٦) عبد الهادي مصباح، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨.

(37) Report, Md Zulfekar Ali, GANGRENE, Bangladesh Livestock Research Institute, December 2012, p1

تتسبب بتسمم الطعام والشراب خاصة اللحوم التي لا يتم حفظها في الثلاجات بدرجات حرارة منخفضة، وهي تشبه بكتيريا الانثراكس لها حويصلات أو بذيرات يمكن تعيش في التربة وتنتج «الغرغرينا» التي يمكن استخدامها في اصابة الجروح المفتوحة لاسيما الجنود الجرحى في ميدان القتال، وتبدأ اعراض الاصابة بالآلام ويعقبها اورام في مكان الجرح نتيجة لوجود غازات به، وتتبعث منه روائح كريهة، وبعد ذلك ترتفع نسبة الصفراء بالدم وينتهي الامر بموت المصاب نتيجة تلوث الدم^(٣٨).

(٣٨) عبد الهادي مصباح، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨.

المبحث الثاني

فايروس كورونا والحرب البيولوجية القادمة

يواجه العالم منذ نهاية العام ٢٠١٩ أزمة وبائية خانقة تعد من أكبر الازمات التي تهدد استقراره وتقوض ترابطه وربما تدفع به نحو المواجهة نتيجة الشكوك والاتهامات المتبادلة بين الدول الكبرى. وجوهر هذه الازمة هو وباء العصر «فايروس كورونا» الذي يعد من أخطر الأوبئة العالمية ومن أشدها فتكاً بالبشرية نظراً لسرعة انتشاره في جميع دول العالم المتقدمة والنامية على حد سواء، الامر الذي ادى دون ادنى شك إلى تداعيات كبيرة على السلم والامن الدوليين وعلى مستقبل الاقتصاد العالمي.

المطلب الاول: فايروس كورونا والاسباب المعلنه لانتشاره

اولاً: فايروس كورونا وسرعة انتشاره.

يعد فايروس كورونا المستجد نوع من الفيروسات الجديدة التي تصيب الجهاز التنفسي للمرضى المصابين به، وهو فايروس مجهول السبب إلى الآن، إلا أن اول ظهور له في أواخر العام ٢٠١٩ في مدينة «ووهان الصينية» عاصمة مقاطعة «خوبي» حيث رصدت فيها حالات التهاب رئوي حاد، جعل من هذه المدينة البؤرة الاولى للفايروس في العالم، وقد أطلقت لجنة الصحة الوطنية في جمهورية الصين الشعبية على هذا الفيروس في ٨ شباط من العام ٢٠٢٠ تسمية (فايروس كورونا المستجد أو الجديد)، بينما اعتمدت منظمة الصحة العالمية في ١١ شباط/ فبراير تسمية (COVID-19) وهي التسمية الانكليزية للفايروس^(٣٩). وعلى الرغم من صرامة الاجراءات التي طبقتها اغلب الدول فإن ذلك لم يحول دون انتشار هذا الفيروس في العالم بسرعة قياسية، والذي لم يترك دولة إلا وانتهكها حاصداً معه آلاف المصابين والضحايا وسط عجز واضح حتى من أقوى الدول لمكافحة والحد من انتشاره.

ثانياً: اسباب انتشار فايروس كورونا.

تتباين الآراء والتصورات حول طبيعة فايروس كورونا واسباب انتشاره ومصدره وفيما إذا كان حالة مرضية تطورت بفعل عوامل طبيعية، أم أنّ هذا الفيروس تمّ تطويره في مختبرات بيولوجية وانتشر بفعل خطأ غير مقصود، أو ربما لاستخدامه ضد البشرية ضمن نطاق حرب بيولوجية مخطّط لها^(٤٠).

ونتيجة لغياب بعض المعلومات المؤكدة عن مصدر وطريقة انتشار فايروس كورونا الجديد لأول مرة، وكأي حدث خطير ذو أبعاد وتأثيرات مهمة وكبيرة، فقد خضعت مسألة فايروس كورونا إلى جدل واضح يتضمن في أحد جوانبه ترجيح كفة نظرية المؤامرة عندما ظهرت على السطح العديد من الروايات القائلة بأن نشوء الفيروس وانتشاره ناتج عن

(٣٩) سعدي عبد الزهرة جبير، تداعيات جاحة فايروس كورونا على الاقتصاد العراقي، مجلة حمورابي، العدد ٣٥، السنة الثامنة، صيف ٢٠٢٠، ص ٤٥.

(٤٠) قحطان حسين طاهر، كورونا وفرضية الحرب البيولوجية بين النفي والإثبات، قضايا دولية، مركز المستقبل للدراسات الاستراتيجية، ٢٠٢٠/٣/٢٩.

جهد بشري منظم ومقصود تخفي وراءه غايات اقتصادية وسياسية في ظلّ توافر العديد من الدلائل الوبائية والأعراض المرضية التي يعتقد البعض إنها تُشير لحدوث هجوم بيولوجي، منها مثلاً حدوث الإصابة بفيروس كورونا لأسباب غير معروفة، أو وجود سُلالة غير عادية نادرة منه، أو مُعدلة وراثيًا، كذلك ارتفاع معدلات المرضى والوفيات ممن يُعانون من أعراض متشابهة. وراجت نظرية المؤامرة بعد نشر موقع Zvezda الروسي، الذي تموله وزارة الدفاع الروسية، مقالاً تحت عنوان (فيروس كورونا.. الحرب البيولوجية الأميركية ضد روسيا والصين وإيران)، حيث بدأ المقال بعرض بعض الخسائر التي تعرض لها الاقتصاد الصيني بسبب كورونا، ليدعم أدلته بشأن المؤامرة الأميركية المفترضة، مُضيفاً «ذلك يهدف إلى إضعاف بكين في الجولة المقبلة من المفاوضات التجارية مع واشنطن»، واستعرض المقال الجدل القائم بشأن الشكوك الروسية حول وجود ما يقارب ٢٥ مختبراً أميركياً للأبحاث البيولوجية في عدد من الدول القريبة من الصين، مثل جورجيا وأوكرانيا وأوزبكستان، على الرغم من توقيع أميركا اتفاقية جنيف بشأن الأسلحة البيولوجية في ١٩٧٥. وأضاف المقال «إن هذه المختبرات تخبيء وراءها نية خبيثة، لاسيما بعد انتشار تقارير مفادها أن المختبر الحيوي الأميركي في جورجيا قد اختبر أسلحة بيولوجية قاتلة على مواطنين جورجيين».

ونوه المقال، إلى أن واشنطن عملت على هذا السلاح البيولوجي وفق آلية لانتقاله إلى إيران، بُغية إنهاكها اقتصادياً ومحاولة عزلها بالكامل عن محيطها، في هذا الإطار صرّح زعيم الحزب الليبرالي الديمقراطي الروسي، فلاديمير جيرينفوكي لمحطة إذاعية في موسكو، بالقول «إن كورونا فيروس يقف خلفه البنتاغون بمساعدة شركات الأدوية بهدف خلق أوبئة محلية يمكن أن تُدمر مجموعة مختارة من السكان دون الانتشار في دول أخرى». واللافت أيضاً أن السياسي الروسي إيغور نيكولين، وضح لعدد من المنابر الإعلامية، أن المختبرات الأميركية المنتشرة حول العالم تقوم بجمع ومعالجة المواد الوراثية للسكان الروس والصينيين والإيرانيين من أجل تطوير فيروس -مُحدّد عرقياً- يستهدف شعوباً معينة فقط. وفي المقابل، سعت الإدارة الأميركية إلى الترويج لفكرة وقوف الصين وراء انتشار فيروس كورونا منذ البداية، حيث أعتاد المسؤولون الأمريكيون وفي مقدمتهم الرئيس الأميركي «دونالد ترمب» على تسمية الفيروس بالفيروس الصيني، في وقت صرّحت فيه صحيفة واشنطن تايمز أن الصين قامت بتصنيع فيروس كورونا لأغراض عسكرية، بينما ذكرت وسائل إعلام أميركية أخرى أن مختبراً بيولوجياً صينياً في مدينة ووهان يعمل تجارب على عائلة فيروس كورونا، قد ارتكب خطأً مخبرياً تسبّب بانتشار هذا الفيروس. وإن الغموض الذي يحيط بفيروس كورونا من حيث المصدر وطرق الانتشار، وكذلك نقص المعلومات عن كيفية تطوره، وعجز المراكز البحثية المتخصصة عن اكتشاف لقاح مضاد له، يوحي بوجود أسرار وخفايا وراء قصة انتشاره، وأمأنا فرضيتين ممكن أن تكون احدهما مقبولة وصحيحة^(٤١).

الأولى: وجود خطأً مخبرياً في أحد مختبرات تطوير الفيروسات تسبب بتسرب

(٤١) قحطان حسين طاهر، مصدر سبق ذكره.

فيروس كورونا وانتشاره وفقدان القدرة على السيطرة عليه.

الثانية: إن الفيروس هو نتاج تطور طبيعي حصل في سلالة العائلة التي ينتمي إليها، وفي كلتا الحالتين فالمجتمع الإنساني ما زال يفتقر إلى المعلومات اللازمة لإثبات إحدى هاتين الفرضيتين، فالمسألة معقدة وتحتاج الكثير من الوقت والجهد والبحث العلمي لكشف الحقائق المتعلقة بفيروس كورونا.

وهذا يعني أن هناك حاجة إلى رؤية استراتيجية متكاملة الأبعاد، وبعيدا عن التهوين والتهويل، والفكر الاستراتيجي هو ببساطة وضع تصورات لأبعد من اللحظة الراهنة والتفكير فما هو غير مألوف أو غير متوقع، إذ قدمت أزمة كورونا نموذجا لذلك، فلم يكن أحد يتوقع في العالم كافة أسلوب الحياة الذي فرضته كورونا في كل المجالات، ومن ثم يجب التفكير الآن وأكثر من أي وقت مضى في اتخاذ إجراءات احترازية بشأن هجمات من هذا النوع والتي قد تلجأ إليها دول أو جماعات دون الدول، فعلى المستوى الدولي يجب العمل على معالجة الثغرات التي تشوب الاتفاقيات الدولية بشأن الأسلحة البيولوجية، ووضع آليات للتعاون وتبادل المعلومات الاستخباراتية حول تلك الحروب واحتمالاتها والمدى الزمني لوقوعها، وعلى الصعيد الوطني يتعين أن تكون تلك القضية جزءا رئيسيا من استراتيجيات الأمن القومي للدول وخططها الدفاعية، إذ أثبتت كورونا أن هناك أسسا أخرى للقوة غير القوة التقليدية، فضلا عن أهمية أن تكون المخاطر البيولوجية ضمن العلوم الاستراتيجية التي يتم تدريسها في الأكاديميات الأمنية والدفاعية، وكذلك تمارين المحاكاة، وتوظيف تقنية الذكاء الاصطناعي في تلك التمارين حتى تكون أكثر فاعلية وتسفر عن نتائج أكثر واقعية.

المطلب الثاني: تداعيات فيروس كورونا على العلاقات الدولية

أولاً: التداعيات السياسية:

ظهور فيروس كورونا وانتشاره بهذه الوتيرة السريعة في جميع دول العالم قد أحدث تداعيات واضحة على السياسة الدولية وعلى مجمل العلاقات الدولية ودفع بعض الدول وخصوصاً الكبرى منها إلى محاولة توظيف هذه الجائحة العالمية لتحقيق مصالحها العالمية، ففي الوقت الذي استخدم الرئيس الأمريكي «دونالد ترمب» الفيروس كذريعة للترجع عن التضامن والتكامل العالمي والذهاب باتجاه تعزيز مقاربات الدولة الوطنية للتخفيف عن كاهل الولايات المتحدة الأمريكية في انفاقها حول التزاماتها العالمية. نجد أن الصين تمكنت من توظيف جائحة كورونا لاطهار استعدادها لقيادة العالم في محاربة الفيروس بصفتها الدولة الأولى التي عانت منه وتعافت، هذه القدرة على التعافي منحتها فرصة كبيرة للتأثير على سلوك الدول الأخرى بفضل طريقتها الجيدة في معالجة الأزمات وبفضل مخزونها الكبير من المعدات الطبية. إذ استطاعت الصين استغلال الانقسام العالمي وتضارب المصالح الدولية لطرح اسمها كبديل منقذ، سيما بعد رفض دول الاتحاد الأوروبي مد يد العون لبعضها البعض وتخفيف الضغط عن الدول المنكوبة^(٤٢).

(٤٢) ماهر لطيف، النظام العالمي في مواجهة كورونا وسيناريوهات ما بعد كورونا، مجلة حمورابي، العدد ٣٥، السنة الثامنة، صيف ٢٠٢٠، ص ١٦-١٧.

ثانياً: التداعيات الاقتصادية:

أن فيروس القاتل للبشرية الذي تم تحديد ظهوره في مدينة ووهان الصينية، ومنها انطلق بسرعة كبيرة لينتشر في أرجاء العالم، قد تسبب بازمات صحية واقتصادية في جميع دول العالم دون استثناء، إذ سيطر القلق على الاقتصاد العالمي بأسره، ونتج عن هذا الفيروس هبوط حاد في البورصات العالمية وتهوي اسواق المال إلى مستويات قياسية غير مسبوقة، مما اضطر المستثمرين وأصحاب رؤوس الأموال إلى بيع أسهمهم وتسجيل أصولهم المالية، كما توقفت الحركة التجارية بين الدول، وتوقف النشاط الاقتصادي وعلى كافة المهن، فضلاً عن تقييد حركة التنقل والسفر سواء على المستوى الداخلي لكل دولة (فرض حظر التجول وعدم السماح للمواطنين بالتنقل بين المدن)، أو حتى على المستوى الدولي بفرض قيود صارمة على السفر في محاولة للحد من انتشار الفيروس، الامر الذي أدى إلى ركود في الاقتصاد العالمي تسبب بزيادة البطالة بين السكان وارتفاع نسبة الفقر^(٤٣).

ثالثاً: التداعيات الامنية:

لقد ادركت الدول الغربية منذ وقت مبكر مخاطر الحروب البيولوجية وما ينتج عنها مخاطر كبيرة، وبالتالي فقد أسست معامل ومختبرات معنية بالحروب البيولوجية، ففي عام ١٩٤٠ أسست بريطانيا مركز أبحاث الأسلحة البيولوجية، أما الولايات المتحدة فقد أسست أول مكتب بحوث الحرب الحيوية عام ١٩٤٢ يتبع وزارة الدفاع الأمريكية، تلتها مراكز أخرى سواء في تل كما الدولتين أو غيرهما، إلا أنه في ظل تفشي جائحة كورونا اندفعت اغلب الدول بشكل اكبر باتجاه انشاء وتطوير المراكز البحثية والمعامل والمختبرات والأجهزة الأخرى للكشف المبكر عن حالات التعرض لأي فيروسات أو هجمات بيولوجية إضافة الى إعادة النظر الجذرية بطبيعة وتكوين الوحدات المسؤولة عن الأمن القومي والوطني والمجتمعي، إذ اتضحت الحالة في ظل تفشي فيروس كورونا بأن الكثير من المهام تقع على عاتق القوات الأمنية ومنها القيام بفرض حظر التجول الأاجباري الصحي ونقل المرضى والقيام بعمليات التطهير واستخدام الطائرات لغرض نقل المعدات العسكرية، فضلاً عن الاستخدام المبرمج للطائرات بدون طيار في عمليات الكشف والمراقبة والتحقق^(٤٤).

ومع كل ذلك فإن المعضلة لا تكمن في مدى وجود مختبرات من عدمه فحسب، ولكن في وجود مئات الفيروسات والبكتيريا التي يمكن توظيفها ضمن الحروب البيولوجية، ولا يحتاج إنتاجها إمكانات مالية أو فنية هائلة ولكن معامل وقدرات بشرية فحسب، بالإضافة إلى صغر حجمها وسهولة نقلها وسرعة انتشارها، فضلاً عن الأبعاد النفسية لهذا النوع من الحروب.

وعلى الرغم من أن التداعيات التي رتبها أزمة جاحة كورونا العالمية هي كثيرة،

(٤٣) ماهر لطيف، مصدر سبق ذكره، ص ١٢.

(٤٤) حسن سلمان خليفة البيضاني، كورونا (كوفيد ١٩) بين الحروب البيولوجية والحروب الاقتصادية، مجلة حمورابي، العدد ٣٣-٣٤، السنة الثامنة، ربيع ٢٠٢٠، ص ٨.

وعلى إلا إنها ليست المرة الأولى التي يشهد فيها العالم أوبئة طالت العديد من دول العالم فإن الغموض لا يزال يكتنف منشأ ذلك الفيروس وطريقة انتشاره وحالة الجدل التي آثارها وتجمعها عناوين عديدة مثل المؤامرات والتسييس، فمع أنه لا يوجد حسم علمي حتى الآن على أن فيروس كورونا يعد مؤشراً على حرب بيولوجية، إذ إن كل ما أثير هو من قبيل التكهنات، إلا أن ذلك الفيروس وتداعياته التي لن تنتهي في المستقبل المنظور تستدعي نقاشاً جاداً حول قضية الحروب البيولوجية عموماً وهو أمر له ما يبرره في ضوء ثلاثة اعتبارات: (٤٥)

الأول: في ظل زيادة الضربات التي تلقتها الجماعات الإرهابية فإنها ربما تسعى لاستخدام هذا النوع من الأسلحة انطلاقاً من كونه سلاحاً قليل الكلفة وخسائره فادحة. الثاني: بدء بعض الدوريات العلمية إثارة نقاش علمي حول فرضية الحروب البيولوجية، ومن ذلك التقرير الذي أوردته إحدى المجلات الإيطالية في الخامس من مايو ٢٠٢٠ وخلاصته أن فيروس كورونا يعد مقياساً لتقييم استجابات الدول لسيناريوهات الحرب البيولوجية والإرهاب البيولوجي. الثالث: أن أزمة فيروس كورونا لم تكن منشئة للجدل حول الأسلحة البيولوجية؛ إذ إن تلك الأسلحة التي تتعدد أشكالها قد تم إدراجها من جانب المجتمع الدولي ضمن «أسلحة الدمار الشامل».

(٤٥) اشرف محمد كشك ، هل اضحت الحروب البيولوجية الخطر العالمي الجديد، اخبار الخليج، العدد ١٥٦٦٠، ٢٠٢٠/٧/٢٧.

المبحث الثالث

الجهود الدولية وتحدياتها في مكافحة الإرهاب البيولوجي.

يشكل الإرهاب البيولوجي ظاهرة خطيرة تؤرق المجتمع الدولي الذي سعى جاهداً لحد من وقوع هذا النوع من الإرهاب من طرف الأشخاص المجرمين سواءً عبر الجهود المبذولة من قبل حكومات الدول لسن و ابرام عدد من الاتفاقيات والبروتوكولات الثنائية والجماعية، أو عبر جهود المنظمات الدولية والاقليمية في عقد المؤتمرات الدولية ووضع آليات وخطط لمكافحة الإرهاب والحد من استخدام الأسلحة البيولوجية ومواجهة تداعياتها على البشرية وأيضاً حمايتها من أيدي الإرهابيين. وعلى ذلك يمكن أن نبين كافة الجهود التي بذلت من قبل الحكومات والمنظمات الدولية وما تمخض عنها من اتفاقيات ومؤتمرات دولية وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية.

يمكن تقسيم الجهود الدولية الرامية للتصدي لمحاولات استخدام الاسلحة البيولوجية والكيميائية والجراثومية لتجنيب البشرية من كوارث الاوبئة والامراض والخراب والدمار، إلى مرحلتين اساسيتين هما: مرحلة الجهود الدولية المبذولة ما قبل قيام منظمة الامم المتحدة في عام ١٩٤٥، ومرحلة الجهود التي بذلت في ظل الامم المتحدة.

الفرع الاول: الجهود الدولية قبل قيام منظمة الامم المتحدة.

ادى استخدام الاسلحة البكتريولوجية والجراثومية والغازات السامة على نطاق واسع خلال الحرب العالمية الاولى (١٩١٤-١٩١٨) بهدف إحداث اصابات موجعة وإسقاط أكبر عدد من الضحايا في ساحات القتال، إلى سعي المجتمع الدولي للتوصل إلى اتفاقية دولية تمنع استخدام هذه الانواع من الغازات السامة وغيرها من المواد والاسلحة البكتريولوجية في الحروب والصراعات الدولية^(٤٦). فخلال الحرب العالمية الاولى تمكن الجيش الالمانى من تطوير مرض الجمرة الخبيثة، والطاعون، والكوليرا، وفطريات القمح واستخدمها كاسلحة بيولوجية في ميادين القتال، ويتضح ذلك من خلال الاتهام الذي وجهته ايطاليا للجيش الالمانى في عام ١٩١٥ باستخدام ميكروبات الكوليرا في الحرب ضدها، وجهت روسيا أيضاً اتهامات لالمانيا باستخدام مرض الطاعون في حربها ضد روسيا وتحديداً في مدينة «سانت بطرسبرج»، كما ثبت بالفعل استخدام المانيا لبكتيريا الانثراكس العضوية في مدينة «بوخارست» الرومانية بهدف نشر العدوى بين حيوانات الخيول والماشية التي كانت تُعد جزء من اسلحة الحرب لديهم في ميادين القتال ومخزونهم من الغذاء، وبما أن رومانيا كانت تصدر اللحوم إلى روسيا فيمكن لهذه البكتريا أن تنتقل عبر تصدير تلك اللحوم^(٤٧).

ونتيجة لكثرة وخطورة استخدام هذه الاسلحة البيولوجية والجراثومية وتدابيرها المدمرة على البشرية برزت محاولات دولية للتصدي لمثل هذه الانواع من الاسلحة ومنع

(٤٦) سعد الدين مراد، الحظر والقيود على الاسلحة الحديثة في اطار القانون الدولي الانساني، مجلة جيل حقوق الانسان، العام الرابع، العدد ٢٤، لبنان-طرابلس، ٢٠١٧، ص ١٣٢.

(٤٧) عبد الهادي مصباح، مصدر سبق ذكره، ص ٤٨-٤٩.

استخدامها وانتشارها، وتكلفت تلك المحاولات في التوصل إلى إبرام بروتوكول جنيف للعام ١٩٢٥ حول منع استخدام الغازات السامة، وتم ذلك برعاية منظمة عصبة الأمم وتشجيع اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وجاء هذا البروتوكول ليعزز التحريم السابق الذي نص عليه اعلان لاهاي عام ١٨٩٩ حول منع استخدام الغازات الخائفة، مضيفاً إليه تحريم وسائل الحرب من الغازات والأسلحة البيولوجية^(٤٨). ونص إعلان بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٥ على أن: "استخدام الغازات الخائفة أو السامة أو غيرها من الغازات وما يشابهها من وسائل أو أدوات قد تمت إدانتها من جانب الرأي العام بالعالم المتحضر...، ومن أجل قبول هذا الحظر عالمياً كجزء لا يتجزأ من القانون الدولي ولكي يصبح ملزماً وجزءاً من ممارسات الدول، يعلن أن الدول المتعاقدة تقبل هذا الحظر وتوافق على مدة ليشمل الوسائل البكتريولوجية في الحروب وتقبل أن تلتزم بذلك وفقاً لشروط هذا الإعلان"^(٤٩). إلا أن محاولات بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٥ لتحجيم انتشار واستخدام الأسلحة البيولوجية كانت مثاراً لمشكلات فنية وسياسية عدة أهمها:

١. عدم نص بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٥ على حظر اجراء الابحاث العلمية بهدف انتاج وتخزين الاسلحة البيولوجية أو حيازتها أو نقلها، ولم تكن هناك اي نوع من الرقابة أو التفتيش على هذه الانواع من الاسلحة وهو ما اعتبر تقصيراً من جانب هذا البروتوكول^(٥٠).
٢. رفض مصادقة العديد من الدول التي لا يستهان بها على بروتوكول جنيف لعام ١٩٢٥ وإهمها الولايات المتحدة الأمريكية الأمر الذي زاد من عدد الدول التي تجري ابحاثاً لانتاج وتخزين الاسلحة البيولوجية.
٣. قيام عدد من الدول بوضع تحفظ عند تصديقها على البروتوكول يتمثل: بموافقتها على سريان احكام هذا البروتوكول مع شرط المعاملة بالمثل، اي أن هذا البروتوكول لا يكون ملزماً لها في حالة قيام طرف ينتمي إلى الجانب الاخر من النزاع باستخدام اسلحة كيميائية أو بيولوجية، مما يعني ذلك تضييقاً لنطاق الحظر المفروض على استخدام هذه الانواع من الاسلحة^(٥١).

وفي الثلاثينات من القرن العشرين جرت محاولات من جانب الدول الاعضاء في عصبة الأمم بالتعاون مع الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي السابق لتفعيل ايدولوجية نزع السلاح، ومنها تفعيل قيود حظر انتاج وتخزين الاسلحة البيولوجية، وعلى اثر ذلك عقد (المؤتمر العالمي لنزع السلاح) في جنيف بين عامي (١٩٣٢-١٩٣٧)، إلا أن تلك الجهود الدولية المبذولة لم تسفر عن شئ بسبب انهيار المؤتمر عام ١٩٣٧، نتيجة لخلافات عديدة أهمها: حول مفهوم الاسلحة الهجومية والاسلحة الدفاعية فضلاً عن الخلاف حول مفهوم العدوان^(٥٢). ونتيجة للقصور الذي تضمنه بروتوكول جنيف لعام

(٤٨) محمد المجذوب وطارق المجذوب، القانون الدولي الانساني، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٧٨.

(٤٩) سعد الدين مراد، مصدر سبق ذكره، ص ١٣٣.

(٥٠) عبد الهادي مصباح، مصدر سبق ذكره، ص ٤٩.

(٥١) سعد الدين مراد، مصدر سبق ذكره، ص ١٣٣.

(٥٢) أنظر: ستيف توليو، توماس شماليبرغر، نحو الاتفاق على مفاهيم الامن: قاموس مصطلحات تحديد الاسلحة ونزع=

١٩٢٥ وانهيار المؤتمر العالمي لنزع السلاح عام ١٩٣٧، أصبحت الأسلحة البيولوجية أكثر تعقيداً بسبب زيادة مراكز البحوث وعمليات التطوير المكثفة التي تم اجراءه في بلاد عديدة ابرزها: اليابان، هولندا، بلجيكا، ايطاليا، فرنسا، بريطانيا العظمى، كندا، والاتحاد السوفيتي السابق ودولاً اخرى، وبالتالي اتحت فرصة استخدام الأسلحة البيولوجية وخاصة من قبل الدول الكبرى في حروبها التوسعية، اذ تم نشر أمراض وسموم عديدة كأسلحة حربية ومنها: مرض الطاعون والجمرة الخبيثة والريسين وسم الغذاء والجذري وغيرها. فعلى سبيل المثال استخدمت اليابان السلاح البيولوجي ضد الصين في أوائل الأربعينات في انتهاك صارخ للمعايير القانونية الدولية، ومن بين ما استعملته اليابان هي الكوليرا والجمرة الخبيثة والطاعون، وبلغت تقديرات عدد الصينيين الذين لقوا حتفهم بفعل الأسلحة البيولوجية اليابانية مئات الآلاف من الضحايا.^(٥٣)

الفرع الثاني: الجهود الدولية في ظل هيئة الأمم المتحدة.

ان التطورات الدولية المتلاحقة بشأن استخدام الاسلحة البيولوجية قبل وخلال الحرب العالمية الثانية (١٩٣٩-١٩٤٥) دفعت المجتمع الدولي إلى وضع ضوابط وآليات لحد من تفاقم خطورة انتاج وتخزين واستخدام هذه الانواع من الاسلحة، وتضافرت الجهود الدولية بصورة جماعية عبر هيئة الامم المتحدة لاقرار عدد من المعاهدات والاتفاقيات في هذا الشأن. فالمخاطر التي يمكن أن تنتج عن استخدام الاسلحة البيولوجية من تلوث بيئي، وعدم القدرة على التحكم في الهدف المفروض اصابته فقط، خاصة وان الهدف الذي يمكن أن تصوب تجاهه هذه الاسلحة غالباً ما يكون المدنيين الابرياء العزل. كما أن هناك خطوة من احتمال انتشار هذه الانواع من البكتيريا والفيروسات في صفوف القوات التي تقوم باستخدام ذلك السلاح البيولوجي. فنتيجة لذلك تولدت قناعة دولية بضرورة إيجاد اتفاقية دولية تكون أكثر صرامة وحزم من اتفاقية عام ١٩٢٥ المعروفة باسم (بروتوكول جنيف) التي لم تعد ذات جدوى كونها لم تستطيع منع انتاج أو نقل أو تخزين الكائنات الحية الدقيقة أو السموم والفيروسات التي تستخدم كأسلحة بيولوجية. وبعد سنوات طويلة من المحادثات والاقترحات تم التوقيع على اتفاقية الاسلحة البيولوجية عام ١٩٧٢، فضلاً عن انشاء مجموعة استراليا عام ١٩٨٥.

أولاً: اتفاقية الاسلحة البيولوجية ١٩٧٢.

هي معاهدة متعددة الأطراف تم فتح باب التوقيع عليها في واشنطن ولندن وموسكو، في ١٠ نيسان/ابريل عام ١٩٧٢، وبعد مصادقة ٢٢ حكومة عليها دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في ٢٦ آذار/مارس عام ١٩٧٥، وتسري احكام هذه الاتفاقية إلى اجل غير محدود، ويشترط الانسحاب أي دولة عضو منها توجيه اشعار مسبق قبل ثلاثة اشهر إلى الدول الاطراف في الاتفاقية ومجلس الامن بالامم المتحدة مع شرح اسباب الانسحاب^(٥٤). وتعد هذه الاتفاقية من بين صكوك القانون الدولي الإنساني الرامية إلى تخفيف المعاناة

=السلاح وبناء الثقة، معهد الامم المتحدة لبحوث نزع السلاح، جنيف/سويسرا، ٢٠٠٣، ص ٤٦.

(٥٣) فرحي ربيعة، مصدر سبق ذكره، ص ١٣.

(٥٤) ستيف توليو، توماس شمالبيرغر، مصدر سبق ذكره، ص ٤٩.

الناجمة عن الحروب. فنصت بنود الاتفاقية على منع الدول من استحداث أو إنتاج أو تخزين الاسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية، أو حيازتها بأي صورة أخرى أو الاحتفاظ بها، أيا كان اصلها او كيفما كانت طريقة انتاجها، بانواع وكميات ليس لها من مبرر وقائي أو حمائي، أو غير ذلك من الاغراض السلمية، كما نصت الاتفاقية على منع استخدام اي من العوامل البيولوجية أو معداتها أو وسائل الايصال المصممة لاستخدام هذه العوامل أو التكسينات في الاغراض العدائية أو في النزاعات المسلحة، كما نصت الاتفاقية على أن تقوم الدول الاطراف بتدمير كافة ما لديها من مواد بيولوجية محظورة أو تحويلها للاستعمال في الاغراض السلمية في غضون الأشهر التسعة التالية لدخول الاتفاقية حيز النفاذ. ويتم التحقق من الوفاء بالالتزامات بمقتضى الاتفاقية من خلال وسائل تقنية وطنية، وتتعهد الدول الاطراف في الاتفاقية بأن تتشاور وتتعاون فيما بينها لحل أي مشاكل قد تطرأ فيما يتعلق بهدف الاتفاقية أو بتطبيق احكامها، على أن يتم حل المشاكل بالطرق الدولية المناسبة وضمن اطار الامم المتحدة ووفقاً لميثاقها، ويحق لأي دولة طرف في الاتفاقية أن تقدم شكوى إلى مجلس الامن ضد دولة أخرى ترى في تصرفها خرقاً للالتزامات المترتبة عليها بموجب الاتفاقية^(٥٥). ونصت الاتفاقية على عقد مؤتمر استعراضي بعد خمسة اعوام من دخولها حيز النفاذ لاستعراض عملياتها الاجرائية، وبالفعل عقدت عدة مؤتمرات بعد كل خمس اعوام باتفاق الاطراف. ففي المؤتمر الاستعراضي الذي انعقد عام ١٩٨٦، اتفقت الدول الاطراف على مجموعة من تدابير الشفافية لتعزيز الثقة في سير الاتفاقية، وشملت تلك التدابير الاعلان عن كافة مرافق الاحتواء ذات الدرجة العالية من الامن، والاعلان عن الحالات غير الاعتيادية لانتشار الامراض، والعمل على تشجيع الاتصالات العلمية ونشر نتائج البحوث الخاصة بها، وفي عام ١٩٩٤، عقد مؤتمر خاص لإنشاء الفريق المخصص للدول الاطراف في الاتفاقية الذي عهد إليه فيما بعد بمهمة وضع بروتوكول يحدد تدابير التحقق ويتم الحاقه بالاتفاقية، إلا أنه وبعد مداوات طويلة لم تكمل الجهود المبذولة بالنجاح لتحقيق تلك الغاية^(٥٦). وقد اعاد ظهور فيروس كورونا (COVID-19) في اواخر عام ٢٠١٩، وانتشاره في معظم بلدان العالم وتبادل الاتهامات بين كل من الولايات المتحدة والصين بالوقوف وراءه، الدعوة إلى ضرورة الالتزام باتفاقية حظر الاسلحة البيولوجية، والعمل على اصدار قرارات اممية جديدة للعمل بشكل جماعي وجدي لمنع الحروب البيولوجية التي أن استمرت ستؤدي إلى كارثة بشرية كبرى، وضرورة معاقبة مرتكبي نشر الفيروسات التي تعد جريمة دولية وانتهاك صارخ لمعايير القانون الدولي والانساني على كافة الصعد.

ثانياً: مجموعة استراليا عام ١٩٨٥.

أنشئت مجموعة استراليا عام ١٩٨٥ وهي مجموعة غير رسمية من الدول تهدف

(٥٥) اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين الاسلحة البكتريولوجية (البيولوجية) والتكسينية وتدمير تلك الاسلحة، موقع اللجنة الدولية للصليب الاحمر (ICRC)، متاح على الموقع الالكتروني:

<https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/misc/62sek.htm>

(٥٦) ستيف توليو، توماس شمالبغر، مصدر سبق ذكره، ص ٤٩-٥٠.

إلى تنسيق الجهود الدولية لمراقبة الصادرات الوطنية من المواد التي يمكن أن تستخدم في تصنيع الأسلحة الكيميائية والبيولوجية، ومنذ نشأتها أثبتت مجموعة أستراليا بأنها أداة هامة وفعالة في الجهود الدولية الرامية لإعاقة انتشار الأسلحة الكيميائية والبيولوجية^(٥٧). وكانت هذه المجموعة تتألف في بداية نشأتها من ١٥ عضواً وعقدت أول اجتماعاً لها في بروكسل في سبتمبر عام ١٩٨٩، ثم توسعت المجموعة ليصبح عدد أعضائها ٤٣ عضواً بعد انضمام الهند في ١٩ يناير عام ٢٠١٨. ويهدف التعاون بين أعضاء مجموعة أستراليا إلى منع من يحاولون الحصول على المواد اللازمة التي تستخدم في إنتاج الأسلحة الكيميائية والبيولوجية وذلك عبر استغلالهم للاختلافات أو الغموض في النظم الوطنية للمراقبة على الصادرات الدولية. فتقوم الدول الأعضاء في هذه المجموعة بتنسيق إجراءات الرقابة الوطنية على الصادرات لتمكين المشاركين من الإيفاء بالتزاماتهم التي تملئها عليهم اتفاقية الأسلحة البيولوجية واتفاقية الأسلحة الكيميائية لأقصى درجة ممكنة. وفي الوقت نفسه، تقتضي إجراءات أعضاء المجموعة بالالتزام بتوسيع نطاق تجارة المواد الكيميائية والبيولوجية للأغراض السلمية فقط والمحافظة على صناعات نشطة في المجالات الكيميائية والبيو-تكنولوجية. كما إن إجراءات تراخيص المجموعة الأسترالية متاحة للجميع، وتحاول أن تساعد الصناعة على فهم تلك الإجراءات والسبب من ورائها وتشجيع الدول غير الأعضاء على تطبيق إجراءات وطنية مشابهة، ومنحهم الاستشارات لمنع انتشار هذه الأسلحة للحد من تفشي صناعة الأسلحة الكيميائية والبيولوجية. فمجموعة أستراليا بأجراءاتها التنسيقية تساعد على تقوية الأمن والسلام العالمي عبر ضمان ألا تسهم صادراتهم في تطوير أسلحة كيميائية وبيولوجية^(٥٨).

المطلب الثاني: دور المنظمات الدولية

تبقى الجهود والوسائل الوطنية الفردية غير كافية لردع الإرهاب البيولوجي والقضاء عليه لذلك اتجهت الدول إلى تنسيق الجهود فيما بينها وإعطاء دور أكبر للمنظمات الدولية المتخصصة للحد من مخاطر وتهديدات استخدام الأسلحة البيولوجية، سواء عبر تطوير الأنظمة الصحية لمواجهة الأخطار المحتملة للأمراض والأوبئة التي تسببها الهجمات البيولوجية، أو عن طريق التحقيق في احتمالات ارتكاب جرائم الإرهاب البيولوجي وملاحقة مرتكبيها. وتأتي في مقدمة تلك المنظمات المتخصصة بهذا الشأن منظمة الصحة العالمية والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية.

الفرع الأول: جهود منظمة الصحة العالمية.

في العام ١٩٤٦، قرر المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة في أول اجتماع له تشكيل لجنة من الخبراء في مجال الصحة والبيئة لأعداد مشروع اتفاقية دولية لإنشاء منظمة للصحة العالمية، وبعد دراسات معمقة انتهت اللجنة مشروعها وتم التوقيع على الاتفاقية في العام ذاته، إلا أنها لم تدخل حيز التنفيذ إلا في ٧/٤/١٩٤٨،

(٥٧) المصدر نفسه ، ص ٤٧.

(٥٨) مكافحة انتشار الأسلحة الكيميائية والبيولوجية، دعم الامن العالمي، مجموعة استراليا، يوليو ٢٠٠٧، ص ١-٤. متاح على الموقع الإلكتروني:

وتم اختيار مدينة جنيف مقراً للمنظمة. وتعد هذه المنظمة الجهة الدولية الأكثر اهتماماً بالتصدي لخطر الارهاب البيولوجي وتداعياته، وذلك بأنشائها قاعدة بيانات شاملة ووحيدة بشأن الحوادث البيولوجية وحث الدول على تحسين نظم الصحة العامة فيها لمواجهة تلك الحوادث، ومساعدتها على تنظيم الحملات الصحية للقضاء على الامراض الخطيرة سواء الناتجة عن الهجمات الارهابية البيولوجية أو عن تفاعلات الطبيعة مثل امراض الملاريا والسل والكوليرا والطاعون والجذري والسيدا وغيرها، فضلاً عن قيام هذه المنظمة بتنسيق الجهود الدولية لمنع انتشار هذه الاوبئة عبر نشر ارشاداتها الصحية وتدريب العاملين في المجال الصحي والتشجيع على النهوض بالبحوث العلمية والطبية على المستوى الدولي^(٥٩). وتعمل المنظمة وفق نظام ستة اقاليم لكل إقليم مكتب خاص لمساعدة الشعوب على بلوغ اعلى مستوى صحي ممكن عبر تقديمها لثلاثة انواع من الخدمات وهي^(٦٠):

١. خدمات ذات صفة عالمية (نشر المعلومات بأنظمة عن تفشي الامراض الخطرة).
 ٢. مساعدة الدول في حل المشكلات الصحية التي تواجهها، كالمساعد في تقديم المنح الدراسية في الخارج واستئصال بعض الامراض الحساسة والعناية بالصحة العقلية والبدنية.
 ٣. العمل على تشجيع البحوث الطبية ونشر نتائجها لاكتشاف اسباب الامراض وطرق علاجها، وتحسين انتاج الامصال وتدريب القائمين بالبحوث.
- وعلى الرغم من الجهود الدولية الكبيرة التي تبذلها منظمة الصحة العالمية في مواجهة الازمات الوبائية في العالم ومحاولة تطويقها والقضاء عليها، إلا أنها غالباً ما تتعرض لانتقادات لأذعة من جانب الدول الكبرى في طريقة إجراءاتها المتبعة في مواجهة الازمات الوبائية في العالم، ومنها الازمة الوبائية الحالية لانتشار مرض (COVID-19) المعروف بفيروس كورونا الذي بدء تفشيه في مدينة ووهان الصينية في ديسمبر ٢٠١٩. وتحول إلى جائحة عالمية نتيجة انتشاره بسرعة كبيرة من الصين إلى ايران وايطاليا ثم إلى الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية التي اعتبرت من أكبر المتضررين في العالم من الناحيتين المادية والبشرية^(٦١). وانعكس العجز الذي شهدته اجراءات منظمة الصحة العالمية في تطويق جائحة كورونا والقضاء عليها، سلباً على معنويات دول العالم في مواجهة مثل هذه الاخطار الوبائية على البشرية، وفي الوقت نفسه خلقت هذه الازمة العالمية الثقة لدى الازهابين في كمية الخسائر البشرية والاقتصادية التي يمكن أن يتكبدها المستهدف بالسلح البيولوجي.

(٥٩) محمد المجذوب، التنظيم الدولي: النظرية العامة والمنظمات العالمية والاقليمية والمتخصصة، الطبعة الثامنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٦٥٩.

(٦٠) المصدر نفسه، ص ٦٦٠.

(61) Iman A. Mohammed, And others, Clinical course and disease outcomes in hospitalized patients with 2019 novel corona virus disease at Ibn- Al Khateeb Hospital in Baghdad, Iraq, Journal of the Faculty of Medicine, Volume 62, Issue 3, 2020, P.49-48.

الفرع الثاني: جهود المنظمة الدولية للشرطة الجنائية.

في ظل تطور الجرائم ووسائل واساليب المجرمين وقدرتهم على الانتقال من بلد إلى آخر للتصل من الملاحقات والمتابعات الجزائية، اوجد المجتمع الدولي جهاز شرطي دولي يسمى بالانتربول^(٦٢) وهو اختصار لعبارة (المنظمة الدولية للشرطة الجنائية) والتي تتولى مهمة مكافحة الجريمة الجنائية العابرة للحدود الوطنية للدول وملاحقة مرتكبيها وتسليمهم إلى الجهات الطالبة لهم لغرض تقديمهم للعدالة في حال فرارهم من دولة إلى أخرى^(٦٣). إذ تشترك وحدة الإنتربول بأجهزتها وإمكاناتها المتخصصة في عدد من العمليات الرامية إلى الحد من الاعمال الارهابية التي قد ترتكب باستخدام مواد بيولوجية لاستهداف المدنيين. وعادة ما يركز جزء اساس من برامج منظمة الانتربول على تنظيم دورات محددة، الغرض منها تأهيل أجهزة إنفاذ القانون عبر تدريبهم على عمليات منع الاعتداءات الإرهابية البيولوجية والاستعداد والتأهب لمواجهةها. وتشمل هذه الدورات، التدريب على بناء القدرات وإجراء حلقات عمل وتمارين بالحاكاة لا يقتصر هدفها على إقامة تعاون على الصعيد الوطني والإقليمي فحسب، بل تعزيز نهج متعدد الوكالات في هذا المجال أيضا. وإحدى الفوائد الرئيسة لهذا الأمر هي توطيد التعاون بين أجهزة إنفاذ القانون وسائر القطاعات مثل قطاع الصحة العامة والأوساط الأكاديمية، الأمر الذي يسهل عملية تبادل المعلومات وإرساء ممارسات عمل موحدة وتنسيق عمليات مشتركة معها وبالإضافة إلى إعداد التقارير الاستخباراتية وتعميمها عبر قيام موظفون متخصصون في المنظمة بتقييم الاحتياجات على الصعيد الوطني أو الإقليمي وتقديم دعم عملياتي للأنشطة التي تنفذها أجهزة إنفاذ القانون في ميادين المختلفة من العالم^(٦٤).

(٦٢) منظمة الانتربول تضم عضويتها ١٩٣ دولة وهي عبارة عن منظمة دولية حكومية دائمة، تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، والأهلية القانونية اللازمة للقيام بمهامها دولياً، تم أنشاؤها من قبل مجموعة من الدول بمقتضى وثيقة أطلق عليها اسم "الدستور" بغرض الإشراف والتنسيق، ودعم التعاون الدولي بين أجهزة الشرطة في مجال مكافحة الجريمة العابرة لحدود الدول. ومن اهم تلك الجرائم هي جرائم الارهاب البيولوجي.

(٦٣) جاسم محمد علي جاسم، دور المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الانتربول في تعقب واسترداد المجرمين، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد ٤٨، بغداد، أيلول ٢٠١٩، ص ١٩١-١٩٣.

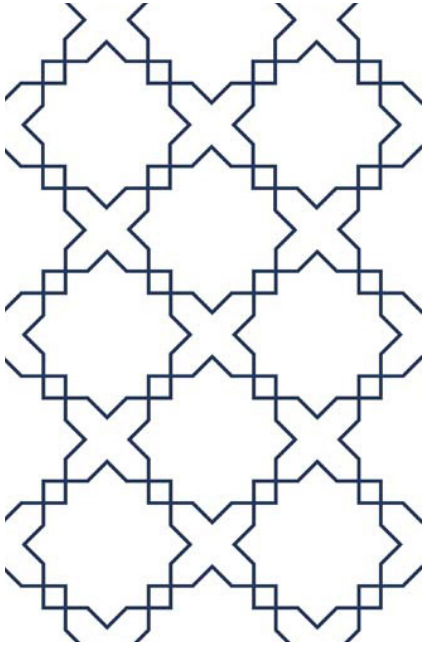
(٦٤) فرحي ربيعة، مصدر سبق ذكره، ص ١٧-١٨. وحמידة غزالة، مصدر سبق ذكره، ص ٥٤.

الخاتمة والاستنتاجات:

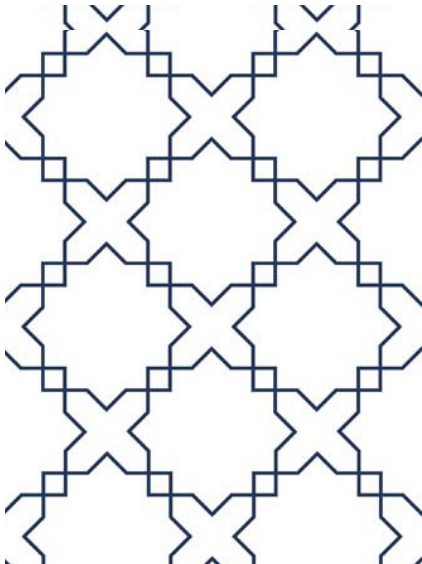
أن تطور الاسلحة البيولوجية وتنافس القوى الدولية على اقتنائها وامكانية استخدامها في ظروف دولية معينة، بات يشكل خطراً حقيقياً على أمن وسلامة المجتمع الدولي، واصبح ذلك التنافس يشكل هاجساً أمنياً واقتصادياً واجتماعياً، خاصة في ظل وجود انظمة سياسية تحاول النهوض من جديد عبر استراتيجيات أكثر ملائمة لتحقيق طوجاتها بالهيمنة والمكانة الدولية. فخطورة الاسلحة البيولوجية سواء بزيادة انتاجها أو تخزينها أو امكانية استخدامها كسلاح، دفعت دول العالم وخاصة تلك التي ترى أنها الأكثر تهديداً من غيرها إلى العمل على تحصين نفسها بواسطة الاخذ بالاحتياطات الوقائية اللازمة وانشاء مراكز الدفاع البيولوجي والعمل على تطوير منتجاتها للحد من خطر انتشار العوامل البيولوجية، فضلاً عن قيام المنظمات الدولية بتشجيع ودعم الدول لاتخاذ اجراءات وقائية ودعم نظم الصحة العامة، وحماية البيئة من السموم، وتكثيف التعاون الدولي لتبادل المعلومات الأمنية والصحية بين مختلف الدول لمواجهة أي تهديد ارهابي بيولوجي.

أهم ما توصل إليها الباحثين من استنتاجات وتوصيات:

١. على الرغم من توقيع اتفاقية الاسلحة البيولوجية لعام ١٩٧٢، إلا أن التعاون الدولي لمواجهة الارهاب البيولوجي يفترق إلى الآليات الواضحة للحد من هذه الظاهرة، وربما يعود ذلك إلى عدم وجود تعريف دولي محدد للارهاب بشكل عام، فما يعد ارهاباً بنظر دولة ما، يعد عملاً دفاعياً أو مقاوماً بنظر دولة اخرى.
٢. أن زيادة اخطار اندلاع الحروب البيولوجية تتطلب زيادة التعاون الدولي في مجال تبادل الخبرات وتوقيع اتفاقيات دولية جديدة في اطار الامم المتحدة تواكب المستجدات الحديثة التي ظهرت نتيجة تطور انتاج واستخدام السلاح البيولوجي في العالم.
٣. ينبغي تكثيف الأبحاث العلمية والدراسات المتعلقة بجوانب الوقاية والدفاع ضد الحروب البيولوجية من جانب العلماء والمختصين بهدف معرفة الأسرار الغامضة عن هذه الأسلحة ومدى كفاءتها وقدراتها على الإصابة وإحداث الدمار والهلاك للمجتمعات والأماكن المستهدفة.
٤. ضرورة الكشف الدوري لكل الدول المتوقع استخدامها للسلاح البيولوجي ومحاولة إصدار قرارات أممية للتأكيد على سلمية برامجها البيولوجية.
٥. في حالة الشك بحصول هجوم بيولوجي فإنه ينبغي تطعيم الافراد من المدنيين أو العسكريين المعرضين للتلوث بالأسلحة البيولوجية وذلك عند الشعور بالخطر مع ضرورة عزلهم لمنع انتشار العدوى وعلاجهم، فضلاً عن القيام بالقضاء على الحشرات والقوارض التي قد يعتمد عليه العدو في نشر سلاحه البيولوجي.



دراسات مترجمة



الرأي الاستشاري الثامن لاتفاقية الأمم المتحدة المنظمة لعقود البيع الدولي للبضائع حساب التعويضات بموجب المادة ٧٥ والمادة ٧٩ (١)

ترجمة

أ.م.د حسين جبر حسين الشويلي

محمد المصطفى رسول محمد

الجامعة العراقية / كلية القانون والعلوم السياسية / قسم القانون العام

(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 الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، أو ما تسمى باتفاقية فينا ١٩٨٠ (CISG) والمساعدة على التوحيد في تطبيقها. وقد أصدر المجلس الاستشاري لغاية الآن عشرين رأياً استشارياً بخصوص مسائل مختلف في تفسيرها ضمن نصوص الاتفاقية. وهذه الآراء 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 إلى الرجوع إلى هذه الآراء، ارتأينا ترجمتها الى اللغة العربية قدر المستطاع ونشرها في مجلة كليتنا، وقد سبق لنا نشر الآراء السبعة الأولى في أعداد مجلتنا، واستكمالاً للسلسلة ننشر هنا الرأي الثامن مع التعليقات الملحقة به على أمل متابعة نشر باقي الآراء في الأعداد القادمة . كما أننا نجد أن من المفيد إضافة بعض الحواشي التي نراها ضرورية للإحاطة بآراء المجلس.

المادة ٧٥:

إذ فسخ العقد وحدث، على نحو معقول وخلال مدة معقولة بعد الفسخ، أن قام المشتري بشراء بضائع بديلة أو قام البائع بإعادة بيع البضائع، فللطرف الذي يطالب التعويض أن يحصل على الفرق بين سعر العقد وسعر شراء البديل أو السعر عند إعادة البيع وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤.

المادة ٧٦:

(١) إذ فسخ العقد وكان هناك سعر جار للبضائع، فللطرف الذي يطالب بالتعويض، إذا لم يكن قد قام بالشراء أو بإعادة البيع بموجب المادة ٧٥، أن يحصل على الفرق بين السعر المحدد في العقد والسعر الجاري وقت فسخ العقد وكذلك التعويضات الأخرى المستحقة بموجب المادة ٧٤، ومع ذلك إذ كان الطرف الذي يطلب التعويض قد فسخ العقد بعد تسلمه البضائع، يطبق السعر الجاري وقت تسلم البضائع بدلاً من السعر الجاري وقت فسخ العقد.

(٢) لأغراض الفقرة السابقة، فإن السعر الجاري هو السائد في المكان الذي كان ينبغي أن يتم فيه تسليم البضائع أو، إذا لم يكن ثمة سعر سائد في ذلك المكان، فالسعر في مكان آخر يعد بديلاً معقولاً، مع مراعاة الفروق في تكلفة نقل البضائع.

الرأي:

١-١ وضعت كلا من المادة ٧٥ والمادة ٧٦، طريقاً لحساب التعويضات حينما يفسخ العقد.

٢-١ لا تحل المواد ٧٥ أو المادة ٧٦ محل المادة ٧٤، لكنهما يمنحان الأطراف المتضررة نهجاً بديلاً يمكن استخدامه لحساب التعويضات.

٣-١ لا يجب أن تمنح التعويضات بموجب المادة ٧٥ أو المادة ٧٦ الطرف المتضرر امتيازات أكثر من تلك التي كانت ستمنح له لو أن العقد قد نفذ على نحو صحيح.

١-٢ يسمح للطرف المتضرر بموجب المادة ٧٥ أن يحصل على تعويضات تتمثل بالفرق بين السعر المحدد في العقد والسعر المحدد بالصفقة البديلة.

٢-٢ أن سعر العقد هو السعر المحدد بنصوص العقد أو بموجب أحكام المادة ٥٥.

٣-٢ يمكن أن يستخدم سعر الصفقة البديلة لحساب التعويضات بموجب الصيغة المبينة في المادة ٧٥ إذا قام الطرف المتضرر بصفقة بديلة بطريقة معقولة ووقت معقول. ٤-٢ في حال إذا ما كانت الصفقة البديلة غير معقولة، فيمكن حساب التعويضات بموجب المادة ٧٦ أو ٧٥.

٣. أن الطرف الذي يستحق التعويضات بموجب المادة ٧٥ يمكن أن يحصل على تعويضات إضافية بموجب المادة ٧٤.

- ٤-١ يستحق الطرف المتضرر تعويضات تتمثل بالفرق بين السعر المثبت بأحكام العقد والسعر الجاري.
- ٤-٢ لغرض حساب التعويضات بموجب أحكام المادة ٧٦، يجب ان يكون سعر البضائع محددًا بشكل صريح أو ضمني بأحكام العقد.
- ٤-٣ يشير مصطلح السعر الجاري إلى سعر بضاعة تم بيعها في ظروف مماثلة في التجارة المعنية.
- ٤-٤ يحدد السعر الجاري في وقت فسخ العقد، أي اللحظة التي يعلن ان العقد فُسخ فيها، ولكن لو استلم الطرف المتضرر البضاعة فان الوقت الذي يحدد فيه سعر البضاعة هو الوقت الذي استلم فيه البضاعة.
- ٤-٥ (أ) ان المكان الذي يحدد فيه السعر الجاري، هو المكان الذي يتم فيه تسليم البضاعة.
- (ب) لو لم يكن هنالك سعر جاري في مكان تسليم البضاعة، فيحدد السعر الجاري في مكان بديل معقول.
٥. اذا لم يحدد في نصوص العقد سعر البضاعة، واذا لم يكن هنالك سعر جاري وفقاً للمادة ٧٦، فيمكن حساب التعويضات بموجب المادة ٧٤.
٦. ان الطرف الذي يستحق التعويضات بموجب المادة ٧٦، بإمكانه ان يحصل على تعويضات إضافية بموجب المادة ٧٤.

التعليقات:

- ١- وضعت المادة ٧٥ والمادة ٧٦ منهجاً لحساب التعويضات حينما يُفسخ العقد.
- ١-١-١ لو فشل طرفاً بإداء الإلتزامات العقدية بموجب أحكام الاتفاقية، فان للطرف المتضرر سبل انتصاف عديدة، بما فيها حقه في الحصول على تعويضات^(٢).
- وبينت المواد ٧٤-٧٦ المبادئ التي تحكم حساب التعويضات^(٣).
- ١-١-٢ الغرض من أحكام هذه المواد هو خلق مركز قانوني للطرف المتضرر يشبه المركز القانوني في حال تنفيذ العقد^(٤). توفر المادة ٧٤ تعويضاً لما لحق الطرف المتضرر من خسائر وما فاتته من أرباح صافية. وتوفر المادة ٧٥ و٧٦ نهجاً لحساب

(٢) راجع المواد ٤٥ و ٦١ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع. وضعت المواد بين ٧٤ و ٧٧ الأحكام التي تنظم حساب التعويضات، ويمكن لمواد أخرى عديدة تؤثر على حق حساب التعويضات. راجع أحكام المواد (٦، ٧، ٨، ٩، ٦٦، ٨٠، ٨٥، ٨٦، ٨٧، ٨٨).

(٣) راجع أحكام المواد ٧٤-٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع. توفر المادة ٧٧ قواعد للتخفيف الاضرار، رجع المادة ٧٧ من نفس الاتفاقية. توفر المادة ٧٩ و ٨٠ إعفاءات من المسؤولية.

(٤) راجع:

H. Stoll & G. Gruber in P. SCHLECHTRIEM & I. SCHWENZER, COMMENTARY ON THE U.N.

CONVENTION ON

THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, 2d edition, Oxford, New York, 2005, art. 2 74; J.

HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES, 3d edition, Kluwer, The Hague, § , 1999

403 (citing TREITEL, REMEDIES, 82 , 1998).

التعويضات في حالة فسخ العقد^(٥). فتوفر المادة ٧٥ منهجاً لحساب التعويضات إذ فسخ الطرف المتضرر العقد ودخل لصفقة بديلة^(٦). وفي حالة فسخ الطرف المتضرر العقد ولم يدخل في صفقة بديلة، حينها تسمح المادة ٧٦ بحساب التعويضات بشكل مجرد في ظروف محددة.

٢-١ لا تحل المواد ٧٥ أو المادة ٧٦ محل المادة ٧٤، لكنهما يمنحان الأطراف المتضررة نهجاً بديلاً يمكن استخدامه لحساب التعويضات.

١-٢-١ توفر المواد ٧٥ و٧٦ طريقاً بديلاً لحساب التعويضات في حال فسخ العقد. ولا تعد هذه النصوص إلزامية في طبيعتها. لذلك يعود للأطراف حق اللجوء لهذه المواد لحساب التعويضات^(٧). وبهذا فإن المواد ٧٥ و٧٦ لا تحل محل المادة ٧٤، وإنما تكملها وتعمل بالارتباط معها^(٨).

٢-٢-١ قد يجد الطرف المتضرر ان من مصلحته ان يحسب الاضرار وفقاً للمواد ٧٥ أو ٧٦ بشكل يعارض المادة ٧٤، وذلك لأن طلب التعويضات بموجب المادة ٧٤، يطلب من الطرف المتضرر ان يثبت انه عانى من أضرار بدرجة قريبة من اليقين وتطلب هذه المادة من الطرف المتضرر ان يبين مسائل عدة ومن بينها حساباته الداخلية وزبائنه وعلاقاته التجارية الأخرى وإلخ^(٩). على العكس من المادة ٧٥ و٧٦ التي لا تتطلب بيان هذه المسائل لحساب التعويضات بموجبها.

٣-١ لا يجب ان تمنح التعويضات بموجب المادة ٧٥ أو المادة ٧٦ الطرف المتضرر امتيازات أكثر من تلك التي كانت ستمنح له لو ان العقد قد تم تنفيذه على نحو صحيح.

١-٣-١ ان التعويضات بموجب المادتين ٧٥ و٧٦ تكون بمقدار الضرر الذي أصاب الطرف المتضرر، ولا يجب ان تمنح الطرف المتضرر مكاسب إضافية. فيجب ان

(٥) حوار عن حساب التعويضات بموجب المادة ٧٤، راجع الرأي الاستشاري السادس للمجلس الاستشاري لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، حساب التعويضات وفقاً للمادة ٧٤، ربيع العام ٢٠٠٦.
(٦) راجع المادة ٧٥ و٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع.
(٧) راجع:

P. HUBER & A. MULLIS, THE CISG - A NEW TEXTBOOK FOR STUDENTS AND PRACTITIONERS, Sellier, München, 13 §, 2007(VII)(1).

(٨) راجع المواد ٧٥ و٧٦، لا تتطلب المادة ٧٥ من الطرف المتضرر ان يقوم بعمل صفقة بديلة، ولكن يشكل ذلك فشل بالقيام بواجبات المادة ٧٧ بتخفيف الاضرار، راجع المادة ٧٧. راجع أيضاً:
قرار هيئة التحكيم، التحكيم الدولي التجاري لغرفة التجارة لروسيا الاتحادية، ٦ حزيران ٢٠٠٠، موقع اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع الرقم ١٢٤٩ (pace) (أشارت هيئة التحكيم بان المشتري لم يقم بالإلتزامه بتخفيف الأضرار نظراً لفشله في فسخ العقد ولم يقبل عمل صفقة بديلة). ومن الجدير بالإشارة ان التعويض بموجب المادة ٧٦ يمكن ان يتأثر بالمادة ٧٧، لأن واجب تخفيف الأضرار يتطلب من الطرف المتضرر ان يقوم بعمل صفقة بديلة لأن عمل صفقة بديلة سيجعل التعويضات أقل من تلك التعويضات بموجب المادة ٧٦. راجع أيضاً:

Huber & Mulis, the CISG 13 (VII) (3) (b).

(9) p. SCHLECHTRIEM, CALCULATION OF DAMAGES IN THE EVENT OF ANTICIPATORY BREACH UNDER THE CISG, 2006,

§§ I, III (available at <<http://www.cisg-online.ch/cisg/FS20%Hellner.pdf>>) ("SCHLECHTRIEM, CALCULATION OF DAMAGES"); see also CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74 (Spring 2006).

لا تجعل هذه التعويضات الطرف المتضرر بمركز أفضل مما كان عليه لو نفذ العقد^(١٠). فعلى سبيل المثال لو فسخ المشتري الذي هو الطرف المتضرر العقد وقام بشراء بضاعة لغرض القيام بالتزاماته تجاه الغير في عقد طويل الأجل، وكان ثمن الصفقة البديلة أعلى من العقد الذي فُسخ، فلا يمكنه هنا ان يطلب تعويضات عن الاضرار الناجمة عن الفرق بين العقد الذي فسخ والصفقة البديلة بالاضافة الى ما فاته من كسب نتيجة للصفقة البديلة^(١١).

٢-١ يسمح للطرف المتضرر بموجب المادة ٧٥ ان يحصل على تعويضات تتمثل بالفرق بين السعر المحدد في العقد والسعر المحدد للصفقة البديلة.

٢-١-١ توفر المادة ٧٥ مناهج لحساب التعويضات حينما يفسخ العقد و« المشتري ابتاع بضاعة بديلة أو ان البائع قد أعاد بيع البضاعة»^(١٢). فيمكن للطرف المتضرر في هذه الحالات « ان يحصل على تعويض يتمثل بالفرق بين سعر العقد وسعر الصفقة البديلة كذلك أي تعويضات أخرى بموجب المادة ٧٤»^(١٣).

٢-١-٢ يكمن الغرض من المادة ٧٥ في ضمان أن الطرف المتضرر سيحصل على منافع العقد الذي فُسخ في حال ما إذا قام الأخير بالحد من الأضرار حينما يلجئ الى صفقة بديلة^(١٤). ويتمثل الأساس المنطقي للمادة ٧٥ بما يلي:

« إذ عُلِنَ عن فسخ العقد من قبل البائع وذلك لأن المشتري أحل بالتزاماته العقدية، فيكون للبائع الحرية في إعادة بيع البضاعة. وكقاعدة، يكون من مصلحة البائع ان يفعل ذلك. وبشكل مماثل، لو فسخ العقد من قبل المشتري لانتهاك البائع لإلتزاماته، سيكون من مصلحة المشتري ان يشتري نفس البضائع من مشتري آخر لو أمكن ذلك. لو نجح الطرف الذي لم ينتهك التزاماته العقدية باستبدال البضاعة أو إعادة بيعها، سيكون باستطاعته الحد من الاضرار. وأخذت المادة ٧٥ هذه المسألة بالحسبان ووضعت قواعد لحساب التعويضات في هكذا حالات»^(١٥).

(١٠) راجع:

SCHLECHTRIEM, CALCULATION OF DAMAGES, op. cit.

(ان الحساب المجرد للتعويضات وفقاً لسعر السوق قد ينتج نتائج سلبية إذ قد توفر هذه الأسعار مكاسب للطرف المتضرر، ولكن يمكن تحاشيها بالإلتزام بواجب الحد من الأضرار بموجب المادة ٧٧). (١١) راجع قضية:

GERMANY, LG München (Furniture case), 6 April 2000, CISG-Online.ch 665, English translation available at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000406g1.html>>.

(١٢) راجع المادة ٧٥.

(١٣) راجع المادة ٧٥.

(١٤) راجع:

Stoll & Gruber, op. cit., art. 1, 75.

(١٥) راجع:

V. Knapp, in C. BIANCA & M. BONNELL, COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, THE 1980

VIENNA SALES CONVENTION, Giuffrè, Milano, 1987, art. 2.1 75. Both the UNIDROIT Principles and the PECL

contain provisions similar to Article 75 of the Convention. See UNIDROIT Principles art. 7.4.5; PECL art. 9:506.

٢-٢ ان سعر العقد هو السعر المحدد بنصوص العقد أو بموجب أحكام المادة ٥٥.

٢-٢-١- من أجل حساب التعويضات بموجب المادة ٧٥، يجب ان يكون هنالك «سعر للعقد». ويحدد سعر العقد بشكل صريح أو ضمني في نصوص العقد المفسوخ أو يحدد سعر العقد بموجب نصوص المادة ٥٥^(١٦). وتبين المادة ٥٥ بأنه حينما يبرم العقد «بشكل صحيح» ولكن من دون ان يحدد الأطراف بشكل صريح أو ضمني لسعر العقد، فان كلفة العقد تحدد «بالسعر الاعتيادي» للبضاعة في وقت إبرام العقد، طالما لم يشر أطراف العقد إلى عكس ذلك^(١٧).

٢-٣ يمكن ان يستخدم سعر أي صفقة بديلة لغرض احتساب التعويضات بموجب نصوص المادة ٧٥ فقط في حالة قيام الطرف المتضرر بعقد صفقة بديلة بطريقة معقولة ووقت معقول.

٢-٣-١ لا يكون التعويض ممكنا بموجب المادة ٧٥ إلا إذا : (١) انتهك المشتري إلتزاماته، وقام البائع ببيع البضاعة بعد ذلك ، أو انتهك البائع إلتزاماته وقام المشتري بشراء بضاعة بديلة، و (٢) كانت ظروف الصفقة البديلة معقولة^(١٨). ولذلك فان على الطرف المتضرر ان يتصرف كرجل أعمال حذر ومتبصر حينما يراقب الممارسات التجارية ذات الصلة^(١٩). ولا حاجة للطرف المتضرر ان يسلك السبل الممكنة حينما يسعى لإعادة بيع البضاعة أو شراء بضاعة جديدة. وكل الظروف المحيطة بالصفقة البديلة سيتم أخذها بالحسبان، ونتيجة لما تقدم فان الصفقة البديلة يمكن ان تكون فوق سعر السوق، ومع ذلك تدخل ضمن معيار المعقولة^(٢٠)، فان الطرف المتضرر سيحصل على تعويضات نتيجة لذلك، وكما بين ذلك تعليق الأمانة العامة:

« إذ تمت الصفقة البديلة بوسيلة معقولة... بحيث أدى اتمام الصفقة بطريقة معقولة لأن يجعل إعادة البيع بأعلى سعر معقول قدر الإمكان بتلك الظروف أو يجعل شراء البضاعة بأدنى سعر معقول قدر الإمكان. وهكذا، فلا حاجة لأن تكون الصفقة البديلة مطابقة في البيع من حيث (السعر أو الكمية أو وقت التوصيل) طالما كانت

Stoll & Gruber, op. cit., art. 5 76.

(١٦) راجع نص المادة ٥٥، وراجع أيضا:

(١٧) راجع نص المادة ٥٥.

(١٨) راجع نص المادة ٧٥.

(١٩) راجع:

Stoll & Gruber, op. cit., art. 6 75; see also ARBITRAL AWARD, ICC 1995/8128 (Chemical fertilizer case),

CISG-Online.ch 526, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>.

(٢٠) راجع قرار هيئة التحكيم:

ARBITRAL AWARD, ICC 1995/8128 (Chemical fertilizer case), CISG-Online.ch 526, English translation

<available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>>

((يؤخذ بالحسبان عوامل عدة كالوقت بالنسبة للطرف المتضرر، لبيان ما إذا كانت الصفقة معقولة للطرف المتضرر)). راجع أيضا:

Stoll & Gruber, op. cit., art. 6 75.



صفحة بديلة للعقد الذي فسخ»^(٢١).

٢-٣-٢ يجب ان تبرم الصفقة البديلة في مدة زمنية معقولة بعد فسخ العقد^(٢٢). تبدأ المدة الزمنية المعقولة بعد إعلان الطرف المتضرر عن فسخ العقد^(٢٣). ويعتمد طول المدة الزمنية المعقولة على جملة أمور من بينها توافر البضاعة في السوق وتنوعها وغير ذلك من الامور. على سبيل المثال، إذ كان سوق البضاعة متقلباً فان طول المدة الزمنية يكون قصيراً نسبياً^(٢٤). وعلى خلاف ذلك لو كانت البضاعة فريدة من نوعها أو موسمية فان المدة الزمنية تكون أطول ضمن المعقول^(٢٥).

٢-٣-٣ تتفق بعض المحاكم وبعض الكتابات الفقهية على امكانية ان تستخدم المادة ٧٥ لاحتساب التعويضات في حالات حدوث الصفقة البديلة قبل فسخ العقد، إذا أعلن أحد الأطراف بشكل واضح بانه لن يقوم بأداء التزاماته بموجب العقد^(٢٦). وهذا الاتجاه يخالف اللغة الصريحة والواضحة للمادة ٧٥، والتي نصت على ان موعد إبرام الصفقة البديلة يكون بعد فسخ العقد. فإبرام صفقة بديلة يتطلب ان يسبقه فسخ العقد، لأن إعلان فسخ العقد يعني انتهاء حقوق الأفراد بموجب العقد ومنحهم الحرية لتحقيق مصالحهم في مكان آخر^(٢٧).

(٢١) تعليق الأمانة العامة، المادة ٧١ (مشروع مادة نظيرة للمادة ٧٥ من اتفاقية البيع الدولي للبضائع). التعليق متاح على الرابط التالي:

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm75-.html>>.

ان تعليق الأمانة العامة في العام ١٩٧٨ لصياغة أحكام الاتفاقية، ولكن هذا التعليق لا يعد رسمياً على اتفاقية البيع الدولي للبضائع. لكنه يمثل مع ذلك إنطباع الأمانة العامة على أغراض وأعمال اللجنة ويقدم مساعدة في تحليل نص الاتفاقية. راجع أيضاً:

A. KRITZER, GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS

CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Kluwer, 1990.

إذ لاحظ الفقيه « ان التعليق الأمانة العامة هو نظير للتعليقات الرسمية على الاتفاقية ، وهي تعتبر من أهم الأدوات في فهم الاتفاقية».

(٢٢) راجع:

Stoll & Gruber, op. cit., art. 7 75.

(٢٣) راجع تعليق الأمانة العامة، مصدر سابق، تعليق على المادة ٧١.

(٢٤) راجع على سبيل المثال قضية:

GERMANY, OLG Hamburg (Iron molybdenum case), 28 February 1997, CISG-Online.ch 261, English translation available at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>.

(٢٥) راجع على سبيل المثال حكم للمحكمة الألمانية:

راجع قرار المحكمة الألمانية:

GERMANY, OLG Düsseldorf (Shoe case), 14 January 1994, CISG-Online.ch 119, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>

((بينت المحكمة ان المدة الزمنية المعقولة، هي ثلاثة أشهر بالنسبة للبضاعة الموسمية)).

(٢٦) راجع قرار المحكمة الألمانية:

Y, OLG Hamburg (Iron molybdenum case), 28 February 1997, CISG-Online.ch 261, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>

والذي ذكرت فيه المحكمة:

((يمكن ان يحسب التعويضات من دون فسخ العقد، حينما يكون ضرورياً لحماية مبدأ الانصاف وفقاً لمبدأ حسن النية)).

Stoll & Gruber, op. cit., art. 5 75.

راجع أيضاً:

(٢٧) راجع أيضاً قرار المحكمة الألمانية:

OLG Bamberg (Fabric case), 13 January 1999, CISG-Online.ch 516, English translation available at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990113g1.html>>.=

٢-٣-٤ يجب ان تكون الصفقة البديلة بديلة فعلاً للعقد الذي فسخ، وقد يكون أثبات كون الصفقة «بديلة» أمراً صعباً بالنسبة للطرف المتضرر طالما انه غالباً ما يبرم عقوداً مشابهة للعقد المفسوخ. في هذه الحالة، يكون للطرف المتضرر عدة خيارات، لتحديد ما إذا كانت الصفقة البديلة هي صفقة بديلة قبل إبرامها، أو اختيار الصفقة الأولى بعد فسخ العقد لتكون هي الصفقة البديلة، أو ان يلجئ للمادة ٧٦^(٢٨). ولا يوجد ما يلزم بأن تكون شروط الصفقة البديلة مطابقة لشروط العقد الأصلي، لكن من الممكن ان يكون من الضروري أن يتم تقييم الاضرار الناجمة بين العقدتين بناء على الفرق بين شروط الصفقتين وبناء على احتساب الزيادة والنقصان في النفقات^(٢٩).

٢-٤ في حال إذا ما كانت الصفقة البديلة غير معقولة، فيمكن حساب التعويضات بموجب المادة ٧٦ أو ٧٥.

٢-٤-١ تشترط المادة ٧٥ لحساب التعويضات ان تجد الجهة المعنية بان الصفقة البديلة كانت معقولة^(٣٠). وقد نهض هناك اختلاف حاد بخصوص احتساب التعويضات حينما يبرم الطرف المتضرر صفقة بديلة تكون غير معقولة.

٢-٤-٢ وفق واحد من الاتجاهات، في حال لجوء الطرف المتضرر بالدخول إلى صفقة بديلة وكانت هذه الصفقة غير معقولة، فان ذلك ينظر له وكأن لم تكن هناك صفقة بديلة على الاطلاق^(٣١). وهكذا تحسب التعويضات وفقاً للمادة ٧٦ من دون ان يؤخذ بنظر الإعتبار الصفقة البديلة، هذا إذا تم استيفاء شروط حساب التعويضات بموجب المادة ٧٦ (وجود سعر مثبت في العقد وسعر جاري للبضائع)^(٣٢). وإذ كان من غير الممكن احتساب التعويضات بموجب المادة ٧٦ فيمكن احتسابها بموجب المادة ٧٤. يوضح قرار المحكمة الألمانية في قضية OLG Hamm هذا المنهج في تاريخ ١٦ كانون الثاني من العام ١٩٩٢^(٣٣). انتهك البائع إلتزاماته العقدية في هذه القضية بشراء ٢٠٠ طن من لحم الخنزير، فسخ البائع العقد ثم أعاد بيع البضاعة بسعر يفرق بنسبة ٢٥٪ من كلفة العقد. بينت المحكمة ان العقد قد تم فسخه بشكل ملائم، لكن إعادة بيع البضاعة لم تتم «بطريقة معقولة» ونتيجة لذلك لا تقع ضمن نطاق المادة ٧٥. وبهذا فان

=والذي ذكرت فيه المحكمة:

((لا يكون حساب التعويضات ملائماً حينما يجري المشتري صفقة بديلة قبل فسخ العقد)).

Knapp, op. cit., art. 2.4 § 76;

HONNOLD, op. cit., § 410.1.

(٢٨) راجع:

راجع أيضاً:

(٢٩) راجع أيضاً: تعليق الأمانة العامة، مصدر سابق، تعليق على المادة ٧١، ٣-٤.

(٣٠) راجع تعليق الأمانة العامة، المصدر السابق، ٤.

(٣١) راجع تعليق الأمين العام، المصدر السابق، ٦.

(٣٢) راجع:

(٣٣) راجع قرار للمحكمة الألمانية:

GERMANY, OLG Hamm (Frozen bacon case), 22 September 1992, CISG-Online.ch 75, English

translation

available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>

إذ ذكرت المحكمة ما يلي:

(بان المادة ٧٦ ستستخدم في مثل هذه الظروف).



التعويضات سيتم حسابها بموجب المادة ٧٦، عوضاً عن المادة ٧٥ (٣٤).
 ٢-٤-٣ وأما المنهج الآخر لحساب التعويضات في حالة كون الصفقة البديلة غير معقولة فهو الإبقاء على الاحتساب بموجب المادة ٧٥، لكن بتعديل الكلفة في الصفقة البديلة على النحو الذي تصبح فيه معقولة، مع الإشارة إلى أسباب التي جعلت الصفقة البديلة غير معقولة (٣٥). ولا يمكن للطرف المتضرر ان يحصل على تعويضات تتجاوز كلفة الصفقة البديلة حتى لو كانت معقولة (٣٦). ومع ذلك، فان هذا المنهج يخالف نصوص المادة ٧٥ التي بينت بشكل واضح بان يكون هنالك صفقة بديلة أبرمت بوسيلة وبوقت معقولين بعد فسخ العقد (٣٧). بالإضافة الى ان اجراء التعديل الضروري لتحقيق نتيجة مكافئة للصفقة البديلة المعقولة، يتطلب معرفة بسعر البضاعة في السوق. وهذا يعني انه إذ كان للبضاعة سوقاً فان حساب التعويضات في صفقة بديلة غير معقولة وفقاً لمنهج التعديل بموجب المادة ٧٥ سؤدي في الغالب الى ذات النتائج التي يؤدي اليها احتساب التعويض بموجب المادة ٧٦ (٣٨).

٢-٤-٤ حينما يبرم الطرف المتضرر صفقة بديلة بطريقة غير معقولة، فان ما ينسجم مع منهج وهدف المواد المتعلقة بالتعويض عن خرق العقد في الاتفاقية، أن يستبعد تطبيق المادة ٧٥، عوضاً عن ذلك يُسمح للطرف المتضرر بحساب التعويضات على نحو مجرد وفق المادة ٧٤ أو على نحو واقعي وفق المادة ٧٦. وأكد على ذلك تعليق الأمانة العامة:

« إذا كانت إعادة بيع البضاعة أو شراء بضائع جديدة قد تمت بشكل غير معقول أو توقيت غير معقول بعد فسخ العقد، فان التعويضات تحسب كما لو لم يكن هنالك صفقة بديلة. وفي هذه الحالة يتم اللجوء للمادة ٧٢ (المادة في المسودة التي تقابل المادة ٧٦)، وإذ أمكن تطبيق فالمادة ٧٠ (المادة في المسودة التي تقابل للمادة ٧٤) (٣٩).
 ٣- ان الطرف الذي يستحق التعويضات بموجب المادة ٧٥ يمكن ان يحصل على تعويضات إضافية بموجب المادة ٧٤.

٣-١ يمكن بموجب المادة ٧٥ ان يحصل الطرف المتضرر على تعويضات إضافية (٣٤) قرار المحكمة الألمانية:

OLG Hamm (Frozen bacon case), 22 September 1992, CISG-Online.ch 75, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>

Stoll & Gruber, op. cit., art. 9 75.

(٣٥) راجع:

(٣٦) المصدر السابق.

(٣٧) راجع المادة ٧٥، لاحظ أحد الشراح بان هذا الحل سيخلق حالة من عدم اليقين غير الضروري وهكذا يكون بعيداً عن المنطوق الواضح للمادة ٧٦ أو ٧٤ من اتفاقية البيع الدولي للبضائع. راجع:

HUBER, op. cit., § 13(VII)(2)(a)(bb) Fn.1051.

Stoll & Gruber, op. cit., art. 9 75

(٣٨) راجع:

(٣٩) تعليق الأمانة العامة، المصدر السابق، ٦، ٧١. لم توفر مبادئ مؤسسة الدولية للقانون الدولي الخاص الموحد ولا مبادئ قانون العقود الأوروبية بيان واضح عن مشكلة كيفية حساب التعويضات حينما تكون الصفقة البديلة غير واضحة، لكن هيكلية حساب التعويضات المشابهة لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع قادت لاستنتاج مفاده بان الحل الذي نتوصل له مشابه لحل اتفاقية البيع الدولي للبضائع.

راجع مبادئ المؤسسة الدولية للقانون التجاري المادتين (١، ٤، ٦-٧، ٤، ٧)، ومبادئ قانون العقود الأوروبي المادتين (٦، ٥٠٦-٩٠٧).

بموجب المادة ٧٤. الغرض من هذا النص ان يحصل الطرف المتضرر على تعويضات في حال ما إذا لم تلب الصفقة البديلة ما يتوقعه الطرف المتضرر بموجب المادة (٧٥^(٤٠)) يسمح هذا النص الذي يسمى ب (بند التعويضات الاضافية)، للطرف المتضرر ان يحصل على تعويضات عن الاضرار العرضية والتبعية بالإضافة للتعويضات وفقاً للمادة ٧٥. وتتضمن هذه التعويضات عدة أمور من بينها^(٤١): (١) الكلف المرتبطة بالصفقة البديلة تحت المادة ٧٥^(٤٢)، (٢) الخسارة الناجمة عن التأخير في تحديد الصفقة البديلة^(٤٣)، (٣) الخسارة الناجمة عن التغيير في سعر الفائدة أو التغيير في سعر صرف العملة الحاصلين اثناء الوقت ما بين الموعد المقرر فيه تنفيذ الصفقة وفق العقد والوقت الذي تتم فيه الصفقة البديلة^(٤٤)، (٤) تكاليف تحملها البائع نتيجة لمزاد غير ناجح للبيضائع أو بسبب تخزين البضاعة^(٤٥)،

HONNOLD, op. cit., § 415.

(٤٠) راجع: بينت مبادئ المؤسسة الدولية للقانون الدولي الخاص الموحد ومبادئ قانون العقود الأوروبية حينما لا توفر سعر السوق للطرف المتضرر «فائدة من الصفقة» ، يمكن للطرف المتضرر ان يحصل على تعويضات إضافية. راجع مبادئ المؤسسة الدولية للقانون الدولي الخاص الموحد المادة (٧،٤،٦) ومبادئ قانون العقود الأوروبية (٩:٥٠٧). وتسمح مدونة القانون التجاري الموحدة في الولايات المتحدة (U.C.C) للحصول على تعويضات عرضية وتبعية (بما فيها خسارة الأرباح) حينما لا توفر صيغة سعر السوق تعويضات كافية. راجع نصوص المواد (٧٠٨-٢، ٧٠٦-٢، ٧١٢-٢).

(٤١) راجع: Stoll & Gruber, op. cit., art. 10 75; 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) at 53 95.

(٤٢) راجع قضية: AUSTRALIA, Downs Investments v. Perwaja Steel, Supreme Court Queensland, 17 November 2000, CISGOnline.ch 587.

(٤٣) راجع قضية: UNITED STATES, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp., U. S. Court of Appeals (2d Circuit), 6 December 1995, CISG-Online.ch 140. Stoll & Gruber, op. cit., art. 10 75.

نقلاً عن: إذ بينت المحكمة:

((يمكن التعويض عن كلفة العمال نتيجة لإغلاق المصنع)).
(٤٤) راجع قضية: GERMANY, LG Krefeld (Shoe case), 28 April 1993, CISG-Online.ch 101. (يحصل البائع على تعويضات إضافية تتعلق هذه التعويضات، بأتعاب المشتري حينما أعلن عن فسخ العقد، الفوائد التي دفعها البائع للقروض، والخسارة التي تكبدها بائع نتيجة لانخفاض قيمة الليرة الإيطالية عن موعد الذي كان من المفترض ان يدفع فيه المشتري)).
(٤٥) راجع قضية:

SWITZERLAND, HG Aargau (Cutlerly case), 26 September 1997, CISG-Online.ch 329, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1.html>

إذ بينت المحكمة ما يلي:
((يحصل البائع على تعويض في تلك الحالات التي انتهك فيها المشتري أحكام العقد حينما رفض تسلم البضاعة، وتعويضات إضافية تتعلق كلفة البضاعة التي لم يستطيع البائع إعادة بيعها، وتكلفة نقل البضاعة نتيجة لعدم تسلم المشتري)).
وراجع أيضاً قضية:

UNITED STATES, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp. U. S. Court of Appeals (2d Circuit), 6 December 1995, CISG-Online.ch 140.

إذ بينت المحكمة ما يلي:
((يحصل البائع على تعويضات مرتبطة بشحن البضاعة وبالتعرفة الجمركية لها، وحدث رفض تسلم البضاعة المعيبة وإعادتها)).



(٥) تكاليف مرتبطة بفشل الصفقة^(٤٦).

٢-٣ في بعض الصفقات البديلة، لا يكون من المناسب تطبيق بند ((التعويضات (الإضافية)) لصالح الطرف المتضرر لما فاته من كسب. وهذا يحصل عندما تهيء الصفقة البديلة للطرف المتضرر ذات الفرص للربح التي تهيئها له الصفقة الأصلية^(٤٧). ففي هذه الحالة، فإن منح تعويضات إضافية للطرف المتضرر يجعله في وضع اقتصادي أفضل من وضعه فيما لو نفذ العقد الأصلي.

٣-٣ توضح قضية LG München في ٦ نيسان من العام ٢٠٠٠ ما ذكر أعلاه^(٤٨)، ففي هذه القضية، انتهك البائع التزاماته العقدية حينما لم يتم بتسليم الأثاث للمشتري الذي رغب المشتري بإعادة بيعه للغير، نتيجة لذلك أجبر المشتري على شراء البضاعة بسعر أعلى، ثم قام ببيعه للغير. لم تمنح محكمة المقاطعة المشتري التعويضات لما فاته من كسب^(٤٩). معللة حكمها بأن المشتري قد حصل على تعويضات كافية، أي ان الربح الذي كسبه المشتري من الصفقة البديلة، ومن التعويضات بموجب المادة ٧٥ قد لبي ما يتوقعه من مصلحة.

٣-٤ لن يكون ملائماً للطرف المتضرر ان يحصل على تعويضات بموجب المادة ٧٥ لعمله صفقة بديلة، ثم يحصل على تعويضات على ما فاته من كسب بموجب المادة ٧٤ كتعويضات إضافية. سيحصل الطرف المتضرر على تعويضات مضاعفة من الصفقة البديلة ومن التعويض لما فاته من كسب لأن الأخيرة تفترض عدم وجود صفقة بديلة^(٥٠)، فالطرف المتضرر يكون مخير بين الحصول على تعويض بموجب المادة ٧٥، أو الحصول على تعويض على ما فاته من كسب، لكن ليس بإمكانه ان يحصل على

(٤٦) راجع قرار هيئة التحكيم:

ICC 1995/8128 (Chemical fertilizer case), CISG-Online.ch 526, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>

إذ بينت هيئة التحكيم ما يلي:

((يجب تعويض المشتري نفقات الأكياس ذات التصميم الخاص التي استخدمت في الصفقة البديلة، الذي اضطر نتيجة لانتهك البائع لالتزاماته العقدية لشراء أكياس ذات تصميم خاص لكي تستخدم لتوصيل البائع)). راجع أيضاً:

UNITED STATES, Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp., U. S. Court of Appeals (2d Circuit), 6 December 1995, CISG-Online.ch 140.

إذ بينت المحكمة ما يلي:

((منح تعويضات متعلقة بالآلات التي تم شرائها لكي تستخدم على بضاعة لم يتم توصيلها)).

Stoll & Gruber, op. cit., art. 11 75.

(٤٧) راجع قضية:

(٤٨) راجع:

LG München (Furniture case), 6 April 2000, CISG-Online.ch 665, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000406g1.html>.

(٤٩) المصدر السابق.

(٥٠) راجع قضية:

GERMANY, OLG Hamburg (Jeans case), 26 November 1999, CISG-Online.ch 515, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991126g1.html> (citing danger of double recovery).

كليهما^(٥١). ولكن في حالات الخسارة الفعلية في البضاعة، فإن الصفقة البديلة ستعامل كصفقة إضافية لا صفقة بديلة للعقد الذي فُسخ^(٥٢). ففي تلك الحالات التي يمكن ان تحدث فيها الصفقة البديلة بغض النظر عن فسخ العقد، فتعني هذه الحالات بإمكانية حساب التعويضات بموجب المادة ٧٦ أو ٧٤، ومع الاحتفاظ بالإضافة إلى ذلك بأرباح الصفقة البديلة.

١-٤ يستحق الطرف المتضرر تعويضات تتمثل بالفرق بين السعر المثبت بأحكام العقد والسعر الجاري.

١-١-٤ تمنح المادة ٧٦ تعويضات للطرف المتضرر الذي فسخ العقد، لكن لم يتم بإبرام صفقة بديلة بموجب المادة ٧٥، « وتتمثل بالفرق بين السعر المثبت بأحكام العقد والسعر الجاري..... وكذلك أي تعويضات مستحقة بموجب المادة ٧٤^(٥٣). وصف هذا المنهاج بحساب التعويضات، كمنهج مجرد لا ملموس كما هو الحال في المادة ٧٥^(٥٤).

٢-١-٤ تمنح المادة ٧٦ سبلاً للتعويض حينما يُفسخ العقد في حالتين وهما: (١) في حالة إذ كان الطرف المتضرر هو المشتري، الذي لم يتم بشراء بضاعة بديلة بموجب المادة ٧٥ أو (٢) في حال إذ ما كان الطرف المتضرر هو البائع، ولم يتم بإعادة بيع البضاعة بموجب المادة ٧٥^(٥٥). من الجدير بالإشارة، ان هنالك تفضيل مستمر لحساب التعويضات الملموس بموجب المادة ٧٥ أكثر من حساب التعويضات المجرد بموجب المادة ٧٦، وغالباً ما يكون له الأولوية وذلك حينما تستوفى شروط المادة ٧٥^(٥٦).

Stoll & Gruber, op. cit., art. 11 75.

(٥١) راجع:

(٥٢) راجع التعليق العمومي الرسمية لمبادئ مؤسسة القانون الدولي الخاص الموحد، المواد ٧، ٤، ٥. (٥٣) راجع المادة ٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، وراجع أيضاً مدونة القانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية في أحكام الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ إذ نصت على ما يلي (حساب التعويضات للبائع وفقاً للسعر الجاري في السوق)، وأحكام الفقرة الثانية من المادة ٧١٢ من نفس القانون والتي نصت على ما يلي (حساب التعويضات للمشتري وفقاً للسعر الجاري في سوق).

FLECHTNER, op. cit., at 99.

راجع أيضاً:

والتي ناقش فيه الفقيه الفرق بين منهجية مدونة القانون التجاري الموحد في حساب التعويضات وفقاً للسعر الجاري في السوق، ومنهجية اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.

(٥٤) يمكن للطرف المتضرر ان يلجئ للمادة ٧٤ لحساب التعويضات، ولكن مهما يكن أشار الفقيه Peter Schlechtrie ان هنالك بعض الحالات يكون من مصلحة الطرف المتضرر ان يتحصل على التعويضات بموجب المادة ٧٦.

SCHLECHTRIEM, CALCULATION OF DAMAGES, op. cit., § III:

راجع أيضاً:

إذ بين الفقيه ما يلي: ((لقاعدة السعر الجاري في السوق فائدة كبيرة للطرف المتضرر وخاصة في الحالات العابرة للحدود، وذلك لأنها تتخلى عن أثبات التعويضات بشكل واقعي، وبهذا تتحاشى القواعد الوطنية المتضاربة في تقييم الأدلة، على سبيل المثال من يكون الباحث عن الحقائق، هل هو القاضي أم هيئة المحلفين؟ وما هي درجة الاحتمالية التي تجعل الدليل كاملاً؟ اليقين بنسبة ٩٩% أم الاحتمالية المعقولة، أو هل تترك للسلطة التقديرية للقاضي لحساب التعويضات للطرف المتضرر، مثل ذلك الحال في المادة ٢٨٧ من قواعد القانون الإجماعي الألماني.

(٥٥) راجع المادة ٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.

(٥٦) راجع قضية:

OLG Hamm (Frozen bacon case), 22 September 1992, CISG-Online.ch 75, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>

إذ بينت المحكمة ما يلي:

((وجود صفقة بديلة، يعني حساب ملموس للتعويضات وفقاً للمادة ٧٥ يعلو على حساب التعويضات المجرد وفقاً للمادة ٧٦)).



٤-١-٣ تم توضيح هدف المادة ٧٦ على النحو الآتي:

«لا حاجة لوجود دليل ملموس يبين وقوع الخسارة بسبب عدم الأداء، تستند هذه القاعدة على مُسلمة مفادها ان (للمتعهد له) الحق في إبرام صفقة بديلة وفقاً للسعر الجاري، وبهذا فان على المتعهد تحمل تكلفة الصفقة البديلة وفقاً للسعر الجاري. ولكن لا يسمح للمتعهد ان يحصل على فائدة لو رفض المتعهد له إجراء صفقة بديلة، لكنه قرر ان يأخذ مسكلاً آخر^(٥٧).

٤-١-٤ يمكن ان تستخدم المادة ٧٦ لحساب التعويضات في حال لو أجرى الطرف المتضرر صفقة بديلة، ولم تتم هذه الصفقة البديلة بوسيلة معقولة أو بتوقيت معقول بعد فسخ العقد^(٥٨). يمكن حساب التعويضات وفقاً للمادة ٧٦ كما لو لم تحصل صفقة بديلة، طالما ان متطلبات المادة ٧٥ لحساب التعويضات لم يتم استيفائها.

٤-١-٥ يمكن ان تستخدم المادة ٧٦ لحساب التعويضات عوضاً عن المادة ٧٥ ايضاً، حينما يبرم الطرف المتضرر عقوداً في السوق بشكل مستمر لشراء بضاعة مشابهة لتلك التي في العقد الذي فُسخ^(٥٩). ويكون ذلك في تلك الحالات التي يتعرض فيها الطرف المتضرر لخسارة فعلية في حجم المبيعات، فيبرم عدة صفقات بديلة مشابهة للعقد الذي فُسخ، بحيث يكون من غير الممكن تحديد الصفقة البديلة، وبهذا يجعل حساب التعويضات وفقاً للمادة ٧٥ مستحيلاً^(٦٠). وتبعاً لذلك يمكن للطرف المتضرر حساب التعويضات بشكل مجرد وفقاً للمادة ٧٦ ويسعى للحصول على تعويضات إضافية بموجب المادة ٧٤^(٦١).

٤-٢ لغرض حساب التعويضات بموجب أحكام المادة ٧٦، يجب ان يكون سعر البضائع محدداً بشكل صريح أو ضمني بأحكام العقد.

٤-٢-١ تنص المادة ٧٦ بان سعر العقد يجب ان يكون محدداً في نصوص

Stoll & Gruber, op. cit., art. 1 76.

(٥٧) راجع:

(٥٨) تعليق الأمانة العامة، المصدر السابق، المادة ٧٢ (مادة نظيرة للمادة ٧٦ من اتفاقية عقود البيع الدولي للبضائع).

(٥٩) راجع:

E.A. FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS, 3d edition, Aspen, New York, 2004, p. 252.

راجع أيضاً:

P. SCHLECHTRIEM, UNIFORM SALES LAW - THE UN-CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, Manz, Vienna, 1986, p. 97.

Knapp, op. cit., art. 2.4 § 76.

(٦٠) راجع

وراجع أيضاً:

J. ZIEGEL, THE REMEDIAL PROVISIONS IN THE VIENNA SALES CONVENTION: SOME COMMON LAW PERSPECTIVES, in N. GALSTON & H. SMIT, eds., INTERNATIONAL SALES: THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, M. Bender, New York, 9.05 §, 1984.

(٦١) راجع المادة ٧,٤,٦ من مبادئ المؤسسة الدولية للقانون الدولي الخاص الموحد والتي تشابه أحكام المادة ٧٦، وراجع أيضاً:

التعليق الرسمي على المادة ١٧,٤,٦ من مبادئ المؤسسة الدولية للقانون الدولي الخاص الموحد.

ICC 8502 (Rice case), 1 November 1996, CISG-Online.ch 1295.

وراجع قرار هيئة التحكيم:

والتي ناقشت فيها هيئة التحكيم المادة ٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، والمادة ٧,٤,٦ من مبادئ المؤسسة الدولية للقانون الدولي الخاص الموحد والتي تشابه أحكام المادة ٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.

العقد^(٦٢). على العكس من المادة ٧٥، والتي تسمح للطرف ان يحدد سعر العقد بموجب المادة ٥٥. تتطلب المادة ٧٦ ان يكون سعر البضاعة محدداً بشكل صريح أو ضمنياً بشكل سابق على حساب التعويضات^(٦٣).

٤-٢-٢ أقرح البعض امكانية استخدام المادة ٧٦ لحساب التعويضات في العقود غير محددة الثمن^(٦٤). وقد استنبط هذا المنهج من وجهة النظر التي تذهب الى ان مبدأ التعويض الكامل يجب ان يسمح باستخلاص الثمن وفق المادة^(٦٥). غير ان هذا النهج يتعارض مع ما ذهبت اليه أحكام المادة ٧٦ ويجب الا يطبق^(٦٦). وبذلك ، ففي حالة عدم وجود سعر مثبت في العقد فان المادة ٧٦ لا تطبق ، ويمكن للطرف المتضرر الذي فسخ العقد، ولم يتم بإبرام صفقة بديلة ان يتحصل على التعويضات بموجب المادة ٧٤. ٤-٣ يشير مصطلح السعر الجاري إلى سعر بضاعة يتم بيعها في ظروف مماثلة في التجارة المعنية.

٤-٣-١ يكون حساب التعويضات وفقاً للمادة ٧٦ ممكناً إذ كان للبضاعة سعراً جارياً^(٦٧)، ولا يشترط وجود سعر جاري للبضاعة وجود سعر رسمي أو غير رسمي لأسعارها في السوق^(٦٨). ويبين السعر الجاري للبضاعة بالسعر العام للبضاعة ذاتها وفي

(٦٢) راجع الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.

Stoll & Gruber, op. cit., art. 3 ¶ 76.

(٦٣) راجع:

SCHLECHTRIEM, CALCULATION OF DAMAGES, op. cit., §§ IV. 3, 1(b).

(٦٤) راجع:

(٦٥) المصدر السابق.

Stoll & Gruber, op. cit., art. 5 76.

(٦٦) راجع:

وراجع أيضاً:

(ملخص للقاءات اللجنة الأولى، اللقاء السابع والثلاثون، تقرير اللجنة الصياغة للجنة، المادة ٧١ والمادة ٧٢) والتي أصبحت المواد ٧٥ و٧٦ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، ٧ نيسان ١٩٨٠، متوفر على الأنترنت:

(<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/firstcommittee/Meeting37.html>)).

(٦٧) راجع قضية:

Tallinna Ringkonnakohtus (Novia Handelsgesellschaft mbH v. AS Maseko), 19 February 2004, CISG-Online.ch 826, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040219e3.html>

إذ بينت المحكمة ما يلي:

((يتطلب من البائع لتقديم دليل كافي لوجود سعر جاري لمعجون الطماطم لكي يتحصل على تعويضات بموجب المادة (٧٦)).

See Knapp, op. cit., art. 3.3 § 76.

(٦٨) راجع:

راجع التعليق الرسمي للجنة مبادئ القانون الدولي الخاص الموحد ٦، ٤، ٧، ٢ (هذا سيكون غالباً وليس بالضرورة سعر السوق المنظم). ولكن مهما يكن فان البضاعة التي يطلبها البائع» قد تستوجب حساب التعويضات بموجب المادة ٧٤ عوضاً عن المادة ٧٦. راجع ايضاً

(٦٩) راجع قضية:

GERMANY, OLG Celle (Vacuum cleaners case), 2 September 1998, CISG-Online.ch 506, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>

(بان السعر الجاري هو سعر ذات البضاعة في ذات القطاع المعني في ظروف مشابهة)).

راجع أيضاً:

B. NICHOLAS, The Vienna Convention on International Sales, 105 L.Q. REV. 1989, 230, Fn. 30.

لتحديد ما إذا كانت البضاعة مقاربة، يمكن للطنة التحكيم الرجوع للمادة ٣٥ من اتفاقية البيع الدولي للبضائع، والتي وضعت الشروط التي تبين إذا ما كانت البضاعة مطابقة.

(٧٠) راجع قرار هيئة التحكيم: =



مدة مقارنة للعقد. يجب ان يؤسس السعر الجاري للبضاعة على أسس موضوعية وليس من الممكن ان تقيم البضاعة وفقا لاعتبارات شخصية. وقد تكون التعديلات ضرورية لبيان أي فرق بين المدد الزمنية بين الصفقة الملغاة وسعر السوق^(٦٩).

٤-٤ يحدد السعر الجاري في وقت فسخ العقد، أي اللحظة التي يعلن ان العقد فسخ فيها، ولكن لو استلم الطرف المتضرر البضاعة فان الوقت الذي يحدد فيه سعر البضاعة هو الوقت الذي استلم فيه البضاعة.

٤-٤-١ يحدد السعر الجاري وفقاً للمادة ٧٦ في «وقت فسخ العقد. يشير مصطلح فسخ العقد إلى اللحظة التي أعلن عن فسخ العقد فيها»^(٧٠).

٤-٤-٢ لكن إذ كان فسخ العقد قد تم بعد تسلم البضاعة فهذا يعني بان وقت تحديد السعر الجاري هو وقت استلام المشتري هذه البضاعة^(٧١). ويطبق هذا المبدأ بغض النظر عن ما اذا كان البائع يعلم بوجود سبب لفسخ العقد «وقت استلام البضاعة»^(٧٢). يستخدم هذا المبدأ لمنع الطرف المتضرر من التلاعب بوقت فسخ العقد لكي يزيد من

=ARBITRAL AWARD, ICC 8740 (Russian coal case), 1 October 1996, CISG-Online.ch 1294.

وضح شرح التعليق على المادة ٧،٤،٦ من مبادئ لجنة القانون الدولي الخاص الموحد بان السعر الجاري هو السعر المحدد بالمقارنة بسعر بضاعة مشابهة أو خدمات مشابهة. ولتحديد السعر الجاري يمكن الرجوع للمنظمات المهنية وغرف التجارة، ومصادر عدة أخرى.

راجع التعليق الرسمي على المادة ٧،٤،١ الفقرة الثانية من مبادئ لجنة القانون الدولي الخاص الموحد. على الرغم من ان مبادئ قانون العقود التجارية الأوروبية توفر تعويضات تساوي الفرق بين السعر الجاري وسعر العقد، الا انها لم تبين معنى هذا المصطلح لا في النصوص ولا في التعليقات. راجع مبادئ قانون العقود الأوروبية، المادة ٩:٥٠٧.

(٦٩) راجع قرار هيئة التحكيم:

(Silicon and manganese alloy case), 1 February 2000, CISG/01/2000, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000201c1.html>

إذ بينت هيئة التحكيم (ان من الملائم تخفيض النسبة، حينما يكون السعر الجاري قد تم تأسيسه على بضاعة ذات نوعية أفضل من تلك التي في العقد المفسوخ).

راجع قرار هيئة التحكيم:

CIETAC (Silicate-iron case), 18 April 1991, CISG/01/1991, English translation available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910418c1.html>

((من غير الملائم لاستخدام سعر جاري للبضاعة غير مطابق لنفس شروط العقد المفسوخ)).

Stoll & Gruber, op. cit., art. 11 76.

(٧٠) راجع:

أشارت صياغة الفقرة الأولى من المادة ٧٢ في العام ١٩٧٨، بان لحظة التي يمكن ان يعلن فيها الطرف المتضرر عن فسخ العقد هي اللحظة التي يبدأ منها فسخ العقد. وضع هذا النص لمنع المضاربة من الطرف المتضرر على حساب الطرف الآخر. ولكن أعترض على صياغة المادة هذه لكونها غير يقينية وتمنح سلطة تقديرية للمحاكم لتفسير هذا النص خاصة في حالات الفسخ المتوقع لأحكام العقد.

Knapp, op. cit., art. 2.9.3-2.9.1 §§ 76.

راجع:

(٧١) لم تحتو مبادئ لجنة القانون الدولي الخاص الموحد، ولا مبادئ قانون العقود الأوروبية وقت تحديد السعر الجاري، فبين كلاهما ان وقت تحديد السعر الجاري هو وقت انتهاء العقد. راجع المادة ٧،٤،٦ من مبادئ لجنة القانون الدولي الخاص الموحد، والمادة ٩:٥٠٧ من مبادئ قانون العقود الأوروبية.

وأشارت المادة الثانية من قواعد القانون التجاري الموحد الأمريكية تحدد سعر البضاعة في السوق في وقت تسليم البضاعة بالنسبة للبائع، اما بالنسبة للمشتري فيحدد بالوقت الذي علم فيه المشتري بانتهاك البائع لإلتزاماته. وإذ كان من المتوقع ان يفضي انتهاك الإلتزامات إلى فسخ العقد ورفعت الدعوى قبل وقت من فسخ العقد، فتحدد التعويضات بالوقت الذي يعلم فيه الطرف المتضرر بفسخ العقد.

FLECHTNER, op. cit., at 100-99.

راجع:

Stoll & Gruber, op. cit., art. 11 76.

(٧٢) راجع:

مسؤولية الطرف الآخر^(٧٣).

٤-٤-٣ وفي حالات الاخلال المتوقع للعقد، اي الحالات التي يفسخ فيها الطرف المتضرر العقد قبل تاريخ تنفيذه، مما يقود الى تقييم غير دقيق للتعويضات بموجب المادة ٧٦^(٧٤). والسبب في ذلك يعود الى ان أسعار السوق قد تكون متقلبة، وبهذا فلا يوجد ضمان بان السعر سيكون ثابتا في وقت تنفيذ العقد ووقت فسخ العقد. وهنا يكون من الملائم ان احتساب التعويضات يبني على السعر الجاري في وقت تنفيذ العقد المستقبلي. وإذا لم يكن هناك سعر مستقبلي للبضاعة فان السعر الجاري وقت فسخ العقد هو الذي يستخدم حتى في حالات الاخلال المتوقع^(٧٥). يتبع هذا التفسير نص المادة ٧٦ وكذلك منطوق ان سعر السوق لا يشترط فيه ان يعكس كل شروط العقد المفسوخ^(٧٦)

٥-٤

(أ) ان المكان الذي يحدد فيه السعر الجاري، هو المكان الذي يتم فيه تسليم البضاعة.

(ب) اذا لم يكن هنالك سعر جاري في مكان تسليم البضاعة، فيحدد السعر الجاري في مكان بديل معقول.

٤-٥-١ تشير المادة ٧٦ للسعر الجاري بالنظر إلى «السعر السائد في المكان الذي كان من المفترض ان يتم توصيل البضاعة إليه» ويحدد المكان الذي كان من المفترض ان يتم توصيل البضاعة إليه وفقاً للمادة ٣١.

٤-٥-٢ إذ لم يكن هنالك سعر جاري في مكان توصيل البضاعة، فيحدد السعر الجاري في مكان آخر يمكن ان يكون بديلاً معقولاً له^(٧٧). لا يوجد معيار عالمي لتحديد ما إذا كان المكان الآخر هو بديل معقول^(٧٨). ولكن بشكل عام يكون المكان بديلاً معقولاً^(٧٩)، اذا أخذ فيه بالحسبان تكاليف النقل للصفحة البديلة في المكان البديل، ويجد التاجر العادي ظروف هذا المكان (من وجهة نظر البائع والمشتري) معقولة ويكون

FLECHTNER, op. cit., at 99.

(٧٣) راجع:

تم تبني المعيار المزدوج لأن بعض الوفود رأيت بان مشروع المادة والتي ذكر فيه (الوقت الذي يكون للطرف المتضرر أولاً حق فسخ العقد) كان غامضاً جداً، ولأن البعض كانوا يخشون ان استبدال وقت فسخ العقد يعني السماح للطرف المتضرر لتأجيل وقت فسخ العقد للاستفادة من تقلبات السوق. وذلك لأن وقت التوصيل غير ملائم بشكل عام لأنه في بعض الأحيان ربما لن يكون هنالك توصيل مثل حالة الفسخ المتوقع للعقد. ولهذا فان الصياغة النهائية للمادة تمنح تعويضاً مناسباً . راجع:

J. ZIEGLER in REPORT TO THE UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA ON CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, 1981 (available at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel76.html>>).

SCHLECHTRIEM, CALCULATION OF DAMAGES, op cit., Preliminary Remarks.

(٧٤) راجع:

(٧٥) المصدر السابق، §§ (٢)(d), (c).

(٧٦) راجع: تعليق الأمانة العامة، المصدر السابق، المادة ٤١ .٤.

(٧٧) الفقرة الثانية من المادة ٧٦ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، واما الفقرة الثانية من المادة ٧٠٨ و٧١٣ من مدونة القانون التجاري الموحد الأمريكي، ترى ان حساب التعويضات يكون في مكان تسليم البضاعة للبائع وفي أحيان كثيرة للمشتري أيضاً، لكن نصت الفقرة الثانية من المادة ٧١٣ بين ان مكان توصيل البضاعة للمشتري، والتي يرفض فيها المشتري البضاعة أو يلغي فيه المشتري قبوله بعد وصول البضاعة، هو المكان الذي يحدد فيه السعر الجاري.

ENDERLEIN & MASKOW, op. cit., art. 11 § 76.

(٧٨) راجع:

Knapp, op. cit., art. 3.4 § 76.

(٧٩) راجع:



هو المكان الأقرب مادياً^(٨٠). وقد يرى البعض وللوهلة الأولى ان عدم وجود سعر بديل في مكان التوصيل يعني عدم وجود سعر جاري على الإطلاق^(٨١). ولكن مع هذا، فإذا كان مكان التوصيل هو دولة البائع وفسخ المشتري العقد حينما وصلت البضاعة له وبعدما قام بفحصها، فيمكن في هذه الحالة الا يكون في استطاعة المشتري تحديد السعر الجاري في دولة البائع^(٨٢)، ففي تلك الحالات يمكن لجوء المشتري لتحديد السعر الجاري في مكان بديل معقول آخر.

٥- اذا لم يحدد في نصوص العقد سعره، و لم يكن هنالك سعر جاري وفقاً للمادة ٧٦، فيمكن حساب التعويضات بموجب المادة ٧٤.

٥-١ لا توضح المادة ٧٦ كيفية حساب التعويضات إذ لم يوجد سعر مثبت بالعقد أو لو لم يحدد السعر الجاري. لهذا ففي تلك الحالات يكون حساب التعويضات بموجب المادة ٧٤^(٨٣).

٦- ان الطرف الذي يستحق التعويضات بموجب المادة ٧٦، بإمكانه ان يحصل على تعويضات إضافية بموجب المادة ٧٤.

٦-١ تنص المادة ٧٦ كما هو الحال في المادة ٧٥، على ان الطرف المتضرر لا يستحق تعويضات تتمثل بالفرق بين السعر الجاري وسعر العقد فحسب، ولكن يستحق بالإضافة الى ذلك تعويضات إضافية بموجب المادة ٧٤ ايضاً. تتمثل هذه التعويضات بالخسائر الإضافية التي يتكبدها البائع والتي لا توفر المادة ٧٦ تعويضاً لها.

٦-٢ بين تعليق الأمانة العامة توضيحاً لحساب التعويضات بموجب المادة ٧٦:
المثال أ: كان سعر العقد ٥٠,٠٠٠ دولار إضافة لتكاليف التأمين والشحن. وفسخ البائع العقد لانتهاك المشتري لإلتزاماته الجوهرية بموجب العقد. فيتمثل السعر الجاري (في وقت فسخ العقد) في المكان الذي تسلم فيه البضاعة للناقل ٤٥,٠٠٠ دولار، بهذا فيستحق تعويضات قدرها ٥٠٠٠ دولار.

المثال ب: كان سعر العقد ٥٠,٠٠٠ دولار إضافة لتكاليف التأمين والشحن. فسخ المشتري العقد لأن البائع لم يقيم بتوصيل البضاعة إليه. كان السعر الجاري (في وقت فسخ العقد) في المكان الذي كان يجب ان يحصل فيه توصيل البضاعة ٥٣,٠٠٠ دولار، وتكبد المشتري خسارة ناجمة عن عدم توصيل البائع للبضاعة قدرها ٢٥٠٠. فتكون تكاليف التعويضات بموجب المادة ٧٦ و ٧٤ هي ٥٥٠٠ دولار^(٨٤).

٦-٣ حينما يحصل البائع على تعويضات بموجب المادة ٧٦ وتعويضات إضافية بموجب المادة ٧٤، فان المبلغ الإجمالي للتعويضات يجب الا يجعل الطرف المتضرر في مركز أفضل مما كان عليه لو نفذ العقد^(٨٥). لنفترض حالة على سبيل المثال فسخ البائع فيها العقد لانتهاك المشتري لإلتزاماته الجوهرية ولم يقيم البائع بإعادة بيع البضاعة.

Stoll & Gruber, op. cit., art. 10 ¶ 76.

ENDERLEIN & MASKOW, op. cit., art. 11 § 76.

HONNOLD, op. cit., § 413.

Knapp, op. cit., art. 3.7 § 76.

(٨٠) راجع :

(٨١) راجع :

(٨٢) راجع :

(٨٣) راجع :

(٨٤) تعليق الأمانة العامة، المصدر السابق، المادة ٧٢ / ٨.

(٨٥) راجع :

Knapp, op. cit., art. 2.7 § 76.

وكان السعر المحدد بموجب العقد ٥٠,٠٠٠ دولار وسعر السوق لبضاعة مشابهة كان في وقت فسخ العقد ٤٥,٠٠٠ دولار. ولهذا فإن ما يستحقه من التعويضات بموجب المادة ٧٦ هي ٥٠٠٠ دولار. ففي هذه الحالة ما زال لدى البائع بضاعته، ويستطيع بيعها بالسعر الجاري، وبهذا لو طالب البائع تعويضات بموجب المادة ٧٤ أيضاً، ليحصل على أرباح أكثر مما كان من المتوقع ان يحصل عليها لو تمت الصفقة. فان الطلب من الأجر ان يُرفض^(٨٦). فان حصوله على تعويضات على ما فاتته من أرباح سيوفر له على مكاسب اضافية، لأن البائع ما زال لديه بضاعته وكان بإمكانه بيعها وفقاً للسعر الجاري. ولكن مهما يكن لو أنخفض سعر البضاعة عما كان عليه في العقد، فيمكن ان يستحق البائع تعويضات إضافية. فمن المعلوم، ان المادة ٧٧ تتطلب من الطرف المتضرر ان يقوم بالإجراءات التي من شأنها ان تخفف من خسارته، بما فيها خسائر الأرباح، الناتجة عن انتهاك العقد. ولكن لو لم يتم بذلك، فيمكن للطرف الثاني ان يطالب بتخفيض التعويضات.

٤-٦ تشبه التعويضات التي يستحقها الطرف المتضرر بموجب المادة ٧٦ تلك التعويضات بموجب المادة ٧٥. لكن مع وجود عدة فروق ملحوظة بينهما^(٨٧)، لو تقدم الطرف المتضرر للحصول على تعويضات بموجب المادة ٧٦، قد يتحصل على تعويضات تتجاوز الفرق بين سعر العقد والسعر الجاري^(٨٨). فلو انتهك البائع العقد في ظروف ارتفعت فيها الأسعار، وتسبب للمشتري بضياع فرصة إعادة بيع البضاعة بسعر يتجاوز ٥٠٪ من سعر السوق، فسيستحق المشتري تعويضات تتمثل بفرق ٥٠٪ «كتعويضات إضافية»^(٨٩). يستحق البائع هذه التعويضات لو تقدم بطلب للحصول عليها بموجب المادة ٧٦ ولكن ليس بموجب المادة ٧٥، لأن إجراء صفقة بديلة يحفظ له فرصة الانتفاع من صفقة الطرف الثالث^(٩٠). وبالإضافة إلى ذلك فان ما فات الطرف المتضرر من كسب يكون كتعويضات إضافية مستحقة بموجب المادة ٧٦ حينما يتعرض الطرف المتضرر لخسائر فعلية في أحجام المبيعات.

(٨٦) من المفترض في هذه الحالة الا يوجد خسارة بأحجام حقيقية.

Stoll & Gruber, op. cit., art. 76, n. 39.

(٨٧) راجع:

(٨٨) المصدر السابق، يجب على الموعود ان يحاول ان يحد من الأضرار بموجب المادة ٧٧ للحصول على تعويضات.

(٨٩) يفترض هذا الشيء ان يتم التنبؤ بالتعويضات وان يتخذ الطرف المتضرر الخطوات اللازمة للحد من الأضرار.

id., art. 11¶ 75.

(٩٠) راجع:

أوكرانيا: اختار بوتين «حربه الأبدية»

كاتب المقال: السفير وليام تايلور/ المعهد الأمريكي للسلام

ترجمة: أ.م.د. رائد شهاب احمد

الجامعة العراقية - كلية القانون والعلوم السياسية

واجهت الولايات المتحدة الأميركية وحلفاؤها من الدول الديمقراطية الهجوم الروسي لأوكرانيا باتخاذ مواقف متمثلة بالعقوبات الاقتصادية والدعم الحازم لأوكرانيا لغرض الدفاع عن نفسها كدولة محتلة. وبينما فشل ذلك الردع لمنع الرئيس الروسي فلاديمير بوتين من اعلان الحرب على أوكرانيا، فان تصعيد العمليات العسكرية لازال أداة فاعلة للدول الديمقراطية لدعم أوكرانيا في تلك الحرب. أيضا، فان خيار بوتين بالحرب لازال قائم من خلال عدم التراجع عن فكرة احتلال أوكرانيا والغوص في هاوية أكبر حرب مدمرة في القارة الاوربية منذ ثمانية عقود.

اختار بوتين تجاهل العقوبات الغربية التي تم فرضها بعد ٥٥ دقيقة من اجتياحه أوكرانيا. حيث أرسلت روسيا في البداية قوات برية ودبابات الى الحدود الجنوبية في جزيرة القرم حيث يتواجد فيها انفصاليون اوكرانيون مناصرون له. في هذه الاثناء، وجه الرئيس الأميركي جو بايدن بتفعيل «دفعته الأولى» من العقوبات والتي من خلالها حظر التعاملات المالية مع اثنان من المصارف الروسية الحكومية بالإضافة للنخب الروسية التي قررت الوقوف بجانب بوتين في هذه الحرب. بالإضافة الى اميركا، قامت كل من بريطانيا، وأستراليا، واليابان، وكندا، و٢٧ دولة منضوية تحت مظلة الاتحاد الأوروبي بفرض عقوبات مشابهة. أيضا، قامت المانيا بإيقاف عملية افتتاح خط أنبوب لنقل الغاز والممتد من روسيا الى اوربا والمملوك للحكومة الروسية، حيث كلف ذلك الانبوب نحو ١١ مليار دولار أميركي. خلال تلك المواقف، صعد الرئيس بوتين عملياته العسكرية في أوكرانيا من خلال إطلاق صواريخ، وارسال طائرات مسيرة، وهجوم مدفعي، واحتلال مناطق جغرافية في أوكرانيا. وكرد فعل على ذلك، أعلنت الولايات المتحدة وبريطانيا فرض عقوبات إضافية على مصارف روسية ومقربين من بوتين من استيراد بضائع من كلتا الدولتين.

حرب بوتين «الابدية»:

يواجه الرئيس بوتين خطر سياسي داخلي يتمثل بكثرة اعداد القتلى الروس خلال اجتياح أوكرانيا. فالقوات الأوكرانية لا تستطيع صد الاحتلال الروسي لوحدها خاصة إذا ما علمنا بان عدد افراد الجيش الروسي يمثل ثلاث اضعاف مثيله الاوكراني وبميزانية تفوقها العشرة اضعاف. خلاف ذلك، فان أوكرانيا في هذه الحرب تدافع عن نفسها بطريقة مختلفة عن ٢٠١٤ عندما احتلت روسيا شبه جزيرة القرم من ناحية قدراتها الدفاعية المتنامية، والمعدات العسكرية الأكثر تطورا، والخبرة في القتال. علاوة على ذلك، فان المدنيين والمحاربين المتقاعدين الاوكرانيين تدربوا واستعدوا لأشكال قتال مختلفة مثل قتال المدن وحرب الشوارع والذي يعني بحد ذاته إمكانية وقوع خسائر مروعة ليس فقط من الأوكرانيين وانما من الروس ايضا.

منذ بدء الحرب، لازال يبدي بوتين مخاوف من ان ارتفاع اعداد الخسائر البشرية في صفوف جيشه قد تنهي حكمه في البلاد. حينما احتلت روسيا شبه جزيرة القرم عام ٢٠١٤، فان حكومته عمدت على إخفاء اعداد القتلى في صفوف القوات الروسية. حيث

تم نقل جثامين القتلى الى بيوتهم وقامت الحكومة بالضغط على عوائلهم لمنع تداول تلك الاخبار مع الأصدقاء او الأقارب او الاعلام. حيث وجد صحفيون ومناصرون للديمقراطية في روسيا بانه على الأقل فان نحو ٢٢٠ جندي من الجيش الروسي فقدوا حياتهم خلال السنة الأولى من الغزو. أيضا، على إثر قيامه بالتحري عن ذلك، فان زعيم المعارضة الروسي والنائب الأسبق لرئيس الوزراء بوريس نيمتسوف تعرض للاغتيال امام مبنى الكريملن عام ٢٠١٥.

لماذا كل ذلك الخوف من جانب بوتن؟ السبب في ذلك هو ان رغبة أوكرانيا للقتال من اجل استقلالها كدولة تميل للديمقراطية الاوربية يمثل مأزق صعب لحكم بوتن، حيث ان كلا الدولتين يتشاركان نفس العرق السلافي، التاريخ، واللغة. لذلك، فبالنسبة لـ ١٤٤ مليون روسي، فانه لا ديمقراطية مدوية في روسيا أكثر من تلك التي في أوكرانيا والتي كانت نتاج حملات سياسية وانتفاضات شعبية منذ عام ٢٠٠٤ من اجل تحقيق الشفافية والحكم القابل للمحاسبة من قبل العامة.

لذلك، فان صراع بوتن للخروج من خط تجربة الديمقراطية الاوكرانية وعدم تأثر روسيا بها ربما يكون عن طريق الدخول في حرب «أبدية» سواء من خلال القتال بالسلاح، التخريب، الهجوم السيبراني، او الفساد طالما ان حكمه لا يزال مستمر في موسكو. خلاف ذلك، فان الروس الان لا يتقبلون فكرة رفض بوتن لوجود نظام حكم شرعي ومستقل في أوكرانيا. وعليه، فان انتهاء ذلك التطور السياسي الاوكراني يتطلب (من وجهة نظر بوتن) الدخول في حرب شاملة. خلال مدة الـ ٢٢ عاما من حكم بوتن، فانه وخلال حوادث متكررة واجه النظام ضغط شعبي روسي ضد حكمه السلطوي اكثر من ذلك الذي يواجهه من ديمقراطية أوكرانيا او الميول الاوربية لأحداث تغيير في روسيا. حتى في ظل ضغط بوتن للسيطرة على اغلب وسائل الاعلام الروسية، فان الالاف من الروس تجمعوا في موسكو وسانت بيتسبرغ ومدن أخرى للتظاهر ضد ذلك الغزو. أيضا، نجح الحزب المعارض في روسيا (يابلوكو) من جمع نحو ٢٣ ألف توقيع لإعلان رفض الحرب على أوكرانيا. وفي رسالة تضمنت ٢٠٠٠ توقيع لمتقنين روس وضباط جيش سابقين طالبت بإنهاء الحرب تم ارسالها الى السلطة التشريعية لغرض المداولة كنوع من رفض سياسة بوتن العدائية.

في ضوء ذلك، فان العمل العسكري لبوتن يمثل فعل يائس. حيث ينبغي على اميركا والدول الديمقراطية في العالم دعم أوكرانيا ضد هذا الغزو ليس فقط كونه مسألة أخلاقية وانما بسبب ان المخرجات لتلك الازمة تهدد حكم القانون في بقاع العالم وتمنح مبادرة جديدة للأنظمة السلطوية لقلب الأنظمة الديمقراطية في دول اميركا اللاتينية وافريقيا واسيا.

الردع المستدام والديمقراطية:

سيحتاج المجتمع الدولي من الدول الديمقراطية لإدامة موقف حازم وموحد ضد بوتن الذي قد تطول امد حربه سنوات في أوكرانيا. بالتزامن مع العقوبات الجديدة والمعلنة

من قبل اميركا، والاتحاد الأوربي، ودول أخرى يجب ان تكون تلك الدول مستعدة لتقوية ودعم أوكرانيا ونظامها الشرعي والذي يقوده الرئيس فلاديمير زيلينسكي ومن اجل دعم حق أوكرانيا بالدفاع عن النفس.

في الوقت ذاته، فان الدول الغربية يجب ان تحافظ على الإبقاء على باب الدبلوماسية مفتوح. تلك الوسيلة يجب ان تمنح روسيا بشكل واضح خيار المفاوضات بقضايا أخرى مرتبطة بموضوع الحرب والتي يشكي منها بوتين باستمرار والمتمثلة بالاستقرار الاستراتيجي مثل الصواريخ، الانتشار النووي، التطور التقني العالي للسلاح، وعدد القوات في اوربا. في هذا الإطار، فان المعهد الأميركي للسلام يعمل بشكل جاد للمساعدة في توفير أرضية لمثل تلك الجهود الدبلوماسية. حيث ان تلك القضايا ستطيل من عمر حكم بوتين بالإضافة الى اطالتها عواقب الحرب الروسية - الأوكرانية.

كما هو الحال مع الاميركيين، فان الاوربيين والاوكرانيين يتعاونون سوية لإدارة تلك الازمة الان. كما يجب علينا ان نتذكر دوما بان تلك الحرب هي حرب دائمة. وعليه، فان ردود افعالنا ربما تشجع بوتين للتنازل عن تصعيده الحالي، لكن تلك الردود سوف لن توقف أفكار بوتين العدائية تجاه أوكرانيا، واوربا، وأميركا، والدول الديمقراطية عامة. الأهم في ذلك، هو ان تلك ردود الأفعال سوف لن تساعد في إيقاف ظروف الاندماج سواء في تلك التي في مصلحة الأنظمة السلطوية او تلك التي يسري فيها حكم القانون. حيث في ظل تلك الظروف، فان الاعتداء القادم من قبل بوتين او أي نظام سلطوي اخر سيكون أيضا محل نزاع.

ثمن القضية: كيف ستكون عاقبة العقوبات المفروضة على روسيا

ترجمة: م.م. حسام محمد خضير
مركز الدراسات الإستراتيجية والدولية - جامعة بغداد

إنَّ الشروع بالحملة العسكريَّة ضد أوكرانيا يطرح تساؤلات حول عواقب طويلة وقصيرة الأمد لقرار السلطات الروسيَّة. ويُمكن مناقشة هذه التساؤلات في عدة أبعاد، لعل أهمها: مُستقبل النظام الأوروبي، وتوازن القوى في أوروبا، ومُستقبل الدولة الأوكرانيَّة، وكذلك آثار الحرب الجانيَّة الإقتصاديَّة والسياسيَّة الداخليَّة بالنسبة لروسيا.

ينبغي النظر في الحرب الأوكرانيَّة في سياق محاولات موسكو بإعادة النظر في نظام أوروبا في مجال الأمن، ذلك النظام الذي تكوَّن بعد نهاية الحرب الباردة، والذي كان قد أثار تحوله قلقاً مُتزايداً في روسيا منذ منتصف تسعينيات القرن المُنصرم. إذ تكمن المُشكلة الأساسيَّة في توسع حلف الناتو تجاه الشرق. وإذا كانت موسكو وهي ليست بأفضل أحوالها الإقتصاديَّة والعسكريَّة قد اعترفت على مضض بالإنضمام إلى كتلة الأعضاء السابقين في مُنظمة معاهدة وارسو وبلدان البلطيق، فإنَّ روسيا كانت قد فسرت مُستقبل عضويَّة أوكرانيا والبلدان الأخرى التي كانت منضوية تحت لواء الإتحاد السوفيتي (سابقاً) على أنه خط أحمر.

إنَّ سلسلة الثورات الملونة والتي عدتها موسكو بأنها إلى حد ما مُختلفة من قبل الولايات المُتحدة الأمريكيَّة والغرب قد صبَّت الزيت في النار، إذ كان يُنظر إليها على أنها نوع من عمليات الإحتيال التي كانت توجه «الإختيار الحر للتحالفات» في المجري الضروري. وقد قادت أحداث السياسة الداخليَّة في أوكرانيا في العام ٢٠١٤ إلى أولى التدخلات الصارمة من جانب موسكو والتي تمثلت بإستعادة شبه جزيرة القرم، ومن ثمَّ تقديم الدعم للإفصاليين في منطقة الدونباس. عندئذ ليس بلا سبب، أستعانت روسيا بتدخل الناتو في أحداث يوغوسلافيا، والإعتراف بكوسوفو، فضلاً عن الكثير من الأحداث المبهمة التي جرت في أوروبا ما بعد القطبية الثنائيَّة. وقد أصبح التسارع الشديد في إنجراف كييف صوب الغرب كرد فعل لا مفرَّ منه على أحداث العام ٢٠١٤. وقد تشكل هيكل علاقات جديد ومُستقر نسبياً. وقام الغرب بفرض عقوبات على روسيا، لكن الأخيرة قد تحملتها. ووقعت أوكرانيا على إتفاقيات مينسك^(١)، إلا أنها عرقلت خفية تنفيذها بموافقة صامته من واشنطن وبروكسل. وعلى ما يظهر، أنَّ موسكو في وقت معين كانت تعد هذا الهيكل بالمغلوطن. ومع مرور الزمن، أن لم يكن بدمج أوكرانيا في حلف الناتو، فموسكو كانت تسمح لها، على أقل تقدير، بتحديث قواتها المُسلحة، وكذلك تقوية كيان دولتها تدريجياً. وكانت وجهة النظر هذه بحد ذاتها غير مؤكدة إلى حد ما، وعلى وجه الدقة، كان لدى روسيا ما يكفي من وسائل لردع كل الناتو، لا سيما أوكرانيا. ومع ذلك، فقد قرروا في الكرملين العمل، على ما يبدو، بمبدأ الإستباق.

(١) إتفاقيات أو إتفاقيات مينسك: تم التوقيع عليها في العاصمة البيلا روسيَّة (مينسك) في شهر فبراير من العام ٢٠١٥ بهدف وضع حد للنزاع الذي اندلع في منطقة الدونباس جنوب شرقي أوكرانيا. وتم تنسيق الوثيقة التي تحمل اسم «مجموعة الإجراءات الخاصة بتنفيذ إتفاقيات مينسك» في قمة عقدها في العاصمة البيلا روسيَّة في ١١-١٢ فبراير ٢٠١٥ زعماء دول «رباعيَّة النورماندي» (روسيا وأوكرانيا وفرنسا وألمانيا)، ووقعت عليها أيضا مجموعة الإتصال الخاصة بتسوية النزاع في شرق أوكرانيا (وهي تضم ممثلين عن حكومة أوكرانيا وروسيا ومنظمة الأمن والتعاون في أوروبا وجمهورية دونيتسك ولوغانسك الشعبيتين المعلنتين ذاتيا في جنوب شرق أوكرانيا). وفي ١٧ فبراير ٢٠١٥، تبنى مجلس الأمن الدولي قرارا يدعم هذا الإتفاق. للمزيد الإطلاع على: بنود إتفاقيات مينسك، روسيا اليوم، أخبار العالم، ٢٠٢٢/٢/١٤، ١٢:٤٦، الموقع متوفر عبر الرابط الآتي:

وقد كان يسبق تقاوم الوضع ماراثون دبلوماسي يتعلق بالمطالب الروسية بشأن الأمن في أوروبا. ويمكن عد المطلب الأهم من بينها هو تقديم ضمانات قانونية بعدم توسع الناتو. في الوقت نفسه، كانت موسكو تحشد الحشود العسكرية الكبيرة على الحدود مع أوكرانيا. وقد تم التعامل بعناية مع المطالب الروسية في الولايات المتحدة الأمريكية ودول الناتو، إذ أعرب الأخيرون بأنهم جاهزون للحوار حول بعض القضايا، إلا أنهم رفضوا النقاط المبدئية لدى موسكو. وأن سلسلة الزيارات إلى روسيا التي أجراها رؤساء الدول الأوروبية الكبرى، بما فيها بريطانيا العظمى، وفرنسا، وألمانيا، لم تُسفر عن أي نتائج. وأن محاولة إعادة العمل بـ (صيغة نورماندي)^(٢) قد باءت بالفشل. وقد اوضحت كيف أنه لن يكون هناك تقدم في تنفيذ إتفاقيات مينسك. وقد استمر الكثيرون في الشك حول حقيقة إقحام عسكري شامل لأوكرانيا، حتى بعد الاعتراف الرسمي من قبل موسكو بجمهورية لوغانسك ودونيتسك الشعبية. إلا أن جميع الشكوك سرعان ما تبددت في يوم الخميس الموافق ٢٤ فبراير (شباط) من العام الجاري.

وعلى نحو قابل للإفتراض، فإن أحد أهداف العملية العسكرية هو إجبار الغرب على الحوار مستقبلاً، والإستسلام للمطالب الروسية. إلا أنه ليس هناك أي دلائل تُشير إلى أن الغرب سيعتزم إجراء هكذا مُحدثات، لا سيما حول موضوع التنازلات. بل على العكس من ذلك تماماً، إذ سيكون موقف الولايات المتحدة الأمريكية وحلف الشمال الأطلسي أكثر تشدداً. وأن النظام الأوروبي سوف لن يتشكّل بالإتفاقات، وإنما بالأفعال الملموسة. فروسيا من جانب كشكل لإعادة صياغة مُحتملة تماماً للدولة الأوكرانية. والغرب كأقصى حصار وردع لروسيا. تتكون في أوروبا قطبية ثنائية غير متماثلة تستند إلى مواجهة عسكرية - سياسية لا تعرف المساومة بين روسيا وحلف الشمال الأطلسي. ومن وجهة نظر توازن القوى، فإن القطبية الثنائية غير المتناظرة ستستمر بعدم تكافؤ واضح في قدرات المُتخاصمين. وستزداد نفقات دول الناتو الدفاعية بشكل كبير جداً على خلفية المناهضة لموسكو. وستنُعش الحرب في أوكرانيا الأفكار القديمة بقوات مُتجددة من حيث زيادة الإنفاق على تحديث وشراء الأسلحة والمُعدات الحربية، وكذلك الإنفاق على الدفاع بشكل عام. وبحسب المؤشر الحالي، فإن القطيعة بين روسيا وحلف الشمال الأطلسي يُمكن عدّها بالتحتمية. وستزداد الفجوة بينهما في المُستقبل وتصبح أكثر شدة. وسيوضح إختلال التوازن أيضاً من خلال الفجوة المُتنامية في القدرات الإقتصادية. ليس هناك أدنى شك في أن الغرب سيفرض عقوبات صارمة على روسيا (الخطوة الأولى في هذا الإتجاه قد جرت في الرابع والعشرين من شهر فبراير/ شباط الماضي).

(٢) صيغة نورماندي: وهي صيغة تمخضت عن إجتماع غير رسمي في مقاطعة نورماندي الواقعة في شمال فرنسا جمع رؤساء الدول (فلاديمير بوتين - روسيا الإتحادية) و (بيتر بوروشنكو - رئيس أوكرانيا آنذاك) بوساطة المُستشارة الألمانية السابقة (أنجلا ميركل) والرئيس الفرنسي آنذاك (فرانسوا أولاند). وقد عقد هذا الإجتماع في ٦ يونيو (حزيران) من العام ٢٠١٤ بعد أن إستغل الوسطاء مناسبة الإحتفال بالذكرى السبعين لإنزال الحلفاء في النورماندي في الحرب العالمية الثانية. وفي ذلك الوقت، كانت روسيا الإتحادية قد ضمت شبه جزيرة القرم لها قبل بضعة أشهر من تأريخ اللقاء. وبالرغم من أن اللقاء لم يُسفر عن نتائج ملموسة فيما يخص الأوضاع في الدونباس الواقعة في شرق أوكرانيا، لكنه نجح في تأمين الإتصال المباشر الأول من نوعه في تاريخ الحرب الأوكرانية بين زعمي روسيا وأوكرانيا، لذا أعتبر «حاضنة» لمساعي الوصول إلى اتفاق سلام نهائي بين البلدين، فضلاً عن أن هذه القمة قد مهدت لإتفاقيات (مينسك) اللاحقة.

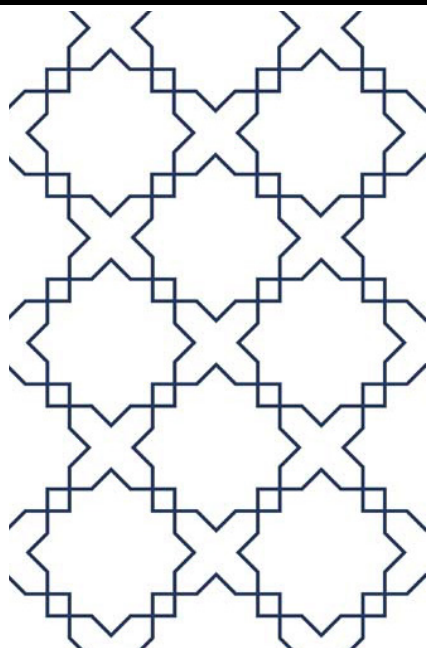
وسيدور الحديث حول تجميد البنوك الضخمة، والإزاحة التدريجية للنفط والغاز والمعادن، وكذلك المنتجات الخام الروسية الأخرى عن الأسواق الأوروبية والعالمية. ولأن كل القطاعات المذكورة تمتلك خصوصية معينة، فستكون العقوبات المفروضة عليها خاضعة لنظام معايرة من أجل تلافي الصدمات في الأسواق المحلية. ولكن لا شك في أن الغرب، رغم الخسائر الاقتصادية، سيعمل بإصرار وعزيمة وبأي ثمن في البحث عن مصادر أخرى للمواد الخام، والتي بها سيعيد بناء إقتصاده. ومن المتوقع أيضاً أن تكون هناك قيود على توريدات السلع الصناعية والتكنولوجية. ونظراً لإعتماد روسيا الكبير على الواردات، فإن مثل هذه الإجراءات ستعرق تطورها وستضعف من إختلال التوازن الإقتصادي. ولا شك في أن الإقتصاد الروسي سوف يتكيف مع محاولته في إيجاد أسواق للتصريف وموردين جدد، وبالدرجة الأولى في الصين. لكن الضرر بالنسبة للإقتصاد الروسي في كل الاحوال سيكون جسيماً وطويلاً الأمد.

وقد تكون القطيعة الإقتصادية عاملاً لتخلف المستوى التقني للقوات المسلحة الروسية لمدة طويلة من الزمن. إلا أنه في السنوات القادمة، بل وحتى في العقود القادمة، ستكون المقدرة الروسية كافية لمنع حلف الشمال الاطلسي من التدخل العسكري المباشر. وحتى وإن لم تؤخذ القوات الإستراتيجية النووية بعين الإعتبار، فإن إستخدام الأسلحة التقليدية والسلاح النووي التكتيكي بحد ذاته محفوف بخسارة غير مُسلم بها بالنسبة للحلف في حال حدوث أي إصطدام مباشر مع روسيا. وعلى أية حال، هذا لا يعني أنه لا يمكن أن تكون هناك حرباً بين روسيا والنااتو بحكم التعريف. إذ أنه من الممكن أن تؤدي الخلافات والتقديرات الخاطئة أو المصادفات إلى قيام هذه الحرب. وفي كل الاحوال، سوف يزيد النااتو من قدراته في أوروبا الشرقية، بما في ذلك، وقبل كل شيء، بالقرب من حدود الدولة الروسية.

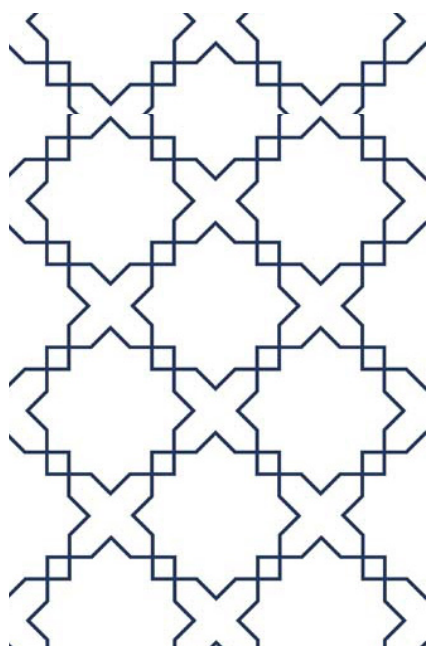
وفيما يتعلّق بمُستقبل أوكرانيا، فهنا، ووفقاً لجميع الدلائل، فإن الجانب الروسي يُخطّط لتغيير النظام السياسي بإستخدام القوة. ولم يتضح بعد، عند أي حدود ستنشأ الدولة الجديدة، وهل ستكون ذات سيادة من حيث المبدأ. ومن الممكن ترقّب ظهور حكومة أوكرانية في المنفى. وستخضع الأراضي الواقعة تحت سيطرة موسكو إلى حصار تجاري وإقتصادي من قبل الغرب، على غرار الحصار المفروض على إقليم شبه جزيرة القرم وجمهوريات لوغانسك ودونيتسك الشعبية. ولا أحد يعلم، كم ستطول مقاومة أوكرانيا للجيش الروسي. أغلب الظن، أن كسر مقاومة القوات المسلحة الأوكرانية سيحصل بسرعة كافية. إلا أن النشاطات السرية وكفاح المقاتلين الأنصار يُمكن أن تستمر لمدة طويلة. وعلى أي حال، فلن يكون هناك أي تأثير يُذكر لمسألة طول مرحلة الحرب بالنسبة لشدة العقوبات المفروضة على روسيا. إذ ستبقى هذه العقوبات خطيرة مهما طالت مدة العملية العسكرية. وينبغي على موسكو لقيام بعمل جاد بشأن إعادة بناء الإقتصاد الأوكراني وسط ظروف الحصار التجاري. هذا الأمر سيتطلب إستثمارات ضخمة والتي بدرجة أو بإخرى ستخفف قيمتها من جراء الفساد الإداري في الأقاليم.

إن عواقب الحرب الإقتصادية بالنسبة لروسيا ستكون ملموسة على المدى الطويل

والمُتوسط. يُمكننا توقع تدهور سعر صرف الروبل، وحدث التضخم المالي، وارتفاع الأسعار بسبب غلاء السلع الواردة وتشديد الرقابة على الصادرات. وإذا نجحت سياسة إزاحة المواد الخام الروسيّة، فإنّ ذلك سيؤثر سلباً في إيرادات الميزانيّة. وتُظهر تجربة العقوبات ضد إيران أنّ بإمكان الولايات المتّحدة الأمريكيّة فرض أنظمة عقوباتها ليس على الحلفاء الذين هم في كل الأحوال يخططون للعمل بها فحسب، وإنما ذلك يشمل السلطات القضائيّة المُحايدة تجاه روسيا أيضاً. وسيكون تقليص قاعدة الموارد مصحوباً بزيادة في الإنفاق الدفاعي بسبب التسارع في سباق التسلح مع الغرب، وكذلك ستراققه ضرورة تأمين الأراضي الأوكرانيّة بالموارد. وأنّ مُجمل العوامل الإقتصاديّة ستؤثر سلباً في نوعية نمط حياة المواطنين الروس ومداخيلهم. من الناحية النظريّة، يُمكن أن يؤدي إنخفاض مستوى الرفاهيّة لدى الروس إلى تأزم المُشكلات السياسيّة الداخليّة. وعلى أرض الواقع، من المُستبعد ان يحصل هذا التطور على المدى القصير وذلك نظراً إلى الإحتياجات الكبيرة وتأخّر فاعليّة العقوبات. ولكن على المدى المتوسط لا يُستثنى إحتمال تراكم الإحتجاج وخروجه العفوي تحت تأثير إطلاق هذا الزناد أو ذلك. وإنّ علاقة إستقرار السياسة الداخليّة بقاعدة الموارد ستكون غير خطيّة ويصعب التنبؤ بها. ووفقاً للتقديرات الإستراتيجيّة لدى الغرب، سيكون الإحتجاج الداخلي نقطة تحول مهمّة. إنّ الحملة العسكريّة ضد اوكرانيا تفتح صفحة جديدة في تأريخ العلاقات الدوليّة، كما إنها تبني واقع يومي مُغاير. بالنسبة للبعض، ستحصل هذه التغييرات هنا والآن، أما بالنسبة للآخرين، فسيتأخر حدوثها لأشهر أو سنوات لاحقة. لكنها في النهاية ستتمس وسطاً واسعاً من الناس سواء كانوا داخل روسيا أو خارج حدودها.



التعليق على حكم قضائي



اتصال القضاء العادي بأحكام التحكيم

أ. د. درع حماد
جامعة الفلوجة/ كلية القانون

مقدمة:

يعد التحكيم في المسائل المدنية والتجارية من أهم الوسائل البديلة في فض المنازعات بعيدا عن القضاء العادي، ورغم أن القضاء هو الوسيلة المعروفة، منذ القدم، لفض هذه المنازعات بين الافراد بحسبانه تجسيدا لسلطان الدولة وسيادتها في فرض تطبيق القانون الا ان تطور الحياة الاقتصادية أفسح المجال واسعا لوسيلة اخرى لفض المنازعات بعيدا عن قضاء الدولة وهو فض هذه النزاعات عن طريق اشخاص لا يحملون صفة القاضي وغير مكلفين رسميا بهذه المهمة، بالنظر لما تتمتع به هذه الوسيلة من مزايا.

وتظهر المزايا التي يحققها اللجوء الى التحكيم مقارنة باللجوء الى القضاء العادي، اتجاها يتوسع باستمرار بإحالة النزاعات الى التحكيم للفصل فيها عن طريق الافراد أو الهيئات التحكيمية، فالتحكيم يتسم بالسرعة ولا يخضع للروتين والبيروقراطية التي تصم الاجراءات القضائية، كما يخضع القضاء العادي لأكثر من درجة في ممارسة عملية التقاضي في حين أن المنازعات التحكيمية تخضع لدرجة واحدة من التقاضي الا في حال تحدي الحكم التحكيمي بطلب ابطاله، وهي مسألة لا تتعلق بوجود درجات تقاضي في التحكيم ، وانما تتعلق بدعوى البطلان التي ينظرها القضاء .

وفضلا عما تقدم، فان الاشخاص والمؤسسات يحيلون نزاعاتهم الى التحكيم بالنظر بما يتوفر في المحكمين من خبرة في المجالات التي يفصلون فيها سواء تعلق الامر بعقود المقاولات أو عمليات البنوك أو عقود نقل التكنولوجيا وغيرها بخلاف القاضي الذي يتم تأهيله قانونيا، أما مؤهلاته في الجوانب الفنية للنزاعات، فأنها لا تعدو مؤهلات أو ثقافة الشخص العادي، وهو أمر تفرضه طبيعة الأشياء وليس عن قصور مهني في الاعداد أو التدريب. ويظهر هذا الاختلاف في التكوين المهني لكل من القاضي والمحكم اثره في سرعة فض النزاع من قبل المحكم اذا ما قورن بالسرعة التي يفصل فيها القاضي العادي في النزاعات التي تعرض عليه.

وهناك عامل، اكثر اهمية من كل ما سبق، يجعل كثير من الشركات تفضل اللجوء الى التحكيم وهو عامل السرية التي تسود الاجراءات التحكيمية، فالشركات التي تشكل المعرفة التقنية (التكنولوجية) عنصر تفوق على منافسيها، تلجأ الى التحكيم الذي يتسم بطابعه السري للحفاظ على اسرارها الصناعية والتجارية وابقاءها طي الكتمان، في حين ان جلسات المرافعة أمام القاضي العادي تكون، عادة، مفتوحة لاطلاع الجميع استنادا لمبدأ علنية الجلسات التي تقررها القوانين التي تنظم عملية التقاضي، سعيا لغايات يروم المشرع الوصول اليها من هذه العلانية.

ورغم ان التحكيم يعد قضاءً يتمتع باستقلالية عن القضاء العادي، فان هناك وشائج صلة بينهما يتصل فيها القضاء العادي بالدعوى التحكيمية وهي تبدأ من اجراءات تعيين المحكمين وتنتهي برقابة القضاء على احكام المحكمين، لكننا نشير في هذا المقام الى مسالتين من المسائل المتصلة بين القضاء العادي والتحكيم تظهران بعد صدور الحكم

التحكيمي في ضوء الحكم محل التعليق: أولهما تصديق الحكم التحكيمي تمهيدا لتنفيذه أمام الجهات المختصة، وثانيهما الطعن بالحكم التحكيمي بالبطلان، ويقتصر التعليق على هاتين المسألتين دون التطرق الى مضمون الحكم التحكيمي او الحكم القضائي الذي فصل في موضوع النزاع في النهاية على أن نعرض قبل ذلك وقائع النزاع ومضمون حكم المحكمين ومضمون الاحكام القضائية التي صدرت بعد ذلك.

أولاً: الوقائع.

اقامت المحكمة شركة (ف) بصفتها مقاولا دعوى تحكيمية امام هيئة تحكيم مؤلفة من ثلاثة محكمين لمطالبة ضد المحتكم ضدها مديرية (م م) بمبلغ (٩٨٠٠٠٠٠٠٠٠) تسعة مليارات وثمانمائة مليون دينار عن قيمة الركانز ومبلغ (٦٨٠٠٠٠٠٠٠٠) ست مليارات وثمانمائة مليون عن مبلغ الاسس الحصرية عن تنفيذ أعمال المقولة الخاصة بتصميم وتجهيز معدات وتنفيذ وتشغيل وصيانة مشروع ماء بطاقة (١٢) الف متر مكعب .

حكمت هيئة التحكيم بإجابة طلب المحكمة بالزام المحتكم ضدها بتسديد قيمة الاسس الحصرية البالغة ست مليارات وقمانمائة مليون دينار بموجب الحكم الصادر بالدعوى التحكيمية رقم (٧٠٥/تحكيم/٢٠١٦) بتاريخ ١٠/٤/٢٠١٨ تقدمت المحكمة الى محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية بطلب تصديق الحكم التحكيمي فقررت المحكمة في احد محاضر جلساتها «... ابطال قرار هيئة المحكمين واحالة الدعوى الى الخبراء.....»، ثم بعد اكمال تحقيقاتها قررت رد دعوى المحكمة وتحميلها المصاريف والرسوم بالحكم الصادر بالعدد ٣٥٧/ب/٢٠١٨. طعن وكيل المحكمة بالحكم الصادر من محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية للأسباب التي اوردها في صحيفة الطعن، فأصدرت محكمة الاستئناف حكما بالعدد (١٦٠٠/س/٢٠١٩ في ٢/١١/٢٠١٩ يقضي برد الاستئناف وتأييد الحكم البدائي المطعون فيه.

طعن وكيل المحكمة بالحكم الاستئنافي امام محكمة التمييز الاتحادية، فأعيد الحكم الاستئنافي منقوضا بالحكم التمييزي رقم ٩٠/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٠ في ٢١/١١/٢٠٢٠ .

وبنتيجة المرافعة بعد نقض الحكم اصدرت محكمة الاستئناف بتاريخ ٦/١٢/٢٠٢٠ حكما يقضي بالزام المحتكم ضدها بأداء مبلغ ثلاث مليارات ثلاثمائة وتسعة وعشرون مليون دينار ورد الدعوى بالزيادة.

طعن المحتكم ضدها بالحكم الاستئنافي تمييزا، فأعيد مصدقا بالعدد (٢٠٠/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢١) في

ثانياً: التعليق.

لن نتناول في هذا التعليق مضمون الاحكام الصادرة من جهة القضاء العادي سواء فيما صدر من محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية او محكمة الاستئناف او التمييز، لكن سنبحث الموضوع من زاوية اتصال القضاء العادي بالحكم التحكيمي، وهذا الاتصال لا يتعلق بكل مراحل التحكيم، بل منذ صدور الحكم التحكيمي، اما ما قبل ذلك، فانه وان كان للقضاء العادي اتصال مؤثر الا ان هذا الاتصال لم يظهر في القضية المطروحة الا فيما يتعلق باختيار الحكم الثالث رئيس هيئة التحكيم وهي مسألة لا تثير اشكالية بقدر الاشكاليات التي اثارها طريقة اتصال القضاء العادي بحكم التحكيم.

تصديق الحكم التحكيمي.

ان المرحلة الاولى التي يتصل فيها القضاء العادي بحكم التحكيم هو تصديق هذا الحكم بناء على طلب أحد الخصوم، المحكوم أو المحكوم ضده، فقد نصت المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على انه « لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة».

والنص المذكور ينظم الاجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم التحكيمي لدى دوائر التنفيذ المختصة، وذلك بالتصديق على الحكم بناء على طلب أحد الطرفين، وهذه المصادقة لا تعني اكثر من اعطاء الحكم التحكيمي قوته التنفيذية، فالمصادقة تتضمن أمراً للسلطات العامة المختصة بتنفيذ الحكم التحكيمي وان هذا الحكم ينفذ كما تنفذ الأحكام القضائية.

وصياغة النص السالف لا توحى بوجود اجراء مرافعة عند التصديق على الحكم، لأن دور القضاء العادي في هذه المسألة يتعلق بتصديق الحكم أو عدم تصديقه، كما لا يتعلق بالبحث في صحة الحكم من الناحية الموضوعية، فحتى لو قام سبب من أسباب البطلان، كما لو تم التحكيم بدون اتفاق مكتوب بين طرفيه أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة أو كان مخالفاً للإجراءات الجوهرية للمرافعة، فان دور القاضي يكون يرفض التصديق على الحكم لا ان يبحث في صحته أو بطلانه، لأن الاحكام القانونية الخاصة بالتحكيم نظمت أحوال بطلان الحكم التحكيمي، فاذا جاز للقاضي ان يبيت في مصير الحكم التحكيمي عند التصديق عليه، فان مثل هذا البت يجعل من النصوص المنظمة لإجراءات وأحوال بطلان الحكم التحكيمي غير ذات جدوى.

وفضلا عن ذلك، فان حكم التحكيم الذي طلب أحد الخصوم المصادقة عليه قد يكون عرضة للطعن عليه بالبطلان من الخصم الاخر الامر الذي يحتمل معه تعارض المصادقة على حكم التحكيم مع الحكم الذي يمكن أن يصدر ببطلانه، ولهذا لا يجوز ان يقدم الحكم التحكيمي للمصادقة عليه الا اذا انتهت المدة المحددة للطعن عليه بالبطلان، فاذا انقضت مدة الطعن بالبطلان وجب على المحكمة ان تقوم بالتصديق على حكم التحكيم اذا لم ينهض سبب من أسباب البطلان، وينفذ عندئذ كما تنفذ الاحكام القضائية

، فإذا استنفدت مراحل الطعن بالحكم التحكيمي بالبطلان دون ان تؤدي دعوى البطلان الى المساس به يتم تصديقه، وإذا تقرر بطلان الحكم امتنعت المحكمة عن تصديقه، لأنه يعتبر كأن لم يكن.

وإذا لاحظنا الاجراءات التي اتبعت امام القضاء العادي، فان طلب التصديق تم بموجب دعوى اختصم فيها المحكّم الطرف الاخر وهو المحكّم ضده بصفته مدعى عليه، وهو كما يبدو - حسب ما علمت - اجراء اعتادت عليه المحاكم، كما اعتاد عليه اطراف الخصومات التحكيمية، وسار القضاء في نظر الطلب على هذه النحو بحسبان ان طلب المصادقة على الحكم التحكيمي يكون بموجب دعوى شأنها شأن الدعاوى العادية. لكن لو امعنا النظر في نص المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات نجد انها لم تقتض اختصام الطرف الاخر في الخصومة التحكيمية، بل كل ما اشترطته أن يدفع طالب المصادقة الرسم القانوني على طلب المصادقة هذا، ولا شيء اكثر من ذلك. ورغم وضوح النص في عدم اشتراط اجراء المرافعة بين الخصوم عند طلب التصديق على حكم التحكيم، فان القضاء ممثلا في محكمة أول درجة وهي محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية لم تقم بتصديق الحكم أو رفض تصديقه، وانما اعادت النظر في موضوع النزاع مجددا وقررت (ابطال قرار هيئة المحكمين) ثم فصلت في موضوع النزاع بعد احالة موضوع الدعوى الى الخبراء.

ان الاجراءات المتخذة من قبل محكمة البداية المختصة بتصديق الحكم التحكيمي شابها عيب مخالفة القانون، فإبطال الحكم التحكيمي لا يكون الا لأسباب محددة حتى بفرض صلاحية المحكمة للبت في صحة الحكم التحكيمي أو بطلانه دون طلب من الخصوم، فالبطلان يتوقف على وجود سبب أو اكثر من اسبابه التي أوردها المشرع على سبيل الحصر، وهي الاسباب التي اشارت اليها المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتي سنقدم مضمونها في الفقرة التالية.

واسباب بطلان الحكم التحكيمي واضحة لا تثير غموضا او اختلافا بشأنها، لكن محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية قررت (ابطال قرار هيئة المحكمين) في محاضر جلسات الدعوى دون بيان الأسباب التي استندت اليها في هذا البطلان وقضت في النهاية برد الدعوى، مع العرض ان موضوع الطلب (الدعوى) تصديق الحكم وليس بيان مدى أحقية كل طرف من أطراف التحكيم بفرض صلاحية المحكمة (مرة اخرى) للنظر في بطلان الحكم عند طلب تصديقه وهو فرض لا يسعغه النص القانوني الوارد في المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات، كما لا يسعف المحكمة في الفصل في موضوع النزاع، اذ ان مثل هذه الصلاحية تكون محكومة بنص المادة (٢٧٣) مرافعات التي بينت احوال بطلان حكم التحكيم، وأحوال الفصل في موضوع النزاع، في حين ان المادة (٢٧٢) تتناول تصديق الحكم فقط، كما سنرى في الفقرة اللاحقة.

دعوى بطلان حكم التحكيم.

والمناسبة الثانية التي يتصل فيها القضاء بحكم التحكيم، هي الطعن امام القضاء بالحكم التحكيمي ، فعندما يصدر حكم التحكيم، فان لكل طرف خسر طلباته كلياً أو جزئياً ان يجادل امام القاضي في صحة الحكم الصادر من هيئة التحكيم وذلك بدعوى يرفعها امام القضاء المختص (محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية) لتقرير بطلان الحكم على وفق الاجراءات المعتمدة لرفع الدعوى يكون موضوعها بطلان حكم التحكيم فقط وليس البت في الطلبات الموضوعية أو الدفوع المتعلقة بالحكم.

وأسباب الطعن ببطلان الحكم التحكيمي اوردها المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية على سبيل الحصر، فلا يجوز ايراد اسباب اخرى غير الاسباب الواردة في النص المذكور ، كما لا يوجد في النص ذاته ما يوحي بإمكانية التوسل بأسباب اخرى غير الاسباب الواردة فيه. وقد اوردت المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات أسباب بطلان حكم التحكيم على النحو الاتي « يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الاحوال الاتية:

١. اذا صدر بغير بيئة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو اذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق.

٢. اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون.

٣. اذا تحقق سبب من الاسباب التي يجوز من اجلها اعادة المحاكمة.

٤. اذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الاجراءات التي تؤثر في صحة القرار. ومن نافلة القول، ان نشير ان المادة (١٩٦) من قانون المرافعات حددت الاسباب التي يجوز من اجلها اعادة المحاكمة وهي:

١. اذا وقع من الخصم غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم.

٢. اذا حصل بعد الحكم على اقرار كتابي بتزوير الأوراق التي اسس عليها أو قضي بتزويرها.

٣. اذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد وحكم عليه بشهادة الزور.

٤. اذا حصل طالب الاعادة بعد الحكم على اوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.

فتقرير صحة الحكم أو بطلانه يكون من خلال اجابة القضاء على دعوى بطلان حكم التحكيم، فاذا توفر سبب من الاسباب المشار اليها انفاً، حكمت ببطلانه واعتبر كأن لم يكن، وان لم يتحقق أي سبب من أسباب البطلان قررت رفض دعوى بطلان حكم التحكيم، ويستوي بعد ذلك ان يكون بيان اسباب البطلان قد طرحها الخصوم اثناء المرافعة أو أن المحكمة قد استخلصتها من تلقاء نفسها.

فاذا قررت المحكمة بطلان حكم التحكيم، فان السؤال الذي يطرح في هذا الفرض عن الجهة التي تقوم بالفصل في النزاع من الناحية الموضوعية؟

اجابت المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات عن ذلك بالقول « يجوز للمحكمة أن

تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الإبطال كلاً أو بعضاً أن تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح ما شاب قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها اذا كانت القضية صالحة للفصل فيها».

فعلى المحكمة ان تعيد القضية الى المحكمين لإصلاح الخلل في الحكم الذي تقرر بطلانه والفصل في موضوعه، لكن اذا كانت القضية صالحة للفصل فيها قضت المحكمة بالفصل في موضوعها.

والسؤال هل القضية المعروضة صالحة للفصل فيها؟

ان معنى صلاحية القضية للفصل فيها يفيد أن كل الاجراءات والتحقيقات قد اكتملت فيها وان اعادة القضية الى الجهة التي اصدرت الحكم المطعون فيه ليس اكثر من تضييع للوقت، فتقرر المحكمة الفصل في الموضوع اقتصاداً في الوقت والاجراءات. لكن بعرض حكم محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية بالفصل في الموضوع على مفهوم صلاحية الفصل، نجد انها بعد ان ابطلت حكم المحكمين قامت بإحالة النزاع الى خبراء كان عددهم في المرة الاولى ثلاثة ثم في المرة الثانية خمسة خبراء وفي المرة الثالثة سبعة خبراء، فهل كانت الدعوى جاهزة للحكم، أو صالحة للفصل فيها حتى تتصدى محكمة البداية للفصل في موضوعها؟

ان الاجابة بالنفي تفرض نفسها وكان يتعين على المحكمة ان تعيد الدعوى الى هيئة التحكيم لإكمال ما شاب اجراءاتهم من نقص، لا ان تقوم هي بإجراء مرافعة جديدة في نزاع فصلت فيه هيئة التحكيم.

وفضلاً عما تقدم، فان سلطة المحكمة في ابطال حكم التحكيم مقيدة بالأسباب الواردة في المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات، ولا يجد أي من الأسباب المشار اليها حضوراً في القضية المعروضة، فالمحكمة لم تعرض اي سبب من هذه الاسباب، وهنا تثار مسألة على قدر كبير من الاهمية تتعلق بتسبب الاحكام التي تصدر من القضاء، فانعدام التسبب أو عدم صحته او تناقض الاسباب يطيح بالحكم القضائي ويحيله الى دائرة البطلان.

وبهذه الاجراءات تكون جهة القضاء العادي قد تجاوزت، بل خالفت حدود الصلاحيات التي يعطيها لها القانون فيما يتعلق بالمصادقة على حكم التحكيم وفيما يتعلق بالرقابة عليه.

ويلاحظ ايضاً ان محكمة الاستئناف التي نظرت في حكم محكمة البداية الفاصل في النزاع لم تنتبه الى كل ما تقدم، بل أن محكمة التمييز وهي أعلى هيئة قضائية لم تنتبه محكمة الاستئناف الى المخالفات الجسيمة في طريقة معالجتها لحكم التحكيم، فقد نظرت محكمة الاستئناف في حكم محكمة البداية، كما نظرت محكمة التمييز في حكم محكمة الاستئناف وكأنهما تفضلان في دعوى لم يتم الفصل بها من قبل هيئة التحكيم ، واذا لاحظنا الكيفية التي عالج بها القضاء العراقي الحكم التحكيم نجد انها جاءت بالمخالفة لحكم القانون وهي مخالفة، ايضاً، للغاية التي وضع المشرع قواعد التحكيم من

اجلها، فالغاية من الرقابة على التحكيم هي الموازنة بين اعتبارين: الاول، يتمثل باحترام ارادة اطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء الى التحكيم والنأي به عن ولاية القضاء لما يمتاز به من خصائص تميزه عن القضاء العادي، والاعتبار الثاني هو المحافظة على النظام العام الذي يأبى الاعتراف بقرار تحكيمي مشوب بعيوب تنال من صحته، فتدخل القضاء العادي في أحكام التحكيم ليست غايته اثبات علوية القضاء العادي على القضاء التحكيمي، بل الموازنة بينهما، وارساء علاقة تعاون تقوم على التكامل بينهما، وبهذه الروح نظم المشرع رقابة القضاء على أعمال المحكمين، اللذين رغم الثقة الممنوحة لهم يجب ان تخضع احكامهم الى الحدود الدنيا من المراجعة القضائية لضمان احترام المبادئ الاساسية للتقاضي والحفاظ على حقوق المحكمتين.

لكن الاتصال القضائي بأحكام التحكيم اظهر بونا شاسعا بين روح التشريع في تنظيم قواعد التحكيم وبين طريقة اتصال القضاء بهذه الاحكام سواء كان هذا الاتصال لجهة التصديق على الحكم او لجهة تقرير صحته، ومن النواحي الآتية:

قررت محكمة البداية ابطال حكم المحكمين بالرغم من عدم وجود دعوى من قبل الطرف الخاسر في حكم التحكيم بطلب بطلان حكم التحكيم.

لم تشر محكمة البداية من قريب أو بعيد الى الاسباب الواردة في المادة (٢٧٣) من قانون المرافعات المدنية لتسبب قرارها ببطلان حكم التحكيم.

قررت المحكمة بطلان حكم التحكيم بموجب قرار اعدادي اتخذ في محضر الجلسة وليس بموجب حكم حاسم يفصل في صحة الحكم التحكيمي أو بطلانه.

اتخذت محكمة البداية قرار بطلان حكم التحكيم في طلب تصديق الحكم، وليس بموجب دعوى مبتدأة لطلب بطلان الحكم بعد سماع طرفي التحكيم فيما لهم من طلبات ودفع.

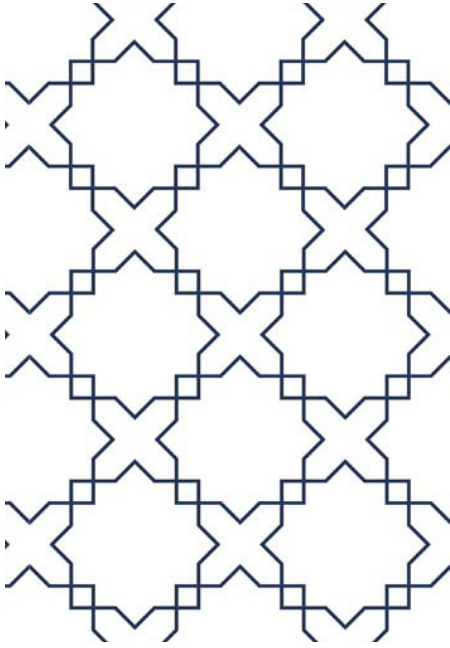
قررت المحكمة الفصل في موضوع النزاع رغم أن الدعوى غير جاهزة للفصل فيها وكان يتعين احوالها للمحكمين مرة اخرى لتلافي ما شاب اجراءاتهم من نقص.

ولم تلتفت محكمة الاستئناف الى كل هذه المخالفات الجسيمة في حكم محكمة البداية المتخصصة بالدعاوى التجارية وسارت في نظر الدعوى وكأنها لم تعرض على هيئة محكمين سبق لها وأن فصلت في موضوع النزاع. كما سارت محكمة التمييز على نفس منوال ما سارت عليه محكمة الاستئناف وكأن الاجراءات التي تمت في المرحلة الابتدائية والمرحلة الاستئنافية كانت مشفوعة بسلامتها القانونية.

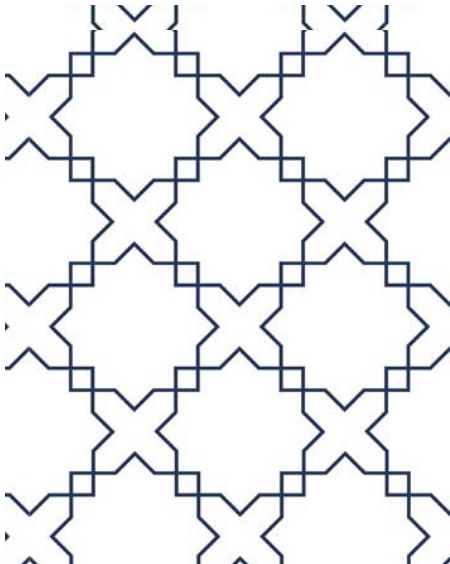
على انه يجب علينا، ولتجنب الخلط، أن نشير الى ان دعوى بطلان حكم التحكيم التي تنظرها المحكمة المختصة، تكون قابلة للطعن بها استئنافا وتمييزا بحسبانها دعوى بطلان ولست دعوى موضوع، فاذا قررت المحكمة بطلان الحكم وكانت القضية جاهزة للفصل فيها، وقررت المحكمة الفصل فيها، فان الرقابة تكون ذات شقين: الشق الاول، يتعلق بمدى سلامة الاسباب التي استندت اليها المحكمة في بطلان الحكم كليا او جزئيا، والشق الثاني مدى صحة اجراءات المحكمة وسلامة تطبيقها للقانون عند الفصل في موضوع النزاع.

ان الطريقة التي تعامل فيها القضاء مع حكم التحكيم يثير تساؤلا في غاية الاهمية يتعلق بجدوى اللجوء الى التحكيم اذا كان القضاء يتعامل مع احكام التحكيم على هذا النحو، اذ اصبح اللجوء الى التحكيم ليس اكثر من اهدار للوقت ، واطالة في امد النزاع. كما تظهر مشكلة اخرى تتعلق بسرية البيانات والمعلومات المتداولة في المرافعة التحكيمية فهذه المعلومات تخضع لالتزام عام يقع على الجميع من محكمين أو خصوم بالحفاظ على سرية البيانات المتداولة، في حين ان طرحها امام القضاء ، قد يؤدي الى افشاء هذه البيانات، وهنا نصل الى مشكلة كبرى ، فعرض النزاع امام القضاء يجعل المعلومات والبيانات المتداولة أمام المحكمة في متناول الجميع، وهو ما لا تقبل به اي مؤسسة رصينة لديها معلومات ذات اهمية اقتصادية أو تجارية، فتفضل عدم الدخول في أي سوق لا يعطي للتحكيم سلطة كاملة في فض النزاع ، وان لا يكون للقضاء اتصال بأحكام التحكيم الا بالقدر الضروري لإعطاء هذه الاحكام الفاعلية وليس للنيل من هذه الاحكام.

ان كل ما تقدم، يتطلب اصدار قانون خاص بالتحكيم يتلافى السلبيات الموجودة في الباب الثاني من قانون المرافعات المدنية الخاص بتنظيم قواعد التحكيم ويأخذ بأحدث الاتجاهات التي تنظم اتصال القضاء العادي بالدعوى التحكيمية لدفع التحكيم الى الانتشار والاتساع وبما يخفف عن القضاء العادي اعباء الكثير من المنازعات التي يمكن ان يتولى المحكمون الفصل فيها.



عرض كتب



رفيق الباحث في القانون الخاص
(كلمات في البحث القانوني)
الجزء الاول
للاستاذ المساعد الدكتور نافع بحر سلطان

عرض أ.م.د. اسراء خضر خليل العبيدي
الجامعة العراقية/كلية القانون والعلوم السياسية

مقدمة :

يعد موضوع طرق البحث العلمي او السيمانار من المواضيع بالغة الاهمية في كتابة البحوث والرسائل والاطاريح اذ يتمكن الباحث من خلاله معرفة الطريقة الصحيحة في ادارة بحثه على الصعيدين النظري والعملي .ولو نظرنا الى مخرجات البحث العلمي ، فالبحث او الدراسة الناجحة هي ثمرة لمراعاة واتباع قواعد منهجية صحيحة في كتابته ، لذلك فان جعل مادة طرق البحث العلمي مادة دراسية مقررة في مرحلة دراسية معينة يعد من الامور غير الكافية للوصول الى نتائج جيدة على المستوى العام ، وانما يفضل ان يتم اعتماده كمادة دراسية توظف على عدد سنوات الدراسة ابتداء من المرحلة الاولى ليتم بناء مخرجات قادرة على كتابة بحوث التخرج واوراق عمل بحثية اولية ، ورسائل واطاريح ونظم ترقية للقضاة وتدرج للمحاميين والعاملين في مجال السلك الدبلوماسي . ورغم اهمية هذه المادة في الدراسة القانونية واثرها القريب والبعيد على المخرجات الا انها لم تحظى بالكتابة الكافية لوضع دليل او مرجع خاص لهذا النوع من الدراسات وبيان الاطار العام التنظيمي والقواعد العلمية الصحيحة اللازمة لاجراءه. لذلك ظهرت الحاجة الى اصدار مؤلفات تكون عوناً للباحثين لاسيما في مرحلة الدراسات العليا لما لها من اهمية في وضع الباحث على المسار العلمي الصحيح . ففهم الافكار دون القدرة على توظيفها او وضعها في الاطار العلمي يفقد البحث اهميته من الناحية العلمية والعملية ، الامر الذي يقتضي عرض كتب تتعلق بالبحث القانوني فاهميتها لا تقل عن اهمية المصادر العلمية بل على العكس هي اساس في كتابة وتوظيف تلك المصادر توظيفا صحيحا . وقد تم اختيار هذا الكتاب لعرضه لامور تتمثل في :-

١- حادثة المصدر فهو اصدار ٢٠٢٢ .

٢- مؤلف الكتاب (ا.م.د. نافع بحر سلطان) ووظف خبرته العلمية والعملية في اخراج هذا الكتاب ، كونه باحث اولا وممارس تدريس تلك المادة على مستوى الدراسات العليا ثانيا ، كما اشرف وناقش وقيم العديد من المخرجات العلمية القانونية ثالثا مما انعكس ايجابا على صفحات هذا الكتاب من خلال الجمع بين الناحية النظرية والعملية في المؤلف .

٣- ما احتواه الكتاب من مفردات وتساؤلات تمثل اجابة لكل ما يدور في ذهن الباحث .

٤- تضمن المؤلف رفد الجانب التطبيقي باساليب تمكن الباحث من خلالها التعليق على القرار القضائي وتحليله تحليلا وافيا ، وبذلك استطاع الكاتب ايصال صورة للباحث تمكنه من تعزيز دراسته ودعمها بهذا الجانب المهم .

خطة البحث:

جاءت خطة البحث بطريقة جديدة خرج بها الكاتب عن المألوف ، حيث قسم الكتاب الى كلمات مسبقة بمقدمة ضمت في طياتها الدافع الى كتابة هذا المؤلف ثم اتبعها بخمسة عشرة كلمة خصص لكل واحدة منها موضوع . وبذلك يكون قد ابتعد عن التقسيمات التقليدية في مناهج البحث العلمي من خلال تقسيمها الى فصول ومباحث ومطالب و فقرات وبنود .

مفردات الكتاب بصورة تفصيلية :-**-الكلمة الاولى :- التعريف .**

جاءت الكلمة الاولى تحت عنوان التعريف بين الكاتب من خلالها المراد به واهميته ، وما اهمية ذكره والالفاظ التي من الممكن ان تختلط به من حيث الاستخدامات الشائعة ، والفرق بينه وبين المفهوم والماهية من حيث الاستخدام ثم التطرق الى التعريف اللغوي والاصطلاحي وما اهمية ذكره وما يتضمنه ، كما ميز بين التعريف والمصطلحات المشابهة له والمتثلة بالتكييف والتفسير والتحليل والطبيعة القانونية والمفهوم والماهية والمعنى والمصطلح والكلمة واللفظ. كما تطرق الى بيان التعريف القانوني بانه التعريف الذي يتكفل بوضعه المشرع او تعتمده المحاكم في احد احكامها القضائية او يبدعه فقهاء القانون في مؤلفاتهم . ومن هذا التعريف يظهر ان التعاريف القانونية اما ان تكون تشريعية او قضائية او فقهية ووجه التمايز بينهم يتمثل في قوة مضمونها ودرجة الزاميتها. كما ذهب الى اوسع من ذلك من خلال الغور في كل نوع من انواع تلك التعاريف ، ثم انتهى الكاتب الى بيان موقفه من التعريف والمصطلحات السابقة عليه وشموليته وافضلية كل مصطلح في الاستخدام.

ثم انتقل بعد ذلك الى بيان صناعة التعريف موضحا ذلك بثلاث خطوات تمثلت بالتفكير والدراسة والكتابة . وحلل كل خطوة من تلك الخطوات بما يساعد الباحث في الوصول الى تعريف صحيح . واختتم ذلك بتبنيه للباحثين حول امور معينة تتعلق بالتعاريف وايراد تمرين للباحثين .

-الكلمة الثانية :- الاشكالية .

تناولت الكلمة الثانية موضوع غاية في الاهمية دائما ما تتطوي عليه مقدمة الدراسات لبيان امور اساسية وجوهرية تبرز اهميتها من الناحية النظرية والتطبيقية . حيث تطرق الكاتب فيها الى التعريف بالاشكالية للتمييز بينها وبين المصطلحات المشابهة لها والمتثلة بالمشكلة ، المسالة ، القضية ، الموضوع ، الوضع القانوني . كما تناول الاشكالية القانونية واشكالية الباحث القانوني وختمها بخطة البحث واشكاليته ، حيث خلص الكاتب الى نقطة جوهرية تتمثل بوجود قاعدة راسخة في ميدان البحث القانوني متمثلة بتلازم خطة البحث مع اشكاليته ، فتكون الخطة انعكاسا لاشكالية البحث

المحددة مسبقا وامكانية الباحث ترجمة الاشكالية في تاسيس الخطة بعد اختيار الاشكالية وتحديدها . وهذا يمثل مسار اساسي في طريق البحث العلمي .

- الكلمة الثالثة :- الراي .

كما هو معروف في ميدان البحث بصورة عامة والبحث القانوني بصورة خاصة ان الباحث يستند في عمله لا على النص القانوني فقط بل على اراء الفقهاء واجتهاداتهم ومذاهبهم ونظرياتهم ومناهجهم وفلسفاتهم . فكيف ينبغي على الباحث هنا التعامل مع هذا التنوع الفكري والعلمي في التعبير ؟

تناول الكاتب هذا التساؤل بالاجابة عنه من خلال التعريف بالراي بصورة عامة والمقصود بالراي القانوني على وجه الخصوص ثم ميز بينه وبين المصطلحات المشابهة له والتي تمثلت بالنظرية والمنهج والمذهب والفلسفة والاجتهاد والفتوى والفقهاء وتناول كل تلك الامور بشقيها الشرعي والقانوني اخذا بنظر الاعتبار ان الدراسات القانونية قد يكون اساسها شرعيا او تجمع بين الاثنين . كما خلص الكاتب الى ان خلو البحث القانوني من اي راى خاص يجعله مجردا من وصف الاصاله ، لان الصمة الشخصية ضرورية فيما يطرحه الباحث من رايه الخاص في محور دراسته . ثم ذهب الباحث الى كيفية صناعة الراي القانوني من خلال خطوات تسهل له من الناحية العملية الوصول الى افضل النتائج والبصمات .

- الكلمة الرابعة :- الاصاله .

الاصاله هو شرط قانوني ومطلب واقعي ، فكل دراسة وبحث لا يتميز بالاصاله يفتقر للحماية القانونية ، واي بحث ليس اصلا في ميدان العلوم الانسانية عموما ومجال القانون خصوصا سيكون بلا فائدة ، لذلك ذهب الكاتب الى تعريف الاصاله وتمييزها عن الابداع والابتكار والاختراع والجودة والرصانة والانتقان . ثم بين عناصر الاصاله ومحلها ، كما تناول النصوص التشريعية الواردة ضمن القوانين العراقية والتي اكدت على الاصاله واتبعتها بطرح تسال مفاده : كيف تتجز بحثا قانونيا اصيلا ؟

اجاب الكاتب على هذا التساؤل من خلال مجموعة من النقاط تبرز وجه الاصاله في البحث القانوني عند توافرها . واخيرا ذكر الكاتب الكيفية التي يتم من خلالها تحفيز الابداع لدى الباحث القانوني للوصول الى الاصاله . وختم تلك الكلمة باختبار عن الاصاله .

- الكلمة الخامسة :- المبادئ الاخلاقية في البحث العلمي .

كما هو معروف ان المبادئ الاخلاقية هي مبادئ كامنة في نفس كل شخص سواء كان باحثا ام لا ، غير ان المبادئ الاخلاقية في نطاق البحث العلمي تشير الى مدى التزام كل باحث باخلاقيات البحث العلمي شأنها في ذلك شان اصحاب المهن والحرف

فلكل منها اخلاقيات ينبغي الالتزام بها في اطار عمله . غير ان عدم وجود قواعد سلوك منظمة في ميدان البحث العلمي يلقي بضلاله على تعزيز رصانة المخرجات العلمية والفكرية في الجامعات . لذلك ذهب الكاتب الى تناول تلك المبادئ الاخلاقية كما تناول الازمات التي ترافقها مع الشهادة واللقب العلمي والتقويم العلمي. وهذا يعد من الامور الجديدة حيث لم يسبق ان تم تناولها بالبحث بهذه الكيفية او حتى الاشارة اليها رغم اهميتها وكونها ضرورة علمية ةاخلاقية قي ذات الوقت .

- الكلمة السادسة :- التعليق على القرار القضائي .

كلنا نعلم اهمية القرارات القضائية في دعم البحوث القانونية على كافة المستويات حيث يمثل ذلك القرار القضائي انعكاسا واضحا في بيان مستوى الثقافة القانونية في المجتمع الذي انتجت موسساته القضائية تلك القرارات . ولكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو: ما الكيفية التي يتم بها ذكر القرار القضائي والتعليق عليه والاستفادة منه من الناحية النظرية والعملية ؟

بينت الكلمة السادسة الاجابة على ذلك التساؤل من خلال بيان هوية القرار القضائي والكيفية التي يتم بها كتابة ذلك القرار والاشارة اليه لاختلافها من بلد لآخر تبعا للثقافة القانونية في ذلك البلد ، كما تم بيان هوية القرار القضائي العراقي على وجه الخصوص والعناصر التي ينبغي ان تتضمنها تلك الهوية مذيلة بامثلة تمثل الطريقة الصحيحة في كتابته ، ثم اعقبها ببيان هوية القرار القضائي الفرنسي والانكليزي والاوروبي مع ايراد امثلة لكل منهما تعزيزا لخصوصية كل نظام من ناحية واعطاء صورة واضحة وشاملة لاسيما في مجال الدراسات المقارنة من ناحية اخرى .ثم ابعا بقائمة لمختصرات بالبعين الفرنسية والانكليزية للتنظيمات القضائية الدولية مع ايراد نماذج لصيغ قضائية شائعة لتعيين هوية القرار القضائي . تم تولى بعد ذلك بيان البطاقة التعريفية للقرار القضائي والمتمثلة بأسلوب عرض القرار القضائي على وفق منهج علمي من خلال بيان عناصر تلك البطاقة التعريفية الستة والمتمثلة ب: المقدمة ، الوقائع ، الاجراءات ، طلبات الخصوم ،المشكلة القانونية ، الحل او الحكم . والتي انطوت في مجملها على امثلة توضيحية لكل عنصر . وختمها الكاتب بنماذج للقرار القضائي مع بطاقته التعريفية والتي تعد اضافة علمية وضعها الكاتب تحت يد الباحثين لاندع مجالاً للشك في قدرته على صياغة البطاقة التعريفية للقرار القضائي . ولاهمية القرار القضائي في دعم الدراسة واضفاء الطابع العلمي والتطبيقي عليها فقد ذهب الكاتب الى بيان المنهجية الصحيحة في التعليق على القرار القضائي من خلال اختيار القرار القضائي والادوات اللازمة لعمل التعليق وتحليل القرار بثلاث خطوات تتمثل بشرح القرار وتقييمه وتأثيره . كما بين الكاتب اهمية اختيار العنوان الذي يعلو التعليق ويجذب النظر اليه وتفاصيل اعداد الخطة مع نماذج تسهل اعداد خطة ميسرة مشتقة من القرار القضائي ذاته وبيان للكيفية التي يتم بها صياغة مضمون التعليق وحجمه كل ذلك معززا بامثلة لتيسير فهم هذه العملية التي ربما تكون صعبة لاسيما عند ممارستها لأول مرة.

- الكلمة السابعة :- التعليق على النصوص القانونية .

ذكر الكاتب بان التعليق على نصوص القانون يراد به تحليله وتوضيحه وتقويمه ووضعها في سياقها . وان المنهج العلمي في التعليق على النصوص القانونية واحد مهما كان مصدرها دستورا ام تشريعا عاديا ام تعليمات ام اتفاقية دولية . غير ان مضمون ذلك التحليل هو المختلف مما يرمي بضلاله على نتيجة ذلك التحليل . ثم بين الكاتب المراحل الازمة للوصول الى تحليل مميز للنصوص القانونية والمتمثلة بالمرحلة التحضيرية والتي تتطوي على عمل تاسيسي يتمثل بالقراءة والفهم والملاحظة والاستنتاج ، ثم تولى بيان الخطوات الاربعة اللازمة لانجاح المرحلة التحضيرية وصولا الى المرحلة الثانية والاهم وهي مرحلة الكتابة والمتمثلة بمقدمة ومضمون والتعبير الختامي مع ايراد ملاحظات عامة غاية في الاهمية تتعلق بموضوع التعليق على النصوص القانونية .

- الكلمة الثامنة :- التصور القانوني للوقائع المعاصرة .

يراد بالتصور القانوني للوقائع هو دراستها وتحليلها باستخدام وسائل قانونية . فمهمة الباحث كما بين الكاتب هي ترجمة معطيات الواقع الى مصطلحات قانونية حتى يتمكن من تكييفها ، فيكشف عن المشكلة القانونية وهي محل النزاع ويحدد القاعدة القانونية ويتثبت من امكانية تطبيقها ام لا على تلك المشكلة . ثم تولى الكاتب بيان الخطوات اللازمة لانجاح ذلك التصور من خلال القراءة والتفكير المنظم وايجاد حل للمشكلة القانونية وختم ذلك باختبار يتعلق بعدد من الوقائع القانونية المختلفة في نطاق القانون المدني وقانون العمل وقانون الاحوال الشخصية والقانون الدولي الخاص .

- الكلمة التاسعة :- القانون المقارن .

تذهب اغلب الدراسات القانونية في الوقت الحاضر الى جعل تلك الدراسة مقارنة اغناء لعلمية البحث من الناحية ، ولمعرفة وابراز نقاط القوة والضعف في تشريعاتنا من ناحية اخرى . فما المراد بالقانون المقارن وهل ينصرف الى منهج المقارنة القانونية ؟ يراد بالقانون المقارن هو نظام قانوني يتكون من مقارنة نظم قانونية لدول مختلفة ، وهو يختلف عن منهج المقارنة القانونية والذي يراد به العلم الذي يدرس القوانين الاجنبية . وقد بين الكاتب الغاية من المقارنة ووظيفتها وتطورها وما يتطلبه المنهج المقارن من باحثين ذوي كفاءة عالية ومتميزة لهم القدرة على التعامل مع معلومات من نظم قانونية عديدة في وقت واحد.

- الكلمة العاشرة :- الصياغة التشريعية .

يعكس عنوان الكلمة المقصود منها الا وهي كتابة او تحرير التشريعات بلغة قانونية سليمة . والتشريعات شاملة لاتتحصر على فئة معينة ابتداء من الدستور وانتهاء

بالقرارات . وتمتاز هذه الصياغة كما ذكرها الكاتب بانها الاكثر صعوبة وتعقيدا من الناحية الفنية واكثرها اهمية من الناحية الاجتماعية كونها تهتم بصياغة الوثائق التي تحدد العلاقات وتوضح الاجراءات التي تحكم معاملة معينة . حيث تم بيان الجهة المختصة بالصياغة التشريعية والسمات الشكلية للوثيقة التشريعية والصيغة التي ينبغي ان يتخذها الخطاب التشريعي والكيفية التي يتم بها بناء تلك الجملة التشريعية مع ايراد عدمن الامثلة لتسهيل مهمة الباحث في فهم النصوص التشريعية مما ييسر عليه تحليلها وتفسيرها وتقويم تحليل الغير وتفسيره لها مع منحه امكانية صياغة نصوص قانونية او اقتراحها وبما يجاريها في تلك الصياغة .

- الكلمة الحادية عشرة :- العلاقة بين القانون الخاص والقانون الدولي .

اعتمد الكاتب في ذكره لهذه الكلمة الى بيان المعنى الحقيقي للقانون الخاص والقانون الدولي واستقلال احدهما عن الاخر واثرا احدهما في الاخر واثبات احدهما وجوده بوجود الاخر ، وذلك من خلال تعريف القانون الخاص بانه مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم العلاقات القانونية بين الاشخاص وتهدف الى حماية المصالح الخاصة . في حين عرف القانون الدولي بانه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والعرفية التي تنظم العلاقات الناشئة بين اشخاص القانون الدولي من دول ومنظمات دولية . ثم تناول الكاتب تدويل القانون الخاص نتيجة للانفتاح الواسع للقانون الدولي على القانون الخاص لاسيما في ميدان العقد او التجارة او العمل او تنازع القوانين والتي تنجز باستخدام قواعد قانونية دولية تظهر بشكل اتفاقية دولية او قانون نموذجي او تنظيم اوروبي والتي يطلق عليها تسمية القانون العابر للحدود ، وذلك نابع من حاجة الدول لتبني مفاهيم موحدة عالميا او في الاقل مقاربة في المعنى تضمن مرونة في التعامل وتيسيرا في المعاملات دون تفريق بين ما هو محلي او دولي .

- الكلمة الثانية عشرة :- نبذة عن القانون الانكليزي .

يعتبر بحث هذا الموضوع من قبل الكاتب من الامور المستحدثة والمستجدة ان لم نقل النادرة في مثل هذا النوع من المؤلفات رغم اهميته لاسيما في مجال الدراسات المقارنة لاختلاف النظم القانونية في رحاب القانون الخاص . حيث تسود ثلاث نظم قانونية وضعية الا وهي النظام اللاتيني والذي يمثله القانون الفرنسي والنظام الانكلوسكسوني الذي حدث واصبح يعرف في الوقت الحاضر بالنظام الانكلو امريكي والذي يمثله دول انكلترا والولايات المتحدة الامريكية ، والنظام الثالث والمعروف بالنظام الجرمانى . لذلك كان من الضروري اعطاء نبذة عن القانون الانكليزي ، حيث تناول الكاتب تاريخ القانون الانكليزي وتعريفه بانه النظام القانوني الذي تديره المحاكم في انكلترا وويلز ثم اتبعها ببيان التقسيم العام للقوانين الانكليزية ومصادره واثره في النظم القانونية المقارنة . غير ان ما يلفت الانتباه في هذا الخصوص هو ما ذكره الكاتب تحت عنوان القانون

الانكلاوا-اسلامي والذي قصد به القانون الاسلامي الذي طبقت المحاكم الانكليزية في قراراتها بعد ان سادت القوانين الانكليزية خلال فترة الاستعمار التي تطبق احكام الشريعة الاسلامية ، حيث اقتصر دور النصوص التشريعية في تلك البلاد على تحديد مسائل الشريعة الاسلامية التي يمكن تطبيقها على فئات معينة من الاشخاص . اي تعيين نطاق تطبيقها من حيث الموضوع والاشخاص مع تطبيق القانون الانكليزي . ثم انتهى الكاتب الى ما هو عليه اليوم في المملكة المتحدة ذاتها والذي يتميز مجتمعها بالتعددية واحترام الديانات الاخرى وصولا الى اعتراف القانون الانكليزي بالقانون الاسلامي كمسألة وقائع وبطريق التشريع وعبر قواعد القانون الدولي الخاص . ثم انتى الى بيان اشهر مفاهيم القانون الخاص الانكليزي والتي تتمثل بالفعل الضار والائتمان مع تضمينها امثلة تعزز تلك الدراسة وتقربها الى ذهن القارى .

- الكلمة الثالثة عشر :- نبذة عن القانون الفرنسي .

تناولت تلك الكلمة وكما هو واضح القانون الفرنسي والذي يمثل النظام اللاتيني والذي اعتمده اغلب الدول العربية متناولا تاريخ القانون الفرنسي والتعريف به بانه مجموعة قواعد القانون الوضعي المطبقة في فرنسا . ثم تم بيان خصائص القانون الفرنسي ومصادره واثر القانون الفرنسي في القوانين العربية حيث تم افراغ منتجات القانون الفرنسي في وعاء التشريع العربي على حد قول الكاتب ، سواء في ميدان القانون الخاص او القانون العام فلا يمكن الجزم بوجود ثقافة قانونية وطنية حرة ومستقلة بشكل كامل عن القانون الفرنسي او فقه وطني عربي لا ينطلق من كتابات الفرنسيين واحكام القضاء الفرنسي . ثم عرض الكاتب تطبيق الشريعة الاسلامية في ساحة القانون الفرنسي وذلك من خلال تطبيق القانون الاسلامي تحت مظلة القانون الفرنسي ، او اعادة تدوير القواعد الشرعية في القانون الاسلامي على شكل قواعد وضعية في القانون الفرنسي .

- الكلمة الرابعة عشرة :- نبذة عن القانون الاوربي .

خصصت هذه الكلمة للقانون الاوربي والمقصود به الاتحاد الاوربي فالاساس القانوني لهذا الاتحاد يتمثل بالمعاهدات التي ابرمها اعضاء الاتحاد جميعهم بارادتهم الحرة . ثم ذهب الى بيان الطبيعة القانونية للاتحاد الاوربي ومميزاته وهيكله ، تلاه عرض لقوانين الاتحاد الاوربي (القانون الاوربي) ووجه الالتزام لكل منها والتي تتمثل بالتنظيم ، والتوجيه ، والقرار ، والتوصيات . اعقبها بيان للمصادر الخمس القانون الاوربي وبحسب تسلسلها في الهرم القانوني ابتداء من القانون الاساسي ثم الاتفاقات الدولية للاتحاد الاوربي ثم القانون الثانوي او المشتق تليها المبادئ العامة للقانون واخيرا الاتفاقات المبرمة بين الدول الاعضاء .

- الكلمة الخامسة عشرة :- عرض الرسائل والاطاريج في يوم المناقشة .

علاقة هذه الكلمة لارتبطت بالدراسة موضوع البحث بقدر ما ترتبط باعطاء الانطباع الاولي لدى لجنة المناقشة مما يؤثر في رأي اعضاء لجنة المناقشة . ويتبين لنا من قراءة هذه الكلمة ان الكاتب قد لخص جميع ما يدور في ذهن الاساتذة والمناقشين فيما كتبه واعطاه من ملاحظات قيمة او كما اطلق عليها الكاتب تسمية ذهبية تخدم الباحثين وتنعكس ايجابا على الجو العام لجلسة المناقشة . فاوصي جميع الباحثين الى قراءتها وتطبيقها لتلافي الملاحظات المتكررة التي توجه لهم يوم المناقشة .

-الكلمة الاخيرة .

هذه الكلمة جاءت بدون تسلسل رقمي وعنوان . فكانت بمثابة نصائح وجهها الكاتب الى الباحثين بكلمات قليلة ولكنها عميقة في معناها ولها تاثير وابعاد في نفس كل قارى ومتصفح للكتاب .

الملاحظات التي تؤخذ على هذا الكتاب :

بعد الانتهاء من عرض الكتاب الذي يتميز باهميته وايجابياته على مستوى البحث العلمي القانوني ومخرجاته الا انه لوحظ بعض الامور التي اغفل الكاتب الاشارة اليها وتمثل بالاتي :

١- عدم الاشارة الى التمييز في مجال البحث القانوني بين كتابة رسائل الماجستير عن اطاريج الدكتوراه عن البحث العلمي ، على اعتبار ان البحث العلمي يختلف مستواه باختلاف كاتبه ويتدرج من بحث بسيط يتم اعداده من ثبل طالب الى بحث يتم اعداده من قبل حاملي الالقاب العلمية لاغراض الترقية وان كانت تلك الطائفة من البحوث يختلف مستواها باختلاف الدرجة العلمية المطلوب الترقية اليها . كما ان بحث رسائل الماجستير الذي يمثل الخطوة الاولى في حقل البحث العلمي يختلف عن بحث اطروحة الدكتوراه الذي يكون اعمق في التحليل واكثر دقة في مخرجات البحث العلمي .

٢- عدم الاشارة الى التقسيمات الواجبة لاجراء خطة بحث متكاملة لاسيما ما يتعلق منها في توظيف العنوان على محتويات البحث والتوازن الواجب توافره في تلك الخطة حيث تعد الشكلية ركن لايقبل اهمية عن الموضوعية ، كذلك عدم الاشارة والتمييز بين الخطة الثنائية والثلاثية في مجال كتابة البحوث.

٣- عدم الاشارة الى المنهجية الواجبة الاتباع في ميدان الدراسات القانونية واعطاء وصف لكل منها من خلال بيان المنهج الوصفي وتمييزه عن المنهج التحليلي وفي اي منهما يمكن جعل الدراسة مقارنة .

٤- عدم الاشارة الى الالية العتمدة في كتابة الهوامش زالمصادر والمراجع لما لها من اهمية من الناحية العملية لاغفال الباحثين لهذه الامور لاسيما ما يتعلق منها بالمصادر الالكترونية . وكذلك الامر فيما يتعلق بالاسبقية في كتابة المصادر سواء التي

تتضمنها الهوامش ام التي تتضمنها قائمة المصادر .
غير ان هذه الملاحظات نابغة حسب اعتقادنا من رغبة الباحث في جعل الجزء
الاول من هذا الكتاب خاص بالامور الموضوعية المتعلقة بالبحث ، تاركا الامور الشكلية
الى الجزء الثاني من هذا الكتاب .