

مجلة كلية الحقوق - جامعة  
النهرين

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية الحقوق جامعة النهرين

المجلد ٩ / العدد ١٧

السنة : ذي الحجة - ١٤٢٧ هـ / كانون الأول - ٢٠٠٦

( وإذا حكمتكم بين الناس أن تحكموا بالعدل )

<p>الهيئة الاستشارية للمجلة</p> <p><u>رئيس الهيئة</u></p> <p>أ.د. غازي فيصل مهدي</p> <p>عميد</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p> <p>أ.د. محمد علي الطائي</p> <p>كلية القانون/جامعة بغداد</p> <p>أ.م.د. محمد علي جواد</p> <p>عميد</p> <p>كلية القانون/الجامعة المستنصرية</p> <p>أ.م.د. ممدوح عبد الكريم حافظ</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p>	<p>هيئة تحرير المجلة</p> <p><u>رئيس التحرير</u></p> <p>أ.د. عدنان العايد</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p> <p><u>أعضاء هيئة التحرير</u></p> <p>أ.د. محي هلال السرحان</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p> <p>أ.د. عوض فاضل إسماعيل</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p> <p>أ.م. زهير سعيد طه البشير</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p> <p>م.د. عبدالمطلب عبدالرزاق الهاشمي</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p> <p>م.د. عامر قاسم القيسي</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p> <p><u>مدير التحرير</u></p> <p>د. حيدر أدهم عبدالهادي</p> <p>كلية الحقوق/جامعة النهرين</p>	<p>مجلة الحقوق</p> <p>مجلة علمية محكمة تصدرها</p> <p>كلية الحقوق جامعة النهرين</p> <p>المجلد التاسع - العدد ١٦</p> <p>جمادى الأولى ١٤٢٧ هـ</p> <p>آيار ٢٠٠٦ م</p> <p><u>للمراسلات</u></p> <p>سكرتير التحرير</p> <p>العراق - بغداد - الكاظمية</p> <p>كلية الحقوق - جامعة النهرين</p> <p>ص.ب: ٩٠٧٢</p> <p><u>البريد الإلكتروني</u></p> <p><u>E-mail</u></p> <p>JOURNAL_INF@YAH OO.COM</p> <p><u>الإشتراك السنوي</u></p> <p>12000-دينار-للمؤسسات</p> <p>الحكومية والأشخاص داخل العراق</p> <p>100-دولار-للمؤسسات</p> <p>الحكومية والأشخاص خارج</p> <p>العراق.</p>
---	--	---

( وإذا حكمتكم بين الناس أن تحكموا بالعدل )

## المحتويات

رقم	اسم البحث
الصفحات	
٤٥-١	القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري م.د. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي
٦٨-٤٦	التحول المهني م.د. صبا نعمان رشيد
٩٠-٦٩	انتداب الموظف وإعارته في القانون والعراقي والمقارن م.د. علي أحمد اللهيبي
١١٥-٩١	الحماية الجنائية لضحايا الإيذاء ضد السلوك التمييزي م.د. أمل فاضل عنوز
١٣٣-١١٦	تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك م.د. عامر القيسي
١٥٤-١٣٤	الحصانة القانونية للقرارات الإدارية م.د. عمار طارق عبدالعزيز
١٧٩-١٥٥	عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال م.د. سلام منعم مشعل
١٩٢-١٨٠	التصحيح التشريعي في أسعار المشتقات النفطية العراقية بين تحديات المرحلة ومعالجة المستقبل م.د. عمار فوزي كاظم المياحي
٢٣٥-١٩٣	الحقوق الأساسية للإنسان في قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية م.م. ضرغام فاضل حسين

## تعليمات النشر :

١- يقدم الأصل مطبوعات على الحاسبة الإلكترونية ومعه نسختين وتكون الكتابة بمسافات مزدوجة بين الأسطر وعلى وجه واحد من ورق مقاس 21 \* 29.7 ( A4 CM ) .

٢- لا يزيد حجم البحث المقدم عن ٢٥ صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية .

٣- يجب أن يتضمن البحث : عنوان البحث ، خلاصة ، مقدمة ، منهج البحث ، النتائج ، المناقشة ، الاستنتاجات ، قائمة المراجع ، خلاصة بلغة عالمية حية .

٤- لا تزيد عدد كلمات الملخص عن ( ٢٠٠ ) منتي كلمة ، ويوضح في رأس الملخص ( العرب او غير العربي ) ، عنوان البحث ، اسم الباحث ، مكان العمل ( والمراسلة ان كان مختلفا عن العمل ) ، مع وضع رقم أو رمز بشكل نجمة ( \* ) ، التي تربط بين الاسم ومكان العمل .

٥- الجداول والمواد التوضيحية ، جيدة الاعداد ، على ورق ملائم ، مصقول أو شفاف ، وبحجم مناسب لمساحة الطبع بصفحة المجلة ، أي بحد أقصى ١٢\*١٦ سم للصفحة الواحدة ، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والأشكال .

٦- ترقم الجداول والأشكال على التوالي حسب ورودها في البحث ، وتزود بعناوين ، ويشار الى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم بأوراق منفصلة .

٧- تستعمل دائما وحدات القياس الخاصة بالنظام الدولي فقط .

STANDARD INTERNATIONAL UNITS , SI UNITS .

٨- لا تستخدم الاختصارات في عنوان البحث ، أو في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بوحدات القياس .

٩- تستخدم الاختصارات في عناوين الدوريات المتفق عليها عالميا الموجودة في:

## LEWIS & CO ., PERIODICALS, SCIENTIFIC OF LIST WORLD THE LONDON

١٠- تستخدم الاختصارات المقننة دولياً ، سواء لوحادات القياس أو لغيرها من الاختصارات الشائعة .

١١- لا تقبل المراجع غير المنشورة ، ويمكن قبول المراجع المقبولة للنشر ، المحدد لها رقم الذي ستظهر به .

١٢- يستخدم في كتابة المراجع ، سواء في النص أو في قائمة المراجع ، أسلوب هارفارد ، الذي يربط فيه اسم المؤلف بسنة النشر ، حسب

CBE, STYLE MANUAL COMMITTEE, 1983 .

١٣- يشار الى المصادر حسب وردوها في متن البحث بأرقام متسلسلة توضع بين قوسين .

١٤- ترتب المراجع في قائمة المراجع ، ترتيباً " أبجدياً " ، حسب أسماء المؤلفين ، وسنوات النشر .

١٥- بالنسبة للمراجع المأخوذة من دوريات يجب أن يحدد رقم المجلد ، ورقم العدد وأرقام صفحات بداية ونهاية البحث .

١٦- بالنسبة للمراجع المأخوذة ، من كتب ورسائل علمية ، تحدد أرقام الصفحات المستخدمة كمرجع .

١٧- قد تستخدم التذاويل لتوضيح المعلومة ، وفي هذه الحالة ، ترقم التذاويل لكل صفحة على حدة بأرقام متسلسلة .

## القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري

الدكتور

عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي

جامعة النهرين

كلية الحقوق

### ملخص :

تمتلك الإدارة في سبيل تنفيذ أعمالها في سير منتظم للمرفق العام سلطات واسعة ومن بينها قدرتها القانونية على تعديل العقد متى رأت في ذلك أسلوباً يحقق للمرفق أهدافه .

لذلك فإن هذه القدرة تمكن الإدارة وبإرادتها المنفردة أن تجري التعديل على العقد بالزيادة أو النقصان في كافة العقود التي تجريها ولا يحد من تصرفها هذا إلا إذا شابه انحراف في السلطة . فيعد ذلك بحد ذاته أمراً يوجب عليها رقابة القضاء ، ولا يفوتنا الذكر بأن اجراء الإدارة في تعديل العقد يرافقه بالمقابل حصول المتعاقد على المقابل المالي ، وبخلاف ذلك تتعرض الإدارة الى عدم المصادقية من جانب وتلاحقها رقابة القضاء من جانب آخر .

لقد اعترف الفقه والقضاء العربي والفرنسي على حدّ سواء بقدرة الإدارة القانونية على امتلاك هذه السلطة التي تعد احد المزايا التي تمتلكها الإدارة في إدارة المرفق العامة .

### Abstract

The capacity of the legal administration to amend the administrative contract

The administration has the capability to execute its works in order to organize the public administration . This authority is so wide such it has the legal capacity to amend the contract whenever find it a method to achieve the aim of the administration wither such amendment to add or lessen its conditions in every contract .

Such capacity can be stopped when the legal administration diverted its authority .

Whenever such amendment takes place the contractor has the right to ask for compensation .

### (1) القدرة القانونية

#### للإدارة في تعديل العقد الإداري

#### مقدمة

توصف الإدارة بأنها تمتلك القدرة القانونية بإرادتها المنفردة العمل على تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه ، هذه الميزة التي تمتلكها الإدارة ( حق التعديل ) تعد من أهم مظاهر سلطات الإدارة التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد (٢)، وبالتالي تعتبر متى استعملتها - الإدارة - قرينة قانونية تقضي بجلاء أن أحد المتعاقدين - هي الإدارة - في مركز متميز عن المتعاقد الآخر ومعنى ذلك إن العقد يعد من عقود القانون العام ولا ينطوي هذا الوصف على أنه عقد من عقود القانون الخاص : الذي يعرف بأنه : ( توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله ) .

(( التي يحكمها مبدأ شريعة المتعاقدين وبالتالي متى ما تم العقد أصبح لازماً فلا يجوز لأي من المتعاقدين التحلل منه بإرادته المنفردة أو نقضه ولا تعديله إلا باتفاق أطرافه أو للأسباب التي يقررها القانون )) (٣).

وبمقتضى هذه القدرة التي تتمتع بها الإدارة كلما اقتضت ضرورات مصلحتها في التعديل الذي تجريه على العقد ، بما يفضي تصرفها الى زيادة الأعباء المالية

---

(١) \_ القدرة القانونية هي (( الاختصاص على مباشرة إداري معين أو تحديد مجموعة من الأعمال والتصرفات التي يكون للإدارة أن تمارسها قانوناً وعلى وجه يعتد به ))، الأستاذ حمدي ياسين عكاشا / القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة المصري ، منشأة المعارف، ١٩٨٧ ، ص ٤٠٤ . و د. خالد سمارة الزغبى / القرار الإداري / الأردن ، ١٩٩٩، ص ٦٥.... ويمكن رد القدرة القانونية للإدارة إلى أربعة مظاهر وهي :

أ - الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد .

ب - تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة .

ت - توقيع جزاءات منوعة على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته .

ث - حقها في إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد .

(٢) - بأنه ( توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه ) .

(٣) - نصت المادة ( ١٤٦ ) من القانون المدني على الآتي (( ١. إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى

نص في القانون أو بالتراضي )) .

للمتعاقد أو يؤدي الى إنقاصها. وعلى هذا النحو فلا مواجهة أو اعتراض من قبل المتعاقد بحجة قاعدة الحق المكتسب أو التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ذلك أن العقود الادارية تفترض مقدماً حدوث تغيير تبعاً لظروفها وطرق تنفيذها بحكم طبيعتها وارتباطها ( لدواعي المصلحة العامة ويتوجب سير منتظم للمرفق العام ) بفكرة المرفق العام الذي يتمتع بالقابلية على التحديث والتغيير على نحو مستمر ، ولأنها تتعلق بالنظام العام ، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملاساته ، وطرق تنفيذه تبعاً لأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة ومقتضيات سيرها بانتظام واطراد ، يرافق ذلك عند ابرام العقد انصراف نية طرفيه الى التزام الوفاء بحاجة المرفق ، مما يحتم على الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في عملية تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره وأشرافها عليه . إن تمتلك القدرة في تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وهي في ممارستها لهذا الحق لا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً مستمداً من طبيعة المرفق واتصال العقد به (١).

ومن هنا يثبت للإدارة هذا الحق بغير حاجة الى نص عليه في متن العقد أو لجوؤها لموافقة الطرف الآخر عليه، وان هذا الحق يركز على القدرة القانونية الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام. فإذا ما نص العقد على قدرة الادارة على تعديل وبيان اوضاع وأحوال ممارستها من دون أن يؤثر ذلك أو يمس الحق الأصل المقرر للإدارة، كما ليس بمقدورها التنازل عن ممارستها لارتباطه بالنظام العام .

..... نستخلص مما تقدم بيانه أن قدرة الادارة القانونية هنا تبلغ أقصى مداها في مواجهة المتعاقد بصدد إجراء التعديل على العقد مما ينبغي منا ايضاح الأهمية التي تتطوي عليها دراسة هذا الموضوع، ذلك ما نريد ان نبدأ به قبل أن ندخل بالتفاصيل:

---

(١) - د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - ١٩٩١ دار الفكر العربي ص ٤٦٤ وما بعدها .



أ. أن الإدارة في سبيل تنفيذ عقودها تعمل بإرادتها المنفردة إجراء تعديل أو إنقاص الالتزام على عقد نافذ - على درجة كبيرة من الأهمية - فإنها تعد استثناء من شروط العقد أو القواعد العامة في القانون المدني.<sup>(١)</sup>

ب. أن قيام الإدارة بتعديل العقد بما تملكه من قدرة قانونية وإرادتها المنفردة وبشكل مباشر يلزم الإدارة أن تحقق موازنة بين الغاية من التعديل والحقوق المشروعة للمتعاقد والتي عول عليها عند قبوله العقد.

ت. على الإدارة أن تأخذ بنظر الاعتبار عند تعديل العقد بأي صيغة النواحي الفنية والمالية التي تتصل بكيفية تأدية - المقابلة أو التوريد - من قبل المتعاقد والوقت اللازم والشروط الواجب مراعاتها في هذه الأحوال على أن لا تتجاوز حداً معيناً .

ث. أن حق الإدارة في إجراء التعديل للعقد بالزيادة والنقصان للالتزامات، وحسبما تم بيانه قد يؤدي الى اختلاط هذه الفكرة مع ما تنطوي عليه (نظرية الظروف الطارئة، ونظرية عمل الأمير، ونظرية تحول العقد)، على الرغم من الوضوح والإختلاف البين في المسلك والأحكام القانونية التي تنظم كل منها .

ج. إن القول بعدم ثبات العقد الإداري لا يعني انتفاء قوته الملزمة لأن طبيعة العقد الإداري تستوجب الالتزام بين أطرافه ولا خلاف في ذلك بل إن اجراءات الإدارة لغرض مصلحتها تحدّ بفعلها من قوة العقد أو تقلل من جموده، بما تدخله من اضافات أو تحويلات على مضمونه من دون الوقوف على موافقة المتعاقد على القيام بتلك الإضافات أو التعديلات ولا يعد ذلك خطأ من جانب الإدارة يوجب

---

(١) - أبرزت محكمة القضاء الاداري في مصر هذه السلطة (( بأنها سلطة جهة الادارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه، هي الطابع الرئسي لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية. ومقتضى هذه السلطة أن جهة الادارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة - وعلى خلاف المألوف في معاملات الافراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد...)) لمزيد من التفاصيل أنظر د. محمود حلمي : العقد الإداري، ط٢، ١٩٧٧ دار الفكر العربي، ص ٧١.

مسؤولياتها، إنما ينبغي أن يكون ذلك العمل مؤطر بسلطتها التي أوجبها القانون ممل يستلزم ذلك عدم خروجها عنه بأي حال من الأحوال، والقول خارج هذا الوصف يعرض الإدارة الى التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد عن طريق الاعتراض لدى الجهة الادارية العليا او بالطرق القانونية الأخرى أيهما أفضل <sup>(١)</sup>. وعلى هذه الأسس فمهما كانت سلطة الادارة في التعديل فيجب أن لا يغرب عن بال الإدارة أنها بصدد التعاقد مع متعاقد قدر ظروفه جيداً قبل أن يمنح موافقته على التعاقد مختاراً لذلك. ومن ثم فإن الادارة ملزمة عندما تلجأ إلى حقها في التعديل، أن لا تذهب الى الحد الذي يؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أو تغير من طبيعة العقد أو جوهره .

كما روعي ذلك عند التعاقد لأول مرة، مما ينبغي ان تكون تلك الاعباء في الحدود الطبيعية المعقولة له من حيث نوعها وأهميتها، على أن لا يكون لك من شأنه حصول تغيير جوهري في العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، أو أن تؤدي الأعباء الجديدة الى إرهاب المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية والاقتصادية .

..... هذا الإيجاز للموضوع يوجب علينا كشف جوانبه الغامضة، مما يدعونا تناوله في الدراسة والتحليل على وفق خطة البحث الآتية :

#### الفصل الأول : حق الإدارة في تعديل العقد .

المبحث الأول : تمييز تعديل العقد وما يشته به من أوضاع قانونية.

المبحث الثاني : عناصر حق التعديل .

المبحث الثالث : دراسة تطبيقية لقدرة الادارة في تعديل

عقد الأشغال العامة وعقد التوريد .

المبحث الرابع : موقف الفقه من سلطة الادارة في التعديل

الفصل الثاني : الأساس القانوني لقدرة الإدارة على تعديل العقد .

---

(١) - د. طعيمة الجرف : القانون الاداري. ط ١٩٧٨ ص. ٦٢٨.

- المبحث الأول : شروط استعمال الادارة لحق التعديل .
  - المبحث الثاني : كيفية تحديد قيمة العقد .
  - المبحث الثالث : الحقوق المالية للمتعاقد جراء التعديل .
- الخاتمة ...

## الفصل الأول

### حق الإدارة في تعديل العقد

العقد الاداري كسائر العقود الادارية ينشئ لأطرافه حقوقاً، وأهم هذه الحقوق بالنسبة للإدارة قيام المتعاقد معها من بين أهم المميزات التي تستأثر بها الإدارة قدرتها القانونية (سلطانها) والتي لا مقابل لها في القانون، وان مناط هذه القدرة ((التي لا يمكن أن يتمتع بها الأفراد)) مقتضيات سير وانتظام المرفق العام وتحقيق الصالح العام، ومن هنا يبدو لنا واضحاً ان كفتي المتعاقدين غير متكافئة على خلاف الامر في العقود المدنية، فإن من المسلم به أن طبيعة العقد الاداري واتصاله بالصالح العام من تلك المظاهر حقاً أصيلاً للإدارة تتمتع بها دون حاجة الى النص على ذلك العقد، وهي بمثابة حقوق لها في مواجهة المتعاقد تستمدّها من سلطاتها الدستورية والقانونية في تنظيم وإدارة المرافق العامة والتي هي محور نشاط الإدارة.<sup>(١)</sup>

ومن الجدير بالاهتمام أن قدرة الادار تلك لا تعتبر أمراً طارئاً على العقد، كما أن ليس من قبل الاستثناء من قاعدة عامة، بل هي نابعة من طبيعة النشاط الاداري وبالتالي تتمكن الإدارة من اجراء التصرفات القانونية على عقودها بالتعديل (بالزيادة او النقصان) سواء نص التعديل في العقد أو لم ينص فهو حق، قد اعترف به الفقه والقضاء الفرنسي والمصري.<sup>(٢)</sup>

وبذلك فان هذا النص يكون كاشفاً لا منشأً له. ويترتب على هذه القاعدة النتائج التالية:<sup>(٣)</sup>

---

(١) - د. إبراهيم طه الفياض : العقود الادارية / النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مكتبة الفلاح. ١٩٨٦. ص ١٦٥ .

(٢) - د. سليمان محمد الطماوي / الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق - ص ٤٥٨ وما بعدها.

د. محمد كامل ليله / نظرية التنفيذ المباشر، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة الازهر. ١٩٥٧، ص ١١٥ .

(٣) - د. إبراهيم طه الفياض / القانون الإداري / مكتبة الفلاح ١٩٨٦، ص ٤٨٨ .

١- أن عدم النص على أي سلطة ( قدرة ) للإدارة في مواجهة المتعاقد لا يعني ذلك أنها لا تملك استعمال تلك السلطة بل يمكنها ممارستها رغم ذلك، لأنها تستمد من حقوقها الدستورية والقانونية في تنظيم وإدارة المرافق العامة وتستمدّها أيضاً من مبادئ القانون الإداري مباشرة<sup>(١)</sup>.

٢- أن العقد سواء تضمن بعض مظاهر السلطة العامة للإدارة ( أي قدرتها ) دون البعض الآخر فذلك لا يحول للإدارة استعمال سلطاتها جميعاً - سواء التي نص عليها والتي لم ينص عليها - .

٣- لا يجوز أن تتفق الإدارة مع المتعاقد أن تتنازل عن كل أو بعض من سلطاتها أو تقيد حقها في استعمال تلك السلطات بقيود، ويعد باطلاً كل اتفاق من هذا القبيل، لأن استعمال تلك السلطات مرهون بما يقرره القانون في هذا الشأن، وبالتالي فهو ليس حقاً شخصياً لرجل الإدارة بل هو وظيفة يمارسها لتحقيق الصالح العام.

٤- إن استعمال الإدارة لسلطاتها مقيد بما يرسمه القانون لها، فلا يجوز للإدارة استعمال تلك السلطات بما يؤدي إلى إخلال التوازن المالي للمتعاقد أي قلب التزامات المتعاقد رأساً على عقب<sup>(٢)</sup>.

..... لذا سنتناول بالدراسة في أربع مباحث وهي :

أ. المبحث الأول : تعديل العقد وما يشته به من أوضاع قانونية .

ب. المبحث الثاني : عناصر حق التعديل.

ت. المبحث الثالث : دراسة تطبيقية لقدرة الإدارة في التعديل عقود الأشغال العامة والتوريد.

ث. المبحث الرابع : موقف الفقه من سلطة التعديل .

---

(١) - د. نواف كنعان / القانون الإداري الأردني / الكتاب الثاني / ط، ١٩٩٦، ص ٣٥٣.

(٢) - د. مصطفى كمال وصفي : حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ع ١، ١٩٧١، ص ١٥٨ وما بعدها .

## المبحث الأول

### تميز تعديل العقد وما يشته به

### من أوضاع قانونية

من نافلة القول أن اجراء التعديل للعقد تدخل مفرداته بطبيعتها، أما ضمن [ نظرية عمل الأمير ( السلطة ) أو نظرية الظروف الطارئة، أو في الرقابة الشديدة على تنفيذ العقد أو تحويل العقد ] .... بشكل مباشر أو غير مباشر وهذا التداخل في تلك المفردات يعزى سببه الى التقارب بين فكرة تعديل العقد وبين تلك الأوضاع القانونية.

... لذا فإن هذا الترابط لا يمحو الأسس القانونية لتطبيق النظريات لكل حالة من الحالات عند تحققها، ولا يستوي بأي حال من الأحوال وصف تعديل العقد باي من تلك النظريات، ومن هذا المنطلق فغن التعديل للعقد لا يعد من الظروف الطارئة على العقد، ولا يمكن وصفه كعمل من أعمال السلطة العامة ( الأمير )، ولا ينطوي تحت مفهوم الرقابة المالية المبالغ فيها، ولا حتى تحولاً للعقد على النحو المعروف في عقود القانون الخاص .

..... لذا آثرنا تقسيم الموضوع الى أربعة مطالب هي :

- أ. المطلب الأول : تعديل العقد ونظرية عمل الأمير ( السلطة ) .
- ب. المطلب الثاني : تعديل العقد ونظرية الظروف الطارئة .
- ت. المطلب الثالث : تعديل العقد والرقابة على تنفيذه .
- ث. المطلب الرابع : تعديل العقد وتحويله .

## المطلب الاول

### تعديل العقد ونظرية

#### عمل الامير ( السلطة )<sup>(١)</sup>

عمل الامير نظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي، مفادها ثمة عقد من العقود الإدارية تعرض الى ضرر اختل معه التوازي المالي للمتعاقد كان سببه السلطة العامة، فقد يكون هذا الضرر جسميٍّ إِيَّاَّ أو يسيراً، وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد، ولربما يكون مجرد إنقاص في الريح الذي عول عليه.....وبمعنى آخر يفترض صدور عمل أو تصرف من سلطة عامة يكون من شأنه ان يلحق ضرراً بالمتعاقد على نحو مباشر، ويسمى هذا العمل بفعل الأمير ( السلطة ) .

يعرف عمل الأمير بصفة عامة بأنه { عمل يصدر من سلطه عامه دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تساوي مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة يعيد التوازن المالي للمتعاقد } .<sup>(٢)</sup>

من خلال التعريف المتقدم نجد إن هناك إجراء مشروع تتخذه السلطات العامة ( قد يكون على شكل قرار فردي خاص أو بقواعد تنظيمية أو صدور قانون ) من شأنه يلحق بالمتعاقد أعباء مالية لم تكن متوقعة في ميقات إبرام العقد .

إذا كان هذا الوصف لعمل الأمير ( السلطة ) قد توضحت معالمه، فمن المناسب بيان التشابه و الاختلاف مع فكرة تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإرادة ( القدرة

---

(١) - يستعمل الفقه ومعظم أحكام مجلس الدولة المصري تسمية (( عمل الأمير )) أو أفعال الأمير وهي المقابل الحرفي للاصطلاح الفرنسي. انظر لمزيد من التفاصيل كل من :

- د. سليمان محمد الطماوي : المصدر السابق ، ص ٦٢٥ .

- د. محمد فؤاد مهنا: القانون الإداري الأردني. المصدر السابق ، ص ١١٢ .

- Jean Rivero: Droit administrative 2 endition 1973. p. 122.

- د. السيد محمد مدني : مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعية ، ط ١٩٥٢ ، ص ٣٤١ .

(٢) - أنظر سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٢٤ .

3 Francis- Paul Benooit , le droit administrative Delloz , 1968, p. 637.

القانونية)..... الأمر يبدو هنا ان واقعاً لا يمكن بأي حال من الأحوال إهماله أو التغاضي عنه فالتشابه بين فكرة تعديل العقد و النظرية في أن كلاً منهما يعتبر عملاً مشروعاً تقوم به الإدارة يكون منصباً على العقد. وبالتالي يستحق المتعاقد عن أي منهما تعويضاً حسب

طبيعة الإجراء الذي حصل، أما الاختلاف بينهما واضح أن من يقوم بتعديل العقد هي السلطة الإدارية المتعاقدة، في حين أن نظرة عمل الأمير (السلطة) لا يشترط فيه أن يكون التعديل صادر عن أحد أطراف العقد، فقد تقوم به جهة حكومية بحكم مسؤوليتها القانونية مما يؤثر في العقد بشكل مباشر .

...وتأسيسها على ذلك فأن من الممكن أن يلجأ المتعاقد الذي تعرض للتعديل ولم يحصل على المال المقابل للتصرف، بدية أن يتظلم من قرار التعديل أمام تلك الإدارة يشكوى لها ماتعرض له من إحفاف جراء تعديل العقد، فعن عدم إنصافه والاستجابة لمطالبه.<sup>(١)</sup> فإن ملجئه ومنجيه القضاء الإداري ليحصل على مبتغاه ألا وهو المقابل المالي لذلك الإجراء. فإذا ما افترضنا لجوء المتعاقد الذي تعرض للتعديل في مواجهة الإدارة أمام القضاء ( محكمة القضاء الإداري )<sup>(٢)</sup>. في الآثار المترتبة على ذلك العمل ((مثال ذلك صدور قانون برفع الرسوم الكمركية على المعدات والكمائن .. ونتج عن هذا القانون إلحاق خسارة بالمتعاقد الذي يورد المعدات والكمائن لصالح إحدى الجهات المتعاقدة معه ))، بطلب التعويض فإن

---

(١) - أنظر - د.أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة : المصدر السابق، ص ٣٢٤.

- د.مصطفى كمال وصفي: المصدر السابق ، ص ١٥٨.

(٢) - يتم الطعن أمام محكمة القضاء الإداري على اعتبار أن عمل الإدارة يعد من قبيل القرارات القابلة للإنفصال .... لمزيد من التفاصيل أنظر د. عبدالحاميد كمال حشيش : القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ج ١-٢، مجلة مصر المعاصرة.



مناطق ذلك ومن باب العدالة ان تتصف المتعاقد فتمنحه التعويض اللازم عن الأضرار المالية التي لحقت به جراء هذا آثار القانون .<sup>(١)</sup>

## المطلب الثاني

### تعديل العقد ونظرية الظروف الطارئة

يثير موضوع الظروف الطارئة أهمية بالغة لاسيما في العقود الإدارية، وتفترض النظرية انه اذا تعرض المتعاقد لأضرار يرجع سببها الى ظروف ليست من صنع الإدارة ولم تكن متوقعة عند ابرام العقد، واستجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة تأسيساً على أنه ظرف غير متوقع أو طارئ يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الإستحالة، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدر المتعاقد التقدير المعقول في بداية قراءته الأولى لتكليف العقد، وقد أخذت الكثير من القوانين بهذه النظرية.<sup>(٢)</sup>

ومن بينها القانون المدني الذي ذهب الى ( أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها، أن تنفيذ الالتزام ولم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ... ) .<sup>(٣)</sup> والواقع أن النص المتقدم يفصح

---

(١) - حيث ان اختصاص النظر بالعقود الإدارية ينعقد بالقضاء العادي في العراق بالرغم من وجود محكمة القضاء الاداري على خلاف ما هو متبع في فرنسا ومصر ... وفي هذه المناسبة ندعو المشرع الى أن يلتفت لشمول تلك العقود ضمن اختصاصه وهو اختصاص يعتبر أصيل في أنظمة دول القضاء المزدوج .

(٢) - تعد هذه النظرية من خلق مجلس الدول الفرنسي .. لمزيد من التفاصيل انظر د. سليمان محمد الطماوي المصدر السابق، ص ٦٦٠ وما بعدها.

(٣) - انظر المادة ( ١٤٦ ) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .

على نحو واضح الى أن أطراف العقد ليسوا هم السبب في حدوث الظرف الطارئ، وإنما يكون أجنبياً عنهم ولم يكن بوسعهم توقعه عند التعاقد. (١)  
في حين أن أمر التعديل على العقد يختلف اختلافاً نسبياً مع شروط تطبيق النظرية. (٢)

لأن ما يحدث على العقد يكون وفقاً لإدارة أحد أطراف العقد ( وهي الإدارة ) استجابة لدواعي سير المرفق ولأغراض المصلحة العامة، وتلاحظ أن الأثر المترتب على الظرف الطارئ يختلف عن الأثر الذي ينطوي عليه تعديل العقد، حيث لا يكفي أن يفضي الظرف الى مجرد زيادة الأعباء المالية على المتعاقد، وتكون بالتالي أكثر كلفة، إنما يؤسس الى جعل الوفاء لتنفيذ الالتزام مرهقاً يهدده بخسارة مالية فادحة، ولعلنا في هذا قد وصلنا الى نتيجة مفادها بأن هناك اختلاف واضح بينهما من حيث الأساس القانوني، فنظرية الظروف الطارئة تستند في تعويض المتعاقد الذي أطاله الظرف على قواعد العدالة لترفع بموجبها ما تعرض له من خسارة، بينما اجراء التعديل للعقد يستوجب أن يرافقه وفاء الإدارة مقابل ذلك، ويؤسس التعويض على فكرة المساواة في تحمل الأعباء العامة، مقترنا ذلك مع دواعي المصلحة العامة وليس من العدالة أن يتحمل المتعاقد لوحده تصرف الإدارة . ... ونخلص الى القول بأن مسلك الإدارة في اجراء التعديل يقتضي منها تعويض المتعاقد تعويضاً شاملاً وليس جزئياً في ضوء ذلك، أما في حالة الظروف الطارئة فيكون التعويض مقصوراً على مصادقة ومساهمة المتعاقد في مقدرا الضرر. (٣)

### المطلب الثالث

#### تعديل العقد والرقابة على تنفيذه (١)

(١) - د. سليمان مرقص، نظرية العقد، القاهرة ١٩٥٦. ص ٣٣٣ - ٣٤٢ .

د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإدارية، ١٩٥٤-١٩٥٥. ص ٨١٣ .

(٢) - د. توفيق شحاته : المصدر السابق ص ٧٣٣ .

(٣) - د. محمود خلف الجبوري / العقود الإدارية / مطبعة التعلم العالي في الموصل / ١٩٨٩ ص ١٩٨ وما بعدها .

تمتلك الادارة سلطة كاملة في الرقابة على تنفيذ العقود، باعتبارها الجهة المستفيدة من العقد فإن من أهم مزاياها أنها تمتلك ولها الحق في مواجهة المتعاقد، لاسيما في المقاولات الحكومية ( أشغال عامة، توريد، امتياز .. ) التي تراقب وتشرف على سير الأعمال، وهي بهذا تعتبر الرقابة حالة اعتيادية تمارس ضمن سلطاتها، فلا يترتب للمتعاقد بسبب ذلك التعويض، اللهم إلا في حالة تعسف الإدارة في ممارسة تلك السلطة أو ربما تنقل كاهل المتعاقد معها من دون أن تصل معه حد التعديل أو زيادة أعباء المتعاقد الإقتصادية والفنية .

ونلاحظ أن شروط المقاوله لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط، قد تضمنت عدد من النصوص تتعلق بكيفية الرقابة على تنفيذ العقد من الناحية الفنية، وطريقة العمل، ومدة تنفيذه .. الخ، وفي جميع الأحوال فإن للجهة الإدارية سلطة واحة في الرقابة على تنفيذ العقد، على الرغم من أن هذه السلطة رغم اتساعها الا أنها ضمن حدود القانون لا يمكن تخطيه بأي حال من الأحوال، وألا تعرض تصرفها للطعن بالتعسف، مما يمنح المتعاقد حق المطالبة بالتعويض<sup>(٢)</sup>، إذا كان من شأن إجراء الإدارة هذا قد أضر بالمتعاقد ضرراً جسيماً، كما لو أصدرت الإدارة قراراً بإحلال مواد تختلف عن المواصفات المطلوبة فهي في هذا قد عدلت بمواصفات العقد، وحينما تحثه على الإسراع بالعمل ضمن المدة المتفق عليها تكون في هذه الحالة قد مارست رقابتها، بينما إذا أصدرت قراراً تطالبه بزيادة ساعات العمل بغية انجاز المشروع قبل المدة المتفق عليها فهي في هذه قد عدلت في مدة تنفيذ العقد .

وتتجلى أهمية التمييز بين تعديل العقد والرقابة عليه، هو في أن المتعاقد يستحق التعويض الكامل من الإدارة فيما إذا أفضى تصرفها الى تعديل العقد، ولا يستحق المتعاقد أية تعويضات عما تقوم به الإدارة من رقابة وتوجيه .... وقد تعمل الإدارة باستخدام وسيلة الرقابة المؤدية الى تعديل العقد وتسمى هذه الوسيلة بـ [

---

(١) - إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية / المصدر السابق ص ١٦٧ وما بعدها .

(٢) - د. محمود خلف الجبوري / العقود الإدارية / مطبعة التعليم العام في الموصل / ١٩٨٩ ص ١٩١ .

التعديل المقنع ( المغطى ) [ و غايتها من ذلك التخلص من مطالبة المتعاقد بالتعويض كحق قد ينهض به في كل تعديل تجريه الإدارة بهذه الوسيلة .

من المعلوم أن التعويض عكس غرامات المالية، لا يحكم بها القاضي، إلا إذا ثبت الضرر، كما هو الشأن في القانون الخاص، كما أن التعويض يقدر وفقاً لجسامة الضرر، الذي يتحمله المتعاقد، مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقاً للقواعد المدنية. أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، فإن بعض الدول ومنها فرنسا سمحت للإدارة بأن تحدده هي مقدماً، على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء ذلك، وللإدارة كما ذكرنا أن تعدل عن استخدام هذا الحق، وتترك تقدير التعويض للقضاء عند عدم التوصل مع المتعاقد على تسوية ودية بهذا الشأن .

ومن المفيد القول بأن التشريع الفرنسي يسمح للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ الى تحصيل قيمة أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة. وفي مصر لا يوجد نص يتيح للإدارة سلطة التعويض جراء التعديل إنما منوط بالقضاء الإداري.<sup>(١)</sup>

---

(١) - د. سليمان محمد الطماوي : المصدر السابق، ص ٥١٠ - ٥١١.

## المطلب الرابع

### تعديل العقد وفكرة تحول العقد

باتت الأنظمة القانونية على اختلافها تأخذ بفكرة تحول العقد حفاظاً على ثبات واستمرار التعامل القانوني فبدلاً من أن نقر ببطلان العقد ونعمل على اتخاذ الاجراءات القانونية المقتضية في مثل هذه الأحوال تسلك الإدارة هذه المسالك بتحويل العقد بعد أن تتوافر فيه عناصر عقد متكاملة من جديد. (١)

وقد عرف القانون المدني تحول العقد في المادة ( ١٤٠ ) من بالآتي (( إذا كان العقد باطلاً وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتبار العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تتصرف الى ابرام هذا العقد )).

ومن هنا تظهر أهمية التمييز بين تحول العقد والتعديل في أن تحول العقد على وفق المنهج الذي عرضناه لا يستحق أي تعويضات نتيجة ذلك، باعتبار ان ارادة الطرفين انصرفت الى احداث هذا الأثر، ويمقتضاه سيكون هناك حقوق والتزامات قد نشأت بينهما بموجب العقد الجديد دون غيره .. في حين يبقى العقد على حاله عند اجراء التعديل سواء بالزيادة او بالنقصان الذي تقتضيها متطلبات احتياجات المرفق العام. وبالتالي يترتب للمتعاقد حق بالتعويض يفرضه واقع التعديل ولا تملك الادارة التراجع عنه باية طريقة. (٢)

على الرغم من يرى خلاف الرأي المتقدم باعتبار أن تحول العقد في الصورة المتقدم ذكرها في الحقيقة تعد تعديلاً للعقد ..... ونحن لا نرى ذلك لان المتعاقد الذي ترتبت عليه أعباء مالية بسبب التعديل يحصل على استحقاق التعويض الناتج عن فعل

---

(١) - انظر كل من :

- د. صاحب الفتاوي : تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الإشتراكي، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون، ١٩٨٦ / ص ٣٦٠.

- د. عبدالمعظم فرج الصده : أثر العوامل الاقتصادية والاجتماعية في العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، الحلقة الدراسية الثالثة، بغداد، ١٩٦٩، ص ٦٩.

(٢) - مما لا يفوتنا الذكر بأن على الإدارة أن تفترض حسن النية باعتبار أن المتعاقد معاون في تنفيذ برامجها والعمل معها على تسيير المرفق العام بانتظام واطراد.

الإدارة ..... في حين أن أمر الإدارة الذي ينصرف الى احداث تغيير جوهري على العقد يعد بمثابة عقد جديد، مما يرتب ذلك التزام الإدارة الإجباري على الأخذ بفكرة تحول العقد حفاظاً على ثبات موقفها القانوني ولا تتعرض لموقف قانوني أمام القضاء.

## المبحث الرابع

### عناصر حق التعديل

كما قلنا من قبل أن قبول فكرة بأن الإدارة تملك القدرة القانونية على التعديل للعقد وإبرادتها المنفردة في التزامات المتعاقد معها، تملئها متطلبات احتياج المرفق لانتظام سيره على النحو الذي تفرض فيه الإدارة التزامات جديدة بالزيادة أو النقصان من شأنها حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تثقل الأعباء المالية للمتعاقد، وبالتالي لا سبيل أمامه إلا الانصياع والتعاون معها والوفاء بحاجة المرفق وهي بهذا تعد سلطة لها خطورتها دون شك .. والواقع أن القدرة القانونية لسلطة التعديل لا نجد مثيلاً لها في العلاقات التعاقدية في ظل القانون الخاص الذي يفرض موافقة الطرفين على التغيير أو التعديل متمسكاً بقاعدة شريعة المتعاقدين، ولا يفرض إجراء خلاف ذلك على الإطلاق، .. إلا أن الإدارة وهي تسلك هذا السبيل في عقودها بمنحها العذر، حيث تلجأ مضطرة لمهاجمة قاعدة الزام العقد لطرفيه في الصميم الذي يعد جوهر الرابطة التعاقدية، ديدنها في ذلك الحرص على سلامة انتظام عمل المرفق لأن فكرة استمرار المرفق العام تقتض مضاعفة حصول تغيير في ظروف وملابسات وطرق تنفيذ العقد وهو الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية.<sup>(١)</sup>

وعلى أساس هذا الفهم، فقد وجدنا من المناسب أن نوضح بأن القدرة القانونية التي تمتلكها الإدارة لا تقف في مباشرتها لتلك السلطة عند حد إصدار الأوامر والنواهي بل تمتد قدرتها في التغيير لتتطوّل التزامات المتعاقد معها في عنصر من العناصر الآتية :<sup>(٢)</sup>

---

(١) - قد أبرزت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر ٤١٩٥٧/٣٠ في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧٧ ق .. ذكره د. محمود حلمي : العقد الإداري، ط ٢، ١٩٧٧، دار الفكر العربي، ص ٧١ .

(٢) - للتفاصيل أكثر أنظر كل من :

د. سليمان محمد الطماوي : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤١٤ .

د. إبراهيم الفياض : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٧٥ .

١- العنصر الأول : كمية المواد والأعمال أو الأشياء محل العقد .

٢- العنصر الثاني : وسائل وطرق التنفيذ المتفق عليها .

٣- العنصر الثالث : مدة تنفيذ العقد .

... مهما يكن من أمر هذه القدرة القانونية ( السلطة )، فقد اتجه الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والعربي اليوم الى قبول قيام الغدرة بتعديل الالتزامات أو الإنقاص منها وإبرادتها المنفردة وبغياب رأي المتعاقد عليها بقبول التصرف أو من عدمه. واعتبار ذلك أمراً مشروعاً باعتبارها صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره واحتياجاته، فهي لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقها، مع التأكيد على تأمين حق المتعاقد بالتعويض، دون وقوف الإدارة بشكل سلبي حيال التعويض عند المطالبة به بأي حال من الأحوال وهذا هو حق فرضه القانون واستوجبه العدالة فلا مبرر لتجاهله أو عدم الاستجابة له، وإلا تعرض تصرفها للطعن أمام القضاء. فلا بد ان يراف ذلك تغيير ومن ثم لا يمكن أن يبقى حبيس نصوص العقد إذا تطلب الأمر لتغيير أو تعديل تلك النصوص. انما مناطها احتياجات المرفق العام، فهي ليست مجرد مظهر من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة فحسب ولكنها نتيجة ملازمة لمقتضيات عمل المرفق ومتجاوبة لمتطلباته، بقصد أداء خدمة تستلزمها طبيعة المرفق واتصاله بالأفراد. ومما لا شك فيه أن متطلبات اجراء التعديل ينبغي أن يحصل بعد إبرام العقد استجابة لظروف تبرر ذلك، ولا يوجد كلام بعد ذلك خلاف هذا الواقع .

ولكن رب سائل يسأل كيف إذا كانت الظروف لم تتغير ؟ إلا أن الإدارة أخطأت في تقدير حاجة المرفق عند ابرام العقد، فهل بمقتضى هذه المعطيات أن الإدارة تمتلك القدرة القانونية على تعديل العقد بإرادتها المنفردة ؟ .

.... للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول، أن من المسلم به الثابت أن قاعدة قابلية سير المرفق العام للتغيير في كل وقت متى ثبت ان التغيير من أن شأنه ان

---

د. محمود خلف الجبوري : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٨٩ .

رياض عبد عيس : مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة : رسالة ماجستير، مقدمة الى جامعة بغداد كلية القانون، ١٩٧٥، ص ١٦٦ .



يؤدي الى تحسين الخدمة التي يقدمها الى المنتفعين، وبالتالي سواء أكانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أو غير مخطئة فإنه يجب أن تمكنها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تؤدي الى تحقق الصالح العام. لاسيما ان فكرة استمرار المرافق العامة تقتضى مقدماً حدوث تغيير في العقد وملاساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سره، وان التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد الى ضرورة الاوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة.<sup>(١)</sup>

ولا يفوتنا أن نشير إلى أن المتعاقد والإدارة ملزمان باحترام نصوص العقد، ومن ثم احترام التزامات كل منهما في مواجهة الطرف الآخر وإن سلطات الإدارة المختلفة المستمدة من هيمنتها على تنظيم وتسيير المرافق العامة وتحقيق النفع العام لا تعني هدر حقوق المتعاقد، كما لا تعني امكان استعمال هذه السلطات في أي حين وعلى نحو ما تشاء دون أي اعتبار، لذلك نجد أن الادارة ملزمة باحترام التزاماتها بالعقد الإداري، ومن ثم عدم الخروج على نصوص العقد إلا وفقاً للشروط التعاقدية أو القانونية التي تجيز هذا الخروج .

---

(١) - ذهب محكمة القضاء الاداري المصري في أحد أحكامها الى القول : (( ... ومنها كذلك أنه إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة إلا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وفي أهميتها أو إن تفوق قيمتها أونتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله أو أن تؤدي الأعباء الجديدة الى ارهاقه وتجاوز امكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية وإلا جاز له ان يمتنع عن التنفيذ، بل إن له أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل، لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ من هذا التعديل فله أن يتفادى النتائج الخطيرة التي لا قبل له بها، وتقدير ذلك مما يخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري )) .

نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي : الاسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٤٦.

### المبحث الثالث

#### دراسة تطبيقية لقدرة الإدارة القانونية في التعديل

##### لعقود الأشغال العامة والتوريد

كما أسلفنا من قبل ان القدرة القانونية للإدارة في تعديل بعض شروط العقد الإداري تغطي جميع العقود ذات الصبغة الإدارية، وبطبيعة الحال فإن تلك القدرة ( السلطة ) تتراوح قوتاً وضعفاً تبعاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام .

ولهذا من المفيد القول أن حق التعديل للإدارة لا تقتصر على عقد من عقود الإدارة فحسب، إنما استأثرنا أن نتناول بعض التطبيقات لتلك السلطة في أهم العقود الإدارية وهي عقود الأشغال العامة والتوريد .

##### ١- قدرة الإدارة القانونية في التعديل لعقد الأشغال العامة

يمكن تعريف عقد الاشغال العامة بأنه (( عقد مقولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة (مقاول) من أشخاص القانون الخاص بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام في تنفيذ عمل لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد )) .

يتضح من التعريف المتقدم أن عقد المقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص للقيام بتنفيذ مقولة أشغال عامة مقابل ثمن، وتتبع إجراءات التبليغ للمقاول بعد الإحالة ( الإرساء ) بموجب قرار إداري<sup>(١)</sup>، صادر عن الإدارة تعلمه بموجب توقيع العقد يحدد بموجبه أوضاع تنفيذ العقد. وهذا القرار ملزم للمقاول تنفيذه وذلك بالتوقيع عليه بالعلم أو بإحدى طرق التبليغ

---

(١) - لمزيد من التفاصيل انظر - د.محسن خليل : القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، الجزء الأول، ١٩٦١-١٩٦٢، منشأة المعارف الإسكندرية، ص ٣٤ .

- د. عبد الحميد كمال حشيش : القرارات القابلة للإنفصال وعقود الإدارة مجلة مصر المعاصرة، ع ٣٦٢ - ٣٦٣ - ١٩٧٥ - ١٩٧٦، ص ٥٧ .

تعرف القرارات القابلة للإنفصال بأنها : (( قرارات إدارية تكون جزء من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ... تتخذ الإدارة عدة قرارات ممهدة لإبرام العقد)).

الأصولية، وفي حالة الرفض لأي سبب، عليه تقديم تظلم للجهة الإدارية المختصة خلال مدة معقولة يبلغها رفضه إبرام العقد أو يطلب فيه تعديل لبعض الشروط. وعند الموافقة يتم التوقيع على العقد. (١)

لذلك يخضع منذ أول لحظة لتنفيذ العقد حتى نهايته لرقابة وتوجيه الإدارة، وبهذا فإن للإدارة في هذا القدرة القانونية للتدخل لتعديل في شروط العقد سواء أكان منصوصاً على هذا الحق صراحة في العقد أم لا. وإن كان الغالب أن تتضمن عقود الأشغال العامة شروطاً تسلم بحق الإدارة في التعديل بالزيادة أو بالنقص وتحدد مدى هذا التعديل، ومن ثم فإن المسلم به أن التعديل في عقد الأشغال العامة لا يمكن أن يتناول الثمن بحال من الأحوال، وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال الشرط بالمرفق العام وبالعكس.

ومن المفيد القول أن الإدارة ينبغي وقبل إجراء التعديل أن تحترم طبيعة العقد الأصلي بحيث لا يحول التعديل للعقد الأصلي إلى عقد جديد، فمثلاً عند طلب أعمال جديدة موضوعها غريباً عن العقد الأصلي بحيث لا تربطها به هصلة إطلاقاً.

أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التي نص عليها في العقد أو أن تطلب من المتعاقد التزام طريقة جديدة في التنفيذ غير الأول بحيث تقلب له جميع التقديرات الأصلية تماماً، أو أن تغير مكان الأعمال الأصلية، إذا كان من شأن ذلك إدخال تعديلات أصلية على شروط العقد ولكنها ليست غريبة، وقد تطلب الإدارة من المقاول أعمال إضافية، ومثال ذلك طلب مد طريق مسافة إضافية، وفي كل الأحوال فإن المتعاقد يحصل على التعويض حسب الأصول.

## ٢ - قدرة الإدارة القانونية في التعديل لعقد التوريد

يعرف عقد التوريد بأنه (( إتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص ( فرد أو شركة ) يتعهد الأخير بمقتضاه بتوريد منقولات لإحدى المرافق العامة مقابل ثمن )).

(١) - انظر رسالتنا في الدكتوراه (( النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية )) مقدمة لجامعة بغداد كلية القانون، ١٩٩٧.

يفسر لنا التعريف المتقدم بأن عقد التوريد ( بضائع أو سلع أو مواد ....) يتم من خلال شركة أو فرد من القطاع الخاص بموجبه تورد مواد أو سلع لصالح احدى المرافق العامة لقاء ثمن، .. ويميز الفقه الحديث في نطاق عقود التوريد بين نوعين هما :

أ- النوع الأول : عقود التوريد العادية .

ب- النوع الثاني : عقود التوريد الصناعية .

.... يتميز النوع الأول : عقود التوريد العادية بأن تعديل العقد يرجع بالأصل الأول الى شروط العقد ودفاتر الشروط فإذا التزم العقد الصمت فإن الأصل أن يترك للمورد ( المتعاقد ) حرية التوريد على مسؤوليته .وبسبب ضعف صلة عقود التوريد العامة بالمرفق العام فإن بعض الفقهاء ينازعون في حق الإدارة في تعديل كمية البضائع او المواد المتفق على توريدها بالتقص أو بالزيادة .<sup>(١)</sup>

ومما لا يفوتنا الذكر ان المشرع المصري قد حسم أمره بصدد التعديل فحدد نسبة ١٥ - ٣٠ % ( بالزيادة أو النقصان ) حسب طبيعة السلع أو المواد الموردة. ويبدو العرف وبعض التعليمات الصادرة من وزارة التخطيط قد حددت ذات النسبة عند اجراء التعديل لعقود التوريد في العراق .

.... أما النوع الثاني لعقود التوريد الصناعية، فإن الوضع مختلف عليه لأن الإدارة لا تتفق مع مجرد التوريد عند ابرام عقودها ذلك لارتباط أغلبها بسير المرافق العامة، مما يدعوها الى الإتفاق مع الموردين على نوعية الصناعة للمواد او السلع لا سيما إذا كانت طبيعة المواد المنوي توريدها ذات طبيعة خاصة بالصناعة الحربية مثلاً أو تخص علوم الفيزياء أو الكيمياء أو الطب وهكذا .

ومن المفيد القول في هذا الموضوع (( تعديل عقود التوريد الصناعية )) التنبيه إلى أنه ليس من الضروري أن يقتصر التعديل في عقد التوريد على الكمية فقط بل ينبغي التأكيد على المواصفات و جهة الصنع ( المنشأ ) وكثير من التفاصيل الفنية.

(١) - انظر كل من : د. سليمان محمد الطماوي : المصدر السابق، ص ٤٩٣ .

د. محمود حلمي : العقد الإداري، المصدر السابق، ص ٧٠ وما بعدها .

وبالتالي إذا عمدت الإدارة إجراء تعديل لعقدها النافذ بالكمية والمواصفات لابد أن يقتصر عملها هذا بحق المتعاقد الحصول على التعويض. والشيء المهم أن في كلا الحالتين ( عقود التوريد العادية والصناعة )، فإن قدرة الإدارة القانونية في التعديل ثابتة ومقررة سواء نص العقد عليها أم لم ينص لارتباط العقد بنشاط المرفق الذي توجبه المصلحة العامة. على أن ترعى الإدارة المتعاقد في التعويض المطلوب المقابل للتعديل. (١).

---

(١) - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر المؤرخ في ١١/٤/١٩٦٨ بالقول (( .... تعديل لشروط العقد تملكه الإدارة المتعاقدة على أن تعويض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل)). نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي : المصدر السابق، ص ٤٩٦.

## المبحث الرابع

### موقف الفقه من قدرة الإرادة القانونية

#### في تعديل العقد

بغية الوقوف على رأي الفقه في مدى قدرة الإدارة القانونية في تعديل العقد، لابد من الملاحظة أولاً وقبل كلّ شيء إلى أن أغلب الفقه يؤكد على وجود سلطة للإدارة تمنحها القدرة القانونية على تعديل كافة العقود الإدارية، والبعض من الفقه ينكر على الإدارة حقها في التعديل، ومنهم ( اي الفقه ) من يعترف لها بمثل هذا الحق ولكن في حدود معينة <sup>(١)</sup>، وعلى العموم فقد اختلف الفقه في معرفة مدى القدرة القانونية في إصدار قرار التعديل للعقد. ولكي نتمكن من عرض الآراء الفقهية نحاول إيجازها بالشكل الآتي : <sup>(٢)</sup>

#### الرأي الأول : اتجه أصحاب هذا الرأي إلى تأييد قدرة الإدارة لتعديل العقد

يعد أصحاب هذا الرأي لدى الفقه العربي والفرنسي هو الراجح، حيث يؤكد أصحاب هذا الاتجاه بقدرة الإدارة القانونية من القيام بإجراء التعديل على عقودها على نحو منفرد حتى وإن لم ينص على ذلك شرط من شروط العقد، ولا يمكن بالتالي التمسك بوجود حقوق مكتسبة للمتعاقد تحول بين الإدارة والتعديل الإفرادي للعقد، وهذه القدرة للإدارة تقف في مواجهة مبدأ ثبات العقد في القانون الخاص .

---

(١) - لمزيد من التفاصيل أنظر كل من :

- د. محمد سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص ٤٥٢.

- د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ١٩٧٣، ص ٨٣.

- د. محمود حلمي : العقد الإداري، المصدر السابق، ص ٧١.

(٢) - ... لمزيد من التفاصيل راجع المصادر التالية :

- د. إبراهيم الفياض : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٧٧.

- د. محمود حلمي : المصدر السابق، ص ٧١.

- د. مصطفى كمال وصفي، حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري،

المصدر السابق، ص ١٤٣.

ويذهب الفقيه الفرنسي ( هوريو ) بصدد قدرة الإدارة القانونية على التعديل للعقد الإداري أجاب : (( بأنها عملية احتمالية أي أنه يمكن تعديله أو إيقاف التنفيذ أو تأجيله لأسباب تتعلق بالصالح العام ))<sup>(١)</sup>، لقد أصبح من المقبول اليوم حتى في حالة سكوت العقد فإن من الصواب الاعتراف للإدارة بهذه القدرة في إجراء التعديل على العقد بالزيادة أو النقصان أو تحديد أو تقليص مدة العقد وحتى إلغاؤه.

ولمزيد فقد اعتبرت قدرة الإدارة هذه ( بالتعديل ) من النظام العام فلا يجوز التنازل عنها لأي سبب ومهما كانت الظروف. فهي موجودة على استقلال من نصوص العقد، وبالتالي فالعقد لا ينشأها عندما ينص عليها ولكن ينظم شروط استعمالها فقط، وخصوصاً في حدود آثارها المالية، والقول خلاف ذلك ينطوي على خروج الفهم عن المبادئ التي ترسخت في تطور نظرية العقد الإداري .

#### الرأي الثاني : اتجه أصحاب هذا الرأي إلى عدم وجود قدرة للإدارة في تعديل العقد

هناك من يرى بأن القول بوجود قدرة قانونية للإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة لأساس له فقد ابتدعه الفقه، كما لا يوجد في القضاء من يؤيد هذه القدرة وهناك أحكام تتكرر ما يراه الفقه صراحة .

وقد ذكر الفقيه ( لوبيه ) ثلاث أحكام هامة لمجلس الدولة الفرنسية اعتبرها قاطعة في نفي وجود القدرة القانونية للإدارة في التعديل من جانب واحد في العقد الإداري، ويعتبر ذلك أهم هذه الأحكام هي (( الحكم الصادر في ١١ حزيران ١٩٤١ بخصوص مستشفى ( شوني ) والذي يقرر فيه بأنه ليس للسلطة الإدارية أن تعدل من جانب واحد شروط التوكل المبرم مع المهندس المعماري ... والحكمين الآخرين عامي ١٩٣٦-١٩٤٦ اللذان قضى فيهما المجلس بأنه لا يمكن للمصلحة الإدعاء بحقها في أن تفرض على الملتزمين تعديل التعريف المنصوص عليها في عقد الالتزام ))<sup>(٢)</sup>

---

(١) - د. علي الفحام : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، ١٩٧٦، ص ١١٨-١٢٠.

(٢) - Andre de iaubader traite theorique et partique des, contrats administratifs 1965 tom I.I.I.p.150.

... إلا أن الفقيه المذكور اعترف بوجود قدرة للإدارة للتعديل في بعض أنواع العقود الإدارية (( عقود الإلتزام ))<sup>(١)</sup>. حينما ينص عليه العقد، وبالتالي فقد تناقض مع رأيه الأول بعدم وجود ( سلطة ) قدرة للإدارة في التعديل، وحسب ما يرى أصحاب هذا الرأي فهو خلاف الواقع العملي لتنفيذ العقود الإدارية التي تتطلب سير المرافق العامة بانتظام .

### الرأي الثالث : الذي يمثل الرأي الوسط بين الرأيين سابقين<sup>(٢)</sup>

يذهب هذا الرأي أو الاتجاه إلى الإعراف للإدارة بسلطة التعديل ويقتصر ذلك على عقود الإلتزام والاشغال العامة، إذا حددت شروطها في نصوص العقد، وتبرر هذه السلطة للإدارة الطبيعة الخاصة لهذه العقود .. وان جهة النظر في ذلك تنطلق من فكرة القوة الملزمة للعقد، كما هو الحال في عقود القانون الخاص، وهذا الرأي انتهى منذ وقت مبكر إذ أضحي العقد الإداري يمتاز بالمرونة وبالقابلية على التغيير من جانب الإدارة، ذلك لأن ثبات العقد في القانون المدني بات في حقيقة الأمر لا يستجيب لمتطلبات التطور في المرافق العامة .

ومن يرى بإمكانية تجزئة سلطة الإدارة في التعديل وجعلها مقصورة على الجوانب التنظيمية، فإن هذا يرفع إلى القول بحرمان الإدارة ( كطرف متعاقد ) من أية سلطة من خارج العقد، وهذا بحد ذاته خلاف للواقع، حيث أنه مادام قد نادى ابتداءً بسلطة الإدارة ( قدرتها ) في بعض عقودها فهو اعترف ضمناً بقدرتها على استخدام سلطتها متى تشاء، ليس فقط في العقد الإداري وإنما تنطلق الى اعمال أخرى كالضبط الإداري ... الخ .

### رأينا في ضوء الآراء المتقدم ذكرها الآتي :

من المعروف بأن التعاقد مع الإدارة يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب

---

(١) - د. إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٧٩.

(٢) - Jean marie – Auby et Robert ducos ; droit administratif. Dalloz 1973 p.453 .



عليه أن الإدارة - وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره - تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة، بل إن من المؤكد أن قدرتها في تعديل العقد أو في طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، .. ونزيد بأنها أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن سواها من العقود المدنية، ومن ثم فإن سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به، مما يستلزم ضرورة الحرص على انتظام سيره ووجوب استدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه، بما يحقق الصالح العام، ومن هنا فإن حق الإدارة إجراء التعديل على العقد مادام هناك حاجة للمرفق العام من استمرار العقد المتعلقة بالصالح العام .

وبالنظر لكون التعديل في العقد الإداري يعتبر مشروعاً تنظمه قواعد القانون العام، حيث يعزى سبب ذلك الى كثرة المشاكل التي يولدها هذا التعديل بين المتعاقد والإدارة. ومع ذلك فإن الخدمة التي تضطلع بها الإدارة بالتعاون مع المتعاقد تنطلق من الحرص على الوفاء بالتزاماتهما للموفق العام وحسن قيام الأخير بتقديم الخدمات للجمهور .

ويؤيد د. سعدون ناجي القشطيني ما ذهبنا اليه بأنه لا يجوز للإدارة إجراء التغييرات والتعديلات في العمل، ولا يحق للمتعاقد ( المفاوض ) أن يستحق أجوراً إضافية أو المطالبة بالأضرار والخسائر وغيرها المختصة بهذه التغييرات، إلا إذا أصدر المهندس أمراً بأنها إضافية <sup>(١)</sup>.

---

(١) - دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية /كعقد نموذجي : مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧٥، ص ٧٠.

## الفصل الثاني

### الأسس القانونية لقدرة الإدارة لحق التعديل

يقيم بعض الفقه قدرة الإدارة في تعديل العقد على أساس ينطوي على فكرة السلطة العامة، كونها ضابطاً للعقد والمتصلة بالصالح العام، الذي يعتبر امتياز " تعاقدياً " متصلاً بالعقد ذاته .

ومن يرى ان قدرة الإدارة في التعديل يرجع الى امتياز التنفيذ المباشر فهو على قوته بحاجة الى سند آخر لكي يتقلص حجم التعميم وان من يذهب الى اعتبار هذه السلطة جزء من سلطتها في الضبط الإداري فهو بهذه الصورة يبتعد عن العقد، وان الاقرب الى الصواب هو من يقيم هذه السلطة على مبدأ دوام سير المرافق العامة، حيث من المعلوم أن خصائص المرفق العام بان قابليتها للغير حسب تغيير الحاجات والتطور التقني والتكنولوجي.

ومادام أن هذه المبادئ مستقرة على هذا النحو في العقود الإدارية فمن باب أولى أن تمتلك الإدارة ما هو أدنى من ذلك وهو تعديل العقد وفق ضوابط قانونية معروفة.<sup>(١)</sup>

ولبيان الأساس الذي تستند إليه الإدارة للتعديل قد يعود على نصوص العقد إذا ما تضمن النص عليها، وقد تكون النصوص القانونية والتعليمات تخول الإدارة القيام بالتعديل، وكذلك المبادئ العامة في القانون الإداري تكون سبباً " مبرراً " لإجراء التعديل على مضمون العقود الإدارية.<sup>(٢)</sup>

ومهما يكن من الأمر فان محاولة تأسيس سلطة التعديل على أساس واحد إنما يخلق جدلاً حول أهمية كل منها على انفراد من دون جدوى، وما دام أن مبادئ القانون الإداري هيالتي تحكم العقود الإدارية، فإن هذه المبادئ هي الأسس الغالبة وليست (الأسس الوحيدة) في تبرير سلطة الإدارة في التعديل.<sup>(٣)</sup>

(١) - د. أحمد عثمان عياد : المصدر السابق، ص ٢١٨-٢٢٠ .

(٢) - د. محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري العربي، المصدر السابق، ص ٢١٨.

(٣) - د. ثروت بدوي : حق الإدارة في تعديل عقودها - ١٩٦٣، ص ٦٤ .

ونتهي القول بأن الإدارة تستطيع أن تجري التعديل سواء نص عليه في العقد أو لم ينص عليه تأسيساً على مبدأ مرونة العقد الإداري المقابلة لنظرية ( ثبات العقد المدني)، إذ أنها ما هي الا استجابة لمبدأ قابلية المرفق العام للتغيير، وذلك من دون إخلال بجوهر الجوهر العملية العقدية التي تتطلب بطبيعة الحال حسن النية والثقة المتبادلة بين أطراف العقد، وإن المهم في الأمر أن المتعاقد ينفذ التزاماته على النحو الذي تقتضيه متطلبات المرفق وانتظام سيره .

وعلى الرغم من ثبات القدرة القانونية لدى الإدارة في إجراء التعديل على العقد، فإنها ليست مطلقة، كما أنها ليست تقديرية، وإنما هي سلطة تتبع من دوافع الإستجابة لمتطلبات المرافق العامة وضرورة ادامة سيرها. لأن السلطة التقديرية تعني الحرية الواسعة للإدارة في الابتعاد من التزاماتها التعاقدية، وبعبارة أخرى فإن القول بأن الإدارة تستقل بتقدير ضرورات التعديل يعني إعطائها سلطة مجردة وقائمة بذاتها، مما يضيف عليها وسيلة من وسائل التقدير استجابة لوسائل سير المرافق العامة بانتظام، وبمقدورها تسميتها اصطلاحاً جديداً بـ (( السلطة التقديرية المنضبطة للإدارة )) .. ولهذا فإن الإدارة تستقيم مع ضوابط قانونية تبعاً لإدارتها نشاط المرفق، مما يوجب عليها مراعاة ذلك، وألا تكون قد خالفت قواعد المشروعية وحق عليها رقابة القضاء وجزاؤه .

واستجابة لذلك فإنه لطالما أن لدى الإدارة القدرة القانونية في التصرف المنضبط في إجراء التعديل، الأمر الذي يلزم فيها الإدارة على قبول منح المتعاقد التعويض المقابل.

..... وعلى وفق التفاصيل التي تم عرضها فإن الحاجة توجب أن نبحث الموضوع بثلاث مباحث كما يلي :

- ١- المبحث الأول : شروط استعمال الإدارة لحق التعديل .
- ٢- المبحث الثاني : كيفية تحديد قيمة التعديل .
- ٣- المبحث الثالث : الحقوق المالية للمتعاقد جراء التعديل

## المبحث الاول

### شروط استعمال الادارة لحق التعديل

من الثابت أن للادارة السلطة على اجراء التعديلات على العقد على النحو الذي يقتضيه ذلك بمفهوم سير وانتظام المرفق العام والادارة في ذلك ينبغي ان يخلو تصرفها في التعديل من مخالفة لقواعد المشروعية في تحقيق رقابة القضاء من جهة اخرى عدم خلق خالة من الازباك في سير المرفق العام، مما يقتضي معه أن يكون لهذا التصرف ضوابط أو شروط يجب على الادارة مراعاتها حين التعديل ومن اهم تلك الشروط هي: (١)

#### أولاً: أن تستجد بعد إبرام العقد ظروف تستدعي اجراء التعديل على مضمونه

من المعروف ان قيام الادارة بتعديل العقد هو استجابة حقيقة لدواعي ومقتضيات سير المرفق العام، وبالتالي هذا لا يمنح الحق المطلق للادارة في استخدام التعديل بمناسبة او باخرى، إنما يرتبط تصرفها بمشروعية مادام يستجيب للقواعد التي تنظم وتخدم المرافق العامة .

وما ينبغي ايضاحه ان تغيير الظروف ليس بحد ذاتها شرطاً يمهد التعديل، فقد يكون ضروريا حسب ما يستجد من متغيرا بقدر ما تريد الادارة الادلة من مواصفات جديدة على العقد، وبالتالي ينعكس ذلك على إحداث تغييرا اقتصاديا على العقد، أو قد لا يكون ضروريا، مما لايسمح به إجراء التعديل لإخلال ذلك بمشروعية العمل المطلوب، ما دام لا يستجيب لمقتضيات سير المرافق العامة. (٢)

ومن أجل هذا تختلف سلطة التعديل من عقد الى اخر حسب طبيعته وظروفه التي ينفذ فيها، فنلاحظ مثلا ان الادارة كونها صاحبة عمل تمارس دائما سلطة

---

(١) المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨. الصادرة عن وزارة التخطيط .

(٢) عبد الحميد كمال حشيش : التطوير الحديث للمبادئ العامة للعقود الادارية. مجلة العلوم الادارية ، ع ٢ ، س ١٩٦٢ ، ص ١٠٤ وما بعدها .

(٣) المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط.

التعديل في عقود الاشغال العامة، والبعض من عقود التوريد، وذلك لتنظيم سير المرافق العامة، ومع ذلك فإن هذا الإجراء أي التعديل قد ترافقه ظروف يتأثر ويؤثر فيها، وعلى هذا الأساس يمكن حصر عدد من الحالات التي تحقق للإدارة فرصة إجراء التعديل نوجزها على النحو الآتي،<sup>(١)</sup>

١- عدم تعديل العقد قد يفضي الى تاخير في العمل او الاضرار بالمرافق من الناحية الاقتصادية والفنية .

٢- عدم تعديل العقد قد يؤدي الى عدم الاستفادة من ( العقد ) أعمال المقاوله التي أنجزت أو ما نفذ من التوريد .

٣- إذا لم يترتب على تعديل العقد تبديل اساسي في الخدمات أو المواد الموردة، وبالتالي تتأثر اعمال المشروع او العمل .

٤- إذا كان تعديل العقد يؤدي الى توفير مبالغ كبيرة للإدارة .

..... ومن الجدير بالإشارة إلى أن عقود التوريد ذات المدد الطويلة يكون تغير الظروف فيها أكثر من غيرها بيد الإدارة، التي تسعى على الدوام الحصول على سلع وخدمات وأشغال أفضل، هادفة سير منتظم للمرفق العام، وفي أحيان كثيرة وبسبب تغير ظروف المرفق تعتمد الإدارة الى اجراء التعديل، ولذلك فان حجم التعديل يختلف من عقد إلى آخر حسب مقتضيات تنظيم المرفق العام، الأمر الذي يستحق من الإدارة أن تولي موضوع التعديل الأهمية القصوى التي يستحقها.<sup>(٢)</sup> ففي عقود الأشغال مثلاً نجد أن تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ في الفقرة ( ٢ ) من المادة العاشرة، قد حددت التعديلات بالآتي :

- زيادة أو نقصان الكمية لأي عمل من الأعمال .
- حذف أي جزء من العمل .
- تبديل صفة أو نوعية أو صنف أي عمل من الأعمال .
- تبديل المناسيب والإستقامات والموضع والأبعاد لأي قسم من الأعمال .
- تنفيذ العمل الإضافي من أي نوع ضروري لإكمال الأعمال .

---

(٢) - د. مصطفى كمال وصفي : المصدر السابق، ص ١٥٨ وما بعدها .

## ثانياً : أن تراعي الإدارة في تعديل العقد الإجراءات المقررة قانوناً :

تعد قواعد الاختصاص في ممارسة العمل الإداري من النظام العام لا يجوز مخالفتها، لذلك عندما تتعاقد جهة ما ضمن صلاحياتها، فلا يجوز لجهة أخرى إجراء تعديل لاحق على ذلك العقد حتى ولو أن ذلك يتعلق بأمر من شؤونها ما لم يفوض إليها ذلك من قبل الجهة الإدارية المختصة، فتمارس بمقتضى هذا التفويض إجراء التعديل المطلوب <sup>(١)</sup>. ولكن قد يقف التعديل حائلاً فيؤثر في العقد بحجة ( مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ) في القانون المدني .

فالوزير في هذا المجال يمتلك من الصلاحيات والسلطات على مرؤوسية مما يمنحه القانون والتعليمات القدرة على إجراء التعديل على العقد بمناسبة أو بأخرى حسب طبيعة الحال، بمعنى آخر بأن الوزير المختص يكون له الحق في إجراء تعديل على عقد قائم كان قد أبرم من قبل أحد المدراء العامين ضمن مسؤولياته، فهو بذلك يستخدم سلطة الرقابة والتوجيه والتعديل سواء على نحو مباشر على العقد أو من خلال إصداره للتعليمات أو الأوامر العامة التي من شأنها أن تقضي على التعديل .

## ثالثاً: عدم جواز أن يفضي التعديل على العقد أية تغييرات جوهرية على طبيعة العقد. (٢)

ينبغي على الإدارة وقبل كل شيء أن تراعي الدقة لمعرفة ماذا تريد من التعديل على النحر الذي لا يفضي ذلك التعديل الدخول في موضوع جديد للتعاقد، فإذا ما حصل فإن الأمر يلزم الإدارة إبلاغ المتعاقد معها على إجراء التعديل المطلوب مع الأخذ بالحسبان الحدود الفاصلة بين ( تعديل العقد ) و ( التعاقد من جديد )، ومتى ما تحصل للإدارة أنها أمام عناصر عقد جديد، فإن الأولى لها وبواقعية الإعراف بذلك وسلك الطريق المؤدي الى العقد بتفاصيله، وهذا ما يستحسن عمله في مثل هذه الأحوال، مع الأخذ بنظر الموافقات التي تتطلبها هذه الحالة لغرض انجاز

(١) - د. محمد عبد الحميد أبو زيد : أثر التفويض في الإصلاح الإداري، ١٩٧٧، ص ٤٧.

(٢) - د. السيد محمد مدني : مسؤولية الدولة عن أعمالها المشرعة، المصدر السابق، ص ٣٤١.

العمل المطلوب رسمياً موافقة المتعاقد، التي لا توقف الإدارة من السير بإجراءات التعديل مادام هناك حاجة للمرفق بذلك .

أما إذا كان إجراء الإدارة تعديل العقد يشترط أخذ موافقة المتعاقد على إجراءاته وكل ما يشترطه القانون هو ابلاغ المتعاقد بذلك التعديل، ليس يقوم بتنفيذه ليس أكثر، ويلاحظ أن الإدارة في هذا قد أسقطت عنصر ( الرضا ) من الحساب .

ولتوضيح هذه الفكرة نتصور على سبيل المثال (( تتعاقد الإدارة مع أحد )) المقاولين على إنشاء كلية، وبعد فترة من الزمن أي عند تنفيذ العقد طلبت الإدارة منه تحويل الكلية إلى مستشفى، مع إبقاء نفس التصميم والخرائط والمواصفات ((، ففي مثل هذه الأحوال لا نكون أمام حالة تعديل للعقد، أما إذا تغيرت المواصفات والتصميم نكون أمام حالة تعديل جديدة يختلف فيه محل العقد لأن المواصفات والتصميم تختلف عن تلك اللازمة لإنشاء الكلية ... في حين إذا حصل تحويل بسيط على طبيعة البناء وحجم الغرف وتقسيماته، ففي هذه الحالة فإن محل العقد لم يتغير كلية، وبالتالي لا حاجة لأخذ موافقات لإتمام عملية التعديل بكافة جوانبها، إنما يقتصر الإتفاق مع المقاول على إجراء تلك التعديلات.

#### رابعاً : على الإدارة أن لا تتعدى إجراء التعديل بالمزايا المالية للمتعاقد (1)

من المعلوم أن التعاقد مع الإدارة يهدف الى تحقيق الربح المادي، وهذا الهدف بحد ذاته مشروع، مما ينبغي على الإدارة احترامه، طالما أنه قد وضع كافة امكانياته المادية والفنية من أجل تنفيذ العقد، وعلى هذا الأساس فإن ترك الإدارة حرة في إجراء التعديل للعقد من دون مراعاة هذه الناحية سوف يفضي تصرفها هذا الى نفور أعداد كبيرة من الراغبين بالتعاقد مع الإدارة، مما يؤثر ذلك سلباً على أداء المرافق العامة وتعطيل تقديم خدماتها، ولهذا فإن حرص الإدارة على انتظام سير المرافق العام يتجلى في أحيان كثيرة الى إجراء التعديل لعقودها من دون أن تمس المركز المالي للمتعاقد لإبل تهتم بالجانب المالي للمتعاقد عند اجراء أي تعديل. وتتصرف تبعاً لانتظام مرافقها العامة. مع التقيد التام بأن لا تتعسف في استخدام

---

(1) – Suroit Badoui ; Le fait du price dans Les contrats administratifs. Paris. 1955. P.123.

سلطتها ولا تتحرف عن الهدف من وراء التعديل. وهي الحاجة الفعلية لحسن سير المرفق، وعند لجوءها الى ذلك يتعرض تصرفها الى الطعن من قبل المتعاقد للمطالبة بحقوقه المالية التي ترتبت جراء التعديل.<sup>(١)</sup>

وأخيراً فإن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست مطلقة، كما أنها ليست تقديرية، وإنما تتبع من دوافع الإستجابة لمتطلبات المرافق العامة وإدامة سيرها، لأن السلطة التقديرية لا تعني الحرية الواسعة للإدارة في الهروب من التزامات التعاقدية، وبالتالي نرى إن استقلال الإدارة بتقدير ضرورات التعديل للعقد من عدمه يعني إعطائها سلطة التعديل وسيلة من وسائل التقدير فحسب، وليس من وسائل سير انتظام المرفق العام، الأمر الذي يكون التعديل موافقاً لمتطلبات عمل المرافق العامة.<sup>(٢)</sup>

#### خامساً: عند اجراء التعديل للعقد ينبغي أن يكون صادراً من السلطة الإدارية المختصة

إن من المعلوم عند ممارسة العمل الإداري يقتضي أن يوافق تصرفاتها واختصاصاتها للمشروعية وبالتالي فإن قواعد الإختصاص تعد من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال وألا تعرض تصرفها للبطلان، مما ينبغي على الإدارة الانصياع لها وعدم جواز الاتفاق على من يخالفها، فعندما تختص الجهة الإدارية بالتعاقد فلا يجوز لجهة إدارية أخرى إجراء تعديل على العقد لأي سبب، ما لم تفوض من الجهة المختصة بممارسة اختصاصها لتتمكن تلك الجهة من مد سلطتها بمقتضى هذا التفويض لإجراء التعديل على العقد، فنلاحظ أن من حق الوزير المختص القيام بأي تعديلات على العقد كون الموضوع ينعقد ضمن صلاحياته القانونية لا سيما وأن العقد موضوع التعديل من أعمال وزارته، فلا يعد تصرفه هذا خارج نطاق اختصاصاته بل نزيد على ذلك بأنه من صلاحياته المراقبة والإشراف على كافة العقود التي تبرمها الوزارة من خلال مدرائها العاملين، وأن بالإمكان الحل محل الإدارات المتعاقدة، فيجري التعديل على هذا الأساس، لأن

- (١) د. ثروت بدوي : مبادئ القانون الإداري، ط ١٩٧٧، ص ١٣٦ وما بعدها .

- (٢) د. محمد كامل ليله : نظرية التنفيذ المباشر، المصدر السابق، ص ١١٥.



الحلول لا يكون إلا بمقتضى القانون، وبما أن القانون قد خوله صلاحيات تخص وزارته فيمكنه التصرف القانوني تبعاً لذلك.

## المبحث الثاني

### كيفية تحديد قيمة التعديل<sup>(١)</sup>

على الإدارة وقبل كل شيء أن تلتفت الى الى الحقوق المالية للمتعاقد عند أي تعديل لعقودها وهذا حق فرضه القانون، وما عليها الا احترامها والتقيد بها كونها أحد المزايا التي يتمتع بها المتعاقد مقابل التعديل، وعلى هذا الأساس يمكن أن يثار تساؤل عن القيمة التقديرية لمبدأ عدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد جراء التعديل .... وللإجابة على هذا التسؤل لا بد من الإشارة الى أن هناك نوعان من التعديلات على العقد هما :

#### النوع الاول : التعديل المباشر : (٢)

وهذا النوع ينصرف الى قيام الادارة بإجراء التعديل على العقد بما يتطلبه إحتياج المرفق العام له بالزيادة أو يقتضي الحال انقاص الالتزام لكميات الاعمال او الأشياء أو المواد محل العقد، أو قد ينصرف التعديل أو التغيير ليطول وسائل تنفيذ العقد أو مدة التنفيذ.

#### النوع الثاني : التعديل بالنتيجة : (٣)

يحصل مثل هذا التعديل كإجراء لمشكلة قانونية تعرض اليها المتعاقد سواء بزيادة أو انقاص التزاماته التعاقدية جراء حصول ظروف طارئة كارتفاع الأسعار مثلاً، لم يكن في حسابان المتعاقد توقيعه أثناء إبرام العقد، أو قيام الإدارة أو السلطة الإدارية بفعل، وذلك بتغيير سعر العقد لأية أسباب فنية أو مالية، وهذا ما يسمى ( بعمل الأمير ) ... وكنتيجه لذلك لابد أن يؤمن التوازن المالي للعقد كحل يضمن استمرار سير منتظم للمرفق العام و لا نذهب بعيداً عن الحال المعروضة آنفاً، فقيام الإدارة

---

(١) - محمد كامل ليله : مبادئ القانون الإداري، ط ١٩٦٩، ج ١، ص ٢٤٧ .

(٢) - المادة العاشرة فقرة ( ٦ ) من تعليمات تنفيذ مشاريع خطط التنمية القومية، المصدر السابق .

(٣) - المادة العاشرة فقرة ( ٧ ) من تعليمات تنفيذ مشاريع خطط التنمية القومية، المصدر السابق.

بإجراء التعديل على العقد من الناحية الفنية وبارادتها المنفردة أمراً غير جائز، ذلك لما فيه من تفاصيل لابد أن يقتزن ذلك بموافقة المتعاقد، الا أن القانون قد أتاح للإدارة الفرصة للقيام بهذه المهمة، فيما لو اقتزن تصرفها بإجراءات نوجزها على النحو الآتي :

١- لكي يكون تصرف الإدارة في التعديل من الناحية الفنية على نحو مشروع أن لا يكون بمثابة تفاصيل لعقد جديد من حيث ( الأسعار والكميات والمواصفات) .

٢- أن يرافق التعديل على وفق ما تقدم تغيير في ثمن سعر العقد، مع اقتران ذلك مع التعليمات والضوابط الحسابية .

٣- يلاحظ في أعمال المقاولات عند اجراء التعديل على تسعيرة الأعمال، يستلزم أن يكون ذلك وفقاً لأحكام وشروط تعليمات تنفيذ مشاريع خطط التنمية، وفي حالة إضافة فقرات جديدة فإن تلك التعليمات تشير الى اعتماد أسعار السوق السائدة أساساً لتسعيرها مضافاً اليها المصاريف الإدارية والأرباح.<sup>(١)</sup>

... وكمبدأ عام فيما تقدم ذكره نجد أن المادة ( ٥٢ ) الفقرة ( ١ ) من شروط المقولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨، قد بينت كيفية احتساب التغييرات لجدول الكميات .. فنلاحظ أن المادة مارة الذكر، قد منحت المهندس صلاحية تحديد المبلغ الذي يتوجب إضافته أو انقصه من أعمال نفذت أو حذفت بأمر منه. مما يدعونا الى الملاحظة، حيث قد منح المهندس بموجب هذه المادة سلطة تقديرية وبارادة منفرة في تحديد المبلغ الذي يرى إضافته أو حذفه من مبلغ المقولة، كما أن لدينا ملاحظة أخرى على الفقرة ( ٢ ) من ذات المادة، إن المهندس قد مسّ في التعديل احتساب قيمة التغييرات لجدول الكميات المسعر أصلاً، أما التغييرات التي تتعلق بأعمال لا توجد لها فقرات مشابهة أو مقارنة في جدول الكميات المسعر أو أن

---

(١) - المادة العاشرة الفقرة ( ٦ ، ٧ ) من تعليمات تنفيذ مشاريع خطط التنمية، المصدر السابق.

المواد المطلوب توريدها جزءا منها بدائل متشابهة أو مقارنة، فإننا نقف بمقتضى ذلك أمام حالتين :

**الحالة الأولى : يجري التعديل للعقد في حالة عدم وجود فقرات مشابهة أو مقارنة**

#### **مثبتة في جدول كميات العقد**

أ- في عقود التوريد : يختلف عقد التوريد عن سواه من العقود، حيث نحن أمام إجراءات قد اتخذت مسبقاً - وهي إجراءات المناقصة - <sup>(١)</sup> وحددت الأسعار بشكل نهائي وابرام العقد على أساسها ففي حالة التعديل بطلب مواد نكون أمام موقف قانوني يستوجب الإلتزام به، إذ ينبغي أن يلاحظ أولاً وقبل كل شيء أن المواد المطلوبة غير موجودة في فقرات مشابهة أو مقارنة من مفردات مواد العقد ففي هذه الحالة يتطلب الأمر الاتفاق مع المجهز على أسعار جديدة مع اقتران تصرف الإدارة هذا بموافقة المراجع ذات الاختصاص والصلاحيات، والا اعتبر هذا التعديل غير موافق للقانون وبالتالي فإنها أي الإدارة تواجه الطعن بتصرفها وفقاً للإجراءات الإدارية والقضائية، فيما لو لم يستحب ادارياً. وعند عدم رغبة المجهز لأي سبب استمرار تنفيذ مفردات التعديل، يتم الإعلان عنها ( اي تلك المواد ) بمناقصة جديدة او دعوة مباشرة لغرض اتمام عملية التوريد وبالتالي لا يسأل المجهز الذي رفض التعديل بأي إجراء. نلاحظ أن القضاء المصري وفي حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١١-٦-١٩٦٨، بهذا الصدد قولها (( .....حيث نص العقد على توريد دجاج وأرانب حية، ولكن الإدارة طالبت بتوريدها مذبوحة ومنزوعة الأحشاء، فقالت المحكمة إن هذا الذي طلبته الإدارة المتعاقدة على أن تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل )) <sup>(٢)</sup>

ب- عقد الاشغال العامة : عند حصول تغييرات في الأعمال المطلوب تنفيذها لأحد عقود الأشغال العامة بإضافة أعمال أو بإنقاص إلتزام يتوجب على المهندس ( إدارة المشروع ) أن يتوصل مع المقاول الى اتفاق على الاسعار للفقرات المشابهة أو

(١) - للمزيد رسالتنا في الدكتوراه الموسومة بـ (( النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية ))

١٩٩٧ مقدمة الى جامعة بغداد / كلية القانون .

(٢) - د. سلمان محمد الطماوي : المصدر السابق. ص ٤٩٦.

المقاربة لجدول الكميات، وتتم العملية بموجب ملحق للعقد يفتقر بموافقة المرجع. أما إذا لم يحصل اتفاق على الأسعار مع المقاول بسبب تغيير الأسعار في الأسواق المحلية من جانب ومن جانب آخر لا يوجد هنالك فقرات متشابهة أو متقاربة، فإن على المقاول أن يثبت اعتراضه بإشعار تحريري يوجهه الى الإدارة يبين فيه تحفظه ومطالبته بزيادة الأسعار على أن لا يتوقف عن العمل<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن التعليمات التي تقضي بعدم التوقف عن العمل هي ضمانه للمقاول في الاستمرار بالعمل، إلا أنها من جانب آخر ليس من المؤكد أن يمنح المقاول الزيادة المطلوبة، وبذلك يكون حق المقاول في المطالبة بزيادة الأسعار هو (احتمالي)، ويرجع سبب الاحتمالية الى رفض الإدارة اي زيادات على جدول الأسعار الخاص بالعقد. وبهذه المناسبة يفترض من الإدارة إيقاف العمل وعدم تعريض المقاول لهذا الرفض، حيث سيرتب عليه أعباء التغييرات وعلى أساس هذا التصرف من قبل الإدارة فإن المقاول حتماً ومن باب أولى لاستحصال حقوقه أن يتظلم لدى الإدارة للمطالبة بالزيادة، وفي حالة الرفض، فلا سبيل أمامه الا اللجوء الى القاضي الذي يعد الضمانه الوحيدة للمقاول لاسترداد حقوقه .

#### **الحالة الثانية : حالة تعديل للعقد عند وجود مواد أو أعمال مثبتة في جدول العقد**

##### **أولاً : عقود التوريد**

إذا كان التعديل ينص على مواد وردت لها فقرات مشابهة أو مقاربة ضمن جدول المواد او الكميات للعقد ..... فينبغي التفصيل على وفق الآتي :

١- إذا كان التعديل متعلقاً بجزء من فقرة واردة في قائمة المواد، فعندئذ تتخذ اسعار المادة وفقاً للأسعار التي سبق استيرادها أو شراؤها على أن يطرح منها أو يضاف إليها فرق الزيادة السنوية التي طرأت عليها، أما إذا كان التعديل منصّباً على تغيير فقرة أو فقرات بأكملها، ففي هذه الحالة يتم احتساب سعر تلك الفقرة أو الفقرات البديلة بتقديم المجهز أسعاره، على أن تقوم الإدارة بإجراء الملائمة السعرية والعمل

---

(١) - المادة ( ٥٣ ) الفقرة ( ٣ ) من الشروط العامة لأعمال اهندسة المهنية. والمادة (٣٥)

الفقرة (٤) من الشروط العامة لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية الصادرة عن وزارة التخطيط، ١٩٨٨.

على استحصال الموافقة اللازمة، ومن ثم اعداد ملحق للعقد يتضمن التعديل المطلوب.

## ٢- إذا انصب التعديل على زيادة في الكميات المطلوبة

أ- إذا كان التعديل على العقد بزيادة في الكميات ( مواد، معدات، أجهزة ... الخ ) المطلوب فيها الى اجراء التعديل بعد استحصال موافقة المجهز على زيادة الكمية بذات الأسعار، على أن يقترن هذا الإجراء بمصادقة الوزير المختص أو صاحب الاختصاص، وتجري الأمور الأخرى وفقاً للسياسات المعمول بها، ويتطلب هذا العمل قيام الإدارة بإعداد ملحق للعقد يتضمن تلك الزيادة والأسعار التي تم الاتفاق عليها بين الطرفين.

ب- إجراء التعديل على العقد اذا انصب على طلب مواد أخرى، إذا كان التعديل المطلوب ينطوي على تغيير جوهري للعقد، وانها ( أي المواد ) احتكارية فيصار الى تقديم المجهز أسعاره واجراء المفاوضات معه على أساس المواصفات الفنية والسعر المطلوب، مع الأخذ بنظر الاعتبار الملائمة السعرية، فيما لو كان هنالك توريد سابق لتلك المادة، أما إذا لم تكن المادة إحتكارية فلا يجوز للإدارة إجراء التعديل المطلوب إنما تلجأ إلى إعلان مناقصة إنما تلجأ الى اعلان مناقصة جديدة أو دعوة مباشرة الى المكاتب والشركات التجارية المسجلة لديها، ومن ثمة السير بها للتعاقد على تلك المادة أو المواد حسب الأصول. اللهم فقط إذا كانت المادة المطلوبة ذات حاجة مستعجلة فيها لها من الأهمية بمكان فيتطلب الأمر قيام المجهز بتقديم أسعاره وإجراء الملائمة السعرية، مع الأخذ بنظر الاعتبار الزيادة السنوية على المادة، ومن ثم استحصال موافقة المراجع ذات الاختصاص للموافقة على اساس العرض الواحد.

## ثانياً: عقد الأشغال العامة: (١)

(١) - د. سعدون ناجي القشطيني : المصدر السابق، ص ٧٠.

هناك حالتين لإجراء التعديل على عقد الأشغال العامة، يمكن إنجازها على النحو الآتي :

**الحالة الأولى : التعديل الذي يتعلق بأعمال لا توجد لها فقرات مشابهة أو مقارنة في الجدول المرفق بالعقد .**

في الكثير من الأحيان يحصل عند قيام المقاول بتنفيذ مقابلة ما، تطلب الإدارة منه إجراء تعديل للعقد لفقرات لا توجد مشابهة أو مقارنة في جدول الكميات في العقد الأصلي، فعندئذ يتم الاتفاق مع المقاول على أسعار مناسبة، وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق، فيحق للإدارة تحديد زيادة في الأسعار لتلك الفقرات بالشكل الذي يضمن للمقاول تنفيذ المقابلة من دون خسائر، مع أحقية المقاول بالتحفظ وتقديم تظلم للإدارة يوضح فيه بطلب الزيادة مع ضرورة عدم توقفه عن العمل والتنفيذ بالاسعار التي حددتها الإدارة، فعند عدم استجابة الإدارة لمطالب المقاول في الحصول على حقوقه، فإن الضمانة الأكيدة هو القضاء الذي له الولاية في الفصل في النزاع.<sup>(١)</sup>

**الحالة الثانية : حالة ما اذا كان التعديل منصباً على أعمال وردت لها فقرات متشابهة أو مقارنة :**

إذا كان التغيير متعلقاً " بجزء من فقرة أو فقرات وارده في الجدول أو بكمية أي فقرة بالزيادة أو النقصان، وهذا الموضوع ينطوي على أمور فنية في بعض الأحيان، مما يتطلب الوقوف على أحكام القانون فيها بصورة دقيقة، وعلى هذا الأساس يمكننا أن نمّنع فرصة الإطلاع على بعض المفردات كحالات تطبيقية لغرض القياس أو العمل بمقتضاها نجوزها على النحو الآتي :

١- إذا كان التعديل يتعلق بجزء من فقرة في جدول الكميات المسعرة، ففي هذه الحالة تتخذ أسعار المقابلة للفقرة الأصلية المطلوب تعديلها أساساً للتسعيرة، على أن

---

(١) - د. عمر حلمي طبيعة اختصاص القضاء الإداري. بمنازعات العقود الإدارية.س، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٣٩.

يتم طرح منها أو يضاف إليها فرق كلفة المواد والعمل <sup>(١)</sup>. وهذه المسألة واضحة لا تحتاج الى ذكر أمثلة لانه ما دامت الفقرة الاصلية مسعرة فيجري احتساب قيمة التعديلات المنصبة على جزء منها على نحو لا يثير اي نزاع بين الطرفين .

٢- إذا كان التعديل منصّباً على تغيير فقرة أو فقرات بأكملها من جدول الكميات. في هذه الحالة يتم احتساب سعر تلك الفقرة أو الفقرات البديلة على أساس الكلفة الحقيقية لها مع الأخذ بالإعتبار ربح وخسارة المقولة من كل فقرة تقرر تغييرها <sup>(٢)</sup>. موضوع التعديل للعقد أصبح كلياً وليس جزئياً، فيما كان يمكن أن يجنبها فقرة أو عدد من الفقرات البديلة .

وهنا يقصد بالكلفة الحقيقية السعر الفعلي المدفوع من قبل المقاول عن تغيير الأعمال، مضافاً إليها قيمة المواد والأعمال التي تطلبها ذلك التغيير، وبالتالي يجب أن يزيد أو ينقص مبلغ المقولة حسب مقتضى الحال بمقدار المبلغ المدون في جدول الكميات بسبب ذلك التعديل. ولا يفوتنا ضرورة أن يكون للتغيير أو التعديل أمراً صادراً من الإدارة ( المهندس ) بذلك <sup>(٣)</sup>... إن المشرع بغضافته احتمالات الربح والخسارة الى الكلفة الحقيقية في مثل الحالة المعروضة، فقد أخذ بنظر الاعتبار حقوق المقاولان .

٣- إذا كان التعديل منصّباً على كمية أية فقرة في جدول الكميات المسعرة، فينطبق عليها سعرها في المقولة لحد ٢٠% ( بالزيادة أو النقصان ) من الكميات الواردة ازائها في الجدول، على أن يتم الاتفاق بين المهندس والمقاول على سعر

---

(١) - المادة (٥٢) الفقرة (٣) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨. والمادة (٥٢) فقرة (٤) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة والميكانيكية والكيميائية لعام ١٩٨٨ الصادرتين عن وزارة التخطيط.

(٢) - المادة (٥٢) البند (ب) الفقرة (٢) من الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية/المصدر السابق

(٣) - د. سعدون ناجي القشطيني : دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص ٧٠.





## المبحث الثالث

### حقوق المتعاقد عند تعديل العقد

اعتادت الإدارة في تنفيذ عقودها على التزام جانب المصلحة العامة في المرفق وما يتطلب من احتياجات لتأمين سيره بانتظام، دون المتعاقد، إلا أن ذلك لا يفضي إلى التضحية بمصلحته، وعلى هذا الأساس نجد أن الإدارة عندما تقوم بتعديل العقد تثبت بعض الحقوق للمتعاقد، ومن بين تلك الحقوق حصوله على التعويض وتمديد مدة العقد، بما يتناسب مع طبيعة التعديلات التي أجرتها الإدارة. ويضاف إلى حقوق المتعاقد حقه في طلب فسخ العقد عندما يكون طلب التعديل يترتب عليه أعباء لا يقوى على تنفيذها بالطريقة التي تريدها الإدارة، كما له الحق في طلب الغاء قرار الإدارة في إجراء التعديل غير المشروع، إلا أن ذلك يتطلب من المتعاقد الطلب من القضاء ذلك... ومادام أن الفسخ والإلغاء يتقارنان طبقاً لمبدأ المشروعية لصالح المتعاقد ومتعلقات بشروط استعمال الإدارة في سلطة التعديل فإننا سنحصر البحث بهما، لأنهما يثيران موضوعات أخرى :

#### أولاً : حق المتعاقد في التعويض<sup>(١)</sup>

حينما تجري الإدارة تعديلاً للعقد فإن للمتعاقد الحق في الحصول على التعويض الذي يتناسب وما نفذه من التزام التعديل، لأن سلطة الإدارة في فرض التعديل على العقد تستلزم وجود تناسب بين الإلتزامات التي يفرضها التعديل والمزايا والمالية التي يجنيها المتعاقد جراء ذلك لكي يظل التوازن المالي للعقد قائماً، كحق مفترض في العقد الإداري. فقد يكون التعويض بقرار يصدر من الإدارة ( الجهة المستفيدة ) من شأنه أن يرفع سعر العقد، وبالتالي يحقق ذلك رغبة المتعاقد للحصول على حقه بالتعديل ويجنبه الخسائر، وبكل الأحوال فإن مادام أن نتيجة التعديل في خدمة المرفق فلا ضير من تقديم ما يستحقه المتعاقد جراء عملية التعديل<sup>(٢)</sup>. وبطبيعة الحال فإن مطالبة التعويض ينبغي أن يقتصر إجراء الإدارة

(١) - يعد التعويض الذي يتعلق بتعديل العقد من النظام العام كحق يفرضه القانون فلا يجوز مخالفته، والا يتعرض من يخالف إلى مواجهة القضاء وذلك لمشروعية الحق.

(٢) - د. حسين درويش : السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، ١٩٦١، ص ٦١.

بالتعديل اقرار الجهة المختصة بهذه الصلاحية، وبخلاف ذلك يعد التعديل ليس في محله وبالتالي يتعرض تصرف الادارة الى المسائلة نتيجة ذلك، وبعبارة أخرى فان عمل الادارة هذا يخضع لرقابة القضاء، فإذا قام المتعاقد بتنفيذ بعض الاعمال التي رتبها التعديل من دون أن تقوم الادارة بدفع ما استحقه المقاول، بطبيعة الحال ذلك يكون من خلال قرار لجنة فنية خاصة بذلك مقترن عملها بمصادقة الرئيس الاداري الأعلى، ففي حالة عدم تنفيذ هذا الاجراء فان بمقدور المقاول مطالبة الادارة بتقديم تظلم يطلب فيه اجوره التي يستحقها، وبخلاف ذلك فان مقتضيات المصلحة العامة توجب عليه العمل على صرف ما استحقه المقاول نتيجة التعديل والا تعرضت لرقابة القضاء. ونلاحظ حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بهذا الصدد والصادر في ١١-٦-١٩٦٨ التضمن الآتي (( حيث نص العقد على توريد دجاج وارانب حية ولكن الادارة طلبت بتوزيعها مذبوحة ومنزوعة الاحشاء، فقالت المحكمة ان هذا الذي طلبته الادارة في حقيقته تعديل لشروط العقد تملكه الادارة المتعاقدة على ان تعوض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل ))<sup>(١)</sup>.

#### **ثانياً : حق المتعاقد في طلب تمديد العقد**

من المسلم به أن العقد يعد نافذاً اعتباراً من تاريخ الاحالة او من تاريخ توقيع العقد ما لم ينص على ذلك فيه، مع تثبيت مدة التنفيذ في صيغة العقد، ويكون ذلك ملزماً للجانبين وعند قيام الادارة باجراء التعديل على العقد من جانب واحد كأن تقوم بإضافة مواد اذا كان العقد توريد أو بزيادة الاعمال او تحوير في أعمال امقولة كماً أو نوعاً اذا كان العقد أشغالا عامة، أو يكون من شأن ذلك أن يؤثر على سير العقد، بحيث لا يمكن للمتعاقد اكمال العقد ضمن المدة المتفق عليها، فيكون من حق المتعاقد أن يطلب تمديد مدة اكمال العقد وفق الضوابط الآتية :

١- تناسب المدة التي يتطلبها اجراء التعديل مع مدة العقد الاصلية والمادة المطلوب توريدها أو حجم وطبيعة العمل الاضافي للمقولة.

٢- أن لا تكون مدة التمديد المطلوبة متداخلة مع مدة العقد الاصلية.

---

(١) - د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة / المصدر السابق/ص٤٩٦.

## خاتمة البحث :

في ضوء التفاصيل المبسطة في البحث يتضح بأن سلطة الادارة في تعديل العقد ( التجهيز أو الأشغال العامة ... الخ ) ممكناً قانونياً يمنحها القانون لا بل بذل الفقه الاداري جهود فكرية لترسيخها، وتبناها فيما بعد القضاء لتكون نظرية عامة في مجال العقد، الامر الذي دفع بعض التشريعات الى وضعها في طلب التشريع، ومنها التشريع العراقي ( شروط المقاوله، أعمال الهندسة المدنية، وشروط المقاوله لاعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية )، إضافة الى تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية ... ومادام أن العقد يتعلق بنشاط مرفق عام، فان الامر يقتضي عند احتياج المرفق الى اجراء تعديل للعقد، لاستمرار المرفق بانتظام فان ذلك أمراً طبيعياً من اجراء التعديل مادام العقد يتعلق بنشاط المرفق العام، وان من خصائص المرفق العام قابليته على التطور والتغيير بحسب الحاجة المستجدة .

.... الا ان هذا الإجراء ( التعديل ) لا ينبغي أن يقتصر بموافقة الجهة صاحبة الصلاحية من جهة ومن جهة ثانية ان تتطابق تلك التصرفات والضوابط القانونية والتعليمات الصادرة بهذا الشأن وذلك كي لا تضع حقوق اطراف العقد جراء ذلك، لاسيما حقوق المتعاقد تجاه سلطة الادارة فيما تقوم به من التعديل الذي يصاحبه إضافة مبلغ ومدة للعقد ليتمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته بصورة صحيحة، فضلاً عن ذلك لا بد من الادارة ان تأخذ بنظر الاعتبار نسبة التعديل المطلوب للعقد بحيث لا نكون أمام حالة قانونية تستوجب اجراء مناقصة جديدة، لذلك فان على الادارة التقيد التام بالتعليمات النافذة بهذا الشأن وعدم الخروج عنها.

..... ونقترح ونحن قد أنهينا هذا الموضوع المهم الآتي :

- ١- قيام المشرع بتشريع قانون خاص بالمناقصات أسوة بالدول التي سبقتنا في هذا المجال ونخص بالذكر مصر والاردن والكويت .. الخ .
- ٢- من المعلوم ان اختصاص النظر لموضوع العقود ينعقد بشكل أصيل للقضاء الإداري في جميع الدول التي تأخذ بالقضاء المزدوج، ومادام في العراق

محكمة للقضاء الاداري الامر الذي ندعو فيه المشرع لمنح الاختصاص  
للقضاء الاداري بدلاً من القضاء العادي.

## المصادر العربية

### أ- الكتب العربية

- ١- د. إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤، ط مكتبة الفلاح - الكويت ١، ١٩٨١.
- ٢- د. أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري، القاهرة ١٩٤٥.
- ٣- د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية ١٩٨٥.
- ٤- د. خالد سمارة الزغبى/ القرار الاداري / الاردن، ١٩٩٩.
- ٥- حمدي ياسين عكاشا: القرار الاداري في قضاء مجلس الدولة المصري، منشأة المعارف ١٩٨٧.
- ٦- حمدي يونس: عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها، بغداد-١٩٧٠.
- ٧- د. عمر حلمي: طبيعة اختصاص القضاء الاداري بمنازعات العقود الادارية. س، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- ٨- سليمان بيات : القضاء المدني العراقي، ط١.
- ٩- سليمان مرقص : نظرية العقد ، القاهرة ١٩٥٦ .
- ١٠- د. سليمان محمد الطماوي :
- النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربية ط ١٩٦٥.
- الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٩١ .
- ١١- د.شمس الدين الوكيل : دروس في العقد وبعض أحكام الإلتزام، ط١، المعارف بالإسكندرية ١٩٦٠-١٩٦١ .
- ١٢- شكري حبيب جيد : التعاقد والشاء، دار الكتاب العربي، القاهرة .
- ١٣- طميعة الجرف : القانون الإداري، دار النهضة العربية ١٩٧٨ .
- ١٤- د. عبد الرزاق النوري : نظرية العقد، القاهرة ، ١٩٣٤ .

- ١٥- د. عبد السلام الترماني : نظرية الظروف الطارئة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧١ .
- ١٦- د. عبد المجيد الحكيم : الوجيز في شرح القانون المدني العراقي ، ط ، مصادر الالتزام ١٩٦٠ .
- ١٧- د. عبد الفتاح صبري ابو الليل : أساليب التعاقد الاداري، بين النظرية والتطبيق، دراسة مقاونة , ١٩٩٤
- ١٨- د. عبد المجيد فياض : نظرة الجزاءات في العقود الادارية، ١٩٧٥
- ١٩- د. عبدالودود يحيى : الوجيز من النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الاحكام الإثبات، دار النهضة العربية، ١٩٩٤
- ٢٠- د. علي حسن ذنون : أصول الالتزام، شرح القانون المدني، مطبعة المعارف ١٩٧٠.
- ٢١- د. عمر صلحي: طبيعة اختصاص القضاء الاداري بمنازعات العقود الادارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣
- ٢٢- د. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الاداري، دار النهضة العربية.
- ٢٣- د. غازي عبدالرحمن ناجي: التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨٦
- ٢٤- فكري ابو الخير: مجموعة التشريعات للمناقصات والمزايدات، دار الفكر العربي، ١٩٨٨
- ٢٥- د. محمد ابراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، وابرام العقود، القاهرة، ١٩٩٦
- ٢٦- د. محمد خلف الجبوري: - العقود الادارية، بيت الحكمة ١٩٨٩ .
- النظام القانوني للمناقصات العامة، جامعة إربد ١٩٩٧.

#### ب- الرسائل الجامعية

١. صبري حمد خاطر: الغير عند العقد، رسالة دكتوراه كلية القانون، جامعة بغداد ١٩٩٢.

٢. سمير إسماعيل: الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية ١٩٧٥.
٣. فاضل شاكر النعيمي: نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير كلية القانون والسياسة ١٩٦٩.
٤. عبدالمطلب عبد الرزاق الهاشمي/النظام القانوني للإحالة في العقود الادارية/رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد/١٩٩٧.

### ج- البحوث والمقالات والمحاضرات

١. د. حسين درويش عبدالعال: وسائل تعاقد الادارة، والمناقصات والمزايدات والممارسة، ط١، مكتبة أنجلو المصرية ١٩٥٩.
٢. حنفي محمد غالي: نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقها على عقود وبيع أملاك الحكومة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س٢، ع٣-١٩٥٨.
٣. د. سعدون ناجي القشطيني: دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية، كعقد نموذجي، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥.
٤. د. محمد خلف الجبوري- الضوابط القانونية في تعديل المقاولات الحكومية/كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٨٨.
٥. د. عصمت عبد المجيد بكر: نظرية الظروف الطارئة، ودور القاضي في تطبيقاتها، سلسلة الثقافة القانونية، ١٩٩٣.
٦. د. عبدالله اسماعيل البستاني: نظرية الظروف الطارئة، مجلة الاحكام القضائية، العدد السادس، تشرين الأول ١٩٣٥.
٧. د. عبد الحميد كمال حشيش: القرارات القابلة للانفصال وعقود الادارة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، ج١-٢، بحث منشور، مجلة مصر المعاصرة.
٨. عادل الطبطبائي: الطعن بتجاوز السلطة في مجال العقود الادارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، مجلة الحقوق، س١١، ع٣/١٩٨٧.



٩. د. محمد عبد الجواد: شروط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مجلة الحقوق والاقتصاد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، العدد ١، ك ١، ١٩٦٣ س ٣٣، مطبعة جامعة القاهرة.

#### د - القوانين والأنظمة والتعليمات

١. القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. قانون المناقصات والمزايدات المصري المرقم ٩ لسنة ١٩٨٣.
٣. تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع خطط التنمية القومية لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط.
٤. الشروط العامة المقاولات أعمال الهندسية المدنية لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط.
٥. الشروط العامة المقاولات أعمال الهندسية الكهربائية والميكانيكية والكيميائية لعام ١٩٨٨ الصادرة عن وزارة التخطيط.

#### المصادر الأجنبية

1. Andre de iaubader traite theorigue et bartique des, contrats administatifs 1956.
2. Suroit Badoui ; Le fait du price dans Les contrats administratifs tom I. I. I. Paris. 1955.
3. Jean marie – Auby et Robert Ducos: Droit administratif. DelloZ 1973
4. Jean Rivero; Droit administrative 2 endition 1973 .

## التحول المهني

د. صبا نعمان رشيد

كلية القانون جامعة بغداد

### ملخص

تبرز فكرة تغيير المهنة التي يختص بها العامل أو ما يدعى بـ(التحول المهني) كأحد الحلول الداعية الى مواجهة البطالة التي يتعرض لها العامل نتيجة من إلغاء موقعه في المشروع، وما يستدعيه ذلك من إيجاد تنظيم قانوني وإداري ومالي مقارنة بالدول التي سبقت العراق في هذا المجال وبشكل ينسجم مع ظروف البلد وامكانياته.

### Abstract

### **Occupational Conversion**

Instead of unemployment as a result of conciliation the (Property of Employ), vise the idea of changing occupation that the employ specialized with or as it called (Occupational Conversion), then we need a legal, administrative and finance organization comparison with other state that had experiences before Iraq but harmonious with our liability and circumstances.

## المقدمة:

إن الحاجة لعمل بغية الكسب أزلية، تكاد الوثائق التاريخية لا تخلو منها في أية مرحلة من مراحل تطور الانسان، ولذلك عدّ فقهاء الفكر الاجتماعي المرحلة الحالية في الفكر الاقتصادي الداعي الى الأخذ (باقتصاديات السوق) والذي ينعكس على سياسة الدول التشريعية مرحلة انتكاس لقوانين العمل القائمة على رفع العديد من أوجه الحماية عن العمل وشروط عملهم وظروفها بغية تحقيق برامج الإصلاح التي رسمتها المؤسسات الدولية تحقيقاً للعولمة. إلا أنه ثمة اعترافاً متزايداً بوجود وجود بعد اجتماعي للمتغيرات يتطلب استجابة اجتماعية يتمثل في التعليم والتدريب القائمين على تنمية المهارات والمعارف التي ستساعد الدول على اغتنام الفرص الجديدة وتعزيز قدرة العديد من العمال والمشاريع التي أضيرت من جراء العولمة والتغيرات الجارية في المجتمع الدولي عموماً على التخلص من البطالة والانتاج وتحقيق الدخل الكافي للبلد.

إن مهمة التعليم والتدريب المهني يرتبطان بالسياسات والبرامج الاقتصادية والاجتماعية للدول من جهة، ومن جهة أخرى بسياسات العرض كالعلم والتكنولوجيا والسياسات والصناعية المعارضة الجماعية والضمان الاجتماعي وحتى سياسة المشاريع العالمية، مما يشكل أساساً متكاملًا للاقتصاد العالمي. ولأهمية فكرة التحول المهني كانت لنا وقفة بحث معه بشكل مطلب تمهيدي لنظرة تاريخية على التخصص في العمل ومن ثم البحث في ماهية التحول المهني في مبحث أول في الوسائل المساندة لنظام التحويل المهني في مبحث ثان وفي النظام القانوني للتحول المهني في مبحث ثالث، وأخيراً كانت الخاتمة المتضمنة لعرض الأفكار الرئيسية والتوصيات.

## مطلب تمهيدي

### نظرة تاريخية

رغم تعلم الانسان القديم الصيد ومن ثم الزراعة، إلا أنه لم يعرف فكرة تقسيم العمل الا في الألف الثالث قبل الميلاد<sup>(١)</sup>، حيث اختص الرجل بالصيد واختصت المرأة بجمع المواد الغذائية وتحول تقسيم العمل الطبيعي من مبدأ الجنس الى مبدأ السن، لينشأ عن هذا التعاون البسيط تخصص بعض أبناء المجتمع بشكل معين من الانتاج. وأدى ذلك الى تحسن ادوات الإنتاج والمهارة الانتاجية (جهاز العمل) من خلال الخبرة التراكمية مبرزاً اثره في تنظيم المجتمع البشري وانتقال الإنسان من العمل منفرداً لسد حاجته الفردية والعائلية الى سد حاجة الآخرين عن طريق فائض الانتاج والتكديس<sup>(٢)</sup>.

ولقد ساعدت الملكية الخاصة لأدوات الانتاج وانتقالها بالوراثة من الآباء الى الأبناء، إلى تخصص عوائل كاملة بمهن معينة وتقيد احترافها موافقة كبير العائلة أو (رئيس الصنعة)، على أساس اشتغالهم لديه بأجور يومية تحدد بالاتفاق<sup>(٣)</sup>. ولقد أبرز التاريخ الحضارة الإنسانية الحديثة القائمة على الأساس الصناعي باستخدام الإنسان الآلة وتسخير قوة الطبيعة لخدمته في شتى المجالات<sup>(٤)</sup>، لتصل الى ذروتها بقيامها على فكرة التخصص بين العمال انفسهم وبينهم وبين البلة التي

---

(١) - (وقد برزت هذه المعالم في الطور الذي تمثله حضارة جرمو وحسونة)

د. محمد سلمان حسن، القانون والاقتصاد في العراق القديم، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الخامسة والعشرون، ص ٦٨.

(٢) - لينشأ من ذلك نظام المقايضة، مصدر سابق، ص ٨٦.

(٣) - مصطفى عباس الموسوي، العوامل التاريخية لنشأة وتطور المدن العربية والاسلامية، وزارة الثقافة والإعلام، جمهورية العراق، سلسلة دراسات ٢٩٥، بغداد، ١٩٨٢، ص ٣٢٦-٣٣٩.

(٤) - (لتنشأ حركة الهجرة من الريف الى المدينة وما صاحبها من نشوء المدن الكبرى وتطور الصناعة ثم انتقال الانسان إلى مرحلة الهجرة العكسية من المدينة الى الريف وتطويره الزراعة باستخدام الآلة الحديثة).

كالتون. ج. هـ، هيز، الثورة الصناعية ونتائجها السياسية والاجتماعية، ترجمة أحمد عبد الباقي، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٦٢، ص ١٠ وما بعدها.

يستعملونها لتشعب طرق الإنتاج وتغيرها بشكل مستمر<sup>(١)</sup>، من جهة، ومن جهة أخرى تعدد حاجات المجتمعات تبعاً لتطوره والأساليب الاقتصادية المستخدمة في استثمار الموارد البشرية والمعدنية والأولية عموماً ليدور التخصص صعوداً ونزولاً مع تعداد القوة العاملة ومؤهلاتها وأساليب تشغيلها<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الأول

### ماهية التحول المهني

يعد الحق في العمل من الحقوق الاقتصادية المعترف بها في الاعلانات العالمية<sup>(٣)</sup>، والذي ترافق معه الإقرار بحق ثان هو حق العامل في الاستقرار في العمل أو (ملكية الوظيفة Property of Employ)<sup>(٤)</sup> وما يتبع ذلك من حرية اختيار المهنة التي يمارسها<sup>(٥)</sup>، وقد ساندت التشريعات الوطنية هذا الحق عن طريق إقرار عدم جواز تغيير المهنة إلا استثناءً وفي حالات محدودة بموجب الظروف الطارئة التي تواجهها المشاريع<sup>(٦)</sup>، على أن هذا الحق شابه عدم الاستقرار بسبب التغيرات العالمية في الإقتصاد ووسائل الاستخدام<sup>(٧)</sup>، فكان دافعاً في التفكير في

(١) - د. أحمد أبو إسماعيل، أصول الإقتصاد، مصر، ١٩٦٤، ص ٨٤.

(٢) - الموارد البشرية العربية ودورها في الحياة الاقتصادية، إعداد مكتب العمل العربي، مجلة العمل العربية- منظمة العمل العربي، العدد ٦٨، ٣/١٩٩٧، ص ١٢٢.

(٣) - المادة (١/٦) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ١٩٦٦.

والمادة (١/٢٣) الإعلان العالمي لحقوق الانسان، ١٩٤٨.

(٤) - د. يوسف الياس، الاتجاهات التشريعية لقوانين العمل العربية في التسعينات، مكتب العمل العربي، سلسلة البحوث والدراسات، العدد ١٤، ١٩٩٧، ص ٢٥.

(٥) - د. حسان محمد شفيق العاني، نظرية الحريات العامة - تحليل ووثائق، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٨٧-٨٨.

(٦) - المادة (١٧) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦. ومادة (٧٦) قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. وانظر مادة (١٨) قانون العمل رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠ الملغي.

(٧) - عولمة التضامن، الاتحاد الدولي لعام النقل ITF، بريطانيا - لندن (UK)، حزيان، ٢٠٠٢، ص ٨.

وسائل معالجة الضمان ( الحق في العمل ) أما بالتضحية في الحق الثاني ( ملكية الوظيفة ) أو تقرير مرونته لضمان استمرار الكسب للمعيشة بالتحول المهني.

## المطلب الأول

### مفهوم التحول المهني والدوافع إليه

تعد عملية تحول العامل مهنيًا من العمليات المهمة في الخطط الاجتماعية والاقتصادية للبلد وهي في الوقت ذاته تعد نقطة تغيير أساسية في حياة ذات العامل تبعاً لذلك كان لابد من تبيان مفهوم (التحول المهني) والدوافع إليه.

## الفرع الأول

### مفهوم التحول المهني

#### أولاً: لغوياً

التحول بمعنى انقلاب الشيء عن حاله، فيقال حالت القوس (استحالت) أي: اعوجت عن العهد يحول (حوّلاً) أي انقلب و(حال) لونه تغير واسود وبابه (حال) و(حال) إلى مكان آخر يحول (حولاً) و(حوّلاً) بكسر الحاء وفتح الواو أي (تحوّل)<sup>(١)</sup>.

#### ثانياً: قانونياً

ونعني بالتحول المهني، تعليم العامل وتدريبه بحيث يسمح له اكتساب معرفة مهنية جديدة، على أن ينسجم ما تقدم مع قدرات العامل البدنية والذهنية والنفسية<sup>(٢)</sup>، فالتعليم والتدريب المهني هنا وسيلة لمباشرة نشاط مهني جديد سواء كان بإضافة خبرة على سابقتها فيكون العامل ذا قدرة على مسايرة التطور العلمي والتقني في استخدام البنية التقنية أو وسائل الانتاج المستحدثة أو لتغيير مهنته تغييراً جذرياً عما كان يمارسه سابقاً لمباشرة عمل جديد.

## الفرع الثاني

---

(١) - محمد ابن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، لبنان، ١٩٦٧، ص ١٦٣.

(٢) - V. L'atict 7de l'accord national interprofessionnel du 20 octobre 1986. sur l'emploi, Driot Social 1987. P377.

## الدافع إلى التحول المهني

يعد إلغاء الوظيفة الدافع المباشر الرئيسي لتحول العامل مهنيًا، بإلغاء الموقع الذي يشغله العامل في المشروع أو بإلغاء ذات المشروع<sup>(١)</sup>، حيث تواجه المشاريع ظروفًا تستدعي تقليص عدد عمالها أو إلغاء عقود كل العمال، وغالبًا ما ترتبط فكرة (إلغاء الوظيفة) بالظروف الاقتصادية كمواجهة صاحب العمل صعوبات في التمويل بالموارد الأولية أو الخسارة بصفة مستمرة أو صدور قرار من الحكومة بالاحتكار أو بمنع إنتاج أصناف معينة ما يستدعيه إصدار قرار بإجراء تغييرات هيكلية على المشروع لتغيير نشاطه أو لتغيير أسلوب الإدارة لمواجهة المنافسة الاقتصادية أو حتى لتطوير هذا الإنتاج بإدخال الوسائل المستخدمة في الإنتاج (كالحاسوب والإنسان الآلي)<sup>(٢)</sup>، وتبعاً لذلك يدخل ضمن فكرة (إلغاء الوظيفة) التغييرات الجذرية التي يجريها صاحب العمل، على الوظيفة (تغيير العمل) الذي يؤديه العامل<sup>(٣)</sup>. ورغم إقرار أغلب التشريعات الخاصة بتنظيم علاقات العمل على انعدام أثر التعديل القانوني للهيكل المشروع<sup>(٤)</sup>، (كالاندماج أو انتقال الملكية بالوصية أو الإرث أو الهبة أو البيع أو الإيجار) على موقع العامل أو الوظيفة ومؤدي ذلك أن تغيير شخص صاحب العمل لا يعد سبباً لرفع صفة التعسف وإضفاء قرار الإلغاء<sup>(٥)</sup>، إلا أن التوجهات الحديثة التي اجتاحت العالم في خصخصة المرافق العامة

---

(١) - (حيث لا يرتبط هذا الإلغاء بشخصا لعامل أو سلوكه أو كفايته للإنتاج). أنظر بذلك د.صبا نعمان رشيد، سلطة صاحب العمل الادارية في اطار المشروع (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون-جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص ١٠٩، ١١١، ١١٣.

(٢) - (سعيد ياسين عامر، الفكر المعاصر في التنظيم والادارة، ايدسرفيس للإستشارات والتطوير الاداري، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢٣٤.

(٣) - JEAMMAUD (A), Lanotion de licencicment pour motifs économiques, Droit Social, Mars, 1981, p276.

(٤) - مادة (٩) قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، ومادة (١٦) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦، ومادة (١٢/١٢٢) قانون العمل الفرنسي، ومادة (١٤) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، وكذا المادة (١٢) من مشروع قانون العمل العراقي الجديد.

(٥) - د. عبد الودود عيسى، شرح قانون العمل، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٥، ص ٢٩٤.



(Privatization) على أساس بيع مشروع الدولة للقطاع الخاص أو تأجيرها بغية توسيع قاعدة الملكية وتنشيط أسواق المال وانتشار الابتكار وتحسين الاداء والاستفادة من الجهات التقنية والادارية السريعة للقطاع الخاص<sup>(١)</sup>، يؤدي ذلك الى الانصباب في بوتقة تقليص، إن لم نقل، إلغاء الوظائف، إذ تعتمد الجهة المالكة (أو المستأجرة)، إلى الاستفادة من الصلاحيات التي تحصل عليها من الحكومات عن طريق عقود الخصخصة بالتخلص من الكادر السابق جزئياً بحجة الترهل (العمالة الزائدة)<sup>(٢)</sup>، ويكون القرار أخطر بإلغاء كل الوظائف وتسريح العمال ثم إعادة هيكلة المشروع واستخدام عمال أجانب بحجة عدم الخبرة للعمال المواطنين أو رخص أجور العمال الجدد، وهذا غالباً ما يترافق مع عولمة المشاريع الوطنية عن طريق فتح المجال للاستثمارات الأجنبية الكاملة أو الجزئية<sup>(٣)</sup>.

---

(١) - د. محمد متولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٨.

(٢) - أو تلتجئ الى اجبارهم على العمل بغير الاختصاص او لساعات أطول أو بأجور أقل دفعاً لهم الى اتخاذ قرار الاستقالة. د. مصطفى عبدالحميد عدوي، الاستقالة واتفاقات الانهاء الاقتصادي في عقد العمل.

(٣) - (إن مجمل اختيارات بلدان العالم الاقتصادية وكنتيجة من الخطة الاقتصادية التي اتبعتها معها الدول الصناعية (وبالأخص أمريكا) ومنذ بداية القرن الماضي قائمة على فكرة إغراق البلدان (النامية بالذات) بالديون ومن ثم اقتراح المشاريع التي يفترض ان تكسبها الحكومة المحلية (فتكتب بصورة خفية من قبل البنك الدولي) على أساس التنمية القائمة على الاستثمار الأجنبي الواعد بالنجاح بغض النظر عن تأثيره في حياة البشر الواقعية، فرنسيس مورلابيه وجوزيف كولينز، صناعة الجوع (خرافة الندرة)، ترجمة أحمد حسان، الكويت، ١٩٨٣، ص ٣٩٩-٤٠٣. وانظر جدول رقم (١) حول نصيب الفرد من الناتج الاجمالي للاقتصاد عام ٢٠٠٠، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ٢٠٠٠ مطبوعة جامعة أكسفورد-نيويورك، وانظر بالذات الدول العربية المنتقاة موضوع البحث جدول رقم (٢) جامعة الدول العربية-الصندوق العربي للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، التقرير الاقتصادي العربي الموحد. ولقد سعت العالم العربي الكثير من دول العالم فكانت لها تجارب مع الخصخصة، ففي بنما مثلاً فقد ٧٥% من عمال الرصيف في مينائي كريستوبال وبالبا، وبخصوص عام ١٩٩٧ و تم توظيف ٤٠% بدلاً من العمال الاصليين بعقود مؤقتة في باكستان وكذلك في تايوان وفقد أكثر من ثلث عمال

## المطلب الثاني

### اساليب التحول المهني

إن لتغيير العامل المهنة التي يمارسها مشاقاً لابد من تداركها وبالأخص إذا كان يمارسها ومنذ زمن بعيد وله فيها الخبرة الطويلة بحيث يصعب عليه التحول عنها إلا أن العملية تصبح أسهل بصغر عمر العامل وتقارب المهنة الجديدة أو تماثلها مع سابقتها، وتبعاً لما تقدم يمكن استخدام الأساليب التالية لتغيير العمل الذي يؤديه العامل استجابة للظروف.

### الفرع الأول

#### التلمذة الصناعية

وهو أحد الاساليب القديمة المتعارف عليها منذ العصور الوسطى لمراحل تطور العمل، إذ كان الصبي يتلقى الحرفة على يد معلمه تمهيداً لانضمامه الى تلك المهنة<sup>(١)</sup>، وفي الحقيقة إن اطلاق مصطلح (التلمذة الصناعية) وإن كان دارجاً، غلا أن تعلم أصول الحرفة (المهنة) على يد الخبراء سواء كانوا أفراداً أم مؤسسات متخصصة حكومية أو عائدة الى القطاع الخاص<sup>(٢)</sup>، إنما يجري في كافة المجالات

---

الموانئ الرئيسيين في تشيلي بسبب من عملية الخصخصة عام ١٩٩٩، وقد كان في ذات الدول الصناعية المتطورة حركة للتخلص من العمال، ففي عام ١٩٩٤ تخلصت شركة سمسن الالمانية من ١٦ ألف عامل وعام ١٩٩٣ تخلصت شركة الاتصالات اليابانية من ١٠ آلاف عامل و ٣٠ ألف عامل آخرين عام ١٩٩٦، في حين تخلت جنرال موتورز عام ١٩٩٣ عن ربع عمالها بغية إدخال خمسة ملايين دولار وجنرال الكترك تخلت عن ٤٠٠ ألف عامل عام ١٩٨١، و ٢٣٠ ألف عام ١٩٩٣ لمضاعفة أرباحها ثلاث مرات. أما مجمل الشركات الأمريكية الأخرى فقد تراوح عدد العمال المعطلين بين ٣٠٠ ألف عامل عام ١٩٩٠ و ٥٥٠ ألف عامل عام ١٩٩١ و ٤٠٠ ألف عامل عام ١٩٩٢. أنظر في ذلك التقارير التي تضمنتها عولمة التضامن، مصدر سابق، ص ١٩.

(١) - د. عصام أنور سليم، اصول قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٠.

(٢) - مادة (١٤١) قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ ومادة (١/١١٧) قانون العمل الفرنسي .

الصناعية أو التجارية أو الزراعية وحتى الخدمية<sup>(١)</sup>، ويمكن استخدام الأسلوب ذاته في نظام تحويل المهنة عن طريق زج العامل للتعلم من نقطة البداية لاحترافها مع مراعاة ربط المهن بالتطور التكنولوجي المتسارع ومراعاة جوانب معينة منها تلائم ثقافة (المعلم الصناعية) مع التلميذ وقدرته على إيصال المعلومة النظرية والعملية وخاصة من حيث اللغة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى مراعاة الجوانب الإنسانية والاجتماعية في التلمذة إذ كان من يبغي تعليمه من العاملات النساء.

## الفرع الثاني

### التدريب التحويلي

أو ما يسمى (بتدريب الكبار)<sup>(٢)</sup>، ويكون عبارة عن نظام متكامل لوضع المعلومات النظرية موضع تطبيق جديد يهدف الى تطوير المستوى الفني لأداء العمال المهرة عن طريق تدريبهم على وسائل الانتاج الجديد، بحيث يسمح لهم هذا النظام في الانخراط في مهنة مماثلة لمهنتهم ولكن تستخدم فيها أساليب جديدة للعمل و الإدارة وبشكل يرفع كفايتهم المهنية والانتاجية، وغالباً ما يتم ذلك في مؤسسات علمية عالية المستوى تمنح فيها شهادات ودرجات معترف بها عالمياً.

## الفرع الثالث

### الدورات التدريبية والتوجيه المهني

وغالباً ما تتولى هذه العمليات المؤسسات المختصة في التعليم المهني، حيث تجري الدورات التدريبية بالشكل الآتي:

---

(١) - (عقد تعلم المهنة، هو أن يتعهد رب مؤسسة صناعية أو تجارية أو زراعية أو صانع بان يخرج أو يعمل على تخريج شخص في مهنة مقابل التزام هذا الشخص نفسه أو وليه بأن يشتغل لحساب رب العمل على شروط ولمدة يتفق عليها. وتخضع شروط صحة العقد وأحكامه لعادات المهنة والعرف الجاري فيها، كما تسري النصوص القانونية لعقد العمل على عقد تعليم المهنة بالقدر الذي لا يتعارض مع غرض المهنة. مادة (٩٢٦) قانون مدني عراقي.

(٢) - التعليم والتدريب المهني في المجال التقني والمهني للقرن الحادي والعشرين، ورشة اليونسكو، طبعت في فرنسا، ٢٠٠٣، ص ٣١.

- أ. دورات للتدريب أثناء ساعات العمل وفي أماكن العمل.
- ب. دورات مسائية أو في عطلة نهاية الأسبوع .
- ت. دورات المراسلة .
- ث. تنظيم التوجيه المهني في برامج تعليمية عن طريق الوسائل المسموعة والمرئية (كالإذاعة والتلفزيون) وعن طريق الإنترنت.
- ج. دورات مهنية قصيرة لتجديد المهارة وتطويرها لمدة يوم واحد أو لمدة محدودة ولساعات خلال يوم العمل.
- إن الأسلوب المتقدم غالباً ما يتم الإلتجاء إليه لتأهيل العامل للعمل على الصعيد الدولي بدراسة لغة أجنبية أو لتأهيله للتواصل مع المجتمع المحلي وخاصة في مجال الأعمال التجارية والخدمات كالصناعات السياحية والضيافة أو لتأهيله لاستلام مهام أصعب في مجال السلامة المهنية والصناعية بتعليمه استخدام وسائل وقاية أعلى مستوى وأخيراً يتم الإلتجاء الى هذه الطريقة لتطوير معرفة العامل لأساليب استخدام الحاسوب ووسائل الاتصال الإلكترونية<sup>(١)</sup>.

---

(١) - تدريب وتنمية الموارد البشرية، منظمة العمل الدولية، الدورة الثامنة والثمانون، جنيف، ٢٠٠٠، ص ٥٨ و ص ٦٤.

## المبحث الثاني

### الوسائل المساندة لنظام التحول المهني

إزاء القبول بفكرة تحول العامل مهنيًا يبدو إلى الأذهان تحديد طريق إنجاح عملية تؤدي إلى تحقيق التوازن في الجانب الانساني وفي الجانب العلمي ولذلك لابد أن تكون هناك من الوسائل المساندة لهذا النظام ما يكفل معيشة العامل وأسرته من جهة، ومن جهة أخرى تنظيم عملية التحويل ومراقبتها.

### المطلب الأول

#### هيئة التحول المهني

إن أثر إلغاء الوظيفة أو موقع العامل في المشروع واقعياً هو (البطالة) ويصبح هذا الأثر اشد خطورة عندما يلحق الإلغاء عمال المشروع أجمعهم ويتفاقم في حال شمول عدة مشاريع بهذه العمليات، حيث غالباً ما تجري العملية عشوائية ماسة بكل العمال ودون تنظيم وبغياب دور رقابي منظم، في حين تتابع العملية وفق أصول دقيقة بوجود جهاز مختص بها، أسوة بتجارب الدول الأخرى المقارنة<sup>(١)</sup>.

### الفرع الأول

#### تكوين هيئة التحول المهني

حيث تتكون من ذوي الاختصاصات العاملة في ميدان العمل الاقتصادي، ونرى أنها تتكون من الآتي:

---

(١) - أنظر في الجهة المختصة بالتحقيق من جدية الظروف الداعية للإنهاء والتحول المهني والجهات المحددة قبل وزارة العمل الفرنسية لضمان الخطة الاجتماعية .

- Picca (G), le droit du travail al'epreuve de l'economie, aperopes de licenciements collectifs economique dans les gropes des societes droit social, 1994, P26.

أولاً: موظفو وزارة العمل والشؤون الاجتماعية<sup>(١)</sup>، وخاصة المديرية العامة للعمل وممثلو المديرية العامة للضمان الاجتماعي بعدهم الجهاز المتخصص في العراق لإدارة شؤون العمل<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: لضمان فكرة التمثيل الثلاثي في تنظيم علاقات العمل وآثارها لابد من أن يكون هناك ممثل عن اتحاد نقابات العمال واتحاد الصناعات العراقي<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: الوزارات المختصة بتنظيم اقتصاد البلد، كوزارتي المالية والتخطيط بعضوية ممثلين عنها.

رابعاً: الأكاديميون المختصون في مجال القانون والاقتصاد.

## الفرع الثاني

### دور هيئة التحول المهني

ينقسم دور الهيئة المقترحة لتنظيم عملية تحويل العمال عن مهنتهم إلى أخرى إلى دور رقابي وآخر تنظيمي .

#### أولاً: الدور الرقابي

ويتمثل في دراسة ومناقشة طلبات صاحب العمل في انتهاء عقود عماله ومدى صحة وضرورة متطلبات هذا الاجراء وتناسبه مع الظروف الاقتصادية للبلد، على أن يكون ذلك بعد الاطلاع على آراء ممثلي الاتحادات النقابية المختصة وممثلي

---

(١) - (...) لدى أغلبية الدول الإدارة العامة للعمل هي وزارة العمل وبغية تطوير العمل لابد أن يكون لأصحاب العمل والعمال عن طريق منظماتهم أدوار في ذلك ولو استشارية ..). إدارة العمل، مؤتمر العمل الدولي، الجلسة ٨٥/١٩٩٧، ص ١٥.

(٢) - مادة (١٥٢) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل ومادة (١٦٠) مشروع قانون العمل العراقي الجديد.

(٣) - مادة (١٥) من قانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٠ التعديل الثاني لقانون العمل المرقم ب(٧١) لسنة ١٩٨٧.

عمال المشروع المنتخبين من قبلهم<sup>(١)</sup>، وأخيراً إصدار قرار برفض أو قبول طلبات صاحب العمل ووضع جدول زمني لإصدار القرار ولجنة عليا للبت بالطعون المقدمة ضد قرار الهيئة.<sup>(٢)</sup>

### ثانياً: الدور التنظيمي

وينقسم الى قسمين هما:

١. وضع خطة وفق ضوابط موضوعية لإنهاء عقود العمال بعد التشاور مع طرفي العلاقة (صاحب العمل أو من يمثله) و (العمال أو من يمثلهم) مراعين في ذلك الخدمة والسن والحالة العائلية والخبرة والجنس والشهادات والمؤهلات التي يمكن أن تكون سبباً لبقاء العامل في المشروع رغم تغيير أسلوب الإنتاج<sup>(٣)</sup>.

---

(١) - أنظر في التجربة الفرنسية، هناك نظامان الأول (نظام مفوضي العمال le delegues dupersnel في المشروع الذي يشغل أقل من خمسين عاملاً) والنظام الثاني (نظام لجنة المشروع le enterprise comette إذا كان يشغل خمسين عاملاً فأكثر حيث يكون دور الثانية وجوباً في بحث طلبات الانتهاء بينما في الأول دورها الاستشاري جوازي. أنظر في المواد (١-٤٢٠) و(١،٢/٤٣١) و(١/٤٣٣) قانون العمل الفرنسي.

(٢) - وانظر كذلك، تشكيل اللجنة المختصة بالبت في طلبات الإغلاق بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٣ المنشور بالوقائع المصرية، العدد ١٣٧ في ٢١/٦/٢٠٠٣.

(٣) - أنظر في التجربة المصرية مادة (١٣٢) قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣. وكذلك المادة (١٣٣) التي تنص على أنه ( ينشأ صندوق لتمويل التدريب والتأهيل تكون له الشخصية الاعتبارية العامة يتبع الوزير المختص وذلك لتمويل إنشاء وتطوير وتحديث مراكز وبرامج التدريب التي تستهدف الموازنة بين احتياجات سوق العمل البحثي ويختص الصندوق بوضع الشروط والقواعد التي تتبع برامج ومدد التدريب المهني الدراسية والنظرية ونظم الاختبارات والشهادات التي تصدر في هذا الشأن) .

٢. إحالة إلى الجهات المختصة بالتدريب المهني<sup>(١)</sup>، ووضع مناهج معينة دقيقة لتحويل المهنة واكتساب العمال خبرة عملية وفق مواصفات التطور العلمي والتكنولوجي العالمية<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### مصادر الدخل البديلة

يعد الأجر الذي يحصل عليه العامل، الوسيلة التي يشبع بها العامل واسرته حاجاتهم الأساسية ومتطلبات حياتهم اليومية<sup>(٣)</sup>. وتعرض العامل لخطر فقدانه كلياً

أو جزئياً تعني دفعه للعيش في حالة قلق من انقطاع استحصال الأجر دائماً<sup>(٤)</sup>، وإزاء الإقرار بفكرة تخلص المشروع من العامل على أساس عدم تناسبه مع التخصصات الجديدة أو تغيير نشاط المشروع، ومن ثم جعل العامل يعمل على تغيير مهنته بالدراسة والتدريب المهنيين، لا بد من إيجاد مصادر دخل بديلة للعامل طيلة تلك الفترة لحين استقراره بتخصيص مهني معين ثم موقع محدد في مشروع ما.

### الفرع الأول

#### تعويض البطالة والتحويل المهني

إن فكرة تولي دائرة الضمان الاجتماعي مهمة تعويض العامل ديلة فترة توقفه عن العمل (البطالة) بسبب الغاء موقعه أو تواجده في إحدى الدورات التدريبية ضرورة اقتصادية ناهيك عن كونها ضرورة اجتماعية، لما لذلك من دور في تمهيد

---

(١) - فيما لو كانت دائرة التدريب المهني هي من أحيلت إليها المهمة وفق المادة (١١) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ أو أية جهة خاصة كالمؤسسات والشركات. د. عدنان العابد. د. يوسف الياس، قانون العمل، مطبعة العمال المركزية، ١٩٨٩، ص ٧٧.

(٢) - التعليم والتدريب في المجال التقني والمهني، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٣) - د. حسن كيرة، أصول قانون العمل - عقد عمل، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف المصرية، ١٩٧٩، ص ٥٢٨.

(٤) - (وتكمن أهمية ذلك في تحقيق السلم الاجتماعي...)، د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل - دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦-١٩٧٧، ص ١٩.



الدرب للتغيرات الاقتصادية المزمع إجراؤها في البلد، ويكون هذا التعويض بنسبة معينة من الأجر يتم تحديدها من قبل لجان معينة لهذا الغرض<sup>(١)</sup>.

إن إدراج المشرع العراقي في المادة (٧٨/ج) من قانون الضمان النافذ على حق العامل في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة بشكل تعويض نقدي يدفع إجمالاً على أساس متوسط أجره الشهري لسنوات خدمته السابقة عند صاحب العمل غير كافٍ لضمان تعويض العامل<sup>(٢)</sup>، حيث يتطلب دفع هذا التعويض خروج العامل نهائياً عن نطاق قانوني العمل والضمان الاجتماعي كالتفرغ للدراسة داخل العراق وخارجه<sup>(٣)</sup>، فالعامل الذي يحال الى (نظام التحول المهني) لا تبدر منه هذه النية وإنما يمر لمرحلة ممهدة لعودته للعمل تحت اشراف وتوجيه صاحب عمل معين<sup>(٤)</sup>، ويثار تساؤل مهم آخر هو مسؤولية الجهة المدربة للعامل عن دفعه اشتراكات الضمان الاجتماعي طيلة فترة التدريب؟ فالمشرع العراقي ألزم دائرة التدريب المهني عن دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي عن فرع إصابة العمل<sup>(٥)</sup>، وبذلك إن تأثير تساؤلات معينة تتمثل بالمشكلات الآتية:

**المشكلة الأولى:** تتمثل في الجهة التي ستتولى دفع اشتراكات الضمان الاجتماعي اذا لم تكن دائرة الضمان متولي التدريب، كالجهات الخاصة أو أية جهة حكومية أخرى.

---

(١) - وهذه دعوة مفتوحة لتعديل قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ لشمول (البطالة) كأحد المخاطر المضمنة. (الباحثة).

(٢) - جعفر الخفاجي ومجموعة مؤلفين، أوليات في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص ١١٣.

(٣) - د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، قانون العمل والضمان الاجتماعي، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة، بغداد، ١٩٨٨، ص ١٨٣-١٨٤.

(٤) - من الشروط القانونية لتطبيق قانون العمل والضمان الاجتماعي توافر التبعية القانونية والاقتصادية في العلاقة بين العامل وصاحب العمل. د. عدنان العابد ود. يوسف الياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص.

(٥) - مادة (٢٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل.

**المشكلة الثانية:** عدم شمول المشرع العامل المتدرب سوى بفرع إصابة العمل متناسياً أن العامل كأى إنسان آخر في المجتمع عرضة لأنواع أخرى من الإصابات كالمرض العادي والحمل والولادة وأخيراً العمل.

**المشكلة الثالثة:** إن المشرع العراقي أقام أساس تحمل دائرة العمل والتدريب المهني دفع الاشتراكات المقررة على أساس وجود عقد صحيح<sup>(١)</sup>، في حين أن فكرة الضمان الاجتماعي وشموله لأي شخص تقوم عند الفقه على أساس وجوب وهو حماية قانونية في مواجهة مخاطر اجتماعية وهو رأي سديد نذهب الى تأييده بشكل مطلق.

**المشكلة الرابعة:** حدد نسبة اشتراكات اصحاب العمل بنسبة (١٢%) من أجر العامل تدفع لفروع (الضمان الصحي، وأصحاب العمل والتقاعد)<sup>(٢)</sup>، وبالتالي عدم امكانية شمول العامل في حالة التعطل الجزئي عن العمل أو البطالة الكاملة، ولذلك نرى بضرورة استحصال مبالغ من إدارة المشاريع المخصصة أو التي آلت الى إلغاء مواقع عمالها تدفع لدائرة الضمان للإستثمار ثم الدفع للعمال طيلة فترة البطالة والتحول المهني.

## الفرع الثاني

### العمل الجزئي

وهو أحد الأنماط غير المألوفة للعمل الناتجة عن التغييرات الاقتصادية العالمية والتي تسير وفق نمط متسارع بحيث ان قانون العمل رغم اتسامه بالمرونة والقابلية للتطوير يكاد لا يتسع لمثل هذه الاصناف الجديدة، ورغم اعتقادنا بأن اللجوء لمثل هذه الأنماط يعد وسيلة أو منفذاً للتهرب من الالتزامات التي تفرضها تشريعات العمل

---

(١) - د. يوسف الياس، الوجيز في شرح قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، مطابع التعليم العالي، ١٩٨٨-١٩٨٩، ص ١٥٦. وكذلك د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ٢٤٢.

(٢) - مادة (٥/١) قانون العمل رقم ١٥٥ لسنة ١٩٧١ قانون تعديل قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ والذي ألزم أصحاب العمل المشمولين بقانون رقم (١٠١) لسنة ١٩٦٤ المعدل بدفع ٢٥% من الأجر لدائرة الضمان الإجتماعي لنفس الفروع السابقة مضافاً إليها فرع ضمان الخدمات.

والضمان الاجتماعي أو حتى الاتفاقات الجماعية، ورغم مرارتها فإنها تكاد تكون علاجاً إذا تزامنت مع مرحلة انتقالية قد يمر بها العامل، وفكرة العمل الجزئي تكاد تظهر شكلين هما :

### أولاً: العمل المؤقت

ويقوم على أساس انجاز عمل معين، فبمجرد أداء العامل للعمل المطلوب من قبل صاحب العمل حتى تنقضي علاقة العمل<sup>(١)</sup>، ورغم خرق ذلك للمبادئ العامة المتعارف عليها في قواعد قانون العمل لدينا<sup>(٢)</sup>، إلا أنه منتشر بكثرة في كل من انكلترا والولايات المتحدة الأمريكية تبعاً لمعطيات اقتصادية واجتماعية<sup>(٣)</sup>، ناهيك عن تأكيد شرعية بإيراد المشرع الفرنسي له في قانون العمل الصادر في ٣/كانون الثاني عام ١٩٧٢<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: العمل لبعض الوقت<sup>(٥)</sup>

حيث يشتغل العامل لبعض الوقت المقرر للعمل في المشروع، أي تحدد الساعات له ساعات معينة يعمل فيها لا كامل الوقت، سواء كان تحديد الساعات ضمن أوقات العمل النهاري أم الليلي وما يستتبع ذلك حصوله على أجر جزئي يتناسب مع عدد الساعات التي يؤدي فيها جهده، وهو يساعد العامل الذي يحال الى التدريب المهني، إلا أنه يجب التعريف بين حالتين فيما إذا كان (العمل لبعض

---

(١) - مادة (٦) قانون العمل رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠.

(٢) - مادة (٣٢) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل، إلى أن الملاحظ أن هذه المادة فيها نص يمكن الالتفاف عليه بالنص في المادة ذاتها على أنه (إذا اقتضت متطلبات العمل الاستعانة بعمال اضافيين لفترة وعمل معينين). د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص ٢٤١.

(٣) - وخاصة للعمل (بتنظيف المؤسسات والدوائر الحكومية والخاصة). أنظر تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية - دراسة مقارنة، مكتب العمل العربي، ١٩٩٣، ص ٥٥.

(٤) - Javillier (J-cl), Manuel Droit DUTRAVAIL, Edition, L.G.D.J.France, 1998, P172, N179.

(٥) - Javillier (J-cl), opcit, p263, n205.

الوقت) يكون عند ذات صاحب العمل الذي (أحاله لنظام التحول المهني) حيث تعد ساعات التفرغ للدراسة بمثابة إجازة يمنحها صاحب العمل بذلك، فيدفع له كامل أجره دون أن تقطع أجر ساعات التفرغ عنه<sup>(١)</sup>، وفيما لو كان يعمل لبعض الوقت عند أي صاحب عمل آخر حيث نرى أن ذلك لا يمنع العامل من الاستمرار في الحصول على تعويض البطالة لعدم استقراره في عمل دائم مما يعني استمرار تعرضه لمخاطر فقدان الأجر.

---

(١) - (حيث يعد التزاماً على العامل اتباع النظم التي يضعها صاحب العمل لتنمية مهارته المهنية والثقافية أو لتأهيله للقيام بعمل يتفق مع التطور التقني بالمنشأة التي يعمل بها)، مادة (٥٦/ك) قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، ويلاحظ أن هذه التدريبات تكون على نفقة صاحب العمل ويحصل العامل خلالها على أجره العادي والأجور الإضافية إذا اقتضى الأمر ذلك، د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٦٤-٦٥.

## المبحث الثالث

### النظام القانوني للتحويل المهني

إن المتأمل بنصوص قانون العمل يجد بأن أغلب قواعد القانون تتسم بالصفة الآمرة باقترانها بقاعدة جنائية لمنع طرفيه من الخروج عن تطبيق أحكامها<sup>(١)</sup>، في حين يترك المشرع عادة النزر اليسير من نصوص التشريعات العمالية مكتملة غير ملزمة وبما لا يؤثر في حقوق العمال. إن الدارس لفكرة حق العامل في موقعه للوظيفة، يجد أنها أخطر من أن تترك للاتفاق بين الطرفين على إعدامها حتى لو أوجد أحدهما سبباً إقتصادياً لإنهاء مغرباً الطرف المقابل بالمغريات المادية المؤقتة<sup>(٢)</sup>، وما بين اتجاه التشريعات لترك الحبل على الغارب لإنهاء الإقتصادي وما بين تحديد الطرفين بموافقة لجان إدارية<sup>(٣)</sup>، فإن إحالة العامل الى التحويل المهني يبقى قيد الاتفاق بين طرفي العلاقة في تجارب الدول التي تعترف به كبديل عن البطالة<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الأول

### أنواع الاتفاق على التحول المهني

---

(١) - (إلا إذا كان في هذا الخروج زيادة للحقوق). مادة (٥) قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، ومادة (٤) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦. ومادة (٩) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل.

(٢) - وقد جاءت أغلب قوانين العمل العربية منسجمة نوعاً ما مع نص المادتين (١٣) و (١٤) من الاتفاقية الدولية رقم (١٥٨) لسنة ١٩٨٢ بوجوب عرض إنهاء عقود العمال على لجان للتشاور مع أطراف العلاقة بشأن الانهاء في المادة (٣١/أ) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٨. ومادة (١) قرار رقم (٩٨٤) لسنة ٢٠٠٣ المصري. في حين ترك المشرع العراقي المسألة تحكمية لصاحب العمل بإعطاء حرية إغلاق مشروعه وإنهاء عقود عماله وإلزامه بمجرد التبليغ للجهات المختصة. المادة (٣٦/سادساً) و (٣٩) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل.

(٣) - د. صبا نعمان الويسي، مصدر سابق، ص ١٢٥-١٦٥.

(٤) - مادة (٥/٣٢١) قانون العمل الفرنسي المعدل بالقانون رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٨٩.

تتنوع الأشكال القانونية التي تتجسد من خلالها إرادة طرفي عقد العمل الى وضع نهاية لها وتحديد آثارها ونطاقها، ومشروعية هذه الاتفاقيات تقوم أساساً على احترام أحكام قواعد قانون العمل الموضوعية والإجرائية بالدرجة الأولى وبالدرجة الثانية على أساس حرية الإرادات<sup>(١)</sup>، وأياً كانت الفلسفة القانونية التي تطغي فإن الاتفاق يأخذ أحجد الشكلين الآتيين:

### الفرع الأول

#### الاتفاق الفردي

وهو اتفاق فردي يقوم بين صاحب العمل والعامل، فلا يمتد أثره لغيره من العمال، ويتمثل بإحالة العامل (لنظام التدريب المهني) إضافة الى آثاره المتفق عليها فيما بينهم (كاستمرار العقد لفترة أخرى) ناهيك عن النهاية الحتمية (لعقد العمل) بإنهائه، يعد أن ما يجري من تصرف قانوني بين العامل وصاحب العمل بمثابة تقابل<sup>(٢)</sup>، تبعاً لذلك تعد الشكلية ضرورية لمثل هذه العقود، وإن اعترافنا برضايتها خاصة إذا كانت فيها التزام للعامل بالعمل لبعض الوقت خلال مدة التحول، لارتكاز هذا العقد على إنهاء عقد العمل ضماناً لحقوق العامل<sup>(٣)</sup>.

### الفرع الثاني

#### الاتفاق الجماعي

وهو الاتفاق الذي يجري بين ممثلي لجنة المشروع أو النقابة وصاحب المشروع أو منظمة أصحاب العمل الهدف منه تقليص أو إلغاء عقود العمال (فردية كانت أم جماعية) في مشروع أو أكثر بشرط إحالة العمال إلى مرحلة (نظام التحول

---

(١) - حيث تطغى إرادة أحد طرفي عقد على الآخر يكون (عقد إذعان). عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الإذعان في التشريع المصري، دراسة فقهية وقضائية مقدمة كرسالة دكتوراه الى جامعة فؤاد الأول، مصر، ١٩٤٦، ص ١٣.

(٢) - د. مصطفى عبد الحميد عدوي، مصدر سابق، ص ٣١.

(٣) - د. محمد ليبب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص ٤٣٢.

المهني)<sup>(١)</sup>، وكما يبدو من عنوانه فإن العقد الجماعي (Collectif Contracts) تضعف فيه إرادة الفرد وتخضع لإرادة الأكثرية<sup>(٢)</sup>، طالما ارتضى العامل الانضمام لهذا العقد حيث لا يخضع له برفضه فكرة التحول المهني<sup>(٣)</sup>، وهذا العقد الذي يحدد شروط التحول ومراحلته اختلف الفقهاء حول طبيعته القانونية، فمنهم من قال أنه ذو طبيعة مزدوجة عقدية تنظيمية<sup>(٤)</sup>، ومنهم من قال بأنه ذو طبيعة تنظيمية خالصة<sup>(٥)</sup>.

## المطلب الثاني

### آثار الاتفاق

إذا كان الأثر المباشر لاتفاق التحول المهني أياً كان شكله إحالة العامل لأنواع التدريب والتحول المهني لإكسابه مهنة ومهارة جديدة، فإنه تبرز آثاراً غير مباشرة يقتضي بحثها.

## الفرع الأول

### استمرار العقد

حيث لا يترتب على قبول العامل الانضمام لاتفاق التحول المهني الانقضاء الحال لعلاقة العمل، وإنما تظل علاقة العمل باقية لحين انتهاء فترة التدريب والتحول، وهو نظام ابتكره المشرع الفرنسي ولذلك أطلق عليه (إجازة التحول المهني)<sup>(٦)</sup>، ويبدو أن الهدف من ذلك استمرار تحمل صاحب العمل التزاماته المتفق

---

(١) - التفاوض الجماعي، مركز التضامن العالمي، الصفحة الأولى، مجموعة الأفكار الذهبية للإنتاج الإعلامي، الأردن، ٢٠٠٤، ص ٣.

(٢) - د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٥٤.

(٣) - مادة (٣/٣٢٢) قانون العمل الفرنسي المعدل.

(٤) - د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة الثقافة والنشر، الأردن، ١٩٩٩، ص ٢٧.

(٥) - د. جلال العدوي، د. عصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٩٥، ص ١٤٧.

(٦) - مادة (١٠) قانون العمل الفرنسي المعدل في ١٩٨٥/٨/٥.

عليها<sup>(١)</sup>، كتكاليف التدريب أو قبلوه تشغيل العامل لجزء من الوقت أو دفعه راتباً جزئياً للعامل مع ما يقبضه من الجهات المختصة من تعويضات.

إلا أن السؤال الذي يتبادر الى الذهن حول طبيعة عقد العمل من حيث الزمان، فلو كان عقد العمل غير محدد المدة فهل يعني الاتفاق على التحول المهني وتحديد مدة له ينقضي على أثرها العقد انقلابه إلى عقد محدد المدة ؟ أم يبقى عقداً غير محدد المدة ولكن علم موعد انقضائه فقط.

## الفرع الثاني

### إنهاء عقد العمل

حيث ينقضي عقد العمل بحلول الموعد المتفق عليه بين طرفي عقد العمل وانقضاء فترة التحول، وتبعاً لذلك يترتب للعامل حقوق أسوة بأي إنهاء آخر لعقد العمل<sup>(٢)</sup>. وكأثر لانضمام العامل لاتفاق التحول المهني لا تسري الناحية الإجرائية المتمثلة (بالأخطار) قبل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، وذلك لأن هذا الاتفاق غالباً ما يحدد موعداً مسبقاً معلوماً لطرفيه (لإنهاء عقد العمل)، إلا أنه في المقابل يسري بحق صاحب العمل حق العامل في تعويض نهاية الخدمة<sup>(٣)</sup>، ناهيك عن حقه في التعويض عن (الإنهاء الاقتصادي) إذا ما تضمنه الاتفاقات الخاصة بالتحول المهني، ورغم موافقة العامل على هذا الإنهاء فإن إرادة صاحب العمل تبرز بشكل كبير من حيث رغبته في إنهاء علاقة العمل ابتداءً وقبوله (مرغماً) المرور بمراحل نظام التحول المهني<sup>(٤)</sup>.

---

(١) - LYON, CAEN (A) . LA CONVERSION; NOUVELLE ORIENTATION, DROIT SOCIAL, 1987, P245.

(٢) - د. أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في شرح قانون العمل، شرح قانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، مصر، ٢٠٠٣، ص ٤٥٧.

(٣) - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مصدر سابق، ص ١٨٠.

(٤) - LYON, CAEN (A), OPCIT, P245.



## الخاتمة:

إن واقع التغييرات الاقتصادية التي تواجهها البلدان حقيقة لا يمكن إغفالها والتي تبرز آثارها واضحة على العلاقات العمالية التي ترتبط بشكلين من أشكال المتغيرات أولهما الاقتصادية وثانيهما السياسية، والتي تظهر نتائجها فيما بعد على المجتمع. إن الإقرار بما تقدم يتطلب حلولاً لمشاكل إلغاء (وظائف العمال في المشاريع) ولذلك كان الأخذ بفكرة نظام التحول المهني وآثاره مروراً بكل الوسائل المساندة له، أحد الحلول الناجحة للمتغيرات، إلا أن الأخذ المطلق بتجارب الدول المتقدمة السابقة يعد عجزاً وتعجيزاً، ولذلك ندعو للأخذ بهذا النظام وانما بشكل يتطابق مع واقع وحاجات المجتمع الاقتصادي-السياسي العراقي، وبذلك ندعو المشرع العراقي للملاحظات الآتية:

**أولاً:** إنشاء هيئة مختصة بتحول العمال ممن لحقهم الغاء الوظائف تتولى عملية التدريب المهني والتنسيق مع الجهات المختصة من المراحل الأولى للعملية وتقوم بوضع برامج محددة وآلية عمل دقيقة للإشراف والرقابة على العملية.

**ثانياً:** تعديل نصوص قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ بحيث يشمل المتدربين لأغراض التحول المهني مغطياً كافة المخاطر التي يتعرضون لها أياً كانت الجهة التي يحولون إليها لهذا الغرض.

**ثالثاً:** تقييد عملية إلغاء الوظائف في مشروع قانون العمل العراقي الجديد أولاً ووضع آلية ل خطة اجتماعية تكفل عدم تعرض العمال لمخاطر البطالة.

## الملحقات

### جدول رقم (١)

#### الأداء الإقتصادي

الدول من حيث التقسيم الإقليمي	نصيب الفرد من الناتج الإجمالي مقدراً بالدولار مما يساوي القدرة الشرائية للفرد عام ٢٠٠٠	مؤشرات النسبة البشرية
البلدان النامية	٣٧٨٣	٠,٦٥٤
البلدان العربية	٤٧٩٣	٠,٦٥٣
جنوب آسيا	٢٤٠٤	٠,٥٧٠
أفريقيا-جنوب الصحراء	١٦٩٠	٠,٤٧١
شرق آسيا والهادي	٤٢٩٠	٠,٧٢٦
أمريكا الجنوبية والكاريبي	٧٢٣٤	٠,٧٦٧
المصدر: البرنامج الإنمائي للأمم المتحدة، مطبعة جامعة أكسفورد، نيويورك، ٢٠٠٠.		

**جدول رقم (٢)**  
**مقاييس التنمية البشرية للبلدان العربية المنتقاة**

البلد	مقياس	عدد	العمر	معدل	التعليم	نسبة	عدد	درجة	الدخل	القدرة
	التنمية	السكان	المتوقع	التعليم	عموماً	الإلتحاق	الحواسيب	الحرية	الإجمالي	الشرائية
	%	(مليون)	للمواطن	للكبار		الإجمالية	المتصلة	عموماً	(بليون)	للفرد
			(سنة)	%		بمستوى	بالإنترنت	%	دولار	عموماً
						التعليم	لكل			(دولار)
						الثلاثي	١٠٠٠			
						%	نسمة			
١.الأردن	٠,٧٢	٤,٨	٧٠,٤٠	٨٨,٦	٠,٨٢	٦٩	٠,٦	٠,٤٨	٧,٤	٣٣٤٧
٢.العراق	٠,٥٨	٢١,٨	٦٣,٨	٥٣,٧	٠,٥٢	٥٠	٠,٠٠	٠,٠٠	-	٣١٩٧
٣.مصر	٠,٦٢	٦٠,٦	٦٦,٧	٥٣,٧	٠,٦٠	٧٤	٠,٠٠	٠,١٨	٨٢,٧	٣٠٤١
٤.جميع	٠,٦٤	٢٥٨	٦٦,٠	٥٩,٧	-	٦٠	-	-	٤٧٣,٦	٤١٤٠
البلدان										
العربية										

\* القدرة الشرائية تقدر بين (١٠٠-٤٠٠٠٠) حسب حظوة الفرد من الناتج الإجمالي المحلي الحقيقي.

المصدر: التقرير الاقتصادي العربي الموحد للعام ٢٠٠٢. إعداد د. عزام المحجوب ومجموعة من الخبراء والباحثين العرب المستقلين، الصندوق العربي للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، جامعة الدول العربية، الفصل السادس، ص ٨١-

٨٦.

## المصادر

أولاً: باللغة العربية

أ. الكتب والرسائل والبحوث

١. د. أحمد أبو اسماعيل، أصول الاقتصاد، مصر، ١٩٦٤.
٢. د. أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في شرح قانون العمل، شرح لقانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، مصر، ٢٠٠٣.
٣. د. أحمد عبدالكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة الثقافة والنشر، الأردن، ١٩٩٩.
٤. إدارة العمل، مؤتمر العمل الدولي، مكتب العمل الدولي، جلسة ٨٥، جنيف، ١٩٩٧.
٥. تدريب وتنمية الموارد البشرية، منظمة العمل الدولية، الدورة الثامنة والثمانون، جنيف، ٢٠٠٠.
٦. تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية (دراسة مقارنة) مكتب العمل العربي، ١٩٩٣.
٧. التعليم والتدريب المهني في المجال التقني والمهني للقرن الحادي والعشرين، ورشة اليونسكو، فرنسا، ٢٠٠٣.
٨. التفاوض الجماعي، مركز التضامن العمالي، الطبعة الاولى، مجموعة الافكار الذهبية للإنتاج الإعلامي، الأردن، ٢٠٠٤.
٩. جعفر الخفاجي ومجموعة من المؤلفين، أوليان في قانون التقاعد والضمان الاجتماعي، الطبعة الاولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.
١٠. د. جلال العدوي ود. عصام أنور سليم، قانون العمل، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥.
١١. د. حسان محمد شفيق العاني، نظرية الحريات العامة، تحليل ووثائق جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

١٢. د. حسن كيرة، أصول قانون العمل- عقد العمل، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٩.
١٣. سعيد ياسين عامر، الفكر المعاصر في التنظيم والادارة، أيد سرفس للاستشارات والتطوير الاداري، القاهرة، ١٩٩٤
١٤. د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل - دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦-١٩٧٧.
١٥. د. صبا نعمان رشيد، سلطة صاحب العمل الادارية في اطار المشروع - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٢.
١٦. د. عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٥.
١٧. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٨. د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، قانون العمل، مطبعة العمال المركزية، ١٩٨٩.
١٩. د. عدنان العابد و د. يوسف الياس، قانون الضمان الاجتماعي، الطبعة الثانية، مزينة ومنقحة، بغداد، ١٩٨٩.
٢٠. د. عصام أنور سليم، أصول قانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٤.
٢١. عولمة التضامن، الاتحاد الدولي لعمال النقل ITF، بريطانيا، لندن UK، حزيران، ٢٠٠٢.
٢٢. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
٢٣. فرانسيس مور لاييه وجوزيف كوليز، صناعة الجوع (خرافة الندرة)، ترجمة أحمد حسان، الكويت، ١٩٨٣.
٢٤. كارلتون، ج، هـ، هيز، الثورة الصناعية ونتائجها السياسية والاجتماعية، ترجمة أحمد عبد الباقي، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٦٢.

٢٥. محمد ابن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، لبنان، ١٩٦٧.
٢٦. د. محمد سلمان حسن، القانون والاقتصاد في العراق القديم، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الخامسة والعشرون.
٢٧. د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، ١٩٦٦.
٢٨. د. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠٠٤.
٢٩. د. مصطفى عبد الحميد العدوي، الاستقالة اتفاقات الانهاء الاقتصادي في عقد العمل غير محدد المدة - دراسة مقارنة، جامعة المنوفية، ١٩٩٠.
٣٠. مصطفى عباس الموسوي، العوامل التاريخية لنشأة وتطور المدن العربية الإسلامية وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، سلسلة دراسات، ٢٩٥، بغداد، ١٩٨٢.
٣١. الموارد البشرية العربية ودورها في الحياة الاقتصادية، إعداد مكتب العمل العربي، مجلة العمل العربية، منظمة العمل العربية، العدد (٦٨)، (١٩٩٧/٣).
٣٢. د. يوسف الياس، الوجيز في شرح قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، مطابع التعليم العالي، ١٩٨٨-١٩٨٩.
٣٣. د. يوسف الياس، الاتجاهات التشريعية لقوانين العمل العربية في التسعينات، مكتب العمل العربي، سلسلة البحوث والدراسات، العدد ١٤، ١٩٩٧.

#### ثانياً: المصادر باللغة الفرنسية

1. Javillier (J-cl) Manuel Droil Du Travail, Edition L.G.J. Paris. 1998.
2. JEAMMAUD (A). Lanotion de licenciement Pour Motifs Economiques, Droitsocial, Mars, 1981.
3. Lyon, CAEN (A). La Conversion Nouvelle Orientation Droit Social, 1987.
4. Picca (G). La Droit du Travail Al'eppure de L'economie, Aperopes de Licenciements Collectifs Pour Motif

Economique Dans Les Gropes des Societes, Droit Social,  
1994.

### ثالثاً: القوانين ومشاريعها

#### ١. العراقية

- أ. قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدل النافذ.
- ب. قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ المعدل النافذ.
- ت. مشروع قانون العمل المقدم الى الحكومة العراقية من قبل مكتب العمل الدولي (ILO) قيد المناقشة.

#### ٢. المصري

- قانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ والقرارات التنفيذية لقانون العمل الموحد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ والمتعلقة بعقد العمل الفردي.

#### ٣. الأردني

- قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ وتعديلاته والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بموجبه، المنشورة في مجلة العمل، وزارة العمل الأردنية، مطابع المؤسسة الصحفية الأردنية، ٢٠٠٤.

#### ٤. الفرنسي

- قانون العمل الفرنسي، دالوز، باريس، ١٩٨٧، Cod Travail, Dalloz, Termination of Employment في paris, 1987 وتعديلاته المنشورة في Digest .

## انتداب الموظف وإعارته في القانون العراقي والمقارن

الدكتور

علي أحمد اللهبي

كلية القانون/جامعة ديالى

### الخلاصة

اشتمل هذا البحث على دراسة موضوعين مهمين من مواضيع الوظيفة العامة ألا وهما موضوع انتداب الموظف وموضوع اعارته للذان يبرز فيهما قيام الموظف بأداء أعماله لمصلحة جهة أخرى غير الجهة المعين فيها، وذلك على وفق ضوابط قانونية تختلف في كل نظام عنها في النظام الآخر.

وقد وزعنا هذا البحث على مبحثين احتوى الاول منهما على مطلبين تناولنا في الاول التعريف بانتداب الموظف، والآخر خصصناه لدراسة القواعد القانونية للانتداب. اما المبحث الثاني فقد ضم هو الآخر مطلبين افردنا الاول لتعريف اعاره الموظف، والآخر خصصناه للوقوف على القواعد القانونية المنظمة للإعارة. وختمنا بحثنا بما توصلنا اليه من استنتاجات ومقترحات.

### ABSTRACT

THIS PAPER CONCLUDED A STUDY FOR TWO SUBJECTS TO PUBLIC JOB. THEY ARE OFFICER HIS LENDING TO CARRY OUT TASKS FOR ANOTHER INSTITUTION THAT HE BELONGS TO, ACCORDING TO SOME LEGAL CRITERIA WHICH DIFFER FROM ONE LEGAL SYSTEM TO ANOTHER.

THIS PAPER IS DIVIDED INTO TWO CHAPTERS. THE FIRST ONE CONTAINS TWO DEMANDS WHICH ARE THE DEFINITION OF OFFICER MANDANTRY WHILE THE SECOND ONE IS DEVOTED TO THE STUDY OF MANDANTRY LEGAL RULES. THE SECOND CHAPTER ALSO CONTAINS TWO DEMANDS. THE FIRST ONE IS THE DEFINITION OF OFFICER LENDING WHILE THE OTHER ONE IS DEVOTED TO THE LEGAL RULES WHICH REGULATE LENDING. THE PRESENT PAPER IS FINALLY ENDED WITH SOME RECOMMENDATIONS AND SUGGESTIONS.



## انتداب الموظف واعارته في القانون العراقي

### المقدمة :

من المعلوم ان الادارة لا تستطيع الوفاء بالتزامها المتمثل في تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد من دون أن تستعين بالموظفين، فهم يشكلون الاداة التي لا تستطيع الادارة بدونها بلوغ أهدافها وادراك غاياتها.

وإذا كان الأمر كذلك فهذا يستدعي بطبيعة الحال تمكين الادارة من ترتيب عمل موظفيها على وفق ما تقتضيه مصلحة المرفق العام، إذ ينبغي أن لا ينصرف التصور الى أن التعيين في الوظيفة العامة يحتم إبقاء عمل الموظف المعين لدى الجهة الادارية نفسها التي عين فيها او في المكان نفسه والى حين انتهاء خدمته بأحد أسباب انتهاء الخدمة الوظيفية، وانما تملك الادارة وبارادتها المنفردة اجراء التغيير على ذلك عبر نقل الموظف او انتدابه أو اعارته للعمل لدى جهة أخرى، وهذا كله يندرج ضمن ما يسمى فقهاً بالتنظيم الداخلي للموظفين.

الا أن ذلك لا يحدث من دون ضوابط قانونية تنقيد الادارة بها في اجراء هذه التغييرات من أجل منعها من اساءة استعمال سلطتها تلك بحيث تستهدف من ورائها تحقيق أهداف غير ما تقتضيه مصلحة المرفق العام.

وإذا كان ضمن التنظيم الداخلي للموظفين نقل الموظف او انتدابه او اعارته فقد فضلنا ان نقصر بحثنا على انتداب الموظف واعارته فقط على اساس ان النقل بما ينطوي عليه من انتقال في الملاك لا يثير اشكاليات مثل التي يثيرها موضوع انتداب الموظف او إعارته، فضلاً عن عدم وجود دراسة متخصصة في العراق - على حسب علمي - تناولت هذين النظامين.

**أهداف البحث :** والأهداف التي نتوخى الوصول اليها من هذه الدراسة تتمثل في الآتي :

- ١- الوقوف على المبادئ العامة التي تحكم انتداب الموظف واعارته .
- ٢- كشف ما يعتور النصوص القانونية المنظمة لموضوعي الانتداب والاعارة في العراق من تعارض وهذه المبادئ القانونية.

٣- الوصول الى معيار ثابت ومحدد لتمييز الانتداب من الاعارة في القانون العراقي.

**خطة البحث:** سيتوزع بحثنا هذا على مبحثين الأول سندرس فيه انتداب الموظف، وسيحتوي مطلبين الاول سنخصصه للتعريف بالانتداب، والآخر للبحث في القواعد القانونية لانتداب الموظف. أما المبحث الثاني فسنخصصه لبحث إعارة الموظف وسنضمنه مطلبين ايضاً، الأول سنتناول فيه التعرق بالاعارة، والآخر سندرس فيه القواعد القانونية لإعارة الموظف .

## المبحث الأول

### انتداب الموظف

سيتوزع هذا المبحث على مطلبين، الأول سنبحث فيه التعريف بالانتداب، والآخر سندرس فيه القواعد القانونية للانتداب.

## المطلب الأول

### التعريف بانتداب الموظف

**المقصود بانتداب الموظف :** يقصد بانتداب الموظف هو صدور قرار من السلطة المختصة يسند الى الموظف وظيفة أخرى غير وظيفته الاصلية وبصفة مؤقتة مع بقاءه على ملاك الجهة الادارية المنتدب منها<sup>(١)</sup>.

فإذا كان الانتداب يشابه النقل من ناحية اسنادهما الموظف وظيفة اخرى داخل الوحدة الادارية نفسها او خارجها فانه يتميز منه في كون الانتداب يقتصر على تكليف الموظف بأعباء وظيفة أخرى غير وظيفته الاصلية من دون أن يرافقه انتقال ملاكه الى الجهة المنتدب اليها، بخلاف النقل الذي يصاحبه انتقال الموظف من ملاك الجهة الادارية المنقول منها الى ملاك الجهة الادارية المنقول اليها<sup>(٢)</sup>.

---

(١) - ينظر كل من :

الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٢٨٤.

د. يوسف الياس، المرجع العلمي في شرح قوانين الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني، دار التقني للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٤، ص ١٩٢.

وعرفت محكمة القضاء الاداري السورية الانتداب بالقول (ان النذب هو انتهاء مؤقت لعلاقة الموظف بالوظيفة التي يشغلها على الوجه القانوني،..) قضية ١٦٦٣ قرار ٨٣/٦٢٧ في ١٠/١١/١٩٨٣ مجلة محامون، ع ٤٩، س ٤٩، ١٩٨٤، ص ٦٨٠.

ونجد ان هذا التعريف يجانب الصواب لأن الانتداب لا يؤثر على علاقة الموظف بالوظيفة العامة وانما ينحصر أثره في العمل الوظيفي من ناحية تكليف الموظف المنتدب باداء أعمال وظيفة اخرى الى جوار عمله الأصلي أو تفرغه لها بصورة كلية.

(٢) - وهذا ما بينته محكمة التمييز في أحد أحكامها بقولها (التنسيب غير النقل لأن الموظف في التنسيب يبقى مرتبطاً بدائرتة الاصلية وعلى ملاكها. ولكون التنسيب لا ينطوي على مخالفة

ومما تجدر الإشارة اليه ان المشرع العراقي غير مستقر على تسمية واحدة لنظام الانتداب فتارة نجده يستخدم مصطلح التنسيب وتارة أخرى يستخدم مصطلح الانتداب<sup>(١)</sup>، وذلك بخلاف الحال في الدول العربية الاخرى التي يتجه أغلب مشرعيها الى استخدام مصطلح النذب<sup>(٢)</sup>.

**أهداف الانتداب :** وينبغي في قرار انتداب الموظف ان يستهدف تحقيق دواعي العمل الإداري لدى الجهة الادارية المنتدب اليها فإذا ابتغى سوى ذلك من الغايات - كأن يستهدف معاقبة الموظف - كان القرار مشوباً بعيب اساءة استعمال اسلطة مما يجعله قابلاً للإلغاء<sup>(٣)</sup>.

---

قانونية، وان المنسب نفذه باعتباره انه يجب عليه تنفيذ الأوامر دون مناقشتها فان حقه بالمطالبة بالمخصصات يبقى قائماً). قرار ١٩٧٦/١٢٥ في ١٦/١٠/١٩٧٦ مجلة العدالة ع ٤٤، س ٢، ١٩٧٦، ص ١٠٦٩.

(١) - ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٤٤٨) في ١٨/٤/١٩٧٩، وتعليمات الملاك عدد (٢٣) لسنة ١٩٧٩ إذ استخدم المشرع مصطلح التنسيب فيها، وتتنظر المادة (٧/أولاً/ج) والمادة (٢٥/ثانياً) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ النافذ التي استخدم مصطلح الانتداب فيها.

(٢) - تنظر على سبيل المثال المادة (٦١) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٩٨، والمادة (٥٣) من قانون الخدمة المدنية القطري رقم (١) لسنة ٢٠٠١، والمادة (٤٨) من قانون الخدمة المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني (١٢٠) لسنة ٢٠٠٤.

إن لفظة الانتداب نراها اقرب الى حقيقة ما يعنيه الانتداب اصطلاحاً فالإنتداب في معاجم اللغة العربية هو انتداب الشيء تيسر يقال خذ ما نندب، أي ما تيسر، والمندوب الرسول، وانتدب اليه اسرعوا، وانتدب القوم من ذوات انفسهم ايضاً دون ان يندبوا له، وتكلم فانتدب له فلان اي عارضه. بينما لفظة التنسيب هي من نسب الشاعر لفلانة نسيباً ومنسباً. عرض بهواه وحبها، ونسب الشيء نسباً وصفه وذكر نسبه، وانتسب ذكر نسبه يقال نسبي فانتسبت له. اما النذب فهو نذب فلاناً الى الأمر ندباً دعاه، وندب الميت عدد محاسنه، وندب الجرح ندباً صلب أثره. المعجم الوسيط، قام بإخراجه ابراهيم مصطفى وآخرون، معجم اللغة العربية، دار الدعوة، تركيا، ١٩٨٩، ص ٩١٠ و ٩١٦. لسان العرب لابن منظور، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٨١٠.

(٣) - لقد أوضحت محكمة القضاء الاداري في مصر أهداف الانتداب بقولها (يهدف الانتداب الى تلبية حاجات العمل وانجاز اعمال وظيفة اخرى مؤقتاً في الدائرة المطلوب انتداب الموظف

ودواعي العمل الإداري تشتمل صوراً متعددة منها مساعدة الهيئة حديثة النشأة للقيام بأعباء الوظيفة عن طريق رفدها بموظفين ذوي خبرة في مجالات معينة تطلبها الهيئة أو لسد الحاجة الى الموظفين عندما لا تستطيع الجهة المنتدب اليها تعيين موظفين لعدم توافر الدرجات الوظيفية، وتبرز هذه الطريقة بشكل واضح عندما يكون الانتداب داخل الوحدة الإدارية كأن يجري انتداب الموظف من كلية الى أخرى ضمن الجامعة الواحدة أو بين جامعتين مختلفتين<sup>(١)</sup>.

ويجب أن لا نقف عند الألفاظ التي تستعملها الإدارة في القرار الإداري الصادر منها لمعرفة الانتداب وإنما يجب إعمال القصد في هذا المجال استناداً الى القاعدة القائلة (العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)<sup>(٢)</sup>.

**أنواع الانتداب :** والانتداب يقسم تبعاً للزاوية التي ينظر منها اليه على قسمين، فبالنظر الى انفكاك الموظف من عمله الأصلي يقسم الانتداب على انتداب كلي وجزئي، فالانتداب الكلي يقوم على فكرة تفرغ الموظف تفرغاً تاماً لأداء عمل الوظيفة التي انتدب اليها إذ يجري انفكاكه من عمله الأصلي الذي كان مكلفاً به. أما

---

(الـ... ) أشار اليه د. محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، الدار العلمية الدولية، عمان، ٢٠٠٣، ص ٣٠٧.

وقضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها بأنه (إذا لم يصدر قرار النذب لتحقيقه الغرض الذي شرع من أجله فانه يكون مشوباً بعيب مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف ومخالفة للنظام). حكمها الصادر في ١٥/١٢/١٩٨٠ مجلة نقابة المحامين، ١٩٨١، ص ٢٩٧.

(١) - د. محمد جمال مطلق الذنيبات، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

(٢) - هذا ما استندت اليه محكمة العدل العليا الأردنية في حكمها الصادر في ١٩٦٥/٤/٧ بقولها ( يتبين لنا أن المستدعي بمقتضى موازنة أمانة العاصمة لسنة ١٩٦٣-١٩٦٤ معين بوظيفة جاب بالدرجة التاسعة وان نقله للقيام بأعمال كاتب في المستودع كان بمثابة انتداب وليس تعييناً بهذه الوظيفة لسببين: الأول أن أمين العاصمة الذي اصدر قرار النقل لا يملك صلاحية نقل المستدعي من وظيفة جاب وتعيينه كاتباً في المستودع، والثاني انه لا يوجد في الموازنة سאלفة الذكر وظيفة كاتب من الدرجة التاسعة). مجلة نقابة المحامين، ١٩٦٥، ص ٥٥٤.

الانتداب الجزئي فهو تفرغ الموظف المنتدب لبعض الوقت لأداء العمل الذي انتدب اليه مع استمراره مكلفاً بأداء عمله الأصلي إذ لا ينفك منه بل يظل ملتزماً به<sup>(١)</sup>. وبالنظر الى الجهات التي يجري بينها الانتداب فيقسم الانتداب على انتداب يجري داخل الوحدة الادارية نفسها وانتداب يجري بين وحدات ادارية مختلفة. والوحدة الادارية يقصد بها هنا الوزارة أو أي جهاز حكومي له موازنة خاصة وكذلك يشمل وحدات الادارة المحلية<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### القواعد القانونية للانتداب

**السلطة المختصة باجراء الانتداب :** ان الانتداب يتم بناءً على طلب الموظف أو بمبادرة تلقائية من الادارة. ويجري اصدار قرار الانتداب -كقاعدة عامة- من الجهة الادارية التابع اليها الموظف قبل الانتداب أي الجهة الاصلية المنتدب منها الموظف وذلك بطلب يقدم اليها من الجهة الإدارية المطلوب انتداب الموظف اليها<sup>(٣)</sup>. أما اذا كان الانتداب يجري بين جهتين اداريتين داخل الوحدة الادارية فيصدر قرار الانتداب في هذه الحالة من سلطة التعيين لكليهما<sup>(٤)</sup>.

---

(١) - د. عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الاداري الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٢٥٣.

(٢) - ينظر كل من: الدكتور محمد رفعت عبدالوهاب والدكتور حسين عثمان محمد، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

د. عبدالغني بسيوني عبدالله، القانون الاداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦، ص ٢٥٣.

(٣) - وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٥٧) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٩٨ بقولها (يجوز نقل الموظف أو ندبه أو اعارته...بطلب خطي من الموظف بعد موافقة الجهات المختصة أو بناءً على مصلحة العمل)، في حين اشترطت المادة (١/ز) من لائحة التكليف الصادرة بقرار مجلس الخدمة المدنية السعودي رقم (٥٩٦/١) في ١٤٢٠/١/١٨ هجرية موافقة الموظف على التكليف أو تمديده إذا كانت الوظيفة المكلف بها تقع خارج المدينة التي بها مقر عمله الأصلي.

(٤) - د. عبد الغني البسيوني، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

وقد يشترط القانون لانتداب الموظف موافقة جهات يعينها مثلما هو الحال في تعليمات الملاك رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٩ التي اشترطت في المادة (أولاً/ب/٤) وافقة الوزير المختص اذا كان الانتداب (التنسيب) بين دوائر الوزارة ذاتها، وموافقة الوزيرين المختصين اذا كان الانتداب بين وزارة واخرى.

وتملك الجهة الادارية التابع لها الموظف سلطة تقديرية في اصدار قرار الانتداب على أساس أنها هي التي تقدر مدى الحاجة لبقاء الموظف في عمله مع خضوع سلطتها تلك لرقابة القضاء، فاذا ما امتنعت عن اجراء الانتداب جاز للقاضي إلغاء قرارها بالامتناع اذا ما تبين له أن أسباباً شخصية لمصدر القرار تقف وراء عدم صدوره<sup>(١)</sup>.

**شروط انتداب الموظف :** هنالك جملة من الشروط ينبغي بالادارة التقيد بها في إجراءات الانتداب وإلا عد قرار الانتداب غير مشروع مما يجعله عرضة للإلغاء من القضاء وهذه الشروط هي :

١- يجب ان يكون الانتداب بين الجهات الإدارية الحكومية بالمعنى الواسع لهذا التعبير الذي يشمل الادارة المركزية والادارة اللامركزية، ومن ثم لا يصح انتداب الموظف الى جهة من جهات القانون الخاص مثل انتداب الموظف الى شركة أو مؤسسة خاصة<sup>(٢)</sup>. هذا وبينت تعليمات الملاك رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٩ نطاق الانتداب (التنسيب) بإجازتها انتداب الموظفين بين الدوائر الرسمية نفسها، وبين

---

(١) - د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

(٢) - د. جمال محمد مطلق الذنبيات، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

أجاز قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٤٨٨) في ١٨/٤/١٩٧٩ للمنظمات الحزبية زالجاهيرية أن تطلب تنسيب أي من منتسبي القطاع الاشتراكي للعمل لديها عند اقتضاء المصلحة العامة، وهذا يشكل خروجاً صريحاً على المبدأ العام القاضي بوجوب حدوث الانتداب بين الجهات الحكومية فقط، وعلى أي حال لم يعد لهذا القرار من وجود بعد التغييرات السياسية التي شهدتها العراق بعد أحداث التاسع من نيسان لعام ٢٠٠٣ وصدر أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (١) المنشور في الوقائع العراقية عدد (٣٩٧٧) في ١٧/٦/٢٠٠٣ الذي قضى بحل حزب البعث العربي الاشتراكي وترابعه وهياكله التنظيمية.

الدوائر الرسمية وشبه الرسمية، وبين الدوائر شبه الرسمية نفسها بشرط أن تكون ملاكاتها متشابهة وتخضع لقانون أو نظام أو قواعد خدمة واحدة أو إذا كانت ضمن وزارة واحدة<sup>(١)</sup>.

٢- أن يكون الانتداب الى وظيفة شاغرة<sup>(٢)</sup>، وذلك منعاً للانتداب الصوري الذي لا يكون القصد منه سوى الحصول على المكافآت المالية عن أعمال إضافية لا وجود لها. مع ملاحظة أن هناك من الكتاب المصريين من يقصر بطلب هذا الشرط في الانتداب الكلي من دون الانتداب الجزئي الذي يمكن اجراؤه وان لم تتوفر الوظيفة الشاغرة مستثنين في ذلك الى المادة (٤٥) من اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة (٤٧) لسنة ١٩٧٨ التي أجازت تمديد الانتداب فوق المدة المضروبة قانوناً له في حالة عدم وجود وظائف في الجهة المنتدب اليها يجوز شغلها عن طريق النقل<sup>(٣)</sup>.

٣- أن تسمح حاجة العمل في الوظيفة الأصلية بإجراء الانتداب، وهذا ما نص عليه المشرع المصري صراحة في المادة (٥٦) من نظام العاملين المدنيين بالدولة لسنة ١٩٧٨، وسلطة التعيين للجهة المراد انتداب الموظف منها هي التي تقدر ما إذا كانت حالة العمل تسمح بهذا الانتداب<sup>(٤)</sup>.

٤- أن يكون الانتداب الى وظيفة مساوية لوظيفة المنتدب أو وظيفة تعلوها مباشرة وهو ما استلزمته صراحة تعليمات الملاك عدد (٢٣) لسنة ١٩٧٩ في المادة (٥) منها التي تنص على أن (لا يجوز تنسيب الموظف لوظيفة ذات مستوى أقل من عنوان وظيفته كتتسيب مدير القسم لوظيفة ملاحظ أو محاسب لوظيفة كاتب)،

---

(١) - المادة (أولاً/ب/١ و٢ و٣) .

(٢) - يمكن استخلاص هذا الشرط من تعليمات الملاك رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٩ التي ألزمت المادة (أولاً/ب/٤) منها الوزارة أو الدائرة المختصة إنهاء التنسيب إذا ما سد الشاغر بالتعيين.

(٣) - د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، دارالنهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٣٩.

(٤) - د. أنور احمد رسلان، نظام العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٥٦.



وكذلك تطلبته المادة (٥٦) من نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ المصري بقولها (يجوز بقرار من السلطة المختصة ندب العامل للقيام مؤقتاً بعمل وظيفة أخرى من نفس درجة وظيفته أو وظيفة تعلوها مباشرة ...)، ويقصر بعض الكتاب هذا الشرط على الانتداب الكلي اما الانتداب الجزئي فعندهم يجوز ان يكون لوظيفة أقل<sup>(١)</sup>.

٥- يكون الانتداب لمدة معينة أمدها في تعليمات الملاك عدد (٢٣) لسنة ١٩٧٩ سنة واحدة يجوز تمديدها بما لا يزيد في جميع الأحوال على ثلاث سنوات<sup>(٢)</sup>، وفي قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري لسنة (١٩٧٨) تبلغ سنة واحدة قبل للتمديد حتى اربع سنوات ولا يجوز تمديد الانتداب الا في حالة الضرورة أو عدم توافر درجات الوظائف التي يجوز شغلها عن طريق النقل<sup>(٣)</sup>، في حين تبلغ مدة الانتداب في قانون الخدمة المدنية الأردني رقم (٥٥) لسنة (٢٠٠٢) مدة لا تزيد على سنتين قابلة للتمديد عند الضرورة لسنة أخرى<sup>(٤)</sup>.

٦- لا يجوز انتداب الموظف المنتدب أصلاً الى وظيفة ثالثة وانما يستلزم في مثل هذه الحالة انتهاء انتدابه الاول واعادته الى وظيفته الاصلية لكي يكون بالامكان انتدابه الى الوظيفة الجديدة<sup>(٥)</sup>.

٧- لا يجوز اشغال الوظائف الشاغرة التي تتطلب مؤهلات علمية معينة أو شهادات دراسية خاصة بمن لا علاقة لاختصاصه أو لدراسته بالوظيفة المذكورة

---

(١) - الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور حسين عثمان، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

(٢) - المادة ( أولاً/ب/٤ ) من التعليمات.

(٣) - المادة (٨٧) من القانون.

(٤) - المادة (٩٣) من القانون.

(٥) - د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط١، دار وئيل للنشر/ عمان، ٢٠٠٣، ص ٤٨٦.

هذا وقد أشار المشرع الليبي صراحة الى هذا الشرط في المادة (٣/٥٤) من قانون الخدمة المدنية رقم (٥٥) لسنة ١٩٧٦ بقوله (ألا يندب الى أكثر من عمل وظيفة واحدة).

كتعيين خريج كلية الادارة والاقتصاد بوظيفة (معاون كيميائي) أو تعيين خريج كلية الهندسة بوظيفة (معاون فيزيائي)<sup>(١)</sup>.

**آثار الانتداب :** قدما في ما سبق أن الانتداب لا يترتب عليه انتقال الموظف المنتدب الى الجهة الادارية المنتدب اليها وغنما يظل مرتبطاً بجهة عمله الأصلية فيتقاضى مرتبه منها وعلاواته وتحسب اقدمياته وترقياته فيها وتدخل مدة الانتداب في احتساب خدمته التقاعدية، لذا لا يجوز شغل الدرجة الوظيفية للموظف المنتدب بالتعيين فيها ما دام الانتداب قائماً<sup>(٢)</sup>.

إلا أن تعليمات الملاك رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٩ جاءت بموقف مغاير لما تقدم بتحميلها الجهة الإدارية المستفيدة رواتب الموظف المنتدب إليها طيلة مدة الانتداب (التنسيب)<sup>(٣)</sup>، ونجد ان موقف التعليمات جاء سليماً لأنه مادامت الجهة المنتدب اليها الموظف هي المنتفعة بما يقدمه من خدمات فالأولى إذاً أن تتحمل هي رواتبه طيلة مدة الانتداب.

وينبغي بالموظف المنتدب الالتحاق بالوظيفة المنتدب اليها وأداء مهامها ومسؤولياتها تحت اشراف ورقابة السلطة الرئاسية للجهة الادارية المنتدي اليها، ويتقيد في أدائه لعمله بالقواعد التي تحكم الوظيفة التي انتدب اليها<sup>(٤)</sup>.

---

(١) - المادة الرابعة من تعليمات الملاك رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٩.

وهناك شروط تتفاوت فيها التشريعات العربية منها ما اشترطه قانون الخدمة المدنية الليبي رقم (٥٥) لسنة ١٩٧٦ في المادة (٢٤) منه إذ تطلب لانتداب الموظف مضي مدة سنة في الاقل على تعيين الموظف، وهذا ما لم نجده ضمن أحكام الانتداب الواردة في تعليمات الملاك رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٩.

(٢) - د. عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

ومن التشريعات الوظيفية التي نصت صراحة على تحمل الجهة المنتدب منها الموظف رواتبه طيلة ايام انتدابه قانون الخدمة المدنية العماني لسنة ٢٠٠٤ في المادة (٤٨) منه.

(٣) - المادة (أولاً/ب/٥) من التعليمات.

(٤) - J. AUBY ET A. ADER ; SROIT ADMINISTRATIF, PARIS, 1986, P79.

ويبقى الموظف المنتدب، عند فريق من الفقهاء خاضعاً للسلطة التأديبية للجهة المنتدب منها حتى عن المخالفات التي يرتكبها أثناء مدة الانتداب، فضلاً عن قولهم باختصاص الجهة الادارية المنتدب منها الموظف بتقييم أدائه في مدة الانتداب ولها الإطلاع على انطباع السلطة الرئاسية للإدارة التي انتدب اليها<sup>(١)</sup>.

إلا أننا لا نتفق وهذا القول فكل الأمرين ينبغي ان يتركا للجهة المنتدب اليها الموظف لأنه يؤدي خدماته فيها، وهي أقرب اليه من الجهة المنتدب منها. وعليه فإن من حقها محاسبته تأديباً وتقييم أدائه خلال مدة الانتداب على أن تشعر الجهة المنتدب منها بذلك. علماً أن المادة (٣٢) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري لسنة ١٩٧٨ نصت على أن (في حالة إعاره العامل داخل الجمهورية أو ندبه أو تكليفه تختص بوضع التقرير عنه الجهة التي قضى بها المدة الأكبر من السنة التي يوضع عنها التقرير).

وتنتج كتب الشكر التي تحصل عليها الموظف المنتدب من وزير الوحدة الادارية المنتدب اليها آثارها فيما يتعلق بإلغاء العقوبات التأديبية والحصول على قدم طبقاً للمادة (٢١) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ وذلك بالنسبة الى الانتداب الذي يحصل بين وزارة وأخرى على أساس تبعية الموظف لهذا الوزير في أداء أعمال الوظيفة المنتدب إليها لأن مجلس الانضباط العام اشترط هذه التبعية لترتيب كتب الشكر آثارها على الرغم من عدم الإشارة إليها

---

وينظر قرار ديوان التدوين القانوني الملغى المرقم ٩٧٣/٩٨ في ١٩/٥/١٩٧٣ الذي نص على أن (أمر النقل أو التنسيب لا ينتج أثره القانوني من وجوب التحاق الموظف بوظيفته المنقول اليها إلا بعد تبليغه بذلك الأمر). مجلة العدالة ع ٢، س ٢، ١٩٧٥، ص ٥٠٣. وينظر ايضاً حكم مجلس الانضباط العام الذي يقول فيه (أن تنسيب الموظف الى العمل في محافظة أخرى يعد تنسيباً بين ملاكين مختلفين لذلك يستحق المنسب مخصصات الإيفاد والسفر). قرار ٧٧/٣٦٠ في ٢٩/١٢/١٩٧٧ مجلة العدالة، ع ٤، س ٤، ١٩٧٨، ص ٦٥٢.

(١) - ينظر كل من : د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ٤٨٧.

ALAIN PLANTEY, TRAITE PRATIQUE DE LA FONCTION PUBLIQUE, TOME 1,2 EDITION, P960.

صرافة في قانون انضباط موظفي الدولة ولاقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ (١).

**انتهاء الانتداب :** ان النهاية الطبيعية للانتداب هي بانتهاء مدته إذ بينا في حينه ان التشريعات الوظيفية تحدد الانتداب بمدة معينة فإذا انقضت هذه المدة ولم يمدد - على افتراض جواز التمديد- فان الانتداب ينتهي في هذه الحالة ويعود الموظف الى وظيفته الأصلية<sup>(٢)</sup>.

وينتهي الانتداب بصورة مباشرة اذا ما قررت الجهة التي انتدب منها الموظف انهاءه قبل أوانه إذا ما استوجبت مقتضيات العمل الإداري ذلك، إذ ليس للموظف أي حق باستمرار الانتداب الى موعده مادامت دواعي العمل الإداري تقتضي هذا الانهاء<sup>(٣)</sup>. وتمتلك ايضا السلطة الرئاسية للجهة التي انتدب منها الموظف والجهة التي انتدب اليها وذلك بالنسبة الى الانتداب الذي يجري بين جهتين تابعتين لوحدة إدارية واحدة- إنهاء الانتداب في أي وقت اذا ما اقتضت دواعي العمل الإداري لديها ذلك الإنهاء<sup>(٤)</sup>.

---

(١) - قضى مجلس الانضباط العام في حكمه المرقم (٩٧/١٦٦) والصادر في ١٩٩٧/٤/٢٧ عدم استحقاق الموظف في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي القدم لأن الشكر الموجه اليه صادر من جهة تابعة لوزارة التربية. أشار اليه الدكتور غازي فيصل، شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، جامعة صدام، ٢٠٠١، ص ١٠٠. وينتقد الدكتور غازي فيصل -في تعليقه على الحكم- هذا التوجه لمجلس الانضباط العام بالقول " أن قانون الانضباط لم يشترط أن يصدر الشكر من الوزير التابع له الموظف او من يخوله لكي يتم منحه القدم المنصوص عليه وبالتالي فان ما قضى به المجلس غير دقيق، لأنه يعني إضافة شرط جديد إلى أحكام المادة (٢١/أولاً) من قانون الانضباط ويجرد الشكرو الصادرة من وزارات أخرى من مزاياها المادية "

(٢) - د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق ص ٤٨٧.

(٣) - د. محمد جمال مطلق الذنبيات، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

(٤) - د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق ص ٤٨٨.

## المبحث الثاني

### إعارة الموظف

سيتوزع هذا المبحث على مطلبين الاول سنتناول فيه التعريف بإعارة الموظف، بينما سندرس في الآخر القواعد القانونية للإعارة.

### المطلب الأول

#### التعريف بالإعارة

**المقصود بإعارة الموظف :** تعني الاعارة قيام الموظف بأعمال أخرى خارج الجهة الادارية التي يعمل فيها وتفرغه بصورة كلية لها مع خضوعه للقواعد المطبقة على هذه الوظيفة. وتتحمل الجهة المعار اليها الموظف راتبه على الرغم من احتفاظه ببعض حقوقه لدى الجهة المعار منها<sup>(١)</sup>.

**أهداف الإعارة:** تعكس الإعارة صورة من صور التعاون بين الدول والمنظمات الدولية فعن طريقها يتم شغل كثير من الوظائف الشاغرة في البلدان الناشئة التي لم يتوافر لها بعد العدد الكافي من الموظفين من ابنائها، فضلاً عن رفدها المنظمات الدولية والإقليمية والمؤسسات ذات النفع العام داخل الدولة بالموظفين تلبية لحاجة العمل فيها<sup>(٢)</sup>.

**تمييز الإعارة من الإنتداب :** على الرغم من تشابه الإعارة والإنتداب من ناحية قيام الموظف بأداء أعمال وظيفية أخرى غير وظيفته الأصلية إلا أنهما يختلفان في أمور كثيرة منها :

---

(١) - ينظر كل من:

حسين حمودة المهدي، شرح أحكام الوظيفة العامة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، ١٩٨٦، ص ٨٣.

د. نواف كنعان، القانون الاداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣، ص ٨٢.

(٢) - د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤، ص ٢٧٣.

١- أن الانتداب يكون بين جهتين حكوميتين في الدولة الواحدة بينما الإعارة تكون بين جهة حكومية ودولة أخرى أو منظمة دولية أو حتى مؤسسة ذات نفع عام في الدولة نفسها<sup>(١)</sup>.

٢- لا يشترط في الانتداب -كقاعدة عامة- موافقة الموظف عليه في حين يستلزم لصحة الإعارة اخذ موافقة الموظف عليها فلا يجوز أن تتم الإعارة جبراً عنه<sup>(٢)</sup>.

٣- يتقاضى الموظف المنتدب راتبه من الجهة المنتدب منها في حين يتقاضى الموظف المعار راتبه من الجهة المعار إليها<sup>(٣)</sup>.

٤- الانتداب قد يكون جزئياً إذ يتفرغ الموظف للعمل المنتدب اليه لبعض الوقت بينما الإعارة تتطلب تفرغاً كلياً للعمل لدى الجهة المعار إليها الموظف<sup>(٤)</sup>.

---

(١) - لم تشر المادة (٣٨) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ صراحة إلى جواز إعارة الموظف الى المؤسسات ذات النفع العام وإنما اكتفت ببيان ان الإعارة ان الإعارة تتم الى جهات خارج ملاك الحكومة وذلك بخلاف التشريعات العربية التي كانت اكثر تفصيلاً في تحديد الجهات التي يجوز اعارة الموظف اليها، ومنها على سبيل المثال نظام الخدمة المدنية السعودي لسنة ١٤٠٢ هجرية الذي أجاز في المادة (٢٩) منه إعارة الموظف الى المؤسسات العامة او الخاصة، وقانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٩٨ الذي أجازت المادة (٦٢) منه إعارة الموظف الى مؤسسات ذات نفع عام أو شركة تساهم فيها الحكومة .

ونرى أن اعارة الموظف في العراق ممكن أن تكون الى المؤسسات ذات النفع العام لان المادة (١) من تعليمات الخدمة المدنية رقم (١١) لسنة ١٩٦٠ أضافت الإعارة الى المنظمات الإقليمية والدولية والاجنبية والدول الاجنبية الى الاعارة خارج ملاك الحكومة فذكرت (يجوز إعارة خدمات الموظف الى خدمة خارج ملاك الحكومة وكذلك الى المنظمات الإقليمية والدولية والأجنبية...)، فضلاً عن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٧) لسنة ١٩٩٧ الذي أجاز إعادة التدريسيين في الجامعة أو المعهد التابع لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي الى الجامعات والكليات الاهلية لاشغال وظيفة رئيس جامعة أو عميد كلية أو رئيس قسم علمي فيها. والجامعات والكليات الأهلية هي مؤسسات ذات نفع عام.

(٢) - د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

(٣) - د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٤) - د. أنور احمد رسلان، المرجع السابق، ص ١٥٦ و ١٥٨.

- ٥- لا يجوز شغل وظيفة الموظف المنتدب طوال مدة الإنتداب في حين يجوز -  
كقاعدة عامة- شغل وظيفة الموظف المعار أثناء مدة الاعارة وبضوابط معينة<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### القواعد القانونية للإعارة

**السلطة المختصة بالإعارة :** تتفاوت التشريعات الوظيفية في تعيين السلطة المختصة بإجراء الإعارة فالمادة (٣٨) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل أسندت لمجلس الوزراء صلاحية اعارة الموظفين، واشترطت تعليمات الخدمة المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠ موافقة مجلس قيادة الثورة المنحل، ولم يعد في الوقت الحالي لاشتراط هذه الموافقة من محل بعد حل المجلس المذكور<sup>(٢)</sup>.

وفي مصر تتم الاعارة بقرار من السلطة المختصة بالتعيين للجهة المعيرة على وفق ما جاءت به المادة (٥٨) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨، وهو نفسه موقف قانون الخدمة الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٩٨ في المادة (٦٤) منه .

اما قانون الخدمة المدنية القطري رقم (١) لسنة ٢٠٠١ فقد ميز بين العارة التي تكون لجهات داخل قطر اذ يختص وزير الجهة المعيرة بإصدار قرار الاعارة، والاعارة الى جهات خارج قطر فيختص في هذه الحالة مجلس الوزراء بإصدار قرار الإعارة<sup>(٣)</sup>.

**شروط اعارة الموظف :** يستلزم لاعارة الموظف جملة شروط هي:

---

(١) - J.AUBY ET A.ADER, OP, CIT, P78.

(٢) - ينظر أمر سلطة الإئتلاف رقم (١) المنشور في الوقائع العراقية عدد (٣٩٧٧) في ٢٠٠٣/٦/١٧.

(٣) - حدد المشرع القطري في المادة (٥٤) من القانون المذكور الجهات التي يعار الموظف اليها داخل قطر وهي الهيئات والمؤسسات العامة والشركات التي تساهم فيها الدولة والمؤسسات الرياضية والجمعيات والشركات المساهمة التي تطرح اسهمها للاكتتاب العام، اما الجهات الخارجية فحددها بالحكومات والهيئات العربية أو الأجنبية أو الدولية.

١- موافقة الموظف المراد إعارته: فالإعارة لا تكون جبراً على الموظف وإنما لابد من موافقته عليها، وينبغي في هذه الموافقة على حسب ما جاءت به المادة (٣٨) من قانون الخدمة المدنية رقم (١٤) لسنة ١٩٦٠ ان تكون تحريرية<sup>(١)</sup>، وهو ما تطلبه أيضاً قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري (٤٧) لسنة ١٩٧٨ وقانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٨٨<sup>(٢)</sup>، بينما لم يشترط نظام الخدمة السعودي لسنة ١٤٠٢ هجرية وقانون الخدمة المدنية القطري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الكتابة فيها<sup>(٣)</sup>.

ورغبة الموظف بالإعارة ينبغي ان تظل قائمة حتى تمام اجراءات الاعارة فاذا عدل الموظف عنها قبل تمامها يكون قرار الاعارة في هذه الحالة غير مشروع<sup>(٤)</sup>. ولكن هل يستلزم استمرار موافقة الموظف على الاعارة طوال مدتها؟ هنالك جانب من الفقه يقول بذلك بحيث يعطي الموظف صلاحية انتهاء اعارته قبل انتهاء مدتها<sup>(٥)</sup>. وتبنت اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ هذا الرأي في المادة (٤٦) بقولها (... ويجوز للعامل ان ينهي اعارته قبل انتهاء المدة المرخص له بها...).

اما في العراق فنرى أن الموظف لا يملك صلاحية انتهاء اعارته قبل انتهاء مدتها لعدم ورود ذلك صراحة في قانون الخدمة المدنية (٢٤) لسنة ١٩٦٠، فضلاً عن ان

---

(١) - قضى مجلس الانضباط العام في أحد احكامه على أن ( تعتبر موافقة فعلية على الإعارة مباشرة الموظف المعار العمل الذي اعير من اجله دون ان يعترض عليها). قرار ٧٠/٤ في ١٧/١/١٩٧٠ نشرة ديوان التدوين القانوني، ع ١، س ١، ١٩٧١، ص ٦٤.

والواضح هنا ان مجلس الانضباط العام لم يتمسك بظاهر نص المادة (٣٨) من قانون الخدمة المدنية إذ عد مباشرة الموظف المعار اليها دليل قاطع على موافقته على الاعارة.

(٢) - المادة (٥٨) من قانون العاملين المدنيين بالدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨، والمادة (٦٢) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٩٨.

(٣) - المادة (٢٩) من نظام الخدمة المدنية السعودي لسنة ١٤٠٢ هجرية، والمادة (٥٤) من قانون الخدمة المدنية القطري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

(٤) - د. عبدالفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٥) - المرجع السابق، ص ٢٥٦.



الاعارة تتدرج عادة ضمن اتفاق مسبق للتعاون بين الجهة المعيرة والجهة المستعيرة (خارجية كانت او داخلية ) فاذا ورد ضمن الاتفاق على منح الموظف سلطة انتهاء الاعارة قبل مدتها ثبت له الحق وبخلاف ذلك نرى وجوب مضي الاعارة الى مدتها المتفق عليها مع الجعة المستعيرة<sup>(١)</sup>.

٢- ان تكون الاعارة الى احدى الجهات المعينة قانوناً: لان ذكر القانون للجهات التي يجري اعارة الموظف اليها يجيء على سبيل الحصر، فاذا اعير الموظف الى جهة من غير هذه الجهات كان قرار الاعارة مخالفاً للقانون مما يجعله عرضة للإلغاء<sup>(٢)</sup>.

٣- ان لا تتجاوز مدة الاعارة المدة المضروبة لها قانوناً وهي مدة الخمس سنوات بالنسبة الى قانون الخدمة المدنية رقم (١٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل مع جواز تمديدها لخمس سنوات اخرى لمن يعمل في منطقة الخليج العربي والجزيرة العربية<sup>(٣)</sup>، اما في مصر فقد احالة قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ ولائحته التنفيذية مسألة تحديد مدة الاعارة الى قرار الاعارة نفسه<sup>(٤)</sup>، بينما تبلغ مدة الاعارة في المادة (٤/٢٩) من نظام الخدمة المدنية السعودية لسنة ١٤٠٢ هجرية سنة واحدة، ويجوز تمديدها من السلطة المختصة مدة لا تزيد كل منها على سنة، ولا

---

(١) - ان قولنا هذا لا يعني عدم امكانية تقدم الموظف المعار بطلب الى الجهة المعيرة او المستعيرة لانتهاء اعارته، ويبقى للجهة التي تقدم اليها الموظف بطلبه في هذه الحالة سلطة تقديرية في الموافقة على الطلب او رفضه .

(٢) - تنظر فتوى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري التي جاء فيها ( انا الشارع حدد الجهات التي يجوز اعارة العاملين اليها على سبيل الحصر واذ لي من بينها الوزارات او المصالح لأنها لا تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن الدولة فانه لذلك لا يجوز بمفهوم الخالفة اعارة العاملين بالحكومة الى الوزارات والمصالح) فتوى رقم ٢٩٣٠ في ٢٣/٥/١٩٦٥ اشار اليها عبد الحليم مرسي ومصطفى حسن الاسحاقي، النظام العملي لنظام العاملين المدنيين بالدولة، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٤٢٦.

(٣) - المادة (٣٨) من القانون.

(٤) - المادة (٥٨) من القانون، والمادة (٤٦) من اللائحة التنفيذية.

يجوز ان تزيد مدة الاعارة عن اربع سنوات الا بعد موافقة رئيس مجلس الخدمة المدنية.

٤- لا يجوز اعارة الموظف المعار الى جهة ثانية ما دامت اعارته الاولى سارية المفعول، فالاعارة فوق الاعارة لا تجوز، وانما ينبغي انتهاء اعارته السابقة واعادته الى وظيفته الاصلية ومن ثم يجري اعارته من جديد<sup>(١)</sup>.

وفضلا عن هذه الشروط تطلبت تعليمات الخدمة المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠ المعدل شروطا اضافية في المشرح للوظائف المراد اشغالها في المنظمات الاقليمية والدولية والاجنبية، وكذلك في الموظفين المعارة خدماتهم الى الدول الاجنبية وهذه الشروط هي:

أ- الكفاءة العلمية .

ب- ان يتقن احدى اللغات الرسمية للمنظمة الدولية المنوي عمله فيها.

ت- ان يكون حاصلاً على شهادة الجنسية العراقية.

ث- يفضل المتزوج على الاعزب اذا كان للوظيفة اكثر من مرشح واحد وفي حالة تساوي الشروط الاخرى.

ج- تناسب اختصاص الموظف المعار مع العمل المرشح له.

وهناك قوانين تشترط لجواز اعارة الموظف مرة اخرى مرور مدة زمنية على انتهاء اعارته السابقة ومنها نظام الخدمة المدنية السعودي لسنة ١٤٠٢ هجرية الذي اقتضى في المادة (٤/٢٩) منه مضي ثلاث سنوات في الاقل من تاريخ انتهاء الاعارة السابقة، وقانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٩٨ الذي تطلب في المادة (٢/٦٣) مرور خمس سنوات على عودته للعمل بعد انتهاء اعارته.

**الآثار المترتبة على اعارة الموظف :** يترتب على قرار اعارة الموظف ان تتحمل الجهة المستعيرة رواتبه طوال مدة الاعارة<sup>(٢)</sup>، وطبقاً للمادة (٣/٣٨) من قانون

---

(١) - ALAIN PLANTEY, OP, CIT, P216.

(٢) - د. أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص ١٥٨.

الخدمة المدنية لسنة ١٩٦٠ النافذ والمادة (٦) من التعليمات المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠ المعدلة اذا أنهت الجهة المستعيرة خدمة الموظف المعار قبل انتهاء المدة فتلتزم بدفع راتبه حتى اعادته الى وظيفته او انتهاء مدة الاعارة على اساس راتبه في الدائرة المستعيرة. نرى ان هذا الحكم ينطوي على تعسف من جانب المشرع العراقي اذ ينبغي التمييز بين ما اذا كان سبب انتهاء الاعارة قبل نهاية مدتها يعود الى الجهة المستعيرة نفسها او الى الموظف المعار فاذا كان سبب الانهاء هو الجهة المستعيرة كأن تقوم بإنهاء الاعارة بهدف تعيين أحد رعاياها في الوظيفة التي يشغلها الموظف المعار - على افتراض ان الاعارة كانت لدولة اجنبية - تتحمل هذه الجهة رواتب الموظف المعار على التفصيل الذي بينه المشرع العراقي، اما اذا كان سبب انتهاء الاعارة يرجع الى الموظف المعار كأن يثبت عدم كفاءته لشغل الوظيفة المعار اليها او مخالفته المستمرة لواجبات الوظيفة المعار اليها فنرى من غير المقبول تحميل الجهة المستعيرة مسؤولية انتهاء الاعارة ومن ثم إلزامها بدفع رواتبه عن المدة الممتدة بين انتهاء الاعارة وتأريخ عودته لوظيفته أو انتهاء الاعارة. وفي مصر اجاز المشرع ان تمنح الحكومة الموظف المعار اجراً سواء أكانت الاعارة في داخل مصر أم خارجها وبالشروط والالوضاع التي يحددها رئيس الجمهورية<sup>(١)</sup>، وهو نفسه موقف المشرع السعودي الذي اجاز تحميل الجهة المعيرة كل او بعض راتب الموظف المعار اذا ما اقتضت المصلحة العامة وبموافقة رئيس مجلس الوزراء، فضلاً عن اجازته صرف مكافأة للموظف المعار يحدد مقدارها رئيس مجلس الوزراء<sup>(٢)</sup>.

---

في فتوى المكتب الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري تقول (تتحمل الجهة المستعيرة مرتب العامل في فترة الاعارة). فتوى رقم ٥٣٣٩ في ١٩٦٥/٨/٢٢ اشار اليها عبد الحليم مرسي ومصطفى حسن الاسحاقي، المرجع السابق، ص ٤٢٨.

(١) - المادة (٥٨) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ .

(٢) - المادة (٧/٢٩) من قانون الخدمة المدنية السعودي لسنة ١٤٠٢ هجرية .

وتحسب مدة الاعارة خدمة لاغراض التعاقد وتستوفى التوقيفات التقاعدية من راتب الموظف المعار وتحس على اسا راتبه في الدائرة المعيرة<sup>(١)</sup>.

وأقر المشرع العراقي في المادة (٥/٣٨) من قانون الخدمة المدنية النافذ احتساب مدة الاعارة خدمة لغرض الترفيع، واجاز ترفيع الموظف وهو في الاعارة بتوصية من رئيس الدائرة المستعيرة ، ويجوز الترفيع هنا وان لم يكن هناك درجة شاغرة في الدائرة المعيرة بشرط ان يساعد عنوان وظيفته على الترفيع، اما اذا ادى الترفيع الى تبديل العنوان فيجب وجود شاغر في الدائرة المعيرة<sup>(٢)</sup>.

وبخصوص استحقاق الموظف المعار للعلاوة السنوية فهناك من فقهاء القانون من يقول باستحقاق الموظف المعار لها ومنهم من ينكرها عليهم<sup>(٣)</sup>، والحقيقة للتي تذكر هنا ان استحقاق الموظف المعار لها يتوقف على التشريع الوظيفي نفسه فيما اذا كان يقرر له الحق بها من عدمه فقانون الخدمة المدنية الفلسطيني (٤) لسنة ١٩٩٨ قضى في المادة (٢/٦٤) باستحقاق الموظف للعلاوة السنوية، وهو نفسه موقف قانون الخدمة المدنية العماني رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٤ الذي قررها للموظف المعار في المادة (٤٣) منه.

وبالنسبة الى موقف قانون الخدمة المدنية العراقي النافذ من استحقاق الموظف المعار للعلاوة السنوية فلم ترد اشارة صريحة الى استحقاق الموظف المعار لها الا انه مع ذلك نرى استحقاقه اياه لان المشرع العراقي اعترف له بالترفيع الذي يقف الى جوار العلاوة السنوية لتأمين انتقال الموظف صعوداً في السلم المالي<sup>(٤)</sup>.

---

(١) - المادة (٤) من تعليمات الخدمة المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠.

(٢) - المادة (٨) من تعليمات الخدمة المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠.

(٣) - ينظر كل من:

د. محمد رفعت عبدالوهاب والدكتور حسين عثمان محمد، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

حسين حمودة المهدي، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٤) - ينظر كل من:

د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط ١، مطبعة دار العراق، بلا سنة طبع، بغداد، ص ٣٢٩.

أما عن ترقية الموظف المعار فهي الأخرى لم ترد إشارة صريحة في قانون الخدمة المدنية العراقي النافذ تقضي باحتساب مدة الإعارة لأغراض الترقية مثلما هو الحال في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ١٩٩٨<sup>(١)</sup>، وهناك جانب من الفقه يقر للمعار بحق الترقية على الرغم من عدم الاشارة اليها في القانون على أساس أن القول بعدم استحقاقها يعني اضافة مانع الى موانع الترقية لم ينص عليه القانون وهذا غير جائز<sup>(٢)</sup>، ومن جانبنا نقول باحتسابها لان تعليمات الخدمة المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠ رهنّت ترفيع الموظف بأن يساعد عنوان وظيفته على الترفيع، اما اذا أدى الترفيع الى تبديل العنوان فيجب وجود وظيفة شاغرة، وتبديل العنوان هو بعينه نظام الترقية.

أما في مصر فإن ترقية الموظف المعار تقتضي التفرقة بين ما اذا كانت مدة الاعارة لا تتجاوز أربع سنوات أو كانت تزيد على أربع سنوات فاذا كانت مدة الاعارة أقصاها أربع سنوات فيجوز ترقّيته في عمله الاصلي بما فيها وظائف الدرجة الاولى سواء بالأقدمية أو الاختيار اما اذا كانت مدة الإعارة تزيد على أربع سنوات متصلة فلا تجوز ترقّيته مطلقاً وتعد المدة متصلة اذا تتابعت ايامها أو حتى إذا كان فاصل زمني بينها طالما أن الفاصل يقل عن السنة<sup>(٣)</sup>.

ولا يستحق الموظف المعار الإجازة الاعتيادية المقررة قانوناً لموظفي الجهة المعيرة، وانما يستحقها بمقتضى القانون الذي يسري على الوظيفة المعار اليها<sup>(٤)</sup>.

---

غازي فيصل مهدي، شرح أحكام قانون الخدمة الجامعية رقم (١٤٢) لسنة ١٩٧٦ المعدل، مطبعة ابن الهيثم، بغداد، ١٩٩٠، ص ٧٤.

(١) - المادة (٢/٦٤) من القانون.

(٢) - د. نعيم عطية، موانع الترقية، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع ٣، ص ١٥، ١٩٧١، هامش ص ٦٠٢-٦٠٣.

(٣) - الدكتور محمد رفعت عبدالوهاب والدكتور حسين عثمان محمد، المرجع السابق، ص ٢٩٤.

(٤) - حسين حمودة المهدي، المرجع السابق، ص ٨٥.

وتضمنت هذا المبدأ المادة (٣٨) من قانون الخدمة المدنية لدولة الامارات العربية رقم (٨) لسنة ١٩٧٣ المعدل، والمادة (٨/٢٨) من قانون الخدمة المدنية السعودي لسنة ١٤٠٢ هجرية، وأكد عليه مجلس الانضباط العام في أحد أحكامه بقوله (ليس للموظف المعار الحق بالتمتع

ويذهب جانب من الفقه الى القول باختصاص السلطة الرئاسية للدائرة التي أعير منها منها الموظف بتقييم أدائه الوظيفي طيلة مدة الإعارة<sup>(١)</sup>. إلا أننا لا نتفق والشق الأول من هذا القول لأن الجهة المعار اليها الموظف هي الاقرب اليه مما يجعلها الأصلح والأولى بتقييم أداء الموظف خلال مدة الاعارة، أما عن معاقبته تأديباً عما يقترفه من مخالفات أثناء مدة الاعارة فنرى اختصاص الجهة المعار منها الموظف بذلك، لاختلاف النظم التأديبية التي تحكم موظفي الجهة المعار منها الموظف عن النظم التأديبية التي تحكم موظفي الجهة المعار إليها.

والسؤال الذي يطرح هنا هل يجوز اعارة الموظف تحت التجربة؟ أجابت تعليمات الخدمة المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠، المعدل في المادة (٣) بالإيجاب على ذلك، ونرى ان قرار تثبيت الموظف أو الاستغناء عنه عند انتهاء فترة التجربة يصدر من الجهة المعيرة ولها في سبيل التثبيت من كفاءة الموظف وصلاحيته لشغل الوظيفة مفاتيحة الجهة المستعيرة للوقوف على انطباعها حول الموظف المعار.

انتهاء الاعارة: تنتهي الاعارة بانتهاء مدتها ما لم تمتد - على افتراض جواز تمديدھا قانوناً - إذ تنتهي في هذه الحالة بانتهاء مدة التمديد<sup>(٢)</sup>، ويمكن ان تنتهي الاعارة قبل ذلك بصدر قرار من الجهة المعيرة أو الجهة المستعيرة<sup>(٣)</sup>، وقد يستلزم المشرع

---

بإجازة اعتيادية واستلام رواتبها من الدائرة المعيرة خلال فترة الاعارة) قرار رقم ٧٠/٤ في ١٧/١/١٩٧٠ نشرة ديوان التدوين القانوني، ع ١، س ١، ١٩٧١، ص ٦٤.

(١) - د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

(٢) د. محمد جمال مطلق الذنيبات، المرجع السابق، ص ٣١٠.

(٣) حسين حمودي المهدي، المرجع السابق، ص ٨٧.

قضت محكمة الاستئناف العليا الكويتية في حكم لها على ان (...) الموظف العار لا تتقطع صلته بالدولة المسعيرة تنحصر في انتفاعها بخدماته في حدود مدة الاعارة التي تسمح بها الدولة المعيرة. وحق هذه الأخيرة في الاعارة ومدتها مطلق لا قيد عليه اعمالاً لسلطتها على موظفيها والرابطة القانونية التي تربطهم بهم. وترتيباً على ذلك فانه لا جناح على الدولة المستعيرة ان هي استجابت الى رغبة الدولة المعيرة في انتهاء اعارة موظفيها) حكمها الصادر في ١٩٦٧/١٢/٢ أشار اليه د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

لإنهاء الاعارة صدور قرار مشترك من الجهة المعيرة والمستعيرة<sup>(١)</sup>، وهذه الصورة الأخيرة لإنهاء الاعارة تبنتها تعليمات الخدمة المدنية عدد (١١) لسنة ١٩٦٠ في المادة (٥) منها بنصها على ان (يجوز انهاء الاعارة بموافقة كل من الدائرة المعيرة والجهة المستعيرة).

وانفردت اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ المصري بالاعتراف للموظف بقدرة انهاء اعارته قبل انتهاء مدتها<sup>(٢)</sup>، وهذا يعني الزام الجهة المعيرة أو الجهة المستعيرة باصدار قرار انهاء الاعارة إذا ما تقدم الموظف اليها بطلب انهاءها، في حين تنتهي الاعارة حتما في القانون السعودي إذا ما نجح الموظف في المسابقة أو بترقيته الى مرتبة أعلى وذلك في غير حالة الاعارة لمنظمة دولية<sup>(٣)</sup>.

وإذا ما انتهت اعارة الموظف وجب عليه الالتحاق بوظيفة لدى الجهة المعيرة، فإذا لم يلتحق طبق بحقه القسم الثالث من أمر سلطة الانتلاف رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ الذي ينص على ان (يجوز فصل الموظف أو العامل الذي يتخلف عن العمل لمدة خمسة أيام متتالية أو لمدة عشرة أيام خلال شهر واحد، ما لم يكن قد حصل على إذن بذلك من المسؤول المشرف عليه أو ما لم يقدم ما يثبت اصابته بمرض يحول دون تواجده في مكان العمل ..)<sup>(٤)</sup>.

ولكن إذا كانت صلة الموظف المعار بوظيفته تبقى قائمة فهل ينبغي اعادته عند انتهاء الاعارة الى الوظيفة نفسها التي كان يشغلها قبل اعارته ؟

---

(١) د. محمد جمال مطلق الذنبيات، المرجع السابق، ص ٣١٠.

(٢) المادة (٤٦) من اللائحة.

(٣) المادة (٣/٢٩) من القانون.

(٤) جاء أمر سلطة الانتلاف رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣ ملغياً المادة (٣٧) من قانون الخدمة المدنية المعدلة بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٩ الذي عد في المادة (٢) منه الموظف المنقطع عن وظيفته مستيلاً إذا زادت مدة انقطاعه على عشرة أيام ما لم يبد معذرة مشورعه تبرر هذا الانقطاع.

ان الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التفريق بين ما إذا كان التشريع الوظيفي لا يجيز شغل وظيفة المعار أو كان يجيز ذلك<sup>(١)</sup> \*. فإذا كان لا يجيز بهذا يعني بقاء وظيفة المعار خالية مما يوجب اعادته اليها عند انتهاء الاعارة اما إذا اجاز شغلها سواء بالتعيين أو الترقية ففي هذه الحالة ان كانت وظيفة المعار خالية وقت انتهاء اعارته يجري اعادته الى وظيفته وإذا شغلت فيجري اعادته الى وظيفة أخرى معادلة لوظيفته، وقد تضمنت المادة (٢/٣٨) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل هذا الحكم بنصها على ان (تعتبر الدائرة المعيرة ملزمة باعادة الموظف المعار الى وظيفة معادلة لوظيفته يمكن تعيينه فيها)<sup>(٢)</sup>.

---

<sup>(١)</sup> حظر المشرع السعودي في المادة (٣/٢٩) من قانون الخدمة المدنية لسنة ١٤٠٢ هجرية اشغال وظيفة المعار عن طريق التعيين أو الترقية أو النقل، في حين اجاز المشرع المصري في المادة (٥٨) من قانون العاملين المدنيين بالدولة لسنة ١٩٧٨ النافذ وعند حالة الضرورة اشغال وظيفة المعار بطريق التعيين أو الترقية إذ كانت مدة الاعارة سنة فأكثر، أما المشرع العراقي فقد اجاز ضمنا اشغال وظيفة المعار وذلك من خلال الزامه في المادة (٢/٣٨) من قانون الخدمة المدنية لسنة ١٩٦٠ النافذ الدائرة المعيرة باعادة المعار الى وظيفته أو الى وظيفة معادلة بعد انتهاء مدة الاعارة. وهو نفسه موقف قانون الخدمة المدنية الفلسطيني لسنة ١٩٩٨ في المادة (٦٥) منه.

<sup>(٢)</sup> قضت محكمة العدل العليا الأردنية في حكم لها على ان (القرار المتضمن تحديد مركز المستدعي بعد انتهاء اعارته بوظيفة معلم هو تحديد المركز أدنى من مركزه كمدير قبل الاعارة ويستوجب الالغاء) قرار ٩٧/٣٣٦ في ١٩٩٨/١/٢٤ المجلة القضائية، ع ١٤، مجلد ٢، ١٩٩٨، ص ٦٠٨.

وقضت في حكم آخر على أنه (إذا كان الثابت ان الوظيفة التي يشغلها المستدعي قبل اعارته الى دولة الامارات العربية المتحدة ... هي وظيفة رئيس قسم التدريب والاشراف في مديرية التربية والتعليم ... فان الوظيفة التي اعيد اليها بعد انتهاء اعارته وهي وظيفة مشرف تربوي يخالف نص المادة (٧٨) من نظام الخدمة المدنية رقم (١) لسنة ١٩٩٨ التي تلزم الدائرة التي اعير منها الموظف ان تعيده الى وظيفة أخرى معادلة لها بالدرجة والراتب اللذين يستحقهما عند انتهاء الاعارة. حكمها المرقم ٩٨/٤٣٤ في ١٩٩٩/٢٠ المجلة القضائية، ع ٢٤، س ٣، ١٩٩٩، ص ٨٦٦.



هذا ومن الجدير بالذكر ان تعليمات الخدمة المدنية رقم (١١) لسنة ١٩٦٠ الزمت الدائرة المعيرة اتخاذ ما يلزم لوضع درجة شاغرة تعادل درجة الموظف المعار منها في ملاكها للسنة التي تنتهي فيها مدة اعارته.

## الخاتمة

مما تقدم يمكن ان تستخلص النتائج الآتية:

١- ان المعيار الأساس الذي يستند اليه في تمييز الانتداب من الاعارة في التشريعات الوظيفية هو ان الانتداب يكون لجهة حكومية بينما الاعارة تكون لجهة غير حكومية خارجية كانت أو داخلية وعلى حسب ما يحدده المشرع الوظيفي. أما الفروق الأخرى التي تظهر بين النظامين فهي نتائج تترتب على وصف قرار الادارة المتضمن اسناد الموظف اعمال وظيفة أخرى بأنه انتداب أو اعاره، وهذه النتائج هي محل تفاوت في التشريعات الوظيفية.

٢- في كلا النظامين تبقى صلة الموظف بجهته قائمة، الا ان هذه الصلة تبدو في نظام الاعارة أكثر ضعفاً مما هي عليه في نظام الانتداب.

٣- يتميز النظامان بصفة الوقتية إذ يحدد في قرار الانتداب أو الاعارة المدة الزمنية التي يستغرقها، وبنهايتها ينتهي الانتداب أو الاعارة ما لم يمدد بناء على جواز قانوني.

واستناداً الى مقتضيات العمل الادارس يمكن ان ينتهي الانتداب قبل ذلك وبالإرادة المنفردة للجهة المنتدب منها الموظف، وبالإرادة المشتركة للجهة المعيرة ولالجهة المستعيرة أ والمنفردة لكل منهما بالنسبة الى الاعارة وعلى حسب ما يقرره المشرع الوظيفي.

اما بخصوص مقترحاتنا فتستطيع ان نبينها في الآتي:

١- نرى ضرورة حظر اعارة الموظف تحت التجربة ما دامت الادارة لم تثبت من كفاءته، إذ ان فشل الموظف المعار في إداء اعمال الوظيفة المعار اليها نجده يلحق الضرر بسمعة الجهة المعيرة وبخاصة إذا كانت الاعارة لجهات خارجية.

٢- جعل الحد الأعلى لمدة الاعارة خمس سنوات مع اجازة تمديد لها لخمس اخرى إذا كانت الاعارة لأقطار الخليج اعربي نجده مبالغاً فيه إذ يمكن ان تصل مدة اعارة الموظف - مع التمديد - عشر سنوات يظل فيها الموظف بعيداً عن وظيفته الاصلية، لذا نقترح جعل الحد الأعلى لها سنتين مع جواز تمديد لها، وهذا ينسجم مع مدد الاعارة في القوانين المقارنة.

٣- نقترح الغاء الفقرة الثالثة من المادة (٣٨) من قانون الخدمة المدنية رقم (١٤) لسنة ١٩٦٠، لما تنطوي عليه من حكم غير عادل أ وفي الأقل تعديلها لتتحمل الجهة المستعيرة رواتب الموظف المعار عن المدة المتبقية للاعارة أو لحين عودته الى وظيفته وذلك إذا ما انهيت الاعارة قبل انتهاء مدتها وكان سبب الانهاء يرجع اليها.

## المراجع

### أولاً: المراجع باللغة العربية

- ١-المعجم الوسيط، قام بإخراجه إبراهيم مصطفى وآخرون، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، تركيا، ١٩٨٩
- ٢-د.أنور احمد رسلان، نظام العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١
- ٣-حسين حمودة المهدي، شرح أحكام الوظيفة العامة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، ١٩٨٦
- ٤-د. شاب توما منصور، القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط١، مطبعة دار العراق، بلا سنة طبع، بغداد.
- ٥-عبد الحليم موسي ومصطفى حسن الاسحاقي، النظام العملي لنظام العاملين المدنيين بالدولة، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٦-د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الاداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦
- ٧-د.عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الاداري الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩

- ٨-غازي فيصل مهدي، شرح أحكام قانون الخدمة الجامعية رقم (١٤٢) لسنة ١٩٧٦ المعدل، مطبعة ابن الهيثم، بغداد، ١٩٩٠
- ٩-الدكتور غازي فيصل مهدي، شرح أحكام قانون انضباط الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١، جامعة صدام، ٢٠٠١
- ١٠-د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الاداري، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣
- ١١-لسان العرب لابن منظور، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣
- ١٢-د. ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤،
- ١٣- د. محمد جمال الذنيبات، الوجيز في القانون الاداري، الدار العلمية الدولية، عمان، ٢٠٠٣
- ١٤- الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب والدكتور حسين عثمان محمد، مبادئ القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١
- ١٥- د. مصطفى ابو زيد فهمي، القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧،
- ١٦- د. نعيم عطية، موانع الترقية، مجلة ادارة قضايا الحكومة، ع٣، ص١٥، ١٩٧١،
- ١٧- د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣
- ١٨- د.يوسف ألياس، المرجع العلمي في شرح قوانين الخدمة المدنية والانضباط والتقاعد المدني، دار التقني للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٤.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

1-ALAIN PLANTEY, TRAITE PEATIQUE DELA FONCTION  
PUBLIQUE, TOME 1,2 EDITION.

2- J. AUBY ET A. ADER: DEOIT ADMINISRATIF, PARIS,  
1986.

## الحماية الجنائية لضحايا الإيدز ضد السلوك التمييزي

الدكتورة

أمل فاضل عنوز

جامعة النهرين/ كلية الحقوق

الملخص:

دراسة في صور أحكام قانون العقوبات الفرنسي يعد العقاب على السلوك التمييزي وجه من أوجه التحديث المختلفة التي تضمنها قانون العقوبات الفرنسي الجديد في مجال الاعتداء على الأشخاص، حيث عالج المشرع الفرنسي هذه الصورة من صور التجديد في القانون رقم (٩٣-١٣٣٦) الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٩٢ ووسع من نطاق الحماية الجنائية لضحايا السلوك التمييزي لتشمل ضحايا مرض الإيدز حيث تقع التفرقة القائمة على أساس المرض أو الحالة الصحية تحت طائلة قانون العقوبات.

### **Protection criminology aids victims against discrimination behaviors**

A case study within the R. rules of French criminal law.

Punishment against discrimination behaviours considers one of the modern issues includes in this law in the field of the kind of aggression against persons.

It is law number 1336-92 which had been issued on 16 dec 1992 and expand the protection scope to the aid victims.

This type of discriminations on the basis of illness and health state.

As far as the responsibility and the protection after the definition of AIDS sickness and those the victims ... The paper dealt with it in the next chapter.

The first chapter studied the punishment on the discrimination behaviours within the using scope.

While the second chapter deals with the forgiveness from the responsibility in according to the necessary state.

### عرض المشكلة

أدى ارتباط مرض الإيدز بالشذوذ الجنسي والعلاقات الجنسية غير المشروعة باعتبارها أحد نتائج التمدين والحرية التي ارتفعت أصوات المطالبين بها في النصف الثاني من القرن العشرين في الولايات المتحدة الأمريكية - التي كانت تنادي بثورة الجنس وحق الأفراد في ممارسة شذوذهم الجنسي باعتباره شيء يخص حرية الفرد الشخصية - وبالتالي انتشار مرض الإيدز أولاً في ذوي الشذوذ الجنسي ومدمني المخدرات، إلى تضاعف الهدر بل الرفض من وجود أو احتمال وجود مثل هذه الفئات في المجتمع.

وأدى تركيز النظر على طرق معينة لانتقال العدوى دون غيرها من الطريق لاسيما تلك تتحدث عن انتقال المرض عن طريق السائل المنوي وإفرازات المهبل إلى ازدياد خوف الأفراد ليس من انتقال العدوى إليهم عن طريق الزواج والعلاقات الجنسية الشرعية فحسب، بل من اتهامهم بالتحلل الخلقي والاجتماعي وعدم احترامهم للأخلاقيات أو الدين الأمر الذي أدى إلى تكريس مثل تلك الأفكار ونشوء رد فعل لدى العامة ضد مرض الإيدز وحامله.

فضلاً عن جهل البعض لحقيقة فيروس الإيدز وطرق انتقاله كالاعتقاد الخاطئ بانتقال عدوى الفيروس عن طريق المعاشية أو الملامسة أو التنفس أو الحشرات أو الاشتراك في المأكول أو المشرب أو المراحيض أو حمامات السباحة أو المقاعد أو أدوات الطعام أو غير ذلك من أوجه المعاشية في الحياة اليومية العادية، والذي لا يمد للحقيقة العلمية بصلة.

فأصبح المرض وحاملي الفيروس منبذين من المحيطين بهم ويعانون من تفرقة أكثر من غيرهم من المصابين بأمراض أخرى لدرجة ان معاملتهم أخذت صورة مواقف تفرقة وتمييز بينهم وبين غيرهم سواء في مجال العمل أو في مجال تلقي الخدمات.

ومما يثير التساؤل عن الضمانات التي تقدمها التشريعات الجنائية لحماية ضحايا الايدز ضد السلوك التمييزي باعتبارها احدى المسائل القانونية التي تتعلق بضحايا هذا المرض من ناحية وباقي أفراد المجتمع الأصحاء من ناحية أخرى. وهل ان التفرقة القائمة على أساس المرض أو الحالة الصحية بصفة عامة يمكن ان تقع تحت طائلة قانون العقوبات أم لا ؟ وهل يستطيع الطبيب ان يمتنع عن علاج مريض الايدز خشية نقل المرض اليه؟ وهل تصلح إصابة العامل بهذا المرض مبرراً لفصله من عمله؟

هذا ما نحاول الاجابة عليه في ضوء أحكام قانون العقوبات الفرنسي الجديد وبعض أحكام قانون العمل بعد ان عالج المشرع الفرنسي في القانون رقم (١٣٣٦-٩٢) الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٩٢، وفي الكتاب الثاني من التقنين الجنائيات والجنح التي تقع اعتداء على الأشخاص. والعقاب على السلوك التمييزي وجه من أوجه التحديث المختلفة التي تضمنها قانون العقوبات الفرنسي الجديد في مجال الاعتداء على الأشخاص.

وسيراً على الخطة التي اتبعتها المشروع الفرنسي في معالجة هذا النوع من الجرائم نبحت هذه الصورة من صور التجديد وقد تعلق الأمر بالمسؤولية والحماية بعد تحديد معنى المرض ومن هم ضحاياه ووفق العناوين الآتية:

### **المبحث الأول: العقاب على السلوك التمييزي**

المطلب الأول: العقاب على السلوك التمييزي في مجال الاستخدام.

المطلب الثاني: العقاب على التفرقة الخارجة عن نطاق الاستخدام.

المبحث الثاني: الاعفاء من المسؤولية.

المطلب الأول: الاعفاء من المسؤولية استناداً الى حالة الضرورة.

المطلب الثاني: حق الانسحاب.

## حقيقة مرض الايدز ADIS

الايدز SIDA مرض يفضي الى الموت، وحتى الآن ليس لدى الأطباء أو في المعامل أدوية مضادة له، فالمصاب به ينتظره الموت عاجلاً أو آجلاً. وهذا امراض يشبه فيروس نقص المناعي البشري ويعني قصور الجهاز المناعي عن أداء وظائفه الحيوية وهي مقاومة الأمراض المعدية التي تهدد الجسم<sup>(١)</sup>.

ويعرف هذا الفيروس حالياً بأسم دولي هو

Humman Immunode Ficiency virus: HIV

ويطلق على هذا المرض بالانجليزية اسم AIDS وهو اختصار للتعبير Aquired Immune Deficiency Syndrome ويطلق عليه بالفرنسية اسم SIDA وهو اختصار للتعبير Syndrome Immuno Deficiency Aequies، ويطلق عليه بالعربية "مرض نقص المناعة المكتسب" أو "متلازمة العوز المناعي المكتسب"<sup>(٢)</sup>.

وبينما تعني كلمة (متلازمة) مجموعة الأعراض التي تصاحب وجود المرض، يعني لفظ (المكتسب) ان العوز المناعي ليس موروثاً والأكثر نقلاً لهذا المرض. والثانية عن طريق انتقال الفيروس من الأم المصابة بالعدوى الى طفلها سواء أثناء فترة الحمل من خلال تغذيتها له بمرور الفيروس عبر المشيمة الى الجنين، أو في أثناء الوضع والولادة بمروره في قناة الولادة، ودخول الفيروس الى جسمه أثناء الرضاعة حيث ثبت أنه يفرز بلبن الأم.

أما الطريقة الثالثة فهي عن طريق الدم الملوث بالفيروس أو مشتقاته بالنسبة للمرضى الذين يعالجون بنقل الدم ومنتجاته، ومرضى لهيموفيليا - الذين يعانون من نقص وراثي بأحد البروتينات اللازمة لتجلط الدم - الذين يحتاجون في كل مرة للحقن في العامل الثامن (أو التاسع) من دم مأخوذ من عدة آلاف من المتطوعين، فضلاً

---

<sup>(١)</sup> حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة - دراسة مقارنة - الناشر، دار

النهضة العربية، القاهرة، رسالة دكتوراه ١٩٩٥، ص ٢٥١.

<sup>(٢)</sup> جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والايدز، الناشر، دار النهضة العربية، القاهرة

١٩٩٥، هامش رقم (١)، ص ٩.



عن المشاركة فيتناول الحقن والإبر، وعمليات غسيل الكلى بأجهزة تفنقد الى التعقيم الواجب.

تخضع طرق العدوى الثلاثة الرئيسية لحقيقة عملية مفادها ان مرض الايدز ينتقل في كل حالة تصل فيها سوائل جسم الشخص المصاب المحتوي على الفيروس الى دم الشخص السليم أو جهازه التناسلي.

### حقيقة ضحايا الايدز

في إطار الإصابة بمرض معد كفيروس الايدز تقسيم ضحايا هذا المرض الى أربع مجموعات تبعاً لحالتهم المرضية<sup>(١)</sup>.

المجموعة الثانية تضم حاملوا الفيروس بشكل غير مرضي أو غير متكشف الأعراض ولكنهم يحسون به، والتي تقسم بدورها الى فئتين على حسب بروز أو عدم بروز الخواص البيولوجية. الفئة الأولى يبدو للمصاب بها ظاهرياً سليماً معافى ولا يدري غالباً أنه حامل للمرض وبذلك ينقله بالاتصال الجنسي أو بطريق الدم وسوائل الجسم الأخرى. وفي الفئة الثانية يمر أصحابها بمرحلة تضخم الغدد الليمفاوية المزمنة في أماكن متفرقة من الجسم بدون أعراض.

اما المجموعة الثالثة فهي الخاصة ببداية ظهور حلقات العدوى أو الإصابة عند المرضى والتي تسمى بمرحلة تضخم الغدد الليمفاوية المنتشر والمصحوب بأعراض.

وفي إطار المجموعة الرابعة التي يصل فيها المرض الى مرحلته الأخيرة بإكتمال ظهور العدوى أو الإصابة تكون مناعة الجسم قد انهارت لدرجة تجعل الجراثيم الانتهازية تعزوه الواحدة تلو الأخرى لتسبب كل منها مرضاً بالفيروس الا ان

---

<sup>(١)</sup> ذكر هذه المجموعات بالتفصيل، محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، الناشر، دار النهضة العربية- القاهرة (١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ص ١٦٥-١٦٧.

الاصابة لم تظهر بعد ولا يعد الشخص مريضاً ولا يعاني من اي اضطرابات جسمية.

وعلى العكس من وضع الشخص في المرحلتين الأولى والثانية وضعه في المرحلتين الثالثة والرابعة. إذ ان الأمر هنا يتعلق بمريض ظاهر المرض، أي ان الاصابة قد تطورت ووصلت الى أعلى سلم للمرض حيث يعاني المريض من اضطرابات جسدية ونفسية وآم جسمية.

وفيما يتعلق بموضوع البحث، لا يمكن ان تثار مسألة التفارقة أو التمييز ضد ضحايا الايدز في المرحلة الأولى التي يمر بها المريض عادة والتي تسمى بالفترة النافذة أو الفاصلة لعدم امكانية اكتشاف العدوى لديه عن طريق تحليل الدم، حيث ان الأجسام المضادة Anticorps التي تعطي النتيجة الايجابية عند تحليل الدم تظهر بعد فترة ٤-١٢ أسبوعاً من حدوث العدوى.

وعلى العكس من ذلك تثار مثل هذه المشاكل القانونية في فترة الحضانة وان كانت بدون أعراض حيث يستمر الفيروس في هذه الفترة في التدمير البطيء للخلايا المناعية، ويولد الجسم الأجسام المضادة التي تجعل فحص الدم الايدز ايجابياً.

## المبحث الأول

### العقاب على السلوك التمييزي

لا تعاقب القوانين الجنائية عموماً على العداوة أو مجرد الأحاسيس كمشاعر الكراهية أو نزاعات التفرقة العنصرية، إلا أنها تعاقب على مظاهرها مثل الفصل التعسفي القائم على التفرقة العنصرية أو الامتناع عن البيع أو الامتناع عن تأدية خدمة، وفي مقدمة هذه القوانين قانون العقوبات الفرنسي الجديد<sup>(١)</sup>، إذ يعاقب الشارع الفرنسي على السلوك التمييزي الذي يمثل اعتداء على حرية الشخص في مباشرة حقه في الحياة الخاصة التي يرغبها، فيكون التمييز محظوراً عندما يؤدي التفرقة إلى الحرمان من حق يمكن الادعاء به قانوناً أو رفض تقديم مال أو خدمة لشخص من الأشخاص. وهذا ما قضت به محكمة استئناف Douai حيث قضت بالإدانة في حالة رفض تأجير شقة أو غرفة في فندق<sup>(٢)</sup>.

ولأن الشارع الفرنسي يعاقب على السلوك التمييزي في مجال الاستخدام أو خارج هذا المجال، خصصنا المطلب الأول لبيان العقاب على السلوك التمييزي في مجال الاستخدام والمطلب الثاني لتحديد العقاب على التفرقة الخارجية عن نطاق الاستخدام.

## المطلب الأول

### العقاب على السلوك التمييزي في مجال الاستخدام

إن التفرقة من قبل صاحب العمل في مجال الاستخدام أو الفصل التعسفي بسبب المرض تثير التساؤل عن مدى امكانية الاستفسار عن الحالة الصحية للشخص الذي يرغب في العمل أو الذي كان موضوعاً للفصل التعسفي.

وبموجب المادة (R241-48) من قانون العمل الفرنسي يجب على كل عامل أن يخضع لكشف طبي انتهاء مدة الاختبار التي تلي الالتحاق، ولا يمكن لرب

---

(١) Foulon. Pignniol, La lutte contre le racisme, D. 1972, chron, P.261, D. 1975. Chron, P. 159.

(٢) جميل عبد القادر الصغير، مصدر سابق، ص ٦٩.

العمل الوصول الى الملف الصحي الذي أعدته الادارة الكبيرة لحماية العمل ولا معرفة المعلومات التي يتضمنها والاكتفاء ببطاقة اللياقة التي تسلم اليه من قبل العامل أو المرشح للعمل<sup>(١)</sup>.

وهنا يثور تساؤل آخر: هل يمكن لرب العمل - في ضوء هذه الظروف - ان يطلب معلومات من المرشح للعمل مباشرة ؟ وإذا كانت الاجابة بالإيجاب فهل يجوز لرب العمل ان يرفض تعيين المرشح ان الأخير مصاب بمرض الايدز أو حامل لفيروسه، وما مدى مسؤولية رب العمل عن جريمة إفشاء سر المهنة ؟ في الحقيقة دائماً ما يضع رب العمل المرشحين تحت اختيارات انتقائية كما يطلب منهم ارد على أسئلة خاصة بالاستخدام ما عدا تلك الأسئلة التي ليست لها علاقة مباشرة بالوظيفة أو التي تحمل معنى التفرقة من حيث الجنس والدين والتقاليد... إلخ، حيث يجب استبعاد هذا النوع من الأسئلة. وعلى ذلك لا يقع تحت طائلة قانون العقوبات رب العمل الذي يوجه أسئلة الى المرشح للوظيفة يستفسر من خلالها عن حالته الصحية طالما أن الاجابة صادرة من المرشح خاصة وان الطبيب ملتزم بعدم إفشاء سر المهنة وفقاً لنص المادة (٢٢٦-١٣) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد لاسيما نتائج تحليل الدم<sup>(٢)</sup>.

وإذا حدث المرض أثناء عقد العمل فمن الثابت مع وجود المادة (٧) من الاتفاق المهني الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٧٧، والمصدق عليه بقانون ١٩ يناير سنة ١٩٧٨ بامكانية اجراء اشراف طبي ينظم من جانب صاحب العمل، يجب على العامل ان يخطر صاحب العمل بحالته الصحية مع تقديم الشهادات الطبية التي تؤدي. وهذا يقع على عاتق صاحب العمل التزام بالمحافظة على اسر بالنسبة للمعلومات الطبية التي وصلته عن العامل<sup>(٣)</sup>.

---

(١)SAVATIER (J), La medicine du travail, D.Soc, 1986, P. 786.

(٢)جميل عبد الباقي الصغير، مصدر سابق، ص ٧٠.

(٣)SACARIER (J), secret medical et obligation de discretion de l'employeur, D. soc. 1986, P. 41.

وفيما يتعلق بمدى مسؤولية رب العمل عن جريمة إفشاء سر المهنة في ضوء أحكام قانون العقوبات الفرنسي الجديد، يمكن القول طالما ان المادة (٢٢٦-١٣) من التقنين الجديد جاءت خالية من ذكر الأشخاص الملتزمين بالمحافظة على السر الذين ورد ذكرهم بالمادة (٣٧٨) من التقنين الملغي، حيث جاء في المادة (٢٢٦-١٣) "ان إفشاء أية معلومات ذات طابع سري بواسطة شخص حازها بحكم حالته أو مهنته، أو بسبب وظيفته أو مهمة مؤقتة، يعاقب عليه بالحبس لمدة لا تزيد على سنة والغرامة التي لا تزيد على مائة ألف فرنك<sup>(١)</sup>، فان رب العمل يعد مسؤولاً شأنه شأن الطبيب عن جريمة إفشاء سر العامل أو المرشح للعمل ان تعم إفشاء أية معلومات طبية ذات طابع سري أطلع عليها بحكم مهنته أو مهمته المؤقتة كرب عمل.

وفي اطار النطاق الموضوعي لاسرار المرضى قدم الفقه الجنائي أربعة نظريات: الأولى هي نظرية الضرر، والثانية نظرية التفرقة بين موضوع الوقائع المعلنة، والثالثة نظرية الارادة، والرابعة نظرية المصلحة<sup>(٢)</sup>.

ووفقاً لنظرية الضرر، إذا كانت الواقعة التي تعرف عليها صاحب العمل يترتب عليها الضرر بالعامل أو المرشح للعمل إذا علم بها الغير، فأنها تعتبر واقعة غير مسموح لرب العمل بإفشائها والا خضع لنص جريمة افشاء السر. اما إذا كان افشاء الواقعة لا يترتب ضرراً للعامل فأنها تخرج عن نطاق التجريم، ومرض الايدز من الأمراض التي لا يجوز افشاء سرها لأنها تصيب العامل أو المرشح للعمل بإضرار معنوية واجتماعية بالغة، إذ انها تؤدي - كما ذكرنا في موضع سابق - الى نفور الناس من الناس من صاحبها وتحاشيهم مخالطته بل واحتقار الناس لصاحبها بما تجلبه عليه من العار والفضيحة. ومن باب أولى وطبقاً لهذه النظرية لا يجوز

---

(١) نقلاً عن: محمد أبو العلا عقيدة - الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد،

مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة محكمة يصدرها اساتذته كلية حقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ١٩٩٧، ص ١٠٩.

(٢) ذكر هذه النظريات بالتفصيل، د. مراد شكري، المسؤولية القانونية للطبيب، مجموعة بحوث قانونية، دار النشر الثقافة، ١٩٨٧، ص ٦٣-٦٧.

رفض تعيين الشخص المصاب بالمرض أو الحامل لفيروسه إذا كان هذا الرفض قائماً على أساس إصابة المرشح للعمل بهذا المرض.

اما نظرية التفرقة بين الوقائع، فيقوم هذا الرأي على تقسيم الوقائع الى بمرض الايدز - فهي تلك التي لا يعرفها أحد أو يعرفها عدد محدود من الأشخاص المقربين الى صاحب السر وهذه لا يجوز افشاؤها ويتعين على صاحب العمل كتمانها عن الغير وإذا افشاها عد مرتكباً لجريمة افشاء سر المهنة. أما الوقائع المعروفة فهي وقائع يعرفها كافة واذا عتتها لا تشكل أموراً جديدة بالنسبة للغير.

وهناك بعض الوقائع وان كانت معروفة لدى الناس الا أنها محل شك تحتاج الى تأييد علمي، كبعض المراحل التي يمر بها مريض الايدز وتسمى بالفترة النافذة (الفاصلة) وفترة الحضانة فضلاً عن مرحلة تضم الغدد الليمفاوية المزمنة في أماكن متفرقة من الجسم بدون أعراض. فأصابة العامل بفيروس الايدز في أية مرحلة من هذه المراحل، وانتشار الاشاعة بين الناس حول احتمالية إصابته بهذا المرض بسبب سلوكياته، وعلان رب العمل إصابة العامل بمرض الايدز أو قيامه بفصله من عمله أو رفضه تهيئ المرشح للعمل لهذا السبب فإنه يحول الواقعة المشكوك فيها الى واقعة ثابتة علمياً لا محل للجدل فيها، وفي هذه الحلة يعد رب العمل مفشياً للسر بالرغم من ان الواقعة تدخل في مجال الوقائع المعروفة.

ولا يختلف الأمر كثيراً بالنسبة الى مسؤولية رب العمل وفقاً لنظرية الادارة. حيث يقول أصحاب هذا الرأي ان السر على وجه العموم هو ملك لصاحبه له الحق في ان يعلنه أو يكمنه، فهو صاحب الارادة في الحالتين بغير معقب.

وعلى هذا الأساس فإن النطاق الموضوعي لأسرار المرضى مرهون بارادة المريض العامل نفسه فان أودع رب العمل واقعه معينة في أوراق تعينه أو أوراق استمراره بالوظيفة على انها سر من أسرارها فلا يجوز أفشاء هذه الواقعة سواء أكانت ضارة بصاحبها أو لم تكن كذلك، وسواء أكانت واقعة سرية أو كانت واقعة معروفة. اما إذا اتجهت ارادة المرشح للعمل أو العامل الى إذاعة هذا السر فإن افشاء رب العمل لهذا السر يخرج عن نطاق التجريم.

ولعل أكثر النظريات التي لاقت قبولاً لدى الفقه الفرنسي هي نظرية المصلحة التي اتجهت الى ان الضابط في تحديد نطاق اسر من اناحية الموضوعية هو ان يكون للمريض مصلحة مشروعة في ان يبقى نطاق العلم بالسر محصوراً في نطاق اشخاص محددين. والمصلحة تعج مشروعة إذا كانت لا تتعارض مع القانون وتخص شخصاً بعينه.

وتبدو أهمية نظرية المصلحة من جانب وخطورتها من جانب آخر، ان استغل أرباب العمل المرض الجسيم أو الحالة الصحية لاختفاء سبب التفرقة الحقيقي، في أنه إذا وجدت مصلحة أخرى أعلى مرتبة من مصلحة العامل المصاب بمرض الايدز أو الحامل لفيروسه في الاحتفاظ بالسر، فان المصلحة الأعلى مرتبة تجعل من إفشاء السر أمراً مباحاً استناداً الى قاعدة الترجيح بين المصالح المتعارضة. وعليه إذا ثبت ان دم العامل أو المرشح للعمل كان ايجابياً، أو إذا ظهرت عليه اعراض مرض الايدز، ففي هذه الحالات يكون موقف رب العمل مبرراً ولا يشكل فعله أي جريمة. وهذا هو موقف المشرع الفرنسي حينما عاقب على التفرقة في الاستخدام والقائمة على الأصل أو الجنس أو السلوكيات أو الوضع الاجتماعي أو العرقية أو الجنسية أو اللون أو المرض، الا إذا كان المرض يؤدي الى مخاطر أو مساس بالسلامة الجسدية للغير<sup>(١)</sup>.

والمشكلة ان لم تثر بالنسبة للأشخاص المصابين بمرض الايدز والذي تظهر عليهم اعراضه - وهم في مرحلة تضخم الغدد الليمفاوية المنشور والمصحوب بأعراض، ومرحلة مرض الايدز - حيث تمتد فترات عدم القدرة على العمل لمدة طول ليلة وتعتبر بالتالي مبرراً حقيقياً وجاداً لرب العمل لفصل العامل. الا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للعمال الذين أثبتت التحاليل ايجابية الدم لديهم - وهم في المرحلة التي يكون فيها دم الشخص ايجابياً دون ان تظهر عليه اعراض المرض طوال حياته وقد تظهر بعد عدة سنوات - إذ لا يجوز لرب العمل ان يؤسس رفض تعيين المرشح أو العامل والتي يعلمها المرشح أو يفترض علمه بها. كما هو ايجابية دم المرشح أو

---

(١) جميل عبد الباقي الصغير، مصدر سابق، ص ٧١.

العامل والتي يعلمها المرشح أو يفترض علمه بها. كما ان تعليمات منظمة الصحة العالمية والبرنامج العالمي لمكافحة الايدز تقضي بأنه لا يوجد أي خطر للعدوى بفيروس الايدز أو نقله بين العمال في الغالبية العظمى من المهن، حيث أثبت العلم ان اختلاط المريض بالآخرين - خلال العمل اليومي - لا ينقل المرض.

هذا ويعاقب الشارع الفرنسي على رفض التعيين الذي يقوم على أساس السلوك التمييزي في المادة (٢٢٥-١) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الا إذا كان هناك مبرر لذلك.

وفي ظل قانون العقوبات الفرنسي الجديد، قد تقع بعض المواقف - وهي التفرقة بسبب سلوكيات العامل أو أصله - تحت طائلة المادة (٢٢٥-١) السابقة الذكر والتي تعاقب على التفرقة المبنية على الأصل أو الجنس أو الوضع الاجتماعي أو الحالة الصحية أو السلوكيات أو الآراء السياسية... إلخ. وتفترض مساءلة أرباب العمل في هذه المواقف ان يكون عدم التعيين أو الفصل راجع صراحة الى رغبة رب العمل الحقيقية الواضحة في طرد العامل بسبب سلوكياته أو بسبب أصله. وان تداخل سبب التفرقة الأخير والمعاقب عليه جنائياً مع سبب آخر مشروع في ظاهرة - وهو المرض الجسيم أو الحالة الصحية المتردية للعامل يخشى من رب العمل استغلال مرض العامل لاختفاء سبب التفرقة الحقيقي وهو السلوكيات أو أصل العامل لاسيما وان الشك يفسر دائماً لصالح من يقدم حجج تتعلق بالصحة<sup>(١)</sup>.

---

(١) جميل عبد الباقي الصغير، مصدر سابق، ص ٧٢-٧٣.



## المطلب الثاني

### العقاب على التفرقة الخارجة عن نطاق الاستخدام

يعاقب قانون العقوبات الفرنسي الجديد في المادة (٢٢٥-١) على بعض الحالات التي تكون التفرقة فيها مبنية على أساس الأصل والجنس والسلوكيات أو الحالة الاجتماعية أو العرق أو الجنسية أو اللون أو الحالة الصحية. حيث فرضت المادة (٢٢٥-١/١) العقاب على التفرقة في الاستفادة من حق يمكن المطالبة به، أو في ممارسة نشاط اقتصادي ما (٢٢٥-١/٢)، وفي الحصول على مال أو خدمة (٢٢٥-١/٤)، والامتناع عن التعيين (٢٢٥-١/٥). وبالتالي يقع تحت طائلة المادة (٢٢٥-١) السالفة الذكر صاحب الفندق الذي يرفض تأجير حجرة لمريض الايدز، والחנוتي الذي يرفض تكفين هذا الأخير ونقل جثمانه الى مثواه الأخير، أو صاحب المطعم الذي يرفض استقبال مريض الايدز أو حامل فيروسه لتناول الطعام، وبائع الأحذية الذي يرفض السماح لأحد الزبائن المصابين بالايدز ان يقيس حذاء ربما لا يشتريه الا إذا كان هناك مبرر لذلك.

ومن ناحية أخرى يعاقب نص المادة (٣٠) من الأمر الصادر في أول ديسمبر سنة ١٩٨٦ كل تاجر أو صانع حرفي يرفض تلبية طلبات للمستهلكين دون سبب مشروع، ويطبق المذكور في حالة رفض البيع أو أداء الخدمة بسبب مرض العميل حيث جاء فيه "يحظر رفض بيع منتج لمستهلك أو تقديم خدمة دون سبب مشروع". وفي حالة مخالفة هذا النص يعاقب الفاعل وفق المادة (٣٣) بالحبس مدة لا تقل عن عشرة أيام ولا تزيد على شهر واحد وغرامة لا تقل عن ٢٥٠٠ ولا يزيد على ٥٠٠٠ فرنك.

وإذا كانت المادة (٣٠) تجعل رفض التاجر أو الصانع أو الحرفي البيع أو تأدية الخدمة مباحاً إذا كان هذا الرفض مبنياً على سبب مشروع فالتساؤل يثور: هو مجرد كون دم الشخص ايجابياً للايدز أو كان مصاباً بهذا المرض يصلح مبرراً للتاجر أو الصانع أو الحرفي لرفض البيع أو تقديم خدمة له ؟

طالما ان مرض الايدز لا يمكن ان ينتقل بتنفيذ عقد البيع أو بتقديم الخدمة، وهو ما لم يقل به أحد - وان من الثابت علمياً ان مرض الايدز لا ينتقل الا عن

طريق الافرازات الجنسية والدم، يضاف الى ذلك ان التدابير الصحية المتبعة في الفنادق. والمطاعم ولدى مصففي الشعر ومراكز التجميل كفيلة بحماية ذوي الشأن من مخاطر العدوى. فان مجرد كون العميل حاملاً لفيروس الايدز أو حتى كان مصاباً فعلاً بهذا المرض وظهرت عليه اعراضه لا يصلح مبرراً للتاجر أو الصانع أو الحرفي لرفض التعاقد معه.

ولكن ما ينطبق على البائعين ومقدمي الخدمات لا ينطبق بنفس الدرجة على من يقدمون خدمات للمصابين بمرض الايدز أو حاملي فيروسه ممن يلزمون المرضى والذين يقومون بأعمال طبية أو بأعمال مساعدة مثل الاطباء والجراحين واطباء الاسنان ومساعدتهم من الممرضين، ذلك ان التعامل في مجال الدم والسوائل الاخرى أو الافرازات العضوية تشكل خطراً لا يمكن تجاهله، مما يثير التساؤل عن مدى وجود التزام بتقديم العناية لمرضى الايدز أو حاملي فيروسه بحيث يشكل عدم تقديمها جريمة يعاقب عليها القانون ؟

يظهر هذا التساؤل بشكل جلي ان رفض طاقم العاملين في المستشفيات التعامل مع مرضاهم، والفنيين في معامل التحاليل في امتناعهم عن أخذ عينات الدم أو تحليله، واطباء الاسنان في عدم اتخاذهم الاجراءات الصحية اللازمة لمرضى الايدز حينما يرى الأخير ان من واجبه وقبل الكشف ان يصرح للطبيب بأنه حامل لفيروس الايدز الأمر الذي يشكل أهانة لهذا المريض.

وفي الحقيقة ان الاطباء والجراحين ومساعدتهم لا يمكن اخضاعهم لنص المادة (٣٠) من الأمر الصادر في أول ديسمبر سنة ١٩٨٦ لأنهم ليس مقدمي خدمات بمفهوم هذه المادة الذي لا ينطبق الا على التجار والصناع والحرفين والمرضى ليس مجرد مستملكين وهو الذين يقصدهم الأمر الصادر في أول ديسمبر سنة ١٩٨٦، وبالتالي لا يوجد أي نص يعاقب على رفض تقديم الرعاية الصحية لشخص مصاب بمرض الايدز أو حامل لفيروسه وان كانت لائحة آداب المهنة تقرض على الأطباء والجراحين التدخل بالعناية.

علماً ان لائحة آداب المهنة هذه والواجبات المهنية المفروضة على الأطباء والجراحين لا تنطبق بأي حال من الأحوال على الممرضات ومساعدتهم.

## المبحث الثاني

### الاعفاء من المسؤولية

إذا فرضنا عدم وجود نص يعاقب على التفرقة التي تصدر عن الأطباء ومساعدتهم تجاه مرضى الايدز أو حاملي فيروسه، فهل يمكن إلزام الأطباء بالتدخل لرعاية هؤلاء المرضى صحياً تطبيقاً للمادة (٢٢٣-٢/٦) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد التي تعاقب الشخص الذي يمتنع عن تقديم المساعدة لشخص آخر مهدد بالمرض ؟ وهل يمكن القول بمسائلة الأطباء ومساعدتهم عن جريمة تعريض حياة أو سلامة جسم الغير للخطر تطبيقاً للمادة (٢٢٣-١) من التقنين الجديد. لاسيما وان فكرة تجريم السلوك الخطر لم تكن غائبة عن المشرع الفرنسي فقد نص على عدة تطبيقات لها في قوانين العمل والصحة العامة ؟

في الحقيقة ان نص المادة (٢٢٣-٢/٦) السالفة الذكر لا ينطبق الا في حالات خاصة تتميز بوجود شرط سابق للجريمة وهو وجود خطر وشيك الوقوع الأمر الذي يفهم منه ضرورة وجود استعجال للتدخل بسبب خطر يهدد السلامة الجسدية بل وحياة الشخص مثال ذلك حادث يكون احد المصابين فيه حامل لفيروس الايدز أو تظهر عليه اعراض هذا المرض ولا بد من سرعة اجراء عملية جراحية لانقاذه<sup>(١)</sup>.

ولا يختلف الأمر كثيراً عن التحدث عن نص المادة (٢٢٣-١) من التقنين الجديد طالما الحكم فيها لا يتعدى الفعل الذي يؤدي مباشرة الى تعريض الغير اخطر حال متمثل في الموت أو الجروح التي تؤدي الى بتر عضو أو أحداث عاهة مستديمة إذا نتج هذا الفعل عن المخالفة المتعمدة بشكل صارخ للالتزام الخاص بالسلامة أو الاحتياط الذي يفرضه القانون أو اللائحة<sup>(٢)</sup>. إذ من شروط قيام جريمة

---

(١) جميل عبد الباقي الصغير، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٢) علماً ان جريمة تعريض الغير عمداً للخطر هي جريمة شكلية لها وصف الحنحة حيث عاقب عليها المشروع الفرنسي بالحبس لمدة سنة والغرامة التي يبلغ حدها الأقصى مائة ألف فرنك، وهي جريمة شكلية لأنها تقع بمجرد تعريض حياة وسلامة الغير للخطر نتيجة المخالفة المتعمدة والصارخة للالتزام قانوني أو لائحي بالاحتياط أو السلامة. وهناك جريمة مادية لها

تعريض الغير عمداً للخطر ان يكون الخطر حالاً ومباشراً موجهاً ضد الأشخاص لأنه يهدد مباشرة حياة الغير أو سلامة جسمه وان يكون الخطأ جسيماً حيث عبر القانون عن درجته بقوله *violation manifestement deliberee* أما أساس الخطأ فهو بلا شك مخالفة الالتزام الخاص بالسلامة أو الأمن المنصوص عليه بالقوانين واللوائح وفي مقدمتها القوانين واللوائح الطبية.

علماً ان الشروط اللازمة لتوافر جريمة تعرض الغير عمداً للخطر تجعل اثباتها صعبة الى درجة كبيرة حيث مطلوب من القاضي ان يقدر ما لا يمكن تقديره مما يخشى ان تفتح هذه الجريمة الباب للتعسف ونتيجة لتعدد الشروط بشأن جريمة شكلية كهذه وصعوبة اثباتها فان معظم القضايا التي عرضت على المحاكم حكم فيها بالبراءة.

وإذا توافرت شروط تطبيق المادة (٢٢٣-٢/٦) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، أو المادة (١-٢٢٣) من القانون السالف الذكر. فان التساؤل يثور عن امكانية اعتبار خطر العدوى الذي هو من طبيعة مض الايدز سبباً مشروعاً يستبعد العقاب المنصوص عليه في كلتا المادتين أي سبب اباحة للجريمة ؟ نستطيع الاجابة بنعم استناداً الى حالة الضرورة من ناحية، وحق الانسحاب الذي ينص عليه قانون العمل من ناحية أخرى.

### المطلب الأول

#### الاعفاء من المسؤولية استناداً الى حالة الضرورة

الضرورة هي: ان تطرأ على الانسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث الضرر أو أذى بالنفس أو العضو أو بالعرض أو بالعقل أو

---

وصف الجنحة أيضاً تجد اساسها في نص (١-٢٢٣) وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة (٢٢٢-٢٠) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، وتتحدث عن تعريض سلامة جسم الغير للخطر عمداً بصورة صارخة، ويترتب على هذه المخالفة للالتزام بالسلامة أو الاحتياط عجز كامل عن العمل لمدة مساوية أو اقل من ثلاثة أشهر، ومعاقب على هذه الجريمة بنفس العقوبة المنصوص عليها في المادة (١-٢٢٣) عقوبات فرنسي.

محمد أبو العلا عقيدة، مصدر سابق، ص ١٢١ وص ١٢٥.

بالمال وتوابعها، ويتعبن أو يباح عندئذ ارتكاب الفعل المحظور أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود معينة<sup>(١)</sup>.

ويقصد بحالة الضرورة طبقاً لأحكام قانون العقوبات حالة الشخص الذي يوجد أمام خطر وشيك الوقوع ولا سبيل الى تفاديه الا بارتكاب الجريمة<sup>(٢)</sup>. وتعني بالضرورة في هذا المطلب ان يصل الطبيب أو من في حكمه الى حالة يغلب الظن فيها أنه معرض للموت والهلاك.

وإذا كان نص المادة (٢٢٣-٢/٦) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد يفرض على أصحاب المهن، التي تقتضي منهم التعرض للخطر التزاماً بالتدخل لمواجهة الخطر، وتطبيق المادة (٢٢٣-١) من التقنين الجديد يفرض عليهم عدم تعريض شخص الغير عمداً للخطر الا أنه لا يمكن الالتزام بمستحيل<sup>(٣)</sup>. إذ ان الالتزام أم بالنجدة أو بتقديم المساعدة طبقاً للمادة (٢٢٣-٢/٦) لا يسري الا إذا كان تنفيذه لا يعرض أحداً للخطر سواء بالنسبة لصاحب المهنة نفسه أو بالنسبة للآخرين.

ومع ان أهم ما يميز جريمة تعريض الغير عمداً المنصوص عليها في المادة (٢٢٣-١) من قانون العقوبات الجديد هو الاخلال المتعمد بصورة صارخة للالتزام الخاص بالسلامة أو الاحتياط، وهذا واضح بشكل جلي في تصرف اطباء ومساعدتهم تجاه مرضى الايدز أو حاملي فيروسه لاغفالهم المتعمد للالتزام بالسلامة الذي تقتضيه القوانين واللوائح الطبية عادة، وهم عن وعي بالمخاطر التي تتضمنها

---

<sup>(١)</sup> عبد القادر العاني، زراعة ونقل الأعضاء البشرية في الشريعة الاسلامية، نقل الأعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون، سلسلة المائدة الحرة (٤٩) - بيت الحكمة ٢٠٠، ص ٤٩ وص ٥٢. و. د. عبد اللطيف هميم - زرع ونقل الأعضاء في الشريعة الاسلامية - نقل الأعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون - سلسلة المائدة (٤٩) - بيت الحكمة - ٢٠٠٠، ص ٢٠.

<sup>(٢)</sup> أحمد شوقي عمر ابو خطوة - القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية - ١٩٨٦، ص ٣٥.

<sup>(٣)</sup> Veron (M), Droit penal special, 2 eme edition, Masson, 1982, P. 121

تصرفاتهم. الا ان فعلهم عند البعض يعد أعمالاً لحالة الضرورة التي تشكل سبباً موضوعياً للاعفاء من العقاب<sup>(١)</sup>، وتتحقق هذه الحالة بخوف التلف أو الهلاك من عدوى الايدز، طالما تبين له من وضوح أو الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر أكبر محقق بهم اني سببوا ضرر أقل لغيرهم اخذين بنظر الاعتبار طبيعة المهمة الموكلة اليهم واختصاصاتهم والسلطة والوسائل التي يملكانها. فالشارع حسب تعبيرهم لا يتطلب الشجاعة ولا التضحية من الاطباء او من في حكمهم. فلا عقاب على من ارتكب فعلاً متناسباً ألجأته اليه ضرورة لدفع خطر جسيم محقق لشخص أو مال<sup>(٢)</sup>. وهذا التناوب يتحقق فقط عند قيام الطبيب أو مساعديه من الممرضين وغيرهم ممن يلزمون المرضى يعمل الموازنة بين الضرر الذي يدفعه عن نفسه (والمتمثل في انقاذ حياته من خطر الاصابة بعدوى الايدز). والضرر الذي يوقعه بمريض الايدز أو بحامل فيروسه (والمتمثل في المساس بتكامله الجسدي).

## المطلب الثاني

### حق الانسحاب

يمكن اعفاء الطبيب أو الجراح أو مساعديهم من المسؤولية الواردة في المادة (٢٢٣-١) والمادة (٢٢٣-٢/٦) السالفتي الذكر استناداً الى حق الانسحاب الذي نص عليه قانون العمل الفرنسي في المواد (L213-8) والتالية لها من القانون الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٨٢<sup>(٣)</sup>.

طبقاً للمادة (L231-8/1) لا يفرض المشروع الفرنسي أي عقوبة ولا يخصم من راتب العامل إذا انسحب من العمل استناداً الى اسباب معقولة وفي مقدمتها الحالة التي يشكل العمل فيها خطراً جسيماً وشيك الوقوع على صحة العامل أو حياته، ولا يجوز لصاحب العمل أو من يمثله طبقاً للمادة (L213-8/2) ان يطلب من العامل مواصلة العمل في ظل وضع يكمن فيه خطر جسيم ووشيك الوقوع وعلى

---

(١) جميل عبد الباقي الصغير - مصدر سابق - ص ٧٧.

(٢) محمود محمود مصطفى - قانون العقوبات - الكتاب الأول - القسم العام - القاهرة، ١٩٨٠، ص ٧٣.

(٣) جميل عبد الباقي الصغير - مصدر سابق - ص ٧٧.

ذلك يمكن للعاملين في المستشفيات الخاصة من الأطباء وغيرهم ممن يلزمون عادة مرض الایدز التمسك بهذا النص دون ان يشكل فعلهم أي جريمة جنائية. وعلى نمط حالة الضرورة لا يمكن ممارسة حق الانسحاب الا للافلات من خطر جسيم محقق أو وشيط الوقوع على حياة العامل أو صحته كحالة الاصابة الناشئة عرضاً أثناء عملية جراحية. ولا يعد خطراً جسيماً وشيك الوقوع الخطر المزعوم، أو مشاعر الخوف، أو الخوف الشخصي البحث. وتطبيقاً للشروط العامة لحالة الضرورة لا يمكن للجوء الى حق الانسحاب المنصوص عليه في المادة (8-231L) سابق الاشارة اليها، أو نتيجة لوجود خطر على نفس الشخص أو الغير في المادة (223-2/6) ومن باب أولى عدم تطبيق أحكام المادة (223-1) من التقنين الجديد إذا كان بالامكان اتخاذ الاحتياطات اللازمة لدري الخطر.

### الخاتمة

اعتد المشرع الفرنسي بالسلوك التمييزي كسلوك غير مشروع جدير بالقمع، وهو في سبيل ذلك يأخذ التمييز في الاعتبار في صورة الاعتداء على حرية الشخص في مباشرة حقه في الحياة الخاصة التي يرغبها، حيث يعتد فيها المشرع بالتمييز كعنصر من عناصر النموذج التشريعي للواقعة الاجرامية التي تقوم الجريمة قانوناً به ان لم يمثل جوهر التجريم ذاته فيكون التمييز محظوراً عندما تؤدي التفرقة الى حرمان شخص من الاشخاص من حق يمكن الادعاء به قانوناً أو رفض تقديم مال أو خدمة له.

وبهذا عبر المشروع في قانون العقوبات الفرنسي النافذ عن التمييز بعبارات متعددة فهو تارة يستخدم تعبير التفرقة في الاستفادة من حق يمكن المطالبة به، أو في ممارسة نشاط اقتصادي ما، أو في الحصول على خدمة، وتارة أخرى برفض التعيين على أساس السلوك التمييزي. وفي هذه الفروض وفي فروض أخرى كثيراً ما يقرن المشرع التمييز بالتفرقة ويعتد بالتفرقة الواقعة ضد الأشخاص إذا كانت مبنية على أساس الأصل أو الجنس أو السلوكيات أو الحالة الاجتماعية أو العرق أو الجنسية أو اللون أو الحالة الصحية. وهنا يثور التساؤل: هل ان التفرقة القائمة على

أساس المرض أو الحالة الصحية بصفة عامة يمكن ان تقع تحت طائلة قانون العقوبات ؟

فوجدنا ان المشرع الفرنسي قدم ضمانات لحماية ضحايا المرض ضد السلوك التمييزي ومنهم مرضى الايدز ولو بصورة غير مباشرة في المادة (٢٢٥-١) من قانون العقوبات النافذ. وفي الأمر الصادر في أول ديسمبر سنة ١٩٨٦ عندما حظر رفض بيع منتج لمستهلك أو تقديم خدمة دون سبب مشروع، حيث يطبق النص المذكور في حالة رفض البيع أو أداء الخدمة بسبب مرض العميل أو المستهلك.

ومن ناحية اخرى لاحظنا ان المشروع الفرنسي اعتد بالتفرقة والتمييز في فروض أخرى عندما عاقب على السلوك التمييزي في مجال الاستخدام وقدر تعلق الأمر بالتفرقة من قبل صاحب العمل أو الفصل التعسفي بسبب المرض. وتوصلنا الى مسؤولية رب العمل الذي يؤسس رفض تعيين المرشح للعمل أو الفصل من العمل على سبب واحد هو ايجابية دم المرشح أو العامل الذي يفترض علمه بنتائج التحليل طالما لا يوجد خطر للعدوى بفيروس الايدز أو خطر نقله بين العمال خلال العمل اليومي. فضلاً عن التزام صاحب العمل بالمحافظة على السر بالنسبة للمعلومات الطبية التي وصلته عن العامل.

وبصدد التساؤل عن امكانية اعتبار خطر العدوى الذي هو من طبيعة مرض الايدز سبباً مشروعاً يستبعد العقاب المنصوص عليه في المادتين (٢٢٣-٢/٦) و (٢٢٣-١) من قانون العقوبات الفرنسي النافذ. اجبنا بنعم استناداً الى حالة الضرورة من ناحية وحق الانسحاب الذي ينص عليه قانون العمل من ناحية أخرى. حيث ان الالتزام بالنجدة أو تقديم المساعدة طبقة (٢٢٣-٢/٦) لا يسري الا إذا كان تنفيذ لا يعرض احد للخطر. سواء بالنسبة لصاحب المهنة نفسه أو بالنسبة للآخرين.

كما يمكن اعطاء الطبيب أو مساعديه وغيرهم ممن يلزمون عادة مرضى الايدز من المسؤولية استناداً الى حق الانسحاب استناداً الى أسباب معقولة وفي مقدمتها الحالة التي يشكل العمل فيها خطراً جسيماً وشيك الوقوع على صحة العاملين في المستشفيات أو حياتهم دون ان يشكل فعلهم أي جريمة جنائية.

**المصادر**



## الكتب

- ١- احمد شوقي عمر ابو خطوة - القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية - ١٩٨٦
- ٢- جميل عبد الباقي الصغير - القانون الجنائي والايدز - الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥
- ٣- حمدي علي عمر - المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة - الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٥
- ٤- محمد عبد الظاهر حسين - مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم - الناشر: دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥
- ٥- محمود محمود مصطفى - قانون العقوبات - الكتاب الأول - القسم العام - القاهرة - ١٩٨٠.

## البحوث

- ١- عبد القادر العاني- زراعة ونقل الاعضاء البشرية في الشريعة الاسلامية، نقل الاعضاء البشرية بين الطب والتشريعة والقانون- سلسلة المائدة (٤٩)- بيت الحكمة - بغداد - ٢٠٠٠
- ٢- عبد اللطيف هميم- زرع ونقل الاعضاء في الشريعة الاسلامية- نقل الاعضاء البشرية بين الطب والشريعة والقانون- سلسلة المائدة الحرة (٤٩)- بيت الحكمة - بغداد - ٢٠٠٠
- ٣- محمد أبو العلا عقيدة- الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد- مجلة العلوم والقانونية والاقتصادية- مجلة محكمة يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس- العدد الأول- السنة التاسعة والثلاثون- ١٩٩٧
- ٤- مراد شكري- المسؤولية القانونية للطبيب - مجموعة بحوث قانونية - دار النشر للثقافة - ١٩٨٧.

## المراجع الانكليزية:

- 1-ADIS Update, Report on UNFPA Support for HIV/AIDS prevention –United Nations population fund – 1998.

## المراجع باللغة الفرنسية

- 1-Foulon.Pignniol, La LutteContre Le racism. D. 1972.
- 2- SAVATIER (J.), La medicine du travail, D. Soc. 1986.
- 3-SAVATIER (J.) secret medical et obligation de discretion de l'employeur, D. Soc. 1986.
- 4-Veron (M), Droit penal special, 2 eme edition, Masson, 1982.

## تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك

الدكتور

عامر القيسي

كلية الحقوق/ جامعة النهرين

### الملخص:

لقد قسمنا بحثنا الموسوم (تطور القانون الوضعي في أساليب توعية المستهلك) الى مقدمة ومبحثين وخاتمة.

عالجنا في المبحث الأول منه الأساليب التقليدية في توعية المستهلك فتناولنا منها شكلية العقد، منح المستهلك فرصة للتفكير والتدبر، وقد بينا في نهايته أسباب قصور هذه الأساليب في توعية المستهلك.

وفي المبحث الثاني عالجنا الأساليب المعاصرة في نوعية المستهلك فتناولنا منها دور جمعيات حماية المستهلك، إقرار تشريعات خاصة بحماية المستهلكين، وقد بينا في نهايته أسباب اللجوء الى الأساليب المعاصرة في توعية المستهلك.

### Abstract

This research: The Development of the positive law in the styles of consumer's a wakening, is divided into introduction, two sections and finale.

In the first of this topic we dealt with the traditional styles of this awakening which includes: formality of contract, granting the consumer enough chance for consideration, thinking and pondering. In the end of it we have indicated the lack and insufficiency of these styles.

In section two we have dealt with the contemporary and recent styles for this awakening concerning consumers.

We have indicated the role of societies of consumer's protection, passing special legislation for consumer's protection.

Finally, we have indicated the causes of adopting these recent styles for the consumer's a warning.

### المقدمة

مع بداية القرن العشرين تطورت الظروف الاقتصادية بشكل ملفت للنظر مما أدى الى تحول المستهلكين من المنتجات البسيطة الى أنواع معقدة منها، وبالرغم من المخاطر التي صاحبت الانتاج الجديد الا أنه دخل في أنماط الاستهلاك وأصبح ضرورياً لتسيير حياة الانسان وتوفير الرفاهية لعموم المجتمع.

وإذا أردنا ان نعدد المشاكل التي صاحبت ظهور السلع والخدمات المستحدثة فإنها تحتاج الى وقفة طويلة، وحسبنا منها ان المستهلك يتعرض بدءاً لمحاولات المنتجين والموزعين لدفعه الى التعاقد على المنتج الذي قد لا يكون في حاجة اليه أو لم يكن ليتعاقد عليه لولا الدعاية المكثفة، وقد يتعرض المستهلك في بعض الأحيان لمحاولات الغش أو التحايل التي تدفعه لشراء سلع معينة أو غير مطابقة للمواصفات.

وتعود هذه المخاطر في نظرنا الى ان المستهلك حين يتجه الى ابرام عقد من العقود لا يتمتع بالخبرة الفنية أو القانونية الكافية وهو ما يؤدي الى تعاقدته على شيء قد يضره نظراً لعدم إلمامه بخواصه أو بكيفية استخدامه، أو بقبوله بشروط تعج مجحفة بحقه قايماً ان تحرمه من مزايا يكون له ان يتمتع بها أو تكبله بالتزامات

ثقيلة، فكان لابد من حل لهذه المشكلة متمثلاً بضرورة توعيته ولفت نظره الى خطورة ما سيقدم عليه.

وقد تنوعت اساليب التوعية هذه، منها ما هو تقليدي، ومنها ما هو معاصر، فكان لابد من تسليط الأضواء عليهما.

وقد حاولنا في هذا البحث تقسيمه الى مبحثين أساسيين أولهما عالjna فيه الأساليب التقليدية في توعية المستهلك مقسمين إياه الى ثلاثة مطالب، خصصنا الأول منها لشكلية العقد، وخصصنا الثاني لمنح المستهلك فرصة للتفكير والتدبر، وخصصنا الثالث لأسباب قصور هذه الأساليب التقليدية.

أما الثاني فقد عالjna فيه الأساليب المعاصرة في توعية المستهلك مقسمين إياه الى ثلاثة مطالب، خصصنا الأول منها لدور جمعيات حماية المستهلكين، وخصصنا الثاني لظاهرة إقرار تشريعات خاصة بحماية المستهلكين، وخصصنا الثالث لأسباب اللجوء الى هذه الأساليب المعاصرة.

## المبحث الأول

### الأساليب التقليدية في توعية المستهلك

ان الحديث عن توعية المستهلك هو حديث عن نظام قانوني جديد أصلاً، إذ هو روح قانونية خاصة مطبقة على جسد من القواعد موضوعة العلاقات الاقتصادية ليس من جهة مصدر القانون ولكن من جهة ما تستلزم العلاقات الاقتصادية تطبيقه على مختلف القواعد.

ومع ذلك، فإن تصور قواعد جديدة لتوعية المستهلك لا يعني اهمال النظام القانوني التقليدي لها، ولهذا فاننا سنستعرض الأساليب التي اتبعتها هذا النظام التقليدي في سبيل توعية المستهلك وهي لا تخرج عن اسلوبين أولهما تطلب شكلية معينة في العقد ثم منح المستهلك فرصة للتفكير والتدبر وننتهي أخيراً في هذا المبحث الى بيان أسباب قصور هذه الوسائل التقليدية، وكل ذلك في مطالب ثلاثة.

## المطلب الأول

### شكلية العقد

ان هذه الشكلية لا تخرج في نظرنا عن مسألتين اثنتين وكما يلي تستعرضهما تباعاً:

#### ١- تطلب الكتابة في العقد.

حينما يتطلب المشرع الكتابة لإثبات المبالغ التي تزيد عن حدٍ معين فإنه يوفر في ذات الوقت الوسيلة التي تسمح للمستهلك الاطلاع على العقود التي يبرمها مع المنتج أو الموزع أو البائع<sup>(١)</sup>، وبهذه الوسيلة فإن المستهلك يمكنه ان يقدم على أبرام العقد الذي يعده البائع مسبقاً وهو على علم بكل الشروط والأوضاع التي يتم التعاقد وفقاً لها.

وبالرغم من تلك المزايا التي توفرها العقود المكتوبة فإن اعدادها بواسطة المحترفين يعني سيطرتهم على مضمونها وتضمينها الشروط التي يريدون، وقد

---

(١) تبلغ هذه القيمة خمسة آلاف دينار في قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ/م ٧٧ المعدل.

يصعب فهم تلك الصياغة أو المقصود من الشروط القانونية على الشخص العادي، بل ان المشتري العادي يوقع على العقود الخاصة ببيع السلع المتداولة دون أن يفكر في قراءة العقد بإمعان.

ويذهب رأي فقهي الى ان الصورة المثلى لمحاولة القضاء على هذه الظاهرة تتمثل في اعداد عقود بيع نموذجية والزام البائعين بها<sup>(١)</sup>.

## ٢- تطلب إثبات بيانات معينة في العقد

بالإضافة الى تطلب كتابة العقد كوسيلة للإثبات، فإن القانون قد يستلزم كتابة بيانات معينة فقي العقد بهدف توعية المستهلك، وقد تعرض المشرع العراقي في المادة (١٥٠) من تقنيته المدني لتحديد مضمون العقد ولكنه لم يلزم الأطراف بذكر جميع البيانات التي من شأنها حماية الطرف الأضعف اقتصادياً أو الأقل خبرة من التورط في التعاقد على سلعة أو خدمة لا تخدم الغرض الذي كان يهدف اليه بهذا التعاقد.

الا إننا نجد لتلك البيانات في القانون المقارن بعض الأمثلة، ففي القوانين الفرنسية المتعلقة بالإقراض وتأجير المساكن أو تملكها وعقود التأمين وبيع السيارات أمثلة على ذلك.

فعلى سبيل المثال نجد ان المشرع الفرنسي في القانون الخاص بالبناء والاسكان يوجد الكتابة في عقود شراء الشقق في المباني تحت الانشاء ويستلزم ذكر البيانات الخاصة بوصف العقار والمبالغ الاضافية المحتمل مطالبة المشتري بها والبيان الخاص بموجب تسليم العقار والضمانات الخاصة بإتمام الاعمال، ويرتب المشرع على عدم احترام هذه القواعد الشكلية بطلان العقد ومما لا شك فيه ان هدف المشرع من هذه الشكلية هو نوعية المستهلك بحقوقه وحدود التزامات الطرف الآخر في هذه العقود التي يؤدي عدم العلم بالتفاصيل الفنية فيها الى الاصطدام مع الطرف الآخر بسبب امكان تسليم مساحات أقل من المتفق عليها أو المطالبة بمبلغ

---

(١) حسن عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ١٩٩٦، دار النهضة العربية، ص ٤١.

أكثر من المذكورة في العقد في ضوء ما يسمح به العرف وتقضي به أصول المهنة التي لا يعلم المشتري عنها شيئاً.

كذلك فإن المادة الخامسة من القانون الصادر في ١٣/يوليو/١٩٧٩، والخاص بعقود القرض المخصصة لشراء العقارات تستلزم اعطاء المقترض نسخة مكتوبة من عقد القرض قبل أبرام العقد بفترة كافية، كما تستلزم المادة (٣١) من ذات القانون كتابة بعض البيانات الهامة في تلك العقود المكتوبة ومن أهمها الخاص بمنح المقترض حق الرجوع عن عقد القرض حتى بعد التوقيع عليه خلال مدة معينة.

كذلك فإن القانون الخاص بإيجار الأماكن الصادر عام ١٩٨٦ يستلزم كتابة العقد وان يتضمن العقد المكتوب عدة شروط تهدف إلى تنوير إرادة المستأجر بحقوقه والتزاماته، فالعقد يجب ان يحدد بشكل واضح تاريخ بدء العقد ومدته ووصف المكان المؤجر بالتفصيل ومبلغ الايجار على وجه التحديد مع بيان كيفية سداد الأجرة بالإضافة الى نظام معين لتحديد العقد بما يتضمنه ذلك من تعديل لشروطه<sup>(١)</sup>.

وهكذا يتضح لنا ان رغبة امشرع في توعية المستهلك أدى الى الاعتراف بأهمية دور عودة الشكلية في العقود، ودليل هذا الرغبة هو قوة الجزاءات التي يرتبها المشرع على عدم احترام هذه الشكلية فبالإضافة الى البطلان النسبي<sup>(٢)</sup>، نجد ان المشرع ينص على عقوبات جنائية على اخفاء بعض البيانات الهامة التي استلزم المشرع ذكرها.

---

(١) اشارة الى هذه التشريعات: جميعي، المصدر السابق، ص ٤١ وص ٤٢.

(٢) هذا في القوانين التي اخذت بنظرية البطلان النسبي والتي تقابلها نظرية العقد الموقوف في القانون المدني العراقي.

## المطلب الثاني

### منح المستهلك فرصة للتفكير والتدبر

لا يتمتع المستهلك عادة بفرصة كافية لمراجعة العقود المعروضة عليه من قبل المنتج أو الموزع للسلعة أو الخدمة، وعادة ما يستفيد مروج السلعة أو الخدمة من قصر الوقت متاح للنظر في العقد المعروض على (العميل) ليحصل منه على التوقيع بغض النظر عن احتمالات اعتراض المستهلك على بعض البنود في وقت لاحق على التوقيع حيث لا جدوى من اعتراضاته.

وحتى يمكن تجنب هذه النتائج فإن المشرع الفرنسي، على سبيل المثال، قد تدخل تدخلاً محدوداً بصدد بعض الأنواع ذات الأهمية الخاصة من العقود فراضاً مدة محددة يعتقد بكفايتها ليدرس المستهلك العقد خلالها.

ففي قانون ٢٢/ديسمبر/١٩٧٢ بشأن (البيع بالمنزل) نجد ان المشرع الفرنسي في المادتين الثالثة والرابعة من قد سمح للعميل الانسحاب من العقد بعد التوقيع عليه وذلك في السبعة أيام التالية على التوقيع، ومن أجل تسهيل هذا الانسحاب فقد الزم امشرع بجعل جزء من العقد قابل للانفصال يحمل رغبة المستهلك في عدم الاستمرار في العقد وليس على هذا الأخير حين يريد ذلك الا ارسال تلك الورقة بخطاب مسجل بعلم الوصول، ويلاحظ ان المستهلك حين ينسحب من التعاقد فهو ليس مكلفاً بإضافة أي شيء لهذه الورقة المطبوعة مع العقد ولا يلتزم بإبداء اسباب تلك الرغبة في عدم المضي في تنفيذ العقد.

ولقد ورد في المادة الرابعة من ذات القانون تأكيداً لحماية المستهلك عدم احقية البائع في تلقي أية دفعات نقدية من المستهلك قبل انقضاء الفرصة المعطاة إلى المستهلك كي يفكر ويتدبر أمر العقد فيها ولا يؤثر في حق المستهلك في الرجوع عن العقد ان يكون البائع قد سلمه المبيع قبل انقضاء مهلة التفكير المشار اليها.

وفي عقود الاقراض تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم (١٠) لسنة ١٩٧٨ الخاص بحماية المستهلكين لتنظيم علاقة المقرض بالمقرض، فورد في المادة الخامسة التزام المقرض بالابقاء على العرض المقدم الى طالب الاقراض ١٥ يوماً، وبالتالي لا يستطيع المقرض ان يعدل عن ايجابه في هذه الفترة التي يسمح للمقرض



بدراسة عقد القرض فيها في رؤية وهذوء لان قبوله وتوقيعه يؤديان الى العقاد العقد بالشروط الواردة فيه، وبالرغم من أهمية هذه الحماية الا ان المشرع لم يكتف بها بل منح المقترض فرصة للعدول عن العقد بعد التوقيع مانحاً أياه مهلة تفكير وتدبر مقدارها سبعة أيام تبدأ من تأريخ قبول العرض المقدم من المقرضو مما لا شك فيه ان تحديد مهلة التفكير والتدبر التالية على توقع العقد يجب ان يختلف باختلاف العقود من حيث الطبيعة ومن حيث الصعوبة التي يمكن ان تقابل المستهلك في تقييم مزايا العقد وعيوبه، فنتتج هذه الصعوبة على سبيل المثال في عقد القرض من ارتباطه تحويل شراء سلعة ما، لهذا نجد ان مدة مهلة التفكير في عقد الاقراض المخصص لشراء عقارات في القانون الفرنسي هي ثلاثون يوماً سابقاً على توقيع العقد منها عشرة أيام تبدأ من تاريخ تقديم العرض من الجهة المقرضة ولا يمكن ابرام العقد خلالها ثم عشرون يوماً التالية عليها يستطيع المقترض توقيع العقد خلالها (المدة ١/٧ من قانون ١٩٧٩ الخاص بالإقراض العقاري الفرنسي).

وفي الطبيعة القانونية لمهلة التفكير ذهب رأي فقهي الى ان حث العدول في الصور السابقة من التشريعات هو إعطاء على مبدأ استقلال الإرادة في العقود، غير ان اتجاهاً فقهيّاً هاماً، ويبدو أنه هو الراجح اليوم، يعتقد بان مهلة التفكير ليست الا ارجاءً لأبرام العقد حتى ينقضي، والأمر لا خلاف عليه حينما تكون هذه المهلة معطاة قبل التوقيع على العقد، اما بعد التوقيع على العقد فان المشرع حينما تكون هذه المهلة معطاة قبل التوقيع على العقد، اما بعد التوقيع على العقد فان المشرع حينما يفرض هذه المهلة يكون قد اضافها باعتبارها شرطاً يرتبط بتحقيقه انعقاد العقد، ومما يؤكد هذا ان هذه المهلة هي التي تحدد رضاء المستهلك وبالتالي فإن انقضاء فترة التفكير قرينة قانونية على صدور الارادة النهائية التي تؤدي الى ارتباط من صدرت عنه بالطرف الآخر، ولا يمكن التمسك بأن التوقيع<sup>(١)</sup> يقيد تلك القرينة القانونية التي فرضها المشرع ليسمح بصعود ارادة مستتيرة وواعية بالعقد.

---

(١) وهو شكل من أشكال التعبير عن الارادة.

وبذلك فإن عدول المستهلك عن العقد حتى بعد توقيعه عليه قبل انقضاء هذه المهلة لا يتعارض مع القوة الملزمة للعقد حيث ان العقد كما أوضحنا لا ينعقد قانوناً الا بانقضاء هذه المهلة<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### أسباب قصور الأساليب التقليدية في توعية المستهلك

تحاول في هذا المطلب بيان أسباب قصور الأساليب التقليدية في توعية المستهلك وذلك عبر انتقاد بعض الأسس النظرية التي تقوم عليها هذه الأساليب ولاسيما مبدأ استقلال الارادة.

ان مبدأ استقلال الارادة يعني من جملة ما يعنيه ان ارادة الانسان حرة بطبيعتها ولا يمكن ان يقيد الانسان الا ارادته ذاتها<sup>(٢)</sup>.

وتأسيساً على هذا المبدأ فإن الارادة تصبح هي أساس القوة الملزمة في التعاقد وهي التي تتحكم في تحديد مضمون العقد والالتزامات التي تقع على عاتق كل من اطرافه، فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ الا إذا كانت قد توجهت الى انشائها وفي الحدود وبالقدر الذي تتجه اليه تلك الارادة.

وللإجابة على التساؤل حول مدى العدالة التي تتحقق من خلال مبدأ استقلال الارادة قال الفقهاء بأن (ارادة الانسان لا يمكن ان تتوجه الا الى ما فيه مصلحته ومن ثم فالالتزامات التي تنشأ عن تلك الارادة أياً كانت ومهما كان أثرها لا يمكن ان تكون عادلة)<sup>(٣)</sup>.

نفهم من هذا اذن ان العقود إذا كانت تنشأ بالتراضي فإن مبدأ استقلال الارادة يتعارض مع أي محاولة للتدخل بتعديل الالتزامات غير المتكافئة في العقود ذات الطبيعة غير المتوازنة.

---

(١) Pizzio, un rapport legislative en matiere de protection du consentement, RTDC, 1976, p. 66.

(٢) حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٤٩.

(٣) حسين عامر، المصدر نفسه، ص ٢٥.

فالارادة هي أساس الالتزام التعاقدي وهذا الالتزام لا يقيد المتعاقدين فقط بل يعد قانون العقد نفسه الذي يلتزم به الجميع بما في ذلك القضاء باحترامه وتطبيقه. فإذا ما أرتضى أحد الأشخاص الدخول الى منطقة الالتزام العقدي فإنه لا يستطيع التوصل من التزاماته لان ارادته قد اقترنت بارادة شخص آخر، وإذا كانت الارادة هي التي تؤدي الى التزام صاحبها بالعقد وبنوده فإن هذه الارادة لا يمكن ان تخطأ في تحقيق العدالة أو في تحقيق التوازن العقدي خصوصاً وان المبدأ الذي يحكم المعاملات هو مبدأ حرية العرض والطلب (دعه يعمل دعه يمر) والذي يعني في الوقت ذاته (دعه يتعاقد بلا قيد)، لذلك فإن اختلال التوازن الذي يعتقد به غير اطراف العقد أو ما يتصورونه من ان غبناً قد وقع على أحد أطراف العقد لا يمكن قياسه في ضوء هذا التصور ولا يمكن ان يكون سبباً في تعطيل التزامات أحد المتعاقدين.

ووفقاً لهذا الفقه فإنه من غير المقبول ان يتم تحديد العدالة والتوازن في العقود من خارج إطار العقد نفسه (أي بطريقة موضوعية) فالتعاقد ذاته من خلال مبدأ العرض والطلب هو الذي يخفف توازنه الذاتي ويؤدي ذلك بطبيعة الحال الى رفض أي نوع من انواع التدخل في تنظيم العقد شكلاً أو مضموناً حتى لو كان ما يترتب على ذلك ادعاء عدم العدالة أو عدم توازن العقد<sup>(١)</sup>.

ان مبدأ استقلال الارادة كان ينسجم مع مبادئ الحرية العامة في بداية القرن التاسع عشر، والحرية التعاقدية منها بوجه خاص، الا ان القيود بدأت تفرض على هذا المبدأ شيئاً فشيئاً كلما اقتضت الضرورة الاجتماعية ان تقيد الارادة وذلك لحماية المجتمع أو لحماية عدد من اعضائه في مواجهة آخرين هم أقوى منه ارادة ادراكاً من المشرع لخطورة اطلاق اللجام لهذا المبدأ.

وهكذا يبدو لنا ان عقود الاستهلاك تقدم لنا نوعاً جديداً من القيود الواردة على الارادة<sup>(٢)</sup>، فإذا كان المقصود تكوين العقد فإننا نكون ازاء نوع من انتاقض إذ أنه بدلاً من ان تقيد ارادة الطرف القوي في التعاقد نجد على العكس تماماً ان القيود ترد على

(١) مصطفى الجمال وعبد الحميد الجمال، القانون والمعاملات، ١٩٨٧، ص ٢٠٦.

(2) TrocctvetJadnud, le contrat de consummation, paris, 1975, P. 113.

ارادة الطرف الضعيف وهي ارادة المستهلك نفسه فكأنما أراد المشرع في العديد من هذه الافتراضات وبغير قصد أن يحط من ارادة المستهلك، الا يتعارض هذا مع القول الشائع ان المشرع يروم تعميق حماية ارادة المستهلك ؟ نعم، انه يتعارض، ولكن هذا التعارض يبدو ظاهرياً في الواقع أكثر مما هو حقيقي، فإضعاف النتائج المترتبة على الارادة هي طريقة لحماية ارادة المستهلك في مواجهة الارادة لذاتها وليس حمايتها في مواجهة المتعاقد الآخر فقط.

وهكذا بنت هي هذا الرأي الى القول ان حماية المستهلك ذا شفين، حماية المستهلك في مواجهة المتعاقد الآخر وحماية المستهلك في مواجهة المستهلك نفسه<sup>(1)</sup>.

ان الفقه السائد في ذلك الوقت لم يراع، وله العذر في ذلك، ان القدرة على التفاوض ومعرفة بنود العقد تتفاوت من شخص لآخر فإن التطور الصناعي والاقتصادي المذهل والذي بدأ مع بداية القرن الماضي كان كفيلاً بتنبية الفقه الى ان حرية الارادة واستقلال الارادة المفترضين وبغض النظر عن اسيطرة الاقتصادية لطرف على آخر يواجهان اليوم عقوداً لا يكاد المستهلك العادي يعرف محتواها ولا المقصود منها، فالتطور العلمي والصناعي وبغض النظر عن القدرة الاقتصادية جعلاً من ظروف التعاقد وشروطه عملية معقد متعلقة بسلع وخدمات ذات نواح فنية وتكنولوجية بل وقانونية لا تسمح للمستهلك العادي التعرف عليها والاختيار بمحض ارادته في شأنها.

وعلى الرغم من ان الفقه قد اعلن عن تغير مفهوم مبدأ استقلال الارادة في ظل المعطيات السابقة الا ان مفهوم العقد ظل مبنياً من الناحية العملية ومن ناحية التنظيم القانوني على ذات المبدأ التقليدي القائم على أساس ان العقد شريعة المتعاقدين.

هكذا اذن فإن الواقع العملي قد رسخ مفهوم سيطرة أحد طرفي العقد على الآخر بما له من قدرة اقتصادية أو فنية قانونية أو تكنولوجية وهو ما يعني في ذات

---

(1) TrocctvetJadnud, le contrat de consummation, paris, 1975, P. 113.

الوقت عدم الصحة المطلقة لمبدأ استقلال الارادة وبداية تقهقره أما الحاجة الى التدخل التشريعي لتنظيم الشروط العامة للعقود بشأن السلع والخدمات، هذا التدخل يثير تساؤلاً عن جدوى إهدار مبدأ استقلال الارادة كلياً ومدى الفائدة التي تعود على المعاملات المدنية من جراء ذلك.

يبدو لنا أن تيار التدخل التشريعي المتعاضم لن يتوقف أمام هذه الملاحظة لأن النظام القانوني بدأ ينظر الى مبدأ استقلال الارادة بمنظور آخر إذ هو لم يعد المبدأ الوحيد الذي تقوم عليه نظرية الالتزام وبالتالي نظرية العقد، كما انه لا يفهم اليوم بمعنى ان يترك المشرع الطرف القوي يسيطر على العملية التعاقدية برمتها في ظل غياب الارادة الواعية والصحية للطرف الأقل خبرة وكفاءة والتي يمثلها المستهلك اليوم.

صفوة القول ان مبدأ استقلال الارادة وما يترتب عليه من نتائج وان كان لا يسمح باعادة التوازن الى العقد الا انه لا يجب ان يمثل عقبة كأداء أمام الوسائل المقترحة لتحقيق هذا التوازن المنشود.

## المبحث الثاني

### الأساليب المعاصرة في توعية المستهلك

لم يكتف القانون الوضعي بعرض أو تطوير الوسائل التقليدية العادفة الى توعية المستهلك وتنوير ارادته قبل ان يقدم على إبرام العقود، لذلك فإن المشرع مدفوعاً بمحاولات فقهية بارزة قد أتجه الى أساليب قانونية معاصرة تؤدي الى تحقيق قدر أكبر من توعية المستهلك وتنوير ارادته حماية له بوصفه الطرف الأضعف في العقد، وهي لا تخرج في الوقت الحاضر عن أسلوبين أولهما جمعيات حماية المستهلكين وثانيهما إقرار تشريعات خاصة بحماية المستهلكين وننتهي أخيراً في هذا المبحث الى بيان أسباب اللجوء الى هذه الأساليب المعاصرة في توعية المستهلك، وكل ذلك في مطالب ثلاثة.

## المطلب الأول

### دور جمعيات حماية المستهلكين في توعية المستهلك

تتشأ جمعيات حماية المستهلكين بصة أصيلة بناءاً على رغبة المستهلكين أنفسهم، لكن الدولة قد تتدخل بنفسها فتنشأ من جانبها مؤسسات تهدف لحماية المستهلكين<sup>(١)</sup>.

ومن أوال الجمعيات الخاصة التي تنشأ بجهود المستهلكين نجد الجمعيات التعاونية التي تبيع السلع بأسعار منخفضة عن تلك التي يبيع بها التجار في السوق، وقد تلي ظهور الجمعيات التعاونية ظهور جمعيات الحماية التي لا تهدف الى تحقيق أي ربح بل تهدف الى تنسيق الجهود والخبرة لتوفير الوسائل المختلفة للدفاع عن مصالح المستهلكين.

ونجد في دولة كفرنسا ان جمعيات المستهلكين هذه كثيرة ومتعددة الأنواع ولعل أهم هذه الجمعيات الفرنسية الاتحادية الفيدرالي للمستهلكين واختصاره U.F.D. وقد تأسس عام ١٩٥١، والاتحاد الوطني للجمعيات التعاونية للمستهلكين واختصاره F.N.C.C. والمختبر التعاوني (Labocopo)<sup>(٢)</sup>، هذا وقد أجاز قانون التعاون العراقي رقم (١٥) لسنة ١٩٩٢ في مادته الثانية تأسيس جمعيات تعاونية وذلك لخدمة المجتمع من خلال العمل الجماعي التعاوني الطوعي في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وبهدف التوسع في النشاط التعاوني ليأخذ دوره المطلوب في البناء الاقتصادي والاجتماعي ويستجيب للحاجات الملحة للجماهير<sup>(٣)</sup>.

إن تأسيس مثل هذه الجمعيات المتخصصة بحماية المستهلكين يعتبر ضرورة ملحة لاسيما إذا ما علمنا ان دول العالم قاطبة قد التزمت بعد صدور قرار الجمعية

---

(١) من امثلة ذلك في الدول العربية:

الأسواق المركزية في العراق، المؤسسات الاستهلاكية المدينة والعسكرية في الأردن، الجمعيات الاستهلاكية في ليبيا وهي جمعيات تقدم السلع الغذائية للمستهلكين بأسعار مدعومة.

(2) V. Weiss etchirouze, le consommisme, sirey, 1982, P 20.

(3) راجع الأسباب الموجبة لهذا القانون.

العمومية للأمم المتحدة المرقم ٣٩/٢٤٨ بتاريخ ١٩٨٥/٤/٩ المتعلق بحقوق المستهلك الثمانية بترويج هذا النمط من الجمعيات خدمة للمستهلك واينما كان.

وتبد أهداف هذه الجمعيات على وجه العموم كما يلي:

١- خلق الوعي العام لدى المستهلك حول السلع والخدمات وعلاقتها بصحته وسلامته.

٢- ارشاد المستهلك الى سبل التأكد من ملائمة المواد الاستهلاكية.

٣- اجراء الاطلاعات والأبحاث واعداد الدراسات المقارنة للسلع والخدمات الاستهلاكية وذلك من حيث جودتها وصلاحياتها للاستعمال البشري وأسعار عرضها.

ويؤدي وجود جمعيات المستهلكين والأجهزة الادارية المختصة بحماية المستهلكين الى أماكن توفر قدر من المعلومات عن السلع والخدمات التي يرغب المستهلك في التعاقد بشأنها<sup>(١)</sup>.

ت	اسم الدولة	هل توجد جمعية حماية المستهلك
١	العراق	يوجد
٢	مصر	يوجد
٣	الأردن	يوجد
٤	ليبيا	لا يوجد
٥	اليمن	لا يوجد
٦	الكويت	هناك أتجاه قوي لتأسيس جمعية
٧	سورية	يوجد
٨	الامارات	يوجد
٩	الجزائر	يوجد
١٠	تونس	يوجد

(١) تعميماً للفائدة وجدنا من الضروري ان نضع الجدول التالي خدمة للقارئ وقد استقيناه مضمونه م منشورات الاتحاد العربي للمستهلك ومقره في عمان - الأردن.



١١	المغرب	يوجد
١٢	موريتانيا	يوجد
١٣	السودان	يوجد
١٤	الصومال	لا يوجد
١٥	جيبوتي	لا يوجد
١٦	عُمان	لا يوجد
١٧	قطر	على وشك اشهار جمعية
١٨	البحرين	يوجد
١٩	لبنان	يوجد
٢٠	فلسطين	يوجد
٢١	السعودية	لا يوجد
٢٢	جزر القمر	لا معلومات

هذا وتقع هذه الجمعيات بطبع دوريات من الصحف أو المجلات المتخصصة بهدف اعطاء المشتركين فيها من المستهلكين كافة المعلومات والبيانات عن خصائص السلع والخدمات المطروحة في الأسواق.

وأوضح الأمثلة لهذه الصحافة الخاصة بالمستهلكين هي صحيفة (هذا نختر) وصحيفة (خمسون مليون مستهلك) اللتان توزعان باعداد كبيرة في فرنسا وصحيفة (الوسيط) التي تطبع وتوزع في الأردن.

ولا حاجة بنا الى التأكيد ان هذه الصحافة هي نقيض الدعاية والاعلان التي يقوم بها التجار لأن القائمين عليها هو المستهلكون وبالتالي فهي عرض موضوعي للسلع والخدمات بخصائصها وامكانياتها بالإضافة الى ما يجب التحذير منه من مخاطر بعض السلع أو عيوبها التي تظهر حين الاستخدام.

وبالإضافة الى الصحافة عامة كانت أم متخصصة فإن الاذاعة والتلفزيون<sup>(١)</sup> هما من الوسائل التي تلجأ اليها جمعيات حماية المستهلكين لتحقيق التوعية بخصائص السلع والخدمات وأسعارها خصوصاً حينما يكون محل الاعلام هو أمر ينبغي تعريف المستهلكين به<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### إقرار تشريعات خاصة بحماية المستهلكين

في ظل التوجه العالمي الحالي في تطور نظم التعاقد وظهور الأنماط الحديثة منه في التعاملات الاقتصادية، تبدو الحاجة ملحة لوضع النظم القانونية المتكاملة لحماية إرادة المستهلك من الناحيتين الاقتصادية والفنية.

ويعتبر إقرار مثل هذه التشريعات وسيلة عصرية لتوعية المستهلك، وذلك حينما يطلع عليه، بما يتناسب وظروف الواقع الاقتصادي والاجتماعي والقانوني والفكري في كل دولة على حدة.

ولا نزمع بطبيعة الحال أن تعرض انموذجاً لمثل هذا التشريع وانما نود أن نعرض للمبادئ العامة التي يمكن الاستهداء بها عند وضعه بشكل يتلاءم مع

---

(١) ونجد في الوقت الحاضر بعض البرامج التلفزيونية في بعض القنوات الفضائية تضطلع بهذه المهمة الكبيرة مما يعطيها بعداً علمياً تتخطى الحدود الوطنية.

(٢) أما في الفقه الاسلامي فإن تدخل الدول في التوعية المستهلك عُرف (بالحسبة)، وهي وظيفة دينية تقوم على الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، والأصل في هذه المسألة قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ .... الْمَفْلِحُونَ﴾ صدق الله العظيم، سورة آل عمران / ١٠٤.

ورغم ان الأصل في التشريع الاسلامي قيام الناس جميعاً بهذا الواجب بل هو من سياسة الدولة الاسلامية وإذا وجب هذا على مسلم سبيل الكفاية فإنه يكون أوجب بالنسبة للمحتسب لكونه معيناً بحكم الولاية.

راجع: ابو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٨هـ، ص ٢٤٠.

الأهداف التي وضع من أجلها ومن بينها توعية المستهلك مقتدين في ذلك بالنظم التشريعية الحديثة<sup>(١)</sup>.

وتعميماً للفائدة أيضاً وجدنا من الضروري ان نضع الجدول التالي وخدمة للقارئ وقد استقيناه مضمونه أيضاً من منشورات الاتحاد العربي للمستهلك:

ت	اسم الدولة	هل يوجد قانون حماية المستهلك
١	العراق	لا يوجد (مشروع قانون ققط)
٢	الأردن	لا يوجد (مشروع قانون ققط)
٣	مصر	لا يوجد (مشروع قانون ققط)
٤	اليمن	لا يوجد
٥	ليبيا	لا يوجد
٦	الكويت	لا يوجد
٧	سوريا	لا يوجد
٨	الامارات	لا يوجد
٩	الجزائر	يوجد

<sup>(١)</sup> منها على سبيل المثال لا الحصر:

التشريع الألماني المتخصص في مقاومة الشروط التعسفية في ٩/ديسمبر/١٩٧٦، القانون الكندي الكندي لحماية المستهلك في ١٩٧٦، القانون الانكليزي الخاص بالشروط المجحفة في العقد والمسمى:

Unfair contracts terms Act 1977.

القانون الفرنسي رقم (٢٣/٧٨) في ١٠/يناير/١٩٧٨.

القانون الايرلندي:

Sale of goods and supply of services 1980

قانون لوكسمبروج في ٢٥/اغسطس/١٩٨٣ والخاص بالحماية القانونية للمستهلكين، القانون الأسباني في ١٦/يوليو/١٩٨٤ لحماية المستهلكين، في ١٨/يونيو/١٩٨٧، القانون البلجيكي لتنظيم ممارسة التجارة واعلام وحماية المستهلكين في ١٤/يناير/١٩٩١.

١٠	تونس	يوجد
١١	المغرب	يوجد
١٢	موريتانيا	لا يوجد
١٣	السودان	لا يوجد (مشروع قانون فقط)
١٤	الصومال	لا يوجد
١٥	جيبوتي	لا يوجد
١٦	عُمان	لا يوجد
١٧	قطر	لا يوجد
١٨	البحرين	لا يوجد
١٩	لبنان	لا يوجد
٢٠	فلسطين	لا يوجد
٢١	السعودية	لا يوجد
٢٢	جزر القمر	لا معلومات

ونرى ان يتضمن التشريع المقترح في العراق مبدءاً عاماً يتيح للقضاء تقديم مدى التوازن الذي يحققه العقد واعادة النظر في شروطه في الحالات التي يظهر فيها اختلال التوازن بين الالتزامات المترتبة عليه، هذا ويعد الاعتداد بعدم التعادل بين الالتزامات المترتبة على مزايا مبالغ فيها في مواجهة المستهلك مرجحاً لتوفر صفة التعسف في العقد في مجمله أو في الشروط التي تؤدي إلى تحقق هذا الاختلال، كذلك يعد استغلال عدم خبرة المستهلك قرينة على توفر صفة التعسف في شروط العقد.

يمكن كذلك تطلب ان تكون الشروط الواردة في عقود الاستهلاك معقولة وعادلة على ان يترك للقضاء سلطة تقدير مدى العدالة والمعقولة في ضوء ظروف التعاقد وصفة المتعاقدين، هذا ويؤخذ في الاعتبار بطبيعة الحال مركز كل من اطراف التعاقد وقدرتهم على التفاوض والمقدرة الاقتصادية والخبرة الفنية والدراية القانونية لكل منهم.

ويستلزم كذلك لتوعية المستهلك اعتماد نظام القوائم السوداء الذي استقرت عليه معظم التشريعات لمعاصرة المتوجهة لحماية المستهلكين. ومن أجل وضع هذه القوائم يكون من الأفضل أن يقوم المشرع بإدراج الشروط التي تعد تعسفية بطبيعتها في نصوص التشريع ذاته مع تحويل لجنة قرارات تحتوي على الشروط التي يظهرها واقع التعامل وتفرضها متغيراته. ومن المفترض أن تحتوي القائمة السوداء على الشروط أصلاً في العقود وحل التشريع أو أن يصبح ورودها في القائمة قرينة على جعلها شروطاً تعسفية، وفي هذا الفرض الأخير فإن عبء الإثبات يقع على المحترف أو المنتج الذي يقوم بتنظيم العقد فعليه أن يثبت عكس هذه القرينة وعدم توفر وصف التعسف في هذه الشروط، فإذا لم يتمكن منظمي العقد من نفي وصف التعسف في الشرط فيمكن النص على سلطة قاضي الموضوع في استبعاد هذه الشروط من تلقاء نفسه باعتبارها باطلة بطلاناً مطلقاً<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

#### أسباب اللجوء الى الأسباب المعاصرة في توعية المستهلك

لا تخرج الأسباب التي تدعو الى اللجوء الى الأساليب المعاصرة في توعية المستهلك عما يلي:

١- حظورة موقف المستهلك، فعقد الاستهلاك يؤدي بطبيعته الى عدم التوازن في العلاقة بين طرفيه، هذا الاختلال في التوازن مرده استغلال القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المنتج مما يجعله في مركز أقوى في مواجهة المستهلك والأخير في مركز أدنى، وهكذا، عندما يصبح عدم التوازن من الخطورة بمكان فإنه يجب مدّ يد المساعدة للمستهلك وتوعيته بوسائل فعالة.

٢- استقلال الإرادة الذي تقوم عليه الأساليب التقليدية مع معطيات التعامل الحديثة، فمبدأ استقلال الإرادة يتعارض مع أي محاولة لتعديل بنود العقد إذ ليس للقاضي استناداً لقواعد العدالة أن يعدل في شروطه بل ولا يتدخل الا عندما تكون الإرادة

---

(١) للتعرف على نماذج هذه الشروط انظر كتابنا: الحماية القانونية للمستهلك دراسة في القانون المدني والمقارن، منشورات دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ١٥٣، ١٥٤.

معيبة إذ ان الضرورات التي تملي حماية ارادة المستهلك تملي أيضاً حماية الأمن التجاري فلا يجوز انهاء العلاقة العقدية ببساطة بمجرد أدعاء المستهلك أنه قد لحقه ضرر ما من جرائها.

٣-ان تطور المجتمعات الحديثة وما صاحب ذلك من التقدم في المجال العلمي والتكنولوجي قد أدى الى اعادة النظر في الأساليب التي تحكم تكوين وتنفيذ العقد، فالمذاهب القائمة على الفكر الفردي قد أصابها تغير كبير، فالحرية الفردية لا تعني إهدار مصالح الآخرين بل ان أصحاب المذهب الفردي نفسه لا ينكرون اليوم ضرورة تحقيق العدالة الاجتماعية والنظر الى توازن المصالح على أساس ان هذا التوازن هو الذي يكفل استمرارية التقدم الاجتماعي والاقتصادي.

٤-ان الأنظمة القانونية في جميع البلدان، المتقدمة منها والنامية، أصبحت تهتم بإشاعة الاستقرار في المعاملات القانونية عبر ترسيخ العدالة الاجتماعية وحماية المستهلك في العلاقات الاقتصادية، ونظراً لأن الأساليب التقليدية التي تقوم عليها النظرية العامة للعقد تعروق تحقيق هذه العدالة وتتعارض مع اعادة النظر في الالتزامات المترتبة على العقد حماية للمستهلك، كان لزاماً وعبر اساليب معاصرة التدخل للتخفيف من غلواء المبادئ التي تقوم عليها الاساليب التقليدية.

## الخاتمة

بدا لنا ان اتجاهين اثنين في الفقه هما المسيطران وذلك بصدد تقديم تصوير واقعي لتوعية ارادة المستهلك، أولهما: بتوسل بالأساليب التقليدية كشكلية العقد ومنح المستهلك فرصة للتفكير والتدبير ويرى انها كافية لتحقيق هذا الهدف. ثانيهما: الاتجاه نحو أساليب معاصرة تشتمل على أناط جديدة من القواعد كجمعيات حماية المستهلكين وإقرار تشريعات خاصة بحماية المستهلك ويرى انها الكفيلة لتحقيق ذات الهدف.

وليس معنى ايجاد قواعد جديدة هو إيجاد وضع يمكن المستهلك من علاقة النشاط الاقتصادي، إذ يجب ان نضع في الحسبان ابتداءً ان المستهلك ليس قاصراً

تجب توعيته، فالمستهلك هو شخص بالغ رشيد كما ان عليه ان يبذل من جانبه الجهود الحثيثة لدرء الضرر عن نفسه.

وفي كل الأحوال يجب الا نتصور ان المستهلك والحرفي من طبقتين مختلفتين في المجتمع، فكلنا مستهلكون، ولكل ما سبق كان هذا البحث.

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

**الحصانة القانونية للقرارات الادارية**

**الدكتور عمار طارق عبد العزيز**

**ملخص**

تتص بعض القوانين وأحياناً بعض الدساتير على تحصين بعض القرارات الادارية من الطعن، بحيث تجعلها بانه لا مطعن فيها، وهذه القرارات تختلف عن أعمال السيادة في نواح عدة الا انها يتشابهان من حيث كونها يشكلان خرقاً لمبدأ حق التقاضي المقدس، بل ان المجموعة الأولى تعد أخطر من أعمال السيادة، كون الثانية محددة نسبياً في حين أن الأولى غير مؤطرة وليس لها معيار محدد، إذ يمكن للمشرع ان يقرر تحصين بعض القرارات الادارية وبغض النظر عن طبيعتها، بل ان أعمال السيادة قد نجد لها بعض التبريرات السياسية أو التاريخية أو ما شابه، بيد ان التحصين التشريعي ليس له ما يبرره.

وعليه فإن هذا التوجه لدى بعض المشرعين يجعل من الإدارة معصومة الخطأ، ولا يمكن التعقيب على أعمالها وقراراتها، وهذا يشكل حيفاً كبيراً وخرقاً واسعاً لمبدأ حق التقاضي ولدولة القانون.

## **ABSTRACT**

### **Legal Immunity For Administrative Decisions**

Some laws and sometimes some constitutions stipulate that certain administrative decisions should be imuned against appealing (**regecting**), in away that secures the immunity of such decisions.

How ever such decisions differ from the so-called **(actions of sovereignty)**, in different breach for the principal of **(the sec rid right of the arbitration)**.

The first group can be considered as more harmful than the second group, since the second group is relatively limited, while the first one is unspecified or limited and has no fix criteria.

Thus, in the first group, the legislator can decide to grant immunity for certain administrative decisions, regardless of there nature and context.

While (actions of sovereignty) might have certain justifications being political, historical or other justifications .. however, we find that the legislated immunity has no justification as such.

Therefore, such trend practiced by some legislators makes the administrative as if immune against any mistakes that might be committed; and against any questioning or rejection for that administrative action and decisions.

This factmakes such immunity a grave and harmful breach or violation to the principal of arbitration and to the **(rule of law)**.



## المقدمة

يمثل حق التقاضي ضماناً مهماً من ضمانات تحقيق العدالة، وحماية الحقوق والحريات المختلفة، وعلى خلاف ذلك، فإن أهدار هذا لاحق يقود بالضرورة الى الحيلولة بين الانسان وحقه الطبيعي باللجوء الى القضاء لإنصافه وضمان حقوقه. والقضاء الاداري في الدول التي تأخذ به - يعتبر حامياً لمبدأ المشروعية - فهو الملاذ الأمان للأفراد الإداري في وجه تعنت السلطة وتجاوزها عليهم.

فمعروف ان الإدارة غير معصومة الخطأ، وبالتالي كان لابد من وجود جهة قضائية معينة، يمكن من خلالها طلب الغاء قرارات الإدارة، وأحياناً المطالبة بالتعويض لما لحق الأفراد من ضرر جواء هذه القرارات.

وعلى ذلك فإن المبدأ العام هو خضوع أعمال الإدارة كافة الى القضاء وبغض النظر عن طبيعتها.

بيد ان هذا المبدأ يرد عليه بعض الاستثناءات التي يعتبرها الكثيرون خروجاً على مبدأ المشروعية وانتهاكاً لدولة القانون ومنها نظرية اعمال السيادة، ونظرية الحصانة القانونية للقرارات الادارية.

والواقع ان كلا النظريتين سابقتي الذكر، تمثل افتئاتاً واضحاً ومباشراً على مبدأ المشروعية، وانكاراً صارخاً لما يسمى بدولة سيادة القانون، ذلك هذه الأعمال تقلت من رقابة القضاء الغاء وتعويضاً.

والذي يهمننا هنا، هو تحصين بعض القرارات الإدارية من الطعن فيه القضائياً، إذ ان هذا التوجه، أو هذه النظرية - كما يطلق عليها البعض - ليس لها أي أساس أو تبرير من أي نوع، التبريرات واهنة. الا ان ما نهجه بعض المشرعين من نهج يمنع فرض الرقابة القضائية على بعض القرارات الإدارية، ليس له أي مسوغ ومن أي نوع سوى الرجوع الى وضع الدولة البوليسية.

وعلى ذل كفقد ارتأينا بحث تبريرات هذه النظرية وماهية نوعية القرارات التي تكون بمنأى عن رقابة القضاء، وكيفية ورود مثل هذا التحصين في القوانين، كما سنعمد الى التمييز بين التحصين التشريعي للقرارات الاجارية، وبين نظرية أعمال السيادة، كما سنبحث في مدى دستورية هذا التوجه في القوانين، وماهية الآثار

المرتتبة على تحصين بعض القرارات الإدارية، وأخيراً سنبحث دور القضاء ونظريه الى القرارات الإدارية والقوانين التي تحصنها.

## المبحث الأول

### مفهوم الحصانة القانونية للقرارات الإدارية

يقصد بالحصانة القانونية للقرارات الإدارية، قيام المشرع العادي أحياناً باضفاء صفة القطعية والبتات على بعض القرارات الادارية، بحث يمنع القضاء من البحث في مدى مشروعيتها، وقد يمتد هذا المنع الادارة عينها، وبذلك يتم مصادرة حق الأفراد في القاضي، وفي الطعن بمثل هذه القرارات، مما يخل بقدسية حق التقاضي المكفول بموجب المواثيق الدولية والدساتير الوطنية.

إذ ينص الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٩/ثالثاً) منه على (ان التقاضي حق مصون ومكفول للجميع). وبذلك فقد اطلق حق الأفراد في التقاضي ولم يقيد به بأي شكل من الأشكال.

وعلى ذلك بتوجب على الدولة توفير كافة المستلزمات الضرورية لتمكين الأفراد من ممارسة هذا الحق متى دعت الحاجة اليه، وفي مقدمة هذه المستلزمات هي تمكين القاضي من سماع شكاوى الفرد وادعائه، وعدم تحصين أي قرار إداري من نطاق رقابته لأي سبب كان.

ومن نافلة القول ان الرقابة القضائية على أعمال الإدارة اصبحت من أركان النظام القانوني لأي دولة قانونية تسعى الى ترسيخ مفاهيم الحقوق والحريات، ولاسيما وان الواقع العملي يؤكد ان الإدارة غير معصومة من الخطأ، وان السبيل الناجع لضمان عدم انحراف الإدارة في تصرفاتها هو باخضاع أعمالها كافة للرقابة القضائية ومن دون استثناء.

وعلى هذا الأساس يتوجب على المشرع توفير الوسائل الضرورية للنظر في مدى مشروعية أعمال الإدارة وبدون استثناء، وذلك من خلال السماح للقضاء في النظر بالطعونات المقدمة بشأن هذه الأعمال.

بيد ان بعض الأنظمة عملت على أضعاف صفة البتات على عدد من القرارات الإدارية، بحيث يمنع على أي جهة من النظر في مدى مشروعيتها أو التشكيك فيها، وهذا التحصين يقع خارج نطاق ما يعرف بأعمال السادة، الذي بدأ ينحسر تدريجياً نتيجة تراجع انصاره عن حججهم الواهية.

## المبحث الثاني

### ماهية التشريعات المحصنة للقرارات الادارية

قد تنص بعض الدساتير على عدم جواز تحصين القرارات الإدارية من الطعن فيها، بيد ان القوانين المشرعة في ظل الدساتير سرعان ما تخرق هذا النص، والسبب في ذلك يعود الى ان الدساتير عادة - لاسيما في الأنظمة البوليسية - تعمل على وضع واجهة تدعي الديمقراطية وتتغنى بمبادئ حقوق الانسان، وذلك يرد في دستورها بحيث توحى بانها دولة قانونية تدعم الحقوق الأساسية للانسان، ثم ما تلبث ان تشرع القوانين المقيدة لهذه الحقوق والمنتهكة لها والتي من بينها حق التقاضي. فقد نص الدستور المصري لسنة ١٩٧١ في المادة (٦٨) منه على ان (...) ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء) بيد ان هذا النص سرعان ما تعرض للخرق والانتهاك كما سنلاحظ ذلك مستقبلاً. وفي دستورنا الدائم لسنة ٢٠٠٥، نصت المادة (١١٠) منه على ان (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن). وبذل كفان الدستور أغلق المنافذ كافة المؤدية إلى تحصين القرار إداري، وجعل القرارات الإدارية كافة قابلة للطعن فيها.

بيد أننا كنا نأمل من المشرع الدستوري ان يكمل النص سالف الذكر، بحيث تضاف عبارة (القضائي) في آخره، لكي لا يتبادر الى الذهن ان هذا الحظر يشمل الطعن القضائي والطعن الإداري، فمعروف ان بعض القرارات يمكن الطعن فيها أمام جهة إدارية معينة، وذلك في نطاق الرقابة الادارية، وبذلك تمسي بانه إذا ما نظرت فيها تلك الجهة بدون فسح المجال أما القضاء لقوم كلمته فيها.

وعلى ذلك فإن التشريعات المقيدة لحق التقاضي، قد نجدها في القوانين أو الأنظمة، وأحياناً قد ينص الدستور على تقييد هذا الحق. ففي الدستور المصري لسنة ١٩٧١، ورغم نص المادة (٦٨) منه، نجد أنه جاء بما يعارض النص المذكور، وذلك في المادة (٧٦) منه، وحينما نص على تحصين قرارات لجنة الانتخابات من الطعن بأي طريقة وأمام أي جهة، بما فيها القضاء. وبذلك انشأ المشرع الدستوري المصري تضارباً صارخاً في الدستور بين النصين المذكورين اعلاه.

أما بالنسبة للقوانين فقد تنص على عدد من الأحكام التي تحصن بعض القرارات الإدارية، اما بجعلها باتة ونهائية لا مطعن فيها، أو تعين لها مرجع إداري للطعن فيها، وتمنع القضاء من تمحيصها.

ففي فرنسا نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون الصادر في ١٩٤٣/٥/٢٣ على انه (لا يمكن ان يكون منح الامتياز محلاً لأي طعن إداري أو قضائي). كما نص المرسوم الصادر في ١٩٤٤/٤/٢١ على ان (قرار لجنة الشرف، غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن).

كما نصت المادة (٥٧) من المرسوم رقم (٥٨-١٢٧٠) اصدر في ١٩٥٨/١١/٢٢، على (ان القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء المنعقد بصفته مجلس تاديبياً غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن)<sup>(١)</sup>.

وفي العراق فقد نصت الماد (٧مخامساً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدلة بموجب القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩، على أنه (لا تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما يأتي:

أ- أعمال السيادة وتعتبر من اعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.

ب- القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية.

---

(١) القرارات والقوانين وردت فيموسوعة القضاء الاداري، الجزء الأول، الدكتور علي حطار شطناوي، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - ٢٠٠٤، ص ١٢٦-١٢٧.

ج- القرارات الادارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها او الاعتراض عليها أو الطعن فيها).

والملاحظ ان الفقرة (أ) من المادة المذكورة في أعلاه قد اعتبرت من بين أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية في حين لا تعتبر جميع هذه القرارات من قبيل تلك الأعمال وبذلك أضفت هذه المادة الحصانة على القرارات والأعمال التي يصدرها رئيس الجمهورية وبغض النظر عن طبيعتها. ثم جاءت الفرة (ب) من ذات المادة لتضفي الحصانة على القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذا لتوجيهات رئيس الجمهورية، وبذلك وسعت أكثر من نطاق القرارات المحصنة من الطعن.

وفي الفقرة (ج) تم تحصين القرارات التي رسم القانون لها طريقاً للتظلم منها. والمعروف ان التظلم يقع أمام الجهة التي أصدرت القرار الإداري، ولا يعتبر من قبل الطعن القضائي، وكذلك الحال بالنسبة الى الاعتراض أو الطعن. إذ قد يكون أمام جهة غير قضائية، وهذا يخالف مبدأ حق التقاضي.

كذلك نص قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ في المادة (١١/رابعاً) منه على ان (تكون العقوبات التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة أو الموظف المخول باته باستثناء العقوبات الآتية: أ- التوبيخ ب- انقاص الراتب ج- تنزيل الدرجة د- الفصل هـ- العزل).

وبذلك تم تحصين القرارات الصادرة بفرض عقوبات (لفت النظر، الانذار، قطع الراتب)، كما نصت المادة (٣٨/٢) من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٨ على أنه (١- لا تسمع المحاكم الدعاوى التي تقام على الجامعة أو هيئة المعاهد الفنية أو الكلية أو المعهد التابع لأي منهما في كل ما يتعلق بالقبول والانتقال أو الامتحانات أو العقوبات الانضباطية التي تفرض على الطلبة والفصل بسبب الرسوب وغيره ويكون للجامعة وهيئة المعاهد الفنية وحدها حق البت في الشكوى التي تنشأ من هذه الأمور وتحدد بتعليمات يصدرها الوزير أصول التظلم والجهات التي تملك حق البت فيه.

٢- تمنع المحاكم من النظر في دعاوى تقويم الشهادات والدرجات العلمية العربية والاجنبية التي تلي المرحلة الثانوية ودعاوى منح الألقاب والشهادات العلمية والفخرية).

وعلى ذلك فإن القرارات اصادرة من مؤسسات التعليم العالي وبالاختصاصات التي ذكرت اعلاه، تعتبر قرارات نهائية غير قابلة للطعن فيها، ومثل هذا التحصين غير مبرر، إذ ان نظر القضاء في القرارات المذكورة لا ينتص من هيبة هذه المؤسسات، فالخطأ وارد ولا مجال لمعالجته الا عن طريق اتاحة الفرصة لاعادة النظر فيه قضائياً.

وفي نصت المادة (١٠) من قانون التقاعد المدني رقم ٥١ لسنة ١٩٥٩، والمعدل بالقانون المؤقت رقم ٥١ لسنة ١٩٧٦ (وعلى الرغم مما ورد في أي تشريع آخر، يكون قرار الاحالة على التقاعد الصادر بموجب هذه المادة قطعياً في جميع الأحوال ولا يسمع أي طعن فيه لدى أية من الجهات الإدارية أو القضائية).

كما تنص المادة (١٦) من قانون المطبوعات رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٣ (قرار مجلس الوزراء قطعي وغير خاضع للطعن أمام أي جهة كانت). وفي مصر نصت بعض القوانين على تحصين بعض القرارات الإدارية من الطعن فيها قضائياً.

إذ نصت المادة (١٠٧) من قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢، على أنه لا يجوز الطعن في الأحكام التي يصدرها مجلس تأديب القضاء المشكل وفقاً للمادة ٩٨ من نفس القانون في الدعوى التأديبية بأي طريق، كما نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من نفس القانون على عدم جواز الطعن في قرارات نقل وندب رجال القضاء والنيابة العامة أمام دوائر الدولة المختصة<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك تجد العديد من التشريعات التي تضي الحصانة على عدد كبير من القرارات الإدارية وتجعلها باتة، وما ذكرنا هو على سبيل المثال لا الحصر والملاحظ هنا ان النصوص المذكورة تحصن القرار الإداري من الطعن فيه قضائياً،

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - القضاء الاداري، المطبعة الثالثة منشأة المعارف الاسكندرية -

وهذا مما لاشك فيه يمثل اعتداء على حق القاضي، بل وأحياناً أخرى يمتد هذا التحصين ليشمل الطعن الإداري، مما يزيد من الآثار السلبية لهذا التوجه.

### المبحث الثالث

#### التمييز بين الحصانة القانونية ونظرية اعمال السيادة

فشلت جميع محاولات الفقه والقضاء فيوضع معيار لتمييز اعمال السيادة عن غيرها من الأعمال، إذ ابتدعت العديد من المعايير في هذا المجال ابتداءً بمعيار الباعث السياسي ومعيار طبيعة العمل الذاتية، وانتهاءً بمعيار القائمة القضائية، وأخيراً اتجهت الآراء الى القضاء لتحديد ما يعد من قبيل أعمال السيادة عن طريق وضع قائمة لهذا الأعمال تكون غير ثابتة إذ قد تتغير ضيقاً أو اتساعاً بتغيير الزمان والمكان<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك فإن الاتفاق انعقد على عدد معين من هذه الأعمال، وهي:

١- الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان.

٢- الأعمال ذات الطبيعة الدولية.

٣- أعمال الحرب الخارجية والأمن الداخلي.

وعليه فإن أعمال السيادة هي تلك الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية والتي تفلت من رقابة القضاء الغاء وتعويضاً، فهي استثناء على مبدأ المشروعية. بيد ان الأعمال المذكورة بدأت تتقلص وتضعف شيئاً فشيئاً، حتى بدأ بعض الفقهاء ينكرون وجودها، فمجلس الدولة الفرنسي قبل بالمطالبة بتعويض الاضرار الناشئة عن معاهدة دولية، وذلك في قرار له صدر في ٣٠/٣/١٩٦٦<sup>(٢)</sup>.

---

(١) تعليق الاستاذ فؤاد مهنا- اعمال اسيادة والأعمال الإدارية ومدى رقابة القضاء على كل منها/ القيد في جداول الانتخابات ومتى يكون صحيحاً يكسب المقيد حق الاشتراك في الانتخابات- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية- تصدرها كلية الحقوق في جامعة فاروق الأول- السنة الثانية- العدد الأول - كانون الثاني شباط ١٩٤٥، ص ٣٥١.

(2)Gustavepeiser- droit administrative- 19 edition dalloz- 1988- P.178.

بل والأكثر من ذلك ان مجلس الدولة البلجيكي رفض تطبيق هذه النظرية فيما يتعلق بنشاط بوليس الأجانب، وهذا ما أكده في حكمه الصادر في ١٩/٣/١٩٦٦<sup>(١)</sup>.

ومن خلال ما تقدم يمكن ان نلاحظ شبهاً كبيراً بين نظرية أعمال السيادة ونظرية الحصانة القانونية، لاسيما فيما يتعلق بالآثار القانونية المترتبة عليهما كما انهما يمثلان خرقاً وانتهاكاً لمبدأ حق التقاضي المقدس. وعلى الرغم من الشبه الذي ذكرناه انفاً، الا ان هناك العديد من أوجه الاختلاف بينهما، تتمثل فيما يأتي:

أولاً: من حيث المصدر.

إذ يرى البعض ان نظرية أعمال السيادة ذات منشأ قضائي، فهي من خلق مجلس الدولة الفرنسي، والذي ابتدعها أول مرة في حكمه الصادر في ١٨٦٧/٥/٩ في قضية Du deaumale في حين ان نظرية الحصانة القانونية انشأها المشرع، فهو الذي يحصن بعض القرارات الإدارية ويجعلها غير قابلة للمراجعة القضائية<sup>(٢)</sup>.

والواقع ان ما ذكر اعلاه هو الأصل، ويرد عليه بعض الاستثناءات، إذ قد ينص المشرع على ما يعتبر من قبيل أعمال السيادة كما فعل المشرع العراقي في قانون مجلس شورى الدول الذي ذكرناه سابقاً، بيد ان هذا الاستثناء لا يقاس عليه ويبقى الأصل هو المعول عليه.

ثانياً: من حيث المجال.

بعد فشل محاولات الفقه والقضاء في وضع مقياس محدد يرجع اليه في التعرف بأعمال السيادة، انعقد الاجماع في النهاية على ترك خاضعاً لتقدير القضاء على ان يكون هذا التقدير محصوراً في نطاق مجموعة محددة من الأعمال، وهي: الاعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان، والاعمال ذات الطبيعة الحولية، والأعمال الحربية الخارجية والأمنية الداخلية، اما ما عدا ذلك من الأعمال فلا يمكن

---

(١) Cyr cambier-droitadministraif- Bruxelles- 1968, P. 246-247.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله - المرجع السابق، ص ٥٦.



للقضاء البحث فيها لجعلها من قبيل اعمال السيادة وبخلافه يكون موقف القضاء عرضة للنقد والاستهجان من جانب الفقه.

وعلى ذلك يمكن القول عموماً بأن مجال تطبيق نظرية أعمال السيادة قابلة للتحديد، في حين لا يوجد معيار أو مقياس محدد لحصر مجال تطبيق نظرية الحصانة القانونية<sup>(١)</sup>. فالمشرع بغمكانه ان يضيف صفة الحصانة على أي قرار اداري وبغض النظر عن طبيعته أو انتمائه، وإذا لاحظنا الأمثلة الذي ذكرناها سابقاً، نجد انها من ميادين مختلفة ومتباينة، لا يوجد بينها قاسم مشترك يمكن من خلاله وضعها في خانة معينة من أعمال الحكومة.

ثالثاً: من حيث الباعث.

سنحاول هنا تمييز نظريتي أعمال السيادة والحصانة القانونية عن بعضهما من خلال بيان مدى اختلاف الباعث المكون لكليهما، ويقصد بالباعث في هذا المجال الدافع الرئيسي لابتكار نظرية اعمال السيادة أو الهدف من وراء الأخذ بها، وكذلك بالنسبة للحصانة القانونية للقرارات الإدارية ويجعلها نهائية.

والواقع فيما يتعلق بالباعث من وراء ابتكار نظرية اعمال السيادة، نجد ان هناك العديد من وجهات النظر في هذا المجال، فهناك من يذهب الى ان الباعث من ابتكار نظرية أعمال السيادة هو باعث التاريخي يعود الى زمن إنشاء مجلس الدولة الفرنسي والذي اتبع سياسة قضائية امتازت بالمرونة والحكمة بغية احتواء المخاطر التي كانت تهدد وجوده وتجعله عرضة للزوال. فبعد عودة الملكية الى فرنسا في عام ١٨١٤ سعت الحكومة في حينه الى الغاء مجلس الدولة الفرنسي بغية القضاء على أية محاولة لفرض الرقابة على اعمالها، لاسيما وان هذا المجلس يمثل مظهراً من مظاهر الجمهورية الفرنسية في زمن نابليون العدو للدود للملكية. وعلى أثر ذلك سعى مجلس الدولة الفرنسي بالمقابل الى مجاملة الحكومة بغية المحافظة على كيانه، فابتدع نظرية أعمال السيادة واستبعد من رقابته جانباً من أعمال الحكومة والتي قد يؤدي فرض الرقابة عليها الى اثاره حفيظتها، ولكنه بالمقابل حافظ على

---

(١) د.علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ١١٣.

وجوده وعلى رقابته لما تبقى من أعال الحكومة<sup>(١)</sup>، والحقيقة ان هذا الطرح لا يمكن ان يمثل باعثاً مقبولاً لتبرير نظرية اعمال السيادة، فإذا قبل في فرنسا فإنه لا يقبل في بقية الدول التي تأخذ بهذه النظرية، كما ان الوضع في فرنسا تغير الآن فلا ملكية ولا دكتاتورية فلماذا بقيت هذه الأعمال لحد الآن.

ونتيجة لما تقدم ظهرت أفكار أخرى في هذا الصدد، إذ يرى جانب آخر من الفقه بأن نظرية أعمال السيادة تقوم على اعتبارات سياسية، تتمثل في رغبة مجلس الدولة الفرنسي بعدم التدخل في رقابة أعمال السلطة التنفيذية ذات الطابع السياسي، إذا لابد من ان تكون هذه الأعمال خاضعة لرقابة ذات طابع سياسي أيضاً. وترتب على ذلك اتخاذ مجلس الدولة الفرنسي بمعيار الباعث السياسي كوسيلة للتمييز بين اعمال السيادة واعمال الإدارة الأخرى، إذ ان السلطة التنفيذية تمارس نوعين من الوظائف الأولى حكومية والثانية إدارية، وهي تمارس أعمالها وتتخذ قراراتها واجراءاتها استناداً الى إحدى هاتين الصفتين، فتمارس وظيفتها اما باعتبارها حكومة أو باعتبارها إدارة، وفي الحالة الأولى تصطبغ أعمالها بالصيغة السياسية، فتخرج من نطاق الرقابة القضائية، وتدخل في نطاق الرقابة السياسية<sup>(٢)</sup>.

ونعتقد ان هذا التبرير هو الأكثر قبولاً، والذي استندت اليه الأنظمة التي تأخذ بنظرية أعمال السيادة سواء في فرنسا أو غيرها من الدول.

كما ذهب اتجاه آخر من الفقه الى ان اعمال السيادة تصدر عن سلطات لا تخضع اعمالها لرقابة القضاء وإنما تخضع الى رقابة من نوع خاص، والسبب في ذلك يعود الى طبيعة السلطة التي اصدرته، فإذا كانت السلطة التشريعية هي المختصة باعلان الاحكام العرفية مثلاً، فلا يمكن الطعن قضائياً بأعمالها، وإذا كان رئيس الجمهورية هو المختص باتخاذ مثل هذا القرار، فإن البرلمان هو الجهة المختصة بالنظر في مدى مشروعية قراره هذا. وبذلك تكون رقابة القضاء غير

---

(1) M.Hauriou-droit administratif et droit public- Paris, 1911- P.81.

(2) Elaferriere- Traite- de la jurisdiction administrative et recours contnieux- Paris- 1896 Tome 2- P, 3 ers.

مجدية بالنظر الى ان رقابة البرلمان توفر الضمانات الكافية للأفراد كما ان القضاء لا يملك حق النظر في مدى مشروعية اعمال السلطة التشريعية<sup>(١)</sup>.

والواقع ان هذا القول يصدق في فرنسا، حيث يمنع على القضاء مراقبة اعمال اسلطة التشريعية، إذ ان المجلس الدستوري هو امختص بالنظر في مدى دستورية القوانين المشرعة من قبل البرلمان، أما الدول الأخرى فلا يمكن تبرير أخذها بنظرية اعمال اسيادة وفق ما ذكره اعلاه.

وعلى الرغم مما ذكر من تبريرات، فنعتقد نها غير مقبولة، إذ يتوجب خضوع اعمال الحكومة كافة للرقابة ضمانا للحقوق والحريات.

اما بالنسبة ال بالباعث الدافع لابتكار نظية الحصانة القانونية للقرارات الإدارية فان النظم التي تأخذ بها تتذرع بذرائع واهية لا يقبلها العقل والمنطق، إذ قيل ان الباعث للاخذ بهذه النظرية هو تمكين الادارة من ممارسة مهامها بسرعة واتقان، وتذليل أي صعوبات تقف في طريقها، إذ قد يؤدي سبيل مخاصمة الادارة قضائياً الى عرقلة نشاطها، أو على أقل تقدير الابطاء في الاجراءات المتخذة من قبلها لتنفيذ مهامها ومسؤوليتها، والسبب في ذلك يعود الى بطئ اجراءات التقاضي وطولها<sup>(٢)</sup>.

بيد ان هذا التبرير غير مقبول اطلاقاً، إذ ان بطء اجراءات التقاضي لا يبرر عدم امكانية الطعن في قرارات وتصرفات الادارة، أي بمعنى آخر لا يبرر عدم امكانية محاسبة الادارة عن الأخطاء التي ترتكبها وتحصين اعمالها من الطعن القضائي وبالتالي مصادرة حق الأفراد في مخاصمة الادارة قضائياً.

كما ان مخاصمة الادارة قضائياً لا يؤدي بالضرورة الى وقف تنفيذ أعمالها أو قراراتها وذلك ان القانون حدد وقف التنفيذ في حالات معينة ولأسباب مشروعة على عكس الأسباب غير امشروعة للتحصين، وذلك حينما يقود التنفيذ الى آثار يصعب تداركها في حال وقوعها.

---

(١) L. Duguit- Traite de droit consitutionnel- Paeis- A. 1-F- 1923 Tome 2- P. 259.

(٢) د. علي خنار كناوي، المرجع السابق، ص ١١٤.

فمثلاً قانون انضباط موظفي الدولة في العراق لا ينص على امكانية وقف نفاذ قرارات مجلس الانضباط بحق الموظفين في حال الطعن بها، وبذلك فان اصفاء صفة النفاذ لبعض هذه القرارات يمنع من امكانية الأخذ بالتبرير اعلاة<sup>(١)</sup>.

كما ان قانون محكمة العدل الأردنية يحصر امكانية وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، في حال تعذر امكانية تدارك الآثار المترتبة عليه في حالة نفاذه<sup>(٢)</sup>.

ونعتقد ان الباعث من تحصين بعض القرارات الادارية يعود الى امرين، الأول هو رغبة المشرع في اصفاء الهيبة والخزم على التصرفات التي تتخذها الادارة، سواء في نطاق التأديب الاداري أو في نطاق اتخاذ القرارات الادارية الأخرى، بيد ان هذا المسلك يقود الى انتهاك خطير لحق التقاضي، ونعتقد ان الآثار السلبية تفوق ما يتوقعه المشرع من وراء اصفاء صفتي الهيبة والخزم للادارة.

أما الأمر الثاني فهو سياسي، إذ ان املاحظ ان اغلبية النظم التي تقر بنظرية التحصين التشريعي للقرارات الإدارية، هي نظم بوليسية تعمل على ضمان مصلحة السلطة الحاكمة بداية، لذا فهي تحصن مثلاً القرارات اتي يصدرها رئيس الجمهورية أو التي تصدر تنفيذا لتوجيهاته<sup>(٣)</sup>.

ومن خلال ما تقدم نرى ان اتبريرات التي سيقى لتبرير نظرية التحصين التشريعي للقرارات الادارية، غير مقبولة وغير مشروعة، عليه يتوجب اخضاع اعمال الادارة كافة لرقابة القضاء ضمانا لحقوق الأفراد وحيرياتهم وضمان لتحقيق دولة القانون.

وأخيراً ولي آخراً، نجد ان اختلاف الباعث في النظريتين هو اختلاف في الدرجة لا في الطبيعة، فكلما كانت القرارات المحصنة قريبة من موقع السلطة، وصفت بانها اعمال سيادة، وكلما ابتعدت وصفت بأنها قرارات محصنة تشريعياً.

**رابعاً: من حيث النتائج.**

---

(١) انظر: قانون الانضباط رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ .١

(٢) انظر: المادة ٢٠ من القانون رثم ١٢ لسنة ١٩٩٢ .٢

(٣) أنظر: المادة (٧/خامساً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩.

تتباين النتائج المترتبة على الأخذ بكل من النظريتين كما ان النتائج المذكورة تختلف باختلاف النظم القانونية.

ففي فرنسا قرر مجلس الدولة المكانية المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن اعمال السيادة مستنداً في ذلك الى نظرية المخاطر وتحمل التبعة، وقرر في حكمه الصادر في ١٩٦٦/٣/٣٠ المكانية تعويض الاضرار المترتبة على تنفيذ المعاهدات والاتفاقيات الدولية. وبذلك فان المجلس المذكور حصر نطاق العمل باعمال السيادة في منع الغاء مثل هذه الاعمال واجاز المطالبة بتعويض الأضرار الناتجة عنها في بعض الحالات<sup>(١)</sup>.

أما في العراق فان قانون مجلس شورى الدولة جاء بمنع مطلق للنظر في مشروعية اعمال السيادة، كما ان الواقع القضائي الحالي لا يشير الى أي تقدم، وبذلك فان هذه الاعمال محصلة من الالغاء أو التعويض.

وفي الأردن فان الواقع القانوني والقضائي مازال يضيف الحصانة المطلقة على اعمال السيادة من الرقابة القضائية بنوعها الالغاء والتعويض<sup>(٢)</sup>.

اما بالنسبة للنتائج المترتبة على الأخذ بنظرية الحصانة القانونية للقرارات الإدارية فان القاعدة العامة في هذا المجال هي تحصين القرارات الادارية من أي طعن قضائي الغاء أو تعويضاً، واحياناً قد يمتد المنع ليشمل الرقابة الادارية أيضاً.

---

(١) عثمان خليل، مجلس الدولة، القاهرة- ١٩٥٦، مطبعة مصر، ص ١٦٨ وما بعدها.

(٢) د.علي خاطر شطناوي، المرجع السابق، ص ٩٥.

## المبحث الرابع

### مدى دستورية القوانين المحصنة للقرارات الادارية

قد تنص الدساتير على بعض النصوص المتعلقة بحق التقاضي ومنها ما يكفل هذا الحق بشكل مباشر ويمنع انتهاكه، وهذا ما جرت عليه العادة في الدساتير، ومنها احياناً والى جانب النصوص المذكورة آنفاً، قد ينص على عدم جواز تحصين القرارات الادارية من الطعن فيها.

فقد نص الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٩/ثالثاً) منه على ان (التقاضي حق مصون ومكفول للجميع) كما نص في المادة ١٠٠ منه على ان (يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن).

كما نص الدستور المصري لسنة ١٩٧١ في المادة (٦٨) منه على ان (التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء الى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا).

وفي مواجهة النصوص المذكورة والتي تؤكد قدسية حق التقاضي، وضمان اتاحة الفرصة للأفراد كافة للجوء الى القضاء، تبرز لدينا مسألة النصوص أو التشريعات المحصنة للقرارات الإدارية، فهذه النصوص وكما رأينا سابقاً، تمثل تجاوزاً على مبدأ حق التقاضي، فهي استثناء غير مبرر على فكرة خضوع اعمال الإدارة كافة لرقابة القضاء، وعليه لا بد من النظر في مدى دستورية مثل هذه التشريعات، وهل تمثل انتهاكاً للدستور، بحيث يتوجب اتخاذ الاجراءات القضائية التي تكفل سمو الدستور وصيانته من الانتهاك ؟

في العراق نص الدستور الدائم على تشكيل محكمة اتحادية عليا<sup>(١)</sup>، ومن بين اختصاصاتها، النظر في دستورية القوانين والأنظمة النافذة<sup>(٢)</sup>، وعليه فان المحكمة المذكورة هي المختصة في النظر بمدى دستورية التشريعات المحصنة للقرارات الإدارية، ونعتقد بأن نص المادة (١٠٠) من الدستور صريح وواضح، بحيث يتوجب

(١) انظر: المادة (٨٩) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥.

(٢) انظر: المادة (١٠/أولاً) من الدستور.

على المحكمة إلغاء أي تشريع يحصن أي قرار إداري من الطعن بحيث يجعله نهائياً لا مطعن فيه.

وعلى ذلك فإننا تحت المحكمة الاتحادية العليا باتخاذ الاجراءات اللازمة لتطبيق الاختصاصات سالفه الذكر، وإلغاء أي تشريع سابق أو لاحق على تشكيلها، ينص على تحصين بعض القرارات الإدارية من الطعن فيها.

كما تدعو المحكمة المذكورة الى تفسير نص المادة (١٠٠) سالفه الذكر بما يتفق وجوهر الدستور، وبما يحقق الحماية الكافية لضمان حق التقاضي لكل مواطن، بحيث يكون تفسيرها على أساس عدم جواز التحصين المسبق للطعن في القرارات أدارياً أو قضائياً.

أما في مصر فإن عجز المادة (٦٨) من دستور ١٩٧١ نص على (ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء) وبذلك فإن الدستور ضمن حق التقاضي ومنع اضعاف صفة الحصانة على أي عمل أو قرار إداري، وتعتقد ان نص الدستور المصري كان أكثر توفيقاً من نص الدستور العراقي، كونه نص على (رقابة القضاء) في آخره، أي أنه كان أكثر دقة في فرض رقابة القضاء على اعمال وتصرفات الادارة كافة.

كما ان القانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٢ المتعلق بإلغاء موانع التقاضي التي وردت في بعض القوانين الغي النصوص القانونية المحصنة لبعض الأعمال كقوانين الإصلاح الزراعي، وقوانين الضرائب، وقانون تنظيم الجامعات، والقانون الخاص بالسلكين الدبلوماسي والقنصلي، وقانون اعاقة المصابين باضرار الحرب.

وعليه فإن الفقه المصري يرى بأن النص الدستوري اعلاه، يجعل أي تشريع يحصن اعمال أو قرارات الإدارة من الطعن قضائياً، هو تشريع مخالف للدستور<sup>(١)</sup>.

وعليه قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر (بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٣ .. فيما تضمنه من عدم اجازة الطعن

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

في قرارات نقل وندب رجال القضاء والنيابة العامة أمام الدوائر المتخصصة ..  
بالفضل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم<sup>(١)</sup>.

وقد أيد جانب من الفقه ما ذهب إليه المحكمة الدستورية العليا، واعتبر أن  
المادة (٨٣) من قانون السلطة القضائية وتعديلها، مخالفة للمادة (٦٨) من الدستور  
التي تمنع تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن فيه قضائياً<sup>(٢)</sup>.

كما أن المحكمة الدستورية العليا وفي نفس الحكم حكمت (بعدم دستورية الفقرة  
الأولى من المادة ١٠٤ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة  
١٩٧٣ فيما تضمنته من عدم اجازة الطعن في قرارات نقل وندب رجال مجلس الدولة  
أمام الدائرة المختصة بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي  
شأن من شؤونهم).

وعلى الرغم مما تقدم نجد أن البعض ينتقد وبشدة ما نصت عليه المادة (٧٦)  
من الدستور المصري، والتي نص في تعديلها على جعل قرارات لجنة الانتخابات  
الرئاسية محصنة من الطعن فيها (بأي طريقة وأمام أي جهة) بما فيها القضاء. وقد  
حثت المحكمة الإدارية العليا المشرع على إعادة النظر بجدية في نص المادة (٧٦)  
بحيث ترجع إلى النص العام والمبادئ المستقرة في شأن عدم تحصين أي قرار إداري  
من رقابة القضاء.

هذا وقد كانت محكمة القضاء الإداري (أول درجة) قد أصدرت حكماً بوقف  
تنفيذ قرارين للجنة الانتخابات الرئاسية ودعت في نفس الوقت المشرع الدستوري إلى  
تعديل المادة (٧٦) من الدستور بحيث تعود إلى بالمبادئ الدستورية المستقرة. بيد أن  
الحكم المذكور ألغى بقرار من المحكمة الإدارية العليا بالنظر لعدم اختصاصها في  
هذه الدعاوى استناداً إلى نص تعديل المادة (٧٦) من الدستور.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية دستورية بجلسة ١٦ من  
مايو سنة ١٩٨٢، الأحكام والقرارات التي أصدرتها المحكمة، الجزء الثاني، ص ٥٠ وما  
بعدها.

(٢) د. محمود محمد حافظ- القضاء الإداري في القانون المصري والقانون، دار النهضة العربي،  
القاهرة ١٩٩٣، ص ٢٣٩.



أما في الأردن فقد استقرت أحكام محكمة العدل العليا على دستورية القوانين المحصنة للقرارات وعدم مخالفتها للدستور أستاذاً الى ان المادة (١٠٠) من الدستور تمنح المشرع العادي الصلاحية والاختصاص في تحديد أنواع المحاكم ودرجاتها وأقسامها واختصاصها وكيفية ادارتها، وذلك بقانون، كما قضت بأن المقصود بمصادرة حق التقاضي هو المصادرة المطلقة لهذا الحق، أي حرمان الناس كافة من الالتجاء الى القضاء لطلب الانصاف، اما مجرد تحديد اختصاصات القضاء بالتوسيع والتضييق، فانه لا يعتبر مصادرة لحق التقاضي بالمعنى المتقدم، وانما هو اجراء دستوري، إذ ان الدستور قد نص في المادة (١٠) على ان القانون هو الذي يعين جهات القضاء ويحدد اختصاصاتها على اعتبار أنه يتقيد بالزمان والمكان ويستثناء بعض الخصومات.

بيد ان الموقف المذكور لاقى انتقاداً شديداً من جانب العديد من الفهاء والذين لم يجدوا مبرراً مقبولاً له<sup>(١)</sup>.

### المبحث الخامس

**الآثار القانونية المترتبة على تحصين القرارات الإدارية من الطعن فيها قضائياً**  
تكتسب القرارات الإدارية المحصنة من الطعن القضائي صفة البتات والنهائية، فتصبح غير قابلة للمراجعة القضائية بأي شكل من الأشكال، وبذلك فانها تكتسب صفة حجية الأمر المقرر به، ويرد الطعن فيها شكلاً، وقبل الدخول في أساس الدعوى.

---

(١) انظر: د. عادل الجباري - مدى دستورية النصوص التشريعية التي تحصن قرارات ادارية- نقابة المحامين الأردن - ٢٠٠١، ص ٦٧.

## المطلب الأول

### اكتساب القرار المحصن صفة البتات والنهائية

إذ ان القرار المذكور يصبح بمنأى عن رقابة السلطان القضائية بأنواعها المختلفة (الإدارية والدستورية والعادية) وينفذ مباشرة وبغض النظر عن القواعد الأساسية المستقرة والمتعلقة بنفاذ القرارات الإدارية وسريانها. فالأصل هو ان نفاذ القرار الإداري يخضع لقاعدة (النفاذ الذاتي والفوري للقرار الإداري والتي تعني ان صدور القرار الإداري بشكله الصحيح والمتكامل لأركانه وشروطه والمصادق عليه من الجهات المختصة بذلك يعتبر كافياً لاعتباره نافذاً من الوقت الذي تحققت فيه أركانه وشروطه واجرائاته، ودون الحاجة الى اتخاذ أي إجراء آخر وهذا بشرط ان لا يكون مشوباً بعيب جسيم يفقده صفة القرار الإداري<sup>(١)</sup>. على ذلك فان القرار الإداري يعتبر نافذاً إذا ما تحقق أركانه وشروطه واجرائاته المختلفة وينعدم هذا الوصف على القرار إذا ما كان مشوباً بيب جسيم، بيد أنه وفي نطاق القرار الإداري المحصن فان القرار المذكور يعتبر نافذاً حتى لو كان مشوباً بعيب جسيم إذ انه يضرب بعرض الحائط القاعدة المذكورة اعلاه ويمكن ان ينفذ رغم فقدانه لو كان أو أكثر بحيث يشوبه عيب جسيم.

ومن جانب آخر فان من القواعد العامة المستقرة لدى الفقه والقضاء الإداريين قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية والتي تعني عدم امكانية نفاذ القرار الإداري على أوضاع أو وقائع سابقة لصدوره وانما ينبغي نفاذه للمستقبل فقط وذلك لاعتبارات معينة كعدم تجاوز الاختصاص الزامي لصاحب القرار على سلفه واحترام الحقوق المكتسبة وضمان استقرار المعاملات والمراكز القانونية. رغم ذلك فان هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة كورود نص قانوني يسمح بالأثر الرجعي للقرار أو تطبيق القرارات الاصلح للمتهم لاسيما بالنسبة للقرارات التأديبية<sup>(٢)</sup>، وعلى الرغم من

---

(١) نواف كنهان - قانون الإداري - كتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - ٢٠٠٥، ص ٢٩١.

(٢) سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة - ١٩٨٤، ص ٣١٩ - ٣٢٤.

القاعدة المذكورة الا أننا نجد ان القرار المحصن يجد طريقة الى التنفيذ سواء بالمستقبل أو باثر رجعي الى الماضي من دون رادع يردعه بحيث يوقف نفاذه بالنسبة للماضي فهو محصن من الرقابة بكل أنواعها وبذلك يفلت من ضمانات تطبيق القاعدة المذكورة المتمثلة بالرقابة القضائية أو غيرها. كما ان نفاذه بهذا الشكل يقود بالضرورة الى تجاوزه المبررات كافة التي من أجلها استقرت قاعدة عدم رجعية القرارات الادارية.

### المطلب الثاني

#### رد الطعن في القرار المحصن من الناحية الشكلية وقبل الدخول في الموضوع

يترتب على تحصين القرار الاداري من اطعن فيه قضائياً، عدم قدرة القضاء على فحص مشروعية القرار المذكور والسبب في ذلك يعود إلى التزام القضاء برد الطعن في القرار المحصن لعدم اختصاصه وقبل البحث في موضوع الطعن من حيث الدخول في دعوى المدعي واسانيدته القانونية. وعلى ذلك يمكن ان يصدر القرار الإداري معيباً وينفذ دون امكانية مراجعته وفحص مدى مشروعيته، فالقضاء عادة ما يرد الطعن في مثل هذه القرارات لعدم الاختصاص وهذا الرد ذا طبيعة شكلية يسبق الدخول في أساس الدعوى.

فقد قضت المحكمة الادارية العليا في مصر بعدم اختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر الطعون المتعلقة بالأحكام التي يصدرها مجلس تأديب القضاء المشكل وفقاً للمادة (٩٨) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ الذي يختص بتأديب القضاة بجميع درجاتهم. ولا يجوز الطعن في الأحكام التي يصدرها في الدعوى التأديبية بأي طريق وفقاً للمادة ١٠٧ من القانون<sup>(١)</sup>.

كما ان مجلس الانضباط العام عندنا وفي ظل قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١، رد الطعن بقرار فرض عقوبة لفت النظر والانذار وقطع

---

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٢١٣.

الراتب، لعدم اختصاصه كونها عقوبات باته، كما نصت عليها المادة (١١/رابعاً) من القانون<sup>(١)</sup>.

كذلك قضت محكمة العدل العليا الأردنية برد الطعون المقدمة بشأن القرارات المحصنة، لعدم اختصاصها. فقد قررت بان (مجلس الوزراء هو المرجع المختص للفصل في الأمور المنصوص عليها في المادة الثامنة المشار إليها، وان قراره بشأنها يعتبر محصناً قطعياً، غير قابل للطعن لدى أي جهة قضائية أو الادارية فان ما يبنى على ذلك ان قرار مجلس الوزراء بعد الموافقة على شراء المائتي دونم من الشركة الجديدة، يعتبر قراراً قطعياً محصناً من الطعن بدعوى الالغاء وبالتالي فلا تملك هذه المحكمة صلاحية النظر في طلب الغائه)<sup>(٢)</sup>.

ومما تقدم يمكن القول ان رد الطعن في القرار المحصن هو رد شكلي يسبق الدخول في أساس الدعوى، وبذلك يلفت القرار المعيب من فحص المشروعية ويرتب اثاره القانونية مما يضر بمبدأ المشروعية وخضوع الادارة للقانون.

## المبحث السادس

### نظرة القضاء الى القرار الإداري المحصن من الطعن

ان رقابة القضاء على اعمال الادارة، تعتبر من أهم أنواع الرقابة، بالنظر لما يتمتع به القضاء من استقلال وحياد وضمانات قانونية، إذ ان وظيفته هي فض المنازعات وتحقيق العدالة عن طريق أحكامه المتمتعة بحجية الأمر المقضي به باعتبارها عنواناً للحقيقة.

ومن هنا جاءت القاعدة العامة في نظرة القضاء الى القرارات الإدارية المحصنة بكونها تمثل انتهاكاً لمبدأ المشروعية وخرقاً لجولة القانون. لاسيما وانها تعتبر أكثر خطورة من نظرية أعمال السيادة، كون الأخيرة يمكن تحديدها على الأقل، في حين ان نظرية الحصانة القانونية للقرارات الإدارية غير مقيدة بنطاق

---

(١) د.غازي فيصل مهدي- شرح احكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي، رقم

١٤ لسنة ١٩٩١، المكتبة الوطنية، بغداد - ٢٠٠١، ص ٨٧.

(٢) د.علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ١٢٣.

معين، وانها تمثل جبروت الدولة وتحكمها عن طريق منع اللجوء الى القضاء في شأن بعض اعمال الإدارة.

وعلى الرغم مما تقدم، فان موقف القضاء جاء ضعيفاً في بعض الحالات، لاسيما بالنسبة لأقضية التي ترعرت في ظل التسلط والدكتاتورية.

فقد وقف مجلس الدولة الفرنسي بوجه نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون الصادر في ١٢/٥/١٠٤٣ والتي نصت على أنه (لا يمكن ان يكون منح الامتياز محلاً لأي طعن اداري أو قضائي).

وذكر المجلس بان النص المذكور لا يستبعد اطعن بقرار منح الامتياز بدعوى تجاوز السلطة لدى مجلس الدولة. فهي دعوى متاحة وممكنة ضج أي قرار اداري دون الحاجة الى نص تشريعي عليها بهدف ضمان احترام مبدأ المشروعية وفقاً للمبادئ العامة للقانون.

وبذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي، ورغم وضوح النص اعلاه بأنه لا يستبعد امكانية الطعن بالغاء القرار الاداري، وانما يستبعد التظلم الاداري فقط.

وعلى ذلك استقر القضاء الاداري الفرنسي على ان القوانين والتشريعات المحصنة للقرارات الإدارية، لا تستبعد الطعن القضائي فيها، لاسيما دعوى تجاوز حدود السلطة أو دعوى النقض<sup>(١)</sup>. وفي مصر فإن محكمة القضاء الاداري قضت بتمكين منظمات المجتمع المدني من الاشراف على الانتخابات، خلافا لقرار لجنة الانتخابات التي جعلها نص المادة ٧٦ من الدستور المصري، محصنة في قراراتها من الطعن بأي طريقة وامام أي جهة بما فيها القضاء.

بيد ان المحكمة الادارية العليا ألغت قرار محكمة القضاء الاداري المذكور اعلاه ودعت في نفس الوقت المشرع المصري الى تعديل المادة ٧٦ من الدستور<sup>(٢)</sup>. وبذلك نجد ان القضاء الإداري المصري، ورغم موقفه الداعي إلى الغاء التشريعات المحصنة للقرارات الادارية الا أنه كان متردداً في مرفقه هذا، ولم يكن بقوة مجلس الدولة الفرنسي.

(١) انظر: د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٧.

(٢) كزقه شبكة الانترنت - العربية نت - الثلاثاء ٦/٩/٢٠٠٥.

من جانب آخر، لم نجد للمحكمة الدستورية العليا في مصر أي دور في هذا الشأن فهي لم تحرك ساكنا لبيان رأيها، كما ان الأمر المستغرب منه، هو وجود تعارض دستوري واضح في الدستور المصري، ففي الوقت الذي تمنع فيه المادة ٦٨ منه تحصين أي قرار اداري، نجد تعديل نص المادة ٧٦ منه يحصن قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية.

وعلى ذلك ندعو المشرع الدستوري المصري الى حل هذا التناقض، ويكون في صالح الغاء نص المادة ٧٦ منه كما ندعو المحكمة الدستورية الى لعب دورها في هذا الشأن.

وفي العراق، فان مجلس الانضباط العام لم يستقر في قضائه بشأن نص المادة (١١/رابعاً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١، والتي جعلت عقوبات لفت النظر والإنذار وقطع الراتب التي يفرضها الوزير أو رئيس الدائرة بأنه لا مطعن فيها، وهذا الحكم مطابق لما نصت عليه المادة التاسعة عشرة من قانون الانضباط لسنة ١٩٣٦ الملغى<sup>(١)</sup>.

فقد قرر المجلس بأن العقوبة الصادرة وفق المادة التاسعة عشرة من قانون الانضباط لسنة ١٩٣٦ تكون قطعية ولا يجوز الاعتراض عليها أمامه بشرط ان تكون صادرة من موظف مخول بفرضها<sup>(٢)</sup>.

وفي قرار آخر له قضى بأن عقوبة الإنذار تعد قطعية لذا رد الاعتراض الا انه وجد ان العقوبة المفروضة بحق المعترض لا تستند إلى تحقيق اصولي وفق ما أوجبه المادة التاسعة عشر من القانون، مما يخل بصحة فرض العقوبة ويقتضي اجراء مثل هذا التحقيق، لذلك اعاد المجلس القضية الى الجهة المختصة<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر: د. غازي فيصل مهدي، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٢) انظر: القرار المرقم ٩٧٩/٢٥٦ في ١٥/٨/١٩٧٩، مجلة العدالة، ع ٤٤، س ٥-١٩٧٩، ص ١١١٧.

(٣) انظر: القرار المرقم ٨٢/٢٦ في ٢/٩/١٩٨٢، مجموعة الاحكام العدلية، ع ٣، ص ١٣-١٩٨٢، ص ١٢٧-١٢٨.

بيد ان موقف مجلس الانضباط العام سرعان ما تراجع فرغم قراراته السابقة الداعمة لعدم تحصين القرارات الإدارية من الطعن فيها، وهذا طبعا من خلال فرض رقابته على مثل هذه القرارات الادارية من الطعن فيها. الا انه عاد وفي ظل قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ ليواتر قراراته على الالتزام حرفيا برد الطعون في قرارات فرض عقوبات لفت النظر والانذار وقطع الراتب<sup>(١)</sup>.

وعلى ذل كنجد مجلس الانضباط العام عندنا مثالا لتردد القضاء عموما في الوقوف بوجه القرارات الادارية المحصنة، والان ندعو المحكمة الدستورية العليا الى الغاء النصوص القانونية المحصنة للقرارات الادارية من اطعن فيها كافة لاسيما في الوضع الدستوري الحالي الذي يمنع تحصين مثل هذه القرارات.

### الخاتمة

تمثل نظرية الحصانة القانونية للقرارات الادارية خروجاً على مبدأ حق التقاضي إذ في ظلها تقلت بعض القرارات الادارية من رقابة القضاء، الغاء وتعويضاً ودونما مبررات مقبولة.

بل ان هذه النظرية اخطر في انتهاكها لمبدأ المشروعية من نظرية اعمال السيادة فهذه الأخيرة وجدت لها بعض التبريرات السياسية والتاريخية وما شابه، وان كانت هذه التبريرات واهنة، الا ان تحصين بعض القرارات الادارية جاء دونما سبب أو مبرر مقبول، كما ان اعمال السيادة يمكن تحديدها وحصرها الى حد ما، على عكس ما يفعله المشرع حينما يحصن بعض اقرارات الإدارية ودون قيد أو شرط.

كما ان هذه النظرية تمثل امتداداً خطيراً لنظرية اعمال السيادة ورغم الاختلافات الظاهرة بينهما، الا اننا نعتقد بانهما يختلفان الدرجة فحسب لا في الطبيعة، فكلاهما يمثلان ضرباً من ضروب ممارسة اساليب الدولة البوليسية بيد انهما يختلفان من حيث قريهما أو بعدهما من موقع السلطة. فكلما كانت القرارات

---

(١) انظر: قرارته المرقمة ٩٩٧/٥٤ و ٢٠٠٠/١٤٨ والمؤرخة على التوالي ١٩٩٧/٢/١٢ و ٢٠٠٠/٩/١٧ (غير منشورة).

المحصنة قريبة من موقع السلطة، وصفت بانها اعمال سيادة، وكلما ابتعدت وصفت بانها قرارات محصنة تشريعياً.

كذلك فان هذه النظرية مرتبطة بطبيعة نظام الحكم في الدولة ومدى تشبع مؤسساته الدستورية بمبادئ الديمقراطية، إذ تنص بعض الدساتير على عدم جواز تحصين القرارات الادارية، بيد ان قوانينها تقوم بانتهاك هذا النص، فيصبح كأنه لم يكن بل ان بعض الدساتير قد تتضارب نصوصها في هذا الشأن كما حصل مع الدستور المصري ١٩٧١.

وأخيراً فاننا ندعو الى الغاء نصوص القوانين كافة التي تعمل على تحصين بعض القرارات الادارية من المراجعة القضائية، فالادارة غير معصومة من اخطاء، ولا بد من وجود نظام يضمن حماية حقوق الأفراد تجاه الادارة، وهنا يبرز دور القضاء في الرجاء الأمور الى نصابها.

## المصادر

### أولاً: باللغة العربية

- ١- د. علي خاطر شطناوي- موسوع اقضاء الاداري- الجزء الأول- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤
- ٢- د. عبد الغني بسيوني عبد الله- القضاء الاداري- الطبعة الثالثة- منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٦
- ٣- الاستاذ فؤاد مهنا- اعمال السيادة والاعمال الادارية ومدى رقابة القضاء على كل منهما- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية- السنة الثانية- العدد الأول- ١٩٤٥
- ٤- د. عثمان خليل- مجلس الدولة- القاهرة ١٩٥٦- مطبعة مصر.
- ٥- د. محمود محمد حافظ- القضاء الاداري في القانون المصري والمعاصر- دار النهضة العربية- ١٠٨٧
- ٦- د. محمود محمد حافظ- القضاء الاداري في الأردن- منشورات الجامعة الأردنية- عمان، ١٩٨٧



- ٧- د. عادل الحيارى - مدى دستورية النصوص التشريعية التي تحصن قرارات  
إدارية - نقابة المحامين الأردنيين.
- ٨- د. نواف كنعان - القانون الإداري - الكتاب الثاني - دار الثقافة للنشر والتوزيع -  
عمان - ٢٠٠٥.
- ٩- د. سليمان الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - دار الفكر  
العربي - القاهرة - ١٩٨٤.
- ١٠- د. غازي فيصل مهدي - شرح أحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع  
الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ - المكتبة الوطنية - بغداد - ٢٠٠١.
- ثانياً: باللغة الفرنسية.

- 1- Gystavepeiser – Droit administratif – 19 edition Dalloz – 1998.
- 2- Cyr Canbier – droit administratif – Bruxelles – 1968.
- 3- M. Hauriau – droit administratif et droit public – Paris – 1911.
- 4- Elaferriere – Traite – de la jurisdiction administrative et  
recours contentieux – Paris – Tome 2 – 2896.
- 5- L. Duguit – Traite de droit constitutionnel – Paris – A- 1 – F-  
1923 – Tome 2.

## عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال

الدكتور

سلام منعم مشعل

كلية الحقوق/جامعة بغداد

### خلاصة

لم تجز القوانين القديمة ورود العقود الا على الأشياء المادية، بمعنى آخر ان الأشياء المعنوية والخدمات لم يكن بمقدور الأشخاص ان يتعاقدوا على ان تكون محلا في عقد ما، ولكن بتطور المجتمعات أمسى باستطاعة الأشخاص إبرام عقود تكون الخدمة هي الدافع الرئيس للتعاقد، ومن هنا فإن عنوان بحثنا الموسوم ب (عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال) يدور حول هذا الأمر، فالخدمات التي ترد عليها هذه العقود لم تظهر الا في عهد ليس بالبعيد، الى جانب ذلك ان الشركات التي تقدم هذه الخدمات - وهي متخصصة في هذا المجال - لا تخضع لأي تقييد قانوني، إذ يلاحظ غياب التنظيم القانوني الخاص لعمل هذه الشركات حيث تبقى العقود التي يبرمها العملاء معها محكومة بالقواعد العامة ولا سيما في ظل النظام القانوني العراقي الذي يفتقر الى قانون خاص في هذا السياق ينظم عملها وينظم عملها ويحدد حقوقها وواجباتها.

### Abstract

The address of our study is "the contract of providing of telecom services", as we know persons can only contracted on material things or objective things, while the services they can not to be contracted on, thus with the development of societies, persons became possess the ability to contract on, not only objective things but also the services may be the contact. The goal of our research relates with the telecommunication services, especially mobile telecom. In Iraq this service can be described as a modern service in the Iraqi legal system which

is poor to private rules regulates these kind of services and contract such kind, therefore we deal with this problem by classifying the research in to two chapters, first chanter deals with the definition of this type of contract and its characteristics, while the second chapter relates with the legal nature of the contract and its effects.-

## مقدمة

العقد باعتباره مصدراً من مصادر الالتزام مر بمراحل تطورات مختلفة الى ان استقر بشكل واضح في ظل القوانين الحديثة، إذ أنه (أي العقد) لم يكن يرد في القوانين القديمة الا على الأشياء المادية أما الحقوق المعنوية أو الأموال المعنوية فلم يعترف بصحة العقود اتي ترد عليها، بل أكثر من ذلك ان العقود التي ترد على المنافع لم يعترف بصحتها أيضاً كما هي الحال بالنسبة لعقد الإيجار والمقولة وعقد العمل، حيث تم الإقرار بجوازها بعد سلسلة طويلة من التطور في المفاهيم القانونية. بيد ان الحال لم تستمر على هذا المنوال إذ شهدت الحياة القانونية العديد من التغيرات على صعيد الكثير من الأفكار القانونية وأصبح ما لم يكن جائزاً فيما مضى مسموحاً به وغير ممنوع ما دام أنه يدخل في الحدود التي رسمها القانون، وأضحت الحاجة الى تنظيم تشريعي للأفكار الجديدة أمراً ملحاً فظهرت القوانين الخاصة التي تعالج حالات بعينها، من جهة أخرى اصبحت العقود بما تمثله من مصدر رئيس في إنشاء الحقوق والالتزامات ترد على أموال ليست فقط مادية وانما أيضاً معنوية كما هي الحال بالنسبة لعقد الإيجار وعقد الترخيص وعقود المعرفة التقنية وعقود الاستشارات والعقود التي على شاكلتها.

وبالمعنى الاقتصادي فان ما يدخل في عملية الاستهلاك ليس السلع بمختلف أنواعها بل كذلك الخدمات التي يقدمها الأشخاص المتخصصون في مجال عملهم، فإذا ما انتقلنا من نطاق علم الاقتصاد الى علم القانون لوجدنا ان هذه الخدمات يصح التعاقد عليها باعتبار أنها يمكن ان تكون محلا في عقد ما، وهذا الأمر قاد

الى وجود عقود الخدمات التي تكون الخدمة التي يقدمها شخص معين هي الدافع الرئيس الى التعاقد.

وعقد تجهيز خدمة الهاتف النقال يعد من العقود الحديثة وهو أيضاً من العقود التي لم تحظ باهتمام من قبل الباحثين ولا سيما المتخصصين في المجال القانوني، لذلك ارتأينا بحث هذا الموضوع وخصوصاً في ظل التنظيم القانوني العراقي الذي يفتقد الى نصوص تشريعية خاصة في هذا المجال وانما بقي حال هذا العقد يبحث وينظم وفقاً للقواعد العامة التقليدية التي قد تكون غير كافية من أجل إعطاء وصف وفكرة واضحة عنه، وكان ديدنا هو تحقيق الغرض المتقدم وذلك في إطار خطة علمية وزعت على فصلين خصصنا الفصل الأول إلى تعريف عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال والذي قسمناه الى مبحثين تناولنا في المبحث الأول التعريف بهذا العقد أما المبحث الثاني فعرضنا فيه خصائص العقد، في حين كانت احكام العقد عنواناً للفصل الثاني والذي وزع على مبحثين أيضاً، المبحث الأول تناول أطراف العقد أما المبحث الثاني فكان مخصصاً للطبيعة القانونية للعقد.

وبعد فإن وفقنا في ما عرضناه من الأفكار السابقة فتلك عناية الله بعباده وان كانت الأخرى فخير ما نستجير به ﴿ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا﴾.

## الفصل الأول

### تعريف عقد تجهيز خدمات النقال

العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بالقبول الصادر من المتعاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه<sup>(١)</sup>، وهذا يعني ان اعقد ما هو الا توافق ارادتين وهاتان الارادتان هما اللتان تحددان ما ينطوي عليه هذا العقد مضمون ومن آثار حسبما يقضي به مبدأ سلطان الإدارة.

---

(١) انظر: المادة/ ٧٣ من القانون المدني العراقي.

وعقد تجهيز خدمة الهاتف النقال هو عقد شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر،  
بيد ان السؤال الذي يمكن ان يطرح في هذا المجال هو ما مفهوم هذا العقد وعلى  
ماذا ينطوي ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يلاحظ ان من العقود ما ينطوي على نقل الملكية من  
طرف الى طرف آخر<sup>(١)</sup>. ومنها ما تؤدي الى تمكين احد المتعاقدين من الحصول  
على منفعة المعقود عليه دون انتقال الملكية<sup>(٢)</sup>، ومن العقود أيضاً ما ينطوي على  
قيام أحد متعاقديها بتأدية أعمال معينة لمصلحة متعاقد آخر<sup>(٣)</sup>، كما ان هناك عقوداً  
تلتزم احد أطرافها بتقديم خدمات لمصلحة الطرف الآخر في العقد<sup>(٤)</sup>.

واستناداً لما تقدم ولأجل بيان مفهوم عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال فإننا  
سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في الأول التعريف بالعقد أما خصائص العقد  
فستكون عنواناً للمبحث الثاني.

## المبحث الأول

### التعريف بالعقد

بادئ ذي بدء لابد من الإشارة الى أن العقد ينطوي على التزام من قبل الطرف  
الأول فيه (وهو شركة الاتصالات) تجاه الطرف الثاني (وهو العميل أو المشترك أو  
المستهلك) يتمثل بتجهيزه (أي تجهيز العميل) بخدمة اشتراك بنظام البطاقة المدفوعة  
مقدماً<sup>(٥)</sup>، الا التساؤل الذي يمكن ان يطرح وبحق في هذا المقام هو ما طبيعة العقد  
الذي يلتزم به كل من طرفيه ؟

---

(١) أنظر: المادة/٥٠٨ و المادة/ ٦٠١ من القانون المدني العراقي.

(٢) كمل هي الحال بالنسبة لعقد الإيجار. انظر: المادة/ ٧٢٢ من القانون المدني العراقي؛ لمزيد  
من التفصيل أنظر: د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج- ١- البيع  
والإيجار، ط ٣، بغداد، ١٩٧٤، ص ٦.

(٣) انظر: المادة/ ٢٩ من قانون العمل العراقي النافذ.

(٤) وهو جوهر موضوع البحث الذي سنبيّنه لاحقاً.

(٥) انظر: نموذج العقد المبرم بين شركة الاتصالات والعميل الملحق بهذا البحث.

قد يبدو للوهلة الأولى ان الإجابة عن التساؤل المتقدم إجابة يسيرة لا تحتاج الى تعمق، غير ان الواقع ليس كذلك، فهذا العقد يثير إشكالاً معيناً يتعلق بمفهومه ومعناه، فهل الخدمة التي تلتزم شركة الاتصالات بتقديمها للعميل مستندة الى عقد بيع أم عقد إيجار، بمعنى آخر هل الملكية فيما يتعلق بهذا العقد تنتقل - أي ملكية الخدمة- من الشركة الى العميل أم ان حق العميل هو حق محدد بمدة معينة، هذا هو موضوع الخلاف بصدد مفهوم العقد، لذلك فإننا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الأول لفكرة البيع أما الثاني فسيكون لفكرة الإيجار.

### المطلب الأول

#### فكرة البيع

ان من الفقه من يشير إلى القول بأن عقد التجهيز في حقيقته ما هو الا عقد توريد، وعقد التوريد وفقاً لهذا التصور هو عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز شخص آخر ببعض الخدمات أو الأموال المنقولة عله دفعات متتابعة خلال فترة زمنية معينة لقاء ثمن أو اجرة متفق عليها<sup>(١)</sup>.

وإذا كان مفهوم عقد التجهيز ينصرف الى عقد توريد الخدمة فإن هذا الأمر يقتضي بالضرورة تعريف الخدمة، فعلى مستوى التشريع نجد ان قانون حماية المستهلك العماني رقم/ ٨١ لسنة ٢٠٠٢ ينص في المادة الأولى منه على (الخدمة كل عمل تقوم به جهة متخصصة مقابل اجر متفق عليه أو محدد أو بموجب تسعيرة معلنة)<sup>(٢)</sup>.

أما في العراق فيلاحظ ان قانون تنظيم التجارة رقم/٢٠ لسنة ١٩٧٠ قد عرف الخدمات وذلك في الفقرة/ ٨ من المادة الأولى منه والتي تنص على ان (الخدمات - كل شيء غير مادي ذي منافع اقتصادية لسد حاجات الجمهور أو دعم الاقتصاد

---

(١) انظر: د.باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، بغداد ١٩٨٧، ص ٦٣-٦٤؛ د.سميخة القليوبي، الوسط في شرح القانون التجاري المصري، ج-١، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١٣٢.

(٢) أما السلعة فقد عرفت ذات المادة أعلاه بأنها (السلعة: كل منتج صناعي أو حيواني أو تحويلي بما في ذلك العناصر الأولية والمواد والمكونات والمنتجات نصف المصنعة).

القومي كالنقل والمواصلات والتخزين أو ما يقدم للأفراد بمقابل أو بدونه كالخدمات التعليمية والصحية<sup>(١)</sup>، ومن جهة أخرى نجد ان هناك إشارة الى الخدمات باعتبارها عملاً تجارياً، حيث تنص المادة/ ٥ من قانون التجارة العراقي رقم/ ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على أنه (تعتبر الأعمال التالية تجارية إذا كانت بقصد الربح. ويفترض هذا القصد ما لم يثبت العكس). ثانياً: (توريد لبضائع والخدمات).

أما على مستوى الفقه فإنه يشير إلى ان عقد التوريد عبارة عن عمليات بيع متعاقبة، الا أنه يأخذ شكلاً خاصاً له أحكامه وأسسها التي تميزه عن عقد البيع بصورته التقليدية<sup>(٢)</sup>.

من جانب آخر يلاحظ ان المقصود بتوريد الخدمات هو التوريد الصناعي كتوزيع المياه والكهرباء والغاز وخدمات التلفون<sup>(٣)</sup>، أو هو العقد الذي يلتزم به المورد

---

(١) اما السلع فقد عرفتھا المادة اعلاه أيضاً وذلك في الفقرة/ ٧ والتي تنص على (السلع- كل شيء مادي لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون كالبضائع والمواد الخام والمنتجات الصناعية والزراعية والطبيعية والحيوانية والغذائية وسائر السلع والمنتجات الأخرى سواء كانت محلية أو مستوردة استيراداً دائماً ومؤقتاً أو عن طيق المرور عبر العراق. الترانسيت).

(٢) انظر: د.باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٦٤.

لقد اختلف الفقه في الطبيعة التجارية لعقد التوريد، إذ ذهب رأي الى القول ان التوريد لا يمكن اعتباره عملاً تجارياً إلا كان المتعهد (المورد) قد قام بعملية شراء للمواد التي تعهد بتوريدها، أي ان الشراء شرط أساسي لتجارية التوريد بانتقائه يعد عملاً مدنياً على أساس ان التوريد لا يعد سوى شراء بقصد البيع، بينما يرى اتجاه آخر في الفقه أنه لا يشترط في عقد التوريد لكي يكون تجارياً ان ينصب عل بتقديم سلع أو خدمات سبق ان اشتراها المورد، وانما يعتبر هذا العقد تجارياً طالما كان يتصف بالدورية في تقديم تلك السلع والخدمات، وهذا ويبدو ان الراجح لدى الفقه هو أنه لا ضرورة لاشتراط الشراء لتجارية عقد التوريد استناداً لإطلاق نص المادة/ ٥ من قانون التجارة العراقي.

لمزيد من تفصيل انظر: د.باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٦٤؛ د.عادل علي البغدادي القانون التجاري، ج-١ - عمان ٢٠٠٣، ص ٥٥؛ د.عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، عمان ١٩٩٩، ص ٦٠.

(٣) انظر: د.عادل علي المقدادي، مصدر سابق، ص ٥٤.

تجاه الطرف المتعاقد معه بتقديم خدمات معينة كما لو التزم شخص لجامعة أو لمؤسسة حكومية أو غير حكومية بتنظيف بناياتها خلال مدة معينة<sup>(١)</sup>.

وانسجاماً مع القول بأن عقد التجهيز هو عقد توريد خدمة والذي يعد بدوره عبارة عن عقد بيع، فإن هذا الأمر يستتبع القول بأن العقد المبرم بين شركة الاتصالات والعميل ينطوي على نقل الملكية من جانب البائع (شركة الاتصالات) لمصلحة العميل (المشتري)، فالبايع يلزم بتسليم البطاقة (أو الشريحة) المدفوعة مقدماً الى المشتري نظير التزام هذا الأخير بدفع ثمنها مع بقية الالتزامات التي يربتها عقد البيع<sup>(٢)</sup>، فالمبيع (الشريحة) تنتقل ملكيته من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد العقد وبحكم القانون ما دام هذا المبيع (الشريحة) مملوكاً للبائع (شركة الاتصالات)<sup>(٣)</sup>.

وإذا كان التصور المتقدم يعد عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال عقد بيع، الا أنه من ناحية أخرى لا يمكن التسليم به، فعقد التجهيز هذا لا يمكن عدة كذلك، والدليل هو ان عقد البيع يمثل أهم العقود الناقلة للملكية في حين ان العقد موضوع البحث ليس كذلك، إذ يشير احد بنود خدمة نظام البطاقة المدفوعة مقدماً إلى أنه (في حالة وقف الخدمة نهائياً يلتزم المشترك بتسليم بطاقة التشغيل (الشريحة) الى شركة الاتصالات)<sup>(٤)</sup>، ويشير بند آخر الى أنه (تظل بطاقة التشغيل مملوكة ملكية تامة للشركة).

ومما تقد يتضح ان مضمون هذه البنود يتعارض وفكرة البيع، فهذه الأخيرة بمقتضاها يتمكن المشتري من القيام بالتصرف بالمبيع الذي أمسى جزءاً من ذمته المالية ان يتصرف به بمختلف التصرفات القانونية<sup>(٥)</sup>، في حين ان عقد الاشتراك

---

(١) انظر: د. عبد القادر حسين العطير، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٢) انظر: المادة/٥٣٢ م نالقانون المدني العراقي؛ وانظر كذلك: دسعدون العامري، مصدر سابق، ص ٩٣ وما بعدها؛ المحامي محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت، عمان ٢٠٠٢، ص ١٧ وما بعدها.

(٣) أنظر: المادة/ ٢٤٧ والمادة/ ٥٣١ من القانون المدني العراقي.

(٤) أنظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

(٥) أنظر: المادة/ ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي.



بنظام البطاقة المدفوعة مقدماً لا يوفر مثل هذا الضمان لمصلحة المشترك (العميل أو المستهلك) في هذه الخدمة استناداً الى البنود السابقة<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### فكرة الإيجار

أمام الاعتراضات المتعلقة بعقد البيع يبقى السؤال قائماً عن طبيعة العقد المبرم بين شركة الاتصالات والمشارك، وهنا يلاحظ ان القانون المدني العراقي ينص في المادة/ ٧٢٢ على ان عقد الإيجار هو (تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر في مقابل التزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر دون ان يؤدي ذلك إلى انتقال ملكية الشيء محل عقد الإيجار الى المستأجر، فالملكية تبقى خالصة للمالك المؤجر، إذ جل ما في الأمر هو ان المستأجر يحق له الانتفاع بالمأجور ما دام العقد قائماً وهو (أي المستأجر) يلزم بإعادة الشيء محل العقد الى المؤجر عند انقضاء العقد<sup>(٢)</sup>.

تأسيساً على ما تقدم يبدو ان عقد الاشتراك بنظام البطاقة المدفوعة أو عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال أكثر انسجاماً وتوافقاً مع معنى عقد الإيجار ومفهومه منه الى عقد البيع، ذلك ان الطرف الأول في العقد وهو شركة الاتصالات تتعهد بتوفير الخدمة (أي تقديم شريحة الاتصال) الى الطرف الثاني (المشارك) دون ان يؤدي ذلك الى انتقال ملكية الخدمة بشكل نهائي الى المشارك، ويتضح ذلك من خلال القول بأن المشارك سيحصل على منفعة الشريحة أو خدمة الاتصال التي توفرها الشركة خلال مدة معينة تعود بعدها ملكية الشريحة الى شركة الاتصال والتي تعد مثابة المؤجر وهو ما ينسجم مع بنود العقد الذي يبرم بين الطرفين، وهنا نجد أحد بنود مثل هذه العقود ينص على (تظل بطاقة التشغيل مملوكة ملكية تامة

---

(١) وفوق ما تقدم ينص بند آخر على أنه (هذه الخدمة تقدم الى المشارك شخصياً ولا يجوز تحويلها الى الغير بدون موافقة كتابية مسبقة من الشركة).

(٢) المزيد من التفصيل، أنظر: د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٢٨١.

للشركة)، وينص بند آخر على أنه (ينتهي هذا الاتفاق تلقائياً في حالة انتهاء أو انتهاء اتفاقية الترخيص لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات)<sup>(١)</sup>.

ومفهوم البنود السابقة ان ليس للعميل حق ملكية على بطاقة التشغيل واما حقه يمكن ان يشبه بحق المستأجر في الانتفاع بالمأجور، فضلاً عن ذلك يعد القول بأن حق المشترك هو حق ملكية مستمد من عقد البيع يتنافى ونص المادة/٢٩٢ من القانون المدني العراقي والتي تقضي (لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل)، فحق الملكية حق مؤبد، فلذلك لو كان للعميل حق ملكية بموجب عقد البيع لما انقضى حقه بعد انتهاء رخصة شركة الاتصالات، لذلك العقد هو عقد إيجار.

من ناحية أخرى يلاحظ ان المشرع<sup>(٢)</sup> لم يشترط على حد قول الفقه - ان يسبق عملية التوريد عملية (شراء سواء كان ذلك بالنسبة للسلع أو الخدمات)<sup>(٣)</sup>، وهذا يعني ان السلع أو الخدمات التي سيقوم المورد بتجهيزها قد لا تكون مملوكة له وانما مملوكة للغير بموجب سبب قانوني يجيز للمورد التصرف بها، فإذا تم التعاقد مع المورد على تجهيز هذه السلع أو الخدمات لمصلحة الطرف الآخر، فإن هذا الأخير ملزم بإعادة المال محل عقد التوريد الى المورد بعد انقضاء المدة المحددة له، وهذا القول يدعم مسألة كون العقد المبرم بين شركة الاتصال والمشارك ليس عقد بيع وانما يمكن القول بأنه عقد إيجار<sup>(٤)</sup>، لذلك فإن الحق الذي يخوله العقد المبرم مع شركة الاتصال لمصلحة العميل ما هو الا حق مستمد من عقد الإيجار وهو حق مؤقت بمدة محددة.

## المبحث الثاني

(١) انظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

(٢) انظر: المادة/٥ من قانون التجارة العراقي رقم/ ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٣) انظر: د.باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٦٤؛ د.عبد القادر حسين العطير، مصدر سابق، ص ٦٠؛ د.عادل علي المقدادي، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٤) انظر: د.سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج-٢- الالتزام والعقود التجارية وعمليات البنوك، ط٤، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١٧٤.

## خصائص العقد

يعد عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال عقداً رضائياً وملزماً لجنبيين كما أنه من عقود المعاوضة المحددة بفترة زمنية معينة، وعليه فإننا سنتناول هذه الخصائص المتعلقة بهذا النوع من العقود في هذا المبحث الذي سنقسمه الى ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### عقد رضائي

الأصل الذي تقرره القاعدة العامة هو ان جميع العقود تتعقد بمجرد توافق إرادتي طرفي العقد إلا ما استثني من ذلك بنص خاص<sup>(١)</sup>، وعقد تجهيز خدمات الهاتف النقال لا يخرج عن هذه القاعدة فهو عقد رضائي ينعقد باتحاد إرادة العميل مع إرادة شركة الهاتف النقال دون حاجة الى أي إجراء آخر.

أما فيما يتعلق بالطرف الآخر في العقد وهو شركة الهاتف النقال، فهذه الشركة يشترط فيها توفر الشروط التي نص عليها قانون الشركات العراقي رقم/٢١ لسنة ١٩٩٧ لكي يحق لها مباشرة الأعمال لإبرام العقود، بمعنى ان تخضع للإجراءات التي نص عليها القانون من حيث التسجيل والإشهار<sup>(٢)</sup>.

وبخصوص الصيغة الكتابية أو العقد المنظم بصورة مكتوبة بين العميل وشركة الاتصال والمعد مقدماً، فان هذا الأمر لا يخل بمبدأ رضائية عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال، كون هذه المسألة تتعلق بالإثبات، فتتظيم هذا العقد جاء لغرض تيسير الإثبات إذا ما ثار نزاع بين الطرفين، حيث يحتكم إلى نصوص العقد المكتوبة التي تسهل على المحكمة فض وحل النزاع عند قيامه.

---

(١) انظر: على سبيل المثال المادة/ ٥٠٨ من القانون المدني العراقي والتي تنص على (بيع العقار لا ينعقد الا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون).

(٢) انظر: في إجراءات تأسيس الشركات في العراق المادة/ ١٧ وما بعدها من قانون الشركات اعلاه.

## المطلب الثاني

### عقد معاوضة

يتصف عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال بأنه عقد ملزم لجانبين الى جانب كونه عقد معاوضة، فهو عقد ملزم لجانبين لأنه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من شركه الهاتف والعميل (أو المشترك)، فالشركة ملزمة بتجهيز وتوفير الخدمة للعميل، ويعد هذا الالتزام من أهم التزامات الشركة وهو ما يتضح من بنود العقد الذي تبرمه مع عملائها، وفي هذا المقام ينص أحد هذه البنود على (تقدم الشركة خدمة الهاتف المحمول الآلي الممنوحة لها بموجب اتفاقية الترخيص ...)<sup>(١)</sup>.

أما من جانب المشترك فهذا الأخير ملزم تجاه الشركة بالتزامات عدة لعل أهمها التزامه بدفع المقابل نظير حصوله على الخدمة، حيث ينص أيضاً أحد بنود العقد على (يلتزم المشترك بقيمة الاسعار التي تحددها وبالقائمة والفئات التي يعلن عنها)<sup>(٢)</sup>.

هذا وتنوع المقابل الذي يلتزم المشترك بدفعه حسب النظام القانوني لكل دولة وحسب طبيعة الترخيص ونوعه<sup>(٣)</sup>، من ناحية أخرى نجد ان احد بنود العقد يضع التزاما على عاتق المشترك مقتضاه (يحق للشركة في حالة تأكدها ان العميل قد استخدم الخدمة لأغراض غير مشروعة في إيقافها فوراً)، فعلى العميل التقيد بالحدود القانونية في استعماله وانتفاعه من الخدمة وان لا يتعسف في هذا الانتفاع فضلاً عن عدم الإضرار بالغير جراء حصوله على الخدمة التي توفرها الشركة.

وتأسيساً على ما تقدم وانطلاقاً من كون العقد المبرم بين شركة الهاتف النقال والعميل عقداً ملزماً لجانبين فانه يمكن القول أيضاً بأنه عقد معاوضة، ذلك ان كلاً

---

(١) ونص بند آخر على (تبذل الشركة أقصى جهدها لتضمن أفضل مستوى خدمة اتصال في كل الأوقات).

المزيد من التفصيل، انظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

(٢) انظر: نموذج تاهفد تاكاجف بهذا المحث.

(٣) شركة اوراسكوم تليكوم التي تعمل في العراق تعرض صيغ عدة للمقابل.

انظر: نموذج العقد الملحق بها البحث.

من المتعاقدين بأخذ مقابل لما يعطي، فهو ليس عقد تبرع وانما الشركة ملزمة بتقديم الخدمة في مقابل حصولها على أجره ما تقدمه من خدمة، والمشارك ملزم بدفع أجره الخدمة التي توفرها هذه الشركة، وهذا هو شأن العقود التي ترتب التزامات متقابلة جميعاً وشأن عقود المعاوضات أيضاً.

### المطلب الثالث

#### عقد من عقود المدة

العقد فوري التنفيذ هو ذل كالعقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه وهو الذي يرد على أداء يمكن تنفيذه في الحال، مثال ذلك عقد البيع الذي يلتزم فيه البائع ينقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري، أما العقد المستمر أو العقد الزمني أو عقد المدة فهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه كما هي الحال بالنسبة لعقد الإيجار وعقد التوريد، فالانتفاع بالشيء محل عقد الإيجار لا يتصور الا ممتداً في الزمان وكذلك فان الأجره تحسب على أساس المدة<sup>(١)</sup>.

هذا ويتفرع عن الأساس المتقدم ان عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال يعد من عقود المدة أيضاً، إذ يلعب الزمن دوراً جوهرياً في هذا العقد، فالمشارك الذي يرغب بالحصول على خدمة الهاتف النقال يحصل عليها بصورة دورية ومستمرة، حيث ان التزام الشبكة تجاهه لا ينتهي عند اول تنفيذ للعقد وانما يظل التزام الشركة ما دام العقد قائماً، بمعنى آخر ان المنفعة التي سيحصل عليها العميل المتعاقد مع شركة الهاتف النقال هي منفعة مرتبطة بمدة زمنية يحصل عليها العميل بصورة مستمرة وعلى دفعات متى ما كان هذا الأخير متقيداً بنود العقد المبرم بينه وبين الشركة.

ويظهر دور المدة في هذا العقد بشكل جلي من خلال استقراء نصوص بنود العقد التي تضعها شركة الاتصالات، إذ ينص احد هذه البنود على أنه (يحق للشركة

---

(١) لمزيد من التفصيل، أنظر: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز فينظرية الالتزام في القانون المدني العراقي - ج- ١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ١٩٨٠، ص ٢٨.

وقف الخدمة فوراً في حالة عدم قيام المشترك بإعادة شحن وزيادة الرصيد المدة المحددة ومدة السماح التي تحددها الشركة لكل فئة من الكوت<sup>(١)</sup>.

والذي يتضح من النص المتقدم الدور الجوهرى للمدة في هذا النوع من العقود، حيث ان حق المشترك محدد بالمدة التي عينتها الشركة للانتفاع والحصول على خدمة الهاتف النقال، ذلك ان هناك مدة معينة (كان تكون شهر أو شهرين أو أي مدة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين) يسمح للعميل بموجبها التمتع بهذه الخدمة، على ان العقد المبرم بين الطرفين لا ينتهي ما دام المشترك سيقوم بإعادة شحن رصيده ضمن المدة المحددة وهو ما يجعل هذا العقد من عقود المادة التي يلعب الزمن دوراً أساسياً فيه.

هذا من ناحية ومن ناحية ثانية يلاحظ ان القانون المدني العراقي ينص في المادة/٧٧٩ في الفقرة الأولى على أنه (ينتهي الايجار بانتهاء المدة المحددة في العقد ...)، فعقد الايجار هو عقد مؤقت فلا بد ان ينتهي وفقاً للقواعد العامة إذا انقضت مدته<sup>(٢)</sup>، فعقد الايجار هو عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال من عقود المدة فكرة منح الرخصة لعمل مثل هذه الشركات، إذ يلاحظ ان التزام الشركة بتقديم خدماتها لمصلحة العملاء مرتبط بمدة الترخيص التي تمنح لها، حيث لا يكفي من اجل بقاء العقد قائماً بين الطرفين (المشترك وشركة الاتصالات) التزام العميل بأداء الالتزامات المترتبة بذمته في مقابل تأدية الشبكة للالتزامات المترتبة بذمتها، بل يشترط فوق ذلك بقاء الترخيص الممنوح من قبل الجهة المختصة<sup>(٣)</sup>، إذ ان عمل شركة الهاتف النقال مرتبط بالمدة المحددة لها بموجب الترخيص الذي تحصل عليه، وهذا يعني ان حق المشترك بخدمة الهاتف النقال مرتبط ليس فقط بالعقد المبرم بينه وبين الشركة وانما أيضاً مرتبط بالعقد المبرم بين شركة الهاتف النقال والجهة المختصة، فمتى ما انتهى العقد الأصلي (الشركة والجهة المختصة) انقضى بالتبعية العقد المبرم بين المشترك والشركة، بمعنى ان العقد الثاني (المشترك والشركة) عقد

(١) انظر: نموذج العقد الملحق بها البحث.

(٢) انظر: سعدون العامي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٣) وهي في العراق وزارة الاتصالات.

يستند الى العقد الأصلي المبرم بين المشترك والجهة المختصة، فإذا زال الأصل زال العقد التابع وهذا ما يستشف من بنود عقد الاشتراك بخدمة الهاتف النقال التي ينص احدها على (ينتهي هذا الاتفاق تلقائياً في حالة انتهاء أو اتفاقية الترخيص لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات)<sup>(١)</sup>.

هذا ويجدر الإشارة أخيراً الى مسألة تتعلق بشخصية المتعاقد المشترك مع شركة الهاتف النقال فيما إذا كانت محل اعتبار من عدمه ؟  
يلاحظ ان العقد الذي يبرم بين المشترك والشركة ينص على (هذه الخدمة تقدم شخصياً الى المشترك ..).

ان الذي يتضح من النص المتقدم يبدو للوهلة الأولى أنه يعد شخصية العميل المشترك في خدمة الهاتف النقال محل اعتبار، بعبارة أخرى ان شركة الاتصالات لم تتعاقد الا بالنظر لاعتبارات معينة موجودة في هذا الأخير، وهو الأمر الذي يقود إلى القول بعدم إمكانية المشترك من تحويل الخدمة الى الغير بأية وسيلة قانونية كانت، فالخدمة محصورة بشخص المشترك فقط، بيد ان الواقع هو غير ما تقدم وذلك بالاستناد الى الشق الأخير من نص البند المتقدم والذي ينص على (... ولا يجوز تحويلها الى الغير بدون موافقة كتابية مسبقة من الشركة)<sup>(٢)</sup>، وهذا يشير الى امكانية العميل من نقل أو التنازل عن هذه الخدمة الى الغير ولكل بشرط الحصول على موافقة من قبل الشركة، كل هذا يعني ان شخصية العميل بالنتيجة هي ليست محل اعتبار عند التعاقد على هذه الخدمة ولكن مع مراعاة القيد المنصوص عليه في العقد وهو أخذ الاذن من الشركة إذا ما رغب المشترك في تحويل الخدمة التي حصل عليها بموجب عقد مع الشركة الى الغير.

---

(١) أنظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

(٢) انظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

## الفصل الثاني

### أحكام العقد

يمثل العقد تطبيق ارادتين أو أكثر لغرض ترتيب قانونية، ومعنى هذا ان إرادة واحدة لا يمكن ان تكون عقداً بل يجب لتكوينه اجتماع ارادتين لترتيب أثر قانوني معين<sup>(١)</sup>، وينبغي على ما تقدم ان للعقد أكثر من طرف، إذ لا بد ان يكون هناك طريقان لكي يمكن القول بوجود عقد ما، هذا من جهة ومن جهة أخرى تقتضي حالات معينة تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة العقدية الناشئة بين طرفين، حيث تتوقف على هذا التحديد العديد من الأمور المهمة، بعبارة ثانية يجب تحديد الوصف القانوني في غير حالة للعقد المبرم بين طرفين وبيان هذا الوصف ضمن الإطار العام في نظرية العقد.

ويتفرع على ما تقدم ان عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال لا يخرج عن الأصل اعلاه فيجب ان تكون هناك ارادة صادرة من طرف يمكن ان تحظى بقبول طرف آخر، فضلاً عن ذلك تعد مسألة اعطاء التكييف القانوني لهذا العقد أمراً مهماً، وهذا ما نتناوله في هذا الفصل الذي سنوزعه الى مبحثين، نخصص المبحث الأول الى التعريف بأطراف عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال في حين سنحدد في المبحث الثاني الطبيعة القانونية لهذا العقد.

---

(١) انظر: المادة/ ٧٣ من القانون المدني العراقي.



## المبحث الأول

### أطراف العقد

لعل السؤال الذي يمكن ان يطرح في هذا المقام هو من هم أطراف عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال ؟

تتمثل الإجابة عن السؤال المتقدم بالقول ان أطراف هذا العقد هم كل من المشترك وشركة الاتصالات، وهو ما نعالجه في هذا المبحث الذي سنقسمه الى مطلبين يكون المشترك عنواناً للمطلب الأول اما شركة الاتصالات فسنخصص لها المطلب الثاني<sup>(١)</sup>.

## المطلب الأول

### المشارك

يعد المشارك الطرف المتعاقد مع شركة الاتصالات والذي يرمي الى الحصول على الخدمات التي تقدمها هذه الشركة أو تلك، وفي هذا المقام يمكن وبحق ان يطرح تساؤل عن التعريف القانوني لهذا الطرف في العقد (المشارك) ؟

يلاحظ ان من الفقه من يذهب إلى اسباغ صفة المستهلك على المشارك أو العميل والمتعاقد مع شركة الاتصالات<sup>(٢)</sup>، بمعنى ان هذا المشارك الذي هو أحد أطراف العقد ما هو الا سمشكاً للخدمة التي تقدمها شركة الاتصالات، ومع ذلك يبقى السؤال قائماً حول المفهوم القانوني للمستهلك وذلك بالنظر الى كون العميل المشارك في خدمة الاتصالات سمشكاً ؟

---

(١) اما فيما يتعلق بالعقاد العقد فيلاحظ ان عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال يظل محكوماً بالقواعد العامة في هذا الشأن من حيث الأهلية والتعبير عن الإرادة وعيوب هذه الأخيرة، لذلك آثرنا عدم التطرق لهذه الأمور وحصر نطاق البحث في الخصوصية التي تتعلق به وهي أطرافه وطبيعته القانونية. لمزيد من التفصيل، انظر: المواد/ ٧٧ وما بعدها من القانون المدني العراقي.

(٢) انظر: مصطفى عطية. استاءة استعمال السلطة الاقتصادية لشركات الاتصالات منظور اقتصادي. مداخلة متاحة على شبكة الانترنت على موقع: <http://www.mohamoon.net>

يذهب رأي في الفقه الى القول ان التعريف القانوني للمستهلك يرتبط بالبعد الاقتصادي للاستهلاك، فالاستهلاك بمعناه الاقتصادي هو آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات، أما المستهلك في المفهوم الاقتصادي فهو الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك على النحو السابق<sup>(١)</sup>.

أما على المستوى القانوني لمعنى الاستهلاك فيلاحظ ان القانون لن يهتم بفعل الاستهلاك بحد ذاته، إذ أنه (القانون) لا ينظم كيف يأكل الإنسان أو كيف يركب سيارته بل أنه يهتم وبالدرجة الأولى بالتصرف الذي يبرمه المستهلك للحصول على السلعة أو الخدمة التي يشبع بها حاجاته واحتياجاته الشخصية أو العائلية<sup>(٢)</sup>، وفي هذا السياق ينص قانون حماية المستهلك العماني - والذي يعد من أحدث القوانين الخاصة بحماية المستهلك - على تعريف للمستهلك وذلك في المادة ١/ منه والتي تنص على (المستهلك- كل شخص طبيعي أو معنوي يشتري سلعة أو خدمة أو يستفيد من أي منهما)<sup>(٣)</sup>.

أما عن الموقف الفقهي من تعريف المستهلك فنجد ان هناك من يذهب تعريفه بأنه (أي المستهلك) ذلك الشخص الذي يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف اشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية<sup>(٤)</sup>.

---

(١) أنظر: د.حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، القاهرة. ١٩٩٦، ص ٨.

(٢) في هذا الشأن نجد ان من الفقه من يذهب الى القول، ان القانون يهتم بتصرف الشخص القانوني للحصول على السلع أو الخدمات، وهذا يعني ان المجالات التي يستهدفها الاستهلاك عديدة، فالتصرفات التي يعقدها الشخص يقصد الاستهلاك لا تنحصر في الأشياء القابلة للاستهلاك باستخدامها مرة واحدة كالغذاء ولكنها تمتد لتشمل كل الأشياء والسلع الدائمة كالسيارات والأجهزة المنزلية، أكثر من ذلك ان التصرف القانوني الذي يعتمد به علم القانون باعتباره مؤدياً لإشباع حاجة استهلاكية يشمل تلك التصرفات التي يكون محل الاستهلاك فيها أداء خدمة. أنظر: د.حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص ٨-٩.

(٣) أنظر: قانون حماية المستهلك العماني رقم / ٨١ لسنة ٢٠٠٢.

(٤) هذا وقد أثار التعريف المتقدم للمستهلك خلافاً في الفقه حول موقف القانون من المهني الذي يبرم تصرفات قانونية تهدف الى خدمة مشروعه الحرفي أو الانتاجي، حيث ذهب رأي الى

ولاشك ان المشترك الذي يبرم عقداً مع شركة الاتصالات يسعى الى اشباع حاجاته الاستهلاكية وذلك من خلال الحصول على الخدمة التي تقدمها مثل هذه الشركات، لذلك فان يصدق وبحق وصف المستهلك عليه، فالعقد الذي يبرمه مع الطرف الآخر (الشركة) هو عقد تلبية حاجة لمصلحة المشترك الذي هو المستهلك في هذا العقد، وبالتالي فإن جميع الأحكام المتعلقة بالمستهلك تنطبق على المشترك، فهذا الأخير ما هو في حقيقته الا مستهلكاً للخدمة بالارتكاز على التعريف القانوني المتقدم للمستهلك.

## المطلب الثاني

### شركة الاتصالات

تعد شركة الاتصالات الطرف الآخر في عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال، وفي هذا الصدد يذهب البعض الى القول، ان فكره الاستهلاك تضع بحسب الأصل المستهلك في مواجهة من يطلق عليه بـ(المحترف) سواء كان المنتج أو الموزع للشيء أو الخدمة محل الاستهلاك<sup>(١)</sup>، هذا من جهة ومن أخرى هناك من يضيف

---

التوسع في المقصود بالمستهلك بحث يشمل هذا المصطلح كل من يبرم تصرفاً تخدم مهنته كما هي الحال بالنسبة للطبيب حين يشتري المعدات الطبية، وقد استند هذا الرأي الى نص المادة/ ٣٥ من القانون الفرنسي الصادر في ١٠/يناير/ ١٩٨١ والتي تنص على (ان نصوص القانون المتعلقة بالشروط التعسفية تخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو (المستهلكين)، وقد استنبط أصحاب هذا الرأي من هذه المادة القول بأن المشرع استخدم مصطلح - غير المهنيين - مع الابقاء على مصطلح - المستهلك - فأنه قصد به امتداد الحماية الى من تؤهله مهنة وتخصصه للوقوف موقف الخبير العالم في مواجهة المهني الذي يبرم عقداً من عقود الاستهلاك، الا ان الرأي الآخر في الفقه يتجه الى تبني موقف ضيق للمستهلك يكون فيه مستهلكاً كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ويخرد من وصف المستهلك وفقاً لهذا الرأي كل من يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الحرفة.

أشار الى ذلك: د.حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص ٢٤.

(١) أنظر:

الى ما تقدم، ان احتراف المدين يقتضي ان يتركز نشاطه المعتاد في القيام بإبرام عقود معينة وتنفيذها، بحيث يعتمد على هذا النشاط في اكتساب مورد رزقه، الى جانب ذلك ان المدين لا يكون محترفاً الا بالنسبة للالتزامات التي تتعلق بمهنته أما الأعمال التي يتعهد بتنفيذها ولا تدخل في مهنته التي يحترفها فيتساوى مع أي شخص عادي لعدم احترافه ذلك العمل<sup>(١)</sup>.

أما على مستوى التشريع فنجد ان قانون حماية المستهلك العماني قد أورد تعريفاً للمزود وذلك في المادة الأولى منه والتي تنص على (المزود - كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم الخدمة أو يصنع السلعة أو يوزعها أو بتأجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في انتاجها أو تداولها كالوكيل والوسيط أو السمسار). فضلاً عما تقدم يعتبر البعض ان الشركات والمؤسسات التي يرخص لها القانون مباشرة الأنشطة ذات الطبيعة الاقتصادية تحوز قدرة معينة على توجيه وإدارة عمليات الانتاج والتوزيع والتبادل، ويختلف نطاق هذه القدرة من مجتمع لآخر بحسب ما هو متاح من حقوق وحرريات في الممارسة، ويبقى مع ذلك السؤال قائماً في محيط الحياة الاقتصادية والقانونية، هل يمكن أن يطلق اصطلاح (قوة أو سلطة) على تصرفات شركات الاتصالات<sup>(٢)</sup>.

يلاحظ ان مصطلح (السلطة) هو الأقرب - على حد قول هذا الرأي - الى الدقة والصواب بالرغم من أنه (رأي هذا المصطلح) غالباً ما يطلق لفظاً واصطلاحاً في الدراسات القانونية الى موضوع السلطات العامة وما يتفرع عن بحوثها، وبالتالي هل يحق - يتساءل من نادى بهذا الرأي - خلع وصف السلطة على الأفراد

---

Luc Bihl: La protection des consommateurs particulièrement Fragiles.

J.C.P.N 1985.P, 397.

اشار الى ذلك: د.حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص ١٠-١١.

(١) انظر: د.احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، بدن مكان طبع

٢٠٠٣، ص ٣٠.

(٢) انظر: محمد عطية، مصدر سابق.

والجماعات مثلما يطلق مصطلح القدرة الاقتصادية، أم أنه أكثر ملائمة اطلاق مصطلح القوة الاقتصادية ؟

يبدو ان مصطلح (السلطة الاقتصادية) هو الشائع في الاستعمال في هذا المجال وذلك بالاعتماد على الترجمة الحرفية للكلمة الإنكليزية Power وان كان اطلاق هذا المصطلح (السلطة) في اللغة القانونية قد يكون محل مبالغة<sup>(١)</sup>.

ومهما يكن من امر فان الأشكال التي تتخذها الشركات المنوه عنها (شركات الاتصالات) من ممارسة ونفوذ والتأثير على سلوك الآخرين تتدرج تحت مفهوم السلطة، ويتضح ذلك من خلال العلاقة بين تلك الشركات والعملاء المتعاملين معها (المستهلكين أو المشتركين)، ويبدو التأثير الاقتصادي لهذه العلاقة عن طريق السياسات والتوجيهات التي تحددها المؤسسات الاقتصادية الخاصة الاقتصادي، إضافة الى الدور الذي تلعبه الجماعات ذات الأهداف المالية أو الاقتصادية كالمصارف واتحادات المنتجين لخدمات الاتصالات، فالسلطة الاقتصادية لشركات الاتصالات تؤثر في قطاعات المواطنين المستهلكين أو العملاء وتحدد انماط الخدمات التي تنتجها ومستوى اسعارها ومستويات العرض لهذه الخدمات<sup>(٢)</sup>.

وكل هذا يعني انه في مقابل وجود طرف يمكن ان نصفه بالضعيف في عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال يوجد طرف آخر يمكن ان يوصف بالقوي بالنظر للامكانات الاقتصادية والمالية الكبيرة التي يجوزها وبالنظر لدرجة التخصص والاحتراف في مجال عمله<sup>(٣)</sup> التي تؤهله لأن يفرض ما يراه من الشروط والبنود في العقد على المستهلك، كون هذا الأخير ما هو الا شخص يسعى لإشباع حاجاته ورغباته بما فيها الخدمات التي تعرضها شركات الاتصالات، لذلك فإن القول بأن

---

(١) انظر: المصدر السابق.

(٢) انظر: محمد عطية، مصدر سابق.

(٣) وهو ما ينسجم ونص المادة/١ من قانون حماية المستهلك العماني رقم/ ٨١ لسنة ٢٠٠٢ والتي اعتبرت ان تقديم الخدمة لا يتم الا من قبل شخص أو جهة متخصصة في العمل الذي تمارسه.

المركز القانوني لشركات الاتصالات بمثابة مركز صاحب السلطة هو قول لا بجانب الحقيقة والصواب.

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للعقد

تمثل فكرة اسناد العلاقة العقدية الناشئة بين شركة الاتصالات والمشارك في عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال مسألة على درجة من الأهمية<sup>(١)</sup>، وفي هذا الصدد يذهب رأي في الفقه الى القول ان الشركات والمؤسسات التي يرخص لها القانون مباشرة الأنشطة ذات الطبيعة الاقتصادية تحوز قدرة معينة على توجيه وإدارة عمليات الإنتاج والتوزيع وبالتبادل، وهذه المؤسسات قد أصطلح على تسميتها بالسلطة الاقتصادية وذلك بما لها من تأثير ونفوذ على سلوك جمهور المستهلكين، ومن هنا فان طبيعة العقود التي تبرم بين شركات الاتصالات والمشاركين (الذين يحملون وصف المستهلك) ما هي الا عقود إذعان، ذلك لأن هذه الشركات هي من أكثر شركات الخدمة التي تمارس فرض إرادتها على المشاركين فيها مستغلة احتكارها لتقديم الخدمة ناهيك عما تفرضه من شروط تعسفية تغلب فيها الشركة مصلحتها على مصلحة المشارك الذي يقاد اليها مذعناً صاغراً<sup>(٢)</sup>.

---

(١) أكثر مجال تظهر فيه عملية اسناد العلاقة القانونية الى نظام قانوني معين هو القانون الدولي الخاص، حيث ان اسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي الى القانون المختص تستلزم قبل كل شيء تكيف تلك العلاقة، وهذه العملية أساسية يدب حلها أولاً، بيد ان هذا لا يعني ان التكيف مسألة خاصة بالقانون الدولي الخاص بل ان وجوده (التكيف) عام وفي جميع فروع القانون.

لمزيد من التفصيل، أنظر: د.حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي. ط ٢- جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص ٦٣ وما بعدها.

(٢) انظر: مصطفى الشهراني. الاتصالات وعقود الإذعان. مالة متاحة على شبكة الانترنت وعلى موقع:

ويفهم مما تقدم ان هناك فكرتين اساسيتين تدور حول هذا الأمر وهما تصبان باتجاه واحد، أولاها ان طبيعة العقد الذي يبرم بين شركة الاتصالات والمشارك ما هو الا عقد إذعان، وثانيتهما ان شركة الاتصالات في ابرامها العقود فإنها تفرض من الشروط ما تراه يخدم مصلحتها دون قيد أو شرط وهو ما يطلق عليه في هذا السياق بالشروط التعسفية.

وفيما يتعلق بالفكرة الأولى يلاحظ الفقه يعتبر ان عقود الإذعان هي ثمرة التطور الاقتصادي، فمن حقها ان يفرد لها مكان في تقنين يتطلع الى مسايرة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية<sup>(١)</sup>، وعلى ذلك فإن عقد الإذعان يعرف على أنه ذلك العقد الذي يسلم فيه احد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها، وأمثلة هذه العقود عقد التأمين بأنواعه وعقد الاشتراك في الكهرباء والمياه والتعاقد مع مصالح البريد والتلفون وغيرها<sup>(٢)</sup>.

من جهة أخرى نجد ان هناك من يقول ان الماد بهذا الصنف من العقود هو ما ينحصر القبول فيه بمجرد التسليم بشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه بمناقشة كالاشتراك في خدمات الكهرباء والاتصالات ونحوها، حيث جرت العادة ان تفرض مثل تلك الشركات شروطاً تملئها على المشارك لا يسعه الا ان يوافق عليها جملة أو يدع الاستفادة من مثل تلك الخدمات، وغالباً ما تكون حاجة المشارك لمثل هذه الخدمات حاجة أساسية لا يمكنه الاستغناء عنها او العيش بدونها<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر: الشيخ حسن الجواخري، عقود الإذعان. بحث متاح على شبكة الانترنت وعلى موقع:

<http://www.islamicfeqh.com/magazines>.

(٢) انظر: د. عبد المنعم فرج الصدة. في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول ١٩٤٩، ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) أنظر: مصطفى الشهراني، مصدر سابق. أما خصائص هذا العقد فإنها تتمثل بالآتي:

أ- الموجب في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه.

وعقود الإذعان بلغة القانون الحديث هي كبقية العقود متكونة من إيجاب وقبول بي ان القبول فيها يتميز بأنه مجرد إذعان لما يمليه الموجب على القابل، ويسمى هذا العقد أيضاً بـ(عقد الانضمام) حيث ان من يقبل العقد ينضم اليه دون ان يناقشه، أما الإيجاب فيتميز أيضاً بكونه واحداً بالنسبة لجميع الناس ويكون ملزماً المتعاقد وان لم يطلع على شروط العقد ما دام أنه يتمكن من الاطلاع عليها لكونها مطبوعة في متنازل الجميع فيتقيد بالشروط حتى من كان أمياً لا يعرف القراءة<sup>(١)</sup>.

اما الفكرة الثانية فهي غير بعيدة عن الفكرة الأولى، فالشروط التعسفية ترتبط ارتباطاً مباشراً بعقود الإذعان، ومع ذلك نعتقد أنه ومن الضروري بيان معناها والوقوف عندها والتعريف بها.

وفي هذا الشأن يلاحظ ان المشرع الفرنسي قد عرف الشروط التعسفية وذلك في المادة/ ٣٥ في الفقرة/ ١ في القانون الصادر في ١٠/١/١٩٧٧ على انها (تلك الشروط التي تفرض على غير المنهي أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف اسعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزات مجحفة)، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية هناك من يشير أنه التعسفي هو كل شرط أو مجموعة الشروط المؤدية للاضرار بالمستهلك من خلال ايجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، في حين يعرف الشرط التعسفي أيضاً من قبل رأي آخر

---

ب-العقد يتعلق بسلعة أو مرفق اقتصادي أو خدمة ضرورية من ضروريات الحياة الحديثة.

للمزيد من التفصيل، انظر: د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٤٥.

(١) انظر: الشيخ حسن الجواهري، مصدر سابق.

هذا وقد اختلف حول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان. إذ ذهب رأي الى إنكار صفة العقد على عقود الإذعان، لأن العقد توافق ارادتين عن حرية واختيار، أما القبول فيعقد الإذعان فهو رضوخ وإذعان، فعقد الإذعان اقرب الى ان يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكارياتباعه، في حين يذهب رأي آخر الى عد عقد الإذعان عقداً حقيقياً يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، فإذا كان أحد الطرفين في مركز ضعيف فهذه ظاهرة قانونية علاجها ان يتدخل المشرع بتنظيم عقود الإذعان وليس ان يترك القاضي يغير هذا العقد كما يشاء بحجة حماية الضعيف فتضطرب بذلك المعاملات وتفقد استقرارها.

أشار الى ذلك: الشيخ حسن الجواهري، مصدر سابق.



على أنه ذلك الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر<sup>(١)</sup>.

وامام هاتين الفكرتين المترابطتين (عقد الإذعان والشروط التعسفية) فقد ذهب البعض الى القول ان طبيعة العقد المبرم بين شركة الاتصالات والمشارك هو عقد اذعان وذلك من خلال النظر الى ما يتعرض له جمهور المشتركين من استغلال اذعن له العامة لحاجتهم الى الخدمة التي تقدمها هذه الشركات، فضلاً عن ذلك فان هذه الشركات مارست ولا تزال تفرض ارادتها على المشتركين مستغلة احتكارها لتقديم الخدمة وعدم وجود منافس، ناهيك عما تفرضه من شروط تعسفية تغلب فيها الشركة مصلحتها على مصلحة المشترك الذي يقاد مدعنا صاغراً، ويستند هذا الرأي في دعم موقفه الى التساؤل عن:

١-الكيفية التي تفرض بها شركة الاتصالات على المشترك المستهلك رسوم الخدمة ولا تنذره في التخلف عن سدادها على أساس شموليتها واستمراريتها، في حين تعفي نفسها عن قصورها في تعميم تلك الخدمة.

٢-لا تتردد شركة الاتصالات في قطع الخدمة عن المستهلك في حين تجيز لنفسها ان لا تقدم له الخدمة في كثير من الأحيان والأوقات والأمكنة<sup>(٢)</sup>.

وإذا تم الاطلاع على بنود العقد الذي يبرم بين مشترك وشركة اتصالات لوجدنا ان ما تقدم لا يجانب الصواب، فشركة الاتصالات تحتكر تقديم هذه الخدمة

---

(١) أشار الى ذلك: د.عبد اللخ حسين علي محمود. حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، ط-٢، دبي ٢٠٠٢، ص ١٤١.

هذا ويضع الفقه معيارين لمعرفة مدى اعتبار الشرط موضوع النزاع تعسفياً من عدمه، المعيار الأول شخصي يستند الى ان الشروط العسفية مفروضة من شخص ذي نفوذ اقتصادي ومركز احتكاري يمكنه من فرض شروطه، وبذلك فان القرة الاقتصادية هي الفيصل في القدرة على فرض الشروط، اما المعيار الثاني فهو موضوعي ويحقق لطرف الأقوى ميزة فاحشة، ولما كان تقدير الميزة فيما إذا كانت فاحشة أم لا هو تقدير نسبي غير محدد فانه تنثر صعوبة في تحديد ذلك، ومع هذا فإن الميزة الفاحشة تحدد على أساس النظر الى مجموع العقد. ولمزيد من التفصيل، انظر: المصدر نفسه، ص ١٤١ وما بعدها.

(٢) انظر: مصطفى الشهراني، مصدر سابق.

وتفرض شروطها وما على العميل الا قبول العقد أو عدم التقاقد، الى جانب ذلك نجد شركة الاتصالات تتأى بنفسها عن المسؤولية في كثير من بنود العقد من خلال تضمينها للعقد الكثير من الشروط والتي لا يمكن وصفها إلا على انها شروط تعسفية تعطي للشركة ميزة فاحشة في التحكم في الخدمة التي توفرها للمشارك، ويستدل على ذلك عن طريق النظر الى هذه البنود التي تنص في احداها على (لا تكون الشركة مسؤولة عن أية أضرار تلحق المشارك كما لا تكن الشركة مسؤولة عن أية أضرار تلحق المشارك كما لا تكون الشركة مسؤولة عن أية أضرار يسببها المشارك للغير نتيجة تقديم الخدمة)، وينص بند آخر على (يحق للشركة إجراء أية تهديدات في نظام التشغيل أو التركيب أو الترقية...) <sup>(١)</sup>.

اما في العراق فيلاحظ ان الخدمة التي تقدمها شركات الهاتف النقال هي خدمة يمكن وصفها بالحديثة، إذ لم يسبق ان وجدت فيه مثل هذه الخدمات الا في عهد ليس بالبعيد، وهنا نجد ان شركات الهاتف النقال لا يستند الى تشريع خاص ينظم عملها، إذ انها تعمل وفقاً للترخيص الممنوح لها دون قيد أو شرط والمستند الى أحكام القواعد العامة في هذا الشأن والتي تكون قاصرة (القواعد العامة) في حماية المشارك في كتي من الأحيان، وهذه الشركات أيضاً تضع من الشروط ما يتناسب ومصلحتها دون الاعتداد بإرادة ومصلحة المشارك، ويساعدها في ذلك أيضاً افتقار النظام القانوني العراقي الى تشريع خاص بحماية المستهلك، فالمشارك هو دون أدنى شك يعد مستهلكاً للخدمة التي تقدمها شركة الاتصالات <sup>(٢)</sup>، فضلاً عن عدم وجود

---

<sup>(١)</sup> انظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

<sup>(٢)</sup> في هذا الشأن يدعو البعض الى المطالبة بالتدخل من قبل المشرع لضبط عمل هذه الشركات وضبط تلك الممارسات وايقاف أكل أموال الناس بغير حق وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وتعديل النتيجة بدلاً من أن تكون خمسة لصالح الشركة مقابل صفر لصالح العميل، تصبح خمسة لصالح العميل مقابل صفر لصالح الشركة ولو لمرة واحدة فقط. أنظر: مصطفى الشهراني، مصدر سابق.

قانون خاص - وكما سبق القول - ينظم عمل هذا النوع من الشركات ويلزمها بالتزامات معينة في حالة مخالفتها تتعرض لجزاءات قانونية<sup>(١)</sup>.

## خاتمة

لقد توصلنا من خلال بحثنا عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال الى جملة من النتائج والمقترحات أهمها:

١- يدخل عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال ضمن إطار عقد الإيجار، إذ ان المنفعة (أو الخدمة) التي يحصل عليها المشترك مرتبطة بمدة زمنية معينة مهما طالب أو قصرت ينقضي بانقضائها هذا العقد.

٢- ان الخدمة التي تقدمها شركة الاتصالات هي خدمة ليست شخصية، بمعنى أنه يجوز للمشارك التنازل عن هذه الخدمة الى الغير بأية وسيلة قانونية كانت بشرط المحافظة على قيد المدة اعلاه، بعبارة أخرى ان حق المتنازل اليه مرتبط أيضاً بمدة زمنية معينة.

٣- يعتبر المشارك مستهلكاً للخدمة التي تقدمها شركة الاتصالات وبالتالي فان جميع الأحكام التي تنطبق على المستهلك سوف تطبق على المشارك وذلك من أجل توفير أقصى حماية ممكنة له (المشارك).

٤- يفتقر النظام القانوني العراقي الى قوانين خاصة بشأن تنظيم عمل شركات الهاتف النقال في العراق بالنظر لحدثة الخدمات التي تقدمها الشركات على الواقع العراقي فضلاً عن عدم وجود قوانين خاصة لحماية المستهلك في هذا الشأن، لذا بات من الضروري تدخل المشرع لحماية المستهلكين من جهة وحماية المشاركين في خدمة الهاتف النقال من جهة أخرى كي لا تبقى هذه الشركات تعمل دون ضابط محدد يحدد حقوقها ويبين التزاماتها.

---

(١) وتجدر الإشارة أخيراً الى أننا لن نتناول في هذا الخصوص أمرين، الأول يتعلق بآثار العقد والثاني يتعلق بانتهاء العقد، فهذان الأمران لا يخرجان عن حكم القواعد العامة في هذا السياق، لذا لا نرى ضرورة في بحثها، إذ لا توجد خصوصية بشأنهما في هذا المقام.

## المصادر

أولاً: الكتب

- ١-د. احمد شوقي علد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، بدون مكان طبع، ٢٠٠٣.
- ٢-د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، بغداد، ١٩٨٧.
- ٣-د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، ط٢، جامعة الكويت، ١٩٧٨٤.
- ٤-حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٥-سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج-١-ج، البيع والإيجار، ط-٣، بغداد، ١٩٧٤.
- ٦-د.سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ج١، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٧-د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ج-٢-الالتزامات والعقود التجارية وعمليات البنوك، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٨-د. عادل علي المقدادي، القانون التجاري، ج-١، عمان، ٢٠٠٣.
- ٩-د. عبد القادر حسن العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، عمان، ٢٠٠٣.
- ١٠-د. عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، ط٢، دبي، ٢٠٠٢.
- ١١-د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠.
- ١٢-د. عبد المنعم فرج اصددة، في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٦.
- ١٣-المحامي محمد ابراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت، عمان، ٢٠٠٢.

## ثانياً: البحوث والمقالات:

١- الشيخ حسن الجواهري، عقود الإذعان، بحث متاح على شبكة الانترنت على موقع:

<http://www.islamicfeqh.com/magazines>

٢- مصطفى الشهراني، الاتصالات وعقود الإذعان، مقالة متاحة على شبكة الانترنت على موقع:

<http://www.mohamoon.net>

٣- مصطفى عطية، اساءة استعمال السلطة الاقتصادية لشركات الاتصالات من منظور اقتصادي، مقالة متاحة على شبكة الانترنت على موقع:

<http://www.mohamoon.net>

## ثالثاً: القوانين:

- ١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١
- ٢- قانون تنظيم التجارة العراقي رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠
- ٣- قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤
- ٤- قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧
- ٥- قانون حماية المستهلك العماني رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٢.

## نموذج العقد المبرم بين شركة أوراسكوم تليكوم والمستخدمين بنود وشروط لخدمة الكارت المدفوع مقدماً

### ١- نطاق الاتفاق:

تقدم شركة أوراسكوم تليكوم العراق عراقنا خدمة الهاتف المحمول الممنوحة لها بموجب اتفاقية الترخيص لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات وفقاً للقوانين والتعليمات السارية في جمهورية العراق.

### ٢- الخدمات

-المستخدم على علم تام بتغطية الخدمة ويقر بأن جودة هذه الخدمة تتأثر بالظرف الجغرافية والمناخية مثل كافة الخدمات اللاسلكية.

-تبذل الشركة أقصى جهدها لتضمن أفضل مستوى خدمة اتصال في كل الأوقات، ولا تكون الشركة مسؤولة عن أية أضرار قد تصيب المستخدم نتيجة تأثر مستوى الخدمة لأي سبب لا يرجع الى الشركة.

-هذه الخدمة تقدم شخصياً الى المستخدم ولا يجوز تحويلها الى الغير بدون موافقة كتابية مسبقة من الشركة.

-تظل بطاقة التشغيل مملوكة ملكية تامة للشركة، ويكون المستخدم مسؤولاً عن استخدام الغير لهذه البطاقة، وكذلك يكون المستخدم مسؤولاً عن فقدان أو سرقة البطاقة حتى تتسلم الشركة إخطاراً كتابياً من المستخدم يطلب وقف البطاقة بسبب الفقد أو السرقة.

- يلتزم المستخدم بقيمة الأسعار التي تحددها عراقنا وبالقائمة وبالفئات التي يعلن عنها.

- يحق للشركة في حالة تأكدها ان العميل قد استخدم الخدمة لأغراض غير مشروعة في إيقافها فوراً.

- يحق للشركة وقف الخدمة فوراً في حالة عدم قيام المستخدم بإعادة شحن وزيادة الرصيد في المدة المحددة ومدة السماح التي تحددها الشركة لكل فئة من الكروت.

- يقوم المستخدم على نفقته بتوفير الجهاز الذي يتفق مع كافة التعليمات الحكومية السارية في العراق بما في ذلك تعليمات الشركة.

- للشركة مطلق الحق في تقرير اعادة تشغيل الخط من عدمه بعد سداد المشترك للرسوم التي تحددها الشركة.

- في حالة وقف الخدمة نهائياً يلتزم المشترك بتسليم بطاقة التشغيل (الشريحة) الى عراقنا.

٣- تعديلات:

يحق للشركة إجراء أية تعديلات في نظام التشغيل أو التركيب أو الترقيم أية أنظمة أخرى وفقاً للأسباب الفنية التي تراها في حالة تغيير رقم المشترك تلتزم الشركة بإخطار المشترك في ميعاد تغيير الرقم بثلاثين يوماً على الأقل ويسري الرقم الجديد بعد هذه المدة.

٤- أحكام عامة:

-لا تتحمل الشركة مسؤولية عن أي تسجيل أو اتصال أو أي عمل غير مرخص به من شأنه مخالفة القوانين العراقية.

-لا تكون الشركة مسؤولة عن اية أضرار تلحق المشترك كما لا تكون الشركة مسؤولة عن اية اضرار يسببها المشترك للغير نتيجة تقديم الخدمة.

-يجوز تعديل هذا الاتفاق وفقاً للتشريعات السارية وبشرط إخطار المشترك كتابة، وفي حالة عدم موافقة المشترك على التعديلات يحق للمشارك إخطار الشركة مالبى برغبته في انتهاء الاتفاق وذلك خلال ثلاثين يوماً من إخطار الشركة له والا اعتبر ذلك قبولاً ضمناً من المشترك على التعديلات.

-ينتهي هذا الاتفاق تلقائياً في حالة انتهاء أو انتهاء اتفاقية الترخيص لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات.

-أي نزاع يتعلق بهذا الاتفاق لا يتم حله ودياً خمسة عشر يوماً، يمكن تسويته وفقاً للقوانين العراقية ويكون خاضعاً لاختصاص المحاكم العراقية.

# التصحيح التشريعي في أسعار المشتقات النفطية العراقية بين تحديات المرحلة ومعالجات المستقبل

الدكتور

عمار فوزي كاظم المياحي

جامعة النهرين/كلية الحقوق

## الملخص

ان التغيير السعري في أسعار المشتقات النفطية العراقية، مثل أبرز التحديات التي تواجه الاقتصاد العراقي في الوقت الحاضر، حيث الالتزامات الدولية وتعهدات صندوق النقد الدولي، ولكون اقتصادنا جاء غير مهياً لاستقبال مثل هذه الزيادة والاندماج فيها، كان من الضروري وضع نظام تشريعي يعرض التحديات ويضع حلول للمشكلات.

## Abstract:

The changing market price of the prices of Iraqi oil derives is considered the main challenges facing the Iraqi economy at the present time because of the international obligations and International monetary fund commitments. Sine our economy is not ready to receive such showing the challenges and setting down solutions for the various problems.

## المقدمة

يعد البحث في موضوع تصحيح أسعار المشتقات النفطية من أبرز المواضيع التي تسعى من خلالها دول العالم وعلى رأسها العراق الى إيجاد حلول عملية وعلمية، تساعد في حل مشكلة العجز المتصاعد في الموازنة العامة، نتيجة لسياسة الدعم السعري لتلك المشتقات وانخفاض اسعارها قياساً بكلف الاستيراد والانتاج الحقيقية.



ففي هذا الصدد تشير بيانات الموازنة العامة العراقية لسنة ٢٠٠٥، الى اتجاه الدعم الحكومي نحو تغطية الطلب على المشتقات النفطية وكونه قد بلغ (٣,٦) ترليون دينار من مجمل الانفاق العام فيها<sup>(١)</sup>، في الوقت الذي كانت بيعت فيه هذه المشتقات في السوق المحلية، بأسعار تافهة، لا تمثل أي مردود ذات تأثير إيجابي على الموازنة الاتحادية بصورة عامة وعلى قيد الإيراد العام فيها بصورة خاصة. وقد اعتبر ذلك أبرز التحديات المالية التي يعيشها قطرنا في الوقت الحاضر، واصبح أمر الإبقاء على سياسة الدعم السعري للمشتقات النفطية أمراً مستحيلاً ووسيلة للانتحار الاقتصادي، حيث الضغوط الدولية المتمثلة بالاتفاقيات المبرمة مع صندوق النقد الدولي، وضعف القدرة الوطنية الفعلية على تكرير النفط الخام، بما يوازي الزيادة الحاصلة في الطلب على هذه المشتقات، وغيرها من التحديات التي سنتناولها لاحقاً في هذا البحث.

وعلى هذا الأساس ولمواجهة تداعيات هذه التحديات ووضع المعالجات اللازمة لرسم آفاق جديدة ومتطورة للوضع الاقتصادي والاجتماعي في العراق، صدر قرار مجلس الوزراء برفع أسعار المشتقات النفطية وتصحيحها على مراحل وصولاً الى تخفيض الدعم الحكومي لهذا النوع من السلع، بغرض تخفيض فجوة العجز في الموازنة العامة الاتحادية، وألغاء الدين العام الخارجي لدائني العراق من أعضاء ((نادي باريس للدائنين))، وزيادة الإيرادات العامة وتوجيهها بصورة أفضل نحو اعادة أعمار البنية الاقتصادية والاجتماعية للدولة.

من هذا المنطلق سنعمد الى تقسيم بحثنا الموسوم اعلاه على ثلاثة مباحث وخاتمة، نتناوله اتباعاً فيما يلي:

---

(١) أنظر: قيد الانفاق العام الجاري (الحقيقي) في الموازنة العامة العراقية للسنة ٢٠٠٥، والتي مثل فيها دعم المشتقات النفطية نسبة تراوحت بين (١٠%-١١%) من مجمل الأنفاق في ذلك القيد، أنظر في هذا الموضوع قانون الموازنة العامة لسنة ٢٠٠٥.

## المبحث الأول

### ماهية التصحيح السعري للمشتقات النفطية

يعد مفهوم التصحيح السعري للمشتقات النفطية من المفاهيم الاقتصادية المعاصرة، التي برزت بوضوح بعد حدوث أزمة الطاقة فيما بعد حرب تشرين عام ١٩٧٣، وما تبعه من استفحال للأزمة الاقتصادية في الدول الصناعية، نتيجة لذلك التصحيح السعري، الذي قامت به الدول النفطية وعلى رأسها ((العراق والمملكة العربية السعودية))، عند قيامها بوقف صادراتها من النفط الخام الى الدول الغربية الصناعية المؤيدة لإسرائيل، بالشكل الذي أدى الى ارتفاع أسعار المشتقات النفطية في هذه الدول بعد توقف أغلب مصافي تكرير النفط فيها<sup>(١)</sup>، مشيراً لذلك ولأول مرة الى استخدام سياسة التصحيح السعري للمشتقات النفطية، في زيادة موارد الدولة المالية من جانب والتأثير المباشر على حجم الطلب لهذا النوع من السلع الاستهلاكية من جانب آخر.

أما اليوم فإن سياسة التصحيح السعري للمشتقات النفطية باتت مرتبطة بالسلطة واتجاهاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وعليه فقد عرف التصحيح السعري بصورة عامة بأنه ((التغيير نحو الارتفاع أو عجز في المعروض منها، وذلك وفق نسبة عادلة من كلفة الانتاج وبقدر لا يرهق المستهلك، ولا يزيد من اعبائه الشخصية أو العائلية))<sup>(٢)</sup>.

اما مفهوم التصحيح السعري للمشتقات النفطية بصورة خاصة فقد عرف بأنه ((نظام خاص من التغيير القيم في السلع النفطية المكررة في محطات التصفية (المصافي)، باتجاه دائم نحو التقلب ارتفاعاً أو انخفاضاً، بما يتناسب وكلف الانتاج

---

(١) انظر: د.فؤاد مرسي، أزمة التنمية في البلدان النامية، منشورات مجلة الاقتصاد، بغداد، مطبعة سلمى، ١٩٧٨، ص ٥٣.

(٢) انظر: محمد نايف الشبلي، ماهية التسعير الوطني، مجلة الاقتصاد، العدد الثالث، آذار/١٩٧١، مجلة شهرية تصدرها وزارة الاقتصاد العراقية سابقاً، ص ٤.

الحقيقية ونظرة السلطة العامة (الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والتنمية) لعرض هذه السلعة<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا الأساس أصبحت دول العالم المعاصرة ومنها العراق، تتجه بصورة عامة الى تصحيح أسعار مشتقاتها النفطية من خلال اعتماد (سياسات عامة)<sup>(٢)</sup> للحكومة المنتخبة، تراعى فيها اتفاقات الحكومات السابقة الانتقالية مع المؤسسات المالية الدولية، وتعمل من خلالها على التأثير على حجم الطلب الاستهلاكي المحلي على هذه السلعة بعد رفع الدعم عنها جزئياً (أي رفع اسعارها بعد التصحيح) وزيادة المعروض منها في السوق المحلية، وإعادة توزيع الإنفاق العام، بما يتناسب واحتياجات الطبقات الفقيرة والمتوسطة في المجتمع بعد توزيع الإنفاق العام، بما يتناسب واحتياجات الطبقات الفقيرة والمتوسطة في المجتمع بعد اجراء هذا التصحيح السعري، وذلك بصورة اعانات شهرية، للمتضررين اقتصادياً واجتماعياً من استخدام سياسة التصحيح السعري للمشتقات النفطية<sup>(٣)</sup>.

بناء على ما تقدم نجد ان سياسة التصحيح السعري للمشتقات النفطية يجب ان تستهدف ما يلي:

**-الهدف الأول:** ان تكون سياسة التصحيح السعري المبتغاة جزءاً لا يتجزء من سياسة (الاصلاح المالي)<sup>(٤)</sup> في العراق الجديد، حيث الدعوة للحد من تدخل الحكومة في دعم أسعار السلع الاستهلاكية المهمة (والتي على رأسها المشتقات النفطية)

---

<sup>(١)</sup> DelanVillan. Strategies for Financial Reforms. Staaf papers (imf). 1990.

<sup>(٢)</sup> تعرف السياسة العامة للدولة بأنها ((ما تعترزم ان تقوم به الحكومة، لحل مشكلة عامة تواجه المجتمع، أو لتوفير حاجات يتطلبها المجتمع))، أنظر في ذلك: د. خيري عبد اقوي، دراسة في السياسة العامة، الكويت، دار ذات السلاسل للطباعة، ١٩٨٩، ص ١٣.

<sup>(٣)</sup> أنظر: د. محمود عبد الفضيل، النفط والمشكلات المعاصرة للتنمية العربية، المجلس الوطني للثقافة والفنون، سلسلة عالم المعرفة، ١٦، الكويت، ١٩٧٩، ص ٨٠.

<sup>(٤)</sup> يعرف الاصلاح المالي في الدولة بأنه (سلسلة من الاجراءات المالية التي تعتمد عليها الحكومة لتعزيز كفاءة النظام وسلامته في الدولة). أنظر في ذلك: د. سعيد النجار، السياسة المالية واسواق المال العربية، صندوق النقد العربي، ابي ظبي، ١٩٩٤، ص ١٨.

للعمل على تعزيز دور قوى السوق في توزيع الموارد المالية للدوفة، بما يخدم الطبقات الأدنى في المجتمع ويحسن قدرة الخزانة العامة في اعادة تعبئة احتياطات التصحيح السعري لهذه المشتقات نحو اشباع الحاجات العامة الضرورية الأخرى كالكهرباء والتعليم والصحة... إلخ<sup>(١)</sup>.

**-الهدف الثاني:** ان يراعى تحديد ابرز التحديات العلمية والعملية التي تواجه سياسة دعم أسعار المشتقات النفطية في العراق بغرض وضع المعالجات لها وتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية المرجوة من اعتماد سياسة التصحيح السعري لهذه المشتقات<sup>(٢)</sup>، والمتمثلة بالرفاه الاقتصادي والاجتماعي ورفع مستويات المعيشة ونشر المساواة بين المواطنين وتغيير الذوق العام عن هذا النوع من السلع الاستهلاكية وايجاد البدائل الاستثمارية التي تدعم سياسة التصحيح السعري ، كإنشاء خطوط المترو أو توفير خطوط النقل المائي المتطورة عل نهري دجلة والفرات، تحت اشراف الدولة، واستحداث خطوط النقل العام بصورة أكثر تطوراً وحداثة.

**الهدف الثالث:** ان لا يكون التصحيح السعري للمشتقات النفطية وسيلة لارهاق الطبقات الفقيرة والمتوسطة في المجتمع، فلا يعقل ان يتم وضع سياسة عامة للإصلاح الاقتصادي والمالي بناء على هذا التصحيح، يكون على حساب ابنائها الفقراء، والذين يعتبرون أشد فئات ذلك المجتمع تأثيراً بارتفاع اسعار المشتقات النفطية.

---

(١) أنظر: د. أكرام عبد العزيز، الإصلاح المالي بين نهج صندوق النقد الدولي والخيار البديل، بغداد، مطبوعات بيت الحكمة، ٢٠٠٣، ص ١٥.

(2) Richard Hemming. Finance and development. Imf. Sep. 1988.

## المبحث الثاني

### التحديات التي تواجه الاقتصاد العراقي عند الابقاء على سياسة دعم اسعار المشتقات النفطية

ان الاقتصاد العراقي كغيره من الاقتصاديات النامية، يواجه جملة من التحديات، التي تجعل من الابقاء على سياسة دعم أسعار المشتقات النفطية أمراً مستحيلاً، بسبب ما تكتنفه هذه السياسة من اضرار على الخزانة العامة وهدر للمال العام وضياح للخدمات العامة، ولأهمية عرض تلك التحديات في رسم الاطار العام للمعالجة وتحقيق التطور الاقتصادي والاجتماعي المنشود في مجال اصلاح أسعار المشتقات النفطية، ارتأينا عرض هذه التحديات وفقاً لما يلي:

-التحدي الأول: التزام العراق باتفاقياته الدولية مع صندوق النقد الدولي.

تعد الاتفاقيات التي وقعها العراق مع ((صندوق النقد الدولي))<sup>(١)</sup> من أبرز التحديات التي تواجه الاقتصاد العراقي في الابقاء على سياسة دعم اسعار المشتقات النفطية، حيث يقتضي البرنامج التصحيحي الذي يقدمه هذا الصندوق الى الدول التي تعاني من أزمات اقتصادية ومالية، وعلى رأسها ((تضخم حجم الدين العام الخارجي))، ان تقدم هذه الدول برفع الدعم بصورة متدرجة عن هذه المشتقات بغية تخفيض عرض النقد المتداول والمتاح لشراء هذه السلعة والعمل على تقليص الطلب الكلي عليها ومعالجة عجز الموازنة العام نتيجة للاستيراد المتواصل من هذه المادة. والعراق بدوره لم يشذ عن هذا البرنامج التصحيحي، بل سار على نهجه، وفقاً لاتفاقية الترتيبات المساندة (sba)، والتي تقضي بأن يتم أطفاء بنسبة ٥٠% من الدين، عند اعتماد هذا البرنامج واطفاء الديون المتبقية الأخرى (لأعضاء نادي

---

(١) تأسس صندوق النقد الدولي، وفقاً لاتفاقية بريتون وودز عام ١٩٤٤ وتعد عضوية الصندوق شرطاً مسبقاً للانضمام الى البنك الدولي والدولة التي تنتهي عضويتها في صندوق النقد الدولي تفقد عضويتها في البنك الدولي بعد ثلاثة شهور ويتخذ الصندوق من واشنطن مقراً له، أنظر في ذلك:

باريس للدائنين)<sup>(١)</sup>، عند اكتمال تطبيق هذا البرنامج، سيكتسب العراق ثقة دائنيه والمجتمع الدولي، بأن اقتصاده سائر نحو الاصلاح والتطور، إذ التخلي عن سياسة دعم أسعار المشتقات النفطية واعتماد ما جاء في هذه الاتفاقية، سيؤدي الى انهاء الدين الخارجي العراقي، وسيطلب في نهاية الأمر لمصلحة الانسان العراقي، ويقلل من استنزاف موارد الدولة أزاله التشوهات السعرية التي لحقت بالاقتصاد العراقي نتيجة للابقاء على سياسة الدعم السعري لهذه المشتقات، وسيدعم حركة الاستثمار الخاص في توفير المشتقات النفطية.

#### -التحدي الثاني: تهريب المشتقات النفطية العراقية الى دول الجوار الجغرافية.

بعد تهريب المشتقات النفطية العراقية الى دول الجوار الجغرافي، التحدي الثاني الذي يواجه الاقتصاد العراقي في الابقاء على سياسة دعم اسعار المشتقات النفطية، حيث ان الفرق الكبير في أسعار هذه المشتقات بين ما يباع منها في السوق العراقية وبين ما يباع منها أسواق الدول المجاورة، شكل سوقاً سوداء رائجة لمهربي المشتقات النفطية يقومون فيها بتهريب هذه السلعة الرخيصة ولمدعومة من العراق الى هذه الدول مستفيدين في ذلك من ضعف السيطرة على المراكز الحدودية ودخول مافيات متعددة الجنسية بسهولة من خارج العراق الى داخله<sup>(٢)</sup>. ولعل الرسم البياني رقم (١) يشير بوضوح وعلى سبيل المثال الى الفارق السعري الشاسع البنزين في العراق واسعاره في بعض الدول المجاورة.

---

(١) وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي العراقية، ٢٠٠٦، ص ٢.

(٢) ان انعدام الأمن في بعض الدول، ساهم بصورة حاسمة في دخول بعض عصابات المافيا الدولية اليها، وذلك لغرض التجارة بمقدراتها الطبيعية والبشرية، وبرز الأمثلة على ذلك دخول المافيا الدولية الى البوسنة والهرسك، انان الحرب الأهلية التي وقعت هناك عام ١٩٩٢ بغرض المتاجرة بالرقيق الأبيض، ودخولها كذلك الى سيراليون أثناء الحرب الأهلية بغرض تهريب الماس الى اوربا. أنظر في ذلك: د.فؤاد الدين اقتصاديات الدول المتحاربة، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٤-١٩.



من هذا الرسم البياني نلاحظ الانخفاض الكبير في سعر البنزين الذي يباع في العراق عن السعر الذي يماثله من نفس المادة في دولة مجاورة ولتكن سوريا مثلاً، فالأخيرة يباع فيها لتر البنزين الواحد بـ (٤١) سنت، في حين ان لتر البنزين الواحد يباع في العراق بـ (٣,٣) سنت، وهذا يمثل فارق سعري كبير سيجعل من سياسة الدعم العراقية لأسعار المشتقات النفطية وسيلة لإغراء مهربي المشتقات النفطية للقيام بتهرب هذه السلع الضرورية ما دام الربح المتحقق من هذه العملية سيفوق التصور عن ما يمكن ان يحققه من أرباح من هذه المتاجرة غير المشروعة في دول أخرى.

### -التحدي الثالث: تفاقم أزمة قطاع الانتاج النفطي في العراق.

ان من الطبيعي لأية سياسة مالية أو اقتصادية ان لا تستقيم إذا ما فقدت أدوات بقائها وضروريات وجودها، ومن ذلك سياسة الدعم السعري للمشتقات النفطية، فهذه السياسة باتت محطمة ومنهكة، نتيجة لانحيار قطاع الانتاج النفطي في العراق، الذي يمول بنيتها التحتية من المشتقات النفطية، نتيجة لعدة أسباب ابرزها ما يلي:

**السبب الأول:** قدم التكنولوجيا التي تعتمد عليها مصافي النفط الوطنية العراقية، فأغلبها تعود الى حقبة الثمانينات من القرن المنصرم، الأمر الذي أدى الى انخفاض انتاج المشتقات النفطية إلى أدنى المستويات، ولا ننسى هنا الدور الذي لعبته الحروب والحصار الاقتصادي في تدمير المتبقي من هذه الصناعة.

**السبب الثاني:** العمليات الارهابية التي تكاد ان تقضي على جميع عمليات التأهيل والاصلاح الصناعي للمصافي الوطنية العراقية القديمة، والتي طالت بمجملها خطوط الانابيب الاستراتيجية للنفط والغاز، ومنعت عمليات الاستيراد للمشتقات النفطية من خارج العراق، من خلال اصطياد الشاحنات الناقلة للمشتقات النفطية المستوردة على الطرق الدولية الرابطة بين العراق والدولة المصدرة لهذه المشتقات.

ويكفي في هذا الاطار الى ان نشير ان عمليات التأمين الدولي على المشتقات النفطية المصدرة الى العراق، باتت الأعلى على المستوى العالمي<sup>(١)</sup>.

**السبب الثالث:** الفساد الاداري الذي يسود قطاع الانتاج في هذه المصافي، والتي باتت السبب الأول لتهجير المشتقات النفطية الى خارج العراق، خصوصاً مع ارتفاع أسعار هذه المشتقات في الدول المجاورة.

**السبب الرابع:** عدم وجود نظام متكامل لتخزين هذه المشتقات، يكون قادر على تكوين احتياطي وطني، لمواجهة أي أزمة في الطلب على هذا النوع من السلع، وينبغي هنا ان نشير الى التصريح الذي أدلة به مدير عام الشركة العام لتوزيع المشتقات النفطية الى قناة التلفزيون العراقي<sup>(٢)</sup>، والذي اشار فيه الى ان العمليات التخزين وان وجدت للمشتقات النفطية، المنتجة في المصافي الوطنية، الا ان انعدام الأمن في مناطق ذلك الخزين سيمنع الشركة وخطوط النقل فيها من الوصول اليه، خصوصاً في ظل الغياب الكامل للتنسيق مع وزارة الدفاع والداخلية.

**السبب الخامس:** وهو بنظري الحقيقة المرة التي يجب ان يتجرعها شعبنا العراقي الأبي، وهو وجود نسبة كبيرة من ابنائه انعدم لديهم الحس الوطني، فباتوا يبيعون هذه المشتقات في السوق السوداء، الذين هم أنشؤها بأسعار فاقت أي تصحيح سعري، يمكن ان تقوم به الدولة مستقبلاً، وهذا يعود الى عدم وجود رغبة لدى المجتمع في الأخبار عن هذه الفئات الضالة خوفاً منها او لاعتقادهم ان هذه المشتقات باتت محصورة ومتوفرة بأسعار هذا السوق الأسود، الذي جعل من سياسة الدعم السعري وسيلة لتحقيق مأرب خاصة على حساب الدولة والمجتمع، ساعدهم في ذلك الاستهلاك غير المرشد من المواطنين لهذه المشتقات نتيجة لرخص أسعارها وزيادة الطلب عليها لمواجهة حالات الاستهلاك اليومي، وللجزم بقوة الصناعة الوطنية لتكرير النفط الخام خلافاً للواقع الذي يعيشه هذا القطاع في الوقت الحاضر.

---

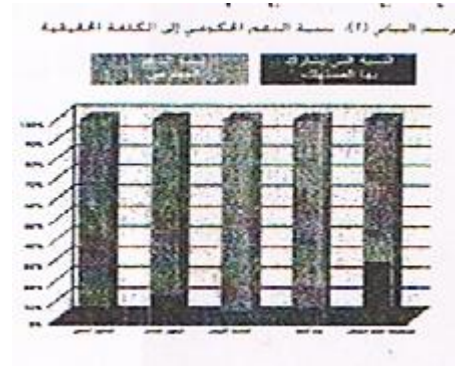
(١) أنظر في هذا الاطار التقرير الدولي الذي اعدته الشركة العالمية للتأمين الدولي والذي اعبرت فيه العراق من أخطر دول العالم، التي ترتفع فيها اسعار التأمين على البضائع المصدرة اليه.

(٢) بث هذا التصريح بعد صدور قرار مجلس الوزراء الموقر بتصحيح اسعار المشتقات النفطية من قبل د.محمد العبودي مدير عام الشركة العامة لتوزيع المشتقات النفطية العراقية.



**السبب السادس:** ارتفاع كلفة الانتاج للمشتقات النفطية العراقية في المصافي الوطنية، بنسب تفوق نسبة المساهمة التي يقدمها المستهلك لهذه المشتقات حتى أصبحت هذه المشتقات أدنى سعراً من اسعار المياه المعدنية.

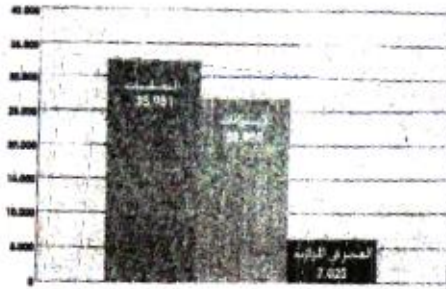
وفي هذا الاطار يعكس لنا الرسم البياني **رقم (٢)** نسبة الدعم الباهض للحكومة لهذه المشتقات، مقارنة بما يدفعه المستهلك من كلفة الانتاج أو الاستيراد، الأمر الذي أدى الى زيادة كلف هذه المشتقات بصورة مسرفة وغير مريحة ساهمت فعلياً في تدمير نظام الاستهلاك المحلي لهذه المشتقات.



#### **التحدي الرابع: العجز المستمر والمتصاعد في الموازنة العامة.**

لقد أدى استخدام سياسة الدعم السعري للمشتقات النفطية، الى عجز مستمر ومتصاعد في الموازنة العامة، نتيجة لتفوق الانفاق العام على الايرادات العامة، واتجاه هذا الانفاق عملياً لدعم الأسعار السائدة للمشتقات النفطية على حساب القطاعات الأخرى التي يحتاجها المجتمع بصورة دائمة ومستمرة، كقطاع التربية والتعليم والصحة والبلديات، ولعل من الضروري هنا ان نشير الى الرسم البياني رقم (٣) الذي يعكس مشكلة العجز في الموازنة العامة العراقية لسنة ٢٠٠٥ والتي يظهر فيها العجز بنسبة (٧,٠٢٣) مليار دينار، كفرق مالي بين حجم الانفاق العام وحجم الايرادات العام.

الرسم البياني (٣) يبرز مشكلة العجز في الموازنة العامة للسنة (٢٠٠٥)، مليار دينار



المصدر: محلة العراق للإصلاح الاقتصادي لسنة ٢٠٠٥:

وإذا كان ما تقدم يمثل فجوة للعجز بين النفقات العامة والإيرادات العامة، بشكل عام، إلا أن الجول رقم (١) يشير بوضوح إلى أن سياسية الدعم السعري للمشتقات النفطية، كانت السبب الرئيس وراء تحقق هذا العجز، وفيه يظهر قطاع المشتقات النفطية المدعوم الأول، بين القطاعات الرئيسية الأخرى في الدولة، من ناحية التخصيص المالي الفعلي في الموازنة العامة وذلك خلال السنة ٢٠٠٥.

### جدول رقم (١)

المصادر	حصة المورد / الف دينار	التخصيص الفعلي لعام ٢٠٠٥ / ترليون دينار
المشتقات النفطية	477	12
المنتجات المصنوعة	144	4
الخدمات الخاصة	59	2
الخدمات العمومية والإدارة	70	2
قطاع المباني والبنية	18	0.5

### المبحث الثالث

#### المعالجات الداعمة لتصحيح اسعار المشتقات النفطية في العراق

##### واثرة في تحقيق التطور الاقتصادي والاجتماعي

بعد ان حددنا ابرز التحديات التي تواجه العراق كحكومة وكشعب في الابقاء على سياسة دعم أسعار المشتقات النفطية، ننتقل الآن الى طرح عدد من المعالجات لتلك التحديات، والتي نعتقد بأنها ستحقق مستقبلاً ما نصبوا اليه من التطور الاقتصادي والاجتماعي.

فهذه المعالجات تعتمد بداية وقبل طرحها على نظام طموح لتصحيح أسعار المشتقات النفطية، يقوم وفقاً لخطة جريئة تراعي استحقاقات الوطن الاقتصادية وظروف المواطن الاجتماعية (ظروف المعيشة الشخصية والعائلية). لذا فقد ارتأينا الى ان نضع هذه المعالجات وفقاً لما يلي:

١- ايجاد سياسة وطنية واضحة لمواجهة الأضرار الاقتصادية والاجتماعية التي يمكن بسببها تصحيح أسعار المشتقات النفطية، بعد رفع الدعم بالنسبة للطبقات الفقيرة في المجتمع، فمنذ نهاية ثمانينات القرن المنصرم، أصبح التصحيح السعري في المشتقات النفطية في العالم، موجه لمصلحة الفقراء في المجتمع وفقاً لقاعدة التقليل المستدام للفقير، كنتاج ورد فعل على الأضرار التي سببها رفع الدعم السعري عن هذه المشتقات، بالنسبة للفقراء في تلك الحقبة<sup>(١)</sup>. وعلى هذا الصعيد يمكن لنا اعتبار قانون ((شبكة الحماية الاجتماعية العراقية))<sup>(٢)</sup> أبرز صورة المعالجة المستدامة للفقير الناتج عن تصحيح أسعار

---

(١) أنظر: د. عماد عبد اللطيف سالم ومحمود خالد المسافر، عولمة الفقر، بغداد، مطبوعات بيت الحكمة، السرد للطباعة، ٢٠٠١، ص ٨٠.

(٢) وضع قانون شبكة الحماية الاجتماعية العراقية موضع التنفيذ عام ٢٠٠٦ بميزانية بلغت (٥٠٠) مليار دينار، خصصت لمواجهة الاضرار التي سببها تنفيذ سياسية التصحيح السعري للمشتقات النفطية في العراق، وفقاً لعدة أهداف هي: (١) مساعدة العائلات الاكثر فقراً في العراق. (٢) مساعدة أطفال تلك العوائل على التمتع بصحة جيدة ومواصلة الدراسة. (٣) انشاء فرص عمل مؤقتة وذلك عن طريق القيام باعمال الأشغال العامة. (٤) مساعدة

المشتقات النفطية. حيث خصصت الحكومة العراقية ضمن موازنتها الاتحادية للسنة ٢٠٠٦ مبلغاً قدره (٥٠٠) مليار دينار لتنفيذ استحقاقات شبكة الحماية الاجتماعية في مساعدة الطبقات الفقيرة والمهمشة لتجاوز الآثار الجانبية الناجمة عن تصحيح أسعار المشتقات النفطية، إذ سيتم دفعها بصورة رواتب للحماية الاجتماعية على المشمولين بها من قبل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية.

وفي هذا الإطار نرى تسجيل الملاحظات الآتية على هذا القانون، رغم كونه ليس محلاً لبحثنا، من ذلك مثلاً ان الضبابية تحيط موقف وزارة العمل والشؤون الاجتماعية في تحديد مستويات الفقر (خط الفقر) وتختار في ذلك فئات معين فمن المجتمع في حين ان المجتمع العراقي باعتقادنا المتواضع بات بمجمله ضمن هذا الخط، نتيجة لانعدام خدمات الكهرباء والنقل الحكومي وتدني مستويات الرواتب للعاملين لدى دوائر الدولة، مقارنة بنسب التضخم المرتفع ونذرة المشتقات النفطية المنتجة والمستوردة من جانب وارتفاع اسعار هذه المشتقات في السوق السوداء من جانب آخر.

٢-رفع التشوه عن هيكل الأسعار كمنطلق ضروري لاحتساب جدوى الاستمرارية بسياسة التصنيع الوطني للمشتقات النفطية وذلك من خلال تأسيس (جهاز وطني للتسعير) يقوم برسم السياسة العامة للتسعير لهذه المشتقات وغيرها للعراق، وفقاً

المعاقين ومنكوبي الحروب وذلك وفقاً لخط محددة للفقر هو اعتبار المواطن العراقي فقيراً إذا مقدار دخله اليومي (١) دولار ولعل الجدول الآتي يحدد بوضوح سقف الاعانة الشهرية التي تقدمه هذه الشبكة للفقراء في العراق، بما يتناسب ووضعهم الاجتماعي فيها، إذا ما كانوا غزائباً أو متزوجين.

حجم الأسرة	١	٢	٣	٤	٥	٦ فأكثر
سقف دخل الإعانة التي تقدمها الشبكة	٥٠	٧٠	٩٠	١٠٠	١١٠	١٢٠ ألف دينار

أنظر في ذلك التقرير السنوي لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية للسنة ٢٠٠٥، قانون شبة الحماية الاجتماعية العراقي.

لآليات التصحيح السعري صعوداً وانخفاضاً، بما يتناسب واتجاهات الطلب الاستهلاكي ويؤدي الى استقرار الموازنة العامة.

٣- الالتزام بالاتفاقيات الدولية المعقودة مع صندوق النقد الدولي، فيما يتعلق بسياسة (التصحيح السعري) بشرط اطفاء الديون الخارجية كاملة سواء أكانت (لدائني نادي باريس) أو (للدائنين الخليجيين) وذلك حتى تتناسب أو تتفوق المصالح الاقتصادية المتحققة من هذا الاطفاء مع الاضرار الاقتصادية والاجتماعية التي تسببها سياسة التصحيح السعري للمشتقات النفطية على المجتمع.

٤- اعتماد سياسة المصارحة الوطنية، لأفراد المجتمع بأهمية هذا التصحيح السعري على مستقبل العراق وذلك بالاستعانة بوسائل الاعلام المرئية والمسموعة والمكتوبة، وتسهيل النقاشات المستقبلية حول هذا الموضوع في مؤتمرات تجري داخل العراق وخارجه بالتعاون مع الخبرات الدولية والمحلية اللازمة في هذا المجال.

٥- ضرورة زيادة الطاقة الانتاجية الفعلية للمصافي الوطنية العراقية الى ما يزيد على (٢٠٠٠٠٠٠٠ مليون برميل يومياً) (أي ما يتجاوز ثلاثة اضعاف الحاجة المحلية للمشتقات النفطية) مع العمل على افتتاح مصافي جديدة تكون قريبة من الحقول النفطية وخطوط نقل النفط الخام الاستراتيجية وخطوط النقل السريعة، مضاف اليها وحدات متطورة للتخزين بسعات كبيرة، تسمح للحكومة ان تتحكم بالمعروض من هذه المشتقات، لتواجه من خلاله الزيادة المستمرة في الطلب الاستهلاكي على هذه المادة.

٦- ضرورة اعتماد منهج الشفافية الادارية في القيادة والتحكم بالمعروض السلعي من هذه المادة، وذلك من خلال إقصاء العناصر الفاسدة من قيادة المصافي الوطنية، وایجاد رابطة قانونية بين هذه القيادات والمؤسسات الرقابية المسؤولة عن تدقيق مدخلات الايراد العام الناتج عن بيع المشتقات النفطية، بما يضمن انسيابية هذه السلعة للسوق وعدم احتكارها، لأغراض التريح الخاص على حساب المصلحة العامة.

٧- العمل على اعطاء الثقة للقطاع الخاص الوطني والأجنبي من أجل توفير هذا النوع من الزمن، وذلك بعد ان أصبح الانتاج الوطني غير كافياً وأصبحت الاسعار لا تتوافق مع كلفة الانتاج الفعلية لهذه المادة، وعليه ندعوا الدولة في هذا الاطار الى فتح باب الاستثمار بالاعتماد على التشريعات الوطنية التي يجب ان تلزم المستثمرين بضرورة المحافظة على انسيابية هذه السلعة، بما يتناسب والحاجة المحلية، وعدم تجاوز الاسعار التي تحددها الجهات القطاعية في الدولة وفقاً لاقتصاديات السوق وقواعد الاتفاقية المبرمة مع هؤلاء المستثمرين.

٨- العمل على مكافحة تهريب المشتقات النفطية، من خلاله اعطاء مكافآت نقدية لمن يبلغ عن اسماء وأماكن وأسواق هؤلاء المهربين والجهات التي يهربون من خلالها الى خارج القطر والعمل على شمول المبلغين عن جرائم تخريب خطوط نقل النفط الخام الى المصافي بهذه المكافئة، خصوصاً إذا ما علمنا التأثير البالغ لتلك العمليات في اشعال أسعار المشتقات النفطية، كذلك ندعو في ذات الاطار الى دعم قوة حماية النفط وخطوط النقل، بكافة التجهيزات اللازمة لتوفير هذه الحماية (من الطائرات والمناضير الليلية واجهزة الاتصال الحديثة ...ألخ).

٩- تدعو الحكومة العراقية الجديدة، التي تتمترس بدرع السيادة الوطنية، الى ان تعقد اتفاقيات دولية مع دول الجوار الجغرافي، بغرض التنسيق معها على كافة الأصعدة الأمنية والفنية والادارية، في مجال منع تهريب المشتقات النفطية، على ان يسبق ذلك اعلاناً رسمياً للحكومة يشير بصراحة الى تنفيذ أقصى أنواع العقوبات على أبنائها ممن قد سولت لهم أنفسهم للتعاون مع مهربي النفط الدوليين لتهريب قوت العراق من المشتقات النفطية وتخريب اقتصاد الوطن.

## الخاتمة

من دراستنا في هذا البحث المعمق لتحديات ومعالجات التصحيح السعري للمشتقات النفطية في العراق، فاننا نصل على الاستنتاجات الآتية:

١- لاحظنا ان دخول العائق لاتفاقية صندوق النقد الدولي الخاصة باطفاء الدين العام الخارجي، عُد أمراً محموداً لانهائة، من جانب اعباء هذه الديون ولمنع احتكار المهريين عملية تسعير هذه المشتقات من جانب آخر.

٢- ارتبطت سياسة التصحيح السعري لهذه المشتقات، بمشكلة مستديمة على الاقتصاد العراقي، الا وهي العجز في الموازنة العامة، الناجم عن دعم اسعار هذه المشتقات بما لا يتلائم وكلفة انتاجها، الأمر الذي جعل من الابقاء على هذه السياسة أمراً مستحيلاً.

٣- توصلنا الى ان الأقدام على تصحيح اسعار المشتقات النفطية في العراق لابد ان يراعى القوة الشرائية للطبقات الفقيرة في المجتمع، وذلك من خلال تحديد خط حقيقي للفقر لها، حيث ان رفع اسعار هذه المشتقات لابد ان يؤدي الى ارتفاع اسعار السلع الأخرى والخدمات، وفي هذا الاطار تعرضنا لتصميم العراق المعالج للفقر الناجم عن التصحيح السعري لهذه المشتقات، إذ انشأت شبكة خاصة للحماية الاجتماعية للفقراء حيث يتوقع ان تشمل اعاناتها مليون عراقي متضرر من التصحيح السعري للمشتقات النفطية.

٤- توصلنا الى ضرورة ايجاد سياسة جديدة في التصحيح السعري لهذه المشتقات، تستند على زيادة الانتاج النفطي الخام، بما يؤدي الى زيادة المشتقات النفطية المنتجة في المصافي الوطنية، والعمل على افتتاح مصافٍ جديدة بالتعاون مع المستثمرين الوطنيين والاجانب.

٥- ان سياسة التسعير للمشتقات النفطية، وان تحكمت بها قوى السوق من (عرض وطلب) الا ان ذلك لا يمنع مستقبلاً من وضع تشريعات مناسبة للحفاظ على المستوى العام للأسعار وتشكيل جهات رقابية مستقلة تحافظ على الاسعار من التشوه في السوق المحلية.

## المصادر

### أولاً: القوانين.

١- قانون الموازنة العامة العراقي للسنة ١٠٠٥

## ٢- قانون شبكة الحماية الاجتماعية العراقي.

### ثانياً: الكتب العربية

- ١- د. خيرى عبد القوي، دراسة في السياسة العامة، الكويت، دار السلاسل للطباعة، ١٩٨٩،
- ٢- د. محمد عبد الفضيل، النفط والمشكلات المعاصرة للتنمية العربية، المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، ١٩٧٩،
- ٣- د. سعيد النجار، السياسة المالية واسواق المال العربية، صندوق النقد العربي، أبو ظبي، ١٩٩٤،
- ٤- د. اكرم عبد العزيز، الاصلاح المالي بين نهج صندوق النقد الولي والخيار البديل مطبوعات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣،
- ٥- د. عماد عبد اللطيف سالم وآخرون، عولمة الفقر، مطبوعات بيت الحكمة، السرد للطباعة، ١٩٩٩، ٢٠٠١،
- ٦- د. فؤاد جمال الدين، اقتصاديات الدول المتحاربة، بيروت، ١٩٩٩.

### ثالثاً: الكتب الأجنبية:

- 1-Delan Villan.Strategies for Financial Reforms.Staaf papers (Imf). 1990.
- 2-Richard Hemming.Finance and development.Imf. Sep. 1988.
- 3-UN.IntemationalMontary and FinanceialIssues for the 1990.Vol. 111.Ny 1993.

### رابعاً: المجالات

- ١- د. فؤاد مرسي، أزمة التنمية في البلدان النامية، مجلة الاقتصاد، بغداد، مطبعة سلمى، ١٩٧٨.
- ١- د. وليد خدوري وآخرون، الأسس المطلوبة لسياسة نقدية عراقية سليمة، مجلة الحكمة، العدد ٤٠، السنة الثامنة، ٢٠٠٥،



٣- محمد نايف الشبلي، ماهية التسعير الوطني، مجلة الاقتصاد، العدد الثالث،  
١٩٧١.

خامساً: التقارير

١- التقرير السنوي لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية، قانون شبكة الحماية الاجتماعية  
٢٠٠٥،

٢- التقرير الدولي للشركة العالمية للتأمين، دبي، ٢٠٠٥.

## الحقوق الأساسية للإنسان في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية

مدرس القانون الخاص المساعد

ضرغام فاضل حسين

كلية القانون/جامعة البصرة

### الملخص:

بعد قانون إدارة الدولة العراقية الصادر بعد الاحتلال الأمريكي للعراق أحد الدساتير المؤقتة التي طبقها العراق، وقد تضمن في نصوصه الإشارة إلى العديد من الحقوق ذات الطابع المدني والسياسي وبدرجة أقل الحقوق ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، وهذا البحث دراسة في تنظيم هذه الحقوق في هذا الدستور.

The Iraqi administrative law which is issued after the American occupation of Iraq is considered one of the interim constitutions which Iraq applied, this law constitutes within its texts many rights of civil and political mark with a less extent to the rights of civil and political this research is a study of organizing these rights constitution.

## المقدمة:

### أولاً: التعريف بحقوق الانسان

ليس هناك اتفاق على تسمية واحدة لهذا الموضوع، بل هناك عدة تسميات تستخدم للدلالة عليه، فمن الكتاب<sup>(١)</sup> من يستخدم مفهوم (الحقوق الأساسية للفرد) أو (الحريات الفردية الأساسية)، ومنهم من يستخدم مفهوم (الحريات العامة). ومن الدساتير ما يستخدم مفهوم (الحقوق والواجبات الأساسية).

وقد آثرت استخدام مفهوم (حقوق الانسان) لأنه أشبع المفاهيم وأوسعها في خضم التطورات والأحداث السياسية التي يمر بها العالم، وخصوصاً في الربع الأخير من القرن الماضي وبداية القرن الحالي. ويمكن القول بأن حقوق الانسان هي قدرة الانسان على اختيار تصرفاته بنفسه وممارسة نشاطاتها المختلفة دون عوائق، مع مراعاة القيود المفروضة لمصلحة المجتمع. ويتبين من هذا ان الانسان هو محور الحقوق جميعاً وان هذه الحقوق ترتبط وجوداً وعدمياً بوجوده وعدمه.

### ثانياً: هدف البحث

ان هدف البحث كما هو واضح من عنوانه هو الاسهام في التوعية بحقوق الانسان الدستورية في هذه المرحلة من تاريخنا، وهي مرحلة تشهد طرح قضية حقوق الانسان في وطننا بالحاح بفعل عامل داخلي وآخر خارجي. ان هذا البحث يصدر وحركة حقوق الانسان في العراق تشق طريقها متفاعلة مع حركة حقوق الانسان فيدائرتنا الحضارية وحركات حقوق الانسان في الدوائر الحضارية الأخرى، متمثلة في روح تراثنا والقيم العليا لمجتمعنا على أساس من الهدي الذي جاء به الروحي الالهي، ومغتنية بعبير ترايخنا وتاريخ الانسانية بصورة عامة، الحي بإيجابيات تحثنا على العمل وتفعمنا بالأمل، وبسلبيات تدعونا لمعالجتها ففتحنا على العمل أيضاً. وتنتطلع هذ الحركة للقيام بواجبها في الحفاظ على كرامة الانسان في وطننا والاسهام في الحفاظ على كرامة الانسان أينما وجد.

---

(١) انظر: د. سعاد الشرفاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، ج ١، ط ٢، دار النهضة العربية من دون مكان للنشر، ١٩٨٢، ص ٢٧٥. و د. محمد عبد ألعال السنوي، النظرية العامة للحقوق والحريات العامة، ط ١، المكتبة القانونية، ١٩٨٦، ص ٦.

#### رابعاً: منهجية البحث

لقد وجدت من خلال مطالعاتي للكتابات والدراسات التي بحثت في موضوع حقوق الانسان انها تتناول جانبين: الأول/ الجانب النقدي حيث توجد الكثير من اكتب في المكتبة العربية التي تتناول هذا الجانب، فعلى سبيل المثال كتب الكثير في النقد للاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهدين الدوليين، والاتفاقيات اصادرة بهذا الخصوص، ولكن تلك الكتابات لم تعط البديل لهذه المبادئ والمفاهيم، واكتفت باشهار السيف في مواجهة الاعلان وملحقاته مبررة ذلك بأنه لا يخدم الأمة العربية والاسلامية وانما العرب المستعمر، وانه يحوي الكثير من الاختلافات التي تتناقض مع المفاهيم الاسلامية. الثاني/ الجانب التوثيقي وهو رصد وترجمة للمواثيق والاتفاقيات الدولية والمعاهدات الصادرة عن الأمم المتحدة والتكتلات الاقليمية. ومن جانبي فقد قررت ان اختار اتجاها آخر يختلف عما كتب حيث توخيت التوفيق بين مبادئ حقوق الانسان وغيرها وبين مبادئ الدين الاسلامي الحنيف، وكذلك شرحها حتى يكون البحث سهل الهضم بالنسبة للقارئ غير المختص.

#### خامساً: تقسيم البحث:

تتوزع الدراسة في هذا البحث على خمسة مباحث، في المبحث الأول تناولنا الحقوق والحريات الشخصية وفي المبحث الثاني تكلمنا عن الحقوق والحريات الفكرية وخصصنا المبحث الثالث للكلام عن الحقوق السياسية أما المبحث الرابع فقد تعرضنا فيه للحقوق القانونية والقضائية اما المبحث الخامس فقد تناولنا فيه الحقوق الاقتصادية والاجتماعية. وفي الخاتمة حاولنا تقديم أهم النتائج والمقترحات التي وجدناها من المفيد تقديمها بعد دراستنا لموضوع البحث.

#### تنويه: أيها القارئ الكريم

ان قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لم ينص صراحة على بعض الحقوق الواردة في هذا البحث، ولكن هذا لا يمنع من اعتبارها من الحقوق الأساسية للمواطن العراقي، لأن تعداد الحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون لم يكن على سبيل الحصر كما هو واضح من صراحة نص المادة (٢٣) حيث جاء فيها (يجب ان لا يفسر تعداد الحقوق الواردة آنفاً وأنها الحقوق الوحيدة التي يتمتع به

أبناء الشعب العراقي، فهم يتمتعون بكل الحقوق اللائقة بشعب حر له كرامته الانسانية ويضمنها الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات والاتفاقات الدولية وغيرها من وثائق القانون الدولي التي وقعها العراق أو انظم اليها أو غيرها التي تعد ملزمة له وفقاً للقانون الدولي (...). وبما ان هذه الحقوق منصوص عليها في الاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهدين الدوليين وبما ان العراق هو احد الدول المنظمة اليها والموقعة عليها، فان هذه الحقوق تعتبر من حقوق المواطن العراقي الأساسية.

## المبحث الأول

### الحقوق والحريات الشخصية

يقصد بالحقوق والحريات الشخصية (كل ما يتعلق بالفرد من الحقوق والحريات من الناحية الجسدية)<sup>(١)</sup>، وبمعنى آخر ان يشعر الفرد في ظل هذه الحقوق بكرامته وبأهمية وجوده من حيث هو كائن انساني يتحقق له الأمان على نفسه وماله وكرامته ومسكنه ومراسلاته.

وتأتي أهمية الحقوق الشخصية من كونها لازمة للتمتع ببقية الحقوق، فمن تقيد حركته لن يقدر على ممارسة حقوقه السياسية أو الفكرية ولن يقدر أيضاً على ممارسة حقوقه الاقتصادية والاجتماعية<sup>(٢)</sup> ان الحقوق الشخصية هي بمنزلة مركز الدائرة بالنسبة الى جميع الحقوق الأخرى<sup>(٣)</sup> وسنتناول هذه الحقوق على النحو الآتي:

---

(١) أنظر: د. صالح جواد الكاظم، محاضرات في الحريات العامة ملقاة على طلبة الماجستير في

كلية القانون بجامعة بغداد، ص ١٩٣.

(٢) انظر: المرجع السابق، الموضوع نفسه.

(٣) أنظر: د. ثروت بدوي النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١، ص ٥٢٢.

## المطلب الأول

### الحق في الحياة

تعتبر الحياة حقاً أساسياً من حقوق الانسان، وحق الانسان مقدس، فلكل فرد الحق في العيش معززاً مكرماً سعيداً في حياته، وقتل النفس سواء عبر الانتحار أو أي وسيلة أخرى يعد جريمة.

لذلك جاءت الدساتير والقوانين لحفظ النفس البشرية من الفناء والاندثار. إذ الحياة هبة من الخالق عز وجل واستردادها يخضع لمشيئته فقط. يقول تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ أَوْ فَسادٍ فِي الْأَرْضِ فَكأنما قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً﴾<sup>(١)</sup>، ويقول تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذالِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾<sup>(٢)</sup>، فقتل الانسان بغير الحق محظوراً، أيا كان الانسان، أسود أو أبيض، صغيراً أو كبيراً، ذكراً أو أنثى. وقد نصت معظم الدساتير والقوانين على حق الحياة كأمر مقدس لا يجوز التفريط به.

وقد وضعت بعض الدول قوانين صارمة، لمعاقبة من يرتكب جريمة القتل بحق الانسان، ومن هنا فان الانسان بكيانه المادي والمعنوي محل حماية، حيث تحميه الشرائع السماوية والقواني الوضعية في حياته وبعد مماته، ومن حقه الترفع والتكريم في التعامل معه في حياته ومع جثمانه بعد مماته، لأن الموت له حرمة.

ان حياة الانسان هي ذاته وليس حقاً من حقوقه التي يخير في استيفائها، ولعل الحدث عن الحق في الحياة هو من باب مسايرة العرف السائد ليس الا، وعلى هذا الأساس شرع حكم القصاص، فهو لحماية ارواح الناس، وليس دفاعاً عن حق يمكن ان يحصل عليه أو يتخلى عنه، ولعل في الآية الكريمة ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصاصِ حَياةٌ يَا أولي الْأَلْبَابِ﴾ خير دليل يثبت ان القصاص طريقاً لحماية الأرواح والحد من جرائم القتل، ولهذا فلا يمكن اعتبار القصاص نوعاً من القتل بل هو وسيلة لحماية أرواح الناس وحياة المجتمع بصورة عامة.

(١) سورة المائدة، الآية (٣٢).

(٢) سورة الأنعام، الآية (١٥١).

ان حق الانسان في الحياة هو اصل الحقوق، إذ لا مجال للبحث عن أي حقوق أخرى بعد ان يفقد الانسان حياته، وقد ورد النص على هذا الحق في المادة (٣) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر سنة (١٩٤٨) بقولها (لكل فرد الحق في الحياة ...) ونص على هذا الحق أيضاً العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة (١٩٦٦) إذ نصت المادة (١/٦) على ان (الحق في الحياة ملازم لكل انسان ... ولا يجوز حرمان احد من حياته تعسفاً).

وقد أثارت عقوبة الاعدام الكثير من الجدل لدى عدد من العلماء والفلاسفة ولدى فقهاء القانون والسياسة، وانقسمت آراؤهم بين مؤيد ومعارض لها، وتبلور ذلك الجدل في اتجاهات ثلاثة: الأول- ينادي بالتضييق منها، والثاني- ينادي بإلغائها، بينما يذهب الاتجاه الثالث الى ضرورة الابقاء عليها لصيانة المجتمع<sup>(١)</sup>.

وفي الحقيقة أنه لا مجال للبحث في إلغاء عقوبة الاعدام في أي بلد يدين بالاسلام لأنها عقوبة محددة في حالات بعينها، غير ان المشكلة تظهر في عدم التزام بعض الدول بما تقرره الشريعة الاسلامية من حالات لتطبيقها. ويستحدث المشرع الوضعي حالات كثيرة يقصد الحفاظ على أمن الدولة أو لأسباب أخرى، ومن هنا كان التشديد على عدم المبالغة في تقرير هذه العقوبة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي نص على أنه (لا يجوز في البلدان التي لم تبلغ عقوبة الاعدام ان يحكم بهذه العقوبة الا جزاء على أشد الجرائم خطورة وفقاً للتشريع النافذ وقت ارتكاب الجريمة (المادة ١/٦)).

وفي العراق يمكن القول بأنه لما كانت جمهورية العراق دولة دينها الاسلام وجب تطبيق احكام الشريعة الاسلامية بخصوص عقوبة الاعدام. كما ان عقوبة الاعدام منصوص عليها في قانون العقوبات العراقي "رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل"، ولقد نص قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على هذا الحق في المادة (١٢) حيث جاء فيه (... ولهم الحق في ... الحياة ... ولا يجوز حرمان احد من حياته ... الا وفقاً لاجراءات قانونية ...).

(١) أنظر: د. احمد حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، ج ٢، مطبعة جامعة القاهرة،

## المطلب الثاني

### الحق في المساواة

لقد عانت كثير من الأمم والشعوب حروباً ضروساً أدت بها الى الدماروالفناء، سواء قديماً أو حديثاً، وذلك نتيجة لحالة التمييز فيما بينها، بسبب العرق أو اللون أو اللغة أو العنصر أو غير ذلك.

ولقد اعتمد اليونان وعلى رأسهم أرسطو على مقولته المشهورة: "كل ما وراء أثينا برابرة"، وجاراهم الرومان الذين كانوا يعتزون بعنصريتهم كل الاعتزاز، وقد اقاموا تفرقة في قوانينهم بين الرومان غير الرمان، ولدى الثقافة الهندية نظام الطبقات الواضحة وعلى رأسهم البراهمة وتليهم طبقات بعضها فوق بعض.

أما اليهود فهم لا يزالون يعتقدون بأنهم شعب الله المختار، وان عرقهم هو العرق الذي اختاره الله بأن يكون أرقى شعب متفوق على غيره من شعوب العالم في مختلف الميادين.

بالرغم من أمم العالم مزيج من عناصر مختلفة، فلا يستطيع احد القول ان عنصراً ما عاش فيها بمعزل تام عن العناصر الأخرى، فالقول ان العنصر الأبيض أفضل من العنصر الأسود أو انقى من الاعراق الأخرى، فرض ينقصه الدليل، لذلك فامساواة بين البشر هي من البديهيات التي لا تحتاج الى إثبات، والحق في المساواة هو حق طبيعي، يعني منح الفرص المتكافئة للجميع والامتناع عن القيام بأي عمل يحول دون تمتع أي فرد في المجتمع بحقوقه.

وفي الدين الاسلامي الكثير من النصوص الشرعية التي تؤكد على المساواة ومحاربة التمييز بين الناس، يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾، ورسول الله (ص) يقول بأن "الناس سواسية كأسنان المشط" وان "النساء شقائق الرجال"، وهو القائل "لا فضل لعربي على أعجمي الا بالتقوى"، "وان المؤمنين في توادهم وتراحهم وتحابهم كالجسد إذا مرض منه عضو تداعت له سائر الأعضاء بالسهر والحمى".



ويقول البروفيسور ليك: "هناك حقيقة جديرة بالاعتبار والتقدير وهي أنه في الوقت الذي كان العالم يزرع تحت نير العبودية جاء الاسلام ينادي بالحرية والايقاء والمساواة في الحقوق والواجبات".

ان هذا الحق أكد عليه الاعلام العالمي لحقوق الانسان في مادته الثانية حيث نصت على ان "كل انسان التمتع بجميع الحقوق والحريات في الاعلان، دونما تمييز، ولاسيما التمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الرأي السياسي أو غير السياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر.

فضلاً عن ذلك لا يجوز التمييز على أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الاقليم الذي ينتمي اليه الشخص، سواء كان مستقلاً أم موضوعاً تحت الوصاية أم غير متمتع بالحكم الذاتي أم خاضعاً لأي قيد آخر على سيادته". كما نص على هذا الحق قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في مادته (١١/أ) بقولها "كل من يحمل الجنسية العراقية يعج مواطناً تعطيه مواطنته جميع الحقوق والواجبات التي ينص عليها هذا القانون وتكون أساساً لعلاقته بالوطن والدولة".

## المطلب الثاني

### الحق في الأمن والسلامة

يعني هذا الحق ان يشعر الفرد بالأمن على نفسه، فلا يقبض عليه أو يتعرض لأجراءات تعسفية من شأنها المساس بشخصه الا وفقاً للحالات والاجراءات التي ينص عليها القانون، ويرتبط حق الانسان في الأمن بحقه في الحياة، إذ لن يبقى لحياة الانسان معنى إذا كان مطارداً منها ويشعر بالخوف وعدم الاستقرار ويتعرض للاعتقال أو الحجز دون مبرر قانوني، أو تمارس عليه وسائل تجبره عل بالنطق بأقوال منافية للواقع<sup>(١)</sup>.

---

(١) أنظر: عبد الله صالح علي، الحقوق والحريات وضمانتها في ظل دستور الجمهورية اليمنية، لسنة ١٩٩٠، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٩٥.

وقد أكدت المادة (٣) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على هذا الحق بالنص على ان (لكل فرد الحق في الحياة والحرية والأمن على شخصه)، ونصت المادة (٩) من هذا الاعلان على أنه (لا يجوز اعتقال أي انسان أو حجزه تعسفاً)، وقد نص قانون ادارة الدولة العراقية المرحلة الانتقالية على هذا الحق في العديد من مواده فقد نصت المادة (١٢) منه على ان (العراقيون كافة متساوون في الحقوق .. ولهم الحق بالأمن الشخصي ... وبالحرية، ولا يجوز حرمان احد منه ... أو حريته الا وفقاً لإجراءات قانونية ..) كما نصت المادة (١٥/ح) على أنه (لا يجوز اعتقال احد أو حجزه خلافاً للقانون ولا يجوز احتجازه بسبب معتقدات دينية أو سياسية). كما نصت الفقرة (ي) من المادة ذاتها على ان (يحرم التعذيب بكل أشكاله الجسدية منها والنفسية وفي كل الأحوال ويحرم التعامل القاسي والمهين وغير الانساني ...).

وأخيراً يمكن القول ان هناك بعض الممارسات مازالت باقية وموروثة عن الأنظمة السابقة ويسهم في بقائها جهل اجهزة الأمن والأجهزة التنفيذية الأخرى بالحقوق والضمانات الدستورية والقانونية للمواطن، وجعل المواطن أيضاً بحقوقه التي كفلهها له الدستور والقوانين الأخرى وعدم مطالبته بها أو الدفاع عنها

#### المطلب الرابع

##### الحق في الأمان من العبودية والاسترقاق

لقد كان نظاما شائعا في العلم بأسره، ومنشراً في جميع الدول تقريباً ومعروفاً لدى شعوب المعمورة، وكانت له أنظمة واعراف متشابهة في أحكامها ومتماثلة في ظلمها وقسوتها وهو يعكس تطور المجتمع آنذاك التي كانت تتمسك به.

فالرق عند اليونان كان يقوم على مقولة أرسطو: (كل ما وراء أثينا برابرة)، كما ان الرومان أسرفوا في الرق حتى بلغ عدد الأقاء ثلاثة أضعاف الشاهقة في الارتفاع لولا استخدامهم العبيد الذين مات الآلاف منهم. كما ان الرق عند العرب، في الجاهلية، كان ظاهرة بارزة، حيث كانت تقام أسواق للنخاسة يباع فيها الرقيق.

لعل من أهم الأسباب التي أدت الى الرق سابقاً هي الحروب والغارات القبلية والفردية، والفقر المتفشي الذي يلجئ صاحبه الى الاستدانة والحروب التي كانت تنشأ بين الدول والامبراطوريات.

ان إلغاء الرق لم يكن بالأمر اليسير وان القضاء عليه كان لابد ان يتم بصورة تدريجية ومن خلال توفير البدائل والحلول لمواجهة هذه المعضلة الاجتماعية، ذ ان المجتمع في ذلك الوقت لم يكن بدرجة من التطور يمكن معها إلغاء الرق مرة واحدة. وجاء الاسلام وحرر الكثير من الرقيق عبر شرائهم من اسيادهم وحصر موارد الرق التي كانت كثيرة وغزيرة، وأورد أحكاماً عديدة تؤكد عدم رضائه عن نظام الرق. فأول ما عمله الاسلام أنه ألغى منابع الرق جميعها، ولم يترك الا منبعاً واحداً هو "أسرى الحرب"، وقد كان لا يستطيع الا ان يفعل ذلك لأن اعلان تحرير الأسرى من طرف واحد كان معناه ان يعلن الاسلام تحرير اسرى العدو من جانب واحد، في حين يبقى أسراه مسترقين عند الاعداء، فهنا لابد من المعاملة بالمثل، ومع ذلك لم يوجب الاسلام استرقاق الأسرى، فقد ترك الباب مفتوحاً لتحرير من يمكن تحريره منهم، فقال تعالى: ﴿أما منا بعد وأما فداء﴾.

وبالنسبة للعبيد الذين دخلوا الاسلام، فقد كانت خطة الدين الاسلامي تحريرهم وتحرير من يستعبد بعدهم تدريجياً، فأعلن ان لمن يحرر عبداً أجراً عظيماً عند الله كما أعلن ان كفارة بعض الذنوب هو تحرير رقبة أو أكثر الى غير ذلك من وسائل التحرير.

وهذا الاتجاه الاسلامي في العتق من العبودية يتجلى أيضاً في أحاديث الرسول محمد (ص) مثل قوله: "من اعتق رقبة اعتق الله بكل عضو من أعضائه من النار"، وقوله محمد (ص): "من لطم مملوكاً أو ضربه فكفارته ان يعتقه". ان حق الأمان من العبودية نصت عليه المادة (٤) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان بقولها "لا يجوز استرقاق احد أو استعباده، ويحظر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورها".

كما أكدت عليه المادة (٨) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بنصها "لا يجوز استرقاق أحد، ويحظر الرق والاتجار بالرق بجميع صورها". وإضافة المادة أنه "لا يجوز أخضاع أحد للعبودية".

وقد نصت على هذا الحق قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في الفقرة (ز) من المادة (٣) حيث جاء فيها "تحرّم العبودية وتجارة العبيد ..."، وكلمة العبودية أشمل من الاسترقاق، حيث تشمل جميع أنواع السيطرة أي سيطرة الإنسان على الإنسان واستضعافه، بينما يعني الاسترقاق أشد هذه الأشكال قسوة، وهو القضاء على الشخصية القانونية للإنسان وخضاعه للسلطات الناجمة عن حق الملكية.

## الفصل الخامس

### الحق في التنقل

الأصل ف الإنسان الحركة وعد الاستقرار والثبات وما دون ذلك استثناء من الأصل، ومن هنا تظهر أهمية التنقل بالنسبة الى الإنسان دون الحاجة للبحث عن اسباب ذلك التنقل أو مكانه أو زمانه، والحق في التنقل يعني ان تكفل الإنسان حرية التنقل من مكان الى آخر في داخل حدود بلاده وحرية السفر الى خارجها والعودة اليها في أي وقت الإقامة في أي مكان يشاء، ولا تجوز مصادرة هذا الحق كلية وإنما يجوز في - أو قات معينة - ان توضع قيود استثنائية على ممارسته مراعاة للمصلحة العامة أو لدواعي الأمن والسلامة أو بقصد المحافظة على الاقتصاد القومي<sup>(١)</sup>.

وحق الإنسان في التنقل بين الدول أو داخل البلد الواحد، وحقه في الإقامة في أي محل يريد مقرر في قوله عز وجل: ﴿هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور﴾<sup>(٢)</sup>، سواء كان هذا المحل داخل وطنه،

(١) أنظر: د. ثروت البدوي، المرجع السابق، ص ٨٣.

(٢) سورة الملك، الآية (١٥).

أم كان خارج بلده، لا تقيده الا الضوابط التي تحددها القوانين والأنظمة المستوحاة من المصلحة العامة أو ضرورات الأمن القومي.

وقد جاء تأكيد هذا الحق في المادة (١٣) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان بالنص على ان (١/ لكل فرد حرية التنقل واختيار محل اقامته داخل حدود كل دولة. ٢/ يحق لكل فرد ان يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة اليه).

ونصت المادة (١٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ان (١/ لكل فرد يوجد عل بنحو قانوني داخل اقليم دولة ما حق حرية التنقل فيه واختيار مكان اقامته. ٢/ لكل فرد حرية مغادرة أي بلد في ذلك بلده).

وتبدو أهمية حق الانتقال في علاقته بالحقوق الأخرى، فما الفائدة من تقرير حق الانتخاب- مثلاً- إذا منع المواطن من الانتقال من مكان الى آخر لممارسة ذلك الحق ؟ كما ان الحرية الاقتصادية تصبح بلا معنى إذا انعدمت حرية التنقل ومنع الأفراد من ممارسة نشاطهم التجاري أو الصناعي ففي مثل هذه الحالة لن يقدر احد على التمتع بملكه<sup>(١)</sup>. وقد نصت المادة (١٣/د) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على هذا الحق بقولها (للعراقي الحق بحرية التنقل في أنحاء العراق كافة وله الحق بحرية السفر الى خارجه وبالعودة اليه).

والملاحظ ان المادة (١٣/د) تتطرق الى حق التنقل في داخل البلاد، وحق السفر الى خارجها والعودة اليها، والملاحظ انها لم تتطرق اختيار مكان الإقامة في داخل البلاد، ذلك الحق الذي نصت عليه صراحة المادة (١٣) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمادة (١٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة، كما أشرنا الى ذلك آنفاً، وقد نصت على حق الإقامة والاستقرار في أي مكان في البلاد عدد من الدساتير منها الدستور الهندي لسنة (١٩٥٠) والدستور المصري لسنة (١٩٧١).

## المطلب الرابع

### الحق في حرمة المسكن

---

(١) أنظر: د. مصطفى ابو زيد فهمي، مبادئ الانظمة السياسية، منشأة المعارف ، الاسكندرية،

ان الانسان باعتباره كائن حي عاقل يحتاج الى مكان يأوي اليه ويرتاح فيه ويشعر فيه بالاطمئنان والسكينة وهذا المكان الذي لا غنى عنه لكل انسان هو المسكن، فكل فرد من حقه العيش في بلده في مسكن خاص به وهذا ما يعرف بحرية المسكن.

والمسكن يجب ان يتمتع بحرمة ولا يجوز للغير مراقبته أو دخوله أو تفتيشه سواء أكان القائم بذل كسلطة عامة أم هيئة معينة أم فرد من الأفراد الا وفق ظروف وحالات معينة وبناء على شروط محددة. ان الحماية المقررة للمسكن لا تقتصر عليه وحده وانما تنصرف كذلك الى توابعه وملحقاته المتصلة به اتصالاً مباشراً وتكون مخصصة لمنافعه سواء وجدت فوق سطحه أم فوق أرضه أم بجواره<sup>(١)</sup>.

وحرمة المسكن تعني أن يحصل الفرد على الهدوء فلا يجوز ازعاجه أو اقلق راحته كما لا يجوز التلصص عليه داخل مسكنه، وكل مكان يأوي اليه الانسان ويقيم فيه يصدق عليه وصف المسكن، ولا يهم بعد ذلك سواء كان مملوكاً أم مستأجراً أو كان الحصول عليه هبة من مالكة، ويستوي الأمر إذا كانت إقامة الشخص فيه دائمة أو مؤقتة أو عارضة<sup>(٢)</sup>.

ويروى عن الخليفة عمر بن الخطاب وقصة تجسسه في الليل ودخوله دار مواطن من الحائط دون استئذان وهي قصة مشهورة، " حيث مر الخليفة عمر ليلاً ببيت فسمع فيه صوت رجل وامرأة يتعالى بشكل يثير الريبة، فتصور الخليفة الخائض لينظر فإذا برجل وامرأة يحتسيان الخمر، فاحتد عمر وقال: يا عدو الله؟ أكنت ترى ان الله يسترك وانت على معصيته ؟ قال الرجل يا أمير المؤمنين ان كنت عصيت الله في واحدة فقد عصيته أنت في ثلاث، يقول الله تعالى: ﴿ ولا تجسسوا ﴾<sup>(٣)</sup>، وأنت تجسست علينا، ويقول: ﴿ وأتوا البيوت من أبوابها ﴾<sup>(٤)</sup>، وانت تسورت علينا الجدار

---

(١) انظر: د.حسني احمد الجندي، شرح قانون الاجراءات الجزائية اليمني، ج ١، مكان النشر والناشر غير محدد، ١٩٩٠، ص ٥٣٨.

(٢) أنظر: عبد الله صالح علي، رسالته المشار إليها آنفاً، ص ٣٧.

(٣) سورة الحجرات، الآية (١٢).

(٤) سورة البقرة، الآية (١٨٩).

ثم نزلت منه، وبقوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتَسْلَمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾<sup>(١)</sup>، وانت لم تفعل. فلم يملك الخليفة عمر (رضي الله عنه) إنزال العقوبة بالرجل، لأن جريمته لم تثبت بالوجه الرعي المباح<sup>(٢)</sup>.

وقد أكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان هذا الحق بنص عليه في المادة (١٢) بقولها (لا يجوز تعرض احد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو سكنه ..)، وقد نص قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على هذا الحق في المادة (١٥) منه وجاء في هذا النص أنه (لا يجوز انتهاك حرمة المساكن الخاصة من قبل الشرطة أو المحققين أو السلطات الحكومية الأخرى سواء كانت هذه السلطات تابعة للحكومة الاتحادية أم الاقليمية أم المحافظات والبلديات والادارات المحلية الا إذا أصدر قاض أو قاضي تحقيق حسب القانون المرعي إذنا بالتفتيش بناء على معلومات أدلى بها شخص اقسام يميناً وهو يعلم ان اليمني الكاذب يعرضه للعقاب ان ظروفًا ملحة كما تقرره محكمة ذات اختصاص قد تبرر اجراء التفتيش بلا إذن ولكن يجب عدم التوسع في تفسير مثل هذه الظروف الملحة، وفي حالة اجراء تفتيش بلا إذن عند عدم وجود ظرف ملح للغاية فان النادلة أو القرائن التي يعثر عليها فيمثل هذا التفتيش لا يعتد بها بشأن تهمة جنائية الا إذا قررت المحكمة ان الذي قام بالتفتيش بلا إذن كان يعتقد بشكل مقبول وبحسن نية ان التفتيش موافق للقانون.

ونرى أنه كان من الأجدر بمشرع القانون عدم الخوض في الأمور التفصيلية والاكتفاء بالنص على حق المواطن في حرمة مسكنه وعدم جواز تفتيشه الا بأذن صادر من الجهة القضائية المختصة، وترك تلك الأمور التفصيلية لتنظم بموجب قانون الاجراءات الجنائية.

## المطلب الخامس

---

(١) سورة النور، الآية (٢٧).

(٢) أنظر: سيد قطب، السلام العالي والاسلام، دار الشروق، القاهرة، من دون سنة نشر، ص

## الحق في حرمة المراسلات

ان مراسلات الانسان تعد من الصق الحقوق بشخصه فهي أقصى ما يمكن ان يتهياً للفرد من اسباب الأمان لأسراره واحاديثه.

ولفظ الرسائل يشمل الرسائل الشفوية والمكتوبة والطبوعة والمقروءة والمسموعة، وتعاني حرمة المراسلات عدم جواز الاعتداء عليها بالاطلاع والتفتيش أو المراقبة والمصادرة أو التصوير أو التسجيل أو التنصت الا في الأحوال المحددة في القانون.

وقد جاء التشديد على حرمة المراسلات في المادة (١٢) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان بالنص على ان (لا يجوز تعريض احد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في ان يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات).

ان قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لم ينص صراحة على حرمة المراسلات وانما عدها خصوصية من خصوصيات حياة المواطن الخاصة التي تندرج تحت حكم المادة (١٣/ح) منه، حيث جاء فيها (للعراقي الحق بخصوصية حياته الخاصة).

## المبحث الثاني

### الحقوق والحريات الفكرية

يطلق على الحقوق الفكرية تعبير (الحقوق المعنوية) وهي حقوق تتعلق بالجانب المعنوي أو الذهني والفكري للانسان في مقابل الحقوق المادية، وهي التي تتعلق به من حيث أنه - أي الانسان - كيان مادي. والحقوق الفكرية تعني حرية الانسان في أفكاره وآرائه وحرية أيضاً في البوح بأي صورة، أو كتمانها عن الناس. وجاء التأكيد على الحقوق والحريات الفكرية في الاعلان العالمي لحقوق الانسان إذ نصت المادة (١٨) على أن (لكل شخص حق في حرية الفكر ...).



ان الحقوق والحريات الفكرية لها صور عديدة وسوف نتناولها على النحو التالي:

### المطلب الأول

#### حرية العقيدة والعباد

يقصد بحرية العقيدة: حرية الانسان في ان يعتنق أو لا يعتنق أي دين وحرية في ان يؤمن أو لا يؤمن بأي مذهب فكري وحرية أيضاً في تغيير دينه أو عقيدته وفي ان لا يفرض عليه دين بالقوة، أو وتمارس عليه ضغوط لتأييد أي مذهب أو دين من الدولة أو الأفراد. أما حرية العبادة: فهي تعني حرية الانسان في ممارسة أو عدم ممارسة شعائر دينية سواء في السر أو في العلن مع ضرورة التزام الدولة بعدم المساس بحرية العبادة، سواء بالمنع أو التعطيل بل عليها ضمانها في حدود ما يسمح به النظام العام والآداب<sup>(١)</sup>.

ان اعتناق الدولة لدين معين وجعله دينها الرسمي لا يتعارض مع حق مواطنيها في اعتناق أي دين مخالف، بل عليها ان تعامل المذاهب والأديان كافة بصورة متساوية. وقد نص على هذا الحق الاعلان العالمي لحقوق الانسان في المادة (١٨) التي نصت على ان (لكل شخص حق في حرية الفكر والوجدان والدين ويشمل هذا الحق حرية في تغيير دينه أو معتقده وحرية في اظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر الدينية والممارسة والتعليم بمفرده أو مع جماعة وأمام الملاء أو على حدة).

وفي العراق نصت على هذا الحق المادة (١٣/و) من قانون إدارة الدولة بقولها (للعراقي الحق بحرية الفكر والوجدان والضمير والعقيدة الدينية وممارسة شعائرها ويحرم الاكراه بشأنها)، ونرى أنه من الأفضل ان يضاف الى نص المادة (على ان لا يتعارض ذلك مع الآداب والنظام العام). وقد أكدت حماية حرية العقيدة والعبادة بانص في المادة (٣٧٢) من قانون العقوبات العراقي على عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات لكل:

---

(١)

أ/ من اعتدى بإحدى طرق العلنية على معتقد لإحدى الطوائف الدينية أو حقر شعائرها.

ب/ من تعمد التشويش على إقامة شعائر طائفة دينية أو على حفل أو اجتماع ديني أو تعمد منع أو تعطيل إقامة شيء من ذلك.

ج/ من خرب أو أتلّف أو شوه أو دنس بناء معداً لإقامة شعائر طائفة دينية أو رمزاً أو شيئاً آخر له حرمة دينية.

د/ من طبع أو نشر كتاباً مقدساً عند طائفة دينية إذا حرق نصه عمداً تحريفاً يغير من معناه أو إذا استخف بحكم من احكامه أو شيء من تعليمه.

هـ/ من أهان علناً رمزاً شخصاً هو موضع تقديس أو تمجيد أو احترام لدى طائفة دينية.

و/ من قلد علناً نسكاً أو حفلاً دينياً بقصد السخرية منه.

٢- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا يتزيد على ثلاث سنوات كل من تعرض بإحدى طرق العلنية للفظ الجلالة سباً أو قذفاً بأية صيغة كانت).

إذا كنا قد تناولنا حرية العقيدة والعبادة على النحو السابق، فإن ذلك لا ينطبق على المسلم الذي يغير دينه، فهو يعد في رأي جمهور الفقهاء المسلمين مرتداً ولكنهم اختلفوا في تقدير العقوبة على المرتد، فمنهم من ذهب الى عقوبة هي (حد شرعي) أي عقوبة مقدرة تعد حقاً الله يجب على ولي الأمر تنفيذها لما تشكله من خطر بالغ على المجتمع ومنهم من رأي انها عقوبة (تعزيرية) أي متروك تقديرها لولي الأمر ضوء ما تشكله الظاهرة من خطر على الكيان السياسي للأمة الاسلامية، وهناك من ذهب الى القول بأن الاسلام حين يقرر عقوبة القتل للمرتد انما يرى ان الردة كشف لظهر الاسلام وهدم لعزة الدين وقوة أهله فيكون المرتد بردته خان أمانته وخان أمته وتحدى دعوة الحق بمجاهرته بالكفر والانسلاخ عن الاسلام<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثاني

#### حق الرأي والتعبير عنه

(١) انظر: د. الوهاب الشيشاني، حقوق الانسان وحرياته الأساسية في النظام الاسلامي والنظم المعاصرة، مطابع الجمعية العلمية الملكية، الأردن، ط١، ١٩٨٠، ص ٥٥٨-٥٥٩.

لكل انسان رأي معين- بصرف النظر عن مدى أهمية ذلك الرأي - في قضية أو أكثر من القضايا التي تحيط به. وهذا الرأي يظل محدود القيمة أو الأثر ما لم تتح الفرصة لصاحبه بترجمته علمياً بأي وسيلة من وسائل التعبير. وتأتي أهمية حرية الرأي والتعبير عنه استجابة طبيعية لحق الانسان في التنفيس عما يجيش بداخله من مشاعر وآراء وقيم وقناعات يؤمن بها وبغير التعبير عن تلك المشاعر ينعدم التواصل بين الحاكم والمحكوم، فلا يعرف الحاكم احتياجات المحكوم، ويصاب الأخير بالاحباط واللامبالاة وينعدم دوره في المشاركة الايجابية في بناء المجتمع وتطويره على مختلف الأصعدة.

ان من الصعوبة بمكان تكوين رأي عام فعال دون الاعتراف صراحة بحرية الرأي والتعبير عنه وضمان ممارستها الفعلية، ولعل تأثير الاشاعة ينعدم أو يكاد في بلد يضمن لأفراده مناقشة آرائهم بحرية تامة دون خوف أو قمع وهو ما لا يتأتى في ظل نظام استبدادي<sup>(١)</sup>. ان حرية الرأي من جهة ثانية تعني حرية الانسان في تلمس مختلف ضروب العلم والمعرفة والأفكار من أي مصدر كان وهذا ما أكدته الاعلان العالمي لحقوق الانسان في المادة (١٩) حين نص على ان (لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة وفي التماس الانباء والأفكار وتلقيها ونقلها الى الآخرين بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود) وكذلك كما أكدته العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي نص في المادة (٢/١٩) ان (لكل انسان حق حرية الرأي والتعبير عنه ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها الى الآخرين دونما اعتبار للحدود سواء عاى شكل مكتوب أو مطبوع او في قالب فني أو بأي وسيلة أخرى يختارها).

وعن وسائل ممارسة حق حرية الرأي والتعبير في المجتمع، فهي تتم عبر الطرق السلمية، لا العنف والارهاب، وبالتالي فالطريقة الأمثل في التعامل مع الرأي الآخر هي الحسنى وعدم استخدام العنف والقوة في اجبار الآخر على القبول بالرأي

---

(١) انظر: د.أبو اليزيد علي المتيت، انظم اسياسية ولاحيات العامة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ١٧٣.

أو محاولة تهديدية، أو تجاهله، بل عبر الحكمة والموعظة الحسنة، قال تعالى: ﴿ادْعَ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ، وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾<sup>(١)</sup>، ﴿وَلَا تَجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾<sup>(٢)</sup>، ﴿قُلْ لِعِبَادِي يَقُولُوا الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾<sup>(٣)</sup>، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾<sup>(٤)</sup>. وحديث الرسول (ﷺ): "أفضل الجهاد كلمة حق أمام سلطان جائر"، يعطي دلالة واضحة على الحق في أبداء الرأي حتى أمام الحاكم، ولكن بطريقة لا تؤدي بالإنسان إلى التهلكة وإنما عبر الطرق والأساليب السلمية.

وقد نص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على هذا الحق في المادة (١٣/ب) عنه تظل مسألة ذات أهمية محدودة أو قد تكون منعقدة في بعض الحالات بالنسبة إلى كثير من أبناء الشعب الذين حرّموا حقهم في الحصول على قدر من التعليم والوعي وهذا يعني عدم فهم أعداد كبيرة من المواطنين لمعنى حرية الرأي ومن ثم صعوبة القول بتكوين رأي عام يمكن أن يؤدي دوراً مؤثراً في الكثير من القضايا التي تهم المجتمع بأكمله. إلا أن ما سبق تقريره لا يقلل من أهمية وجود حرية الرأي والتعبير عنه وضمّانها لأنه مع ترسيخ تلك الحرية سيتكون رأي عام واع وفعال، ولذلك لا يجوز أن يترك لأي سلطة حاكمة أن تتخذ من الأمية أو تخلف الوعي سبباً للقضاء على حقوق الإنسان وحياته الفكرية.

### المطلب الثالث

#### حرية الاجتماع وتكوين الجمعيات

سنقسم هذا المطلب إلى مقصدين، الأول نتناول فيه حياة الاجتماع أما الثاني فسنتناول فيه حق ممارسة النشاط الحزبي.

#### المقصد الأول / حرية الاجتماع:

---

(١) سورة النحل، الآية (١٢٥).

(٢) سورة العنكبوت، الآية (٤٦).

(٣) سورة الإسراء، الآية (٥٣).

(٤) سورة الاحزاب، الآية (٧٠).

تعنى حرية الاجتماع ان يستطيع الفرد الاجتماع مع من يريد وفي الزمان والمكان الذي يختار ليعبر عن رأيه مع غيره بالخطابة أو المناقشة أو المحاضرة أو غير ذلك، وحرية الاجتماع تعد صورة من صور الحرية الفكرية لأن عقد الاجتماع بين عدد من الناس بقصد مناقشة موضوع ديني أو سياسي أو غير ذلك من الموضوعات انما هو تعبير عما يجول في أذهانهم من أفكار وآراء.

ويجب ان تكفل الدولة عدم المساس بهذه الحرية والتدخل فيما يطرح من آراء خلال تلك المناقشات، ما دامت في حدود القوانين وغير مخالفة للنظام العام والآداب، كما تمتد حرية الاجتماع الى ما يترتب عليها من قرارات أو توصيات أو منشورات أو اتخاذ موقف معين تجاه أي موضوع يتفق عليه المجتمعون، ويترتب على ضمان هذه الحرية عدم اشتراط حصول موافقة الجهات الأمنية لعقد مثل تلك الاجتماعات، ويتفرع عن حق الاجتماع الحق في التظاهر الذي قد يكون لتأييد أو رفض موضوع من الموضوعات التي تهم المجتمع أو فئة منه وقد يكون بقصد مطالبة الناس بإصلاح الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية. وتجب كفالة الحق في التظاهر باعتباره تجمعاً بشرط ان لا يكون هدفه إثارة الشغب أو المساس بالنظام العام أو الممتلكات العامة والخاصة.

وقد جاء في الاعلان العالمي لحقوق الانسان ما يؤكد هذه الحرية في المادة (٢٠) بالنص على ان (١/ لكل شخص حق في حرية الاشتراك في الاجتماعات ... ) وأكد العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة أيضاً ان (يكون الحق في التجمع السلمي معترفاً به)، أما حق تكوين الجمعيات فيعني اتفاق عدد من الأفراد لتكوين كيان يضمهم ويسعى لرعاية مصالحهم والمطالبة بحقوقهم وتحسين أوضاعهم. وقد أكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان ان من حق كل شخص الاشتراك في الجمعيات السلمية ولا يجوز ارغام احد على الانضمام الى أية جمعية (المادة ٢٠/١/٢).

أما بالنسبة الى حرية التجمع والتظاهر في العراق فقد نص قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على حق الأفراد في التجمع والتظاهر والاضراب السلمي على ان يكون ذلك في حدود القانون كما تطرق القانون الى الحق في تكوين النقابات

والجمعيات في المادة (١٣/ح). ونرى أنه ينبغي ان ينص الدستور الجديد على حق المواطن في عدم الانضمام الى المنظمات المهنية أو النقابية أو الحزبية، وبذلك يصبح هذا الدستور موافق لما ورد في المادة (٢٠) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان من عدم جواز ارغام احد على الانضمام الى أي جمعية أو تنظيم.

### المقصد الثاني/ حق ممارسة النشاط الحزبي

تعني الحرية الحزبية حق كل فرد في الانتماء الى حزب سياسي يوافق ميوله الفكرية وحقه في ممارسة النشاط الحزبي، ويأتي الحق في ممارسة النشاط الحزبي في مقدمة الحقوق التي تجب كفالتها لكل فرد سواء بالانضمام إلى الأحزاب القائمة أم بإنشاء أحزاب جديدة وذلك لأهمية الدور الذي تؤديه الحزبية والأحزاب في حياة المجتمع. ويرتبط وجود الأحزاب بطبيعة النظام الحاكم القائم ومدى ما يسمح به لقيامها ومشاركتها في السلطة عبر قنوات شرعية دستورية وقانونية.

أما بالنسبة الى حق ممارسة النشاط الحزبي في العراق فقد نص قانون ادارة الدولة على حق الأفراد في تأسيس الأحزاب السياسية والانضمام اليها على ان يكون ذلك في حدود القانون (المادة ١٣/ح).

### المطلب الرابع

#### حرية الصحافة والنشر

تعني ان تكفل الدولة للفرد حرية التعبير عن آرائه ومعتقداته عن طريق المطبوعات ولقد اصبحت الصحافة تؤدي دوراً مؤثراً في تشكيل رأي العام وتطويره وبلورته ولاسيما إذا كانت صحافة حرة لا رقابة للسلطة عليها بل ان حرية الصحافة أصبحت من القيم الأساسية التي يقاس بها المجتمع المتطور<sup>(١)</sup>.

وقد نصت اغلب الدساتير علىحرية الصحافة، الا ان بعض الدساتير لا تنص عليها ويندرج هذا الحق تحت حرية الرأي والتعبيرعنه على أساس ان الفرد عندما يحرر صحيفته أو يكتب فيها انما يعبر عن رأيه بوصفه مواطناً. ان قانون ادارة

---

(١) أنظر: المحامي اللورد دنيس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، عالم

المعرفة الكويت، ١٩٠٨١، ص ١٨٢-١٨٣.

الدولة العراقية قد سلك هذا الاتجاه بعدم النص صراحة على حرية الصحافة وعدها وسيلة من وسائل التعبير التي تدرج تحت حكم المادة (١٣/ب).

### المبحث الثالث

#### الحقوق السياسية

تعني الحقوق السياسية ان يشترك الفرد القيام بدوره اسياسي في الادارة والمشاركة والرقابة في كل شؤون المجتمع<sup>(١)</sup>، وليس هناك شك في أهمية الحقوق السياسية لأي بلد يسعى الى النهوض والتقدم لما لها من دور بارز في اشراك المواطن في كل القضايا وجعله يشعر بأهمية دوره الفعال مشاركاً ومراقباً في كل الشؤون التي تهم مجتمعه.

وتتميز الحقوق السياسية بأنها مقصورة على المواطنين دون الأجانب، وهي أيضاً مقصورة على فئة تتوافر فيه اشروط معينة ونتناول الحقوق السياسية في أربعة مطالب على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

##### حق المواطنة (حق الانتماء الى دولة ما)

الجنسية هي رابطة قانونية وسياسية وروحية تربط الفرد بالدولة وهي تحدد انتمائه وولائه الوطني، ولها اعتبارات هامة تتبع من أهمية التنظيم القانوني الذي تقوم به أي دولة في تجنيس رعاياها. وثبتت الجنسية الأصلية وفقاً لأحد معيارين أساسيين هما حق الدم وحق الاقليم، والمقصود بحق الدم هو حق المولود في حمل جنسية الدولة التي ينتمي اليها أبائه وبصرف النظر عن مكان ولادته، أما حق الاقليم فهو حق المولود في حمل جنسية الدولة التي يولد في اقليمها دون اعتداد بالأصل الذي ينحدر منه. ان لكل فرد الحق في التمتع بجنسية ما. هذا ما أكدته الاعلان العالمي لحقوق الانسان في المادة (١٥/١) بالنص على ان (لكل فرد التمتع بجنسية ما) ونصت المادة (٢٤/٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ان (لكل طفل حق في اكتساب جنسية)، وبالرغم من ان هذا الحق لكل انسان،

---

(١) انظر: د. صالح جواد كاظم، المرجع اسبق، ص ١٨٨.

الا إننا نشاهد اليوم تزايد أعداد الأشخاص عديمي الجنسية في العالم بحيث أصبحت ظاهرة عامة تنتشر في الكثير من بلدان العالم، ويعرف عديم الجنسية بأنهم مجموعة من الناس غير محمية ولا تعتبرهم أي دولة من رعاياها، بمقتضى تشريعاتها، وإعدادهم ليست قليلة، فبعضهم يعيش في موطنه الأصلي، يناضل من أجل الحصول على جنسية بلده التي حرم منها، والآخر ترك موطنه الأصلي بعد أن يأس من الحال والوضع المعقد مفضلاً العيش في الخارج لاجئاً في بلد آخر ينتظر الحصول على جنسية أو بطاقة أو هوية، حتى يستطيع أن يتحرك بصفة قانونية ويعترف له بالشخصية القانونية كمواطن يمتلك جنسية للتعريف عن نفسه.

ويعد الحق في الجنسية في طليعة الحقوق السياسية من حيث الأهمية، فمن لا يحمل جنسية البلد يقيم فيه يعد أجنبياً ليس له الحق في ممارسة بعض الحقوق ولا يتحمل الواجبات التي تقع عادة على كاهل المواطن أو حامل الجنسية، وبناءً على ذلك كانت الجنسية مناط التمتع ببقية الحقوق السياسية الأخرى كحق الانتخاب أو تولي المناصب العامة أو تقديم العرائض والشكاوي والمقترحات.

ويأتي النص في الدساتير المختلفة على الحق في الجنسية وتتولى القوانين توضيح هوية الذين يحملون جنسية الدولة بصفة أصلية وتضع الضوابط المختلفة لاكتساب الجنسية، كما تنص القوانين أيضاً على عدم جواز حرمان أحد من جنسيته، ولكن قد يتم سحب الجنسية في حالة اكتسابها إذا وجدت حالة من الحالات التي ينص عليها القانون أما إسقاطها فهو أمر لا يجوز أيضاً إلا إذا رغب صاحب الشأن في ذلك، وهذا ما أكدته الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالنص وعلى عدم جواز حرمان أحد من جنسيته تعسفاً أو مصادرة حقه في تغيير جنسيته (المادة ١٥/٢).

كما نص قانون إدارة الدولة العراقية على ذلك في مادته العاشرة حيث جاء في الفقرة (ب) منها ما يلي (لا يجوز إسقاط الجنسية عن العراقي ولا يجوز نفيه، ويستثنى المواطن المتجنس الذي يثبت عليه في محاكمة أنه أورد معلومات جوهريّة كاذبة تم منحه اجنسية استناداً إليها في طلب تجنسه). كما ورد في الفقرة (د) من ذات المادة ما يلي (يحق للعراقيين ممن إسقطت عنهم الجنسية العراقية لأسباب سياسية أو دينية أو طائفية أن يستعيدوا جنسيتهم العراقية).



## المطلب الثاني

### حق الانتخاب

يعني الانتخاب (قدرة الفرد على ان يشارك في الانتخابات عل مختلف مستوياتها ناخباً أو مرشحاً لعضوية مجلس معين)<sup>(١)</sup>، والحق في الانتخاب من ابرز الحقوق السياسة بوصفه الوسيلة الصحيحة لمشاركة كل مواطن في إدارة شؤون بلده، لأن الفرد لن يشعر بقيمته وأهميته الا عندما يشارك فعلاً في إدارة شؤون بلاده سواء بشكل مباشر أم غير مباشر، فعملية المشاركة هذه هي التي تشعر الحكام والمحكومين بمدى المسؤولية الملقاة عل عاتق كل منهم تجاه وطنه ولن يكون للانتخابات أي معنى الا إذا تم اجرائها في اطار متكامل من الثوابت الدستورية والقانونية التي تكفل وتضمن ممارستها الفعلية<sup>(٢)</sup>. فحق الممارسة الفعلية في إدارة شؤون البلاد معترف به رسمياً في دساتير الكثير من دول العالم، الا ان الكثير من الدول لا تعمل بهذا الحق وتبقيه في الدستور مجمداً ولا تستخدمه الا كمرسوم تشريفي معطل وغير قابل للتنفيذ.

وقد أكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان حق كل فرد في المشاركة في ادارة شؤون بلاده بصورة مباشرة حيث نصت على ذلك المادة (١/٢١، ٣) بقولها: (١)/ لكل شخص حق المشاركة في ادارة الشؤون العامة لبلده، أما مباشرة أو ممثلين يختارون في حرية، ٣/ إرادة اشعب هي مناط سلطة الحكم، ويجب ان تتجلى هذه الارادة من خلال انتخابات نزيهة تجرى دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري أو بأجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت). نصت المادة (٢٥) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ان (يكون لكل مواطن، دور أي تمييز، الحقوق التالية التي يجب ان تتاح له فرصة التمتع بها دون قيود معقولة:

(١) انظر: صالح جواد الكاظم، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(٢) انظر: عبد الله صالح علي، رسالته المشار اليها آنفاً، ص ٦٥.

١- ان يشارك في ادارة الشؤون العامة، اما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون في حرية.

٢- ان يَنتخب ويُنتخب ، في انتخابات نزيهة تجرى دورياً بالاقتراع العام على قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري، تضمن له التعبير الحر عن إرادة الناخبين).

وقد نص قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على حق كل مواطن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في قانون الانتخابات ان يرشح نفسه للانتخابات ويدلي بصوته بسرية في انتخابات حرة، مفتوحة، عادلة، تنافسية ودورية. كما نص هذا القانون على عدم جواز التمييز ضد أي مواطن عراقي لأغراض التصويت في الانتخابات على أساس الجنس أو الدين أو العرق أو المعتقدات أو الطائفة أو الأصل الاثني أو اللغة أو الثروة أو المعرفة بالقراءة والكتابة.

### المطلب الثالث

#### حق تولي الوظائف العامة

يعني هذا الحق ان يكون لكل فرد تتواف فيه شروط معينة الحق في تقلد الوظائف العامة في بلده. ويفترض في عدا الحق ضمان المساواة في الفرص لجميع المواطنين في مسائل الاستخدام أو التعيين في منصب في الدولة. وتأتي أهمية هذا الحق من ان تقلد الوظائف العامة كان في السابق يقوم على انتماء الى اسرة معينة، او على التفرقة بين المواطنين بسبب الجنس أو الانتماء الاجتماعي أو السياسي أو الاقليمي أو الطائفي. ولذلك أكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان على هذا الحق بالنص على ان (لكل شخص بالتساوي مع الآخرين حق تقلد الوظائف العامة في بلده، المادة ٢١/٢)، ونصت المادة (٣/٢٥) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ان (يكون لكل مواطن - دون تمييز - ٣/ أن تتاح له على قدم المساواة فرصة تقلد الوظائف العامة).

ان قانون ادارة الدولة لم ينص صراحة على هذا الحق ولكن هذا لا يمنع من اعتباره واحداً من الحقوق الأساسية للمواطن العراقي لأن تعداد الحقوق الواردة في

الباب الثاني من هذا القانون لم يكن على سبيل احصر كما هو واضح من صراحة نص المادة (٢٣)، وبما ان الحق في تولي الوظائف العامة منصوص عليه في الاعلان العالمي لحقوق الانسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وبما ان العراق هو احدى الدول المصادقة عليه والمنظمة اليه فان هذا الحق يعتبر واحد من الحقوق الأساسية للمواطن العراقي.

## المطلب الرابع

### الحق في تقديم العرائض والشكاوى

يعد الحق في تقديم العرائض والشكاوى من الحقوق التي لا غنى عنها للانسان في اىصال صوته وتظمه الى السلطات العليا في الدولة، وقد كان هذا الحق فيما سبق يؤدي دوراً أساسياً في علاقة الفرد بالدولة لما يحققه من تواصل متبادل بينهما. ثم قلت أهميته فيما بعد لوجود أساليب أخرى تمكن الفرد من طرقها في المطالبة بحقوقه سواء كان ذلك بوسائل قضائية أم بطرائق غير مباشرة كالصحف، ومن هنا هب بعضهم<sup>(١)</sup> الى ان الحق في تقديم العرائض والشكاوي في الوقت الحاضر لم تعد له أهمية تذكر، ولكن مهما كانت الوسائل المتاحة للمواطن لم يكن بالامكان القول بعدم ضرورة تمتعه بالحق في تقديم العرائض والشكاوى ومخاطبة السلطات العامة لطلب رفع ظلم واقع عليه أو تقديم مقترحات بشأن قضية تهمه شخصياً أو تهم مجموعة من الناس.

كما ان الحق في تقديم العرائض واشكاوي يعبر عن المشاركو السياسية للأفراد في شؤون الحكم<sup>(٢)</sup>، ويتم عن طريق المطالبة بإصدار قانون يهم الناس أو المطالبة بتعديل بعض المواد في أي قانون يترتب عليهم ضرر منه.

ولقد كفلت الكثير من الدساتير هذا الحق، فالمادة (١٧) من الدستور الأردني الصادر سنة (١٩٥٢) نصت على أن (للأردنيين الحق في مخاطبة السلطات العامة فيما ينوبهم من أمر شخصية أو فيما له صلة بالشؤون العامة بالكيفية والشروط التي

(١) انظر في بيان ذلك، عبد الله صالح علي، رسالته المشار اليها، ص ٧٦.

(٢) أنظر: د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ١١٤.

يعينها القانون). وكذلك الدستور المصري الصادر سنة (١٩٧٠) في المادة (٦٣) التي نصت على ان (لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة وبتوقيعه ولا تكون مخاطبة السلطات العامة باسم الجماعات الا للهيئات النظامية والأشخاص المعنوية). اما الدستور اليمني فقد نصت المادة (٣٤) منه على أن (يحق للمواطن ان يلجأ ال بلاقضاء لحماية حقوقه ومصالحه المشروعة وله الحق في تقديم الشكوى والانتقادات والمقترحات الى أجهزة الدولة ومؤسساتها بصورة مباشرة وغير مباشرة).

ان النص اسابق لم يكتف بتقرير الحق للمواطن في تقديم العرائض وانما تعداه الى منحه الحق في ان ينتقد أي سلطة من سلطات الدولة بمختلف اجهزتها، والحق في رفع المقترحات التي من شأنها لفت نظر الأجهزة المختلفة في الدولة لأي ممارسات غير صحيحة.

ونحن بدورنا نتمنى على المشرع العراقي ان يتبنى نص مماثل في دستور العراق الجديد.

## **المبحث الرابع**

### **الحقوق القانونية والقضائية**

سنقسم هذا البحث الى أربعة مطالب، الأول نتناول فيه حق الانسان في الحصول على شخصية قانونية. والثاني نتكلم فيه عن الحق في المساواة أما القانون، وسنبحث في المطلب الثالث الحق في اللجوء الى المحاكم وطلب التقاضي اما المطلب الرابع فسننتاول فيه الحق في الحصول على محاكمة عادلة.

### **المطلب الأول**

#### **الحق في الحصول على الشخصية القانونية**

ان منح الشخصية القانونية لكيان ما انما هو الاعتراف له أساساً بقدرته على ممارسة بعض الحقوق وأداء بعض الواجبات بنفسه في ظل نظام قضائي خاص، والاعتراف له بالأهلية المدنية للالتزام والالتزام، حيث تكون أهلية الانسان كاملة منذ بلوغه سن الرشد متمتعاً بتمام قواه العقلية.

ففي القانون الداخلي للدول يعتبر الفرد (الشخص) الأمتل للقانون بينما تمنح كائنات أخرى ومنها الشركات العامة عل سبيل المثل شخصية متميزة عن شخصية الأفراد الذين ينشئونها، ويمكنها ان تقوم بعمليات قانونية باسمها الخاص ولحسابه الخاص.

والدولة في القانون الدولي هي التي تمتل (الشخص القانوني) الأمتل ويجوز اعتبار بعض الكائنات الأخرى (أشخاص) في القانون الدولي بقدر ما تستطيع ان توجد علاقات قانونية على الصعيد الدولي. فمنذ عام (١٥٤) أصبح من الواضح ان القانون الدولي لم يعد قائماً على حقوق الدول وواجباتها بل أنه يعترف بوجود مستقل لمجموعة من المؤسسات الدولية، وأنه في بعض الظروف يعترف للأفراد بشيء من الحقوق ويفرض عليهم بعض الواجبات. ومع ذلك فالاعتراف للأفراد بإمكانية إقامة الدعوى للدفاع عن بعض الحقوق والاعتراف لهم بالشخصية القانونية يعتبر تطوراً في القانون الدولي في وقتنا الراهن، حيث وضعت هذه الاجراءات أيام عصبة الأمم لتأمين حماية سكان الأقاليم المشمولة بالانتداب، ورغم ان نص ميثاق عصبة الأمم لم يتضمن أحكاماً خاصة بهذا الموضوع، فقد اعتبر أنه من حق سكان الأقاليم المشمولة بالانتداب ان ترسل عرائضها الى اللجنة الدائمة للانتدابات عن طريق دولة الانتداب المعنية.

وقد نصت على هذا الحق المادة السادسة من الاعلان العالمي لحقوق الانسان بقولها (لكل انسان في كل مكان الحق بأن يعترف له بالشخصية القانونية).

## المطلب الثاني

### الحق في المساواة أمام القانون

ان ما يكفل حماية الحقوق والحريات في دساتير العالم هو سيادة القانون في علاقة السلطة بالمجتمع وعلاقة المجتمع بالسلطة، وباعتبار القانون هو السيد والحاكم على الجميع من دون تمييز، لذلك فلا قيمة للنصوص الدستورية إذا كان المشرع لا يحترم تلك النصوص ويسن من التشريعات ما يخالف أبسط المبادئ

الدستورية دون حسيب أو رقيب، ولذا فإن احترام النصوص فعلياً هو الكفيل بمنع التجاوزات التي ينتهك فيها القانون.

ومن هنا استحدثت الرقابة على دستورية القوانين إذ أصبح من الصعب الحد من التجاوزات الحاصلة على صعيد القوانين، لذلك كان من الضروري وجود الرقيب الذي يراقب باهتمام ما يصدر من تجاوزات من قبل المشرع والمنقذ. وحق الانسان في مراجعة المحاكم والقضاء مكفول بنصوص وردت في أغلب دساتير العالم وفي شرعة حقوق الانسان فليس بدعاً من القول التأكيد ان حق طلب المساواة في التقاضي امام القانون أمر أقرته الدساتير العالمية، فمبدأ المساواة أمام القانون يسري على الجميع، والمساواة امام القانون تقضي ان يذهب الخصمان الى القاضي وهما كلاهما مطمئنان: المدعي مطمئن الى أنه سينال حقه، والمدعى عليه مطمئن الى أنه لن يظلم، من دون أي تمييز ومن دون أي انحياز الى أي من الطرفين<sup>(١)</sup>.

وفي الدول الحديثة تنظم القوانين أصول محاكمة الرؤساء والوزراء، فالناس سواسية لا فرق بين حاكم ومحكوم امام القانون الذي يشمل الجميع.

وتراثنا الاسلامي مليء بالكثير من الأحداث التاريخية التي تشير الى تطبيق العدل والمساواة من دون تمييز أمام القانون، ويقضي الأمر سيادة القانون على جميع أفراد الأمة، حتى ان الرسول (ﷺ) على عظمته محكوم بالقانون وقول الباري عز وجل: ﴿وَلَوْلَا اِنْ ثَبَتْنَاكَ لَقَدْ كُنتَ تَرَكُنَ الِیْهِمْ شَيْئًا قَلِيلًا، اِذَا لَأَذْنٰكَ ضَعْفَ الْحَيَاةِ وَضَعْفَ الْمَمَاتِ ثُمَّ لَا تَجِدُ لَكَ عَلَيْنَا نَصِيرًا﴾<sup>(٢)</sup>، دليل قاطع على ذلك.

وقد نص الاعلان العالمي لحقوق الانسان على مبدأ المساواة امام القانون في مادته السابعة بقولها (الناس جميعاً سواء امام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون، دونما تمييز ...).

أما العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسة فقد نصت المادة (١٤) منه على أنه (الناس جميعاً سواء أمام القضاء، ...) ان هذا الحق نص عليه قانون

---

<sup>(١)</sup> انظر: امير موسى، حقوق الانسان، مدخل الى وعي قانوني، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٤، ص ٦٨.

<sup>(٢)</sup> سورة الاسراء، الآيتان (٧٤، ٧٥).

ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في مادته (١٢) حيث جاء فيها (... ان  
الجميع سواسية أمام القضاء).

## المطلب الثالث

### الحق في اللجوء الى المحاكم الوطنية

تحصر الجولة - في العصر الحديث - حق القضاء بين الناس في نفسها، فهي لا تسمح لأي فرد ان يقضي لنفسه بحقه وتمنع أي فرد- تحت طائلة العقاب- بأن يلجأ الى بلاقوة لأخذ حقه من آخر، وهي توجب على الناس كافة ان يعودوا اليها طلباً للقضاء في منازعاتهم وحماية لحقوقهم من الاعتداء عليها<sup>(١)</sup>. غير ان الدولة في العصر الحاضر لا تحتكر القضاء في المنازعات بين الناس احتكاراً تاماً فهي تقبل في بعض المنازعات التحكيم مساعداً لقضائها في الوصول الى العدالة واتسوية بين الخصوم، والقانون يتولى اليوم تنظيم التحكيم وبيان الحالات المقبولة فيها وحدوده والاجراءات المتبعة فيه<sup>(٢)</sup>.

ان القضاء مباح لجميع الناس، ودفع الرسوم لا يؤثر في اباحة التقاضي حيث يرى بعض العلماء بأن اباحة التقاضي للناس صيانة لحقوقهم، ويقتضي بالضرورة تعفف الدولة عن أخذ أية رسوم عند مراجعة القضاء، ويطلق على الرأي "مبدأ مجانية القضاء". ويدافع عن إقرار مبدأ دفع الرسوم بأن في المجانية إرهاباً لميزانية الدولة وتشجيعاً للناس على كثرة مراجعة المحاكم وبأن في نظام المعونة القضائية التي تمنح للفقراء ما يبرر دفع الرسوم من اجل التقاضي. ومهمة القاضي القيام بالفصل في الخصومات والنظر في الجرائم على اختلافها وإقامة الحدود على من تثبت إدانته.

ان الاتفاقيات الدولية التي صدرت بخصوص حقوق الانسان أكدت حق الانسان في اللجوء الى المحاكم الوطنية، فالمادة الرابعة عشر من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية - الفقرة الخامسة عشرة - نصت على ان (لكل

---

(١) انظر: عدنان الخطيب، حقوق الانسان في الاسلام، دار طلاس للدراسات التاريخية والترجمة والنشر، دمشق، ١٩٩٢، ص ١١٠.

(٢) انظر: عدنان الخطيب، الوجيز في أصول المحاكمات، ج١، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٧، ص ٤٨.



شخص أدين بجريمة حق اللجوء، وفقاً للقانون، الى محكمة اعلى كيما تعيد النظر في قرار ادانته وفي العقاب الذي حكم به عليه).

اما الاعلان العالمي لحقوق الانسان فقد نصت المادة (٨) منه على ان (لكل شخص حق اللجوء الى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من اية اعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها اياه الدستور أو القانون).

### المطلب الرابع

#### الحق في الحصول على محاكمة عادلة<sup>(١)</sup>

ان استقلال القضاء مرتبط بوجود نظام الحكم الديمقراطي الدستوري الذي يعتمد السيادة الشعبية الصحيحة ويحافظ على الحريات العامة، ويضمن حماية الافراد وتمتع الهيئات القضائية في ظلّه بالاستقلال. وعلى العكس فان الأنظمة الاستبدادية توجه القوانين لمصلحة الدولة على حساب الأفراد لتثبيت سلطانها، لذلك فإن توفر الضمانات الرئيسية لحماية المتهم أمر مهم وضروري لمنع تجاوزات السلطة، وفيما يلي بيان لأهم هذه الضمانات:

#### الأول/ منع الوسائل غير المشروعة

الأصل في الانسان براءة الذمة، والمتهم بريء حتى تثبت ادانته بمحاكمة عادلة، ومع ذلك ففي الدول المتخلفة يتم انتزاع الاعتراف من المواطن عن طريق استخدام الاكراه والعنف وعن أعمال هو بريء منها، وكثيراً ما استخدمت هذه الاعترافات المنتزعة سنداً لأحكام جائزة عملاً بمقولة "أن الاعتراف سيد الأدلة"، ولا يجوز إصاق التهمة بشخص ما لم يتم التثبت من أنه مرتكب الجريمة فعلاً، فلا بد من توفر الاسناد المادي الذي يقضي نسبة الجريمة الى فاعل معين وهذا الاسناد يتطلب - بطبيعة الحال - معرفة الظروف الحاصلة لوقوع الجريمة.

كذلك لا يكفي لتوافر أدلة الجريمة الاسناد المادي للسلوك الاجرامي، وانما يجب - الى جانب ذلك - توافر علاقات أخرى ذات طبيعة نفسية مؤداها ان يكون

---

(١) انظر: في تفصيل ذلك، د. سليم حربة، الأدلة الجنائية، محاضرات أُلقيت على طلبه

الماجستير في كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص .

السلوك الاجرامي صادر عن ارادة انسانية واعية وان تكون هذه الارادة آثمة على نحو ما.

فالاسناد المادي والمعنوي لهما دور أساسي في تحقيق ويرتبط الأمر كذلك بالتهمة الموجهة الى الشخص المتهم، حيث ما لم يتم معرفة الظروف المادية والمعنوية التي ساهمت بشكل فعال في ارتكاب الجريمة لا يمكن توجيه التهمة، ومقولة : أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته"، ومقوله " الأصل براءة الذمة"، تؤكدان ان الشرائع السماوية تقر عدم الاعتداد بالاعتراف المنتزع بشكل من اشكال الإكراه.

وقد نصت المادة (١١/١) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على ان (كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً الى ان يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وقرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه)، وجاء في المادة (١٤/٢) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (من حق كل متهم بارتكاب جريمة ان يعتبر بريئاً إلى ان يثبت عليه الجرم قانوناً).

ان هذا الحق نص عليه قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في الفقرة (هـ) من المادة (١٥) بقولها (المتهم بريء حتى تثبت ادانته بموجب القانون، وله الحق بتوكيل محام مستقل وذو دراية وبان يلزم الصمت ولا يجوز اكراهه على الادلاء بأقواله لأي سبب من الأسباب. وان يشارك في التحضير لدفاعه وان يستدعي شهوداً ويناقشهم ويطلب من القاضي القيام بذلك ..).

#### ثانياً/ اتاحة الفرصة أما المتهم للدفاع عن نفسه

ومن أجل ان يتمكن المتهم من الدفاع ضد التهمة الموجهة اليه بصورة متكافئة ومتوازنة ومتساوية مع الآخرين، مع ما تتمتع به السلطة من وسائل اجبار لابد من توفير الضمانات التالية:

١- استقلالية القضاء.

٢- علم المتهم بالتهمة الموجهة اليه وحقه بالاستعانة بمحام يؤازره في الدفاع عنه.

٣- علانية المحاكمة، حيث تجري بصورة علنية وفي ذلك ضمان لمدعى عليه إذ توفر له الحرية الكاملة في الدفاع عن نفسه، وتعني العلانية أنه يجوز لأي

شخص حضور جلسات المحاكمة والمناقشات التي تجري أمام المحكمة سوى الحالات التي يجيز القانون فيها إحراءها سرية.

وقد نصت المادة (١٠) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على ان (لكل انسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين الحق في ان تنتظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة نظراً منصفاً وعلنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية موجهة اليه).

وقد نص على هذا الحق قانون ادارة الدولة العراقية في المادة (١٥/د) بقولها (يضمن للجميع للحق بمحاكمة عادلة وعلنية في محكمة مستقلة وغير متحيزة سواء كانت المحكمة مدنية أم جنائية ..).

ثالثاً/ عدم العقاب على فعل لا يعتبر جريمة وقت ارتكابه  
وقد نص عل بذلك قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في مادته (١٥/أ) بقولها (لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون ساري المفعول عند ارتكاب الجريمة).

#### المبحث الخامس

##### الحقوق الاقتصادية والاجتماعية

كان المبدأ السائد هو اطلاق الحرية الاقتصادية، ولما ظهرت الصناعات الكبيرة برزت الفوارق بين الناس على شكل طبقتين الأولى ضعية مستفيدة والثانية كبيرة مسحوقة فجاءت الأفكار الاشتراكية كرد فعل لتطالب بوجوب تدخل الدولة بقصد ايجاد نوع من التوازن ولتحقيق العدالة الاجتماعية.

وكان التبري الذي استند اليه من نادوا بالحقوق الاقتصادية هو ان الأفراد هم الذين يصنعون الاقتصاد الوطني ومن ثم يكون لهم الحق في جني ثمراته بشكل يناسب مقدار ونوعية اسهاماتهم، وبذلك تحولت الحقوق الاقتصادية من مجرد حقوق فردية تخص اصحابها الى وظيفة اجتماعية تخدم المصلحة العامة للجماعة.

وتختلف الحقوق الاقتصادية والاجتماعية من دولة الى أخرى بحسب الفلسفة السياسية التي تعتمدها، ولكن لم يعد هناك شك في أهمية هذه الحقوق الى جانب الحقوق الأخرى، وسوف نتناول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### الحق في الملكية<sup>(١)</sup>

يعني هذا الحق، حق الانسان في ان يكون مالكا يتصرف في ملكه بشكل لا يضر بأحد، وحقه في ان يسان ملكه ولا ينزع عنه الا في الأحوال التي ينص عليها القانون ومقابل تعويض عادل، ان الملكية بنوعها الفردي والجماعي لم تعرف الا منذ عهد السومريين والبابليين والفراعنة ومن بعدهم اليونان والرومان، كما عرفت عند العرب قبل الاسلام.

ان الملكية في التاريخ الاسلامي لم تعتبر ملكية مطلقة يحق للمالك التصرف فيها كما يشاء بيعاً ورهنأ وحتى تدميراً كما تنص أصول القانون الروماني، وانما قامت على أساس التصرف والاستخلاف، خلافة الانسان للأرض ومسؤوليته في اعمارها واعتبارها جسر العبور الى الآخرة، إذ تعتبر الملكية طبيعة من طبائع الانسان وغريزة من غرائزه وانها نظام في فطرته الانسانية.

ان الاسلام اقر الملكية مع الاصلاح والتهذيب، قال تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾، وقول الرسول (ﷺ) ((الناس شركاء في ثلاث: الماء والكأ والنار))، كما حرم التعدي على أملاك وحقوق الآخرين عندما نهى الرسول عن ذلك بقوله: ((كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه))، فملكية الانسان هي استخلاف أو ملكية انتفاع فليس له التصرف في العين الا وفق ارادة مالكةا- أي الله سبحانه وتعالى- فإذا أساء التصرف نزعت منه والملاحظ ان أغلب النظريات الحديثة اتخذت مساراً أو نمطاً معيناً في إقرار الملكية الفردية فبعضها أسرف في تبنيها على حساب الآخرين والآخر تجاهلها ال بدرجة عدم التمييز في حقوق الآخرين، وذلك أدى الى الانسياق المبالغ به وراء تبني النظريتين: الرأسمالية والاشتراكية والتعاطي معهما عل بانهما الأساس في حل المشاكل والمخرج للأزمة الحاصلة في العالم من دون النظر الى الآثار العكسية السلبية المترتبة على استخدام الملكية ودورها في تعقيد الأمور أو حلها.

---

(١) انظر: في بيان ذلك، امير موسى، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.

ان ذلك أدى الى عدم حماية الفرد عند هاتين النظريتين: الرأسمالية والاشتراكية فلا الاسراف في تبني الملكية الفردية صالح للمجتمع، ولا تجاهلها كما هو حاصل عند الدول الاشتراكية مفيد، بل لابد من حل وسط يحفظ للناس حقوقهم ويعطي لكل فرد الحق في التملك ولكن ليس على حساب الآخرين واضطهادهم. لهذا اهتم رجال القانون المحدثون بحماية هذا الحق وقصروا وجوبه على الدولة التي من مهامها الرئيسية حماية هذه الاملاك، وفي الوقت نفسه وضع اطروحة خاصة عبر فرض قيود لمنع التضخم في الثراء الفاحش دون حدود، وتحديد الملكية والحد من الفوضى العامة التي تتعدى على حقوق الآخرين، بل وضع حلول وسط لحفظ مال الناس جميعاً.

وتلك هي نظرة الاسلام التي تدعو الى حماية الملكية وتنظيمها تنظيمياً محكماً، فلا يجوز للدولة التدخل في الملكية الفردية الا إذا تعارض مع الصالح العام، فتتفق بين حق الملكية الفردية وبين المصلحة العامة لذلك لا يمكن مصادرة الأموال أو تأميمها الا إذا كانت هناك ضرورة اجتماعية، ويتم تحديد ذل كمن قبل مجموة من العقلاء والمتخصصين. وقد اكد الأعلام العالمي لحقوق الانسان على حق كل فرد في التملك بمرده أو مع غيره وانه لا يجوز تجريد احد من ملكه تعسفاً (المادة ١٧) كما نص على هذا الحق قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في المادة (١٦) بفقراتها الثلاث وكما يلي:

(أ/ للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن.

ب/ الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع احد من التصرف في ملكه الا في حدود القانون ولا ينزع عن احد ملكه الا بسبب المنفعة العامة وفي الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها في وبشرط تعويضه تعويضاً عادلاً.

ج/ للمواطن العراقي الحق الكامل وغير المشروط بالتملك في جميع أنحاء العراق بلا قيود).

## المطلب الثاني

### الحق في العمل

يعني حق العمل قبل كل شيء حق الفرد في ان يتمتع بالحصول على فرصة العيش عن طريق عمل يختاره بنفسه أو يقبله بحرية. وحق العمل يعني كفالة الدولة لتوفير فرص عمل لمن لا عمل له وضمان المساواة في فرص تولي الأعمال ووضع التشريعات التي تضمن حقوق العمل وتحدد أيضاً أوقات العمل والأجازات وأوقات الراحة ودفع أجور عمل عادلة وتعيين حدها الأدنى. ويتفرع عن الحق في العمل كفالة الدولة للحق في تكوين النقابات والاتحادات لترعى مصالحهم وتطالب بحقوق العمال<sup>(١)</sup>.

ويعرف العامل بأنه (الشخص الذي يؤدي مجهوداً عقلياً أو عضلياً لرب العمل لقاء أجر بموجب عقد بينهما، ويكون عند أدائه للعمل تحت توجيه أو إرادة صاحب العمل، وقد يكون على سبيل التدريب أو الاختبار)<sup>(٢)</sup>.

ان اغلب المواثيق والمعاهدات والقوانين التي نظمت حقوق العمال اهتمت بالحقوق الرئيسية التالية:

أولاً/ الحقوق المدنية:

١- الحق في الحرية: حيث لا يجوز ان يجبر العامل على مهنة لا تتفق مع رغباته، وقد نصت على هذا الحق الفقرة (ز) من المادة (١٣) من قانون ادارة الدولة العراقية بقولها (تحرم ... والعمل القسري والخدمة الاجبارية (السخرة)).

٢- تحديد ساعات العمل: وقد تم تحديدها بثمانى ساعات إذت كان العمل مختلطاً، وفي بعض البلدان تم تحديدها بأربعين ساعة اسبوعياً.

٣- تحديد الأجور: لابد من أن تكون اجور العامل عادلة ويتم الاتفاق بين رب العمل والعامل عليها، وغالباً ما تقوم القوانين الخاصة بالعمل بتحديد حدٍ أدنى للأجور لا يجوز الاتفاق على أقل منها.

٤- حماية العامل من الأخطار: وذلك عبر توفير وسائل الوقاية والسلامة التي تقي العامل من الاخطار الناتجة من العمل بحيث اتضع جميع وسائل السلامة تحت تصرفه، خصوصاً في المعامل الخطرة.

---

(١) انظر: عبد الله صالح علي الكميم، رسالته للماجستير المشار اليه اسبقاً، ص ٨١.

(٢) انظر: أمير موسى، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

٥- حق الراحة: للعامل حق الراحة الاسبوعية والشهرية.

٦- حق الاضراب عن العمل: هو الامتناع عن العمل من قبل العمال من اجل ارغام رب العمل على قبول وجهة نظرهم في النزاع القائم، ومن أهم أسباب الاضراب الدعوة الى زيادة الأجور وتقليل ساعات العمل أو الاحتجاج على الحالة السيئة بالنسبة لمكان العمل.

### ثالثاً/ الحقوق السياسية:

١- حق تكون النقابات: التي يستطيع عبرها العامل المطالبة بحقوقه، وتمثيل العمال في المنظمات التي تتناول قضايا العمل كتحسين الأجور وتقليل ساعات العمل ومحاولة ايجاد فرص عمل للعاطلين عن العمل، والتوسط بين العامل وأرباب العمل في المفاوضات وحل المنازعات والخصومات.

٢- المشاركة في ادارة البلاد: والحق في ترشيح أو انتخاب من يمثلهم في المجالس النيابية أو رئاسة البلاد، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر.

٣- حق الرأي والتعبير عنه: سواء فيما يخص العمل أو غيره.

ان جميع هذه الحقوق الخاصة بالعمل شرعت في اتفاقيات ومواثيق وتوصيات تبنتها منظمة العمل الدولية.

وقد أكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان على الحق في العمل وخصه بالمادتين (٢٣) و(٢٤) وقد نصت المادة (٢٣) على ان (١/ لكل شخص حق في العمل، وفي حرية اختيار عمله، وفي شروط عمل عادلة ومرضية وفي الحماية من البطالة. ٢/ لجميع الأفراد، دون تمييز، الحق في اجر متساوٍ على العمل المتساوي. ٣/ لكل فرد يعمل الحق في مكافأة عادلة ومرضية تكفل له ولأسرته عيشة لائقة بالكرامة البشرية وتستكمل عند الاقتضاء بوسائل أخرى للحماية الاجتماعية. ٤/ لكل شخص حق انشاء النقابات مع آخرين والانضمام اليها من أجل حماية مصالحه). كذلك نصت المادة (٢٤) على ان (لكل شخص حق في الراحة وأوقات الفراغ، وخصوصاً في تحديد معقول لساعات العمل وفي أجازات دورية مأجورة). ونصت المادة (٦) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ما يلي: (١/ تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بالحق في العمل الذي يشمل ما

لكل شخص من حق في ان تتاح له امكانية كسب رزقه بعمل يختاره أو يقبله بحرية، وتقوم باتخاذ التدابير اللازمة لصون هذا الحق. ٢/ يجب ان تشمل التدابير التي تتخذها كل من الدول الاطراف في هذا العهد لتأمين الممارسة الكاملة لهذا الحق توفير برامج التوجيه والتدريب التقنيين والمهنيين والأخذ في هذا المجال بسياسيات وتقنيات من شأنها تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية وثقافية مطردة وعمالة كاملة ومنتجة في ظل شورت تضمن للفرد الحريات السياسية والاقتصادية الأساسية).

أما المادة (٧) من العهد نفسه فقد نصت على ان: (تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بما لكل شخص من حق في التمتع بشروط عمل عادلة ومرضية تكفل على الخصوص: أ/ مكافأة توفر لجميع العمال، كحد أدنى: أجرا منصفاً وعيشاً كريماً لهم ولأسرهم. ب/ ظروف عمل تكفل السلامة والصحة. ج/ تساوي الجميع في فرص الترفي. د/ الاستراحة وأوقات الفراغ).

والمادة (٨) من العهد نفسه نصت على ان: (تتعهد الدول الأطراف بكفالة: حق كل شخص في تكوين النقابات بالاشتراك مع آخرين وفي الانضمام الى النقابة التي يختارها دونما قيد سوى قواعد المنظمة المعنية على قصد تعزيز مصالحه الاقتصادية والاجتماعية وحمايتها، وحق النقابات في ممارسة نشاطها بحرية وحق الاضراب شريطة ممارسته وفقاً لقوانين البلد المعني).

كما ينص ذات العهد في المادة (٨) والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة (٢٤) على جواز اخضاع حرية تكوين النقابات والانضمام اليها لقيود شريطة ان ينص عليها القانون وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي لصيانة الأمن القومي أو النظام العام أو الحماية حقوق الآخرين وحرياتهم.

وقد نص قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية على هذا الحق في مادة (١٤) حيث جاء فيها: (وعلى الدولة العراقية ووحداتها الحكومية .. ان تسعى لـ .. وتوفير فرص العمل للشعب).

### المطالب الثالث

### الحق في الضمان الاجتماعي



الحق في الضمان الاجتماعي أو الرعاية الاجتماعية كما يسمى أحياناً، يعني حاجة الفرد الى رعاية في حالة تعطله عن العمل أو عجزه عن أدائه لكبر سنه أو لاصابته أثناء أدائه له أو بسببه.

كما يعني كفالة الدولة لعجزه وكبار السن والمعوقين وذوي العاهات وكذلك حماية الأمهات قبل الولادة واثنائها وبعدها، وكذلك رعاية الأطفال والأحداث والأصحاء والمعوقين أو المتخلفين عقلياً عن طريق انشاء مراكز خاصة بتأهيلهم<sup>(١)</sup>. ان الضمان الاجتماعي يتم توفيره عبر صور ومستويات متعددة، منها الجهودات القومية وغيرها وتعاون وتكافل الدول فيها بينها، ويؤثر المستوى الاقتصادي وحجم موارد البلد في مستوى الضمان الاجتماعي وحجمه ونوعيته.

ولم تتضمن الدساتير والقوانين الخاصة بحقوق الانسان في الغرب مفهوم الضمان الاجتماعي الا في وقت متأخر، وتحت ضغط الواقع، اما فقهاء الشريعة الاسلامية فقد تحدثوا عن مضمون الحق المذكور تحت عنوان التكافل الاجتماعي في السلام<sup>(٢)</sup>.

ان المجتمع الاسلامي يقوم على أساس الأخوة والمساواة والعدالة وما يقتضيه ذلك من تعاون وتكافل وتضامن وإيثار، ومن جهة النظر الاسلامية يتحقق الضمان الاجتماعي على مستويات منها<sup>(٣)</sup> تكافل الأسرة عن طريق النفقة على افرادها، والمستوى الآخر هو الجيرة، وفي الحديث عن الرسول (ﷺ): ((ما زال جبرائيل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورث)). والمستوى الثالث: يأتي من تعاون المجتمع ككل عن طريق الصدقة الاجبارية وهي الزكاة، وعن طيق الصدقة التطوعية.

ان الفقهاء<sup>(٤)</sup> يذهبون الى تقسيم الضمان الاجتماعي الى قسمين: ضمان عام وضمان خاص، الأول: ان تقوم الدولة وبيت المال بسد جميع حاجات الفقراء أو

---

(١) انظر: عبد الله صالح علي، رسالته للماجستير المشار اليها آنفاً، ص ٨٤.

(٢) انظر: عدنان الخطيب، حقوق الانسان في الاسلام، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٣) أنظر: أمير موسى، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٤) أنظر: فيتقصيل ذلك المرجع نفسه، ص ٢٠٢ وما بعدها.

العاجزين عن العمل أو المعوقين من دون ان يكون المواطن قد دفع أي مبلغ في وقت سابق أو إبرام عقداً مع جهة حكومية، حيث يجري تأمين الحاجات المعيشية للأشخاص في جميع الحالات التي يفقد فيها الانسان سبل العيش والكسب دون ارادته.

**الثاني:** ان يقوم الشخص بإبرام عقد مع شركة تأمين حيث تقوم الشركة بدفع تعويضات له عند عجزه أو مرضه ألخ .. حسب نوع العقد.

وهناك نوع ثالث من الضمان يجمع بين العام والخاص حيث تشترك الدولة الى جانب العمال وأصحاب العمل في تأمين استثمارات ودفع المؤمن عليهم وهذه العملية تخضع لإشراف الحكومة وتتم طبقاً للضوابط والقوانين التي تضعها. وقد جاء في المادة (٩) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية على ان: (تقرّ الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمينات الاجتماعية). ان هذا الحق نص عليه قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية في مادته الرابعة عشرة حيث جاء فيها (للفرد الحق بـ .. الضمان الاجتماعي...).

## **المطلب الرابع**

### **الحق في الضمان الصحي**

يعني هذا الحق، ان لكل فرد الحصول على رعاية صحية تضمن له الوقاية من الأمراض. وتكفل الدولة هذا الحق في الاهتمام بالصحة العامة والقيام بكل الاجراءات الوقائية للحيلولة دون انتشار الأوبئة ومكافحتها وتوفير المنشآت الصحية، والعمل على تهيئة الأجواء الصحية للنساء الحوامل ورعاية المواليد والأطفال رعاية خاصة، وضمان التأمين الصحي للمواطن<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر: عبد الله صالح علي، رسالته المشار اليها آنفاً، ص ٨٦.

ولقد نصت المادة (١/١٢) من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على هذا الحق بقولها (تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل انسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسدية والعقلية يمكن بلوغه). وقد نصت على هذا الحق المادة (١٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية حيث جاء فيها (للفرد الحق بـ .. الرعاية الصحية ..).

### المطلب الخامس

#### الحق في التعلم<sup>(١)</sup>

يعني هذا الحق ان يتلقى كل انسان قدر من التعليم يناسب مواهبه، وان يختار التعليم الذي يوافق ميوله وملكاته، ومقتضى الحق في التعلم يفترض ان تتكفل الدولة بجعله مجانياً وألزامياً في المراحل الأساسية، وجعله ميسوراً في المراحل الثانوية والتعليم الجامعي، كما ان تقتضى الحق في التعلم هو توفير المدرسة والمدرس والكتب والمعامل والوسائل التعليمية.

ولأهمية العلم وضرورته بالنسبة للانسان فقد اهتمت به الشرائع والأديان السماوية- وخاتمتها الاسلام - أيما اهتمام، ويكفي للتدليل على ذلك ان أول أمر أنزل على الرسول محمد (ص) هو الأمر (اقرأ).

ومن المهم الإشارة إلى ان العلم الذي دعى اليه الاسلام هو العلم النافع بصورته المطلقة، ولا يحسب احد ان العلم، بنظر الاسلام فقد علوم الشرع، فالرسول (ﷺ) عندما قال: (ما كان من أمر دينكم فألي، وما كان من أمر دنياكم فأنتم أعلم به). قد حدد ان نطاق العلم يتجاوز علوم الدين ..

ان مرحلة التعليم الابتدائي من أهم المراحل التعليمية، باعتبارها المرحلة الأولى التي تبنى فيها شخصية الانسان علمياً وتربوياً، وهي نقطة الانطلاق الى المراحل الأخرى ومن هنا فهي بحاجة الى الاهتمام المركز من قبل الجهات التعليمية المختصة، على صعيد التربية، والمناهج التعليمية والهيئة التعليمية، وطرق التدريس،

---

(١) أنظر في بيان ذلك: امير موسى، المرجع السابق، ص ٢٤١-٢٤٩.

وجدير بالقول ان العملية التربوية والأساس الأخلاقي يجب ان يسير جنباً الى جنب مع تلقي العلم والمعرفة في كافة مراحل التعليم.

ان العلم أداة بناء اجتماعية وحضارية، فاللازم ان يوجه نحو حفظ مكتسبات المجتمعات والحضارة، ومنه حفظ الحريات الأساسية للانسان، كما يجب ان يكون وسيلة للتفاهم والتسامح والتقارب والتعاون بين بني الانسان.

فقد نصت المادة (١٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية منه على ان: (١/ تقرر الدول الاطراف في هذا العهد بحق كل فرد في التربية والتعليم وهي متفقة عل بوجوب توجيه التربية والتعليم الى الانماء الكامل للشخص الانسانية والحس بكرامتها والى توطيد احترام حقوق الانسان والحيات الأساسية. وهي متفقة كذلك على وجوب استهداف التربية والتعليم تمكن كل شخص من الاسهام بدور نافع في مجتمع حر، وتوثيق أواصر التفاهم والتسامح والصدقة بين جميع الأمم ومختلف الفئات الساللية أو الاثنية أو الدينية. ودعم الأنشطة التي تقوم بها الأمم المتحدة من أجل صيانة السلام. ٢/ وتقرر الدول الأطراف في هذا العهد بان ضمان الممارسة التامة لهذا الحق يتطلب أ/ جعل التعليم الابتدائي الزامياً واتاحته مجاناً للمجتمع. ب/ تعميم التعليم الثانوي بمختلف أنواعه، بما في ذلك التعليم الثانوي التقني والمهني وجعله متاحاً للجميع بكافة الوسائل المناسبة ولاسيما بالأخذ بمجانية التعليم. ج/ جعل التعليم العالي متاحاً للجميع على قدم المساواة، تبعاً للكفاءة، بكافة الوسائل المناسبة ولاسيما بالأخذ تدريجياً بمجانية التعليم. د/ تشجيع التربية الأساسية أو تكييفها الى ابعد مدى ممكن، من أجل الأشخاص الذين لم يتلقوا أو لم يستكملوا الدراسة الابتدائية. هـ/ العمل بنشاط على انماء شبكة مدرسية على جميع المستويات، وانشاء نظام منح واف بالغرض، "ومواصلة تحسين الأوضاع المادية للعاملين بالتدريس".

ان هذا الحق نجد له تطبيقاً في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية فقد نصت عليه المادة (١٤) منه، حيث جاء فيها (للفرد الحق بـ ... والتعليم ...).

## المطلب السادس

## حق المشاركة في حياة المجتمع الثقافية

إذا كان العلم والتعلم ضرورة وواجب على الإنسان وحق من حقوقه، فإن من حقوقه أيضاً أن يشارك في الحياة الثقافية. وإذا كان العلم يعرف بأنه النتيجة لحركة افكر، وأنه التيقن، وإذا كان التعلم يعرف بأنه تحصيل المعرفة العلمية، فإن الثقافة ذات ارتباط بهذه المعاني.

ومعها تعددت المعاني للثقافة فانها تتطوي على ثلاث أبعاد أساسية: البعد المعرفي أو العلمي والبعد الأخلاقي أو التهذيبي، والبعد السلوكي، وهذا ما ينبغي أن تكون عليه الثقافة.

أن الثقافة ينبغي فيها أن تكون نافعة وفي صالح الإنسان، كما أن الثقافة التي تفتقد البعد الإنساني والأخلاقي والتهذيبي، هي ثقافة خطيرة يخشى منها على الإنسان، خصوصاً إذا أدركنا تأثير الثقافة في السلوك الإنساني.

أن حق الإنسان في المشاركة الحرة في الحياة الثقافية للمجتمع، أمر ضروري لتقدم وتطور المجتمع، ولا يتم ذلك إلا في جو إيجابي يسوده العدل وتوفر الضمانات الرئيسية لحماية حقوقه التي تعني: الحق في اكتساب مقومات الثقافة، كحق التعرف على الأشكال العلمية والتكنولوجيا المعاصرة، والحق في ممارسة النشاطات الانتاجية بشكل مباشر، كالتجارة وملحقاتها، وكذلك تشجيع وتوفير امكانيات الابداع في المجالات الصناعية أو العلمية الحديثة للإنسان الذي يملك قوة ابداعية خلقة.

وبعض الدول المتقدمة كاوربا الغربية واميركا وبعض دول العالم الثالث أهتم بهذا الأمر وقام بتشجيع مواطنيه على الابداع في الانتاج الفني والأدبي والتقني والعلمي، حيث رصد الأموال الطائلة وحمى حقوق المخترعين والمبدعين المادية والمعنوية، وأنشأ أجهزة ومؤسسات يتهم بهذا المجال وتقوم بمساعدة أبناء المجتمع عبر توفير امكانيات الابداع ودعوتهم الى المشاركة في معالجة المعضلات التي تواجه البلاد. مما عزز دور المثقفين والمتعلمين وأصحاب الاختراعات التقنية في المجتمع وأصبح لهم دور رئيس في مصير البلاد.

وفي كثير من دول العالم الثالث حصل العكس، إذ تم حرمان الكثيرين من المجتمع من المشاركة الفعلية في الحركة التطويرية والابداعية وانتهكت حقوق

المبدعين والمنتجين في مختلف المجالات الثقافية والسياسة والاجتماعية، لذل حدث نزيف الأدمغة في تلك الدول وأدى الى هجرة الكثير من العقول المبدعة والمنتجة الى الخارج، إذ وفرت لها الدولة المضيضة الضمانات والحماية الحفوية وجميع الوسائل المادية والمعنوية.

ثم ان حق المشاركة في الحياة الثقافية ذو صلة وثيقة بالحرية - عموماً - في المجتمع، وبحرية الثقافة بشكل خاص، فحق المشاركة الثقافية يسان ويحفظ حينما تسان وتحفظ الحرية دستورياً وقانونياً.

وان أوجه التقدم العلمي وانجازاته ما هي الا اعمال ابداعية، وكما ان الابداع في المجال الثقافي يحتاج الى الحرية، كذلك فان الابداع في المجال الصناعي لا غنى له عن تلك أيضاً، وليس غريباً إذا وجدنا ان الدول والمجتمعات الحرة في التي كان التقدم العلمي والتقني من نصيبها، اما الدول والمجتمعات التابعة والتي يوطرها الاستبداد فالتخلف كان نصيبها.

وقد نصت المادة (١٥) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية منه على أن:

١- تقر الدول الأطراف في هذا العهد بان من حق كل فرد" (أ) ان يشارك في الحياة الثقافية. (ب) ان يتمتع بفوائد التقدم العلمي وبتطبيقاته. (ج) ان يفيد من حماية المصالح المعنوية والمادية الناجمة عن أي أثر علمي أو فني أو أدبي من صنعه.

٢- تراعي ادول الأطراف في هذا العهد، في التدابير التي ستتخذها بغية ضمان الممارسة الكاملة لهذا الحق الكاملة، ان تشمل تلك التدابير التي تتطلبها صيانة العلم والثقافة وانماؤها واشاعتها.

٣- تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام الحرية التي لا غنى عنها للبحث العلمي والنشاط الابداعي.

٤- تقر الدول الأطراف في هذا العهد بالفوائد التي تجنى من تشجيع وانماء الاتصال والتعاون ادوليين في ميداني العلم والثقافة".

أما الاعلان العالمي لحقوق الانسان فقد نصت المادة (٢٧) منه على أن:"  
١- لكل شخص حق المشاركة الحرة في حياة المجتمع الثقافية، وفي الاستمتاع  
بالفنون، والاسهام في التقدم العلمي وفي الفوائد التي تنجم عنه. ٢- لكل شخص  
حق في حماية المصالح المعنوية والمادية المترتبة عل بانتاج علمي أو أدبي أو فني  
منه صنعة".

## الخاتمة

استهدف بحثنا دراسة أهم الحقوق وحرريات الأساسية للانسان وكان أهم ما  
توصلنا اليه من نتائج ومقترحات هو الآتي:  
أولاً/ النتائج:

١- ان حقوق الانسان تعد حقوق طبيعية لارتباطها الوثيق بطبيعة الانسان ولأنها  
منبثقة من صميم ذاته، وبالتالي في ليست منحة سلطة معينة وانما هي حقوق  
اساسية من حقوق البشر الطبيعية التي فطر الانسان عليها منذ خلق ومنذ ان  
ميزه الله بالعقل ولاقدرة على سائر المخلوقات. وعلى الرغم من ذل كفما ينبغي  
تأكيدده هو ان حقوق الانسان أضحت مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بدور الدولة من حيث  
هي الوسيلة الفعالة والاداة السليمة المنظمة لهذه الحقوق.

٢- ان الدين الاسلامي الحنيف كان له قصب السبق في تأكيد الكرامة الانسانية وما  
تعنيه من حقوق، وان تلك الحقوق كانت أكثر وضوحاً وشمولاً في الاسلام من  
جميع الشرائع الأخرى.

٣- ان الغاية من تدوين الحقوق والحرريات في الدساتير هو لغرض أثبات وجود  
الحقوق أصلاً من حيث تحديد مضامينها وكذلك تمكين المواطن من المطالبة بها  
على نحو محدد. هذا من جانب ومن جانب آخر فان القصد من تدوين الحقوق  
في الدستور يرجع الى ما يتمتع به الدستور نفسه من علوية على بقية القواعد  
القانونية. ولذلك فان تدوين الحقوق في القوانين العادية دون ذكرها في الدستور  
نفسه يجعل تلك الحقوق في حالة من عدم الثبات نتيجة للتغييرات التي يمكن ان  
تطرأ على القوانين العادية بخلاف ما تتطلبه الدساتير من شروط خاصة لتعديلها.

٤- ان ذكر بعض الحقوق في الدساتير لا يعني عدم وجود حقوق خارجها، ويمكن ان نلمس ذلك من نص المادة (٢٣) من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية حيث جاء فيها: " يجب ان لا يفسر تعداد الحقوق الواردة آنفاً بأنها الحقوق الوحيدة التي يتمتع بها أبناء الشعب العراقي، فهم يتمتعون بكل الحقوق اللانفة بشعب حر له كرامته الانسانية ويضمنها الحقوق المنصوص عليها في المعاهدات والاتفاقيات الدولية وغيرها من وثائق القانون الدولي ..".

٥- ان ممارسة الأفراد حقوقهم المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية لا يتم الا من خلال توفر ضمانات تحفظ هذه الحقوق، فالفرد لا يشعر بحقوقه في المجتمع من دون ان تكون هناك ضمانات أساسية لحماية هذه الحقوق.

ويمكن القول بكل سهولة أنه لا قيمة ولا أثر للنصوص الحقوقية والقانونية إذا لم تتوفر لها البيئة التي تجعلها قابلة للتطبيق والازدهار، والبيئة الصالحة لإرساء حقوق الانسان وازدهارها تتمثل في وجود النظام الاجتماعي والنظام الدولي اللذين يكفلان هذه الحقوق وبرعيانها.

والنظام الاجتماعي يبدأ من الفرد، لأنه يؤثر في المجتمع ويتأثر به، ومن هنا فصلاح الفرد يعني صلاح اللبنة الأولى من المجتمع، وخلاف ذلك صحيح، وبعد الفرد تأتي الأسرة، باعتبارها الخلية الاجتماعية التي يتربى ويتعلم فيها أفراد المجتمع. وهكذا فان ضمان وكفالة حقوق الانسان وحياته المشروعة لا تكفل الا بكفالة الحق في التمتع بنظام اجتماعي يقوم على العدالة، وعلى التزام الحقوق والواجبات من قبل الطرفين: الحاكم والمحكوم، ووضع احكام مصلحة شعبه فوق أي اعتبار، وعمل بنظام دولي يقوم على الأمن والاستقرار والسلام، وعلى حفظ حقوق الدول والمجتمعات القائم على رعاية الأخلاق والمبادئ الأخلاقية، وعلى الابتعاد عن منطق المصلحة القائم على رعاية المصلحة وتحقيقها، بصرف النظر عما يترتب على ذلك من آثار منفية على الآخرين.

ثانياً/ المقترحات



١- ضرورة ان ينص الدستور الجديد على حق المواطن في عدم الانضمام الى المنظمات المهنية والنقابية أو الحزبية، لكي يكون موافقاً لما ورد في المادة (٢٠) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان من عدم جواز ارغام احد على الانضمام الى أي جمعية او تنظيم.

٢- نرى أنه من الضروري ان يتضمن الدستور الجديد على نص يعطي للمواطن الحق في رفع المقترحات الى أي سلطة من سلطات الدولة من أجل لفت نظرها لأي ممارسات غير صحيحة.

٣- نرى ضرورة ان يتضمن الدستور الجديد نصاً لا يجيز تعديل الحقوق الحريات الأساسية للمواطن الا إذا كان الغرض من التعديل زيادة في ضمانات تلك الحقوق.

٤- نرى ضرورة وجود قوانين تنظم ممارسة الحقوق والحريات الأساسية التي ينص عليها الدستور.

٥- نرى ضرورة الأخذ بمبدأ تعويض الدولة للأشخاص الذين يعتدى على حقوقهم الشخصية ويثبت بعد ذلك براءتهم.

٦- نرى ضرورة وجود الرقابة القضائية على دستورية القوانين وان تتناط هذه المهمة بمحكمة دستورية خاصة تتألف من قضاة يتمتعون بالكفاءة والخبرة والتخصص في بحث القضايا الدستورية، ونؤكد على إعطاء الأفراد والهيئات الخاصة الحق في تحريك مثل هذا النوع من الرقابة.

٧- من اجل حماية حثوث وحريات الأفراد، وخاصة الموظفين، من تجاوز السلطة التنفيذية نرى ضرورة ابراز وتفعيل وتوسيع دور القضاء الاداري نظراً للضمانات الموجودة في هذا النوع من القضاء من حيث تخصصه وسرعته في حسم الدعاوى.

٨- نرى ضرورة الأخذ بمبدأ سيادة القانون لما له من ارتباط وثيق بحماية حقوق الانسان على ان يكون القانون ذاته يهدف الى احترام تلك الحقوق وكفالتها.

٩- نرى ضرورة الأخذ بمبدأ الفصل المرن بين سلطات الدولة لما لهذا المبدأ من دور في حماية وضمانه الحقوق والحريات الأساسية للمواطن.

١٠- إعطاء وسائل الاعلام والأحزاب السياسية الحرية في مراقبة أعمال سلطات الدولة لما لذلك من دور فاعل في الحد من انتهاكات حقوق الانسان والمواطن.

## المصادر

### أولاً/ الكتب

- ١- د.أبو اليزيد علي المتيت، النظم السياسية والحريات العامة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، من دون سنة نشر
- ٢- د.احمد حسني الجندي، شرح قانون العقوبات اليمني، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٢.
- ٣- د.احمد حسني الجندي، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ج١، من دون ناشر أو مكان نشر ١٩٩٠.
- ٤- امير موسى، حقوق الانسان، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٤.
- ٥- د.ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١.
- ٦- المحامي اللورد دنيس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصويص، عالم المعرفة، الكويت، ١٩٨١.
- ٧- عبد الوهاب الشيشاني، حقوق الانسان وحرياته الأساسية في النظام الاسلامي والنظم المعاصرة، ط١، مطابع الجمعية العلمية الملكية، الاردن، ١٩٨٠.
- ٨- عدنان الخطيب، حقوق الانسان في الاسلام، دار طلاس للدراسات التاريخية والترجمة والنشر، دمشق، ١٩٩٢.
- ٩- عدنان الخطيب، الوجيز في أصول المحاكمات، ج١، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٥٧.
- ١٠- د.مصطفى ابو اليزيد فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤.

### ثانياً/ الرسائل الجامعية.

- ١- عبد الله صالح علي الكميم، الحقوق والحريات وضماناتها في ظل دستور الجمهورية اليمنية لسنة ١٩٩٠، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون/ جامعة بغداد، ١٩٩٥.

### ثالثاً/ المحاضرات

- ١- د. سليم حربة، أدلة الإثبات الجنائية، محاضرات ملقاة على طلبة الماجستير في كلية القانون/ جامعة بغداد للعام الدراسي ٢٠٠٠/٢٠٠١.
- ٢- د. صالح جواد الكاظم، الحريات العامة، محاضرات ملقاة على طلبة الماجستير في كلية القانون/ جامعة بغداد للعام الدراسي ١٩٩٣/١٩٩٤.
- رابعاً/ الدساتير والقوانين

أ) الدساتير

- ١- الدستور الأردني الصادر سنة (١٩٥٢).
- ٢- الدستور المصري الصادر سنة (١٩٧٠).
- ٣- الدستور اليمني الصادر سنة (١٩٩٠).

ب) القوانين

- ١- قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الصادر سنة ٢٠٠٤.
- ٢- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) الصادر سنة ١٩٦٩ المعدل.
- خامساً/ المعاهدات والمواثيق الدولية
- ١- الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام ١٩٤٨.
- ٢- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عام ١٩٦٦.
- ٣- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عام ١٩٦٦.

### **Note to contributors**

- 1–The manuscript should be submitted in two copies in addition to the original. Typed with double space on one side of (A4) paper (29.7\* 12cm).
- 2–The manuscript should not exceed (25) pages including tables and illustrations.
- 3–The manuscript should include: the title the abstract, the discussion, the conclusions, the list of reference and summary in a living international language.
- 4–The abstract should not be more than (200) words and it should start (if Arabic or not) with the title of the manuscript authors, the occupation and address of business (and correspondence if different). Suitable numbers of Figures like (\*) should be placed connect authors names and their position.
- 5–Tables and illustrations like Figures. Photographs and line drawings should be clear and well prepared on a suitable trace paper and in a form suitable reproduction aswell as submitting the originals of the photographs and Figures.
- 6–Tables, plates, and Figure should be numbered, title and referred to in the text consequently. They should be submitted on a separate sheet.
- 7–Only standard international Units. SI Units, should be used.
- 8–Abbreviations should not be used in the title of the manuscript or the abstract except that of the measurement units.

- 9–Abbreviations of the title of the periodicals that can be used are the ones in the world list of Scientific Periodicals, Lewis & Co., London.
- 10–Abbreviations fixed internationally should be used whether in measurement units or other common ones whether in measurement units or other common ones.
- 11–Unpublished reference are not accepted for publication and have got a volume number to be in.
- 12–Harvard's style should or in the list of the reference in which author's names are connected with the year of publication as in CBE, style manual committee, 1983.
- 13– The reference should to as they appear in the text by means of consequent in brackets.
- 14– The references are to be arranged in the list of reference alphabetically according to the author's names and year of publication.
- 15– Volume, issue number and pages concerning references taken from periodicals should given.
- 16– If references are taken books or scientific thesis; numbers of pages should be given.
- 17– Side – Notes can be used to clarify information and in this case side – notes should be numbered for each paper separately in consequent numbers.