

(وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)

مجلة الحقوق

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية الحقوق جامعة النهرين

المجلد العاشر - العدد ١٩

كانون الأول ٢٠٠٧م

ذو الحجة ١٤٢٨هـ

للمراسلات

مدير التحرير

العراق - بغداد - الكاظمية

كلية الحقوق - جامعة

النهرين

البريد الإلكتروني

NAHRIN.LAW@YAHOO.COM

الاشتراك السنوي

١٢٠٠-دينار للمؤسسات

الحكومية والأشخاص داخل

العراق

١٠٠-دولار للمؤسسات

الحكومية والأشخاص خارج

العراق

هيئة تحرير المجلة

رئيس التحرير

أ.د. محي هلال السرحان

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أعضاء هيئة التحرير

أ.د. عوض فاضل إسماعيل

كلية العلوم السياسية/جامعة النهرين

أ.د. جمال إبراهيم الحيدري

كلية القانون/جامعة بغداد

أ.م.د. طالب نور الشرع

كلية القانون/جامعة بغداد

أ.م.د. جعفر خزعل

كلية القانون/جامعة بغداد

أ.م.د. سعد حسين الحلبوسي

كلية القانون/جامعة الأنبار

أ.م.د. عادل ناصر الجميلي

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.م.د. إسماعيل صمصاع

كلية القانون/جامعة بابل

أ.م. زهير سعيد طه البشير

كلية القانون/جامعة النهرين

مدير التحرير

م.د. حيدر أدهم عبد الهادي

الهيئة الاستشارية للمجلة

رئيس الهيئة

أ.د. غازي فيصل مهدي

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أعضاء هيئة

أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.د. محمد علي الطائي

كلية القانون/جامعة النهرين

أ.م.د. علي الرفيعي

كلية القانون/جامعة بغداد

أ.م.د. محمد علي جواد

كلية القانون/الجامعة المستنصرية

أ.م.د. ممدوح عبد الكريم حافظ

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.م.د. عصام عبدالرزاق العطية

كلية القانون/جامعة بغداد

أ.م.د. حكمت شبر

كلية القانون/جامعة بغداد

(وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)

المحتويات

رقم الصفحة	اسم البحث
٢٣-١	أهل الكتاب بين الوصية والمنع من الميراث في الشريعة والقانون د. عادل ناصر حسين
٥٢-٢٤	كسب الملكية بالضمان (بحث مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي) د. سعد حسين عبد ملحم
٨٩-٥٣	الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية د. علي يوسف الشكري
١١٨-٩٠	العلاقة بين الرئيس الأمريكي والكونجرس د. حميد حنون خالد
١٤٥-١١٩	الجرائم الماسة بسبق الأوراق المالية (دراسة مقارنة) د. فراس ياوز عبد القادر
١٦٧-١٤٦	تأديب القاضي د. عمار طارق عبد العزيز
١٨٧-١٦٨	المسؤولية العينية (دراسة قانونية مقارنة في القانون المدني) د. سليمان براك داي
٢٠٤-١٨٨	تفعيل الردع الضريبي د. علي هادي عطية الهلالي - د. ميثم حنظل شريف
٢٢٢-٢٠٥	الضوابط القانونية للعقد المركب د. غني ريسان جادر
٢٥٨-٢٢٣	جريمة الاضطهاد (دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي الجنائي) د. أمل فاضل عنوز

تعليمات النشر:

- ١- يقدم الأصل مطبوعاً على الحاسبة الإلكترونية ومعه نسختين وتكون الكتابة بمسافات مزدوجة بين الأسطر وعلى وجه واحد من ورق مقاس A4 (21×29.7 CM).
- ٢- لا يزيد حجم البحث المقدم عن ٢٥ صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية.
- ٣- يجب أن يتضمن البحث: عنوان البحث، مقدمة، منهج البحث، النتائج، المناقشة، الاستنتاجات، قائمة المراجع، خلاصة بلغة عالمية حية.
- ٤- لا تزيد عدد كلمات الملخص عن (٢٠٠) مئتي كلمة، ويوضع في رأس الملخص (العربي أو غير العربي)، عنوان البحث، اسم الباحث، مكان العمل (والمراسلة إن كان مختلفاً عن مكان العمل)، مع وضع رقم أو رمز بشكل نجمة (*)، التي تربط بين الاسم ومكان العمل.
- ٥- الجداول والمواد التوضيحية، جيدة الإعداد، على ورق ملائم، مصقول أو شفاف، وبحجم مناسب لمساحة الطبع في صفحة المجلة، أي بحد أقصى ١٦×١٢ سم للصفحة الواحدة، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والأشكال.
- ٦- ترقيم الجداول والأشكال على التوالي حسب ورودها في البحث، وتزود بعناوين، ويشار إلى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم بأوراق منفصلة.
- ٧- تستعمل دائماً 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 عالمياً الموجودة في:
THE WORLD LIST OF SCIENTIFIC PERIODICALS, LEWIS & CO., LONDON.
- ١٠- تستخدم الاختصارات المقننة دولياً، سواء لوحدة القياس أو لغيرها من الاختصارات الشائعة.
- ١١- لا تقبل المراجع الغير منشورة، ويمكن قبول المراجع المقبولة للنشر، المحدد لها رقم المجلد الذي ستظهر به.

- ١٢- يستخدم في كتابة المراجع، سواء في النص أو في قائمة المراجع، أسلوب هارفارد، الذي يربط فيه اسم المؤلف بنسبة النشر، حسب CBE, STYLE MANUAL COMMITTEE, ١٩٨٣.
- ١٣- يشار إلى المصادر حسب ورودها 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 التذييل لتوضيح المعلومة، وفي هذه الحالة، ترقم التذييل لكل صفحة على حدة بأرقام متسلسلة.
- ١٨- تنتقل حقوق النشر بالنسبة للبحوث التي يتم نشرها في المجلة إلى كلية الحقوق/جامعة النهريين ولا يستطيع الباحث الذي نشر بحثه في المجلة من إعادة نشره إلا بعد الحصول على موافقة تحريرية من رئيس التحرير.
- ١٩- يخضع البحث المتقدم للنشر في المجلة إلى التقييم العلمي وفي حالة قبول البحث من قبل المقيم تلتزم المجلة بنشره في أقرب عدد مهياً للنشر إذا كان البحث مستوفياً للشروط الأخرى المذكورة في الفقرات السابقة.
- ٢٠- لكلية الحقوق تقديم مكافأة مالية مناسبة للباحث بعد نشر البحث في حالة توافر الإمكانيات المالية وبشرط تقديم طلب تحريري منه.

أهل الكتاب بين الوصية والمنع من الميراث في الشريعة والقانون

الأستاذ المساعد الدكتور

عادل ناصر حسين

كلية القانون / جامعة الأنبار

المقدمة

أهل الكتاب هم اليهود والنصارى وهم من الديانات السماوية التي نزل بها الوحي على نبي من الأنبياء، أي يؤمنون بنبي من الأنبياء وبكتاب من الكتب الإلهية، فاليهود يؤمنون بموسى عليه السلام والتوراة، والنصارى يؤمنون بعيسى عليه السلام وبالإنجيل^(١).

وبالعوض اعتبر أن الصابئة من أهل الكتاب أنهم جماعة من المسيحيين خالفوا في بعض الفروع والبعض الآخر قال أنهم جماعة من عبدة الكواكب وأصلهم من قوم إبراهيم وهذا المشهور في بيان نحلته^(٢).

يفهم مما تقدم أن أهل الكتاب الذين يجوز أكل طعامهم ونكاح نسائهم الوارد ذكرهم في قوله تعالى (الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلَلٌ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)^(٣) هم اليهود والنصارى فقط.

ولكن ثبت باليقين الذي لا يزول بالشك أن هذه الديانات حُرِّفَتْ إذْ يخبرنا سبحانه وتعالى عنهم بقوله (قَالَتِ الْيَهُودُ عِزِّيرُ ابْنِ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ)^(٤) ولذلك الآن لا يجوز التزوج من المرأة اليهودية إلا إذا كانت تؤمن أن العزير رسول الله كباقي الرسل وأن الرسول محمد صلى الله عليه وسلم خاتم المرسلين، وكذلك لا

(١) علاء الدين خروقة - شرح قانون الأحوال الشخصية - بغداد - ١٩٦٢، ص ١٣٧-١٣٨.

(٢) المذهب للشيرازي (٢-٤٧) - الأحوال الشخصية - محيي الدين عبد الحميد - ص ٦٥.

(٣) المائدة: ٥.

(٤) التوبة: ٣٠.

يجوز التزوج من المرأة المسيحية إلا إذا كانت تؤمن أن المسيح رسول الله كباقي الرسل وأن الرسول محمد صلى الله عليه وسلم خاتم الأنبياء المرسلين. فلو فرضنا أن الكتابية كانت تؤمن أن العزيز رسول الله أو أن المسيح رسول الله وأن محمد صلى الله عليه وسلم خاتم الأنبياء المرسلين وتزوجها الرجل المسلم فسيكون كل منهما على ملة.

كذلك لو أن هذه الكتابية أسلمت، أو أي شخص من أهل الكتاب رغب الدخول إلى الإسلام فستكون ملته مختلفة عن ملة أهله، فلو توفي فلن يرثه أقرباؤه من أهل الكتاب إذ أجمع علماء الأمة على أن الكافر لا يرث المسلم لأنه أدنى منه واستدلوا بالكتاب والسنة.

أولاً- الكتاب: كما في قوله تعالى (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)^(١).
ثانياً- السنة: وتتبين في الآتي:

أ- بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يتوارث أهل ملتين) أخرجه الترمذي عن جابر وحده^(٢).

ب- بما رواه أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)^(٣).

وبسبب هذا المنع من الميراث أجازت الشريعة الإسلامية لكل رجل مسلم له زوجة كتابية أو له قريب يختلف معه في الدين أن يوصي لها أو يوصي له بوصية لا تزيد عن ثلث التركة^(٤)، لأن الوصية هي (عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو

(١) النساء: ١٤١.

(٢) جامع الأصول لابن الأثير ٥٩٩/٩.

(٣) سبل السلام ٩٥٤-٩٥٦/٣.

(٤) المحلى - ابن حزم الظاهري - مج ٦ - ص ٣١٧-٣٢١، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعالمى - ج ٢ - ص ٥٥.

نيابة عنه بعد وفاته^(١). أو هي (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض)^(٢).

أي أن الوصية أجازت استثناء بسبب المنع من الميراث، ولذلك يجب أن يكون ما يأخذه الكتابي بالوصية أقل مما يأخذه لو كان وارثاً، ولكن هناك حالات كثيرة تبين فيها أن حصة الكتابي بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً، وربما تكون أكثر من حصة المسلم الوارث، فمثلاً من كانت له زوجتان زوجة كتابية وزوجة مسلمة فأوصى للزوجة الكتابية بثلث التركة لأنها ممنوعة من الميراث، هنا ستكون حصة الزوجة الكتابية أكثر من حصة الزوجة المسلمة إذ أنها ستأخذ ثلث التركة بينما الزوجة المسلمة ستأخذ الربع إذا لم يكن هناك فرع وارث أو الثمن إذا كان هناك فرع وارث، بينما لو كانت الزوجة الكتابية وارثة فإنها ستشارك الزوجة المسلمة في ربع التركة أو في ثمنها مناصفة.

لهذا فكرت في كتابة هذا البحث من أجل تقديم مقترحات قد تسهم في معالجة هذا الوضع غير الطبيعي، قسمت البحث من الناحية الشكلية إلى أربعة مطالب سأبحث في الأول الوصية للزوجة الكتابية وفي الثاني الوصية للأصول من أهل الكتاب وفي الثالث الوصية للفروع من أهل الكتاب وفي الأخير سأبحث الوصية للحواشي من أهل الكتاب ثم أنهى بحثي بخاتمة أدون فيها نتائج البحث والمقترحات.

المطلب الأول

الوصية للزوجة الكتابية

أجازت الشريعة الإسلامية للرجل المسلم أن يتزوج من المرأة الكتابية يهودية كانت أو مسيحية طبقاً لقوله تعالى (الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ)^(٣).

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٢٢٤.

(٢) ٦٤/م من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٣) المائدة: ٥.

وكذلك لأنها تشترك مع الرجل المسلم في بعض أصول العقيدة والتي منها الإيمان بالله والملائكة واليوم الآخر والحساب والجزاء، لذلك احتفظ لها الإسلام بحق التدين، أي أن تبقى تحت الرجل المسلم مع الاحتفاظ بدينها التي كانت عليه قبل الزواج، ولها مطلق الحرية مستقبلاً أن تدخل إلى الإسلام أو تبقى على ما هي عليه قال تعالى (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)^(١).

ولكن يعتبر الأولاد مسلمين تبعاً لإسلام أحد أبويهم^(٢)، فهذه الزوجة المسيحية أصبحت هي على ملة وزوجها وأولادها على ملة أخرى.

وكذلك الحال لو أن الزوج كتابي أعلن إسلامه وأبت الزوجة الدخول إلى الإسلام فالعلاقة الزوجية تستمر بينهما ما دام أن الإسلام أجاز للمسلم أن يتزوج من الكتابية، أي يبقى عقد الزواج بينهما ولا يحتاج إلى إجراءات من جديد ما لم تكن المرأة محرمة عليه طبقاً للشريعة الإسلامية سواء أكانت محرمة عليه من النسب أو المصاهرة أو الرضاع فإن لم تكن كذلك فالعلاقة الزوجية تستمر بينهما ويصبح الأولاد مسلمين تبعاً لإسلام أبيهم^(٣).

هنا أيضاً سيكون الزوج مع أولاده على ملة والزوجة على ملة أخرى والرسول صلى الله عليه وسلم قال (لا يتوارث أهل ملتين)^(٤)، ولكن للزوج المسلم أن يوصي لزوجته الكتابية بما أنها لن ترثه لاختلاف الدين بينهما، وهذه الوصية قد تكون بكل التركة أو بنصفها أو بثلاثها، فإذا كانت الوصية تزيد عن ثلث التركة، يأخذ رأي الورثة بالزيادة فإن أجازوها نفذت الوصية بالزيادة وإن لم يجيزوها نفذت الوصية

(١) البقرة ٢٥٦.

(٢) د. أحمد الكبيسي، شرح قانون الأحوال الشخصية - ج ١ - ط ١ - بغداد - ١٩٧٠، ص ١١٠. حسين علي الأعظمي - النكاح والميراث والوصايا - ج ١ - ط ١ - مطبعة الجزيرة - بغداد - ١٩٨٣ - ص ٧٧.

(٣) الفقرة الثالثة من المادة الحادية والعشرين من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠.

(٤) أخرجه الترمذي عن جابر وحده - جامع الأصول لابن أثير، ٥٩٩/٩.

بالتلث فقط وبطلت بالزيادة، وفي كل الأحوال سواء نفذت بالزيادة أم في التلث فقط ستكون حصتها بالوصية أكثر من حصتها الميراثية التي منعت منها. ويتبين ذلك في التطبيقات الآتية:

التطبيقات

مثال رقم (١) توفي شخص عن زوجة كتابية وأم وأب وابن وكان قد أوصى لها بتلث التركة لعلمه أنها لن ترثه لاختلاف الدين بينهما وترك ثروة مقدارها (٣٦٠٠٠٠٠٠٠) دينار (١) ما مقدرا نصيب كل واحد منهم؟

في البداية نخرج الوصية من التركة وهي بمقدار التلث ونعطيه للزوجة الكتابية.
 $٣٦٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ١٢٠٠٠٠٠٠$ دينار هذا ثلث التركة ونعطيه للزوجة الكتابية.
 $٣٦٠٠٠٠٠٠ - ١٢٠٠٠٠٠٠ = ٢٤$ دينار وهو باقي التركة نقسمه على بقية الورثة.

الورثة	أم	أب	ابن	أصل المسألة من (٦)
	٦/١	٦/١	ق	
الأسهم	١	١	٤	

$$٢٤٠٠٠٠٠٠ \div ٦ = ٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٤٠٠٠٠٠٠ \times ١ = ٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأب}$$

$$٤٠٠٠٠٠٠ \times ١ = ٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$٤٠٠٠٠٠٠ \times ٤ = ١٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن}$$

أما لو كانت الزوجة الكتابية وارثة فيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	زوجة	أم	أب	ابن	أصل المسألة من (٢٤)
	٨/١	٦/١	٦/١	ق	
الأسهم	٣	٤	٤	١٦	

$$٣٦٠٠٠٠٠٠ \div ٢٤ = ١٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$١٥٠٠٠٠٠ \times ٣ = ٤٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$١٥٠٠٠٠٠ \times ٤ = ٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$١٥٠٠٠٠٠ \times ٤ = ٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأب}$$

$$١٥٠٠٠٠٠ = ١٣ \times ١٩٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن}$$

لقد تبين من خلال المثال أعلاه أن حصة الزوجة الكتابية لو كانت وارثة (٤٥٠٠٠٠٠) دينار بينما حصتها بالوصية (١٢٠٠٠٠٠٠) دينار، أي أن حصتها بالوصية أكثر من حصتها لو كانت وارثة.

مثال رقم (٢) توفي شخص عن زوجة كتابية وبنت ابن وجدة (أم الأم) وأخ شقيق أوصى للزوجة بثلث التركة تيقناً منه أنها لن ترثه لاختلاف الدين بينهما علماً أنه ترك ثروة مقدارها (١٠٨٠٠٠٠٠٠) دينار ما مقدار نصيب كل واحد منهم؟ في البداية نخرج نصيب الزوجة المسيحية بالوصية.

$$\begin{aligned} ١٠٨٠٠٠٠٠ \div ٣ &= ٣٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة وهو حصة الزوجة الكتابية} \\ ١٠٨٠٠٠٠٠ - ٣٦٠٠٠٠٠ &= ٧٢٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار الباقي ونقسمه على بقية الورثة.} \end{aligned}$$

الورثة	بنت ابن	جدة (أم الأم)	أخ شقيق	أصل المسألة من (٦)
الفروض	٢/١	٦/١	ق	
الأسهم	٣	١	٢	

$$٧٢٠٠٠٠٠ \div ٦ = ١٢٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$١٢٠٠٠٠٠ \times ٣ = ٣٦٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة بنت الابن}$$

$$١٢٠٠٠٠٠ \times ١ = ١٢٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الجدة (أم الأم)}$$

$$١٢٠٠٠٠٠ \times ٢ = ٢٤٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ الشقيق}$$

أما لو كانت الزوجة وارثة فيكون حل المسألة كآلاتي:

الورثة	زوجة	بنت ابن	جدة (أم الأم)	أخ شقيق	أصل المسألة من (٢٤)
الفروض	٨/١	٢/١	٦/١	ق	
الأسهم	٣	١٢	٤	٥	

$$١٠٨٠٠٠٠٠ \div ٢٤ = ٤٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٤٥٠٠٠٠٠ \times ٣ = ١٣٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٤٥٠٠٠٠٠ \times ١٢ = ٥٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة بنت ابن}$$

$$٤٥٠٠٠٠٠ \times ٥ = ٢٢٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ الشقيق}$$

يتبين من المثال أعلاه أن حصة الزوجة الكتابية بالوصية (٣٦٠٠٠٠٠٠٠) دينار، بينما حصتها لو كانت وارثة (١٣٥٠٠٠٠٠٠) دينار، أي أن حصتها بالوصية أكثر من حصتها لو كانت وارثة.

مثال رقم (٣) توفي شخص عن زوجة كتابية وأم وأخت لأم وأخ لأب، أوصى لزوجته بثلث التركة لاعتقاده أنها لن ترثه بسبب اختلاف الدين بينهما، علماً أنه ترك ثروة مقدارها (١٤٤٠٠٠٠٠٠) دينار. ما مقدار نصيب كل واحد منهم؟

$١٤٤٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٤٨٠٠٠٠٠٠$ دينار وهو ثلث التركة نعطيه للزوجة الكتابية.

$١٤٤٠٠٠٠٠٠ - ٤٨٠٠٠٠٠٠ = ٩٦٠٠٠٠٠٠$ دينار الباقي ونقسنه على بقية الورثة.

الورثة	أم	أخت لأم	أخ لأب	أصل المسألة من (٦)
الفروض	٦/١	٦/١	ق	
الأسهم	١	١	٤	

$$٩٦٠٠٠٠٠٠ \div ٦ = ١٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$١٦٠٠٠٠٠٠ \times ١ = ١٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$١٦٠٠٠٠٠٠ \times ١ = ١٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخت لأم}$$

$$١٦٠٠٠٠٠٠ \times ٤ = ٦٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار الأخ لأب}$$

أما لو كانت الزوجة وارثة فيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	زوجة	أم	أخت لأم	أخ لأب	أصل المسألة من (١٢)
الفروض	٤/١	٦/١	٦/١	ق	
الأسهم	٣	٢	٢	٤	

$$١٤٤٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ١٢٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$١٢٠٠٠٠٠٠ \times ٣ = ٣٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$١٢٠٠٠٠٠٠ \times ٢ = ٢٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$١٢٠٠٠٠٠٠ \times ٢ = ٢٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخت لأم}$$

$$١٢٠٠٠٠٠٠ \times ٥ = ٦٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ لأب}$$

يتبين من المثال أعلاه أن حصة الزوجة الكتابية بالوصية (٤٨٠٠٠٠٠٠٠) دينار، بينما حصتها لو كانت وارثة (٣٦٠٠٠٠٠٠٠) دينار، أي أن حصتها بالوصية أكثر من حصتها لو كانت وارثة.

مثال رقم (٤) توفي شخص عن زوجتين زوجة كتابية وأخرى مسلمة وبنت وجدة (أم الأب) وابن ابن، كان قد أوصى لزوجته الكتابية بثلث التركة لعلمه المسبق أنها لن ترثه بسبب اختلاف الدين بينهما علماً أنه ترك ثروة مقدارها (٣٦٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما مقدار نصيب كل واحد منهم؟

في البداية نستخرج حصة الزوجة الكتابية بالوصية.

$36000000 \div 3 = 12000000$ دينار وهو ثلث التركة نعطيه إلى الزوجة الكتابية.

$36000000 - 12000000 = 24000000$ دينار الباقي نقسمه على الورثة.

الورثة	زوجة بنت ^(١)	جدة (أم الأب)	ابن ابن	أصل المسألة من (٢٤)
الفروض	٨/١	٢/١	٦/١	ق
الأسهم	٣	١٢	٤	٥

$$24000000 \div 24 = 1000000 \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$3000000 = 3 \times 1000000 \text{ دينار حصة الزوجة المسلمة}$$

$$12000000 = 12 \times 1000000 \text{ دينار حصة البنت}$$

$$4000000 = 4 \times 1000000 \text{ دينار حصة الجدة (أم الأب)}$$

$$5000000 = 5 \times 1000000 \text{ دينار حصة ابن ابن}$$

أما لو كانت الزوجة الكتابية وارثة فيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة (٢) زوجة بنت^(٢) جدة (أم الأب) ابن ابن أصل المسألة من (٢٤)

(١) البنت حالياً في القانون تأخذ الباقي كله بعد نصيب الزوجة. إذ لا يرث معها إلا خمسة من الورثة وهم الأبوان والزوجان وابن المتوفي وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة (٩١) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٢) نفس السبب أعلاه.

الفروض	٨/١	٢/١	٦/١	ق	وتصح من (٤٨) ^(١)
الأسهم	٣	١٢	٤	٥	
الأسهم بعد	٦	٢٤	٨	١٠	

التصحيح $٦ \div ٢ = ٣$ سهم حصة الزوجة الواحدة

$٣٦٠٠٠٠٠٠ \div ٤٨ = ٧٥٠٠٠٠٠٠$ دينار قيمة السهم الواحد

$٧٥٠٠٠٠٠ \times ٣ = ٢٢٥٠٠٠٠٠$ دينار حصة الزوجة الواحدة

$٧٥٠٠٠٠٠ \times ٢٤ = ١٨٠٠٠٠٠٠٠$ دينار حصة البنت

$٧٥٠٠٠٠٠ \times ٨ = ٦٠٠٠٠٠٠٠$ دينار حصة الجدة (أم الأب)

$٧٥٠٠٠٠٠ \times ١٠ = ٧٥٠٠٠٠٠٠٠$ دينار حصة ابن الابن

يتبين من المثال أعلاه أن حصة الزوجة الكتابية بالوصية (١٢٠٠٠٠٠٠٠) دينار، بينما حصة الزوجة المسلمة (٣٠٠٠٠٠٠٠٠) دينار، أما لو كانت الزوجة الكتابية وارثة فإنها في كل الأحوال ستقاسم الزوجة المسلمة في ثمن التركة مناصفة.

المطلب الثاني

الوصية للأصول^(٢) من أهل الكتاب

ويمكن تصور كيف يكون الشخص مسلماً ويكون له أصول من أهل الكتاب وذلك في الحالات الآتية:

(١) الزوجة الكتابية عندما تعلن إسلامها فإنها ستكون متحدة في الدين مع زوجها وأولادها ولذلك يرث أحدهما الآخر، ولكنها ستكون على غير ملة أبيها وأمها ولهذا فلا توارث بينهما^(٣).

(٢) إذا كان الزوجان غير ملمين فأسلمت المرأة فيعرض الإسلام على زوجها فإن أسلم يقران على نكاحهما وبذلك يكون كل منهما على ملة وأصولهم على ملة أخرى^(١).

(١) نصيب الزوجتين (٣) لا يقبل على عددهن (٢) لذلك نصح المسألة عن طريق ضرب عددهن. أصل المسألة $٢ \times ٢٤ = ٤٨$ فيصبح أصل المسألة الجديد ٤٨ بدلاً من ٢٤.

(٢) يراد بالأصول الأبوان والأجداد والجندات من جهة الأم والأب.

(٣) د. أحمد الغندور - موجز الأحوال الشخصية - مطبعة جامعة الكويت - ١٩٧٨ - ص ٣٧.

(٣) إذا أسلم الزوجان الكتابيان معاً تستمر العلاقة الزوجية بينهما ما لم تكن المرأة محرمة عليه، ويتوارثان إذا توفي أحدهما أثناء قيام الحياة الزوجية حقيقة أو حكماً، ولكن دينهما الإسلام سيكون مختلفاً مع دين أصولهم^(٢).

(٤) لو أسلمت الزوجة الكتابية وأبى زوجها الدخول إلى الإسلام فيفارق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلاقاً بائناً بينونة صغرى ويعتبر الأولاد مسلمين تبعاً لإسلام أمهم وبذلك يكون للأولاد أم مسلمة وأب من أهل الكتاب^(٣).

(٥) إن حق تغيير الديانة من قبل أهل الكتاب والدخول في الإسلام غير مقصور على الزوجين فقط، بل يشمل أي شخص من أهل الكتاب وهذا الحق مكفول له شرعاً وقانوناً لأن الفقرة الثانية من المادة العشرين من قانون الأحوال المدنية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه (يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقاً لأحكام هذا القانون)، ولكت لا يعتد بتبديل الدين الذي يقع خارج المحكمة لأن الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين تنص على أنه (يقع تبديل الدين في المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية كل حسب اختصاصه ...).

وبذلك سيكون هذا الشخص الذي بدل دينه إلى الإسلام مختلف الملة مع أبويه فإذا توفي فلا يرثوه لاختلاف الدين بينهما.

ولكن أبحاث الشريعة الإسلامية في كل الحالات السابقة لمن دخل إلى الإسلام من أهل الكتاب أو اعتبر مسلماً تبعاً لإسلام أحد أبويه أن يوصي لأي من أصوله بوصية لا تزيد عن ثلث التركة، أي أن الوصية أقرت لهم استثناء بسبب المنع من الميراث وهذا يعني أن الاستثناء يجب ألا يكون أكثر من الأصل، ولكن هناك بعض التطبيقات تكون فيها حصة الأصول بالوصية أكثر من حصتهم لو كانوا وارثين.

التطبيقات

(١) محمد زيد الدين الأبياني - الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - ج ١ - ١٩٢٠ - ص ١٨٧.

(٢) محكمة التمييز - قرار ١٩١ - هيئة عامة - ١٩٧٤ في ١/٢/١٩٧٥ - ص ١٠٦ - العدد الأول س ٦.

(٣) أحمد الغندور - المصدر السابق - ص ٣٦.

مثال رقم (١) توفي شخص عن زوجة وأب كتابي وابن وبنت وكان قد أوصى بثلاث التركة لتيقنه أنه لن يرثه بسبب اختلاف الدين بينهما علماً أنه ترك ثروة مقدارها (٧٢٠٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما نصيب كل واحد مت تركته؟

في البداية نستخرج الوصية بالثلث من كل التركة.

$$٧٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٢٤٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة نعطيها للأب.}$$

$$٧٢٠٠٠٠٠٠٠٠ - ٢٤٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٤٨٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار باقي التركة نقسمه على}$$

بقية الورثة.

الورثة	زوجة	ابن بنت	أصل المسألة من (٦) وتصح من (٢٤) ^(١)
الفروض	٨/١	ق	
الأسهم	١	٧	
الأسهم بعد	٣	(١٤) ٢١ (٧)	
التصحيح			

$$٢٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٢٤ \div ٤٨٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٦٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٣ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٢٨٠٠٠٠٠٠٠٠ = ١٤ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن}$$

$$١٤٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت}$$

أما لو كان الأب الكتابي وارثاً فيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	زوجة	أب	ابن بنت أصل المسألة من (٢٤) وتصح من
(٧٢) ^(٢)			

$$\text{الفروض} \quad ٨/١ \quad ٦/١ \quad \text{ق}$$

$$\text{الأسهم} \quad ٣ \quad ٤ \quad ١٧$$

$$\text{الأسهم بعد} \quad ٩ \quad ١٢ (٣٤) \quad ٥١ (١٧)$$

(١) أسهم الأولاد (٧) لا يقبل القسمة على عددهم (٣) لذلك نصح المسألة عن طريق ضرب عدد الأولاد \times أصل المسألة $٨ \times ٣ = ٢٤$ فيصبح أصل المسألة الجديد (٢٤) بدلاً من (٨).

(٢) أسهم الأولاد (٧) لا يقبل القسمة على عددهم (٣) لذلك نصح المسألة عن طريق ضرب عدد الأولاد \times أصل المسألة $٧ \times ٣ = ٢١$ فيصبح أصل المسألة الجديد (٧٢) بدلاً من (٢٤).

التصحيح

$$٧٢ \div ٧٢٠٠٠٠٠٠ = ٧٢ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٩ \times ١٠٠٠٠٠٠٠ = ٩٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$١٢ \times ١٠٠٠٠٠٠٠ = ١٢٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأب}$$

$$٣٤ \times ١٠٠٠٠٠٠٠ = ٣٤٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن}$$

$$١٧ \times ١٠٠٠٠٠٠٠ = ١٧٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت}$$

يتبين من المثال أعلاه أن حصة الأب بالوصية (٢٤٠٠٠٠٠٠٠) دينار بينما حصته لو كان وارثاً (١٢٠٠٠٠٠٠٠) دينار وهذا يعني أن حصة الأب بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً.

مثال رقم (٢) توفيت امرأة وتركت زوجها وثلاث بنات وأمها الكتابية وكانت قد أوصت بوصية لأمها بثالث التركة لتأكدتها أن أمها لن ترثها بسبب اختلاف الدين بينهما علماً أنها تركت ثروة مقدارها (٢١٦٠٠٠٠٠٠) دينار ما نصيب كل واحد من تركتها؟

في البداية نستخرج الوصية بالتثالث من كل التركة.

$$٢١٦٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٧٢٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة ونعطيها للأم الكتابية.}$$

$$٢١٦٠٠٠٠٠٠ - ٧٢٠٠٠٠٠٠ = ١٤٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار باقي التركة نقسمه على}$$

بقية الورثة.

الورثة زوج (٣) بنت أصل المسألة من (٤)

الفروض ٤/١ ق^(١)

الأسهم ٣ ١

$$٣ \div ٣ = (١) \text{ سهم حصة كل بنت}$$

$$١٤٤٠٠٠٠٠٠ \div ٤ = ٣٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

(١) تأخذ البنت حالياً في القانون في حالة عدم وجود ابن المتوفي ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة (٩١) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

$$٣٦٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ٣٦٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوج}$$

$$١٠٨٠٠٠٠٠٠٠ = ٣ \times ٣٦٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنات}$$

$$٣٦٠٠٠٠٠٠٠ = ٣ \div ١٠٨٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت الواحدة}$$

أما لو كانت الأم وارثة فيكون حل المسألة كالآتي:

الورثة زوج أم (٣) بنت أصل المسألة من (١٢) وتصح من (٣٦)^(١)

الفروض ٤/١ ٦/١ ق

الأسهم ٣ ٢ ٧

الأسهم بعد ٩ ٦ ٢١

التصحيح $٢١ \div ٣ = ٧$ سهم كل بنت

$$٦٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٣٦ \div ٢١٦٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$١٨٠٠٠٠٠٠٠ = ٣ \times ٦٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوج}$$

$$٣٦٠٠٠٠٠٠٠ = ٦ \times ٦٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$٤٢٠٠٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٦٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت الواحدة}$$

يتبين من المثال أعلاه أن حصة الأم بالوصية (٧٢٠٠٠٠٠٠٠) دينار أما حصتها لو كانت وارثة (٣٦٠٠٠٠٠٠٠) دينار، وهذا يعني أن حصتها بالوصية أكثر من حصتها لو كانت وارثة.

مثال رقم (٣) توفيت امرأة عن زوج وابن ابن وبنت ابن وجد كتابي أوصت لهذا الجد بوصية في حدود ثلث التركة لاعتقادها أنه لن يرثها بسبب اختلاف الدين بينهما علماً أنها تركت ثروة مقدارها (٩٠٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما نصيب كل واحد من تركتها؟ في البداية نستخرج الوصية

$$٣٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٣ \div ٩٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة نعطيه للجد الكتابي}$$

(١) أسهم البنات (٧) لا يقبل القسمة على عددهن (٣) لذلك نضرب عددهن \times أصل المسألة $٣٦ = ١٢ \times ٣$ فيصبح أصل المسألة الجديد (٣٦) بدلاً من (١٢).

الورثة ٩٠٠٠٠٠٠٠ - ٣٠٠٠٠٠٠٠ = ٦٠٠٠٠٠٠٠٠ دينار باقي التركة نقسمه على بقية

الورثة	زوج	ابن ابن	بنت ابن	أصل المسألة من (٤)
الفروض	٤/١	ق		
الأسهم	١	(٢) ٣	(١)	

$$٦٠٠٠٠٠٠٠ \div ٤ = ١٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$١٥٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ١٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوج}$$

$$١٥٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ١٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة بنت الابن}$$

$$٣٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٢ \times ١٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة ابن الابن}$$

أما لو كان الجد وارثاً فيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	زوج	جد	ابن ابن	بنت ابن	أصل المسألة من (١٢)
الفروض	٤/١	٦/١	ق	وتصح من (٣٦) ^(١)	
الأسهم	٣	٢	٧		
السهم بعد	٩	٦ (١٤)	٢١ (٧)		

التصحيح

$$٩٠٠٠٠٠٠٠ \div ٣٦ = ٢٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٢٥٠٠٠٠٠٠٠ = ٩ \times ٢٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوج}$$

$$٢٥٠٠٠٠٠٠٠ = ٦ \times ٢٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الجد}$$

$$٢٥٠٠٠٠٠٠٠ = ١٤ \times ٢٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة ابن الابن}$$

$$١٧٥٠٠٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٢٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة بنت الابن}$$

يتبين من المثال أعلاه أن حصة الجد بالوصية (٣٠٠٠٠٠٠٠٠) دينا بينما حصته لو كان وارثاً ستكون (١٥٠٠٠٠٠٠٠) دينار، وهذا يعني أن حصة الجد بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً.

(١) أسهم أولاد الأولاد (٧) لا تقبل القسمة على عددهم لذلك نصح المسألة عن طريق ضرب عدد الورثة \times أصل المسألة $٣ \times ١٢ = ٣٦$ فيصبح أصل المسألة الجديد (٣٦) بدلاً من (١٢).

مثال رقم (٤) توفي شخص عن زوجة وابن وجدة كتابية هي (أم الأم) كان قد أوصى لها بثالث التركة لاعتقاده الجازم أنها لن ترثه بسبب اختلاف الدين بينهما علماً أنه ترك ثروة مقدارها (٩٦٠٠٠٠٠٠) دينار، ما نصيب كل واحد من تركته؟

في البداية نستخرج الوصية من التركة

$$٩٦٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٣٢٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة نعطيه للجدة الكتابية}$$

$$٩٦٠٠٠٠٠٠ - ٣٢٠٠٠٠٠٠ = ٦٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار الباقي نقسمه على بقية}$$

الورثة

الورثة	زوجة	ابن	أصل المسألة من (٨)
الفروض	٨/١	ق	
الأسهم	١	٧	

$$٦٤٠٠٠٠٠٠ \div ٨ = ٨٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٨٠٠٠٠٠٠ \times ١ = ٨٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٨٠٠٠٠٠٠ \times ٧ = ٥٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن}$$

أما لو كانت الجدة وارثة فيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	زوجة جدة (أم الأم)	ابن	أصل المسألة من (٢٤)
الفروض	٨/١	٦/١	ق
الأسهم	٣	٤	١٧

$$٩٦٠٠٠٠٠٠ \div ٢٤ = ٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٤٠٠٠٠٠٠ \times ٣ = ١٢٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٤٠٠٠٠٠٠ \times ٤ = ١٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الجدة (أم الأم)}$$

$$٤٠٠٠٠٠٠ \times ١٧ = ٦٨٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن}$$

يتبين من المثال أعلاه أن حصة الجدة بالوصية (٣٢٠٠٠٠٠٠) دينار بينما حصتها لو كانت وارثة (١٦٠٠٠٠٠٠) دينار، وهذا يعني أن حصة الجدة بالوصية أكثر من حصتها لو كانت وارثة.

المطلب الثالث

الوصية للفروع^(١) من أهل الكتاب

ويمكن تصور أن يكون للشخص المسلم فروعاً من أهل الكتاب في الحالات الآتية:

(١) إذا كان الزوجان كتابيين وأسلما معاً وكان لديهما أولاد قاصرين فإن هؤلاء الأولاد يعتبرون مسلمين تبعاً لإسلام أبويهم، أو إذا أسلمت الزوجة وأبى زوجها الدخول إلى الإسلام فيفارق بينهما ويعتبر الأولاد مسلمين تبعاً لإسلام أمهم، أو إذا أسلم الزوج الكتابي وأبت الزوجة الدخول إلى الإسلام فتبقى العلاقة الزوجية بينهما ويعتبر الأولاد مسلمين تبعاً لإسلام الأب، أو إذا تزوج المسلم من كتابية وكان لها أولاد قاصرين من زوج سابق ثم أسلمت فيعتبر أولادها مسلمين تبعاً لإسلامها، ولكن طبقاً لحرية التدين الواردة في قوله تعالى (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)^(٢)

يجوز لهؤلاء الأولاد الرجوع إلى ديانة أبويهم السابقة قبل إشهار الإسلام وذلك عند بلوغهم سن البلوغ الشرعي وهو خمسة عشر سنة^(٣)، لأن هؤلاء الأولاد فرض عليهم الإسلام في صغرهم فيكون لهم حق اختيار الدين المناسب عند بلوغهم سن البلوغ الشرعي، ولكن لو أنجب الزوجان أولاداً بعد إسلامهم فلا يحق لهؤلاء الأولاد الذين ولدوا من أبوين مسلمين الرجوع إلى دين أبيهم السابق عند بلوغهم سن البلوغ الشرعي^(٤).

لذلك سيكون الأولاد الذين اختاروا الرجوع إلى دين أبيهم السابق على ملة ومن أسلم من أبويهم على ملة أخرى، فعند وفاة من أسلم من أبويهم فلن يرثوه لاختلاف الدين بينهما.

(١) الفروع هم الأولاد وأولادهم وإن نزلوا ذكوراً وإناثاً.

(٢) البقرة ٢٥٦.

(٣) محكمة التمييز رقم القرار ٢٥٣ موسعة أولى ٨٦، ١٩٨٧ في ١٩٨٧/٦/٢٩.

(٤) محكمة التمييز رقم القرار ١٩٨٢/٣ في ١٩٨٢/١/٢٤.

(٢) إذا أسلم الزوجان الكتابيان معاً أو أسلم أحدهما وبقت الزوجة أو فرق بينهما وكان لديهما أولاد تجاوزوا سن البلوغ الشرعي فهؤلاء الأولاد لا يعتبرون مسلمين تبعاً لإسلام أبويهم أو أحدهما وإنما لهم الحق في البقاء على دين أبويهم السابق أو الدخول إلى الإسلام، ولذلك سيكون هؤلاء الأولاد على ملة وأبويهم على ملة أخرى فإذا مات أحدهم فلن يرثوه لاختلاف الدين بينهما.

في كل الحالات السابقة يجوز لأحد الأبوين أن يوصي لفرعه المختلف معه في الدين، ولكن يجب أن لا تكون هذه الوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً كما في التطبيقات الآتية:

التطبيقات

مثال رقم (١) توفي شخص عن زوجة وأربعة أبناء وبنت وابن كتابي، أوصى له بوصية بنصف التركة، ولكن الورثة لم تجز هذه الزيادة عن ثلث التركة علماً أنه ترك ثروة مقدارها (٢٦٤٠٠٠٠٠٠) دينار ما نصيب كل واحد من تركته؟

$$٢٦٤٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٨٨٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة نعطيها للابن الكتابي}$$

$$٢٦٤٠٠٠٠٠٠ - ٨٨٠٠٠٠٠٠ = ١٧٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار الباقي نقسمه على بقية}$$

الورثة

الورثة	زوجة (٤) ابن	بنت أصل المسألة من (٨)
الفروض	٨/١ ق	وتصح من (٧٢)(١)
الأسهم	١ ٧	
الأسهم بعد	٩ (٥٦) ٦٣	(٧)

التصحيح $٥٦ \div ٤ = ١٤$ سهم حصة الابن الواحد

$$٢١٦٠٠٠٠٠٠ \div ٧٢ = ٣٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٢٧٠٠٠٠٠٠٠ = ٩ \times ٣٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٤٢٠٠٠٠٠٠٠ = ١٤ \times ٣٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن الواحد}$$

(١) أسهم الأولاد (٧) لا يقبل القسمة على عددهم (٩) لذا نضرب عددهم \times أصل المسألة ٨×٧٢ فيصبح أصل المسألة الجديد (٧٢) بدلاً من (٨).

$$٢١٠٠٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٣٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت}$$

أما لو كان الابن وارثاً فيكون حل المسألة كآتي:

الورثة	زوجة	(٥)ابن	بنت أصل المسألة من (٨)
الفروض	٨/١	ق	وتصح من (٨) ^(١)
الأسهم	١	٧	
الأسهم بعد	١١	(٧٠) ٧٧	(٧)

تصحيح $٧٠ \div ٥ =$ سهم حصة الابن الواحد

$$٣٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٨٨ \div ٢٦٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ = ١١ \times ٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٤٢٠٠٠٠٠٠٠٠ = ١٤ \times ٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن الواحد}$$

$$٢١٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت}$$

يتبين من المثال أعلاه أن حصة الابن الكتابي بالوصية (٨٨٠٠٠٠٠٠٠) دينار، بينما حصته لو كان وارثاً (٤٢٠٠٠٠٠٠٠) دينار، وهذا يعني أن حصته بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً.

مثال رقم (٢) توفي شخص عن زوجة وابن وثلاث بنات مسلمات وبنت كتابية كان قد أوصى لها بثلث التركة لاعتقاده الجازم أنها لن ترثه لاختلاف الدين بينهما وقد ترك ثروة مقدارها (١٨٠٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما مقدار نصيب كل واحد منهم؟

في البداية نستخرج ثلث التركة ثم الباقي نقسمه على بقية الورثة.

$$٦٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٣ \div ١٨٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة نعطيها للبنت الكتابية.}$$

$$١٢٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٦٠٠٠٠٠٠٠٠ - ١٨٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار باقي التركة نقسمه على}$$

باقي الورثة.

الورثة	زوجة	ابن	(٣) بنت	أصل المسألة من (٨) ^(١)
--------	------	-----	---------	-----------------------------------

(١) أسهم الأولاد (٧) لا يقبل القسمة على عددهم (١١) لذا نضرب عددهم \times أصل المسألة $٨٨ = ٨ \times ١١$ فيصبح أصل المسألة الجديد (٨٨) بدلاً من (٨).

الفروض	٨/١	ق	٤٠ = ٨ × ٥
الأسهم	١	٧	

بعد التصحيح ٥ (١٤) ٣٥ (٢١)

$$١٢٠٠٠٠٠٠ \div ٤٠ = ٣٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$١٥٠٠٠٠٠٠ = ٥ \times ٣٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٤٢٠٠٠٠٠٠ = ١٤ \times ٣٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن}$$

$$٢١٠٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٣٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت الواحدة}$$

أما لو كانت البنت الكتابية وارثة فيكون حل المسألة كالآتي:

الورثة زوجة ابن (٤) بنت أصل المسألة من (٨) (٢)

الفروض	٨/١	ق	٤٨ = ٨ × ٦
الأسهم	١	٧	

بعد التصحيح ٦ (١٤) ٤٢ (٢٨)

$$٢٨ \div ٤ = ٧ \text{ سهم لكل بنت}$$

$$١٨٠٠٠٠٠٠ \div ٤٨ = ٣٧٥٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$١٥٠٠٠٠٠٠ = ٦ \times ٣٧٥٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٣٥٠٠٠٠٠٠ = ١٤ \times ٣٧٥٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الابن}$$

$$١٧٥٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٣٧٥٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت}$$

بما أن حصة البنت بالوصية (٦٠٠٠٠٠٠٠) دينار وحصلتها لو كانت وارثة

(١٧٥٠٠٠٠٠٠) دينار لذا تكون حصتها بالوصية أكثر من حصتها لو كانت وارثة.

مثال رقم (٣) توفيت أم عن زوج وبنت ابن كتابية وأخ شقيق وكانت قد أوصت لبنت

ابنها بثلاث التركة لعلها أنها لن ترثها بسبب اختلاف الدين بينهما وقد تركت ثروة

مقدارها (٦٠٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما مقدار حصة كل واحد منهم؟

(١) حصة الأولاد لا يقبل القسمة على عددهم لذا نضرب عددهم (٥) على اعتبار كل ذكر اثنين

× أصل المسألة ٤٠ = ٨ × ٥ فيكون أصل المسألة الجديد (٤٠) بدلاً من (٨).

(٢) حصة الأولاد لا يقبل القسمة على عددهم لذا نصحح المسألة عن طريق ضرب عدد الأولاد

(٦) × أصل المسألة ٤٨ = ٨ × ٦ فيكون أصل المسألة الجديد (٤٨) بدلاً من (٨).

في البداية نستخرج ثلث التركة

$$٦٠٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٢٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة نعطيه لبنت الابن الكتابية ثم}$$

نقسم الباقي من التركة على بقية الورثة

$$٦٠٠٠٠٠٠٠ - ٢٠٠٠٠٠٠٠ = ٤٠٠٠٠٠٠٠ \text{ باقي التركة}$$

الورثة	زوج	بنت ^(١)	أخ شقيق	أصل المسألة من (٤)
الفروض	٤/١	٢/١	ق	
الأسهم	١	٢	١	

$$٤٠٠٠٠٠٠٠ \div ٤ = ١٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$١٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ١٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوج}$$

$$٢٠٠٠٠٠٠٠ = ٢ \times ١٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت}$$

$$١٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ١٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ الشقيق}$$

أما لو كانت بنت الابن الكتابي وارثة فسيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	زوج بنت ^(٢)	بنت ابن أخ شقيق	أصل المسألة من (١٢)
الفروض	٤/١	٢/١	٦/١
الأسهم	٣	٦	٢

$$٦٠٠٠٠٠٠٠ \div ١٢ = ٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$١٥٠٠٠٠٠٠ = ٣ \times ٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوج}$$

$$٣٠٠٠٠٠٠٠ = ٦ \times ٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة البنت}$$

$$١٠٠٠٠٠٠٠ = ٢ \times ٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة بنت الابن}$$

$$٥٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ الشقيق}$$

بما أن حصة بنت الابن بالوصية (٢٠٠٠٠٠٠٠) دينار وحصلتها لو كانت وارثة

(١٠٠٠٠٠٠٠) دينار فتكون حصتها بالوصية أكثر من حصتها لو كانت وارثة.

(١) هذا عند جمهور الفقهاء أما في القانون فلا يرث مع بنت المتوفي إلا خمسة أصناف من الورثة وهم الأبوان والزوجان وابن المتوفي وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة (٩١) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٢) نفس السبب أعلاه.

مثال رقم (٤) توفي شخص عن زوجة وأم وأربعة أبناء أحدهم يعتق الديانة المسيحية وقد أوصى لهذا الكتابي بثلث التركة اعتقاداً منه أنه لن يرث لاختلاف الدين بينهما وقد ترك ثروة مقدارها (٤٣٢٠٠٠٠٠٠) ما مقدار نصيب كل واحد منهم.

في البداية نستخرج ثلث التركة.

$٤٣٢٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ١٤٤٠٠٠٠٠٠$ دينار ثلث التركة نعطيه لابن الابن الكتابي ثم الباقي من التركة نقسمه على بقية الورثة.

$$٤٣٢٠٠٠٠٠٠ - ١٤٤٠٠٠٠٠٠ = ٢٨٨٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار باقي التركة}$$

الورثة	زوجة	أم	(٣) ابن ابن	أصل المسألة من (٢٤) ^(١)
الفروض	٨/١	٦/١	ق	
الأسهم	٩	١٢	٥١	

$$٥١ \div ٣ = ١٧ \text{ سهم حصة كل ابن ابن}$$

$$٢٨٨٠٠٠٠٠٠ \div ٧٢ = ٤٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$٩ \times ٤٠٠٠٠٠٠ = ٣٦٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$١٢ \times ٤٠٠٠٠٠٠ = ٤٨٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$١٧ \times ٤٠٠٠٠٠٠ = ٦٨٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة ابن الابن الواحد}$$

أما لو كان ابن الابن الكتابي وارثاً يكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	زوجة	أم	(٤) ابن ابن	أصل المسألة من (٢٤) ^(٢)
الفروض	٨/١	٦/١	ق	
الأسهم	٣	٤	١٧	
بعد التصحيح	١٢	١٦	٦٨	

$$٤٣٢٠٠٠٠٠٠ \div ٩٦ = ٤٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

(١) حصة أبناء الابن لا تقبل القسمة على عددهم لذا نصح المسألة عن طريق ضرب عددهم

في أصل المسألة $٢٤ \times ٣ = ٧٢$ فيكون أصل المسألة الجديد (٧٢) بدلاً من (٢٤).

(٢) نفس السبب أعلاه.

$$٥٤٠٠٠٠٠٠ = ١٢ \times ٤٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٧٢٠٠٠٠٠٠ = ١٦ \times ٤٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$٧٦٥٠٠٠٠٠ = ١٧ \times ٤٥٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة ابن الابن الواحد}$$

بما أن حصة ابن الابن بالوصية هي (١٤٤٠٠٠٠٠٠) دينار وحصلته لو كان وارثاً هي (٧٦٥٠٠٠٠٠) دينار فتكون حصته بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً.

المطلب الرابع

الوصية للحواشي من أهل الكتاب

الحواشي هم الأقارب الخارجون عن عمود النسب أي ليسوا أصولاً ولا فروعاً كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة وما يتفرع منهم^(١) وهنا يمكن أن يكون للشخص أقارب من الحواشي يختلف معهم في الدين وذلك في الحالات الآتية:

(١) من ولد لأبوين مسلمين كانا من أهل الكتاب وأسلما وكان له أخوة من أبويه قبل أن يسلما فهؤلاء الأخوة أما أن يكونوا بالغين أو لا فالبالغون يبقون على ديانتهم أما غير البالغين فيعتبرون مسلمين تبعاً لإسلام أبويهم لهذا سيكون لهذا الولد المسلم أخوة وأخوات من أهل الكتاب يختلفون معه في الدين.

(٢) من أسلم من أهل الكتاب وبقي أهله على ديانتهم فسيكون له أخوة وأخوات وأعمام وعمات وأحوال وخالات وفروعهم يختلفون معه في الدين.

(٣) الكتابية التي تزوجت من المسلم وكان لها أولاد كبار من زوج سابق اختاروا البقاء على ديانتهم ثم أنجبت من الزوج المسلم فسيكون لهذا الولد المسلم أخوة لأم من أهل الكتاب يختلف معهم في الدين.

(٤) الكتابي الذي أسلم وكان له أولاد كبار من زوجة سابقة اختاروا البقاء على ديانتهم ثم رزق بولد فهذا الولد سيكون له أخوة لأب من أهل الكتاب يختلف معهم في الدين.

ففي كل هذه الحالات السابقة إذا توفي المسلم فلن يرثه أقاربه من الحواشي وذلك لوجود المانع من الإرث بينهما وهو اختلاف الدين لكن يجوز في الأحوال

(١) أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ٣٨٤.

السابقة أن يوصي المسلم لأقاربه الممنوعين من الميراث بوصية يجب أن لا تزيد عن ثلث التركة أي جوزت الوصية هنا استثناء ولكن في بعض الحالات قد تكون الحصة بالوصية أكثر من الحصة فيما لو كان القريب من الحواشي وارثاً كما هو واضح في التطبيقات الآتية:

التطبيقات

مثال رقم (١) توفي شخص عن زوجة وأم وثلاثة أخوة أشقاء أحدهم من أهل الكتاب وقد أوصى للأخ الكتابي بثلث التركة لاعتقاده بأنه لن يرثه لاختلاف الدين بينهما وقد ترك ثروة مقدارها (٧٢٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما نصيب كل واحد منهم؟

$٧٢٠٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٢٤٠٠٠٠٠٠٠$ ثلث التركة نعطيه للأخ الشقيق الكتابي ثم نقسم الباقي من التركة على بقية الورثة

$$٧٢٠٠٠٠٠٠٠ - ٢٤٠٠٠٠٠٠٠ = ٤٨٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار باقي التركة}$$

الورثة	زوجة	أم	(٢) أخ شقيق	أصل المسألة من (١٢)
الفروض	٤/١	٦/١	ق	وتصح من (٢٤) ^(١)
الأسهم	٣	٢	٧	
بعد التصحيح	٦	٤	١٤	

$$١٤ \div ٢ = ٧ \text{ سهم حصة الأخ الشقيق الواحد}$$

$$٤٨٠٠٠٠٠٠٠ \div ٢٤ = ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$١٢٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٦ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوجة}$$

$$٨٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٤ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$١٤٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ الشقيق الواحد}$$

أما لو كان الأخ الشقيق الكتابي وارثاً فسيكون حل المسألة كالاتي

الورثة	زوجة	أم	(٣) أخ شقيق	أصل المسألة من (١٢)
الفروض	٤/١	٦/١	ق	وتصح من (٣٦) ^(٢)

(١) بعد تصحيح المسألة بضرب عدد الأخوة \times أصل المسألة $١٢ \times ٢ = ٢٤$.

(٢) بعد تصحيح المسألة بضرب عدد الأخوة \times أصل المسألة $١٢ \times ٣ = ٣٦$.

الأسهم	٣	٢	٧
بعد التصحيح	٩	٦	٢١

$$٢١ \div ٣ = ٧ \text{ سهم لكل أخ شقيق}$$

$$٧٢٠٠٠٠٠٠٠ \div ٣٦ = ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$١٨٠٠٠٠٠٠٠ = ٩ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ حصة الزوجة}$$

$$١٢٠٠٠٠٠٠٠ = ٦ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ حصة الأم}$$

$$١٤٠٠٠٠٠٠٠ = ٧ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ حصة الأخ الشقيق الواحد}$$

بما أن حصة الأخ الشقيق بالوصية (٢٤٠٠٠٠٠٠٠) دينار وحصته لو كان وارثاً (١٢٠٠٠٠٠٠٠) فتكون حصته بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً.

مثال رقم (٢) توفيت امرأة عن زوج وبنت ابن وشقيقتين إحداهما من أهل الكتاب وقد أوصت بوصية لها بثل التركة لاعتقادها لن ترثها لاختلاف الدين بينهما وكلنت قد تركت ثروة مقدارها (١٢٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما نصيب كل واحد من تركتها؟

$$١٢٠٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٤٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ نعطيها للأخت الشقيقة الكتابية}$$

ثم نقسم باقي التركة على بقية الورثة

$$١٢٠٠٠٠٠٠٠ - ٤٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٨٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار باقي التركة}$$

الورثة	زوج	بنت ابن	أخت شقيقة	أصل المسألة من (٤)
الفروض	٤/١	٢/١	ق	
الأسهم	١	٢	١	

$$٨٠٠٠٠٠٠٠٠ \div ٤ = ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$٢٠٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوج}$$

$$٤٠٠٠٠٠٠٠٠ = ٢ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة بنت الابن}$$

$$٢٠٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ٢٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخت الشقيقة}$$

أما لو كانت الأخت الشقيقة الكتابية وارثة فيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	زوج	بنت ابن	(٢) أخت شقيقة	أصل المسألة من (٤)
--------	-----	---------	---------------	--------------------

الفروض	٤/١	٢/١	ق	وتصحح (٨) ^(١)
الأسهم	١	٢	١	
بعد التصحيح	٢	٤	٢	

$$٢ \div ٢ = ١ \text{ سهم حصة الأخت الشقيقة الواحدة}$$

$$١٢٠٠٠٠٠٠٠ \div ٨ = ١٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$١٥٠٠٠٠٠٠٠ \times ٢ = ٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الزوج}$$

$$١٥٠٠٠٠٠٠٠ \times ٤ = ٦٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة بنت الابن}$$

$$١٥٠٠٠٠٠٠٠ \times ١ = ١٥٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخت الشقيقة الواحدة}$$

بما أن حصة الأخت الشقيقة بالوصية (٤٠٠٠٠٠٠٠٠) دينار وحصلتها لو كانت وارثة (١٥٠٠٠٠٠٠٠) دينار فتكون حصتها بالوصية أكثر من حصتها لو كانت وارثة.

مثال رقم (٣) توفي شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخ لأب وأخ لأم من أهل الكتاب أوصى له بوصية بثالث التركة لاعتقاده أنه لن يرثه بسبب اختلاف الدين بينهما وكان قد ترك ثروة مقدارها (١٩٨٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما مقدار نصيب كل واحد منهم؟

في البداية نستخرج ثلث التركة.

$$١٩٨٠٠٠٠٠٠٠ \div ٣ = ٦٦٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار ثلث التركة يعطى للأخ من الأم}$$

(الكتابي)

ثم نقسم باقي التركة على بقية الورثة.

$$١٩٨٠٠٠٠٠٠٠ - ٦٦٠٠٠٠٠٠٠ = ١٣٢٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار باقي التركة}$$

الورثة الأم الأخت الشقيقة^(٢) أخ لأب أصل المسألة من (٦)

(١) تصحح المسألة عن طريق ضرب عدد الأخوات \times أصل المسألة $٨ = ٤ \times ٢$ فيكون أصل المسألة الجديد (٨) بدلاً من (٤).

(٢) هذا عند جمهور الفقهاء فقط أما قانوناً فلا يرث الأخ لأب مع الأخت الشقيقة لأنها تعتبر بمثابة الأخ الشقيق في الحجب وذلك بموجب الفقرة (٤) من المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

الفروض	٦/١	٢/١	ق
الأسهم	١	٣	٢

$$١٣٢٠٠٠٠٠٠ \div ٦ = ٢٢٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد بالدينار}$$

$$٢٢٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ٢٢٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$٦٦٢٠٠٠٠٠٠٠ = ٣ \times ٢٢٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخت الشقيقة}$$

$$٤٤٠٠٠٠٠٠٠ = ٢ \times ٢٢٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ لأب}$$

أما لو لكن الأخ لأم وارثاً فيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة الأم الأخت الشقيقة^(١) أخ لأم أخ لأب أصل المسألة (٦)

الفروض	٦/١	٢/١	٦/١	ق
الأسهم	١	٣	١	١

$$١٩٨٠٠٠٠٠٠٠ \div ٦ = ٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار قيمة السهم الواحد}$$

$$٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأم}$$

$$٩٩٠٠٠٠٠٠٠ = ٣ \times ٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخت}$$

$$٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ من الأم}$$

$$٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ = ١ \times ٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠ \text{ دينار حصة الأخ لأب}$$

بما أن حصة الأخ من الأم بالوصية (٦٦٠٠٠٠٠٠٠) دينار وحصته لو كان وارثاً (٣٣٠٠٠٠٠٠٠٠) دينار فتكون حصته بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً.

مثال رقم (٤) توفي شخص عن جدة (أم الأم) وبنت ابن وعمين أحدهما من أهل الكتاب وكان قد أوصى بوصية لعمه الكتابي بثلث التركة لاعتقاده أنه لن يرثه بسبب اختلاف الدين بينهما وترك ثروة مقدارها (٢٨٨٠٠٠٠٠٠٠) دينار ما نصيب كل واحد من تركته؟

في البداية نستخرج ثلث التركة

(١) هذا عند جمهور الفقهاء فقط أما قانوناً فلا يرث الأخ لأب مع الأخت الشقيقة لأنها تعتبر بمثابة الأخ الشقيق في الحجب وذلك بموجب الفقرة (٤) من المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

..... 288 ÷ 3 = 96000000 دينار ثلث التركة نعطيه للعم الكتابي.

ثم نقسم باقي التركة على الورثة

..... 288000000 - 96000000 = 192000000 دينار باقي التركة

الورثة	بنت ابن	جدة (أم الأم)	عم شقيق	أصل المسألة من (٦)
الفروض	٢/١	٦/١	ق	
الأسهم	٣	١	٢	

..... 192000000 ÷ 6 = 32000000 دينار قيمة السهم الواحد بالدينار

..... 32000000 × 3 = 96000000 دينار حصة بنت الابن

..... 32000000 × 1 = 32000000 دينار حصة الجدة أم الأم

..... 32000000 × 2 = 64000000 دينار حصة العم الشقيق

أما لو كان العم الشقيق الكتابي وارثاً فسيكون حل المسألة كالاتي:

الورثة	بنت ابن	جدة (أم الأم)	(٢) عم شقيق	أصل المسألة من (٦)
الفروض	٢/١	٦/١	ق	وتصح من (١٢) ^(١)
الأسهم	٣	١	٢	
بعد التصحيح	٦	٢	٢	

..... 288000000 ÷ 12 = 24000000 دينار قيمة السهم الواحد بالدينار

..... 24000000 × 6 = 144000000 دينار حصة بنت الابن

..... 24000000 × 2 = 48000000 دينار حصة الجدة (أم الأم)

..... 24000000 × 6 = 144000000 دينار حصة العم الشقيق الواحد

بما أن حصة العم الشقيق الكتابي بالوصية (96000000) دينار وحصته لو كان وارثاً (48000000) لذا تكون حصته بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً.

الخاتمة

(١) تصحح المسألة عن طريق ضرب عدد الأعمام × أصل المسألة 12=6×2 فيكون أصل المسألة الجديد (١٢) بدلاً من (٦).

من خلال البحث توصلت بفضل من الله سبحانه وتعالى إلى بعض النتائج والمقترحات التي أوجزها في هذه الخاتمة:-

أولاً. النتائج

١. إذا أسلم زوجان كتابيات أو أحدهما فيعتبر الأولاد مسلمين تبعاً لإسلام أبويهم أو أحدهما ويجوز لهؤلاء الأولاد عند بلوغهم سن البلوغ الشرعي وهو خمسة عشرة سنة أن يرجعوا إلى دين أبيهم قبل إسلامه ولا يعتد بهذا الرجوع إذا وقع خارج المحكمة إذ يجب أن يكون أمام المحكمة ويجب عدم التأخير في ذلك لأن التلكؤ في المبادرة في إقامة الدعوى هو إسقاط لحقه في اختيار الديانة.

٢. إذا كان للأبوين الكتابيين الذين أسلموا أولاداً تجاوزوا سن البلوغ الشرعي فهؤلاء الأولاد يبقون على ديانة أبيهم السابقة ولا يعتبرون مسلمين تبعاً لإسلام أحد أبويهم أو كلاهما.

٣) يجوز للزوجة الكتابية التي تزوجها الرجل المسلم أن تعلن إسلامها كما يجوز لأي شخص كتابي أن يعتنق الإسلام ولكن يجب أن يكون ذلك أمام محاكم الأحوال الشخصية وليس خارجها.

٤. إذا اعتنق الكتابي الإسلام أصبح مسلماً له ما للمسلمين وعليه ما عليهم والعقيدة الدينية صلة بين الإنسان وربه فلا يجوز مناقشتها أو التغلغل في حقيقتها وأن حكم الشرع يبنى على الظاهر والله يتولى السرائر.

٥. في كل الحالات التي يكون للمسلم أقارب من أهل الكتاب ففي حالة وفاته فإنهم لن يرثوه لقول الرسول (ص) (لا يتوارث أهل ملتين) لهذا السبب أجاز الفقهاء الوصية للكتابي الممنوع من الميراث.

٦. في كثير من الحالات أصبحت حصة الكتابي بالوصية أفضل بكثير من حصته لو كان وارثاً بل أن في بعض الأحيان تكون حصة الكتابي في الوصية أفضل من حصة المسلم في الميراث.

ثانياً. المقترحات

أقترح إضافة مادة جديدة إلى قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل تنص على أنه (يجب أن لا تكون حصة الكتابي بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً ويأخذ من الحصتين أيهما أقل).

وبذلك يجب على المحكمة عندما تعرض عليها قضية فيها الموروث أوصى بوصية لكتابي أن تحل المسألة حلين الحل الأول يعطى فيها الوصية للكتابي والحل الثاني نفترض أنه وارث ونحل المسألة ثم أيهما أقل نعطيه للكتابي حتى لا تكون حصته بالوصية أكثر من حصته لو كان وارثاً.

المصادر

- ١- أحمد الكبيسي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١، ط ١، بغداد، ١٩٧٠.
- ٢- أحمد الغندور، موجز الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٨.
- ٣- المذهب الشيرازي (٤٧/٢) الأحوال الشخصية / محي الدين عبد الحميد.
- ٤- العامل، الروضة البهية شرح اللمعة الدقيقة، ج ٢.
- ٥- المحلى، ابن حزم الظاهري، مج ٦.
- ٦- جامع الأصول لابن الأثير ٥٩٩/٩.
- ٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٢/٤.
- ٨- حسين علي الأعظمي، النكاح والميراث والوصاية، ج ١، ط ١، مطبعة الجزيرة، بغداد، ١٩٣٨.
- ٩- سبل الإسلام ٩٥٤-٩٥٦/٣.
- ١٠- علاء الدين خروقة، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢.
- ١١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
- ١٢- قانون الأحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠.
- ١٣- محمد زين الدين الأبياني، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - ج ١ - ١٩٢٠.
- ١٤- محكمة التمييز، قرار ١٩١ - هيئة عامة - ١٩٧٤ في ١/٢/١٩٧٥ العدد الأول / س ٦.

- ١٥- محكمة التمييز، رقم القرار ١٩٨٢/٣ في ١٩٨٢/١/٢٤.
- ١٦- محكمة التمييز، رقم القرار ٢٥٣/موسعة أولى/٨٦/١٩٨٧ في ١٩٨٧/٦/٢٩.

كسب الملكية بالضمان

بحث مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

الأستاذ المساعد

الدكتور سعد حسين عبد ملحم

كلية القانون / جامعة الأنبار

المقدمة

إن حق الملكية هو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً. فهذا الحق يكاد يعطي صاحبه سلطة مطلقة^(١) في استعمال الشيء محل الملكية فيما أعد إليه للحصول على منفعته واستغلاله بغية الحصول على ثماره سواء كانت ثمار طبيعية أو مدنية أو صناعية وفي التصرف به سواء كان تصرفاً قانونياً وذلك بترتيب حق عيني، سواء حق عيني أصلي كحق المنفعة أو المساطحة أو الارتفاق، أو حق عيني تباعي (كالرهن تأميناً كان أم حيازياً)، على الشيء محل الملكية. أو كان تصرفاً قانونياً بالتخلي عن حق الملكية إلى الغير سواء بمقابل (البيع) أو بدون مقابل (الهبة). هذا ومن ناحية أخرى فإن التصرف قد يتخذ شكلاً مادياً بتسلط المالك عن ماهية الشيء محل الملكية لإعدامه أو لتحويله إلى صورة أخرى (كتحويل الحنطة إلى دقيق، والخشب إلى أثاث).

(١) نصت المادة (١٠٤٨) مدني عراقي على ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه، عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة، ويغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائرة)).

رغم ما تشير إليه هذه المادة من صفة الإطلاق في سلطات المالك إلا أن القانون المدني العراقي، أخذاً بالطابع الاجتماعي للملكية، أقر الكثير من القيود التي تحد من إطلاق هذه الملكية منها ما يخص قيود الجوار ((التزام المالك في مباشرته لحقه بعدم إلحاق ضرر غير مألوف (فاحش) بالجار، م ١٠٥١. وأيضاً القيود الخاصة بالمسيل والمجرى، والشرب والمرور، م ١٠٥٢، ١٠٥٨، ١٠٥٩) مدني عراقي.

كذلك تأتي أهمية حق الملكية من كونه يعد الأصل الذي تفرعت عنه بقية الحقوق العينية الأصلية، لأن هذه الحقوق ما هي إلا اقتطاع لسلطة المالك في الاستعمال والاستغلال أو الاستعمال فقط ومنحها إلى الغير بحيث تبقى للمالك سلطة التصرف فقط فيسمى عندئذ بمالك الرقبة. وبسبب اتساع نطاق سلطات المالك وكذلك صاحب الحق العيني المتفرع عن الملكية كالمنتفع أو المسطح أو صاحب حق الاستعمال أو السكني... الخ ولكون هذه الحقوق حجة على الناس كافة، كانت الحقوق العينية الأصلية واردة على سبيل الحصر^(١). لكن هل انعكس الحصر في تعداد الحقوق العينية الأصلية على أسباب كسب هذه الحقوق لتكون هذه الأسباب واردة على سبيل الحصر أيضاً؟. فبالنسبة لحق الملكية نجد أن مشروع القانون المدني العراقي قد صنف أسباب كسب حق الملكية في الفصل الثاني من الباب الأول (حق الملكية) من الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية) من القانون المدني العراقي إلى ثلاثة أنواع. النوع الأول: أسباب كسب الملكية ابتداءً بالاستيلاء (م ١٠٩٨ - ١١٠٥) مدني عراقي. النوع الثاني: أسباب كسب الملكية بالوفاة تشمل الميراث والوصية (م ١١٠٦ - ١١١٢) مدني عراقي. والنوع الثالث: أسباب كسب الملكية ما بين الأحياء وتشمل الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة (التقادم المكسب) (م ١١١٣ - ١١٦٨) مدني عراقي ولكن إلى جانب هذه الأسباب فإننا نتلمس سبب آخر لكسب الملكية غير ما ذكر في المواد أعلاه. هذا السبب نتلمسه في المواد الخاصة بالعمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)، والذي هو أحد مصادر الالتزام (الحق الشخصي)، وتحديدًا بخصوص إلزام من اغتصب أو أثلّف مال الغير بالضمان أي التعويض، مما يطرح التساؤل حول إمكانية تملكه هذا المال بالتعويض الذي دفعه. وبعبارة أدق هل تكتسب الملكية بالضمان، وإذا أمكن كسب الملكية بالضمان، فهل

(١) نصت المادة (١/٦٨) مدني عراقي على ((الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الإجارة الطويلة)).

يعد الضمان سبباً مستقلاً لكسب الملكية أم أنه يندرج في أحد الأسباب التي صنفها المشرع العراقي لكسب الملكية.

هذا ما سنجيب عنه في هذا البحث معتمدين أسلوب المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي.

ويقتضي بحث هذا الموضوع الوقوف على ماهية كسب الملكية بالضمان ثم تحديد موقع كسب الملكية بالضمان من تصنيف أسباب كسب الملكية. وعليه قسمت خطة البحث إلى فصلين وعلى النحو الآتي:

الفصل الأول / ماهية كسب الملكية بالضمان

الفصل الثاني / موقع كسب الملكية بالضمان من أسباب كسب الملكية المحددة تشريعاً وفقهاً.

الفصل الأول

ماهية كسب الملكية بالضمان

تقتضي الإحاطة بماهية هذا الموضوع التعريف بفكرة الضمان ابتداءً ثم بيان مدى إمكانية التملك بالضمان.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول / التعريف بفكرة الضمان

المبحث الثاني / مدى إمكانية التملك بالضمان

المبحث الأول

التعريف بفكرة الضمان

لكلمة الضمان مدلول في اللغة وآخر في اصطلاح القانون والفقه الإسلامي. وعليه سنبين في المطلب الأول تعريف الضمان لغةً ثم نبين في المطلب الثاني تعريف الضمان اصطلاحاً.

المطلب الأول

تعريف الضمان لغةً

لفظ الضمان مشتق من الفعل (ضمن). ويقال (ضَمَنَ) الشيء الوعاء ونحوه أي جعله فيه وأودعه إياه. وضَمَنَ فلاناً الشيء: جعله يضمنه وألزمه. ويقال تَضَمَّن الوعاء ونحوه الشيء: احتواه واشتمل عليه. ويقال (تضامنوا) أي التزم كل منهم أن يؤدي عن الآخر ما يقصر عن أدائه. والضمان هو الكفالة والالتزام. وضمان الدرك هو رد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأن يقول تكفلت بما يدرك في هذا المبيع. وضمان الرهن ما يكون مضموناً بالقيمة، وضمان المبيع ما يكون مضموناً بالثمن قل أو كثر. وضمان الغصب ما يكون مضموناً بالقيمة^(١).

تقول العرب: ضمنتُ المال وضمنتُ بالمال ضماناً فأنا ضامن وضمنته التزمته. ويتعدى إلى مفعول ثانٍ بالتضعيف، فيقال: ضَمَنْتَهُ المال، ألزمته به. ويقال أيضاً: ضمن الشيء، أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه. والضامن، الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضمان وضمنه، والضمان الكفالة والالتزام^(٢).

(١) المعجم الوسيط، قام بإخراجه إبراهيم مصطفى وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، الجزء الأول، مطبعة مصر شركة مساهمة، ١٩٦٠، ص ٥٤٧.

(٢) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، مادة ضمن، ص ٣٨٤.

المطلب الثاني

تعريف الضمان اصطلاحاً

لاشك في أن لفظ الضمان من ألفاظ الفقه الإسلامي، لكن المعنى الاصطلاحي لهذا اللفظ ليس واحداً، فقد استخدم الفقهاء المسلمون هذا اللفظ للدلالة على عدة معاني وهي نفس المعاني التي دلّ عليه لفظ الضمان عندما استخدم في القوانين العربية وهذه المعاني هي:

أولاً: الكفالة: الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الوفاء بالدين^(١). فيقال ضمن فلان الوفاء بالدين أي كفل وتعهّد الوفاء به إذا لم يقيم المدين بذلك عند حلول الأجل. وواضح أن هذا المعنى لاصطلاح الضمان يجري مجرى معناه اللغوي، ولهذا قيل إن إعطاء الضمان معنى الكفالة هو أخص إطلاقاته اللغوية^(٢).

ثانياً: الأداء: الضمان بمعنى الأداء هو إعطاء تعويض معين عما لحق المعطى له من ضرر تسبب به المعطي، وبعبارة أدق فأن الضمان يراد به هنا الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف مال أو نفس أو عضو أو عما لحقه من ضياع المنافع وسواء كان التلف أو الضياع كلياً أو جزئياً^(٣).

وورد الضمان بهذا المعنى في المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام العدلية التي عرفت الضمان بأنه ((إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من

(١) عرفت المادة (١٠٠٨) مدني عراقي الكفالة بنصها على ((الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام، وهو تعريف مأخوذ من الفقه الإسلامي، أما القانون المدني المصري فقد نصت المادة (٧٧٢) منه على ((الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)) وتعريف القانون المدني المصري للكفالة مطابق لتعريف المادة (٧٣٨) من القانون المدني السوري والمادة (٧٨١) من القانون المدني الليبي.

(٢) أنظر: د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، منشورات معهد البحوث والدراسات العربي، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٧.

د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٥٧.

(٣) أنظر: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط ١، دار الفكر، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٦.

القيميّات)). وقد استخدم القانون المدني العراقي لفظ الضمان بمعنى التعويض في العديد من مواده، فعندما تناول بالتنظيم أحكام المسؤولية العقدية في المواد (١٦٨ - ١٧٦) منه.

نجد أنه استخدم كمترادف لمصطلح المسؤولية العقدية مصطلح ((ضمان العقد)) وذلك للدلالة على الأثر الرئيس الذي يترتب على المسؤولية العقدية وهو تعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر بسبب امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه أو بسبب التأخر في تنفيذه أو بسبب تنفيذه تنفيذاً معيباً أي مخالف للمواصفات الفنية والشروط التي اتفق عليها في العقد.

وكذلك استخدم المشرع العراقي لفظ الضمان بمعنى التعويض وذلك في المسؤولية التقصيرية، أي إلزام من الحق الضرر بالغير بتعويض هذا الضرر سواء كان متعمداً أم أهمل وقصر في اتخاذ الإجراءات والاحتياطات التي تحول بين فعله وبين الإضرار بالغير^(١).

ثالثاً: شغل الذمة: وهو المعنى الواسع للضمان وقد عرفه بعض الفقهاء بهذا المعنى فقالوا ((الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد بثبوته فيها أن يكون مطلوباً أدائه شرعاً عند تحقيق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أدائه في الحال كالدين الحال أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين إذ هو مطلوب أدائه إذا ما تحقق شرط أدائه))^(٢).

(١) ورد الضمان بهذا المعنى في المواد: ١٨٦، ١٨٧، ١٩٠، ١٩٣، ١٩٧، ١٩٨، ٢٠١ من القانون المدني العراقي.

أنظر في شرح هذه المواد وغيرها، والتي ورد فيها الضمان بمعنى التعويض، أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١، ص ٢٤١ - ٣٦٦.

(٢) د. علي الخفيف، المصدر السابق، ص ٥.

د. إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط ٢، دار غمار، المطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠١، ص ٧.

ومن تحليل هذا التعريف يتبين لنا أن الضمان بهذا المعنى يستوعب فكرة الالتزامات المترتبة على التصرفات القانونية سواء كانت ملزمة لجانبين أو لجانب واحد. وبغض النظر عن موضوع الالتزام: دفع مبلغ من النقود، القيام بعمل، الامتناع عن عمل، نقل ملكية، تسلم شيء معين. وكذلك يتسع هذا التعريف للمعنى الثاني للضمان.

وإذا كان الفقه الإسلامية والقانون المدني العراقي قد استخدم لفظ الضمان بهذه المعاني الثلاثة: الكفالة، الأداء، شغل الذمة، فإنه يتبادر إلى الذهن التساؤل الآتي: ما هو المعنى الذي نقصده عندما نبحث الضمان باعتباره سبباً لكسب الملكية؟ نريد في هذا البحث المعنى الثاني أي الالتزام بأداء التعويض والذي نشأ كدين في ذمة الملتزم منذ قيام السبب الذي من أجله وجب عليه التعويض لمن هو دائن به أي منذ الإخلال بالالتزام العقدي أو منذ إتيان العمل غير المشروع (الخطأ التقصيري) الذي ألحق الضرر بالغير.

والمشكلة مدار البحث هي: إذا أُلِف شخص شيئاً مملوكاً للغير عن تعمد أو إهمال أو اغتصب مال الغير ثم ألزم بتعويض مالك هذا الشيء، فهل يمتلك هذا الشيء بالضمان أي بمقابل ما دفعه من تعويض؟ هذا ما سنجيب عنه في المبحث الآتي:

وهو التعويض أي المسؤولية العقدية وكذلك المسؤولية التقصيرية المترتبة على الإخلال بالواجب العام المتمثل بعدم إلحاق الضرر بالغير.

المبحث الثاني

مدى إمكانية التملك بالضمان

إن أول ما يتبادر إلى ذهن السؤال الآتي: كيف يمكن أن يكون الضمان سبباً لكسب الملكية؟

لتوضيح كيف يكون الضمان سبباً لكسب الملكية نضرب الأمثلة الآتية: لو أن (أ) غصب صوفاً من (ب) وقام بغزله ونسجه فصنع منه ثوباً. فبال تأكيد أن، (أ) قام بعمل غير مشروع ألحق ضرراً بمالك الصوف (ب) لذا يلزمه التعويض. والتعويض أما أن يكون عينياً بأن يدفع الغاصب (أ) إلى المالك (ب) صوفاً من نفس مقدار ونوع ودرجة جودة الصوف الذي اغتصبه، وأما أن يكون نقدياً بأن يدفع الغاصب (أ) إلى المالك (ب) مبلغاً من النقود يساوي قيمة الصوف مقدرة حسب الوقت الذي يحدده القانون أو القضاء لتقدير التعويض (يوم الغصب أو يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم - يوم القضاء). وعندما يقبض المالك التعويض المستحق له عيناً أم نقداً ألا يكون الغاصب قد تملك المغصوب بصورته الجديدة (الثوب).

اشترى (أ) من (ب) منقولاً معيناً بالذات ثم باعه (ج) الذي استلمه ثم تبين أن عقد البيع بين (أ) و (ب) باطل لسبب ما مما استوجب إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فرد (ب) الثمن إلى (أ) لكن الأخير استحال عليه رد المبيع إلى (ب) لأن (ج) تملكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية حيث كان (ج) حسن النية يعتقد أن (أ) هو مالك للمبيع أي لا يعلم ببطلان عقد البيع الذي اشترى به (أ) المبيع. وبما أنه استحال على (أ) رد المبيع إلى (ب) وجب عليه أن يعرضه قيمة هذا الشيء (المبيع) مقدرة حسب الاتفاق أو حكم القضاء. وعندما يدفع (أ) التعويض (الضمان) إلا يملك الشيء المبيع بأثر رجعي أي من يوم إبرام العقد الذي كان قد اشترى به سابقاً، وهذا التملك هو الذي يضيف الصحة على التصرف الذي نقل به (أ) الملكية إلى (ج).

قطع شخص أشجاراً من بستان الغير بدون وجه حق. فهل يملك الأشجار إذا ما دفع قيمتها إلى صاحب البستان؟

للإجابة عن التساؤلات أعلاه سوف نبحث ابتداءً موقف الفقه الإسلامي من كسب الملكية بالضمان ثم موقف القانون العراقي من هذه المسألة وذلك في مطلبين.

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من كسب الملكية بالضمان^(١)

يوجد اتجاهان في الفقه الإسلامي من هذه المسألة وردا بخصوص مسألة تملك العين المغصوبة بالضمان. إذ يتفق الفقه الإسلامي على أن العين المغصوبة إذا كانت قائمة في يد الغاصب وجب عليه ردها إلى المغصوب منه، أما إذا هلكت فينتقل الحكم من رد العين إلى الضمان (التعويض) الذي يكون بأداء المثل إذا كانت العين المغصوبة من المثليات أو برد مبلغاً يعادل قيمة العين المغصوبة إذا كانت من القيميات علماً أن هناك خلافاً بين الفقهاء المسلمين في وقت تقدير قيمة العين المغصوبة هل هو يوم الغصب أم يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم وليس هنا محل تفصيل هذه المسألة. لكن الخلاف في الفقه الإسلامي كان فيما إذا تغيرت العين المغصوبة في يد الغاصب تغييراً تبدل معه اسمها وأفقدها ذاتيتها التي كانت لها من قبل وكذلك إذا تغيرت بعض أوصاف العين المغصوبة مما له تأثير في قيمتها، وسواء حدث كل ذلك بفعل الغاصب أو بفعل الغير، أو حتى بفعل الطبيعة، فهل يسترد المغصوب منه العين الغاصبة من الغاصب بالصورة الجديدة التي تغيرت إلهيا أم أن الغاصب يحتفظ بالعين المغصوبة بحالتها الجديدة مقابل دفع قيمتها أي مقابل الضمان. وبعبارة أدق هل يزول ملك المغصوب منه عن العين المغصوبة وينتقل إلى الغاصب مقابل ما دفعه من تعويض (ضمان) فيكون الغاصب قد تملكها بالضمان.

قلنا أنه يوجد بخصوص هذا التساؤل اتجاهات في الفقه الإسلامي. نفصلهما

فيما يأتي:

(١) نصت المادة (٢/١٣٨) مدني عراقي على ((فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)) يقابل المادة (١/١٤٢) مدني مصري. والتي نصت على ((في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)).

الاتجاه الأول: يمثل هذا الاتجاه الفقه الحنفي الذي يذهب إلى أن الغاصب إذ غير الشيء المغصوب تغييراً كلياً بحيث فقد ذاتيته حتى تبدل اسمه فإن الغاصب يمتلك هذا الشيء الجديد مقابل ما يدفعه إلى المغصوب منه من تعويض (ضمان). فمثلاً إذا قام الغاصب بذبح الشاة أو طحن الحنطة دقيقاً أو بتحويل العنب عصيراً أو القطن غزلاً أو بجعل النحاس آنية، فإن ملكية المغصوب منه تزول بتغيير العين المغصوبة التي كان يملكها ويتملكها الغاصب مقابل ما يدفعه من ضمان (تعويض) إلى المغصوب منه سواء كان الضمان بمثل المغصوب أو قيمته حسب ما إذا كان المغصوب شيئاً مثلياً أو قيمياً.

ويذهب الإمام أبو يوسف إلى إعطاء المغصوب منه أشبه ما يكون بالرهن على العين المغصوبة (بحالتها الجديدة) لأجل بيعها واستيفاء حقه في التعويض النقدي من ثمنها متقدماً في ذلك على سائر غرماء الغاصب. في حين يرى الإمام أبو حنيفة أن المغصوب منه وإن كان له أن يطلب بيع العين المغصوبة بحالتها الجديدة لاستيفاء حقه إلا أنه لا يملك حق التقدم ويكون كسائر غرماء الغاصب يزاحمهم ويزاحمونه^(١).

ونذكر فيما يأتي ما جاء في بدائع الصنائع تعبيراً عن هذا الاتجاه.

جاء في بدائع الصنائع (أما شرط وجوب الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتى لو هلك في يده أو استهلك صورة ومعنى أو معنى لا صورة ينتقل الحكم من الرد إلى الضمان لأن الهالك لا يحتمل الرد. وعلى هذا يخرج ما إذا كان المغصوب حنطة فزرعها الغاصب أو نواة فغرسها حتى نبتت، أو باقله فغرسها حتى صارت شجرة، أو بيضة فحضنها حتى صارت دجاجة، أو قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو ثوباً فقطعه أو خاطه قميصاً، أو لحماً فشواه أو طبخه، أو سمس فعصره، أو عنباً فعصره، أو حديداً فضربه سيفاً، أو صفراً أو نحاساً فعمله آنية، أو تراباً له قيمة فلبنه أو اتخذ خزفاً، أو لبناً فطبخه أجراً، أو نحو ذلك. ليس للمالك أن يسترد شيئاً من ذلك عندنا ... ولنا: أن فعل الغاصب في هذه المواضع استهلاكاً للمغصوب أما

(١) نقلاً عن د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ٢، الخطأ، ص ٢٨٣.

صورة ومعنى أو معنى لا صورة، فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد كما إذا استهلكه حقيقة ودلالة التحقق والاستهلاك أن المغصوب قد تبدل وصار شيئاً آخر بتخليق الله تعالى وإيجاده بأنه لم تبقى صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه، وقيام الأعيان بقيام صورها ومعانيها المطلوبة منها، وفي بعضها إن بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادةً فكان فعله استهلاكاً للمغصوب صورة ومعنى أو صورة فيبطل الاسترداد إذا الهالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي (...))^(١).

كما أن الفقه الحنفي يقر تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان حتى وإن لم يغيرها الغاصب تغييراً بفقدائها ذاتيتها، بل فقط غيبها عن مالها حتى طالبه بالضمان^(٢).

ونكاد نجزم بأن الإمامية يقولون بتملك الغاصب للمغصوب بالضمان إذا ما غيره تغييراً أفقده ذاتيته وبدل اسمه إلى شيء جديد، وإن لم يقرؤا بذلك صراحة حيث أنهم يعدون تغير الذات بمثابة الإلتلاف الكلي للعين المغصوبة والذي يلزم الغاصب برد قيمتها. فقد جاء في الخلاف للطوسي ((إذا غصب حباً فزرعه أو بيضة فاحتضنتها الدجاجة، فالزرع والفرخ للغاصب ... ولدينا أن عين الغصب قد تلفت وإذا تلفت فلا يلزم غير القيمة ومن يقول أن الفرخ هو عين البيضة وأن الزرع هو عين الحب مكابر بل معلوم خلافه))^(٣).

ونقول إذا كان الغاصب يلزم برد قيمة العين التي غيرها إلى عين جديدة، حسب ما ورد في الخلاف الطوسي، ألا يعني ذلك أن الغاصب تملك العين المغصوبة بحالتها الجديدة بالضمان أي مقابل ما دفعه إلى المغصوب منه قيمة لها.

(١) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦ م، ص ١٤٨-١٤٩.

(٢) نقلاً عن د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ص ٣٠٦.

(٣) أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج ٢، دار العالم الإسلامي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٧٨.

وإلى مثل رأي الإمامية ذهب المالكية. حيث جاء في شرح الخرشي ((إن من غصب من شخص نقرة سبكها أو صاغها حلياً أو دراهم فإنه يقضي لصاحبها بمثلها صنعة ووزناً ولا يقضي له بعينها حينئذ لدخول الصنعة فيها، لأن القاعدة أن المثل إذا دخلته صنعة فإنه يقضي فيه بالقيمة ويلحق بالمقومات. ومثل الصياغة النحاس يضرب فلوساً فإنه يلزمه (أي الغاصب) مثل النحاس ... وكذلك من غصب طيناً معلوم القدر والصفة فضربه لبناً فإنه يغرم لصاحبه مثله إن علم وإلا فقيمته، لأن المثل الجزاف يضمن بالقيمة ... وكذلك من غصب قمحاً فطحنه فإنه يغرم لصاحبه مثله، والظاهر أن الدقيق يفوت بالعجن والطحين بالخبز))^(١).

وإن رأي الفقه الحنفي استنتجه أيضاً الدكتور إبراهيم فاضل الدبوع، فهو يذهب إلى أنه إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب، مما تسبب في زوال اسمها وأعظم منافعها، ففي هذه الحالة الحكم عند الحنفية أن يتملك الغاصب العين ويلزم بضمانها لصاحبها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها، فإن كانت من المثليات أدى مثلها، وإن كانت من القيميات أدى قيمتها^(٢).

أما إذا غير الغاصب العين المغصوبة تغييراً بسيطاً بأن غير بعض صفاتها دون أن يفقدها ذاتيته، فإن العين المغصوبة، تظل على ملك المغصوب منه وبالتالي يكون له حق استردادها من الغاصب متى شاء لأن العين باقية من كل الوجوه حيث أن الصفة المنقوصة لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها. كما لو كان المغصوب ذهباً أو فضة فضربه الغاصب دراهم، في حين قال أبو يوسف ومحمد أن الغاصب يملك العين وعليه مثلها لأنه أحدث فيها صفة معتبرة^(٣).

(١) عبد الله محمد الخزني، شرح الخرشي على مختصر خليل، بيروت، دار الصادر، بلا سنة طبع، ص ١٣٤.

(٢) د. إبراهيم فاضل الدبوع، ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط ٢، دار غمار، المطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٧٢، وانظر مصادر الفقه الحنفي التي أشار إليها في هذه الصفحة.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٥٣.

إن كل ما عرضناه من رأي الفقه الحنفي كان بصدد تغيير العين المغصوبة وتبديلها إلى حالة جديدة باسم جديد بفعل الغاصب. أما إذا تغيرت صفة المغصوب أو فقد ذاتيته بفعل الطبيعة، فإن الفقه الحنفي يعطي الخيار للمغصوب منه بين استرداد الغين من الغاصب بالحالة التي هي عليها وبين أن يترك العين في يد الغاصب ويرجع عليه بالتعويض وفي هذه الحالة يكون الغاصب قد تملك العين المغصوبة بالضمان أي بمقابل ما دفعه من تعويض. وقد جاء في در الحكام، بهذا الصدد، ما يأتي: ((... حدوث حال لا يتوجب حق المالك من المال المغصوب. مثلاً إذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت بنفسها كأن يبست فصاحبها مخير إن شاء استرد المغصوب عيناً وعلى هذا التقدير لا يعطي للغاصب شيئاً ولا يأخذ منه شيئاً، وإن شاء ترك المال المغصوب للغاصب وضمنه بدله))^(١).

وفي جميع الأحوال التي قال فيها الحنفية بأن الغاصب يملك الشيء المغصوب بالضمان، فإن الوقت الذي تثبت فيه هذه الملكية للغاصب هو وقت الغصب أي وقت حدوث السبب المفضي للضمان.

وقد برر الفقه الحنفي تملك الغاصب للمغصوب في هذه الأحوال بالحجج الآتية^(٢):

- ١- إن الضمان هو بدل المغصوب يقضي به جبراً له، والجبران يستدعي فوات المغصوب من يد المالك لأن الجبر يكون للغائب لا للقائم، فكان القضاء بالضمان (المثل أو القيمة) يقتضي انعدام ملك المالك في عين ماله ليكون الضمان جبراً لما هو فائت.

(١) در الحكام، ج ٢، ص ٤٨٢، نقلاً عن د. حسن علي الذنون، المبسوط، المصدر السابق، ص ٢٨٢، وانظر أيضاً د. إبراهيم فاضل الدبو، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

(٢) أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ص ١٥٣.

أبو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيتاني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠، ص ١١ وما بعدها.

شمس الدين أبو بكر محمد بن حمد السرخسي، المبسوط، ج ١١، مطبعة السعادة، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٦٧ وما بعدها.

٢- إن الغاصب يزول ملكه عن مثل المغصوب أو قيمته بمجرد الغصب، فلو لم نقل بزوال ملك المغصوب منه عن المغصوب رغم أن المغصوب منه قد تلقى الضمان لكان الاعتداء قد رد بأكثر من مثله رغم أن القاعدة تقضي أن الاعتداء يرد بمثله حيث قال تعالى ((فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم))^(١).

٣- إذا قيل بعدم زوال ملكية المغصوب منه عن المال المضمون وفي الوقت ذاته قيل أن المغصوب منه يملك الضمان لأنه بدل المال المغصوب، للزم من هذا القول اجتماع البديل والمبدل في ملك شخص واحد وهو المالك (المغصوب منه) وهذا غير جائز، ولأجل منع اجتماع البديل والمبدل في ملك شخص واحد يلزم القول بانتقال ملكية المضمون (العين المغصوبة) إلى الغاصب.

٤- إن حماية الغير وتحقيق استقرار التعامل يقتضي القول بتملك الغاصب للمغصوب بالضمان من تاريخ الغصب لا من تاريخ الضمان، وذلك لأن الشخص الذي يتصرف له الغاصب بالمال المغصوب قد يجهل أن هذا المال مملوك لغير الغاصب، وحماية لهذا الغير يجب اعتبار الغاصب مالكا للمال المغصوب الذي تصرف فيه من وقت الغصب وبالتالي يصبح الغاصب مالكا لما تصرف به وقت التصرف ومن ثم يتعذر على المغصوب منه استرداده من المتصرف إليه.

ويشبه البعض موقف الحنفية من التملك بالغصب بموقفهم في مجال العقد الفاسد، إذ اعتبروه عقداً ناقلاً لملكية المعقود عليه إلى المشتري إذا تم القبض، وذلك من أجل تصحيح تصرف المشتري به إلى الغير^(٢).

ويرى البعض أن الهدف الذي قصد الفقه الحنفي تحقيقه من خلال فكرة الأثر الرجعي الافتراضية (أي تملك المغصوب بالضمان من تاريخ الغصب) يمكن تحقيقه

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٤.

(٢) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطبعة الأرز، عمان، ٢٠٠٠، ص ١١٩-١٢٠.

من خلال قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) وعليه ليس هناك ما يستدعي اللجوء إلى هذه الفكرة واعتبار الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية^(١).

ونرى أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا يمكن أن تغني عن قاعدة التملك بالضمان. ذلك أن من شروط هذه القاعدة إضافة إلى الحيازة: حسن النية والسبب الصحيح^(٢). والغصب يتنافى مع حسن النية والسبب الصحيح.

الاتجاه الثاني: يمثل هذا الاتجاه جمهور الفقه الإسلامي فحسب رأي جمهور الفقهاء لا يملك الغاصب الشيء المغصوب حتى إذا غيرّه تغييراً جوهرياً أفقده ذاتيته وأزال عنه اسمه. وهذا ما قال به الشافعية والحنابلة والظاهرية. وقد جاء في المغني لابن قدامة، وبهذا الصدد، ما يأتي ((وإذا غصب حنطة فطحنها، أو شاة فذبحها وشواها، أو حديداً فعمله سكاكين أو أواني، أو خشبة فنجرها باباً، أو تابوتاً، أو ثوباً فقطعه وخطاه، لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه إن نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب، وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلى أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء .. ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمة لزم ردها إليه ... ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه ...))^(٣). إذن حسب رأي الحنابلة، الذي عبر عنه ابن قدامة فيما ذكره أعلاه، حتى إذا أحدث الغاصب تغييراً جوهرياً في العين المغصوبة بحيث اكتسبت اسماً جديداً كأن تكون حديداً فأذابه وصنع منه أدوات، أو خشباً فقطعه وصنع منه أبواباً وشبابيك إلى غير ذلك، فإن ملكية العين تبقى للمغصوب منه الذي يأخذ أرش نقصها وحتى إذا أضاف الغاصب شيئاً على

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، أسباب كسب الملكية، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤، ص ٣١.

(٢) نصت (م ١/١٦٣) مدني عراقي على ((من جار وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد)).

(٣) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج ٥، دار الغد العربي، بلا سنة طبع، ص ٢٤٤.

العين المغصوبة في سبيل تغييرها فإنه لا يستحق أي تعويض مقابل ذلك سواء زادت قيمة العين المغصوبة بهذا التغيير أو لم تزد، وعلل ابن قدامة ذلك بأن ((الغاصب عمل في ملك غيره بغير إذن منه، لذا لا يستحق عوضاً عن فعله هذا))^(١).

وجاء في المحلى لابن حزم الظاهري ((ومن غصب زريعة فزرعها، أو نوى فغرسه، أو مروخاً فغرسها، فكل ما تولد من الزرع فلصاحب الزريعة يضمه له الزراع وكل ما نبت من النوى والملوخ لصاحبها، وكل ما أثمرت تلك الشجر فلابد له، لا حق للغاصب في شيء من ذلك لما ذكرنا من قول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ((ليس لعرق ظالم حق)) وإن كل ما تولد من مال المرء فله، وإنما يحل الناس من ذلك ما لا خطر له به مما يتبرأ منه صاحبه فيطرحه مبيعاً له من أخذه من النوى أو نحو ذلك فقط لا ما لا يبيحه))^(٢).

ويستخلص الأستاذ إبراهيم الدبو^(٣) من أقوال الحنابلة والشافعية الحجب التي يستندون إليها في بقاء العين المغصوبة على ملك المغصوب منه رغم ما قام به الغاصب من عمل عليها بدل اسمها أو غير صفة جوهرية فيها، وهذه الحجب هي:

- ١- إن العين المغصوبة رغم هذا التغيير مازالت قائمة في يد الغاصب فلزمه ردها إلى صاحبها، وصار كما لو ذبح الغاصب الشاة ولو يشوها.
- ٢- إن الغاصب لو فعل مثل هذا التغيير في ملكه لم يزل منه، فكذا الحال لو فعله بملك غيره كما لو ذبح الشاة وضرب النقرة دراهم ونحو ذلك.
- ٣- لو حصل التغيير في الشيء بغير فعل آدمي لما زال ملك صاحبه عنه، فكذا الأمر لو حصل تغيير المغصوب وتبدله إلى اسم آخر بفعل آدمي، فإن ملك المالك لم يزل عنه.

(١) المغني، ج٥، ص١٩٧، وفي نفس المعنى علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٥، ط١، دار إحياء التراث العربي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٦، ص١٩٦.

(٢) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج٨، دار التراث، القاهرة، بلا سنة طبع، ص١٤٤.

(٣) د. إبراهيم فاضل الدبو، المصدر السابق، ص٢٧٥.

المطلب الثاني

موقف القانون العراقي من كسب الملكية بالضمان

أخذ المشرع العراقي بالاتجاه الأول في الفقه الإسلامي، أي رأي الفقه الحنفي والراجح في الفقه الإمامي والفقه المالكي، من أن الغاصب إذا غير الشيء المغصوب تغييراً أفقده ذاتيته وبدل اسمه إلى اسم جديد فإنه يملكه مقابل ما يدفعه من تعويض (ضمان). أي أن ملكية المغصوب منه تزول بفعل الغاصب ويعوض عن الملكية التي زالت عنه، ويكون التعويض إما بقيمة العين المغصوبة أو مثلها على حسب الأحوال.

ويعلق الدكتور حسن علي الذنون على الحكم المتقدم بالقول ((إننا بصدد حق عيني تحول إلى حق شخصي بقوة القانون وحكمه لا باتفاق الأطراف ورضاهم))^(١). وقد أخذ المشرع العراقي بحكم تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان في المادة (١٩٤) الفقرة (٢) من القانون المدني العراقي، حيث نصت على ((إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له، فمن خصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له)).

ويفهم من هذا النص بوضوح أن الغاصب إذا غير العين المغصوبة تغييراً كلياً أفقدها ذاتيتها وبدل اسمها إلى اسم جديد فإنه يملك العين الجديدة في مقابل دفع تعويض (ضمان) إلى مالكيها السابق. كما لو قام الغاصب بطحن الحنطة التي اغتصبها أو بذرهما في الأرض أو بنى بالطابوق حائطاً أو جعل القطن غزلاً أو جعل الخشب أثاثاً، ففي هذه الأحوال وغيرها مما ذكر في كتب الفقه الإسلامي تزول ملكية المالك عن العين المغصوبة بتغييرها كلياً ويملكها الغاصب بحالتها الجديدة مقابل ما يضمنه من مثلها أو قيمتها على حسب ما إذا ما كانت من الأشياء المثلية

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ٢: الخطأ، ص ٢٨٦.

أو القيمية. والخلاصة أن المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (١٩٤) مدني عراقي جعل الضمان سبباً لتملك الغاصب للعين المغصوبة بالحالة التي غيرها إليها بفعله.

وأيضاً يكون الضمان سبباً للتملك حتى وإن لم يصل التغيير الذي أحدثه الغاصب إلى حد تبدل اسم المغصوب بل اقتصر على تغيير بعض أوصافه بزيادة شيء عليه من مال الغاصب. إذ خير القانون المغصوب منه بين أن يعطي الغاصب قيمة ما أضافه واسترداد المغصوب مع التعويض عن الأضرار الأخرى كفوات الانتفاع بالمغصوب، وبين ترك الشيء المغصوب بدفع مثله إذا كان مثلياً أو بقيمته إذا كان قيمياً^(١). ويتفق المشرع العراقي، في الحكم الذي قضى به في هذه الحالة، مع اتجاه الفقه الحنفي على النحو الذي بيناه سابقاً.

ولا يقتصر كسب الملكية بالضمان في القانون المدني العراقي على حالة الغصب بل يشمل أيضاً حالة إتلاف مال الغير. إذ نصت المادة (١٨٨) مدني عراقي على ((إذا قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها مخير إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الأضرار الأخرى وترك الأشجار المقطوعة للقاطع وإن شاء حط من قيمتها قائمة بقيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة مع التعويض عن الأضرار الأخرى)). إن هذا النص الذي اقتبسه المشرع العراقي من فقهاء الشريعة الإسلامية يعرض بصورة من صور الإتلاف التي كانت تقع في أيامهم، ولا زالت تقع حتى يومنا هذا، وهي إتلاف أشجار

(١) هذا الحكم قضت به الفقرة (٣) من المادة (١٩٤) مدني عراقي بنصها على ((إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان) وإن هذا النص مقتبس حرفياً من المادة (٨٩٨) من مجلة الأحكام العدلية، لكن نص المجلة لم يكتف بإيراد الحكم إنما أضاف إليه مثلاً موجود في معظم كتب الفقه الإسلامي، حيث جاء في المادة (٨٩٨) بعد النص السالف (نص م ١٩٤ مدني عراقي) ما يأتي ((مثلاً لو كان المغصوب ثوباً وكان قد صبغه الغاصب، فالمغصوب منه مخير، إن شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب وإن شاء أعطى قيمة الصبغ واسترد الثوب عيناً)).

الغير. وواضح أن الضمان يكون هنا سبباً لتملك الأشجار المقطوعة من قبل القاطع وذلك إذا ما اختار صاحب الأشجار تركها لمن قطعها ورجع عليه بالتعويض المتمثل بقيمة الأشجار قائمة إضافة إلى التعويض عن الأضرار الأخرى التي أحدثها قطع الأشجار أو قلعها كسقوط جدران البستان أو تشققه نتيجة سقوط الأشجار عليه، أو سقوط الأشجار المقطوعة على مزروعات وحيوانات موجودة في البستان. أو إصابة شخص من جراء سقوط الأشجار المقطوعة عليه. ويرى الدكتور حسن علي الذنون، ونؤيده في ذلك، أنه يمكن أن نقيس على الأشجار الإلتلاف الذي يقع على غير الأشجار^(١). فلو أتلّف شخص بناءً لغيره وطالبه صاحب البناء بالتعويض عن قيمة البناء قائماً، فإن المتلف يملك أنقاض البناء بالضمان وينتقد بعض الفقه^(٢) اتجاه المشرع العراقي في جعل الضمان سبباً للتملك في الحالات التي بينها سابقاً. ويتركز الانتقاد فيما يأتي: إن تقرير قاعدة التملك بالضمان يؤدي إلى إحداث اضطراب في المعاملات إذ أن الشخص يملك مال الغير بإرادته المنفردة. فكل من يرغب في امتلاك مال الغير الذي يرفض الأخير بيعه، وهو من حقه استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، ما عليه إلا أن يغتصب هذا المال ويحدث تغييراً في ذاتيته أو في بعض أوصافه حتى يملكه بالضمان. فهذه القاعدة تقصر على الظالمين طريق الظلم خاصة وإن غاية الغاصب محددة في أن يملك الشيء بأي ثمن وبالتالي لا يهمله مقدار الضمان (التعويض) الذي يحكم به القاضي وإن كان أكبر من قيمة الشيء.

رأينا في الانتقاد: إن الانتقاد المتقدم يكون صحيحاً لو لم تقيد قاعدة التملك بالضمان بشروط تقف حائلاً دون استعمالها من قبل المستغلين كذريعة التملك تحقيقاً لمآربهم. فقد وجدنا من خلال الإطلاع على هذه القاعدة في الفقه الإسلامي إن من أقر هذه

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط، ج ٢، ص ٢٥٢.

(٢) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات معهد البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٤٨ وما بعدها.

د. محمد سلمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ٣٧ وما بعدها.

القاعدة من المذاهب الإسلامية قد قيدها بشروط شديدة تقف حائلاً دون استغلالها من قبل ضعاف النفوس. ومن أهم هذه الشروط بالنسبة لحالة تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان هو أن يحدث الغاصب فيها تغييراً جوهرياً بحيث يتبدل اسمها وتفقد ذاتيتها وتتحول إلى شيء جديد. إذا الغاصب لا يملك بالضمان الشيء الذي اغتصبه بل شيئاً جديداً، ومن شأن ذلك أن يقلل إلى حد كبير اتخاذ الضمان ذريعة لتمكنك الشيء الذي رفض مالكة بيعه إلى من اغتصبه بعد ذلك. فمن اغتصب الحديد هو لا يملك بالضمان الحديد بل يملك الأبواب والشبابيك التي تحول إليها. أما إذا اقتصر التغيير على تبدل بعض صفات الشيء المغصوب بإضافة شيء عليه من مال الغاصب دون تبدل ذاتية المغصوب، فهنا الخيار لا يكون للغاصب في تملك المغصوب بالضمان بل أن للمغصوب منه الخيار بين ترك الشيء المغصوب للغاصب ليمتلكه بقيمته أو بمثله وبين استرداده من الغاصب بشرط أن يدفع له قيمة الزيادة التي أضافها على الشيء المغصوب. وأيضاً من الشروط الأخرى أن يدفع له قيمة الزيادة التي أضافها على الشيء المغصوب. وأيضاً من الشروط الأخرى التي وضعها الفقه الإسلامي وأخذ بها القانون المدني العراقي، والتي تقلل من اتخاذ الضمان ذريعة (وسيلة) للتمكن جبراً على المالك الأصلي، هو أن الغاصب لا يلزم فقط بدفع قيمة العين المغصوبة أو مثلها بل يلزم علاوة على ذلك بتعويض المغصوب منه عن الأضرار الأخرى التي سببها له الغصب كتفويت فرصة استثمار العين المغصوبة في صفقة رابحة.

وإضافة إلى ما تقدم فإن قاعدة سد الذرائع تلعب دوراً كبيراً في تضيق نطاق قاعدة التملك بالضمان حتى في الأحوال التي أقر فيها الفقه الإسلامي هذه القاعدة. إذ تعني قاعدة سد الذرائع إعطاء الوسيلة حكم غايتها من حيث المشروعية أو عدم المشروعية، فإذا كانت الغاية غير مشروعة فقدت قاعدة التملك بالضمان باعتبارها الوسيلة مشروعيتها أيضاً وبالتالي لا يترتب عليها الأثر المتمثل بتمكن مال الغير.

الفصل الثاني

موقع كسب الملكية بالضمان من أسباب كسب الملكية المحددة تشريعاً وفقهاً
صنّف المشرع العراقي أسباب كسب الملكية ونظم الأحكام الخاصة بكل سبب
منها. وإلى جانب التصنيف الذي تبناه المشرع العراقي ومعظم التشريعات العربية،
هناك تصنيف آخر لأسباب كسب الملكية تبناه الدكتور السنهوري.
وسوف نستعرض كلا التصنيفين لنبين بعد ذلك موقع الضمان باعتباره سبباً
لكسب الملكية من كلا التصنيفين. وهذا ما سنبحثه في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول

تصنيف أسباب كسب الملكية

سبب كسب الملكية هو المصدر الذي بمقتضاه كسب حق الملكية على شيء
معين بالذات. وتقابل أسباب كسب الملكية مصادر الالتزام.
وكما نوهنا هنالك تصنيف تشريعي وآخر فقهي لأسباب كسب الملكية وسنبين
في المطلب الأول التصنيف التشريعي. ثم نستعرض في المطلب الثاني التصنيف
الفقهي.

المطلب الأول

التصنيف التشريعي لأسباب كسب الملكية

صنّف القانون المدني العراقي متأثراً بالقانون المدني المصري أسباب كسب الملكية
إلى ثلاثة أقسام: القسم الأول خاص بكسب الملكية ابتداءً (م ١٠٩٨ - ١١٠٥ مدني
عراقي). والقسم الثاني يخص كسب الملكية بسبب الوفاة (م ١١٠٦ - ١١١٢ مدني
عراقي). ويخص القسم الثالث كسب الملكية ما بين الأحياء (م ١١١٣ - ١١٦٨
مدني عراقي).

ولسنا بصدد شرح ما احتوت عليه هذه الأقسام من أسباب وبيان أحكامها بالتفصيل لأن ذلك يخرجنا عن موضوع البحث^(١). إنما سنقتصر فقط على بيان مفهوم كل سبب من هذه الأسباب ليتضح لنا فيما بعد فيما إذا كان الضمان باعتباره سبباً لكسب الملكية يدخل في مفهوم أحد هذه الأسباب. وعلى النحو الآتي:

أولاً: كسب الملكية ابتداءً (الاستيلاء).

لكسب الملكية ابتداءً سبب واحد هو الاستيلاء أو الإحراز كما يسميه الفقه الإسلامي. والاستيلاء هو وضع الشخص يده على منقول مباح (لا مالك له) بنية تملكه. علماً أن القانون المدني العراقي اشترط توفر قصد (نية) التملك في الاستيلاء الحقيقي وكذلك في الاستيلاء الحكمي. وهذا بخلاف موقف الفقه الإسلامي الذي اشترط نية التملك في الاستيلاء الحكمي فقط. والاستيلاء الحقيقي يكون بوضع اليد حقيقة على المنقول المباح، أما الاستيلاء الحكمي فيكون بتهيئة وسائل الإحراز (الاستيلاء) كنصب الشباك للصيد أو كوضع الإناء لجمع ماء المطر. والاستيلاء هو سبب منشئ أي يوجد حق ملكية لم يكن موجوداً من قبل.

ثانياً: كسب الملكية بسبب الوفاة.

ويشمل هذا القسم الميراث والوصية.

أ- الميراث: هو أيلولة الحق أثر وفاة صاحبه إلى الوارث بقوة القانون دون اعتداد بإرادة المورث^(٢). وعرفه الأستاذ مصطفى الزلمي بأنه خلاف إجبارية للوارث في مال مورثه أو في حق قابل للخلافة^(١).

(١) أنظر في تفصيل هذه الأسباب بالنسبة للقانون المدني العراقي، الأستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص ١٥٧-٢٦٥.

وانظر في تفصيل هذه الأسباب بالنسبة للقانون المدني المصري، د. السنهوري، الوسيط، ج ٩، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٢-١١٩٥.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤، ص ٥.

ب- الوصية: عرفت المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ الوصية بأنها ((تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض))^(٢).

ثالثاً: كسب الملكية ما بين الأحياء.

تكتسب الملكية ما بين الأحياء بأربعة أسباب حسب تصنيف القانون المدني العراقي هي: الالتصاق، العقد، الشفعة، الحيازة. وهذه الأسباب غير منشئة لملكية جديدة بل هي ناقلة للملكية من مالك سابق إلى مالك جديد.

أ- الالتصاق: الالتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر. ومملوكين لمالكين مختلفين، دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج^(٣). ويكون الالتصاق طبيعياً عندما يكون الاندماج بين الشيئين بفعل الطبيعة ويكون صناعياً عندما يكون اندماج الشيئين بفعل الإنسان.

ب- العقد: هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه^(٤). وقد عرفه القانون المدني العراقي في المادة (٧٣) منه ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)).

ج- الشفعة: عرفت المادة (١١٢٨) مدني عراقي الشفعة بنصها على ((الشفعة، هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)).

(١) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط٢، شركة الحسنا للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٠، ص٦.

(٢) أنظر في تعريف الوصية لغة وفي اصطلاح الفقه الإسلامي، د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص١٤٣-١٤٤.

(٣) د. السنهوري، الوسيط، ج٩، ص٢٤٣.

(٤) د. عدنان إبراهيم السرحان، و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، ٢٠٠٠، ص٢٦.

د- **الحيازة:** عرفت المادة (١١٤٥) مدني عراقي الحيازة بنصها على ((الحيازة، وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)).

ويجب التنبيه أن الحيازة تكفي لوحدها لكسب الملكية في المنقول بشرط حسن النية والسبب الصحيح وهو ما يعرف بقاعدة ((الحيازة في المنقول سند الملكية)) أما في الأحوال الأخرى كحيازة العقار وحيازة المنقول دون توافر السبب الصحيح أو حسن النية أو كليهما، فإن الحيازة لا تكفي وحدها لكسب الملكية بل لابد أن تقترن بمرور الزمن، وبالتالي يصبح سبب كسب الملكية واقعة مركبة من واقعة إنسانية هي الحيازة (وضع اليد) وواقعة طبيعية (مرور الزمن) وهو ما يطلق عليه بالتقادم المكسب.

المطلب الثاني

التصنيف الفقهي لأسباب كسب الملكية

نادى بهذا التصنيف الأستاذ السنهوري وأسماه بالتصنيف العلمي، إذ يرى الأستاذ السنهوري أن جميع مصادر الحقوق، عينية كانت أو شخصية، بل أن جميع مصادر الروابط القانونية ترجع إما إلى الواقعة القانونية أو إلى التصرف القانوني^(١). والواقعة القانونية هي كل حدث يقع فيرتب عليه القانون أثراً معيناً حتى لو لم تتجه الإرادة إلى هذا الأثر القانوني. فكل ما يهم في شأنها هو الوقوع المادي للفعل حتى يترتب الأثر القانوني وسواء كان هذا الفعل من الطبيعة (واقعة طبيعية) أم من أفعال الإنسان المادية (الواقعة الإنسانية).

أما التصرف القانوني فهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء حق أم تعديله أم نقله أو إنهائه. وقد يكفي لتمام التصرف القانوني اتجاه إرادة شخص واحد نحو إحداث الأثر القانوني لذي يسمى التصرف من جانب واحد أو التصرف الانفرادي كما في الإقرار والوصية والوعد بجائزة والإبراء. وقد يتم التصرف القانوني بإرادتين أي لا يتم تكوينه وترتيب الأثر عليه إلا باتفاق إرادتين

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج٩، مصدر سابق، ص ٥-٦.

ويسمى بالعقد كالبيع والإيجار... الخ. وفصيل التفرقة بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني يتمثل في دور الإرادة في كل منهما. ففي التصرف القانوني يترتب الأثر القانوني، المتمثل بنشوء الحق أو تعديله أو نقله أو إنهائه، لأن الإرادة اتجهت إلى ترتيب هذا الأثر. أما في حالة الواقعة القانونية فإن هذا الأثر يترتب من مجرد فعل أو عمل مادي حتى ولو لم تكن هناك إرادة تتجه إلى إحداث هذا الأثر^(١).

وقد استعرض الأستاذ السنهوري أسباب كسب الملكية التي ذكرها القانون المدني المصري، وهي نفسها التي ذكرها القانون المدني العراقي، وهي سبعة أسباب: الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة. ثم قسم هذه الأسباب تقسيماً علمياً بإرجاعها إما إلى التصرف القانوني باعتبار أن العقد هو تصرف قانوني صادر من جانبين، في حين أن الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد. وأدخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة في نطاق الواقعة القانونية، باعتبار أن الاستيلاء واقعة مختلطة اختلطت فيها الحيازة المادية وهي عنصر مادي بإرادة المستولي في أن يتملك في الحال وهي عنصر إرادي. ولكن العنصر المادي (الحيازة) هو المتغلب لذلك الحق الاستيلاء بالوقائع القانونية. أما الميراث فأن سبب كسب الملكية فيه هو الموت والموت واقعة مادية. والالتصاق هو اتحاد شيء بشيء آخر اتحاداً مادياً فيكسب صاحب الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي. فالاتحاد المادي هو سبب كسب الملكية. وهنا الاتحاد ما هو إلا واقعة مادية. أما الشفعة فهي واقعة مركبة، اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو أي ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وهذه هي واقعة مادية يبيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع، بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، والغلبة في هذه الوقائع المتسلسلة المركبة للواقعة المادية لا للتصرف

(١) لمزيد من التفصيل بصدد التمييز بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني، أنظر: د. السنهوري، الوسيط، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة، ١٩٥٢، ص ١٣٠-١٣٢.

د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٥٧٤-٥٧٩.

القانوني ولذلك أدخلت الشفعة في نطاق الوقائع القانونية. أما الحيازة فهي سيطرة فعلية للشخص على الشيء أو الحق محل الحيازة، ومن ثم تدخل الحيازة في نطاق الوقائع القانونية^(١).

إن الأستاذ السنهوري اقتصر على تصنيف الأسباب التي ذكرها التقنين المدني المصري، فأدخل بعضها في نطاق التصرف القانوني وأدخل البعض الآخر في نطاق الواقعة القانونية. وبالتالي لم يصنّف الضمان لأن القانون المدني المصري لم يذكر الضمان ضمن أسباب كسب الملكية. مما يثير التساؤل عن موقع الضمان، باعتباره سبباً لكسب الملكية في النطاق وبالشروط التي تم بحثها في الفصل الأول، من التصنيف الفقهي (العلمي) لأسباب كسب الملكية، هل يدخل الضمان في نطاق الواقعة القانونية أم التصرف القانوني؟ هذا ما سنجيب عنه في المبحث الآتي.

المبحث الثاني

موقع الضمان من تصنيف أسباب كسب الملكية

استعرضنا التصنيف التشريعي والفقهي لأسباب كسب الملكية. وسنبين في هذا المبحث موقع الضمان باعتباره سبباً لكسب الملكية من كلا التصنيفين وذلك في مطلبين:

المطلب الأول

موقع الضمان من التصنيف التشريعي لأسباب كسب الملكية

قلنا أن القانون المدني العراقي صنّف أسباب كسب الملكية إلى ثلاثة أقسام، وقد ضمت هذه الأقسام الثلاثة سبعة أسباب هي: الاستيلاء والميراث والوصية والعقد والالتصاق والشفعة والحيازة.

وإن الاستيلاء سبب لكسب الملكية ابتداءً أي أنه منشئ لملكية جديدة. أما بقية الأسباب فهي لا تنشأ ملكية جديدة بل تقتصر على نقل ملكية نشأت سابقاً من المالك القديم إلى المالك الجديد سواء كان المالك السابق (القديم) متوفى وهذه هي أسباب كسب الملكية انتقلاً بسبب الوفاة أي الميراث والوصية، أو كان المالك

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج ٩، أسباب كسب الملكية، ص ٦-٧.

السابق على قيد الحياة وهذه هي أسباب كسب الملكية ما بين الأحياء أي الالتصاق والشفعة العقد والحيازة (التقادم المكسب). وقد أطلق الفقه على أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة وأسباب كسبها ما بين الأحياء اسم الأسباب الناقلة للملكية^(١). وعلى فرض أن الضمان سبب لكسب الملكية مقترح ومتفق عليه فبأي من الأقسام الثلاثة التي ذكرها القانون المدني العراقي يكون موضعه؟ هل يوضع في قسم كسب الملكية ابتداءً بالاستيلاء أم في قسم كسب الملكية بسبب الوفاة أم في قسم كسب الملكية بين الأحياء؟.

لا يمكن أن يكون الضمان سبباً لكسب الملكية ابتداءً كالاستيلاء لأن الاستيلاء إحراز منقول مباح لا مالك له فيكون المستولى بإحرازه لهذا المال قد أنشأ ملكية جديدة عليه. أما في حالة الضمان فأن ملكية المال المضمون ثابتة ابتداءً لشخص معين ثم تنتقل بالضمان إلى الضامن إذا الضمان هو من الأسباب الناقلة للملكية وليس من الأسباب المنشئة لها.

وإذا كان الضمان من الأسباب الناقلة للملكية، فهل يدخل ضمن أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة أو أسباب كسب الملكية ما بين الأحياء؟ لا يوجد في الضمان وفاة حتى يقال أن الضمان سبب لكسب الملكية بالوفاة كما هو الحال في الميراث والوصية. كما أن الضمان لا يدخل ضمن قسم كسب الملكية ما بين الأحياء إذ لا ينطبق عليه وصف الالتصاق أو العقد أو الشفعة أو الحيازة (التقادم المكسب) وهي أسباب كسب الملكية ما بين الأحياء التي عددها القانون المدني العراقي.

يتبين لنا من استعراض أسباب كسب الملكية ابتداءً أم انتقالاً في القانون المدني العراقي أن الضمان لا يدخل في مفهوم هذه الأسباب.

وبما أن الضامن يكسب ملكية المال المضمون بأثر رجعي أي من تاريخ نشوء سبب الضمان (الغصب أو الإلتاف) في مقابل أداء المثل أو القيمة، حسب رأس الفقه الحنفي فإن الضمان يشبه إلى حد ما عقود المعاوضات (كالبيع) التي تفيد التملك بالمقابل، لكن الضمان واقعة قانونية في حين إن هذه العقود تصرفات قانونية

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، المصدر السابق، ص ٥١.

تستند إلى أساس مشروع بخلاف الضمان. كما أن الضمان يشبه الالتصاق لأن كلا منهما واقعة مادية وكلاً منهما سبباً لكسب الملكية بمقابل.

ونرى أنه يمكن إضافة الضمان إلى قسم كسب الملكية بين الأحياء ليصبح هذا القسم محتوياً على خمسة أسباب هي: الالتصاق والشفعة والعقد والحيازة والضمان^(١).

على أن يبقى كسب الملكية بالضمان محدداً ومقصوراً على الحالات التي بينها المادة (١٩٤) مدني عراقي في إطار الغصب وهي حالة تغيير المغصوب تغييراً جوهرياً يتبدل معه اسمه ويفقد ذاتيته أو تغير بعض أوصافه على النحو الذي بيناه تفصيلاً في الفصل الأول، والحالة التي نصت عليها المادة (١٨٨) مدني عراقي في إطار الإتلاف وهي حالة إتلاف أشجار الغير بدون حق، علماً أنه يمكن أن يقاس على الأشجار إتلاف أي شيء آخر مملوك للغير بدون وجه حق إذ لصاحبه إن شاء تركه للمتلف يملكه في مقابل ما يؤديه من ضمان (تعويض). على أن التملك بالضمان لا يتحدد فقط بالحالات التي ذكرها الفقه الإسلامي وقننها القانون المدني العراقي إنما يتقيد أيضاً بالشروط التي بينها النصوص القانونية وكذلك التي أوردها الفقهاء المسلمين. وهذه الشروط هي:

(١) نص القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ صراحة على الضمان في الفرع الخاص بالأسباب التي تنقل الملكية بين الأحياء. إذ نصت المادة (١٠٨٥) منه على ((المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه، وبشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً)). وعلى الرغم من ورود نص المادة (١٠٨٥) بصيغة مطلقة قد توحى بأن الضمان سبباً لكسب الملكية دائماً. فإنه في الحقيقة ليس كذلك، بل هو مقيد بالحالات التي جعل فيها الفقه الحنفي، وهو الأصل الذي استمد منه النص. الضمان سبباً للتملك وهذه الحالات هي نفسها التي نصت عليها المادتان (١٨٨) و(١٩٤) مدني عراقي.

لمزيد من التفصيل بصدد موقف القانون المدني الأردني أنظر د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط١، مطبعة الارز، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ١١٨.

١- أن يكون المال المضمون قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً. فلو كان هذا المال من الأموال العامة أو كان خنزيراً أو خمراً ففي هذه الحالة لا يمكن تملكه بالضمان لأنه غير قابل لثبوت الملك فيه ابتداءً.

٢- أن يكون المال المضمون منقولاً. فلا يمكن كسب ملكية العقار بالضمان وذلك لأن انتقال ملكية العقار يستند بشكل أساسي إلى التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة.

٣- اشترط البعض أن يقبض الضامن المال المضمون. فالضمان في حد ذاته لا يترتب عليه أثره الخاص المتمثل بكسب ملكية المال المضمون مادام الضامن لم يقبضه. فالشخص قد يتلف مال الغير إتلافاً جزئياً بحيث يبقى هذا المال عند صاحبه. فالتعويض الذي يدفعه هذا الشخص إلى صاحب المال المتلف لا يخوله تملك ذلك المال ما دام أنه لم يقبضه. مثلاً تصطدم سيارة بسيارة أخرى وتسبب إتلاف جزء من هيكلها فأن سائق السيارة الأولى وإن كان يلزم بضمان ما أتلّفه إلا أنه لا يمتلك ذلك الجزء إلا إذا قبضه. وقد يقال استناداً إلى اشتراط قبض الضامن للمال المضمون لأجل تملكه بالضمان إن سبب التملك هو القبض (الحيازة) وليس الضمان لكن يرد على ذلك بأن الشخص الذي يحوز المال المضمون يستطيع أن يملك هذا المال بالحيازة متى توافرت شروط الحيازة التي حددها القانون دون أن يدفع أي مقابل. في حين أن التملك بالضمان يستلزم وجود المقابل (دفع المثل أو القيمة)^(١).

٤- تغيير المال المضمون، على النحو الذي سبق أن شرحناه تفصيلاً في الفصل الأول.

٥- انتقاء قصد الغش لدى الضامن. أي أن لا يكون قصد الضامن اتخاذ الضمان وسيلة لتملك المال الذي سبق أن رفض ماله ببيعته له،

٦- أداء المقابل أي سعر الضمان (التعويض). إذ أن ملكية المال المضمون لا تثبت للضامن إلا بأداء التعويض (المثل أو القيمة) فهذا الأداء شرط لكسب الملكية.

(١) د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، ص ٩٧-٩٨.

فقبل أداء الضامن ما يجب في ذمته للمضمون له لا يمكن الحديث عن ملك ما للضامن.

٧- عدم وجود مانع من موانع الضمان، وقد أورد الفقهاء المسلمون أربعة موانع للضمان^(١): ١- كون الإلتلاف بحق، ٢- حالة الضرورة، ٣- رضا المضرور بالضرر، ٤- عدم الفائدة في التضمين.

المطلب الثاني

موقع الضمان من التصنيف الفقهي لأسباب كسب الملكية

قلنا أن الأستاذ السنهوري صنف أسباب كسب الملكية الواردة في القانون المدني المصري، وهي نفسها الواردة في القانون المدني العراقي، إلى الواقعة القانونية والتصرف القانوني.

وإذا كنا قد اقترحنا إدراج الضمان ضمن قسم كسب الملكية بين الأحياء، فهل يعد الضمان واقعة قانونية أم تصرف قانوني؟. ابتداءً نقول إننا لا نقصد بصدد كسب الملكية بالضمان الضمان الذي ينشأ عن العقد والذي يسمى بالمسؤولية العقدية، لأن هذا الضمان لا يؤدي إلى كسب الملكية وبالتالي له أهمية في موضوع بحثنا علماً أن العقد هو الذي يحدد آثار هذا الضمان. إنما نقصد ضمان الغصب وضمن الإلتلاف في الحالات التي سبق بحثها تفصيلاً في الفصل الأول. وقد اتضح لنا أنه لا عبرة للإرادة في ضمان الغصب وضمن الإلتلاف لأن القانون هو الذي يحدد الآثار التي تترتب عليه، وبما أنه لا عبرة للإرادة في ترتيب الأثر القانوني على الضمان في هذه الحالات إذ أن الأثر يترتب بقوة القانون بمجرد الوقوع المادي للفعل حتى وإن لم تتصرف الإرادة إلى هذا الأثر. إذاً الضمان في هذه الحالات يعد واقعة قانونية وليس تصرف قانوني. وقد يقال بما أن القانون هو الذي يحدد آثار الضمان ومن ضمنها كسب ملكية المال المضمون من قبل الضامن، لذلك يكون القانون هو سبب كسب الملكية. لكن يرد على ذلك بأن القانون هو الذي يحدد آثار جميع أسباب كسب الملكية بل آثار جميع مصادر الالتزام، فهل يعني أنه المصدر الوحيد للحقوق

(١) أنظر في تفصيل هذه الموانع: د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢٢٧.

المالية بنوعيتها الشخصية والعينية^(١)؟. في الحقيقة أن القانون هو المصدر البعيد لجميع الحقوق سواء كانت شخصية (الالتزامات) أم عينية، أما المصدر المباشر القريب فهو أما واقعة قانونية أو تصرف قانوني.

لكن إذا كان الضمان واقعة قانونية، إلا أنه لم يذكر بين أسباب كسب الملكية التي أوردها القانون والتي أدخل بعضها ضمن الواقعة القانونية وأدخل بعضها الآخر ضمن التصرف القانوني وفق التصنيف الفقهي، وبالتالي فإن السؤال هو هل نحتاج إلى تعديل النص القانوني بإضافة الضمان إلى أسباب كسب الملكية أم لا نحتاج إلى ذلك لأن أسباب كسب الملكية لم ترد على سبيل الحصر؟. بعبارة أخرى هل يمكن التسليم بالرأي القائل بأن أبواب كسب الملكية وردت على سبيل الحصر؟. إن هذا الرأي لا يمكن التسليم به حتى في القوانين التي أضافت للأسباب السبعة المعروفة (أي الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والشفعة والعقد والحيازة) سببين آخرين هما: الأولوية والضمان كالقانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٦. ذلك لأن القانون يمكن أن يكون مصدراً مباشراً لكسب الملكية، كما أنه أحياناً مصدراً مباشراً للالتزام كالنص القانوني الذي يلزم الابن الموسر بالإنفاق على أبيه الفقير، كما لو صدر قانون يملك شخص معين قطعة أرض فسبب كسب الملكية هنا هو القانون. كما أن الحكم القضائي المنشئ^(٢) يمكن أن يكون سبباً لكسب الملكية، مثال ذلك الحكم الذي يقضي بالتعويض (مقدار من الحنطة) للمتضرر فإن المتضرر يتملك التعويض بالحكم القضائي المنشئ. كذلك الحكم الذي يقضي بتمليك العقار

(١) د. محمد سليمان الأحمد، المصدر السابق، ص ١٥٦.

(٢) الحكم القضائي المنشئ هو الذي يوجد حالة أو مركز قانوني لم يكن موجود من قبل وذلك وذلك بالزامه المحكوم عليه بأداء معين.

أنظر د. آدم وهيب النداوي ود. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، ط ١، مطبعة الجامعة، الموصل، ١٩٨٤، ص ٩.

للمتعهد له. الذي سكن العقار أو أحدث فيه منشآت أو غراس دون معارضة تحريرية من قبل المالك المتعهد^(١).

وهكذا فإن الضمان يكون سبباً لكسب الملكية في الأحوال التي نصت عليها النصوص القانونية بخصوص الإلتلاف والغصب، حتى وإن لم يذكر صراحة في التصنيف التشريعي لأسباب كسب الملكية. لكن منعاً للخلاف نقترح، كما قلنا سابقاً، النص على الضمان مباشرة في القسم الخاص بأسباب كسب الملكية بين الأحياء على أن يبقى محدداً بالأحوال التي ذكرها الفقه الإسلامي وقننها المشرع العراقي في المادتين (١٨٨) و(١٩٤)، ومقيداً بالشروط التي أوردها الفقه الإسلامي بهذا الخصوص^(٢). حيث أن الضمان ليس سبباً عاماً وأصلياً لكسب الملكية إنما هو سبب استثنائي يقتصر على حالات معينة.

الخاتمة

نورد في ختام هذا البحث استعراضاً لأهم النتائج والمقترحات التي تم التوصل

إليها:

أولاً: النتائج

١- نقصد بالضمان باعتباره سبباً لكسب الملكية: الالتزام بأداء التعويض لمن تلف ماله أو ضاع عليه، والذي نشأ كدين في ذمة الضامن منذ قيام سبب الضمان أي من وقت الإلتلاف أو الغصب، ليتملك الضامن المال المضمون بعد أدائه هذا التعويض.

٢- يوجد اتجاهان في الفقه الإسلامي من كون الضمان سبباً لكسب الملكية. اتجاه الحنفية والراجح من الإمامية والمالكية يقر باعتبار الضمان سبباً لكسب الملكية في حالات معينة. أهمها تملك الغاصب للعين المغصوبة بالضمان إذا أحدث فيها تغييراً أفقدها ذاتيتها وأزال اسمها. أما الاتجاه الثاني فهو اتجاه جمهور

(١) أنظر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧. مشروح في كتاب د.

جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مطبعة دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٩.

(٢) أنظر تفصيل هذه الشروط في ص من هذا البحث.

الفقهاء الذي يرفض عد الضمان سبباً لكسب الملكية. ولكل من الاتجاهين حججه في القبول أو الرفض بكون الضمان سبباً لكسب الملكية.

٣- أخذ القانون المدني العراقي برأي الفقه الحنفي. وجعل الضمان سبباً لكسب الملكية في حالات معينة نص عليها في المادتين (١٨٨) و(١٩٤). وهي حالة قطع أشجار الغير بدون وجه حق إذا ما اختار صاحب الأشجار تركها للقاطع ليتملكها في مقابل دفع قيمتها قائمة مع التعويض عن الأضرار الأخرى (م ١٨٨) علماً أنه يمكن أن يقاس على الأشجار أي مال آخر مملوك للغير. وحالة تملك الغاصب للعين المغصوبة (بحالتها الجديدة) بالضمان وذلك بعد أن غيرها الغاصب تغييراً كلياً أفقدها ذاتيتها وبذل اسمها إلى اسم جديد، أو إذا غير بعض أوصافها بزيادة شيء من ماله عليها دون أن تفقد ذاتيتها ويتبدل اسمها ولكن المغصوب منه اختار تركها للغاصب والرجوع عليه بالضمان (المثل أو القيمة) (م ١٩٤ ف ٢ و ف ٣).

٤- الراجع عد الضمان سبباً لكسب ملكية المال المضمون من قبل الضامن على أن يبقى ذلك محدداً في نطاق الحالات التي أقرها الفقه الإسلامي ونص عليه القانون المدني العراقي، وأن يكون مقيداً بالشروط التي بينها الفقهاء المسلمون والتي تحول دون اتخاذ الضمان ذريعة لتمكن مال الغير دون وجه حق. وهذه الشروط هي: ١- أن يكون المال المضمون قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً. ٢- أن يكون المال المضمون منقولاً. ٣- قبض الضامن للمال المضمون. ٤- انتفاء قصد الغش لدى الضامن. ٥- أداء المقابل (المثل أو القيمة). ٦- عدم وجود مانع من موانع الضمان.

٥- يكتسب الضامن ملكية المال المضمون، بعد إدانة الضمان، بأثر رجعي من تأريخ نشوء السبب المفضي للضمان أي من وقت الغصب أو الإتلاف.

٦- بالنسبة لموقع الضمان من التصنيف التشريعي لأسباب كسب الملكية، فإنه رغم كون الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية بين الأحياء إلا أن القانون المدني العراقي لم ينص عليه صراحة في القسم الخاص بأسباب كسب الملكية بين

الأحياء بخلاف القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ الذي نص عليه صراحة في الفرع الخاص بأسباب كسب الملكية بين الأحياء. بالنسبة لموقع الضمان من التصنيف الفقهي (العلمي) لأسباب كسب الملكية إلى الواقعة القانونية والتصرف القانوني، فإن الضمان واقعة قانونية وليس تصرف قانوني.

ثانياً: الاقتراحات

نقترح على المشرع العراقي أن يضيف الضمان إلى القسم الخاص بأسباب كسب الملكية بين الأحياء في القانون المدني العراقي ليصبح هذا القسم محتوياً على خمسة أسباب هي: الالتصاق والشفعة والعقد والحيازة والضمان، كما هو الحال في القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على أن يبقى التملك بالضمان محدداً بالحالات التي أقرها الفقه الإسلامي ومقيداً بالشروط التي بينهاها في الفقرة (٤) من النتائج.

والله ولي التوفيق

قائمة المصادر

أولاً- كتب اللغة العربية

- ١- إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، الجزء الأول، مطبعة مصر شركة مساهمة، ١٩٦٠.
- ٢- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا سنة طبع.

ثانياً- كتب الفقه الإسلامي

- ٣- أبو الحسن علي بن أبي بكر الراشداني المرغيناني، الهداية، شرح بداية المبتدئ، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠.
- ٥- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج٥، دار الغد العربي، بلا سنة طبع.
- ٦- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج٨، دار التراث، القاهرة، بلا سنة طبع.

- ٧- شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج١١، مطبعة السعادة، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٨- عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الصادر، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٩- علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٥، ط١، دار إحياء التراث العربي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٦.
- ١٠- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.
- ١١- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ١٢- محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩٠.

ثالثاً- الكتب القانونية

- ١٣- إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط٢، دار عمار، المطابع التعاونية، عمان، ٢٠٠١.
- ١٤- آدم وهيب النداوي وسعيد عبد الكريم مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، ط١، مطبعة الجامعة، الموصل، ١٩٨٤.
- ١٥- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٧٧.
- ١٦- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة، مطبعة دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٩.
- ١٧- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج٢، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١.
- ١٨- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات معهد البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.

- ١٩- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة، ١٩٥٢.
- ٢٠- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
- ٢١- عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، ٢٠٠٠.
- ٢٢- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، مطبعة الأرز، عمان، ٢٠٠٠.
- ٢٣- محمد سلمان الأحمد، الفرق بني الحياة والضمان في كسب الملكية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
- ٢٤- محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢.
- ٢٥- محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج٢، أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٤.
- ٢٦- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط٢، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٠.
- ٢٧- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط١، دار الفكر، القاهرة، ١٩٧٠.

الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية دراسة مقارنة في الدساتير العربية

الأستاذ المساعد الدكتور

علي يوسف الشكري

كلية القانون / جامعة الكوفة

المقدمة

يتربع التشريع على عرش الهرم القانوني في القانونيين الداخلي والدولي، ومن بين مصادر التشريع الداخلي، يحتل الدستور المرتبة الأولى في غالبية دول العالم، وتحديداً في بلاد الدساتير الجامدة،

وإذا كان تفرد الإنسان في عيشه ضرب من ضروب الخيال، فمن باب أولى أن ليس للدول العيش بعيداً عن نظيراتها أو خارج محيط المجتمع الدولي، من هنا أصبح اختلاف وتباين التشريع الوطني وتحديداً الدستور والتشريع الدولي (المعاهدة) أمر متوقع أو كثير الحدوث بفعل تشابك العلاقات وتزاحمها في عالم لا مجال فيه للانكفاء على الذات أو التراجع.

وإذا كانت العلاقات الدولية فيما مضى تقوم واقعاً على التراضي، فإن طبيعة هذه العلاقات أخذت طابع آخر منذ العقد الأخير من القرن المنصرم وتحديداً منذ تفرد القطب الواحد في إدارة مقدرات المجتمع الدولي على أثر انفضاض الشراكة الثنائية. ونتيجة لذلك تصاعدت وتيرة الحديث عن المعاهدات غير المتكافئة والدساتير الوافدة وتدويل الدساتير ... وهذا ما يفسر لنا نسبياً موجة الدساتير (ما يسمى بالديمقراطية) التي انهالت على العالم العربي (الدستور اليمني ١٩٩٠ - الدستور الموريتاني ١٩٩١، ٢٠٠٦ - الدستور المغربي ١٩٩٦ - الدستور الجزائري ١٩٩٦ - الدستور المغربي ١٩٩٦ - الدستور السوداني ١٩٩٦، ٢٠٠٥ - الدستور البحريني ٢٠٠٢ - النظام الأساسي السعودي ٢٠٠٢ - الدستور القطري ٢٠٠٣ - الدستور العراقي ٢٠٠٥).

والملاحظ أن الصفة المميزة لهذه الدساتير، هو تبنيها شكلاً للمبادئ الديمقراطية، كالاستفتاء على الدستور وتعديله، وتبني هيئة مستقلة أو قضائية للرقابة على دستورية القوانين وبالرجوع إلى أصل المبادئ الديمقراطية الوافدة على الدساتير العربية نجد أنها ثمرة من ثمار التعاهد الدولي، رافق ذلك ظهور معيار جديد لتمييز الدول الديمقراطية والأكثر ديمقراطية، هو معيار عدد المعاهدات الشارعة التي انضمت إليها الدولة أو صدقت عليها وهو ما ضاعف من احتمالات تعارض النصوص الدولية والوطنية.

من هنا برزت الحاجة للرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، والملاحظ أن الدساتير العربية في معالحتها لهذه المسألة البالغة الأهمية لم تتبن اتجاه واحد، فمنها من حدد القيمة القانونية للمعاهدة والجهة المناط بها حماية أعلىية الدستور وقديسيته. (القضاء - الهيئة المستقلة) كالدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢ والدستور المصري لسنة ١٩٧١ والدستور التونسي ١٩٨٩ والدستور الجزائري ١٩٩٦ ولكن الإشكال يثار بالنسبة للدول التي لم تحدد القيمة القانونية للمعاهدة وإن تبنت قضاءً دستورياً مستقلاً، كالعراق في ظل دستور ٢٠٠٥، فهل لهذا القضاء فرض الرقابة على دستورية المعاهدات؟ وبعبارة أخرى هل لهذا القضاء ممارسة اختصاص غير ذلك الوارد حصراً؟ وفي رأينا أن الإشكال لا يكمن هنا في عدم النص على هذا الاختصاص بقدر ما يكمن في تردد القضاء العربي في الاجتهاد والفصل في غير ما ورد النص عليه في الدستور أو القانون.

لقد تناولنا موضوع الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في ثلاث مباحث. خصصنا الأول لدراسة تعريف المعاهدة الدولية وأنواعها. وبحثنا في الثاني القيمة القانونية للمعاهدة في الدساتير العربية المقارنة باعتبار أن تحديد هذه القيمة من شأنه الكشف عن المخالفة للدستور من عدمها. وكرسنا الثالث لدراسة الاتجاهات الرقابية التي تبنتها الدساتير العربية لحماية أعلىية الدستور. واختتمنا بحثنا هذا بأهم النتائج التي توصلنا إليها خلال صفحات هذا البحث المتواضع.

المبحث الأول

تعريف المعاهدة الدولية وأنواعها

ينصرف معنى المعاهدة إلى الاتفاقات السياسية الشكلية، كمعاهدات السلام والتحالف. أما مصطلح الاتفاقية فيستخدم للدلالة على المعاهدات الجماعية التي تعقدها الدول في غير الشؤون السياسية والتي تتضمن قواعد عامة، كاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ كما تنصرف للاتفاقيات التي تعقدها المنظمات الدولية، كالاتفاقيات الصادرة عن مؤتمر العمل الدولي.

والملاحظ أن النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يستخدم مصطلح الاتفاقية للدلالة على المعاهدة، فهو يشير إلى أن من بين مصادر القانون الدولي الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة^(١).

وانقسم الفقه في تعريفه للمعاهدة الدولية بين ثلاث اتجاهات، اتجاه اكتفى في الاتفاق أن يكون معقوداً بين أشخاص القانون الدولي ودون أن يشترط فيه الكتابة، وعلى حسب هذا الاتجاه تعرف المعاهدة الدولية بأنها (توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي على إحداث أثر قانوني معين طبقاً لقواعد القانون الدولي)^(٢).

أما الاتجاه الثاني فاشتراط في المعاهدة الكتابة، وأن يكون أطرافها ممن ينطبق عليهم وصف الدول تحديداً، وعلى حسب هذا الاتجاه تعرف المعاهدة بأنها (كل اتفاق دولي يبرم كتابة بين الدول ويجري عليه القانون الدولي، سواء كان محرراً في وثيقة وحيدة أو وثيقتين أو عدة وثائق مرتبطة فيما بينها وكيفما كان الاسم الخاص المطلق عليها)^(٣). كما عُرِفَتْ بأنها (اتفاقات تعقدها الدول الكتابة فيما بينها بغرض

(١) أنظر م (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

(٢) أنظر في هذا الاتجاه د. أحمد عشوش ود. عمر عبد القادر باخشب - الوسيط في القانون الدولي العام - دراسة مقارنة مع الاهتمام بموقف المملكة العربية السعودية - مؤسسة الشباب الجامعة - الاسكندرية - ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م - ص ٨٧، كذلك د. محمد يوسف علوان - القانون الدولي العام - المقدمة والمصادر - دار وائل - عمان - ط ٢ - ٢٠٠٠ - ص ١١٣.

(٣) د. عبد القادر القادري - القانون الدولي العام - مكتبة المعارف - الرباط - ط ١ - ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م - ص ٣١.

تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة^(١). وبهذا الاتجاه ذهبت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فقد عرفت المادة (١/٢) منها المعاهدة بأنها (الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان أو أكثر مهما كانت التسمية الخاصة). وتبنى الاتجاه الثالث طريقاً وسط بين الاتجاهين السابقين، حيث اشترط في أطراف المعاهدة أن تكون من الدول دون أن يشترط الكتابة، وعلى حسب هذا الاتجاه تعرف المعاهدة بأنها (اتفاقات تعقدها الدول بغرض خلق أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية دولية).

وجرى الفقه على اعتماد عدة معايير في تصنيف المعاهدات، فمن حيث الموضوع، تقسم المعاهدات إلى معاهدات سياسية واجتماعية واقتصادية^(٢)، ومن حيث الطبيعة تقسم إلى معاهدات عقدية خاصة ومعاهدات شائعة عامة^(٣)، وتقوم الأخيرة مقام التشريع في القانون الداخلي كونها تضع قواعد سلوك عامة ومجردة. أما من حيث الأطراف، فتقسم إلى معاهدات ثنائية وجماعية، ومن حيث النطاق الجغرافي اقليمية وعالمية، ووفقاً لصفة المتعاقدين، تقسم إلى معاهدات بين الدول ومعاهدات بين المنظمات وثالثة بين الدول والمنظمات^(٤).

ووفقاً لإجراءات إبرامها تقسم، إلى معاهدات شكلية (مطولة) لا تتعقد إلا بإتمام مراحل ثلاث (المفاوضات - التوقيع - التصديق). واتفاقات مبسطة أو تنفيذية لا تستوجب لنفاذها سوى التفاوض والتوقيع. ويجمع الفقه على أن لا خلاف بين هذين

(١) د. علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - منشأة المعارف - الاسكندرية - دون سنة نشر - ص ٥٢٣. وكذلك د. أحمد رفعت - القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - القاهرة - دون سنة نشر - ص ٥٠٠ - كذلك د. الشافعي محمد بشير - القانون الدولي العام في السلم والحرب - مكتبة الجلاء الجديدة - ط ٦ - ١٩٩٧ - ١٩٩٨ - ص ٦٢٥.

(٢) أنظر د. علي صادق أبو هيف - مرجع سابق - ص ٥٢٥.

(٣) أنظر د. محمد يوسف علوان - مرجع سابق - ص ١٢٦.

(٤) أنظر د. صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام (ماهيته ومصادره) دار النهضة العربية - القاهرة - ط ١ - ١٩٨٤ - ص ٢٣٤.

النوعين من حيث القيمة القانونية وقوتها الإلزامية في مواجهة أطرافها، كما لا تختلف من حيث أهمية المواضيع التي تتناولها بالتنظيم، من ذلك مثلاً أن إقليم السودان التشيكي ضم إلى ألمانيا بموجب اتفاق تنفيذي عقد عام ١٩٣٨، وبمثل هذا الاتفاق أعلن استقلال المغرب عام ١٩٥٦، وبمثله أعلن عن انتهاء الحماية الفرنسية على تونس عام ١٩٥٦^(١).

وإذا كان تقسيم المعاهدات إلى عدة أصناف واعتماداً على طبيعة المعيار المعتمد في التقسيم، هو تصنيف ذات طبيعة شكلية في بلدان الأنظمة الديمقراطية، فإنه تقسيم ذات أهمية خاصة في بلدان الأنظمة الشمولية أو حديثة العهد بالديمقراطية، فمن المؤكد أن المعاهدة السياسية في هذه البلدان تمثل أهمية خاصة قياساً للمعاهدات الاقتصادية والاجتماعية فكثيراً ما بيعت دول أو كُبلت حريتها من خلال هذه المعاهدات. وبمثل هذه الأهمية يجري التمييز بين المعاهدات الثنائية والجماعية باعتبار أن الأولى غالباً ما تتضمن امتيازات والتزامات ونادراً ما تكون متوازنة بالنسبة للطرفين، في الوقت الذي تضع الثانية قواعد دولية عامة مجردة غالباً وبالتالي تتراجع فيها احتمالات الأقوى والأضعف والغالب والمغلوب.

أما من حيث المعيار الشكلي فلا يبدو التمييز بين المعاهدات على أساس هذا المعيار أمر بالغ الأهمية والخطورة في العالم الأول المتطور كما هو الحال عليه في بلدان العالم الأقل تطوراً وديمقراطية، باعتبار أن الاتفاقات التنفيذية لا تستخدم عادة في هذه البلدان لتمرير مشاريع خاصة أو شخصية أو لا تكون على الأقل أداة بيد الحاكم لتجاوز السلطة التشريعية أو الشعب، ناهيك عن الضمانات التي تحاط بها هذه الاتفاقات. فبموجب المادة (٢/٥٢) من الدستور الفرنسي يلتزم الرئيس بإحاطة السلطة التشريعية علماً بالمفاوضات الدائرة بشأن الاتفاقية التي يروم إبرامها. وفي الولايات المتحدة يتحدد نطاق الاتفاقات التنفيذية بتلك المتعلقة بتنفيذ تعهد دولي سبق وإن وافق عليه مجلس الشيوخ.

(١) للمزيد من التفاصيل أنظر د. محمد يوسف علوان - مرجع سابق - ص ١٢٨-١٢٩.

وفي هولندا أحاط الدستور الاتفاقات التنفيذية بضمانات أكبر من تلك التي نص عليها الدستور الفرنسي وجرى عليها العمل في الولايات المتحدة. وربما جاء هذا التقييد مراعاة لحدثة عهد هولندا بالديمقراطية أو تجنباً لاحتمالات استبداد السلطة التنفيذية بهذه الصلاحية أو إساءة استخدامها. فقد اشترط الدستور لإبرامها الأذن التشريعي المسبق وتحديد نطاقها بتنفيذ معاهدة سبق وإن صدق عليها على أن لا تتضمن في كافة الأحوال التزامات مالية هامة ولا تبرم إلا في ظل ظروف استثنائية يستحيل معها إبرام اتفاقات شكلية.

وعلى خلاف الحال في الأنظمة الديمقراطية جرى العمل في بلدان الدساتير الاستثنائية أو ذات الأنظمة الشمولية على اتخاذ الاتفاقات التنفيذية وسيلة لتمرير مشاريع القائم على رأس السلطة أو اتخاذها وسيلة لتجاوز السلطة التشريعية إن كانت هناك سلطة تشريعية فعلية أصلاً. من ذلك مثلاً أن دستور ١٩٧٠ المؤقت صدر في ١٦ تموز / يونيو وبهذه الصفة (التأقيت) كان من المتوقع أن تبقى أحكامه نافذة لفترة مؤقتة وكما جرى عليه العمل في ظل الدساتير المؤقتة المقارنة، لكن هذا الدستور ظل نافذاً حتى ٩ نيسان ٢٠٠٣ ما يعني أن مدة نفاذه تجاوزت مدة نفاذ الكثير من الدساتير الدائمة العربية والغربية.

والملفت للنظر أن هذا الدستور لم ينص صراحة على الاتفاقات التنفيذية والضمانات المرافقة لها. لكن واقع النصوص وما أفرزته التجربة كانا يشيران إلى أن المجال الطبيعي للاتفاقات السياسية الثنائية الهامة في العراق كانت تدور في فلك الاتفاقات التنفيذية. ومن المؤكد أن النصوص الدستورية وواقع التركيبة السياسية القائمة آنذاك على التفرد بالسلطة وتبني نظام الحزب القائد ساعدت على إحلال الاتفاقات التنفيذية محل المعاهدات. فبموجب الدستور والنظام الداخلي لحزب البعث المنحل، فإن أمين سر القيادة القطرية (سكرتير الحزب) هو رئيس مجلس قيادة الثورة والأخير هو رئيس الجمهورية بحكم الدستور. ومنذ العمل بأحكام دستور ١٩٧٠ حتى سقوطه لم يبق من أعضاء مجلس قيادة الثورة المنحل والذي نصت عليهم المادة (٣٧/ب) من الدستور سوى رئيس المجلس (صدام حسين). وفي ظل اندماج الحزب بالدولة ومؤسساته الاستثنائية فإن هيمنة رئيس الجمهورية على كافة مؤسسات

الحزب والدولة أمر متوقع أو شبه مؤكد وهذا ما أكده الواقع. ومن بين أوجه هذه الهيمنة تفرد الرئيس بإدارة الشؤون الخارجية من خلال الاتفاقيات التنفيذية حتى غدت جميع المعاهدات بما فيها معاهدات ترسيم الحدود تتم من خلال هذا النوع من الاتفاقات. من ذلك اتفاق الهدنة المبرم عام ١٩٩١ بين العراق وقوات التحالف والذي بموجبه انسحب العراق من الكويت دون قيد أو شرط وتعهد بتعويض الجانب الكويتي عن كل الأضرار التي لحقت به جراء الاحتلال.

ومن المؤكد أن ما ساعد الرئيس على اللجوء إلى أسلوب الاتفاقيات التنفيذية نصوص الدستور القائم آنذاك (١٦ تموز ١٩٧٠). فبموجب المادة (١/٥٨/ح) ينفرد رئيس الجمهورية بإجراء المفاوضات وعقد الاتفاقات والمعاهدات الدولية، في الوقت الذي خول فيه الدستور مجلس قيادة الثورة المنحل (م٤٣/د) صلاحية المصادقة على هذه المعاهدات والاتفاقات دون أن يخول هذه الصلاحية للسلطة التشريعية (المجلس الوطني). وفي ظل تريع رئيس الجمهورية على قمة مجلس قيادة الثورة بحكم الدستور وهيمنته الفعلية عليه فإن من غير المتوقع اعتراض المجلس على الاتفاقات التي يعقدها الرئيس.

وتجنباً لاحتمالات استبداد الرئيس في ظل الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ في إدارة الشؤون الخارجية من خلال الاتفاقات التنفيذية أناطت المادة (٨٠) من الدستور بمجلس الوزراء صلاحية التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها أو من يخوله^(١). وأوكل الدستور لمجلس النواب ورئيس الجمهورية صلاحية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات التي يكون العراق طرفاً لها (يختص مجلس النواب بما يأتي رابعاً- تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي مجلس النواب)^(٢). (يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الآتية ثانياً- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات

(١) م(٦/٨٠) من الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

(٢) م(٦١/رابعاً) من الدستور.

الدولية بعد موافقة مجلس النواب، وتعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها^(١).

المبحث الثاني

القيمة القانونية للمعاهدة الدولية في الدساتير العربية

لا معنى للحديث عن الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية في ظل الدساتير المرنة حيث تتساوى القيمة القانونية للقانون والدستور والمعاهدات في أحسن الأحوال إن لم تسمو المعاهدة على القانون وبالتالي تأتي مخالفة المعاهدة للتشريع الوطني بشقيه الدستوري والعادي معدلة له بالضرورة. من هنا يتحدد البحث في هذا الموضوع بالدساتير الجامدة تحديداً.

وفي إطار الدساتير الجامدة لا معنى للبحث في الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية قبل البحث أولاً في القيمة القانونية للمعاهدة. وبمعنى آخر أن الحاجة للرقابة على دستورية المعاهدات الدولية تظهر حينما تتباين القيمة القانونية للتشريع الوطني والدولي. وإلاّ فما جدوى هذه الرقابة إذا تساوت القيمة القانونية لهما. والملاحظ أن الدساتير العربية في تحديدها للقيمة القانونية للمعاهدة كانت قد توزعت بين ثلاث اتجاهات، الأول لم يحدد القيمة القانونية للمعاهدة، ومن بين هذه الدساتير الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ والدستور اليمني لعام ١٩٩٠ الدستور الإماراتي لعام ١٩٧١ والدستور الفلسطيني لعام ٢٠٠٢ والدستور اللبناني لعام ١٠٢٦ والدستور السوري لعام ١٩٧٣ والدستور السوداني لعام ١٩٩٨ و ٢٠٠٥ والدستور الأردني لعام ١٩٥٢ والدستور المغربي لعام ١٩٩٦.

أما الاتجاه الثاني من الدساتير العربية فنص صراحة على أن للمعاهدة قيمة قانونية مساوية للقانون العادي ما يعني أن إبرام معاهدة لاحقة للتشريع المحلي ومخالفة له تنتهي بالضرورة إلى تعديله، ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الاتجاه، الدستور البحريني لسنة ٢٠٠٢ (يبرم الملك المعاهدات بمرسوم ويبلغها إلى مجلسي الشورى والنواب فوراً مشفوعة بما يناسب من بيان. وتكون للمعاهدة قوة القانون

(١) م(٧٣/ثانياً) من الدستور.

...^(١)، والدستور الكويتي لسنة ١٩٦١ (يبرم الأمير المعاهدات وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية ...^(٢)). والنظام الأساسي العماني لعام ١٩٩٦ (لا تكون للمعاهدة والاتفاقيات الدولية قوة القانون إلا بعد التصديق عليها...^(٣)) والدستور القطري لعام ٢٠٠٣ (يبرم الأمير المعاهدات والاتفاقيات بمرسوم، ويبلغها لمجلس الشورى مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة أو الاتفاقية قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية ...^(٤)) والدستور المصري لعام ١٩٧١ (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها لمجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكن لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة ...^(٥)) والدستور السوري لعام ١٩٧٣ (يتولى مجلس الشعب الاختصاصات التالية: ٥- إقرار المعاهدات والاتفاقيات وكذلك المعاهدات والاتفاقيات التي تحمل خزنة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها أو التي تخالف والاتفاقيات النافذة والتي يتطلب نفاذها إصدار تشريع جديد).

ووضع الاتجاه الثالث من الدساتير المعاهدة في مرتبة أسمى من التشريع الوطني وأقل مرتبة من الدستور^(٦)، ما يعني أن المعاهدة التي استوفت الإجراءات

(١) م(٣٧) من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢.

(٢) م(٧٠) من الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢.

(٣) م(٧٦) من النظام الأساسي العماني لعام ١٩٩٦.

(٤) م(٦٨) من الدستور القطري لعام ٢٠٠٣.

(٥) م(١٥١) من الدستور المصري لعام ١٩٧١.

(٦) ومن بين هذه الدساتير، الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨، حيث وضع المعاهدة في مرتبة أسمى من القوانين العادية وأقل منزلة من الدستور بشرط أن يلتزم الطرف الثاني بأحكام المعاهدة أو الاتفاق. راجع د. علاء عبد المتعال، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ج ١، دون دار نشر، ١٩٩٧، ص ٦١، كذلك

Pierre Pacter et Ferdinand Melin – Soucramanien "Droit constitutionnel" 23e edition mise a jour – 2004 – Armand Colin – Dalloz – Paris – 1996 – 2004 – P.57.

القانونية والمخالفة للتشريع الوطني تنتهي بالضرورة إلى تعديله، ومن بين الدساتير العربية التي تبنت هذا الاتجاه الدستور الموريتاني الملغى لعام ١٩٩١ (المعاهدات والاتفاقيات المصدقة أو الموافق عليها كذلك سلطة أعلى من سلطة القوانين وذلك فور نشرها شريطة أن يطبق الطرف الثاني المعاهدة أو الاتفاقية)^(١). والدستور التونسي لعام ١٩٨٩ (المعاهدات لا تعد نافذة المفعول إلا بعد المصادقة عليها، والمعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذاً من القوانين)^(٢). والدستور الجزائري لعام ١٩٩٦ (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون).

ومن خلال استعراض نصوص الدساتير العربية (العراقي ٢٠٠٥ - الأردني ١٩٥٢ - السوري ١٩٧٣ - اللبناني ١٩٢٦ - الفلسطيني ٢٠٠٢ - المصري ١٩٧١ - الكويتي ١٠٦٢ - القطري ٢٠٠٣ - البحريني ٢٠٠٢ - العماني ١٩٩٦ - الإماراتي ١٩٧١ - المغربي ١٩٩٦ - الجزائري ١٩٩٦ - التونسي ١٩٨٩ - السوداني ١٩٩٨، ٢٠٠٥ - اليمني ١٩٩٠)، لم نجد من بينها من ينص على أعلىوية المعاهدة الدولية على الدستور، بل أن أي منها لم يعط للمعاهدة قوة مساوية لتلك التي يتمتع بها الدستور، الأمر الذي يبرز الحاجة للرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، فمخالفة المعاهدة للدستور أمر متوقع أما نتيجة لعدم خبرة السلطة القائمة على إبرام المعاهدة، أو بفعل فرضها من قبل أحد أو بعض الأطراف الدولية وهو أمر كثير الحدوث في المعاهدات الثنائية في ظل اختلاف موازين القوى في العالم. ويتراجع مثل هذا الاحتمال في المعاهدات الجماعية أو الشارعة لا لخبرة القائمين على إبرام هذا النوع من المعاهدات، ولكن لعدم المصلحة في فرضها بالقوة، ومع ذلك تبقى المخالفة للدستور أمر متوقع مما يستوجب إخضاعها هي الأخرى لرقابة السلطة التشريعية أو التي ينص عليها الدستور.

المبحث الثالث

(١) م(٨٠) من الدستور الموريتاني لعام ١٩٩١.

(٢) فصل (٣٢) من الدستور التونسي لعام ١٩٨٩.

الرقابة على المعاهدات الدولية

يتحدد معنى الرقابة على المعاهدات الدولية في هذا الموضع. بالرقابة الداخلية تحديداً باعتبار أن بحثنا ينصب على الرقابة على دستورية المعاهدات. من هنا فإن الرقابة تدور هنا بين تلك السلطة التشريعية التي تكون رقابتها سابقة دائماً، والسلطة القضائية والمستقلة والتي قد تكون رقابتها سابقة أو لاحقة على نفاذ المعاهدة، وعلى التفصيل الذي سنأتي عليه لاحقاً.

المطلب الأول

رقابة السلطة التشريعية

من المؤكد أن النظام القانوني الدولي لا يمكن أن ينفصل بحال من الأحوال عن النظام القانوني الداخلي، باعتبار أن الدول هي اللاعب الرئيسي في النظام القانوني الدولي بل هي مادته الأساسية وضالته.

وإذا كان التشريع هو المصدر الرئيسي للقانون في غالبية دول العالم^(١)، فإن التشريع الدولي (المعاهدة) هو المصدر الرئيسي للقانون الدولي على الإطلاق. والملاحظ أن الأنظمة الدستورية كانت قد انقسمت بين اتجاهين في تنظيمها صناعة المعاهدة، فمنها من أفرد السلطة التنفيذية بهذه الصلاحية، ومنها من أشرك السلطة التشريعية فيها.

وإذا كانت السلطة التنفيذية تضطلع دائماً وفي كافة الأنظمة الدستورية بمهمة المفاوضات والتحرير والتوقيع، فإن مجال السلطة التشريعية يتحدد في الأحوال التي تشترك فيها بصناعة المعاهدة بالتصديق تحديداً.

وحيث أننا نبحث في هذا الموضع من الدراسة في رقابة السلطة التشريعية على المعاهدة الدولية، فإننا نجد لزماً علينا، التعريف بالتصديق والغاية منه ثم نخرج على السلطة المختصة بالتصديق في الدساتير العربية وعلى النحو التالي.

الفرع الأول

(١) أشرنا إلى أن التشريع الوطني هو المصدر الرئيسي للقانون في غالبية دول العالم باعتبار أن التشريع يأتي ثانياً في المرتبة بعد العرف في البلاد الأنجلوسكسونية كبريطانيا مثلاً.

التعريف بالتصديق

التصديق، إقرار صادر عن السلطة الداخلية المختصة بالموافقة على المعاهدة بصفة نهائية، وهو إجراء لاحق على التوقيع النهائي يضيف على المعاهدة قوة السريان وتتأكد بموجبه إرادة الدولة^(١). وهو إجراء لازم في المعاهدات الشكلية بغيره لا تنقيد الدولة بالمعاهدة التي وقعها ممثلها، بل ولا تدخل حيز النفاذ بغير تحقق العدد الذي اشترطته من التصديقات.

والملاحظ أن الفقه والتشريع والقضاء الدولي لم يتبنى موقفاً واحداً من التصديق، فقد انقسم الفقه الدولي في مجال التصديق على نفسه بين اتجاهين، الأول رأى أنه شرط لا غنى عنه لصحة المعاهدة ما لم تتجه إرادة الأطراف إلى خلاف ذلك. أما الاتجاه الثاني فذهب إلى عدم لزومه ما لم يتم الاتفاق عليه مقدماً، وبهذا الاتجاه ذهب اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (تعتبر الدولة عن رضاها الالتزام بالمعاهدة بالتصديق عليها في إحدى الحالات التالية:-

أ- إذا نصت المعاهدة أن التعبير عن الرضا بالتصديق.
ب- إذا ثبت بطريقة أخرى أن الدول المتفاوضة كانت قد اتفقت على اشتراط التصديق.

ت- إذا كان ممثل الدولة قد وقع المعاهدة شرط التصديق.
ث- إذا بدت نية الدول المعنية من وثيقة تفويض ممثلها أن يكون توقيعها مشروطاً بالتصديق على المعاهدة أو عبرت الدولة عن مثل هذه النية أثناء المفاوضات).
وتبنت هذا الاتجاه محكمة العدل الدولية في قضية أمباسيلوس حيث قضت بأن التصديق ليس شرطاً لازماً لنفاذ المعاهدة إلا إذا كان منصوصاً عليه في صلبها^(٢).

(١) أنظر: د. عبد القادر القادري، مرجع سابق، ص ١٤٧، كذلك د. علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص ٥٤٢.

(٢) نقلاً عن د. محمد يوسف علوان، مرجع سابق، ص ١٤٧، كذلك د. الشافعي محمد بشير، مرجع سابق، ص ٦٠٠ وما بعدها.

وقد قيل قديماً أن الغاية من التصديق تكمن في تحقق رئيس الدولة من أن مندوبيه لم يتجاوزوا التعليمات الصادرة إليهم^(١). أما اليوم فإن التصديق يسعى إلى إعطاء فرصة لحكومات الدول الأطراف في المعاهدة لفحصها وتمحيصها قبل التقيد بها بصفة نهائية، فقد ترى الحكومة أن المعاهدة التي وقع عليها مندوبها لا تصب في مصلحتها أو تنتقص من حقوقها أو قد تستجد ظروف بعد توقيعها تدعوها إلى العدول عنها، ناهيك عن أن التصديق يؤكد مبدأ التعاون والرقابة بين السلطات. صحيح أن السلطة التنفيذية اضطلعت بمهمة التفاوض والتوقيع، لكن خطورة الآثار المترتبة على الكثير من المعاهدات توجب الرقابة على السلطة التنفيذية والتعاون معها في ممارسة هذا الاختصاص.

وربما كان التصديق أحد مظاهر الديمقراطية الشعبية أو التمثيلية على الصعيد الدولي، حيث أصبح الشعب أو ممثلوها بموجب هذا النظام يشترك في إدارة الشؤون العامة بما فيها الخارجية، الأمر الذي أصبح يستوجب بالضرورة أخذ رأي الشعب مباشرة أو من خلال ممثليه في المعاهدة التي تكون الدولة طرفاً فيها أو في الأكثر أهمية منها، هذا إضافة إلى أن نقل نصوص المعاهدة إلى حيز النفاذ يستلزم في الكثير من الأحيان إصدار تشريعات جديدة أو تعديل القائم منها ما يعني تدخل السلطة التشريعية.

وعلى رأي بعض الفقه أن التصديق إجراء خارجي يوجه عادةً لمن يهمله الأمر على المستوى الدولي تعلن فيه الدولة المصدقة ارتضاؤها النهائي بالمعاهدة^(٢).

وفي رأينا أن هناك تلازم حتمي بين المبادئ الديمقراطية التي يؤمن بها القابضون على السلطة وتحديد الجهة المختصة بالتصديق، بدليل أن الأنظمة الدستورية التقليدية والتي كانت ومازال بعضها يفرد الرئيس بغالبية الصلاحيات

(١) Voir Charles Rousseau – Droit International public – Tome I- Introduction et sources – Sirey – Paris – 1970 – P.91.

(٢) أنظر: د. علي إبراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٥٤، كذلك د. حامد سلطان و د. عائشة عبد الرحمن راتب و د. صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٤٠ وما بعدها.

الهامة، خصت الرئيس بصلاحيه المصادقة على المعاهدات في حين تنتج الأنظمة الديمقراطية صوب أفراد الشعب أو السلطة التشريعية بهذه المهمة أو تشرك الرئيس والسلطة التشريعية بها تعبيراً عن التعاون بين السلطات.

الفرع الثاني

السلطة المختصة بالتصديق في الدساتير العربية

الملاحظ أن الدساتير العربية توزعت في تحديدها للسلطة المختصة بالتصديق بين أربع اتجاهات، اتجاه أسند هذه المهمة لرئيس الدولة. وآخر أناطها بالسلطة التشريعية، وثالث أشرك فيها السلطة التشريعية ورئيس الدولة، وأخير تركها للشعب تعبيراً عن الديمقراطية الشعبية أو نظراً لأهميتها وخطورتها كونها تتعلق في بعض الأحيان بتحديد مصير الدولة أو تتصل بإحدى الشؤون الهامة. وسوف نبحث في موقف الدساتير العربية من الجهة المختصة بالتصديق تباعاً:-

أولاً: التصديق من اختصاص السلطة التنفيذية أو رئيس الدولة: وعلى حسب هذا الاتجاه تنفرد السلطة التنفيذية أو إحدى فروعها (رئيس الدولة) بصلاحيه المصادقة على المعاهدة الدولية، وعلى رأي بعض الفقه أن هذا الأسلوب اقترن بالأنظمة الملكية والمطلقة منها على وجه الخصوص. وفي رأينا أن ما ذهب إليه هذا الفريق من الفقه أمر محل نظر بدليل أن هناك من الأنظمة الجمهورية من يسند هذه المهمة للسلطة التنفيذية ومن بينها الدستور الإماراتي النافذ لسنة ١٩٧١ (يتولى المجلس الأعلى للاتحاد الأمور التالية ٥- التصديق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، ويتم هذا التصديق بمرسوم)^(١).

ونظراً لأهمية وخطورة هذا الاختصاص، فقد حظر الدستور الإماراتي تفويضه لأي فرع تنفيذي آخر (للمجلس الأعلى أن يفوض رئيس الاتحاد ومجلس الوزراء

(١) م(٥/٤٧) من الدستور الإماراتي النافذ لسنة ١٩٧١ والجدير بالذكر أن المجلس الأعلى للاتحاد يتكون من حكام جميع الإمارات المكونة للاتحاد أو من يقوم مقامهم في إماراتهم في حالة غيابهم وتعذر حضورهم، ويمكن إمارة صوت واحد في مداولات المجلس م(٤٦).

مجتمعين في إصدار ما يقتضي الأمر إصداره في غيبة المجلس الأعلى من المراسيم التي يختص المجلس المذكور بالتصديق عليها على ألا يشكل هذا التفويض الموافقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية (.....)(^(١)).

ثانياً: التصديق من اختصاص رئيس الدولة والسلطة التشريعية كل على وجه الاستقلال:

ميزت بعض الدساتير بين المعاهدات من حيث السلطة المختصة بتصديقها، ففي الوقت الذي أفردت الرئيس بتصديق بعض المعاهدات، خصت السلطة التشريعية بتصديق المعاهدات الأكثر أهمية، ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الاتجاه الدستور الموريتاني الملغى لسنة ١٩٩١ (يمضي رئيس الجمهورية المعاهدات ويصدقها)(^(٢)). (معاهدات السلم ومعاهدات التجارة كلها لا يمكن التصديق عليها إلا بموجب قانون)(^(٣)). والدستور المغربي لسنة ١٩٩٦ (يوقع الملك المعاهدات ويصادق عليها غير أنه لا يصادق على المعاهدات التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة إلا بعد الموافقة عليها بقانون فتقع المصادقة على المعاهدات التي يمكن أن تكون غير متفقة مع نصوص الدستور بإتباع المسطرة)(^(٤)). والدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ (يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية: ٩- يبرم المعاهدات ويصادق عليها)(^(٥)). (يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة بعد أن توافق عليها كل غرفة في البرلمان صراحة)(^(٦)).

(^(١)) أنظر: م(١١٥) من الدستور الإماراتي.

(^(٢)) م(٣٦) من الدستور الموريتاني الملغى لسنة ١٩٩١.

(^(٣)) م(٧٨) من الدستور الموريتاني الملغى لسنة ١٩٩١.

(^(٤)) الفصل (٣١) من الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦.

(^(٥)) م(٩/٧٧) من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦.

(^(٦)) م(١٣١) من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦.

والدستور الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢ (يتولى رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه من الوزراء المفاوضة في عقد المعاهدات الدولية، ويطلع رئيس الدولة على سير المفاوضات على أن يقترن عقد المعاهدات الدولية بموافقة مجلس الوزراء وتصديق الرئيس إن المعاهدات والاتفاقات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات لا تكون نافذة إلاّ بعد موافقة المجلس النيابي عليها وتصديق الرئيس).

والدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦ (يتولى رئيس الجمهورية المفاوضة في عقد العاهدات الدولية وإبرامها بالاتفاق مع رئيس الحكومة ولا تصبح مبرمة إلاّ بعد موافقة مجلس الوزراء، وتطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تمكنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة، أما المعاهدات التي تنطوي على شرط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة فلا يمكن إبرامها إلاّ بعد موافقة مجلس النواب)^(١). والدستور المصري لسنة ١٩٧١ (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير واردة في الموازنة تجب موافقة مجلس الشعب عليها)^(٢).

والدستور القطري لسنة ٢٠٠٣ (يبرم الأمير المعاهدات والاتفاقيات بمرسوم، ويبلغها لمجلس الشورى مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة أو الاتفاقية قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والمعاهدات المتعلقة بإقليم الدولة أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة أو التي تتضمن تعديلاً لقوانين الدولة يجب لنفاذها أن تصدر بقانون)^(٣). والدستور البحريني لسنة ٢٠٠٢ (يبرم الملك المعاهدات بمرسوم ويبلغها

(١) م(٥٢) من الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦.

(٢) م(١٥١) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١.

(٣) م(٦٨) من الدستور القطري لسنة ٢٠٠٣.

إلى مجلسي الشورى والنواب فوراً مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية. على أن معاهدات الصلح والتحالف، والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة ومعاهدات التجارة والملاحة الإقامة والمعاهدات التي تحمل خزنة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو التي تتضمن تعديلاً لقوانين البحرين يجب لنفاذها أن تصدر بقانون^(١). والدستور الكويتي (يبرم الأمير المعاهدات ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليه ونشرها في الجريدة الرسمية، على أن معاهدات الصلح والتحالف والمعاهدات المتعلقة بأراضي الدولة أو ثرواتها الطبيعية أو بحقوق السيادة أو حقوق المواطنين العامة أو الخاصة ومعاهدات التجارة والملاحة والإقامة والمعاهدات التي تحمل خزنة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية أو التي تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت يجب لنفاذها أن تصدر بقانون)^(٢).

ثالثاً: التصديق من اختصاص السلطة التشريعية: وفقاً لهذا الاتجاه، تنفرد السلطة التشريعية بصلاحية المصادقة على المعاهدات الدولية دون مشاركة السلطة التنفيذية باعتبار أن السلطة التشريعية تمثل الشعب وهي الأقدر على الاضطلاع بهذه المهمة والمصادقة على المعاهدة التي تصب في مصلحة الدولة ورفض تلك التي من شأنها المساس بمصالحها، ومن بين الدساتير العربية التي تبنت هذا الاتجاه شأنها المساس بمصالحها، ومن بين الدساتير العربية التي تبنت هذا الاتجاه الدستور السوري لسنة ١٩٧٣ (يتولى مجلس الشعب الاختصاصات التالية: ٥- إقرار المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة، وهي معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي تتعلق بحقوق السيادة أو الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية وكذلك المعاهدات والاتفاقيات التي تحمل خزنة

(١) م(٣٧) من الدستور البحريني لسنة ٢٠٠٣.

(٢) م(٧٠) من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢.

الدولة نفقات غير واردة في موازنتها أو التي تخالف القوانين النافذة التي يتطلب نفاذها إصدار تشريع جديد^(١). والدستور التونسي لسنة ١٩٨٩ (المعاهدات لا تعد نافذة المفعول إلا بعد المصادقة والمعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذاً من القوانين)^(٢). (تقع المصادقة على المعاهدات بمقتضى القانون)^(٣). والدستور السوداني لسنة ٢٠٠٥ (٣- يكون المجلس الوطني مختصاً بالآتي: د- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية)^(٤). والدستور اليمني لسنة ١٩٩٠ (يصادق مجلس النواب على المعاهدات والاتفاقيات السياسية)^(٥).

رابعاً: التصديق من اختصاص الرئيس والسلطة التشريعية مجتمعاً: وفقاً لهذا الاتجاه تتم المصادقة على المعاهدات باتفاق السلطة التشريعية ورئيس الدولة، وبعد الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ الدستور العربي الوحيد الذي تبنى هذا الاتجاه (يختص مجلس النواب بما يأتي: رابعاً - تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)^(٦). (يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الآتية: ثانياً- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بعد موافقة مجلس النواب، وتعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها)^(٧). ومن استعراض هذين النصين يبدو أن مجلس النواب يضطلع بالدول الفعلي بعملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وليس لرئيس الجمهورية في ذلك سوى دور شكلي بروتوكولي، بدليل أن المادة (٧٣) من الدستور تفترض المصادقة على المعاهدة من قبل رئيس الجمهورية بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ إحالتها عليه وما يؤكد ما نذهب إليه أن المادة (٨٨) من النظام

(١) م(٧١) من الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.

(٢) الفصل (٣٢) من الدستور التونسي لسنة ١٩٨٩.

(٣) الفصل (٣٣) من الدستور التونسي لسنة ١٩٨٩.

(٤) م(١/٩١/د) من الدستور السوداني لسنة ٢٠٠٥.

(٥) م(٩١) من الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠.

(٦) م(٦١/رابعاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

(٧) م(٧٣/ثانياً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

الداخلي لمجلس النواب تنص على أنه (لجنة العلاقات الخارجية:- تختص هذه اللجنة بما يأتي:- رابعاً- دراسة الاتفاقات والمعاهدات السياسية بالتعاون مع اللجنة القانونية)، كما تنص المادة (١٢٧) من نفس النظام على أنه (تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب).

والملاحظ أن نص المادة (٨٨) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي يبدو وكأنه متعارض في صياغته وفحواه ونص المادتين (٦١/رابعاً) من الدستور والمادة (١٢٧) من النظام الداخلي، حيث حددت المادة (٨٨) من النظام الداخلي اختصاص لجنة العلاقات الخارجية في مجلس النواب بدراسة الاتفاقيات والمعاهدات السياسية الدولية، في الوقت الذي ذهبت فيه المادة (٦١/رابعاً) من الدستور والمادة (١٢٧) من النظام الداخلي إلى أن مجلس النواب يختص بالمصادقة على جميع المعاهدات والاتفاقيات الدولية دون تحديد نوع منها بعينه. ومن المؤكد أن لا مجال هنا لأعمال قاعدة الخاص يقيد العام ولكن أعمال قاعدة التدرج القانوني التي تقضي بالضرورة تغليب النص الدستوري على ما سواه من النصوص، وبالتالي فإن مجلس النواب يختص بالمصادقة على جميع المعاهدات السياسية منها وغير السياسية.

خامساً- التصديق من اختصاص الشعب (الاستفتاء): تماشياً مع الاتجاه الدستوري الحديث القاضي بإشراك الشعب مباشرة في اتخاذ القرارات الهامة والمصيرية منها. ظهر اتجاه دستوري عربي حديث يشرك الشعب في المصادقة على بعض المعاهدات من خلال الاستفتاء عليها. ومن المؤكد أن مثل هذا الاتجاه يسعى إلى فرض الرقابة الشعبية على الحكومة وهي تبرم بعض المعاهدات التي قد ترتب آثاراً خطيرة على الدولة وسيادتها أو تتال من استقلالها أو تحمل ميزانيتها أعباء لا تتناسب والمكاسب التي قد تعود عليها.

ويعد تحديد صلاحية الشعب في الاستفتاء على بعض المعاهدات دون غيرها أمراً منطقياً، باعتبار أن الاستفتاء على جميع المعاهدات بغض النظر عن أهميتها يعد أمراً مستحيلاً لكثرة عددها وما يستلزمه الاستفتاء من وقت وجهد ونفقات.

ومن الدساتير العربية التي تبنت هذا الاتجاه، الدستور الموريتاني الملغى لسنة ١٩٩١ (معاهدات السلم والاتحاد ومعاهدات التجارة والمعاهدات والاتفاقيات المتعلقة بالتنظيم الدولي وتلك التي تلزم مالية الدولة والمعاهدات الناسخة أحكاماً ذات طابع تشريعي وتلك المتعلقة بحدود الدولة كلها لا يمكن التصديق عليها إلا بموجب قانون ولا تصبح هذه المعاهدات نافذة المفعول إلا بعد تصديقها أو الموافقة عليها، فلا صحة للتنازل عن جزء من الأراضي الإقليمية أو تبديله أو ضمه بدون رضى الشعب الذي يدلي برأيه عن طريق الاستفتاء^(١)). والدستور التونسي لسنة ١٩٨٩ (الرئيس الجمهورية أن يعرض على الاستفتاء أي مشروع قانون يتعلق بتنظيم السلطة العمومية أو يرمي إلى المصادقة على معاهدة يمكن أن يكون لها تأثير على سير المؤسسات دون أن يكون كل ذلك مخالفاً للدستور^(٢)). والدستور الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢ (....) وأما المعاهدات التي يترتب عليها مساس باستقلال الدولة أو سلامة أراضيها فلا تكون نافذة إلا بعد إجراء الاستفتاء الشعبي العام عليها^(٣). وتماشياً مع تبني الدساتير العربية المعاصرة لمبدأ الاستفتاء في إقرار الدستور وتعديله^(٤)، وتجنباً لتفرد السلطة التنفيذية وعدم خبرة المجالس النيابية في الشؤون الخارجية، كان الأولى بالدساتير العربية تبني مبدأ الاستفتاء في إقرار المعاهدات الهامة أو ذات الطابع الخاص.

الفرع الثالث

(١) م(٤٦) من الدستور الموريتاني الملغى لسنة ١٩٩١.

(٢) فصل (٤٧) من الدستور التونسي لسنة ١٩٨٩.

(٣) م(١٢٤) من الدستور الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢.

(٤) راجع م(١٥٦-١٥٧) من الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠ و م(١٨٨-١٨٩) من الدستور الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢ و م(١٨٩-١٩٣) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ و م(١٣٨-١٣٩) من الدستور السوداني لسنة ١٩٩٨ و م(١٠٠) من الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١ الملغى والفصل (١٠٥) من الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦ و م(١٧٤-١٧٦-١٧٧) من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ و م(١٢٦ ثانياً، ثالثاً، رابعاً) و م(١٤٢/ثالثاً، رابعاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

صلاحيات السلطة التشريعية تجاه المعاهدات الدولية

للسلطة التشريعية بموجب قواعد القانون الدولي والدستوري صلاحيات رقابية محددة تجاه المعاهدات المعروضة عليها للمصادقة.

فهي إما أن تصادق عليها بالصيغة المعروضة دون نقاش فعلي أو تحفظ وهو الاحتمال الأغلب في بلدان العالم الثالث وتحديداً في البلاد العربية، بفعل هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية بحيث لا يكون للأخيرة سوى المصادقة على ما أبرمته الأولى.

أو قد تأتي المصادقة الشكلية بفعل عدم التصديق والخبرة في المجال الدولي، إذ نادراً ما تضم البرلمانات العربية أعضاء متخصصون في هذا المجال، وإن ضمت مثل هذه الكفاءات غالباً ما تستبعد لكي لا تشكل عائقاً أو رقيباً فعلياً على السلطة التنفيذية.

وبعيداً عن المصادقة، فقد أرست قواعد القانون الدولي مبادئ وصلاحيات رقابية محددة تشترك فيها كافة برلمانات العالم، العاملة منها في ظل أنظمة ديمقراطية وتلك الخاضعة لأنظمة شمولية دكتاتورية.

وسوف نركز في هذا الموضوع من البحث على الصلاحيات القانونية بعيداً عن تلك الخاضعة للاعتبارات السياسية^(١).

أولاً- الامتناع عن التصديق:- ينصرف معنى الامتناع هنا، إلى رفض السلطة التشريعية المصادقة على المعاهدة في الدساتير التي تخولها هذه الصلاحية. ويذهب

(١) قد تعلق السلطة التشريعية مصادقتها على المعاهدة على تحقيق مكاسب سياسية وفرض شروط ذات طابع سياسي على شريكها الآخر (التصديق المشروط)، من ذلك مثلاً تعليق البرلمان الفرنسي مصادقته على معاهدة حسن الجوار المعقودة مع ليبيا عام ١٩٥٦ على مصادقة الأخيرة على معاهدة ترسيم الحدود مع الجزائر.

أنظر د. محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المجلد الأول - القاعدة القانونية - مؤسسة الشباب الجامعة للطباعة والنشر - ١٩٧٢ - ص ٣١٣. ومن ذلك أيضاً تعليق البرلمان الإيطالي مصادقته على معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية عام ١٩٧٩ على غبرام الوكالة الدولية للطاقة الذرية مع الجماعة الأوروبية للطاقة الذرية (اليوراتوم).

جانب من الفقه إلى أن الامتناع عن التصديق بقصد الإضرار بالطرف الآخر يشكل تعسفاً في استعمال الحق ويرتب المسؤولية الدولية على الدولة الممتنعة^(١). لكن هذا الرأي لم يجد له صدى على صعيد الفقه والقضاء الدولي. إذ ذهب غالبية الفقه الدولي إلى الامتناع عن التصديق لا يترتب المسؤولية الدولية بحال من الأحوال وإن كان عملاً غير ودي ولاسيما إن لم يكن له ما يبرره وبذات الاتجاه ذهب القضاء الدولي، ففي قضية المصالح اللمانية في سيليزيا العليا (بولندا) لم تقر المحكمة الدائمة للعدل الدولي مسألة حصول التعسف في استعمال الحق نتيجة لامتناع الدولة عن التصديق بعد توقيعها للمعاهدة^(٢).

ونرى أن الامتناع عن التصديق يبدو أمراً شكلياً أكثر منه فعلياً في الدساتير النافذة في ظل أنظمة دكتاتورية، لكنه اختصاص بالغ الأهمية والخطورة في ظل أنظمة الحكم الديمقراطية، بل أنه كثيراً ما انتهى إلى إحراج الحكومات ورؤساء الدول، من ذلك مثلاً رفض الكونغرس عام ١٩٢٠ المصادقة على معاهدة فرساي لعام ١٩١٩ المنشئة لعصبة الأمم بالرغم من أن الرئيس الأمريكي (وودرو ولسن) كان مهندس هذه الاتفاقية واللوب المحرك لها.

وقد يستخدم هذا السلاح وسيلة للضغط على السلطة التنفيذية أو رئيسها في البلدان حديثة العهد بالديمقراطية أو تلك التي تهيمن على حياتها الدستورية والسياسية التوافقات السياسية، أو التي تتشكل فيها الحكومة من أحزاب متألفة متنافرة لا يجمع بينها سوى تشكيل الحكومة واقتسام مناصبها، فمثل هذه الحكومة غالباً ما تطفو خلافاً أطرافها على سطح الحياة النيابية بعد فترة وجيزة من تشكيلها ويسعى بعض أطرافها من خلال البرلمان إلى إسقاطها رغبة في انتخابات مبكرة قد تحصل فيها على أغلبية نيابية مريحة تمكنها من تشكيل الحكومة بمفردها أو بالائتلاف مع حزب أو كتلة نيابية أخرى.

(١) أنظر جورج سل - نقلاً عن د. عبد القادر القادري - هامش ص ٤٥. وكذلك د. محمد يوسف علوان - مرجع سابق - ص ١٥٠.

(٢) أنظر أحكام المحكمة الدائمة للعدل الدولي - مجموعة A - ١٩٢٦ - ص ٣٠ نقلاً عن د. عبد القادر القادري - مرجع سابق - هامش ص ٤٥.

ومن المؤكد أن واحداً من أهم الأسلحة النيابية تجاه الحكومة، هو سلاح الملف الدولي أو العلاقات الخارجية التي تشكل المعاهدات أبرز وسائلها، إذ قد تلجأ السلطة التشريعية إلى سلاح الامتناع عن التصديق كوسيلة لعرقله عمل الحكومة وإسقاطها، من هنا نرى أن سلاح التصديق على المعاهدات، سلاح ذو حدين، فهو وسيلة لرقابة السياسة الخارجية للحكومة في البلدان الديمقراطية أو ذات التقاليد النيابية العريقة/ ووسيلة لعرقله عمل الحكومات في البلدان حديثة العهد بالديمقراطية أو تلك التي تسودها التوافقات السياسية، كما في العراق في أعقاب سقوط بغداد عام ٢٠٠٣، حيث تشكلت أول حكومة عراقية دائمة في ظل دستور عام ٢٠٠٥ من ائتلاف عدة كتل وتيارات سياسية لا يجمع بينها سوى الرغبة في تشكيل الحكومة والمشاركة في الحكومة السياسية. ومن المؤكد أن الخلاف بين أطراف الحكومة كان أمراً متوقعاً وهو ما حدث فعلاً بعد فترة وجيزة من تشكيلها. وكان من بين أهم أسلحة التيارات النيابية في مواجهة هذه الحكومة، سلاح العلاقات الخارجية (الملف الدولي)، حيث نجحت هذه الكتل في عرقلة عمل الحكومة في المجال الدولي من خلال رفضها المصادقة على العديد من المعاهدات التي أبرمتها السلطة التنفيذية^(١).

ثانياً- التحفظ على المعاهدة:- عرفت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في المادة (٢/١/د) منها التحفظ بأنه (الإعلان من جانب واحد أياً كانت صياغته أو تسميته، الذي يصدر عن الدولة عند توقيعها أو تصديقها على المعاهدة أو عند قبولها أو موافقتها عليها أو عند انضمامها إليها الذي تستهدف به استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لأحكام معينة من المعاهدة من حيث سريانها على الدولة).

والملاحظ أن تمتع السلطة التشريعية بصلاحيات التحفظ على المعاهدات الدولية بالمعنى الذي أورده اتفاقية فيينا، حق ثبت لها بموجب القانون الدولي وإلا فأن

(١) في العراق يختص مجلس الوزراء أو من يخوله بصلاحيات التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها، (٨٠/ سادساً) من الدستور، ويشترك رئيس الجمهورية مع مجلس النواب بصلاحيات المصادقة عليها م (٧٣/ ثانياً) من الدستور كذلك م (٦١/ رابعاً) من الدستور.

الغالبية العظيمة من الدساتير العالمية والعربية إن لم نقل جميعها لا تشير لهذا الحق^(١).

ومرّ موقف القانون الدولي من الحق في التحفظ بمرحلتين، الأولى أنكر فيها المجتمع الدولي على الدول التحفظ على الالتزامات الواردة في المعاهدة، إلا إذا كانت المعاهدة تجيز التحفظ صراحة بشرط قبول كافة الدول الأطراف به، باعتبار أن المعاهدة عقد والتحفظ عرض جديد للتفاوض يتعين قبوله من قبل الدول الأطراف وإلا امتنع على الدولة المتحفظة البقاء على المعاهدة^(٢).

أما المرحلة الثانية فبدأت بصدور الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في ٢٨ أيار/مايو ١٩٥١ بمناسبة الخلاف الذي أثير بين كتلة أوروبا الشرقية آنذاك (الاتحاد السوفيتي - أوكرانيا - روسيا البيضاء - بولندا - رومانيا - تشيكوسلوفاكيا) التي تحفظت على الاختصاص الإلزامي لمحكمة العدل الدولية بالفصل في المنازعات الناجمة عن تفسير وتطبيق اتفاقية جريمة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها لعام ١٩٥١ وبين باقي الدول الأطراف التي تمسكت بعدم وجود نص صريح يجيز التحفظ.

وفي هذا الرأي الاستشاري ذهببت المحكمة إلى أن التحفظ جائز حتى مع غياب النص الصريح عليه في الاتفاقية وتعد الدولة التي اقترن رضاها النهائي بتحفظ طرفاً

(١) راجع م(٦١/رابعاً) و م(٧٣/ثانياً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، و م(٩١) من الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠، و م(٣٧) من الدستور البحريني لسنة ٢٠٠٢، و م(٦٨) من الدستور القطري لسنة ٢٠٠٣، و م(٧٠) من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢، و م(٧٦) من النظام الأساسي العماني لسنة ١٩٩٦، و م(١٥١) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١، و م(٨٠) من الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١ الملغى، والفصل (٣٢) من الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦. و م(١٣٢) من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦، و م(٤٧-١١٥) من الدستور الإماراتي لسنة ١٩٧١، و م(١٢٤) من الدستور الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢، و م(٥٢) من الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦ و م(٧١-١٠٤-١٢٧) من الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.

(٢) أنظر: د. محمد يوسف علوان، مرجع سابق، ص ١٩٠-١٩١.

في الاتفاقية طالما قبل هذا التحفظ بعض الأطراف دون البعض الآخر شريطة أن لا يكون التحفظ مخالفة لموضوع المعاهدة والغرض منها^(١).

ومع صدور اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة ١٩٦٩ حُسم أي نقاش بشأن التحفظ على بعض بنود المعاهدة (م ١٩ - ٢٣) ومن المؤكد أن هذا الاتجاه التشريعي من شأنه توسيع المشاركة في المعاهدات المفتوحة ذات الاتجاه العالمي، ناهيك عن توائمه وحرص الدول على تأكيد سيادتها في ميدان العلاقات الخارجية. فبموجب هذا المبدأ مثلما يكون للدولة الالتزام بالمعاهدة بإرادتها، يكون لها التحرر من بعض أحكامها التي تتعارض ومصالحها العليا الأمر الذي يتفق وتعارض المصالح الدولية.

واستثناء ليس للدول الأطراف في المعاهدة التحفظ في إحدى الحالات التالية:

- ١- إذا كان التحفظ محظوراً بموجب نصوص المعاهدة.
- ٢- إذا كان التحفظ خارج النطاق الذي تجيزه المعاهدة.
- ٣- إذا كان التحفظ يتعارض وموضوع المعاهدة وأغراضها^(٢).

وعلى الصعيد الوطني نرى أن تحفظ السلطة التشريعية على بعض بنود المعاهدة التي أبرمها الرئيس أو السلطة التنفيذية بمناسبة المصادقة عليها يهدف بالإضافة إلى الجانب الرقابي تحقيق إحدى غايتين، الأولى، أما الدفاع عن السلطة التنفيذية وهي تمارس اختصاصها بإبرام المعاهدات، ومثل هذا الاحتمال ينهض حينما تتوحد مرجعية الأغلبية البرلمانية والسلطة التنفيذية، فتستخدم السلطة الأولى سلاح التحفظ تجاه بعض نصوص المعاهدة التي أبرمتها الثانية كوسيلة لتمريرها دون إحراج السلطة التنفيذية باعتبار أن رفض المصادقة على المعاهدة يحمل في طياته عدم توافق نصوص المعاهدة المصلحة الوطنية.

أو أن يكون التحفظ وسيلة لتأكيد عدم أحقية السلطة التنفيذية ولو نسبياً فيما أقدمت عليه (إبرامها المعاهدة) وفي رأينا أن هذا الاحتمال ينهض إذا لم تكن

(١) CIJ.Rec 1951, P.22 أنظر كذلك د. عبد القادر القادري، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٢) راجع نص م (١٩/أ - ب) من اتفاقية فيينا.

المرجعية السياسية للسلطة التنفيذية والتشريعية واحدة، أو إذا كانت مجمل مفردات الحياة السياسية والدستورية قائمة على التوافقات والتجاوزات السياسية، فتتخذ الأغلبية البرلمانية من التحفظ وسيلة للرد على موقف معين تبنته السلطة التنفيذية أو إحدى فروعها أو كوسيلة لتأكيد دور السلطة التشريعية في تقويم عمل السلطة التنفيذية.

ثالثاً - تعديل الدستور: - كثيراً ما تتعارض أحكام المعاهدة التي تبرمها الدولة وأحكام دستورها، لكن مصلحة الدولة تكمن في المعاهدة لا في التمسك بنصوص الدستور، وإزاء هذا التعارض كان لابد من تغليب أحد الاعتبارين على الآخر، أما تقديم الاعتبار القانوني (الدستور على المعاهدة) على الواقعي، أو تغليب الأخير على الأول.

(المعاهدة في الدستور) وهو ما يقضي به المنطق فلا جدوى من قانون لا يصب في مصلحة الدولة أو يهدر مصالحها.

وإذا سلّمنا جدلاً بمنطق تغليب الواقع والمصلحة على القانون كان لابد من تعديل القانون (الدستور) بما ينسجم ونصوص المعاهدة ولكن قبل المصادقة على الأخيرة (المعاهدة). كي تثار شبهة المخالفة وعدم الدستورية، هذا إضافة إلى أن هذا التعديل يحتاج إلى الكثير من المقدمات، كأخذ رأي الشعب في الدساتير التي توجب الاستفتاء على التعديل، وتعديل بعض التشريعات الرئيسية والفرعية النافذة في ظل الدستور، مع مراعاة اعتبارات الحظر الوارد في الدستور سواء ما كان منها زمنياً أو موضوعياً.

وفي هذا الموضع من البحث سنتناول بالدراسة تقديم أحكام المعاهدة على الدستور استثناءً والاعتبارات الواجب مراعاتها في تعديل الدستور:

١- أخذ رأي الشعب مباشرة أو عن طريق ممثليه (البرلمان): من خصائص القاعدة القانونية قابليتها للتطور، ما يعني أن التعديل أمر لازم، وبالتالي لا يعد من القواعد القانونية من لا يقبل التعديل بغض النظر عن نوع أو طبيعة القاعدة، علت مرتبتها أم نزلت.

وتعديل القاعدة القانونية والدستورية منها، أما أن يكون بداعي سد النقص التشريعي أو مسايمة المتغيرات والمستجدات، أو بداعي إزالة التعارض والاختلاف.

وأياً كانت الغاية من التعديل، فإن مراعاة الإجراءات التي ينص عليه القانون أمر لا غنى عنه لشرعيته. وإذا كان هذا الإجراء لازم في تعديل القاعدة القانونية عموماً، فالأولى مراعاته في تعديل القاعدة القانونية الأسمى درجة لاسيما أن مصدر هذا التعديل قاعدة دولية، أطرافها دول متعددة كثيراً ما تخشى من مساسها بالمصلحة أو السيادة الوطنية.

وانسجماً مع المبادئ الديمقراطية الواقعية منها والشكلية، جرى النص في غالبية الدساتير المعاصرة ومن بينها الدساتير العربية على إسناد مهمة تعديل الدستور للسلطة التشريعية باعتبارها ممثلة للشعب، أو للشعب مباشرة (الاستفتاء الدستوري) باعتباره صاحب السيادة، وبالتالي فليس من بين الدساتير العربية النافذة والأولى العالمية من يسند مهمة التعديل لرئيس الدولة أو للسلطة التنفيذية على وجه الانفراد^(١).

واحتراماً لقدسية الدستور وأعلويته وحفاظاً على مهابته في مواجهة القواعد الدولية، أوجبت بعض الدساتير الأوروبية قبل تعديلها لتتوافق مع المعاهدة الدولية، استفتاء الشعب على أصل المعاهدة، ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الاتجاه الدستور الجيكي والبولندي والأستوني واللاتيفي والسويدي. وحصل أن استفتيت

(١) توزعت الدساتير العربية في تحديدها السلطة المختصة بإقرار تعديل الدستور بين ثلاث اتجاهات، اتجاه أشرك السلطة التشريعية والرئيس بهذه الصلاحية. ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الاتجاه الدستور البحريني لسنة ٢٠٠٢م (١٢٠) والكويتي لسنة ١٩٦٢م (١٧٤) والإماراتي لسنة ١٩٧١م (١٤٤) والقطري لسنة ٢٠٠٣م (١٤٤) والسوري لسنة ١٩٧٣م (١٤٩) والأردني لسنة ١٩٥٢م (١/١٢٦). أما الاتجاه الثاني فأسند مهمة إقرار التعديل للسلطة التشريعية فقط. ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الاتجاه الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦م (٧٩) والدستور السوداني لسنة ٢٠٠٥م (٢/٩١) والدستور الصومالي لسنة ١٩٦٩م (١٠٤) والدستور التونسي لسنة ١٩٨٩م (فصل ٧٣) وتبنى الاتجاه الثالث مبدأ الاستفتاء الدستوري كأساس لإقرار التعديل. ومن بين الدساتير التي أخذت بهذا الأسلوب الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م (١٢٢/ثانياً) والدستور اليمني لسنة ١٩٩٩م (١٥٦) والدستور الموريتاني الملغى لسنة ١٩٩١م (١٠٠) والدستور الموريتاني لسنة ٢٠٠٦م والدستور المغربي لسنة ١٩٩٦.

شعوب هذه الدول على الانضمام للاتحاد الأوروبي قبل تعديل دساتيرها، فجاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة لهذا الانضمام^(١). الأمر الذي أوجب تعديل دساتيرها لتتسجم ومعاودة الاتحاد الأوروبي لسنة ١٩٥٧.

ومثل هذا الاستفتاء جرى في فرنسا (٢٩/٥/٢٠٠٥) وهولندا (١/٦/٢٠٠٥) ولكن بمناسبة الانضمام للدستور الموحد للاتحاد الأوروبي، وجاءت نتيجة الاستفتاء رافضة لهذا الانضمام في كلتا الدولتين^(٢).

والملاحظ أن ليس من بين الدساتير العربية من تبني هذا الاتجاه التشريعي ونرى أن تبني هذا الاتجاه هو إحدى إفرازات الديمقراطية الفعلية التي تشرك الشعب عادة في مناقشة المسائل الهامة واتخاذ القرارات بشأنها.

٢- مراعاة الحظر الوارد في الدستور (الموضوعي - الزمني): لا يكفي التعديل الدستور بموجب النصوص الدولية، التأييد الشعبي، ولكن لابد من مراعاة الحظر الوارد في الدستور لاسيما إذا كان الدستور صادر عن طريق الاستفتاء الشعبي. وفي رأينا أن هذا المبدأ يصدق على الحظر الزمني (اللاحق لنفاذ الدستور - الحظر في ظل الظروف الاستثنائية) من ذلك الحظر الوارد في الدستور البلجيكي لسنة ١٩٩٣ (لا يمكن إجراء أي مراجعة دستورية في أوقات الحرب أو عندما لا يتمكن المجلسان من الاجتماع بحرية في الأراضي الاتحادية)^(٣). والحظر

(١) في ٢٠٠٣/٣/١٤ استفتى الشعب الجيكي على الانضمام لمعاهدة الاتحاد الأوروبي وجاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة بنسبة ٨٣٪ وفي ٢٠٠٣/٣/١٢ استفتى الشعب البولندي على الانضمام لنفس المعاهدة وجاء نتيجة الاستفتاء مؤيدة بنسبة ٨١,٧٪ ومثل هذا الاستفتاء جرى في استونيا في نفس العام وجاءت نتيجته مؤيدة بنسبة ٦٧٪ وكذلك في لاتفيا في نفس العام وجاءت نتيجته لصالح الانضمام بنسبة ٧٠٪ وكذلك في السويد التي أيد شعبها هو الآخر الانضمام بنسبة ٥٥٪.

(٢) رفض الشعب الفرنسي الانضمام للدستور الموحد للاتحاد الأوروبي بنسبة ٥٥٪ الأمر الذي انتهى إلى استقالة حكومة (ريفيرا) في حين بلغت النسبة التي عارضت الانضمام هذا الدستور في هولندا ٦٣٪.

(٣) م (١٩٦) من الدستور البلجيكي لسنة ١٩٩٣.

الموضوعي النسبي الذي يسعى إلى حماية المصالح العليا للدولة أو شعبها، كالحظر الوارد في الدستور الفنزولي لسنة ١٩٩٩ (لا يمكن مطلقاً التنازل عن ارض الدولة أو بيع شواطئها أو تأجيرها أو رهنها بأي شكل من الأشكال ولا حتى مؤقتاً أو جزئياً لدولة أجنبية، ولا لشخصيات اعتبارية أخرى حسب القانون الدولي، الفضاء الخارجي الفنزولي منطقة سلام لا يمكن إنشاء قواعد عسكرية أجنبية أو تجهيزات يكون لها بأي شكل من الأشكال)^(١). والقانون الأساسي الألماني (كل مراجعة لهذا القانون القانون الأساسي تمس تنظيم الفيدرالية في لاندز ومبدأ مساهمة اللاندر في التشريع والمبادئ المعلنة في المواد ١ و ٢٠ محظورة)^(٢). والدستور الإيطالي (المبادئ الأساسية للنظام الدستوري والحقوق غير القابلة للتصرف للشخص الإنساني لا يمكن أن تكون موضع بحث في تعديل على الدستور). وبذات الاتجاه ذهبت المحكمة العليا الأمريكية في قضية (ويد كوفر) عام ١٩٥٧ حيث قضت بعدم مشروعية أي معاهدة من شأنها المساس بالحقوق الفردية المعترف بها في الدستور الأمريكي.

ويثار التساؤل بشأن مدى التقييد بالحظر الموضوعي الوارد في الدستور إذا ما تعارض هذا الحظر وبنود المعاهدة الدولية وكان يسعى لتحقيق مصالح خاصة تتعلق بالقابض على السلطة وصلاحياته، ومثل هذا الحظر ورد في العديد من الدساتير العربية، كالدستور الكويتي (الأحكام الخاصة بالنظام الأميري الكويتي لا يجوز تنقيحها)^(٣). (صلاحيات الأمير المبينة في هذا الدستور لا يجوز اقتراح تنقيحها في فترة النيابة عنه)^(٤). والدستور الأردني (لا يجوز إدخال أي تعديل على الدستور مدة قيام الوصايا بشأن حقوق الملك ووراثته)^(٥). والدستور القطري (اختصاصات الأمير المبينة في هذا الدستور لا يجوز طلب تعديلها في فترة النيابة

(١) م(١٣) من الدستور الفنزولي لسنة ١٩٩٩.

(٢) م(٣/٧٩) من القانون الأساسي الألماني لسنة ١٩٤٩.

(٣) م(١٧٥) من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢.

(٤) م(١٧٦) من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢.

(٥) م(٢/١٢٦) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.

عنه^(١) والدستور البحريني (..... د- صلاحيات الملك المبينة في هذا الدستور لا يجوز اقتراح تعديلها في فترة النيابة عنه)^(٢).

وللإجابة على هذا التساؤل لابد من التمييز بين الجانب النظري والواقع العملي، فمن الناحية النظرية وانطلاقاً من المصالح العليا للدولة يجب ألا يشكل هذا الحظر مانعاً من تعديل الدستور طالما كانت المعاهدة في صالح الدولة أو تسعى لتحقيق مصالح عليا وكان الحظر يسعى لتحقيق مصالح خاصة (القابض على السلطة). أما من الناحية الواقعية فإن مثل هذا التعارض أمر مستبعد ابتداءً، فمن غير المعقول أن تبرم السلطة التنفيذية أو الرئيس معاهدة من شأنها المساس بصلاحياته أو امتيازاته.

المطلب الثاني

رقابة الهيئة المستقلة (المجلس الدستوري)

على حد سواء مع الرقابة على دستورية القوانين، أسندت بعض الدساتير العربية مهمة الرقابة على دستورية المعاهدات لهيئة مستقلة (المجلس الدستوري) مقتفية بذلك أثر الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨^(٣).

(١) م (١٤٧) من الدستور القطري لسنة ٢٠٠٣.

(٢) م (١٢٠/د) من الدستور البحريني لسنة ٢٠٠٢.

(٣) الملاحظ أن الدستور الموريتاني والمغربي كانا قد تأثرا إلى حد بعيد بدستور الجمهورية الخامسة الفرنسي، لاسيما فيما يتعلق بتشكيل المجلس (اشتراك رئيس الجمهورية ورئيس مجلسي البرلمان بتعيين الأعضاء). فبموجب الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١ الملغى يتألف المجلس الدستوري من (٦) أعضاء، يعين رئيس الجمهورية (٣) منهم ويختار رئيس الجمعية الوطنية (٢) منهم ويعين رئيس مجلس الشيوخ (١)، ويختار رئيس الجمهورية رئيس المجلس (م ٨١). أما في المغرب فيتألف هذا المجلس من (١٢) عضواً، يعين الملك (٦) منهم ويتقاسم رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين تعيين الـ (٦) الآخرين مناصفة (م ٧٩) ويعين الملك رئيس المجلس من بين الأعضاء الذين اختارهم. وخلافاً للدستورين الموريتاني و المغربي، خرج الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ وقانون المجلس الدستوري اللبناني عن فلك الدستور الفرنسي فيما يتعلق بتشكيل المجلس، حيث تألف المجلس الدستوري اللبناني من عشرة أعضاء، يعين مجلس النواب نصفهم بالأكثرية المطلقة لعدد الأعضاء الذين تألف منهم قانوناً في الدورة الأولى وبالأكثرية

وتبنى هذا النوع من الرقابة كل من الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦ والموريتاني الملغى لسنة ١٩٩١ والمغربي لسنة ١٩٩٦ والجزائري لسنة ١٩٩٦. والملاحظ أن كل دستور من هذه الدساتير تبنى اتجاه معين من حيث تحديد القيمة القانونية للمعاهدة، وكون الرقابة إلزامية أم اختيارية ووقت إثارة الدفع بعدم الدستورية.

فمن حيث القيمة القانونية للمعاهدة، وضع الدستور الجزائري والموريتاني المعاهدة في مكان أسمى من القانون وأقل درجة من الدستور^(١). ما يعني عدم جواز مخالفة المعاهدة للدستور بحال من الأحوال وإلا خضعت لرقابة المجلس الدستوري (يفصل المجلس الدستوري بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين)^(٢). (إذا ما أعلن المجلس الدستوري بناءً على طلب من رئيس الجمهورية أن التزاماً دولياً يتضمن بنداً مخالفاً للدستور توقف الترخيص في تصديق هذا البند أو الموافقة عليه ما لم تقع مراجعة الدستور)^(٣).

وعلى خلاف الدستورين الجزائري والموريتاني، لم يحدد الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦ والمغربي لسنة ١٩٩٦، القيمة القانونية للمعاهدة بالنسبة للدستور والقانون، لكن المكانة التشريعية للمعاهدة يمكن استنتاجها من خلال الرجوع إلى نصوص

النسبية من أصوات المقترعين في الدورة الثانية وإذا تساوت الأصوات فالأكبر سناً يعتبر منتخبا، ويعين مجلس الوزراء النصف الآخر بأكثرية ثلثي أعضاء الحكومة (م ٢) معدلة من قانون المجلس الدستوري).

أما المجلس الدستوري الجزائري فقد تألف من (٩) أعضاء، انفرد الرئيس بتعيين (٣) منهم أحدهم يترأس المجلس واختص المجلس الشعبي الوطني بتعيين (٢). كما يعين مجلس الأمة (٢) ويعين مجلس الدولة أحد الأعضاء أما العضو الأخير فتختاره المحكمة العليا (م ١٦٤). والجدير بالذكر أن المجلس الدستوري الفرنسي يتألف من (٩) أعضاء يتقاسم رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ تعيينهم. ويرأس هذا المجلس من يختاره رئيس الجمهورية، وبحكم المنصب يكون رؤساء الجمهورية السابقين أعضاء في المجلس.

(١) أنظر م(١٣٢) من الدستور الجزائري و م(٨٠) من الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١ الملغى.

(٢) فصل(٨١) من الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦.

(٣) م(٧٩) من الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١ الملغى.

الدستورين وقوانين المجلس الدستوري، فقد نصت المادة (٥٢) من الدستور اللبناني على أنه (يتولى رئيس الجمهورية المفاوضة في عقد المعاهدات الدولية وإبرامها بالاتفاق مع رئيس الحكومة وتطلع الحكومة مجلس النواب عليها حينما تمكنها من ذلك مصلحة البلاد وسلامة الدولة، أما المعاهدات التي تنطوي على شرط تتعلق بمالية الدولة والمعاهدات التجارية وسائر المعاهدات التي لا يجوز فسخها سنة فسنة فلا يمكن إبرامها إلاّ بموافقة مجلس النواب). ونصت المادة الأولى من قانون المجلس الدستوري لسنة ١٩٩٣ المعدل بقانون ١٥٠ لسنة ١٩٩٩ على أنه (تنفيذاً لأحكام المادة ١٩ من الدستور ينشأ مجلس يسمى المجلس الدستوري مهمته مراقبة دستورية القوانين وسائر النصوص التي لها قوة القانون). ونصت المادة (١٨) من نفس القانون على أنه (يتولى المجلس الدستوري الرقابة على دستورية القوانين وسائر النصوص التي لها قوة القانون).

أما الدستور المغربي فنص في الفصل الحادي والثلاثون منه على أنه (١- يوقع الملك المعاهدات ويصادق عليها غير أنه لا يصادق على المعاهدات التي تترتب عليها تكاليف تلزم مالية الدولة إلاّ بعد الموافقة عليها بقانون. ٢- تقع المصادقة على المعاهدات التي يمكن أن تكون غير متفقة مع نصوص الدستور بإتباع المسطرة المنصوص عليها فيما يرجع لتعديله).

ولم يقتصر التباين بين الدساتير العربية التي تبنت رقابة المجلس الدستوري على دستورية المعاهدات، على تحديد القيمة القانونية للمعاهدة، لكنها اختلفت أيضاً في وقت إثارة الدفع بعدم الدستورية. فتنبى كل من الدستور المغربي على أنه (يمارس المجلس الدستوري الاختصاصات المسندة إليه بفصول الدستور أو بأحكام القوانين التنظيمية، ويفصل بالإضافة إلى ذلك في صحة انتخاب أعضاء مجلس النواب وعمليات الاستفتاء وتحال القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها والنظام الداخلي لكل من مجلسي البرلمان قبل الشروع في تطبيقه إلى المجلس الدستوري ليبت في مطابقتها للدستور وللملك أو الوزير الأول أو لرئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين أو ربع أعضاء مجلس النواب أو أعضاء مجلس المستشارين أن يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المجلس الدستوري

ليبت في مطابقتها للدستور^(١)). ونص الدستور الجزائري على أنه (إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا يتم التصديق عليها)^(٢). أما الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١ الملغى فنص على أنه (تقدم للمجلس الدستوري القوانين النظامية قبل إصدارها والنظم الداخلية للغرفتين البرلمانيتين قبل تنفيذها وذلك للبت في مطابقتها للدستور وكذلك لرئيس الجمهورية ولرئيس الجمعية الوطنية ولرئيس مجلس الشيوخ ولثلث "٣/١" نواب الجمعية الوطنية وثلث أعضاء مجلس الشيوخ تقديم القانون قبل إصداره للمجلس الدستوري)^(٣).

وبخلاف الدستور المغربي والجزائري والموريتاني، تبنى قانون المجلس الدستوري اللبناني الرقابة اللاحقة فقط، فقد نصت المادة (٣١) من النظام الداخلي للمجلس الدستوري اللبناني على أنه (يقدم الطعن إلى رئيس المجلس الدستوري بموجب استدعاء موقع من المرجع المختص شخصياً خلال خمسة عشر يوماً تلي تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية أو في إحدى وسائل النشر المعتمدة قانوناً).

واتفق الدستور المغربي والجزائري والموريتاني واللبناني على أن تكون رقابة المجلس الدستوري على دستورية القوانين والمعاهدات اختيارية جوازية، فقد نصت المادة (٧٩) من الدستور الموريتاني على أنه (إذا ما أعلن المجلس الدستوري بناءً على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الجمعية الوطنية أن التزاماً دولياً يتضمن بنداً مخالفاً للدستور توقف التراخيص في تصديق هذا البند). أما الدستور المغربي فنص على أنه (..... وللملك أو الوزير الأول أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين أو ريع أعضاء مجلس النواب أو أعضاء مجلس المستشارين أن يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المجلس الدستوري

(١) أنظر م(٦٥) من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦.

(٢) م(١٦٨) من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦.

(٣) م(٨٦) من الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١ الملغى. (إذا أعلن المجلس الدستوري بناءً على طلب من رئيس الجمهورية أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو "٣/١" النواب أو الشيوخ أن التزاماً دولياً يتضمن بنداً مخالفاً للدستور توقف التراخيص في تصديق هذا البند أو الموافقة عليه ما لم تقع مراجعة للدستور).

ليبت في مطابقتها للدستور^(١). ونص الدستور الجزائري على أنه (.....) يبيدي المجلس الدستوري بعد أن يخطره رئيس الجمهورية، رأييه وجوباً في دستورية بعد أن يصادق عليها البرلمان^(٢). وبذات الاتجاه ذهب قانون المجلس الدستوري اللبناني (لكل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء ولعشرة أعضاء من مجلس النواب على الأقل مراجعة المجلس الدستوري فيما يتعلق بمراقبة دستورية القوانين)^(٣). وبذات الاتجاه ذهب النظام الداخلي للمجلس (يقدم الطعن إلى رئيس المجلس الدستوري بموجب استدعاء موقع من المرجع المختص شخصياً خلال خمسة عشر يوماً تلي تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية أو في إحدى وسائل النشر المعتمدة قانوناً)^(٤).

المطلب الثالث

رقابة القضاء على دستورية المعاهدات

ينصرف معنى هذا النوع من الرقابة على دستورية المعاهدات، إلى خضوع المعاهدة قبل أو بعد تصديقها لرقابة المجلس الدستوري، للتحقق من مدى مطابقتها لأحكام الدستور النافذ. وفي رأينا أن مثل هذه الرقابة من صميم اختصاص القضاء باعتبار أن أصل الوظيفة القضائية تنصب على فض المنازعات، وقد يكون طرفا النزاع الدستور والمعاهدة، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى قد تتحد السلطة التشريعية والتنفيذية في مرجعيتها السياسية ومثل هذا الاتحاد من شأنه توحيد رؤى السلطتين بشأن المسائل السياسية التي يشكل الجانب الدولي أبرز ملامحها، وتشكل المعاهدات لولبها الأمر الذي يوجب تحريك رقابة القضاء حماية للشرعية الدستورية التي أرسى قواعدها الدستور.

إن وجود رقابة قضائية فعالة على دستورية المعاهدات، أمر من شأنه حماية المصالح العليا للدولة كونه يضيف سلطة رقابية متخصصة أخرى إلى جانب الرقيب

(١) م(٨١) من الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦.

(٢) م(١٦٥) من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦.

(٣) م(١٩) من قانون المجلس الدستوري اللبناني.

(٤) م(٣١) من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي.

السياسي (السلطة المختصة بالتصديق). بل أن الضمانة الثانية كثيراً ما تكون أجدى نفعاً من الضمانة الثانية بحكم الاستقلال والحياد المفترض بالقضاء إضافة لتخصصه المهني، فخلافاً للسلطة السياسية (التشريعية - التنفيذية) التي كثيراً ما تتقاذفها الأهواء والمصالح السياسية، يعمل القضاء لاسيما في بلدان العالم الأول المتطور في ظل أجواء من الحياد والاستقلال ما يوفر له القدر على ممارسة العمل القضائي والرقابي المستقل.

هذا إضافة إلى أن هذه الرقابة وتحديد السابقة منها على التصديق، كثيراً ما ترفع الحرج السياسي عن الدولة تجاه شركائها الآخرين في المعاهدة، باعتبار أن المعاهدة غير ملزمة للدولة قبل تصديقها، لكنها تصبح قيداً على الدولة بعد المصادقة عليها. ومخالفتها للدستور يعني أحد احتمالين، أما تعديل الدستور لينسجم وأحكامها وهو أمر غير متيسر دائماً لاسيما في ظل الدساتير التي توجب موافقة الشعب على التعديل، أو العمل بأحكامها بالرغم من مخالفتها للدستور ما يخرج الدولة عن الشرعية الدستورية ويفسح المجال واسعاً لخروقات أخرى في نفس الميدان ومن قبل نفس السلطة أو في ميادين أخرى ومن قبل باقي السلطات.

إن ممارسة القضاء لوظيفته الرقابية على دستورية المعاهدات أمر من شأنه إخراج القضاء في بعض الأحيان، إذ من الصعب دائماً تطبيق المبادئ القانونية على القضايا السياسية الأمر الذي قد يلجأ القاضي لأحد محظورين، أما الخضوع لإرادة السلطة السياسية وتأكيد مشروعية ما جاءت به المعاهدة وهو الاحتمال الأقوى في بلدان الأنظمة الشمولية أو تلك الأقل تطوراً. أو تبني تفسير متطور لدستور تحت مظلة مسايرة التطور الطارئ على المجتمع الدولية. ومن المؤكد أن كلا الاحتمالين يشكل خرقاً للشرعية الدستورية.

ولابد من التمييز في جدوى الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات بين نوعين من البلدان، بلدان يستقل فيها القضاء واقعاً عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وهو يمارس عمله المهني. ويصدر أحكامه بعيداً عن التأثيرات والأهواء الحزبية والسياسية. وفي مثل هذه البلدان يكون القضاء هو الحارس الأمين على الدستور من خرق المعاهدات وغيرها.

وبلدان لا يستقل فيها القضاء إلا شكلاً ويبقى أسير السلطة التنفيذية غالباً والسلطة التشريعية أحياناً. ومن المؤكد أن ليس للقضاء وهو يعمل في ظل هذه الأجواء حماية أعلية الدستور وقديسته من الخرق أو الانتهاك.

ولا تثير الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات الأشكال والخلاف في البلدات التي نصت دساتيرها صراحة على أن للمعاهدة قيمة قانونية مساوية للقوانين أو أعلى وأسندت مهمة الرقابة لقضاء دستوري متخصص، من ذلك مثلاً الكويت في ظل دستورها النافذ لسنة ١٩٦٢ (يبرم الأمير المعاهدات بمرسوم ويبلغها مجلس الأمة فوراً مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية)^(١). (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها)^(٢). وعمان في ظل النظام الأساسي لسنة ١٩٩٦ (لا تكون للمعاهدة والاتفاقية الدولية قوة القانون إلا بعد التصديق عليها)^(٣). (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى مطابقة القوانين واللوائح مع النظام الأساس للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها)^(٤). والدستور الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢ (تفصل المحكمة الدستورية بناءً على طلب من رئيس الدولة أو من رئيس مجلس الوزراء أو من رئيس المجلس النيابي أو من عشرة أعضاء من أعضاء المجلس النيابي أو من المحاكم أو المدعي العام أو ممن انتهكت حقوقه الدستورية في دستورية المسائل التالية:- دستورية عقد المعاهدات وإجراءات تنفيذها وتقرير بطلان القانون أو بعض مواده أو تتناقض مع الدستور أو معاهدة)، ومصر في ظل دستور عام ١٩٧١ (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من بيان،

(١) م(٧٠) من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢.

(٢) م(١٣٧) من الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢.

(٣) م(٧٦) من النظام الأساسي العماني لسنة ١٩٩٦.

(٤) م(٧٠) من النظام الأساسي العماني لسنة ١٩٩٦.

وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع.....^(١).
(تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح)^(٢). (تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وعلى الوجه التالي:-)^(٣). والصومال في ظل دستور عام ١٩٦٩ (يأذن المجلس بقانون التصديق على المعاهدات السياسية والعسكرية والتجارية أو المعاهدات التي تقتضي تعديلاً في القانون)^(٤). (..... ٢- يجوز إثارة مسألة دستورية القوانين بالنسبة لشكل أو لمادة القانون أو الإجراء الذي له قوة القانون خلال الإجراءات القضائية بناءً على طلب ٣- إذا تقدم صاحب المصلحة أو المدعي العام بمثل هذا الطلب أثناء نظر لقضية أمام قاضي الدرجة الأولى أو الثانية توقف المحكمة نظر القضية وتحيل الموضوع على المحكمة العليا لتتخذ فيه قراراً ملزماً)^(٥). وقطر في ظل دستور عام ٢٠٠٣ (يبرم الأمير المعاهدات والاتفاقيات بمرسوم ويبلغها لمجلس الشورى مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية على أن)^(٦). (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح)^(٧). والبحرين في ظل دستور عام ٢٠٠٢ (يبرم الملك المعاهدات بمرسوم ويبلغها إلى مجلس الشورى مشفوعة بما يناسب من بيان، وتكون للمعاهدة قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها في الجريدة الرسمية

(١) م(١٥١) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١.

(٢) م(١٧٥) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١.

(٣) م(٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

(٤) م(٦٧) من الدستور الصومالي لسنة ١٩٦٩.

(٥) م(٩٨) من الدستور الصومالي لسنة ١٩٦٩.

(٦) م(٦٨) من الدستور القطري لسنة ٢٠٠٣.

(٧) م(١٤٠) من الدستور القطري لسنة ٢٠٠٣.

.....^(١). (تنشأ محكمة دستورية وتختص بمراقبة دستورية القوانين واللوائح
.....^(٢)).

وبخلاف الدساتير العربية التي حددت القيمة القانونية للمعاهدة والجهة التي تتولى الرقابة على دستورها، لم تحدد الأخرى قيمة المعاهدة القانونية ولا الجهة التي تتولى الرقابة عليها، كالدستور اليمني لسنة ١٩٩٠ المعدل (يصادق مجلس النواب على المعاهدات والاتفاقيات السياسية)^(٣). والدستور السوري لسنة ١٩٧٣ (يتولى مجلس الشعب الاختصاصات التالية:- ٥- إقرار المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة، وهي معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات^(٤)). (يبرم رئيس الجمهورية المعاهدات والاتفاقيات الدولية ويبلغها وفقاً لأحكام الدستور)^(٥). (يمارس مجلس الوزراء الاختصاصات التالية:- ٧- عقد الاتفاقيات والمعاهدات وفقاً لأحكام الدستور)^(٦). والدستور السوداني لسنة ٢٠٠٥ (رئيس الجمهورية هو رأس الدولة ويمثل إرادة الشعب وسلطان الدولة وله في ذلك ممارسة الاختصاصات: ك- يوجه السياسة الخارجية للدولة ويشرف عليها ويصادق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بموافقة الهيئة التشريعية القومية)^(٧). والدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ (يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الآتية:- ثانياً- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بعد موافقة مجلس النواب، وتعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها)^(٨). (يختص مجلس النواب بما يأتي:- رابعاً- تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)^(٩).

(١) م(٣٧) من الدستور البحريني لسنة ٢٠٠٢.

(٢) م(١٠٦) من الدستور البحريني لسنة ٢٠٠٢.

(٣) م(٩١) من الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠.

(٤) م(٧١) من الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.

(٥) م(١٠٤) من الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.

(٦) م(١٢٧) من الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.

(٧) م(١/٥٨/ك) من الدستور السوداني لسنة ٢٠٠٥.

(٨) م(٧٣/ثانياً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

(٩) م(٦١/رابعاً) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

وفي ظل هذه الدساتير يثار الإشكال بشأن تحديد أعلوية أي القانونين الداخلي (الدستور - التشريع) أم الدولي (المعاهدة)؟ ويتفاقم حجم هذا الإشكال في ظل الدساتير العربية حيث يتردد القضاء عندنا كثيراً في الاجتهاد في المسائل الخلافية أو التي يحسمها المشرع بنص صريح، ومن المؤكد أن مثل هذا التراجع تزايد احتمالاته إذا ما تعلق الأمر بنص أو تشريع دولي يتزاحم وتشريع وطني أو نص دستوري. بخلاف الحال لو حصل مثل هذا التزاحم في البلاد ذات الإرث الدستوري والقضائي العريقين أو الأكثر ديمقراطية. فلم تتردد مثلاً محكمة النقض البلجيكية عام ١٩٩١ بالحكم بأعلوية القانون الدولي على القانون البلجيكي، ولم تتباطأ المحكمة الفيدرالية السويسرية عن إصدار مثل هذا الحكم حيث خلا الدستور السويسري لسنة ١٨٧٤ من أي أصول تنظم العلاقة بين القانونين.

كما يثار الأشكال بشأن القضاء المختص برقابة دستورية المعاهدات الدولية، فهل يتحدد هذا الاختصاص بقمة الهرم القضائي (المحكمة العليا - النقض - التمييز) أم للمحاكم جميعاً وبمختلف درجاتها ممارسة هذا الاختصاص باعتبارها الحارس الأمين على الشرعية الدستورية والقانونية كما في الولايات المتحدة. إننا نرى أن ليس للقضاء العربي الفصل في مسألة لم ينطها به الدستور أو القانون صراحة خشية من اتهامه بالمخالفة، ومن المؤكد أن لهذه المخاوف ما يبررها في ظل غياب الحصانة القضائية. بل أن القضاء الوطني العربي وهو بصدد تطبيق أحكام المعاهدة الدولية على النزاع المعروض عليه غالباً ما لا يجرأ على توجيه الأمر للسلطة التنفيذية لاستيفاء إجراءات المصادقة على المعاهدة إذا ما وقف على مخالفة بشأن هذه الإجراءات، لأن مثل هذا الأمر قد يفسر على أنه تدخل في عمل السلطة التنفيذية ومخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات لاسيما وأنه سينتهي بالضرورة إلى تعطيل تطبيق أحكام المعاهدة. وإذا ما افترضنا جدلاً أن القضاء العربي مارس دوله المفترض في حماية الدستور وأعلويته، يثار الإشكال بشأن المصلحة المعتبرة في الطعن، فهل يتم الطعن بناءً على مصلحة ذاتية شخصية أم يشترط أن تمس المعاهدة مصلحة عامة (دعوى موضوعية)؟ وهل تكون الرقابة سابقة على تصديق المعاهدة أم لاحقة له؟ ولكل ميزاتها ومآخذها، فالرقابة الوقائية (السابقة) تقتضي

بالضرورة عدم وضع أي تعهد دولي موضع التنفيذ قبل التحقق من عدم مخالفته للدستور، بخلاف الرقابة العلاجية (اللاحقة) حيث تخلق الريبة لدى شركاء الدولة في المعاهدة. إذا ما علمنا أن أساس العلاقات الدولية يقوم على الثقة والوفاء بالالتزامات.

وبالمقابل قد توصف الرقابة الوقائية (السابقة) بالمتسعة أو غير المتأنية حيث تعتمد النصوص كما هي، في الوقت الذي قد لا تبرز فيه إيجابيات النص وسلبياته ومدى مطابقته للدستور إلا بعد تطبيقه فالأخير قد يعطي معنى مختلف للنص التشريعي.

وفي معرض ترجيح كفة إحدى الرقابتين على الأخرى، نرى أن المبرر الأقوى لترجيح كفة الرقابة الوقائية على العلاجية أنها تضع حداً لسجال داخلي ودولي قد يطول وقد تنتهي آثاره إلى المساس بسمعة الدولة والثقة بها.

وبقاء هذا الإشكال (الرقابة الوقائية - العلاجية) قائماً دون ما حل سينتهي بالضرورة إلى إثارة إشكال آخر بشأن تحديد من له الحق في الطعن أمام القضاء، فهل يمنح هذا الحق للأفراد إضافة للجهات الرسمية وهو أمر يقتضي بالضرورة أن تكون الرقابة علاجية (لاحقة) أم تنفرد السلطة الرسمية به دون الأفراد؟

والجدير بالذكر أن الدستور الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢ هو الدستور العربي الوحيد الذي نص صراحة على الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية وحدد الجهة القضائية التي تضطلع بهذه المهمة (تفصل المحكمة الدستورية بناءً على طلب في دستورية المسائل التالية:- دستورية عقد المعاهدات وإجراءات تنفيذها وتقرير بطلان القانون). من هنا نرى ضرورة اقتفاء أثر المشرع الدستوري الفلسطيني حسماً لأي خلاف قد يثار بشأن مدى مطابقة أو مخالفة المعاهدة لنصوص الدستور والجهة القضائية المختصة بذلك، وربما كانت الحاجة لهذه الرقابة في الوقت الراهن أكثر من أي وقت مضى في ظل اتجاه العالم الأول صوب تدويل الدساتير والتشريعات الوطنية لتتسجم ومتطلبات النظام العالمي الجديد.

الخاتمة

يحتل موضوع الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية أهمية بالغة، كونه يتعلق بأعلوية وقُدسية الدستور الذي يضع أساس الدولة.

وإذا كانت أهمية الموضوع تتبع من كونه يتعلق بالدستور، فإن هذه الأهمية تتزايد مع تسابق القوى الكبرى وتفرد بعضها في السعي الحثيث للهيمنة على العالم الأقل تطوراً تحت مظلة النظام العالمي الجديد والعولمة وحماية هذه الدول من بعضها.

وإذا كان التشريع الوطني هو المصدر الأول من مصادر القانون الداخلي في غالبية دول العالم، فإن المعاهدة هي المصادر الأول من مصادر القانون الدولي بلا منازع.

وخلافاً لمبدأ التراضي الذي تقوم عليه المعاهدة أساساً، فإن مبدأ القسر والإرغام (المادي - المعنوي) هو المبدأ الذي أصبحت تقوم عليه المعاهدة واقعاً. وفيما مضى كان الحديث عن المعاهدات غير المتكافئة يدور وجوداً وعدماً مع المعاهدات المعقودة بين الدول المنتصرة والمهزومة في الحرب، لكن عدم التكافؤ أصبح من سمات معاهدات النظام العالمي الجديد، ولكن دائماً لمصلحة الدول الأكثر تطوراً وديمقراطية!!

لقد توصلنا خلال صفحات هذا البحث إلى النتائج التالية:-

١- إن المعاهدة الخاضعة لرقابة الهيئات الوطنية هي تلك الخاضعة للتصديق، وبالتالي يخرج عن مفهومها تلك التي ينفرد الرئيس بإبرامها (الاتفاقات التنفيذية).

٢- إن الأنظمة الشمولية ركزت على الاتفاقات التنفيذية في تنظيم علاقاتها بغيرها من الدول تجنباً لرقابة السلطة التشريعية، وإن كانت رقابة السلطة الأخيرة فيها شكلية هامشية أكثر منها واقعية فعلية.

٣- إن الدساتير العربية توزعت في تحديدها للقيمة القانونية للمعاهدة بين ثلاث اتجاهات، الأول لم يحدد القيمة القانونية لها أصلاً، كالدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ واليميني لسنة ١٩٩٠. أما الاتجاه الثاني فساوى بين القيمة القانونية للمعاهدة والقانون، ومن بين الدساتير التي تبنت هذا الاتجاه الدستور الكويتي

لسنة ١٩٦٢ والنظام الأساسي العماني لسنة ١٩٩٦ والدستور القطري لسنة ٢٠٠٣ المصري لسنة ١٩٧١. ووضع الاتجاه الثالث من الدساتير المعاهدة في منزلة أسمى من التشريع العادي وأدنى مرتبة من الدستور، ومن بين هذه الدساتير الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١ الملغى والدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ والدستور التونسي لسنة ١٩٨٩.

٤- تبنت الدساتير العربية في تنظيمها للرقابة على دستورية المعاهدات أربع نظم، الأول منها خص السلطة التشريعية بهذه الصلاحية من خلال إفرادها بالتصديق على المعاهدات ونرى أن هذا الرقابة ليس من شأنها حماية أعلوية الدستور وقديسته سوى في البلدان التي يتمتع فيها البرلمان بالاستقلال عن السلطة التنفيذية، ما يعني بالضرورة عدم جدواها في البلاد العربية حيث مازالت تخضع فيها السلطة التشريعية لهيمنة السلطة التنفيذية ورئيس الدولة.

أما النظام الرقابي الثاني فينطوي على منح صلاحية إقرار المعاهدة بصفة نهائية للشعب، ومثل هذا النظام الرقابي لم تثبت جدواه في البلاد العربية، أولاً لأن الشعب العربي لا يزال أسيراً في أغلب بلدانه لمقررات القائم على رأس السلطة، إضافة لتحديد صلاحية الشعب بالاستفتاء على أنواع معينة من المعاهدات هي أصلاً غير محددة من ذلك مثلاً (المعاهدات الناسخة أحكاماً ذات طابع تشريعي - المعاهدات التي لها تأثير على سير المؤسسات - المعاهدات التي يترتب عليها مساساً بسلامة أراضي الدولة).

وانعكاساً للثقافة القانونية الموروثة عن المستعمر السابق القائم، تبنى كل من الدستور اللبناني والموريتاني والجزائري والمغربي، رقابة الهيئة المستقلة على دستورية المعاهدات (المجلس الدستوري) ولم يقتصر هذا التأثير على طبيعة المؤسسة الدستورية، ولكن على آلية عملها، حيث جعلت كل الدساتير العربية رقابة المجلس الدستوري على المعاهدات، رقابة جوازية اختيارية، ما يعني أن ليس للمجلس صلاحية التحرك تلقائياً لحماية أعلوية الدستور وقديسته ما يقلل من أهمية هذه الرقابة ويحد من سلطانها.

وتبنى الاتجاه الرابع من الدساتير العربية ضمناً، نظام الرقابة القضائية على دستورية المعاهدات، حيث جعل هذا الاتجاه من الدساتير للمعاهدة قوة مساوية للقانون، وأخضع القانون لرقابة القضاء الدستوري المتخصص، ما يعني خضوع المعاهدة ضمناً لرقابة ذات القضاء، ومن بين الدساتير التي تبنت هذا النظام الكويت وعمان وقطر والبحرين ومصر.

ويبقى الإشكال قائماً بالنسبة للبلاد العربية التي لم تحدد القيمة القانونية للمعاهدة وإن تبنت نظام القضاء الدستوري المتخصص، كالعراق في ظل دستور عام ٢٠٠٥ ما يفسح المجال واسعاً للاجتهد والاختلاف الفقهي بشأن أعلوية القانون الداخلي أم الدولي؟ ومن له الحق في ممارسة الرقابة على المعاهدات؟ هل تتحدد هذه الصلاحية بقمة الهرم القضائي أم للقاعدة ممارستها؟ وهل يقتصر الطعن على مؤسسات الدولة الدستورية أم للشعب مثل هذا الاختصاص؟ وهل تكون الرقابة سابقة على تصديق المعاهدة أم لاحقة له؟ وهل يجرى القاضي العربي على توجيه الأمر للسلطة التنفيذية للممثل أمام السلطة المختصة بالتصديق إذا لم تتبع الإجراءات الدستورية في عقد المعاهدة؟ هذه الإشكاليات وربما أخرى غيرها ترجح عندنا احتمال اعتزال القضاء العربي ممارسة هذا الاختصاص الرقابي.

المصادر

أولاً- المراجع باللغة العربية

- ١- د. أحمد رفعت - القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - القاهرة -
دون سنة نشر.
- ٢- د. أحمد عشوش و د. عمر عبد القادر باخشب - الوسيط في القانون الدولي العام - دراسة مقارنة مع الاهتمام بموقف المملكة العربية السعودية - مؤسسة الشباب الجامعة - الإسكندرية - ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.
- ٣- د. الشافعي محمد بشير - القانون الدولي العام في وقت السلم والحرب -
مكتبة الجلاء الحديدية - ط٦ - ١٩٩٧ - ١٩٩٨.
- ٤- د. حامد سلطان و د. عائشة عبد الرحمن راتب - و د. صلاح الدين عامر -
القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٥.

- ٥- د. صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام (ماهيته - مصادره) دار النهضة العربية - القاهرة - ط ١ - ١٩٨٤.
- ٦- د. عبد القادر القادري - القانون الدولي العام - مكتبة المعارف - الرباط - ط ١ - ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ٧- د. علاء عبد المتعال - القضاء الإداري - دراسة مقارنة - ج ١ - دون دار نشر - ١٩٩٧.
- ٨- د. علي إبراهيم - الوسيط في المعاهدات الدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥.
- ٩- د. علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - منشأة المعارف - الإسكندرية - دون سنة نشر.
- ١٠- د. محمد سامي عبد الحميد - أصول القانون الدولي العام - المجلد الأول - القاعدة القانونية - مؤسسة الشباب الجامعة للطباعة والنشر - ١٩٧٢.
- ١١- د. محمد يوسف علوان - القانون الدولي العام - المقدمة والمصادر - دار وائل - عمان - ط ٢ - ٢٠٠٠.

ثانياً- المراجع باللغة الفرنسية

- 1- Pierre Pactet et Ferdinand Melin Soucramanien - "Droit constitutionnel - 23e edition Mise a jour-2004-Armand Colin - Dalloz - Paris - 1969 - 2004.
- 2- Charles Rousseau "Droit international public" - Tome 1 - introduction et Sources - Sirey - Paris - 1970.

ثالثاً- الدساتير

- ١- الدستور اللبناني لسنة ١٩٢٦.
- ٢- الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢.
- ٣- الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢.
- ٤- الدستور الصومالي لسنة ١٩٦٩.
- ٥- الدستور العراقي الملغى لسنة ١٩٧٠.
- ٦- الدستور الإماراتي لسنة ١٩٧١.
- ٧- الدستور المصري لسنة ١٩٧١.

- ٨- الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.
 - ٩- الدستور التونسي لسنة ١٩٨٩.
 - ١٠- الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠.
 - ١١- الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١.
 - ١٢- الدستور الموريتاني لسنة ٢٠٠٦.
 - ١٣- النظام الأساسي العماني لسنة ١٩٩٦
 - ١٤- الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦.
 - ١٥- الدستور المغربي لسنة ١٩٩٦.
 - ١٦- الدستور السوداني لسنة ١٩٩٨.
 - ١٧- الدستور السوداني لسنة ٢٠٠٥.
 - ١٨- الدستور البحريني لسنة ٢٠٠٢.
 - ١٩- الدستور الفلسطيني لسنة ٢٠٠٢.
 - ٢٠- الدستور القطري لسنة ٢٠٠٣.
 - ٢١- الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.
 - ٢٢- القانون الأساسي الألماني لسنة ١٩٤٩.
 - ٢٣- الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.
 - ٢٤- الدستور البلجيكي لسنة ١٩٩٣.
 - ٢٥- الدستور السويسري لسنة ١٩٩٨.
 - ٢٦- الدستور الفنزولي لسنة ١٩٩٩.
- رابعاً- الاتفاقيات والقوانين والأنظمة**
- ١- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات.
 - ٢- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.
 - ٣- قانون المحكمة الدستورية العليا المصري ٤٨ لسنة ١٩٧٩.
 - ٤- قانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي.
 - ٥- النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي - منشور في الجريدة الرسمية -
ع ٤٠٣٢ في ١٧ نحر ١٤٢٨ هـ - ٥ شباط ٢٠٠٧ م.

العلاقة بين الرئيس الأمريكي والكونجرس

الأستاذ المساعد

الدكتور حميد حنون خالد

كلية القانون - جامعة بغداد

المقدمة

أخذ الدستور الأمريكي لسنة ١٧٨٧ بمبدأ الفصل شبه التام بين السلطات كما يرى الكثير من الفقه الدستوري^(١)، حيث لا يجوز الجمع بين عضوية الكونجرس والوزارة ولا يقوى الرئيس على حل مجلس النواب، ولا يستطيع مجلس النواب أو الكونجرس بمجلسيه (النواب والشيوخ) سحب الثقة من الحكومة كما هو الحال في النظام البرلماني.

ومما تقدم دفع البعض إلى الاعتقاد بأن مؤسسي النظام السياسي الأمريكي أقاموا جداراً عازلاً بين السلطات^(٢)، إلا أننا نرى عدم صواب ذلك الاعتقاد لأنه يتنافى وطبيعة عمل مؤسسات الدولة سياسية كانت أم إدارية لأن تلك المؤسسات لا يمكن أن تتجح في أداء مهامها وهي منغلقة أو منعزلة بعضها عن البعض الآخر. لذلك لاحظنا أن الدستور الأمريكي أوجد قنوات اتصال بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وكذلك تنبّه واضعو الدستور إلى احتمال انحراف إحدى السلطات عن جادة الصواب فأخذوا بمبدأ الرقابة والتوازن بين السلطات والذي وفقاً له تستطيع السلطات أن تؤثر بعضها ببعض الآخر من خلال وسائل التأثير التي نص عليها الدستور، فضلاً عن الوسائل الأخرى التي ظهرت نتيجة لتطور النظام السياسي في

(١) أنظر د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٤٠.

د. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠، ص ٣٩٥.

(٢) ومن أصحاب هذا الرأي د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٤١٤.

الولايات المتحدة ومنها ظهور نظام الأحزاب السياسية وهيمنة حزبان كبيران (الديمقراطي، الجمهوري) على الساحة السياسية، إذ لا يمكن لمرشح أن يفوز بالرئاسة إذا لم يرشح من قبل أحد الحزبين الكبيرين، وأدى هذا التطور إلى حصول الرئيس على دعم قوي من قبل أعضاء الكونجرس المنتمين لحزبه. ونستطيع القول أن تطور النظام السياسي أثر إلى حد كبير على أسس العلاقة بين السلطات التي ودرت في الدستور.

وسنحاول في هذه الدراسة تناول العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية دون السلطة القضائية^(١) وذلك وفقاً للخطة الآتية:

المطلب الأول: لمحة عن السلطة التشريعية:

الفرع الأول / مجلس النواب

الفرع الثاني / مجلس الشيوخ

المطلب الثاني: وسائل التأثير المتبادلة بين السلطتين:-

الفرع الأول / الوسائل التي يؤثر من خلالها الرئيس على الكونجرس

الفرع الثاني / الوسائل التي يؤثر من خلالها الكونجرس على الرئيس

المطلب الثالث: تقييم العلاقة بين السلطتين.

المطلب الأول

لمحة عن السلطة التشريعية (الكونجرس)

أخذ الدستور الأمريكي بنظام المجلسين، حيث تتألف السلطة التشريعية من مجلسي الشيوخ والنواب، واختصاصات المجلسين متساوية في المجال التشريع إلى حد ما ماعدا أرجحية مجلس النواب فيما يتعلق بالتشريعات المالية إذ أن ((جميع مشروعات القوانين الخاصة بتحصيل الإيرادات تصدر عن مجلس النواب، ولكن لمجلس الشيوخ أن يقترح إدخال تعديلات كما في سائر مشروعات القوانين، وله أن يوافق على هذه التعديلات)) (الفقرة السابعة من المادة الأولى من الدستور). أما من

^(١) سنحاول بيان دور السلطة القضائية في بناء وتطوير النظام السياسي الأمريكي في دراسة مستقلة إن شاء الله.

حيث التأثير في صنع القرار نعتقد أن كفة الرجحان تميل إلى مجلس الشيوخ، إذ أنيط به إضافة إلى الاختصاص التشريعي مشاركة الرئيس فيتعين كبار الموظفين الفدراليين والموافقة على المعاهدات التي تبرم مع الدول الأخرى^(١) وسلطة محاكمة الرئيس عند اتهامه بجرم جنائي. وسبب ترجيح مجلس الشيوخ يعود إلى طبيعة تكوينه، إذ تمثل فيه الولايات بشكل متساو لا فرق بين ولاية صغيرة وأخرى كبيرة. هذا وسنبين وضع كل مجلس بشكل موجز ووفق الآتي:

الفرع الأول: مجلس النواب

ينتخب أعضاء مجلس النواب مباشرة من قبل مواطني الولايات المتحدة، ويشكل هذا المجلس على أساس التمثيل السكاني، حيث يكون نصيب كل ولاية في المجلس منسجماً مع الحجم السكاني لها، مع مراعاة أن يكون نصيب كل ولاية نائب على الأقل^(٢).

ويشترط في المرشح للنيابة، أن يكون مواطناً أمريكياً ومضى على اكتسابه هذه الصفة سبع سنين، وبلغ الخامسة والعشرين من عمره، وأن يكون عند انتخابه مقيماً في الولاية التي رشح للانتخاب فيها. أما مدة الفصل التشريعي للمجلس فهي سنتان ويرأس المجلس أحد أعضائه بعد انتخابه من قبل الأعضاء، ويطلق عليه "Speaker of the House" ومن البديهي أن يكون رئيس المجلس من بين أعضاء حزب الأغلبية في المجلس.

(1) New York, Frederick A. Praeger Griffith "Ernest S." The American system of government _ Inc. 1954 P.25.

(2) كان عدد أعضاء أول "مجلس نواب" أمريكي خمسة وستين عضواً على اعتبار عضو واحد لكل ثلاثين ألف نسمة، إلا أنه بدأ حجم المجلس يتضخم نتيجة لزيادة سكان الولايات، حيث بلغ عدد أعضاء المجلس الثاني مائة وثلاثة نواب وقفز عددهم في سنة ١٨٢٠ إلى مائتين وثلاثة عشر نائباً، حتى وصل في الوقت الحاضر إلى "٤٣٥" نائباً. أنظر في ذلك:

Muro ((W.B)) the government of united states New York Macmillan company, 1937, PP.296-302.

ويأخذ الكونجرس بنظام اللجان، شأنه في ذلك شأن الهيئات التشريعية الأخرى في النظم الديمقراطية، والهدف من الأخذ بهذا النظام، معالجة المسائل التفصيلية بدقة وصياغة اللوائح بشكل فعال، وهذا ما لا تقوى عليه الهيئة التشريعية بكامل جسمها والتي تؤلف من مئات الأعضاء، فضلاً عن ذلك أن أعداد هائلة من مشروعات القوانين تقدم إلى الكونجرس مما يحتم ضرورة إجراء عملية "غربلة" لهذه الأعداد الكبيرة وتقوم اللجان التشريعية بهذه المهمة^(١).

وتتضمن هذه اللجان أعضاء من حزبي الأغلبية والأقلية في المجلس، وبنسبة تقرب من نسبة أعضاء هذين الحزبين في كلا المجلسين، ويأتي هؤلاء الأعضاء عن طريق الانتخاب، والحقيقة أن انتخابهم شكلياً إذ أنهم في الحقيقة يعينون من قبل زعماء الحزبين^(٢).

وتتمتع اللجان التشريعية في الولايات المتحدة بسلطات كبيرة، وذلك نتيجة لضعف التنظيم الحزبي، وهذا ما دعى بالرئيس "ود رو ولسن" إلى أن يطلق عليها اسم "المجالس التشريعية الصغيرة"^(٣).

ويبلغ عدد اللجان التشريعية الدائمة في مجلس النواب اثنين وعشرين لجنة^(٤).

الفرع الثاني: مجلس الشيوخ

(١) أوستن رني، سياسة الحكم، ترجمة د. حسن علي الذنون، بغداد، مطبعة المثني، ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) Griffith "ernest S." The American system of government op.cit.p.31.

والأستاذ أوستن رني، المصدر السابق، ص ١٠٥.

(٣) أوستن رني، المصدر السابق، ص ١٠٨.

وانظر في دراسة هذه اللجان:

Trumn "David B. "The congress and America s future second edition, 1973, prentice – Hall, Inc., Englewood pp; 167-177.

Ripley "Randall ",Congressional party Leaders and standing committees, the Review of Politics, V.36,N.3, July 1974, pp.394-409.

(٤) United States Government Manual, 1979-1980.PP.Washington Government printing office of the Federal Register. pp, 74-75.

يتألف مجلس الشيوخ على أساس مبدأ المساواة حيث تمثل كل ولاية بعضوين وكان اختيار الأعضاء يتم عن طريق الهيئات التشريعية في الولايات وذلك قبل التعديل السابع عشر للدستور والذي أصبح الأعضاء بموجبه ينتخبون من قبل مواطني الولايات مباشرة، ويجب أن تتوفر في المرشح الشروط التالية:-

أ- أن يكون مواطناً أمريكياً منذ تسع سنين.

ب- ألا يقل عمره عن ثلاثين عاماً.

ج- أن يكون عند انتخابه من مواطني الولاية التي رشح فيها.

أما رئاسة المجلس فإنها مقررة وفقاً للدستور لنائب رئيس الجمهورية، بيد أنه ليس لصوته اعتبار إلا في حالة تعادل كفة المقترعين.

وينتخب أعضاء المجلس من بينهم رئيساً مؤقتاً President pro tempore يحل محل نائب رئيس الجمهورية في رئاسة المجلس عند غيابه أو عند مباشرته لمهام رئيس الولاية المتحدة.

أما مدة العضوية في المجلس فهي ست سنين، إلا أنه يجري تجديد ثلث أعضاء المجلس كل سنتين^(١).

ويعد مجلس الشيوخ بمثابة الضابط لأعمال رئيس الجمهورية، حيث أنه يشاركه السلطة في تعيين كبار الموظفين الفدراليين، وكذلك شؤون السياسة الخارجية. ويعتمد مجلس الشيوخ في تسيير شؤونه نظام اللجان الدائمة، وعدد اللجان فيه يقارب خمس عشرة لجنة^(٢).

المطلب الثاني

وسائل التأثير المتبادلة بين السلطتين

^(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الدستور على ما يلي: "وعقب اجتماع الشيوخ مباشرة بعد الانتخاب الأول، يقسمون بالتساوي على قدر المستطاع إلى ثلاث فئات، فمقاعد شيوخ الفئة الأولى تخلو من شاغليها بعد مضي العام الثاني، ومقاعد شيوخ الفئة الثانية تخلو بعد انتهاء العام الرابع، ومقاعد الفئة الثالثة تخلو عقب انتهاء العام السادس، بحيث يمكن انتخاب ثلث الأعضاء كل عامين".

^(٢) United States Government Manual, pp-74-75.

ذهب واضعو الدستور الأمريكي إلى اعتناق مبدأ الفصل بين السلطات والذي سطره مونتسكيو في كتابه روح القوانين "L'Esprit des Lois" والصادر في سنة ١٧٤٨^(١). وأقاموا هذا الفصل بين السلطات على أساس نظرية الرقابة والتوازن Checks and Balances والتي مؤداها مكنة أي سلطة من سلطات الدولة الحد من طغيان إحدى السلطات الثلاث^(٢). وقد وضع الدستور في يد الرئيس بعض السلطات التي تمكنه من إيقاف طغيان السلطة التشريعية، وبعض هذه السلطات تتميز بطابع التوجيه ولفت النظر كالرسائل والبيانات التي يقدمها الرئيس عن حالة الاتحاد

(١) يلخص الأستاذ رني هذا المذهب (الفصل بين السلطات) بقوله "إن الحكومة تهدي أبدي لحرية الإنسان وإن أفضل وسيلة تمنع الحكومة من الطغيان والجبروت، وتحفظ في الوقت نفسه قدرتها على وضع أقل قدر ضروري من القوانين والأنظمة، هو أن نعطي كلاً من سلطاتها الثلاث إلى هيئات حكومية منفصلة مستقلة، وعندما تعمل هذه الهيئات، أو الفروع الثلاثة في انسجام ووثام فإن الحكومة تستطيع القيام بما ينبغي عليها القيام به، ولكن لن يستطيع أي فرع بمفرده السيطرة على "جماع" سلطة الحكم، وعلى هذا فلن يستطيع أي "رئيس" للحكومة أو أي مجلس تشريعي، أو أية محكمة، أن تستخدم سلطة الحكومة كلها فتجعلها تعمل كما يشاء هواها وطيشها من غير قوة تردعها وتكبح جماحها وأن كل تركيز للسلطة في يد هيئة واحدة معناه الاستبداد والطغيان لا فرق في ذلك بين أن تكون الهيئة مجلس نواب منتخب مسؤول أو أن تكون ملكاً بالوراثة غير مسؤول، ولا يصون حريات الإنسان من اعتداء الحكومة عليها غير الفصل الصحيح السليم بين السلطات".

أنظر أوستن رني، سياسة الحكم، الجزء الثاني، صفحة ٨٦، وانظر أيضاً في شرح هذا المذهب الدكتور السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة، ١٩٤٩، صفحة ١٦٥ وما بعدها. وأحمد وفيق، علم الدولة الجزء الثالث، ١٩٣٥، الطبعة الأولى، صفحة ٤٢٦، وما بعدها، والدكتور عبد الحميد متولي ومصطفى أبو زيد فهمي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ١٩٦١ صفحة ١٦٠ وما بعدها. وانظر أيضاً:

Goodhart "A.L. "Bernard Schwartz American constitutional Law, Cambridge University Press, 1955 PP. 12-17.

(٢) أنظر: دراسة تاريخية لهذا المبدأ في الولايات المتحدة في:

C, "Vile" M.J Constitutionalism and the separation of powers, Clarendon Press Oxford, 1967, PP. 156-175 and Corry "J.A.", Elements of Democratic government, 1964, PP. 93-99.

والأمور التي يرغب في معالجتها من قبل المجلس، وبعضها الآخر يتسم بطابع المعارضة والتصدي لأعمال المجلس التشريعي "كحق الفيتو"، والذي يعد من أعظم السلطات أهمية التي يستطيع من خلالها الرئيس الحد من سلطة المجلس التشريعي. وإضافة إلى هذه الوسائل التي وضعها الدستور في يد الرئيس.

هناك وسائل أخرى ولدت بحكم التطور الدستوري يستطيع الرئيس من خلالها التأثير على المجلس التشريعي ومثال ذلك، اللجوء إلى الرأي العام وقيادة الرئيس لحزبه.

ومثلما خص الدستور الرئيس ببعض الوسائل للتأثير على البرلمان أعطى كذلك السلطة التشريعية "ممثلة بمجلس الشيوخ" بعض الوسائل التي تستطيع أن تحد من خلالها من سلطة الرئيس، ومن هذه الوسائل مشاركة مجلس الشيوخ للرئيس في تعيينات كبار الموظفين، وكذلك في السياسة الخارجية من خلال ضرورة موافقته على إقرار المعاهدات، وأخيراً اختصاص المجلس بسلطة محاكمة الرئيس جنائياً. وسنتناول هذه الضوابط التي وضعت في يد كل سلطة بشيء من التفصيل ووفق الآتي:

الفرع الأول

الوسائل التي يؤثر من خلالها الرئيس على السلطة التشريعية

أولاً: الرسائل والبيانات

نصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية أنه "لرئيس من وقت لآخر أن يبلغ الكونجرس معلومات عن حالة الاتحاد وبوصيه بأن يبحث الإجراءات التي يراها ضرورية ناجحة".

وقد قام عرف في الولايات المتحدة مؤداه قيام رئيس الجمهورية بتوجيه رسالة سنوية إلى الكونجرس عند افتتاحه، يشرح فيها أحوال الدولة الفدرالية وقد تطورت قيمة رسائل الرؤساء مع تطور النظام السياسي الأمريكي فنلاحظ في بداية الأمر، أن رسالة الرئيس لم تكن تلقي من قبله شخصياً في الكونجرس بل كان يكلف أحد موظفيه بإلقائها.

ولم تكن رسالة الرئيس في العقود الأولى للنظام السياسي الأمريكي تحظى بالأهمية الكبيرة وبالمكانة التي تحظى بها في وقتنا الحاضر، فقد كانت رسالة الرئيس تعبر عن رغباته التي ينقلها إلى الكونجرس، وأن تأثيرها على الأخير قد لا يزيد عن تأثير ما يرد بأية صحيفة حزبية بارزة^(١).

(1) Bryce "James" The American Commonwealth, 1910, P.230.

أما الرئيس ودرو ولسن فيرى أن أهمية الرسائل التي تتبع من قوة شخصية الرئيس وذلك بقوله "ومن جهة فليس لرسائل الرؤساء إلى الكونجرس أهمية أعظم من رسائل أي شخص آخر فله أن يعيرها اهتماماً أو يهملها كما يتراءى له. وقد مرت عصور في تاريخنا كانت فيها رسائل الرئيس أوراقاً مهملة ليس لها قيمة عملية والتي قلما يتعب شخص نفسه "سوى محرري الصحف" في قراءتها. ولكن إذا أوتي الرئيس شخصية قوية وعزيمة ماضية يظهر في هذه الحال الخلاف الهائل بين رسائله ورسائل أي شخص آخر سواء كان ذلك الشخص عضواً في الكونجرس أو لم يكن. ذلك لأن البلاد كلها تقرأ حينئذ رسائل الرئيس وتشعر أن كاتبها يتكلم عن سلطان ومسؤولية الأمران اللذان منحتهم إياهما الأمة".

أنظر: ودرو ولسن، الحكومة الدستورية في الولايات المتحدة، ترجمة وديع ضبع، القاهرة، مطبعة رمسيس، ١٩٢٤، ص ٨١.

وأحياناً تحظى رسالة الرئيس بردود فعل سلبية من الكونجرس، مما يؤثر على مكانة الرئيس، وهذا ما حصل للرئيس كليفلاند Cleveland على أثر الرسالة التي وجهها إلى الكونجرس في ديسمبر ١٨٨٧م، والتي طلب فيها تخفيض التعريفة، مما أدى إلى اهتياج حزبه والكونجرس ضده، وكان نتيجة ذلك عدم تمكن كليفلاند من إعادة ترشيح نفسه للرئاسة لفترة ثانية، وذهب الكونجرس إلى عكس مابغي الرئيس كليفلاند إذ قرر رفع سعر التعريفة^(١).

أما في الوقت الحاضر فذهب الرؤساء إلى الظهور أمام الكونجرس بأنفسهم وإلقاء البيانات الهامة سواء ما تعلق منها بالرسائل السنوية، أو نتيجة بروز مسائل ملحة تدعو إلى دعوة الكونجرس لاجتماع استثنائي^(٢).

وتعد رسالة الرئيس في الوقت الحاضر بمثابة خطاب عام يوجهه للشعب أكثر من الكونجرس^(٣)، وذهب بعض الرؤساء إلى أن يرفقوا بالرسالة مجموعة التشريعات التي يقترحون إقرارها من قبل الكونجرس، وهذا ما كان يفعله الرئيس فرانكلين روزفلت^(٤).

وإضافة إلى الرسائل التي يقدمها الرئيس عن شؤون الاتحاد هناك بيانين هامين يقوم بتوجيههما إلى الكونجرس سنوياً، وهما التقرير الاقتصادي والذي يتضمن

(١) Good year publishing, Moe "Ronald C" Congress and the president, 1971, California company, Inc. P. 55.

(٢) وقد ورد في الكونجرس والأمة عدد اللقاءات التي أجراها بعض الرؤساء الأمريكيين مع الكونجرس من خلال إلقاء الرسائل أو نتيجة أحداث هامة فذكر أن عدد لقاءات الرئيس واشنطن بالكونجرس "١٠" والرئيس جون آدمز "٦" لقاءات والرئيس ودرو ولسن "٢٦" والرئيس وارن هاردينج "١٧"، الرئيس كليفتن كولدج "٢"، الرئيس فرانكلين روزفلت "٦" والرئيس هاري ترومان "١٧"، الرئيس إيزنهاور "٧"، الرئيس جون كينيدي "٣"، الرئيس لنون جونسون "٨" والرئيس ريشارد نيكسون "٣".

أنظر:

Congress and the nation, 1977, P.579..

(٣) Carr "Robert K." American Democracy, 1961, P.359.

(٤) Moe "Ronald C." Congress and the American president Op.Cit.PP.55-61.

الاقتراحات المباشرة في هذا المجال، ورسالة الميزانية التي تتضمن الاقتراحات التي تتعلق بالتخصيصات المالية^(١).

ثانياً: دعوة الكونجرس إلى اجتماع استثنائي أباح الدستور للرئيس دعوة الكونجرس إلى جلسة استثنائية بغية النظر في بعض المسائل التي تستدعي ذلك، حيث نص على أن للرئيس في الظروف الاستثنائية أن يدعو المجلسين أو إحداهما، إلى اجتماع وإذا نشب بينهما خلاف فيما يتعلق بموعد إرجاء الجلسات، فله أن يرجئها إلى الموعد الذي يراه ملائماً "الفقرة الثالثة من المادة الثانية".

ويتبين من نص هذه الفقرة أن تقدير الظرف يعود إلى رئيس الجمهورية، وعليه يجب أن يقدّر الرئيس مدى ملائمة دعوة المجلس إلى جلسة استثنائية مع خصائص الموقف الذي استدعى ذلك. ويقول أحد الكتاب الأمريكيين في ذلك "أن الرئيس الذي يملك فهماً جيداً للاستراتيجية الحزبية ولديه موهبة بالحنكة ويتمتع بثقة عالية في نفسه، يستطيع أن يحسن تقدير هذه السلطة الممنوحة له كوسيلة فعّالة في قيادته للسلطة التشريعية"^(٢).

ثالثاً: حق الاعتراض^(٣): (Veto)

وضع الدستور الأمريكي في يد الرئيس وسيلة مهمة يستطيع من خلالها التأثير على عمل الكونجرس، إذ لا يصبح مشروع القانون الذي أقره الكونجرس نافذاً إلا بعد عرضه على الرئيس حيث ألزم الدستور المشرعين بوجوب إرسال مشروع القانون المصدق عليه من قبلهم إلى الرئيس لغرض إصداره وفي حالة اعتراضه على المشروع عليه أن يعيده إلى الكونجرس خلال عشرة أيام من تقديمه له ومع استثناء أيام الأحد، وفي حالة عدم إعادته المشروع خلال هذه الفترة يصبح قانوناً، حتى وإن لم يحمل توقيع، ولكن إذا لم يعده خلال تلك الفترة وصادف أن انفض الكونجرس

(1) Congress and the nation, Op.Cit.P.515.

(2) Moe "Ronald C." Op.Cit.P.63.

(3) Congress and the nation, Op.Cit.P.63.

فلا يصبح قانوناً، بل يجب إقراره ثانية من قبل المشرعين وهذا ما يطلق عليه في أمريكا ((اعتراض الجيب (Pocket veto))^(١).

هذا ويذهب معظم الفقه الدستوري إلى أن حق الاعتراض بات من أمضى الأسلحة التي يملكها رئيس الجمهورية الأمريكية في مواجهة السلطة التشريعية^(٢). إذ أنه ليس من الصعب على الرئيس أن يحصل على تأييد "ثلث أعضاء أحد المجلسين + واحد" من أجل قتل أي مشروع لا يؤيده.

ويتضح لنا من الجدول المدون أدناه أن الكونجرس يعجز في أكثر الأحيان من مواجهة هذه السلطة التي يملكها الرئيس^(٣).

الرئيس President	مجموع مشروعات القوانين المعترض عليها Bill vetoed	اعتراض مباشر Direct veto	اعتراض جيب Pocket veto	مشروعات القوانين التي أبطل الاعتراض عليها Vetoed veriden
واشنطن	٢	٢	-	-
ادمز	-	-	-	-
جيفرسون	-	-	-	-
ماديسون	٧	٥	٢	-
مونرو	٢	١	١	١
"ج، كير، ادمز"	-	-	-	-
جاكسون	١٢	٥	٧	-
فان بيرن	-	-	-	-
هاريسون	-	-	-	-
تايلر	١٠	٦	٤	١
بولك	٣	٢	١	-
تايلور	-	-	-	-
فيلمور	-	-	-	-
بيريس	٩	٩	-	٥
بوكنان	٧	٤	٣	-
لنكولن	٦	٢	٤	-
اندرو جونسون	٢٨	٢١	٧	١٥
جرانت	٩٢	٤٤	٤٨	٤
هايس	١٣	١٢	١	١

(١) Munro "William Bennett "the government, of the united states Op. Cit. PP. 200-205.

(٢) Schwartz "Bernard", American constitutional Law, Op. Cit., PP.99-101.

Congress and the nation, Op. Cit, P.583.

(٣) إن هذا الجدول مأخوذ من

-	-	-	-	جار فيلد
١	٨	٤	١٢	ارثر
٢	١١٠	٣٠٤	٤١٤	كليفلند (فترة رئاسته الأولى)
١	٢٥	١٩	٤٤	بنجامين هاريسون
٥	١٢٨	٤٢	١٧٠	كليفلند (فترة رئاسته الثانية)
-	٣٦	٦	٤٢	ماكيني
١	٤٠	٤٢	٨٢	تيودور روزفلت
١	٩	٣٠	٣٩	تاقت
٦	١١	٣٣	٤٤	ولسون
-	١	٥	٦	هاردينج
٤	٣٠	٢٠	٥٠	كوليدج
٣	١٦	٢١	٣٧	هوفر
٩	٢٦٠	٣٧١	٦٣١	فرانكلين روزفلت
١٢	٧٠	١٨٠	٢٥٠	ترومان
٣	١١٨	٨٣	٢٠١	ايزنهاور
-	١١	١٤	٥٢	كيندي
-	١٤	١٦	٣٠	لندون جونسون
٢	٢	٧	٩	نيكسون "خلال شهر مايو لسنة ١٩٧١ فقط"

رابعاً: قيادة الرئيس لحزبه

يتسم التنظيم الحزبي في الولايات المتحدة الأمريكية بالضعف، ونأيه عن التنظيم الدقيق والمركزية التي تتسم بها الأحزاب السياسية في بريطانيا والدول الأوروبية الأخرى^(١). حيث يلاحظ في الأحزاب الأوروبية أن قادتها ينتخبون من قبل القواعد الحزبية وإنهم يتسلمون مقاليد السلطة عند فوز أحزابهم في الانتخابات، أما بالنسبة للأحزاب الأمريكية فمهمتها الأساسية الإعداد للانتخابات والفوز بها، وقد قام عرف هناك بأن الشخص الذي يفوز بانتخابات الرئاسة، يصبح زعيماً لحزبه أيضاً وعندما تنتضي فترة رئاسته يعود إلى مكانته الأولى كعضو عادي^(٢).

وقد يشوب زعامة الرئيس لحزبه شيئاً من التناقض والغاية التي انتخب لأجلها من قبل الشعب ألا وهي زعامته لكل الأمة، والتي تتطلب منه أن يسمو فوق الخلافات الحزبية، بيد أن ذلك لا يقوى أمام حاجته إلى التأييد الحزبي من أجل

^(١) أنظر في تفاصيل ذلك، موريس ديفرجيه - الأحزاب السياسية، ترجمة علي مقلة وعبد الحسن معد، بيروت، ١٩٦٦.

^(٢) Dillon "conley H" Introduction to the political science, 1985. P.166.

مرور مشاريعه وبرامجه في الكونجرس ومن ثم لا يستطيع أن يفصل نفسه عن نشاطات حزبه بل على العكس من ذلك، يجب أن يبذل جهود مضمّنية من أجل إثبات كفاءته في زعامة حزبه مثلما بذل قصارى الجهود من أجل نجاحه في قيادة الأمة^(١).

ولذلك يجب أن يقوم تنسيق بين الرئيس وزعماء حزبه في الكونجرس بغية إنجاح برامجهم العامة ومن أجل تجنب الفشل في الانتخابات القادمة، ولذلك يلاحظ أن الرئيس لا يعفى من المسؤولية في حالة فشل خطط حزبه داخل الكونجرس^(٢). ويلاحظ أن الرئيس يبذل قصارى جهده في الحملات الانتخابية لأعضاء السلطة التشريعية وذلك لكسب التأييد الشعبي لأعضاء حزبه الذين يخوضون الانتخابات^(٣). إلا أنه يجب أن ننبه في هذا المقام، أن زعامة الرئيس لحزبه لا تعني أن أعضاء حزبه في الكونجرس، سوف يمتثلون لأوامره امتثالاً تاماً، مثل ما هو معروف في الأحزاب البريطانية، وإنما العكس يحدث أحياناً في الولايات المتحدة حيث يلاحظ أن أعضاء الحزب في الكونجرس يصوتون وفقاً لقناعتهم الشخصية دون أن يلتزموا برأي الرئيس وهذا نتيجة من نتائج ضعف البنيان التنظيمي للأحزاب الأمريكية، ومثال ما تقدم، أن الرئيس "فرانكلين روزفلت" لم يكن يلقي المعارضة من الجمهوريين فقط، بل ومن بعض الديمقراطيين أيضاً. وأن الرئيس "أندرو جونسون" اتهم جنائياً نتيجة خلافه مع جناح الحزب الجمهوري الراديكالي "حزبه" والذي سعى إلى الوقوف بوجه الرئيس "جونسون" ومن ثم السعي إلى اتهامه جنائياً بحجة مخالفته الدستور. وإن الرئيس إيزنهاور قد اختلف مع أعضاء حزبه في الكونجرس في استهلال ولايته^(٤). ونعتقد أن التفاف أعضاء الحزب في الكونجرس حول الرئيس يعود إلى قوة

(1) Swarthout (John M.) Principle and problems of American government 1959. P.389.

(2) Munro (William Bennett) government of united stated Op. Cit. P.207.

(3) أنظر: أوستن رني، سياسة الحكم، المصدر السابق، ص ١٤٦.

(4) Swarthout (John M) Op. Cit. P.389.

شخصية الرئيس وليس إلى البناء التنظيمي للحزب ولذلك يذهب الأستاذ "أوستن رني" بأن زعامة الرئيس لحزبه هي إحدى أسلحته الضعيفة^(١).

خامساً: الرأي العام

يعرف الرأي العام بأنه "وجهة نظر الأغلبية تجاه قضية عامة في زمن معين، تهم الجماهير، وتكون مطروحة للنقاش والجدل، بحثاً عن حل يحقق الصالح العام"^(٢).

هذا وقد اكتسب الرأي العام أهمية كبيرة في القرن العشرين كوسيلة من وسائل التأثير على صانعي السياسة في المجتمعات الليبرالية، حيث يعد من أهم الوسائل التي يلجأ إليها أولي الأمر في تلك المجتمعات لحل الخلافات التي تقع بينهم^(٣).

(١) أوستن رني، المصدر السابق، ص ١٤٨.

(٢) أنظر في ذلك وفي تفاصيل الرأي العام، الدكتور سعيد سراج، الرأي العام ومقوماته وأثره في النظم السياسية المعاصرة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٨، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص ٧ وما بعدها، وانظر أيضاً الدكتور رمزي الشاعر، النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٧٦، دار النهضة، ص ٢١٤-٢٣٤.

(٣) يرى الدكتور عبد الحميد متولي أن تأثير الرأي العام قد ضعف في العصر الحديث، ويرد ذلك إلى جملة عوامل أهمها عاملان:

الأول: الزيادة الهائلة لمهام الدولة في ميادين يعود المقام الأول فيها للاعتبارات الفنية، والرأي العام بطبيعته غير متخصص أي غير فني، فهو إنما يصدر أحكامه لا بناءً على معلوماته الفنية، بل استناداً إلى ملكة سلامة الحكم على الأمور مع مراعاة الصالح القومي، ومتأثراً بميول عاطفية نحو سياسة "أو مبادئ معينة كما تعرف في خطوطها العامة، والعامة في أقصى درجات عموميتها.

والثاني: هو ما يلاحظ في العصر الحديث من الصفة الدولية لكثير من المشاكل، فهذه الظاهرة تزيد من ضعف الرأي العام، فنظراً لما يتصف به من عدم الخبرة (أو عدم الإلمام التام) في الشؤون الدولية فإننا نجده (كما يقرر الأستاذ بيردو) ينظر إلى تلك المشاكل من الناحية القومية، ومن الأمور المسلم بها في هذا العصر أن المسائل أو المشاكل السياسية الكبرى "المتعلقة بأي بلد من البلاد" ينظر إليها من الناحية الدولية، فالدولة لم تعد في العصر الحديث تستطيع أن

ويعد الرأي العام في الولايات المتحدة الأمريكية الملاذ الأساسي الذي يلجئ إليه رئيس الدولة في حالة قيام خلاف بينه وبين قادة الكونجرس. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ "لاسكي" أن المصدر الحقيقي لأهمية السلطة الرئاسية يكمن أساساً في الاحتكام إلى الرأي العام^(١).

ومن الرؤساء الأمريكيين الأوائل الذين برعوا في استخدام هذه الوسيلة للتأثير على الكونجرس الرئيس "أندرو جاكسون" والذي كان يستخدم صحافة الحزب لكسب معاركه المتعددة مع الكونجرس.

وقد برع كذلك الرئيس "نكولن" في قيادة الرأي العام لتأييده على إرغام السلطة التشريعية للموافقة على برامج^(٢).

وكانت الصحافة في بداية الأمر هي الوسيلة الأكثر انتشاراً للاتصال بالرأي العام، ويعتبر الرئيس "أندرو جاكسون" أول رئيس أمريكي يجري مقابلة صحفية وبلغ عدد مقابلاته الصحفية اثني عشر مقابلة أجراها خلال ما يقارب ثلاث سنين.

ومن ثم أخذت العلاقات الرئاسية مع الصحافة تزداد وتتطور، وخاصة في عهد الرئيس "تيودور روزفلت" الذي كان كثير الاتصال بالصحفيين.

أما الرئيس "فرانكلين روزفلت" فيعد أكثر الرؤساء استعمالاً لهذه الوسيلة حيث بلغ مجموع المؤتمرات الصحفية التي عقدها خلال فترة رئاسته "٩٩٨" مؤتمراً صحفياً^(٣).

ومع ظهور وسائل الاتصال الأخرى الأكثر تقدماً من الصحافة كالراديو والتلفزيون، ظلت الصحافة من أهم الوسائل التي تساعد الرئيس على كسب تأييد الرأي العام^(٤).

تسيطر على العوامل التي تؤثر في حل مشاكلها السياسية الكبرى، أنظر تفاصيل ذلك، الدكتور عبد الحميد متولي، الحريات العامة، ١٨٧٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٩٨ وما بعدها.

(1) Schwartz "Bernard", American constitutional Law, 1955. P. 101.

(2) Congress and nation, Op. Cit. P.581.

(3) Congress and nation, Op. Cit. P.582, and Dillon "Conley H. "Introduction to the political science, PP.166-167.

(4) Neustadt "Richard" presidential power 1976, John wily and sons, Inc. New York, PP. 31-41.

إن مسألة كسب الرأي العام وقيادته ليست بالمهمة اليسيرة، بل أنها من أصعب المهام التي يضطلع بها الرئيس، حيث أنها تتطلب منه حسن التوقيت وسلاسة الأسلوب عند عرضه لمسألة ما على الجماهير، لكي يستطيع الرأي العام فهم تلك المسألة وبالتالي تكوين الرأي الناجح لحلها، وكلما استطاع الرئيس كسب الرأي العام وأقنعه بوجهة نظره، فإن الكونجرس سوف يجد لا مناص من تأييد الرئيس، إذ أنه سيشعر بضغط الرأي العام، وبالتالي سوف يستجيب لمقترحات الرئيس التشريعية، أما إذا كان تأييد الرأي العام معدوماً، فإن رجال الكونجرس سوف يتجاهلون تأييد متطلبات الرئيس^(١).

ولذلك نجد الرئيس "تيودور روزفلت" يقول كنت مجبراً على هجر المساعي بغية إقناع الكونجرس لياتوا إلى طريقي، ومن ثم أنني أتجه إلى الشعب لأحكمه بيني وبين قادة الكونجرس، والذي كان الحاكم لكلانا، وعن طريقه أكسب ما أريد^(٢).
إلا أنه يلاحظ أن بعض الرؤساء يفشلون في كسب تأييد الرأي العام وذلك من خلال فشلهم في استخدام وسائل التأثير عليه، ويسجل بعض الكتاب على الرئيس "ترومان" فشله في استخدام المؤتمرات الصحفية للتأثير على الرأي العام. إذ أنه كان يعطي إجابات مختصرة على أسئلة الصحفيين ولا يقوم بإضافة بعض المعلومات التي تكون مهمة، وأنه كان ينظر إلى المؤتمرات الصحفية وكأنها محاكمة أو محنة^(٣).

ومن الجدير بالملاحظة أن سياسة الحكومة الأمريكية تتأثر إلى حد بعيد باتجاهات الرأي العام وميوله، وخير دليل على ذلك الضغط الذي مارسه الرأي العام على حكومته لسحب قواتها من فيتنام، واستجابة الحكومة لتلك الضغوط^(٤).

(1) Robert K. Carr, and other, American Democracy in theory and practice, third edition New York, 1961, PP.379-380.

(2) Schwartz "Bernard American constitutional Law, Op. Cit. P.101.

(3) Hargrove "Erwin C" presidential leadership, Macmillan company, New York, 1966, PP. 147-148.

(4) Verba "Sidney" and "others" public opinion and the war in Vietnam, the American.

Political Science Review Vol. XXI, June 1967, No. 2. PP.317-333.

وفي الختام نرى أن الالتجاء إلى الرأي العام من أهم الوسائل التي يملكها الرئيس للضغط على الكونجرس لتأييد برامجه، ولكن شريطة ألا تستخدم هذه الوسيلة استخداماً أخرقاً، مثال ذلك الفشل في حسن التوقيت، أو الإكثار من اللجوء إليها مما يجعل الشعب يشعر بالملل وبالتالي لا يكثر بما يطرحه الرئيس.

الفرع الثاني

وسائل تأثير السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية

أ- الاعتراض على اقتراحات الرئيس التشريعية

يعد الكونجرس صاحب السلطة التشريعية وفقاً للدستور الأمريكي، وبالتالي أن الرئيس لا يحق له أن يقترح مشروعات القوانين، هذا من الجانب النظري، أما من الجانب العملي، فنجد أن التطور الدستوري قد أباح للرئيس ممارسة هذا الحق، دون أن يجد اتهاماً بأنه يخرق مواد الدستور، حيث نلاحظ بعض الرؤساء يقومون باقتراح القوانين بأسلوب غير مباشر وذلك بواسطة أنصارهم من أعضاء الكونجرس، وهذا ما كان يحصل في أول الأمر، أما في الوقت الحاضر فيلاحظ أن الرؤساء يقدمون اقتراحات بمشروعات القوانين التي يريدون سنّها ويرفقونها برسائلهم السنوية أو بالتقارير السنوية الأخرى كتقرير الميزانية، والتقرير الاقتصادي^(١).

ويتضح بجلاء أن الرئيس سيكون تحت رحمة الكونجرس في حالة عدم استجابته لمطالبه، وبالتالي يضطر إلى التوجه إلى الرأي العام لخوض معركة علنية مع رجال الكونجرس وهذا ما حدث في إدارة الرئيس إيزنهاور عندما تعرضت خطة الميزانية التي وضعها إلى هجمات بعض رجال الكونجرس الاقتصاديين مما دفعه إلى إلقاء خطابين في التلفزيون للدفاع عن الميزانية التي وضعها^(٢).

(١) Strum "Philippa" Presidential power and American Democracy 1972. PP.6-8.

ويرى الدكتور عبد الحميد متولي، أن سلوك الطريق الأخير يعد مخالفاً للدستور، أنظر: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، المصدر السابق، ص ٢٥٧، هامش "١".

(٢) أنظر: أوستن رني، سياسة الحكم، المصدر السابق، ص ١٤٨.

ونتيجة لتلافي هذه الضغوط يلجأ الرؤساء إلى مد حبال المودة مع أعضاء الكونجرس، وخاصة زعمائه، كرئيس مجلس النواب، والزعماء الحزبيين Floor leaders في مجلس الشيوخ والنواب. وأصبح هناك مستشارين للرئيس في البيت الأبيض يختصون بالعلاقات الرئاسية مع الكونجرس^(١).

ب- مشاركة مجلس الشيوخ لرئيس الجمهورية في سلطة تعيينات كبار الموظفين
ألزم الدستور الأمريكي رئيس الجمهورية بوجوب أخذ موافقة مجلس الشيوخ في تعيينات الموظفين الفدراليين، وقد استقر العرف الدستوري على ضرورة استشارة وموافقة المجلس على تعيين كبار الموظفين، ومنهم المستشارون المقربون للرئيس^(٢) وتعد هذه الوسيلة من ضمن الوسائل الناجحة التي يحد بها مجلس الشيوخ من سلطات الرئيس.

ج- مجلس الشيوخ يشارك الرئيس في السياسة الخارجية
وذلك من خلال وجوب موافقته على المعاهدات التي تعقدها الولايات المتحدة مع الدول الأخرى حيث يشترط موافقة ثلثي أعضاء المجلس على ذلك^(٣).

د- سلطة الاتهام الجنائي والعزل power of impeachment
للكونجرس من سلطة "عزل الرئيس ونائبه وجميع الموظفين المدنيين للولايات المتحدة من مناصبهم وإدانتهم بعدم الولاء أو الخيانة أو الرشوة أو سواها من الجنايات والجناح الخطيرة"^(٤).

(١) أنظر في تفاصيل ذلك: Congress and the nation, Op. Cit. 590

(٢) أنظر تفاصيل ذلك، د. حميد الساعدي، الوظيفة التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٥٥ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. حميد الساعدي، المصدر السابق، ص ٢٥٦ ما بعدها، د. محمد فتوح عثمان، رئيس الدولة في النظام الفدرالي، القاهرة، الهيئة المصري العامة للكتاب، ١٩٧٧، ص ١٤٩ وما بعدها.

(٤) المادة الثانية من الدستور، الفقرة الرابعة.

ومجلس الشيوخ هو الجهة المختصة بالمحاكمة في جميع الاتهامات الخاصة بعدم الولاء، وعند اجتماعه لهذا الغرض يجب أن يقسم أعضاؤه اليمين أو التوكيد. وعندما يحاكم رئيس الولايات المتحدة يرأس الجلسة كبير القضاة، ولا يدان أحد بدون موافقة ثلثي الأعضاء الحاضرين. والأحكام التي تصدر في الاتهامات الخاصة بعدم الولاء لا ينبغي أن تتجاوز حد الإقصاء عن المنصب وتقرير عدم الأهلية لتولي منصب رفيع أو للتمتع بمنصب يقتضي ثقة أو يدر ربحاً في الولايات المتحدة، ولكن الشخص المدان يكون إلى جانب ذلك عرضة للاتهام، فالمحاكمة، فالحكم، ثم العقاب وفقاً للقانون^(١).

ويلاحظ أن مجلس النواب يتولى سلطة الاتهام، ومجلس الشيوخ سلطة المحاكمة وقد بلغ عدد محاولات الاتهام التي قدمت إلى مجلس النواب ما يقارب خمسين حالة إلا أنه لم يصل منها إلى مجلس الشيوخ سوى اثنا عشرة حالة، اثنان منها لعدم الاختصاص وستة منها انتهت بالبراءة، وأربعة حالات انتهت بالإدانة.

ويلاحظ أن حالات الإدانة تقرر ضد قضاة فدراليين، وهم "جون بيكرنك" سنة ١٨٠٤، وهمفري سنة ١٨٦٢، روبرت ريتشارد ١٩١٣، وهالسند رايتز ١٩٣٦^(٢).

أما محاولات الاتهام للرؤساء فكانت هناك محاولات معدودة منها محاولة ضد الرئيس "تايلر" في ١٠/١/١٨٤٣، إلا أنها لم تلق التأييد من قبل مجلس النواب إذ كانت نتيجة التصويت ١٢٧ معارضاً، و ٨٤ مؤيداً^(٣).

أما الرئيس الآخر الذي تعرض لمحاولة الاتهام فكان الرئيس "هوفر"، وقد تعرض لمحاولتين الأولى في الثالث عشر من ديسمبر ١٩٣٢ وقد رفضت من مجلس النواب بأغلبية "٣٦١ - ضد ٨ صوتاً"، أما الثانية فكانت في السابع عشر

(١) المادة الأولى، الفقرة الرابعة.

(٢) أنظر في دراسة سلطة الاتهام في الولايات المتحدة:

Congress and the nation, Op. Cit. PP.265-272.

(٣) وقد ورد في الكونجرس، بأن الرئيس "تايلر" أصبح سياسياً منبوذاً، ونبذ من قبل الديمقراطيين والجمهوريين على السواء، إلا أن اتهامه كان عسيراً.

Congress and the nation, Op. Cit. P261.

من يناير ١٩٣٣ وقد رفضت أيضاً من قبل مجلس النواب بأغلبية (٣٤٤ ضد ١١ صوتاً)^(١).

وخلال التاريخ الدستوري للولايات المتحدة لم يقدم للمحاكمة سوى رئيس واحد هو الرئيس "أندرو جونسون" وقد كان هذا الرئيس على خلاف كبير مع أعضاء الكونجرس وقد اختلف الناس في تقييم مسألة اتهامه ومحاكمته فمنهم من يؤيد ذلك، ومنهم من يرى أن الجناح الراديكالي للحزب الجمهوري كان متسرعاً وحقوقاً في اتهامه للرئيس جونسون^(٢).

ومن الجدير بالذكر أن الرئيس "جونسون" قد تعرض لمحاولتي اتهام باءت الأولى بالفشل، إذ لم يقرها مجلس النواب، ونجحت المحاولة الثانية حيث وافق مجلس النواب في الرابع والعشرين من شهر فبراير سنة ١٨٦٨ على اتهام الرئيس "جونسون" بأغلبية "١٢٨ ضد ٢٧ صوتاً". وقد اتهم الرئيس جونسون بخرق قانون شغل الوظائف The Tenure of office act وكذلك بمهاجمته الكونجرس في خطابه المتواصلة "Attacking congress in a series of political speeches" وقد تصدى مجلس الشيوخ لمحاكمة الرئيس في الثلاثين من مارس سنة ١٨٦٨، إلا أن الرئيس لم يحضر المحاكمة، وأُناوب عنه مجموعة من المحامين برئاسة هنري ستانبري، والذي كان يشغل وظيفة النائب العام وتخلّى عنها للقيام بمهمة الدفاع عن الرئيس. وبعد أسابيع من المداولات وتحري البيانات والشهادات، قرر المجلس إجراء التصويت، لاتخاذ قرار بالإدانة أو البراءة وفقاً للدستور حيث يشترط موافقة ثلثي الحاضرين في حالة الإدانة، وقد أصبحت عملية التصويت بمثابة أعجوبة، إذ نجا الرئيس "جونسون" من قرار الإدانة بفارق صوت واحد إذ كان يشترط لإدانة الرئيس

^(١) Congress and the nation, Op. Cit. P268.

^(٢) أنظر في تفاصيل ذلك:

Benedict "Michael les" a new look at the impeachment of Andrew, Johnson, the political science quarterly vol.88, No.3, September, 1973, 349-367.

وانظر أيضاً:

Crowin "Edward "S", The president office and powers, Op. Cit. PP.63-68.

تصويت ستة وثلاثين عضواً على ذلك، بينما وافق على الإدانة خمسة وثلاثون فقط، واعترض تسعة عشر عضواً^(١).

ومن الرؤساء الذين تعرضوا للاتهام في العصر الحديث، الرئيس نيكسون في عام ١٩٧٤، بعد تورطه بفضيحة (ووترغيت)، ومن أجل تلافي نتائج الاتهام الجنائي قرر الرئيس نيكسون الاستقالة من منصبه، وهي العقوبة التي يقتضيها الدستور في حالة الإدانة^(٢).

وقد تعرض الرئيس بيل كلنتون إلى الاتهام من قبل مجلس النواب في عام ١٩٩٨ في مسألتين هما الحنث باليمين، وتقويض العدالة إلا أن محاولة عزله باءت بالفشل حيث قام مجلس الشيوخ بإجراء المحاكمة في ٧ كانون الثاني ١٩٩٩ ونظراً لانقسام المجلس وتصويت أربعة وأربعين عضواً من الديمقراطيين لصالح رفض الاتهام، أصبح الاستمرار بالمحاكمة غير مجدي لأن الحصول على ثلثي أعضاء المجلس للإدانة شبه مستحيل ومن ثم اكتفى مجلس الشيوخ بتوجيه اللوم للرئيس كلنتون بدلاً من عزله^(٣).

المطلب الثالث

تقييم العلاقة بين السلطتين

إن قراءة متأنية وفاحصة لنصوص الدستور الأمريكي، تبين لنا بجلاء أن واضعيه لم يدر بخلدهم ترجيح سلطة من السلطات على الأخرى، بل إنهم اعتقوا نظرية الفصل بين السلطات، وجعلوا من السلطة التنفيذية نداً للبرلمان من خلال إنابة السلطة التنفيذية برئيس الجمهورية، والنأي به عن المسؤولية السياسية أمام

(1) Congress and nation, OP. Cit, PP. 270-271.

(2) Sorensen "Theodore C. "-L Watchman in the night, presidential accountability after Watergate 1975, Cambridge the MIT press, PP. 3-12. Kathleen M. Sullivan, constitutional law, 2001, New York, foundation press P. 403.

و د. عبد الرؤوف بسيوني، اتهام رئيس الجمهورية ومحاكمته في النظام الأمريكي (المحاكمة البرلمانية)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٨-٦٦.

(3) Kathleen M. Sullivan, Op. Cit. P. 404.

د. عبد الرؤوف بسيوني، نفس المصدر، ص ٦٦-٧٢.

البرلمان، وذلك ما يتنافى وروح العصر الذي شرع فيه الدستور، إذ أن البرلمانات "وخاصة في بريطانيا الدولة الأم للأمريكيين" قد وصلت في ذلك العصر إلى ذروة المجد، حيث أن الملك أصبح (يسود ولا يحكم) وإن الوزارة ما هي إلا لجنة تتبثق من البرلمان ومسئولة أمامه وله أن يطرح الثقة بها في أي وقت شاء^(١). ويلاحظ أن

(١) وقد انتقد الفقيه دي توكفيل هذا المسار الذي سلكه الدستور الأمريكي وعده نقطة ضعف في النظام الأمريكي حيث قال "ومن البديهيات المقررة في أوربا أن الملك الدستوري لن يستطيع أن يقوم بمهام الحكم إذا ما وقف في وجهه المجلسان كلاهما. ولكن المعروف أن الكثيرين من رؤساء الولايات المتحدة قد فقدوا الأغلبية في الهيئة التشريعية دون أن يضطروهم ذلك إلى النزول عن السلطة العليا، ومن غير أن يعملوا على إنزال شر كبير بالأمة، فقد سمعت هذه الحقيقة تقتبس وتتخذ دليلاً على استقلال الحكومة التنفيذية في أمريكا وعلى قوتها، ومع ذلك فأقل تفكير يقنعنا بأن العكس هو الصحيح وهذا دليل على ضعفها لا على استقلالها وقوتها.

يقتضي الملك في أوربا تأييد السلطة التشريعية إياه حتى يتمكن من أداء الواجبات التي يفرضها عليه الدستور، لأنها واجبات جسام. فليس الملك الدستوري في أوربا منفذاً للقوانين فحسب، بل أن تنفيذها ليقع عليه كله حتى صارت له القدرة على شل قوتها إذا وقفت ضد مقاصده، فهو بحاجة إلى مساعدة المجلسين التشريعيين لوضع القوانين، ولكن هذين المجلسين بحاجة إلى قوة لتنفيذها، فهاتان السلطانان على تستطيعان أن تعمل إحداهما من غير الأخرى وإذا ما اختلفتا تعطل دولا الحكومة.

لا يستطيع الرئيس في أمريكا أن يحول دون تنفيذ أي قانون، كما لا يستطيع أن يتفادى التزامه بتنفيذه بالقوة. فلاشك في أن معاونته في إخلاص وهمة مفيدة في إدارة الشؤون العامة، ولكنها ليست مما لا يمكن الاستغناء عنه، فهو في كل أعماله الهامة خاضع مباشرة، أو بالواسطة، للهيئة التشريعية ولا يستطيع بمطلق سلطته وحدها أن يعمل شيئاً يذكر. فضعه إذن، وليست قوته، هو الذي يمكنه من أن يبقى على الرغم من معارضة السلطة التشريعية. انظر دي توكفيل، الديمقراطية في أمريكا، المصدر السابق صفحة ١٤٨ وما بعدها. وقد لقي هذا الرأي صدى لدى الرئيس "ودرو ولسون" فقد دعى عندما كان أستاذاً في الجامعة إلى تعديل الدستور الأمريكي بحيث يصبح للكونجرس من الحقوق والمسؤوليات ما للبرلمان، وكان سنده في ذلك قريب من حجة "دي توكفيل" حيث يرى أن الحكومة تصاب بالجمود والشلل في حالة نشوب خلاف بين الرئيس والكونجرس.

المؤسسين بذلوا قصارى الجهد من أجل أن يحفظوا لهذا التوازن ديمومته، فجاءوا بنظرية أخرى مكملية لنظرية الفصل بين السلطات، وهي نظرية الرقابة والتوازن، والتي تضع يد كل سلطة من السلطات بعض الضوابط التي تستطيع من خلالها الحد من تجاوز السلطة الأخرى فنجد أن رئيس الجمهورية يشارك السلطة التشريعية في أخص اختصاصاتها إذ أباح له الدستور حق الاعتراض على القوانين، والذي أصبح من أعظم الضوابط التي يملكها رئيس الجمهورية لكبح جماح السلطة التشريعية، فضلاً عن ذلك له دعوة الكونجرس إلى جلسات استثنائية في حالات ترك تقديرها للرئيس، ونرى من جانب آخر أن الكونجرس يشارك الرئيس في لب سلطاته، وذلك من خلال وجوب موافقة مجلس الشيوخ على تعيين الموظفين الفدراليين، فضلاً عن وجوب موافقته أيضاً على عقد المعاهدات، وهذا يعني مشاركته في صنع السياسة الخارجية، ونجد من جهة أخرى أن التطور الدستوري قد أعطى للسلطة القضائية سلطة الفصل في المسائل التي تثار حولها شبهة اللادستورية سواء كانت هذه الأعمال صادرة عن السلطة التنفيذية أو التشريعية.

إلا أن نظرية الفصل بين السلطات والضوابط التي وضعت بغية تمكينها من الثبات والاستقرار، لم تقوى على مواجهة تيارات التغيير التي شملت كافة جوانب المجتمع الأمريكي، مما أدى إلى إصابة هذه النظرية وضوابطها بالخلل والاهتزاز، حيث لوحظ أن كفتي ميزان السلطان غير متوازنة بل باتت تميل من وقت إلى آخر

وقد حاول الرئيس ولسون، عندما آلت إليه رئاسة الولايات المتحدة أن يصطنع أزمة مع الكونجرس في حالة وقوفه في سبيله. وذلك بأن يستقيل هو ونائبه ووزرائه. وفي هذه الحالة ستخلو جميع المناصب التي جعل الدستور من شاغليها خلفاء على التوالي للرئيس. فحينئذ سيضطر الكونجرس إلى اختيار هيئة تنفيذية جديدة، إلا أن قيام الحرب العالمية الأولى في عهد الرئيس ولسن جعلته يعدل عن تنفيذ هذه الفكرة.

أنظر في ذلك، دافيد كوشمان، النظام السياسي في الولايات المتحدة، ترجمة توفيق حبيب، صفحة ١٤١ وما بعدها.

وانظر:

Crowin "Edward S." The president office and powers, Op. Cit. PP. 287-298.

لصالح سلطة على حساب أخرى، فتارة ترجح كفة السلطة التشريعية وتارة أخرى تجبها السلطة التنفيذية^(١).

وكان هذا التآرجح معروفاً في القرن التاسع عشر، إلا أنه مع بداية القرن العشرين، بدأت الرياح تجري لصالح السلطة التنفيذية حتى استقر الأمر لها وأصبحت هي سيدة الموقف، إذ أن الأزمات الاقتصادية التي اجتاحت القرن العشرين وقيام الحربين العالميتين وضعت الكونجرس أمام تهديد حقيقي، إذ وجد نفسه عاجزاً في الاستمرار كطرف ند لرئيس الجمهورية^(٢)، فضلاً عن أسباب أخرى زادت من قوة الرئيس كقيادته للرأي العام وتحول أسلوب اختياره إلى الانتخاب المباشر، والتقدم التقني الذي زاد الحياة تعقيداً ورفع من قدر الفئات المتخصصة في شتى العلوم الحياتية.

ويلاحظ أن الأمريكيين ينظرون إلى الرئيس نظرة مملوءة بالثقة والاحترام باعتباره رمز الأمة الذي تمثلت إرادتها في اختياره، وهو صانع سياستها الداخلية والخارجية وهو ذراعها القوي وصاحب القرار للحد من التدخلات الأجنبية، ولذلك نجد أن اهتمامهم يكاد يتركز على شؤون الرئيس دون أعضاء الكونجرس، فالشعب يهتم

(١) أنظر: الدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والنظم السياسية، المصدر السابق، ص ٢٧٨ وما بعدها.

ويذهب الدكتور فؤاد العطار إلى أن هذا التآرجح كان بين السلطات الثلاث، أي التشريعية والتنفيذية والقضائية، فعندما يكون الرجحان للسلطة التشريعية تكون أمام حكومة الجمعية، وعندما تتفوق السلطة التنفيذية تكون أمام الحكومة الرئاسية، وعندما تبرزهم السلطة القضائية تكون أمام حكومة القضاة.

أنظر القانون الدستوري، والنظم السياسية، المصدر السابق، ص ٣٣١، غير أننا لا نتفق وأستاذنا في رأيه السالف فيما يخص رجحان السلطة القضائية، وذلك لسببين الأول: إن السلطة القضائية لا تملك سلطات تتعلق بتشريع القوانين أو تنفيذها "وهما أساس وجود الحكومة" الثاني: إن أعضاء "المحكمة الاتحادية العليا" والتي تمثل قمة السلطة القضائية في أمريكا معينين من قبل رئيس الجمهورية بعد مشورة وموافقة مجلس الشيوخ والمعروف أن الرئيس يختارهم من بين مؤيديه.

(2) Congress and the nation, Op. Cit. P.4.

بنتيجة انتخاب الرئيس أكثر من نتيجة أي عضو في الكونجرس، ويتابع باهتمام
خطب الرئيس وبرامجه دون أن يعير اهتمام كبير لأعضاء الكونجرس.

وقد وصف أحد الكتاب الأمريكيين مكانة كل من الرئيس والكونجرس بقوله "أن
الكونجرس قيادة ضبط جماعية، أما الرئيس فهو قائد متحمل واجباته بمفرده
فالكونجرس بمثابة الأم، والرئيس بمثابة الأب^(١). إلا أن هذه الثقة التي أولاها الشعب
للرئيس مكنته من بز السلطة التشريعية، بدأت تهتز في أواسط القرن العشرين وذلك
نتيجة للمشاكل التي واجهتها الأمة وأخصها التدخل في حرب فيتنام دون تأييد
الشعب لهذه الحرب، ثم الاضطرابات الهائلة التي اجتاحت الأمة الأمريكية في
مجالات شتى حتى أصبحت المخالفة للقانون شيء مألوف لدى المواطنين^(٢).

ولقد كان استياء الشعب من حرب فيتنام سبباً في عدم إقدام الرئيس (لندون
جونسون) الذي كان وراء هذه الحرب على إعادة ترشيح نفسه للفترة الرئاسية الثانية
سنة ١٩٦٨، واستغل مرشح الحزب الجمهوري "نيكسون" غضب الشعب من هذه
الحرب فجعل مهمة إنهاؤها من أهم وعوده الانتخابية إضافة إلى العودة إلى القانون
والنظام^(٣).

بيد أن الرئيس نيكسون بعد فوزه بالانتخابات لم يف بوعوده ولم يتعظ بدرس
"لندون جونسون" إذ كاد أن يتورط في حرب كمبوديا قبل أن ينهي التدخل الأمريكي
في فيتنام^(٤).

^(١) أنظر في ذلك ومزيد من المقارنة بين مكانة الرئيس والكونجرس:

Lane "Robert E" Political Ideology "why the American Common Man
believes what he does" New York, The free press of Glencoe, 1962, PP.
142-153.

^(٢) Congress and the nation, Op. Cit. P.4.

وانظر في حرب فيتنام وردود الفعل تجاهها:

Velvel "Lawrence R" undeclared war and civil disobediences, the
American system in crisis, New York, Dunellen company Inc. 1970, PP,
3-27.

^(٣) Rieselbach "Leroy N", people VS-government Op. Cit. PP.42-48.

^(٤) Strum "Philippa" presidential power and American
democracy, Op. Cit. PP. 12-15.

وكان الرئيس نيكسون يطمح في إعادته الثقة للرئاسة، واعتبر نفسه منقذاً لها بعد التردّي الذي واجهته في عهد سلفه وكان طموحه يتخطى إعادة التوازن بين السلطات إلى ضرورة تفوق السلطة التنفيذية^(١).

إلا أن طموحات الرئيس نيكسون ذهبت أدراج الرياح، وذلك نتيجة اقترافه عملاً شائناً من خلال تورطه في فضيحة "ووترغيت"^(٢)، والتي قضت على مستقبله السياسي وأصابته المنصب الرئاسي بنكسة لم يتعرض لمثلها منذ قيام الدولة الأمريكية.

وقد دفع الرئيس نيكسون ثمن غلطته باستقالته من الرئاسة وذلك لتجنب تحريك الاتهام الجنائي، وخلفه نائبه "فورد" في المنصب الرئاسي، مما زاد في إضعاف المنصب الرئاسي إذ أن الأخير معين وليس منتخباً حيث أنه حل محل نائب رئيس الجمهورية "اسبيرو غينو" عند استقالته، ولذلك أصبح أسير أهواء الكونجرس. ومن خلال إلقاء نظرة على بعض استطلاعات الرأي العام على أثر فضيحة ووترغيت يتضح لنا زيادة مكانة الكونجرس عند الشعب وتردي مكانة الرئيس، ففي استطلاع أجري سنة ١٩٧٣، تبين أن نسبة الوائدين بالرئيس كانت ٢٣،٧٪ بينما كانت نسبة الوائدين بالكونجرس ٣٥،٨٪^(٣).

(١) Arnold "Peri E", and Roos "L. John", toward a theory of Congressional - Executive Relation, the Review of politics, Notre Dame, Indian Vol. 36, July, 1974, No. 3. PP. 410.

(٢) تتلخص فضيحة "ووترغيت" بقيام سبعة أشخاص من المشتركين "بلجنة إعادة انتخاب الرئيس نيكسون لفترة ثانية" بالسطو على المقر الرئيس للجنة الوطنية للحزب الديمقراطي في ووترغيت، وذلك من خلال تسجيل المحادثات التلفونية بين قادة الحزب والتي تتعلق بخططهم للانتخابات الرئاسية، وبعد أن تكشف الأمر وأحيل هؤلاء المتهمين إلى العدالة تبين تورط الرئيس نيكسون في هذه الفضيحة، مما أدى إلى قيام عدد من النواب بمحاولة اتهامه، وتجنباً لنتائج الاتهام قرر الرئيس نيكسون الاستقالة من منصبه في الرابع من أغسطس ١٩٧٤، وخلفه في الرئاسة نائبه فورد. أنظر في تفاصيل فضيحة ووترغيت وآثارها.

(٣) Dennis "Jack", Trends in public support for the American party system, British Journal of political sciences V. 5 part 2, April 1975, P/228 .

وعندما أجريت الانتخابات الرئاسية لسنة ١٩٧٦، انهزم الرئيس فورد مرشح الحزب الجمهوري، وفاز "كارتر" مرشح الحزب الديمقراطي، إلا أن الرئيس الجديد استلم مظهر الرئاسة دون جوهرها "السلطة" إذ أن دور الكونجرس قد تغير بعد النكسات التي آلمت بالرئاسة، وأصبح أطول قامة من الرئيس^(١).

وقد ذهب البعض حينذاك إلى أن فوز الرئيس كارتر سيخفف من حدة الأزمة الرئاسية حيث أن حزبه يسيطر على الأغلبية في الكونجرس، إلا أن واقع الحال غير ذلك، إذ يلاحظ أن الرئيس كارتر واجه في كل مشاريعه وخطته معارضة شديدة من قبل الديمقراطيين أكثر من الجمهوريين، حتى ذهب بعض الديمقراطيين في الكونجرس إلى معارضة كارتر في إعادة ترشيح نفسه فترة رئاسية ثانية، ورشحوا كمنافس له السناتور الديمقراطي أدور كنيدي في الانتخابات الرئاسية لسنة ١٩٨٠ الذي أخرجته في عدة معارك للفوز في ترشيح الحزب الديمقراطي. وقد حاول الرئيس كارتر جاهداً الفوز بثقة أعضاء الكونجرس، ولجأ في شهر تموز سنة ١٩٧٩ إلى إجراء تعديل في حكومته، أخرج بموجبه وزيرين منبوزين من قبل الكونجرس وهما وزير الطاقة الصحة، وكان أعضاء الكونجرس قد طالبوا الرئيس بإقالة الأول باعتباره مسؤولاً عن أزمة الطاقة.

ثم أعقب الرئيس ما تقدم بتصريح طلب فيه من موظفي البيت الأبيض ألا يوجهوا أي نقد لأعضاء الكونجرس خشية أن يفسر بأنه صادر بإيعاز من الرئيس^(٢). وبعد فوز الرئيس ريجان على الرئيس كارتر في انتخابات الرئاسة لسنة ١٩٨٠، حاول الأول أن يعيد للرئاسة شيئاً من مكانتها، ونجح في ذلك مع الرئيس بوش الأب

^(١) Schwegler "Gebhard", Carter's dilemmas, presidential power and its limits, the world today, V. 35, N. 2? February, 1977, PP. 46-55.

Nathan "Richard p.", the plot that failed: Nixon and the administrative pres ideney, John wiley and Sons, Inc. New York, 1975, PP. 10-11.

Rieselbach "Leroy N", People U. S, Government, Op. Cit. PP. 51-81.

^(٢) أنظر مجلة تايم الأمريكية الصادرة في ١٩٧٩/٧/٩.

الذي خلفه في الرئاسة سنة ١٩٨٩. إلا أن مركز الرئيس تعرض لانتكاسة جديدة بعد اتهام الرئيس كلنتون عام ١٩٩٨ وتوجيه اللوم له من قبل مجلس الشيوخ بدلاً من عزله.

وبعد هذه الهزة التي تعرض لها الموقع الرئاسي لاحت الفرصة مجدداً لإعادة الهيبة له بعد تولي الرئيس (دبليو بوش) الرئاسة في عام ٢٠٠٠ حيث تعرضت الولايات المتحدة لأعمال إرهابية في ١١/٩/٢٠٠١ مما أدى إلى زيادة نفوذ الرئيس وحصوله على دعم كبير من قبل الكونجرس لمواجهة الإرهاب وتبع ذلك احتلال الولايات المتحدة للعراق في ٩/٤/٢٠٠٣ وإسقاط النظام السياسي فيه مما رفع من مكانة الرئيس بوش، ومن ثم الموقع الرئاسي، إلا أن إخفاق القوات الأمريكية في فرض الأمن والاستقرار في العراق بعد مرور أكثر من ثلاثة أعوام على الاحتلال والانتقادات التي توجه باستمرار للإدارة الأمريكية حول أدائها في العراق قد يؤدي إلى انتكاسة جديدة للرئاسة ولمصلحة الكونجرس.

الخاتمة

إن دراسة العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في أي نظام سياسي تتطلب من الباحث ألا يقف عند النصوص الدستورية فقط، وإنما عليه أن يتفحص بدقة الواقع السياسي وكيفية عمل المؤسسات الدستورية في ذلك النظام، وسيجد في الغالب عدم تطابق ما سطر في الدستور مع التطبيق الفعلي.

وهذا ما يلاحظ بجلاء في النظام السياسي الأمريكي. فعند قراءة دستور سنة ١٧٨٧ بإمعان، يبدو أن مؤسسي ذلك النظام كانوا يهدفون إلى منح كل هيئة من الهيئات الحاكمة استقلال شبه تام، ويتجلى ذلك بتجنبهم الأخذ بخصائص النظام البرلماني المعروفة والتي من أهمها منح رئيس الدولة سلطة حل البرلمان، ومنح البرلمان سلطة سحب الثقة من الحكومة، فضلاً عن جواز الجمع بين الوزارة وعضوية البرلمان.

ووفقاً لهذا الاتجاه سيكون تأثير أي هيئة في الأخرى محدوداً، بحيث لا يرقى إلى مستوى الإقصاء، كما هو الحال في النظام البرلماني (حل البرلمان، سحب الثقة من الحكومة)، ولكن من جانب آخر تستطيع كل من السلطتين التأثير في الأخرى

من خلال ضوابط الرقابة والتوازن المخولة لهما بموجب الدستور، ومع القول أن هذا التأثير كان محدوداً في المراحل الأولى لنشأة النظام السياسي الأمريكي، إلا أنه تحول إلى تأثير فعال بمرور الزمن نتيجة لتطور النظام السياسي وهذا ما أثر إلى حد كبير على مبدأ الفصل بين السلطات ومن ثم على العلاقة بين الرئيس والكونجرس، إذ أصبح من الصعوبة بمكان القول بوجود توازن بين السلطتين في الجانب العملي، وإنما يلاحظ رجحان كفة إحدى السلطتين على الأخرى وفقاً للمتغيرات السياسية، فتارة نلاحظ تفوق رئيس الدولة وتارة نلاحظ العكس، ويعود هذا الاهتزاز في العلاقة بين السلطتين إلى عدة أسباب لعل من أهمها ما يلي:

١. ظهور نظام الأحزاب السياسية، خاصة إذا ما علمنا أن النظام الحزبي الأمريكي يقوم على الثنائية الحزبية، مما قد يؤدي إلى قيادة الرئيس للكونجرس في حالة حصول حزبه على أغلبية المقاعد النيابية في الكونجرس، وتمتع الرئيس بشخصية قوية، وهذا ما لوحظ بجلاء بالنسبة للرئيس الحالي (جورج بوش) للفترة من ٢٠٠١ - ٢٠٠٦ حيث كان الحزب الجمهوري (حزب الرئيس) يهيمن على مجلس الكونجرس مما منح الرئيس سلطات واسعة، إلا أن ذلك لم يستمر حتى نهاية فترة الرئاسة والتي ستنتهي في أواخر سنة ٢٠٠٨ إذ فقد الحزب الجمهوري أغليبيته في المجلسين عند إجراء الانتخابات التكميلية في تشرين الثاني ٢٠٠٦ نتيجة لفشل سياسة الرئيس الخارجية وخاصة في العراق وأفغانستان، مما أوقع الرئيس في حرج شديد.

٢. إن قيام أزمات طارئة سواء في المجال الداخلي أو الخارجي تؤدي بطبيعتها إلى ازدياد نفوذ الرئيس على حساب الكونجرس باعتباره صاحب السلطة المطالبة باتخاذ إجراءات سريعة وحاسمة لمعالجة ذلك وهذا ما لوحظ عند قيام الحرب الأهلية الأمريكية، وكذلك قيام الحربين العالميتين في القرن العشرين وكذلك عند تعرض الولايات المتحدة لاعتداءات (١١ أيلول سنة ٢٠٠١) حيث استغل الرئيس بوش هذه الأحداث وطلب من الكونجرس منحه سلطات إضافية دفعته إلى غزو أفغانستان ومن ثم العراق بذريعة محاربة الإرهاب خارج أراضي الولايات المتحدة.

٣. لا يخفى أن لشخصية رئيس الدولة دور واضح في ترجيح كفة الميزان بين السلطتين فكلما كان الرئيس يتمتع بشخصية قوية استطاع أن يؤثر في السلطة الأخرى والعكس صحيح.

وخلاصة القول أن العلاقة بين الرئيس والكونجرس وإن كانت تحكمها القواعد الدستورية المدونة والعرفية إلا أنها تتأثر إلى حد بعيد بعوامل داخلية وخارجية قد تؤدي إلى التقارب أو التباعد بينهما وذلك وفقاً لطبيعة تلك العوامل ومدى تأثيرها في المشهد السياسي الأمريكي.

المصادر

أولاً: باللغة العربية:

١. السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة، ١٩٤٩.
٢. أحمد وفيق، علم الدولة، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، ١٩٣٥.
٣. د. عبد الحميد متولي و د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ١٩٦١.
٤. آدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، الجزء الأول، ١٩٧٤.
٥. د. سعيد سراج، الرأي العام ومقوماته، القاهرة، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٧٨.
٦. د. رمزي الشاعر، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٦.
٧. د. عبد الحميد متولي، الحريات العامة، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٤.
٨. دي توكفيل، الديمقراطية في أمريكا، ترجمة أمين مرسي قنديل، القاهرة، ١٩٦٢.
٩. دافيد كوشمان، النظام السياسي في الولايات المتحدة، ترجمة توفيق حبيب.
١٠. د. فؤاد العطار، القانون الدستوري والنظم السياسية، ١٩٧٥، القاهرة.
١١. موريس دوفروجيه، الأحزاب السياسية، ترجمة علي مقلد وعبد الحسن سعد، دار النهار للنشر، بيروت، ١٩٨٠.
١٢. د. حميد الساعدي، الوظيفة التنفيذية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي، القاهرة، ١٩٨١.

١٣. د. محمد فتوح عثمان، رئيس الدولة في النظام الفدرالي، القاهرة، ١٩٧٧.

ثانياً: باللغة الإنكليزية:

1. Bryce "James": The American commonwelath New York, Macmillan company. 1910.
2. Carr "Robert K": merican Democracy in Theory and practice, New York, Holt, Rinehart and Winston, third edition, 1961.
3. Corry. "J. A": Elements of Democratic government, New York, Oxford University Pres's Inc. 1964.
4. Crowin "Edward. S. "The president office and powers 1781-1957, New York University press, 1967.
5. Dillon "Conley. H": Introduction to political science New Jersey. D, van Nostrand company 1953.
6. Griffith "Erenest. S.": The American system of government New York, Fredrick A. praeger Inc. 1954.
7. Hargrove "E. C." "Presidential Leader ship, New York, Macmillan company, 1986.
8. Lane "Robert". E: political ideology, New York, the press of Glencoe, 1962.
9. Moe "Ronald. c.": Congress and president, California good year publishing company Inc. 1971.
10. Muro "W. B.": The government of the united states, New York, Macmillan company, 1937.
11. Nathan "Richard. P.": The plot that failed, Nixon and adminstrative presidency, New york Jone Wiley and sons Inc. 1975.
12. Neustadt "Richard" Presidential power, New York, Jone Wiley and sons Inc.
13. Ranny "Austin": The governing of men, New York, Holt Rinehart 1966.
14. Swarthout (John. M.) and Bartley (Re. E.) Principles and problems of American National government, New York, Oxford University press, second edition, 1959.
15. Strum, "Philippa": Presidential power and American Democracy, California, good year publishing company Inc. 1972.
16. Schwartz (Bernard). and good hart (A. L.): American constitutional law Cambridge University. press. 1955.
17. Sorensen (Theodore. c.): Watchman in the night, presidential Accoutability after Watergate, Cambridge The M. I. T. press. 1975.
18. Taft (William Howard): The president and his powers, Columbia University press, fourth printing 1967.
19. Velvel (Lawrence. R.): Undeclared war and civil disobediences the American system in crisis, New York, Dunellen company 1970.

20. Vile (m. J. C.): Constitutionalism and the separation of powers, Oxford, Calrendon press, 1967.

الجرائم الماسة بسوق الأوراق المالية

- دراسة مقارنة -

د. فراس ياوز عبد القادر

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المقدمة

يطلق اسم السوق المالي "البورصة" على طائفة من الأسواق المنظمة الرسمية، فهي سوق رسمية للدولة تتعقد في مكان محدد، وتجرى فيها عمليات البيع والشراء للأوراق المالية والبضائع عن طريق وسطاء يسمون "السماسرة"، ولا يسمح لسواهم بإبرام العقود الحاضرة أو الآجلة تلبية لأوامر عملائهم، وتحدد أسعار الأوراق المالية والبضائع اعتماداً على قوى العرض والطلب^(١).

وبالنظر لأهمية القيم المنقولة في الحياة الاقتصادية وضرورة حماية المستثمرين والمدخرين، فقد عمدت معظم دول العالم إلى تنظيم أسواق الأوراق المالية "البورصة" وذلك لأجل توفير المعلومات المناسبة لاحتياجات المتعاملين وإعطاءهم أفضل الشروط في تنفيذ عمليات السوق وإتمامها بكل ضمان وشفافية ووضوح مع مراقبة الوسطاء "السماسرة" دفعاً لأي غش محتمل أو القيام بمضاربات جامحة "غير مشروعة"، الأمر الذي يؤدي إلى إحداث أزمات اقتصادية خطيرة، فضلاً عن المساس بأمن سوق المال وانتظامه واطراده.

(١) في معظم دول العالم تقسم الأسواق المالية "البورصة" إلى قسمين:-

الأول:- بورصات القيم، وهي القسم الذي يعرف بالأوراق المالية كالأسهم والسندات الصادرة عن الشركات الصناعية والتجارية والزراعية والخدمية ... الخ.

الثاني:- بورصات العقود أو بورصات البضائع كالمواد الغذائية مثل (البن، والأرز، والذرة) والمواد الأولية (كالنفط، والقطن، والنحاس).

د. محمد الشحات الجندي، معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٧٧.

د. حسني المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري والمقارن، ط ١، مكتبة الصفار، الكويت، ١٩٩٠، ص ١١٧.

لذلك نجد أن قوانين الأسواق المالية في مختلف الدول قد وضعت مجموعة من الواجبات التي يجب على كل من يتعامل في السوق المالي التقيد بها، كجوب الحصول على ترخيص لممارسة عمليات السوق، وعدم إفشاء المعلومات من قبل موظفي السوق أو استغلالها لصالحهم، والامتناع عن بث الشائعات أو المعلومات غير الصحيحة لأجل المضاربة غير المشروعة، وعدم السيطرة أو التحكم في سوق رأس المال، وتقديم المعلومات إلى هيئة سوق رأس المال بشكل دوري أو عند الطلب.

وعلى ضوء هذه المعطيات يلاحظ أن قوانين الأسواق المالية في هذه الدول ذهبت إلى تجريم مخالفة هذه الالتزامات وذلك بوضع جزاءات جنائية ضد المخالفين لها.

لقد وقع اختيارنا على هذا البحث لسببين، الأول باعتباره بحثاً جديداً من حيث مناقشته للنظام القانوني لعمل الأسواق المالية وبالذات من الناحية الجنائية، حيث لاحظنا قلة المصادر العربية والعراقية التي تناولت موضوع الأسواق المالية، وهذه المصادر على قلتها اقتصررت فقط بالحديث عن الجانب الاقتصادي لأسواق الأوراق المالية من دون التطرق إلى الجانب القانوني.

والثاني هو حداثة التشريع العراقي المنظم لعمل سوق الأوراق المالية في العراق، حيث صدر أول تشريع في التسعينات من القرن الماضي ينظم عمل سوق بغداد للأوراق المالية وهو القانون رقم (٢٤) لسنة (١٩٩١)، ثم تلاه بعد احتلال العراق في عام (٢٠٠٣) على يد قوات الائتلاف، القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤)، وكلا القانونين لم يفرضا جزاءات جنائية خاصة بكل مخالفة من المخالفات السابقة مقارنة مع بقية التشريعات العربية والأجنبية.

عليه سنقسم هذا البحث إلى ستة مطالب نتناول في المطلب الأول منه التطور التاريخي لظهور أسواق الأوراق المالية، في حين أن المطلب الخمسة الأخرى نتطرق فيها إلى جرائم الماسة بسوق الأوراق المالية وهي:-

١- انعدام الترخيص.

٢- إفشاء سرية المعلومات في سوق الأوراق المالية.

٣- المضاربة غير المشروعة.

٤- التحكم بسوق الأوراق المالية.

٥- عدم التقيد بقواعد الإفصاح.

المطلب الأول

التطور التاريخي لأسواق الأوراق المالية

ظهرت سوق الأوراق المالية نتيجة تطور التبادل التجاري في الأسواق المالية الأوروبية، حيث وجد التجار الأوروبيون وبالأخص الفرنسيون والبلجيكيون فوائد كبيرة من اعتماد وسائل الائتمان كأداة لإبرام وإجراء الصفقات، فأصبح بالإمكان تداولها كما لو كانت عملة ورقية.

لقد أنشأ أول سوق للأوراق المالية في فرنسا بالقرن الثالث عشر الميلادي، وفي القرن السادس عشر كان التجار في بلجيكا يجتمعون في بيت تاجر اسمه فان دير بورص "Van Der Bourse" لعقد الصفقات المالية وتحويل العملة، وكان صاحب مصرف، حيث يعتقد أن كلمة البورصة مشتقة من اسمه، ويقال أنه كان يوجد في باب المصرف المذكور رسم لثلاثة أكياس جلدية مملوءة بالنقود المعدنية فعرف المصرف باسم بورص على اعتبار أن هذه الكلمة الأخيرة هي الترجمة الفرنسية لكلمة "كيس" ومن هذه الكلمة الفرنسية شاع استخدام اسم "البورصة" في بقية دول العالم^(١).

وفي عام (١٧٧٣) أنشأت سوق لندن للأوراق المالية، بينما أسست سوق نيويورك للأوراق المالية في عام (١٧٩٢)^(٢).

(١) د. حسين المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري والمقارن، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٢) الكسندر سايتير، الاستثمار في أسواق المال، ترجمة ريماء عاد، أكاديميا، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٧٣.

أما على صعيد الدول العربية فقد تم إنشاء أول سوق للأوراق المالية في مصر وهي بورصة الإسكندرية في عام (١٨٠٢) وقد أنشأت في أعقابها سوق الأوراق المالية في القاهرة عام (١٨٩٣)^(١).

وفي النصف الأول من القرن الماضي شهدت بعض الدول العربية الأخرى تأسيس أسواق للأوراق المالية بتأثير علاقاتها مع الدول الأوروبية، مثل لبنان والمغرب وتونس والأردن والسودان، في حين أن دول الخليج العربي لم تعرف أسواق المال إلا بعد تزايد الموارد المالية فيها اعتباراً من عام (١٩٧٣) أثر تصحيح أسعار النفط.

أما في العراق فقد صدر أول قانون لسوق الأوراق المالية في عام (١٩٣٦) والذي سمي بقانون بورصة التجارة رقم (٦٥) لسنة (١٩٣٦) والذي نص على تأسيس بورصة لتجارة البضائع الرئيسية، حيث استمر العمل به لمدة سنتين ثم أوقف العمل به في عام (١٩٣٨).

وفي عام (١٩٤٣) صدر قانون التجارة رقم (٦٠) الذي اشتمل على أمور تتعلق بتأسيس البورصة، إلا أنه لم يطبق بشكل فعلي^(٢).

وفي عام (١٩٧٥) قام المصرف الصناعي بتأسيس مكتب لبيع وشراء الأسهم ضمن جهازه الإداري، واستمر العمل بهذه الآلية حتى إنشاء سوق بغداد للأوراق المالية بموجب القانون رقم (٢٤) لسنة (١٩٩١) والذي دام نشاطه اثني عشرة سنة في تداول الأسهم من عمليات بيع وشراء، إلى حين احتلال العراق من قبل قوات الائتلاف، حيث حل محله سوق العراق للأوراق المالية بموجب القانون المؤقت رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) وهو القانون النافذ المفعول في الوقت الحاضر والذي يحكم عمل سوق الأوراق المالية في العراق^(٣).

(١) د. محمد الشحات الجندي، معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٢٧.

(٢) بدر غيلان، سوق العراق للأوراق المالية والاستثمارات الأجنبية، مقال منشور على شبكة الانترنت:

<http://www.almadapaper.com/sub/09-205/p04.htm#7>

(٣) الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨٣، حزيران، ٢٠٠٤، ص ٥٩.

ويلاحظ أن التنظيم القانوني لأعمال أسواق الأوراق المالية قد جاء متأخراً بعض الشيء مقارنة مع تاريخ إنشاء هذه الأسواق والذي وجد في إغراق حدوث الانهيار الاقتصادي الكبير في عام (١٩٢٩) حيث لم تكن هناك تشريعات ناظمة للأسواق المالية، فالشركات الأمريكية والأوربية لم تكن ملزمة بتقديم بياناتها المالية أو تقارير أرباحها بشكل دوري، وهو ما أدى إلى حدوث العديد من التجاوزات في الأسواق المالية دون التمكن من ضبطها أو معاقبة المتسبب بها.

وتمكن بعض المستثمرين الأثرياء في تلك الفترة من التلاعب في بعض الأوراق المالية وذلك بفرض أنواع معينة من السلع أو الصناعات على الأسواق المالية مما مكنهم من وضع أسعار مرتفعة لهذه السلع والمنتجات أي القيام بعمليات احتكار على نطاق واسع.

كما حصلت بعض الصفقات التجارية الوهمية المتعلقة بالأوراق المالية أطلق عليها اسم المبيعات الوهمية، والتي كانت تتم بالاتفاق بين طرفين وذلك من أجل تضليل المتعاملين بالسوق والتلاعب بأسعار الأوراق المالية المتداولة فيها، حيث كانت الصفقة تتم بشكل مرتفع عادة من أجل الإيحاء إلى باقي المستثمرين بأن هذه الأوراق المالية يتم تداولها بهذا السعر مما يحدو بهم إلى الإقبال على الشراء وبالتالي دفع السعر إلى الارتفاع أكثر، عندها يقوم الطرفان المتفقان ببيع ما يملكون من هذه الأوراق المالية بالسعر الجديد^(١).

فضلاً عن اقتراض المساهمين لما يقرب من ٩٠٪ من القيمة السوقية للأسهم التي يقومون بشرائها، حيث لم يكن حد الائتمان يتجاوز ١٠٪ فكان باستطاعة المستثمر أن يشتري أسهماً قيمتها (١٠٠,٠٠٠) دولار مقابل دفع (١٠,٠٠٠) دولار فقط، ومع هبوط الأسواق بمعدل ١٠٪ فقد المستثمرون جميع أموالهم، كذلك المصارف وشركات المضاربة التي أقرضت هؤلاء المستثمرين مما أدى إلى إفلاس

(١) بشر الموصلي، البورصة كيفية المضاربة والاستثمار، شعاع للنشر والعلوم، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٧١.

ثلث المصارف والعديد من الشركات ورجال الأعمال وارتفاع نسبة البطالة إلى ٢٥٪^(١).

وإزاء كل هذه العوامل السالفة الذكر، تدخل المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية وأصدر قانون الأسواق المالية لعام (١٩٣٣) ثم قانون بورصة الأوراق المالية لسنة (١٩٣٤)، كما تم إنشاء لجنة البورصة والأوراق المالية تتولى الإشراف على أسواق الأوراق المالية في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد تأثرت بهذه القوانين الدول الأوروبية حيث أصدرت على غرارها قوانين تنظم عمل الأسواق المالية فيها خوفاً من الانهيار الاقتصادي الذي حدث في سنة (١٩٢٩) ومنعاً لإمكانية تكراره في المستقبل، ثم انتشر التنظيم القانوني لأسواق الأوراق المالية في بقية دول العالم، ومنها الدول العربية التي من ضمنها العراق.

المطلب الثاني

انعدام الترخيص

نصت جميع القوانين المنظمة لعمل أسواق الأوراق المالية في دول العالم على وجوب حصول الوسيط المالية "السمسار" سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً على رخصة من هيئة سوق رأس المال وهي الجهاز المشرف على عمليات التداول (البيع والشراء والطرح) للأسهم في سوق الأوراق المالية قبل السماح له بإجراء هذه التعاملات.

وهذا الترخيص وفقاً للتشريعات المتعلقة بسوق الأوراق المالية ينقسم إلى نوعين هما:-

أولاً: الترخيص للوساطة في سوق الأوراق المالية:

أشارت قوانين أسواق الأوراق المالية على ضرورة وجود وسيط مالي "سمسار" عند التعامل في الأسهم والسندات بالبيع والشراء في سوق الأوراق المالية وإلا كان التصرف باطلاً.

(١) المرجع السابق، ص ١٧٢.

ويجب أن يكون هذا الوسيط المالي "السمسار" حاصلاً على ترخيص من قبل هيئة سوق رأس المال بعد أن تتوفر فيه شروط معينة.

فعلى سبيل المثال لا الحصر أورد المشرع العراقي في القسم الخامس من القانون المؤقت لسوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) الشروط الآتية في الوسيط المالي "السمسار":

١- أن يكون الوسيط المخول للعمل في سوق الأوراق المالية مصرف عراقي أو أجنبي مخول بموجب المادة (٩) من قانون الشركات رقم (٢١) لسنة (١٩٩٧) المعدل.

٢- على الوسيط أو الشخص المشترك للوسيط المخول بالقيام بالتعامل داخل سوق العراق للأوراق المالية أن:

أ- لا يقل عمره عن ٢١ سنة للوسيط و ١٨ سنة لمشارك الوسيط، ويكون مقيم بصورة مشروعة في العراق بموجب القانون العراقي.

ب- أن تكون له أهلية قانونية.

ج- لم يصدر حكم عليه بارتكاب جناية أو جريمة تتعلق باحتيال مالي أو إفلاس من محكمة مختصة.

د- يحمل الشهادة الجامعية بالنسبة للوسيط وشهادة الثانوية أو ما يعادلها بالنسبة لشريك الوسيط.

هـ- تكون لديه خبرة لا تقل عن خمس سنوات في الأمور المالية والتجارية^(١).

ثانياً: - الترخيص بتداول أسهم الشركة في سوق الأوراق المالية:

يتم عرض وتقديم أسهم الشركات المسجلة في سوق الأوراق المالية لعامة الناس أما في لحظة دخولها إلى سوق الأوراق المالية أو بمناسبة زيادة رأس مال الشركة. ويتم الطرح لهذه الأسهم بناءً على طلب الشركة المعنية الذي يتضمن عقد

(١) من القوانين التي نصت على ضرورة الحصول على ترخيص القانون الأمريكي استناداً إلى المادة (٦) من قانون بورصة الأوراق المالية لسنة (١٩٣٤) والقانون الروماني استناداً إلى المادة (٦٦) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (٥٢) لسنة (١٩٩٤).

التأسيس وتركيب مجلس الإدارة وقائمة بأسماء المساهمين ووصف لأنشطة وفعاليات الشركة وكذلك المعلومات الضرورية عن الفرع التابعة لها وحساباتها المصرفية والمالية.

وعلى ضوء ذلك تقرر الهيئة المشرفة على سوق الأوراق المالية منح الترخيص لتداول هذه الأسهم أو رفضها^(١).

فعلى سبيل المثال لا الحصر نص القانون المصري في المادة (٢) من قانون رأس المال رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل على ما يأتي:-

"على كل شركة ترغب في إصدار أوراق مالية أن تخطر الهيئة بذلك، فإذا لم تعترض الهيئة خلال ثلاثة أسابيع من تاريخ إخطارها كان للشركة السير في إجراءات الإصدار وذلك دون إخلال بأي حكم آخر في هذا القانون".

ونصت المادة (٤) من ذات القانون على ما يأتي:-

"لا يجوز طرح أوراق مالية لأي شركة بما في ذلك شركات قطاع الأعمال العام وشركات القطاع العام في اكتتاب عام للجمهور إلاّ بناءً على نشرة اكتتاب معتمدة من الهيئة يتم نشرها في صفحتين يوميتين صباحيتين واسعتي الانتشار".

بينما نصت المادة (٥) من ذات القانون على ما يأتي:-

"يجب أن تتضمن نشرة الاكتتاب في أسهم الشركة عند تأسيسها الإفصاح عن البيانات الآتية:-

- ١- غرض الشركة وهدفها.
- ٢- رأس مال الشركة المصدر والمدفوع.
- ٣- موصفات الأسهم المطروحة ومميزاتها وشروط طرحها.
- ٤- أسماء المؤسسين ومقدار مساهمة كل منهم وبيان الحصص العينية إن وجدت.
- ٥- خطة الشركة في استخدام الأموال المتحصلة من الاكتتاب في الأسهم المطروحة وتوقعاتها بالنسبة لنتائج استخدام الأموال.

(١) د. عامر لطفي، البورصة أسس الاستثمار والتوظيف، شعاع للنشر والعلم، حلب، ١٩٩٩، ص ١٩.

٦- أماكن الحصول على نشرة الاكتتاب الأخرى بالإضافة إلى البيانات المشار إليها في الفقرة السابقة الإفصاح عن البيانات الآتية:-

أ- سابقة أعمال الشركة.

ب- أسماء أعضاء مجلس الإدارة والمديرين المسؤولين بها وخبراتهم.

ج- أسماء حاملي الأسهم الاسمية الذين يملك كل منهم أكثر من ٥٠٪ من أسهم الشركة ونسبة ما يملكه كل منهم.

د- موجز للقوائم والبيانات المالية المعتمدة من مراقب الحسابات عن السنوات الثلاث السابقة أو عن المدة من تاريخ تأسيس الشركة أيهما أقل والمعدة طبقاً لقواعد الإفصاح^(١).

وفي ضوء ما تقدم يتضح لنا أن الركن المادي لهذه الجريمة يتكون من صورتين، الأولى هي ممارسة التداول داخل سوق الأوراق المالية من دون ترخيص، والثانية هي طرح الأسهم والسندات داخل السوق من دون ترخيص.

ففيما يخص الصورة الأول وهي قيام الجاني بتداول الأسهم داخل سوق الأوراق المالية بالبيع أو الشراء من دون الحصول على رخصة أو تخلف شرط من شروط الحصول عليها كارتكابه لجناية أو جريمة إفلاس ... الخ.

وهذه الصورة يمكن أن تقع من قبل الوسيط غير المرخص أو حتى من قبل البائع أو المشتري للأسهم أو السندات فهؤلاء أيضاً لا يجوز لهم أن يبيعوا أو يشتروا

^(١) كما نص على وجوب الحصول على ترخيص لطرح الأسهم في سوق الأوراق المالية كل من القانون العراقي استناداً إلى القسم (٦/٦ بنده) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) والقانون الأردني استناداً إلى المادة (٣٤) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة (٢٠٠٢).

د. عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك، ج ١، الإسكندرية، بلا تاريخ، ص ٧٥١.

الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨٣، المرجع السابق، ص ٧١.

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، قاعدة معلومات قانونية عربية متعلقة بالمهنة المصرفية، القانون الأردني.

<http://www.pogar.org/databases/arabbanks/arabiclawsencyyoptions.asp/sidx=ID03>.

بشكل مباشر لأي سهم من الأسهم المعروضة في السوق إلا من خلال وسيط مرخص، بينما الصورة الثانية تتمثل في قيام الجاني أي الشركة بطرح أسهمها للاكتتاب داخل سوق الأوراق المالية أو بطرح أسهمها الجديدة الناتجة عن زيادة رأس المال من دون الحصول على ترخيص.

أما الركن المعنوي في هذه الجريمة العمدية، فيتمثل في توافر القصد الجنائي لدى الجاني، حيث أن الجاني يعلم بأن فعله كان محظور ألا وهو ممارسة التداول من بيع وشراء من دون رخصة داخل سوق الأوراق المالية أو ممارسة طرح أسهم الشركة داخل السوق من دون رخصة ويعلم بالنتيجة المترتبة على ذلك ألا وهي الخطر الناتج عن إمكانية إلحاق الضرر بالبائع أو المشتري نتيجة عدم المعرفة بالأمور المالية والاقتصادية ولذلك تعد هذه الجريمة من جرائم الخطر لا الضرر. ومع ذلك تتجه إرادته إلى تحقيق هذا الفعل والنتيجة المترتبة عليه.

وبخصوص الجزاءات التي فرضتها قوانين سوق الأوراق المالية ضد مرتكب هذه الجريمة يلاحظ أنها انقسمت إلى نوعين هما:-
أولاً:- جزاءات انضباطية: فالقانون العراقي مثلاً فرض جزاءات انضباطية استناداً إلى القسم (١١) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) والخاص بالأمور الانضباطية، وهذه الجزاءات هي:-

- ١- الإنذار.
- ٢- كتاب قبول مع تعهد بالتطبيق.
- ٣- غرامة مالية.
- ٤- إعادة أو التخلي عن الأرباح.
- ٥- إيقاف الوسيط، مندوب الوسيط أو الشخص المشترك عن العمل لفترة من الزمن.
- ٦- تعليق أو إيقاف التعامل بالسندات لفترة من الزمن.
- ٧- إلغاء صلاحية الوسيط للاتجار بالسندات في السوق.

٨- حظر السندات المالية للشركة من الدخول في التعامل في السوق^(١).

ثانياً:- جزاءات جنائية: حيث نجد أن بعض التشريعات الخاصة بسوق الأوراق المالية قد فرضت عقوبة واحدة لكافة الجرائم الماسة بسوق الأوراق المالية الواردة فيها بما في ذلك هذه الجريمة من دون التمييز بين جريمة وأخرى وهذا الاتجاه تبناه القانون الكويتي استناداً إلى المادة (١١) من قانون تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار رقم (٣١) لسنة (١٩٩٠) المعدل والتي نصت على ما يأتي:-

"مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة واحدة وبغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المواد ١،٣،٥،٦،٩ من هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً لها، وفي حالة العودة خلال سنتين من تاريخ إصدار الحكم النهائي في الجريمة السابق تضاعف العقوبة المقررة لها..."^(٢).

في حين أن الاتجاه الثاني فرض عقوبة خاصة لكل جريمة من الجرائم الماسة بسوق الأوراق المالية وهو ما تبناه القانون الأردني الذي فرض عقوبة سالبة للحرية وهي الحبس وعقوبة مالية وهي الغرامة ضد مرتكب هذه الجريمة استناداً إلى المادة (١١٠/ب) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة (٢٠٠٢) والتي نصت على ما يأتي:-

(١) كما نص على الجزاءات الانضباطية كل من القانون العماني استناداً إلى المادة (٦٣) من قانون رأس المال رقم (٨٠) لسنة (١٩٩٨) المعدل، والقانون السوداني استناداً إلى المادة (٥٦) من قانون سوق الخرطوم للأوراق المالية لسنة (١٩٩٤) المعدل.

الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨٣، المرجع السابق، ص ٧٨.
برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، قاعدة معلومات قانونية عربية متعلقة بالمهنة المصرفية، القانون العماني، القانون السوداني، المرجع السابق.

(٢) كما أخذ بهذا الاتجاه القانون الإيرلندي استناداً إلى المادة (٧٠) من قانون سوق الأوراق المالية لسنة (١٩٩٥) المعدل.

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون الكويتي، المرجع السابق.

<http://www.irishatutebook.ie/ZZAgy1995570.html>

"مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في أي تشريع آخر وبالإضافة إلى الغرامات المبينة في الفقرة (أ) من هذه المادة يعاقب كل من يخالف أياً من أحكام المواد المبينة أدناه بما يأتي:

١-

٢- الحبس مدة لا تزيد على سنة لمخالفة البند (١) من الفقرة (أ) من المادة (٣٤) والفقرة (د) من المادة (٤٢) والفترتين (أ) و (ب) من المادة (٤٧) من هذا القانون^(١).

أما موقف المشرع العراقي من الاتجاهين فيبدو أنه تبنى الاتجاه الأول حيث فرض جزاءً جنائياً واحداً لكافة الجرائم الواردة في هذا القانون استناداً إلى القسم (١٥) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ والذي نص على ما يأتي:-

"فرض غرامات مادية وعقوبات قد تتضمن السجن كما محدد قانوناً عند الإدانة من قبل محكمة ذات سلطة قضائية مختصة على الأشخاص الذي يتعمدون الإخلال بشروط هذا القانون أو الأمر القانوني الذي تصدره الهيئة أو الأشخاص الذين لا يلتزمون بمتطلبات الهيئة القانونية فيما يخص المعلومات أو الوثائق بموجب هذا القانون وكذلك الأشخاص الذين يساعدون بمعرفة وبصورة أساسية على مثل هذا التصرف"^(٢).

(١) نصت المادة (٣٤) من هذا القانون على ما يأتي:-

١- لا يجوز لأي شخص أن يقوم بأي عرض عام إلا إذا تقدم بنشرة إصدار إلى الهيئة ومرفق بها جميع المعلومات والبيانات التي تمكن المستثمر من اتخاذ قراره الاستثماري....".

في حين نصت المادة (٤٧) من هذا القانون على ما يأتي:

" أ- يحظر على أي شخص مزاولة أعمال أي من الأشخاص المبينين أدناه إلا بعد الحصول على ترخيص من المجلس وفقاً للتعليمات الصادرة عنه:

١- الوسيط المالية ٢- الوسيط لحسابه.....".

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون الأردني، المرجع السابق.

(٢) الوقائع العراقي، العدد ٣٩٨٣، المرجع السابق، ص ٨٤.

ونذهب إلى تأييد الاتجاه الثاني كونه يفرض لكل جريمة جزاءً جنائياً يتناسب مع جسامتها وخطورتها على سوق الأوراق المالية وعليه نقترح إجراء تعديل على القسم (١٥) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) بحيث تنص الفقرة الأولى منه على جريمة انعدام الترخيص وعلى النحو الآتي:-

"أ- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على عشرة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:-

١- تداول أوراق مالية بسوق العراق للأوراق المالية من دون ترخيص.

٢- طرح أوراق مالية لشركة داخل السوق للاكتتاب من دون ترخيص".

علماً أن نص القسم (١٥) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) تؤخذ عليه الانتقادات التالية:-

١- إن هذا النص يتميز بالغموض وعدم الوضوح وانعدام الدقة في الصياغة لكونه مترجم حرفياً عن النص الأصلي المكتوب باللغة الإنكليزية، كما أنه فرض عقوبات سالبة للحرية قد تتضمن السجن من دون تحديد لمدة العقوبة.

٢- يلاحظ أن القانون العراقي أعطى صلاحية فرض العقوبة المالية وهي الغرامة تارة إلى الهيئة العراقية للسندات استناداً إلى القسم (٥/١٢) من هذا القانون والتي نصت على ما يأتي:-

"إذا وجدت الهيئة بعد الإشعار وتوفر الفرصة للسماع بأن هنالك شخصاً قد أخل أو يخل بأي حكم من أحكام هذا القانون أو أية تعليمات أو ضوابط تتعلق بهذا القانون فقد تقوم الهيئة بما يلي:-

ب- فرض غرامة على ذلك الشخص تدفع إلى خزينة العراق بمبلغ ٥٠ مليون دينار عن أي إخلال يشمل الاحتيال، الغش، أو عدم الاهتمام المقصود لأي من المتطلبات المنصوص عليها قانوناً، أو مبلغ ٢٥ مليون دينار لأي إخلال آخر لتلك الضوابط"^(١).

(١) الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨٣، المرجع السابق، ص ٨١.

وتارة أخرى تعطى صلاحية فرض الغرامة إلى القضاء العراقي استناداً إلى القسم (١٥) من ذات القانون السالف الذكر وهو ما يؤدي إلى إمكانية حدوث ازدواجية في فرض العقوبة على الشخص المدان وبالتالي فرض عقوبتين عن جريمة واحدة، وكان الأفضل إعطاء صلاحية فرض الغرامة إلى القضاء العراقي أسوة بالعقوبة السالبة للحرية كونه الجهة المختصة بتطبيق القانون.

٣- العقوبة المالية المفروضة على مخالفتي أحكام هذا القانون تمتاز بكونها شديدة بالنظر إلى كبر مقدار مبلغ الغرامة والذي يتراوح ما بين ٢٥ إلى ٥٠ مليون دينار، وكان الأفضل تخفيف مقدار مبلغ الغرامة بحيث يصل إلى حد لا يتجاوز عشرة ملايين دينار.

المطلب الثالث

إفشاء سرية المعلومات في سوق الأوراق المالية

لعل من أهم الواجبات التي يتعين الأخذ بها لإنجاح أداء أي سوق من الأسواق المالية في العالم، هو المحافظة على سرية التعاملات في هذه الأسواق من حيث اسم المستثمر ونوع القطاع الذي يستثمر فيه إن كان صناعي أو زراعي أو خدمي أو مصرفي واسم الشركة التي يريد الاستثمار فيها وكمية الأسهم التي ينوي شراءها أو بيعها في هذه الشركة وكذلك المحافظة على طبيعة المعلومات والبيانات التي تصل إلى الجهات المشرفة على السوق، وقد نص على هذا الواجب معظم التشريعات المنظمة لعمل الأسواق المالية والتي من ضمنها التشريع العراقي والذي أشار إليه في قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) في القسم (١٣/٥) والذي نص على ما يأتي:-

"يجب على الوسيط أن يلتزم بالقيام بما يلي:-

أ- حماية المعلومات السرية التي تخص المستثمرين إلا إذا دعت الحاجة الكشف عنها وفقاً للقانون.....".

كما نص عليها القسم (٨/١٢) من ذات القانون وعلى النحو الآتي:-

"بالرغم من حقيقة أية معلومات غير علنية تكون في متناول أو معرفة المدراء أو الموظفين أو العاملين في الهيئة هي سرية وإن أي إفشاء غير مسموح لمثل هذه

المعلومات قد يعرض صاحبه للعقوبة من قبل الهيئة باستعمال أو الكشف عن المعلومات العامة وحماية المستثمرين^(١).

إن الركن المادي في هذه الجريمة يتكون من صورتين، الأولى هي قيام الجاني أي الوسيط بالكشف أو الإفشاء إلى الغير عن خيار العميل في الاستثمار في قطاع معين كأن يكون زراعي أو صناعي أو خدمي أو مصرفي واسم الشركة أو كمية الأسهم التي يريد بيعها أو شراءها في هذا القطاع ومقدار السعر المفوض بموجبه الوسيط لشراء أو بيع هذه الأسهم ويكون هذا الإفشاء قولاً أو كتابة بل وحتى يمكن أن يقع إشارة، الأمر الذي قد يعرض المستثمر إلى مخاطر متعددة تمس حاله من حيث إمكانية انخفاض سعر السهم أو صعوده نتيجة هذا الإفشاء أو كونها تكشف عن ثروة هذا الشخص وإمكانياته المادية إلى الغير وهو غير راغب بذلك.

في حين أن الصورة الثانية تتمثل في قيام الجاني أي الموظف أو المسؤول عن إدارة ومراقبة الأسواق المالية وهي الجهات المشرفة على أداء السوق بالكشف أو الإفشاء إلى الغير عن بعض المعلومات أو البيانات أو الإحصاءات الخاصة بشركة من الشركات المتداولة أسهمها في السوق والتي لا ترغب الشركة بالإفصاح عنها، الأمر الذي يؤدي إلى تسريب بعض الأسرار التجارية لهذه الشركة وبالنتيجة تعرضها إلى مخاطر الخسارة.

علماً أن المبدأ العام هو قيام الجهات المشرفة على أداء الأسواق المالية تطبيقاً لمبدأ الشفافية بالإفصاح عن المعلومات والبيانات المالية الخاصة بالشركة للجمهور حتى يتمكن المستثمر من الحصول على المعلومات الكاملة عن كل شركة في السوق قبل أن يقدم على شراء أو بيع أسهمها، إلا أنه استثناءً من هذا المبدأ لا

(١) كما نص على المحافظة على سرية المعلومات في سوق الأوراق المالية كل من القانون البحريني استناداً إلى المادة (٢٢) من قانون إنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية رقم (٤) لسنة (١٩٨٧) المعدل، والقانون الماليزي استناداً إلى المادة (١٤٨) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (٤٨٩) لسنة (١٩٩٣).

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون البحريني، المرجع السابق.
<http://www.sc.com.my/eng/htm/resoures/guidelines/SCA2005>.

يجوز للهيئة المشرفة على إدارة السوق أو موظفيها الكشف عن هذه المعلومات إذا كان تؤدي إلى الكشف عن أسرار تجارية للشركة^(١).

أما الركن المعنوي في هذه الجريمة فيتمثل في أن يكون الإفشاء صادراً عن قصد جرمي، فلا يكفي للعقاب أن يكون السر قد أفشي وإنما يجب أن يكون هذا الإفشاء عمدياً.

فجريمة إفشاء سرية المعلومات في سوق الأوراق المالية جريمة عمدية ومن ثم يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي، وبالتالي لا قيام لهذه الجريمة إذا لم يتوافر لدى الفاعل القصد ولو توافر لديه الخطأ.

وتطبيقاً لذلك إذا أخطأ موظف السوق أو الوسيط في إفشاء المعلومات إلى الغير دون قصد منه لا تقع الجريمة، بل يجب أن تتصرف إرادة الفاعل إلى ارتكاب الجريمة وبالشروط التي نص عليها القانون، فالقصد في الجريمة يقوم على عنصرين، العلم والإرادة.

فيتعين أن يعلم الفاعل بأن للواقعة صفة السر، وأن لهذا السر الطابع المهني وأن يعلم أنه يمارس مهنة (موظف السوق، الوسيط) تجعل منه مستودعاً للأسرار وأن يعلم بأن (المستثمر، الشركة) غير راضٍ عن إفشاء السر، أما إذا اعتقد الفاعل بأن الواقعة ليست سرّاً أو ذات صلة بمهنته أو اعتقد أن المستثمر أو الشركة قد صرح له بالإفشاء، فإن القصد الجرمي ينتفي في جميع الحالات.

ويجب أيضاً أن تتجه إرادة الفاعل إلى فعل الإفشاء وإلى النتيجة التي تترتب عليه، وهي علم الغير بالواقعة التي لها صفة السر، أي تتجه إرادته إلى الفعل الذي يترتب عليه فضح السر وتوفير العلم به للغير.

(١) على سبيل المثال نص القانون الأردني على هذا الاستثناء صراحة في المادة (٣٨/ج) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة (٢٠٠٢) والتي نصت على ما يأتي:-

"يجوز للمجلس بناءً على طلب مبرر من المصدر أو مدير الإصدار، أن يقرر اعتبار بعض المعلومات المقدمة مع نشرة الإصدار سرية على أساس أن عرضها للجمهور يؤدي إلى إفشاء أسرار تجارية ولهذه الغاية يقوم المجلس بتنظيم جلسة سماع أقوال خاصة لإصدار القرار المناسب بشأن الطلب".

وهذه الجريمة تتطلب قصداً عاماً أي أنها لا تشترط لقيامها قصداً خاصاً ولا عبءاً للباعث على الإفشاء حتى ولو كان باعثاً شريفاً، فلا يمكن أن يعتد به أو أن يأخذ بعين الاعتبار لإباحة الإفشاء.

وفيما يخص الجزاء الجنائي المخصص لهذه الجريمة فيلاحظ أن تشريعات الأسواق المالية قد سلكت اتجاهين، الأول فرض عقوبة سالبة للحرية إلى جانب العقوبات المالية وهي الغرامة وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري استناداً إلى نص المادة (٦٤) من قانون رأس المال رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل والتي نصت على ما يأتي:-

"مع عد الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أفشى سراً اتصل به بحكم عمله تطبيقاً لأحكام هذا القانون..."^(١).

في حين أن الاتجاه الثاني فرض عقوبة مالية وهي الغرامة وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون التونسي استناداً إلى المادة (٨١) من قانون تنظيم السوق المالية رقم (١١٧) لسنة (١٩٩٤) المعدل والتي نصت على ما يلي:-

"..... ويعاقب بخطية تتراوح من ١٥٠٠ إلى ٥٠٠ دينار كل شخص يحصل بمناسبة ممارسة مهنته أو بمناسبة القيام بمهامه على معلومات داخلية تتعلق بوضعية مصدر للأوراق المالية بالمساهمة العامة أو بإفافة ورقة مالية أو أداة مالية موظفة عن طريق المساهمة العامة ويتولى إفادة الغير بها خارج الإطار العادي لمهنته أو لمهامه"^(٢).

أما موقف القانون العراقي من الاتجاهين فيبدو أنه تبني الاتجاه الأول استناداً إلى القسم (١٥) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤)،

(١) د. عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك المرجع السابق، ص ٧٧٥.

(٢) برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون التونسي، المرجع السابق.

حيث فرض عقوبة سالبة للحرية قد تصل إلى السجن وعقوبة مالية وهي الغرامة التي قد تصل إلى ٢٥ مليون دينار.

وإزاء الانتقادات التي وجهناها إلى القسم (١٥) من هذا القانون والتي تم إيرادها في المطلب الثاني من البحث، عليه نقترح إضافة مادة إلى هذا القانون تعالج هذه الجريمة وفقاً للصيغة الآتية:-

١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ٣ سنوات وبغرامة لا تزيد على (٣٠٠٠٠٠٠٠) ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل وسيط مالية أفشى إلى الغير أسرار عملاء.

٢- يعاقب بالحبس وبالغرامة التي لا تزيد على (٥٠٠٠٠٠٠٠) ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف في سوق الأوراق المالية أفشى معلومات أو بيانات أو إحصاءات اطلع عليها بحكم وظيفته في غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

المطلب الرابع

المضاربة غير المشروعة

تعد هذه الجريمة من أخطر الجرائم وأكثرها شيوعاً في سوق الأوراق المالية في مختلف دول العالم والتي تقع من قبل بعض المستثمرين أو الوسطاء أو الموظفين والمديرين العاملين في السوق المالي، حيث يسعون إلى جني أرباح غير مشروعة عن طريق بث الشائعات أو المعلومات الخاطئة عن شركة من الشركات المتداولة أسهمها في السوق الأمر الذي يؤدي إلى زيادة سعر السهم أو انخفاضه وبدوره يؤثر على السوق صعوداً أو نزولاً وهو ما يتنافى مع المسؤولية الأدبية والقانونية الملقاة على عاتقهم في عملهم داخل السوق المالي.

لذلك نجد أن جميع التشريعات المتعلقة بالأسواق المالية قد جرمت هذا الفعل، فعلى سبيل المثال لا الحصر نص القانون الإماراتي على هذه الجريمة في المادة (١٤) من قانون هيئة الإمارات للأوراق المالية والسلع رقم (٤) لسنة (٢٠٠٠) والتي نصت على ما يأتي:-

"يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تتجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام المواد (٣٦) و (٣٧) و (٣٩) من هذا القانون". وبالرجوع إلى أحكام المادة (٣٦) من ذات القانون نجدها نصت على ما يأتي:-

"لا يجوز تقديم أي بيانات أو تصريحات أو معلومات غير صحيحة من شأنها التأثير على القيمة السوقية للأوراق المالية وعلى قرار المستثمر بالاستثمار أو عدمه"^(١).

(١) كما نص على هذه الجريمة كل من القانون الهندي استناداً إلى المادة (١٥) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (١٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل والقانون الفلبيني استناداً إلى المادة (٢٤) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (٨٧٩٩) لسنة (٢٠٠٠) المعدل.

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون الإماراتي، المرجع السابق.
<http://www.sebi.gov.in/indexjsp?contentDisp=sub>

إن الركن المادي في هذه الجريمة يتمثل في إعطاء معلومات غير صحيحة وخاطئة عن طريق بث وتسريب الشائعات وذلك لتعزيز أو تخفيض الطلب على شراء سهم معين وبالتالي ارتفاع سعر السهم أو انخفاضه في السوق، الأمر الذي يؤدي إلى تكبد بعض المستثمرين خسائر فادحة في السوق نتيجة تصديقهم لهذه الشائعات، علماً أن المضاربة غير المشروعة تزداد بشكل ملحوظ عند قرب انعقاد اجتماعات الهيئة العامة للشركات والذي تراجع فيه الحسابات الختامية مع إقرار توزيع الأرباح على المساهمين.

حيث يحاول بعض الوسطاء أو الموظفين العاملين في السوق أو المستثمرين تسريب شائعة أو معلومة غير صحيحة كزيادة رأس مال الشركة المساهمة أو تجزئة أسهمها أو إبرام الشركة عقود جديدة مع الدولة أو إفساح المجال للأجانب بالاستثمار في السوق الأمر الذي يؤدي إلى زيادة سعر سهم الشركة والإقبال على شراءه من السوق.

وبالعكس قد يكون تسريب الشائعة أو المعلومات الخاطئة حول حدوث عجز مالي لدى الشركة المساهمة أو قرب إفلاسها أو وجود مشاكل مع الجهة المشرفة على إدارة السوق المالي، وهذا بدوره يؤدي إلى انخفاض سعر سهم الشركة وزيادة عمليات البيع له في السوق المالية خوفاً من انخفاض أكبر في المستقبل.

أما الركن المعنوي في هذه الجريمة العمدية، فيتمثل في توافر القصد الجرمي لدى الجاني، حيث أنه يعلم بأن فعله محظور ألا وهو بث الشائعات أو المعلومات غير الصحيحة ويعلم بالنتيجة المترتبة على ذلك ألا وهي انخفاض سعر سهم الشركة أو ارتفاعه في السوق المالي مع اتجاه إرادته إلى تحقيق هذا الفعل والنتيجة المترتبة عليه.

ويلاحظ أن القانون العراقي تطرق إلى هذه الجريمة في القسم (٥) فقرة (١٣) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) والتي نصت على ما يلي:-

"يجب على الوسيط أن يلتزم القيام بما يلي:-

د- الامتناع عن الاشتراك في معاملات كاذبة وزائفة وكافة أشكال الاحتيال في السوق والتصرفات والممارسات التي تساعد على تضليل وخداع المستثمرين أو خلق انطباع كاذب ومضلل عن فعالية السوق".

إلا أنه يؤخذ على هذا النص تطرقه فقط إلى الوسيط في إمكانية ارتكابه للجريمة من دون الإشارة إلى المستثمرين أو العاملين في السوق المالي وهو ما يعد نقصاً يستوجب معالجته وذلك بإجراء تعديل على هذا النص بحيث يكون عاماً دون قصره على فئة معينة وهي الوسطاء.

وإلى حين إجراء تعديل على هذا النص يمكن الرجوع إلى القانون العام وهو قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل والذي تطرق إلى هذه الجريمة وبشكل عام ضمن الجرائم المتعلقة بالتجارة وعلى وجه التحديد الغش في المعاملات التجارية، استناداً إلى المادة (٤٦٦) من هذا القانون والتي نصت على ما يأتي:-

"يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن (٥٠) ألف دينار ولا تزيد على (٢٥٠) ألف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب في ارتفاع أو انخفاض أسعار السلع أو الأوراق المالية المعدة للتداول أو اختفاء سلعة من السلع المعدة للاستهلاك بإذاعته عمداً وقائع مختلفة أو أخبار غير صحيحة أو إدعاءات كاذبة أو ارتكاب أي عمل آخر ينطوي على غش أو تدليس".

وفيما يخص الجزاء الجنائي المخصص لهذه الجريمة نجد أن بعض القوانين المتعلقة بتنظيم الأسواق المالية كالقانون الأردني الذي شدد العقوبة ضد مرتكب هذه الجريمة، حيث فرض عقوبة سالبة للحرية إلى جانب العقوبة المالية دون أن يكون للقاضي الخيار في فرض أحدهما، استناداً إلى المادة (١١٠ ف ب) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة (٢٠٠٢) والتي نصت على ما يأتي:-

"مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ورد النص عليها في تشريع آخر وبالإضافة إلى الغرامات المبينة في الفقرة (أ) من هذه المادة، يعاقب كل من يخالف أيّاً من أحكام المواد المبينة أدناه بما يلي:-

٣- الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات لمخالفة أحكام الفقرة (ج) من المادة (أ) و(ب) من المادة (١٨٠) والمادة (١٠٩) من هذا القانون".
وبالرجوع إلى نص المادة (١٠٩) نجدها نصت على ما يأتي:-
"يحضر على أي شخص القيام بأي مما يلي:-
أ- بث الشائعات أو ترويجها أو إعطاء معلومات أو بيانات أو تصريحات مضللة أو غير صحيحة قد تؤثر على سعر أي ورقة مالية أو على سمعة أي جهة مصدرة"^(١).
في حين إن البعض الآخر من القوانين أعطت الخيار للقاضي في فرض العقوبة السالبة للحرية أو الغرامة أو كلاهما معاً كالقانون الإماراتي استناداً إلى المادة (٤) لسنة (٢٠٠٠) السالفة الذكر.

أما القانون العراقي فقد سبق الإشارة إلى الانتقادات الواردة على القسم (١٥) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) المتعلقة بالعقوبة المخصصة لهذه الجريمة والواردة في المطلب الثاني من هذا البحث، فضلاً عن النقص الحاصل في نص القسم (٥) فقرة (١٣) من ذات القانون والتي جرمت هذا الفعل إلا أنها قصرته على الوسطاء من دون الموظفين العاملين في السوق أو المستثمرين.

عليه نقترح إجراء تعديل على هذا القانون وذلك بإضافة مادة إليه لمعالجة هذه الجريمة تنص على ما يأتي:-

١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين دينار أو بإحدى العقوبتين كل من قدم أو روج أية بيانات أو تصريحات أو معلومات غير صحيحة من شأنها التأثير على القيمة السوقية للأوراق المالية وعلى قرار المستثمر بالاستثمار أو عدمه.

٢- تكون العقوبة مضاعفة إذا وقع الفعل من قبل موظف السوق المالي".

المطلب الخامس

التحكم بسوق الأوراق المالية

(١) برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون الأردني، المرجع السابق.

لقد جرمت العديد من التشريعات المتعلقة بسوق الأوراق المالية هذا الفعل خوفاً من انهيار السوق أو صعوده المفاجئ نتيجة سيطرة شخص أو مجموعة أشخاص على القرار داخل الشركات العاملة في السوق وبالتالي إمكانية إلحاق الضرر بالاقتصاد الوطني للدولة، بالإضافة إلى حماية فئة صغار المساهمين في هذه الشركات.

فعلى سبيل المثال عندما يمتلك شخص أو عدة أشخاص ٣٠% أو ٤٠% أو ٥٠% من رأس مال الشركة المساهمة العاملة في السوق عن طريق الشراء أو الهبة أو الوصية، فإن هؤلاء يكون لهم الغلبة في القرارات التي تتخذها الشركة لكونهم يشكلون الأكثرية في الهيئة العامة للشركة، حيث أن كل سهم يمثل صوت واحد، فإن كانت الشركة رأس مالها مليون دولار وهذا الشخص أو مجموعة الأشخاص تملك ٥٠% من رأس مال الشركة أي إنهم يملكون (٥٠٠٠٠٠) ألف صوت داخل الهيئة العامة للشركة وهو ما يعادل نصف عدد الأصوات.

وعلى هذا الأساس قد ينفرد هذا الشخص أو مجموعة الأشخاص هؤلاء في مصير الشركة، من دون مراعاة لرأي صغار المساهمين وهو ما رفضته التشريعات المتعلقة بالأوراق المالية، حيث وضعت قيوداً على نسبة تملك الشخص أو مجموعة الأشخاص من أسهم الشركة.

فعلى سبيل المثال لا الحصر نص القانون العماني على هذا القيد في المادة (٧) من قانون رأس المال (٨٠) لسنة (١٩٩٨) المعدل والتي جاء فيها:-
"أ- على كل شخص يملك أو تصل مساهمته هو وأولاده القصر إلى (١٠%) فأكثر من أسهم أية شركة مساهمة أن يعلم الهيئة بذلك بكتاب خطي، وأن يعلمها حول أي تعامل أو تصرف يجريه يؤدي إلى زيادة هذه النسبة فور حدوثها.

ب- إذا رغب شخص أو عدة أشخاص متحالفين يملكون (١٥%) من أسهم أية شركة مساهمة طرحت أسهمها باكتتاب عام السيطرة عليها من خلال تملك (٣٥%) أو أكثر من أسهمها المصدرة وجب أن يعلم الهيئة بذلك من خلال الرئيس التنفيذي قبل الشراء، وإذا رأى المجلس أن هذه السيطرة أو هذا التملك لا يخدمان الاقتصاد الوطني، أمر ذلك الشخص بالتوقف عن الشراء كما يأمر وسطاءه بهذا التوقف، فإذا

لم يتم التوقف يعرض الأمر على مجلس الوزراء لاتخاذ القرار المناسب. ويسري ذات الحكم في حالة أيلولة ملكية الأسهم إلى شخص واحد أو أكثر متحالفين بطريق الهبة أو الميراث أو الوصية.

ج- إذا كان موضوع السيطرة أو التملك مصرفاً أو مؤسسة تمارس أعمالاً مصرفية فيجب أولاً الحصول على موافقة البنك المركزي العماني تنفيذاً لأحكام القانون المصرفي^(١).

إن الركن المادي في هذه الجريمة يمثل في قيام الجاني أو الجاني أو الجناة بفعل محظور ألا وهو شراء أسهم شركة تزيد على الحد المسموح به قانوناً من دون الحصول على موافقة الجهات الرقابية في سوق الأوراق المالية، والنتيجة المترتبة على هذا الفعل هو السيطرة أو التحكم في مقدرات الشركة، وبالتالي الإضرار بصغر المساهمين في ذات الشركة لأن الغلبة تكون لمن له أكبر عدد من الأسهم في الشركة وبالتالي التأثير على أسعار أسهمها في سوق الأوراق المالية صعوداً أو نزولاً بحسب طبيعة القرارات المتخذة فيها.

في حين أن الركن المعنوي في هذه الجريمة العمدية، يتمثل في توافر القصد الجرمي لدى الجاني، حيث أنه يعلم بأن فعله محظور وهو شراء أسهم الشركة أكثر من الحد المقرر قانوناً دون الحصول على موافقة من الجهات المختصة ويعلم بالنتيجة المترتبة على ذلك وهي السيطرة على الشركة المدرجة أسهمها في السوق المالية مع اتجاه إرادته إلى الفعل والنتيجة المترتبة على ذلك.

(١) كما نص على قيد التملك وعدم السيطرة كل من القانون الروماني استناداً إلى المادة (٨٨) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (٥٢) لسنة (١٩٩٤) المعدل والذي حدد نسبة التملك على أن لا يتجاوز (٥%) من رأس مال الشركة، والقانون الأردني استناداً إلى المادة (٤٥) من قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة (٢٠٠٢) والذي حدد نسبة التملك على أن لا تتجاوز (٤٠%) من رأس مال الشركة.

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون العماني، القانون الأردني، المرجع السابق.

هذا وقد أشار القانون العراقي إلى هذه الجريمة في القسم (٣/١٠) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) والذي نص على ما يأتي:-
"يعتبر غير قانونياً أي شخص أو أشخاص متحالفين إذا ما حصلوا أو حاولوا الحصول على نسبة أكثر من ٣٠٪ من الأسهم لأية شركة مساهمة للأوراق المالية ما لم يقر ذلك الشخص أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، تعريف أنفسهم وكشف ما بحيازتهم إلى السوق والهيئة فيما يخص تلك المعاملات وحماية مالكي الأقلية.

يجب أن تعلن تلك التقارير من قبل سوق الأوراق المالية والهيئة. يجب أن يطبق هذا الشرط على الأشخاص الحائزين على تلك المراكز في وقت وضع هذا القانون موضع التنفيذ. على كل مسجل لشركة مساهمة للأوراق المالية والمودع لديه كتابة تقرير إلى الهيئة عن كل حائز للأسهم في سجلاتها ويملك أكثر من ١٠٪ من الأسهم في الشركة المطروحة لأغراض التجارة".

أما الجزء الجنائي المخصص لهذه الجريمة فيلاحظ أن معظم التشريعات المتعلقة بالأسواق المالية فرضت عقوبة مالية ضد مرتكبها وهي الغرامة كالقانون المصري استناداً إلى المادة (٦٦) من قانون رأس المال رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل والتي نصت على ما يأتي:-

"يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه كل من يتصرف في أوراق مالية على خلاف القواعد المقررة في هذا القانون"^(١).
أما موقف القانون العراقي فيما يتعلق بالجزاء الجنائي المخصص لهذه الجريمة فنشير إلى الانتقادات التي وجهناها إلى القسم (١٥) من هذا القانون والتي تناولناها مفصلاً في المطلب الثاني من هذا البحث.

(١) كما نص على عقوبة الغرامة المالية، القانون الأردني رقم (٧٦) لسنة (٢٠٠٢) والذي فرض غرامة لا تزيد عن (١٠٠٠٠٠) ألف دينار استناداً إلى المادة (١١٠) من هذا القانون.

د. عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك، المرجع السابق، ص ٧٧٥.

برنامج الأمم المتحدة الائتماني، اتحاد المصارف العربية، القانون الأردني، المرجع السابق.

عليه نقترح إضافة مادة إلى هذا القانون تنطبق إلى هذه الجريمة وفقاً للصيغة الآتية:-

"يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة ملايين دينار ولا تزيد على عشرين مليون دينار كل من يملك أوراق مالية لشركة عاملة في السوق بنسبة تزيد على الحد المقرر قانوناً".

المطلب السادس

عدم التقيد بقواعد الإفصاح

تمارس الهيئات الرقابية في أسواق الأوراق المالية دوراً مهماً في تطبيق مبدأ الشفافية والإفصاح من خلال إلزام الشركات المتداول أسهمها في السوق المالي بتقديم معلومات مفصلة عن نشاط الشركة وبشكل دوري (سنوي، نصف سنوي، ربع سنوي، شهري) كحسابات الشركة المتمثلة بالأصول والديون والاعتمادات والاحتياطات والأرباح للشركة والنسب المتعلقة بالربحية والتدفق المالي ونسبة المديونية ونسبة المردودية والربح الصافي للسهم الواحد، حتى يتمكن المستثمر والوسيط المالي من اتخاذ القرار المناسب للاستثمار في قطاع معين أو شركة معينة^(١).

وعلى هذا الأساس نجد أن جميع التشريعات المتعلقة بسوق الأوراق المالية أخذت بمبدأ التقيد بقواعد الإفصاح، فعلى سبيل المثال لا الحصر أورد القانون المصري مبدأ الإفصاح والشفافية في المادة (٦) من قانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل والتي نصت على ما يأتي:-

"على كل شركة طرحت أوراق مالية لها في اكتتاب عام أن تقدم على مسؤوليتها إلى الهيئة تقارير نصف سنوية عن نشاطها ونتائج أعمالها على أن تتضمن هذه التقارير البيانات التي تفصح عن المركز المالي الصحيح لها.

(١) د. طارق عبد العال حماد، التحليل الفني والأساسي للأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٨٠.

وتعد الميزانية وغيرها من القوائم المالية للشركة طبقاً للمعايير المحاسبية ولقواعد المراجعة التي تحددها أو تحيل إليها اللائحة التنفيذية وتخطر الهيئة بالميزانية والقوائم المالية وتقريري مجلس الإدارة ومراقب الحسابات عنها قبل شهر من التاريخ المحدد لانعقاد الجمعية العامة.

وللهيئة فحص الوثائق المشار إليها في الفقرات السابقة أو تكليف جهة مختصة بهذا الفحص، وتبلغ الهيئة الشركة بملاحظاتهما، وتطلب إعادة النظر في الوثائق بما يتفق ونتائج الفحص، فإذا لم تستجب الشركة لذلك التزمت بنفقات نشر الهيئة لملاحظاتهما والتعديلات التي طلبتها ويتم النشر على الوجه المبين بالفقرة التالية. ويجب على الشركة نشر ملخص واف للتقارير النصف سنوية والقوائم المالية السنوية في صحيفتين يوميتين صباحيتين واسعتي الانتشار أحدهما على الأقل باللغة العربية.

كما يجب على كل شركة تواجه ظروفاً جوهرية تؤثر في نشاطها أو في مركزها المالي أن تفصح عن ذلك فوراً وأن تنشر عنه ملخصاً وافياً في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار إحداهما على الأقل باللغة العربية^(١)

ويتضح من النص أعلاه أن الركن المادي في هذه الجريمة يتكون من صورتين: الأولى تتمثل في مجال الرقابة المكتبية حيث تقوم الشركة المدرجة على لائحة الشركات العاملة في السوق بتزويد الهيئة المختصة بالرقابة على أعمال السوق ببيانات شهرية أو ربع سنوية أو نصف سنوية أو سنوية كاذبة أي غير صحيحة أو ناقصة، وهنا الإعاقة لقواعد الإفصاح تشكل سلوكاً إيجابياً من قبل الشركة، في حين أن امتناع الشركة بشكل كامل عن تزويد الجهة الرقابية المشرفة على السوق المالية بالبيانات والمعلومات الخاصة بها في الأوقات المشار إليها

(١) كما نص على مبدأ الإفصاح والشفافية كل من القانون الأمريكي استناداً إلى المادة (٣٢) من قانون سوق الأوراق المالية لسنة (١٩٣٤) المعدل، والقانون الإماراتي استناداً إلى المادة (٣٣) من قانون هيئة الإمارات للأوراق المالية والسلع رقم (٤) لسنة (٢٠٠٠) المعدل.

<http://www.law.ue.edu/ccI/34act/sec1.html.op.cit>.

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون الإماراتي، المرجع السابق.

والمحددة من قبل الجهة المشرفة أو التأخير في عملية التزويد يشكل سلوك امتناع من قبل الشركة.

هذا وقد جرم القانون العراقي عمليات الإعاقة لقواعد الإفصاح استناداً إلى القسم (٦/٣) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) والذي نص على ما يأتي:-

أ- للشركة أن تقدم إلى سوق الأوراق المالية والهيئة تقارير مالية فصلية تتضمن كشف موجز للموازنة ابتداءً من الغلق الفصلي وأقرب سنة مالية وكشوفات مقارنة نسبية موجزة فصلية وسنوية عن الدخل والسيولة النقدية ولغاية الغلق الفصلي ومراحل ما قبل السنة على أن توفرها بشكل علني وبمدة لا تزيد عن (٦٠) يوماً بعد غلق الفصول الثلاثة الأولى للسنة المالية غير المدققة للشركة. تعد التقارير الفصلية طبقاً لمتطلبات الشكل والمحتوى ومعايير المحاسبة المعمول بها وأن ترفق بتأكيدات وإيضاحات إدارية قد يأمر السوق أو الهيئة بطلبها

ب- للشركة أن ترسل إلى سوق الأوراق المالية والهيئة وتهيئ وبشكل علني خلال مدة (١٥٠) يوماً بعد إغلاق السنة المالية ببيانات مالية تتضمن كشف الموازنة منذ إغلاق السنة المالية للشركات وبيانات عن الدخل والسيولة النقدية والتغيرات في عائدة الأسهم للسنة المالية.

ج- ابتداءً بالتقرير السنوي للسنة المالية ٢٠٠٤ للشركة تقديم البيانات المالية على أسس مقارنة نسبية مع البيانات المالية للسنة المالية السابقة استناداً إلى التعليمات التالية:-

١- تدفق البيانات المالية التي يتضمنها التقرير السنوي وفقاً لمعايير الرقابة الدولية بواسطة مراقب حسابات مستقل ومخول قانوناً في العراق ووفقاً لمعايير المحاسبة الدولية وللمدى الذي تسمح به المعايير المعمول بها في العراق.

٢- تكون البيانات المالية مصحوبة بنسخة موقعة من تقرير الرقابة الخاص بمراقب الحسابات المستقل يوضح أن البيانات المالية قد تم تدقيقها وفقاً لمعايير الرقابة

الدولية وللمدى الذي تسمح به المعايير المعمول بها في العراق وإنها تمثل رؤيا حقيقية وعادلة للنتائج المالية للشركة...^(١).

أما الصورة الثانية فتتمثل في مجال إعاقه الرقابة الميدانية، والذي يمكن أن تقع بفعل إيجابي أو امتناع، فمن أمثلة السلوك الإيجابي للإعاقه في مجال الرقابة الميدانية قيام العاملين في الشركة المدرجة على لائحة سوق الأوراق المالية بإخفاء الدفاتر والمستندات والإحصائيات والمعلومات التي يريد موظفو هيئة الرقابة في سوق الأوراق المالية الإطلاع عليها أو منعهم من الدخول إلى الأماكن التي تحوي مثل هذه الأمور.

أما أسلوب الامتناع، فيتمثل في رفض إحضار الدفاتر والإحصاءات في حالة المطالبة بها من قبل موظفي هيئة الرقابة في سوق الأوراق المالية أو رفض تسليم نسخ من الدفاتر والأوراق بل وحتى تجاهل وجودهم في الشركة.

علماً أن قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) لم يتطرق إلى موضوع الرقابة الميدانية وذلك من خلال قيام موظفي سوق العراق للأوراق المالية بزيارات ميدانية إلى مقرات الشركات المدرجة على لائحة سوق العراق للأوراق المالية لفحص وتدقيق المعلومات والبيانات والإحصاءات المزودة من تلك الشركات والتأكد من صحتها والإعاقه التي يمكن أن تواجههم من جراء ذلك.

وهو ما يعد نقصاً في القانون العراقي يتطلب معالجته عن طريق إجراء تعديل على القسم (٣) من قانون سوق العراق للأوراق المالية وذلك بإضافة فقرة إلى هذا القسم يكون تسلسلها بعد الفقرة (ب) تنص على ما يأتي:-

"لموظفي سوق العراق للأوراق المالية القيام بزيارات ميدانية للتأكد من صحة المعلومات والبيانات والإحصاءات المقدمة من الشركات المدرجة أسماءها على لائحة السوق".

وبالنسبة للركن المعنوي في هذه الجريمة العمدية فيتمثل في توافر القصد الجنائي لدى الجاني، حيث يعلم بأن فعله محظور وهو عدم التقيد بقواعد الإفصاح

(١) الوقائع العراقية، العدد ٣٩٨٣، المرجع السابق، ص ٦٥.

من خلال الامتناع عن تزويد الجهات الرقابية المختصة في سوق الأوراق المالية بالبيانات والمعلومات والإحصاءات المطلوبة، أو إعطاء معلومات غير صحيحة، ويعلم بالنتيجة المترتبة على ذلك وهو عدم إعطاء الجهات الرقابية أو المستثمر في سوق الأوراق المالية الصورة الحقيقية لنشاط الشركة المدرجة على لائحة السوق المالي ومركزها المالي مع اتجاه إرادته إلى الفعل والنتيجة المترتبة عليه.

أما الجزاء الجنائي المخصص لهذه الجريمة فيبدو أن التشريعات المتعلقة بالأسواق المالية قد فرضت عقوبة سالبة للحرية إضافة إلى العقوبة المالية، أو بإحدى هاتين العقوبتين، فعلى سبيل المثال فرض القانون الأمريكي ضد مرتكب هذه الجريمة عقوبة السجن مدة لا تزيد على ٢٠ سنة والغرامة التي لا تزيد على ٥ ملايين دولار استناداً إلى المادة (٣٢) من قانون الأسواق المالية لسنة (١٩٣٤) المعدل^(١).

أما القانون العراقي فقد سبق التنويه إلى الانتقادات الواردة على القسم (١٥) من قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) المتعلقة بالعقوبة المخصصة لهذه الجريمة والواردة في المطلب الثاني من هذا البحث، إضافة إلى النقص الوارد في مجال قواعد الإفصاح والرقابة الميدانية عليه.

وعلى هذا الأساس نقترح إضافة مادة إلى هذا القانون تتناول هذه الجريمة وفقاً للصيغة الآتية:-

"يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبالغرامة التي لا تزيد على (٥,٠٠٠,٠٠٠) ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:-

(١) كما نص على هذه العقوبات كل من القانون الماليزي استناداً إلى المادة (٤/١٥٢) من قانون سوق الأوراق المالية رقم (٤٨٩) لسنة (١٩٩٣) المعدل، والقانون السوداني استناداً إلى المادة (٧٣) من قانون سوق الخرطوم للأوراق المالية لسنة (١٩٩٤) والقانون العماني استناداً إلى المادة (٢/٦٧) من قانون رأس المال رقم (٨٠) لسنة (١٩٩٨) المعدل.

[http://www.law.ue.edu/ccI/34act/sec1.html.op.cit.](http://www.law.ue.edu/ccI/34act/sec1.html.op.cit)

[http://www.sc.com.my/eng/htm/resoures/guidelines/SCA2005.pdf..op.cit.](http://www.sc.com.my/eng/htm/resoures/guidelines/SCA2005.pdf..op.cit)

برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، القانون السوداني، القانون العماني، المرجع السابق.

١- امتنع عن تقديم البيانات المطلوبة وفق هذا القانون أو قدمها وهي غير صحيحة.

٢- أعاق الرقابة الميدانية للجهة المشرفة على سوق الأوراق المالية".

الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحث موضوع الجرائم الماسة بسوق الأوراق المالية واستعراض الجرائم الواردة في التشريعات المنظمة لعمل أسواق الأوراق المالية العراقية والعربية والأجنبية تبين لنا الآتي:-

١- وجدنا أن الانهيار الاقتصادي الكبير الذي أصاب دول العالم في العام ١٩٢٩ هو الذي دفع معظم الدول التي لديها أسواق مالية في ذلك الوقت إلى إصدار تشريعات ناظمة لعمل هذه الأسواق والتي أوجدت هيئات مشرفة ومديرة لعمل هذه الأسواق خوفاً من تكرار هذا الانهيار مستقبلاً، كما أن هذه الدول توصلت إلى قناعة مفادها بأنه لا يمكن القيام بالتنمية الصناعية خاصة والاقتصادية عامة من دون وجود شركات مساهمة ونظام خاص بالأسواق المالية يتولى إدراج هذه الشركات على لائحة هذه الأسواق وفق شروط معينة.

٢- إن التشريعات المنظمة لعمل أسواق الأوراق المالية جرمت مجموعة من الأفعال التي تشكل مخالفة للواجبات التي يجب على كل من يتعامل في السوق المالي التقيد بها حفاظاً على أداء السوق المالية وعدم تعرضه للآزمات الاقتصادية من جهة وحماية المستثمرين فيه من جهة أخرى.

وهذه الأفعال المجرمة هي، التعامل في سوق الأوراق المالية من دون الحصول على ترخيص بالتداول أو الاكتتاب، الإفشاء إلى الغير معلومات سرية عن الشركات المدرجة في السوق المالي أو عن المستثمرين فيه، المضاربة غير المشروعة داخل السوق عن طريق بث وتسريب الشائعات، التحكم في سوق الأوراق المالية عن طريق تملك الأسهم للشركات المدرجة على لائحة السوق بنسبة تزيد عن الحد المقرر قانوناً، عدم التقيد بقواعد الإفصاح والشفافية المفروضة على الشركات المدرجة على لائحة السوق المالي.

٣- اتضح لنا أن قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم (٢٤) لسنة (١٩٩١) لم يتضمن أي إشارة إلى الجرائم الماسة بعمليات سوق بغداد للأوراق المالية، حيث اقتصر هذا القانون فقط على الجزاءات الانضباطية في حين أن قانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) تطرق إلى الجرائم الماسة بعمليات سوق الأوراق المالية، إلا أنه لم يكن موفقاً عندما فرض جزاءً واحداً لجميع الجرائم الماسة بعمليات سوق العراق للأوراق المالية وهي العقوبة السالبة للحرية التي قد تصل إلى السجن والغرامة المالية التي قد تصل ما بين ٢٥ مليون إلى ٥٠ مليون دينار.

وذلك نظراً إلى اختلاف هذه الجرائم من حيث جسامتها وخطورتها على عمليات سوق العراق للأوراق المالية وكان الأفضل لو أنه نص على جزاء جنائي مستقل لكل جريمة من هذه الجرائم.

٤- لاحظنا عدم الدقة في الصياغة القانونية لقانون سوق العراق للأوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) كونه مترجم حرفياً عن النص الأصلي المكتوب باللغة الإنكليزية، فعلى سبيل المثال نجده فرض عقوبة سالبة للحرية قد تتضمن السجن من دون تحديد لمدة العقوبة السالبة للحرية بشكل واضح.

المصادر

أولاً: الكتب

١- الكسندر ساينز، الاستثمار في أسواق المال، ترجمة ريماء عاد، أكاديميا، بيروت، ٢٠٠٢.

٢- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، اتحاد المصارف العربية، قاعدة معلومات قانونية عربية متعلقة بالمهنة المصرفية.

<http://www.pogar.org/databases/arabbank/arabiclawsencyoptions.asp?sid x=ID03>

٣- بشر الموصلي، البورصة كيفية المضاربة والاستثمار، شعاع للنشر والعلوم، القاهرة، ٢٠٠٣.

٤- د. حسني المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري والمقارن، ط١، مكتبة الصفار، الكويت، ١٩٩٠.

٥- د. طارق عبد العال حماد، التحليل الفني والأساسي للأوراق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٦- د. عامر لطفي، البورصة أسس الاستثمار والتوظيف، شعاع للنشر والعلم، حلب، ١٩٩٩.

٧- د. عبد الفتاح مراد، موسوعة البنوك، ج ١، الإسكندرية، بلا تاريخ.

٨- د. محمد الشحات الجندي، معاملات البورصة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

ثانياً: قوانين الأسواق المالية

أ- القوانين العراقية

١- قانون إنشاء وتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية رقم (٤) لسنة (١٩٨٧) المعدل.

٢- قانون تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار الكويتي رقم (٣١) لسنة (١٩٩٠) المعدل.

٣- قانون رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٤) المعدل.

٤- قانون سوق الخرطوم للأوراق المالية لسنة (١٩٩٤) المعدل.

٥- قانون تنظيم السوق المالية التونسية رقم (١١٧) لسنة (١٩٩٤) المعدل.

٦- قانون سوق رأس المال العماني رقم (٨٠) لسنة (١٩٩٨) المعدل.

٧- قانون هيئة الإمارات للأوراق المالية والسلع رقم (٤) لسنة (٢٠٠٠).

٨- قانون الأوراق المالية الأردني رقم (٧٦) لسنة (٢٠٠٢).

ج- القوانين الأجنبية

١- قانون سوق الأوراق المالية الأمريكي لسنة (١٩٣٤) المعدل.

٢- قانون سوق الأوراق المالية الهندي رقم (١٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل.

٣- قانون سوق الأوراق المالية الماليزي رقم (٤٩٨) لسنة (١٩٩٣) المعدل.

٤- قانون سوق الأوراق المالية الروماني رقم (٥٢) لسنة (١٩٩٤) المعدل.

٥- قانون سوق الأوراق المالية الإيرلندي لسنة (١٩٩٥) المعدل.

٦- قانون سوق الأوراق المالية الفلبيني رقم (٨٧٩٩) لسنة (٢٠٠٠) المعدل.

تأديب القضاة

د. عمار طارق عبد العزيز

مركز الدراسات القانونية والسياسية / جامعة النهرين

المقدمة

تعتبر السلطة القضائية السلطة الثالثة في الدولة إلى جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية، وإن كان هناك من يدّعي بوجود سلطتين فقط تشريعية وتنفيذية، أما وظيفة القضاء فإنها - حسب إدعائهم - تعد جزء من عمل السلطة التنفيذية، بيد أن الرأي الراجح يقول بوجود السلطة القضائية واستقلالها عن السلطتين الأخريين، حيث تعمل على تطبيق القوانين من خلال فض المنازعات والخصومات المعروضة أمامها بالشكل الذي يضمن حماية الحريات العامة ويحقق العدالة.

ورغم أن وظيفة القضاء تعد من أعقد الوظائف كونها تستلزم توافر مواصفات معينة ودقيقة في من يتولى هذه الوظيفة، وكونها تتعلق بموضوع في غاية الأهمية وهو العدالة، إلا أن ذلك لا يقود بالضرورة إلى تحصين القائمين بهذه الوظيفة وجعلهم بمنأى عن المسألة. فحتى لم تم اختيار القضاة وفق شروط باهظة ومعقدة، تحيط بالجوانب الأخلاقية والعلمية كافة لرجل القضاء، فإن ذلك لا يمس من حقيقة كون القاضي إنساناً، وهذا الأخير لا بد وأن يعتريه الخطأ والسهو وأحياناً ارتكاب المعصية القانونية.

لذا كان لا بد من وجود نظام قانوني، يكون أكثر تعقيداً من مهمة اختيار القاضي، كون هذا النظام سيسعى إلى ضمان حيادية القاضي وعدم انزلاقه في هاوية الأخطاء، كما يسعى إلى معالجة ما يمكن أن يترتب على سلوك القاضي المخالف لأصول وقواعد هذه المهنة، وبالشكل الذي يحقق غايتين أساسيتين، الأولى إصلاح ما تم إحداثه من أضرار، والثانية محاسبة القاضي لكي يكون عبرة لغيره ولنفسه، ولضمان عدم تكراره للأفعال التي ارتكبها، وأحياناً أبعاده عن سلك القضاء بالشكل الذي يحفظ هيبته وأهمية هذه الوظيفة.

من جانب آخر فإن هناك مبدأ في غاية الأهمية يحكم القضاء ويضعه في مركز ذات خصوصية معينة، ألا وهو مبدأ استقلال القضاء، الذي يجعل من السلطة

القضائية، سلطة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، بحيث يضمن قيام دولة القانون وبالشكل الذي يحقق بسط سلطة القضاء على المنازعات كافة وبدون تدخل من أي سلطة.

إن هذا المبدأ المهم يعد ركناً أساسياً من أركان القضاء العادل، وبالتالي وفي نطاق موضوع التأديب، كان لابد من صياغة نظم محاسبة القضاة بالشكل الذي يضمن عدم المساس بالمبدأ المذكور آنفاً، بحيث لا يكون نظام تأديب القضاة، وكأنه أداة ضغط وتهديد بحق القضاة تقود في النهاية إلى آثار عكسية لما يؤمل منه هذا للنظام التأديبي، فكثيراً ما تستخدم نظم التأديب لتحقيق أغراض شخصية أو للانتقام أو كوسيلة للضغط لتحقيق أهداف ومصالح سياسية.

من خلال ما تقدم فقد ساقطنا الرغبة العلمية إلى البحث في موضوع تأديب القضاة، من خلال بيان مفهوم القاضي، وما هي المخالفات التي يمكن أن يرتكبها أثناء عمله، وما هي إجراءات تأديبه، وكيف يمكن الطعن بالعقوبات المفروضة عليه، وأخيراً لابد من معرفة كيفية ضمان استقلال عمل القاضي في نطاق تأديبه.

المبحث الأول

تعريف القاضي

جاءت أغلبية التشريعات المنظمة لسلوك القضاء خالية من تعريف القاضي، واكتفت بذكر شروط تعيين القضاة، وترفيعهم، وترقيتهم، ومسائل النقل والانتداب والإعارة والاستقالة والتقاعد، وأخيراً تأديبهم^(١).

والسبب في خلو هذه القوانين من تعريف القاضي، هو أن التعاريف ليست من مهام القانون إذ أنها تكون من اختصاص الفقه، وأحياناً القضاء، فهما يتوليان مهمة تعريف المصطلحات والتعابير الواردة في القوانين، وألاً تكون التعاريف الواردة في القوانين غير متكاملة، فتكون عرضة للنقد والتجريح.

(١) انظر: قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، وقانون استقلال القضاء الأردني لسنة ٢٠٠١.

والقاضي هو القاطع للأمور المحكم لها - ومن يقضي بين الناس بحكم الشرع - ومن تعينه للدولة للنظر في الخصومات والدعاوى وإصدار الأحكام التي يراها طبقاً للقانون. والقضاء هو الحكم - الفصل - وعمل القاضي. ورجال القضاء هم: الهيئة التي يوكل إليها بحث الخصومات للفصل فيها طبقاً للقانون^(١).

فالقاضي هو الشخص الطبيعية الذي يتولى وظيفة القضاء، سواء كان قاضياً في محكمة البداية أو الأحوال الشخصية أو قاضي تحقيق أو جنح أو جنابات أو كان قاضياً في محكمة للاستئناف أو محكمة التمييز، أو القضاة في محاكم القضاء الإداري وقضاء التأديب.

وفي العراق يعتبر قاضياً كل من يمارس وظيفة القضاء في المحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية، والمحاكم الاتحادية الأخرى، كمحاكم الاستئناف، والبداية، ومحاكم المواد المدنية، ومحاكم الأحوال الشخصية، ومحاكم العمل، والمحاكم الجزائية كالجنابات والجنح والأحداث، والرئيس واحد العضوين في المحاكم الكمركية، ومحاكم التحقيق، وهذه المحاكم ترتبط بمجلس القضاء الأعلى.

أما بالنسبة إلى مجلس شورى الدولة، ومحكمة القضاء الإداري، ومجلس الانضباط العام، فإن هذه الجهات تمارس وبلا أدنى شك وظيفة القضاء، وذلك وارد في قوانينها المنظمة لها، كما في المادة (٤) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل، إذ نصت على أن (يختص المجلس بالتقني والقضاء الإداري.....).

كذلك الحال بالنسبة لمجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري، إذ أن النصوص القانونية تؤكد الاختصاص القضائي لهذه الجهات.

أما بالنسبة إلى أعضاء هذه الجهات، فقد تثار مشكلة بصدد تسميتهم فالقانون يسميهم المستشارين أو المستشارين المساعدين، إلا أن ذلك لا يخفي حقيقة كونهم قضاة من الناحية العملية، كونهم يمارسون وظيفة القضاء داخل هذه الجهات، كما

(١) د. أسامة أحمد شوقي المليجي، مجلس تأديب وصلاحيات القاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١١.

أن القانون يسمح بانتداب القضاة من المحاكم العادية للجهات المذكورة ويعتبرهم مرادفين للمستشارين أو المستشارين المساعدين، كما في المادة ٧/ثانياً/ب، إذ يقول (تتألف محكمة القضاء الإداري برئاسة قاض من الصنف الأول أو مستشار في مجلس شورى الدولة وعضوين من القضاة لا يقل صنفهم عن الصنف الثاني من صنوف القضاة أو من المستشارين المساعدين في مجلس شورى الدولة)^(١).

والقاضي هو وسيلة الدولة في تطبيق القانون لإقامة العدل، فهو الذي يفض المنازعات والخصومات بين الأشخاص ويمكنهم من الحصول على حقوقهم، فالقضاة حاجة مستديمة في كل زمان ومكان، وبدونه يسعى الآخرون إلى انتزاع حقوقهم بأنفسهم، فتضيع هيبة الدولة ويصبح القانون للأقوى.

وبوجود القاضي يمكن إقامة العدل بالطرق القانونية، بيد أن ذلك يحتاج إلى قاض عادل يمسك الميزان بين الطرفين المتنازعين، فيحكم بينهما بالعدل طبقاً لأحكام القانون، ووفق ما يمليه عليه ضميره بحيث يكون متمتعاً بالحيدة والنزاهة والكفاءة، بعيداً عن الشبهات التي تسيء إلى وظيفته النبيلة، كدواعي الانتقام، والسعي لأغراض شخصية غير مشروعة، وصفات الخبث والعنصرية والانتهازية، أو حتى الميول الحزبية والطائفية، فالناس أمامه سواسية لا يميز بينهم إلا القانون.

والصفات التي ينبغي أن يتصف بها القاضي كثيرة منها:

١- أن يكون متعلماً ومتقفاً، فلا يكفي أن يحصل على شهادة جامعية أو له باع طويل في اختصاصه، بل لابد أن يكون له إلمام كاف بالعلوم المختلفة التي تؤهله لتكوين ملكة تفكير واسعة تساعد على القيام بوظيفته القضائية، التي تمثل جسراً بين الحياة والقانون، فكيف يمكن إنشاء هذا الجسر بدون التعمق في فلسفة الحياة والقانون، والتعرف على العلوم الإنسانية المختلفة التي توصله إلى مرحلة التفكير والإبداع والتسامي.

٢- أن يتمتع بالصدق مع نفسه والآخرين، مأموناً في كل شيء، بعيداً عن الريبة والشك، لا يحيد عن مسلكه رضا أو غضب.

(١) أنظر: قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

- ٣- أن يتصف بالشراسة الأدبية في إبداء رأيه بكل وضوح وصدق، واسع الصدر، متواضعاً، نزيهاً مستقيماً، لا تتنازعه الأهواء.
- ٤- أن يتسم بقوة الشخصية قلباً وقالباً، فلا يكفي علمه وثقافته، بل لابد من أن يكون ذا أسلوب مقنع وحازم، كما ينبغي أن يكون أنيقاً في ملبسه ومظهره وحتى مسيره^(١).

المبحث الثاني

مفهوم المخالفة القضائية وصورها

إن النظام التأديبي بشكل عام يقوم على ثلاثة أركان رئيسية، المخالفة التأديبية، والعقوبة المقررة لها، والإجراءات المتبعة بصددهما.

أما بخصوص المخالفة القضائية، فأن المخالفة المذكورة لم نجد لها تعريفاً محدداً في أغلب التشريعات المنظمة لسلوك القضاء، إذ أن هذه التشريعات تكتفي بسرد الواجبات المفروضة على القاضي، ثم تأتي على ذكر الإجراءات التأديبية التي يمكن اتخاذها بحقه، وبديهي أن هذه الإجراءات والعقوبات المقررة هي نتيجة لما يبدر عن القاضي من تصرفات تنتهك قواعد وأصول مهنة القضاء والتي من بينها الخروج عن الواجبات المذكورة آنفاً^(٢).

بيد أن بعض القوانين حاولت وضع تعريف واسع للمخالفة القضائية، كما في القانون الأساسي لنظام القضاء الفرنسي رقم ١٢٧٠ لسنة ١٩٥٨، حيث عرفت المادة ١/٤٣ منه المخالفة القضائية بأنها كل تقصير يقع من القاضي لواجبات مهنته أو للشرف أو لحسن معاملة الآخرين أو للكرامة.

وهذا التعريف - حسب الفقه الفرنسي - يشير إلى أن المخالفة القضائية لا تقتصر على إهمال القاضي لواجباته المتعلقة بوظيفته القضائية حسب، وإنما تشمل

(١) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، بغداد، ١٩٨٤، ص ٣٣-٣٤-٣٥.

(٢) أنظر: قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، وقانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٩، وقانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣.

كل سلوك يؤدي إلى انتهاك شرف وكرامة وظيفة القضاء، حتى في حياة القاضي الخاصة^(١).

كما حاول جانب من الفقه تعريف المخالفة القضائية بأنها كل تصرف يصدر من القاضي يشكل خروجاً على واجبات وظيفته سواء كان داخل نطاق هذه الوظيفة أو خارجها^(٢).

ونعرف المخالفة القضائية بأنه سلوك إيجابي أو سلبي (فعل أو امتناع) إرادي ينافي قواعد وأصول وظيفة القضاء ويجافي واجباتها، ويقرر القانون لمثل هذا السلوك عقوبة تأديبية. وعلى ذلك فإن المخالفة القضائية هي السلوك الذي يسلكه القاضي، وبأي وقت كان، سواء أثناء عمله القضائي أو خارج أوقات ومكان العلم، ويكون هذا السلوك بصورة فعل إيجابي، أو امتناع سلبي، وبإرادته يقود إلى انتهاك القواعد والأصول المتعارف عليها في وظيفة القضاء، أو يخرج على واجباته المحددة له، بحيث يحيد عن مهمة القضاء، ويشكل عام كل تصرف يسيء إلى وظيفة القضاء، كما أن القانون يفرض عقوبة على مثل هذا السلوك.

هذا وأن المخالفات القضائية غير محددة على سبيل الحصر، بالنظر لعدم إمكانية وضع قائمة مفصلة ومحددة لهذه المخالفات، إذ أنها تختلف عن الجرائم الجنائية العادية، ذلك أن المخالفات التأديبية عموماً والقضائية خصوصاً واسعة وغير محددة المعالم، إلى جانب أن الكثير من واجبات القاضي تستند إلى ضميره وسلوكه الخارجي، حتى حين يكون خارج أوقات العمل الرسمي، أي في حياته الخاصة^(٣). وهذا هو السبب في عدم قيام المشرع في القوانين بوضع تعريف للمخالفة القضائية، فإذا كان من المستحيل وضع قائمة بالمخالفات القضائية، فإنه سيكون من المستحيل أيضاً وضع تعريف محدد لهذه المخالفة.

(١) د. أسامة أحمد شوقي المليجي، المرجع السابق، ص ٦١-٦٢.

(٢) المرجع نفسه، ص ٦٧.

(٣) Andre de laubadere – Traite de droit administrative – 8ed. T11-1980-Paris-P.105.

من جانب آخر فقد عرفنا المخالفة القضائية بالشكل الذي نعتقد أنه يغطي كافة جوانب هذا المفهوم، إذ أن التعريف المذكور تضمن السلوك بنوعيه الإيجابي والسلبي كما احتوى على الركن المعنوي للمخالفة وهو إرادة القاضي في ارتكاب الفعل، بالإضافة إلى التطرق إلى مسألة فرض عقاب على الفعل.

أما بالنسبة إلى صور المخالفة القضائية، فإن غالبية التشريعات المنظمة لسلك القضاء، لم تعمل على تحديد المخالفات على سبيل الحصر ولم تلتزم بمبدأ الشرعية بمفهومه الجنائي والذي ينص على أن (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون أو بناءً على قانون)، كما في القانون العراقي والمصري والإماراتي.

إلا أن هذه القوانين لم تترك الباب مفتوحاً على مصراعيه أمام سلطة التأديب تجاه القاضي، بحيث تتحكم به كيفما تشاء، وإنما سعت القوانين المذكورة إلى وضع إطار عام تحصر فيه كل ما يمكن اعتباره من قبيل المخالفات القضائية، بحيث يكون القاضي بمنأى عن تدخلات السلطة التنفيذية مثلاً وبالشكل الذي يؤثر على استقلالية القضاء، وبمعنى آخر أن مبدأ الشرعية في المجال المتعلق بالمخالفة القضائية، يتخذ شكلاً آخر، بحيث يكون أكثر اتساعاً من مفهومه الجنائي، لكنه في نفس الوقت يضع قالباً محدداً لا يجوز لسلطة التأديب تجاوزه، وذلك لضمان المحافظة على هيبة القاضي وتعزيز مبدأ استقلال القضاء.

وعلى ذلك فإن القوانين لم تحدد المخالفات القضائية على سبيل الحصر وإنما عمدت إلى تحديد الالتزامات والواجبات الملقة على كاهل القاضي والتي إذا ما خلافاً، فإنه يعتبر مخالفاً للقانون ويكون عرضة للمسألة والعقاب. والواجبات المذكورة لا تتعلق بعمل القاضي بالمحكمة حسب، بل تتعلق كذلك بحياته الخاصة وتصرفاته خارج المحكمة، بل وفي الأمور التي ليست لها علاقة بالقضاء، والسبب في ذلك يعود إلى أن ولاية القضاء تستلزم توفر صفات ومزايا معينة بمن يتولاها، بحيث تمتد هذه الصفات إلى أخلاق القاضي وسلوكه في المجتمع، فتمتزع بذلك وظيفة القاضي بحياته الشخصية، كونه يمثل العدالة القضائية^(١).

(١) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المرجع السابق، ص ٣٥.

وبعبارة أخرى فإن وظيفة القضاء تحتل مكانة مهمة في مجال وظائف الدولة، وعليه لابد من توافر صفات علمية وأخلاقية عالية في من يتولاها، كما تستدعي التزام القاضي بمجموعة من المعايير الوظيفية العلمية والعملية والأخلاقية والسلوكية، داخل وخارج المحكمة، أثناء أو في غير أوقات الدوام والعمل القضائي. وبخلاف ذلك يعتبر القاضي مرتكباً لمخالفة قضائية توجب مسأئلته وعقابه.

ولما تقدم نص قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادتين ٧ و ٨ منه على واجبات القاضي، والتي يمكن اعتبار مخالفتها بمثابة مخالفة قضائية، وهي:

١. المحافظة على كرامة القضاء والابتعاد عن كل ما يبعث الريبة في استقامته، فعلى القاضي إتباع الأسلوب العلمي والأخلاقي الذي يضمن هيبة القضاء ويصون كرامته، ويبتعد عن كل ما من شأنه إثارة الشكوك والأقاويل الماسة بوظيفة القضاء، كقبول الهدايا أو قبول دعوات العزائم والولائم في أماكن مشبوهة، أو مقابلة المتخاصمين في أماكن خاصة بعيداً عن قاعة المحكمة، مما يثير الشبهات حول مدى حيادية القاضي.

٢. كتمان الأمور والمعلومات والوثائق التي يطلع عليها بحكم وظيفته أو خلالها إذا كانت سرية بطبيعتها، أو يخشى من إفشائها التسبب بضرر للدولة أو الأشخاص. ويظل هذا الواجب قائماً حتى بعد انتهاء خدمته. وعلى ذلك ينبغي على القاضي تجنب جعل الدعاوى التي يفصل بها موضوعاً للنقاش وتبادل الآراء في منزله أو مع أقاربه وأصدقائه، فعليه الابتعاد عن كل ما من شأنه إفشاء أسرار الدعاوى والخصوم، والأكثر من ذلك يتوجب عليه عدم الخوض في أي قضية يعمل فيها لكي لا يفسح المجال لنفسه بأن يتحدث عن غيرها، ولا لغيره بالاستفسار عن القضايا.

٣. عدم مزاوله التجارة أو أي عمل لا يتفق ووظيفة القضاء. والحقيقة أن عدم مزاوله الأعمال المذكورة، تجنب القاضي الكثير من المشاكل، إذ أنها تمنع إثارة الشكوك حوله، فالتجارة معروف عنها أنه تجذب من الأفراد والأشخاص الجيدين والسيئين، وتفرض على التاجر التعامل مع كل الألوان، في

حين يكون القاضي ملتزم بعدم إثارة الشكوك حوله بشأن من يتعامل، لذي عليه عدم ممارسة هذا العمل بالإضافة إلى الكثير من الاعتبارات الوظيفية الأخرى، كالتفرغ الكامل لمهمة القضاء وعدم الانشغال بالأعمال التجارية، وغيرها الكثير من الاعتبارات.

٤. الإقامة في مركز الوحدة الإدارية التي فيها مقر عمله، إلا إذا أذن له وزير العدل بالإقامة في مكان آخر لظروف يقدرها.

والحقيقة أن لهذا الالتزام فائدة عملية مفادها عدم تعريض القاضي لمضايقات بعد مسافة الطريق والازدحامات المرورية، والتي قد تؤخره عن عمله، كما أن هذا الالتزام يمنع إثارة الشبهات على القاضي في حالة اختلاطه بالآخرين، وهو الجديد عن الوحدة الإدارية وقد يتعرف بأشخاص مثيرين للشبهات.

٥. ارتداء الكسوة الخاصة أثناء المرافعة وذلك وفق تعليمات يصدرها الوزير.

وهذا الالتزام يحقق النظام والترتيب والهيبة للقاضي، إذ أنه يميزه عن غيره من الموجودين في قاعة المحكمة، كما يضيف على المحاكمة نوع من النظام والهيبة والوقور.

٦. كما نصت المادة (٨) على أنه (لا يجوز أن يشترك في هيئة قضائية واحدة قضاة بينهم مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة، ولا يجوز أن ينظر القاضي طعنا في حكم أصدره قاض آخر تربطه به العلاقة المذكورة) والعلة من ذلك هو عدم فسح المجال أمام إثارة الشكوك والتكهنات حول مثلا سبب إتباع القضاة المقربون لهذا المسلك دون غيره (هل هو اتفاق أو ميول لديهم؟)، وغيرها من الأسباب الأخرى التي تعدم أو على الأقل تتلم الثقة التي ينبغي أن تتمتع بها الهيئة القضائية، وتضعف مواطن الراحة والاطمئنان من قبل المتخاصمين اتجاهها وكذلك الحال بالنسبة للطعن القضائي.

٧. الالتزام بمواعيد وأوقات الدوام في المحاكم^(١)، وهو التزام عام يشمل الموظفين العموميين كافة.

(١) أنظر المادة (٦٧) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٨. التزام القاضي بحضور جلسات المرافعة في المواعيد المقررة لها، وعدم تأجيلها إلا لسبب مشروع، ولا يجوز التأجيل لأكثر من مرة لنفس السبب إلا إذا رأت المحكمة ما يقتضي التأجيل لحسن سير العدالة، ولا يجوز أن تتجاوز مدة التأجيل عشرين يوماً، إلا إذا اقتضت هذا وقد نصت المادة (٩٨) من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥، على أن يحظر على القاضي وعضو الإِدعاء العام ما يأتي:-

أولاً: الجمع بين الوظيفة القضائية والوظيفتين التشريعية والتنفيذية، وأي عمل آخر. ثانياً: الانتماء إلى أي حزب أو منظمة سياسية، أو العمل بأي نشاط سياسي. كذلك فإن القوانين المنظمة لسلك القضاة في الدول الأخرى نصت على ما يشبه الواجبات المنصوص عليها في قانون التنظيم القضائي العراقي، كما في قانون استقلال القضاء الأردني لسنة ٢٠٠١ وتعديلاته، حيث نص الفصل الثالث (المادة ١٧) منه، على واجبات القضاة، ومنها عدم جواز مزاوله الأعمال التجارية، والالتزام بالدوام الرسمي في المحاكم^(١). كما نص قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ في المادة ٧٣ منه، وقانون السلطة القضائية الاتحادي الإماراتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ في المادة ٣٦ منه، والقانون الفرنسي الصادر في ٢٢/ديسمبر/١٩٥٨ في المادة ١٠ منه، على عدم جواز عمل القاضي بالسياسة.

كذلك نصت المادة ٧٢ من القانون المصري نفسه، والمادة ٣٥ من القانون الإماراتي، والمادة ٨ من القانون رقم ١٢٧٠ لسنة ١٩٥٨ الفرنسي، على عدم جواز اشتغال القاضي بالتجارة^(٢).

ونصت المادة رقم ٢/٧٧ من القانون المصري والمادة ١٠ من القانون الفرنسي لسنة ١٩٩٨، على التزام القاضي بالدوام وعدم الانقطاع عن العمل أو التغيب بدون عذر مشروع.

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نبين الخصائص المميزة للمخالفة القضائية وهي:-

(١) القانون منشور في الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٠ في ١٨/٣/٢٠٠١.

(٢) H.regoli, institutions judiciaires.le ed. 1999. No337.p.156.

١. إن المخالفة القضائية لا ترتكب إلا من قبل القاضي، أي الشخص الطبيعي الذي يمارس وظيفة القضاء.
٢. إن المخالفات القضائية غير محددة على سبيل الحصر، فهي تتشابه مع الجرائم التأديبية التي يرتكبها الموظف العام، وتختلف عن الجرائم الجنائية المحددة على سبيل الحصر، بيد أن هذا الأمر لا يعني أن المخالفات القضائية والجرائم التأديبية غير خاضعة لمبدأ المشروعية، بل أن هذا المبدأ يكون له مفهومه الخاص في المجال التأديبي^(١).
٣. من الممكن أن يتعرض القاضي للمساءلة الجنائية بالإضافة إلى المسؤولية المترتبة عن المخالفة القضائية، فالمسؤولية في الحالتين مستقلتين عن بعضهما البعض، ويخضع لهما القاضي في حالة توافر شروطهما، كما لا يعتبر فرض عقوبتين عن المسؤوليتين تعدداً في العقاب عن ذات الفعل.
٤. إن المسؤولية عن المخالفة القضائية تترتب على القاضي في حالة ارتكابه لأي فعل مخالف للقانون أو ترى سلطة التأديب القضائي أنه كذلك، وبهذا تختلف المخالفة القضائية عن الجريمة الجنائية.

(١) محمد جودت الملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، القاهرة، رسالة دكتوراه، ١٩٦٧،

المبحث الثالث

إجراءات تأديب القضاة

تنص القوانين المنظمة للسلوك القضائي عادة على الإجراءات المتبعة بشأن تأديب القضاة، كما في رفع الشكوى أو الدعوى، والتحقيق فيها، ثم مرحلة المرافعة أو المحاكمة، وإنهاء هذه الإجراءات بأي شكل من الأشكال، سواء بفرض العقاب المناسب أو حفظ الدعوى.

ففي قانون استقلال القضاء الأردني لسنة ٢٠٠١ المعدل، تقام الدعوى التأديبية من قبل النائب العام بناء على طلب رئيس المجلس القضائي الذي يستند في طلبه هذا على قرار من المجلس بإقامة الدعوى^(١). وترفع الدعوى التأديبية ضد القاضي بلائحة تتضمن التهم، إلى المجلس التأديبي^(٢).

ويمكن للمجلس القضائي أن يقرر وفي أي وقت من التحقيق أن يكف يد القاضي (سحب اليد)، من تلقاء نفسه، ويقرر عدم مزاولته لأعمال وظيفته القضائية، كما يجوز أن يقرر ذلك بناء على طلب الوزير أو النائب العام، وللمجلس القضائي أن يقرر وقف صرف ما لا يزيد عن نصف راتب القاضي وعلاواته، وله إعادة النظر بأي وقت بقرار كف اليد أو وقف صرف الراتب، وفي حالة ثبوت براءة القاضي، يتم استرجاع ما استقطع من رواتبه وعلاواته^(٣).

وللمجلس التأديبي أن يمارس ما يراه ضرورياً من إجراءات التحقيق، وله أن ينتدب أحد أعضائه للقيام بذلك، وفي هذا المجال له سلطة وصلاحيات المحاكم من دعوة الشهود وسماع أقوالهم وطلب أي وثائق أو بيانات تساعد في عمله، وفي حالة وجود ما يشتبه في ارتكابه من قبل القاضي المتهم كلفه بالحضور للمحاكمة، على أن لا تقل المدة بين تكليف القاضي بالحضور، وموعد المحاكمة، عن سبعة أيام،

(١) أنظر المادة (٣٢) من القانون.

(٢) ويتألف المجلس التأديبي من ثلاث على الأقل من قضاة المجلس القضائي، يعينون من قبله ويسمى من بينهم رئيساً ويجوز للمجلس القضائي أن يشكل أكثر من مجلس تأديبي واحد، ويصدر هذا الأخير قراراته بالإجماع أو بالأكثرية (أنظر المادة ١/٣١ و ب من القانون).

(٣) أنظر المادة (٣٠) من القانون.

وينبغي أن يتضمن أمر الحضور على بيان كاف موضوع الشكوى وأدلة الاتهام، وفي حالة إقرار السير بالدعوى فإن للمجلس التأديبي أن يمارس صلاحية المجلس القضائي المنصوص عليها في المادة (٣٠) من القانون بشأن كف يد القاضي عن ممارسة وظيفته القضائية لحين انتهاء المحاكمة، وإذا ظهر للمجلس التأديبي أن المخالفة التي اتهم بها القاضي تتطوي على جريمة جنائية، فينبغي عليه وقف إجراءات التأديب وإحالة القاضي مع محضر التحقيق والأوراق والمستندات الثبوتية إلى المدعي العام المختص أو إلى المحكمة المختصة لاتخاذ الإجراءات القانونية بحقه، وعندها ينبغي وقف الإجراءات التأديبية كافة لحين ظهور نتيجة المحاكمة الجنائية، كما لا يؤثر القرار الصادر في المحاكم الجنائية في تبرئة القاضي أو عدم مسؤوليته، في اتخاذ الإجراءات التأديبية المناسبة بحقه^(١).

هذا وتكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية، وللقاضي أن يمثل نفسه، أو ينيب أحد المحامين عنه، وإذا ما كلفه المجلس التأديبي بالحضور ولم يأتي يمكن إجراء المحاكمة غيابياً^(٢)، وأخيراً تنتهي الدعوى الجنائية بصور القرار بحق القاضي المتهم، شرط أن يكون الحكم الصادر مشتملاً على الأسباب التي استند عليها، وأن تتلى هذه الأسباب عند النطق بالحكم، ويكون القرار خاضعاً للطعن فيه أمام محكمة العدل العليا^(٣).

كما تنتهي الشكوى التأديبية باستقالة القاضي وقبولها من قبل المجلس القضائي، أو بإحالته على التقاعد، بدون أن يكون لذلك تأثير على الدعوى الجنائية أو المدنية المتعلقة بعين الواقعة^(٤).

إن ما يؤخذ على الإجراءات المذكورة آنفاً، هو أن المجلس التأديبي يتألف من ثلاثة أعضاء أو أكثر، حسب نص القانون، وبذلك فإنه أجاز أن يكون عدد الأعضاء زوجياً، فيصبح التساوي في الأصوات أمراً محتمل الوقوع، فيمسي من

(١) أنظر المادة (٣٣) من القانون.

(٢) أنظر المادة (٣٥) من القانون.

(٣) أنظر المادة (٣٦) من القانون.

(٤) أنظر المادة (٣٤) من القانون.

الصعوبة بمكان اتخاذ القرار بالأغلبية، لاسيما وأن القانون لم ينص على ترجيح كفة الجهة التي يصوت فيها رئيس المجلس التأديبي.

من جانب آخر، فإن القانون المذكور نص على وقف إجراءات التأديب لحين البت في الدعوى الجنائية، ولا نرى ضرورة لذلك لأن الدعويين تسيران بشكل مستقل، ولا تؤثر إحداها على الأخرى، وهذا ما أكدته القانون نفسه بقوله، أن نتيجة الحكم ببراءة القاضي أو عدم مسؤوليته لا تؤثر في اتخاذ الإجراءات التأديبية بحقه.

وفي العراق نص قانون التنظيم القضائي على الإجراءات المتبعة بصدد تأديب القضاة، بيد أن هذه الإجراءات طرأت عليها تعديلات جوهرية بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣٥)(١).

وبموجب قانون التنظيم القضائي كانت الشكوى على سلوك القاضي تقام بناءً على قرار من وزير العدل، وأمام لجنة شؤون القضاة المشكلة بموجب قانون وزارة العدل الملغى^(٢). إذ يرفع الوزير قراره إلى اللجنة بتضمين الوقائع المسندة إلى القاضي والأدلة التي تثبتها، ويتم إبلاغ كل من القاضي والإدعاء العام^(٣). وتقوم لجنة شؤون القضاة بتحديد موعد للنظر في الدعوى، وتبلغ كل من وزير العدل ورئاسة الإدعاء العام والقاضي بهذا الموعد وعند إجراء المحاكمة تطبق اللجنة في إجراءاتها القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتكون

(١) منشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٨٠ مجلد ٤٤ في ١٨/٩/٢٠٠٣.

(٢) نصت المادة الرابعة من قانون وزارة العدل رقم ١٠١ لسنة ١٩٧٧ الملغى على أن (يتولى مجلس العدل الاختصاصات الآتية: أولاً:، ثالثاً: تشكيل لجنة باسم لجنة شؤون القضاة تتألف من ثلاث أعضاء يختارهم المجلس من بين القضاة من أعضائه في بداية كل سنة، للنظر في الأمور الانضباطية للقضاة ويكون قرار اللجنة قابلاً للطعن فيه لدى الهيئة الموسعة في محكمة التمييز من قبل وزير العدل، ومن قبل القاضي الذي صدر القرار ضده خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به وقرارها في هذا الشأن نهائياً). علماً أن قانون وزارة العدل رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٥ لم يشر إلى مثل هذا النص بالنظر إلى التوجه القانوني الجديد الداعي إلى استقلال القضاء.

(٣) أنظر المادة (٦٠) / أولاً من القانون.

المحاكمة سرية ويفهم القرار علناً. وعند إجراء المحاكمة يحضر كل من ممثل وزير العدل ورئيس الإدعاء العام أو من ينوبه من المدعين العامين، كما ينبغي حضور القاضي بنفسه وله توكيل محامي معه، وللجنة إجراء كل ما تراه مناسباً من تحقيقات وغيرها في سبيل إتمام عملها، وبعد إكمال التحقيقات اللازمة وسماع أقوال ممثل وزير العدل والإدعاء العام ودفاع القاضي، تصدر اللجنة قراراً للفصل في الدعوى، ويبلغ قرارها إلى وزير العدل ورئيس الإدعاء العام والقاضي المتهم^(١).

هذا ويمكن للجنة شؤون القضاة أثناء النظر في الدعوى أن تحيل القاضي إلى المحكمة المختصة، إذا ما رأت أن الفعل المتهم به قد يشكل جنائية أو جنحة، وترسل لهذه المحكمة الأوراق التحقيقية كافة، ويتم سحب يد القاضي من قبل وزير العدل، حسب ما نص عليه قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام^(٢).

بيد أن لجنة شؤون القضاة غير ملزمة بانتظار نتيجة المحاكمة الجنائية، فلها أن تقرر وقف الإجراءات من عدمه دون إلزام، كما أن قرار المحكمة المختصة ببراءة القاضي أو الإفراج عنه أو إنهاء الدعوى بأي طريقة لا يعني انتهاء عمل لجنة شؤون القضاة، بل عليها الاستمرار في نظر الدعوى وفي مسار خاص بها وفق ما تحتاجه الدعوى الانضباطية^(٣).

إن ما يؤخذ على هذه الإجراءات هو التدخل غير المبرر للسلطة التنفيذية بعمل السلطة القضائية، فعلى الرغم من كوننا لا نعارض الدور التنظيمي لوزارة العدل في شؤون القضاة، إلا أن مسألة منح وزير العدل سلطة إقامة الدعوة في مسألة تأديب القضاة، وبشكل مطلق، يعرض القضاء إلى مخاطر التدخل الحكومي، فبإمكان الحكومة حماية مناصريها مثلاً من القضاة بعدم إقامة الدعوى ضدهم.

وفي نطاق التعديل الذي حصل بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣٥) حيث تم تجاوز التدخلات السابقة إلى جانب ظهور سلبيات أخرى نعتقد بوجودها.

(١) أنظر المادة (٦٠) / ثانياً من القانون.

(٢) أنظر المادة (٦٠) / أولاً من قانون التنظيم القضائي.

(٣) أنظر المادة (٦٠) / ثانياً من قانون التنظيم القضائي.

فاستناداً إلى الأمر المذكور أصبحت سلطة إقامة الدعاوى والتحقيق حول الإدعاءات المنسوبة إلى القضاة من صلاحية مجلس القضاء^(١). إذ يقوم المجلس (بتعيين) أعضاء لجنة التأديب والمعايير المهنية المتكونة من ثلاث على الأقل من أعضاء المجلس، وتمارس هذه اللجنة مهمة التحقيق في الاتهامات الموجهة إلى القضاة وأعضاء الإِدعاء العام، وتتخذ القرارات المناسبة بشأنها^(٢).

إن الملاحظات على النصوص المذكورة عديدة، فبداية نجد أن الأمر رقم ٣٥ علق العمل ببند قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ والمتعارضة مع الأمر المذكور^(٣).

وفي نطاق بحثنا نشير إلى أن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة لم يعالج موضوع تأديب القضاة بشكل كامل، واعتبرت النصوص التي جاءت بهذا الشيء الكثير من النقص وعدم الوضوح.

فمثلاً نص الأمر على تشكيل لجنة التأديب والمعايير المهنية من ثلاث أعضاء على الأقل من مجلس القضاة وبذلك من الممكن أن يكون عدد أعضاء اللجنة زوجياً (حسب النص) وبالتالي إذا ما تساوت الأصوات بشأن مسألة خلافية لا يمكن والحالة هذه الخروج بنتيجة عند التصويت، لاسيما والأمر لم يحدد كيفية اختيار رئيس اللجنة وحتى لو اختير لم ينص على ترجيح الكفة التي يصوت لجانبها الرئيس.

وفي فرنسا يمارس المجلس الأعلى للقضاء مهمة تأديب القضاة، إذ يقوم المجلس بإحالة أوراق القاضي لوزير العدل الذي يحدد الجهة التي تقوم بعملية التحقيق، كما في إحالة التحقيق لإدارة التفتيش القضائي^(٤)، ولوزير العدل اقتراح منع القاضي من ممارسة وظيفته القضائية لحين البت في إجراءات التأديب ويكون ذلك

(١) أنظر (القسم ١/٣/ب) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة.

(٢) أنظر (القسم ١/٥) من الأمر.

(٣) أنظر (القسم ١/٦) من الأمر.

(٤) المادة رقم (٢/٢٠٥) من القانون رقم ٥٨/١٢٧٠ لسنة ١٩٥٨ المعدلة بالقانون رقم (٥٣٩) لسنة ٢٠٠١.

من صلاحية المجلس الأعلى للقضاء بيد أن هذا المنع لا يشمل حرمان القاضي من الراتب، كما أن تحريك الإجراءات التأديبية يتم من قبل وزير العدل الذي يخطر المجلس الأعلى للقضاء، أو من قبل رئيس محكمة الاستئناف أو رئيس المحكمة العليا للاستئناف بإخطار المجلس المذكور، وعند استدعاء القاضي أمام مجلس التأديب فله الحق ولو كيله إن وجد، الإطلاع على ملف القضية ونص القانون الفرنسي أيضاً على أن جلسات مجلس التأديب علنية، ولكن إذا اقتضت حماية النظام العام أو الحياة الخاصة أو إذا وجدت ظروف خاصة، يمكن للمجلس من تلقاء نفسه أن يجعلها سرية بمنع الجمهور من الدخول إلى قاعة الجلسة، وحسب الحاجة، وبعدها تتعقد الجلسة بحضور جميع أعضاء مجلس التأديب وحضور مدير إدارة التفتيش القضائي. ويتم البدء بالمرافعة أو المحاكمة، بسرد الوقائع ودفاع القاضي المتهم أو وكيله، وعند الانتهاء من المرافعة، يجتمع أعضاء المجلس للمداولة في الدعوى والحكم فيها، ويجب أن تكون المداولة سرية وتقتصر على أعضاء المجلس فقط، وبعدها يتم إصدار القرار في جلسة علنية ويجب أن يكون مسبباً^(١).

هذا والملاحظ أن القانون الفرنسي اختلف عن بقية القوانين بكونه جعل جلسات المحاكمة علنية، في حين جعلت هذه المحاكمة سرية في قوانين العراق ومصر والأردن، والغاية من جعل الجلسات المذكورة سرية، هي أن القاضي يتولى وظيفة في غاية الأهمية والخطورة، والإدعاء بوجود خطر في من يمارسها، يستلزم الحيطة والحذر والدقة، وبعيداً عن العلانية التي قد تشكل إهداراً لشخص القاضي أو القضاء.

أما في فرنسا فإن المشرع قرر علنية الجلسات في عام ٢٠٠١ بعد أن رأى أهمية الإعلان عن العقوبات القضائية المفروضة على القاضي. لاسيما وأن البعض نادى بضرورة معاقبة القضاة بما يرتكبونه من أخطاء بشكل علني، في مواجهة الضمانات التي يتمتعون بها^(٢).

المبحث الرابع

(١) أنظر القانون الفرنسي رقم ١٢٧٠ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٥٣٩ لسنة ٢٠٠١.

(٢) <http://www.senat.fr/le/le131/le1310.html>.

العقوبات التي تفرض على القضاة والطعن بها

قبل الدخول في تعداد العقوبات التي قد تفرض على القاضي المرتكب للمخالفة القضائية، لابد لنا من التعريف بهذه العقوبة والتمحيص في مزاياها وعناصرها. والقوانين عادة لا تعير اهتماماً للتعاريف، وهذا هو ديدنها، وفيما يتعلق بعقوبة المخالفة القضائية، فإن القوانين المنظمة لسلك القضاء في كل من العراق والأردن والإمارات وغيرها، اكتفت بوضع قائمة من العقوبات التي يمكن فرضها على القاضي.

ويمكن تعريف العقوبة المفروضة على القاضي المرتكب للمخالفة القضائية بأنها الجزاء المادي أو المعنوي الذي يفرض على القاضي لارتكابه ما يخالف واجبات وظيفته أو يخرج عن أصول أو قواعد سلك القضاء. وعلى ذلك فإن من مزايا هذه العقوبة:-

١. إنها جزاء معنوي أو مادي، ويقصد بذلك أن العقوبة المفروضة قد تسعى إلى ردع القاضي وإيلائه معنوياً والمساس بسمعته لغرض تنبيهه إلى سلوكه الخاطئ وتوجيهه لإتباع السلوك القويم، أما العقوبة ذات الأثر المادي فإنها تؤدي إلى المساس بعناصر ومزايا وظيفة القضاء وأحياناً الحرمان منها.
٢. إن هذه العقوبة طائفية، بمعنى أنها تفرض على طائفة معينة من الموظفين وهم القضاة، وبذلك لابد وأن تمتاز بخصائص معينة تختلف عن غيرها من العقوبات التأديبية وذلك للمكانة الخاصة التي يتمتع بها أعضاء وعناصر السلك القضائي.
٣. إنها مرنة بمعنى عدم ربط كل عقوبة بمخالفة محددة بالذات، بل بالإمكان فرض العقاب المحدد على الجريمة أو الفعل أو المخالفة القضائية التي تراها سلطة التأديب مناسبة لها. وفي قانون استقلال القضاء الأردني لسنة ٢٠٠١ المعدل، نجد أن المادة ٣٨ منه حصرت العقوبات التي يمكن فرضها على القاضي المخالف وهي حسب الشدة (أ- التنبيه، ب- الإنذار، ج- الحسم من الراتب، د- تنزيل الدرجة، هـ- الاستغناء عن الخدمة، و- العزل).

والملاحظ على هذه العقوبات أنها وردت على سبيل الحصر، فلا يمكن أن تفرض عقوبة غير واردة في القائمة المذكورة، ولكن يؤخذ عليها أنها وردت بشكل يكتنفه الغموض، فلم يبين القانون الآثار المادية أو المعنوية أو كلاهما لكل عقوبة من هذه العقوبات.

أما في قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣ فقد نصت المادة (٣١) منه على أن (العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على القضاة هي اللوم والعزل).

ونعتقد أن التحديد بهاتين العقوبتين غير منطقي وغير عملي، فبداية لم يحدد القانون أثر مادي لعقوبة اللوم مما يرجح كونها عقوبة معنوية لا تتضمن أي أثر مادي، وبالتالي فإن فرضها يكون بصدد المخالفات البسيطة، أما عقوبة العزل فإنها تفرض على المخالفات ذات الطابع الجسيم، وعليه فإن المخالفات القضائية التي تتراوح في شدتها بين البسيطة والجسيمة لا يمكن فرض عقوبة مناسبة لها، وهنا تضطر سلطة التأديب إلى اختيار إحدى العقوبتين المذكورتين أعلاه، لمخالفة تستوجب أشد أو أيسر من العقوبة المفروضة، وهنا تتعرض مصداقية وعدالة سلطة التأديب للاهتزاز وعدم الاتزان، بالإضافة إلى إمكانية ضياع هدف العقوبة في هذا الشأن.

وفي العراق فإن قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، نص على العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها على القاضي المخالف، وهي عقوبات محددة على سبيل الحصر، كما أنها قد تكون ذات أثر معنوي أو ذات مادي.

فقد نصت المادة (٥٧/أولاً) من القانون على أن لوزير العدل أن ينبه القاضي إلى الأخطاء القانونية والإدارية التي يرتكبها وإلى كل ما يرتكبه من مخالفات لواجبات وظيفته، كما نصت الفقرة (ثانياً) على أن لرئيس محكمة التمييز ورئيس الاستئناف أن ينبه القاضي إلى الأخطاء القانونية التي تظهر أثناء التدقيقات التمييزية، كما لرئيس محكمة الاستئناف أن ينبه القاضي في منطقتة إلى ما يقع منه من مخالفات أو انتهاكات لواجباته الوظيفية (الفقرة ثالثاً). وأخيراً نصت الفقرة (رابعاً)

من نفس المادة على أن يكون التنبيه بكتاب يوجه إلى القاضي وترسل نسخة منه إلى وزارة العدل ومجلس العدل وتودع أخرى في إضارته الشخصية.

وعلى الرغم من أن القانون لم يسم هذه الإجراءات بالعقاب، إلا أننا نجد أنها تعتبر عقوبات معنوية لا أثر مادي لها، وما يؤخذ عليها هو التدخل غير المبرر لوزير العدل في شؤون القضاة، حيث بإمكانه توجيه التنبيه للقاضي المخالف.

أما بالنسبة للمادة (٥٨) من القانون فقد نصت على العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها من قبل لجنة شؤون القضاة على القاضي المرتكب للمخالفة القضائية، وهي الإنذار وتأخير الترفيع أو العلاوة أو كليهما وأخيراً إنهاء الخدمة، والعقوبات المذكورة نص عليها القانون على سبيل الحصر، فلا ينبغي فرض عقوبات غير واردة في هذه القائمة مما يعني أن قانون التنظيم القضائي كرس مبدأ شرعية العقوبة بمعناه الجنائي في هذه الشأن. والأكثر من ذلك وبسبب خطورة وجسامة عقوبة إنهاء الخدمة، نجد القانون قد حدد الحالات التي يمكن أن تؤدي إلى فرض هذه العقوبة وهي:-

١- إذا صدر على القاضي حكم بات بعقوبة من محكمة مختصة عن فعل لا يأتلف وشرف الوظيفة القضائية.

٢- إذا ثبت عن محاكمة تجريها اللجنة عدم أهلية القاضي للاستمرار في الخدمة القضائية^(١).

من جانب آخر نجد أن العقوبات الواردة في المادة ٥٨ من قانون التنظيم القضائي تعتبر عقوبات مادية ذلك أن القانون رتب آثار مادية تمس مزايا الوظيفة القضائية وأحياناً تهيبها. وبذلك فإن قانون التنظيم القضائي حدد العقوبات الانضباطية التي يمكن فرضها على القاضي المرتكب للمخالفة القضائية بشكل صريح ومقنن وعلى سبيل الحصر، وجعلها تنطوي على آثار مادية ومعنوية مما يسمح بإيقاع العقاب الملائم للمخالفة المرتكبة بعيداً عن التفريط والإفراط.

أما بالنسبة لأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٣٥، فقد جاء بحكم يتصف بالغموض والنقص، فقد ورد فيه وبما يتعلق بواجبات مجلس القضاء بأن له اتخاذ

(١) أنظر المادة (٥٨/ثالثاً) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

الإجراءات التأديبية والإدارية المناسبة بحق القضاة ويشمل ذلك (على سبيل المثال لا الحصر) تحية القاضي أو الإدعاء العام عن منصبه، وفي موقع آخر (تحية القضاة أو المدعين العامين عن مناصبهم)^(١).

وبذلك فإن هذا الأمر أهدر مبدأ شرعية العقوبة الانضباطية من جهة، كما أنه لم يبين الآثار المادية المترتبة على التحية، لاسيما وأنه علق العمل ببنود قانون التنظيم القضائي المعارضة لنصوصه، عليه نعتقد أنه من الأفضل وبالنسبة للإجراءات والعقوبات أن يتم إلغاء نصوص الأمر رقم ٣٥ المتعلقة بهذا الشأن، وإعادة العمل بقانون التنظيم القضائي. وفي فرنسا نص القانون رقم ١٢٧٠ لسنة ١٩٥٨ في المادة ٤٥ منه على العقوبات التأديبية التي يمكن فرضها على القاضي، وقد حددها على سبيل الحصر، من دون أن يربط بين العقوبة والمخالفة، وتدرج العقوبات من اللوم، والنقل التلقائي داخل الهيئة القضائية، وسحب بعض الاختصاصات وتخفيض الدرجة الوظيفية، والتجريد من الرتبة الوظيفية ثم العزل مع الحرمان من الحق في الراتب، كما نص القانون على عدم جواز تعدد العقاب على نفس الفعل باستثناء عقوبة سحب بعض الاختصاصات، وتخفيض الدرجة الوظيفية، والتجريد من الرتبة الوظيفية، إذ يمكن الجمع بينها وبين عقوبة النقل التلقائي داخل الهيئة القضائية^(٢).

أما بالنسبة لعملية الطعن بالعقوبات الانضباطية أو التأديبية المفروضة على القاضي، فإن القوانين تنص عادةً على الجهة التي يتم الطعن أمامها بالقرارات الصادرة بشأن المخالفات القضائية.

ففي قانون استقلال القضاء الأردني لسنة ٢٠٠١، نصت المادة (٣٦) منه على أن يكون الحكم الصادر في الدعوى التأديبية خاضعاً للطعن أمام محكمة العدل العليا، علماً أن الأحكام التي تصدرها هذه المحكمة هي أحكام نهائية لا مطعن فيها. وفي قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي لسنة ١٩٧٣ المعدل، نجد أنه لم ينص على إمكانية الطعن في العقوبات التأديبية التي تفرض على القاضي وإنما يتم

(١) أنظر القسم (٣/ب) والقسم (١/٥) من الأمر رقم ٣٥.

(٢) Du loi organique no 58 – 1270 du 22 dec 1958.

تنفيذها بعد إقرار مجلس الوزراء وتصديق المجلس الأعلى مباشرة في حالة عقوبة العزل، أما عقوبة اللوم فتودع في ملف القاضي مباشرة^(١)، ونعتقد أن ذلك مخالف لمبدأ حق التقاضي المقدس.

أما في العراق فقد نص قانون التنظيم القضائي في المادة (٦٢) منه على أن لكل من وزير العدل ورئيس الإدعاء العام والقاضي المعاقب حق الطعن أمام الهيئة الموسعة في محكمة التمييز بقرار فرض العقوبة الانضباطية الصادر من لجنة شؤون القضاة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به، وللهيئة الموسعة إذا دعت الحاجة، أن تدعو ممثل وزير العدل وممثل رئيس الإدعاء العام والقاضي لاستماع إلى أقوالهم، وبعد ذلك تصدر قرارها، أما بتصديق قرار اللجنة أو إلغائه أو تعديله، ويكون قرارها نهائياً لا مطعن فيه.

وما يؤخذ على هذه النصوص أنها حصرت إمكانية الطعن في العقوبات الانضباطية ذات الأثر المادي، ولم تنص على إمكانية الطعن بالعقوبات المعنوية، وهذا مساس بمبدأ حق التقاضي المكفول.

رغم ذلك فإن قانون التنظيم القضائي نظم عملية الطعن وحدد الأشخاص الذين يحق لهم الطعن بحيث سلك مسلكاً حقق فيه الكثير من التنظيم والوضوح والرصانة في ضمان حق التقاضي.

أما بالنسبة إلى أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣٥)، فقد نص في القسم (٢/٥) على أن يجوز لأي قاض أو مدع عام الطعن في قرار فرض العقوبة الصادر بحقه من قبل لجنة التأديب والمعايير المهنية، خلال مدة ثلاثية يوماً من تاريخ صدور قرار اللجنة، أمام مجلس القضاء، ويكون قرار المجلس الصادر بهذا الشأن نهائياً لا مطعن فيه.

ويؤخذ على هذا الحكم أنه لم ينظم عملية الطعن بنفس الوضوح والدقة والتفصيل الذي جاء به قانون التنظيم القضائي، كما أنه حصر إمكانية الطعن بقرارات فرض العقوبات التأديبية بالقاضي أو المدعي العام المعاقب أو رئيس

(١) أنظر المادة ٣٢ من القانون.

الإدعاء العام فقط^(١)، ولم يمكن غيرهما من المشتكين مثلاً أو أصحاب قرار إحالتهم إلى لجنة التأديب، من الطعن بمثل هذه القرارات في حالة مخالفتها للقانون، كما أن النص المذكور حدد مدة الطعن بالقرار بحيث تبدأ من تاريخ صدوره وليس من تاريخ التبليغ به، وهذا يشكل إخلالاً كبيراً بأهم الإجراءات المستقرة للطعن في القرارات عموماً.

إن ما ندعو إليه في هذا الشأن هو العودة إلى قانون التنظيم القضائي بإجراءاته وشكلياته وعقوباته، بعد تغيير النصوص والصلاحيات حسب ما يلائم المرحلة الحالية والتوجه الجديد في الدولة القائم على استقلال السلطة القضائية السلطة التنفيذية.

وفي فرنسا فإن التعديل الذي حصل بالقانون رقم ٥٣٩ لسنة ٢٠٠١ أجاز الطعن بقرارات مجلس التأديب أمام مجلس الدولة الفرنسي، بحيث يكون المجلس بمثابة محكمة نقض لمراقبة مدى مشروعية قرارات مجلس التأديب^(٢).

المبحث الخامس

ضمانات استقلال القضاء في مواجهة تأديب القضاة

يعد القضاء السلطة الثالثة في أنظمة الحكم الحديثة، وتقرر الدساتير والقوانين استقلاله عن السلطتين التشريعية والتنفيذية لاعتبارات عديدة في مقدمتها أنه يسعى إلى إقرار الحق وإرساء العدل والنظام^(٣).

ويستند مبدأ استقلال القضاء على فكرة أنه لكي تتحقق المساواة ونضمن تطبيق العدل في القضاء، لا بد وأن يتمتع القاضي بالاستقلال التام والحرية المطلقة والإرادة الصحيحة التي تؤهله لاتخاذ القرار الصائب عند ممارسة وظيفته القضائية، ويكون

(١) علماً أن الأمر المذكور قد نص على العديد من الأخطاء والتسميات غير الموجودة في القوانين العراقية وربما السبب في الترجمة الحرفية غير القانونية، كما في تسمية رئيس الإدعاء العام بالمدير العام لمكتب النيابة العامة.

(٢) أنظر: د. أسامة أحمد شوقي، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(٣) القانوني، مدونات بن محرز في القانون والقضاء، ٢٢/٤/٢٠٠٦، مأخوذ من شبكة

الانترنت، الموقع <http://www.acijlp.org>

ذلك مستنداً إلى ضمير القاضي وقناعته بالأدلة وإدراكه بالحقائق وفق ما يقرره القانون، بعيداً عن التأثيرات الخارجية الترغيبية أو الترهيبية^(١).

كما يمتاز القضاء بخصوصية معينة لا نجدها في بقية السلطات في الدولة، إذ يمارس دوره في تحقيق الاستقرار الاجتماعي عن طريق فض المنازعات بين الأطراف المتصارعة أو المتعارضة في المجتمع ويعمل على إعادة الحق إلى أصحابه، وحماية الحقوق والحريات الفردية والعامة، ويسعى إلى تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه.

ولهذه الاعتبارات وغيرها وجب أن يكون للقضاء مركزاً خاصاً به يميزه عن غيره من المراكز والسلطات بالشكل الذي يدعم توجهه في تحقيق أهدافه بدون تدخل من أي سلطة أو جهة ومن دون الشعور بالخوف أو التردد، بحيث يمسي القاضي سلطة مستقلة استقلالاً حقيقياً لا تأخذها في الحق لومة لائم^(٢).

هذا وقد أقر المجتمع الدولي مبدأ استقلال القضاء في مؤتمر الأمم المتحدة السابع الذي عقد في ميلان عام ١٩٨٥، ووافقت عليه الجمعية العامة في نفس السنة وطلبت من الدول تضمين دساتيرها مبدأ استقلال القضاء ووجوب التزام السلطات والجهات كافة بهذا الاستقلال^(٣)، كما إن المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نصت على أن (لكل شخص الحق المتساوي في أن تستمع محكمة مستقلة محايدة إلى دفاعه....).

كذلك نجد أن الدساتير تنص عادةً على مبدأ استقلال القضاء، كما إن القوانين المنظمة لسلك القضاء تكاد لا تخلو من إقرار هذا النص، ففي الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥ نصت المادة ٨٧ منه على أن (السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون)، كما نصت المادة ٨٨ (القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز

(١) د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٨، ص ٣٠.

(٢) د. محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، ص ٥٧.

(٣) القاضي مدحت المحمود، القضاء في العراق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، ص ٣٠-٣١.

لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة)، كما نصت المادة ٢ من قانون التنظيم القضائي على أن (القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون)، كما نص قانون استقلال القضاء الأردني لسنة ٢٠٠١ في المادة ٣ منه على أن (القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون).

كذلك نصت المادة ١٦٥ من الدستور المصري على أن (السلطة القضائية مستقلة، ونصت المادة ١٦٦ منه على أن (القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون)، كما نصت المادة ٦٤ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على أن رئيس الجمهورية هو الحارس لاستقلال السلطة القضائية، ويساعده في ذلك المجلس الأعلى للقضاء، كما نصت المادة ١٠٤ من الدستور الإيطالي الحالي على مبدأ استقلال القضاء.

وتبرز أهمية موضوع مبدأ استقلال القضاء في مواجهة تأديب القضاة من خلال البحث في كيفية تحقيق التوازن بين ضمان حسن سير عملية القضاء وتنظيم العملية القضائية بالشكل الذي يحقق المصلحة العامة، وهذا يتم في جانب كبير منه عن طريق وضع نظام تأديبي يضمن تحقيق أهداف القضاء، ومن جانب آخر بين المحافظة على مبدأ استقلال القضاء بحيث يمنع تدخل السلطات في عمله وضمن الجو الملائم للقاضي لممارسة وظيفته بعيداً عن الخوف والتردد.

ومن خلال النظر إلى الضمانات التي تكفل استقلال القضاء نجد معظمها يدور حول فكرة التأديب، وكيفية ضمان بقاء القاضي في منصبه أو عدم تعرضه لأية إشكالات نتيجة لقراراته التي يفرضها في القضايا المعروضة أمامه.

هذا وأن من أهم ضمانات استقلال القضاء ما يأتي:

١- عدم قابلية القضاة للعزل:

إذ تنص القوانين عادة على عدم جواز عزل القاضي أو فصله أو إبعاده عن وظيفته القضائية أو وقفه عن العمل أو إحالته إلى التقاعد قبل بلوغه السن القانونية، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون.

وهذه الضمانة تعتبر بمثابة العמוד الفقري لمبدأ استقلال القضاء، إذ من خلالها يمكن للقاضي إحقاق الحق من دون تردد، ولذلك نجد الدساتير والقوانين تنص

عليها، كما في الدستور المصري لسنة ١٩٧١، حيث نص في المادة ١٦٨ منه على أن (القضاة غير قابلين للعزل)، كما نصت المادة ٩٧ من الدستور العراقي الدائم على أن (القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون...).

كما أقرت أغلب الدول الغربية مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، وعدم جواز إنزال رتبة القاضي أو نقله، دون موافقته أو موافقة السلطة القضائية، إذ أن هذه الإجراءات تكون بيد القضاء نفسه لا الحكومة^(١)، كما نص على ذلك الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ في المادة ٦٤/٤ منه.

والحالات التي يجوز فيها استبعاد القاضي من وظيفته ينبغي أن تكون محددة على سبيل الحصر^(٢)، فلا يجوز ترك القاضي في موقف لا يحسد عليه، بحيث يتخوف أثناء ممارسة عمله من استبعاده لسبب لم يفكر فيه، بينما إذا كانت الحالات المذكورة محددة وبالشكل الذي يضمن استقلال القاضي وحماية وظيفة القضاء، فعندها نكون إزاء تطبيق حقيقي لمبدأ الاستقلال.

ففي مصر حدد القانون الحالات التي يجوز فيها عزل القاضي، كما في عزله تأديبياً طبقاً للمادة ١٠٨ من قانون السلطة القضائية، أو لأسباب صحية تمنعه من مزاولة وظيفته قبل بلوغ سن المعاش (التقاعد)، أو إذا ظهر في أي وقت أن القاضي فقد أسباب الصلاحية لولاية القضاء^(٣).

ورغم ذلك نعتقد أن أسباب العزل ينبغي أن تكون أكثر تحديداً ووضوحاً، فمثلاً في حالة العزل تأديبياً يجب أن يتم تحديد حالات العزل التأديبي بشكل واضح وصريح وعلى سبيل الحصر، وإلا سيكون هذا السبب قابلاً للتوسع فيه، ويصبح

(١) موريس جوفرجيه - المؤسسات السياسية والقانون الدستوري / الأنظمة السياسية الكبرى - ترجمة د. جورج سعد - الطبعة الأولى - ١٩٩٢ - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ص ١٥٠.

(٢) د. ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٧ - ص ٣٥٩.

(٣) القانوني - مدونات - الموقع الإلكتروني السابق - ص ١.

من الممكن التعرض للقاضي وعزله لغير الأسباب الصحيحة المبتغاة من وراء عملية العزل.

وفي العراق نجد أن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم ٣٥ جاء بخلاف ما قيل أعلاه، وفسح المجال - لاسيما في التأديب - لنتحية القاضي من غير أن يحدد أسباب التتحية وحالاتها، وهذا التوجه يعد إخلالاً بينا بمبدأ عدم قابلية القضاة للعزل، وبالتالي انتهاكاً لمبدأ استقلال القضاء.

أما في قانون التنظيم القضائي، فإن المشرع حدد وإن نسبياً، الحالات التي يجوز فيها إنهاء خدمة القاضي^(١).

٢- عدم خضوع القاضي في مسائل الترقية والنقل والانتداب والتقاعد إلى أي سلطة أخرى، إذ ينبغي وضع قواعد ونصوص صريحة وواضحة ومحددة بشأن تنظيم الأمور المذكورة، وجعلها بيد جهة قضائية عليا مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية^(٢). والغرض من هذا كله هو حماية القاضي من تأثيرات الآخرين، بنقله وقتما يشاؤون وحيثما يشاؤون، أو استمالاته بما لديهم من سلطات عليه، فيمسي ضعيف الإرادة ومتردد في اتخاذ القرارات الصائبة^(٣).

وفي العراق نجد أن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة حقق الكثير من الاعتبارات والمزايا للقاضي في هذا الشأن، وعمل على إقرار مبدأ استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وفي مصر يرى جانب من الفقه بأن القاضي يتعرض إلى الكثير من التدخل من جانب السلطة التنفيذية، فبموجب المادة ٩٨ من قانون السلطة القضائية يجوز لوزير العدل نقل القاضي إلى وظيفة أخرى غير قضائية إذا ظهر أنه فقد أسباب الصلاحية لولاية القضاء لغير الأسباب الصحية^(٤).

(١) انظر المادة ٥٨ / ثالثاً من القانون.

(٢) القاضي مدحت المحمود، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٣) القانوني - ضمانات القاضي - الموقع الإلكتروني السابق - ص ١.

(٤) المرجع نفسه، ص ٢.

أما في فرنسا فأن المادة ٣٥ من قانون ١٩٥٨ أنشأت لجنة خاصة لترقية القضاة تكون برئاسة رئيس محكمة النقض، وتتولى وظيفة انتداب القضاة.

٣- عدم مسؤولية القاضي عن القرارات والأحكام التي يتخذها بشأن القضايا المعروضة أمامه، وإن تضرر الغير منها، فحينها يمكن إصلاح الضرر بالتعويض من جانب الدولة، باستثناء الحالات التي يرتكب فيها القاضي غشاً أو خطأ جسيماً، فعندها تجري محاسبته وفق القانون^(١).

٤- الاستقلال المالي للقضاء والقاضي

ينبغي بداية أن تستقل موازنة السلطة القضائية عن موازنة السلطة التنفيذية، وإلا سيصبح القضاء تابعاً لإرادة هذه السلطة، حيث من الممكن أن تؤثر عليه في عمله وبالتالي في استقلاله^(٢)، كما يجب أن يحرص القانون على توفير الكفاية المادية للقاضي لكي يكون بالمستوى المطلوب من المهابة والوقار وحسن المظهر، ولا يكون عرضة للإغراءات المادية، لذا تقرر القوانين رواتب مرتفعة للقضاة تكفل الحفاظ على كرامتهم ونزاهتهم^(٣).

٥- وجوب خضوع القضاة لنظام خاص في التأديب^(٤)، إذ ينبغي وضع قواعد ونصوص تكفل ضمان الاستقلال، وأن تكون سلطة التأديب بيد جهة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية، وفي العراق نجد أن الأمر رقم ٣٥ سار في هذا النهج وأعاد مجلس القضاء ليكون الجهة القضائية المستقلة المشرفة على شؤون القضاة وأعضاء الإدعاء العام.

هذه هي بصور مختصرة أهم الضمانات التي تكفل تحقيق مبدأ استقلال القضاء من السلطتين التشريعية والتنفيذية.

جدير بالإشارة إليه أن قانون وزارة العدل رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٥ نص في المادة ٢ منه على أن (تتولى الوزارة لتحقيق أهدافها المهام الآتية: أولاً: - التقنين والقضاء

(١) القاضي مدحت محمود، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٢) المرجع نفسه، ص ٣٦.

(٣) القانوني - ضمانات القضاة - الموقع الإلكتروني السابق - ص ١.

(٤) د. محمد عصفور، المرجع السابق، ص ١٦٠.

الإداري (...)، كما نص في المادة ٣ منه على أن (تتكون الوزارة من التشكيلات الآتية: أولاً: - مجلس شورى الدولة ...).

وبذلك فإن القانون المذكور اعتبر القضاء الإداري وتشكيلاته المختلفة جزءاً من وزارة العدل، أي أن هذا القضاء أصبح جزءاً من السلطة التنفيذية، وهذا التوجه يعتبر خرقاً بيناً لمبدأ استقلال القضاء، إذ أن القضاء الإداري هو قضاء متخصص بيد أنه يعتبر جزءاً من السلطة القضائية، فهو في الدول التي تأخذ به يعتبر حامياً للحقوق والحريات في مواجهة تدخلات الحكومة، فإذا كان جزءاً منها كيف يستطيع الوقوف في وجهها؟

إن التوجه المذكور أعلاه يشكل إخلالاً بمبدأ استقلال القضاء الذي نص عليه دستور ٢٠٠٥، وعليه نعتقد أن النصوص التي أسست هذا الارتباط هي نصوص غير دستورية وينبغي على المحكمة الاتحادية العليا إلغائها بالشكل الذي يضمن استقلال القضاء ويمنع تدخل السلطة التنفيذية بعمله.

الخاتمة

رغم الموصفات والاعتبارات التي تؤخذ في الحسبان عند اختيار القاضي، إلا أن ذلك لا يعني عصمته من الخطأ، عليه كان لابد من وجود نظام تأديبي يضمن محاسبة القاضي المخالف، إلى جانب ضمان عدم المساس بمبدأ استقلال القضاء أو الانتقاص من هيبته ومكانة القاضي يجعل هذا النظام وسيلة ضغط تؤدي آثاراً سلبية على هذه الوظيفة المهمة.

وبذلك فإن القاضي قد يرتكب بعض المخالفات القضائية والتي هي بمثابة سلوك إيجابي أو سلبي (فعل أو امتناع) إرادي ينافي قواعد وأصول وظيفة القضاء ويجافي واجباتها، ويقرر القانون لمثل هذا السلوك عقوبة تأديبية.

علماً أن المخالفات القضائية غير محددة على سبيل الحصر، بل إن القوانين تنص عادة على الواجبات الملقاة على القاضي فيصبح انتهاكها مخالفة يحاسب عليها مرتكبها.

وفي نطاق إجراءات تأديب القضاة كان لابد من إقرار العديد من الضمانات لكفالة حسن سير هذه العملية، إذ تنص القوانين عادةً على محاسبة القاضي من قبل

هيئة قضائية (أي من قبل سلطته)، لكي يمنع تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية، كما تضمن النصوص حق القاضي في الإطلاع على ملفه وحق الدفاع عن نفسه بنفسه أو عن طريق توكيل محام له، كما أن أغلب القوانين تنص على سرية المحاكمة لضمان عدم المساس بهيبة القضاء، وقد خرجت فرنسا من هذه الغالبية وجعلت المحاكمة علنية.

إضافة إلى أن أغلب القوانين تنص على إمكانية الطعن بقرارات فرض العقوبة بحق القاضي لضمان شرعية وصحة العقوبة المفروضة، فالعقوبات المقررة في هذا الشأن تحدد عادةً على سبيل الحصر، وهنا لا نؤيد ما جاء في الأمر رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٣ في العراق حيث جعل العقوبات غير محددة بقوله (وتشمل هذه القرارات على سبيل المثال لا الحصر...). عليه فإننا نقترح إعادة العمل كلياً بقانون التنظيم القضائي العراقي، بعد تطعيمه بالتوجه الجديد الذي نص عليه الأمر رقم ٣٥ والذي يعزز مبدأ استقلال القضاء.

كما ندعو إلى تعزيز المبدأ المذكور من خلال إلغاء النصوص القانونية الواردة في قانون وزارة العدل رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٥ والتي تجعل من القضاء الإداري جزءاً من السلطة التنفيذية مما يعد إخلالاً بمبدأ استقلال القضاء.

المصادر

أولاً: باللغة العربية

أ- الكتب

- ١- د. أسامة أحمد شوقي المليجي - مجلس تأديب وصلاحيات القضاة - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٥.
- ٢- د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - المكتبة القانونية - بغداد - ١٩٨٨.
- ٣- ضياء شيت خطاب - فن القضاء - بغداد - ١٩٨٨.
- ٤- د. ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ١٩٩٧.

٥- محمد جودت الملط - المسؤولية التأديبية للموظف العام - القاهرة - رسالة دكتوراه - ١٩٦٧.

٦- د. محمد عصفور - استقلال السلطة القضائية - القاهرة - ١٩٦٥.

٧- القاضي مدحت المحمود - القضاء في العراق - الطبعة الأولى - موسوعة - القوانين العراقية - بغداد - ٢٠٠٥.

٨- موريس دوفرليه - المؤسسات السياسية والقانون الدستوري / الأنظمة السياسية الكبرى - ترجمة د. جورج سعد - الطبعة الأولى - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر - بيروت - ١٩٩٢.

ب- القوانين والأوامر

١- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٢- قانون استقلال القضاء الأردني لسنة ٢٠٠١.

٣- قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢.

٤- قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣.

٥- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٦- أمر سلطة الائتلاف المؤقتة في العراق رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٣.

٧- قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٨- قانون وزارة العدل العراقي رقم ١٠١ لسنة ١٩٧٧ الملغى.

٩- قانون وزارة العدل العراقي رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٥ النافذ.

ثانياً: باللغة الفرنسية

A- Books

1- Andre de laubadere – Traite de droit administrative-8ed-T11-Paris-1980.

2- H.Regoli- institutions judiciaries -2e ed-1999.

B- Laws

Du loi organique No. 58-1270 du 22 des 1958.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

1- <http://www.senat.fr/Lc/Lc131/Lc1310.html>

2- <http://www.acijlp.org>

المسؤولية العينية

(دراسة قانونية مقارنة في القانون المدني)

الدكتور سليمان براك
كلية القانون / جامعة الأنبار

المقدمة

إن فكرة المسؤولية المدنية ليست بالفكرة الجديدة في علم القانون، ومع ذلك فهي لازالت ميداناً خصباً للاجتهادات الفقهية والقضائية، فقد عنى الفقهاء بموضوعات المسؤولية المدنية المختلفة، بيد أن هناك صورة من صور المسؤولية لم تلق عناية الفقهاء ذاتها وهي فكرة المسؤولية العينية، فقد استقرت النظم القانونية المختلفة، فضلاً عن الاجتهادات الفقهية، على أنه يلزم لتحقيق المسؤولية المدنية أن تتحقق أركانها الثلاثة وهي الضرر والخطأ والعلاقة السببية، فإذا تخلف أي من الأركان الثلاثة تخلفت المسؤولية، ولم يلتفت الفقهاء إلى أن هناك صورة للمسؤولية لا ترتبط بالخطأ، كما هو الحال مع المسؤولية الشخصية، ولا ترتبط بالضرر، كما هو الحال مع المسؤولية الموضوعية، وإنما ترتبط بعين معينة فهي لا تتوجه إلى المسؤول بصفته مرتكباً لخطأ ترتب عليه ضرر أصاب الدائن وإنما بصفته حائزاً للعين التي تعلقت بها المسؤولية، ومن هنا فإن شخص المسؤول لا يمكن أن يتحدد ابتداءً، عند نشوء حق الدائن وإنما يتحدد لاحقاً عند مباشرة الدائن لحقه في التنفيذ.

ومما تقدم فإن أهمية الموضوع لا يمكن أن تخطوها عين القارئ المختص، سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العملية فهو من الناحية النظرية يعد خروجاً عما استقر فقهيّاً من أن المسؤولية المدنية وسيلة لجبر الأضرار التي تسببت بها أخطاء المدينين، وإنما هي طريق يستطيع الدائن سلوكه للحصول على حقه وإن لم يرتكب المسؤول أي خطأ، وأما من الناحية العملية، فإن أحكام المسؤولية العينية في القانون المدني توزعت على أبواب القانون المختلفة دون أن يجمعها نظام قانوني

يحقق التساوق بين أحكامها على نحو يحقق سهولة الرجوع إلى هذه الأحكام للباحث والقاضي على حد سواء.

بيد أن جاذبية الموضوع العلمية على هذا النحو لا تلغي ما يكتنفه من صعوبات كثيرة يرجع بعضها إلى ندرة المصادر التي تتناوله، إن لم أقل انعدامها، فضلاً عن تشتت أحكامها بين ثنايا القانون المدني المختلفة، وما يترتب على ذلك من صعوبة تناول الموضوع طبقاً لخطة علمية محكمة.

بيد أنه لم تحل تلك الصعوبات دون الخوض فيه علناً نخرج بنتيجة تغني أو أن تثير أهمية الموضوع لأصحاب الاختصاص للخوض فيه على نحو أعم وأشمل إن تيسر لهم الوقت الكافي لذلك، لأن تحديد الدراسة بوقت وحجم يضيف صعوبة أخرى للبحث، وتم تناول الموضوع طبقاً لخطة علمية تقوم على أساس تقسيمه إلى فصلين، أتناول في الأول مفهوم المسؤولية العينية، وأبحث في الثاني أحكام المسؤولية، وأسأل الله التوفيق.

الفصل الأول

مفهوم المسؤولية العينية

إن استجلاء مفهوم محدد للمسؤولية العينية يستلزم البحث في تعريف لها يتفق وما تتصف به من خصائص مميزة لها، ومن ثم تمييزها عما يمكن أن تختلط به من نظم قانونية، وعليه فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نبحث في الأول تعريف المسؤولية العينية، ونبحث في الثاني تمييز المسؤولية العينية عن الالتزام العيني.

المبحث الأول

تعريف المسؤولية العينية

إذا كان ليس يسيراً الخوض في تعريف المسؤولية المدنية، مما دعا الفقهاء إلى تناول موضوعاتها دون الخوض في تعريفها^(١)، إلا أنه لا مناص من تعريف المسؤولية العينية لأنها من الموضوعات التي لم تلق حظها بعد من الاهتمام الكافي، ومن ثم لم يتحدد مفهومها تحديداً دقيقاً، وتعريف المسؤولية العينية يستلزم الرجوع إلى موضوعات المسؤولية المدنية العامة، وإلى أسسها الفلسفية التي تقوم عليها، فضلاً عن تحديد خصائصها المميزة لها، لصياغة هذا التعريف، ومن هنا نقسم البحث إلى ثلاثة مطالب، نبحت في الأول أساس المسؤولية، ونبحت في الثاني عناصرها ونبحت في الثالث خصائصها.

المطلب الأول

أساس المسؤولية المدنية

تقوم المسؤولية المدنية على مبدأ إصلاح الضرر أو جبره^(٢)، فإذا ما ألحق أحدهم ضرراً غير مشروع بالغير، ألزم بتعويض هذا الضرر، لا عقاباً للمسؤول وإنما لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل تحقق الضرر، ولهذا فإنه لا يمكن أن تتحقق المسؤولية من غير أن يرتكب المسؤول خطأ، أو على الأقل أن يأتي عملاً يمكن وصفه بعدم المشروعية^(٣)، فضلاً عن تحقق أركان المسؤولية الأخرى من ضرر وعلاقة سببية، ومن هنا فإنه إذا ما ارتكب المسؤول عملاً غير مشروع ترتب عليه

(١) أستاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ١١.

(٢) د. محمد عبد الظاهر حسين، رؤية جديدة في دور التعويض في المسؤولية العقدية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، بدون مكان للنشر، ٢٠٠٥، ص ٩.

(٣) مع ملاحظة أن هناك صوراً للمسؤولية بعيدة عن فكرة الخطأ ولكن هذه الصور تكون استثناء من القاعدة العامة، وتنص عليها قوانين خاصة كالresponsibility عن تحمل التبعة، ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، المجلد الثاني، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ف ٥٢٢، ص ٨٧٥.

ضرر لحق بالدائن جاز للأخير الرجوع على الأول بتعويض الضرر، ويضمن المسؤول حق الدائن بكل ذمته المالية، بحيث يستطيع الدائن التنفيذ على أموال المدين، التي يجيز قانون التنفيذ الحجز عليها، سواء كانت حقوقاً شخصية أو عينية، ولا تبرأ ذمة المدين من حق الدائن، إلا بالوفاء أو بانقضائه، طبقاً لأحكام انقضاء الالتزام.

وعليه فإن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا إذا كان هناك التزام بين المسؤول والدائن وهذا الالتزام حصل إخلال به، وهو في مثالنا السابق، الالتزام بعدم الإضرار بالغير، وهذا الإخلال هو الذي يشكل ركن الخطأ في المسؤولية، الذي يعد الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، ويختلف هذا الخطأ من حيث كونه واجب الإثبات أو مفترضاً، باختلاف صور المسؤولية فيما إذا كانت مسؤولية عن الأعمال الشخصية أو مسؤولية عن الغير أو عن الأشياء، لكن في جميع الأحوال ينبغي أن يكون هناك خطأ ارتكبه المسؤول، ومن الطبيعي بعد ذلك، أن يتحدد شخص المسؤول ابتداءً عند نشوء حق الدائن بالتعويض، ففي هذه اللحظة يعرف الدائن على من يرجع للمطالبة بحقه في التعويض ومدة ملاءة هذا الدين وما يمكن أن يجابهه من دفع.

هذا في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية، فإن أساسها هو العقد الصحيح الذي أنشأه المتعاقدان^(١)، وطبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، فإن الدائن يرجع على المتعاقد الآخر للمطالبة بتنفيذ العقد، إن أمكن ذلك، أو للمطالبة بالتعويض، إن استحال تنفيذ العقد بخطأ المدين، ويمكن للمدين دفع دعوى الدائن بالدفع التي تستند إلى العقد الذي حصل الإخلال به، فضلاً عن أن الدائن يضمن حقه في الرجوع على مدينه الضمان العام للدائنين والذي يخوله التنفيذ على أموال المدين التي يجوز التنفيذ عليها، سواء كانت عينية أو شخصية، دون الإخلال بالضمانات الأخرى التي ربما اتفق عليها المتعاقدان بموجب العقد.

أما في المسؤولية العينية فإن الأمر مختلف من نواح متعددة، فمن ناحية أولى فإن شخص المسؤول لا يتحدد ابتداءً عند نشوء حق الدائن، وإنما لاحقاً عند ممارسة

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٤٣٢.

الدائن لحقه في التنفيذ على العين، ومرد ذلك أن ضمان حق الدائن، هو هذه العين التي تعلق بها حقه ويمكن أن تنتقل حيازة هذه العين بعد نشوء حق الدائن وقبل التنفيذ إلى شخص آخر غير المدين، ومن ثم لا تتكشف شخصية المسؤول إلا في مرحلة لاحقة، عند التنفيذ، وفضلاً عن ذلك، وحيث أن المسؤول ليس مديناً للدائن بالدين الذي باشر إجراءات التنفيذ بشأنه، فإنه لا سبيل للدائن على أموال المسؤول الأخرى، سوى تلك العين التي تعلق بها حقه، وإذا لم تكف قيمة العين لوفاء حقه، فإنه يرجع بما بقي له على المدين الذي نشأ الالتزام بدمته ابتداءً، وليس على الحائز، كما أنه إذا بقي شيء من قيمة العين فإنه يكون من حق الحائز وليس المدين، وهذا يعني أن المسؤولية العينية تنشأ دون التزام يشغل ذمة الحائز.

ومن ناحية ثانية وحيث أن الحائز ليس مديناً، فإنه ليس من سبيل لإلزامه بوفاء حق الدائن إلا إذا اختار هو ذلك، عن طريق عرض وفاء حق الدائن أو عرض تحرير العين من الحقوق التي تثقلها، لكن قبل ذلك فإن إجراءات المسؤولية تتوجه إليه بصفته حائزاً للعين التي تعلق بها حق الدائن، لا بصفته مديناً له.

ومن ناحية ثالثة، ولما كانت المسؤولية العينية تنصب على العين التي تعلق بها حق الدائن، فإن هذه المسؤولية تنقضي تجاه الحائز بهلاك العين، ولا يقدر ذلك بحق الدائن في الرجوع على المدين للمطالبة بحقه.

ومما تقدم نستطيع تعريف المسؤولية العينية بأنها المسؤولية التي تنصب على عين معينة تعلق بها حق الدائن، وتتوجه إجراءاتها تجاه حائز هذه العين، أي ما كان السبب الذي انتقلت بموجبه الحيازة إليه.

المطلب الثاني

عناصر المسؤولية العينية

الأصل أن عناصر المسؤولية المدنية هي الضرر والخطأ والعلاقة السببية، غير أن الأمر مختلف بشأن المسؤولية العينية، فكون المسؤول ليس مديناً للدائن بشيء فهذا يعني عدم إمكانية البحث في ركن الخطأ بوصفه عنصراً في المسؤولية، فلا يمكن أن نعزو أي تقصير أو إهمال أو إخلال، بحسن نية أو بسوءها إلى المسؤول، لأنه لم يكن مديناً تجاه الدائن، هذا من جانب.

ومن جانب ثان، فإن الدائن يسعى من خلال مباشرة إجراءات المسؤولية العينية إلى الحصول على حقه، من خلال التنفيذ على العين التي تعلق بها حقه، وليس إصلاح ضرر ألم به، ومن ثم فإن الضرر بوصفه عنصراً في المسؤولية المدنية لا يمكن أن يثار هنا، ومن ثم ما عاد مجدياً البحث في الركن الثالث، وهو العلاقة السببية.

لكن ذلك لا يعني عدم وجود عناصر في المسؤولية العينية، فعناصرها موجودة، لكن هذه العناصر تختلف عن تلك التي درج الفقهاء على تناولها عند البحث في المسؤولية المدنية، وهذه العناصر يمكن إجمالها بما يأتي:-

١- حق الدائن، فينبغي أن يكون المدعي في دعوى المسؤولية العينية، دائناً بحق نشأ صحيحاً وواجب التنفيذ، فلكي يستطيع الدائن التنفيذ على العين التي تعلق بها حقه، لابد أن يكون هذا الحق مستحق الأداء، لأن إقامة الدائن لدعوى المسؤولية ل يصح، ما لم يكن حقه واجب النفاذ، فضلاً عن أن طلب التنفيذ يترتب عليه مساس بسمعة من تتم الإجراءات ضده، ومن جانب آخر فإن الدائن يمكن أن يجابه بدفع من المسؤول قد تؤدي إلى خسارة دعواه، بل وربما تؤدي إلى مسؤوليته، إن تحققت في جانبه أركان المسؤولية المدنية، طبقاً لما تقضي به أحكام التعسف في استعمال الحق.

٢- العين التي تعلق بها حق الدائن، فالمسؤول ليس مديناً للدائن، والذي يبرر مسؤوليته تجاه الدائن هو وجود العين التي تضمن حق الدائن في حيازته، ويترتب على ذلك أن مسؤولية الحائز تبقى ما بقيت العين في حيازته فإذا انتقلت هذه الحيازة إلى الغير أو هلكت العين، انقضت مسؤولية هذا الحائز وعلى الدائن أن يتتبع العين للتنفيذ عليها في يد من انتقلت إليه الحيازة، أما إذا هلكت العين بسبب أجنبي، فليس له إلا الرجوع على مدينه، طبقاً لأحكام مصدر حقه.

٣- الحيازة، فينبغي أن تكون العين التي تضمن حق الدائن تحت حيازة شخص يمكن مباشرة إجراءات المسؤولية ضده، ويترتب على ذلك أن الحائز يجب أن يكون أهلاً للتقاضي حتى تصح إجراءات الدعوى، وإلا فإن الإجراءات تباشر

ضد وليه أو وصيه أو القيم عليه على حسب الأحوال، إضافة إلى ولايته أو وصايته أو قيمومته، ولا يهم بعد ذلك مصدر الحق سواء كان تصرفاً قانونياً كالعقد أو واقعة مادية كوضع اليد، فإذا تم التنفيذ على العين بيد الحائز جاز للأخير الرجوع على سلفه طبقاً لأحكام مصر حيازته.

المطلب الثالث

الخصائص المميزة للمسؤولية العينية

مما تقدم يمكن لنا أن نجمل خصائص المسؤولية العينية بما يأتي:-

- ١- إن المسؤولية العينية مسؤولية قانونية، لأنه لا توجد أية رابطة قانونية بين الحائز والدائن حتى يستطيع الأول الرجوع على الثاني، فلولا النص القانوني لما أمكن توجه إجراءات المسؤولية إلى الحائز.
- ٢- إن المسؤول في المسؤولية العينية لا يتحدد بشخصه، وإنما بصفته حائزاً للعين التي تعلق بها حق الدائن، ويترتب على ذلك أن المسؤولية تنتقل بانتقال العين من حائز إلى آخر، حتى ينفذ الدائن على العين في يد الحائز الأخير، وبغض النظر عن طريقة الانتقال أو سببه.
- ٣- ولما كان المسؤول غير مدين للدائن، فإنه يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا هو تخلص من العين، وبهذا يتجنب إجراءات التنفيذ ضده ويتلافى الأضرار التي يمكن أن تترتب على ذلك.

المبحث الثاني

تمييز المسؤولية العينية من الأوضاع القانونية المشابهة

يمكن أن يختلط مفهوم المسؤولية العينية، على النحو الذي تم تحديده، مع بعض النظم القانونية، ومن ثم لابد من التمييز بينها، ومن النظم القانونية التي يمكن أن تختلط بالمسؤولية العينية، المسؤولية الشخصية وفكرة الالتزام العيني، ونتناول التمييز بين هذه النظم والمسؤولية العينية كل في مطلب مستقل وكما يأتي:-

المطلب الأول

تمييز المسؤولية العينية من المسؤولية الشخصية

لم يعد التمييز المسؤولية العينية والمسؤولية الشخصية واضحاً ويسيراً، كما كان عليه الحال في القوانين القديمة، كالقانون الروماني، حيث كانت المسؤولية الشخصية تتضمن إخضاع جسم المسؤول لسلطان الدائن^(١)، أما الآن فإنها أصبحت قاصرة على ذمته المالية، دون أن تتجاوز ذلك إلى جسده أو حريته، الأمر الذي أضى فيه التمييز بين نوعي المسؤولية، ليس يسيراً ففي كلتا نوعي المسؤولية، يقتصر حق الدائن على التنفيذ على مال معين من أموال المسؤول أو على أمواله الضامنة للوفاء بحق الدائن.

بيد أن ذلك لا يلغي ما بين نوعي المسؤولية من فوارق يمكن من خلالها أن نميز بينهما، ففي المسؤولية الشخصية، يضمن المسؤول حقا الدائن بجميع أمواله القابلة للحجز، إذ يستطيع الدائن أن يختار من هذه الأموال ما يراه مناسباً لاستيفاء حقه، وإيقاع الحجز عليه ثم بيعه طبقاً للإجراءات التي حددها قانون التنفيذ، فأموال المدين ما هي إلا نتاج شخصيته، ذلك أن الشخصية القانونية هي صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات المالية وغير المالية، لذي سميت هذه المسؤولية بالمسؤولية الشخصية، وهي ترد على الأموال، التي تنتج عن أعمال تلك الصلاحية كافة^(٢).

أما المسؤولية العينية، فهي لا تشمل أموال المسؤول جميعها، وإنما ترد فقط على عين من تلك الأموال، وهذه العين التي تعلقت بها المسؤولية، فالدائن لا يستطيع أن ينفذ بحقه إلا على تلك العين، كما أنه يستطيع أن يتتبع تلك العين، في أي يد كانت، وينفذ عليها، بما له حق عيني تبقي ضماناً للوفاء بحقه.

ومن هنا فإنه وإن كانت كلتا المسؤوليتين ترد على الأموال فقط، إلا أنه في المسؤولية الشخصية تتحدد الأموال التي يستطيع الدائن التنفيذ عليها، بشخص مالِكها وقت التنفيذ، بحيث يكون للدائن أن ينفذ على أي من أموال المدين، القابلة للحجز، ومن ثم لا سبيل أمامه للتنفيذ على الأموال التي تصرف بها المدين تصرفاً

(١) د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٢٥.

(٢) د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص ٢٦.

صحيحاً، ولو كان هذا التصرف بعد نشوء حق الدائن، ما لم يطعن بهذا التصرف بدعوى عدم نفاذ التصرفات، إن تحققت شروطها.

أما في المسؤولية العينية، فإن العين التي يستطيع الدائن التنفيذ عليها، تتحدد بذاتها، بغض النظر عن شخص مالکها، أو الشخص الذي يحوزها، فالدائن بما له من حق عيني تبقي يستطيع أن يتتبع العين التي تعلق بها حقه، في أي يد كانت لينفذ عليها، ومن ثم لا يسأل المسؤول في المسؤولية العينية، إلا بصورة غير مباشرة بوصفه صاحب حق عيني على تلك العين، أو بوصفه حائزاً لها.

فضلاً عن ذلك فإنه في المسؤولية الشخصية، لا يستطيع المسؤول أن يتخلص من المسؤولية، إلا بدفعها بما تتدفع به، كالدفع بالسبب الأجنبي^(١)، وإلا أجبر على الوفاء، أو تحمل إجراءات التنفيذ الجبري، وإن هلك بعض أمواله تعلققت المسؤولية بما بقي له، وإن هلك أمواله جميعاً، بقيت ذمته مشغولة بالدين، فإن أصاب كسباً وأصبح قادراً على الوفاء، أجبر عليه، غير أن الأمر مختلف بشأن المسؤولية العينية، ذلك أن المسؤول لا يجبر على الوفاء، فهو لا يلزم بالوفاء إلا إذا أراد هو ذلك بأن عرض وفاء حق الدائن أو عرض تحرير العين مما يثقلها من حقوق وقبل عرضه، وإذا بيعت العين التي تعلق بها حق الدائن، بالتنفيذ عليها ولم يكف ثمنها للوفاء بحق الدائن، فإن الدائن يرجع بما بقي له على المدين، وليس على الحائز أو صاحب الحق العيني عليها، كما يستطيع المسؤول أن يتخلص من المسؤول وتلافي إجراءات التنفيذ العيني، إذا هو تخلص عن العين التي في حيازته.

(١) ينظر نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني

تمييز المسؤولية العينية من الالتزام العيني

يرجع الاختلاط أو التشابه بين النظامين إلى أن فكرة الالتزام العيني فكرة غامضة، لما تتضح معالمها بعد، فضلاً عن تشابه الآثار التي تترتب على المسؤولية العينية وتلك التي يرتبها الفقهاء على فكرة الالتزام العيني^(١).

ويمكن لنا أن نستعين بتحليل الالتزام إلى عناصره، للتمييز بين النظامين، فقد ذهب فقهاء القانون الألماني إلى تحليل الالتزام إلى عنصرين، المديونية والمسؤولية^(٢)، فإذا تحقق في الالتزام كلا العنصرين، كان التزاماً مدنياً، بحيث إذا لم يوف المدين ما بذمته طوعاً واختياراً أجبر على هذا الوفاء عن طريق التجاء الدائن إلى السلطة العامة لاقتضاء حقه، أما إذا تحقق عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، فليس أمام الدائن إلا الركون إلى ضمير المدين واختياره، فإذا أوفى ما بذمته كان وفاؤه صحيحاً وبرئت ذمته، وإلاّ ليس من سبيل لإجباره على هذا الوفاء، ويسمى الالتزام في هذه الحالة بالالتزام الطبيعي، ويترتب على ذلك أنه لنشوء الالتزام لابد من وجود عنصر المديونية، على الأقل، فلا وجود للالتزام بغير هذا العنصر، ومن ثم لا يمكن لنا أن نرجع مسؤولية الحائز عن وفاء حق الدائن إلى فكرة الالتزام العيني، لأن ذمته لم تتشغل بدين للدائن، حتى نقول أنه يلتزم بالوفاء.

(١) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، أحكام الالتزام، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٢١، حيث ذهب إلى تعريف الالتزام العيني بأنه (أداء يجب أن يقوم به شخص بسبب كونه مالكاً لشيء أو صاحب حق عيني على شيء)، وهو تعريف يخلط بين المصدر والآخر، ذلك أن مصدر الالتزام هو سببه المنشئ، بينما الآخر أمر لاحق على النشوء.

(٢) إن فكرة تحليل الالتزام وإن كانت فكرة عني بها فقهاء القانون الألماني والإيطالي، ورغم أنها لم تلق رواجاً عند فقهاء القانون الفرنسي، إلاّ أنها لاقت صدى لدى فقهاء القانون المصري والعراقي، ينظر: د. أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص ١٦، و د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، المصدر نفسه، ص ٢٧، و د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، أحكام الالتزام، بغداد، ١٩٨٠، ص ٧، أستاذنا د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، ١٩٥٢، ص ١٣٦ وما بعدها.

وفضلاً عن ذلك، أن الالتزام يعرف بأنه علاقة بين شخصين^(١)، فهو رابطة بين دائن ومدين، فكيف يمكن إضافة هذه الرابطة إلى عين، كما يرى أنصار فكرة الالتزام العيني؟

فلو كان هناك التزام في ذمة المسؤول في المسؤولية العينية، لما اقتصر حق الدائن على التنفيذ على عين دون سواها، لأن أموال المدين جميعها تضمن الوفاء بحقوق الدائنين، حتى وإن كان دائناً ممتازاً، فإنه يقتضي حقه بصفته دائناً ممتازاً من العين التي تضمن هذا الوفاء، وإن بقي له شيء من حقه، فإنه يرجع بما بقي له على المدين، بصفته دائناً عادياً، بموجب حقه في الضمان العام للدائنين، ومن جانب آخر فإن الدائن ربما لا يعرف المسؤول في المسؤولية العينية، قبل التنفيذ على العين التي في حيازته، وربما لم تنشأ بينهما، قبل ذلك أية رابطة قانونية، وإذا أقام دعواه للتنفيذ على العين، فإنه يقيمها على الحائز بصفته هذه، وليس بصفته مديناً، ولو كان المسؤول ملتزماً التزاماً عينياً تجاه الدائن لما أمكن له أن يتخلص من المسؤولية بالتخلي عن العين التي تعلق بها حق الدائن^(٢).

ونستنتج من ذلك أن توجه إجراءات المسؤولية تجاه الحائز، لا لأنه ملتزم التزاماً عينياً بوفاء حق الدائن، وإنما لكونه حائزاً لعين تعلق حق الدائن بها.

(١) ينظر نص المادة (١/٦٩) من القانون المدني العراقي، وينظر أيضاً د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج١، المصادر الإرادية، الكويت، ١٩٨٢، ص ١٢٠.

(٢) وسيأتي تفصيل ذلك في الفصل الثاني من البحث.

الفصل الثاني

أحكام المسؤولية العينية

تدور أحكام المسؤولية العينية حول حقيقة أن من تتوجه إجراءات المسؤولية ضده ليس مدينًا بحق الدائن وعليه فلا يمكن أن يجبر على وفاء هذا الحق، وإنما يجبر على بيع العين التي تعلق بها حق الدائن، لكن قد يقوم الحائز بوفاء حق الدائن، وهو إن قام بذلك فإنما يقوم به إذا كان في مصلحته، لا لأنه مدين بهذا الحق، كما أنه يستطيع أن يرجع بما أوفى على المدين، طبقاً لأحكام قضاء دين الغير^(١)، أو طبقاً لأحكام التصرف القانوني الذي انتقلت بموجبه حيازة العين إليه.

ومن هنا فإن أحكام المسؤولية العينية تتمحور حول الخيارات التي يملكها الحائز في مواجهة دعوى المسؤولية، فهو إما أن يقوم بقضاء حق الدائن إذا انصرفت إلى ذلك إرادته، أو أن يتخلى عن العين حتى لا تستمر إجراءات المسؤولية ضده، وهذا ما نبسط القول فيه في المبحثين الآتيين.

المبحث الأول

قضاء حق الدائن

قد يرى الحائز أن من مصلحته، أن يدفع للدائن حقه، حتى تخلص له حيازة العين التي في حيازته، وفي الوقت نفسه يتخلص من إجراءات التنفيذ على العين في حيازته، نظراً لما تنطوي عليه هذه الإجراءات من مساس بسمعته، وقضاء حق الدائن أما أن يكون بوفاء الدين المضمون بالعين، أو بتحرير العين مما يتقلها من حقوق للدائنين، ونبحث كلاً من ذلك في المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول

وفاء الدين المضمون

تنص المادة (١/١٣٠٦) من القانون المدني العراقي على أنه (يجوز للمرتهن عند حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون رهناً تأمينياً في يد الحائز لهذا العقار بعد إنذاره بدفع الدين، إلا إذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين أو بتحرير

(١) ينظر نص المادة (٢٣٩) من القانون المدني العراقي.

العقار من الرهن)، ولا يقوم الحائز بوفاء الدين تبرعاً منه، وإنما لأن مصلحته تقضي بذلك، فإذا كانت قيمة العين أكبر من الدين المضمون، فإن من مصلحته وفاء الدين حتى تخلص له حيازتها، وخاصة إذا كانت هذه الحيازة تستند إلى حق عينين، كأن يكون اشترى العين وهي مثقلة بالرهن، أو أن ثمن العين مازال بدمته، وكان الدين المضمون بحدود هذا الثمن، أو بحدود ما بقي بدمته منه، فإنه بوفائه الدين، يتلافى إجراءات التنفيذ على العين.

وقد يكون الدين المضمون مضموناً برهن آخر على عين أخرى، فإذا أوفى الحائز الدين المضمون، حل محل المرتهن في الرهن الثاني، وربما كان في ذلك ضمان كاف للحائز في الرجوع على المدين طبقاً لأحكام الحلول^(١)، حتى وإن تعددت رهون على العين، فقد تكون للحائز مصلحة في وفاء الدين، إذا كان الدائن في المرتبة الأولى وكانت قيمة العين لا تفي إلا الدين الأول، فإذا أوفاه حقه حل محله، ومن ثم لم يعد للدائنين التاليين في المرتبة مصلحة في التنفيذ على العين، وبهذه الطريقة يتخلص من إجراءات التنفيذ على العين من قبل بقية المرتهنين، وبهذا يصل إلى تحرير العين مما كان يثقلها من حقوق، فضلاً عن إن ما أوفاه يستطيع الرجوع به على المدين^(٢).

ولكي يتخلص الحائز من إجراءات التنفيذ على العين، يجب عليه أن يدفع للدائن كل ما يجب دفعه بموجب أحكام عقد الرهن، لأنه إذا بقي شيء من حق الدائن، جاز له أن يباشر إجراءات التنفيذ على المرهون، تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن، والتي تقضي بأن كل الدين المضمون مضمون بكل المرهون^(٣).

ويشمل ما يجب على الحائز دفعه، أصل الدين والفوائد المضمونة بالرهن، وهي فائدة السنة السابقة على طلب التنفيذ، فضلاً عن الفائدة المستحقة من تاريخ

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، ج ١، المصدر نفسه، ف ٢٦٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١٠، المصدر نفسه، ف ٢٦٨، وينظر أيضاً د. غني

حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، ج ٢، ص ٤٢٥.

(٣) ينظر نص المادة (١٢٩٤) من القانون المدني العراقي.

حلول الأجل لحين الوفاء^(١)، كما يشمل أيضاً المصروفات التي أنفقتها الدائن لاستيفاء حقه، كرسوم الإنذار أو رسوم المباشرة بإجراءات التنفيذ^(٢).

ويبقى حق الحائز قائماً في وفاء حق الدائن، من تاريخ إنذاره وإلى حين رسو المزداد^(٣)، غير أنه كلما تأخر في الوفاء زادت ملحقات الدين من فوائد ومصروفات الإجراءات التي يتخذها الدائن بعد الإنذار، لذا يكون من مصلحته أن يبادر إلى ذلك بمجر إنذاره.

بيد أن الحائز ينتفع من مواعيد الأجل الممنوحة للمدين، بما في ذلك المهلة القضائية، فلا تتخذ إجراءات التنفيذ ضد الحائز حتى ينتهي الأجل^(٤).

ولما كان الحائز غير متبرع في وفاء حق الدين، فإن له الرجوع، بما أوفاه على مالك العين السابق، ويضمن حقه في الرجوع، جميع الضمانات التي قدمها المدين، أي أن الحائز يحل محل الدائن، حلولاً شخصياً، ويضمن حقه كل ما كان يضمن حق الدائن، ما عدا الضمانات التي قدمها شخص آخر غير المدين، كال كفيل شخصياً كان أو عينياً^(٥)، لذا يكون من مصلحة الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن وأن يجدده عند الاقتضاء، حتى تنقضي حقوق الدائنين الآخرين، التي كانت مسجلة عند تسجيل سند الحائز.

وإذا كان الأصل أن الحائز لا يجبر على وفاء حق الدائن، إلا إن هذا الأصل أوردت عليه المادة (١٠٦٣) من القانون المدني المصري استثنائين:-

الأول إذا كان المرهون انتقلت حيازته إلى الحائز بعقد معاوضة، وما زال العوض في ذمة الحائز، وكان كافياً لوفاء جميع حقوق الدائنين المسجلة حقوقهم وقت تسجيل سند الحائز، وجب على الحائز أن يدفع ما بذمته إلى البائع، وأن يعرض وفاء ما بذمته إلى الدائنين، فيستوفي كل منهم حقه كاملاً.

(١) ينظر نص المادة (١٣٠٥) من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر نص المادة (٢/١٣٠٧) من القانون المدني العراقي.

(٣) ينظر نص المادة (٢/١٣٠٧) مدني عراقي.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١٠، المصدر نفسه، ف ٢٧٠.

(٥) ينظر نص المادة (١/١٣٠٧) مدني عراقي.

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء، أن يكون ما بذمة الحائز هو عوض لانتقال ملكية المرهون إليه، وأن يكون مستحق الأداء، ويجب أن يكون كافياً لوفاء جميع حقوق الدائنين المسجلة حقوقهم. أما الدائنون الذين لم تسجل حقوقهم، قبل تسجيل سند ملكية الحائز، أو لم تسجل، فلا يستحقون شيئاً من المبلغ الذي في ذمة الحائز، فإذا تبين أن المبلغ يكفي لوفاء حقوق الدائنين هذه، أصبح لكل دائن من هؤلاء أن يطالب الحائز بكامل حقه، وليس للحائز مصلحة في التأخر عن الوفاء، فما عليه إلا أن لا يدفع شيئاً إلى من انتقلت منه الملكية، وأن يدفع لكل دائن حقه كاملاً، ويحل محله فيما دفعه، وبذلك يتخلص من الرهون التي تنقل المرهون، وتبرأ ذمته من الثمن^(١).

وأما الثاني إذا كان ما بذمة الحائز أقل من حقوق الدائنين، أو من جنس مغاير لهذه الحقوق، أو غير مستحق الأداء، واتفق الدائنون المسجلة حقوقهم جميعاً على مطالبة الحائز بالدفع، فلا يستطيع الحائز رفض ذلك، وعندها وجب عليه أن يدفع ما بذمته إلى الدائنين المسجلة حقوقهم، ويقتسمونه طبقاً لما يتفقون عليه، ويدفع الحائز ما بذمته طبقاً لما اتفق عليه مع من انتقلت منه الملكية^(٢).

المطلب الثاني

تحرير العين المرهونة

الخيار الثاني الذي يستطيع الحائز بموجبه التخلص من الرهن، هو تحرير العين من جميع الرهون التي تنقلها، ويستلزم ذلك سلوك إجراءات محددة، ونبحث هذه الإجراءات في فرع أول ونبحث آثار التحرير في فرع ثان.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١٠، المصدر نفسه، ف ٢٧٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١٠، المصدر نفسه، ف ٢٧٥.

الفرع الأول

إجراءات التحرير

تتلخص إجراءات التحرير في العرض الذي يجب على الحائز أن يوجهه إلى الدائنين المسجلة حقوقهم على العين المرهونة، وما ينبغي أن يشتمل عليه هذا العرض، فضلاً عن مكان العرض ووقته، وهذا ما نبخته وكما يأتي:-
أولاً:- العرض ومشملاته.

العرض إعلان يوجهه الحائز إلى الدائنين المسجلة حقوقهم على العين المرهونة، قبل تسجيل السند الذي انتقلت بموجبه ملكية العين إلى الحائز، ولا يشترط في الإعلان شكل معين، وإن كان يفضل أن يكون إعلاناً رسمياً عن طريق دائرة الكاتب العدل، لضمان إثبات توجيهه، ويجب أن يتضمن العرض البيانات الآتية:-
١- خلاصة من سند ملكية الحائز، تتضمن بيان نوع التصرف وتاريخه، وتحديد العين تحديداً دقيقاً، وتعيين مالكة السابق، وإذا كان التصرف بيعاً وجب ذكر الثمن وملحقاته.

وينبغي أن نشير هنا إلى أنه لا يشترط أن يعرض الحائز قيمة العين عرضاً حقيقياً، بل يكفي أن يظهر استعداداه لوفاء الحقوق المسجلة، بغض النظر عن موعد استحقاقها، فإذا أظهر ذلك أصبح ملزماً بعرضه^(١).

٢- بيان بالحقوق التي تم تسجيلها على العقار قبل تسجيل سند الحائز ومقدار وأسماء الدائنين.

٣- المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار، ويجب أن لا يقل هذا المبلغ عما يلزم بحسب السعر الذي يتخذ أساساً لتقدير الثمن في حالة نزاع الملكية، ولا أن يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن العقار إذا كان التصرف بيعاً^(٢).

ثانياً: مكان توجيه العرض

(١) المادة (٣/١٣٠٨) مدني عراقي.

(٢) ينظر نص المادة (٢/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي.

وينبغي أن نفرق هنا بين مسألتين:-

الأولى إذا كان للدائن أو الدائنين محل مختار لتوجيه العرض أو الإعلان، وفي هذه الحالة يجب توجيه العرض في هذا المحل المختار.

والثانية إذا لم يكن للدائنين محل مختار، فيجب توجيه العرض في محل إقامتهم الأصلية^(١).

ثالثاً: وقت العرض

يجوز للحائز أن يعرض على الدائنين قيمة المرهون من وقت تسجيل سند ملكيته، وليس عليه أن ينتظر إنذاراً بالدفع أو التخلية، وليس عليه أيضاً أن ينتظر حلول آجال الديون المسجلة، وإذا كان التصرف الذي انتقلت به ملكية المرهون، بيعاً فإن من مصلحة الحائز أن يعرض التحرير، قبل وفاء الثمن إلى البائع، كي يستطيع عرض التحرير بكل الثمن الذي بذمته، ويبقى حق الحائز هذا قائماً إلى وقت إيقاع الحجز على المرهون^(٢).

الفرع الثاني

آثار التحرير

إذا اتبع الحائز الإجراءات السابق بيانها، كان الدائنون بالخيار إن شاءوا قبلوا العرض وإن شاءوا رفضوا العرض، بحسب ما تقضي به مصلحتهم، وتختلف الآثار تبعاً لما قبل إذا قبل الدائنون العرض أو رفضوه.

أولاً: قبول العرض

للدائنين ولكفلاتهم الذي وجه إليهم الحائز عرض تحرير المرهون أن يقبلوا العرض، إذا رأوا ذلك من مصلحتهم، والقبول قد يكون صريحاً، وأمره واضح، وقد يكون ضمناً إذا ما سكتوا عن اتخاذ إجراءات نزع الملكية، خلال ثلاثين يوماً من تأريخ آخر تبليغ لهم^(٣)، وإذا قبل الدائنون العرض التزم الحائز التزاماً شخصياً

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، المصدر نفسه، ف ٢٩١، وينظر أيضاً المادة

(٢/١٣٠٨) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (١/١٣٠٨) مدني عراقي.

(٣) المادة (١٣٠٩) مدني عراقي.

بالمبلغ الذي عرض تحرير المرهون به، بغض النظر عن كون هذا المبلغ مساوياً لحقوق الدائنين المسجلة أو قل عنها، ويضمن الحائز المبلغ الذي عرضه بكل ذمته المالية، وليس بالمرهون فقط، كما إن حق الدائنين يقتصر على المبلغ الذي قبلوا تحرير المرهون به، لا بأصل حقوقهم، فإذا لم يوف بالحائز المبلغ الذي عرضه، واتخذ الدائنون إجراءات نزع الملكية، وبيع العقار بالمزايدة العلنية، فإن حقوق الدائنين تنقيد بالمبلغ الذي قبلوا تحرير العقار به، وإذا كانت هناك زيادة في الثمن الذي رسي به المزاد، فإن الزيادة تكون للحائز^(١).

غير أنه ينبغي ملاحظة، أن المرهون لا يتحرر من القيود التي تنقله بمجرد قبول الدائنين لعرض الحائز، بل يجب على الحائز أن يودع المبلغ الذي عرضه، في صندوق المحكمة، وعندها تستقر ملكية الحائز للمرهون بصورة نهائية^(٢).

كما يجب الإشارة إلى أن الحائز ليس ملزماً، بحسب الأصل، بوفاء حقوق الدائنين، لذا يكون له الرجوع على المدين بما أوفاه، ويحل محل الدائنين الذي استوفوا حقوقهم أو بعضها، في الرجوع على المدين، كما يحق للدائنين الذين لم يستوفوا جميع حقوقهم، الرجوع على المدين بما بقي لهم، لكن يرجعون بوصفهم دائنين عاديين، لأن ضمانهم العيني انقضى بتحرير المرهون.

ثانياً: رفض العرض

يجوز للدائنين المسجلة حقوقهم على المرهون، ولكفلاتهم رفض عرض التحرير، ويكون ذلك عن طريق طلب بيع المرهون بالمزاد العلني خلال ثلاثين يوماً من تأريخ آخر إعلان بالتحرير، ويجب أن يكون طلب بيع المرهون بإذار رسمي يوجه إلى الحائز وإلى المالك السابق وإلى المدين، إن لم يكن هو المالك السابق، والغاية من إعلان المالك والمدين هي لإعطائهما فرصة وفاء الدين، ومن ثم التخلص من دعوى الضمان التي يرفعها الدائن عليهما^(٣).

(١) د. غني حسون طه و محمد طه البشير، المصدر نفسه، ص ٤٦٨، و د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، المصدر نفسه، ف ٢٩٤.

(٢) المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. غني حسون طه، و محمد طه البشير، المصدر نفسه، ص ٤٦٥.

كما يجب على الدائن أن يودع في صندوق المحكمة مبلغاً كافياً لتغطية نفقات البيع بالمزايدة، ولا يجوز أن يسترد ما استغرق من هذا المبلغ في المصروفات إذا لم ترس المزايدة على أحد كما لو لم يتقدم مزاييد بثمن يزيد على المبلغ الذي عرضه الحائز لتحرير المرهون بمقدار نصف العشر^(١).

وإذا بيع المرهون في المزاد العلني تحرر من كل الحقوق التي كانت تثقله، كما أن من ترسو عليه المزايدة، يتلقى حقه من الحائز، وإذا كانت هناك زيادة في ثمن المرهون على حقوق الدائنين، فإن هذه الزيادة تكون للحائز^(٢).

المبحث الثاني

التخلي عن العين

مادام الحائز ليس مديناً للدائن، ومسؤوليته عن الوفاء تنقيد بالعين التي في حيازته، ولما كان في مباشرة التنفيذ ضد الحائز، مساس بسمعة الحائز، لذا منحت بعض التشريعات المدنية الحائز مكنة تلافي الضرر الذي ربما يلحق به بسبب التنفيذ على العين في حيازته، وذلك بأن يتخلى عن العين، ومن التشريعات المدنية التي أخذت بهذا الحكم، القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، أما القانون المدني العراقي فلم يورد نصاً يأخذ بهذا الحكم، ولبيان مفهوم التخلي وآثاره، نخصص المطلبين الآتيين، لنحدد بعدها إمكانية الأخذ به في القانون المدني العراقي من عدمها.

(١) المادة (١/١٣١٠) مدني عراقي،

(٢) المادة (١٣١٣) مدني عراقي.

المطلب الأول

مفهوم التخلي

كي يتقي الحائز الآثار الضارة لمباشرة إجراءات التنفيذ، فقد يختار التنازل عن حيازته للعين، خاصة أنه لم يوف حق الدائن، ولم يعرض تحرير العين مما يثقلها، ويعد ذلك قرينة على زهده بها، فمن الأفضل له أن يعطي مكنة التخلي عنها حتى لا تكون مصدر ضرر عليه، من هنا منح القانون المدني المصري الحائز التخلي عن العين، حتى لا يظهر اسمه في الإعلانات والتبليغات الخاصة بإجراءات التنفيذ، ويتلافى الإضرار التي يمكن أن تترتب على ذلك، ولتحديد مفهوم التخلي نبحث في طبيعته القانونية في الفرع الأول، ونبحث في الثاني نطاقه.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للتخلي

اشتجر خلاف فقهي بشأن الطبيعة القانونية للتخلية، وتفرق الرأي الفقهي في رأيين، ذهب الأول إلى أن التخلية عمل مادي، ويستند أصحاب هذا الرأي إلى آثار التخلي، ذلك لأن الحائز يتخلى عن الحيازة المادية للشيء، لا عن ملكيته ولا عن حيازته القانونية، وإن كان أنصار هذا الرأي يقرون بخطورته، مما يقربه من أعمال التصرف^(١).

وذهب الرأي الثاني إلى أن التخلي تصرف قانوني، ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن التخلية معناها الاعتراف بحقوق الدائنين المقيدين، وينطوي على النزول عن كل دفع يستطيع الحائز أن يدفع به إجراءاتهم، وهذا كله من أعمال التصرف^(٢). ولكن القول أن التخلي تصرف قانوني، دون تحديد طبيعة هذا التصرف فيما إذا كان تصرفاً منفرداً أو أنه عقد، لا يغني في هذا الشأن فلو قلنا أنه تصرف قانوني منفرد، فالإرادة المنفردة لا تعد مصدراً عاماً للالتزام، وهي لا تنشئ الالتزام إلا في

(١) ينظر في عرض هذا الرأي د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر نفسه، ف٣٠٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المصدر السابق، ف٣٠٥.

الأحوال التي ينص عليها القانون، وليس من الحالات التي نص عليها القانون،
التخلي عن الأعيان المرهونة^(١).

كما أن القول أن التخلي عقد، يؤدي بنا أن نتساءل عن أطرافه ومتى تطابقت
إراداتهم، ولاشك أن مثل هذا القول ينطوي على كثير من الافتراض، لأن الحائز
بممارسته للتخلي عن العين، إنما يريد أن يدفع ضرراً محتملاً يمكن أن يلحق به، لو
تمت إجراءات التنفيذ ضده ولا يريد الدخول في علاقة عقدية.

والرأي الراجح هو أن التخلي ما هو إلا عمل مادي، واستند في ذلك إلى أن
الحائز عندما يتخلى عن العين، إنما يتخلى عن الحيابة فقط، دون الحق العيني الذي
له العين، وسيوضح ذلك عند بحث آثار التخلي، هذا من جانب.

ومن جانب ثان فإن الحيابة عمل مادي^(٢)، فكيف تكسب الحيابة بواقعة مادية،
ويكون التخلي عنها تصرفاً قانونياً؟.

الفرع الثاني

نطاق التخلي

ثار خلاف فقهي أيضاً بشأن نطاق التخلي، ومرد الخلاف هو التساؤل إن كان
التخلي يشمل الأعيان جميعاً أو أنه قاصر على المنقول دون العقار؟ ونعرض لهذا
الخلاف في كل من مصر والعراق وصولاً إلى الرأي الراجح.

أولاً: في مصر

يذهب الفقهاء المصريون إلى مذهبين بشأن نطاق التخلي^(٣)، حيث يرى أنصار
المذهب الأول إلى أن التخلي قاصر على المنقولات دون العقارات، وسندهم في ذل
هو مفهوم المخالفة لنص المادة (١/٨٧١) من القانون المدني المصري التي تنص

(١) د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٤٢٠،
وينظر أيضاً نص المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر المادة (١/١١٤٥) مدني عراقي.

(٣) ينظر في الإشارة إلى هذه الآراء وليد خالد، فكرة الالتزام العيني، رسالة ماجستير، كلية
القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨، ص ١٠١.

على أنه (١) - يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلّى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته).

ويذهب الثاني إلى إمكانية ممارسة التخلي عن الأعيان سواء كانت منقولة أو عقارية، وحجتهم في ذلك أن العقار إذا تخلّى عنه مالكه فأُن ملكيته تنتقل إلى الدولة تطبيقاً لصراحة نص المادة (١/٨٧٤) من القانون المدني المصري ولم ير أنصار هذا الرأي شمول العقارات بمفهوم المخالفة لنص المادة (١/٨٧١)، لأن الأخيرة تنص (.... لا مالك له) والعقار يبقى مملوكاً للدولة إذا تخلّى عنه مالكه.

فضلاً عن ذلك أن نص المادة (١٠٧١) من القانون المدني المصري والذي رسم إجراءات التخلية صريح بشمول العقار بنظام التخلي شأنه في ذلك شأن المنقول، ويبدو الرأي الثاني هو الراجح لسلامة الأسس التي يقوم عليها.

ثانياً: في العراق

لم يورد المشرع العراقي نصاً يعطي الحائز مكنة التخلي عن العقار لكي يتقي إجراءات التنفيذ ضده^(١)، لذا لم يعرض الفقهاء العراقيون لهذه المسألة، وفضلاً عن ذلك أورد المشرع حكماً جعل بموجبه الاستيلاء، بوصفه سبباً لكسب الملكية، قاصراً على المنقول دون العقار مما قد يتبادر إلى الذهن أن المشرع لا يجيز التخلي عن العقار، لأن القول بخلافه، يستلزم إمكانية كسب ملكية العقار بالاستيلاء مادام مالكه تخلّى عنه.

إن مثل هذا الفهم مردود لأن الحائز عندما يتخلّى عن العين، إنما يتخلّى عن حيازتها فقط، دون حقوقه العينية التي له عليها، ومن ثم ليس صحيحاً القول أن العقار الذي يتخلّى عنه مالكه يصبح لا مالك له، حتى يمكن كسب ملكيته بالاستيلاء، كما أنه ليس في نصوص القانون المدني العراقي ما يشير إلى حظر ذلك، والأصل في الأشياء الإباحة.

(١) أما التخلي عن المنقول فقد أورد المشرع العراقي نصاً صريحاً بإمكانية، ينظر نص المادة (١١٠٤) من القانون المدني العراقي.

وحيث أن التخلي يمنح الحائز إمكانية تلافي ما قد يترتب على مباشرة إجراءات التنفيذ ضده، من أضرار، فإنه يستهدف دفع مفسدة، وهو بهذه المثابة جدير بالرعاية، يضاف إلى ذلك أن الحائز ليس مدينًا للدائن بشيء حتى يلزم بإجراءات التنفيذ، ولا يترتب على إعطائه مكنة التخلي أي ضرر يصيب الدائنين، إذا يمكنهم الطلب من المحكمة تعيين حارس قضائي على العين لمباشرة إجراءات التنفيذ بمواجهته، بل قد يكون التخلي من مصلحة الدائن لأنه يعد اعترافاً بحقه على العين، ونزولاً من الحائز عن الدفع التي يمكن أن يتمسك بها تجاهه.

المطلب الثاني

آثار التخلي

إذا تخلى الحائز عن العين، عينت المحكمة حارساً عليها، بناء على طلب الدائن، واتخذت إجراءات التنفيذ بمواجهة هذا الحارس، ولا تختلف هذه الإجراءات عن تلك التي تتخذ بمواجهة الحائز، ويعلن عن بيع العين في المزاد العلني، ويجوز للحائز أن يدخل في المزاد، وأن يرسو عليه المزاد، فإذا رسى المزاد على غيره، فإن الملكية تنتقل من الحائز إلى من رسى عليه المزاد، وإذا رسى المزاد على الحائز تأيدت ملكيته، وتطبق أحكام رسو المزاد على الحائز في حالة بيع العقار له نتيجة لاتخاذ إجراءات التحرير^(١).

وإذا انقضى الرهن لأي سبب من الأسباب، قبل رسو المزاد فإن للحائز أن يسترد العين، وإذا رسى المزاد بثمن أعلى من الدين المضمون، فإن الزيادة تكون للحائز.

الخاتمة

يمكن لنا أن نلخص أهم النتائج التي خرج بها البحث بما يأتي:-

- ١- إن المسؤولية العينية تقدم لنا تفسيراً لكيفية توجه إجراءات المسؤولية إلى الحائز رغم أنه ليس مدينًا للمدعي، فيكون الحائز حائزاً للعين التي تعلق بها حق الدائن هو الذي يبرر توجه المسؤولية إليه، ذلك أن المسؤولية العينية، تلحق

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، المصدر نفسه، ف ٣١١.

العين الضامنة لحق الدائن، ولا شأن لها بذمة المسؤول المالية، إذ ليس للدائن سبيل إلى أموال الحائز الأخرى لأنه لا يلتزم بوفاء حق الدائن، إلا إذا انصرفت إرادته إلى ذلك، إذا وجد أن وفاء حق الدائن من مصلحته، حتى تخلص له الحيازة.

٢- ليس على الدائن أن يثبت أركان المسؤولية المدنية، من خطأ وضرر وعلاقة سببية، كما هو الأصل، حتى تقضي له المحكمة بالتنفيذ على العين، وإنما يكفي أن يثبت أن حقه مستحق الأداء، وإن العين التي يريد التنفيذ عليها ضامنة لوفاء حقه، وإن هذه العين في حيازة المدعي عليه، دون الخوض في مصدر هذه الحيازة وما إذا كانت تستند إلى حق عيني أو لا تستند.

٣- ينبغي عدم الخلط بين المسؤولية العينية وفكرة الالتزام العيني، فهي فكرة يكتنفها كثير من الغموض، فضلاً عن أن الالتزام لا يمكن إضافته إلى العين لأنه علاقة قانونية بين دائن ومدين، وليس علاقة بين شخص وعين، هذا من جانب، ومن جانب ثان، أنه لكي ينشأ الالتزام يجب أن يتحقق عنصر المديونية، على الأقل، والمسؤول في المسؤولية العينية غير مدين للدائن، ولا تتوقف إجراءات المسؤولية العينية على وجود هذا الدين.

٤- ليس هناك طريق لإلزام الحائز بالوفاء ما لم يقرر ذلك بإرادته، وحسبما تقضي به مصلحته، كما أنه يستطيع أن يتخلص من مباشرة إجراءات المسؤولية ضده إذا تخلص عن حيازة العين.

٥- رغم أننا نرجح إمكانية تخلي الحائز عن العين وإن كانت عقاراً، بموجب أحكام القانون المدني العراقي، إلا أنه حسماً للخلاف الفقهي، نرى ضرورة تدخل المشرع العراقي لتشريع نص يعطي بشكل صريح هذه المكنة للحائز والاقتداء بما فعل المشرع المصري.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر

أولاً: المصادر الفقهية

د- إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٦٦.

- د- أنور سلطان، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٠.
- د- حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أحكام الالتزام مطبعة المعارف، ١٩٥٢.
- د- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر، بغداد، ٩٩١.
- د- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام، القاهرة، ١٩٦٠.
- د- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج١، المصادر الإدارية، الكويت، ١٩٨٢.
- د- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، المجلد الثاني، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
- د- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠.
- د- عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- د- عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، أحكام الالتزام، بغداد، ١٩٨٠.
- د- غني حسون طه و محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، ج٢، بغداد، ١٩٨٨.
- وليد خالد، فكرة الالتزام العيني، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٨.

ثانياً: القوانين

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- القانون المدني المصري رقم (١٣١٩) لسنة ١٩٤٨.

تفعيل الردع الضريبي في قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل

المدرس الدكتور

علي هادي عطية الهلالي

كلية القانون / جامعة ذي قار

المدرس الدكتور

هيثم حنظل شريف

كلية القانون / جامعة ذي قار

المقدمة

أظهر التنظيم العقابي في قانون ضريبة الدخل قصوراً في تحقيق الردع الخاص والعام، حيث لم يستطع كبح جماح الخطورة الإجرامية على المصلحة الضريبية، مما أسفر عن وجود دعوات كثيرة لتشديد العقاب بغية تحقيق الردع الضريبي المطلوب. ومن النقطة المتقدمة ينطلق هذا البحث محاولاً إيجاد نوع جديد من الردع يتم فرضه جنباً إلى جنب مع العقوبات الضريبية الأخرى.

إن إتباع نظام التدابير الاحترازية المقترح تبنيه في هذا البحث يسد النقص والقصور في النظام العقابي في قانون ضريبة الدخل، ويحقق الردع في معناه الخاص والعام، وفضلاً عن هذا وذاك يسعى إلى إصلاح المكلف المخالف واستئصال خطورته على المصلحة الضريبية، كون العقوبات في الوقت الحاضر هي لإصلاح المخالف للقانون وليس لمجرد الإيلام البدني والمادي.

إن المصلحة الضريبية (محل الحماية) تفرض إتباع نظام عقابي متطور وفعال يأخذ بمفهوم متكامل للسياسة الجنائية الحديثة، والتي تتألف من العقوبة والتدبير الاحترازي بدلاً من حصر الردع بفرض العقوبة فقط كما منصوص عليه قانوناً ومعمولاً به من قبل السلطة المالية.

كما يهدف البحث إلى تحقيق الردع بحق المكلف المسجل (المكلف الذي لديه إضارة في إحدى دوائر الضريبة)، والمكلف غير المسجل (الذي ليس لديه إضارة

في إحدى دوائر الضريبة) على حد سواء خصوصاً أن الواقع التطبيقي يفرض العقوبة على المكلف المسجل فقط مما يشكل انتهاكاً لمبدأ عمومية الضريبة.

لذا تألفت الدراسة من ثلاثة فصول، فصل تمهيدي يتناول التنظيم العقابي في قانون ضريبة الدخل، أما الفصل الأول فقد خصصناه لبحث مفهوم التدابير الاحترازية وشروط تطبيقها في قانون ضريبة الدخل، في حين تضمن الفصل الثاني التدابير الاحترازية الملائمة في قانون ضريبة الدخل.

الفصل التمهيدي

واقع التنظيم العقابي في قانون ضريبة الدخل

إن سن أي قانون يستلزم بالضرورة معالجة الحالات المتوقعة لانتهاكه، ويحاول المشرع حينها تحديد العقاب الذي يراه ملائماً لحماية المصلحة القانونية التي يرمي إلى حمايتها، وقانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ نص على التنظيم العقابي حيث بين الجرائم الضريبية والعقوبات المترتبة عليها مما يوجب تحديد مفهوم الجريمة الضريبية، ثم بيان التنظيم العقابي المقرر لها.

المبحث الأول

مفهوم الجريمة الضريبية

عرفت الجريمة الضريبية تعريفات عدة، فقد عرفها بعضهم بأنها "كل نشاط إيجابياً كان أم سلبياً ينطوي على إهدار المصلحة الضريبية أو تعريضها للخطر يرتب له القانون جزاءً جنائياً، والمقصود من المصلحة الضريبية كل عبء ضريبي يحميه جزاء جنائي"^(١).

وعرفها آخرون بأنها "اعتداء على حق الخزانة العامة فيما فرضه القانون من ضرائب إذا رصد القانون لهذا الاعتداء عقوبة جنائية"^(٢).

ويتضح من أغلب التعاريف^(٣) بأن الجريمة الضريبية اعتداء على مصلحة ضريبية إذا قرر المشرع جزاءً جنائياً لها.

تقوم الجريمة الضريبية على الأركان الثلاثة الآتية:-

الركن الأول:- الركن المادين ويعني كل نشاط إيجابياً كان أم سلبياً يصيب مصلحة ضريبية.

(١) عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات الضريبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١، ص ٣٩.

(٢) البشري الشوريجي، جرائم الضرائب والرسوم، ط ١، دار الجامعات المصرية، القاهرة، بلا سنة نشر، ص ٢٤.

(٣) بهذا المعنى عبد الستار فاضل، الجرائم الضريبية في تشريع ضريبة الدخل العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين، المجلد السابع، كانون الثاني، مطبعة الموصل، ١٩٨٥، ص ٨٣.

الركن الثاني:- القصد الجنائي، وهو توجيه المكلف إرادته الحرة المختارة نحو الفعل قاصداً النتيجة الحاصلة.

الركن الثالث:- الركن الخاص، ويتمثل بالعبء الضريبي.

ومن جانب آخر فإن الفقه العراقي يشير إلى أن هناك فرقاً بين الجرائم الضريبية ذات الطابع الجنائي ويحددها بالجرائم التي قرر لها القانون عقوبتي الحبس أو الغرامة أو بكلا العقوبتين، وبين الجرائم الضريبية البحتة التي تمس نشاط الإدارة الضريبية وتتعلق بإخلال المكلفين بالالتزامات التي رسمها القانون وفرضها عليهم ولها صلة بمقدار دين الضريبة المستحقة^(١).

ومن جانبنا فإننا لا نميل إلى مناقشة الرأي الفقهي المتقدم حتى لا تبتعد عن مشكلة البحث بقدر ما نبين أن القانون الضريبي يتمتع بذاتية واستقلال لذا فإن المشرع الضريبي حر باختياره التسمية التي تلائم حماية المصلحة القانونية التي يبتغي حمايتها، وتحديد العقوبة التي يراها مناسبة تبعاً لذلك هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الرأي الفقهي أعلاه يستند إلى اختلاف العقوبة والسلطة المختصة بإيقاعها، فعقوبة الحبس تفرض من قبل المحاكم المختصة، أما العقوبات الأخرى فتوكل مهمة إيقاعها للسلطة المالية لذا فإن ما يهمنا ضمن نطاق هذا البحث هو أن الجريمة الضريبية - مهما تعددت مسمياتها وعقوبتها - فإنها فعل إيجابي أو سلبي يمس مصلحة ضريبية لكونه يهدف إلى التخلص من أداء الضريبة كلاً أو جزءاً.

(١) د. عوض فاضل إسماعيل، موقف المشرع العراقي من التكرار الجرمي (العود) في قانون ضريبة الدخل، بحث منشور في مجلة المؤتمر العلمي الضريبي الأول، ج ٢، ٢٠٠١، ص ١٧ وما بعدها.

المبحث الثاني

العقاب الضريبي في قانون ضريبة الدخل

حدد المشرع الضريبي مجموعة من العقوبات التي تفرض على المكلفين والتي قد تفرض بحكم من المحكمة تارة، أو قد تفرض بدون حكم من المحكمة تارة أخرى على وفق ما سنبينه في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: - العقوبات التي تفرض بحكم من المحكمة المختصة

وهي العقوبات التي حددها المشرع (الحبس أو الغرامة) أو بكليتهما، والتي تفرض من قبل المحاكم المختصة كما في جرائم التزوير الضريبي^(١)، أو جريمة الاحتيال الضريبي^(٢)، إذ حدد المشرع عقوبة الحبس لكلتا الجريمتين وعدهما من الجنح^(٣).

ويمكن أن نتساءل هل أن عقوبة الحبس تلائم ما أراد المشرع الضريبي حمايته من مصلحة ضريبية؟

قبل الإجابة نرى أن عقوبة الحبس المحددة للجريمتين أعلاه تفرض على المكلف المسجل من دون أن تفرض على المكلف غير المسجل لأن هاتين الجريمتين لا تقعان إلا من المكلف الذي لديه إضارة ضريبية ويريد التخلص من أداء الضريبة كلاً أو جزءاً فضلاً عن كونه معروف العنوان وسهولة تنفيذ العقوبة عليه.

ويعد هذا التمييز في المعالجة العقابية عيباً تشريعياً فضلاً عن كونها ميزة غير مبررة ممنوحة من المشرع للمكلف غير المسجل تتنافى مع مبدأ عمومية الضريبة، لذا يجب أن يتم تلافي هذا العيب التشريعي بأن ينص على عقوبة أخف بالنسبة للمكلف المسجل الذي يخالف أحكام القانون الضريبي كأن تكون الغرامة، وينص

(١) أنظر: المادة (٥٧) من قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ.

(٢) أنظر: المادة (٥٧) من قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ.

(٣) انظر: المواد (٨٨) و (٨٩) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ التي بينت معنى الحبس بأنه: "إيداع المحكوم عليه في إحدى المنشآت العقابية المخصصة قانوناً لهذا الغرض المدة المقررة في الحكم".

على عقوبة أكثر شدة بالنسبة للمكلف غير المسجل كأن تكون السجن أو الحبس، إذ يمكن تصور ارتكاب المكلف غير المسجل لجريمة تزوير ضريبي (مثلاً) بأن يعتمد إلى تزوير براءة ذمة لغرض صرف مستحقات مالية من جهة حكومية معينة.

المهم أننا نرى أن عقوبة الحبس تحقق إيلا م بدني بالمكلف المخالف، ولا ريب أنها تحقق قدراً معيناً من الردع الموجه ضد الخطورة الإجرامية الضريبية، بيد أننا نرى أن عقوبة الحبس لا توصل إلى حماية - أكيدة - للمصلحة الضريبية محل الحماية، كون أن حبس المكلف سوف يعطل مصدراً للدخل يرفد الخزينة بإيرادات الضريبية بسبب انقطاع مصدر الدخل - بسبب حبسه -، إذ لا يجوز قانوناً فرض الضريبة على مصدر الدخل بعد انقطاعه هذا من جانب، ومن جانب آخر إن تكاليف حبس المكلف التي تدفعها الدولة تضر بلا ريب بالخزينة العامة كونها تشكل قناة من قنوات الإنفاق العام.

وحدد المشرع عقوبة الغرامة بوصفها عقوبة جنائية أصلية في المادة (٥٦) من قانون ضريبة الدخل تفرضها المحكمة المختصة على المكلف المرتكب إحدى صور المخالفات الضريبية الواردة في فقراتها (١) و (٢) و (٣) على وفق نسبة معينة^(١).

وبهذا الصدد فإننا نرى أن عقوبة الغرامة أراد بها المشرع معنى العقوبة الجنائية البحتة، ولم تحمل معنى الإيلا م والتعويض أي لم تحمل الطبيعة المختلطة^(٢)، وذلك لأن التعويض يكون مقابل ضرر ويقاس بقدره، أي أن التعويض يجب أن يختلف بحسب جسامته الضرر، ولا يقدر في هذا الرأي القول أن الضرر مفترض قد أصاب الخزينة العامة هذا من جهة، ومن جهة ثانية فأن المشرع الضريبي قد حدد مقدار الغرامة بنسبة معينة على المكلفين جميعهم - من المسجلين وغير المسجلين - مما

(١) أنظر المادة (٩١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ التي بينت معنى الغرامة بأنها: "إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى الخزينة العامة المبلغ المعين في الحكم...".

(٢) بخلاف ما يراه أستاذنا الدكتور عوض فاضل إسماعيل من أن عقوبة الغرامة تجمع بين التعويض والعقاب، وهذه الصفة المختلطة تتناسب مع طبيعة المخالفة الضريبية التي تقرر عنها .. لمزيد من التفصيل أنظر: أ. د. عوض فاضل إسماعيل، المصدر السابق، ص ٢٤.

يتعارض مع مبدأ تفريد العقاب، وعدم تحقيق العدالة الضريبية، فضلاً عن ضعف الردع الضريبي المطلوب لحماية المصلحة الضريبية محل الحماية، إذ طالما تساوى المكلف المتمتع بكفاية مالية مع المكلف متوسط الدخل بنسبة مبلغ الغرامة فإن الأمر لا يعدو أن يكون ميزة غير مبررة ممنوحة للمكلف الأول دون الثاني بالرغم من أن جريمة الأول بأغلب الأحوال أكثر جسامة من جريمة المكلف الثاني.

استناداً لما تقدم نرى أن تترك للمحكمة المختصة سلطة تحديد مقدار مبلغ الغرامة بما يتناسب مع الحالة المادية والاجتماعية للمحكوم عليه وما أفاده من مخالفته الضريبية أو كان يتوقع إفادته منها وظروف ارتكابها^(١)، أو يتم تحديد حدين (أعلى وأدنى) للغرامة يجعل للقاضي السلطة في فرضها بين هذين الحدين.

ثانياً: العقوبات التي تفرض بدون حكم من المحكمة المختصة

أورد المشرع عقوبات أخرى ترك مهمة فرضها إلى السلطة المالية دون قرار من المحكمة المختصة أخذت بعضها معنى الغرامة أو إلزام المكلف بدفع مبلغ معين^(٢). كما نص المشرع على عقوبات أخرى تحمل معنى التدابير الاحتياطية وتتطوي على ضمان تحصيل الضريبة مستقبلاً كالحجز الاحتياطي^(٣) والمنع من السفر^(٤) وحضر تسيير المعاملات^(٥).

من خلال هذا استعراض السريع لواقع النظام العقابي في قانون ضريبة الدخل نلاحظ أن مجمل العقوبات على المكلفين المسجلين فقط، وإن كانت في مفهومها العام لا تفرق بين المكلف المسجل والمكلف غير المسجل، بيد أن الإدارة الضريبية

(١) أسوة بما تبناه مشروع قانون العقوبات أنظر: المادة (٩١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

(٢) على سبيل المثال العقوبة الواردة في المادة (٤٥) وكذلك البند (٤) من الفقرة (أولاً) من المادة (٥٦) من قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ، وكذلك الفائدة المصرفية المفروضة بموجب القرار (٣٠٧) لسنة ١٩٨٤ النافذ.

(٣) المادة (٥٢) من قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ.

(٤) المادة (٥١) من قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ.

(٥) الفقرة (٣) من المادة (٢٨) من القانون نفسه.

في العراق تفرض على المكلف المسجل - الملتزم إلى حد معين - وتترك المكلف غير المسجل - غير الملتزم نهائياً - هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن التنظيم العقابي لا يحقق الردع الضريبي المطلوب بمعناه العام والخاص^(١)، وعلى فرض أن يحقق قدراً من الردع الضريبي الخاص فإنه لا يوصل حتماً إلى تحقيق الردع الضريبي العام، ومن جانب آخر فإن تطبيق النظام العقابي الراهن قد أظهر قدرة بعض المكلفين على التخلص من تنفيذ بعض العقوبات أو حتى عدم المبالاة في تنفيذها.

إن كل هذه الأسباب المتقدمة تدعو إلى إضافة نوع جديد من العقاب يستجيب إلى الساليب الجديدة والمتنوعة في التهرب الضريبي من جهة، وإلى سعي سياسة العقاب الحديثة إلى إصلاح المكلفين المخالفين الذين يمتلكون خطورة إجرامية ضريبية وذلك بعلاجها كون العقوبة في النظم القانونية المعاصرة تهدف إلى الإصلاح بقدر سعيها إلى الإيلاء والقسر إن لم يكن أكثر من ذلك، وفضلاً عن هذا وذلك فإن العقوبة يجب أن توجه ضد المكلفين عموماً سواء أكانوا مسجلين أم غير مسجلين، مع ضرورة الدعوة إلى تبني نظام عقابي يحقق الردع الضريبي بمعناه العام والخاص على حد سواء.

إن النظام العقابي الذي نسعى إلى تبنيه وإدخاله في النظام العقابي الحالي ليكون رافداً من الروافد الساعية إلى تحقيق الردع الضريبي العام والخاص هو نظام

(١) الأمر الذي دعا الفقه العراقي - بحق - إلى دعوة المشرع إلى تبني نظام العود (التكرار الجرمي). أنظر أ. د. عوض فاضل إسماعيل، المصدر السابق، ص ٩ وما بعدها، ويذكر أن المشرع العراقي قد تبني نظام العود لأول مرة في القانون رقم (٦٦) لسنة ٢٠٠١ المعدل لقانون ضريبة العقار رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ في المادة (٤) منه، التي ألغت المادة (٧) من القانون كما نصت على نظام العود ومضاعفة الضريبة الأساسية عن المدة التي لم يدفع المكلف فيها الضريبة أسوة بما اعتمد المشرع المصري أنظر الباب العاشر (العقوبات) المواد (١٨٤) و(١٨٧) من قانون الضرائب على الدخل المصري رقم (١٥٧) لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم (١٨٧) لسنة ١٩٩٣.

التدابير الاحترازية، إذ ما دام العقاب عن الجرم لا يحقق الردع بشكله الكامل فإن الأفضل إيجاد وسائل أو طرائق جديدة وفاعلة باتجاه تفعيل الردع الضريبي.

الفصل الأول

مفهوم التدابير الاحترازية وشروط تطبيقها

في قانون ضريبة الدخل

إن اقتراح تطبيق التدابير الاحترازية الواردة في قانون العقوبات والملائمة لقانون ضريبة الدخل يوجب تحديد مفهومها في المبحث الأول ثم بيان شروط تطبيقها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

مفهوم التدابير الاحترازية

لم يعرف قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ النافذ التدابير الاحترازية، ولكن الفقه القانون قدم بعض التعريفات لها، فقد عرفها الفقه العراقي بأنها "إجراء أو طائفة من الإجراءات التي يحددها المشرع لمواجهة خطورة إجرامية تتطوي عليها شخصية مرتكب الجريمة لتدراها عن المجتمع"^(١)، كما عرفت بأنها "إجراءات واقية تتخذ ضد من تعد حالته خطرة على المجتمع"^(٢).

في حين عرفها الفقه القانوني المصري بأنها "مجموعة من الإجراءات تواجه خطورة إجرامية كامنة في شخص مرتكب الجريمة لتدراها"^(٣).

وهكذا فإن التعريفات جميعها تركز على أن هدف التدابير الاحترازية هو وضع حد للخطورة الإجرامية متى ما لم تقي العقوبة بهذا الهدف للقصور الوارد في العقوبات المفروضة أو عدم إمكانية إيقاع العقاب أو لتشبع المجرم بالخطورة بالرغم من فرض العقوبة عليه وبالتالي يشترط لإيقاع التدابير الاحترازية أن يكون هناك جريمة وقعت من الجاني وأن حالته ما زالت خطرة على المجتمع أي أن ارتكاب الجريمة وخطورة

(١) د. فخري الحديثي، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مطبعة الزمان / بغداد، ١٩٩٢، ص ٥١٢.

(٢) د. محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات - شرح على متون النصوص الجزائية - ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص ٤٥.

(٣) د. محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٩٣٤.

المجرم هي الشروط العامة لإيقاع التدابير الاحترازية فضلاً عن الشروط الخاصة التي يتطلبها القانون لإيقاع كل تدبير على حدة.

وعلى ضوء ما تقدم نجد أن العقوبة والتدبير يشتركان بأن كليهما يجب أن ينص عليه القانون لغرض مكافحة الجريمة بيد أنهما مختلفان من حيث أن التدبير ينطوي على الخشية من وقوع الجريمة بالمستقبل بسبب خطورة شخص المجرم في حين أن سبب العقوبة هو ارتكاب الفرد فعلاً يعده القانون فضلاً عن أن العقوبة تعني إيلام الجاني عما اقترفه بالماضي في حين أن التدبير هو علاج وإعادة تربية ومنع ارتكاب جريمة مستقبلاً^(١).

ويتجلى السؤال عما إذا كان بالإمكان الأخذ بنظام التدابير الاحترازية في قانون ضريبة الدخل استناداً لمفهومها المتقدم؟

من ناحيتنا فإننا نجيب على هذا التساؤل بالإيجاب مستندين إلى الأسباب الآتية:-
أولاً:- أن النظام العقابي الضريبي - بحسب ما مر ذكره - يعاني من قصور، ونظام التدابير الاحترازية يهدف إلى سد النقص التشريعي أو القصور الوارد فيه، ولا يقدح في هذا القول أن بإمكان المشرع الضريبي تبني نظام العود لأن العقوبة العنيفة كثيراً ما تدفع إلى التماذي باقتراف الجرائم الضريبية.

ثانياً:- إن العقوبة - البسيطة أو الشديدة - لا تعالج الخطورة الإجرامية، ولا تحمل معنى الإصلاح، ولا يمكن تطبيقها إلا بعد ارتكاب الجريمة الضريبية، فضلاً عن عدم كفايتها لوحدها في تحقيق الردع.

ثالثاً:- إن التدابير الاحترازية أصبحت في الوقت الحاضر وسيلة ثانية في السياسة الجنائية بجانب العقوبة في مكافحة الجريمة.

رابعاً:- إن تبني تدابير الاحترازية وفرضها بحق المكلفين المخالفين لقانون ضريبة الدخل - على وفق الشروط التي سوف نتناولها لاحقاً - لا يتعارض مع أي نص في قانون ضريبة الدخل، فضلاً عن أن المصلحة الضريبية جديرة بالحماية بالوسائل

(١) لمزيد من التفصيل أنظر: د. محمد شلال حبيب، التدابير الاحترازية - دراسة مقارنة -، ط ١، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦، ص ١١-٢٨.

كافة، خصوصاً تلك الوسائل التي لا تميل إلى الإيلاء الجسدي (الحبس) أو المادي (الغرامة) بل تميل إلى إصلاح المكلف ونزع الخطورة لديه لكي لا يعاود ارتكاب الإخلال بأحكام التشريع الضريبي.

المبحث الثاني

شروط تطبيق التدابير الاحترازية^(١)

إذا كنا قد انتهينا إلى ضرورة تبني نظام التدابير الاحترازية لمواجهة الخطورة الإجرامية الموجهة ضد أحكام قانون ضريبة الدخل، فإن التدابير الاحترازية لا يمكن تطبيقها إلا في شروط معينة^(٢) تتخلص بما يلي:

أولاً: - الجريمة الضريبية السابقة

بموجب هذا الشرط يقتضي أن يكون المكلف قد ارتكب جريمة ضريبية سابقة، مما عده قانون ضريبة الدخل جرائم ضريبية.

إن شرط ارتكاب جريمة سابقة هو ضمان يستهدف احترام حرية الأشخاص لأنه يمنع إنزال التدابير الاحترازية بحقهم على مجرد الظن بكونهم يحملون خطورة إجرامية على المصلحة الضريبية - محل الحماية -، فضلاً عن كون هذا الشرط ضماناً لأعمال مبدأ الشرعية الذي يخضع له فرض التدابير الاحترازية^(٣).

ثانياً: - الخطورة الإجرامية

تعرف الخطورة الإجرامية بأنها "احتمال ارتكاب المجرم جريمة تالية"^(٤) واحتمالية ارتكاب جريمة تالية لها مقدمات، وهذه المقدمات تتصل بحالة المجرم

(١) هناك شروط عامة للتدابير الاحترازية وشروط خاصة لها يتميز بها كل تدبير عن غيره، وسوف نتناول الشروط العامة التي تشترك فيها التدابير كافة.

(٢) ذكرتها المادة (١٠٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ والتي تشير إلى عدم جواز إيقاع تدبير من التدابير التي نص عليها القانون إلا في حالة ثبوت ارتكاب الشخص جريمة وأن حالته تعد خطرة على سلامة المجتمع.

(٣) مثلما تبني ذلك قانون العقوبات، أنظر: المادة (١٠٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

(٤) د، محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام - المصدر السابق، ص ٩٨٨.

وماضيه وسلوكه الحاضر وظروف الجريمة وبواعثها ويقوم الاحتمال على دراسة هذه المقدمات بالنسبة إلى مجرم معين ومن ثم التساؤل عما إذا كان من شأن هذه المقدمات أن تؤدي إلى ارتكاب جريمة في المستقبل^(١)، كما أن احتمال ارتكاب الجريمة يجب أن يكون احتمالاً جدياً مبنياً على أسباب مبررة لذلك على المحكمة عند الحكم بإيقاع التدبير أن تبين الأسباب التي استندت إليها في فرضه. استناداً إلى ذلك فإن شرط ارتكاب جريمة ضريبية سابقة لا يكفي لوحده لإثبات الخطورة الإجرامية للمكلف بالرغم من أنها وسيلة أساسية للكشف عن تلك الخطورة، بل إن على السلطة المالية في حالة إيقاع أي تدبير احترازي - من التدابير التي سنقترحها لاحقاً - أن تثبت تحقق الخطورة الإجرامية مستعينة بذلك بإضبارة المكلف التي تبين تكرار المخالفات الضريبية له وجسامتها والعقوبات المفروضة عليه إلى غير ذلك من أدلة الإثبات.

(١) د. فخري الحديثي، المصدر السابق، ص ٥١٥.

الفصل الثاني

التدابير الاحترازية الملائمة لقانون ضريبة الدخل

يتناول هذا الفصل أهم التدابير الاحترازية الملائمة لقانون ضريبة الدخل والتي تتناسب مع طبيعة الجرائم الضريبية لغرض تفعيل الردع الضريبي (العام والخاص) وصولاً إلى حماية المصلحة الضريبية فضلاً عن شمول المكلفين غير المسجلين بأساليب الردع الضريبي، خصوصاً أن الإدارة الضريبية تسعى نحو تطبيق العقوبات الواردة في القانون بحق المكلفين المسجلين فقط ..

عليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة: نتناول في المبحث الأول التدابير الاحترازية السالبة للحقوق، في حين سيتضمن المبحث الثاني التدابير الاحترازية المادية أما المبحث الثالث فسيخصص لضمانات المكلفين في فرض التدابير الاحترازية.

المبحث الأول

التدابير الاحترازية السالبة للحقوق

تتعدد التدابير الاحترازية السالبة للحقوق إلى أنواع عدة من أهمها إسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة في التحاسب الضريبي، وحظر ممارسة العمل، والتي سنستعرضها تباعاً:-

أولاً:- إسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة في التحاسب الضريبي

يعني إسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة في قانون العقوبات عن المحكوم عليه: هو حرمانه من ممارسة هذه الحقوق على غيره سواء تعلقت بالنفس أو المال^(١). والولي هو الأب ثم المحكمة^(٢)، أما الوصي فهو من يختاره الأب ثم من تنصبه المحكمة على أن تقدم الأم^(٣)، أما القيم هو من يتولى شؤون المكلف في حالات العته أو السفه أو الغيبة أو فقدان^(٤).

(١) انظر: المادة (١١١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

(٢) المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل النافذ.

(٣) المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين نفسه.

(٤) الفقرة (٣) من المادة (٩٠) من قانون رعاية القاصرين نفسه.

وبالرجوع إلى قانون ضريبة الدخل الذي ألزم (الولي والوصي والقيم) بتقدير الضريبة ودفعها عن ينوب عنه بعين الطريقة وبالمقدار نفسه^(١)، أي أنهم يلتزمون بكل أحكام قانون ضريبة الدخل، وبالتالي فإذا ما ارتكب أي من هؤلاء جريمة ضريبية تستوجب عقوبته بإحدى العقوبات الضريبية وتثبت السلطة المالية أنه يحمل خطورة إجرامية بوسائل الإثبات كافة، فإننا نرى إنزال تدبير إسقاط الولاية أو الوصاية أو القوامة، أي عدم قبول ولايته أو قوامته أو وصايته في إجراء التحاسب الضريبي مستقبلاً خاصة وأنه أثبت إساءته للأمانة المكلف بها، وخطورة على المصلحة الضريبية، كما ينبغي فرض التدبير نفسه فضلاً عن إنزال العقوبة المقررة قانوناً على الولي أو الوصي أو القيم الذي لم يجر التحاسب الضريبي مطلقاً نيابة عن المكلف غير المسجل.

ثانياً: - حظر ممارسة العمل

يعني حظر ممارسة العمل في قانون العقوبات عن المحكوم عليه (الحرمان من حق مزاوله مهنة أو حرفة أو نشاط صناعي أو تجاري أو فني تتوقف مزاولته على إجازة من سلطة مختصة قانوناً)^(٢).

وتبدو أن العلة في إنزال هذا التدبير هو منع المكلف من العمل لأن عمله هو الدافع الذي يحركه لارتكاب الجريمة الضريبية، لذا فإن منعه من العمل - لفترة شهر أو شهرين - يستأصل فكرة ارتكاب الجريمة الضريبية مستقبلاً، خصوصاً وأنه يشعر بأنه مهدد بانقطاع مصدر دخله، هذا من جهة، ومن جهة ثانية سيؤثر هذا التدبير في باقي المكلفين الذي يفكرون بمحاولة ارتكاب جرائم ضريبية في ثني عزيمتهم عن ذلك خصوصاً أن هذا التدبير وما يحققه من علانية قد تعجز عن تحقيقه العقوبة غير المنشورة أو غير المعلنة للعامة، وبالتالي يحقق هذا التدبير الردع العام فضلاً عن تحقيقه الردع الخاص.

(١) المادة (٢٠) من قانون ضريبة الدخل رقم (٠١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ.

(٢) المادة (١١٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

عموماً فإن هذا التدبير الذي يمكن فرضه على المكلف غير المسجل أسوة بالمكلف المسجل يجب أن يكون قصير المدة لسببين: أما الأول: كونه يهدد مصدر يتعيش منه المكلف، أما الثاني: إن إنزال هذا التدبير على مصدر الدخل الذي يرفد الخزينة بالإيرادات الضريبية لفترة طويلة يؤدي إلى انقطاعه وبالتالي إلى عدم خضوع المكلف للضريبة.

المبحث الثاني

التدابير الاحترازية المادية

تتصف التدابير الاحترازية المادية بطبيعتها المادية وبحق للجهة القضائية فرضها حسب طبيعة الجريمة المرتكبة من المكلف، وتتنوع هذه التدابير أنواع عدة كالتعهد بحسن السلوك وغلق المحل ووقف الشخص المعنوي، نردها بالشرح تباعاً:
أولاً: التعهد بحسن السلوك

التعهد بحسن السلوك هو: "إلزام المحكوم عليه بأن يسلك سلوكاً حسناً بصفة عامة ينأى فيه عن ارتكاب الجرائم أياً كانت أو يتجنب ارتكاب جريمة معينة يخشى إقدامه عليها"^(١).

ويتضح أن هذا التدبير الاحترازي يضمن عدم عودة المجرم إلى ارتكاب جريمة ثانية، من خلال تقديم الشخص تعهداً تحريراً يتضمن أن يسلك سلوكاً حسناً بعد انتهاء العقوبة المفروضة عليه عن الجريمة الأولى خلال مدة معينة تتحدد في التعهد، ولضمان الإيفاء بالتعهد على المتعهد إيداع صندوق المحكمة مبلغاً معيناً يرد إليه بعد انتهاء مدة التعهد إذا التزم بما تعهد به^(٢).

ويبدو لنا أن علة التعهد بحسن السلوك تكمن في خلق دوافع نفسية تثني المكلف من ارتكاب الجرائم الضريبية لأنها توجد له مصلحة مادية تحفزه على إتباع سلوك لا يتعارض مع القانون تتمثل تلك المصلحة في استرجاع المبلغ المودع مع

(١) د. محمد شلال حبيب، المصدر السابق، ص ٢٤٥، نقلاً عن أ.د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العامن ص ٨٩٦-٨٩٧.

(٢) نصت المادة (١١٨) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ على هذا التدبير.

التعهد (الذي يكون قد أئنه المكلف عند كتابة التعهد) وخشيته من ضياعه في حالة مخالفته التعهد مما يلحق به ضرراً مادياً^(١).

وهكذا يمكن إلزام المكلف الذي ارتكب جريمة ضريبية سابقة وتوجد أدلة على توافر خطورة إجرامية تدفعه إلى ارتكاب جرائم ضريبية تالية بتقديم تعهد بحسن السلوك مضمونة "عدم ارتكاب جريمة ضريبية خلال فترة معينة" كما يلزم بإيداع مبلغاً معيناً على سبيل الضمان يسترده إذا أحسن السلوك خلال الفترة المحددة بالتعهد ويخسره إذا خالف مضمون التعهد.

ثانياً: غلق المحل

إن تدبير غلق المحل^(٢) يعني: "حظر مباشرة العمل أو التجارة أو الصناعة نفسها في المحل ذاته سواء كان ذلك بواسطة المحكوم عليه أو أحد أفراد أسرته أو أي شخص آخر يكون المحكوم عليه قد أجر له المحل أو نزل له عنه بعد وقوع الجريمة"^(٣).

وحظر مباشرة العمل في المحل الذي استخدم في ارتكاب الجريمة وغلقه لا يطال مالك المحل أو أي شخص آخر يكون له حقاً عينياً إذا لم تكن له صلة بالجريمة، وبعد مالك المحل وصاحب الحق العيني في المحل لا صلة له بالجريمة إذا لم يكن متهماً فيها ويستطيع أيا منهما أن يسترد المحل بطلب يقدمه للمحكمة^(٤). وتبدو علة غلق المحل لأن محل المكلف قد هياً له ودفعه إلى ارتكاب الجريمة، وهذا يعني أن بقاء استغلاله فيه تكمن به خطورة جريمة على المصلحة الضريبية من شأنها التهديد بوقوع جرائم ضريبية تالية، لذا فإن هدف هذا التدبير هو مواجهة تلك الخطورة.

إن ارتكاب المكلف جريمة ضريبية تخص مصدر الدخل الناجم عن محله، وتثبت السلطة المالية أن لديه خطورة إجرامية، فإن من الضروري استئصال السبب

(١) أنظر بهذا المعنى: د. فخري الحديثي، المصدر السابق، ص ٥٣٣.

(٢) أنظر المادة (١٢١٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

(٣) د. فخري الحديثي، المصدر السابق، ص ٥٣٤.

(٤) د. محسن ناجي، المصدر السابق، ص ٤٨١.

الذي يدعوه إلى ارتكاب جرائم تالية، وذلك بفرض تدبير غلق المحل لفترة شهر مثلاً، مما يحقق الردع الخاص والعام من خلال علانية التدبير وعلم العامة به.

ثالثاً: وقف الشخص المعنوي أو حله

إن تدبير وقف الشخص المعنوي أو حله^(١) يعني إذا ارتكب ممثلو الشخص المعنوي أو وكلائه باسم الشخص المعنوي أو لحسابه جريمة، فإنه يحظر على الشخص المعنوي ممارسة أعماله التي خصص نشاطه لها خلال مدة معينة دون التعرض لوجوده القانوني، وإذا تكرر الجرم المرتكب من قبل ممثلي الشخص المعنوي أكثر من مرة فللجهة القضائية أن تأمر بحل الشخص المعنوي.

وقد حصر قانون ضريبة الدخل الشخصية المعنوية بالشركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة^(٢)، كما ألزم المدير والمحاسب وأحد كبار موظفي الشخص المعنوي بالالتزامات المقررة به^(٣)، وبهذا فإن ارتكاب أيّاً من هؤلاء جريمة ضريبية، مع بقاء الخطورة متوافرة لارتكاب جرائم تالية باسم الشخص المعنوي مما يوجب فرض تدبير وقف الشخص المعنوي لفترة شهر مثلاً، فإذا تكررت الجريمة الضريبية يمكن أن يفرض تدبير حل الشخص المعنوي، وبهذا الشكل يتحقق الردع بمعناه الخاص والعام.

(١) المواد (١٢٢) و (١٢٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

(٢) الفقرة (٦) من المادة (١) من قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ.

(٣) المادة (٢٥) من قانون ضريبة الدخل نفسه.

المبحث الثالث

ضمانات المكلفين في فرض التدابير الاحترازية

إن فرض التدابير الاحترازية السابقة إذا ما تبناه مشرع قانون ضريبة الدخل، أو ما سوف يراه ملائماً في حينه، لا بد أن يحاط بعدد من الضمانات التي يمكن تلخيصها بما يلي:

أولاً: شرعية التدابير الاحترازي

ساوى قانون العقوبات فرض التدابير الاحترازية مع فرض العقوبات من حيث وجوب توافر الشروط القانونية التي تشترط في إيقاعها ومن أهمها مبدأ المشروعية، وبالتالي لا يجوز فرض أي تدبير احترازي دون أن ينص عليه القانون، إذا لا عقوبة ولا تدبير ما لم ينص عليه القانون^(١).

ثانياً: السلطة التي تتولى فرض التدابير الاحترازية

تبين لنا الاختلاف بين العقوبة والتدبير، بيد أنهما مرتبطان من حيث أن ارتكاب الجريمة هو سبب فرض العقوبة والتدبير فضلاً عن كون الجهة القضائية هي التي تفرض العقوبة وكذلك التدبير في نطاق قانون العقوبات، إلا أن العقوبات الضريبية تفرض من جهات عدة - كما مر ذكره - لذا نرى أن تتناط مهمة فرض التدبير الاحترازي للمحكمة المختصة إذا ما فرضت العقوبة الضريبية من المحكمة، أما إذا فرضت العقوبة الضريبية من قبل السلطة المالية فإن فرض التدبير يكون من اختصاص السلطة المالية في حين إذا فرضت العقوبة من قبل اللجان الاستئنافية فإن إنزال التدبير الاحترازي يكون معقوداً للجان الاستئنافية بوصفها لجان إدارية ذات اختصاص قضائي^(٢).

(١) المادة (١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ وكذلك أنظر:

المادة (٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.

(٢) شكل قانون ضريبة الدخل رقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ المعدل النافذ (مثلما درجت عليه القوانين السابقة) في الفصل الثامن عشر (المواد ٣٧ - ٤٠) لجان الاستئناف وهيئة تمييزية للنظر في الطعون الضريبية، بعد أن منع المحاكم من النظر في قضايا الضريبة في الفصل السابع

المهم أن تكون السلطة المالية طرفاً بوصفها مدعي تقع عليها إثبات الخطورة الإجرامية من خلال سيرة المكلف المأخوذة من إضرارته وتكراره المتواصل لانتهاك القانون الضريبي.

ثالثاً: الطعن في فرض التدابير الاحترازية

إن فرض التدابير الاحترازية تخضع لطرائق الطعن القانوني أسوة بفرض العقوبة الذي يخضع لطرائق الطعن، وبهذا الصدد نقترح أن ينص المشرع على حق المكلف بالتظلم من فرض التدبير الاحترازي خلال فترة يعينها القانون، وفي حالة فرض التدبير من قبل اللجان الاستئنافية فيتم التظلم أمام الهيئة التمييزية.

رابعاً: اكتساب التدابير الاحترازية الدرجة القطعية

إن التدابير الاحترازية التي لم يطعن المكلف بها خلال الفترة التي يحددها المشرع، أورد الطعن من الناحية الشكلية كونه مقدم خارج المدة القانونية، أو رد الطعن من الناحية الموضوعية إذا لم يستطع المكلف أن يدحض أدلة السلطة المالية في كون المكلف قد ارتكب جريمة ضريبية عوقب عليها وتتوافر لديه خطورة إجرامية تدفعه لارتكاب جرائم لاحقة وذلك كله استناداً إلى إضرارة المكلف أما إذا كان من غير المسجلين أصلاً أي من المتهمين عن دفع الضريبة فلا يمكن له إثبات عكس ما أثبتته السلطة المالية.

والعشرين (المادة ٥٥)، وما زالت هذه اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي (بموجب تكليف مجلس شورى الدولة لها بقراره المرقم ٩٠/٤٢ في ١٧/٩/١٩٩٠) تعمل رغم صدور القرار (٤٣) في ٢٢/٢/٢٠٠٣ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٧٢ في ٣/٣/٢٠٠٣ الذي أرجع الولاية العامة للقضاء بحسم المنازعات الضريبية، لأن ألغى (المادة ٥٥) من قانون ضريبة الدخل، وأبقى على المواد (٣٧ - ٤٠) من القانون نفسه.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات

تبينت من خلال البحث الاستنتاجات الآتية:

- ١- قصور التنظيم العقابي في قانون ضريبة الدخل، وعدم فاعلية العقاب الضريبي في اجتثاث الخطورة الإجرامية الضريبية، مما يهدد المصلحة الضريبية باستمرار.
- ٢- إن عقوبة الحبس لا تحمي المصلحة الضريبية (محل الحماية)، بل قد تلحق ضرراً بالإيرادات العامة بشكل مباشر من خلال انقطاع مصدر دخل المكلف المحبوس، فضلاً عن كونها تؤدي إلى خلق قناة جديدة من قنوات الإنفاق العام على السجون والمحكومين المودعين فيها.
- ٣- إن العقوبة الضريبية - على وفق التطبيق العملي - تفرض على المكلفين المسجلين في إحدى فروع الهيئة العامة للضرائب ولا تفرض على المكلفين غير المسجلين فيها، مما يتعارض مع مبدأ عمومية الضريبة.
- ٤- لا يوجد في التنظيم القانوني للعقاب الضريبي في قانون ضريبة الدخل ما يمنع من الأخذ بنظام التدابير الاحترازية جنباً إلى جنب مع العقوبات الضريبية المنصوص عليها.

ثانياً: التوصيات

- ١- يوصي الباحثان بإتباع نظام التدابير الاحترازية الموجود في قانون العقوبات وفرضه على المكلفين المخالفين مع العقوبات الواردة في قانون ضريبة الدخل بهدف حماية المصلحة الضريبية، وإصلاح المكلفين ونزع رغبة ارتكاب الجرائم الضريبية لديهم.
- ٢- إجراء التعديل التشريعي في قانون ضريبة الدخل بالنص على أفضل التدابير الاحترازية وأكثرها ملائمة لذاتية القانون واستقلاله بغية تحقيق أقصى درجات الحماية الجنائية للمصلحة الضريبية.
- ٣- فرض العقاب والتدابير الاحترازية المقترحة على المكلفين غير المسجلين في إحدى فروع الهيئة العامة للضرائب أسوة بالمكلفين المسجلين.

- ٤- إبتاع سياسة الثواب والعقاب في نطاق فرض الضرائب والحرص على تقديم مزايا أفضل للمكلفين الملتزمين بدفع الضريبة من المكلفين غير الملتزمين.
- ٥- التعمق في البحث عن الأسباب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والتشريعية وغيرها من الأسباب التي تدفع المكلفين لارتكاب جرائم ضريبية.

الضوابط القانونية للعقد المركب

الدكتور

غني ريسان جادر الساعدي

كلية القانون - جامعة البصرة

المقدمة

لعل العناية التي حظي بها العقد في الدراسات القانونية هي عناية فائقة لم ينلها أي نظام قانوني آخر، وذلك لما للعقد من أهمية عملية حيوية في النشاط الإنساني، فهو ليس مظهر من مظاهر الحرية الفردية فحسب بل هو عماد النشاط الاقتصادي في المجتمع الإنساني بوصفه أداة المبادلة وسبيل التعاون بين البشر فضلاً عن ذلك أنه يلبي نزعة المرء إلى الإحسان والتبرع إلى من يشاء من بين جنسه من خلال التبرعات والهبات عموماً.

ومن خلال الإحساس بالدور الحيوي الذي يلعبه العقد في الحياة اليومية تبرز أهمية أية دراسة قانونية تنتمي إلى نظرية العقد، والتي تتحدد في نطاق هذا البحث بالضوابط القانونية للعقد المركب، حيث ان العقد المركب انتشر في الوقت الحاضر تمشياً مع تطور الحياة الاقتصادية وتعدد مشكلاتها وذلك انطلاقاً من قدرة الإرادة على إحداث أثر قانوني حيث أنه مادام العقد وليد التراضي فيجب أن يراعى فيه ما قصده الطرفان من تنظيم الأوضاع المستجدة في المجتمع الأمر الذي يثير التساؤل عن مفهوم هذا العقد من خلال بيان طبيعة العلاقات القانونية التي يتناولها بالتنظيم، والمعيار الذي يقوم عليه هذا العقد، فضلاً عن التساؤل الذي يثار حول نطاق هذا العقد هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى تقتضي دراسة الضوابط القانونية للعقد المركب بحث أحكام هذا العقد للوقوف على المبادئ القانونية التي تحكم إنهاء العلاقة القانونية بين أطرافه، الأمر الذي يثير التساؤل عن كيفية فسخ العقد المركب وكيفية إبطاله، مما يتطلب الأمر بلورة تلك الأحكام من خلال محاولة تأصيلها بالرجوع إلى القرارات القضائية للوقوف على معالم تلك الأحكام وذلك من خلال مناقشتها واستخلاص

المبادئ القانونية منها. سوف يكون منهجنا في بحث الضوابط القانونية للعقد المركب هو المنهج المقارن بين القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والفرنسي. إن الإجابة على التساؤلات والإشكاليات المتعلقة بالضوابط القانونية للعقد المركب، اقتضت تقسيم هذا البحث إلى مبحثين خصصنا الأول للتعريف بالعقد المركب من خلال تحديد معياره في مطلب وبيان نطاقه في مطلب آخر. وخصصنا المبحث الثاني لأحكام العقد المركب، والذي قسمناه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول فسخ العقد المركب في حين نتناول في المطلب الثاني بطلان هذا العقد.

المبحث الأول

التعريف بالعقد المركب

إن العقود والتصرفات المالية بصورة عامة عرفها العرب قبل الإسلام فكانوا يتعاملون بعقود المعاوضات المختلفة من بيع وإجارة ورهن وكفالة وحالة وما إلى ذلك وكانت لهذه المعاملات المالية أحكام تعارفوا عليها بحيث أصبحت نتائج عرفية لتصرفاتهم يلزمهم بها العرف، وعندما جاء الإسلام أقر قسم من هذه المعاملات وأبطل القسم الآخر لأن إرادتهم قد تكون غير سليمة في تنظيم تلك العقود^(١).

وفي القانون الروماني أن تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة كانت له أهمية خاصة، حيث لا يعترف القانون الروماني إلا بعقود محددة هي العقود المسماة أما العقود غير المسماة فلم يعترف بها إلا بعد مرور فترة طويلة، وكانت هناك أسماء تطلق عليها كالهبة والمقايضة وكانت لا تتم إلا إذا قام أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها^(٢).

أما في التشريعات الحديثة، فإن هذه الأفكار قد تغيرت وذلك لقدرة الأفراد على إنشاء روابط عقدية بإرادتهم، وبذلك تكون العقود غير المسماة هي العقود غير

(١) د. زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٢، وأنظر كذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٧٨.

(٢) د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، ط ١، ١٩٦٨، ص ٣٣٠.

المنظمة تشريعياً عكس العقود المسماة التي تمتاز بتنظيم أحكامها تشريعياً^(١)، فضلاً عن ذلك أدى تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية إلى ازدياد ظهور العقد المركب في الحياة القانونية بوصفه عقد غير مسمى حيث أصبح للأفراد بحكم إرادتهم أن يمزجوا بين عناصر عقود مسماة في عقد واحد، فيكون العقد المركب متمثلاً في اشتماله على أكثر من عقد امتزجت لتصبح عقداً واحداً كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل الذي يتحلل إلى عدة عقود مسماة هي عق إيجار بالنسبة للغرفة وعقد بيع بالنسبة للطعام والشراب وعقد عمل بالنسبة للخدمة وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة^(٢).

وعليه فالعقد المركب كفكرة قانونية، يتطلب البحث عن معيار له لكي يمكن القول بأننا أمام عقد مركب دون سواء فضلاً عن دراسة نطاق هذا العقد الأمر الذي يستلزم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما معيار العقد المركب وفي ثانيهما نطاق العقد المركب.

المطلب الأول

معيار العقد المركب

يمكن لإرادة المتعاقدين ربط اتفاقية أو أكثر ما كانا ليبرما أي منهما بدون الآخر، أو أياً من هذه الاتفاقيات بدون الأخرى^(٣) بحيث يدل هذا المجموع من الاتفاقات المختلفة على عقود يطلق عليها بالعقود المركبة أو المختلطة^(٤)، ويذهب

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، العقود المدنية، جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص ٣.

(٢) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج ١، البيع والإيجار، بغداد، ١٩٧٠، ص ٣، و د. سعيد عبد الكريم مبارك و د. طه الملا حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، العقود المدنية، المرجع السابق، ص ٨-٩.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (١١)، العدد (٢) في يونيو ١٩٨٧، ص ١٩.

(٤) د. سعدون العامري، المرجع السابق، ص ٣.

رأي في الفقه^(١) إلى أن هذه العقود المركبة تجد مشروعيتها في مبدأ سلطان الإدارة الذي يجيز لمبرمي التصرفات القانونية أن يزودها بالشروط والأوصاف الفرعية المتعددة تبعاً لحاجاتهم وأن يمزجوا في نفس التصرف القانوني عدة عمليات قانونية مختلفة.

وعليه يمكن القول أن التصرف يكون بسيطاً عندما تكون العملية القانونية واحدة فالتصرف القانوني هو إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين^(٢) وهذه الإرادة مزودة في هذه الحالة بشروط فرعية أو تكميلية من وجهة النظر الموضوعية، ويكون التصرف القانوني مركباً عندما يشمل عمليات قانونية مختلفة، وهنا يثور التساؤل حول متى نكون أمام شروط فرعية أو تكميلية؟ ومتى نكون أمام عمليات قانونية مختلفة؟

الجواب أنه في صدد التصرفات القانونية البسيطة أن الشروط الفرعية أو التكميلية لا يتصور وجودها دون التصرف الذي يصحبها، أما في التصرفات القانونية المركبة فيتم على العكس جمع لشتى العمليات في إطار في واحد على نحو مصطنع مع إمكانية تحقق هذه العمليات في تصرفات منفصلة أو مستقلة^(٣). وبذلك يحق للأفراد أن يمزجوا بين نماذج عقود مختلفة وإن يبتكروا عقوداً جديدة في إطار النظام العام والآداب وبغض النظر عن التسمية التي تطلق على

(١) د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المدني المقارن والشرعية الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص ٣١٦ وما بعدها وانظر كذلك د. صالح العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، أطروحة دكتوراه من كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠٠١، ص ٢٤١.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، ١٩٥٣ - ١٩٥٤.

(٣) د. زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص ٥٠، وانظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص ١١١.

ذلك العقد المركب سواء أكان ذلك العقد داخلاً في نطاق القانون المدني أم القانون التجاري^(١).

إن حل مسألة العلم فيما إذا كانت اتفاقات الأطراف مستقلة في حد ذاتها وتشكل عقداً مركباً، يكون هذا الحل مبني على الإرادة المعلنة أو المفترضة للأطراف المتعاقدة، ففي الأحوال التي لم يعلن فيها عن إرادتهم بأن يعلقوا بعضها على بعض نستطيع استنباط الارتباط من الظروف المحيطة بإبرام هذه التصرفات ، ومن هذا الجانب قد تقوم بعض الأدلة على الإبرام المتزامن لشتى الاتفاقات عقب ذات المفاوضات أو في نفس المحرر أو الوفاء بمبالغ إجمالية للأداءات المختلفة، ولكن هذه الأدلة قد لا تكون معياراً لوجود عقد مركب، وفي هذه الحالة لابد من البحث عن الارتباط بين الأهداف التي يبغي المتعاقدان إلى تحقيقها وإن لا يتم الاعتماد بأهداف كل متعاقد على حده إلا بالقدر الذي يعلم به المتعاقد الآخر أو كان عليه أن يعرفها وفقاً لمبدأ حسن النية^(٢).

وعليه أن وحدة الهدف بين الأداءات المشترطة بموجب شتى العمليات القانونية تجعلنا غالباً نفترض انصراف إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إبرام عقد مركب عندما يحدد هؤلاء الأطراف مقدار التزاماتهم الناشئة عن الاتفاقات آخذين بنظر الاعتبار المزايا التي يحصلون عليها، ففكرة عدم قابلية التصرفات القانونية للانقسام تصلح لإقامة الارتباط بينها في عقد مركب يكون هدف الأطراف المتعاقدة من روائه واحداً.

المطلب الثاني

نطاق العقد المركب

(١) د. جعفر الفضلي، عقد الإيجار التمويلي، مجلة القانون المقارن، العدد (٢٥)، ١٩٩١، ص ١٣١، ورجع كذلك د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، ط ١، ١٩٨٤، ٣١ وما بعدها.

(٢) د.س. شيشيروس. هـ فيفوت و م. ب فيرمستون، أسباب انقضاء العقد، ترجمة هنري رياض، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٦، ص ٢٤، وانظر كذلك، د. جلال العدوي، العقود المسماة، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٢١-٢٥ و د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، المرجع السابق، ص ٢٣.

يتواجد العقد المركب من اجتماع أي عقدين بسيطين أو أكثر مندمجين في عملية قانونية واحدة من ذلك إذا اقترن عقد البيع بعقد إيجار أو بعقد بيع آخر مثال ذلك من يشتري داراً جديدة ويبيع داره القديمة لنفس البائع للدار الجديدة، وكل منها بثمن معين، فيكون في هذه الحالة أمام عقدي بيع في عقد مركب واحد، فيكون نطاق العقد المركب هنا متضمناً عقدي بيع، أو يقوم البائع بإجارة الدار لمدة معينة في نفس الوقت الذي اشتراها به، فنكون أما عقد مركب نطاقه عبد البيع وعقد الإيجار^(١).

ويدق الأمر عند تبعية الضمان للدين الأصلي حيث يمكن القول في هذه الحالة أن تبعية الضمان للدين الأصلي لا يجعل من العقد المنشئ للدين عقداً مركباً، وإن شمل العقد الواحد كلاً من الدين والضمان، فالمقصود بالتبعية هنا توقف وجود الضمان وصحته على وجود الدين المضمون وصحته دون أن يكون لوجود الضمان أثر على الدين المضمون لا في وجوده ولا في صحته^(٢)، وذلك لاستقلال المصدر المنشئ للدين الأصلي عن المصدر المنشئ للضمان، ومثال ذلك إذا اجتمع مع عقد البيع والإيجار أو القرض عقد آخر من كفالة أو رهن وذلك لضمان وفاء المتعاقد بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد الأصلي.

وعليه فلكي نكون أمام عقد مركب يضم في نطاقه عدة عقود يجب أن تكون هناك التزامات متقابلة حيث ((المهم وجود رابطة عقدية تؤكد التزامات متقابلة سواء

(١) د. إبراهيم أحمد السيد، العقود المدنية، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٣.

(٢) د. خالد لطفي ممدوح، التأمينات، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٧، ويقتصر اثر وجود الضمان أو صحته على أوصاف الدين المضمون وأهمها إضافة إلى أجل، فيؤدي تقديم الضمان أو إضعافه إلى سقوط الأجل، كما ينص القانون المدني على الأحوال التي يسقط فيها الأجل في حالة هلاك المال محل الضما.

أنظر: د. عبد المجيد الحكم و د. عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، القانون المدني، ج ٢، أحكام الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص ١٨٦-١٨٧، ولمزيد من التفاصيل أنظر وسن قاسم غني، وسقوط الأجل في الالتزامات المالية، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٢.

تمثلت تلك الرابطة في عقد واحد أو أكثر من عقد مادامت تحقق ترابط وثيق بينهم^(١).

ويذهب رأي في الفقه إلى أن كل عقد من هذه العقود الداخلة في نطاق العقد المركب لا يكون مستقلاً عن سواه، إذ ترتبط العقود أحدهما بالآخر لتشكيل مجموعة عقود مركبة^(٢).

وفي مقابل ذلك يذهب رأي آخر إلى أن القول بوجود عقد واحد في إطار مجموعة عقدية متعددة الأطراف لتحديد نطاق العقد المركب هو وصف مرفوض إذ يطلق على الشخص الذي يتلقى حقاً أو شيئاً من المجموعة العقدية وصف الغير ذي المصلحة العقدية^(٣).

ويبدو أن هذا التوجيه منتقد حيث أن وصف المصلحة العقدية هو وصف غامض، وأن الأمر يتطلب قبول تجمع أكثر من عقد وأن تعدد أطرافه كعقد واحد في هذه الحالة وأن أطرافه لا تعد من الغير، وعليه يكون الرأي الأول هو الراجح، فهناك عقد مركب يضم عقوداً فيها بالطبع أطراف متعددة لكنها ليست من الغير بالنسبة لهذه المجموعة العقدية.

وقد يتضمن العقد المركب عدة خدمات يقدمها أحد طرفي العقد للآخر، فإذا كان هناك عدة عقود مسماة يعبر كالمصداق على خدمة كنا بصدد ربط بين تلك العقود، ويكفي في هذا الصدد تعدد تلك العقود بغض النظر عن أهميتها المتفاوتة فيما بينها في نظر المتعاقدين، والأصل تطبيق القواعد القانونية الخاصة بكل عقد مسمى بدخل في تكوين العقد المركب، ولكن عند عدم إمكانية التوفيق بين آثار هذه العقود الداخلة في نطاق العقد المركب تطبق في هذه الحالة القواعد العقد الرئيس من

(١) نقلاً عن د. صالح العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٢) Teyssie, Les groups de contract, these, librairie general de droitel de Jurisprudence, Paris, 1975, P.39.

نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، ط١، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٧٩.

(٣) د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

بين هذه العقود، أما العقود الأخرى فتتبع العقد الرئيس في الحكم استناداً لقاعدة الفرع يتبع الأصل في الحكم^(١)، وفي هذا الصدد غلب القضاء المصري تطبيق عقد المقاوله فرفض دعوى وضع اليد التي رفعها مشترك في عقد التلفون قطع عنه الاتصال^(٢).

المبحث الثاني

أحكام العقد المركب

تجمع إرادة المتعاقدين في العقد المركب عدة عمليات قانونية أو عمليتين قانونيتين على الأقل، ولكل عملية وصفها أو تكييفها القانوني في الأصل، اللهم إلا ما قد يلزم من تغليب القواعد القانونية التي يقتضيها أحد الوصفين عملاً بقاعدة الفرع يتبع الأصل في الحكم.

ولكن المسألة ليست بهذه السهولة حيث يلزم أن نفهم أنه في صدد العقد المركب أنه يبدو وككل غير قابل للتبعض رغم طبيعته المركبة، الأمر الذي أثار التساؤل بصددته عن مدى إمكانية فسخ هذا العقد؟ هل يكون جزئياً أو كلياً؟ فضلاً عن التساؤل الذي يثار حول بطلان العقد المركب؟ وكيف يكون غذا كانت إحدى العمليات أو العقود المكونة للعقد المركب باطلاً؟ وكيف نتعامل مع بطلان أحد الشروط في عقد داخل في تكوين عقد مركب؟.

الإجابة عن هذه التساؤلات اقتضت منها تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين خصصنا المطلب الأول لفسخ العقد المركب في حين خصصنا الثاني لبطلان العقد المركب.

المطلب الأول

فسخ العقد المركب

(١) أنظر د. سعدون العامري، المرجع السابق، ص ٤، وأنظر كذلك د. سليمان مرقس ود. محمد علي إمام، عقد البيع، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٥.

(٢) قرار محكمة مصر الكلية في ٣ تشرين الأول ١٩٧٢، مجلة المحاماة، رقم (٢٦٠)،

وعليه فمحكمة أول درجة اعتبرت البيع والإيجار مشكلتين لعقد مركب منهما وإلا لما قضت بذلك وقررت ((أن المحرر يوجد التزامات متحدة المصدر بحيث يترتب على عدم تنفيذ أحدهما إعطاء الحق لصاحب الالتزام المقابل في الدفع بعدم تنفيذ التزامه)).

وعندما استأنفت المطعون عليها الحكم الابتدائي قررت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم المستأنف وبسبب صحة ونفاذ عقد البيع موضوع الدعوى على سند من القول بأنه ((يبين من مطالعة عقد البيع موضوع هذه الدعوى أنه صدر من المستأنف ضده (الطاعن) للمستأنفة (المطعون عليها) بيعه لها حصة لقاء ثمن قبضه البائع بالكامل وتعهد فيه البائع بتسليم المشتري جميع المستندات اللازمة لتسجيل العقد ثم نص البند الخامس من هذا العقد على أن البائع قد أجر حصته الباقية المملوكة لقاء أجر شهري قدره ثلاثة جنيهاً تدفع له بإيصالات شهرية. وظاهر هذا العقد بمضمونه الموضح آنفاً أنه يتضمن عقدين أحدهما بيع بات مستكمل لعناصره كافة وأركانه والآخر إيجار مستقل عن البيع، وإن كان العقدان قد تضمنهما عقد واحد، وبذلك الصحيح أن كلا من العقدين مستقل عن الآخر تماماً ولا يترتب على الإخلال بالتزام في أحدهما جواز امتناع الطرف المتضرر عن عدم التنفيذ في هذا العقد عن التزامه في العقد الآخر)).

وعندما عرض الأمر على محكمة النقض قررت مصادقة حكم الاستئناف ومما جاء في حيثيات القرار: ((ولما كان ما خلص إليه الحكم سابقاً، وليس فيه خروج عن المعنى الظاهر لعبارة الاتفاق السالف الذكر، ولا يغير من ذلك ورود كلمة (الشركة) فيما تضمنه البند التاسع من أن محكمة الجيزة هي المختصة بنظر أي خلاف، ينشأ بين الطرفين بخصوص هذه (الشركة)، كما أن ما ورد في البند الخامس منه من مراعاة شخصية المتعاقدين في إبرام العقدين وفي تحديد ثمن المبيع

والقيمة الإيجارية وكذلك ما نص عليه البند الثامن من التزامات على عاتق كل من الطرفين، فإن كل ذلك ليس من شأنه أن يفقد كل عقد استقلاله عن الآخر^(١).
ويلاحظ أن محكمة النقض رفضت اعتبار ورود العقدين في محرر واحد عقداً مركباً ولكن اتجاه محكمة الموضوع يبدو صحيحاً لأن عبارات الاتفاق كله من قبل المتعاقدين تفيد بأنهما أرادا إبرام العقد صفقة واحدة في عقد مركب من عمليتي بيع وإيجار.

إن تكييف هاتين العمليتين على أنهما يشكلان عقداً مركباً من بيع وإيجار له أهميته، إذ أن هذا التكييف من شأنه أن يتيح في قضية أخرى بين نفس المتعاقدين أن يطلب البائع بوصفه مؤجراً أيضاً فسخ العقد المركب من بيع وإيجار على أساس إخلال المشتري التي هي مستأجرة أيضاً بالتزامها بأداء الأجرة، إذ أن نطاق فسخ العقد المركب يكون كلياً^(٢)، ولو تضافر في تكوينه عمليات من نسيج قانوني مختلف بيع وإيجار. ولكن هل تسري هذه الأحكام بالنسبة لبطلان العقد المركب هذا ما سوف نبحثه في المطلب التالي:

(١) نقض مصري في ٢٢ فبراير ١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض المصرية السنة الثامنة والعشرون، الجزء الأول، ص ٥٠٥-٥١٠.

(٢) د. يسري أحمد، التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٧٠ وانظر أيضاً

المطلب الثاني

بطلان العقد المركب

تلعب إرادة المتعاقدين دوراً مهماً في تكوين العقد المركب فإذا كانت إحدى العمليات المكونة لهذا العقد جزء لا يتجزأ من العقد المركب بأسره طبقاً لإدارة المتعاقدين المشتركة وسواء أكانت صريحة أم ضمنية، فيتعين على القاضي أن يقضي ببطلان هذا العقد برمته^(١). لأن انصراف إرادة المتعاقدين المشتركة على كون ما اندمج فيه من عمليات قانونية يعد وحدة واحدة أي كلاً غير قابل للانقسام معناه أن العقد المركب بكل ما يرد عليه من عمليات مندمجة فيه ما كان لينعقد بغير العملية الباطلة منها. وهذا هو مناط بتطبيق المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه:

((إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً))^(٢)، وطبقاً لهذه المادة لا بد أن يبطل العقد المركب بأسره ما دام قد اعتري بطلان العملية منه بأسرها لا يتم العقد بدونها، لأن العقد المركب تكون كل عملية باعثاً دافعاً لأحد المتعاقدين على إبرام العقد على نحو قبله المتعاقد الآخر، ومعنى هذا أن العقد ما كان لينعقد بغير العملية الباطلة أو القابلة للإبطال برمتها وهذه النتيجة المنطقية المستفادة بجلاء من نص المادة (١٣٩) مدني عراقي والمنصرف إلى عدم جواز التفريق بين العمليات القانونية المندمجة في عقد مركب واحد بحيث تأخذ جميعها نفس المصير من حيث الصحة أو البطلان احتراماً لإرادة المتعاقدين معمول بها بالقانون المدني المصري التي تنص بأنه: ((إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده قابل للإبطال إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله)).

(١) ومن البديهي أن العقد المركب يكون باطلاً إذا كانت العمليات المكونة له باطلة ككل.

(٢) وتقابلها بالمعنى نفسه المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري.

فضلاً عن ذلك أن هذه النتيجة معمول بها في القانون الفرنسي بغير نص، حيث يبحث القاضي في تحديده لنطاق بطلان العقد المركب فيما إذا كانت العمليات المكونة لعقد مركب غير قابل للتفريق من خلال نية الطرفين، وهو يبحث في ذلك عن إرادة حقيقة متفق عليها من قبل الطرفين وموجودة فعلاً في الاتفاق الحاصل بينهما^(١).

أما إذا كانت إحدى العمليات باطلة وغير مؤثرة في تكوين العقد المركب فتبطل وحدها ويبقى العقد صحيحاً مما يؤدي إلى انتقاص العقد وبالرغم من ذلك هناك مواضع في القانون المدني العراقي قد جعلت الأصل بطلان التصرف القانوني برمته والاستثناء هو تجزئة العقد وانتقاصه^(٢)، إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف موافقة الطرفين على انعقاد العقد بصورة مستقلة بعضها عن البعض الآخر وهذا ما ذهبت إليه المادة (٧٢٠) من القانون المدني العراقي بشأن عقد الصلح التي تنص على أنه:

- ١- الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء يقتضي بطلان العقد.
 - ٢- على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد توافقا على إن إجراء العقد مستقلة بعضها عن بعض^(٣).
- وبذلك يكون القانون المدني قد خالف المبدأ العام الذي أخذت به المادة (١٣٩) بشأن انتقاص لعقد إلا أن النتيجة في النهاية واحدة حيث أن النتيجة أولاً وأخيراً ما

(١) Philippi simler, La nullity partielle desacts Juridiques, libraries general de droit et Jurisdrence, Tom CT, Paris, 1969, No. 377, P.457-458, Jean Paillusseau, Les contract daffaires, la semaine Juridique, Paris, 1987, No. 22, P.30.

(٢) يختلف تحول العقد عن الانتقاص اختلافاً جوهرياً ففي الانتقاص (البطلان الجزئي) يستبقي التصرف الأول والمقصود به أصلاً جزئياً لأنه صحيح جزئياً أو إنه غير صحيح من حيث الكم فقط أما في التحول فإن التصرف الأول والمقصود أصلاً باطلاً بهذا الاعتبار ويدور لأمر حول الإبقاء عليه باعتباره تصرفاً آخر تماماً.

انظر في تفصيل ذلك د. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، أطروحة دكتوراه، جامعة هالديبرج، النسخة العربية، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٦٤.

(٣) تقابلها المادة (٣٧٨) من القانون المدني المصري.

ارتضته إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمناً في جعل عقد الصلح وحدة لا تقبل التجزئة أو على العكس من ذلك أنه قابل للتجزئة^(١).

وفي قضية عرضت على القضاء المصري كان قول الشركة المدعي عليها (الطاعنة) أن الاتفاق المبدئي المحرر في ١٩٦٤/١١/١ يتضمن عقدين منفصلين، وإن جميعها محرر واحد، لا تسايرها فيه المحكمة، ذلك أن الواضح من ذلك الاتفاق أنه قصد منه تنظيم علاقة الشركة (الطاعنة) بالمدعي (المطعون ضده) في العمل لحساب الشركة طبقاً للشروط التي ينظمها العقد الجديد في المستقبل، وذلك اعتباراً من يوم انتهاء العقد السابق ومن غير المتصور أن يكون إنهاء المدعي للعقد الذي ينظم صلته بالشركة حتى ١٩٦٨/١٢/٣١ مع ما يحق له ذلك العقد من فوائد حسب ما يبين من بنوده ومن الشهادات المقدمة من المدعي الصادرة من الشركة (الطاعنة) عن أرباحه في فترة تنفيذ ذلك العقد السابقة على الاتفاق الأخير إلا أن يكون ذلك مرتبطاً بتحرير عقد جديد مع الشركة ينظم العلاقة بينها الأمر الذي تستخلص منه المحكمة أن بنود الاتفاق المحرر بتاريخ ١٩٦٤/١١/١ إن هي إلا فقرات من كل واحد لا يتجزأ هو ذلك العقد، وإن هذه البنود مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً مما يكون معه بطلان الجزء الخاص بتنظيم العلاقات بين الطرفين مستقبلاً، وهو جزء رئيس في ذلك الاتفاق مما يترتب عليه بطلان الاتفاق، وأنه لولا اتفاق الطرفين على تحرير العقد الجديد ينظم علاقتهما مستقبلاً لما وافق الطعون ضده على إنهاء العقد السابق، ولما كان بطلان العقد في شق منه مع بقاءه قائماً في باقي أجزائه، إلا يتعارض هذا الانتقاص مع قصد المتعاقدين بحيث إذا تبين أن أيّاً منهما ما كان ليرضى بإبرام العقد بغير الشق المعيب فإن البطلان لا بد أن يمتد إلى العقد كله، ولا يقتصر على هذا الشق وحده، وقد كان الحكم قد استخلص من عبارة الاتفاق وأوراق الدعوى وملابستها وبأسباب سائغة أن الجزء الذي أبطل الاتفاق لا

(١) لمزيد من التفاصيل أنظر: د. محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، مطابع دار الكتاب الجامعي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ٤٢.

ينفصل عن جملة العقد، لأن المطعون ضده ما كان ليقبل وقت إبرام ذلك الاتفاق إتمامه بغير هذا الجزء^(١).

نستخلص من قضاء محكمة النقض أن الاتفاق الذي يضم عقدين إذا ثبت أنهما ليسا منفصلين، بل هما على العكس كلاهما واحد هو ذلك العقد المطروحة منازعة في صحته على المحكمة، فإن معنى ذلك أنه لولا اتفاق الطرفين على أحد العقدين الممثلين للشقين المكونين لعقد واحد، هو في حقيقته عقد مركب، لما تم التراضي على هذا العقد برمته.

هذا إذا كانت إحدى العمليات المندمجة في العقد المركب باطلة برمتها، أما إذا كانت إحدى هذه العمليات باطلة أو قابلة للبطلان في شرط منها فحسب، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

من البديهي أن نطبق أولاً على نطاق بطلان هذه العملية في ذاتها القاعدة العامة في المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي المتعلقة بتحديد نطاق البطلان، وذلك من حيث مدى كون الشرط المتعلق بهذه العملية جوهرياً في نظر المتعاقدين أو في نظر أحدهما وقبله الطرف الآخر، أي مدى كونه شرطاً باعثاً دافعاً على الاتفاق للعملية برمتها، فإذا لم يكن كذلك بل كان شرطاً ثانوياً وفقاً لإرادة المتعاقدين اقتصر بطلان العقد المركب على هذا الشرط وكان هذا بطلاناً جزئياً مقتصرًا على استئصال الشرط المعيب من عملية أو أكثر متعلقة بعقد مركب^(٢).

(١) نقض مصري في ٢١ إبريل ١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض، السنة الرابعة والعشرون، العدد الثاني والعشرون، رقم ١١٥، ص ٦٤٩ وما بعدها.

(٢) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار وائل، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٥٠-١٥١، وانظر كذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري، ج١، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١١١-١١٢، د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢٢٢، و د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، أطروحة من جامعة القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص ٩٠ وما بعدها.

أما إذا كان الشرط الباطل في إحدى العمليات الداخلة في تكوين العقد المركب جوهرياً في الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ففي هذه الحالة يكون العقد المركب باطلاً كلياً لأن المتعاقدان ما كانا ليبرما العقد المركب بدونه أو ما كانا ليتقفا على إحدى العمليات المندمجة فيه بدونه باعتباره شرطاً جوهرياً^(١).

وصفوة القول، أنه مادامت إحدى العمليات المكونة للعقد المركب باطلة في شرط منها ما كان العقد المركب لينعقد بدونها فعندئذ يبطل العقد المركب كله ويعتبر كأن لم يكن.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحث الضوابط القانونية للعقد المركب استنتجنا إلى أن هذا العقد يشكل أهمية كبيرة في الحياة القانونية من الناحيتين النظرية والعملية، إذ أن العقد المركب قد أخذ يزداد ظهوراً نظراً لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية حيث أصبح للأفراد بحكم إرادتهم أن يمزجوا عدة عقود في عقد مركب يكون محله متعدداً بتعدد العمليات القانونية الداخلة في تكوينه، وهذا ما يميزه عن التصرف القانوني البسيط الذي ينصب على عملية قانونية واحدة.

وقد تبين لنا أن الشروط المقترنة بالتصرف القانوني تشكل عقد مركب من خلال جمع شتى العمليات القانونية في إطار عقد واحد مع إمكانية تحقق تلك الشروط بصورة مستقلة عن التصرف المقترنة به، فضلاً عن ذلك أن وحدة الهدف من إبرام العقد المركب تمثل الارتباط الوثيق بين العمليات الداخلة في نطاقه وذلك عندما تقوم الأطراف المتعاقدة بتحديد التزاماتهم الناشئة من الاتفاقات التي تتم بينهم

(١) د. حسن علي الذنون و د. محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص ١٥١، وانظر كذلك، د. حمدي عبد الرحمن، عقد إيجار وفقاً للقانون المدني وقوانين الإيجار الأماكن، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٢٩، د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الروماني، العقود المسماة، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٣٧٥، وانظر كذلك

- Jean P paillussu, Les contract d'affaires, op. cit, P.33.

آخذين بنظر الاعتبار المزايا التي يحصلون عليها، مما يجعل وحدة الهدف تنشأ ارتباطاً بين هؤلاء الأطراف متمثلة في عقد مركب.

وتوصلنا إلى أن تبعية الضمان للدين الأصلي لا تؤدي إلى نشوء تصرف قانوني مركب بالرغم من وجود الضمان والدين في العقد نفسه وذلك لاستقلال المصدر المنشأ للدين الأصلي عن المصدر المنشأ للضمان، فالتبعية هنا تعني توقف وجود الضمان وصحته على وجود الدين دون أن يكون لوجود الضمان وصحته أثر على وجود الدين، فضلاً عن ذلك أن العقود الداخلة في تكوين العقد المركب لا تكون مستقلة عن سواها لارتباطها فيما بينها مما يجعلها تشكل مجموعة عقدية لا يكون أطرافها من الغير بالنسبة للآخرين.

ومن خلال البحث في الأحكام الخاصة بالعقد المركب اتضح لنا إلى أن هذا العقد تطبق عليه أحكام العقود الداخلة من تكوينه وعند عدم إمكانية التوفيق بين أحكام تلك العقود تطبيق أحكام العقد الرئيسي الداخل في تكوين العقد المركب وتتبعه العقود الأخرى في الحكم استناداً لقاعدة الفرع يتبع الأصل.

أما عن فسخ العقد المركب، فقد وجدنا أنه لا يجوز فسخ أحد العقود الداخلة في تكوينه دون العقود الأخرى، ذلك لأن العقد المركب لا يوجد إلا ككل غير قابل للانقسام بالرغم من طبيعته المركبة، وهذا يعني أن فسخ العقد المركب لا يكون إلا كلياً لاستناد كل عملية قانونية في العقد المركب على العملية أو العمليات الأخرى الداخلة في تكوينه، ويلاحظ في هذا الصدد أن ورود أكثر من عقد محرر واحد يجعل من ذلك المحرر عقداً مركباً وقد لا يجعل منه ذلك حسب سلطة القاضي التقديرية التي يستخلصها من الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة عليه مع أخذ إرادة المتعاقدين وما يتضمنه الاتفاق من عبارات.

وفي نطاق بطلان العقد المركب تبين لنا أن هذا البطلان يكون كلياً إذا تبين للقاضي أن إحدى العمليات المكونة للعقد المركب هي جزء لا يتجزأ من العقد برمته بحيث لا ينعقد العقد بغير تلك العملية الباطلة فضلاً عن بطلان العقد المركب في حالة بطلان العمليات المكونة له كلها، إلا أنه إذا تبين للقاضي من عبارات العقد وظروفه موافقة الطرفين على انعقاد العقد بصورة أجزاء مستقلة بعضها عن البعض

الآخر، فيقضي ببطلان العملية الباطلة فقط دون غيرها، كما هو وارد بشأن عقد الصلح حيث جعل المشرع الأصل فيه أنه لا يتجزأ إلا إذا تبين من ظروف العقد وعباراته على أن تكون أجزاء العقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر.

أما في حالة بطلان شرط في عملية داخلية في تكوين العقد المركب، فيجب التمييز في هذه الحالة بين كون هذا الشرط جوهرياً بالنسبة للمتعاقدين فيبطل العقد كلياً في هذه الحالة، أما إذا كان الشرط ثانوياً اقتصر البطلان على هذا الشرط فيتم استئصاله من العقد المركب ويبقى هذا العقد صحيحاً.

وأخيراً، نقترح على المشرع العراقي تنظيم العقد المركب تشريعياً وذلك من خلال تحديد المعيار القانوني له، فضلاً عن تحديد نطاقه وبيان الحالات التي تؤدي إلى نشوء هذا العقد لأن تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية أدى إلى ظهور الكثير من الإشكاليات الخاصة بمثل هذا العقد والتي شغلت حيزاً كبيراً في القضاء، الأمر الذي يتطلب تسهيل الطريق أمام القضاء في إصدار الأحكام الخاصة بهذا العقد من خلال التنظيم التشريعي لضوابط العقد المركب.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

- ١- د. إبراهيم أحمد السيد، العقود المدنية، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦.
- ٢- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٤.
- ٣- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة (١١)، العدد (٢)، ١٩٨٧.
- ٤- د. أحمد المسعود، العقود المسماة، دبي، ٢٠٠٥.
- ٥- د. أحمد يسري، تحول التصرف القانوني، أطروحة دكتوراه من جامعة هالديبرج، النسخة العربية، مطبعة الرسالة، القاهرة، ١٩٥٨.
- ٦- د. جعفر الفضلي، عقد الإيجار التحويلي، مجلة القانون المقارن، العدد (٢٥)، ١٩٩١.

- ٧- د. جلال العدوي، العقود المسماة، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
- ٨- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، أطروحة من جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.
- ٩- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه من جامعة فؤاد الأول/ نهضة مصر، ١٩٤٦.
- ١٠- د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دار وائل، عمان، ٢٠٠٢.
- ١١- د. حمدي عبد الرحمن، عقد الإيجار وفقاً للقانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.
- ١٢- د. خالد لطفي ممدوح التأمينات، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ١٣- د. زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، القاهرة، ١٩٦٨.
- ١٤- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج١، البيع والإيجار. بغداد، ١٩٧٠.
- ١٥- د. سعيد عبد الكريم مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي، العقود المدنية، جامعة بغداد، ١٩٩٣.
- ١٦- د. صالح العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، أطروحة دكتوراه من جامعة عين الشمس - كلية الحقوق، ٢٠٠١.
- ١٧- د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، أطروحة دكتوراه من جامعة بغداد - كلية القانون - الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
- ١٨- د. صبيح مسكوني القانون الروماني، ط١، ١٩٦٨.
- ١٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، ١٩٥٣-١٩٥٤.
- ٢٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، القاهرة، بدون سنة طبع.

- ٢١- د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني، ج١، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.
- ٢٢- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في النظرية والالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠.
- ٢٣- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، القانون المدني، ط٢، أحكام الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٦٨.
- ٢٤- د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصيف للتراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١.
- ٢٥- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٢٦- د. محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، مطابع دار الكتاب الجامعي، القاهرة، بدون سنة طبع.
- ٢٧- د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الروماني، العقود المسماة، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٥.
- ٢٨- د. هشام المأمون، العقود، دار العربي، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٢٩- وسن قاسم غني، سقوط الجل في الالتزامات المالية، رسالة من جامعة بابل - كلية القانون، ٢٠٠٢.
- ٣٠- د. يسري أحمد، التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

ثانياً: المراجع الإنكليزية

- ١- ج. س. شيشير وس. هـ. فيفوت و م. ب. فيرمستون، أسباب انقضاء العقد، ترجمة هنري رياض، دار الجبل، بيروت، ١٩٧٦.
- 2- Aubry et Rau, Droit civil Francais, Paris, 1960.
- 3- Jean Paillusseau, Les Contract d'affaires, La semaine Juridique, Paris, 1987.
- 4- Philips sinler, La nullité Partielle des acts Juridiques, libraire, general de droit et Jurisprudence Tom CT, Paris, 1969.
- 5- Teyssie, Les groupe de contranct, these, libraire general de droit et de Jurisprudence, Paris, 1975.

جريمة الاضطهاد دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي الجنائي

الدكتورة

أمل فاضل عنوز

كلية الحقوق/جامعة النهرين

المقدمة

شهد العالم عمليات اضطهاد واسعة النطاق للسكان المدنيين في مراحل متعددة في تاريخه الطويل، كان أكثرها إيلاماً ما شهدته العصر الحديث أثناء النزاعات المسلحة والتي أثرت تأثيراً مباشراً على الطبيعة السكانية للعالم بأسره. والاضطهاد العنصري وما ينتج عنه من قهر وتكثير وسلب وإرادة الشعوب والجماعات وهوياتها الثقافية وتكريس مشاريع الهيمنة والاستبداد له أسباب عديدة. فضلاً عن الأنشطة الاستعمارية وما ينتج عن تلك الأنشطة من تغييراً ديموجرافياً أثنيّاً وقبليّاً وثقافياً ودينيّاً بما في ذلك عمليات تقسيم الحدود دون مراعاة التجانس السكاني وعمليات الاستيطان على حساب السكان الأصليين وعمليات التبشير بين سكان العديد من الدول، ومحاربة الاستعماريين لبعض الفئات من السكان الأصليين على حساب الفئات الأخرى مما أنتج هيمنة اقتصادية للفئة الموالية للاستعمار. هناك أسباب تاريخية ودينية قديمة موروثية إنسانياً نتجت عنها جرائم أخرى شنيعة يمكن أن توصف بأنها جرائم اضطهاد عنصري وفي مقدمتها جرائم إبادة ما يزيد عن خمسين مليون من السكان الأصليين (الهنود الحمر) في الولايات المتحدة الأمريكية عند بداية الاستيطان الأوروبي هناك، وجرائم البيض الأمريكيين ضد السكان الأفارقة الذي تم اختطافهم من دولهم الأصلية واسترقاقهم، والمحارق والإبادة ضد اليهود في أوروبا وقتل ما يزيد عن سبعة ملايين يهودي في ألمانيا النازية أو في إسبانيا (محاكم التفتيش) الأمر الذي ينفي صفة التفرد الألماني بقتل اليهود جماعياً، وطرد وعزل السكان الأصليين وقتلهم على يد اليهود في فلسطين وعمليات مماثلة في جنوب أفريقيا وروديسيا (زيمبابوي)، والمذابح التي حدثت ضد الأرمن في تركيا في العهد العثماني وراح ضحيتها عشرات المئات، والمذابح التي وقعت ضد مسلمي البوسنة

والهرسك في يوغسلافيا السابقة والتي وقعت بأيدي مجرمي الصرب وراح ضحيتها عشرات الألوف من السكان المدنيين، والمذابح التي وقعت في راوندا وبوروندي والكونغو بين قبائل التوتسي ضد قبائل الهوتو وراح ضحيتها أكثر من مليوني مواطن أفريقي، وتعرض القبائل الأفريقية مثل قبائل الطوارق للتشتت بين عدة دول مما تسبب في مشاكل عديدة في كل من مالي والنيجر وليبيا والمغرب والجزائر، والمذابح التي وقعت ضد الأكراد في العراق والتي تقع الآن ضد أبناء الشعب العراقي وغيرها من الدول.

والاضطهاد في إطار النزاعات المسلحة من أنجح الوسائل لضمان ثمار العدوان، كما أنه أشدها إلحاقاً للأذى بالسكان المدنيين، فهو هيمنة بربرية حتى ولو كان فعلاً هامشياً في تفاعله ودرجته.

فنتائج جريمة الاضطهاد لا يمكن أبداً محو آثارها المدمرة، سواء كانت هذه الآثار ألماً شعورياً إنسانياً أو خسارة مادية للممتلكات ووصولاً إلى خسارة وافتقاد آلاف البشر بسبب الممارسات العنصرية القاتلة من إبادة وتدمير وقتل على الهوية. وقد واجه المجتمع الدولي هذه الممارسات بالعديد من الوثائق القانونية التي كانت آخرها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والذي كان الوثيقة القانونية الدولية التي تذكر صراحة إلى جانب سلسلة الجرائم ضد الإنسانية جريمة الاضطهاد.

ولأن الاضطهاد العنصري سقوط بشري وجريمة حضارية لا تغتفر ولا يوجد أي مبرر أو مسوغ أو سند شرعي أو قانوني أو إنساني يمكن من خلاله تبرئة أي مرتكب لهذا الفعل الدنيء، ولأن أفراد الشعب العراقي في قمة قائمة المجاميع البشرية التي تعرضت وتعرض للاضطهاد بكل أشكاله وصوره ولم يشهد للتاريخ مثيلاً له في نوع القسوة والتعذيب والقتل على الهوية الطائفية كان هذا الجهد المتواضع الذي يبين أنواعاً وأشكال وطرق الاضطهاد، ويناقش بالتحليل والمقارنة مفاهيم عدة له علاقة بواقعنا المعاصر.

وقد قسمنا البحث إلى قسمين ضم الأول والثاني منه ثلاث مباحث سنباشر قراءتها لها ضمن الإيجاز والإلمام دون تفريط وخصوصاً في النواحي السياسية راجين من الله التوفيق.

الفصل الأول

مفهوم الاضطهاد والجهود الدولية لتقنين جريمة الاضطهاد

في إطار الجرائم ضد الإنسانية

الاضطهاد هو أحد الجرائم الدولية الخطيرة وهو نوع من الحرب المعلنة وغير المعلنة بين الإنسان وأخيه الإنسان وبين الفرد والدولة يهدد الأمن ويقوّض دعائمه. وإن من أصعب جوانب دراسة الاضطهاد بصفة عامة وجريمة الاضطهاد بصفة خاصة هو محاولة الوصول إلى تعريف محدد للاضطهاد. وقد تضافرت الجهود الدولية لوضع تعريف عام وشامل لجميع أنواع الاضطهاد، وتجريم الأفعال المكونة لتلك الجريمة الخطيرة وتقرير العقوبات على مرتكبيها وذلك للتخفيف من آثارها الجسيمة على البشرية ولتعزيز فرض الأمن وتدعيمه بين الشعوب وبين أبناء الشعب الواحد. وللوقوف على طبيعة الاضطهاد وماهيته يتعين إلقاء الضوء على جريمة الاضطهاد سواء في الاتفاقيات والمواثيق الدولية أو في قواعد القانون الدولي أو من خلال صور اقتراف هذه الجريمة وذلك كل في مبحث مستقل على النحو التالي:

المبحث الأول

تعريف الاضطهاد وأهمية تجريمه على الصعيدين الدولي والداخلي

وردت كلمة الاضطهاد في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ولم يختلف معناه في الاصطلاح القانوني كثيراً عن معناه لغة.

ومصطلح الاضطهاد من المصطلحات العامة وله تعريف قانوني محدد حيث اتفقت جميع التعاريف على الغاية أو الهدف من ارتكاب فعل الاضطهاد وإن تعددت الوسائل التي يمكن من خلالها تحقيق هذا الهدف.

وبغية الوقوف على المعنى اللغوي والاصطلاحي للاضطهاد وأهمية تجريم هذا الفعل وزعنا هذا المبحث على مطلبين احتوى الأول منهما على بيان هذا المعنى والآخر خصصناه لإبراز تلك الأهمية.

المطلب الأول

تعريف الاضطهاد

الاضطهاد Persecution يعني الجور والتجبر، والعتو، وإساءة معاملة الغير^(١). ويشير مصطلح الاضطهاد بشكل عام إلى الممارسات التمييزية سواء تلك التي يرتكبها الأفراد في حق بعضهم أو تلك التي ترتكبها الدولة في حق الأجانب أو في حق رعاياها.

وتعد جريمة الاضطهاد أكثر الجرائم ضد الإنسانية أهمية وأشدّها خطورة لما تنطوي عليه من تمييز شديد في المعاملة، مما دعى البعض إلى تسميتها بجرائم الكره Hate Crime^(٢)، وذكرت هذه الجريمة في جميع قوائم الجرائم ضد الإنسانية.

كما عرفت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة الاضطهاد في قضية كيوبسك بأنه "إنكار جسيم وصارخ على أسس تمييزية بحق أساسي ثابت في القانون الدولي العرفي أو الاتفاقي يصل من حيث خطورته وجسامته إلى ذات درجة

(١) حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، الطبعة الثانية، مكتبة لبنان بيروت، ١٩٧٠، ص ٥٢٢.

(٢) هارون سليمان، الاضطهاد، جرائم ضد الإنسانية والقانون الدولي، مقالات وتحليلات، الحلقة (١١) صوت حركة تحرير السودان، ٢٠٠٧، ص ١، Sudanese on line.com.

خطورة وجسامة الأفعال الأخرى المحظورة في تعريف المادة الخامسة من نظام المحكمة المذكورة^(١).

ونتيجة لما سبق وجهت جهود المحكمة الجنائية الدولية نحو تحديد الطبيعة الدقيقة للحق الذي سيشكل الحرمان الشديد فيه اضطهاداً إلى درجة وجد بها البعض ضرورة انتهاك الفعل التمييزي حقاً أساسياً من حقوق الإنسان أو التمتع المتساوي بالحرية أو الحق، فعرف الاضطهاد في نظام روما الأساسي المعتمد في ١٧ تموز عام ١٩٩٨ بأنه حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرماناً متعمداً وشديداً من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي وذلك بسبب هوية الجماعة أو المجموع^(٢). والمضطهد طبقاً للمعنى السابق من كان محلاً لانتهاك أو خرق كل أو بعض حقوقه وحرياته لأسباب تتعلق بالعرق أو الدين أو الجنسية أو الرأي السياسي أو الانتماء إلى فئة معينة ... الخ^(٣).

وبالتعريف السابق أصبح مفهوم الاضطهاد أكثر وضوحاً إذ يمكن من خلاله فهم الأفكار العنصرية على حقيقتها ومدى تفاقم العنصرية واشتداد وطأتها. إلا أن خطورة تلك الجريمة الإنسانية تقتضي عدم إطلاقها على عواهنها، فهناك العديد من الاشتراطات لكي توصف جريمة معينة بأنه جريمة عنصرية: أولها أن تتصف تلك الجريمة بصفة العمومية والانتظام، فلا يمكن أن توصف إحدى الحوادث الشجارية العارضة بين فئتين في إقليم واحد أو في دولة واحدة بأنها اضطهاد عنصري. وثانيها أن تركز إلى تشريعات محددة أو أوامر سلطوية معينة

(١) نقلاً عن: هارون سليمان، نفس المصدر، ص ٣.

(٢) المادة ٧ (٢) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في ١٧ تموز ١٩٩٨، مذكرة الأمانة العامة، اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٩، ص ٧.

(٣) ضاري رشيد السامرائي، الفصل والتمييز العنصري في ضوء القانون الدولي العام، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٣، ص ١٥٨، و وليام شو كروس، الاضطهاد على أسس سياسية أو عرقية أو دينية، جرائم الحرب، تأليف: لورنس فشرلر وآخرون، ترجمة: غازي مسعود، دار أزمنة للنشر، عمان، ٢٠٠٣.

تقل وتبخس من حقوق إحدى الفئات لصالح فئة أخرى محظوظة. وثالثها أن يكون هناك استخدام لسلطات الدولة بشكل مباشر أو غير مباشر لاضطهاد فئة في المجتمع وسلب أو المساعدة على سلب حقوق تلك الفئة المضطهدة، وأخيراً أن تكون هناك نتائج محددة وواضحة تبين الاضطهاد المزعوم على فئة دون أخرى^(١).

المطلب الثاني

أهمية تجريم الاضطهاد على الصعيدين الدولي والداخلي

تبدو أهمية تجريم الاضطهاد بصورة جلية في القانون الدولي الجنائي والتشريعات الوطنية على حد سواء.

ففي إطار الحياة الدولية نجد أن جريمة الاضطهاد تتسع غايتها لتشمل إهدار الحدود الدنيا من الحقوق الممنوحة للإنسان وأينما وجد ومهما كان انتماءه العراقي أو اللوني. فلم يعد التسلط ولم تعد السيطرة وعملية انتهاك الحقوق منصبة على الأقليات الدينية أو العرقية فحسب وما يستدعي ذلك من تدخل دولي لتأمين الحماية لتلك الأقليات الدينية أو العنصرية أو اللغوية من اضطهاد السلطات الوطنية لها، بل أصبح الاضطهاد وما يرافقه من التمييز وتفرقه عنصرية من أكبر وأخطر وأهم المشاكل الدولية التي واجهتها حقوق الإنسان والإنسانية بشكل أعم.

فهو يعني رفض تلك الحقوق والحريات وعلى نحو يؤدي إلى إقرار التفاوت بين أبناء الجنس البشري، وهو محاولة تثبيت سيطرة جماعة على جماعة أخرى أو فئة على غيرها لتبرير استغلال الإنسان للإنسان، أضف إلى ذلك إن فعل الاضطهاد يصدر عن روح عنصرية تظهر معالمها الخارجية في إذلال شعب من الشعوب الخاضعة لسيطرة قوي الاحتلال وامتهان كرامته تبعاً لنظراتها المتدنية لها.

كما إن تقارير المنظمات الدولية العاملة في مجال حقوق الإنسان تؤكد ممارسة هذه الجريمة من قبل العديد من الدول وب نماذج تتنافى مع ضمير المجتمع الإنساني

(١) حسن مدبولي، الجرائم ضد الأقليات، جريدة شبابا مصر الإلكترونية، مجلة يومية متخصصة في الرأي، ٢٠٠٧، ص ١-٢.

والشعوب المتمدنة رغم ارتباط تلك الدول بالمواثيق الدولية التي تحرم اضطهاد الأفراد والشعوب لاسيما الواقعة تحت الاحتلال.

من أجل ذلك تحرم المواثيق الدولية في أكثر من موضع لها جريمة الاضطهاد، وتنتهى عن ارتكابها، وتعتبرها من الجرائم ضد الإنسانية.

أما على الصعيد الداخلي فما أسهل على السلطة التي تمارس الحكم أن تسيء استخدام سلطاتها وتنتهك كل أو بعض الحقوق والحريات الممنوحة لجماعة أو لفئة معينة أو تدفع إلى ذلك وبصورة غير مباشرة وبشتى الوسائل عن طريق خلق الحركات والمنظمات والأحزاب العنصرية التي ترمي إلى تقوية الحواجز العرقية أو الدينية بما في ذلك المذهبية منها بين الأفراد بدلاً من إزالتها وصهرها في مجتمع واحد. ومهما بلغت تلك الدولة من التنظيم والدقة في وضع الضمانات، فما أوسع المجالات أمام السلطة في أن تسن القوانين سواء الاستثنائية منها كقوانين الطوارئ والأحكام العرفية أو التي تصدر تحت شعار الصالح العام أو النظام السياسي أو الاجتماعي ممن يحاول أن يتناول عليه.

المبحث الثاني

صور الاضطهاد

يقوم الاضطهاد على العنصري، والعنصرية تعني إضفاء مميزات على مجموعة من الأفراد يزعم أنها تنتمي إلى عرق محدد أو أصل معين، وإن تلك الصفات أو المميزات لا تتمتع بها الجماعات أو الأعراق الأخرى التي تعيش على نفس الإقليم أو الدولة أو سواها، مما يترتب على ذلك أن تتمتع الفئة الأولى بكل الحقوق والامتيازات، وأن تنتقص أو تهدر الحقوق والحريات للجماعات الأخرى. وعليه يراد بالعنصرية الإيمان بواحد أو أكثر من الأسس المتقدمة واعتباره حاسماً في تحديد هوية الإنسان ومصيره وهي: العرق، اللون، النسب، الأصل القومي والأصل العرقي^(١).

فالعنصرية إذن وبالأسس المتقدمة تؤدي إلى الاضطهاد بشكل عام وبصورة التفرقة والتمييز في الحقوق والحريات بين المجموعة التي يزعم أنها تنتمي إلى عنصر معين ودائماً ما تكون هي الماسكة على زمام السلطة فتصادر الحقوق أو تخرق، وتقيد الحريات أو تسلب عن كل الأفراد الذين لا ينتمون إلى ذلك العنصر، وهذا ما يسمى (بالتمييز العنصري).

وعندما يصل الشعور بالتفوق أو الإيمان بمميزات العرق حداً معيناً ترى فيه تلك الجماعات أنها لا يمكن أن تتعايش مع الجماعات الأخرى بسبب الفوارق العنصرية أو الحضارية والثقافية أو بسببها جميعاً يصار إلى (الفصل العنصري). وعليه فإن الصور التي يتخذها الاضطهاد تختلف من مكان إلى آخر حسب الأوضاع الاجتماعية والسياسية والاقتصادية في كل منطقة إذا رغبت جماعة عرقية ما فرض سيطرتها الكاملة بالقوة.

والأشكال البارزة للاضطهاد ظهرت باسم التفرقة العنصرية وهي: التحيز أو التفرغض العنصري، والتمييز العنصري والفصل العنصري.

(١) ضاري رشيد السامرائي، مصدر سابق، ص ٥٢.

ولكون التمييز العنصري أحد أشكال الاضطهاد كسياسة في مجال التطبيق وهو أكثر عمقاً من التفرص العنصري سنتناوله بشيء من التفصيل في المطلب الأول والفصل العنصري كنوع من أنواع العنصرية الخطرة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التمييز العنصري

يراد بالتمييز العنصري، كل تمييز أو استبعاد أو تحديد أو تفضيل يقوم على العنصر أو اللون أو الأصل أو الانتماء القومي أو العرقي^(١).

ومفهوم التمييز في الاتفاقية الدولية لإزالة كافة أشكال التمييز العنصري لسنة ١٩٦٥ جاء أضيق منه في الوثائق الدولية الأخرى كميثاق الأمم المتحدة الذي أضاف التمييز الذي يقوم على أساس الجنس^(٢)، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(٣) الذي أضاف التمييز الذي يقوم على أساس الجنس أو الدين أو الرأي أو الأصل الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، وبهذا تتصرف الاتفاقية إلى اشد أنواع التمييز خطراً وانتشاراً في الوقت الحاضر.

وعليه يقع الاضطهاد بكل شكل من أشكال التفوق أو العداوة العنصريين الموجهة ضد أي جنس أو جماعة من الأشخاص ينتمون إلى لون أو عرق آخر.

وإلى جانب ما جاءت به الاتفاقية من تعريف واضح ومحدد لا يشوبه الغموض لكل من التمييز والفصل العنصري، وضعت أحكاماً من شأنها أن تنهي جميع أشكال التمييز العنصري، حيث ألزمت الدول الأطراف فيها بحظر التفرقة بواسطة التشريع الذي يشكل أخطر صور الاضطهاد. ولا يخفى ما لمثل هذا الإلزام من أهمية خاصة

(١) المصدر نفسه، ص ١١١.

(٢) فقد حثت المادة الأولى من الميثاق في فقرتها الثالثة الدول على "تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين "كما نصت الفقرة (ج) من المادة (٥٥) على "أن يشجع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية بدون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلاً.

(٣) ضاري رشيد السامرائي، مصدر سابق، ص ١٣٧.

في محاربة اضطهاد الأشخاص والجماعات داخل كل دولة عن طريق تشريعاتها الوطنية.

ولوضع حد للأفكار والممارسات والمنظمات والأنشطة العنصرية ومكافحة العنصرية في المهد قبل أن تستفحل وتصبح آفة خطيرة بوصفها إحدى الأسس التي يقوم عليها اضطهاد الأشخاص، لم تقف الاتفاقية عند تحريم وحظر التمييز العنصري ولأنواع محددة بل ذهبت إلى أبعد من ذلك فاعتبرت كل منظمة أو نشاط منظم أو أي شكل من أشكال النشاط الدعائي أو نشر الأفكار وأياً من أعمال العنف والتحريض على التمييز العنصري جريمة يعاقب عليها القانون، لا بل أن أية مساعدة لنشاطات عنصرية هي جريمة.

المطلب الثاني

الفصل العنصري

تعد الاتفاقية الدولية لقمع ومعاقبة الفصل العنصري من بين الاتفاقيات التي تصدت بصورة مباشرة للاضطهاد، وهي خطوة هامة في طريق كفاح المجتمع الدولي من خلال القواعد الاتفاقية لوضع حد لبعض صور الاضطهاد التي ما برح يعاني منها قسم كبير من المجتمع الدولي. وهذه الاتفاقية تتصرف إلى التعرض لنشاط محدد هو الفصل العنصري الذي هو تمييز عنصري في أشد مراحلها أو صورته الذي عرفته الاتفاقية عن طريق تعداد الأفعال التي تتكون منها هذه الجريمة وجريمة الاضطهاد عموماً.

إذ بينت الاتفاقية في المادة الثانية منها المقصود بعبارة جريمة الفصل العنصري وهي التي تتضمن سياسات وممارسات التفرقة والتمييز العنصري بقصد إقامة أو استدامة سيطرة جماعة عنصرية بشرية على أية جماعة عنصرية بشرية أخرى واضطهادها بصورة منتظمة بإنكار حق الحياة وحق حرية الذات على عضو أو أعضاء جماعة أو جماعات عنصرية^(١)، أو القبض دون مبرر أو مسوغ وبشكل

(١) وذلك عن طريق واحد من الأفعال التالية:

أ- قتل عضو أو أعضاء من جماعة أو جماعات عنصرية.

تعسفي على أعضاء جماعات عنصرية وزجهم في السجون من دون محاكمة أو بمحاكمات صورية لا تتوافر بها الضمانات القانونية ومسائلتهم بموجب قوانين وأنظمة تعسفية تتنافى مع قواعد القانون الدولي المستقرة في هذا الخصوص، أو بفرض ظروف معيشية قاسية على تلك الجماعة عن عمد وبقصد إفنائهم الجسدي بصورة كلية أو جزئية، أو اتخاذ أي إجراءات تشريعية من سن القوانين وإصدار التعليمات والأوامر التي من شأنها أن تؤدي إلى الحيلولة بين جماعة عنصرية أو أكثر من المشاركة السياسية والاقتصادية في المجتمع الذي تعيش فيه، وتعتمد إيجاد ظروف تقف حائلاً دون نمو وتطور الجماعات العنصرية الأخرى وعلى وجه الخصوص حرمان أعضاء جماعة أو جماعات عنصرية من الحريات والحقوق الأساسية المعروفة، أو اتخاذ أي إجراء سواء أكان تشريعياً أو إدارياً أو بوليسياً يرمي إلى تقسيم السكان حسب مواصفات عنصرية معينة (كالعرق أو اللون أو الديانة...) وذلك بتخصيص مناطق وأحياء منفصلة لأعضاء كل جماعة أو جماعات عنصرية، وحظر الزواج بين الأشخاص الذي ينتمون إلى جماعات عنصرية مختلفة، ونزع ملكية عقارات تعود إلى أعضاء جماعة أو جماعات عنصرية أو أكثر. وأخيراً وضمن هذا السياق اعتبرت الاتفاقية استغلال عمل أعضاء مجموعة أو مجموعات عنصرية بإخضاعهم إلى العمل الجبري جريمة فصل عنصري، فضلاً عن اضطهاد مناهضي السياسات العنصرية المتمثل بحرمان هؤلاء من حرياتهم وحقوقهم الأساسية التي يجب أن يتمتعوا بها وفقاً للقواعد الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

والفصل العنصري طبقاً لهذه الاتفاقية جريمة ضد الإنسانية^(١)، وإن الأفعال الناجمة عن سياسات وتطبيقات الفصل العنصري السابقة الذكر وغيرها من سياسات وممارسات التفرقة أو التمييز العنصري هي جرائم تتنافى مع معايير القانون الدولي.

ب- المساس بشكل خطير بالسلامة الجسدية أو العقلية لعضو أو أكثر من جماعة أو جماعات عنصرية من جهة أو المساس بحريتهم أو كرامتهم أو إخضاعهم إلى صور التعذيب المختلفة أو إلى عقوبات أو معاملة قاسية بعيدة عن الإنسانية أو لا تليق بكرامة الإنسان.

(١) المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لقمع ومعاقبة جريمة الفصل العنصري.

وبذلك يشكل الفصل العنصري إنكاراً كلياً لأهداف ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة وليس مجرد خرق أو انتهاك وجريمة ضد الإنسانية.

ودون شك أن الاتفاقية التي نحن بصددنا تعد حلقة متواصلة ضمن سلسلة الاتفاقيات التي ترمي إلى ضمان تمتع الفرد بحقوقه وحياته الأساسية بدون اضطهاد لأي سبب كان، وخطوة مهمة في سبيل القضاء على اضطهاد الأشخاص أو الجماعات عن طريق معاقبة مرتكبي جريمة الفصل أو العزل العنصري التي اعتبرت من الجرائم ضد الإنسانية.

كما اعتبر نظام روما الأساسي جريمة الفصل العنصري جريمة ضد الإنسانية وعرفها في المادة ٧ (٢) (٦) بأنها أية أفعال لا إنسانية تماثل في طابعها الأفعال المشار إليها في الفقرة (١) وترتكب في سياق نظام مؤسسي قوامه الاضطهاد المنهجي والسيطرة المنهجية من جانب جماعة عرقية واحدة إزاء أية جماعة أو جماعات عرقية أخرى وترتكب بنية الإبقاء على ذلك النظام^(١).

المبحث الثالث

الجهود الدولية المعاصرة لتقنين جريمة الاضطهاد في إطار الجرائم ضد الإنسانية احتلت قضايا الاضطهاد وما رافقها من فصل وتمييز عنصريين وصيرورتها سياسة رسمية في بعض الدول مواقع متقدمة من حيث الاهتمام بها والتصدي لها في السنوات القليلة الماضية باعتبارها أشد خطراً واجه حقوق الإنسان وحياته الأساسية.

فبعد المحاولات القديمة لتقنين قواعد القانون الدولي الجنائي ومن بينها الجرائم الدولية بصفة عامة وجريمة الاضطهاد على وجه الخصوص، وبعد البداية الحقيقية لهذا التقنين بمعناها الدقيق والذي كان مع نشأة الأمم المتحدة، ركزت الجهود الدولية لتقنين جريمة الاضطهاد في إطار الجرائم ضد الإنسانية.

ولم تقتصر محاولات التقنين هذه على الصعيد الدولي، بل تعدت محاولات تقنينها والعقاب عليها في التشريعات الداخلية لبعض الدول وفي مقدمتها فرنسا.

(١) مذكرة الأمانة العامة السابقة الذكر، ص ٧.

وبتقنين النصوص المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية في قانون العقوبات الفرنسي النافذ^(١)، ووجود نص المادة (٢١٢-١) منه التي أشارت إلى جريمة الاضطهاد بوصفها جريمة ضد الإنسانية، أصبحت جريمة الاضطهاد جزءاً من القانون الداخلي.

هذا وعالجت المادة (٢١٢-٢) من قانون العقوبات الفرنسي جريمة الاضطهاد عندما ترتكب في وقت الحرب. إذا وقعت الجريمة كما وصفتها المادة (٢١٢-٢) السالفة الذكر ضد المحاربين الذين يقاومون النظام الأيديولوجي الذي ارتكب بسمة الجرائم ضد الإنسانية ومعيار وجود هذه الجريمة يتمثل في وجود خطة مدبرة لارتكاب جرائم ضد الإنسانية ولا يشترط أن تكون صادرة عن الدولة، فقد تكون هذه الجرائم واقعة من مجموعة إرهابية.

ولإبراز مدى أهمية هذه الجريمة على الصعيد الدولي، تتبعنا بعض محاولات تقنين جريمة الاضطهاد في إطار طائفة الجرائم ضد الإنسانية ابتداءً بنظام نورمبرج والحكم الذي أصدرته المحكمة والذي يعد البداية التي دفعت الأمم المتحدة إلى مجال التقنين، وانتهاءً بذلك النظام القانوني المتكامل للجرائم الدولية الذي يحدده الجرائم والعقوبات وإجراءات المحاكمة، وهو ما سنعرض له في مطلبين وعلى النحو التالي.

المطلب الأول

تقنين جريمة الاضطهاد في المواثيق والاتفاقيات الدولية

في أعقاب الحرب العالمية الأولى وضع نظام خاص بحماية الأقليات من التعرض للاضطهاد في معاهدات الصلح مع كل من النمسا والمجر وبلغاريا وتركيا وفي معاهدات الأقليات التي عقدت مع بولونيا وتشيكوسلوفاكيا ويوغسلافيا ورومانيا واليونان^(٢).

(١) محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ١٩٩٧، ص ١٥٥.

(٢) هارون سليمان - الاضطهاد - مصدر سابق - ص ١.

وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية وردت أهم النصوص التي تتضمن حماية حقوق الإنسان وحرياته وفي مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩.

وقد أشارت اتفاقية المم المتحدة لشؤون اللاجئين لعام ١٩٥١ إلى الاضطهاد في تعريفها للاجئ بأنه "كل من وجد نفسه خارج البلد التي يحمل جنسيتها ولم يستطيع العودة أو لم يرغب بذلك نتيجة لخوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انضمامه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آراءه السياسية"^(١).

وعلى الرغم من عدم تعريف الميثاق السابق لمعنى الاضطهاد ولا الجهة التي يمكن أن تقوم به باستثناء ما جاء في المادة الأولى منه بمناسبة تعريفه للاجئ، إلا أن الرأي انعقد على أن كل مراكز القوى الموجودة في الدولة يمكن أن تمارس الاضطهاد، فالاضطهاد لا يمارس من السلطات الحكومية الرسمية التي تقوم بتعذيب المواطنين أو قمعهم بسبب آرائهم السياسية أو معتقداتهم أو انتمائهم فحسب، بل تشمل أيضاً مراكز السيطرة الأخرى كالعصابات والاقطاعات والمافيا والمليشيات المسلحة التي لا تخضع للحكومة. فكل هذه المراكز تمارس أعمال اضطهاد المواطنين وتعذيبهم لأسباب عديدة.

والخلاف انعقد حول معيار الاضطهاد وهل هو معياراً موضوعياً أم معياراً شخصياً^(٢). فالمعيار في تحديد (الخوف الذي له ما يبرره) أو (الحرمان من الحقوق) حسب الاتجاه الأول هو معيار ذاتي حسب ما جاء في تفسير المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين الواردة على الصفحة (٢٢)، أي أن الأعمال الضارة

(١) أقرت الأمم المتحدة في عام ١٩٥١ ميثاق حماية اللاجئين الذي عقد في جنيف وأصبح نافذ المفعول في ٢٢ أبريل/نيسان ١٩٥٤ وهذا الميثاق يحدد حقوق اللاجئين والتزامات الدول نحوهم.

(٢) محمد عادل عقل - الحماية القانونية والقضائية لحقوق اللاجئين - دراسات - مجلة العالم الإسلامي - مجلة إسلامية أسبوعية - العدد ١٨١٤ - الصفحة التاسعة - ٢٠٠٣ - ص ٧-٨.

تعتبر اضطهاداً وفقاً لظروف كل حالة على حدة وأن الصفة الذاتية للخوف من التعرض للاضطهاد يتطلب تقييماً لآراء الشخص ومشاعره. أما الرأي الثاني فيرى المعيار في تحديد الخوف أو الحرمان من الحقوق يجب أن يكون موضوعياً وليس ذاتياً فلا يجوز حسب هذا الاتجاه أن ننظر في تحديده إلى شخص اللاجئ وصفاته ومدى تحمله وإنما إلى العوامل والظروف التي وقع بها الحدث الذي يشكل اضطهاداً وما إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى نفس النتيجة أو ترتب نفس الأثر على شخص آخر قد يتعرض لها.

هذا عن الاضطهاد في قانون حقوق الإنسان، أما عنه في القانون الدولي الإنساني فقد نصت المادة (٤٥) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ المتعلقة بحماية السكان المدنيين زمن النزاع المسلح الدولي على عدم جواز نقل شخص محمي إلى بلد يخشى فيه من التعرض للاضطهاد بسبب آرائه السياسية أو عقائده الدينية.

وفي إطار القانون الجنائي الدولي اهتمت عدة اتفاقيات بحظر التمييز: أولها اتفاقية الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨ التي حضرت التمييز وجرمته عندما يؤدي إلى نتائج معينة وفق شروط قانونية معينة. وثانيها اتفاقية قمع وعقاب الفصل العنصري لعام ١٩٧٣ التي كانت من أكثر الاتفاقيات تفصيلاً فيما يتعلق بسياسات التمييز والظلم العنصري^(١).

وعلى صعيد القضاء الدولي عاقبت جميع مواثيق المحاكم الجنائية الدولية السابقة على جريمة الاضطهاد المرتكبة لأسباب عرقية أو دينية أو سياسية. ومما لا شك فيه كان العقاب على جرائم الاضطهاد مرتبطاً بالعقاب على الجرائم المضادة للإنسانية ويخضع لمجموعة من النصوص ذات الطابع الدولي أولها تلك التي تتعلق بنظام المحكمة العسكرية الدولية في (نورمبرج) لمحاكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية الملحق باتفاقية لندن في ٨ أغسطس/آب سنة ١٩٤٥ بين

(١) سمعان بطرس فرج الله - الجرائم ضد الإنسانية، إبادة الجنس وجرائم الحرب وتطور مفاهيمها - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٤٤.

الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا والاتحاد السوفيتي. حيث نصت المادة السادسة فقرة (ج) من ميثاق محكمة نورمبرج على الجرائم ضد الإنسانية وأدرج الميثاق الاضطهادات الواقعة لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية ضمن الجرائم ضد الإنسانية إلى جانب جريمة القتل العمد وإفناء الأشخاص والاسترقاق والإقصاء من البلاد وكل عمل لا إنساني مرتكب ضد السكان المدنيين قبل الحرب أو أثائها، حيث تكون هذه الاضطهادات مرتكبة في أثر جنائية داخلية في اختصاص هذه المحكمة أو ذات صلة بها، سواء شكلت خرقاً للقانون الداخلي أو لم تشكل ذلك^(١).

ويسأل الجناة طبقاً لأحكام هذا الميثاق من موجهين ومعرضين ومتدخلين وغيرهم من الشركاء الذين ساهموا في وضع أو تنفيذ مخطط أو مؤامرة لارتكاب جنائية الاضطهاد عن كل الأفعال المرتكبة من قبل أي شخص تنفيذاً لهذا المخطط.

وبنفس العام وبتاريخ ٢٠ ديسمبر جاء القانون رقم (١٠) الموقع في برلين ليؤكد ما نص عليه ميثاق نورمبرج بشأن جريمة الاضطهاد ومعاقبة الأشخاص المرتكبين جرائم حرب وجرائم ضد السلام وسلامة الإنسانية حيث نص القانون في مادته الثانية فقرة ١ (ج) على الجرائم ضد الإنسانية وحدد صورها باسم الفظاعات والجرائم "كالقتل مع سبق الإصرار، والإفناء، والاسترقاق، والإقصاء، والسجن، والتعذيب، واغتصاب النساء، وكل الأفعال اللاإنسانية الموجهة ضد السكان المدنيين، والاضطهادات المرتكبة لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية، سواء كانت هذه الجنايات معتبرة جرائم في نظر القانون الوطني للبلد الذي ارتكبت فيه أم لا، دون أن يكون هذا التعداد حصرياً"^(٢).

(١) شريف بسيوني- الجرائم ضد الإنسانية - جرائم الحرب - تأليف: لورنس فشر وأخرون - ترجمة: غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣ - ص ٣٠.

(٢) كما ذكرت مدونة مشروع الجرائم ضد أمن وسلامة البشرية الذي أعدته لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة في سنة ١٩٩١ جريمة الاضطهاد بمناسبة تعريفها للجرائم ضد الإنسانية وتحت عنوان "انتهاكات حقوق الإنسان بصورة منتظمة وعلى نطاق واسع" وأوضحت في المادة (٢١) من المدونة أن "كل من يرتكب أو يأمر بارتكاب أي انتهاكات من الانتهاكات التالية لحقوق الإنسان بصورة منتظمة أو على نطاق جماعي وهي: القتل العمد، والتعذيب، وإخضاع

كما تضمن نظام المحكمتين الجنائيتين ليوغسلافيا ورواندا الاضطهاد عندما يرتكب للأسباب الثلاثة المذكورة في ميثاق نورمبرج. وأزالت أحكام وقرارات المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا بعضاً من جوانب غموض مصطلح الاضطهاد حيث كان الاضطهاد على رأس الجرائم ضد الإنسانية الأخرى وكان هذا الأساس للعقوبة الأطول المفروضة من قبل المحكمة في حينه وهي السجن عشرون عاماً^(١). ومن الجدير بالذكر تشترك جميع النصوص التي تعرف جرائم ضد الإنسانية - وهي أحد عشر نصاً دولياً - إلى جانب إشارتها إلى أفعال محددة من العنف ضد الأشخاص بغض النظر عما إذا كان الشخص مواطناً أو غير مواطن وبغض النظر عما إذا كانت هذه الأفعال قد ارتكبت في زمن الحرب أو في زمن السلم، في أنه يجب أن تكون هذه الأفعال نتاج اضطهاد موجه ضد جماعة من الأشخاص معينة الهوية بغض النظر عن بنية تلك الجماعة أو غرض الاضطهاد^(٢).

المطلب الثاني

تقنين جريمة الاضطهاد في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية

الدولية الدائمة

يعد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من الصور الواضحة للقانون الدولي الجنائي في المجال الذي يحكمه هذا النظام والذي احتوى بالفعل على قواعد

الأشخاص لحالة الرق أو العبودية أو السخرة أو الإبقاء على هذه الحالة، والاضطهاد لأسباب اجتماعية أو سياسية أو عرقية أو دينية أو ثقافية، أو يأمر بارتكاب أو يرتكب جريمة إبعاد السكان أو نقلهم عنوة، يعاقب...".

وهذا ما جاء أيضاً في المادة (١٨) من مشروع مدونة الجرائم ضد أمن وسلامة البشرية لسنة ١٩٩٦ بمناسبة تعريفها للجرائم ضد الإنسانية وتحديد صورها.

نقلاً عن: محمد عبد الله أبو بكر سلامة - مصدر سابق - ص ٣٥.

(١) هارون سليمان - الاضطهاد - مصدر سابق - ص ٢. وسمعان بطرس فرج الله - مصدر سابق - ص ٤٤١.

(٢) سرييف بسوني - مصدر سابق - ص ٣١.

قانونية دولية صرفة مثلما احتوى على قواعد قانونية دولية جنائية ذات جذور تمتد إلى القوانين الجنائية الوطنية لمختلف النظم القانونية في العالم^(١).

وللمحكمة بموجب هذا النظام اختصاص النظر في جرائم الاضطهاد تحت طائفة الجرائم ضد الإنسانية بوصفها من أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره وتستحق وتنطوي على مسؤولية جنائية فردية وتستدعي إجراء غير مأذون به في إطار القانون الدولي المطبق عموماً الذي تعترف به النظم القانونية الرئيسية في العالم.

ورغم المحاولات المتعددة من جانب بعض الوفود في مؤتمر روما الدبلوماسي لحذف جريمة الاضطهاد نظراً لعدم وجود تعريف محدد لها، جاءت المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لتلقي في فقرتها (١/ح) مزيد من الضوء على هذه الجريمة بعد توسيع تعريفها لتشمل بالحماية فئات عديدة لم تكن الوثائق السابقة توليها مثل هذه الحماية^(٢).

فبعد أن نص النظام الأساسي في مادته السابعة على طائفة الجرائم ضد الإنسانية التي جاء فيها "الغرض هذا النظام الأساسي يشكل أي فعل من الأفعال التالية جريمة ضد الإنسانية متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين وعلى علم بالهجوم ... ج- اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية

(١) محمود شريف بسيوني - تقسيم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٤٥١. ضاري خليل محمود - المبادئ الجنائية العامة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - دراسات قانونية - مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - العدد الثاني - السنة الأولى - بغداد - ١٩٩١ - ص ٥. ضاري خليل محمود - مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية - دراسات قانونية - مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - العدد الأول - السنة الأولى - بغداد - ١٩٩٩ - ص ٢٣. وسمعان بطرس فرج الله - مصدر سابق - ص ٤٢١.

(٢) هارون سليمان - الاضطهاد - مصدر سابق - ص ٢.

أو أثنىة أو ثقافية أو دينية أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف بالفقرة (٣)، أو لأسباب أخرى من المسلم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو بأية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة"، حدد الاضطهاد لغرض الفقرة الأولى من المادة السابعة - كما ذكرنا في موضع سابق - بأنه حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرماناً متعمداً وشديداً من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي وذلك بسبب هوية الجماعة أو المجموع.

الفصل الثاني

أركان جريمة الاضطهاد

تعرف الجريمة الدولية بأنها "سلوك إنساني غير مشروع صادر عن إرادة إجرامية، يرتكبه فرد باسم الدولة أو برضا منها وينطوي على انتهاك لمصلحة دولية يقرر القانون الدولي حمايتها عن طريق الجزاء الجنائي"^(١).

من هذا التعريف نجد أن جريمة الاضطهاد يجب أن تحتوي ذات العناصر التي يتضمنها التعريف السابق للجريمة الدولية،

وعلى ذلك يجب أن تشتمل جريمة الاضطهاد على سلوك إنساني يمثل الجانب المادي لها، وأن يكون هذا السلوك غير مشروع وفقاً لأحكام القانون الدولي الجنائي، وأن يكون صادراً عن إرادة مؤثمة جنائياً.

وحيث أن مبدأ المشروعية يتكون من شقين هما لا جريمة إلاّ بنص، ولا عقوبة إلاّ بنص، أخذ النظام الأساسي بالشق الأول من مبدأ المشروعية في الفقرة (٢) من المادة (٢٢) بنص يقول: "لا يسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني وقت وقوعه جريمة تدخل في اختصاص المحكمة" وبالشق الثاني في المادة (٢٣) بقولها "لا يعاقب أي شخص أدانته المحكمة إلاّ وفقاً بهذا النظام الأساسي".

ومن الرجوع إلى المادتين الخامسة والسابعة من النظام الأساسي فإن أحد أنماط السلوك التي اعتبرت جرائم بموجبها الجرائم ضد الإنسانية، وأحد الأفعال التي تشكل جريمة ضد الإنسانية فعل الاضطهاد.

أضف إلى الجانب المادي والجانب المعنوي لجريمة الاضطهاد، وضحت المادة (١)٧ (٦) الظروف المرتبطة بجريمة الاضطهاد بما في ذلك الظروف

(١) نقلاً عن: محمود صالح العادلي - الجريمة الدولية، دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٦٥. قنوح عبد الله الجابري - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠١ - ص ٢٠٦-٢٠٧. وحسام علي عبد الخالق الشیخة - المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٦٣.

السياقية للجريمة التي أوردتها نهاية المادة موضع البحث، وعلى هدى تلك الظروف نقسم دراستنا في هذا الفصل على ثلاثة مباحث نقوم بتحليل أركان جريمة الاضطهاد فيها ودراستها دراسة تفصيلية.

المبحث الأول

استهداف الضحايا بسبب انتمائهم لفئة أو جماعة محددة، وعلى أسس يعترف بها عالمياً بأنها محظورة بموجب القانون الدولي.

يعد التمييز في المعاملة ركناً جوهرياً في جريمة الاضطهاد، ولا يوجد في التعاريف المختلفة للجرائم ضد الإنسانية قائمة ثابتة تحدد الفئة أو الجماعة المستهدفة بهذا التمييز الذي جاءت به المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لتوسيع نطاق هذه الجماعة في تعريفها للاضطهاد. وهذا ما سنراه في المطلب الأول والمطلب الثاني على التوالي.

المطلب الأول

أن يستهدف المتهم الشخص أو أولئك الأشخاص بسبب انتمائهم لفئة أو جماعة محددة

يستوي أن يستهدف مرتكب الجريمة الشخص أو مجموعة من الأشخاص بسبب انتمائهم لفئة أو جماعة محددة، أو أن يستهدف الفئة أو الجماعة بصفاتها تلك. وهناك من يرى أن الاضطهاد بموجب نظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة لا ينطبق إلا على الجماعة أو المجموع فلا تختص هذه المحكمة بالاضطهاد الذي يقع على الفرد كما هو الحال في اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٥١^(١).

والجماعة المستهدفة وفقاً لنص المادة السابعة من النظام الأساسي موضوع البحث أما جماعة سياسية The political Group أو جماعة عرقية Racial Group، أو جماعة قومية National Group، أو جماعة إثنية Ethnic Group، أو جماعة دينية Religious Group، أو جماعة ثقافية.

(١) محمد عادل عقل، مصدر سابق، ص ٦.

وتصنيف الجماعة المستهدفة على النحو السابق كان نتيجة لما عبرت عنه الفقرة (١) (٦) من المادة السابعة السالفة الذكر التي تناولناها بشيء من التفصيل في المطلب التالي.

المطلب الثاني

أن يكون ذلك الاستهداف على أسس يعترف بها عالمياً بأنها محظورة بموجب القانون الدولي

وهذا ما عبرت عنه المادة ٧(١) (٦) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية السابقة بقولها "أن يكون ذلك الاستهداف على أسس سياسية أو عرقية أو وطنية أو أجنبية أو ثقافية أو دينية أو تتعلق بنوع الجنس حسب ما عرف في الفقرة (٣) من المادة (٧) من النظام الأساسي أو أية أسس أخرى يعترف بها عالمياً بأنها محظورة بموجب القانون الدولي".

أولاً: الأسس السياسية

يراد بالأسس السياسية العقيدة السياسية أو المعتقد السياسي بما في ذلك الرأي السياسي وكل ما له علاقة بالنشاط السياسي.

وتأتي أهمية إدراج الأسباب السياسية في جريمة الاضطهاد في كونها ستمكن المحكمة الجنائية الدولية من ملاحقة مرتكب الجرائم التمييزية الخطيرة ضد أعضاء الجماعات السياسية المعارضة والتي لم تشملها جريمة الإبادة الجماعية بالجماعة سواء في اتفاقية الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨ أو في حكم المادة السادسة من نظام المحكمة الجنائية الدولية الدائمة حيث أشار البعض إلى أن الجماعات السياسية جماعات مدمرة لا تستحق الحماية، ونتيجة لضغط دول الكتلة الشرقية حذفت اتفاقية الإبادة الجماعية أية إشارة إلى الجماعات السياسية، إذ رأت هذه الكتلة أن العنصرية في الجماعة السياسية تقوم على أسس الاختيار ولا تتمتع بسمات ثابتة بل بسمات سريعة الزوال تتغير تبعاً لعدد من الاعتبارات المتعلقة بتوازن القوى والمصالح^(١).

(١) هارون سليمان، الجماعة المستهدفة، جرائم ضد الإنسانية والقانون الدولي، الحلقة (١٢)، مقالات وتحليلات، ٢٠٠٧، ص ١.

ومن دون شك أن ذكر الأسباب السياسية من بين أسباب الاضطهاد له أهمية كبيرة في حماية هذه الجماعات الحماية التي ظلت مكفولة لها في تعريف الجرائم ضد الإنسانية وفي كافة مواثيق المحاكم الجنائية الدولية السابقة.

ثانياً: الأسس العرقية

وهي التي تنطلق منها العنصرية عموماً، أي من وجود مجموعات متشابهة تكون ما يسمى بالأعراق (الأجناس) وإن هذه الأعراق متباينة في مستوياتها الحضارية وأدوارها التي يجب أن تؤديها بما تحمله من خصائص متوارثة.

ولا يوجد تعريف شامل ومحدد للعرق Race - وهو مصطلح بيولوجي - فعلماء الأجناس الذي يؤيدون فكرة العرق أو الجنس لم يتفقوا على اعتماد أساس موحد في تعريفه^(١). وكان بالضرورة ونتيجة لاختلاف الأسس المعتمدة عليها أن تأتي تعريف العرق مختلفة من عالم إلى آخر. إلا أن هناك تعريفاً مشتركاً للعرق لاحتوائه على أهم ما ورد في تعريف العلماء يبين أن العرق أو العنصر عبارة عن جزء من البشرية يتميز أعضاؤه بوجود مجموعة متناسقة من السمات التشريحية الناتجة عن عوامل الوراثة المشتركة^(٢). وعرف معظم قدامى الفقهاء من بينهم الفقيه Glaser العرق على أنه ذلك الصنف من الأشخاص الذين تميزهم سمات مشتركة ثابتة وموروثة^(٣).

(١) الجماعة الأثنية، مصطلحات اجتماعية، شبكة النبا المعلوماتية، ٢٠٠٠، ص ٢، www.annabaa.org.

(٢) فعلماء الأجناس قسموا البشرية إلى أجناس بالاستناد إلى بعض السمات الأساسية التي تميز الناس بعضهم عن البعض الآخر، وهذه السمات لم تكن واحدة فبعضهم يستند إلى لون البشرة وقسم آخر يستند إلى شكل الجمجمة، وهناك من يعتمد على لون العيون وطبيعة الشعر.

ضاري رشيد السامرائي، مصدر سابق، ص ٣٠-٣١.

(٣) هارون سليمان، الجماعة المستهدفة، مصدر سابق، ص ١، وصموئيل ب. هنتنغتون، من نحن؟ التحديات التي تواجه الهوية الأمريكية، ترجمة: حسام الدين خضور، دار الرأي للنشر، الطبعة الأولى، دمشق، ٢٠٠٥، ص ٦٨.

وتعرف المجموعة العرقية في علم الأعراق بأنها مجموعة من الأفراد تتحد من نفس الأسلاف وتوحد بينها خصائص بيولوجية وأنماط سلوكية وراثية لا تتوافر إلا لمن يولد داخل تلك الجماعة العرقية المعنية^(١).

وبينما يؤكد علماء الانثروبولوجيا الاجتماعية على الجانب الاجتماعي والثقافي في مفهوم العرق ليكون الاشتراك في اللغة والتساكن والآمال والمصالح والوجدان أساس الانتماء العرقي بالنسبة لهم، يحاول الفقهاء المحدثون البحث عن معنى جديد للجماعة العرقية ينسجم مع التحول الاجتماعي الحديث لهذا العبارة التي تدخل فيها العوامل الوراثية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تساهم في حقيقة الانتماء إلى الجماعة العرقية^(٢).

ومصطلح العرق والجماعات العرقية مصطلحات مستخدمة على نطاق واسع في علم الاجتماع والقانون الدولي، حيث لا تخلو وثيقة دولية من الإشارة إلى العرق كأحد الأسباب التمييزية.

ثالثاً: الأسس الوطنية

من المصطلحات الغامضة والمختلف حولها مصطلح الجماعة القومية National Group أو الأمة Nation التي عبرت عنها المادة السابعة من النظام الأساسي بالأسس الوطنية. حيث انقسم الفقه في تحديد مدلول الأمة إلى فريقين مختلفين يأخذ أولهما بالمفهوم السياسي أو القانوني والذي يشير إلى المواطنة أو ما يعرف برباط الجنسية، بينما تأخذ ثانيهما وهو رأي الغالبية العظمى من فقهاء القانون الدولي بالمفهوم الاجتماعي والثقافي للأمة والذي شمل كل من التاريخ والروابط الاجتماعية والسمات الثقافية والأهداف والطموحات المشتركة^(٣).

ومن دون شك أن الأمة ظاهرة اجتماعية تعبر عن جماعة تشترك في سمات جامعة كالدين والعرق واللغة والتاريخ والثقافة سواء كانت في إقليم واحد أو عدة أقاليم

(١) هارون سليمان، الجماعة المستهدفة، مصدر سابق، ص ١-٢، والجماعة الأثنية، مصطلحات اجتماعية، مصدر سابق، ص ٤.

(٢) هارون سليمان، الجماعة المستهدفة، مصدر سابق، ص ٢.

(٣) هارون سليمان، الجماعة المستهدفة، مصدر سابق، ص ٢.

وهو المفهوم الأكثر قرباً وتشابهاً مع مفهوم الأثنية، بينما القومية تعبر عن جماعة قائمة على المكان ومن معانيها أنها حركة سياسية تستهدف قيام كيان سياسي (دولة)، لتكون القومية حركة سياسية والأمة حركة اجتماعية^(١).

رابعاً: الأسس الأثنية

إن سوء استخدام مصطلح العرق لتبرير سياسة تحسين النسل وذبح ملايين البشر عباً العلماء للهجوم على مفهوم مصطلح العرق بحد ذاته والإيحاء باستبدال مفهوم العرق Race بمفهوم الجماعة الأثنية Ethnic Group^(٢). ذلك أن العرق كمصطلح بيولوجي يعطي انطباعاً أن الفروق في الخصائص الثقافية شأن الدين والقومية واللغة والسلوك هي فروق فطرية وغير قابلة للتغيير. أما مصطلح الجماعة الأثنية فيتضمن أن هذه الفروق ليست موروثية بل مكتسبة.

ومنذ استخدام مفهوم الجماعة الأثنية لأول مرة في عام ١٩٠٩ عد أحد أكثر المفاهيم خلافية بعد أن تردد مضمونه بين التعبير عن جماعة فرعية أو أقلية، والتعبير عن جماعة أساسية أو أمة أو الجمع بين المعنيين^(٣). ولهذا لم يقدر له الذبوع المرجو خصوصاً مع التضارب في تحديد نطاقه الذي قد يتسع ليشمل كل أشكال التمايز لتعبر بذلك الجماعة الأثنية عن خط متواصل يبدأ بالقبيلة وينتهي بالأمة. كما أنه قد يضيق ليقصر على التمايز العرقي دون سواه. وهنا قد يقع نوع من الفصل التعسفي بين مفهوم الجماعة العرقية Ethnic Group بمعنى تلك الجماعة التي تتميز بمجموعة من التقاليد الثقافية والاجتماعية الخاصة بها، ومفهوم الجماعة

(١) الجماعة الأثنية، مصطلحات اجتماعية، مصدر سابق، ص ٦.

(٢) وكان في طليعة هؤلاء الانثروبولوجي اشلي مونتاغيو، الذي أوصى باستبدال مفهوم العرق race بمفهوم الجماعة الأثنية ethnic group كما صدرت مجموعة من علماء الاجتماع في عام ١٩٥٢ كتاباً عن منظمة اليونسكو بعنوان the statement on race وقد استفاد الكتاب من توجيهات مونتاغيو في وجوب إسقاط مصطلح عرق واستبداله بمصطلح جماعة أثنية.

الجماعة الأثنية، مصطلحات اجتماعية، مصدر سابق، ص ٣.

(٣) هوية: مصطلحات الانثروبولوجية، شبكة النبا المعلوماتية، ٢٠٠٠، ص ١-٢،

العنصرية Racial Group بمعنى تلك الجماعة التي تتمتع بمجموعة من الخصائص البيولوجية، على الرغم من أنه في صحيح اللغة العربية ليست ثمة فارق يذكر بين مفهوم العرق والعنصر فكلاهما يشير إلى الأصل، علاوة على أنه في ظل امتزاج الدماء و اختلاط العروق يصعب الحديث عن جماعة عرقية نقية^(١).

كما يعتبر مفهوم الأثنية من أشد المفاهيم المستخدمة في تعريف الاضطهاد غموضاً. فقد أشر الاختلاف حوله منذ صياغة اتفاقية الإبادة الجماعية، فبينما يعتبره الكثيرون مرادفاً لمفهوم العرق يرى آخرون في الجماعة الأثنية فرعاً من الجماعة القومية (الأمة). ويستند أصحاب الاتجاه الأول إلى عدم ذكر كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (م/٢) والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (م/٢ - م/٢٦) للأصل الأثني كأحد أسباب التمييز باستثناء ما جاءت به المادة (٢٧) من العهد الدولي السابق الذكر مما استدل منه على أن المتجمع الدولي وجد فيه معنى مرادفاً. أما الاتجاه الثاني فقد استدل بارتكاب جرائم الإبادة الجماعية ضد عدد من القبائل أعضاء في أمة أو القومية في داخل دولة واحدة. واعتبرت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا أن الجماعة الأثنية هي تلك الجماعة التي يجمع بين أفرادها لغة أو ثقافة مشتركة أو تميز نفسه أو يميزها الآخرون على هذا الأساس^(٢).

إلا أن الأثنية ظاهرة تاريخية تعبر عن هوية اجتماعية تستند إلى ممارسات ثقافية معينة ومعتقدات متفردة والاعتقاد بأصل وتاريخ مشترك وشعور بالانتماء إلى جماعات تؤكد هوية أفرادها في تفاعلهم مع بعضهم ومع الآخرين^(٣).

والجماعات الأثنية تصنف من عدة زوايا كالسلالة أو العنصر أو اللغة أو الثقافة أو الدين أو الطائفة، وتصنف أيضاً وفقاً لغاياتها: الاندماجية والانفصالية والاستعلانية كالصهيونية والنازية.

(١) الجماعة الأثنية، مصطلحات اجتماعية، مصدر سابق، ص ٢.

(٢) هارون سليمان، الجماعة المستهدفة، مصدر سابق، ص ٢.

(٣) الجماعة الأثنية، مصطلحات اجتماعية، مصدر سابق، ص ٦، وصموئيل ب. هنتغتون، مصدر سابق، ص ٦٩.

ومما لا يمكن إنكاره أن الأثنية ظاهرة معقدة ومركبة وقديمة يتطلب تحليلها والسعي في فهمها ضرورة الإحاطة بالأبعاد المادية والنفسية والاجتماعية التي تمثل البيئة الخاصة بهذه الظاهرة والتي تمنح كل جماعة طابعها المميز ودوافع قيام الجماعة الأثنية وتبلورها.

خامساً: الأسس الدينية

رغبة في القضاء على كافة أشكال التعصب والتمييز القائمين على الديانة جرم نظام روما الأساسي الاضطهاد القائم على الأسس الدينية.

ولا نعني بالأسس الدينية الديانة المعتقد من قبل الشخص أو الأشخاص فحسب بل يتعدى مفهومها إلى العقيدة بشكل عام والمذهب بشكل خاص. أما عن المراد بالمجموعة الدينية، فقد أشارت لجنة حقوق الإنسان على أنها تضم كل من يوحدتهم مجموعة من الأفكار أو العقائد الروحية، سواء كانت هذه الأفكار والعقائد تنطوي على الإيمان بوجود إله أو مجرد عقائد إلحادية^(١).

وقد بدأ اهتمام المجتمع الدولي بحماية الجماعات على أساس الدين في أعقاب الحرب العالمية الأولى عن طريق ما عرف بنظام حماية الأقليات الدينية، حيث كان الباعث الديني السبب الأهم لمعظم الممارسات الاضطهادية، ولهذا تضمنت معظم أنظمة المحاكم الجنائية الدولية السابقة الاضطهاد لأسباب دينية.

واستناداً إلى ما سبق بيانه تم بحث الفئات المرتكبة في كمبوديا حيث اعتبرت اعتداءات الخمير الحمر على الزعماء الإسلاميين والرهبان البوذيين اعتداءً على جماعات دينية بغرض تدميرها مما يدخلها أيضاً في نطاق جريمة الإبادة الجماعية. ولا يرى فقهاء القانون الدولي ما يمنع من شمول أصحاب الاختلافات المذهبية بالحماية ضد الاضطهاد بالنظر إلى ما هو قائم في إيرلندا الشمالية بين الكاثوليك والبروتستانت أو بين السنة والشيعة في معظم الدول الإسلامية.

سادساً: الأسس الثقافية

(١) هارون سليمان، الجماعة المستهدفة، مصدر سابق، ص ٢.

إن غموض مفهوم الجماعة الثقافية كان السبب الأساسي في إجحام واضعي اتفاقية الإبادة الجماعية من الإشارة إلى شمول استهداف هذه الجماعة بالتجريم. وبالتالي لم يكن من السهل على المحكمة الجنائية الدولية الدائمة تحديد الجماعة الثقافية، ولهذا فإن ذكر الأسباب الثقافية ضمن الأسباب التمييزية للاضطهاد في النظام الأساسي يعتبر تطوراً هاماً في مجال حقوق الإنسان وخطوة فعّالة في توسيع دائرة الحماية لتشمل مجموعة من المفكرين^(١).

سابعاً: الاضطهاد لأسباب تتعلق بنوع الجنس Gender

لغرض أعمال بنود النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يشير تعبير نوع الجنس إلى الجنسين الذكر والأنثى في إطار المجتمع، ولا يشير إلى معنى آخر يخالف ذلك^(٢).

ويستخدم مصطلح الجنس Sex في عرف الأمم المتحدة للإشارة إلى الاختلافات البيولوجية، بينما يستخدم نوع الجنس Gender للإشارة للاختلافات المعبر عنها اجتماعياً والتي تأخذ بنظر الاعتبار عوامل مختلفة كالتفاوت العددي بين الذكور والإناث والعوامل الاقتصادية والاجتماعية الثقافية.

ولا يلعب هذا الأساس التمييزي دوراً هاماً فحسب في مجال حماية المرأة ومحاكمة الجناة الذين يرتكبون جرائم الاغتصاب والعنف الجنسي، بل تمتد الحماية إلى كل صور الاضطهاد على أساس نوع الجنس استناداً لدور المرأة والرجل على حد سواء في إطار المجتمع، كما في حالة حرمان بعض الذكور من الخدمة العسكرية أو غيرها من المجالات لمنع قيادتهم المحتملة للمجتمع.

علماً أن قائمة الأسباب التمييزية التي سبق بحثها ما هي إلا قائمة مفتوحة سيغطي الاضطهاد على أساسها كافة التطورات المستقبلية المحتملة، إذ يمكن أن تدمج دونما حاجة لتعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة كما في حماية المعوقين أو الحماية لأسباب اقتصادية أو اجتماعية.

(١) هارون سليمان، الجماعة المستهدفة، مصدر سابق، ص ٣.

(٢) الفقرة الثالثة من المادة السابعة من نظام روما الأساسي.

وهناك من يرى بمناسبة بحث مسألة اللجوء الذي يتم نتيجة السيطرة الاقتصادية على فئات من المجتمع بحيث تضطر هذه الفئات تحت ضغط الفقر إلى الهجرة لا يشكل اضطهاداً بالمعنى الوارد في اتفاقية ١٩٥١ ولا بالمعنى الوارد في نظام المحكمة الجنائية الدولية^(١). ذلك لأن الاضطهاد الوارد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - وفقاً لهذا الرأي - يجب أن يكون بالاستناد إلى أحد الأسباب التالية: سياسية، عرقية، قومية، أثنية، ثقافية، دينية، وأسباب متعلقة بنوع الجنس. أما الأسباب الأخرى التي يجيزها القانون الدولي فقد وجدوا أنها عبارة غامضة تتنافى مع نص المادة (٢٢) من نظام المحكمة، ويترتب على هذا التحديد لأسباب الاضطهاد أن السيطرة الاقتصادية على فئات المجتمع لا تشكل اضطهاداً.

(١) محمد عادل عقل، مصدر سابق، ص ٧.

المبحث الثاني

الركن المادي

يتألف الركن المادي لجريمة الاضطهاد من عدة عناصر تشمل سلوكاً غير مشروع (فعل الاضطهاد)، مرتكب في سياق إجرامي معين، تترتب عليه نتيجة إجرامية تتمثله بحرمان الضحية من إحدى حقوقه الأساسية. وستبين هذه العناصر وتوضح من خلال عرضنا لها في ثلاثة مطالب متتالية.

فلا يمكن تذليل صعوبة تحديد الركن المادي لجريمة الاضطهاد والحقوق الجوهرية التي يتم الحرمان منها ومتى يكون هذا الحرمان من الحقوق شديداً إلا من خلال دراسة الأفعال التي يمكن أن تدخل في تكوين الركن المادي لجريمة الاضطهاد وشروط ارتباط هذه الأفعال اللانسانية الأخرى المجرمة والمذكورة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول

أن يرتكب التصرف فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في الفقرة الأولى من المادة السابعة من النظام الأساسي أو بأي جريمة تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة

على الرغم من معالجة كافة مواثيق المحاكم الجنائية الدولية السابقة والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية جريمة الاضطهاد، إلا أنها لم تحدد الأفعال التي من الممكن أن تدخل في نطاقها باستثناء ما أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة السابعة من النظام الأساسي، حيث فضل وفود الدول في مؤتمر روما الدبلوماسي وفي جلسات اللجنة التحضيرية بمناسبة صياغتهم للتعريف الواسع لجريمة الاضطهاد ولأركانها أن يكون لدى المحكمة المرونة الكافية لتحديد الأفعال التي تدخل في إطار التجريم نظراً للتغيير السريع والمتزايد في أشكال الاعتداء على الحقوق والحريات الأساسية، مما يتعين على المحكمة في تحديدها للأفعال التي يمكن أن تشكل اضطهاداً الاستعانة بالسوابق القضائية. حيث تدعم السوابق القضائية المختلفة فكرة تضمن جريمة الاضطهاد مختلف الأفعال اللانسانية التي تشكل انتهاكاً لأحكام القانون الجنائي الدولي وليتضمن بذلك الاضطهاد - وفي حال وجود الدافع التمييزي

والأركان الأخرى المشتركة - الأفعال المذكورة في كل من جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية^(١).

وبقدر تعلق الأمر بالسوابق القضائية حددت محكمة نومبرغ والمحاكم اللاحقة لها الأفعال التالية بأنها تشكل عناصر اضطهاد وهي: حرمان المرء من حقوق المواطنة والتدريس وممارسة مهنة والحصول على التعليم والزواج بحرية والاعتقال والحجز والضرب والتشويه ومصادرة الملكية، الإبعاد إلى غيتوات والعمل الاستعبادي والتصفية، سلب وتدمير الأعمال كوسيلة للإرهاب أو لعلاقته بأشكال عنف أخرى، حرمان المرء من حقوق المحاكمة العادلة، الغرامة الجماعية ومصادرة الموجودات وإنشاء غيتوات والإجبار على وضع نجوم صفراء (التجنيد) ومقاطعة الأعمال والوعظ بالكراهية والتحريض على القتل والتصفية^(٢).

وعليه يمكن ارتكاب الاضطهاد بوسائل مختلفة أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة السابعة من نظام روما الأساسي التي نصت على عدد من الأفعال المجرمة وهي: القتل، الإبادة، الاسترقاق، ترحيل السكان أو النقل القسري لهم، السجن أو الحرمان الشديد على نحو آخر من الحرية البدنية، التعذيب، الاغتصاب، الاستعباد الجنسي، الإكراه على البغاء، الحمل القسري، التعقيم القسري، العنف الجنسي، الاختفاء القسري، الفصل العنصري، فضلاً عن الأفعال اللاإنسانية الأخرى التي تشكل جريمة ضد الإنسانية.

مما تقدم يتضح أن فعل الاضطهاد يتحقق بقتل شخصاً أو أكثر أو التسبب في موته بوسائل مختلفة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، أو بإجبار الضحايا على العيش في ظروف ستؤدي حتماً إلى هلاك جزء من مجموعة من السكان وسواء ارتكب التصرف في سياق عملية القتل الجماعية لأفراد المجموعة أو كان جزءاً من العملية، أو بممارسة المتهم أياً من السلطات المتعلقة بحق الملكية أو هذه السلطات جميعاً على شخص أو أكثر من شخص مثل شراء أو بيع أو إعاره أو مقايضة هذا

(١) هارون سليمان، الاضطهاد، مصدر سابق، ص ٣.

(٢) وليام شوكروس، مصدر سابق، ص ٢١٦.

الشخص أو هؤلاء الأشخاص أو أن يفرض عليهم حرماناً مماثلاً من التمتع بالحرية، أو بترحيل المتهم أو بنقله قسراً شخصاً أو أكثر إلى دولة أخرى أو مكان آخر بالطرد أو بأي فعل قسري آخر لأسباب لا يقرها القانون الدولي.

والترحيل والنقل القسري Deported or Forcibly Transferred يرادفان التهجير القسري Forcibly Displace.

ويعد التهجير القسري من أبشع صور الاضطهاد وأخطر أوجه هذا النوع من الجرائم ضد الإنسانية والذي غالباً ما يرتكب دون أن يثير اهتمام المجتمع الدولي إلا بعد بلوغه مستوى من الخطورة.

وعادةً ما يخدم من التهجير القسري للسكان أهدافاً كتوطين السكان المتفرقين المشردين وتطوير المنطقة التي ينقلون عليها اقتصادياً، وتشريد الأقليات الدينية أو العرقية وتوطين عرقيات أخرى - كما هو الحال في العراق - فضلاً عن استخدام الدول الاستعمارية النقل القسري وسيلة لنفي المجرمين أو تنفيذاً لسياسة معينة كسياسة الفصل العنصري. لتغطي جريمة النقل أو التهجير القسري جميع الحركات القسرية للسكان المدنيين التي تتم داخل حدود الدولة الواحدة^(١).

ويقع الاضطهاد بقيام المتهم بسجن شخصاً أو أكثر أو بحرمان شخص أو أكثر حرماناً شديداً من الحرية البدنية، أو بإلحاق ألماً شديداً أو معاناة شديدة سواء بدنياً أو نفسياً بشخص أو أكثر موجودين تحت إشرافه وسيطرته^(٢).

(١) هارون سليمان، الأبعاد أو النقل القسري، جرائم ضد الإنسانية والقانون الدولي، مقالات وتحليلات، صوت حركة تحرير السودان، ٢٠٠٧، ص ٢-٣، و حسام علي عبد الخالق الشبيخة، مصدر سابق ص ٣٠٤ و ص ٣١٠.

(٢) نيكول بوب، التعذيب، جرائم الحرب، تأليف: لورنس فشلر وآخرون، ترجمة: غازي مسعود، دار أزمنة للنشر، عمان، ٢٠٠٣، ص ٢٣٧، ولمزيد من المعلومات عن هذا الشكل من أشكال الاضطهاد، أنظر: وصال نجيب العزاوي، انتهاكات حقوق الإنسان العراقي في سجن أبو غريب، دار عمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، ٢٠٠٦ و أنثوني كوردسمان، الأعمال المسلحة في العراق وطبيعتها، نماذجها، حلقاتها، ترجمة مركز العراق للأبحاث، الطبعة الأولى، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٤٧ و ص ٧٧.

وهناك رأي ضعيف يرى أن التعذيب ليس صورة من صور الاضطهاد، وحجة أصحاب هذا الرأي أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية عرف التعذيب بأنه تعمد إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة سواء بدنياً أو عقلياً بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته - ولا يشمل الألم أو المعاناة الناجمة عن طريق عقوبة قانونية - بينما الاضطهاد هو الحرمان من الحقوق الأساسية المخالفة للقانون الدولي بسبب الهوية وهو هذا المعنى لا يصل إلى حد الألم الشديد سواء أكان بدنياً أو نفسياً، كما أن الحرمان من الحقوق كما جاء في تعريف نظام المحكمة الجنائية الدولية أو "الخوف الذي له ما يبرره" كما جاء في تعريف ميثاق حماية اللاجئين لعام ١٩٥١ هو "حالة نفسية" وهي لا تصل إلى الألم الشديد البدني أو العقلي^(١).

هذا ويعد فعل الاضطهاد قائماً بارتكاب المتهم لأي فعل من أفعال العنف الجنسي المرتكبة ضد شخص أو أكثر أو إرغام ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص على ممارسة فعل جنسي ما باستعمال القوة أو بالتهديد باستعمالها، أو بحبس مرتكب الجريمة امرأة أو أكثر حملت بالقوة بنية التأثير في التكوين العرقي لأي مجموعة من المجموعات السكانية، أو بحرمان الفاعل شخصاً أو أكثر من القدرة البيولوجية على الإنجاب.

ويرتكب التصرف موضوع البحث بأي فعل متصل بعمليات إلقاء القبض على شخص أو أكثر أو احتجازه أو اختطافه، أو برفض الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم. وبقدر تعلق الأمر بعمليات الحجز اللاشعري واعتباره شكلاً من أشكال الاضطهاد السياسي أو العرقي أو الديني اتهم في أول محاكمة جرائم حرب تجري منذ محاكمات نومبرغ في لاهاي سنة ١٩٩٦ دسكوتادك - الذي عمل حارساً في معسكر أومارسكا الذي يديره الصرب ويضم أسرى مسلمين وكروات - بناءً على دوره في حجز المدنيين وجمعهم وفصلهم ونقلهم القسري إلى المعسكرات، حيث وجدت المحكمة تادك مذنباً بالاضطهاد على أسس سياسية أو عرقية أو دينية. الأمر الذي

(١) محمد عادل عقل، مصدر سابق، ص ٧.

يعتبر الاضطهاد جريمة ضد الإنسانية^(١). وهكذا لا يعد الحجز اللاشعري فحسب خرقاً قانونياً جسيماً لاتفاقية جنيف الرابعة لسنة ١٩٤٩ بل جريمة ضد الإنسانية وشكلاً من أشكال الاضطهاد.

كما يرتكب السلوك الإجرامي جريمة تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدائمة من جرائم حرب أو إبادة جماعية.

ولغرض هذا النظام الأساسي تعني جرائم الحرب: الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة في ١٢ آب ، أغسطس ١٩٤٩^(٢)، أي بأية فعل من الأفعال التالية ضد الأشخاص أو الممتلكات الذين تحميهم أحكام اتفاقية جنيف ذات الصلة، وهي: القتل، التعذيب، المعاملة اللاإنسانية بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية، تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو بالصحة، إلحاق تدمير واسع النطاق بالممتلكات والاستيلاء عليها دون أن تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك وبالمخالفات للقانون وبطريقة عابثة، أو إرغام أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية على الخدمة في صفوف قوات دولة معادية أو حرمانه من حقه في أن يحاكم محاكمة عادلة ونظامية^(٣).

(١) إذ فوليامي، الحجز اللاشعري، جرائم الحرب، تأليف: لورنس فشلر وآخرون، ترجمة: غازي مسعود، دار أزمنة للنشر، عمان، ٢٠٠٣، ص ١٨٠-١٨١.

(٢) لمزيد من المعلومات أنظر: الأحكام المشتركة في الاتفاقيات الأربع والبروتوكول الملحق الأول - القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين - المركز الإقليمي الإعلامي - الناشر: اللجنة الدولية للصليب الأحمر - القاهرة - ٢٠٠٦ - ص ١٢-١٣. وانظر البروتوكول الملحق الإضافي الأول، الباب الرابع، حماية السكان المدنيين والأشخاص المدنيين وقت الحرب - نفس المصدر - ص ٤٨. وانظر: حسام علي عبد الخالق الشیخة - مصدر سابق - ص ١٨٠-١٨١. وجورج أبي صعب - اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ بين الأمس والغد - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٤١١.

(٣) المادة ٨ (أ) من نظام روما الأساسي.

وتعد جرائم حرب الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة^(١)، والانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي في النطاق الثابت للقانون الدولي^(٢).

وفي حالة وقوع نزاع مسلح غير ذي طابع دولي تختص المحكمة بالنظر في الانتهاكات الجسيمة للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع بأي فعل من الأفعال التالية المرتكبة ضد أشخاص غير مشتركين اشتراكاً فعلياً في العمال الحربية^(٣)، وهي: استعمال العنف ضد الحياة والأشخاص وبخاصة القتل بجميع أنواعه والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب، أو بالاعتداء على كرامة الشخص وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة، أو بأخذ الرهائن، أو بإصدار أحكام وتنفيذ إعدامات دون وجود حكم سابق صادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً نظامياً تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف عموماً بأنه لا غنى عنها.

أما الإبادة الجماعية، فهي لغرض هذا النظام أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفاتها هذه إهلاكاً كلياً أو جزئياً "قتل أفراد الجماعة، إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة، إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً، فرض تدابير منع الإنجاب داخل الجماعة، وأخيراً نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى"^(٤).

ومصطلح "الأحوال المعيشية" قد يتضمن على سبيل المثال لا الحصر تعمد حرمان الجماعة من الموارد التي لا غنى عنها للبقاء مثل الأغذية أو الخدمات الطبية أو طردها كلياً من المنازل.

(١) المادة ٨ (ب) من نظام روما الأساسي.

(٢) المادة ٨ (هـ) من نظام روما الأساسي.

(٣) بما في ذلك أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا سلاحهم وأولئك الذين أصبحوا عاجزين عن القتال بسبب المرض أو الإصابة أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر.

(٤) المادة ٨ من نظام روما الأساسي.

وعموماً تمر الإبادة نفسها بمرحلتين الأولى هي تدمير المثل القومي للجماعة المضطهدة، والثانية فرض المثل القومي للمضطهدة، وقد يقع هذا الغرض بدوره على السكان المضطهدين الذين سمح لهم بالبقاء أو على الأرض فقط بعد طرد سكانها واستيطان المنطقة من قبل أفراد الجماعة المضطهدة^(١).

وبالعودة إلى قانون العقوبات الفرنسي النافذ نلاحظ أن جريمة الاضطهاد وفقاً للمادة (٢١٢-١) منه تتكون أيضاً من العديد من الأفعال منها: النفي، وضع الأفراد في حالة العبودية، أو القتل على نحو مستمر لبعض الأفراد، أو خطف الأشخاص ثم اختفائهم بعد الخطف، فضلاً عن التعذيب والأعمال غير الإنسانية^(٢).

وتتفق جريمة الاضطهاد مع جريمة إبادة الجنس في الباعث المحرك إليها: سياسي أو عرقي أو ديني ... وفقاً لخطة مدروسة. وتتميز هذه الجريمة بأنها تمارس ضد مجموعة من المدنيين وأنها لا تهدف إلى إبادتهم مباشرة كما هو الحال في جريمة إبادة الجنس بل ممارسة الاضطهاد ضدهم بصورة مستمرة.

المطلب الثاني

أن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد

مجموعة من السكان المدنيين

يقدم هذا العنصر السياق الذي يجب من خلاله ارتكاب فعل الاضطهاد. ويفهم الهجوم الموجه ضد السكان المدنيين في سياق هذا العنصر بأنه يعني إجراءً أو نهجاً سلوكياً يتضمن ارتكاباً متعمداً أو متكرراً للأفعال المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة السابعة من النظام الأساسي ضد أية مجموعة من السكان المدنيين تأييداً لدولة أو سياسة تنظيمية بارتكاب هذا الهجوم أو بحسب تعبير الفقرة ٢ (أ) من المادة

(١) ديان إف. أورينتلتشر - الإبادة - جرائم الحرب - تأليف: لورنس فشر وآخرون - ترجمة: غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣ - ص ٢٦٧-١٦٨. وماك هبند - رواندا، الإبادة - جرائم الحرب - تأليف: لورنس فشر وآخرون - ترجمة: غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣ - ص ٢٧١.

(٢) محمد أبو العلا عقيدة - مصدر سابق - ص ١١٥.

السابعة السالفة الذكر "عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم أو تعزيزاً لهذه السياسة". ولا توجد ضرورة لأن تشكل هذه الفعال عملاً عسكرياً. ومن المفهوم أن السياسة الرامية إلى القيام بهذا الهجوم تستدعي ان تقوم الدولة أو المنظمة بتعزيز أو تشجيع نشط للقيام بهذا الهجوم ضد السكان المدنيين. ومن دون شك أن تلك السياسة التي تستهدف سكاناً مدنيين كهدف للهجوم تنفذها دولة أو عمل تنظيمي. ويمكن تنفيذ هذه السياسة في ظروف استثنائية بالفشل المتعمد في القيام بعمل يقصد منه عن وعي تشجيع القيام بهذا الهجوم. علماً أن وجود هذه السياسة وبالشكل المتقدم لا يمكن استنتاجها فقط بغياب العمل الحكومي أو التنظيمي، إذ يمكن أن تتحقق به أو بغيره.

المطلب الثالث

أن يتسبب مرتكب الجريمة في حرمان شخص أو أكثر حرماناً شديداً من حقوقهم الأساسية بما يتعارض مع القانون الدولي

للنتيجة في جريمة الاضطهاد طبقاً لنظام روما الأساسي تصويران أحدهما مادي والآخر قانوني، ويختلفان باختلاف شكل الاضطهاد والصورة التي يقع عليها فعل الاضطهاد.

أما عن التصوير المادي للنتيجة فهو ذاته في النظرية العامة للجريمة يجسد النتيجة على أنها كل تغيير يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي، وهذا التغيير يعني أن الأوضاع الخارجية كانت على نحو معين قبل ارتكاب السلوك ثم صارت على نحو آخر بعد ارتكابه.

فالنتيجة بمعناها المادي في جريمة الاضطهاد تتحقق بإفناء أفراد الجماعة أو بالمساس بجسم أو شرف أو عقل أفراد تلك الجماعة، أو بإيصالهم إلى حالة مادية أو نفسية مغايرة للحالة التي كانوا عليها قبل اضطهادهم من قبل الغير. وغير ذلك من الأضرار الجسمانية التي تلحق بالأفراد، والأضرار المعنوية التي تلحق بالكرامة الإنسانية والأضرار المادية التي تلحق بالممتلكات.

وأما عن تصوير النتيجة بالمعنى القانوني، فإن النتيجة في هذا التصوير يعني العدوان على الحق أو المصلحة محل الحماية القانونية. وما الاضطهاد إلا عملية إنكار للحقوق والحريات الأساسية للجماعات العنصرية التي يفرض عليها.

ومن دون شك يتحقق تصوير النتيجة في المعنى السابق إذا تسبب مرتكب الجريمة في حرمان الضحية أو الضحايا من أحد حقوقهم الأساسية كحق الضحية في الحياة - الذي أشارت إليه المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان - وهو أهم وأخطر حقوق الإنسان جميعاً ومن دونه لا وجود لحقوق أو سواها.

كما تتحقق النتيجة الإجرامية إذا ترتب على السلوك الإجرامي حرمان الفرد أو مجموعة من الأفراد من حقهم في الحرية والأمن الشخصي، أو حقهم في الانتصاف أمام المحاكم، والتحرر من القبض ومن الاعتقال والنفي قسراً، وحقهم في التملك، وحرية الفكر والعقيدة والدين وحرية الرأي والتعبير. هذا فضلاً عن حقهم في الراحة والحق في مستوى معيشي كاف للصحة والرفاهية، والحق في التعليم، والحق في الاشتراك في حياة المجتمع الثقافية، وغيرها من الحقوق التي نصت عليها الإعلانات والمواثيق الدولية.

فعلى الرغم من صعوبة حصر الأفعال التمييزية التي تدخل في تكوين الركن المادي في جريمة الاضطهاد - كما وجدنا سابقاً - إلا أنها في مجموعها تشكل اعتداءً على مجموعة من الحقوق الأساسية كالحقوق السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية والمالية والقانونية. ليدخل في هذا الإطار منع الأفراد والجماعات من مزولة المهن القانونية والطبية والصحفية مثلاً أو الانتساب إلى القوات المسلحة والقوات والأجهزة الأمنية والنظامية الأخرى، والالتحاق في الخدمة المدنية، وتقييد حريتهم في الإقامة والتنقل، ومشاركتهم في التجمعات، أو استخدام الأماكن العامة كالحدائق والمسارح.

وتعد مصادرة ممتلكات جماعة دينية ما والاعتداء على الملكية الخاصة لها وأماكن العبادة بالسلب والتدمير والاعتداء على المساكن وأسباب اكتساب الرزق بهدف تعريض حياة الجماعة أو صحتهم للخطر أو تمهيداً لحرب إبادة جماعية ضدهم باستباق العمليات العسكرية فيها عمليات استبعاد واسع النطاق لقيادات تلك

المجموعات المضطهدة من القيادات العليا في الدولة وتسريحهم من الجيش والشرطة واستبعاد أبنائهم من بعض مراحل التعليم من أخطر سياسات الإقصاء المنظمة في العراق.

وعليه تعتبر النتيجة الجرمية في جريمة الاضطهاد عنصراً مهماً فيها، حيث لا يكفي مجرد إثبات الفعل بل لابد من أن يؤدي الفعل إلى نتائج سلبية تتمثل في الحرمان الفعلي من التمتع بحقوق الإنسان وحرياته الجوهرية.

المبحث الثالث

الركن المعنوي

جريمة الاضطهاد من الجرائم العمدية دائماً التي يتطلب القانون لدولي الجنائي لقيامها ومساءلة مرتكبه جنائياً توافر القصد الجنائي لديه.

ولما كانت جريمة الاضطهاد إحدى صور الجريمة الدولية بوصفها جريمة ضد الإنسانية فإن القواعد العامة التي تحكم الجريمة الدولية تطبق على جرائم الاضطهاد، فجرائم الاضطهاد هي من حيث الواقع القانوني والعملي لا ترتكب إلا من قبل أفراد طبيعيين سواء كان جنود أو مدنيين، رؤساء أو مرؤوسين، حكام أو محكومين.

ويتمثل الركن المعنوي في جريمة الاضطهاد في اتجاه إرادة حكام الدولة أو أحد تابعيها من الأفراد أو ممثليها أو أحد الأشخاص أو الأفراد التابعين لإحدى المنظمات أو المجموعات أو الفئات التي لا تنتمي للدولة أو لأحد مؤسساتها الرسمية أو شبه الرسمية إلى إيقاع فعل الاضطهاد على شخص أو مجموعة من الأشخاص مع علمه بهذا السلوك وبأنه يخالف المواثيق والقوانين الدولية. وكذلك يجب أن ينصرف علم الجاني وإرادته ليس فقط على السلوك غير المشروع في جريمة الاضطهاد وإنما إلى تحقق النتيجة الإجرامية أيضاً في تلك الجريمة وهي حرمان الضحية أو الضحايا من حق أو أكثر من حقوقهم الأساسية بما يتعارض مع القانون الدولي.

ولا يقتصر العلم على تمثل الجاني للواقعة الإجرامية والنتائج المترتبة عليها، وانصراف إرادته إلى عناصر الركن المادي فحسب. وإنما لابد أن يعلم الجاني بأن الضحية أو ضحايا الاضطهاد ينتمون إلى فئة أو جماعة معينة وبوجه إرادته إلى

استهداف ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص بسبب انتمائهم إلى تلك الفئة أو الجماعة المحددة.

وقد نصت المادة (٣٠) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة على الركن المعنوي للجريمة عموماً والتي تدخل في إطارها جريمة الاضطهاد على وجه الخصوص.

فلا يسأل الشخص جنائياً عن ارتكاب جريمة الاضطهاد ولا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توافر القصد والعلم^(١). وهذا يدعونا بطبيعة الحال إلى تسليط الأضواء على القصد عموماً ومعنى العلم وأثره في إسناد المسؤولية الجنائية من عدمه خصوصاً.

المطلب الأول

القصد

لا يختلف مفهوم القصد الجنائي في القانون الدولي الجنائي عنه في القانون الجنائي الداخلي فهو ينهض على ذات العنصرين العلم والإرادة الحرة المختارة، كما أنه محل إجماع بين كافة الفقهاء وسجلته كافة المواثيق الدولية المعنية. ولأغراض المادة (٣٠) من النظم الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة يتوفر القصد لدى الشخص عندما يقصد المتهم فيما يتعلق بسلوكه ارتكاب هذا السلوك الإجرامي، وأن يقصد هذا الشخص فيما يتعلق بالنتيجة التسبب في تلك النتيجة أو يدرك أنها ستحدث في إطار المسلك العادي للأحداث^(٢)، وبالتفصيل الذي بيّناه سابقاً.

والمسؤولية الجنائية ليست مقتصرة على الأفعال الإيجابية بل يمكن أن تظهر في حال الإخفاق في الفعل عندما يكون هناك واجب يجب القيام به ويكون الإخفاق أما مقصوداً أن تتبعه نتائج أو ناجماً عن إهمال تلك النتائج^(٣).

(١) الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من نظام روما الأساسي.

(٢) الفقرة الثانية من المادة (٣٠) من نظام روما الأساسي.

(٣) وفي هذا الصدد وضع تفسير اللجنة الدولية للصليب الأحمر للبروتوكولين الإضافيين التعمد بأنه "بحسب أن يكون المتهم قد تصرف بوعي وبقصد، أي أن يكون عقله أراد الفعل ونتائجه"

المطلب الثاني

العلم

حددت الفقرة الثالثة من المادة (٣٠) السالفة الذكر لفظة "العلم" وتعني بشكل عام أن يكون الشخص مدركاً أنه توجد ظروف أو ستحدث نتائج في المسار العادي للأحداث. وتفسر لفظتا "أن يعلم" أو "عن علم" تبعاً لذلك. وطبقاً للمادة ٧(١)(ج) من النظام الأساسي يجب أن يعلم المتهم بان التصرف جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين أو أن ينوي أن يكون هذا التصرف جزءاً من ذلك الهجوم، ولا ينبغي تفسير العنصر الأخير بوصفه يتطلب إثباتاً على علم المتهم بجميع خصائص ذلك الهجوم أو بالتفاصيل الدقيقة للخطة أو السياسة التي تتبعها الدولة أو المنظمة. ففي حالة ظهور الهجوم الواسع النطاق والمنهجي ضد السكان المدنيين يشير شرط القصد للعنصر الأخير إلى استيفاء هذا العنصر المعنوي إذا نوى المتهم مواصلة هذا الهجوم. وعليه لا يعد الشخص متهماً وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة ولا يحاكم عموماً عن جريمة الاضطهاد إلا إذا ارتكب جريمته (بقصد ومعرفة) ويكون المتهم قاصداً إذا كان فيما يتعلق بالتصرف "يقصد القيام به" وإذا كان فيما يتعلق بالنتيجة "يقصد إيقاعها أو يعي أنها ستقع في مجرى الأحداث العادي" وتعني المعرفة أو العلم "وعياً بأن ظرفاً موجوداً أو أن نتيجة ستقع في مجرى الأحداث العادي"^(١).

الخاتمة

حظيت جريمة الاضطهاد الطائفي والعنصري باهتمام دولي متزايد خلال السنوات القليلة الماضية. وأصبحت هذه المشكلة خلال الأشهر المنصرمة من المشكلات

ويشمل هذا مفاهيم النية الخاطئة أو الإهمال أي قبول إمكانية وقوع نتيجة محددة دون أن يكون متأكداً من ذلك ولا يشمل هذا الإهمال العادي أو فقدان بعد النظر وإن كان الأخير يقود إلى توقيع إجراء انضباطي معين طبقاً للقانون الوطني.

أي. بي. في. روجرز، التعمد، جرائم الحرب، تأليف: لورنس فشر وأخرون، ترجمة: غازي مسعود، دار أزمنة للنشر، عمان، ٢٠٠٣، ص ٣٣٦.

(١) أي. بي. في. روجرز، نفس المصدر السابق، ص ٣٣٧.

الجدية في العراق وفي العديد من الدول حالها حال الأعمال المسلحة أو حتى أنها أصبحت أكثر جدية لتكون مقدمة لحرب أهلية. ولا يوجد ثمة شك في أن اضطهاد الأقليات الدينية أو العرقية نتيجة للتوترات الطائفية والعرقية العراقية تواصلت بنموها منذ أواخر عام ٢٠٠٤ وتصاعدت خلال هذا العام. وليس بإمكان أحد أن يحدد عدد الأشخاص الذين تم ترحيلهم وقتلهم واختطافهم وابتزازهم وحرمانهم من أبسط حقوقهم بما في ذلك حقهم في تلقي التعليم الجامعي أو الاستمرار به أسوة بغيرهم من المواطنين والعمليات الأخرى التي من شأنها أن تجعل عدد لا يستهان به من العراقيين ضحايا الاضطهاد المستمر وعلى أية حال فإنه لا يشك أحد في أن آلاف العراقيين قضوا نحبتهم وإن عمليات التطهير العرقي المصحوبة بجرائم وضغائن داخلية أثرت على حياة عشرات الآلاف منهم بل إن مئات الآلاف رحلوا أو غيروا أماكنهم خشية القتل وعمليات التطهير. وقد تزايد هذا الخطر نتيجة الإخفاق في تشكيل حكومة وطنية وتقسيم المناطق على أسس عرقية أو طائفية وفقدان الأمن في العديد من مناطق البلد لاسيما ذات التركيبة السكانية المختلطة.

ومن خلال تحديدنا لجرائم الاضطهاد كمشكلة متنامية في مختلف مواضيع البحث وكونها تهديداً خطيراً للأمن، غالباً ما تكون مرتبطة بالمجموعات الطائفية أو الفصائل السياسية الداخلية، بل هي تقوم على أحد الأسس السياسية أو العرقية أو الوطنية أو الأثنية أو الثقافية أو الدينية. وإن ما وجدناه من أفعال الركن المادي من قتل منظم وتصفية وعمل إجباري قسري وتعذيب وتهجير إكراهي للسكان يشكل دليلاً دامغاً على الاضطهاد الجماعي، ووجود صور أخرى للاضطهاد بالإضافة إلى التمييز والفصل العنصريين نصت عليها الاتفاقيات الدولية والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

وإلى جانب خطورة جرائم الاضطهاد وتعدد أطرافها وصورها، وتنوع ضحاياها وارتباطها بجرائم عديدة أخرى لاسيما تلك التي اكتسبت طابعاً عالمياً يهدد أمن وسلامة البشرية وحقوق الإنسان وحياته الأساسية.

ويترتب على توافر أركان جريمة الاضطهاد وجوب محاكمة الفاعل عنها، وتكون المحاكمة وفقاً للوضع الراهن للقانون والقضاء الدوليين أمام المحكمة الدولية الجنائية شأنها شأن جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية الأخرى.

المصادر

الكتب العامة

١. أنثوني أج. كوردسمان - الأعمال المسلحة في العراق (طبيعتها، نماذجها، حلقاتها) - مركز العراق للأبحاث - الطبعة الأولى - بغداد - ٢٠٠٦.
٢. حارث سليمان الفاروقي - المعجم القانوني - الطبعة الثانية - مكتبة لبنان - بيروت - ١٩٧٠.
٣. صموئيل ب. هنتغتون - من نحن؟ التحديات التي تواجه الهوية الأمريكية - ترجمة: حسام الدين خضور - دار الرأي للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - دمشق - ٢٠٠٥.

الكتب القانونية

١. حسام علي عبد الخالق الشیخة - المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ٢٠٠٤.
٢. ضاري رشيد السامرائي - الفصل والتمييز العنصري في ضوء القانون الدولي العام - دار الحرية للطباعة - بغداد - ١٩٨٣.
٣. فتوح عبد الله الشاذلي - القانون الدولي الجنائي - الكتاب الأول - أوليات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠١.
٤. محمد عبد الله أبو بكر سلامة - جريمة التعذيب في ضوء أحكام القانون الدولي الجنائي ونص المادة ١٢٦ من قانون العقوبات المصري - الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٥.
٥. محمود صالح العادلي - الجريمة الدولية، دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠٤.

٦. وصال نجيب العزاوي - انتهاكات حقوق الإنسان العراقي في سجن أبو غريب - دار عمار للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - عمان - ٢٠٠٦.

البحوث والمقالات

١. إد فوليامي - الحجز اللاشعري - جرائم الحرب - تأليف: لورنس فشلر وآخرون - ترجمة: غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣.
٢. أي. بي. في. روجرز - التعمد - جرائم الحرب - تأليف: لورنس فشلر وآخرون - ترجمة: غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣.
٣. جورج أبي صعب - اتفاقيات جنيف ١٩٤٩ بين الأمس والغد - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - القاهرة - ٢٠٠٠.
٤. ديان اف. أورينتلتشر - الإبادة - جرائم الحرب - تأليف: لورنس فشلر وآخرون - ترجمة: غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣.
٥. سمعان بطرس فرج الله - الجرائم ضد الإنسانية، إبادة الجنس وجرائم الحرب وتطور مفاهيمها - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - القاهرة - ٢٠٠٠.
٦. شريف بسيوني - الجرائم ضد الإنسانية - جرائم الحرب - تأليف: لورنس فشلر وآخرون - ترجمة: غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣.
٧. ضاري خليل محمود - المبادئ الجنائية العامة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - دراسات قانونية - مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - العدد الثاني - الصفحة الأولى - بغداد - ١٩٩٩.
٨. ضاري خليل محمود - مبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية - دراسات قانونية - مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - العدد الأول - السنة الأولى - بغداد - ١٩٩٩.
٩. ماك هبند - رواندا، الإبادة - جرائم الحرب - تأليف: لورنس فشلر وآخرون - ترجمة: غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣.

١٠. محمد أبو العلا عقيدة - الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس - العدد الأول - السنة التاسعة والثلاثون - ١٩٩٧.

١١. محمود شريف بسيوني - تقييم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - دراسات في القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - القاهرة - ٢٠٠٠.

١٢. وليام شوكرس - الاضطهاد على أسس سياسية أو عرقية أو دينية - جرائم الحرب - تأليف : لورنس فشر وآخرون - ترجمة، غازي مسعود - دار أزمنة للنشر - عمان - ٢٠٠٣.

البحوث والمقالات المنشورة على شبكة الإنترنت

١. حسن مدبولي - الجرائم ضد الأقليات - جريدة شباب مصر الإلكترونية - مجلة يومية متخصصة في الرأي - ٢٠٠٧.

www.shbabmisr.com

٢. هارون سليمان - الأبعاد أو النقل القسري - جرائم ضد الإنسانية والقانون الدولي - (الحلقة ١١) - مقالات وتحليلات - صوت حركة تحرير السودان - ٢٠٠٧.

www.sudanneseonline.com

٣. هارون سليمان - الاضطهاد، جرائم ضد الإنسانية والقانون الدولي - (الحلقة ١١) - مقالات وتحليلات - صوت حركة تحرير السودان - ٢٠٠٧.

www.sudanneseonline.com

٤. هارون سليمان - الجماعة المستهدفة - الاضطهاد جرائم ضد الإنسانية والقانون الدولي - (الحلقة ١٢) - مقالات وتحليلات - صوت حركة تحرير السودان - ٢٠٠٧.

www.sudanneseonline.com

٥. محمد عادل عقل - الحماية القانونية والقضائية لحقوق اللاجئين - دراسات مجلة العالم الإسلامي - مجلة إسلامية أسبوعية - العدد ١٨١٤ - الصفحة التاسعة - ٢٠٠٣.

www.muslimworldleague.org

٦. الجماعة الأثنية، مصطلحات اجتماعية - شبكة النبأ المعلوماتية - ٢٠٠٧.

www.annabaa.org

٧. هوية، مصطلحات انثروبولوجية - شبكة النبأ المعلوماتية - ٢٠٠٠.

www.annabaa.org

منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر

- القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف وبروتوكولها الإضافيين - فهم القانون الإنساني - المركز الإقليمي الإعلامي - الناشر: اللجنة الدولية للصليب الأحمر - القاهرة - ٢٠٠٦.

منشورات الأمم المتحدة

١. تقرير اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية بشأن الصيغة النهائية لمشروع نص أركان الجرائم - اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية - الأمم المتحدة - نيويورك - ٢٠٠٠.

٢. نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في ١٧ تموز / يوليو ١٩٩٨ - مذكرة الأمانة العامة - اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية - الأمم المتحدة - نيويورك - ١٩٩٩.

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 * 12 cm).
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 names, the occupation and address of business (and correspondence if different). Suitable numbers of Figures like (*) should be placed to 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 as well 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 manes are connected with the year of publication as in CBE, style manual committee, 1983.
13. The reference should be referred 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 from 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.
18. Copy rights of the published papers in the mega sine belongs to the college of law/al-Nahrain university. The researcher who published his paper will not be able to publish it unless after documentary approval from the chief of editors.
19. A paper that is submitted for publication is scientific evaluation. After the a approval of the evaluator, the magazine commits to publish it in the next issue if the paper satisfies the other previously mentioned items.
20. The college of law is responsible to present a suitable award to the researcher after publishing the paper according to the financial ability in the condition of submitting documentary claim by him.

Journal of the College
of Law

A Scientific Refereed
Journal

Publishes by

College of Law

Al-Nahrain University

Volume 10-Numver:19
Year:thi alhiga/1428 H

2007

Correspondence

Editorial manager.

Iraq-Baghdad

Al-Kadhimiya

Journal of the college
of Law

E-mail

Journal
law@yahoo.com

Annual
Membership:12000 D.
For Gov.

Establishments &
individuals-inside

Iraq.

100U.S.D. For Gov.
Establishments &
individuals – outside
Iraq

Editorial Board

Chief of editorial board

Professor

Muhie Hilal Al-
sarhan,ph.D.

College of Law

Members of Editorial
Board

Professor

Iwadh Fadhil
Asmail,ph.D.

Professor

Dr.Jamal I.al.haidari

Assistant Professor

Talib N. al.shar

Assistant Professor

Dr.Jaa'far khazal

Assistant Professor

Dr.saad h.al.haboosi

Assistant Professor

Dr.adil n. al.jumaily

Assistant Professor

Dr.Ismail sa'saa'

Assistant Professor

Zuhair Al-
Bushir,LL.M.

Editorial Manager

Haidar A.Abdul
Hadi,ph.D.

College of Law

Consultative Board

Chief of the Board
professor Ghazi Faisel,
Ph.D.

College of Law

Members of Board
Professor

Mustafa Ibrahim

Al-Zalami, ph.D.

College of Law

Professor

D. Mohammaed Ali
Altai,ph.D.

College of Law

University of Baghdad
Mahammed Ali
Jawad,ph.D.

College of
Law/Almustansirya
University

Assistant professor

Mamdooh Abd Al-
karim,ph.D.

College of Law

Assistant professor

Isam al.atia,ph.D.

College of Law

University of Baghdad

Assistant professor

Hikmat shuber.ph.D.

College of Law

University of Baghdad