المحور الثالث
التحديات الاجتماعية والاقتصادية
واثرها القانونية

جمعيات دافعي الضرائب ودورها في حماية حقوق المكلفين

الأستاذ الدكتور حيدر وهاب عبود
كلية القانون — الجامعة المستنصرية

الملخص
أستندت الدول المتقدمة ، منذ أكثر من عقد ، سنة حسنة تمثلت بالسماح لدافعي الضرائب بتكوين جمعيات يعبروا من خلالها عن آرائهم في الضرائب المفروضة عليهم ، والدفاع عن مصالحهم وحقوقهم من كل تجاوز قد يحصل من قبل المشرع أو الإدارة عند فرض الضريبة أو تحصيلها. لقد استطاعت الجمعيات المذكورة من الاضطلاع بأعمال ايجابية وناجعة تمثلت بدراسة مشروعات القوانين الضريبية وأبداء الرأي بشأنها قبل فرضها من قبل المشرع أضافة إلى مراقبة نفقات الحكومة وتشخيص مواطن الإسراف والتبذير والدعوة إلى الترشيد سيما أن تلك النفقات تغطى أموالها في الغالب من جيوب دافعي الضرائب فيكون لهم الحق والمصلحة بالتأكد من أن أموالهم تنفقها الحكومة في مواضعها الصحيحة والنافعة .
إن وجود جمعيات دافعي الضرائب يعد خطوة متقدمة ومنظمة لممارسة حق مقاومة الطغيان الضريبي فبدلا من أن يعبر المكلفون عن سخطهم ونقمتهم على النظام السياسي المستبد في الشؤون الضريبية من خلال الثورات والانقلابات وهو ما كان سائدا وشائعا في العصور الماضية ، فإن جمعيات دافعي الضرائب تتيح للمكلفين الفرصة في أن يعبروا بشكل جماعي وحضاري عن رؤيتهم في السياسية الضريبية وإيصال صوتهم إلى المشرع والإدارة بل الذهاب إلى أبعد من ذلك من خلال ممارسة حق التقاضي والطعن على القوانين الضريبية غير الدستورية والقرارات الإدارية غير المشروعة .
وعلى الرغم من أهمية وجود جمعيات دافعي الضرائب إلا أن العراق ، مثله في ذلك مثل كثير من الدول العربية ، يفتقد لوجود تلك الجمعيات . ونرى أن الوقت قد أزف لتشكيلها سيما أن التوجه الآن هو الاعتماد على الضرائب بشكل أكبر في تمويل الموازنة العامة للدولة ، وتقليل الاعتماد على العوائد البترولية .

Abstract
For more than a decade, developed countries adopted a good trend that allows taxpayers to establish associations through which they express their opinions regarding taxes imposed on them, and protect their interests and rights against any possible encroachment by the legislator or the administration when imposing or collecting a new tax.

Despite their importance, Iraq however, like many other Arab countries, does not have such associations. The researcher believes that they are needed especially now as there is a strong inclination towards relying heavily on taxes to finance the state's general budget and reducing dependence on petroleum revenues.

مقدّمة

لم يعد تسطير حقوق المكلفين بدفع الضرائب في متون الدساتير والقوانين كافيا لضمان تلك الحقوق وحمايتها ، فلقد أدركت الدول المتقدمة منذ عقود مضت أهمية أن تتحول تلك النصوص من حالة السكون إلى حالة الحركة من خلال السماح للمكلفين أنفسهم بالدفاع عن حقوقهم بصورة جماعية ، ومنظمة ، ومستمرة وذلك عن طريق تشكيل جمعيات ، أو روابط ، أو اتحادات تضم بين صفوفها الأشخاص الذين يلقي عليهم المشرع عبئا ضريبيا . وتعبر تلك الظاهرة عن تطور حضاري ، ورقي فكري ، وبعد ديمقراطي يبتعد من خلاله المكلفون بالضريبة ، وهم بصدد مقاومة الطغيان الضريبي التشريعي والإداري ، عن سلوك أساليب العنف الثوري ليسلكوا سبيلا آخر هو العمل المنظم وفق قواعد قانونية مقننة تحفظ مصلحة الدولة وتحمي بالوقت ذاته مصالح المكلفين بالضريبة[١] .

ولكن إذا كان وجود جمعيات دافعي الضرائب في الدول المتقدمة يعد أمرا مألوفا ومعتادا إلا أن وجود تلك الجمعيات في الدول النامية ، والعربية منها على وجه الخصوص ، يعد أمرا نادرا .

لذلك تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على ضرورة تشكيل جمعيات دافعي الضرائب في الدول العربية سيما أن التوجه الآن هو الاعتماد على الضرائب بشكل أكبر في تمويل الموازنة العامة للدولة ، وتقليل الاعتماد على العوائد الأخرى مثل العوائد البترولية .

وسنجري في هذا البحث على خطة مكونة من ثلاثة فروع هي :

الفرع الأول : تعريف جمعيات دافعي الضرائب وخصائصها .

الفرع الثاني : أهمية جمعيات دافعي الضرائب ومهامها .

الفرع الثالث : متطلبات نجاح عمل جمعيات دافعي الضرائب .

ثم نختم البحث بخاتمة تتضمن أهم المقترحات التي نراها خليقة بالطرح .

الفرع الأول: تعريف جمعيات دافعي الضرائب وخصائصها

يتطلب معرفة جمعيات دافعي الضرائب بيان مفهومها ومعرفة خصائصها . وهذا ما سنعكف عليه في البيان التالي :

أولا : مفهوم جمعيات دافعي الضرائب

تعرف الجمعية عموما بأنها : (جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية لغرض غير الربح المادي)[٢] .

أما جمعيات دافعي الضرائب فقد عرفت بأنها : (مجموعات غير ربحية أو جماعات ضغط غير رسمية تدعو إلى تقليل الضرائب واجراء تخفيضات في الإنفاق الحكومي ووضع حد للدين العام)[٣] .

ومن جانبنا نعرف تلك الجمعيات بأنها : (جماعة ذات تنظيم مستمر تتكون من المكلفين بدفع الضرائب وتهدف إلى الدفاع عن الحقوق الضريبية المنصوص عليها في الدستور والتشريع النافذ في الدولة).

ثانيا :خصائص جمعيات دافعي الضرائب

لجمعيات دافعي الضرائب خصائص محددة نوضحها في الكلام الآتي :

١- جمعيات دافعي الضرائب تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة :

الجمعية ، كما رأينا ، جماعة تهدف إلى تحقيق غرض غير الحصول على الربح المادي ، وهي إما أن تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أو إلى تحقيق مصلحة خاصة غير الحصول على الربح لأعضاء الجمعية أنفسهم كما هو الحال في نقابات العمال ، والنقابات المهنية ، واتحاد الصناعات ، والجمعيات الزراعية[٤] .

وجمعيات دافعي الضرائب ، لا تهدف إلى تحقيق الربح المادي لأعضائها ،ولا ينبغي لها أن تهدف إلى تحقيق ذلك وإلا فقدت وصف الجمعية وتحولت إلى وصف آخر مثل الشركة . لكن جمعية دافعي الضرائب تهدف بالتأكيد إلى تحقيق المصلحة .

والسؤال الذي يطرح أي نوع من المصلحة تستهدفه جمعيات دافعي الضرائب ؟

يبدو للوهلة الأولى أن جمعيات دافعي الضرائب تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة للمكلفين لكن المتمعن في عمل تلك الجمعيات يجد أن عملها لا يخلو من مصلحة عامة التي تتحقق من خلال قيام الجمعيات بمتابعة مدى التزام المشرع والإدارة بالمبادئ الأساسية لفرض الضرائب[٥] ، أو الضغط على الحكومة لترشيد نفقاتها العامة ، والاقلال من حاجتها إلى الأموال ليقل بالتالي اعتمادها على الضرائب . وكذلك دراسة مشروعات قوانين الموازنة العامة السنوية وعرض المقترحات والملاحظات على أنظار السلطتين التشريعية والتنفيذية .

٢ - جمعيات دافعي الضرائب من أشخاص القانون الخاص :

يحكم نشاط جمعيات دافعي الضرائب القانون الخاص ، لأنها تعد شخصا من أشخاصه ، ومن ثم ، فإن تلك الجمعيات لا تمارس امتيازات السلطة العامة فلا تعد قراراتها أو عقودها إدارية ، ولا يعد العاملون فيها أو المنتمون إليها موظفين عموميين ، ولا تخضع منازعاتها لأحكام القانون الإداري ، ولا يختص القضاء الإداري بالنظر في منازعاتها في الدول ذات القضاء المزدوج بل يختص القضاء العادي بنظرها . لكن القول المتقدم لا يعني أن جمعيات دافعي الضرائب تمارس نشاطا يولد نفعا خاصا للمنتمين إليها فقط بل أن الخدمات التي تقدمها توفر نفعا للمنتمين إليها ولغيرهم كذلك لذلك فإن تلك الجمعيات أقرب ما تكون إلى أشخاص خاصة ذات نفع عام.

٣- جمعيات دافعي الضرائب أشخاص معنوية :

يزود المشرع جمعيات دافعي الضرائب بالشخصية المعنوية لكي تتمكن من أداء مهامها[٦] .

فتكون لها ذمة مالية مستقلة ، وممثل يعبر عن إرادتها ، ولها حق التقاضي بأن تكون مدعى أو مدعى عليه ، ولها كذلك موطن ، ويعتبر موطنها المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها، وبالجملة فإن الجمعيات المذكورة تتمتع بالحقوق جميعها إلا ما كان منها ملازما لصفة الشخص الطبيعي[٧].

٤- خضوع جمعيات دافعي الضرائب لمبدأ التخصص :

تخضع جمعيات دافعي الضرائب لمبدأ التخصص مثلها في ذلك مثل غيرها من الأشخاص المعنوية الأخرى . وبالتالي فلا يكون لها ، أي للجمعيات المذكورة ، أن تكتسب من الحقوق أو أن تتحمل من الواجبات ما يتجاوز الغرض الذي قامت من أجله . فلا يجوز لجمعيات دافعي الضرائب مثلا الاشتغال بالتجارة ، لأنها غرضها محدد على سبيل الحصر وهو المحافظة على حقوق المكلفين بالضريبة. كما لا يجوز لجمعيات دافعي الضرائب الاشتغال بالسياسة وممارسة نشاط مماثل لنشاط الأحزاب السياسية لكن الفصل بين تلك الجمعيات والسياسة العامة يبدو أمرا عسيرا سيما إذا تداخلت الموضوعات الضريبية مع السياسة العامة للدولة وأصبح الكلام عن الضريبة شأنا عاما وهو غالبا ما يكون كذلك فوقتذاك يصعب على الجمعيات أن تنأى بنفسها وتتخذ موقفا محايدا ففي استراليا على سبيل المثل انتقدت جمعية دافعي الضرائب الإدارة الفيدرالية وقت الانتخابات في عام ١٩٢١ ، وقد أوضح السيد (هيوز) رئيس الوزراء بجلاء أن فرصة وزارته لإعادة الانتخاب تأثرت بانتقاد الجمعية للإدارة. وقد تم الرد على ذلك من خلال التصريح بأن الجمعية كانت منظمة غير حزبية تمامًا وكان هدفها الرئيسي خدمة مصالح المجتمع بأكمله[٨] .

الفرع الثاني: أهمية جمعيات دافعي الضرائب ومهامها

لجمعيات دافعي الضرائب أهمية كبيرة في الدول التي توجد فيها وذلك بسبب المهام التي تتولاها أو تقوم بها . وسنبين الأهمية والمهام في الكلام الآتي :

أولا : أهمية جمعيات دافعي الضرائب

إن وجود جمعيات ينتظم فيها المكلفون بدفع الضريبة له أهمية كبيرة من جوانب متعددة ، فالمكلفون الذين ينضمون إلى تلك الجمعيات يجدون أن عملهم يصبح أكثر تنظيما ، وموقفهم أكثر تماسكا ، وصوتهم أشد علوا ازاء القضايا الضريبية المطروحة ، وبالتالي يستطيعون تكوين رأي عام يتصدى لمحاولات المشرع أو الحكومة في فرض ضرائب جديدة غير عادلة أو غير ضرورية. ثم أن تلك الجمعيات ، وبحكم أن المنتمين إليها بعضهم من ذوي التخصص في الشأن القانوني الضريبي ، فإنها تستطيع تنمية الوعي الضريبي لأعضائها جميعا بفعل المناقشات المستمرة ، ووجهات النظر المتبادلة في القضايا المطروحة عليهم مما يكسبهم الخبرة اللازمة في التعامل مع القضايا الضريبية

وهي قضايا كما معلوم تنطوي على جانب لا يستهان به من الأحكام ذات الطابع الفني المعقد .

عليه فإن جمعيات دافعي الضرائب تعمل على تعزيز صوت المكلفين والدفاع عن حقوقهم ، بالإضافة إلى تقديم الخدمات والمعلومات والمشورة القانونية لدافعي الضرائب الأفراد وكذلك الشركات. كما يمكن أن تساعد أنشطة هذه الجمعيات على بذل أقصى درجات العناية والتبصر والشفافية في عمل الإدارة الضريبية[٩] .

ثم أن شعور المكلف بالضريبة أنه ليس وحيدا في مواجهة المشرع أو الإدارة بل هو جزء من جماعة لها مصلحة واحدة يعمل معها بصورة منظمة ومستمرة ، فإن هذا الشعور يخلق لديه مناخا مستقرا من شأنه أن يوفر له أمنا قانونيا يقوي من فرص حصوله على حقوقه والدفاع عنها .

يُزاد على ذلك أن مشاركة جمعيات دافعي الضرائب في مناقشة مشروعات القوانين الضريبية وإبداء الرأي بشأنها يسهم بلا شك في إنجاح فكرة أن القانون يعبر عن الإرادة العامة للأمة وأن الشعب مصدر السلطات ، لأن تلك المناقشات تأتي من أصحاب الشأن أنفسهم ويمكن من خلال تجمعهم المنظم والمستمر أن تتاح لهم الفرصة في تأييد القانون أو رفضه في ممارسة ديمقراطية وشفافة تعكس أجواء تتيح للآراء المختلفة بالتفاعل وربما التكامل من أجل الوصول إلى حلول مقنعة بين السلطات العامة والشعب بدلا من احتكار الرأي من قبل النواب وحصر الأصوات داخل قبة البرلمان .

إن وجود جمعيات دافعي الضرائب اذن يعد خطوة متقدمة ، ومنظمة ، ومهذبة لممارسة حق مقاومة الطغيان الضريبي فبدلا من أن يعبر المكلفون عن سخطهم ونقمتهم على النظام السياسي المستبد في الشؤون الضريبية من خلال الثورات والانقلابات ، وهو ما كان سائدا وشائعا في العصور الماضية ، فإن جمعيات دافعي الضرائب تتيح للمكلفين الفرصة في أن يعبروا بشكل جماعي وحضاري عن رؤيتهم في السياسة الضريبية مع ضمان إيصال صوتهم إلى المشرع والإدارة [١٠] .

لقد توسع دور جمعيات دافعي الضرائب فلم تعد تكتفي بدراسة السياسة الضريبية للدولة حسب بل بدأت تتناول كذلك السياسة المالية العامة بشقيها الانفاقي والايرادي في اطار الشعور الجماعي بالمسؤولية ازاء قضايا الأمة المالية فلم يعد مستغربا أن تبدي تلك الجمعيات الرأي وتلفت نظر دافعي الضرائب إلى خطورة بعض التصرفات المالية التي قد تقدم عليها الحكومة وتترك آثارا مستقبلية سلبية على الأجيال القادمة مثل الاقتراض سيما الخارجي منه الذي يتطلب جملة من الأمور مثل معرفة أسبابه الحقيقية ، وطريقة انفاقه ، والأعباء المالية التي يرتبها على المدى الزمني القصير أو الطويل ، وتقصي مصادر تمويله مع الاعتراض على أوجه الإنفاق الحكومية غير الضرورية التي قد يتمخض عنها صرف أموال في غير موضعها الصحيح وبما يتعارض مع سياسة الترشيد الواجب اتباعها بما يصون أموال الدولة من مخاطر الهدر والاسراف والتبذير .

ثانيا : مهام جمعيات دافعي الضرائب

تتولى جمعيات دافعي الضرائب مهاما متعددة نقف عليها في البيان التالي :

١ – تقديم العرائض إلى الحكومة

ومن أمثلة هذا النشاط العريضة التي أطلقتها الفدرالية الكندية لدافعي الضريبة التي طلبت فيها من حكومة بريتش كولومبيا التدخل لتخفيض سعر البنزين من خلال اتباع خطوتين : الأولى : إلغاء الضريبة على البنزين ، إذا أن هذا الإجراء من شأنه أن يخفض سعر البنزين بمقدار (٩) سنتات للتر. والخطوة الثانية : تدخل حكومة المقاطعة في عملية الامداد للبنزين من خلال السماح بمد خط أنابيب من مقاطعة أخرى لنقل المنتجات البترولية اللازمة لتصنيع البنزين ، وهذا من شأنه أن يقلل من عدم التوازن بين العرض والطلب. ولقد أبدت حكومة المقاطعة موافقتها على الطلب الثاني دون الأول، لأن الزيادة في البنزين ليس مردها الضريبة المفروضة على المنتوج بل تعود إلى أسباب أخرى[١١] .

٢ – توفير خدمات الاستعلام الضريبي

تعني هذه الخدمة تولي جمعيات دافعي الضرائب الاجابة عن استفسارات المكلفين بشأن الضرائب المفروضة عليهم وايضاح المسائل الغامضة أو المعقدة التي تنطوي عليها أحكام القوانين الضريبية . فعلى سبيل المثل تم فرض ضريبة المبيعات الفيدرالية في أستراليا في ١١ أغسطس / آب ١٩٣١. لبضعة أشهر ، كانت طوابير المستفسرين في مكتب جمعية دافعي الضرائب الفدرالية الاسترالية تضاهي طوابير الانتظار في دائرة الضرائب ، وكانت سياسة مجلس الجمعية دائمًا أن تبذل قصارى جهدها لتمثيل دافعي الضرائب جميعهم سواء أدفعوا اشتراكهم أم لا . وعلى مر السنين كانت الخدمة التي تقدمها الجمعية مجانًا لغير الأعضاء تتجاوز دائمًا الخدمة المقدمة لممثليها التي كانت في النهاية متوافقة تمامًا مع فكرة المؤسسين بأن تكون الجمعية مؤسسة خاصة ذات نفع عام[١٢] .

٣- تقديم النصح لدافعي الضرائب بشأن التصرفات المالية للحكومة

ومن أمثلة ذلك ما أعلنته جمعية دافعي الضرائب في مقاطعة سان دييغو في ولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة الأمريكية عن مواقفها بشأن إجراءين محليين للتصويت، وخمسة إصدارات سندات مدرسية محلية[١٣] في اقتراع ٣ تشرين الثاني ٢٠٢٠.

إذ أكدت الجمعية على أنها ستستمر في وضع مصلحة دافعي الضرائب في المقام الأول التي تشمل الشفافية والإبلاغ عن الأخطاء التي قد تكون ضارة عند مراجعة إجراءات الاقتراع ، وكذلك السندات المدرسية.

وقد أصدرت الجمعية مجموعة من التوصيات قدمتها للناخبين لتبصيرهم قبل مشاركتهم في الاقتراع :

أ - التصويت لسند التشرد والسكن الميسور التكلفة لبناء ما يقدر بـ (٧٥٠٠) وحدة سكنية مستأجرة مدعومة للأسر ذات الدخل المنخفض وكبار السن والمحاربين

القدامى والمشردين. سيتم تمويل البناء بمبلغ (٩٠٠)مليون دولار في سندات الالتزام العام .
ب - السند المدرسي(La Mesa/Spring Valley) صوّت لسند الالتزام العام بقيمة (١٤٨) مليون دولار.
ج - السند المدرسي (Dehesah) صوّت لسند الالتزام العام بقيمة(٣.١) مليون دولار.
د - السند المدرسي (Cajon Valley) صوّت لسند الالتزام العام بقيمة (١٢٥) مليون دولار.
ه - السند المدرسي (Oceanside School District)لا تصوت لسند الالتزام العام بقيمة (١٦٠) مليون دولار[١٤].

٤- تقديم مقترحات للمشرع والإدارة لترشيد النفقات العامة

ومن أمثلة تلك المقترحات ما قدمته جمعية دافعي الضرائب في ولاية تينيسي في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٣٣ من دراسة تضمنت توصيات لتحسين الوضع المالي لمقاطعة كروكيت:

أ- خفض رواتب مسؤولي المقاطعة بنسبة (١٠) في المائة لأول (١٠٠٠) دولار أمريكي ، و (١٥) في المائة للمبالغ التي تزيد عن (١٠٠٠) دولار أمريكي سنويًا.
ب- تخفيض الرسوم المدفوعة إلى العمدة لإطعام السجناء من (٧٥) سنتا إلى (٥٠) سنتًا .
ج- قصر نفقات صيانة الطرق السريعة على المبالغ الفعلية المستلمة من صندوق ضريبة البنزين بالولاية[١٥] .

٥ ــ مراقبة عمل الإدارة المالية

تراقب جمعيات دافعي الضرائب عمل الإدارة المالية في الدولة ، وتشخص أية انحرافات أو أخطاء في عملها وتسلط الضوء عليها وتدعو الإدارة إلى معالجتها . ومن أمثلة ما تقدم البيان الذي أصدرته الجمعية اللبنانية لحقوق المكلفين وتوعيتهم بشأن قرار وزارة المالية رقم (١ / ٤٧) في ٨ شباط الذي٢٠٢١ الذي نص في مادته (الرابعة) بأنه : (إذا كان المتضرر- من انفجار مرفأ بيروت - المتبرع له مكلفا بضريبة الدخل على أساس الربح الحقيقي ، تعتبر المبالغ أو قيمة الهبات العينية المتبرع بها لصالحه ايرادات استثنائية . أما إذا كان مكلفا بضريبة الدخل على أساس الربح المقطوع تعتبر المبالغ أو قيمة الهبات العينية المتبرع بها ايرادا يتوجب التصريح عنه ضمن الايرادات الناتجة عن مزاولة النشاط) . وقد انتقد الجمعية القرار المذكور ، لأن القانون رقم : (١٨٥) في ١٩ / ٨ / ٢٠٢٠ / والقانون رقم : (١٩٤ / ٢٠٢٠) الخاص بحماية المناطق المتضررة بنتيجة الانفجار في مرفأ بيروت ودعم إعادة اعمارها لم يتضمنا هكذا اجراء وتدبير الذي يخالف بصورة واضحة مبدأ الاعفاء العام والشامل المنصوص عليه في القانونين المذكورين . وقد حذرت الجمعية من هذا التمادي الإداري المتكرر في اتخاذ قرارات

تنظيمية خارجة عن دائرة اختصاصها وصلاحياتها سيما في ظروف تصريف الأعمال مما يجعل قرار وزارة المالية مشوبا بعدم الاختصاص الموضوعي وينبغي دوما بالقرارات الإدارية ألا تضيف شيئا جديدا إلى القانون وإلا تضحو قابلة للطعن بالإبطال لتجاوز حد السلطة إذا ما مست أوضاع الأفراد القانونية والمادية . سيما أن الوزارة اتخذت قرارا لتنظيم موضوع هو من صلاحية السلطة التشريعية وحدها[١٦] .

٦- التقدم بطلبات تفسير النصوص الدستورية ، والطعن على النصوص الضريبية غير الدستورية

تفحص جمعيات دافعي الضرائب النصوص الدستورية النافذة ، فإذا ما وجدتها غامضة أو مبهمة فلها أن تطلب من المحاكم المختصة تفسيرها واجلاء غموضها . وللجمعيات المذكورة كذلك إذا ما وجدت أن نصوص القوانين الضريبية غير مطابقة للدستور ، فلها أن تطعن على تلك القوانين أمام المحكمة المختصة وتطلب إلغائها حفاظا على سمو الدستور ، وحماية لحقوق المكلفين من أية انتهاكات قد تصدر من السلطة التشريعية . ومن أمثلة ذلك القضية التالية :

في تشرين الثاني عام ١٩٨٦ ، وافق الناخبون في ولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة الأمريكية على الاقتراح (٦٢) لتعديل دستور الولاية ، وهي مبادرة تنص ، من بين أمور أخرى ، على أنه لا يجوز للحكومات المحلية فرض أي ضريبة عامة حتى يتم تقديم تلك الضريبة إلى جمهور الناخبين والموافقة عليها من غالبيتهم.

في كانون الأول عام ١٩٩٢ ، اعتمدت مدينة La Habra مرسوما رقم ١٤٤٥ الذي ينص على فرض ضريبة على مستخدمي المرافق لزيادة الإيرادات للأغراض الحكومية العامة. أصبح المرسوم ساري المفعول فور صدوره ، ولم تقدم المدينة المرسوم للناخبين للموافقة عليه.

في ٢٦ آذار ١٩٩٦ ، بعد أكثر من ثلاث سنوات من اعتماد المرسوم ، أقام المدعون جمعية هوارد جارفيس لدافعي الضرائب ، ولجنة المواطنين في بول جان ، وثلاثة أفراد وُصفوا بأنهم مواطنين وناخبين ودافعي ضرائب في مدينة La Habra دعوى ضد المدينة ومراقب الحسابات في مقاطعة أورانج (المقاطعة) . وطالبوا فيها الحكم بأن ضريبة المرافق غير دستورية ، وأمرا قضائيا ضد تنفيذها ، وأمرا تفويضيا يلزم المدينة بالتوقف عن تحصيل الضرائب حتى تتم الموافقة عليها من قبل أغلبية الناخبين

لقد ثار الخلاف بين المدعي (جمعية دافعي الضرائب) والمدعى عليه (مجلس مقاطعة المدينة) فقد دفع الأخير بوجوب رد دعوى المدى بسبب التقادم ، لأن دستور الولاية يوجب إقامة الدعوى خلال ثلاث سنوات من فرض الضريبة وبما أن المدة تنتهي عام ١٩٩٥ فإن الدعوى تصبح واجبة الرد ، لأنها أقيمت عام ١٩٩٦ . لكن المدعي قدم حجة مضادة قوامها أن مدة التقادم تبدأ من جديد مع كل فرض جديد للضريبة . وقد عرض الموضوع على المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف في الولاية وقد أيدتا وجهة نظر المدعي عليه برد الدعوى لكن المحكمة العليا في ولاية كاليفورنيا ألغت حكم محكمة

الاستئناف وقضت بأنه (إذا كانت الضريبة ، كما يُزعم ، غير قانونية ، فإن استمرار فرضها وتحصيلها يعد انتهاكًا مستمرًا ، حيث تبدأ فترة التقادم من جديد مع كل عملية تحصيل. لذلك نجد أن إجراء الحكم التفسيري وأمر التفويض جاء في الوقت المناسب ؛ وبالتالي ، فإننا نلغي حكم محكمة الاستئناف ، الذي أيد رفض المحكمة الابتدائية للدعوى)[١٧] .

الفرع الثالث: متطلبات نجاح عمل جمعيات دافعي الضرائب

لا شك أن عمل جمعيات دافعي الضرائب يواجه صعوبات متعددة يقف في مقدمتها أن حاجة الدولة للأموال يجعلها أحيانا تتعنت في تلبية مطالب المكلفين بها ونادرا ما تتفق معهم في أن الضرائب المفروضة عليهم غير عادلة ، ثم أن الضريبة تعد شأنا عاما ، والشأن العام ، كما هو معلوم ، ليس شأن شخص محدد على وجه الخصوص . ومثل هكذا مسائل لا تجد أحدا يهتم بها ولهذا يرى البعض أن وظيفة جمعيات دافعي الضرائب تتمثل في عبارة واحدة أن تجعل من الشأن العام شأن دافع الضرائب . ومن الواضح انه لا يمكن أن يتحقق ذلك إلا من خلال عمل جماعي منظم جيدا وبالتالي فإن الفرد لوحده سيكون ضائعا ولا يستمع أحد لصوته وعندما يحاول الإشارة إلى وسائل تحسين الخدمة العامة ، فإن كلامه سوف لا يلقي أذنا صاغية ما لم يتمكن بالتعاون مع زملائه من الفوز باحترام أولئك المسؤولين عن إدارة الشؤون العامة .

لكن كيف له أن يحظى بهذا الاحترام ؟

نحتاج لمعرفة بسيطة بتأريخ العلاقات العامة لندرك أن رغبات دافعي الضرائب تحترم فقط عندما يكونون في موقع يمكنهم من أن يحددوا استمرار الرجال في المناصب العامة أو ابعادهم عنها وارجاعهم إلى الحياة الخاصة .هذه هي النقطة المهمة في اجبار المسؤول العام عن الاستماع للمواطن . ويوفر التأريخ السياسي لكثير من الدول شواهد على هذه الحقيقة .

إذن إذا كانت وظيفة جمعيات دافعي الضرائب هو اجبار الحكومة على أن تتصرف بأفضل طريقة ملائمة لدافع الضرائب ، فمن البديهي أنه يجب أن يمتلك دافعو الضرائب برنامجا منظما للعمل .وعندما يقرر دافعو الضرائب المشاركة بشكل نشط وفعال في الشؤون العامة والتعرف على احتياجات المجتمع وتحديد الاسلوب الذي يجب أن تدار الشؤون العامة بموجبه ، فإنهم سيكونون مستعدين لتحويل رغباتهم إلى واقع ملموس .

إن تأريخ جمعيات دافعي الضرائب في بعض الدول تأريخ حالك أو مظلم فبعض من تلك الجمعيات انتهى على الرغم من أنه بدأ بآمال كبيرة لكن مصيره كان الزوال والسبب يعود إلى الافتقار إلى ثلاثة أشياء رئيسة هي : الافتقار إلى التنسيق ، والافتقار إلى تحديد الأهداف المناسبة ، والافتقار إلى القيادة[١٨] . عليه فإذا ما أرادت أية جمعية النجاح في عملها فلابد من العمل على توفير تلك المتطلبات .

الخاتمة

كشفت صحائف البحث أن جمعيات دافعي الضرائب تنتمي إلى منظمات المجتمع المدني ، وأن تلك الجمعيات من الأشخاص الخاصة ذات النفع العام لدورها في الدفاع عن حقوق المكلفين ، وتنمية وعيهم الضريبي ، وتبصير المشرع والإدارة وتنبيههما إلى مواطن الخلل والقصور في التشريعات والقرارات التنظيمية الضريبية النافذة ، والدعوة إلى ترشيد النفقات العامة . عليه فالجمعيات المذكورة تعد جهات معاونة للسلطتين التشريعية والتنفيذية من أجل الوصول إلى إدارة مالية سليمة للدولة .

وعلى الرغم من أهمية وجود جمعيات دافعي الضرائب لكن ما يلاحظ هو أن العراق (مثله في ذلك مثل غالبية الدول العربية) لا يزال يفتقر إلى وجود مثل هكذا جمعيات . ويمكن أن نعزو ذلك إلى أسباب عدة من بينها : اعتماد الدولة طيلة السنوات الماضية بالدرجة الأساس على العوائد البترولية لتمويل الخزينة العامة والنظر إلى الضرائب على أنها مصدر تمويلي ثانوي . وضعف وعي المكلفين بالضريبة . وكذلك عدم اهتمام المشرع بوجود تلك الجمعيات بدليل خلو قوانين الضرائب المباشرة وقوانين الضرائب غير المباشرة النافذة من نص يشير إليها.

و نرى أن الوقت قد حان لكي تحظى تلك الجمعيات بالاهتمام المطلوب . ونقترح من أجل ذلك ما يلي :

١– أن يفرد المشرع العراقي في قوانين الضرائب المباشرة وقوانين الضرائب غير المباشرة النافذة نصوصا تتضمن الصلاحيات التي تمارسها جمعيات دافعي الضرائب مثل : حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المكلفين بالضرائب أو التدخل في تلك الدعاوى ، وتقديم معلومات للجهات المختصة مثل : وزارة المالية واللجنة المالية في مجلس النواب عن المشاكل المتعلقة بحقوق المكلفين بالضرائب ومصالحهم وتقديم مقترحات علاجها ، وتلقي شكاوى المكلفين بالضرائب والتحقق منها والعمل على إزالة أسبابها ، ودراسة مشروعات القوانين الضريبية المقدمة إلى مجلس النواب لإبداء الرأي بشأنها ، وتقديم الدراسات المتعلقة بترشيد النفقات وتحسين الخدمات العامة الممولة من عوائد الضرائب ، والإسهام في نشر ثقافة حقوق المكلف بالضريبة ، وتوعية المكلفين بحقوقهم ، وانشاء الجمعيات قواعد البيانات اللازمة لأداء اختصاصاتها .

٢- ندعو المكلفين بالضرائب في العراق ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعية أم معنوية ، إلى الإسراع بتشكيل جمعيات دافعي الضرائب من خلال إتباع الأحكام الواردة في قانون المنظمات غير الحكومية النافذ رقم : (١٢) لسنة ٢٠١٠.

٣ - كما ندعو مجلس الوزراء إلى تزويد تلك الجمعيات في حال الموافقة على تأسيسها بصفة النفع العام لغرض اعفائها من ضريبة الدخل ، وضريبة القيمة المضافة ، والتعريفات والضرائب والرسوم الكمركية ، وضرائب المبيعات حسب ما ورد في المادة (١٧) من القانون المذكور .

هوامش البحث

(١) إن وجود جمعيات معترف بها تدافع عن مصالح أشخاص محددين أو فئات معينة من المجتمع ليس بدعا من التنظيمات أو التجمعات . ولعل خير مثل يذكر هنا جمعيات حماية المستهلك التي وجدت أساسا قانونيا لها في قانون حماية المستهلك رقم : (١) لسنة ٢٠١٠ المنشور في الوقائع العراقية عدد (٤١٤٣) ، السنة ٥١ ، ٨ شباط ، ٢٠١٠ .

(٢) تنظر: الفقرة (١) من المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم : (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

(3)ar.m.wikpedia.org

(٤) د . مصطفى محمد الجمال ود .حمدي عبد الرحمن ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق ، مكتبة مسيرة الحضارة ، مصر ، بلا سنة طبع ، ص ٢٣١ .

(٥) تمت صياغة مبادئ الضرائب الجيدة من قبل ادم سمث في كتابه (ثروة الأمم) عام ١٧٧٦ و ذهب الكاتب المذكور إلى أن الضرائب يجب أن تتبع المبادئ الأربعة : العدالة واليقين والملاءمة والكفاءة . فالضرائب يجب أن تكون متوافقة مع ظروف دافعيها بما في ذلك قدرتهم على الدفع وبما يتماشى مع الاحتياجات الشخصية والعائلية. كما أن دافعي الضرائب لا بد أن يكونوا على علم واضح بشأن سبب الضرائب وكيفية جبايتها مع وجوب أن يتصف تحصيلها ودفعها بالسهولة . كما يجب ألا يؤثر تحصيل الضرائب سلبًا في تخصيص الموارد واستخدامها في الاقتصاد لكي لا تكلف عملية الجباية والتحصيل نفقات أكثر من حصيلة الضرائب نفسها.

ينظر: Dr. Alberto Asquer , Principles of good taxation,
www.futurelean.com\info\courses\public-financial-managmant

(٦) نصت المادة (٤٦ / ز) من القانون المدني العراقي النافذ بأن: (الأشخاص المعنوية : هي : الجمعيات المؤسسة وفقا للأحكام المقررة في القانون) .

(٧) تنظر : المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي النافذ .

(8) M.J . Pettigrove , The taxpayers association of Victoria, The bulletin of the National Tax Association,Vol.30,No.3 (December, 1944)p.74 .www.jstor .org\stable \ 41787471, 17 – 06 – 2016.

(9)www.1worldbank.org

(١٠) د . حيدر وهاب عبود ، فرض الضرائب بين استبداد الحكام وحق المكلفين في مقاومة الطغيان ، مقال منشور في جريدة الزمان ، العدد (٦٩٢١) في الاثنين ، ٢٢ آذار ، ٢٠٢١ .ص٥ .

(11)www.rcinet.ca

(12) M.J . Pettigrove ,o.p.cit.P.77

(١٣) السند المدرسي هو سند صادر عن مدينة أو منطقة تعليمية لتمويل بناء مشروع مدرسة.
وقد عرف قانون ولاية (نيو جيرسي) السندات المذكورة بأنها : السندات الإذنية والسندات المصرح بها لأغراض مدرسية التي تتحملها البلدية أو المقاطعة المسؤولة عنها .

ينظر : School Bond Law and Legal Definition
Definitions.uslegal.com\s\school-bond\

(14) Chris Jennewein ,Taxpayers Association takes Positions on Local Measures , School Bonds on N.3 Ballot ,September 16, 2020.www.google.com\amp\s\timesofsandiego.com\politics\2020

(15)Annette Pridgen and Dale L Flesher ,Improving accounting and accountability in local governments : The case of the Tennessee Taxpayers Association, 2013,P.520 .

(١٦) ينظر بيان الجمعية اللبنانية لحقوق المكلفين وتوعيتهم الصادر في ٩ / ٢ / ٢٠٢١ www.lebanon24.com

(17)Howard Jarvis Taxpayers Assn. .City of La Habra .No .s082591 . Jun .4,2001.Law . justia . com\cases\California\supreme-court\4th\25\809.html

(18)A.C. Rees ,The functions and progress of Taxpayers Associations for suggestions for their organization and activities , Vol. 21 (August 27-31, 1928)P. 61.
www.jstor.org\stable

مصادر البحث

أولا : المصادر باللغة العربية

١ – د . حيدر وهاب عبود ، فرض الضرائب بين استبداد الحكام وحق المكلفين في مقاومة الطغيان ، مقال منشور في جريدة الزمان ، العدد (٦٩٢١) في الاثنين ، ٢٢ آذار ، ٢٠٢١ .
٢ - د . مصطفى محمد الجمال ود .حمدي عبد الرحمن ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق ، مكتبة مسيرة الحضارة ، مصر ، بلا سنة طبع .

ثانيا : المصادر باللغة الأجنبية

1- A.C. Rees ,The functions and progress of Taxpayers Associations for suggestions for their organization and activities , Vol. 21 (August 27-31, 1928).
www.jstor.org\stable
2 - Dr. Alberto Asquer , Principles of good taxation, www.futurelean.com\info\courses\public-financial-managmant.
3 - Annette Pridgen and Dale L Flesher ,Improving accounting and accountability in local governments : The case of the Tennessee Taxpayers Association, 2013.
4- Chris Jennewein ,Taxpayers Association takes Positions on Local Measures , School Bonds on N.3 Ballot ,September 16, 2020.www.google.com\amp\s\timesofsandiego.com\politics\2020.
5 Howard Jarvis Taxpayers Assn. .City of La Habra .No .s082591 . Jun .4,2001.Law . justia . com\cases\California\supreme-court\4th\25\809.html.
6 -M.J . Pettigrove , The taxpayers association of Victoria, The bulletin of the National Tax Association,Vol.30,No.3 (December, 1944) .www.jstor .org\stable \ 41787471, 17 – 06 – 2016

"حضانة الطفل في الروابط الأسرية الدولية الخاصة بين النصوص التشريعية والاكراهات الواقعية"

الدكتورة جليلة وريسي
أستاذة التعليم العالي مؤهلة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة ابن زهر- أكادير

الملخص

كما هو معلوم أن العلاقات الأسرية تشكل الفضاء الأرحب الذي تتمظهر فيه تجليات التضارب بين المرجعيات الدولية، إذ أن الصفة الدولية التي أصبحت تكتسيها هذه العلاقات قد مهدت السبيل إلى اكتشاف التناقض الصارخ بين المنظومة القانونية الوطنية ذات المرجعية الإسلامية والمنظومة القانونية للدول الأجنبية ذات المرجعية العلمانية.

وهذا التباعد المرجعي بين الدول أفرز تنازعا حقيقيا بين الأنظمة القانونية المنظمة للأحوال الشخصية، الشيء الذي تولد عنه صعوبة في ضبط وضعية الأسرة خاصة مع تنامي ظاهرة الزواج المختلط في الساحة الدولية، التي كشفت عن صعوبات التوفيق بين أنظمة قانونية مختلفة في المرجعية.

وعليه، فإن انفصام عرى الزوجية التي تكتسي بعدا دوليا تشكل في الغالب إيذانا بتمخض نزاعات متعددة بين أطراف الرابطة الدولية الخاصة، وتعتبر الحضانة أكثر هذه النزاعات تعقيدا، ويتعلق الأمر بمشكل القانون الواجب التطبيق عليها أمام انتفاء نص قانوني يحدده في تشريعات أغلب الدول، وكذا مشكل النقل غير المشروع للأطفال وخرق أحكام حق الزيارة المنصوص عليها في التشريعات الأسرية.

abstract

It is also known that family relations constitute the broader space in which the manifestations of conflict between international references are evident. The international character of such relations has paved the way for the discovery of the stark contradiction between the national legal system with Islamic reference and the legal system of foreign States with secular reference.

This divergence of reference between States has created a real conflict between the legal regimes governing personal status, which has created difficulty in regulating the status of the family, especially with the growing phenomenon of intermarriage in the international arena, which has revealed the difficulties of reconciling different legal systems in reference.

Therefore, marital separation, which has an international dimension, often signifies the emergence of multiple disputes between the parties to the Special International Association. Custody is the most complex of these conflicts.

المقدمة:

من المسلم به منذ زمن بعيد أن الإنسان ينتقل من أرض إلى أرض طلبا للرزق أو الملجأ أو الاستقرار والطمأنينة...إلخ، وهذه أمور لا تحد منها أية حواجز كيفما كانت لأنها من نوازع البشر.

ومما لا شك فيه أن مبدأ قبول الأجنبي في إقليم دولة أخرى غير دولته التي ينتمي إليها بالجنسية يعتبر أحد المبادئ الأساسية التي استقر عليها العمل الدولي منذ زمن بعيد، وهو ما يعني أن الاعتراف بالحق في السفر والتنقل من جانب الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية، لا يعدو في حقيقة الأمر أن يكون تأكيدا للمبدأ السالف الذكر[١].

والمغرب باعتباره من دول الجنوب لم يسلم بدوره من هذه الظاهرة، إذ اتجهت وجهات المهاجرين المغاربة في الغالب نحو الدول الأوربية، وكانت الانطلاقة الحقيقية للهجرة التي شهدها المغرب تجاه أوروبا خاصة مع بداية الستينات من القرن الماضي.

فظاهرة الهجرة غذت في الوقت الحاضر شبيهة بانفجارات بشرية لا تتوقف، ولا شك أن هذا التزايد سيخلف العديد من الروابط بين الأفراد من مختلف دول العالم، وستزداد معه بالتأكيد معاملاتهم خارج بلدانهم الأصلية، ومن ثم ستتضاعف بشكل كبير المشاكل والخلافات بشأن هذه المعاملات نظرا لطبيعتها الخاصة.

فبالرغم من أن الهجرة قد ساهمت في تحقيق الرفاهية للعديد من المهاجرين، إلا أنها تظل مع ذلك غير كافية لتحقيق الاستقرار الاجتماعي لأفراد الجالية المغربية بالخارج أمام المشاكل الاجتماعية والقانونية التي أصبحوا يعانون منها بشكل كبير.

وإذا كانت المشاكل الاجتماعية التي يعاني منها المهاجر مرتبطة أساسا بالهوية وصعوبة الاندماج في ثقافة الدول المستقبلة للهجرة كأوروبا مثلا، فإن المشاكل القانونية

---

[١]- **ذ. أحمد الرشيدي " حقوق *المغتربين* وواجباتهم في دول الاستقبال" مداخلة ألقيت في ندوة حول موضوع:" المغتربون العرب من شمال إفريقيا في المهجر الأوربي" التي نظمت من قبل جامعة الدول العربية (إدارة المغتربين العرب) بتعاون مع برنامج الدراسات المصرية الإفريقية بجامعة القاهرة في أبريل ٢٠٠٧ منشور بالموقع الإلكتروني الخاص بإدارة المغتربين العرب: بتاريخ ٧ أبريل ٢٠١٠ http://www.arabexpatriates.org**

المرتبطة بالأحوال الشخصية أساسا تبقى هي الأكثر حدة، فهي تشكل تحديا كبيرا وحقيقيا بالنسبة للبلدان المصدرة للهجرة والبلدان المستقبلة لها على السواء، نظرا للاختلاف الواضح في مختلف القيم والمرجعيات التي ترتكز عليها كل دولة على حدة.

فالأحوال الشخصية تشكل الفضاء الأرحب الذي تتمظهر فيه تجليات التضارب بين المرجعيات الدولية، وهذا التباعد المرجعي بين الدول أفرز تنازعا حقيقيا بين الأنظمة القانونية المنظمة للأحوال الشخصية، الشيء الذي تولد عنه صعوبة في ضبط وضعية الأسرة خاصة مع تنامي ظاهرة الزواج المختلط التي يكون أحد أطرافها مسلما.

فالزواج المختلط يعتبر من الاختيارات التي يواجهها المهاجر كنظام خاص ليجسد الاختلاف [١]، فهو وسيلة تمكن طرفيه من تحقيق نوع من التقارب الاجتماعي والثقافي [٢]، ويعتبر أيضا وسيلة من وسائل الإدماج في المجتمعات الأجنبية.

فالمشاكل الحادة التي يفرزها انحلال هذا الزواج هي نتيجة لجمعه ما بين جنسيتين وديانتين مختلفتين، الشيء الذي ينتج عنه تعدد في المصادر التشريعية المتحكمة في هذه الرابطة الزوجية حسب قواعد الإسناد المعمول بها عند تنازع القوانين، وأهم ما يكون محلا لهذا التنازع الحاصل بشأن الزواج المختلط الآثار التي يرتبها هذا الإنهاء ومنها حضانة الأبناء، إذ أن انفصام عرى الزوجية التي تكتسي بعدا دوليا تشكل في الغالب إيذانا بتمخض نزاعات متعددة بين أطراف الرابطة الدولية الخاصة، وتعتبر الحضانة أكثر هذه النزاعات تعقيدا.

فالصراع والنزاع الحاصل بشأن الحضانة في الزواج المختلط يعود سببهما إذن إلى الاختلاف والتضارب الواقعين بين منظومتين قانونيتين، الشيء الذي يدفع بالدول إلى محاولة تكثيف الجهود لتفادي مختلف المشاكل الناتجة عنها.

ومع أن زيارة المحضون تعتبر من الحقوق الثابتة لغير الحاضن في حالة انفصال الأبوين، إلا أنها تعتبر أيضا من المسائل التي قد تجعل الحضانة أكثر تعقيدا في الروابط الدولية الخاصة، والتي تنتج عنها آثار سلبية وخيمة على الحاضن والمحضون معا.

ويتعلق الأمر بالحالة التي يرغب فيها الزوج المحروم من الحضانة في اصطحاب أبنائه معه ليعيشوا في كنفه وتحت رقابته، إذ الصراع عادة ما يصل إلى المحاكم الجنائية وليس فقط إلى ساحات محاكم الأحوال الشخصية بسبب خطف الأبناء من الطرف الآخر [٣]، أو ما يسمى بالنقل غير المشروع للأطفال ومن ثم خرق أحكام حق الزيارة.

---

[١] - ذ. إبراهيم زعيم:"الزواج المختلط، ضوابطه وإشكالاته"،مجلة المحاكم المغربية،العدد ٩٦،السنة٢٠٠٢، ص: ٤٠.

[٢] - ذ. والقيد الحسين و ذ. العبدوني أحمد: "الزواج المختلط في دول المغرب العربي"، مجلة الميادين، العدد ٥، سنة ١٩٩٠، ص: ٩٩.

[٣] - ذ. حمدي عبد الرحمان: "بعض المشكلات الناتجة عن الزواج المختلط"، الزواج المختلط في العلاقات الأورو-مغاربية، أعمال الندوة الدولية، أيام ١٣ و١٤ و١٥ مارس ٢٠٠٢ المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص، أكتوبر ٢٠٠٣، ص: ٧٠.

Et Souhayma ben achour: « les problèmes lies à la garde d'un enfant issu d'un couple mixte franco-tunisien »l'enfant en droit privé, acte du colloque par l'association tunisienne de droit privé, Tunis les 12, 13 et 14 décembre 2002 , Actualités juridiques tunisiennes, p :161.

فالمحضون في إطار هذه الروابط الدولية الخاصة يصبح وسيلة للابتزاز بين الأبوين، إذ يعمد صاحب حق الزيارة في الغالب إلى الإستئثار بهذا الطفل بشكل غير قانوني ونقله عبر الحدود الدولية، الشيء الذي يخلف أضرارا وخيمة على الوضع الاجتماعي والنفسي للطفل باعتباره الضحية بالدرجة الأولى.

وقد أدى تفاقم ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال في الساحة الدولية إلى لفت الانتباه إليها من قبل المجتمع الدولي، هذا الأخير عمد عن طريق الاتفاقيات الدولية أساسا إلى وضع إطار قانوني كفيل بالتصدي لهذه الظاهرة وإيجاد الحلول الناجعة التي بإمكانها التخفيف من حدة هذا المشكل.

لدراسة موضوع الحضانة في الزواج المختلط سأقسم هذه الدراسة إلى مبحثين أخصص الأول للحديث عن التحليل التنازعي الخاص بها **(المبحث الأول)**، والثاني للنقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدولية **(المبحث الثاني)**، وذلك وفق التقسيم التالي:

- المبحث الأول: التحليل التنازعي في إسناد الحضانة.
- المبحث الثاني: النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة.

المبحث الأول: التحليل التنازعي في إسناد الحضانة

إن الروابط بين الآباء والأبناء ذات العنصر الأجنبي تعد من المسائل التي أثارت عدة مشاكل على المستوى الدولي حول القانون الواجب التطبيق بشأنها، فإذا كانت العلاقة بين الآباء والأبناء تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، إلا أن فكرة تطبيق القانون الوطني لم تعد قادرة على الاستئثار بتنظيمها خاصة مع تطور قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المعاصر[١].

فكما هو معلوم أن أي مشكل خاص بتنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي هو أمر يتم الحسم فيه عن طريق قواعد الإسناد المعترف بها في القوانين الدولية الخاصة.

فقواعد الإسناد هي الوسيلة التي تساعد القاضي على تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي وذلك عن طريق ضوابط الإسناد.

فالتزام المشرع بنهج الأخذ بضوابط الإسناد والذي هو نهج علمي مجرد، هو أمر لا يعني أبدا أنه تحرر من بعض الأهداف التي تمليها عليه مصالح الدولة الأساسية وواقعها الاجتماعي، ويشهد على صحة ذلك اتفاق بعض التشريعات على أن ضابط الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية يستوحى من أطراف العلاقة[٢].

---

[١]- غزلان الجاي:"الروابط بين الآباء والأبناء في القانون الدولي الخاص (اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٩٦ الخاصة بحماية القاصرين)"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص:١.

[٢]- د. عكاشة محمد عبد العال:"تنازع القوانين-دراسة مقارنة" دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص:٢٢.

إلا أن هذه التشريعات سرعان ما اختلفت فيما بينها أمام الهجرة المكثفة، فتشريعات البلدان المصدرة للأشخاص كما هو بالنسبة لدول المغرب العربي تنحاز غالبا إلى ضابط الجنسية حفاظا على مصالحها، فحين أن تشريعات البلدان المستقبلة لهؤلاء الأشخاص كالدول الأوربية مثلا تأخذ بضابط الموطن حرصا منها على دمج هؤلاء في مجتمعها.

فقد لا يكون متيسرا من الناحية العملية أن يحل مشكل تنازع القوانين في كل الحالات بناء على معيار موحد، عندما يتعلق الأمر بزوجين من جنسيتين مختلفتين[١]، اعتبارا للاختلاف الوارد في القواعد الموضوعية لكل دولة على حدة.

فالقانون الواجب التطبيق على الحضانة في الزواج المختلط، إما أن يعين بواسطة التحليل التنازعي الذي يؤخذ به في مختلف تشريعات القانون الدولي الخاص، وإما عن طريق وسائل أخرى تعمل على تعطيل تقنيات التنازع في هذا الصدد لاعتبارات إما ذات أصل ديني أو وطني مستوحاة من قواعد الفقه الاسلامي.

هذا الإشكال المرتبط بالقانون الواجب التطبيق على الحضانة في الروابط الدولية الخاصة ترتب عنه وجود انقسام في آراء الفقه والقضاء حول ضابط الإسناد الذي بمقتضاه يتحدد القانون الواجب التطبيق.

فهناك اتجاه قائل بإخضاع الحضانة في الزواج المختلط للقانون المطبق على آثار الزواج، وهناك اتجاه آخر أقر بإخضاعها للقانون المطبق على آثار الطلاق، وهناك آخر أكد بإخضاعها للقانون الذي يحكم النسب.

كما أن هناك آراء أخرى تسير في إطار إسناد الحضانة في الزواج المختلط لقانون الولاية على المال أو الإقامة الاعتيادية للطفل أو الأصلح له.

وعلى الرغم من وجود هذا الانقسام في آراء الفقه والقضاء حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة في الروابط الدولية الخاصة، فإنه مع ذلك يبقى هناك مجال خاص يمنح الاختصاص لقانون القاضي استنادا لمجموعة من الأسس المحددة قانونا.

فإذا كان توجه القضاء والفقه يسير نحو وضع ضابط إسناد يمكن بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إلا أن بعض الدول وخاصة الإسلامية منها قد لا تعترف بهذا التحليل التنازعي رغبة في أن تكون قوانينها هي صاحبة الاختصاص، وخاصة إذا كان الزواج يربط بين طرف أجنبي مسلم وآخر غير ذلك، الشيء الذي شكل بالفعل تعارضا حقيقيا مع قواعد القانون الدولي.

إن الارتباط التاريخي للأحوال الشخصية بالحقل الديني، جعل هذا الأخير يحتل مكانة بارزة في جميع العلاقات الأسرية، بل إنه أبعد من ذلك صار هو المعيار

---

[١]- أستاذنا الحسين بلحساني: "الموجز في القانون الدولي الخاص" دار النشر الجسور وجدة، الطبعة ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص:١٣٦.

المعتمد لتصنيف البشر، الشيء الذي انعكس بشكل جلي على الأنظمة القانونية الأسرية ذات المرجعية الإسلامية[١].

فإذا كان للتحليل التنازعي دوره في تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاع ذي عنصر أجنبي، إلا أنه قد يستبعد في بعض الأحيان وتطبق بدلا منه القوانين المحلية للبلدان الإسلامية على الأحوال الشخصية في الروابط الدولية الخاصة.

فعلى الرغم من أن الدول تحاول وضع قواعد إسناد كحل لمشكل تنازع القوانين في مادة الحضانة، إلا أن البعض منها وخاصة الإسلامية تسير في اتجاه استبعاد التحليل التنازعي كليا وتطبيق بعض الامتيازات ذات المرجعية الإسلامية.[٢]

فتعطيل تقنيات تنازع القوانين جاء نتيجة بروز بعض الامتيازات في الروابط الدولية المختلطة التي يكون أحد أطرافها وطنيا أو مسلما، وبمقتضى هذه الامتيازات يتم في أحيان كثيرة ترجيح تطبيق قانون على حساب قانون آخر دون أدنى احترام لقواعد التحليل التنازعي السليم التي تقتضي إعطاء القانونين المتنافسين نفس فرص التطبيق، وتعيين اختصاص أحدهما في آخر المطاف بناء على إسناد موضوعي محايد[٣]، وهذه الامتيازات التي تستبعد التحليل التنازعي تتمثل أساسا في كل من امتياز الديانة والجنسية والذكورة[٤].

إن امتيازات الديانة والجنسية والذكورة تعتبر ضوابط إسناد تعتمدها محاكم بعض الدول كأساس لحل تنازع القوانين بشأن الأحوال الشخصية عامة وفي مادة الحضانة خاصة، فهي امتيازات تنفي وتستبعد عملية التحليل التنازعي كليا، لأن الأخذ

---

[١]- فكري العلالي: " دور مدونة الأسرة في الحد من آثار ضوابط الإسناد في أوروبا – الطلاق نموذجا – " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص : ١٠.

[٢]- لأنه في حالة وجود علاقة زوجية بين طرفين مختلفي الجنسية، فإن التفكير في إسناد النزاع إلى قانون الموطن يعد غير مقبول، إذ القانون الوطني ذو الحمولة الدينية هو الواجب التطبيق.

-Kalthoum Meziou et Ali Mezghani : « les musulmans en Europe l'application de la loi nationale au statut personnel » : Essai de clarification, Cahiers des droits Maghrébins, le droit international privé dans les pays maghrébins, les conflits de lois : le statut personnel, Volume 1, N :1 janvier- juin 1995, p : 66.

[٣]- ذ. خالد برجاوي: "إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب، وضعية المرأة نموذجا"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص: ٢١٤.

[٤]- يعرف امتياز الديانة بأنه هو الذي يتم بمقتضاه ترجيح تطبيق قواعد نظام قانوني مستمد من الفقه الإسلامي، على حساب قواعد نظام قانوني غير إسلامي أثناء تنافسهما على حكم رابطة دولية خاصة، أما امتياز الجنسية فهو ذلك الممنوح للوطني والذي يخوله تطبيق قانون أحواله الشخصية على كل رابطته الدولية المختلطة، أما امتياز الذكورة فيعرف بأنه هو الذي يتم بمقتضاه ترجيح قانون الذكر في كل ما يتعلق بالرابطة العائلية الدولية المختلطة. هذه التعاريف أوردها ذ. خالد برجاوي: "القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، الحلول المقررة لتنازع القوانين في الدول الإسلامية بين منطق الانتساب إلى الأمة الإسلامية ومنطق الانتماء إلى الجماعة الدولية"، دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة المغاربية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، ص: ٥٨-٨١- ٩٨.

بهذا التحليل سيشكل خرقا لتوجهات المجتمعات المبنية تشريعاتها على قواعد الشريعة الإسلامية.

فرغبة في الحفاظ على الهوية الدينية للأفراد، وتكريسا لمفهوم الأسرة الأبوية، تعمد بعض الدول وخاصة الإسلامية إلى الأخذ بامتياز الديانة كأساس لتنظيم الحضانة وبالتالي استبعاد التحليل التنازعي كليا كما قد تلجأ هذه الدول في بعض الأحيان إلى الاستناد على امتياز الجنسية وتطبيق قانون الطرف الوطني، كما يمكنها أن تلجأ إلى الأخذ بامتياز الذكورة وتطبيق قانون الأب على الروابط المختلطة وحرمان الأم بعد الطلاق من حقها في الحضانة.

هذه الامتيازات التي يعتمدها أساسا القاضي في الدولة الإسلامية تظهر بشكل جلي وواضح عندما يقع النزاع بشأن الآثار التي تترتب عن الزواج المختلط خاصة عند انحلال هذه الرابطة كالحضانة، إذ غالبا ما لا يعطى لضوابط الإسناد أي اعتبار وتطبق بدلها هذه الامتيازات بعلة ضرورة الحفاظ على هوية المحضون الوطنية والدينية.

فإذا كانت قواعد القانون الدولي الخاص تروم التنسيق بين أنظمة قانونية متعارضة، إذ أن منهجية التحليل التنازعي تفترض معاملة الأنظمة المتنافسة على قدم المساواة، فإن الأخذ بهذه الامتيازات -كما أكد أحد الباحثين [1]- سيشكل عن حق لا محالة نوعا من التعارض مع مبادئ القانون الدولي الخاص وكذا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

فصراحة صار من اللازم اليوم البحث عن قانون تخضع له الحضانة في الروابط الدولية الخاصة يعتمد على صيغ توافقية بين النظم القانونية المختلفة، أمام غياب ضابط إسناد محدد في بعض التشريعات ذات المرجعية الإسلامية كما هو الأمر بالنسبة للمغرب، إذ بدأ التفكير اليوم يتجه نحو إيجاد قاعدة قانونية مشتركة تحقق نوعا من التقارب بين الأنظمة المتباعدة وتضمن احترام خصوصية كل بلد على حدة، ومن ثم تفادي مختلف عراقيل التنازع التي أفرزها الواقع العملي.

المبحث الثاني: النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة

إنه أمام التزايد الكبير لحالات الطلاق الذي تعرفه العديد من الأسر وما قد ينتج عنه من نتائج سلبية تنعكس بالدرجة الأولى على وضعية الأطفال، اتجه الاهتمام سواء على المستوى الوطني أو الدولي إلى تنظيم أحد أبرز الحقوق التي تلعب دورا محوريا في توازن الطفل وتشكيل شخصيته، ألا وهو حق الزيارة حفاظا على روابطه الخاصة بوالديه.

فانحلال الزواج لا ينبغي أن يؤثر سلبا على حقوق الأطفال المعنوية، لذلك يلزم توفير الحماية لهم عن طريق تنظيم حق الزيارة، هذا الأخير الذي يعتبر من الحقوق

[1]- ذ.خالد برجاوي ، المرجع السابق، ص: ٧٢ و ٧٦ و ٩٤ و١٠٨ .

الثابتة لأحد الأبوين، فهو حق مقرر شرعا لقوله تعالى **(وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)**[١].

ومما لا شك فيه أن غياب الأبوين يحدث شرخا في التماسك العائلي الشيء الذي سيفقد الطفل شعوره بالطمأنينة والاستقرار[٢]، لذا فتنظيم حق الزيارة يعتبر من أهم الحقوق التي تضمن للطفل الارتباط بمحيطه العائلي والحفاظ على هويته وروابطه الخاصة مع أبويه، ولعل هذا ما جعل تنظيم هذا الحق يحظى باهتمام كبير ويشغل حيزا مهما على صعيد الاتفاقيات الدولية[٣]، وهو حق محل اتفاق بين مختلف القوانين ومنصوص عليه حتى في الاتفاقيات الدولية المهتمة بحماية الأطفال، لما يضمنه للطفل من ارتباط بمحيطه العائلي والحفاظ على هويته[٤].

وإيمانا من المشرع المغربي بأهمية هذا الحق وما يحققه من استقرار لصالح الطفل نظمه في مدونة الأسرة[٥] وأكد على أنه يكون إما اتفاقيا[٦]، وإما قضائيا إذا تعذر الاتفاق على هذا التنظيم[٧]، لهذا فالطرف المحروم من حق الحضانة يبقى له الحق في زيارة ابنه إما اتفاقيا أو حسب الفترات المحددة قضائيا.

وإذا كان تنظيم حق الزيارة لا يثير إشكالات كبرى في إطار الروابط الداخلية، فإن الأمر ليس كذلك عند انحلال رابطة الزواج المختلط، إذ أفرز الواقع مجموعة من المشاكل من أهمها النقل غير المشروع للأطفال، حيث يعمد الشخص المحروم من حق الحضانة في الغالب إلى استغلال حق الزيارة من أجل ترحيل الطفل عبر الحدود الدولية.

فالنزاعات التي من المحتمل قيامها حول حق الزيارة تأخذ طابعا دوليا وتصبح من قبيل المنازعات الخاصة الدولية، ويكون أثرها على حق المحضون في الزيارة أكثر

---

[١]- سورة الأنفال، الآية ٧٥.

[٢]- ذ. رشدي شحاتة أبو زيد:" رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة" مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠١١،ص :٤٥.

[٣]- أديبة بواضيل: "المصلحة الفضلى للطفل في الروابط الدولية الخاصة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية ،جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس ،السنة الجامعية ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦، ص : ٧٢.

[٤]- محمد الوهابي: "طلاق المغاربة أمام القضاء الأوروبي، إشكالات التطبيق وآفاق التنفيذ"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة عبد المالك السعدي طنجة، السنة الجامعية ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص: ٥٠.

[٥]- من المادة ١٨٠ إلى ١٨٦.

[٦]- تنص المادة ١٨١ على أنه: "يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما، يبلغانه إلى المحكمة الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة".

[٧]- تنص المادة ١٨٢ على أنه: "في حالة عدم اتفاق الأبوين، تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ".

حدة وتعقيدا، إذ قد يصبح هذا الطفل وسيلة للضغط والابتزاز بين الأبوين، الأمر الذي يدفع أحدهما إلى الاستئثار بهذا الابن وحرمان الطرف الآخر منه[١].

والنقل غير المشروع للأطفال يمس جميع الدول بدون استثناء [٢]، وهو فعل على درجة كبيرة من الخطورة، إذ بالإضافة إلى أن فيه حرمانا للطرف الآخر من ممارسة حقه في الحضانة، فإنه يعرض الطفل لعواقب وأضرار وخيمة.

فلضمان نمو الطفل جسديا وفكريا ونفسيا يقتضي الحفاظ على استمرار تواصله الدائم بوالديه، وهو ما تسعى التشريعات والاتفاقيات الدولية المهتمة بحماية الطفولة التأكيد عليه. لكن هذا الاستقرار الأسري للطفل قد يكون مهددا بمجموعة من الأخطار ويأتي النقل غير المشروع على رأسها، فهو فعل يعتبر من أهم المشاكل التي تثيرها المنازعات الخاصة الدولية بشأن الحضانة، فهو يؤثر على الوضعية القانونية للطفل بشكل أكثر خطورة وحدة.

وعلى ضوء هذه الحقائق وجدت الدول نفسها عاجزة أمام الحركة المتواصلة التي تعرفها ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال، فالقوانين الوطنية المتعلقة بحقوق الطفل ذات الطابع المدني أصبحت غير مناسبة تماما للتصدي لهذه الظاهرة، لأن أثرها لا يتعدى الحدود الوطنية، فقد وضعت لحماية الطفل داخل الدولة دون توقع عملية الاختطاف الدولي للأطفال[٣].

وللحد من الصراعات العائلية التي قد تتحول إلى صراعات بين أنظمة قانونية متعددة، عمد المنتظم الدولي إلى وضع إطار قانوني يتمحور حول إيجاد الحلول الكفيلة للتخفيف من نسبة الاختطاف الدولي للأطفال[٤]، فالانتشار الواسع للظاهرة على المستوى الدولي دفع الدول إلى إبرام مجموعة من الاتفاقيات لأجل التصدي لها في محاولة منها وضع إطار قانوني يوضح المسطرة المتبعة في هذا الصدد مع إبراز ماهية هذا النقل وتمييزه عن غيره من الحالات المشابهة.

فظاهرة النقل غير المشروع للأطفال من قبل الآباء تتميز بكونها تشكل خليطا من الأفعال المادية والوسائل القانونية المتجلية في قيام أحد الأبوين بإبعاد جغرافي

---

[١]- صلاح الدين طاوس: " زيارة المحضون دراسة مقارنة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية: ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص٤٦.

[2] - Abdelouahed Manaf « Problèmes de couple mixte face au droit et a la société (cas franco-marocain)impremerie Najah El jadida, casablanca, 1er édition 1990.p : 82.

[3] -Alfonso Luis Calvo Caravana y JAVIER Varrascosa Gonzales : «Secuestro internacional de menores »in derecho internacional privado ,volumen II camares ,2 ed ,septiembre 2000,Granada ? P : 160.

[٤]_ صفاء البوعناني: " الاختطاف الدولي للأطفال" بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص الأسرة والتنمية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل مكناس، السنة الجامعية ٢٠٠٩-٢٠١٠ ص:١٠.

وعاطفي للطفل عن الأب الآخر بطريقة التعسف في ممارسة حقه في الزيارة وإخفاء الطفل خارقا بذلك القانون[١].

وإذا كانت القوانين الجنائية الداخلية للدول تجرم هذا العمل[٢]، فإن المتابعة قد تصبح مستحيلة حينما يكون الشخص المرتكب لهذا الفعل فوق تراب الدولة الأخرى، لذلك لا يبقى أمام الدول سوى إبرام اتفاقيات دولية كحل لمجابهة هذا المشكل.

فقد سعت الدول أمام شيوع هذه الظاهرة إلى نهج أسلوب المفاوضات وإبرام الاتفاقيات الدولية لمواجهتها وتحديد مظاهرها وأمثلتها ضمانا لحماية الطفل من آثارها الوخيمة[٣].

إن الاتفاقيات الدولية المعنية بالتنظيم القانوني للنقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة على نوعين، اتفاقيات دولية جماعية وأخرى ثنائية، أبرمتها الدول من أجل تعزيز التعاون فيما بينها بإيجاد الحلول الناجعة من أجل التصدي لهذه الظاهرة.

إن كل دولة مهما بلغت قوتها وتطورها، تبقى عاجزة بمجهوداتها الداخلية عن القضاء على النقل غير المشروع للأطفال العابر للحدود، الأمر الذي يفسر دائما حاجتها الملحة للدخول في علاقات تعاون متبادلة مع غيرها من الدول.

فقد تطورت اليوم العلاقات بين الدول وازداد انفتاحها على محيطها الخارجي، وأصبحت لسائر الدول الأجهزة التي تقوم بإدارة علاقاتها الخارجية ومن بينها المغرب[٤].

---

[١]- كما قد يحصل ذلك أيضا بطريقة التعسف في استعمال حق الحضانة أو استنادا على سند قضائي حصل عليه بشكل احتيالي في الدولة الأجنبية.

BRUNO Sturlese : «Soustraction internationale de mineures et droit conventionnel de l'entraide judiciaire civile» juris –classeurs de droit international Fascicule 549, 1994, P : 10.

[٢]- نص الفصل ٤٧٧ من القانون الجنائي المغربي على أنه: "إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك، إذا اختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التغرير به أو اختطافه ممن عهد إليه بحضانته أو من المكان الذي وضعه فيه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم. فإذا كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فإن الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات"..وقد تم تجريم هذا الفعل أيضا في قانون العقوبات الجزائري (القانون رقم ٠٦-٢٣ المؤرخ في ٢٠ دجنبر ٢٠٠٦) في المادة ٣٢٨ التي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من ٥٠٠ إلى ٥٠٠٠ دينار، الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

[٣]- ربيع الغربي: "حماية الطفل في القانون الدولي الخاص المغربي، تنازع القوانين في مادة الأحوال الشخصية (نموذجا)" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في وحدة التكوين والبحث في القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة محمد الخامس - أكدال - الرباط، السنة الجامعية ٢٠٠٦- ٢٠٠٧، ص :٨١.

[٤]- ذة. لبابة عاشور:" القانون الدبلوماسي والقنصلي مع دراسة معمقة للأجهزة المختصة في المجال الدبلوماسي بالمغرب"، مطبعة ووراقة فضيلة، (دون ذكر مكان النشر) ٢٠٠٨، ص: ٤٧.

فالتعاون الدولي أضحى اليوم ظاهرة متعارفا عليها ولا محيد عنها في القانون الدولي الخاص، خاصة فيما يتعلق بالمشاكل التي ترتبط بالروابط الدولية الخاصة، وهو ما أكدته مختلف الاتفاقيات الدولية سواء المتعددة الأطراف أو الثنائية.

فبالنسبة للحد من النقل غير المشروع للأطفال يبقى التعاون بين السلطات المركزية والقضائية للدول كفيلا بإيجاد الحلول الناجعة للمواجهة والحد من هذه الظاهرة، فهي آليات يمكن وصفها بالعمود الفقري الذي يعمل على تفعيل الاتفاقيات الدولية وتحقيق التعاون الفعال في هذا المجال.

وإلى جانب التعاون الدولي بين السلطات المركزية والقضائية للدول ودورها الكبير في تسوية ملفات النقل غير المشروع للأطفال، فإن هناك آلية دولية أخرى تهدف أيضا إلى تجاوز هذه الصراعات العائلية الدولية وهي الوساطة الأسرية الدولية، فهي أداة قد تغني الأطراف عن سلوك المساطر القضائية وتساهم في حل مشكل النقل غير المشروع بشكل ودي سريع.

فالاعتماد على الوساطة الأسرية الدولية في مجال النقل غير المشروع للأطفال سيحقق لا محالة نتائج إيجابية في هذا الصدد، وبالتالي سيساهم في تفادي مختلف العراقيل التي قد تعترض السلطات المركزية والقضائية في هذا المجال.

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة لموضوع الحضانة في الزواج المختلط بين النصوص التشريعية والإكراهات الواقعية، اتضح بشكل جلي حجم الإشكالات التي تثيرها على الساحة الدولية والتي تنعكس آثارها السلبية بشكل مباشر على الطفل المحضون.

إن حساسية التصادم المرجعي الذي أرخى بظلاله على حكم وتنظيم الحضانة في الروابط الدولية الخاصة، أبان عن حق مدى التنازع الحقيقي بين نظامين قانونيين، نظام قانوني علماني وآخر ديني، وكشف بالفعل عن الاختلاف الكبير الوارد بخصوص الحل الواجب اتخاذه من أجل التخفيف من شدة هذا التنازع.

وقد اتضح أيضا من خلال هذه الدراسة أن مشاكل الحضانة في الزواج المختلط لا تقف عند حد بيان القانون الذي سيحكمها، بل إن الأمر يزداد حدة من الناحية العملية حتى بعد تحديد هذا القانون، وذلك بنقل الأطفال نقلا غير مشروع عبر الحدود الدولية من طرف أحد الأبوين، مستغلا بذلك حق الزيارة الممنوحة له وضدا على حق الحضانة الممنوح للطرف الآخر، إذ يصبح الطفل وسيلة للابتزاز في يد أحد الأبوين وضحية الازدواجية المرجعية.

التأسيس الدستوري للعدالة الانتقالية
دراسة مقارنة

أ. و. سامر مؤيد عبد اللطيف م. و. محمد حسين جاسم
كلية القانون – جامعة كربلاء كلية العلوم السياسية – جامعة ميسان

ملخص

يتناول هذا البحث موضوع التنظيم الدستوري للعدالة الانتقالية دراسة مقارنة ، إذ يسعى الى أثبات فرضية مضمونها أن معالجة هذا الموضوع بنصوص دستورية ومن دوافع متنوعة ، قد أرسى ارضية واسعة وخصبة لإغناء هذه التجربة وتزويدها بسبل وأسباب النجاح ، الذي لم يتحقق بالمستوى ذاته على صعيد الواقع العملي لتلك القواعد الدستورية . ومن النتائج المهمة التي توصل اليها هذا البحث، هي أن العدالة الانتقالية تتحقق من خلال اليات تجمع بين كشف الانتهاكات السابقة لحقوق الانسان ونظرية الضمانات السياسية والقانونية لمنع وعودتها ، وأن الهدف من اطلاق مسار العدالة الانتقالية هو معالجة الارث الكبير من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان وضمان عدم تكرارها وهي عملية تتطلب بيئة مناسبة تحترم وتسمو قيم احترام حقوق الانسان ، كما توصل البحث الى أنه يمكن وصف العدالة الانتقالية بأنها عدالة تأسيسية من خلال علاجها للواقع لأجل التأسيس للبناء الجديد ، ووسيلة لتحسين البناء بالوئام والسلام المجتمعي .

الكلمات المفتاحية: العدالة ، الانتقالية ، الدستور

Abstract

This research deals with the subject of the constitutional organization of transitional justice as a comparative study , as seeks to prove the hypothesis of its content that addressing this issue with constitutional texts and from various motives, has laid a wide and fertile ground for enriching this experience and providing it with the means and reasons for success, which was not achieved at the same level in terms of the practical reality of those Constitutional rules. One of the important findings of this research is that transitional justice is achieved through mechanisms that combine the detection of previous violations of human rights and the theory of political and legal guarantees to prevent their

return. And that the goal of launching the transitional justice process is to address the great legacy of gross violations of human rights and to ensure that they are not repeated, a process that requires an appropriate environment that respects and transcends the values of respect for human rights, and the research found that transitional justice can be described as foundational justice through its treatment of reality in order to establish the foundation for construction The new, and a way to improve the building of harmony and community peace.

Key Words: the justice, the transitional, the constitution

المقدمة

اذا كانت العدالة تمثل قيمة عليا وغاية سامية تسعى لها مختلف الامم والحضارات ، فإن هذه الغاية تصبح أكثر إلحاحاً وأصعب منالاً بصورتها المطلقة في الفترات الانتقالية والحرجة والازمات للدول ولاسيما تلك التي تشهد تحولاً من نظام قمعي أو وضع ينطوي على إنتهاكات جسيمة لحقوق الانسان الى نظام ديمقراطي تعددي أكثر التزاماً بالقانون وإحتراماً لحريات الانسان ، لما تنطوي عليه عملية التحول والانتقال تلك من تحديات تتعلق بصعوبة معالجة مخلفات الماضي الدموي او الاستبدادي وانتهاكاته وتداعيات تنعكس بصيغ متفاوتة على مستقبل البناء الديمقراطي والسلم الاهلي في الدولة، الامر الذي رسخ إعتقاداً لدى المهتمين بأن أفضل طريق يمكن سلوكه لتجنب تلك المطبات، يكمن في تبني صيغ واليات اكثر فاعلية ومرونة وتكامل لتحقيق العدالة ضمن المرحلة الانتقالية، تنطوي على الكشف الشفاف لحقيقة تلك الانتهاكات السابقة لحقوق الانسان ومساءلة المسؤولين عنها، وتعويض المتضررين منها وردّ الاعتبار لهم، تمهيداً لتحقيق المصالحة الوطنية الشاملة وبناء دولة القانون والعدالة الراسخة على اسس احترام الحقوق الإنسانية و القيم الديمقراطية في تلك الدول .

ولكي يضمن برنامج العدالة الانتقالية فاعليته وشرعيته ، كان يلزمه الاستناد الى منظومة متكاملة من القوانين والمؤسسات والاليات الموثقة دستورياً ؛ باعتبار ان الاخير هو بمثابة الوثيقة القانونية العليا الضامنة لسلامة ونجاح ذلك البرنامج برمته، بفضل ما يتمتع به الدستور من مكانة سامية في البناء القانوني والوعي السياسي للأمم . ومن هنا درجت بعض الدول التي شهدت مثل هذه التحولات والاصلاحات السياسية على تضمين دساتيرها جملة من القواعد الضامنة لتحقيق متطلبات العدالة الانتقالية بصور وصياغات متنوعة ، أكدت بها الاهمية الخاصة التي تحظى بها هذه العملية وخطورة تبعاتها .

أولاً: أهمية البحث

تنبع أهمية البحث في العدالة الانتقالية من كونه محاولة علمية لتوثيق واحدة من أخطر المراحل التاريخية التي تمر بها الدول عند إنتقالها من واقع سيء الى واقع أفضل وما يرافق هذه المرحلة من وقائع وتحديات ينبغي أن تحفظ في الذاكرة التاريخية للحضارة الإنسانية لتكون شاهداً على هذه المرحلة ومرجعاً مهماً تستلهم منه الأمم

الدروس والضمانات التي تمنع تكرار تلك المحن والانتهاكات مستقبلاً ، من جانب آخر يقدم البحث في العدالة الانتقالية رؤية فلسفية دقيقة وبرنامج عمل متكامل يستهدف التشخيص والمعالجة لواقع سلبي مشحون بالقمع والانتهاكات لحقوق الانسان وكرامته في حياة الدول ؛ مثلما يستهدف تبني الاليات الفعالة للانتقال السلمي من هذا الواقع المزري إلى واقع افضل يصون تلك الحقوق ويحفظها .

والأهم من ذلك كله ، يكمن في محاولة هذا البحث تسليط الضوء على عملية التوثيق الدستوري والقانوني لمنظومة العدالة الانتقالية ، بحكم المكانة السامية التي يحظى بها الدستور في البناء القانوني للدولة ، والكشف تباعاً عن مقدار التطور الذي بلغته القواعد الدستورية المعنية بمعالجة هذه المواضيع المستحدثة والحرجة .

ثانياً: مشكلة البحث

يطرح البحث في السياق الدستوري للعدالة الانتقالية جملة من التساؤلات المهمة حول الطبيعة القانونية والفلسفية للعدلة الانتقالية ومدى تميزها من العدالة بصورتها التقليدية . كذلك ينطوي البحث على إشكالية تتعلق بصعوبة حصر وتحديد دوافع المشرع الدستوري لتبني اليات العدالة الانتقالية بين قواعد الدستور ،بالنظر للتفاوت في خصوصية الظروف والملابسات التي ادت الى تبني هذا النمط من العدالة في كل دولة من الدول التي شهدت مثل هذه التحولات والاصلاحات ومن ناحية اخرى ثمة إشكالية أخرى تتعلق بصعوبة تثبيت الحدود الدستورية للقواعد المعنية بمعالجة موضوعة العدالة الانتقالية ، وتباينها الكبير في الدرجة والنوع بين دستور وآخر بفعل متغيرات ومؤثرات متباينة تنبع من خصوصية التجربة وما يحيط بها ويؤثر فيها من معطيات . أما المشكلة الاعمق في بحث هذا الموضوع ، فتقع في محاولة تشخيص مقدار ما قدمته القواعد الدستورية من معالجات لبناء العدالة الانتقالية على أسس سليمة وراسخة ، وما وفرته من ضمانات لتفعيلها على ارض الواقع المشحون بالتحديات .

ثالثاً: هدف البحث

يسعى البحث لإثبات فرضية مفادها " إن المعالجات الدستورية لموضوع العدالة الانتقالية المنطلقة من دوافع متنوعة، قد وفرت أرضية واسعة وخصبة لإغناء هذه التجربة وتزويدها بأسباب النجاح الذي لم يتحقق بالمستوى ذاته على صعيد التطبيق الواقعي لتلك القواعد الدستورية ".

رابعاً: منهجية البحث

إستند البحث في تحليل المعطيات الى ادوات المنهجين الوصفي والمقارن لتحليل صيغ التعاطي الدستوري مع موضوع العدالة الانتقالية واستنباط الفوارق النسبية ومجالات التميز التي تحظى بها بعض الدساتير عن غيرها في معالجة هذا الموضوع وبلوغ غاياته .

خامساً: خطة البحث

سيتم تقسيم البحث على مبحثين رئيسين، يستكشف المبحث الاول منهما مفهوم وابعاد العدالة الانتقالية الدلالية والتاريخية، وينصرف الثاني منهما الى تبيان الاليات الدستورية لتحقيق العدالة الانتقالية بالإضافة الى المقدمة والخاتمة.

المبحث الاول: ماهية العدالة الانتقالية

يعد مفهوم العدالة الانتقالية من المفاهيم الحديثة التي دخلت الى عالم السياسة والقانون بعد محاكمات نورمبيرغ عام ١٩٤٥ . وقد خضع هذا المفهوم وما ارتبط به من اجراءات وقواعد لاجتهادات الفقهاء ورجال السياسة والقانون ولتأثير الظروف والملابسات المحيطة بتطبيقه، حتى اكتسب درجة عالية من الهلامية والمرونة التي حرمته من امكانية الخضوع للنظريات والقوالب الجاهزة، وقلصت الى حد كبير من فرص الاتفاق على تعريفه او تحديد الياته .

على هذا ترد الحاجة الى التعريف بالمفهوم وتتبع جذوره التاريخية، وتحري دواعي التقنين الدستوري له . وهذاما سيتم دراسته تباعا في مطالب هذا المبحث .

المطلب الاول : مفهوم العدالة الانتقالية وتمييزه من المفاهيم المقاربة

لا يزال مفهوم العدالة الانتقالية من المفاهيم الغامضة أو الملتبسة، بالنظر لاختلاف ظروف تطبيقه وزوايا ومنطلقات النظر اليه . وما زاد من تعقيد مهمة التعريف به ان هذا النوع من العدالة ليس علماً محدداً أو قواعد وأعرافاً موحدة وجامدة، إذ ينظر اليها كعملية لتحقيق نوعاً من العدالة في ظل إنتقال أو تحول بين مرحلة سياسية وأخرى تشهدها البلاد للتخلص من تركة الماضي وهذا ما فتح ابوابه مشرعة للاجتهادات وتباين وجهات النظر حول طبيعته وابعاده التي امتدت في التطبيق لتتداخل وتتقارب مع مفاهيم وممارسات اخرى. الامر الذي يدعونا الى التعريف بمفهوم العدالة الانتقالية في الفرع الاول، ومن ثم تمييزها من المفاهيم المقاربة في الفرع الثاني .

الفرع الاول : مفهوم العدالة الانتقالية

يتركب مفهوم العدالة الانتقالية من كلمتين هما :(العدالة) و(الإنتقالية) ؛ فأما العدالة في اللغة، فمشتقة من الفعل (عَدَلَ) ومنه يشتق (العدولة والمعدلة) : اي الحكم بالحق ضد الجور، وما عدل به النفوس او الاشياء أي: أقامها وسواها ، كأن يقال عَدَلَ الميزانَ وعَدَل السهمَ .

أمّا الإنتقالية فمشتقة من المصدر إنتقل ينتقل. إنتقل الشيء: أي تحوّل من مكان إلى آخر، ونقل الشيء: حوّله من موضع إلى موضع[١]. والإنتقال هو التغيير من حالٍ إلى حال، واما الإنتقالي : فهو المكان غير دائم كأن يقال (حكومة إنتقالية) او (المرحلة الإنتقالية) و(مادة إنتقالية) [٢] .

---

(١) ينظر، عبد الله البستاني اللبناني، فاكهة البستان ، المطبعة الامريكية، بيروت ، ١٩٣٠ ، ص ١٤٩٩.

(٢) د. خليل الجر، المعجم العربي الحديث ، مكتبة الآروس، باريس ، ١٩٧٣، ص ٨١٩.

وعند الركون الى المعنى الاصطلاحي للعدالة الانتقالية نجد ان الأمم المتحدة قد عرفت العدالة الانتقالية بأنها "كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولة التي يبذلها المجتمع لتنظيم تركة تجاوزات الماضي الواسع النطاق بغية كفالة المساءلة وإقامة العدالة وتحقيق المصالحة لتدعيم سيادة الفانون"[١] .

اما على صعيد الفقه ، فنجد ان من الفقهاء من يعرف العدالة الانتقالية على انها "جملة من الآليات القضائية وغير القضائية (السياسية ، الاقتصادية ، الاجتماعية ...) ، التي يستخدمها مجتمع معين ، لتحقيق العدالة في فترة إنتقالية ما ، بهدف الإنتقال من مرحلة الصراع إلى مرحلة التوافق"[٢] . ورغم اتساع افق الاليات القضائية وغير القضائية التي يضعها هذا التعريف للعدالة الانتقالية الا انه بالمقابل يقيد ظرفها المسبب بحالة الصراع دون حالة القمع والاضطهاد من جانب النظام الدكتاتوري . وهي امور امعن في تبيانها الدكتور عبد الحسين شعبان حينما عرف العدالة الانتقالية بأنها "الإنتقال من حالة نزاع داخلي مسلح إلى حالة السلم، أو الإنتقال من حكم سياسي تسلطي إلى حالة حكم ديمقراطي، أو التحرر من إحتلال أجنبي بإستعادة أو تأسيس حكم محلي ،وكل هذه المراحل تواكبها في العادة بعض الإجراءات الإصلاحية الضرورية وسعي لجبر الأضرار لضحايا الإنتهاكات الخطيرة"[٣] . بيد انه قد اغفل بالمقابل الاشارة الى وجوب المساءلة والمحاسبة لمن تسبب بهذه المأسي والتجاوزات .

على ما تقدم يتضح ان العدالة الانتقالية إحدى الوصفات العلاجية الرامية إلى لكشف وتسوية حسابات الماضي الدموي للدولة ومعالجة الأسباب الجذرية للنزاعات وما يتصل بها من انتهاكات لجميع الحقوق بالاعتماد على قواعد ومؤسسات ومعالجات قانونية وسياسية وحتى اجتماعية وثقافية .

الفرع الثاني : تمييز مفهوم العدالة الانتقالية من المفاهيم المقاربة

يتسع نطاق تطبيق العدالة الانتقالية وتتنوع تجاربها ، لتشكل ميدانا خصبا لاستقطاب والتقاء جوانب معرفية وابعادا متنوعة ، اذ تمتد حدود تطبيق العدالة الانتقالية لترتبط بالقانون الدولي الإنساني.

ومع تعقد مفهوم العدالة الانتقالية وهلامية ابعاده وتنوع تطبيقاته، وعدم وجود نماذج قانونية جاهزة ومحددة يمكن تطبيقها في جميع الحالات ؛ حصل الاشتباك والتداخل بينه وبين مفاهيم وممارسات اخرى من ابرزها(العدالة الجنائية) لاسيما بعد محاكمات نورنبيرغ الشهيرة التي بلورت مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية . هذا الى جانب تداخله مع مفهوم الاحكام الانتقالية للدستور .

---

(١) موجز تقرير الامين العام للأمم المتحدة حول «سيادة القانون والعدالة الانتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع»، مجلس الامن الدولي، رقم ٦١٦ / ٢٠٠٤ / S، بتاريخ ٤ آب ٢٠٠٤، ، ص٢.

(٢) محمد ضياء مهدي المنصوري، العدالة الإنتقالية في القانون الدولي الإنساني وتطبيقاتها في العراق ، رسالة ماجستر مقدمة إلى معهد العلمين للدراسات العليا، النجف الاشرف ، ٢٠١٧ ، ص ٩.

(٣) د. عبد الحسين شعبان ، الشعب يريد : تأملات فكرية في الربيع العربي ، دار اطلس بيروت ، ٢٠١٢ ، ص٢١٥ .

اولا : تمييز العدالة الانتقالية من العدالة التقليدية (والجنائية)

إذا كانت العدالة قيمة مطلقة ، ولا يمكن طمسها أو التنكر لها ، أو حتى تأجيلها تحت أي سبب كان أو ذريعة أو حجة ، فإنّ العدالة الإنتقالية تشترك مع العدالة التقليدية في إحقاق الحق وإعادته إلى أصحابه، وفي كشف الحقيقة، وفي جبر الضرر وتعويض الضحايا ، لما له علاقة بالقضايا السياسية والمدنية العامة، وكذلك في توخّي صلاح المجتمع من خلال إصلاح قوانينه وأجهزته القضائية والأمنية، لاسيما المعنية بإنفاذ القانون [١] .

بيد ان ما تقدم من مشتركات لا تلغي مساحة واسعة من الفوارق والتمايزات بين المفهومين ، ففي المقام الاول نجد ان العدالة الجنائية تعنى بتطبيق القانون كما هو كائن ومقابلة الجرم بما يناسبه من جزاء بحسب ما يقتضيه مبدأ الشرعية المتعارف عليه في القانون الجنائي (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وبما ورد في القانون من إجراءات (تحقيق ، محاكمة ، تنفيذ للعقوبة) وهذا بغض النظر عن ما يترتب على هذا الجزاء من آثار اجتماعية وسياسية واقتصادية ، بينما العدالة الانتقالية فهي مفهوم متجاوز للحاضر بما يحقق أجندة المستقبل متمثلة في الاستقرار والتعايش وعدم العودة للنزاع ويسعى للتوفيق وتقليص المسافة بين تطبيق القانون حرفياً (العدالة الجنائية) وما يترتب علي ذلك من آثار سلبية قد لا تتناسب مع طبيعة النزاع [٢] .

ومع امعان النظر بالفوارق التفصيلية الناشئة عن اجراءات تطبيق النوعين من العدالة، نجد ان التكوين المهني لمباشرة الاجراءات وفق القواعد القانونية التقليدية لا يتناسب مع مباشرة الاجراءات في إطار إنفاذ ركائز العدالة الانتقالية، لاختلاف وظيفة كل منهما عن الآخر [٣] .

وفي مقابل العدالة الجنائية التقليدية التي تتقيد بالتكوين القانوني للجريمة، والقائم على اعتبار الباعث – كقاعدة عامة- خارج مكوناته، فإن العدالة الانتقالية تقوم على البحث عن هذه البواعث وتحديدها، لأن الهدف هو كشف الحقائق كاملة.

ثانيا : تمييز العدالة الانتقالية من الاحكام الانتقالية للدستور

يقصد بالاحكام الانتقالية للدستور في هذا السياق "مجموعة من القواعد الدستورية المؤقتة تعمل على ضمان الانتقال من اطار دستوري الى اخر ومن نظام قانوني سابق الى نظام قانوني جديد في احسن الظروف الممكنة "[٤]، فهي على هذا الوصف الية

---

(١) د. عبد الحسين شعبان ، العدالة الانتقالية والعدالة الانتقامية ، مقال منشور على موقع الجزيرة ، بتاريخ 2012/11/1 على الرابط : https://www.aljazeera.net/opinions

(٢)د.إدريس لكريني ، المصالحة ومعوقات التحول الديمقراطي ، مقال منشور على موقع الخليج بتاريخ ١٣ مايو ٢٠٢١ ، على الرابط : https://www.alkhaleej.ae/

(٣)) الهادي أبوحمرة ، العدالة الانتقالية عدالة تأسيسية علاجية ،المنظمة الليبية للعدالة الانتقالية ، ٢٧ ديسمبر ٢٠١٧ .

(٤) محمد مخلوفي ، الاحكام الدستورية الانتقالية لاستمرارية السلطة التشريعية في النظام الجزائري ، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية الجزائر ، العدد الاول ، ٢٠١٨ ، ص٣٢٣ .

دستورية من طبيعة قانونية وعملية لتنظيم وتسوية الاشكالات والاوضاع القانونية الناجمة عن دخول الدستور الجديد حيز النفاذ .

علاوة على ما تقدم ، تُعد الاحكام الانتقالية حلا دستوريا مؤقتا لكنه مؤسس الغرض منه تامين الانتقال من اطار دستوري سابق الى اطار دستوري جديد ؛ وهي امور تنشا بالضرورة عند كل تحول دستوري حتى تتمكن من ممارسة دور المعبر الامن في طريق بناء الوضع الدستوري المنشود دون وقوع صدمات او اضطرابات او فراغ قانوني تمس باستقرار النظام الدستوري والسياسي . وفي هذا الصدد قد تتضمن هذه الاحكام بعض النصوص والفقرات التي ترمي الى تحقيق العدالة الانتقالية دون ان تقتصر عليها ، لاتساع نطاق وتنوع الموضوعات التي تعنى بتنظيمها الاحكام الانتقالية[١].

واذا كانت الاحكام الانتقالية تتقيد بالاوضاع الدستورية اللازمة لتبني دستور جديد دون ان يعني ذلك حصول تغير بالنظام السياسي ، فان العدالة الانتقالية تتضمن قواعد واجراءات من طبيعة سياسية وواقعية الى جانب الاحكام الدستورية المتعلقة بها سواء اكانت في متن الدستور او ختامها بخلاف الاحكام الانتقالية التي تنحصر في خواتيم الدساتير. وبينما تسعى الاحكام الانتقالية الى تسوية تركة من الهياكل والقواعد القانونية والمؤسسية المرتبطة بأوضاع دستورية سابقة ومستقرة تصان فيها الحقوق ، فان العدالة الانتقالية بالمقابل تسعى الى تسوية وانهاء تركة تاريخية (اجتماعية وسياسية) دامية ومؤلمة من الانتهاكات لحقوق الانسان والفوضى والصراع البعيد عن حلبة الدستور والمشروعية القانونية .

المطلب الثاني : جذور العدالة الانتقالية

تمتد جذور وتطبيقات العدالة الانتقالية لحقب غابرة من التاريخ ، رغم تباعدها وتناثرها بين المبادرات والشروط الفردية التي يفرضها المنتصرون في الحرب او الثورة على الحكام المهزومين والتي تحمل –بدورها - خصوصية الظرف الذي نشأت في كنفه دون ان تتصل حلقاتها او تتسع وتنضج حدود ممارساتها حتى بدايات القرن العشرين ، إذ بدأت معالم هذا المفهوم تتبلور على المستوى العالمي بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية عام ١٩٤٥ من خلال اهتمام المجتمع الدولي بسياسات فض وحل المنازعات وحث الدول على اتباع منظومة العدالة الجنائية في التصدي للانتهاكات الجسيمة والممنهجة لحقوق الإنسان .

تأسيساً على ما تقدم ، سنقوم بتتبع التطور التاريخي للعدالة الانتقالية سواء في العصور القديمة او الحديثة في الفرعين الآتيين :-

الفرع الاول : العدالة الانتقالية في العصور القديمة

عند تقصي جذور العدالة الانتقالية ، نعثر في اعماق التاريخ على بعض القيم والممارسات المتناثرة التي تنتمي الى منظومة العدالة الانتقالية بنسختها العصرية ولكنها

---

(١) د. عمر الشرقاوي ، الدستور الظرفي : قراءة في الاحكام الانتقالية للوثيقة الدستورية ، مجلة القانون الدستوري والعلوم الادارية ، المركز الديمقراطي العربي ، برلين ، العدد السابع ، يوليو ٢٠٢٠، ص ١٠٦.

تحمل مسميات اخرى تندرج ضمن سياق التطلع الانساني الفطري لادراك العدالة بالصيغ المدركة والممكنة التطبيق بحسب ظروف الزمان والمكان. ففي ظل التجارب الانسانية السابقة على الاديان السماوية كان تطبيق العدالة الانتقالية يقتصر على انتقام الشعب الثائر من الحاكم المستبد الذي ظلم شعبه وانتهك حقوقه ومثال ذلك الثورة الاولى التي عرفها التاريخ في العراق القديم ٢٣٥١ قبل الميلاد حينما ثار شعب مدينة لكش في (ذي قار) ، على حكومته المستبدة ، للخلاص مما يتعرض له من ظلم وإضطهاد وسوء الأوضاع المعيشية والاقتصادية "[١] .

وقد عرف الشعب المصري القديم عام ٢٢٨٠ ق.م، هو الاخر تجربة ثورية ضد حاكمه الملك بيبي الثاني -اخر حكام الأسرة السادسة- انطوت على تطبيق احدى صيغ العدالة الانتقالية بخلع الحاكم والتنكيل به ، بعد أن تعرضت البلاد فى فترة حكمه لحالة من التدهور الكبير فى الناحية الاقتصادية الاجتماعية [٢] .

بيد ان ظهور الاديان السماوية في التاريخ القديم والوسيط قد عطف مسار التطبيق الانتقامي الدامي للعدالة الى اتجاه اكثر تسامحا وانصافا واصلاحا، كرسته الكتب السماوية وسير الانبياء المرسلين ، فنعثر في الانجيل الذي بشر به السيد المسيح عليه السلام ما نصه (احبوا اعدائكم واحسنوا)[٣] كما اكد الكتاب المقدس في موضع اخر على نبذ الثأر والانتقام بالنص (لا تنتقموا لانفسكم ايها الاحباء)[٤].

وعلى غرار ذلك نجد في الاسلام وقرآنه المقدس وسنة نبيه المطهر العديد من النصوص التي تدعو الى تحري الحقيقة وتوخي العدل والانصاف وتكريس روح العفو والتسامح والاصلاح . ومن ذلك قوله تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا) [٥].

الفرع الثاني : العدالة الانتقالية في العصر الحديث

لقد اسهمت ابرز الثورات التي عرفها التاريخ الانساني خلال العصر الحديث في بريطانيا عام ١٦٤٢ وامريكا ١٧٨٧ وفرنسا ١٧٨٩ و روسيا عام ١٩١٧ في تثبيت بعض القواعد المتفرقة للعدالة الانتقالية ، تمثلت بالإصلاح السياسي لمؤسسات الحكم وتصحيح مسار الحقوق والحريات المدرجة لبلدانها ، على الرغم من امتزاج تلك الثورات- مع استثناء الثورة الامريكية - بروح الانتقام من الطغاة وتصفيتهم الجسدية ومصادرة اموالهم [٦].

---

(١) حامد شهاب ، الناصرية شهدت أول ثورة إصلاحية عرفتها البشرية على الرابط https://www.kitabat.info/subject.php?id=141661،

(٢) https://www.albawabhnews.com/2964237 اول ثورة عرفتها البشرية على موقع البوابة

(٣) انجيل لوقا ، الاصحاح ٣٥

(٤) انجيل رومية ، الاصحاح ١٩

(٥) سورة النساء:الاية ٥٨

(٦) - سهيل حسن الفتلاوي، القضاء الدولي الجنائي، دار الثقافة ، عمان ، الطبعه الأولى ، ٢٠١١ ، ص ٤١ .

وقد اسفرت بدايات القرن العشرين ونهاية الحرب العالمية الاولى عن استحداث مسار جديد للعدالة الانتقالية بالاستناد الى النداءات التي اطلقتها الدول المنتصرة في الحرب والقواعد التي رسختها معاهدتا (فرساي عام ١٩١٩ وسيفر لعام ١٩٢٠) في إنشاء محاكم خاصة لمحاكمة ومعاقبة المتسببين بارتكاب الجرائم بحق المدنيين والاسرى العزل والمتجاوزين لقوانين الحرب واعرافها الانسانية في المانيا والدولة العثمانية .[١]

على الصعيد العربي كانت المملكة المغربية، أول دولة عربية شهدت تجربة العدالة الانتقالية بعد انتقالها الديمقراطي السلمي أواخر العام ٢٠٠٣ . وفي سياق هذه التجربة تم تأليف (هيئة الإنصاف والمصالحة) للتصدي لإرث الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، خاصة الاعتقال التعسفي، والتعذيب، والاخفاء القسري للأشخاص، خلال المدة من العام ١٩٥٦ الى العام ١٩٩٩ وتعويض الضحايا والعمل على إصلاح وتأهيل عدد غير قليل من المؤسسات[٢] .

وعند تسليط الضوء على تجربة العدالة الانتقالية في العراق وتاريخ ظهورها ، فنجد بداياتها بعد الاحتلال الأمريكي عام ٢٠٠٣ ، بعد ان عاش العراق في ظل النظام البعثي القمعي تجربة مريرة من الانتهاكات لحقوق الانسان ، فشهد هذا البلد بعد دخول الامريكان، لجوء سلطة الائتلاف المؤقتة فيه الى اتخاذ مجموعة من الاجراءات في طور تحقيق العدالة الانتقالية [٣].

تأسيسا على ما تقدم يلاحظ ان التطور التاريخي الذي مرت به تجربة العدالة الانتقالية قد بدل من طبيعة اهدافها والمهام المنشودة منها ؛ فأخرجها من نطاق الممارسات الانتقامية التي يفرضها القائد المنتصر في الحرب والثورة على الحاكم المهزوم قديما الى نطاق ذي بعد انساني يتمثل حاليا بإنصاف الشعب المضطهد من ممارسات حكامه المستبدين .

المطلب الثالث / دوافع التقنين الدستوري للعدالة الانتقالية

تتنوع دوافع تبني السلطة التأسيسية لقواعد العدالة الانتقالية بتنوع واختلاف خواص وظروف الدول وتجاربها الدستورية ، ولأغراض البحث العلمي جرى تصنيف هذه الدوافع الى دوافع قانونية تنشأ في اطار الوثيقة الدستورية وهو مدار بحث الفرع الاول واخرى واقعية تتشكل في بيئة الدولة ومحيطها الخارجي وهي مدار بحث الفرع الثاني .

الفرع الاول: الدوافع القانونية

إن الهدف من إطلاق مسار العدالة الانتقالية هو معالجة الإرث الكبير من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وضمان عدم التكرار. وهي عملية تحتاج إلى بيئة ملائمة تعلي قيم احترام حقوق الإنسان ، ولا تسمح للسلطات لاحقاً بالحد منها. وفي سبيل تحقيق أكبر

---

(١) سعاد خوجة، العدالة الانتقالية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١١

(٢) أحمد شوقي بينون وآخرون ، مصدر سابق ، ص١٦٥ .

(٣) علي مهدي ، العدالة الإنتقالية الطريق الأمثل للتحول للديمقراطية ، مركز الدراسات والأبحاث العلمانية في العالم العربي ، منشور على الرابط :http://ssrcaw.org/ar/show.art.asp?aid=443589

قدر من الضمانات لتعزيز حقوق الإنسان، على الدستور - ضمن هذا الحيز- ان بكون المنصة القانونية الاكثر اهمية وفاعلية لتوثيق هذه الحقوق وضمانها حتى قبل احالتها الى قانون عبر وسيلتين ؛ الوسيلة الاولى بتوسيع وتطوير حزمة الحقوق والحريات المنصوص عليها بالدستور وتدعيمها بصور واجيال مستحدثة ومتنوعة من حقوق الانسان ، واما الوسيلة الثانية فهي تزويد هذه الحقوق بأدوات ووسائل اكثر فاعلية وحداثة لحمايتها وضمان التزام السلطات بتحقيقها [١]. وفي هذا الصدد يقول الأمين العام للأمم المتحدة: "مشاريع الدساتير الوطنية المتسقة مع الالتزامات الدولية هي حجر الزاوية في النظم القائمة على سيادة القانون" وبالتالي فإن تضمين العهود والمواثيق الدولية، وخاصة ما يتعلق منها بحقوق الإنسان، في الدستور تشكل ضمانة إضافية لمنع التكرار، وحماية لحقوق الإنسان، وسلامة مسار العدالة الانتقالية[٢].

الفرع الثاني : الدوافع الواقعية

ان تثبيت الاساس الدستوري لقواعد العدالة الانتقالية يمثل المنطلق القانوني في رحلة النظام السياسي لادراك غاية اساسية تتمثل في شرعنة مساعيه في تأمين الانتقال الامن الى الديمقراطية وترسيخ السلم الاهلي على جميع الاصعدة ضمن اطار عملية شاملة ومستمرة للتغيير الايجابي في بنى وقيم الدولة وهو امر اصطلحت عليه الادبيات السياسية بـ(التنمية الشاملة) والتي عرفها الاتحاد العربي للتنمية الشاملة بكونها "عملية مجتمعة تهدف إلى إيجاد مجموعة من التحوّلات الهيكلية وذلك بتوجيه جهود الأفراد الواعية وتسخيرها من خلال تحفيز الطاقة الإنتاجية لديهم " [٣] . ولتركيز مزيد من الضوء على الاهداف الواقعية التي ينشدها واضعو الدستور من تبني قواعد العدالة الانتقالية ، سنعمد الى التقسيم الاتي :

اولا : تعزيز اليات التحول والبناء الديمقراطي للسلطة

إن العدالة الإنتقالية ضرورة لازمة لإعادة بناء النظام السياسي في الدولة على أسس قانونية وتعددية سياسية وديمقراطية راسخة للسير قدما نحو مستقبل يفضي الى تصفية شاملة ونهائية لكل نزاعات الماضي [٤] ؛ ذلك ان الاتجاه الى تبني قواعد واليات العدالة الانتقالية كخيار دستوري وسياسي ، نابع في جوهره من الاقرار المبدئي بوجود أزمة في طريقة الحكم ، وتراجع في قدرة الدولة وفاعليتها في ادارة مؤسساتها وضمان شرعية النظام الحاكم والاستجابة الشعبية له في مواجهة عصف المتغيرات الدولية

---

(١) انظر مقالنا ، التأصيل الدستوري للحكم الرشيد ، مركز أدم للحقوق والحريات ، ٢٠١٧/٠٨/٢٧ على الرابط: http://ademrights.org

(٢)العدالة الانتقالية والدستور (ورقة بحثية لتجمع المحامين السوريين بالتعاون مع فريق الخبراء القانونيين)، تجمع المحامين السوريين ، ٩ نيسان ٢٠٢٠ ، على الرابط :

https://www.freesyrianlawyers.com/index.php/ar/

(٣) علاقة الادارة المحلية بالتنمية الشاملة ، مقالة ٢٠١٥/٠١/٣١ على الرابط :

http://research1508.blogspot.com

(٤)) د. هشام حكمت عبد الستار و د. همسة قحطان خلف ، العدالة الانتقالية في العراق بعد العام ٢٠٠٣ ، المجلة السياسية والدولية ، العددان ٢٨-٢٩- ، ٢٠١٥ ص ٣٤٣

المتسارعة التي اخترقت حواجز السيادة لهذه الدول واضعفت من قدراتها وتأثيرها على مواطنيها .

فمن أجل ضمان البناء على أساس متين وتحقيق الاهداف النهائية لمسيرة العدالة الانتقالية وللحؤول دون عودة الظلم والتعسف ، يجب ان تضمن العدالة الانتقالية القيام بعملية فحص واصلاح شامل لمؤسسات الدولة وسلطاتها بغية إزالة أثار الانتهاكات والفساد منها واستبعاد المتسببين فيها ، وتنقيتها من صور التمييز العرقي والسياسي والجهوي والقبلي والايديولوجي ، وإعادة تأكيد حق المواطنة والمساواة في تولى الوظائف العامة ، بعد اجراء مراجعة شاملة ودقيقة مع تصحيح شامل او جزئي للفكرة القانونية (الايديلوجية) ومنظومة القيم والمفاهيم المرتبطة بها [١].

ثانيا : ضمان السلم الاهلي

تعد العدالة الانتقالية وسيلة فاعلة لتجاوز روحية التشفي والكراهية والعدوانية التي قد يعانى منها اي مجتمع، عبر تهيئة شروط التسامح والمصالحة والاستقرار داخل المجتمع، وتجاوز التراكمات السلبية لانتهاكات حقوق الانسان، وحالة الانقسام التي يعيشها المجتمع عبر مسار المصالحة الوطنية التي من دونها سيكون البلد عرضةً لمزيد من الاحتراق وإراقة الدماء التي سيقف وراءها الانتقام بكل تأكيد. وتقوم المصالحة الوطنية – بدورها- على استراتيجية بناءة ذات شفافية ومصداقية لإصلاح أي تمزق في النسيج الثقافي والديني وإرساء نظام جامع لكافة أبنائه مبنى على أسس شرعية قانونية وتعددية وديمقراطية في الوقت ذاته. يسهم في استرجاع قيم الكرامة والمواطنة ويسترد الثقة بالعدالة وسيادة القانون بين أوساط الشعب . وهكذا ستكون المصالحة الوطنية بمثابة الجسر الرابط بين العدالة والديمقراطية في سبيل ادراك هدف السلم الاهلي (٢) بالمحصلة النهائية. [٣]

تأسيسا على ما تقدم يمكن وصف العدالة الانتقالية بأنها عدالة علاجية جماعية تأسيسية. بمعنى أنها عدالة لعلاج الواقع من أجل التأسيس للبناء الجديد، ووسيلة لتحصين البناء بالوئام والسلام المجتمعي.

المبحث الثاني: الاليات الدستورية لتحقيق العدالة الانتقالية

يحظى موضوع العدالة الانتقالية في المجتمعات التي تشهد ثورات شعبية أو صراعات وحروب اهلية أو تغيرات سياسية جذرية أهمية كبيرة ، إذ سيكون البناء الدستوري الجديد بمثابة عقد اجتماعي بين اطياف الشعب بما يسهم في تأمين قطيعة تامة مع الحقبة الدامية الماضية المليئة بالانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان الاساسية ، ومن

---

(١) د. احمد شوقي ينيوب ، مصدر سابق ، ص ١٣٤.

(٢) يستخدم "بناء السلام" كمفهوم شامل يتضمن مجموعة من الأنشطة أو الإجراءات المتعلقة بخلق الشروط الضرورية لتحقيق السلام المستدام في المجتمعات محل الصراعات، وتحديد ودعم الهياكل التي تسهم في تقوية وترسيخ السلم من أجل تجنب الارتداد إلى حالة الصراع.

(٣) د محمد علي سويلم ، مصدر سابق ، ص ٥٥٣.

ثم يأخذ الدستور بعين الاعتبار صراحة الضمانات الوقائية من هذه الانتهاكات بما في ذلك رفع الحصانة عن مرتكبيها وملاحقتهم وتعويض الضحايا ، وهذا ما يندرج ضمن مصاديق العدالة الانتقالية التي تتولى السعي نحو تحقيق الاستقرار والسلم المجتمعي .

بيد أن نجاح تحقيق العدالة الانتقالية لأهدافها بشكل سليم، بحاجة الى مستلزمات دستورية تمهد لها من اليات وادوات محددة من ناحية ، والى مراحل معينة تطبق فيها العدالة الانتقالية من ناحية اخرى .

عليه، يتطلب تبيان هذا المبحث أن نقسمه الى مطلبين ، نتناول في الاول المستلزمات الدستورية التمهيدية لتطبيق العدالة الانتقالية ، والثاني نخصصه لمراحل تطبيق العدالة الانتقالية ، ووفق الآتي :-

المطلب الاول: المستلزمات الدستورية التمهيدية لتطبيق العدالة الانتقالية

مما لاشك فيه أن العدالة الانتقالية لكي تكون ناجحة وفعالة لابد ان تتوافر لها مستلزمات دستورية تمهد لها ذلك وبضمنها ان تكون مستندة الى القانون حتى لا تتحول الى عدالة اهلية انتقامية ، فضلا عن ذلك بحاجة الى هيئات ومؤسسات تضطلع بمهمة تطبيق العدالة الانتقالية منصوص عليها دستورياً تأخذ صفة العلو والسمو ، من ثم تكون بعيد عن أيدي التغيير والإلغاء غبر المحدد دستورياً.

بناءً على ما تقدم ، يتطلب البحث في هذا المطلب أن قسمه الى فرعين ، الاول نتناول فيه تكريس مبدأ سيادة القانون والاقرار بشرعية العدالة الانتقالية، والثاني نوضح فيه التأسيس الدستوري لأدوات تطبيق العدالة الانتقالية، وكالاتي :-

الفرع الاول : تكريس مبدأ سيادة القانون والاقرار بشرعية العدالة الانتقالية

أذا كان وجود القاعدة القانونية ومن ثم السلطة ضرورة حتمية لشيوع الأمن والسلام في المجتمع ، فأن تطور السلطة ومن ثم الدولة فرض وجود الدولة القانونية ، والتي بموجبها تخضع جميع مؤسسات الدولة لقواعد قانونية وتسمو عليها ، مما يعني ذلك أن مؤسسات الحكم تكون ملزمة بالخضوع لأحكام القانون شأنه في ذلك شأن المحكومين والقول بذلك أدى الى نشوء سيادة القانون[١] .

يعرف مبدأ سيادة القانون بأنه تقيد وخضوع الحكام والمحكومين لقواعد القانون والعمل بموجبها[٢].

عرفه البعض أيضاً بأنه خضوع الدولة بجميع مظاهر نشاطها سواء كانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية لحكم القانون على عكس الدولة البوليسية التي تكون الدولة فيها مطلقة الحرية في اتخاذ ما تراه من الاجراءات تجاه الافراد تحقيقا للغاية التي تريدها [٣].

---

[١] د. حميد حنون خاد ، حقوق الانسان ، ط١،، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥، ص٢٤٣.

[٢] د. سعيد ابو شعير ، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، الجزء الاول ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠١٣،ص١٩٠.

[٣] عامر حادي عبد الله الجبوري ، العدالة الانتقالية ودور اجهزة الامم المتحدة في ارساء مناهجها ،ط١، المركز العربي، القاهرة ،٢٠١٧ ، ص١٢٤.

أن جوهر سيادة القانون هو علو وسمو القانون على الكافة حكاماً ومحكومين ويهدف الى حماية المواطنين من جور وتعسف الحكام ومن الظلم والاستبداد ، واذا ما انعدم أو تغيب هذا المبدأ (مبدأ سيادة القانون) فنرى اندلاع الفوضى وقيام الثورات وسقوط الشهداء ، كما أن غياب سيادة القانون يرتب عليه جهل الكثيرين لحقوقهم وواجباتهم الاساسية من رجال شرطة وموظفين حكوميين أو مواطنين ، كما أن غياب سيادة القانون يؤدي انزلاق البلاد الى الفوضى وعد الاستقرار[١] .

في أطار البحث في موضوع العدالة الانتقالية نلاحظ ان سيادة القانون والعدالة الانتقالية متلازمان ، فلا يمكن تحقيق العدالة الانتقالية من دون تحقيق سيادة القانون والعكس بالعكس ، فسيادة القانون هي الاطار القانوني والسياسي الذي يخضع في إطاره للمساءلة جميع الاشخاص والمؤسسات والدولة ذاتها ، ويعد ترسيخ الاحترام لسيادة القانون امرا اساسيا لتحقيق سلام دائم في مرحلة ما بعد الصراع [٢].

ومما يمكن القول، أنه اذا كان الغرض النهائي من العدالة الانتقالية هو ضمان الاستقرار والسلم المجتمعي ، فأن هذا الغرض لا يتحقق الا من خلال تهيئة مناخ يسمح بترسيخ مبادئ سيادة القانون والالتزام بهذه المبادئ بصورة ملزمة وحتمية ، ومن ثم يتطلب الانتقال من مرحلة الصراع الى الاستقرار ومن الاستبداد الى الديمقراطية ترسيخ مفهوم سيادة القانون . مما يعني ذلك ، أن العدالة الانتقالية ومبدأ سيادة القانون وجهان لعملة واحدة [٣] .

قد أكد على مبدأ سيادة القانون دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ في المادة (١) منه "...ونظامها جمهوري يقوم على أساس المواطنة وسيادة القانون "، والمادة (٩٤) منه بأن " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة ".

كذلك أشار اليه دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥ في المادة (٥) الى أن" السيادة للقانون ، والشعب مصدر السلطات وشرعيتها ، يمارسها بالاقتراع السري العام المباشر وعبر مؤسساته الدستورية " .

نخلص مما تقدم ، ان من اهم غايات العدالة الانتقالية إصلاح مؤسسات الدولة لضمان عدم تكرار الانتهاكات التي كانت ترتكبها تلك المؤسسات أو من القائمين عليها ، بما يتضمنه ذلك من اعادة هيكلة الاجهزة والمؤسسات المشتبه بقيام المنتمين اليها بانتهاكات لحقوق الإنسان ، ولا يمكن تحقيق ذلك من دون تحقيق مبدأ سيادة القانون وضمان احترامه .

الفرع الثاني : التأسيس الدستوري لأدوات تطبيق العدالة الانتقالية

في ألغالب تشير الدساتير التي تظهر بعد المرحلة الانتقالية الى العديد من الهيئات في مجال العدالة الانتقالية التي لها من القيمة القانونية ما يجعل المشرع يذكرها بالدستور

---

[١] عادل ماجد، معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي ،ط٢، شركة ناس، القاهرة ،٢٠١٣ ، ص١٤٠.
[٢] عامر حادي عبد الله الجبوري، مصدر سابق ، ص١٢٤.
[٣] عادل ماجد ، مصدر سابق، ص١٣٨-١٣٩.

بكل وضوح وصراحة ، ويعدها من المؤسسات المهمة في البلد والتي لا يمكن إلغاؤها أو إنهاء أعمالها إلا بإكمال ملفها ، ذلك أن الدستور يخصها بالذكر وفي مواد مفصلة.

لذلك نجد دستور جنوب افريقيا لسنة ١٩٩٦المعدل قد اكد على مسألة العدالة الانتقالية في المادة (٢٢) منه ، والتي جاءت تحت عنوان الوحدة الوطنية والمصالحة " ١. بصرف النظر عن أحكام أخرى في الدستور الجديد وعلى الرغم من إلغاء الدستور السابق، تعتبر جميع الأحكام المتعلقة بـالعفو الواردة في الدستور السابق تحت عنوان الوحدة الوطنية والمصالحة جزءا من الدستور الجديد لأغراض قانون تعزيز الوحدة الوطنية والمصالحة لعام ١٩٩٥ (القانون ٣٤ لعام ١٩٩٥)، بصيغته المعدلة، بما في ذلك لأغراض صلاحيتها. **٢.** لأغراض البند الفرعي (١)، حيث يظهر التاريخ ٦ كانون الأول/ديسمبر١٩٩٣ في أحكام الدستور السابق تحت عنوان الوحدة الوطنية والمصالحة، يجب أن تقرأ كـ"١١ أيار/مايو١٩٩٤ ".

كذلك جاء في دستور تونس لسنة ٢٠١٤ المعدل ضمن الباب العاشر الأحكام الانتقالية الفصل ١٤٨ البند "٩. تلتزم الدولة بتطبيق منظومة العدالة الانتقالية في جميع مجالاتها والمدة الزمنية المحددة بالتشريع المتعلق بها، ولا يقبل في هذا السياق الدفع بعدم رجعية القوانين أو بوجود عفو سابق أو بحجية اتصال القضاء أو بسقوط الجريمة أو العقاب بمرور الزمن" .

أما بالنسبة لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد نظم موضوع العدالة الانتقالية بذكر الياتها في الفصل الرابع تحت عنوان الهيئات المستقلة ، واشتمل الفصل على المواد (١٠٢الى ١٠٨)، ويقع ضمن هذا الفصل بعض مؤسسات العدالة الانتقالية فأول هذه المؤسسات هي مؤسسة الشهداء التي اكد عليها في المادة (١٠٤) لى (تؤسس هيئة تسمى مؤسسة الشهداء ترتبط بمجلس الوزراء ، وينظم عملها واختصاصاتها بقانون)، تعمل هذه المؤسسة بموجب قانون مؤسسة الشهداء رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ .

وكذلك أشار الى هذه المؤسسات في الباب السادس الأخير من الدستور، ومنها الهيئة الوطنية لاجتثاث البعث[1] في المادة (١٣٥) "**أولاً-** تواصل الهيئة الوطنية العليا لاجتثاث البعث أعمالها بوصفها هيئة مستقلة بالتنسيق مع السلطة القضائية والاجهزة التنفيذية في إطار القوانين المنظمة لعملها وترتبط بمجلس النواب. **ثانياً-** لمجلس النواب حل الهيئة بعد انتهاء مهمتها بالأغلبية المطلقة ".

كما تأسست هيئة دعاوى الملكية بموجب قانون أدارة الدولة للمرحلة الانتقالية في المادة (١/٤٩) التي اكدت على (أن تأسيس الهيئات الوطنية مثل الهيئة الوطنية للنزاهة العامة والهيئة العليا لحل النزاعات الملكية العقارية والهيئة الوطنية العليا لاجتثاث البعث يعد مصدقا عليه)، كما أشارت الى هذه الهيئة المادة (٥٨) من ذات القانون .

---

[1] قانون الهيئة الوطنية العليا للمسائلة والعدالة رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٨ ، المنشور في الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٦١) في (٢٠٠٨/٢/١٤) .

لأهمية هذه الهيئة برفع الحيف والظلم عن كاهل المواطنين ، فقد أقر دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ تأسيس هذه الهيئة واستمرارها بالقيام بمهامها التي أشار اليها قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية ، فأكد الدستور على هذه الهيئة في باب الاحكام الانتقالية في المادة (١٣٦) على أن " أولا- تواصل هيئة دعاوى الملكية اعمالها بوصفها هيئة مستقلة بالتنسيق مع السلطة القضائية والاجهزة التنفيذية وفقاً للقانون وترتبط بمجلس النواب .ثانياً - لمجلس النواب حل الهيئة بأغلبية ثلثي اعضائه)[١].

كذلك نظم دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ المحكمة الجنائية العراقية العليا الذي أكد على استمرارها بالعمل في المادة (١٣٤) على أن (تستمر المحكمة الجنائية العراقية العليا بأعمالها بوصفها هيئة قضائية مستقلة بالنظر في جرائم النظام الدكتاتوري البائد ورموزه ولمجلس النواب الغاؤها بقانون بعد إكمال اعمالها) .

المطلب الثاني : مراحل تطبيق العدالة الانتقالية

أن تحقيق أهداف العدالة الانتقالية يستلزم وجود حزمة من التدابير القضائية وغير القضائية، وإن نجاح أهداف هذه العدالة من شأنه أن يمهد الطريق نحو إرساء السلم الاجتماعي. ووفقاً للتجارب الدولية في هذا الإطار ، فإن مفهوم العدالة الانتقالية يقوم أصلا على عدة مقومات رئيسة ومترابطة تشكل آليات وأهدافاً لها في الوقت ذاته ، هي مرحلة تقصي الحقائق أولاً ، ومرحلة المساءلة وتعويض المتضررين ثانياً ، وهذا ما سنتولى تبيانه في الفرعين الآتيين :-

الفرع الاول : مرحلة تقصي الحقائق

يعود الظهور التاريخي لهذه المرحلة الى القرن الماضي ، فقد برزت التجارب الأولى في أمريكا اللاتينية مع بداية ١٩٨٠، وكان الهدف منها تأمين الانتقال نحو الديمقراطية وتحقيق المصالحة بين الأطراف المتضاربة والبحث عن حقيقة الانتهاكات الجسيمة التي حصلت في مجال حقوق الأنسان[٢].

يتولى التحقيق غالباً في المراحل الانتقالية لجان الحقيقة أو لجان تقصي الحقائق وهي عبارة عن هيئات تحقيق رسمية شبه قضائية تتألف من خبراء مستقلين وتكون مسؤولة عن التحقيق والابلاغ عن انماط انتهاكات حقوق الانسان خلال فترة معينة من الزمن أو فيما يتعلق بنزاع معين أو تحديد المسؤولية ، ويتم أنشاؤها عادة من قبل السلطة التنفيذية أو البرلمان ، وتختم أعمالها بتوصيات في هذا الشأن[٣] .

من أهم حقوق ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان معرفة الحقيقة حول الأسباب والظروف التي ارتكبت خلالها التجاوزات والجرائم التي ترتب عليها إلحاق

---

[١] أنشُئت هيئة دعاوى الملكية بموجب قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٣ الصادر عن مجلس الحكم الذي أكده أمر سلطة الائتلاف رقم (٤٨) لسنة ٢٠٠٣والذي عدل بعد ذلك بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.

[٢] فالح مكوف كاصد، العدالة الانتقالية في النظم الدستورية الحديثة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ،٢٠١٦، ص٢٧.

[٣] د. ثامر محمد صالح ، ذاتية المساءلة الجنائية كأحد اليات العداة الانتقالية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٨٤.

الضرر بهم بكافة صوره المادية والمعنوية . يتسع هذا الحق خلال فترات العدالة الانتقالية ليشمل المجتمع كله ، فأول أهداف العدالة الانتقالية هو كشف الحقيقة ، ومعرفة طبيعة ما وقع من جرائم وانتهاكات لحقوق الإنسان خلال فترة الاستبداد أو القمع ، مع تحديد المسؤول عنها ، كونه حقاً لكل مواطن [١].

من أفضل التجارب في اتباع آليات معرفة الحقيقة لاجتياز المرحلة الانتقالية هي تجربة جنوب إفريقيا ، التي اعتمدت على إنشاء (هيئة معرفة الحقيقة وتحقيق المصالحة) لاجتياز تجاوزات الماضي وتحقيق المصالحة الوطنية ، إذ تركز عملها على تقصي حقيقة وأسباب ما حدث من انتهاكات لحقوق الإنسان - اتسمت بالفصل العنصري- في غضون المدة من مارس ١٩٦٠ الى مايو ١٩٩٤، وذلك من خلال التحقيق ، وعقد جلسات الاستماع ،٢٠١ مع معالجة الأوضاع الناتجة عن أرث الانتهاكات الجسيمة [٢].

وفي تونس بعد التحول الذي طرأ فيها عقب ما يطلق عليه بثورة الكرامة في ١٤/١/ ٢٠١١ ، والذي ادي الى تغيير النظام القديم والتأسيس لانتقال ديمقراطي ، فكان من الضروري التطرق الى استراتيجيات تحقيق العدالة الانتقالية وهذا ما تجسد من خلال اصدار قانون اساسي رقم (٥٣) في ٢٤ / ٢٠١٣ ، والمتعلق بإرساء العدالة الانتقالية وتنظيمها، وكان هذا القانون يمثل إطار عمل شامل لمعالجة انتهاكات الماضي في الفترة الممتدة من عام ١٩٥٥ الى ٢٠١٣، وقد تم انشاء هيئة الحقيقة والكرامة من اجل توجيه عملية الكشف عن الحقيقة في تونس عام ٢٠١٤ [٣]. ولجنة البحث والتقصي التي تتولى القيام بكل الابحاث لفك منظومة الاستبداد والفساد وكشف حقيقتها والتحقيق في كل الانتهاكات والممارسات ضد حقوق الانسان[٤]

ومما يمكن القول، أن تونس قد نجحت الى حد ما في التأسيس لمرحلة انتقالية ذات مصداقية ترسخ أسس ومبادئ الديمقراطية، ذلك لما قامت به من اصلاحات دستورية وقانونية ومؤسساتية، فضلا عن ذلك فأن تونس قد ابقت على بقايا العهد القديم وتم الاستفادة من خبراتهم، وهذا كان ناتج عن التدقيق المعتمد في عملية المحاسبة من اجل ان لا تصبح العدالة الانتقالية عدالة انتقامية[٥].

في مصر مارست لجان الحقيقة عملها لفترة قصيرة ، فضلاً عن انها لم تهتم بالفترة التاريخية لتي تبدأ من تاريخ استلام النظام السابق للسلطة الى تاريخ اسقاطه وانتهاكاته

---

(١) د محمد علي سويلم ، العدالة الانتقالية ، ط١، مكتب المصرية ، القاهرة، ٢٠١٩، ص٤٢.

(٢) د. خميس دهام حميد وهمسة قحطان خلف ، العدالة الانتقالية في دولة جنوب افريقيا ، مجلة دراسات دولية ، كلية العلوم السياسية ، جامعة بغداد ، العدد الحادي والعشرون . ٢٠١٥، ص١٠٦.

(٣). د. عياسة طاهر ود مسعد نذير ، دور العدالة الانتقالية في إرساء مبادئ ومقومات الديمقراطية ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ، جامعة عمار ثليجي ، الجزائر ، العدد ٧، ٢٠١٨، ص٢٠٤.

(٤) .يوسف ازروال وليلى لعجال، الاطار التشريعي للعدالة الانتقالية في تونس ما بعد الثورة ، المجلة الجزائية للأمن الانساني، العدد الثاني يوليو، ٢٠١٦،ص١٧٣.

(٥) د. عياسة طاهر ود مسعد نذير ، مصدر سابق، ص٢٠٢.

للفترات السابقة على ثورة يناير ٢٠١١، بل عالجت فقط الانتهاكات التي ارتكبت خلال الثورة[١].

أما بالنسب للعراق فلم يطبق استراتيجية كشف الحقيقة ، وهذا ما يعد نقص واضح في هذه التجربة، ولعل من اسباب عدم تشكيل لجان الحقيقة هو عدم وجود قرار مركزي يدعم لتشكيل تلك اللجنة ، ذلك التشابك في العمل وتعدد جهات الاحصاء والتعويض الذي ادى بدوره الى الاستغناء عن لجنة الحقيقة في العراق [٢].

يتضح مما تقدم، أن إظهار وكشف الحقيقة عن طريق لجان تقصي الحقائق يعد من صور مصداقية التجارب الديمقراطية وهو من الاليات المتبعة في معظم هذه التجارب، إذ أن مرحلة كشف الحقية تعد الأساس الذي يبنى عليه العديد من الخطوات اللاحقة كالمحاكمات والتعويض[٣].

الفرع الثاني : مرحلة المساءلة وتعويض المتضررين

أولاً- مرحلة المساءلة

مما لا شك فيه أن مبادئ العفو والتسامح مهمة وضرورية في أي مجتمع عاش من ويلات النزاعات والقمع والاضطهاد . بيد أن ذلك لا يستبعد ضرورة أجراء محاكمات عادلة ضمن اطار القانون . ودور هذه المحاكمات لا تكمن فيما يتعلق بانتهاكات حقوق الأنسان فحسب، بل أيضاً في تعزيز مبادئ المحاسبة والمساءلة في مرحلة انتقالية لأغلاق صفحة الماضي ، والبدء بمرحلة بناء بأسس جديدة [٤].

تشكل المساءلة عنصراً أساسياً من عناصر رد الاعتبار لضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الأنسان في الماضي وعاملا رئيساً يضمن قيام نظام منصف تحقق فيه عدالة نزيهة ، ومن ثم تحقيق الوفاق والاستقرار داخل الدولة [٥].

يتم تطبيق مبادئ وأسس المساءلة عن طريق المحاكمات بواسطة الجهاز القضائي الوطني أو المحاكم الجنائية المختلطة الدولية والوطنية استنادا الى التشريعات المحلية وباللجوء الى القوانين الدولية في حالة عجز القضاء الوطني تأمين ذلك[٦].

تتطلب العدالة الانتقالية في مرحلة المساءلة الى تأمين استقلال القضاء ونزاهته، وأن يتم التحقيق والمحاكمة وفقاً للإجراءات القانونية ومنع المحاكمات المتعددة لذات الجريمة ، كذلك تأمين الحماية للشهود وحماية الإجراءات الخاصة بالمحاكمة ، وفي هذه الحالات لا تطبق بما يعرف بالتقادم ولا تسقط التهم ضد الجناة وليس مبرراً إطاعة

---

(١) فالح مكوف كاصد، مصدر سابق ص١١٤.

(٢) المصدر نفسه، ص١٤٧.

(٣) المصدر نفسه، ص٢٨.

(٤) د.عمر عبد الحفيظ شنان ، العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٥، ص١١٦.

(٥) د محمد علي سويلم ، العدالة الانتقالية ، ط١، مكتب المصرية ، القاهرة، ٢٠١٩، ص١٠٨.

(٦) د.عمر عبد الحفيظ ، مصدر سابق، ص١١٧.

الأوامر بالنسبة لعسكريين، ولا يتمتع أحد بما فيه رئيس الدولة بالحماية والحصانة من المحاكمة[١].

وبالمقابل، فأن عياب مبدأ المحاكمات من الممكن أن يؤدي الى زعزعة الثقة في الدولة والقانون.

قد ساد تطبيق هذا المبدأ في العديد من الدول على مستوى القضاء الوطني ، فبالنسبة لمصر من ابرز المحاكمات التي شهدتها سوح القضاء فيه تطبيقا لمبادئ العدالة الانتقالية محاكمة مبارك ونجليه ووزير الداخلية وكبار معاونيه ومحاكمة موقعة الجمل ومحاكمة قتلة الشهداء[٢].

كذلك في العراق انشُأت المحكمة الجنائية العراقية العليا بموجب قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٣ الصادر عن مجلس الحكم الذي أكده أمر سلطة الائتلاف رقم (٤٨) لسنة ٢٠٠٣،وايضاً نظم هذه الهيئة دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ الذي أكد على استمرارها بالعمل في المادة (١٣٤) .

نخلص مما تقدم ، إن الملاحقات القضائية تُعد في ظل العدالة الانتقالية عنصر مهم من عناصر التصدي المتكامل للانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان ، وذلك من اجل معاقبة مرتكبي هذه الانتهاكات ورد الاعتبار للضحايا . [٣] .

ثانياً- مرحلة تعويض المتضررين

أن الحديث عن التعويض يتطلب الأخذ بنظر الاعتبار بالكثير من الانتهاكات التي حصلت في الماضي التي لا يمكن بالضرورة استرجاعها ، مما يعني ذلك أن على الجميع أبداء الموافقة على الوسائل الأخرى التي يمكن بها التعويض عن مظالم الماضي [٤].

ان الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان تترك في ضحاياها وذويهم جرحا بالغا يصعب معالجتها في الكثير من الاحيان الا من خلال اليات العدالة الانتقالية ، ومن اهمها في هذا المقام تعويض الضحايا وجبر ما لحق بهم من اضرار واعادة ما تم سلبه منهم من ممتلكات والغاء الاحكام غير العادلة الجائرة الصادرة بشأنهم وإعادة تأهيلهم وتخليد ذكراهم [٥].

تتمثل عملية التعويض في دفع التعويضات للضحايا وجبر ضررهم ، وهي العملية الاصعب والاطول في منظومة العدالة الانتقالية ، وتنقسم التعويضات الى نوعين، يتمثل النوع الاول بالتعويضات المادية المباشرة ومن امثلتها دفع المال ورد الاعتبار واسترداد الممتلكات المصادرة او المنهوبة وعودة المرحلين قسريا والمهجرين واعادة ممتلكاتهم

---

(١) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.
(٢) فالح مكوف كاصد، مصدر سابق، ص١١٨-١٢٠.
(٣) فالح مكوف كاصد، مصدر سابق، ص٣٨.
(٤) د.عمر عبد الحفيظ شنان ، مصدر سابق، ص١١٧.
(٥) عادل ماجد ، مصر سابق، ص٧٩.

وتقديم الخدمات المجانية كالتعليم والسكن والصحة ، أما النوع الثاني فيتجسد في التعويضات المعنوية كالاعتذار الرسمي واظهار الحقائق وتخليد الذكرى[١] .

من التجارب في هذا الاطار تجربة جنوب افريقيا ، فقد اكد في قانون تعزيز المصالحة والوحدة الوطنية على اعتبار كل الاشخاص الذين تم الاعتراف بهم كضحايا لنظام الفصل العنصري السابق ، ومن ثم اعطى لهم الحق في اصلاح الضرر، ويتم احتساب التعويضات حسب احتاج الفرد وعدد الاشخاص الذي يعولون ، وقد تم تشكيل عدد من المؤسسات ومنها بعثة الحقوق واعادة العقارات ومحكمة المطالبة بالعقارات ووزارة الشؤون العقارية وغيرها من المؤسسات الرسمية التي اخذت على النظر في مطالب الضحايا من اجل استعادة ما فقدوه ابان غترة النظام العنصري السابق [٢] .

وفي التجربة التونسية ، نظم الباب الرابع من قانون العدالة الانتقالية رقم (٥٣) لسنة ٢٠١٣ مسألة جبر الضرر ورد الاعتبار ، إذ خصص الفصل العاشر لتعريف الضحايا، فلم يقتصر على الضحايا بالمفهوم العام أو بوصفهم افرادا متضررين من الانتهاكات الواردة في القانون ، انما شمل هذا التعريف كل منطقة تعرضت للتهميش أو الاقصاء المتعمد [٣] .

وفي التجربة العراقية لمرحلة التعويض أنشأ الدستور جملة من الهيئات ، ومن بينها مؤسسة الشهداء في المادة (١٠٤) [٤]. والغاية من تأسيس هذه المؤسسة هو الايفاء ولو بجزء يسير مقابل للتضحيات التي قدمها الشهداء في سبيل المبادئ الانسانية السامية ، والتخفيف عن عوائلهم الذي الحق بها الاضرار وما تحملوه من مصاعب [٥]. كما اسس قانون أدارة الدولة للمرحلة الانتقالية هيئة دعوى الملكية في المادة (١/٤٩) وأشارت اليها أيضاً المادة (٥٨) من ذات القانون ، ولأهميتها فقد أقر دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٣٦)تأسيس هذه الهيئة واستمرارها بالقيام بمهامها.

يتضح مما تقدم أن لبرامج التعويضات المقدمة للضحايا المفترضين أو ما يسمى عادة بعملية جبر الضرر أدوارا مهمة في أنجاح التجربة الانتقالية التاريخية الصعبة ، ومن ثم فأنه على الدولة الديمقراطية الناشئة أن تلزم نفسها بجدول عمل مبني على العدالة الترميمية ، من خلال تطبيق سياسات إعادة تأهيل الضحايا والتعويض لهم مهما بلغت تكاليفها المادية وانعدمت جدواها السياسية[٦] .

---

(١) د محمد علي سويلم ، مصدر سابق، ص١٤٦.

(٢) محمد كريم جبر ، برامج التعويضات في العدالة الانتقالية ، جنوب افريقيا إنموذجاً ، مجلة الدراسات الافريقية وحوض النيل ، العدد الرابع ، كانون الاول ، ٢٠١٨، ص٢٠٩.

(٣) .يوسف ازروال ، مصدر سابق، ص١٧٤.

(٤) تعمل هذه المؤسسة استنادا الى قانون مؤسسة الشهداء رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦.

(٥) علاء جواد الساعدي ، هيئة دعاوى الملكية عدالة انتقالية سلم اهلي ، ط١ مكتبة النهضة العربية ، بيروت ،٢٠١٧، ص٧٩-٨٠.

(٦) د. عياسة طاهر ود مسعد نذير مصدر سابق، ص٣٩٥.

الخاتمة

١- يمكن اعتبار العدالة الانتقالية بمثابة محاولة لكشف وتسوية حسابات الماضي الدموي للدولة بالاعتماد على قواعد ومؤسسات ومعالجات قانونية وسياسية وحتى اجتماعية وثقافية بهدف استرجاع الحقوق الى ضحايا الانتهاكات وترصين قواعد السلم والمصالحة الوطنية بين اطراف النزاع داخل المجتمع الواحد .

٢- تتحقق العدالة الانتقالية باليات تتوسط بين كشف الانتهاكات السابقة لحقوق الانسان ، وتكريس الضمانات السياسية والقانونية لمنع عودتها .

٣- إن الهدف من إطلاق مسار العدالة الانتقالية هو معالجة الإرث الكبير من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وضمان عدم التكرار. وهي عملية تحتاج إلى بيئة ملائمة تعلي قيم احترام حقوق الإنسان

٤- أن ثقافة المساءلة تحل محل ثقافة الافلات التي سمحت بارتكاب الانتهاكات ، مما يعطي للضحايا احساسا بالأمان ، ويوجه تحذيرا لمن يفكر في ارتكاب انتهاكات في المستقبل ، كما أنها تمنح قدراً من الإنصاف لمعاناة الضحايا ، والمساعدة على منع الميل الى ممارسة العدالة الاهلية

٥- يمكن وصف العدالة الانتقالية بأنها عدالة علاجية جماعية تأسيسية. بمعنى أنها عدالة لعلاج الواقع من أجل التأسيس للبناء الجديد، ووسيلة لتحصين البناء بالوئام والسلام المجتمعي

٦- الملاحظ ان المعالجة الدستورية للعدالة الانتقالية قد مرت بتطورين رئيسين انصرف اتضح الاول منهما بالإشارة الهامشية الى بعض اجراءات العدالة الانتقالية في الاحكام الانتقالية لدساتير الدول التي انهزمت في الحرب العالمية الثانية بعد نهايتها، اما التطور الثاني فظهر في العقد الاخير من القرن العشرين باعتماد منظومة متكاملة من القواعد والمؤسسات والاجراءات في متن الدستور او بالإحالة على قانون يتضمن اغلب تلك القواعد والاجراءات .

المسؤولية المدنية الناشئة عن العنف الاسري في القانون المدني العراقي

الاستاذ الدكتور حسنين ضياء نوري
جامعة ميسان — كلية القانون

الملخص
الخضوع المعنوي أو القانوني في إطار الأسرة قد يكون مصدراً لإلحاق الضرر المادي والمعنوي بالشخص لاستغلاله أو لإرغامه للقيام بعمل أو للامتناع عن عمل فيكون الخضوع غير قانوني فنكون بصدد العنف الاسري ، و يحصل العنف الأسري بحبس أو شتم أو تحقير أو طرد أو تعذيب أو حبس أو تقييد أو اعتداء جنسي أو قتل أو تهديد أو تخويف أو استغلال ينصرف أثره إلى الأشخاص سواء أكان اثره جسدياً أم نفسياً أم مالياً، فقد يؤدي العنف إلى قتل المُعَنف أو إصابته بعاهة مستديمة أو إصابته بجروح ، وربما يؤدي إلى اتلاف أشياء عائدة للمُعَنف، أو يتجسد بأخذ مبالغ نقدية منه او غضب ماله ، أو يكون بإجبار المعنف على تعاقد معين من خلال الترهيب أو التغرير أو الاستغلال ، و في ظل ازدياد حالات العنف الاسري و جسامة الجرائم المرتكبة تحت عنوانه في ظل الغزو الثقافي و المعرفي في اطار ثورة الانترنت ، و عدم وجود تشريع خاص بالعنف الاسري يعالجه من الناحية المدنية فيجب بيان الاحكام الخاصة بحماية المُعنَف اسرياً من الناحية المدنية في نطاق القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ و قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ ، للحفاظ على كيان المجتمع من خلال معالجة قضية العنف الاسري لان الاسرة اساس كيان المجتمع ، و معالجة قضايا العنف الاسري ماليا و معنويا امام القضاء بطريقة ناجحة تضمن حقوق المُعنَف ، و توفير حلول قانونية للقضاء و الابتعاد به عن الاجتهاد الذي قد يكون غير صحيح ، و ضمان الحماية المدنية للمُعنَف ، و سنجد ان موضوع البحث يشدنا للبحث في تعريف الاسرة و العنف الاسري و الخطوط العامة لمشروع قانون مناهضة العنف الاسري العراقي ، و يجرنا موضوعة البحث للتطرق الى المسؤولية المدنية في ظل قانون رعاية القاصرين العراقي لبيان الحماية الاجتماعية و شروط متولي الرعاية في القانون المذكور و سنرى ان هناك قيود ترد على متولي الرعاية في الادارة و التصرف المادي و القانوني باموال الخاضع للرعاية ، و ختاماً لا بد ان نعرج على المسؤولية المدنية في ظل القانون المدني العراقي ابتداءً بالعنف المتجسد بالاكراه او بالتغرير او

بالاستغلال و غيرها من صور الايذاء و مروراً ببيان اساس التعويض الناجم عن العنف الاسري و طريقة التعويض المادي و المعنوي و ختاماً اثبات المسؤولية الناجمة عن العنف الاسري و طريقة دفعها و التضامن فيها و انقضاء دعوى العنف الاسري .

Abstract

Spiritual or legal submission within the family framework can be a source of material or spiritual abuse to a family member. This submission may lead to exploit the member, force him /her to act against his/her will or even forbid him/her doing something. In such situation we may have domestic violence , The domestic violence occurs when detaining , insulting, degrading, firing, torturing , harassing, threatening, frightening or exploiting individuals. The abuse of domestic violence may occur in the form of killing, harming or even causing permanent disability, breaking down possessions, taking money or forcing individuals to contract against their will , Cases of the domestic have increased enormously especially in this age of cultural invasion and the revolution of information technology . The absence of legislation dealing with the domestic violence civilly may rise the need to explain the regulations focusing on protecting the domestic abused individuals. In Iraq this may be explained within the framework of Iraqi Civil Law numbered 40 (1951) and Iraqi Minors' Care Law numbered 78 (1980) , The family is the basis of any society. Therefore, solving the issues of the domestic violence financially and spiritually before the courts is very important to preserve and save this entity , This paper seeks to define the concepts of the family, the domestic violence and the framework of Violence against the Family Law.

المقدمة

التعريف بالبحث :

يخضع الأشخاص إلى أشخاص آخرين بحكم رابطة القرابة فيكون الشخص الخاضع بمركز ضعيف والطرف الآخر بمركز قوي بحكم رابطة القرابة.

فيخضع الشخص معنوياً إلى زوجه او زوجته او أمه او أبيه أو جده او جدته أو أخيه او أخته أو عمه اوعمته أو خاله او خالته سواء أكان الشخص كامل الأهلية أم ناقصها أو محجور عليه. وقد يكون الخضوع قانونياً بحكم الولاية أو الوصاية أو القوامة إذا كان الشخص ناقص الأهلية أو محجور عليه.

فالخضوع المعنوي أو القانوني في إطار الأسرة قد يكون مصدراً لإلحاق الضرر المادي والمعنوي بالشخص لاستغلاله أو لإرغامه للقيام بعمل أو للامتناع عن عمل فيكون الخضوع غير قانوني فنكون بصدد العنف الاسري .

و يحصل العنف الأسري بحبس أو شتم أو تحقير أو طرد أو تعذيب أو حبس أو تقييد أو اعتداء جنسي أو قتل أو تهديد أو تخويف أو استغلال ينصرف أثره إلى الأشخاص سواء أكان اثره جسدياً أم نفسياً أم مالياً ، فقد يؤدي العنف إلى قتل المُعَنف أو إصابته بعاهة مستديمة أو إصابته بجروح ، وربما يؤدي إلى اتلاف أشياء عائدة للمُعَنف، أو يتجسد بأخذ مبالغ نقدية منه او غضب ماله ، أو يكون بإجبار المعنف على تعاقد معين من خلال الترهيب أو التغرير أو الاستغلال.

المشكلة:

بيان الاحكام الخاصة بحماية المُعنَف اسرياً من الناحية المدنية في ظل ازدياد حالات العنف الاسري و جسامة الجرائم المرتكبة تحت عنوانه في ظل الغزو الثقافي و المعرفي في اطار ثورة الانترنت ، و عدم وجود تشريع خاص بالعنف الاسري يعالجه من الناحية المدنية .

الاهمية :

١- الحفاظ على كيان المجتمع من خلال معالجة قضية العنف الاسري لان الاسرة اساس كيان المجتمع .

٢- معالجة قضايا العنف الاسري ماليا و معنويا امام القضاء بطريقة ناجحة تضمن حقوق المُعنَف.

٣- توفير حلول قانونية للقضاء و الابتعاد به عن الاجتهاد الذي قد يكون غير صحيح .

٤- ضمان الحماية المدنية للمُعنَف .

نطاق البحث:

نبحث عن حماية الشخص ازاء ذلك الخضوع غير القانوني مدنياً في إطار قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ الذي وفر حماية للشخص ازاء الخضوع غير القانوني للشخص (ناقص الأهلية أو المحجور) تجاه (متولي الرعاية).

و نبحث أيضاً في حماية الشخص ازاء الخضوع غير القانوني في نطاق القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي وفر حماية للمُعنَف (كامل الأهلية أو ناقصها والمحجور).

هيكلية البحث:

بعد الاطلاع على المراجع ذات الصلة بموضوع البحث و في ضوء المشكلة سنتناول:

مبحث اول تعريفي نتناول فيه تعاريف و موضوعات تشكل اساس للبحث في موضوعتنا كتعريف الاسرة و العنف الاسري و الخطوط العامة لمشروع قانون مناهضة العنف الاسري العراقي .

و نتطرق في المبحث الثاني الى المسؤولية المدنية في ظل قانون رعاية القاصرين العراقي و سنجد انه هناك حماية اجتماعية و شروط لمتولي الرعاية في القانون المذكور

و سنرى ان هناك قيود ترد على متولي الرعاية في الادارة و التصرف المادي و القانوني باموال الخاضع للرعاية .

و نتناول في المبحث الثالث المسؤولية المدنية في ظل القانون المدني العراقي فقد يمارس العنف من خلال الاكراه او التغرير او الاستغلال و غيرها من صور الايذاء و نبين اساس التعويض الناجم عن العنف الاسري و طريقة التعويض المادي و المعنوي و اثبات المسؤولية الناجمة عن العنف الاسري و طريقة دفعها و التضامن فيها و انقضاء دعوى العنف الاسري .

المبحث الاول: مفهوم العنف الاسري

من المسائل الاولية في بحثنا تعاريف و موضوعات تشكل اساس للبحث في موضوعتنا كتعريف الاسرة نتناولها في المطلب الاول و تعريف العنف الاسري في المطلب الثاني و مطلب ثالث نبين فيه العنف الاسري في مشروع قانون مناهضة العنف الاسري.

المطلب الاول: تعريف الأسرة

تعرف الاسرة : ((المؤسسة الاجتماعية التي تنشأ من اقتران رجل و امرأة بعقد شرعي يرمي الى انشاء اللبنة التي تسهم في بناء المجتمع))[١].

و تعرف : ((مجموعة من الأشخاص الذين تجمعهم صلة القرابة سواء أكانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة))[٢].

وفق المادة (٣٨) قانون مدني عراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ [٣].

وتعرف قرابة النسب: ((القرابة التي يكون أساسها وحدة الدم المشترك أي التي تقوم على أساس اشتراك الأشخاص في أصل واحد))[٤]. وفق المادة (٣٩ – ١) قانون مدني عراقي[٥].

وقرابة النسب تكون على صنفين:

قرابة مباشرة وتعرف: ((وهي القرابة القائمة على عامود النسب وهي قرابة الأصول والفروع))[٦]. وفق المادة (٣٩ – ١) قانون مدني عراقي.

---

(١) د . احلام حمود الطيري ، العنف الاسري ، ط١ ،مركز المعلومات و التخطيط ، وزارة الاوقاف ، الكويت ، ٢٠١٥ ، ص ١٣.

(٢) د . عبدالباقي البكري ، د . زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ، جامعة بغداد ، عراق ، ١٩٨٩ ، ص ٢٨٦.

(٣) المادة (38)اسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم اصل مشترك.

(٤) د . عبدالباقي البكري ، د . زهير البشير ، المصدر نفسه ، ص ٢٨٦ . د حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، القسم الثاني ، منشأة المعارف ، مصر ، ص ٥٤١ .

(٥) المادة(٣٩) فقرة(١)القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الاصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين اشخاص يجمعهم اصل مشترك دون ان يكون احدهم فرعاً للآخر.

(٦) د .عبدالباقي البكري، د . زهير البشير، المصدر نفسه، ص ٢٨٦. د حسن كيرة، المصدر نفسه، ص ٥٤١ .

وقرابة الحواشي و تعرف : ((وهي القرابة التي تنشاء بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه والولد وعمه وخاله))[١] وفق المادة (٣٩ – ١) قانون مدني عراقي.

أما قرابة المصاهرة فتعرف: ((القرابة التي تنشأ بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر))[٢] وفق المادة (٣٩ – ٣) قانون مدني عراقي[٣].

فإذن وفق القانون المدني العراقي أسرة الشخص تشمل من يجمعهم بالشخص أما رابطة الدم أو رابطة المصاهرة ومن ثم تشمل (الجد والأب والابن والحفيد) كقرابة مباشرة و(الأخ والعم والخال) كقرابة حواشي و(أهل الزوجة) كقرابة المصاهرة.

وهنا أخذ بالأسرة بمعناها الواسع لتشمل كل أقارب الشخص بغض النظر عن صلة القرابة سواء أكانت نسبية أم مصاهرة.

أما مشروع قانون مناهضة العنف الأسري (نسخة رئاسة الجمهورية) لسنة (٢٠١٩) عرف الأسرة وفق المادة (١) فقرة (ثانياً) بأنها (مجموعة من الأشخاص الطبيعيين وتشمل: أ- الزوج والزوجة/ الزوجات وأبناؤهم وأحفادهم أو أبناء أحد الزوجين من زوج آخر. ب- والد أي من الزوجين. ج- الأخوة والأخوات لكلا الزوجين. د- الشخص المشمول بالوصاية أو القيمومة أو الضم، ومن كان في كنف الأسرة).

أي ان الأسرة تتكون من (الجد والجدة من الأب والأم) و(الأب والأم وزوجة الأب وزوج الأم) و(الأخوة والأخوات الأشقاء وغير الأشقاء) و(الأحفاد من الأب والأم و من زوجة الأب أو زوج الأم) و(متولي الرعاية كالوصي أو القيم أو المتبني) ومن كان مشمول برعاية الأسرة ويعيش معهم.

فمن تم ذكرهم يكونون الأسرة وفق مشروع قانون مناهضة العنف الأسري، ومن ثم تشمل القرابة النسبية والمصاهرة المذكورة في تعريف القانون المدني العراقي للأسرة. وتشمل من يعيش مع العائلة بالتبني أو بحكم رعايته له لأي سببٍ كان ونرى أن تحذف عبارة (الشخص المشمول بالوصاية أو القيمومة) من المادة (١) فقرة (ثانياً) بند (د) لأنها لا محل لها هنا لأننا بصدد تعريف الأسرة والمُعنَف أحد أفراد الأسرة قد يكون في أحد صوره خاضع للوصاية أو القيمومة وبموجبها يخضع للتعنيف فلا داعي لعدّ الشخص المشمول بالوصاية أو القوامة لأننا هنا نكرر ذكر نفس الشخص مرة بعده أحد أفراد الأسرة ومرة أخرى نكرره بعده خاضع للوصاية أو القوامة.

فالأسرة بمعناها العام ((الأشخاص الطبيعيين المرتبطين بواسطة القرابة النسبية أو المصاهرة)) أما وفق مشروع قانون مناهضة العنف الأسري ((الأشخاص الطبيعيين المرتبطين برابطة القرابة النسبية والمصاهرة ومن يعيش معهم ومشمول برعايتهم بحكم التبني وغيره)).

---

(١) د . عبدالباقي البكري ، د . زهير البشير ، المصدر نفسه ، ص ٢٨٧.

(٢) د . عبدالباقي البكري، د . زهير البشير، مصدر سابق ، ص ٢٨٧. د حسن كيرة ، مصدر سابق، ص ٥٤٢ .

(٣) المادة(٣٩) فقرة(٣) و اقارب احد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر.

المطلب الثاني: تعريف العنف الاسري

يعرف العنف : ((استخدام الضبط او القوة استخداماً غير مشروع او غير مطابق للقانون من شأنه التأثير على ارادة فرد ما))[١].

و عرف : ((سلوك عدواني ضد طرف آخر بهدف استغلاله أو إخضاعه))[٢].

و عرف : ((الاعتداء البدني أو النفسي الواقع على الأشخاص والذي يحدث تأثيراً أو ضرراً مادياً أو معنوياً يعاقب عليه القانون))[٣].

فالعنف سلوك أو فعل يجسد العمل العدائي الهادف بعمد إحداث أذى أو ضرر نفسي أو جسدي يصدر عن شخص صاحب قوة أي هيمنة شخص قوي على شخص ضعيف في إطار الأسرة لإلحاق الأذى به على اختلاف صورة (جسدي، نفسي، جنسي، إهمال) والعنف الأسري يزاول تجاه الأطفال أو ضد الزوجة وقد يكون العنف يزاول تجاه الكبار أي تجاه الوالدين[٤].

و تستخدم كلمات مرادفة بالمعنى الانساني و الاجتماعي و النفسي لكلمة (العنف) مثل (العدوان) [٥].

وقد يكون ذلك العنف جماعي أو فردي من حيث من قام به إلى عنف دولة أو عنف أشخاص من حيث صدوره من قبل أشخاص أم الدولة[٦].

وعلى صعيد الأسرة ينصب ذلك العنف بالأساس على الأطفال أو المرأة[٧].

وقد يكون سبب العنف[٨]:

١- الفشل المتكرر والإحباط. ٢- إثبات الذات وإظهار الرجولة. ٣- الانتقام. ٤- البيئة الاجتماعية التي تشجع على العنف. ٥- وسائل الإعلام وما تبثه من برامج تشجع العنف. ٦- الأفكار الدينية الشاذة التي تشجع على قتل الآخر أو تعنيفه. ٧- انتشار المخدرات والمسكرات. ٨- العادات والتقاليد والأعراف غير الصحيحة.

عرفت منظمة الصحة العالمية العنف الاسري (كل سلوك يصدر في اطار علاقة حميمة و يسبب اضراراً او الاماً جسمية او نفسية او جنسية لاطراف تلك العلاقة)[٩].

---

(١) د . نهى عدنان القاطرجي ، العنف الاسري ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الاسلامي ، الشارقة ، ٢٠٠٩ ، ص ٤ .

(٢) ناصر الدين محمد الشاعر ، العنف العائلي ضد المرأة ، مجلة النجاح للأبحاث ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، العدد ٢ ، المجلد ١٣ ، ٢٠٠٣ ، ص٣٣٦.

(٣) د.نهى عدنان القاطرجي ، العنف الاسري ، المصدر نفسه ، ص ٦ .عبد الناصر السويطي ، (العنف الاسري الموجه نحو الابناء) ، مجلة جامعة الازهر ، فلسطين ، العدد ١ ، المجلد ١٤ ، ص٢٨٣.

(٤) عبد الناصر السويطي ، المصدر نفسه ، ص٢٨٣.

(٥) د . نهى عدنان القاطرجي ، المصدر نفسه ، ص ٤ .

(٦) ناصر الدين محمد الشاعر ، المصدر نفسه ، ص٣٣٦.

(٧) ناصر الدين محمد الشاعر ، المصدر نفسه ، ص٣٣٦.

(٨) د . نهى عدنان القاطرجي ، المصدر نفسه ، ص٣٠ و ما بعدها . د . احلام حمود الطيري ، مصدر سابق ، ص ٢١ و ما بعدها . ناصر الدين محمد الشاعر ، المصدر نفسه ، ص٣٣٧ – ٣٣٨.

(٩) د . نهى عدنان القاطرجي ، المصدر نفسه ، ص ٥ .

و عرف (الافعال التي يقوم بها احد اعضاء الاسرة و تلحق ضرراً مادياً او معنوياً او كليهما باحد افراد الاسرة)[١].

وعرف مشروع قانون مناهضة العنف الأسري (نسخة رئاسة الجمهورية)في المادة (١) فقرة (أولاً) العنف الأسري ((كل فعل أو امتناع عن فعل أو التهديد بأي منهما، يرتكب داخل الأسرة، يترتب عليه ضرر مادي أو معنوي)).

من التعاريف المذكورة نجد أن العنف الأسري: ١- سلوك عدواني يتجسد بفعل أو امتناع عن فعل أو التهديد. ٢- يصدر من شخص قوي ازاء شخص آخر ضعيف بحكم وجود الأسرة. ٣- ينتج عنه ضرراً قد يكون مادياً أم معنوياً. ٤- هدفه استغلال أو إخضاع شخص آخر . ٥- العنف يحدث في كنف الأسرة بعدها حاضنة يأمن بها الشخص وتحاط بإطار من السرية ويتواجد فيها سلطات ونفوذ لأشخاص ازاء آخرين.

و العنف قد يكون نفسياً و الذي ينصب على العواطف و الاحاسيس او جسدياً و الذي يصيب الجسد او جنسياً و الذي قد يكون تحرشاً او بالشتم بالفاظ جارحة او الاجبار على ممارسة الجنس[٢].

مما ذكرناه يمكن ان نعرف العنف الأسري: ((كل فعل أو امتناع مادي أو معنوي مخالف للقانون يرتكب في إطار الأسرة ازاء شخص بهدف الإضرار به مادياً أو معنوياً لاستغلاله أو لإرغامه)).

نستنتج من ذلك التعريف: ١- العنف فعل أو امتناع عن فعل يصدر عن شخص. ٢- العنف قد يكون مادياً أو معنوياً. ٣- الفعل أو الامتناع مخالف للقانون. ٤- العنف يزاول في إطار الأسرة. ٥- العنف يزاول ازاء شخص مركزه ضعيف من قبل شخص مركزه قوي ناجم عن القواعد الحاكمة للأسرة. ٦- العنف يزاول لأجل الإضرار مادياً أو معنوياً بالمُعنف. ٧- غاية العنف استغلال المُعنف أو إرغامه.

المطلب الثالث: العنف الاسري في مشروع قانون مناهضة العنف الاسري

يهدف مشروع قانون مناهضة العنف الاسري (نسخة رئاسة الجمهورية)الى حماية الاسرة و خصوصاً النساء والفتيات من العنف الاسري و الوقاية منه و معالجة اضراره والتعويض عنه و محاسبة مرتكبيه وفق المادة (٢) منه [٣].

وفق مشروع قانون مناهضة العنف الاسري (نسخة رئاسة الجمهورية)تشكل لجنة عليا لمناهضة العنف الاسري برئاسة وزير العمل و الشؤون الاجتماعية و عضوية قاضي و ممثل بدرجة مدير عام من كل وزارة ذات صلة بالعنف الاسري و ممثل عن الامانة العامة لمجلس الوزراء و ممثل عن المفوضية العليا لحقوق الانسان و ممثل عن حكومة إقليم كردستان و ممثلين إثنين عن منظمات المجتمع المدني و يكون مدير مديرية

---

(١) د . احلام حمود الطيري ، المصدر نفسه ، ص ١٤ .

(٢) د . نهى عدنان القاطرجي ، مصدر سابق ، ص ٦ ، ٧ .

(٣) المادة (٢) يهدف هذا القانون الى حماية الاسرة، وعلى وجه الخصوص النساء والفتيات من كافة اشكال العنف المبني على النوع الاجتماعي، والحد من انتشاره والوقاية منه، ومعاقبة مرتكبيه، والتعويض عن الضرر الناتج عنه، وتوفير الحماية للضحايا، وتقديم الرعاية اللازمة لهم وتأهيلهم، وتحقيق المصالحة الاسرية.

حماية الاسرة مقرراً للجنة و تكون قرارات اللجنة العليا ملزمة للجهات كافة وفق المادة (٣) و (٤) من القانون المذكور [١].

و تتولى لجنة مناهضة العنف الاسري بمهام و منها رسم السياسات الوطنية الشاملة التي تتضمن التدابير المناسبة للوقاية من اشكال العنف الاسري كافة تبني برامج وحملات توعية لمناهضة جميع اشكال العنف الاسري، وانعكاساته على المجتمع وضرورة الوقاية منه الموافقة على اعتماد الآليات الضرورية والمناسبة لحماية ضحايا العنف الاسري بالتنسيق مع الوزارات والجهات ذات العلاقة وفق المادة (٦) من القانون المذكور [٢].

وفق مشروع قانون مناهضة العنف الاسري (نسخة رئاسة الجمهورية)يتم تشكيل مديرية حماية الاسرة في وزارة الداخلية برئاسة موظف بدرجة مدير عام في بغداد تقوم بالبحث والتحقيق في شكاوى العنف الاسري وعرضها على القاضي المختص وفق المواد (٧) و (٨) و (٩) من القانون المذكور[٣] .

وفق مشروع قانون مناهضة العنف الاسري (نسخة رئاسة الجمهورية)يشكل مجلس القضاء الاعلى محكمة مختصة في المناطق الاستئنافية للتحقيق في قضايا العنف الاسري و لكل من تعرض للعنف الاسري أو من ينوب عنه قانوناً التقدم بشكوى الى قاضي التحقيق المختص او الادعاء العام او مديرية حماية الاسرة او المفوضية العليا لحقوق

---

(١)المادة (٣) يشكل مجلس الوزراء لجنة عليا تسمى اللجنة العليا لمناهضة العنف الاسري (يرأسها وزير العمل والشؤون الاجتماعية ويكون وكيل وزارة الداخلية نائباً له وعضوية كل من:أولاً :قاضٍ يرشحه مجلس القضاء الاعلى. ثانياً -ممثل عن الوزارات والجهات التالية، لا تقل وظيفة أي منهم عن مدير عام: أ -وزارة الخارجية. ب -وزارة المالية. ج -وزارة العدل. د -وزارة التخطيط . هـ - وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. و -وزارة التربية. ز -وزارة الصحة. ح -وزارة الثقافة والسياحة والاثار. ط -الامانة العامة لمجلس الوزراء. ي -المفوضية العليا لحقوق الانسان. ك -ممثل عن حكومة إقليم كردستان. ثالثاً-ممثلين إثنين عن منظمات المجتمع المدني تختارهما اللجنة كل سنتين لمرة واحدة. رابعاً -يكون مدير مديرية حماية الاسرة مقرراً للجنة. المادة (٤) تكون قرارات اللجنة العليا ملزمة للجهات كافة.

(٢)المادة (٦)تتولى اللجنة القيام بالمهام الآتية: اولاً -رسم السياسات الوطنية الشاملة التي تتضمن التدابير المناسبة للوقاية من اشكال العنف الاسري كافة. ثانياً -تبني برامج وحملات توعية لمناهضة جميع اشكال العنف الاسري، وانعكاساته على المجتمع وضرورة الوقاية منه. ثالثاً -المصادقة على الخطط والبرامج والدراسات والمسوحات الميدانية التي تقترحها مديرية حماية الاسرة. رابعاً -الموافقة على اعتماد الآليات الضرورية والمناسبة لحماية ضحايا العنف الاسري بالتنسيق مع الوزارات والجهات ذات العلاقة. خامساً -اعداد التقارير الخاصة بالعنف الاسري في جمهورية العراق. سادساً -تبادل الخبرات والتنسيق والتعاون مع الجهات المختصة على الصعيدين الاقليمي والدولي. سابعاً -اعداد البرامج والخطط لبناء قدرات العاملين، ومقدمي الخدمات في مجال العنف الاسري بالتعاون والتنسيق مع منظمات المجتمع المدني.

(٣)المادة (٧)أولاً :تشكل في وزارة الداخلية دائرة تسمى(مديرية حماية الاسرة)، تتولى تنفيذ المهام المنصوص عليها في هذا القانون، يرأسها موظف بدرجة مدير عام، وله خبرة في مجال شؤون الاسرة لمدة لا تقل عن خمس سنوات. ثانياً -يكون مقر المديرية في بغداد، ولها فتح فروع في بغداد والمحافظات كافة. المادة (٨) أولاً - تتولى المديرية مهمة البحث والتحقيق في شكاوى العنف الاسري وعرضها على القاضي المختص. ثانياً -على القائم بالتحقيق في المديرية عند ورود بلاغ يتضمن خرقاً لقرار حماية نافذ عرض الحالة على القاضي المختص لغرض اتخاذ الاجراءات القانونية . المادة (٩) تنظم تشكيلات المديرية ومهامها واختصاصاتها، بتعليمات يصدرها وزير الداخلية وتكون الاولوية لتمثيل المرأة في هيكلها الاداري.

الانسان و لا تخضع الشكاوى في قضايا العنف الاسري للاختصاص المكاني و للمحكمة أن تقرر، سرية الجلسات، بناءً على طلب أحد الطرفين، أو كلا طرفي الدعوى، أو بناء على طلب الادعاء العام، أو إذا ارتأت المحكمة ذلك و على المحكمة اصدار قرار الحماية خلال (24) أربع وعشرين ساعة ولمدة لا تزيد على (30) ثلاثين يوماً قابلة للتجديد وفقاً لأحكام هذا القانون و يجوز الطعن بقرار المحكمة أمام محكمة الجنايات المختصة، بصفتها التمييزية خلال (7) سبعة أيام من تأريخ تبليغه بالقرار وفق المواد (١٠) و (١١) و (١٣) و (١٤) و (١٥) من القانون المذكور[١].

و للقاضي احالة القاضي أطراف الشكوى إلى البحث الاجتماعي لإصلاح ذات البين وله الاستعانة بمحكمين من طرفي الشكوى لاجل ذلك و اذا تم الصلح يتم ايقاف الاجراءات القانونية و للمحكمة الحكم بالتعويض بناءً على طلب المتضرر، أو من يمثله قانوناً وفق المواد (١٩) و (٢٣) من القانون المذكور[٢] .

و وفق بيان مجلس القضاء الاعلى رقم (٩) لسنة ٢٠٢١ تم تشكيل محكمة تحقيق و محكمة جنح متخصصة بالنظر بقضايا العنف الاسري اضافة الى اعمالها يكون مقرها في مركز كل منطقة استئنافية [٣].

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية في إطار قانون رعاية القاصرين

يهدف قانون رعاية القاصرين إلى حماية القاصر الخاضع للرعاية اجتماعياً وثقافياً ومالياً في المادة (١) منه (يهدف القانون الى رعاية الصغار ممن في حكمهم والعناية بشؤونهم الاجتماعية والثقافية والمالية .....) ، فيوفر الحماية إلى القاصر اي (ناقص الأهلية والجنين والمحجور والغائب والمفقود) المادة (٣) من القانون المذكور اولاً – يسري هذا القانون على– : أ – الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج باذن من المحكمة كامل الاهلية. ب – الجنين .جـ – المحجور الذي تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها. د – الغائب والمفقود

---

(١)المادة (١٠) يشكل مجلس القضاء الاعلى محكمة مختصة، أو أكثر في المناطق الاستئنافية للتحقيق في قضايا العنف الاسري. المادة(١١) لكل من تعرض للعنف الاسري، أو من ينوب عنه قانوناً التقدم بشكوى الى أي من: أولاً -قاضي التحقيق المختص. ثانياً-الادعاء العام. ثالثاً-مديرية حماية الاسرة. رابعاً-المفوضية العليا لحقوق الانسان. المادة(١٣) لا تخضع الشكاوى في قضايا العنف الاسري للاختصاص المكاني. المادة(١٤) للمحكمة أن تقرر، سرية الجلسات، بناءً على طلب أحد الطرفين، أو كلا طرفي الدعوى، أو بناء على طلب الادعاء العام، أو إذا ارتأت المحكمة ذلك. المادة(١٥) أولاً -لمن تعرض للعنف الاسري، أو من ينوب عنه قانوناً، تقديم طلب الى القاضي المختص لغرض إصدار قرار الحماية وايداعه في المركز الآمن. ثانياً-على المحكمة اصدار قرار الحماية خلال (24) أربع وعشرين ساعة ولمدة لا تزيد على (30) ثلاثين يوماً قابلة للتجديد وفقاً لأحكام هذا القانون. ثالثاً -يجوز الطعن بقرار المحكمة أمام محكمة الجنايات المختصة، بصفتها التمييزية خلال (7) سبعة أيام من تأريخ تبليغه بالقرار.

(٢)المادة (١٩) أولاً :يحيل القاضي أطراف الشكوى إلى البحث الاجتماعي لإصلاح ذات البين، وله الاستعانة بمحكمين من طرفي الشكوى للغرض المذكور. ثانياً -إيقاف الاجراءات القانونية المتخذة بحق المشكو منه إذا حصل الصلح والتراضي بينه وبين الضحية. المادة(٢٣) للمحكمة الحكم بالتعويض بناءً على طلب المتضرر، أو من يمثله قانوناً.

(٣) الوقائع العراقية عدد ٤٦١٣ – ٢٥ / ١ / ٢٠٢١ .

.ثانياً – يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها والغائب والمفقود، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك.

و يرتبط موضوع بحثنا بـ(ناقص الأهلية والمحجور) بخلاف (الجنين، الغائب، المفقود) لعدم تصور وقوع العنف عليهم [١].

---

(١) للانسان اهلية وجوب و اهلية اداء تعرف اهلية الوجوب (صلاحية الانسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه) و هي ترافق شخصية الانسان منذ و لادته حياً و تثبت للشخص المعنوي و للشخص الطبيعي غير كامل الاهلية او المحجور ، تعرف اهلية الاداء (صلاحية الشخص لاستعمال الحق) و تثبت للشخص كامل الاهلية و الذي يستطيع ابرام عقود (الاغتناء ، الادارة ، التصرف ، التبرع) بينما من يتمتع باهلية الوجوب توجد شروط لابرامه تلك العقود . د . عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٨٣ و ما بعدها . مناط اهلية الاداء الادراك او التمييز بكمالها تكتمل اهلية الشخص و بخلافه قد يكون الشخص منعدم الاهلية او ناقصها وفق مقدار الادراك و التمييز فالجنين له اهلية وجوب ناقصة و منعدم اهلية الاداء ، و الصغير غير المميز يكون في مرحلة عمرية تمتد من حين الولادة الى بلوغ السابعة من العمر و يعد فاقد الادراك و التمييز و معدوم الاهلية و له اهلية وجوب. د . عبد الفتاح عبدالباقي ، نظرية العقد و الارادة المنفردة ، الكتاب الاول ، مصر ، ١٩٨٤ ، ص ٢٤٩ ، ٢٥٠ . من ثم تصرفات الصغير غير المميز باطلة واشارت لذلك المادة (٩٦) من القانون المدني العراقي تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن له وليه. و الصغير المميز يكون في مرحلة عمرية تمتد من بلوغ سن السابعة الى بلوغه سن الرشد و يعد ناقص الادراك و التمييز و ناقص الاهلية . و يكون الشخص كامل الاهلية عندما يكتمل ادراكه و تمييزه و يبلغ سن الرشد د . سمير عبدالسيد تناغو ، مصادر الالتزام ، ط١ ، مطبعة الوفاء القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٠ ، ٣١ . و من ثم تصرفات الصغير المميز تتم بشروط واشارت لذلك القانون المدني العراقي المادة (٩٧) فقرة (١) يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفعاً محضاً وان لم يأذن به الولي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او اجازه اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء. فقرة (٢) وسن التمييز سبع سنوات كاملة . عند كمال اهلية الشخص تنتهي الولاية و الوصاية عليه ، اما الغير المميز فتوجد شروط على مزاولته لاعمال الافتقار او الاغتناء او الدائرة بين الانتفاع و الاغتناء و يكون له ولي او وصي لتسيير اموره ، اما غير المميز فاعماله باطلة و يعين له ولي او وصي لتسيير اموره ، و الجنين فيعين له ولي او وصي لتسيير اموره د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات ، الكتاب الاول ، نظرية العقد ، مطبعة نوري ، مصر ، ١٩٤٣ ، ص ١٣٠ و ما بعدها . سن الرشد وفق القانون المدني العراقي ثمانية عشر سنة المادة (١٠٦) . المحجور عليه من اصيب بجنون او عته او سفه او ذو غفلة ، فالمجنون (من فقد عقله و انعدم تمييزه) فهو عديم الاهلية و حكمه حكم الصغير المميز ، و المعتوه (من ضعفت قواه العقلية فكان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير) فهو عديم الاهلية و حكمه حكم الصغير المميز ، و السفيه (الذي يبذر امواله فيما لا مصلحة له فيه و على غير مقتضى العقل و الشرع) فهو ناقص الادراك و التمميز و حكمه حكم المميز ، و ذوالغفلة (الذي لا يهتدي عادة الى التصرفات الرابحة و لا يميزها عن التصرفات الخاسرة فيغبن في المعاملات لسذاجته و سلامة نيته) فهو ناقص الادراك و التمميز و حكمه حكم المميز . د . عبد المجيد الحكيم ، د . عبدالباقي البكري ، د . محمد طه البشير ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، العراق ، ص ٧٢ . د حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٥٩٩ ، ٦٠٤ ، ٦١٠ . و اشار لذلك القانون المدني العراقي المادة (٩٤)الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم. و المادة(٩٥) تحجر المحكمة على السفيه وذوي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة. و من ثم يعين ولي او وصي للمحجور اذا كان دون سن الثامنة عشر و يعين له قيم اذا كان فوق سن الثامنة عشر . واشار لذلك القانون المدني العراقي المادة (١٠٧) المعتوه هو في حكم الصغير المميز. المادة (١٠٨) المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز اما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة افاقته كتصرفات العاقل. المادة (١٠٩) فقرة (١) السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، ولكن ولي السفيه المحكمة او وصيها فقط وليس لأبيه وجده و وصيهما حق الولاية عليه، اما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور الا اذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعاً للحجر.فقرة (٢) تصح

فتشرف وتراقب دائرة رعاية القاصرين متولي رعاية القاصر الخاضع للرعاية وأداء مهامه بما يحقق مصلحة القاصر وفق أحكام ذلك القانون المادة (٢) فقرة (رابعاً) من القانون المذكور.

و تعتمد دائرة رعاية القاصرين معالجة شؤون القاصر الاجتماعية وفق مناهج علمية المادة (٢) فقرة (خامساً) من القانون المذكور.

و تحافظ دائرة رعاية القاصرين على أموال القاصر من خلال تنظيم استثمارها وإدارتها والتصرف فيها بما يحقق مصلحة القاصر الخاضع للرعاية المادة (٢) فقرة (سادساً) من القانون المذكور.

فإذن يهدف قانون رعاية القاصرين إلى حماية القاصر (ناقص الأهلية، الجنين، المحجور، الغائب، المفقود) الخاضع للرعاية والذي يعنينا في بحثنا (ناقص الأهلية والمحجور) الخاضع للرعاية ويهدف إلى حماية القاصر (الخاضع للرعاية) اجتماعياً ومالياً ازاء من يتولى رعايته وفق قانون رعاية القاصرين[١].

فللبحث في المسؤولية المدنية في ظل قانون رعاية القاصرين العراقي سنجد انه هناك حماية اجتماعية و شروط لمتولي الرعاية في القانون المذكور نتناولها في المطلب الاول و سنرى ان هناك قيود ترد على متولي الرعاية في الادارة و التصرف المادي و القانوني باموال الخاضع للرعاية نتناولها في المطلب الثاني .

المطلب الاول: حماية القاصر (الخاضع للرعاية) اجتماعياً

لبيان حماية القاصر (الخاضع للرعاية) اجتماعياً لابد ان نوضح الحماية الاجتماعية المتمثلة بالبحث الاجتماعي لاوضاع الخاضع للرعاية في الفرع الاول و نتطرق لشروط متولي الرعاية لضمان اداء صحيح لمتولي الرعاية نتناولها في الفرع الثاني.

الفرع الاول: البحث الاجتماعي

لحماية الشخص من العنف الأسري تقوم دائرة رعاية القاصرين من خلال موظفيها بـ(البحث الاجتماعي) وهي عملية جمع معلومات عن القاصر الخاضع للرعاية خاصة ببيئته الاجتماعية وروابطه الأسرية وللتأكد من أداء المكلف برعاية القاصر من أداء مهامه بصورة صحيحة وفق القانون المادة (١٣) من القانون المذكور.

وصايا السفيه بثلث ماله. (٣) واذا اكتسب السفيه المحجور رشداً فكت المحكمة حجره. المادة (١١٠) ذو الغفلة حكمه حكم السفيه.

(١) مادة(٢) يقوم القانون على الاسس الآتية– : اولاً – شمول مها دائرة رعاية القاصرين وتشكيلاتها كافة شؤون القاصرين ومن في حكمهم اضافة الى الجوانب المالية. ثانياً – ايجاد صيغ متطورة للتعاون بين المحاكم المختصة وبين دائرة رعاية القاصرين وتشكيلاتها بما يحقق اهداف هذا القانون. ثالثاً – ايجاد تشكيلات متخصصة تناط بها المهام الجديدة لدائرة رعاية القاصرين. رابعاً – تمكين دائرة رعاية القاصرين وتشكيلاتها من الرقابة والاشراف على من يتولى رعاية شؤون القاصر والقيام مقامه عند عدم وجوده بما يحقق مصلحة القاصر في ضوء اهداف هذا القانون. خامساً – اعتماد البحث الاجتماعي لمعالجة شؤون القاصرين الحياتية وفق منهج علمي..... سادساً – المحافظة على اموال القاصرين واستثمارها بما يحقق منافع اكثر لهم ويتلاءم مع خطة التنمية القومية.

ويقوم بعملية (البحث الاجتماعي) موظف من مديرية رعاية القاصرين يطلق عليه (الباحث الاجتماعي) حيث يقوم بزيارات ميدانية للاطلاع على وضع القاصر (بدنياً وصحياً ونفسياً) والمشاكل التي يعانيها وفق الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالقاصر والتشاور مع أسرته لتحسين وضعه ولحل مشاكله وقد يوصي بمنحه المعونة اللازمة للقاصر المادة (١٥) من القانون المذكور للتأكد من عدم تعرض القاصر للاستغلال أو الإخضاع.

يعد (الباحث الاجتماعي) تقريراً عن أوضاع القاصر الاجتماعية والمالية التي تدار من قبل مديرية رعاية القاصرين أو التي تشرف المديرية على الولي أو الوصي او القيم الذي يدير أموال القاصر المادة (١٦) فقرة (أولاً) من القانون المذكور للتأكد من ان متولي الرعاية لم يقم بفعل أو امتناع عنه ضد القاصر يؤدي الإضرار به.

ويلزم متولي الرعاية بالالتزام بتعليمات وإرشادات البحث العلمي وإذا كرر المكلف بالرعاية المخالفة فلمديرية رعاية القاصرين ان تتخذ بشأنه الإجراءات اللازمة وفق القانون المادة (١٧) من القانون المذكور.

فإذا تعرض القاصر للعنف مادياً أو معنوياً من متولي الرعاية فيمنع عنه و بخلافه تتخذ بحقه الإجراءات وفق القانون.

وخوّل القانون مديرية رعاية القاصرين تحريك الدعوى الجزائية ضد متولي الرعاية إذا أساء معاملة القاصر أو عرضه للخطر بل للمديرية ندب أحد موظفيها للدفاع عن القاصر المادة (١٨ و١٩) من القانون المذكور[١].

---

(١) مادة(13) البحث الاجتماعي لأغراض هذا القانون هو جمع المعلومات عن القاصر وبيئته وعلاقته بأسرته والتحقيق عن مدى قيام المكلف برعاية القاصر بالواجبات الملزم بها قانوناً. مادة(١٥) على الباحث الاجتماعي القيام بما يلي– : اولاً – زيارات ميدانية لبحث طبيعة واسباب مشاكل القاصر آخذاً بنظر الاعتبار العوامل الاجتماعية والاقتصادية والاوضاع البدنية والصحية والنفسية وغيرها. ثانياً – التشاور مع افراد الاسرة والتعاون معهم للتغلب على مشاكل القاصر. ثالثاً – تشجيع اسرة القاصر على تطوير تكيفه الاجتماعي وانماء شخصيته في ضوء اهداف هذا القانون. رابعاً – الايصاء بتقديم المعونة اللازمة للقاصر وفق المادة (25) من هذا القانون عند المقتضى. مادة(١٦) اولاً – ينظم الباحث الاجتماعي تقريراً عن كل قاصر تدير مديرية رعاية القاصرين امواله او تشرف على وليه او وصيه. ثانياً – يتناول التقرير ما يلي– : أ – هوية القاصر ومحل اقامته والمحيطين به من افراد اسرته وغيرهم، ومستواهم الاقتصادي والاجتماعي والثقافي. ب – وضع القاصر الصحي. جـ – وضع القاصر الاجتماعي. د – وضع القاصر الدراسي والتربوي. هـ – علاقة القاصر بالمكلف برعايته او بالوصي او بالحاضن. ثالثاً – على الباحث الاجتماعي متابعة القاصر على الوجه المبين في الفقرة(ثانياً) من هذه المادة بصورة دورية وكلما دعت الحاجة. مادة (١٧) اولاً – على المكلف برعاية القاصر الاستجابة لتعليمات وارشادات البحث الاجتماعي التي تبلغ اليه بواسطة مكتب الرعاية. ثانياً – عند تكرر مخالفة المكلف برعاية القاصر التعليمات والارشادات الصادرة اليه يرفع مكتب الرعاية التوصية الى مديرية رعاية القاصرين لاتخاذ ما يلزم بحقه وفقاً للقانون. مادة(١٨) لمديرية رعاية القاصرين طلب تحريك الدعوى الجزائية ضد المكلف برعاية القاصر اذا اساء معاملته وعرضه للخطر وذلك بناء على توصية البحث الاجتماعي، والاشعار الى الادعاء العام لمتابعة ذلك. مادة (١٩) لمديرية رعاية القاصرين ان تندب احد موظفيها للدفاع عن الصغير امام محاكم الاحداث وفق المادة (23) من قانون الاحداث.

فإذا تعرض القاصر للعنف من متولي الرعاية فللمديرية تحريك الدعوى الجزائية ازاءه أو ندب أحد موظفيها للدفاع عن القاصر لدفع الضرر والمطالبة بالتعويض المادي والمعنوي وفق أحكام المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: شروط متولي الرعاية

حدد قانون رعاية القاصرين محددات لاختيار الوصي والولي و القيم و لأداء مهامه وعزله حماية للمُعنَف من إساءة تصرف او ادارة او رعاية متولي الرعاية .

فأشار القانون إلى ان ولي الصغير أبوه ثم المحكمة ولا يجوز للوصي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا كان أهلاً لمباشرة ذلك الحق المادة (٢٨) من القانون المذكو، وتنتهي الولاية على ناقص الأهلية ببلوغه سن الرشد المادة (٣١) من القانون المذكور ، وللمحكمة عزل متولي الرعاية إذا ثبت سوء تصرفه في رعاية الصغير أو إدارة أمواله أو التصرف فيها المادة (٣٢) من القانون المذكور ، تتوقف الولاية قضائياً عند غيبة الولي أو الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على سنة واحدة المادة (٣٣) من القانون المذكور.

ومن ثم تلكم شروط تقيد وقوع العنف على الشخص (ناقص الأهلية والمحجور) فعندما يسيء متولي الرعاية العناية بالقاصر أو ارتكب فعل أو امتناع لإرغام الشخص على القيام بفعل أو الامتناع عنه أو الإضرار به فهنا تتدخل مديرية رعاية القاصرين لعزل الولي وتنصيب غيره ولمقاضاته جنائياً أمام المحكمة المختصة والمطالبة بالتعويض المادي والمعنوي عن الفعل الضار وحدد قانون رعاية القاصرين شروط اختيار الوصي وكيفية أداء مهامه وطريقة عزله:

فالوصي هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين، ومن ثم من تنصبه المحكمة بشرط أن تقدم الأم على غيرها فإن لم يوجد أي منهما فالولاية لمديرية رعاية القاصرين وذلك وفق المادة (٣٤) من القانون المذكور.

ويشترط في الوصي كمال الأهلية وأن لا يكون محكوم عليه بجريمة مخلة بالآداب والشرف أو الماسة بالنزاهة أو من كان مشهوراً بسوء السيرة أو أن لا تكون له وسيلة عيش مشروعة أو أن توجد بينه أو أحد أصوله وفروعه أو زوجته وبين القاصر أو عائلته نزاع قضائي قد يفسد بمصلحة القاصر المادة (٣٥) من القانون المذكور ، وإذا أصبح الوصي غير مؤهلاً للوصاية فيتم عزله وفق المادة (٣٨) من القانون المذكور ، وتنتهي الوصاية بكمال أهلية القاصر الخاضع للرعاية أو استرداد الأب لولايته أو استقالة أو عزل الوصي أو فقده للأهلية أو ثبوت عيشه أو موته أو موت الصغير المادة (٣٩) من القانون المذكور[١] .

---

(١) مادة(٢٨) لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا كان اهلاً لمباشرة هذا الحق في ماله. مادة مادة (٣١)تنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه السن استمرار الولاية عليه. مادة (٣٢) للمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه. مادة (٣٣)تقرر المحكمة ايقاف الولاية متى اعتبرت الولي غائباً او كان قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على سنة. مادة (٣٤)الوصي هو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ثم من تنصبه المحكمة، على ان تقدم

وتشكل في كل مديرية لرعاية القاصرين لجنة لمحاسبة متولي الرعاية بأمر من المدير العام لدائرة رعاية القاصرين برئاسة مدير القاصرين وعضوين أحدهما محاسب ويعين عضو احتياط ليحل محل العضو الغائب وذلك وفق المادة (٦٥) من القانون المذكور[١].

فإذا أساء الوصي رعاية القاصر الخاضع للرعاية بإيذائه مادياً أو معنوياً للإضرار به فهنا تتمكن مديرية رعاية القاصرين من عزله لإساءته لأداء مهامه وتستطيع مقاضاته والمطالبة بالتعويض المادي والمعنوي وفق أحكام المسؤولية التقصيرية ، وكذلك فان تحديد شروط الولاية والوصاية و القوامة تعد كمانع من حصول العنف ازاء القاصر الخاضع للرعاية .

المطلب الثاني: حماية القاصر الخاضع للرعاية مالياً

لاكمال بيان المسؤولية المدنية في ظل قانون رعاية القاصرين العراقي لا بد ان نبين القيود التي ترد على متولي الرعاية في ادارة اموال القاصر في الفرع الاول و القيود الواردة على متولي الرعاية في التصرف المادي و القانوني باموال الخاضع للرعاية و نتناولها في الفرع الثاني .

الفرع الاول: أحكام إدارة أموال القاصر الخاضع للرعاية

تقوم دائرة رعاية القاصرين بتحديد عقارات ومنقولات القاصر الخاضع للرعاية لضمان إشرافها على متولي الرعاية ومحاسبتهم بصدد أعمال الإدارة وفق تعليمات مجلس رعاية القاصرين وإذا لم يوجد ولي أو وصي أو قيم تقوم دائرة رعاية القاصرين بذلك الدور المادة (٤٠) من قانون رعاية القاصرين ويبذل متولي الرعاية في أعمال الإدارة المعتادة عناية الوكيل المأجور وفق أحكام القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وذلك وفق المادة (٤١) من قانون رعاية القاصرين[٢].

الام على غيرها وفق مصلحة الصغير فان لم يوجد احد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً. مادة (٣٥)يشترط في الوصي ان يكون عاقلاً بالغاً ذا أهلية كاملة قادراً على ممارسة شؤون الوصاية ولا يجوز بوجه خاص ان يعين وصياً– : اولاً – المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب والشرف او الماسة بالنزاهة. ثانياً – من كان مشهوراً بسوء السيرة او من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش. ثالثاً – من كان بينه او احد اصوله او فروعه او زوجته وبين القاصر نزاع قضائي او من كان بينه وبين القاصر او بين عائلته خصومة اذا كان يخشى على مصلحة القاصر منها. مادة (٣٨) يعزل الوصي في الحالات التالية– : اولاً – اذا لم يعد اهلاً لممارسة شؤون الوصاية وفقاً لأحكام هذا القانون. ثانياً – اذا اوصت لجنة المحاسبة في مديرية رعاية القاصرين بعزله وفقاً للفقرة(رابعاً)من المادة 68 من هذا القانون .مادة(٣٩)تنتهي مهمة الوصي في الحالات الآتية– : اولاً – بلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذا السن استمرار الوصاية عليه. ثانياً – استرداد الاب ولايته. ثالثاً – عزله او قبول استقالته. رابعاً – فقدان اهليته او ثبوت غيبته. خامساً – موته او موت الصغير.

(١) مادة (٦٥) تشكل في كل مديرية من مديريات رعاية القاصرين لجنة لمحاسبة الاولياء والاوصياء بأمر من المدير العام برئاسة المدير وعضوين احدهما موظف حسابي، كما يعين بأمر من المدير العام عضو احتياط او اكثر ليحل محل العضو الغائب.

(٢) مادة (٤٠) قانون رعاية القاصرين تقوم دائرة رعاية القاصرين بالواجبات الآتية– : اولاً – تثبيت ما لكل قاصر من عقارات ومنقولات خلال مدة القصر سواء عند قيامها بالادارة او لغرض اشرافها على من يقوم بذلك.

ولمتولي الرعاية إدامة أموال القاصر الخاضع للرعاية (نفقات الإدارة، الضرائب، الرسوم) في الأمور المستعجلة بما لا يزيد عن ١٠٪ من وارد العقار ولمديرية رعاية القاصرين زيادتها إلى ٥٠٪ من الوارد المذكور وإذا زاد عن ذلك فيجب أخذ موافقة مدير عام دائرة رعاية القاصرين وذلك وفق المادة (٤٧) من قانون رعاية القاصرين.

ويتم إجارة عقار القاصر الخاضع للرعاية وفق تعليمات مجلس رعاية القاصرين المادة (٤٩) من القانون المذكور[١].

مما أوردناه نلاحظ ان قانون رعاية القاصرين وفر حماية للخاضع للرعاية ازاء متولي الرعاية عند إدارته لأموال القاصر الخاضع للرعاية من خلال الإشراف على إدارته و وضع محددات للإدارة ومقدار المبالغ المصروفة على الإدارة وأحكام إجارة أمواله وتلكم موانع لتحقق العنف الأسري وعند تحقق المخالفة فللدائرة مسائلة متولي الرعاية وفق المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية مادياً ومعنوياً.

الفرع الثاني: أحكام التصرف بأموال القاصر الخاضع للرعاية

اولاً: التصرفات القانونية[٢].

بيّن قانون رعاية القاصرين مجموعة تصرفات قانونية لا يجوز لمتولي الرعاية القيام بها إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين حماية للقاصر الخاضع للرعاية من تعسف متولي الرعاية ورد ذلك في المادة (٤٣) من القانون المذكور ((جميع التصرفات القانونية الخاصة بالحقوق العينية الأصلية والتبعية، التصرف في الحقوق الشخصية

ثانياً – الاشراف على الاولياء والاوصياء ومحاسبتهم وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين في حالة قيام المذكورين بأعمال الادارة. ثالثاً – اعمال الادارة المعتادة وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين اذا لم يكن للقاصر ولي او وصي او قيم تناط به الاعمال المذكورة. المادة (٤١) من قانون رعاية القاصرين على الولي او الوصي او القيم المحافظة على اموال القاصر وله القيام بأعمال الادارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله وفقاً لأحكام القانون المدني. اشار لاعمال الادارة القانون المدني العراقي المادة (١٠٥) فقرة (١) عقود الادارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير، ويعتبر من عقود الادارة بوجه خاص الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير. فقرة (٢) اما التصرفات الاخرى التي لا تدخل في حدود الادارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا باذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها. و اشار القانون المدني العراقي للوكالة بالاجر في القانون المدني العراقي المادة(٩٤٠) فقرة (١) اذا اشترطت الاجرة في الوكالة واوفى الوكيل العمل يستحقها وان لم تشترط، فان كان الوكيل ممن يعمل بأجرة فله اجر المثل والا كان متبرعا . فقرة (٢) واذا اتفق على اجر للوكالة كان هذا الاجر خاضعاً لتقدير المحكمة، الا اذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة، هذا مع مراعاة احكام القوانين الخاصة.

(١) مادة (٤٧) قانون رعاية القاصرين للولي او الوصي او القيم ان ينفق بغير ان من مديرية رعاية القاصرين على تعمير وادامة مال القاصر في الامور المستعجلة والضرورية بما لا يزيد على10 ٪ (عشرة من المئة) من الوارد السنوي لكل عقار ولمديرية رعاية القاصرين ان تأذن بالصرف بحدود50 ٪ (خمسين من المئة) من الوارد المذكور، وما زاد على ذلك فيكون بموافقة المدير العام لدائرة رعاية القاصرين. مادة (٤٩)يؤجر عقار القاصر الخالي من الشواغل وفق التعليمات التي يصدرها مجلس رعاية القاصرين.

(٢) التصرف القانوني (نقل الملكية الى الغير او اثقال الشيء بحق من الحقوق العينية) كالبيع و الهبة و انشاء حق المنفعة او حق الارتفاق او رهن تاميني او رهن حيازي . د . حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للطبع و النشر المحدودة ، العراق ، ١٩٥٤ ، ص ٢٩ ، ٣٠ .

والأوراق التجارية، الصلح والتحكيم فيما زاد عن ١٠٠ دينار لكل قاصر، حوالة الحق أو الدين، إيجار العقار لمدة لا تزيد على سنة واحدة والأرض الزراعية لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات على أن لا يمتد الإيجار إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد، قبول التبرع بعوض، التنازل عن التأمينات أو إضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن بالأحكام، القسمة الرضائية للقاصر، أي امور أخرى يقرر فيها مجلس رعاية القاصرين موافقة مديرية رعاية القاصرين)).

وحظر قانون رعاية القاصرين على متولي الرعاية التبرع من أموال القاصر الخاضع للرعاية إلا لأداء واجب عائلي إنساني وبموافقة دائرة رعاية القاصرين وفق المادة (٤٢) من القانون المذكور.

من ثم أوردت قيود على متولي الرعاية بصدد التصرفات الوارد ذكرها وتعد بمثابة موانع لحصول العنف الأسري ازاء القاصر الخاضع للرعاية ، وعند مخالفة متولي الرعاية ذلك فلمديرية رعاية القاصرين محاسبته جنائياً ومدنياً والمطالبة بالتعويض المادي والمعنوي لأننا بصدد الإخلال بالتزام قانوني.

ولا يباع عقار القاصر إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين في حالات معينة (عدم وجود مال آخر لنفقة القاصر، وجود دين على القاصر بموجب حكم قضائي ولا يوجد مال آخر للسداد، وجود دين على تركة القاصر وإرث أو موصى له فيها ولا يوجد مال آخر للسداد، للقاصر الخاضع للرعاية حصة شائعة لا تدر عليه نفع مناسب، لمدير عام دائرة رعاية القاصرين الموافقة على البيع في غير تلك الحالات بناء على مصلحة القاصر الخاضع للرعاية) ورد ذلك في المادة (٥٥) من القانون المذكور[١].

ولا يمكن شراء عقار للقاصر إلا بموافقة مديرية رعاية القاصرين إلا في حالات معينة (عند بيع حصة القاصر الخاضع للرعاية وتخصيص ثمنها لشراء عقار فيه منفعة له، تأمين مسكن للقاصر الخاضع للرعاية، إذا كان العقار محل مزايدة علنية لسداد دين القاصر الخاضع للرعاية ولم يتم بيعه أو كان مبلغ المزايدة النهائي لا يكفي لسداد الدين ويتم الشراء ببدل لا يتجاوز ٨٠٪ من قيمة العقار) ولمدير عام دائرة رعاية القاصرين في غير الحالات المذكورة شراء عقار للقاصر بما يحقق مصلحة القاصر الخاضع للرعاية وذلك وفق المادة (٥٦) من القانون المذكور[٢].

---

(١) حكمت محكمة استئناف بغداد - الرصافة بصفتها التمييزية – عدد ٧٥ / ٢٠١٨ اعلام (٧١) (....عدم تحقق مصلحة القاصرين في عملية البيع و الشراء ... لان سهامهم المالية في العقار ... تمثل داراً اما السهام المراد شرائها فتمثل قطعة ارض مما كان يقتضي رفض الطلب....). المحامي قتيبة عدنان حمد ، المنتقى من قرارات محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٢٠ ، ص ٦٣ . حكمت محكمة استئناف بغداد - الرصافة بصفتها التمييزية – عدد ١٧٢ / ٢٠١٨ اعلام بصدد بيع حصص قاصر في عقار (١٦٧) (....عدم تحقق وجود مصلحة ظاهرة و نفع كبير في بيع حصصهم في العقار رغم قلتها لعدم وجود حاجة ملحة لبيعها خاصة ...). المحامي قتيبة عدنان حمد ، المصدر نفسه ، ص ١١٧ .

(٢) مادة (٤٢) لا يجوز للولي او الوصي او القيم التبرع من مال القاصر الا لأداء واجب عائلي انساني وذلك بموافقة دائرة رعاية القاصرين. مادة (٤٣) لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك. اولاً – جميع التصرفات التي

فلا يمكن لمتولي الرعاية البيع والشراء إلا بالشروط الواردة حماية للقاصر الخاضع للرعاية وذلك يعد مانع من حصول العنف الأسري وعند مخالفة ذلك فلدائرة رعاية القاصرين محاسبة متولي الرعاية وفق المسؤولية الجنائية والمدنية.

ثانياً: التصرفات المادية[١].

وعلى صعيد التصرفات المادية فلمتولي الرعاية تعمير وإدامة مال القاصر في الأمور المستعجلة والضرورية بما لا يزيد عن (١٠٪) من الوارد السنوي لكل عقار ويمكن زيادتها إلى (٥٠٪) بموافقة مديرية رعاية القاصرين ويمكن زيادتها بموافقة مدير عام دائرة رعاية القاصرين وفق المادة (٤٧) من القانون المذكور ، ونرى ان الحكم المذكور يطبق في فرض التعمير وحده أو فرض الإدامة وحدها من باب القياس من باب أولى ، و لمتولي الرعاية إقامة البناء على عقار القاصر الخاضع للرعاية أو على العقار الذي له فيه حصة وبما يحقق مصلحة الأخير وذلك وفق المادة (٥٤) من القانون المذكور[٢].

فيجب على متولي الرعاية التقيد بذلك حماية للقاصر الخاضع للرعاية وبخلافه تقاضيه دائرة رعاية القاصرين وفق أحكام المسؤولية الجنائية والمدنية.

من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية او التبعية او نقله او تغييره او زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة. ثانياً – التصرف في المنقول او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية. ثالثاً – الصلح والتحكيم فيما زاد على مائة دينار لكل قاصر. رابعاً – حوالة الحقوق وقبولها وحوالة الدين. خامساً – ايجار العقارات لأكثر من سنة واحدة وللاراضي الزراعية لأكثر من ثلاث سنوات على ان لا تمتد مدة الايجار في أي من الحالتين الى ما بعد بلوغ الصغير سن الرشد. سادساً – قبول التبرعات المقترنة بعوض .سابعاً – التنازل عن التأمينات واضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الاحكام .ثامناً – القسمة الرضائية للاموال التي للقاصر حصة فيها. تاسعاً – الامور الاخرى التي يقرر مجلس رعاية القاصرين وجوب موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة عليها، بموجب التعليمات التي تصدرها لهذا الغرض .مادة (٥٥) اولاً – لا يباع عقار القاصر الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين وتوافر احد الاسباب الآتية– : أ – عدم وجود مال آخر لنفقة القاصر. ب – وجود احكام واجبة التنفيذ صادرة بمبلغ معين على القاصر او على التركة ولا يوجد مال آخر لايفائه. جـ – وجود حصص مشاعة للقاصر لا تدر له ايراداً مناسباً يمكن الانتفاع به .ثانياً – لمدير عام دائرة رعاية القاصرين في غير الحالات المذكورة في الفقرة (اولاً) من هذه المادة ان يوافق على بيع عقار القاصر اذا تحقق وجود مصلحة ظاهرة ونفع كبير له. مادة (٥٦) اولاً – لا يجوز شراء عقار للقاصر من امواله الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين في احدى الحالات الآتية– : أ – اذا كان القاصر يملك حصصاً مشاعة في عقار جرى بيعه عن طريق ازالة الشيوع وكان في شرائه منفعة له. ب – اذا اقتضت الحاجة لتأمين مسكن له. جـ – اذا كان العقار موضوعاً بالمزايدة لتحصيل دين للقاصر ولم يجر الضم عليه او لم يبلغ الضم المبلغ الكافي لايفاء الدين على ان لا يتجاوز بدل الشراء80 ٪(ثمانين من المئة) من قيمته. ثانياً – لمدير عام دائرة رعاية القاصرين في غير الحالات المنصوص عليها في الفقرة (اولاً) من هذه المادة ان يوافق على شراء عقار للقاصر وتشييد ابنية له اذا تحقق له في ذلك مصلحة ظاهرة.

(١) التصرف المادي (تغيير الشيء او استهلاكه او اتلافه) د . حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص ٢٩. اي ان التصرف المادي ينصب على مادة الشيء فتتغير او تستهلك او تهلك . كبناء طابق في عمارة او هدم دار.

(٢) مادة (٤٧)للولي او الوصي او القيم ان ينفق بغير اذن من مديرية رعاية القاصرين على تعمير وادامة مال القاصر في الامور المستعجلة والضرورية بما لا يزيد على10 ٪ (عشرة من المئة) من الوارد السنوي لكل عقار ولمديرية رعاية القاصرين ان تأذن بالصرف بحدود50 ٪ (خمسين من المئة) من الوارد المذكور، وما زاد على ذلك فيكون بموافقة المدير العام لدائرة رعاية القاصرين. مادة (٥٤) للولي او الوصي بموافقة مديرية رعاية القاصرين ان يقوم بانشاء بناء على عقار عائد لقاصر او له حصة فيه اذا تحققت مصلحة القاصر في ذلك.

المبحث الثالث: المسؤولية المدنية للمُعنف اسرياً في القانون العراقي

نتطرق في المبحث الثالث للمسؤولية المدنية في ظل القانون المدني العراقي فقد يمارس العنف من خلال الاكراه او التغرير او الاستغلال و غيرها من صور الايذاء نتناوله في المطلب الاول و نبين اساس التعويض الناجم عن العنف الاسري و طريقة التعويض المادي و المعنوي و اثبات المسؤولية الناجمة عن العنف الاسري و طريقة دفعها و التضامن فيها و انقضاء دعوى العنف الاسري في المطلب الثاني .

المطلب الاول: اثر العنف الاسري في تكوين العقد

قد يستغل المُعنِف سلطته على المُعنَف لحمله على إبرام عقد من العقود، أما بإكراهه بترهيبه لإجباره على التعاقد و نتناول ذلك في الفرع الاول ، أو بالاحتيال عليه مستغلاً سلطته لحمله على التعاقد و نتناول ذلك في الفرع الثاني ، أو باستغلال قلة خبرة المُعنَف وطيشه وهواه لدفعه إلى تعاقد معين و نتناول ذلك في الفرع الثالث ، وتلك الفروض المذكورة لها معالجات في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتناول تلك الفروض كما يأتي:

الفرع الاول: إكراه المُعنَف لدفعه للتعاقد

الإكراه هو ((ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فتحمله على التعاقد)) فتفقد الارادة حريتها بسبب رهبة الخوف في نفس المتعاقد لا الوسائل المادية الحاصل بها الاكراه [١].

وأشارت للإكراه المادة (١١٢) قانون مدني عراقي فقرة(١) ((الإكراه هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه)) ، فقد يزاول الإكراه ازاء المُعنَف سواء أكان زوجة أو ابن أو بنت من المُعنِف الأب لإجبار المُعنَف على إبرام عقد معين مثلاً عقد بيع اوعقد هبة ، ولتوافر الإكراه يتطلب أن يتوافر شرطين:

اولاً- استخدام طرق للإكراه تهدد بوقوع خطر جسيم وحال:

أي يجب أن يستخدم المُكره وسائل للإكراه ، و قد تكون مادية كالتعذيب أو الضرب ، أو معنوية كالتهديد بإيقاع الضرر بالنفس أو الجسم أو الشرف أو المال، وفق القانون المدني العراقي المادة (١١٣) والمادة (١١٤) ، ويجب أن يكون الخطر جسيماً وحالاً، أي أن يستطيع المُكرِه تنفيذ ما هدد به وفق اعتقاد المُكرَه، فهو معيار شخصي وأن لا يستطيع المُكرَه رد الخطر الواقع عليه[٢].

---

(١) د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ط٢ ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، عراق ، ١٩٦٣ ، ص ١١٠ .

(٢) د . عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص١١٨ ، ١١٩. المادة (١١٣) يجب لاعتبار الاكراه ان يكون المكره قادراً على ايقاع تهديده وان يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به ان لم يفعل الامر المكره عليه. المادة (١١٤) يختلف الاكراه باختلاف احوال الاشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم ومراكزهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا.

والخطر قد يقع على نفس أو جسم أو شرف أو مال المُكرَه، وقد يقع على شخص عزيز عليه كزوجته أو ولده أو أبوه وذلك وفق المادة (١١٢) فـ٣ قانون مدني عراقي[١].

فقد يكره المُعنَف من خلال الأب مثلاً على إبرام عقد معين بتهديده بقتله أو حبسه أو بإتلاف أشياء عائدة له أو بنشر صور أو مقاطع خاصة به قد تؤدي إلى الإساءة إلى سمعته (حصل عليها بحكم سلطته على المُعنَف) بل أبعد من ذلك فقد يستخدم المُعنِف الأب مثلاً صور الإكراه المذكورة ضد شخص عزيز على المعنف ضمن إطار الأسرة كأمه أو أخته لحمله على التعاقد ، و معيار تقدير كون الإكراه جسيماً يرتبط بتقدير المُعنَف لأنه معيار شخصي ويجب أن لا توجد للمُعنَف طريقة آنية لرد الإكراه بتوافر ذلك يتوافر لدى المَعنَف الشرط الأول في دعوى الإكراه.

ثانياً: تولد رهبة دافعة للتعاقد :

نتيجة لوسائل الإكراه تتولد رهبة لدى الشخص تحمله على التعاقد ويختلف أثر وسائل الإكراه في المُكرَه باختلاف أحواله من حيث كونه ذكر أم أنثى، كبير أم صغير، قوي أم ضعيف، غبي أم ذكي، القرب أو البعد عن مركز الأمن وغيرها من الأحوال تحديد مقدار الرهبة في نفس الشخص المُكرَه وفق المادة (١١٤) قانون مدني عراقي[٢].

وتتولد الرهبة في نفس المُعنَف الناجمة عن وسائل الإكراه فهنا تكتمل شروط الإكراه والعقد يكون موقوفاً ويستطيع المُعنَف المطالبة بنقض العقد أو إبقاءه وفق المادة (١٣٤) فقرة(١) قانون مدني عراقي ، وطرح القانون المدني العراقي في المادة (١١٦) منه فرض لحالة الإكراه الحاصل من الزوج ازاء زوجته لتهبه مهرها فان الهبة لا تتم وهو صورة من صور العنف الأسري ، ومن ثم بانكشاف الإكراه يستطيع المُعنَف أن يطلب نقض العقد الموقوف أو أن يجيزه، وذلك وفق المادة (١٣٤) فقرة(١) قانون مدني عراقي. ويستطيع أن يرجع بالضمان على المُعنِف سواء أكان طرفاً بالعقد أم كان هو من أكره المُعنَف على التعاقد مع شخص آخر وذلك وفق المادة (١٣٤) فقرة(٢) قانون مدني عراقي [٣].

---

(١) د . عبد المجيد الحكيم ، المصدر نفسه ، ص١٢٢. المادة (١١٢) فقرة . فقرة (٣) والتهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الزوج او ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف يعتبر اكراهاً ويكون ملجناً او غير ملجئ بحسب الاحوال.

(٢) د . عبد المجيد الحكيم ، المصدر نفسه ، ، ص١١٩.

(٣) المادة (١١٦) الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا اكرهها بالضرب مثلاً او منعها عن اهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر. المادة(١٣٤) فقرة(١) اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما انه له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها. فقرة (٢) وللعاقد المكره او المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الآخر وان شاء ضمن المجبر او الغار فان ضمن المجبر او الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر، ولا ضمان على العاقد المكره او المغرور ان قبض البدل مكرهاً او مغروراً في يده بلا تعد منه.

الفرع الثاني: التغرير بالمُعنَف لدفعه للتعاقد

التغرير هو ((استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد)) فهو القيام بأفعال أو ذكر أمور ترغب الشخص بالتعاقد، كمن يزيد على البضاعة وهو لا يروم شراءها، أو إشاعة ان بضاعة معينة انقطع استيرادها، ويجب أن يقترن التغرير بالغبن الفاحش ليكون عيب من عيوب الإرادة [١].

والغبن هو ((عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه)) ويحدد الغبن الفاحش من خلال التفاوت بالمقدار الذي لا يتسامح فيه الناس في معاملاتهم أو أن لا يدخل التفاوت بالمقدار تحت تقويم المقومين [٢].

عالج التغرير مع الغبن في المادة (١٢١) قانون مدني عراقي ، فإذا استعمل المُعنِف كالأب ازاء المُعنَف كالزوجة أو الابن أو الابنة طرق احتيالية بحكم سلطته وإشرافه عليهم لدفعهم للتعاقد و بتوافر الغبن الفاحش فاننا نكون بصدد حالة تغرير للمُعنَف وفق أحكام القانون المدني العراقي والعقد يكون موقوفاً وله إجازته أو نقضه وفق المادة (١٢١) فقرة(١) قانون مدني عراقي[٣].

ولقيام التغرير مع الغبن يشترط توافر الشروط الآتية:

١- استعمال طرق احتيالية: وهي أعمال وكلام يحمل المتعاقد على التعاقد وذلك الشرط يتفرع إلى عنصرين:

عنصر مادي: الأعمال والكلام اللذان يؤثران في إرادة المتعاقد ويختلف تأثير تلك الوسائل باختلاف ذكاء ودهاء من قام بالتغرير وغباء وبلاهة من وقع عليه التغرير والمعيار هنا شخصي[٤].

عنصر معنوي: نية من قام بالتغرير بتضليل من وقع عليه التغرير لحمله على التعاقد.

٢- التغرير هو الدافع للتعاقد: أن يتم التعاقد بناءً على التغرير.

٣- صدور التغرير من أحد المتعاقدين أو انه يكون عالماً أو من السهل عليه العلم بأنه صادراً من شخص غيره وقت إبرام العقد وذلك وفق المادة (١٢٣) قانون مدني عراقي[٥].

٤- أن يقترن التغرير بالغبن الفاحش: أن يقترن التغرير كما بيّنا آنفاً بالغبن الفاحش لا اليسير . و ذلك وفق المادة (١٢١) فقرة(١) قانون مدني عراقي و يرجع

---

(١) د . عبد المجيد الحكيم ، د . عبدالباقي البكري ، د . محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٨٦ ، ٨٧.

(٢) د . عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص١٥٢ و ما بعدها .

(٣) المادة (١٢١) فقرة (١) اذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون، فإذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التغرير لوارثه.

(٤) د . عبد المجيد الحكيم ، د . عبدالباقي البكري ، د . محمد طه البشير ، المصدر نفسه ، ، ص٨٨.

(٥) المادة(١٢٣) يرجع العاقد المغرور بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير او اصابه غبن فاحش وكان التغرير لا يعلم به العاقد الآخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به او كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن او هلك او حدث فيه عيب او تغيير جوهري ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الاحوال.

المغرر به بالتعويض ان كان الغبن المقترن بالتغرير يسيراً أو إن كان لا يعلم به العاقد الآخر أو لم يكن السهل عليه العلم به أو ان الشيء قد استهلك أو هلك أو حصل فيه تغير جوهري قبل العلم بالغبن وفق المادة (١٢٣) قانون مدني عراقي[١].

أما الغبن دون تغرير فلا يؤثر في نفذ العقد وفق المادة (١٢٤) فقرة (١) قانون مدني عراقي وكذلك إذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً فان العقد يكون باطلاً[٢].

فإذا استعمل المُعنِف ضد المُعنَف طرق احتيالية فعلاً أو كلاماً بنية التضليل وتم التعاقد وفق ذلك واقترن التعاقد بالغبن الفاحش ويعلم الطرف الآخر بالتغرير أو من السهل عليه معرفته فهنا يكون العقد موقوف وفق المادة (١٢١)فقرة(١) قانون مدني عراقي وللمُعنَف إجازة العقد أو إبطاله.

أما إذا لحق المَعنَف غبن يسير أو فاحش ولكن هلك أو استهلك أو غيب أو تم تغييره جوهرياً فهنا الرجوع يكون في حدود التعويض المادة (١٢٣) قانون مدني عراقي.

وإذا كان المَعنَف ناقص الأهلية فمجرد الغبن الفاحش مدعاة لأن يكون العقد باطلاً وفق المادة (١٢٤) فقرة (٢) قانون مدني عراقي[٣].

الفرع الثالث: استغلال المُعنِف لدفعه للتعاقد

الاستغلال هو استغلال ضعف شخص بسبب عدم خبرته او ضعف ادراكه او حاجته او طيشه أو هواه أو لدفعه للتعاقد المقترن بالغبن الفاحش وهو عيب من عيوب الإرادة [٤].

وللاستغلال عنصران:

عنصر نفسي: نية المُستغِل اغتنام حاجة أو طيش أو هوى أو عدم خبرة أو ضعف إدراك المُستغَل، كاغتنام حاجة زوجته للطلاق مقابل دين أو بيعها لعقارها[٥].

عنصر موضوعي: حصول اختلال في التوازن العقدي فيما بين قيمة المعقود عليه في العقد وقيمته الحقيقية أي حصول غبن وذلك في عقود المعاوضة لا التبرع[٦].

فقد يغتنم المُعنِف حاجة أو طيش أو هوى أو عدم خبرة أو ضعف ادراك المُعنَف (كزوجة أو ابن أو ابنة) لإبرام عقد معين يلحقه منه غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت العقد رفع الغبن إلى الحد المعقول دون المطالبة بنقض العقد هذا بالنسبة لعقود

---

(١) د . عبد المجيد الحكيم ، د . عبدالباقي البكري ، د . محمد طه البشير ، المصدر نفسه ، ص٩١.

(٢) المادة(١٢٤) فقرة(١) مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تغرير.

(٣) المادة(١٢٤) .فقرة(٢) على انه اذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فان العقد يكون باطلا.

(٤) د . عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص١٥٦ و ما بعدها .

(٥) د . عبد المجيد الحكيم ، المصدر نفسه ، ص١٥٨.

(٦) د . عبد المجيد الحكيم ، المصدر نفسه ، ص١٥٧.

المعاوضة أما إذا كان العقد تبرعاً فللمُعنَف خلال سنة من وقت العقد ان ينقض العقد وذلك وفق المادة (١٢٥) قانون مدني عراقي[١].

المطلب الثاني: التعويض عن العنف الاسري

يلحق المُعَنف اسرياً ضرراً جسدياً أو نفسياً أو مالياً جراء العنف الممارس من المُعنِف أساسه الفعل الضار كالقتل ، الجرح ، الاعتداء الجنسي ، اتلاف المال ، التحقير، الإهانة ، الحبس، و ذلك يشكل أي مخالفة لالتزام يفرضه القانون (قواعد قانون العقوبات) أي فعل في وجه منه يشكل مسؤولية جزائية و في وجه اخر ينشكل مسؤولية مدنية تقصيرية ينجم عنها ضرر يصيب حق أو مصلحة مشروعة للمُعنَف ، لاجله سنتناول الاساس القانوني لجبر ضرر المُعَنف في الفرع الاول و طريقة التعويض عن الضرر الذي اصاب المُعَنف في الفرع الثاني و اثبات المسؤولية و دفعها و التضامن فيها في الفرع الثالث و انقضاء دعوى العنف الاسري في الفرع الرابع و كما ياتي :

الفرع الاول: الاساس القانوني للتعويض عن العنف الاسري

اولاً: الاساس القانوني للمسؤولية المدنية عن قتل أو ايذاء المُعنَف.

قد ينجم عن فعل المُعنِف وفاة المُعنَف او اصابته بجرح أو عاهة او تعرضه لأضرار ناجمة عن الاعتداء الجنسي أو الحبس أو التقييد أو التهديد و ذلك يشكل مخالفة لنصوص قانون العقوبات العراقي فنكون بصدد مسؤولية تقصيرية و بتوافر أركانها من فعل وضرر وعلاقة سببية فهنا أساس اقامة المسؤولية المدنية يكون وفق المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي التي تعالج الضرر اللاحق بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب وغيره من صور الضرر[٢].

ثانياً: الاساس القانوني للمسؤولية المدنية عن اتلاف مال المُعنَف.

قد ينجم عن فعل المُعنِف اتلاف أشياء ملكيتها للمُعنَف كلياً أم جزئياً بإخراجها من مجال الانتفاع بها كملابس أو أثاث أو بناء أو لوحة فنية أو كتاب أو غراس أو مجوهرات و ذلك يشكل مخالفة لنصوص قانون العقوبات العراقي فنكون بصدد مسؤولية تقصيرية و بتوافر أركانها من فعل وضرر وعلاقة سببية فهنا أساس اقامة المسؤولية المدنية يكون وفق المادة (١٨٦) قانون مدني عراقي فيضمن المُعنِف ما أتلفه من أموال للمُعنَف[٣].

---

(١) المادة (١٢٥) اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش، جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة ان ينقضه .

(٢) المادة (٢٠٢) كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او أي نوع آخر من انواع الايذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر. الاتلاف (اخراج الشيء من مجال الانتفاع) د . عبد المجيد الحكيم ، د . عبدالباقي البكري ، د . محمد طه البشير ، المصدر نفسه ، ص ٢٣٤

(٣) المادة(١٨٦) فقرة (١) اذا اتلف احد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً، اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى. فقرة (٢) واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمناً معاً كانا متكافلين في الضمان.

ثالثاً: الاساس القانوني للمسؤولية المدنية عن غصب مال المُعنَف.

و قد يعمد المُعنِف إلى أن يأخذ مال المُعنَف دون وجه حق كمجوهرات أو مبالغ نقدية أو أن يضع يده على عقار مملوك للمُعنَف و ذلك يشكل مخالفة لنصوص قانون العقوبات العراقي فنكون بصدد مسؤولية تقصيرية و بتوافر أركانها من فعل وضرر وعلاقة سببية فهنا أساس اقامة المسؤولية المدنية يكون وفق المادة (١٩٢) قانون مدني عراقي و ما بعدها وفق أحكام الغصب مع مراعاة أحكام الغصب المواد من (١٩٢ – ٢٠١) قانون مدني عراقي[١].

وفي ما عدا ما ذكرناه من أضرار تلحق بالمُعنَف فان أساس اقامة المسؤولية المدنية والتعويض يكون وفق المادة (٢٠٤) قانون مدني عراقي[٢].

الفرع الثاني : طريقة التعويض عن العنف الاسري

اولاً: التعويض المادي :

أ : التعويض المادي عن قتل أو ايذاء المُعنَف.

هنا يتم التعويض وفق المادة (٢٠٢) قانون مدني عراقي التي اشارت نهايتها (... يلزم بالتعويضات من احدث الضرر) اي المُعنِف و يلزم الاخير بتعويض المُعنَف عن القتل و الايذاء ، و يكون المُعنِف مسؤول عن تعويض الاشخاص الذي يعيلهم المُعنِف المادة (٢٠٣) قانون مدني عراقي كاطفال البنت الارملة او المطلقة عند ايذائها من قبل والدها او اخوها او اخو زوجها ، و يراعى عند تقدير التعويض ما لحق بالمُعنَف من ضرر و ما فاته من كسب المادة (٢٠٧) فقرة (١) و فقرة (٢) قانون مدني عراقي ، اي تعويض عائلته عن القتل او تعويضه عن كل صور الايذاء الجروح او الحبس او الضرب و مافاته من كسب بسبب تعاقده الناجم عن اكراهه او التغريربه او استغلاله و يشمل التعويض فوات منافع الشيء المملوك للمُعنَف و التعويض عن اجر المُعنَف بسبب تعطله عن العمل بسبب الايذاء [٣].

---

(١) المادة(١٩٢) يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه في مكان الغضب ان كان موجوداً، وان صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فان شاء صاحبه استرده هناك وان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب وهذا دون اخلال بالتعويض عن الاضرار الاخرى. الغصب (اخذ مال متقوم مملوك للغير عن طريق التعدي على وجه يزيل يد صاحبه عنه) د . عبد المجيد الحكيم ، د . عبدالباقي البكري ، د . محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص ٢٣٥ .

(٢) المادة (٢٠٤) كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض. الفعل الضار لا يقتصر على الافعال الوارد ذكرها (الاتلاف ، الغصب ، القتل ، الجرح ....) بل يشمل اعمال اخرى نستنتج ذلك من مضمون نص المادة (٢٠٤) قانون مدني عراقي . منير القاضي ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول العربية ، مصر ، ١٩٥٤ . ص ٢١.

(٣) المادة (٢٠٣)في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح او أي فعل ضار آخر يكون من احدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الاشخاص الذي كان يعيلهم المصاب وحرموا من الاعالة بسبب القتل و الوفاة. المادة (٢٠٧) فقرة (١) تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. فقرة (٢) ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الاجر.

ب : التعويض المادي عن اتلاف مال المُعنَف.

يلزم المُعنِف بتعويض المُعنَف عن اتلاف مال الاخير سواء اكان الاتلاف كلياً ام جزئياً المادة (١٨٦) قانون مدني عراقي ، و هنا نتناول صور خاصة للاتلاف ، كهدم عقار المُعنَف هنا يكون الخيار للمُعنَف ان شاء قبل قيمته قائماً مع ابقاء الانقاض للمتلف مع التعويض ان كان له مقتضى و ان شاء قبل قيمة العقار قائماً على ان يحط من قيمته انقاض البناء مع اخذه الانقاض مع التعويض ان كان له مقتضى ، و اذا بناه المُعنِف بحالته قبل الهدم فيلزم بقبوله المُعنَف مع التعويض ان كان له مقتضى وفق المادة (١٨٧) فقرة(١) و فقرة(٢) قانون مدني عراقي ، و كقطع اشجار في عقار المُعنَف كان الخيار للمُعنَف ان شاء قبل قيمتها مع ابقاء الاشجار المقطوعة للمتلف مع التعويض ان كان له مقتضى و ان شاء قبل قيمتها قائمة على ان يحط من قيمتها الاشجار المقطوعة مع اخذه الاشجار المقطوعة مع التعويض ان كان له مقتضى وفق المادة (١٨٨) قانون مدني عراقي [١].

ج : التعويض المادي عن غصب مال المُعنَف.

اذا غصب المُعنِف مال منقول مملوك للمُعنَف يلزم برده اليه و يتحمل المُعنِف مصاريف نقله و رده مع التعويض ان كان له مقتضى وفق المادة (١٩٢) قانون مدني عراقي ، و يلزم المُعنِف بالتعويض اذا استهلك مال المُعنَف او اتلف بعضه او كله او ضاع منه بتعد منه ام بدونه وفق المادة (١٩٣) قانون مدني عراقي ، و اذا تغير المغصوب بيد المُعنِف فالخيار للمُعنَف ان شاء استرد المال المغصوب مع التعويض و ان شاء تركه للمُعنِف و رجع بالتعويض عليه و اذا تغير المغصوب بيد المُعنِف بحيث يتبدل اسمه فيلزم المُعنِف بالتعويض و يبقى المال له كمن يغصب حنطة و يزرعها وفق المادة (١٩٤) فقرة (١) و فقرة (٢) ، و اذا غصب المُعنِف عقار مملوك للمُعنَف يلزم برده مع دفع اجرة المثل و اذا اصاب العقار تلف او نقص في قيمته يلزم المُعنِف بالتعويض سواء اكان الغصب بتعد منه ام بدونه وفق المادة (١٩٧) قانون مدني عراقي ، و اذا تصرف المُعنِف بالمال المغصوب و تلف المغصوب كلاً او بعضاً كان الخيار للمُعنَف بالرجوع بالتعويض على المُعنِف او ان يرجع على من تصرف له المُعنِف و المتصرف له يرجع على المُعنِف وفق المادة (٢٠٠) قانون مدني عراقي [٢] .

---

(١) المادة (١٨٧) فقرة(١) اذا هدم احد عقار غيره بدون حق فصاحب العقار بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض واخذ هو الانقاض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض عن الاضرار الاخرى. فقرة (٢) و لكن اذا بناه الهادم كما كان اولاً وعوض عن الاضرار الاخرى، فإنه يبرأ من الضمان. المادة(١٨٨) اذا قطع احد الاشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبهما مخير ان شاء اخذ قيمة الاشجار قائمة مع التعويض عن الاضرار الاخرى وترك الاشجار المقطوعة للقاطع وان شاء حط من قيمتها قائمة مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة مع التعويض عن الاضرار الاخرى.

(٢) المادة (١٩٣) يضمن الغاصب اذا استهلك المال المغصوب او اتلفه او ضاع منه او اتلف كله او بعضه بتعديه او بدون تعديه. المادة (١٩٤) فقرة (١) اذا تغير المغصوب عقد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان.

ثانياً: التعويض الأدبي :

قد يتعرض المُعنَف إلى ضرر أدبي ناجم عن الاعتداء على حريته أو على عرضه أو شرفه أو سمعته (الوظيفية ، المالية ، الطبية) فيلزم المُعنِف بالتعويض الأدبي ، و يجوز ان يشمل التعويض عن الضرر الأدبي لزوجة و أبناء و اب و ام و اخوان المُعنَف الناجم عن قتل المُعنَف ، ولا ينتقل الحق بالتعويض إلا باتفاق أو بمقتضى حكم قضائي ، وذلك كله بدلالة المادة (٢٠٥ ف١، ٢، ٣) من القانون المدني العراقي[١].

الفرع الثالث: عبء اثبات المسؤولية المدنية و نفيها و التضامن فيها

يقع عبء الاثبات على عاتق المُعنَف وفق القواعد العامة في الاثبات البينة على من ادعى و اليمين على من انكر المادة (٧) فقرة (اولاً) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ فيجب عليه اثبات اركان المسؤولية التقصيرية و محل الاثبات الواقعة المادية التي تثبت بكل طرق الاثبات [٢].

و يستطيع المُعنِف دفع المسؤولية بإثبات توافر السبب الأجنبي الذي يقطع العلاقة السببية كان يثبت توافر القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المُعنَف هو سبب ما لحق المُعنَف من ضرر، و ذلك وفق المادة (٢١١) قانون مدني عراقي [٣].

فقرة (٢) اما اذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة وزرعها في ارضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له. فقرة (٣) واذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان. المادة(١٩٧) المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله واذا تلف العقار طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان. المادة (٢٠٠) اذا تصرف الغاصب في المال معاوضة او تبرعاً وتلف المغصوب كلاً او بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء فان ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقاً لأحكام القانون.

(١) المادة (٢٠٥)فقرة(١)يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض. فقرة(٢) ويجوز ان يقضي بالتعويض للازواج وللاقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر ادبي بسبب موت المصاب. فقرة (٣) ولا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي الى الغير الا اذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي . و يعرف الضرر الادبي (الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية بل في شعوره و عواطفه او في شرفه او في عرضه او في كرامته او في سمعته و مركزه الاجتماعي) و هنا يتم التعويض الادبي بتعويض مالي يعد في اقل احواله مخففاً الألم ان لم يزيله نهائياً و لا يقرر التعويض الادبي الا باتفاق بين الضار و المضرور او بحكم قضائي و عندها يمكن ان يعد قيمة مالية تضاف للذمة المالية . د . عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص ٤٦٠ ، ٤٦٢

(٢) د . سمير عبدالسيد تناغو، احكام الالتزام و الاثبات ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٠ ، ٧١ ، ١٠٢ . د . نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار النهضة العربية ، مصر ، ص ٦٥ ، ٦٦ ، ١٧٦ . د . ادم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ٣٩ ، ٤٠ .

(٣) المادة (٢١١) اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك . كوجود عيب في الشيء ادى الى انهدامه او وجود مرض في الشخص ادى الى وفاته او اهمال المجروح معالجة جرحه مما ادى الى وفاته او اصابته بعاهة مستديمة او الوفاة بسبب تناول طعام مسموم . منير القاضي ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

وفق المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي فانه لا يوجد تضامن بين المُعنِفين إلا بنص القانون أو الاتفاق ومن ثم إذا وقع التعنيف من قبل أكثر من شخص فان المسؤولية بينهم تضامنية بموجب المادة (٢١٧) قانون مدني عراقي بالنسبة للمسؤولية التقصيرية ومن ثم يستطيع المُعنَف الرجوع على أي ممن قام بتعنيفه دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والأخير يرجع على المتضامن معه [١].

فوفق المادة (٣١٥) قانون مدني عراقي فانه لا يوجد تضامن فيها المُعنَفين إلا بنص القانون أو الاتفاق ومن ثم اذا كان هناك أكثر من شخص مُعنَف فاتفاقهم على التضامن جائز و يستطيع اي من المُعنَفين الرجوع على المُعنِف بكل التعويض ويرجع بقية المُعنَفين على المُعنَف الذي دفع له التعويض [٢].

الفرع الرابع: انقضاء دعوى العنف الاسري

وفق احكام القانون المدني العراقي يسقط حق الشخص بالدعوى بمرور ثلاث سنوات من يوم علمه بوقوع الفعل الضار و بمرور خمسة عشر سنة في حالة عدم العلم بوقوع الفعل الضار وفق المادة (٢٣٢) قانون مدني عراقي [٣].

و بصدد العنف الاسري يتفرع الموضوع الى ثلاثة فقرات:

اولاً - اذا كان المُعنَف كامل الاهلية فله اقامة الدعوى ضد المُعنِف خلال ثلاث سنوات من يوم علمه بوقوع الفعل الضار سواء ان تجسد باي صورة من صور الايذاء او الاتلاف او الغصب و بمرور خمسة عشر سنة في حالة عدم العلم وفق المادة (٢٣٢) قانون مدني عراقي .

و يقف التقادم بتوافر المانع الشخصي كالقرابة العائلية او المانع المادي كالحرب او الثورة او الزلازل و الفياضانات[٤]

---

(١) المادة (٣٢٠) التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون. المادة (٢١٧) فقرة (١)اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب. فقرة (٢) ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي . مرتكبي الفعل الضار متضامنون باداء التعويض فاحدهم يؤدي التعويض اصالة و كفالة عنهم دون فرق بين الفاعل الاصلي و المساهم و يرجع على الباقين بحصة كل منهم حسب تحديد المحكمة و ذلك حماية للمتضرر و لضمان حصوله على التعويض كاملاً . منير القاضي ، مصدر سابق ، ص ٣١

(٢) المادة (٣١٥) لا يكون الدائنون متضامنين الا اذا كان هناك اتفاق على ذلك او كان القانون ينص على تضامنهم . هنا يتعدد الدائنيين ازاء مدين يستطيع اي منهم اقتضاء الدين من المدين على ان يعطي كل دائن حصته في الدين و عند الاعتراض من بقية الدائنيين فلا يسلم المدين الدين الا للدائنيين مجتمعين . د . انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٧٠ .

(٣)المادة(٢٣٢) لا تسمح دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ايا كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع.

(٤) د. انور سلطان ، المصدر نفسه ، ص ٤٢٧ و ما بعدها .

فهنا يقف التقادم بالنسبة للمُعنَف الى حين زوال المانع الشخصي او المانع المادي وفق المادة (٤٣٥) فقرة (١) و فقرة (٢) قانون مدني عراقي [١].

ثانياً - اذا كان المُعنَف ناقص الاهلية او محجور فلمتولي رعايته اقامة الدعوى ضد المُعنِف خلال ثلاث سنوات من يوم علمه بوقوع الفعل الضار سواء ان تجسد باي صورة من صور الايذاء او الاتلاف او الغصب و بمرور خمسة عشر سنة في حالة عدم العلم وفق المادة (٢٣٢) قانون مدني عراقي ، و يقف التقادم بتوافر المانع المادي كالحرب او الثورة او الزلازل و الفياضانات و لا نتوقع بتوافر المانع الشخصي كالقرابة العائلية لاننا بصدد مصلحة شخص خاضع للرعاية و هو ناقص الاهلية او محجور و يقف التقادم ايضاً الى حين تعيين ولي او وصي يتولى ادارة شؤون المُعنَف ، فهنا يقف التقادم بالنسبة للمُعنَف الى حين زوال المانع المادي او الى حين تعيين ولي او وصي او قيم يتولى ادارة شؤونه وفق المادة (٤٣٥) فقرة (١) و فقرة (٢) قانون مدني عراقي .

ثالثاً- و اذا وقع التعنيف من متولي الرعاية فلمديرية رعاية القاصرين او من يمثل المُعنَف رفع الدعوى ازاء المُعنِف .

و يقف التقادم بتوافر المانع المادي كالحرب او الثورة او الزلازل و الفياضانات و لا نتوقع بتوافر المانع الشخصي كالقرابة العائلية لاننا بصدد مصلحة خاضع للرعاية ناقص الاهلية او محجور ، فهنا يقف التقادم بالنسبة للمُعنَف الى حين زوال المانع المادي وفق المادة (٤٣٥) فقرة (١) و فقرة (٢) قانون مدني عراقي .

الخاتمة

الاستنتاجات:

١- وفق القانون المدني العراقي أسرة الشخص تشمل من يجمعهم بالشخص أما رابطة الدم أو رابطة المصاهرة ومن ثم تشمل (الجد والأب والابن والحفيد) كقرابة مباشرة و(الأخ والعم والخال) كقرابة حواشي و(أهل الزوجة) كقرابة المصاهرة. بينما الاسرة في مشروع قانون العنف الاسري تتكون من (الجد والجدة من الأب والأم) و(الأب والأم وزوجة الأب وزوج الأم) و(الأخوة والأخوات الأشقاء وغير الأشقاء) و(الأحفاد من الأب والأم و من زوجة الأب أو زوج الأم) و(متولي الرعاية كالوصي أو القيم أو المتبنى) ومن كان مشمول برعاية الأسرة ويعيش معهم.

٢- يعرف العنف الأسري (كل فعل أو امتناع مادي أو معنوي مخالف للقانون يرتكب في إطار الأسرة ازاء شخص بهدف الإضرار به مادياً أو معنوياً لاستغلاله أو لإرغامه).

---

(١)المادة (٤٣٥) فقرة (١)تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي، كان يكون المدعي صغيراً او محجوراً وليس له ولي او غائبا في بلاد اجنبية نائية او ان تكون الدعوى بين الزوجين او بين الاصول والفروع او ان يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه. فقرة(٢) والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر.

٣- العنف يزاول في إطار الأسرة ازاء شخص مركزه ضعيف من قبل شخص مركزه قوي ناجم عن القواعد الحاكمة للأسرة.
٤- يهدف قانون رعاية القاصرين إلى حماية القاصر الخاضع للرعاية اجتماعياً وثقافياً ومالياً فيوفر الحماية إلى القاصر (ناقص الأهلية والجنين والمحجور والغائب والمفقود) الخاضع لرعاية الولي او الوصي او القيم و يشكل ذلك حماية من العنف الاسري الى (ناقص الأهلية والمحجور).
٥- وفر قانون رعاية القاصرين حماية اجتماعية لحماية القاصر الخاضع للرعاية من خلال البحث الاجتماعي للتأكد من أداء المكلف برعاية القاصر من أداء مهامه بصورة صحيحة و خوّل القانون مديرية رعاية القاصرين تحريك الدعوى الجزائية ضد متولي الرعاية إذا أساء معاملة القاصر أو عرضه للخطر لدفع الضرر والمطالبة بالتعويض المادي والمعنوي وفق أحكام المسؤولية التقصيرية.
٦- حدد قانون رعاية القاصرين شروط لاختيار الوصي والولي و القيم ولأداء مهامه و لعزله حماية للخاضع للرعاية المُعنَّف من إساءة التصرف والإدارة والرعاية .
٧- وضع قانون رعاية القاصرين شروط لمزاولة متولي الرعاية للتصرفات القانونية بصدد اموال القاصر الخاضع للرعاية و ذلك يعد مانع من حصول العنف الأسري وعند مخالفة ذلك فلدائرة رعاية القاصرين محاسبة متولي الرعاية وفق المسؤولية الجنائية والمدنية.
٨- وضع قانون رعاية القاصرين شروط لمزاولة متولي الرعاية للتصرفات المادية بصدد اموال القاصر الخاضع للرعاية و ذلك يعد مانع من حصول العنف الأسري وعند مخالفة ذلك فلدائرة رعاية القاصرين محاسبة متولي الرعاية وفق المسؤولية الجنائية والمدنية.
٩- قد يزاول الإكراه ازاء المُعنَف سواء أكان زوجة أو ابن أو بنت من المُعنِف الأب لإجبار المُعنَف على إبرام عقد معين مثلاً عقد بيع او عقد هبة و من ثم بانكشاف الإكراه يستطيع المُعنَف أن يطلب نقض العقد الموقوف أو أن يجيزه ويستطيع أن يرجع بالضمان على المُعنِف سواء أكان طرفاً بالعقد أم كان هو من أكره المُعنَف على التعاقد مع شخص آخر .
١٠- قد يمارس المُعنِف ازاء المُعنَف طرق احتيالية بحكم سلطته وإشرافه عليهم لدفعهم للتعاقد و بتوافر الغبن الفاحش فاننا نكون بصدد حالة تغرير للمُعنَف فالعقد يكون موقوفاً وله إجازته أو نقضه.
١١- قد يغتنم المُعنِف حاجة أو طيش أو هوى أو عدم خبرة أو ضعف ادراك المُعنَف (كزوجة أو ابن أو ابنة) لإبرام عقد معين يلحقه منه غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت العقد رفع الغبن إلى الحد المعقول دون المطالبة بنقض العقد هذا بالنسبة لعقود المعاوضة أما إذا كان العقد تبرعاً فللمُعنَف خلال سنة من وقت العقد ان ينقض العقد.

١٢- قد ينجم عن فعل المُعنِف وفاة المُعنَف او أيذائه او اتلاف او غصب أشياء ملكيتها للمُعنَف فذلك يشكل مخالفة لنصوص قانون العقوبات العراقي فنكون بصدد مسؤولية تقصيرية وفق احكام القانون المدني العراقي .
١٣- للمُعنَف المطالبة بالتعويض المادي عن ايذائه او اتلاف او غصب ماله وفق احكام القانون المدني العراقي .
١٤- يستطيع المُعنِف دفع المسؤولية المدنية عنه باثبات توافر السبب الاجنبي .
١٥- يكون هناك تضامن قانوني بين المُعنِفين ازاء المُعنَف وفق احكام القانون المدني العراقي .
١٦- لا يكون هناك تضامن بين المُعنَفين ازاء المُعنِف الا بنص القانون او الاتفاق وفق احكام القانون المدني العراقي .

المقترحات:

١- جعل مسؤولية المُعنِف مفترضة قابلة لاثبات العكس فبذلك عبء الاثبات يخفف على المُعنَف بخلافه تصعب الامور عليه لان عبء الاثبات يتطلب اجراءات قضائية طويلة و نتوقع احتمالية التحايل بالتلاعب بادلة الاثبات او تعمد اطالة امد الدعوى امام القضاء في ظل عد المُعنَف هو الطرف الضعيف في اغلب الاحوال .
٢- جعل ديون المُعنَف بذمة المُعنِف ديون ممتازة ضمان لاقتضاء المُعنَف لدينه من المُعنِف ازاء بقية الدائنيين المرتهنيين او الممتازين او العاديين و حماية له من تحايل المُعنِف من خلال تضييعه امواله او عدم كفاية اموال المُعنِف لسداد دينه مع التسليم بان المُعنَف هو الطرف الضعيف .
٣- جعل اجراءات دعوى العنف الاسري مستعجلة لضمان حصول المُعنَف على دينه باسرع وقت ممكن .
٤- التشجيع على البحث في مجال قانون رعاية القاصرين لاهميتها في حماية طبقة القاصرين لاسيما انهم يتميزون بالضعف ازاء متولي الرعاية و يكونون عرضة للعنف الاسري .
٥- التشجيع على كتابة البحوث في مجال المسؤولية المدنية في اطار العنف الاسري لاهميتها في ضمان حقوق المُعنَف .

مراجع البحث

المراجع:

١- د . احلام حمود الطيري ، العنف الاسري ، ط١ ،مركز المعلومات و التخطيط ، وزارة الاوقاف ، الكويت ، ٢٠١٥.
٢- د . ادم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ .
٣- د . انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، ٢٠٠٥.
٤- د حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، القسم الثاني ، منشأة المعارف ، مصر.
٥- د. حلمي بهجت بدوي ، اصول الالتزامات ، الكتاب الاول ، نظرية العقد ، مطبعة نوري ، مصر ، ١٩٤٣ .

٦- د . سمير عبدالسيد تناغو ، مصادر الالتزام ، ط١ ، مطبعة الوفاء القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩.
٧- د . سمير عبدالسيد تناغو، احكام الالتزام و الاثبات ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، ٢٠٠٩ .
٨- د . عبدالباقي البكري ، د . زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ، جامعة بغداد ، عراق ، ١٩٨٩.
٩- د . عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ .
١٠- د. عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ط٢ ، شركة الطبع و النشر الاهلية ، عراق ، ١٩٦٣.
١١- د . عبد المجيد الحكيم ، د . عبدالباقي البكري ، د . محمد طه البشير ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي ، العراق .
١٢- د . عبالفتاح عبدالباقي ، نظرية العقد و الارادة المنفردة ، الكتاب الاول ، مصر ، ١٩٨٤.
١٣- عبد الناصر السويطي ، (العنف الاسري الموجه نحو الابناء) ، مجلة جامعة الازهر فلسطين ، العدد ١ ، المجلد ١٤
١٤- منير القاضي ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة الدول العربية ، مصر ، ١٩٥٤.
١٥- ناصرالدين محمد الشاعر ، العنف العائلي ضد المرأة ، مجلة النجاح للأبحاث ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، العدد ٢ ، المجلد ١٣ ، ٢٠٠٣.
١٦- د . نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار النهظة العربية ، مصر .
١٧- د . نهى عدنان القاطرجي ، العنف الاسري ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الاسلامي ، الشارقة ، ٢٠٠٩.

مجموعات الاحكام :

١٨- المحامي قتيبة عدنان حمد ، المنتقى من قرارات محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٢٠ .

التشريعات:

١٩- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٢٠- قانون الاثبات العراقي رقم رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
٢١- قانون رعاية القاصرين العراقيين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ .
٢٢- مشروع قانون مناهضة العنف الاسري (نسخة رئاسة الجمهورية) لسنة ٢٠١٩.
٢٣- الوقائع العراقية عدد ٤٦١٣ – ٢٥ / ١ / ٢٠٢١ .

القواعد الناظمة لاحكام صناديق الاستثمار

- دراسة مقارنة -

أ.م.و. جعفر كاظم جبر م.و. ماجد محباس حسن
عميد كلية القانون-جامعة ميسان كلية القانون-جامعة ميسان.

مستخلص:
من الفقه من يعترض على تسمية صناديق الاستثمار بهذا الاسم، ويعد هذه التسمية لا تتسم بالدقة، اذ انها لا تعبر عن حقيقة النشاط الذي تقوم به هذه الكيانات المالية على حد وصفهم، فكلمة استثمار توحي بان الصناديق تستثمر اموال المدخرين استثمارا مباشرا وحقيقيا في الأنشطة الإنمائية الصناعية او الزراعية او العقارية مما يؤدي الى احداث زيادة صافية في الاصول الإنتاجية في حين لا تفعل هذه الصناديق سوى توظيف الاموال في تكوين وادارة محافظ الاوراق المالية، ويقترح تسميتها بصناديق توظيف الادخار على اعتبار ان هذه التسميه اخص في الدلالة على غرض هذه الصناديق من تسميه صناديق الاستثمار[١]، الا ان التسمية التي استقرت على مستوى الفقه والتشريعات المختلفة هي تسميتها بصناديق الاستثمار، ونحن نتفق مع الاتجاه الذي ينادي باستبعاد تسمية صناديق الادخار، لان تسمية صناديق الاستثمار اثبتت فاعليتها وقدرتها على استقطاب رؤوس الاموال الوطنية والاجنبية مما ينتج عنه زيادة الاصول فضلا عن قدرتها على القيام بالاستثمارات المباشرة[٢]، وقد اختلف الفقه والتشريعات على تعريف صناديق الاستثمار، وانعكس هذا الاختلاف على احكام الصناديق من الاشخاص المكونين لها ومن حيث نشرة الاكتتاب و وثائق الاستثمار التي يمثل مجموعها رأس مال الصندوق.
الكلمات المفتاحية (صناديق، استثمار، مستثمرون، الاكتتاب، الوثائق).

Abstract:
Those who object to naming investment funds by this name, and this name is not accurate, as it does not reflect the reality of the activity that

[١] - د. حسني المصري: شركات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة،ط١ ١٩٩٨ ، ص١٩.
[٢] - انظر بذات التحليل د. علي فوزي الموسوي: صناديق الاستثمار، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه بكلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥- ٢٠١٦، ص١٦، وانظر بذات الاتجاه سنان محمد سعيد العساف، التنظيم القانوني لصناديق الاستثمار واثره في التنمية الاقتصادية، اطروحة دكتوراه، جامعة الزعيم الازهري، كلية الدراسات العليا، ٢٠١٣، ص.٨٦

these financial entities carry out to the extent they describe them. The word investment implies that the funds invest savers' money directly and real in industrial development activities or Agricultural or real estate, which leads to a net increase in productive assets, while these funds do nothing but invest money in the formation and management of securities portfolios. It is suggested that they be called savings employment funds, given that this name is more specific to denote the purpose of these funds than to call them investment funds, except The name that has settled on the level of different jurisprudence and legislations is to call them investment funds, and we agree with the trend calling for excluding the designation of savings funds, because the naming of investment funds has proven its effectiveness and ability to attract national and foreign capital, which results in an increase in assets as well as its ability to make direct investments. Jurisprudence and legislation differed over the definition of investment funds, and this difference was reflected in the provisions of funds from persons who were not Konin and in terms of the prospectus and investment documents, the sum of which represents the fund's capital.
Key words (investment funds, investors, underwriting, documents.

مقدمة:

تعد صناديق الاستثمار نظام قانوني تعاقدي من شانه تكوين وعاء ادخاري لأموال عدد كبير من المستثمرين لإدارتها في سوق الاوراق المالية عن طريق جهة متخصصة يطلق عليها مدير الاستثمار، وذلك من خلال محفظة اوراق مالية متنوعة لتحديد افضل عائد استثماري ممكن[١]، ولعل من المسائل المهمة التي تقتضي تحديدها وازالة الغموض عنها هي التعريف بهذه الكيانات القانونية، وان من شأن الاختلاف على مستوى التعريف ان ينعكس على احكام صناديق الاستثمار، ومن ثم فأن فك الالتباس الذي يعتري التعريف من شأنه ان يؤدي الى تيسير تنظيم الاحكام الخاصة بهذه الكيانات القانونية، ومن ثم يقتضي البحث في القواعد الناظمة لاحكام صناديق الاستثمار ان نقدم له بمقدمة موجزة وفق المحاور الاتية:

اولاً: اهمية البحث: تتعاظم اهمية البحث في احكام صناديق الاستثمار، كلما تعاظمت الحاجة الى انشاء هذه الصناديق وتشريع قوانين خاصة لتنظيمها، لما تمثله هذه الكيانات القانونية من اهمية قصوى للنهوض بالواقع الاقتصادي للافراد والدول على حد سواء، ومن هنا تبرز اهمية التعريف بهذه الكيانات كخطوة اولى من اجل والاحاطة بسائر احكامها في خطوة ثانية.

3- Majid Mijbas Hasan: Legal Regulation of Investment Fund parties, International journal of Innovation, Creativity and change, www.ijicc.net.Volume9, lssue2, 2019, p1.

ثانياً: اشكالية البحث: تتمثل اشكالية البحث بشكل اولي في اختلاف التشريعات والفقه حول وجود تعريف جامع مانع لصناديق الاستثمار، وان هذا الاختلاف انعكس بدوره على احكام الصناديق، ومن ثم سنحاول من خلال هذه الدراسة ايراد التعريفات المختلفة، وبعد ذلك نتبنى تعريف محدد نعتقد انه الانسب لبيان صناديق الاستثمار واهم عناصره، الامر الذي يمثل باعتقادنا بداية منطقية سليمة لبحث احكام صناديق الاستثمار، والتي هي بدورها تمثل اشكالية الرئيسية، اذ تختلف احكام الصناديق بحسب التشريعات الناظمة لها، وبحسب الاحكام محل البحث سواء ماتعلق منها باحكام اشخاص صندوق الاستثمار او احكام نشرة الاكتتاب و وثائق الاستثمار.

ثالثاً: منهجية البحث: سنتخذ من الاتجاه التحليلي المقارن منهجا لهذه الدراسة منتقلين بين الاستقراء والاستنباط من نصوص القوانين العراقية والمقارنه بما يقتضيه الترابط الموضوعي وضرورات البحث العلمي من اجل الاحاطة بجوانب الموضوع جميعها، كما سنبحث في اتجاهات الفقه من اجل الخروج بتنظيم جامع مانع للقواعد القانونية الناظمة لاحكام صناديق الاستثمار.

رابعاً: هيكلية البحث: رسمنا لبحث القواعد الناظمة لاحكام صناديق الاستثمار خطة تتكون من مقدمة، ومطلبين، المطلب يناقش التعريف بصناديق الاستثمار، والمطلب الثاني خصص لاحكام صناديق الاستثمار، واخيراً لم يفوتنا ان نفرد خاتمة للبحث نبين من خلالها النتائج التي تمخضت عنه واهم المقترحات.

المطلب الاول: التعريف بصناديق الاستثمار

لابد من الاشارة الى ان هناك نوعين من التعاريف وردت بصدد صناديق الاستثمار، وهي التعريفات التشريعية من جانب، والتعريفات الفقهية من جانب اخر، وهذا ما سنبحثه في فرعين نخصص اولهما للتعريفات التشريعية، ونفرد الثاني للتعريفات الفقهية بصناديق الاستثمار.

الفرع الاول: التعريفات التشريعية بصناديق الاستثمار

مما تجدر الاشارة اليه ان المشرع العراقي لم ينظم احكام صناديق الاستثمار بتشريع خاص ولم تظهر في العراق حسب علمنا صناديق من هذا القبيل، ولعل السبب في ذلك يعود الى ان الزمن الذي بدأت تستقر به الاقتصادات العربية وتطور استثمارتها في شتى ضروب الحياة الاقتصادية، ومنها صناديق الاستثمار لم يكن كذلك بالنسبة الى الاقتصاد العراقي، فالحرب العراقية الايرانية في ثمانينات القرن الماضي، وما صاحبها من تأثيرات على عموم الاستثمار بما في ذلك الاستثمار في الاوراق المالية بالنسبة لصغار المستثمرين وكبارهم، وبعد ذلك الحصار الاقتصادي المفروض على العراق طيلة تسعينات القرن الماضي واوائل القرن الحالي حتى سنة ٢٠٠٣، وهو الزمن الذي نشأت به صناديق الاستثمار العربية والتشريعات المنظمة لها، فلم تكن في هذه الفترة ثمة بيئة اقتصادية او تشريعية تشجع على ظهور صناديق الاستثمار، فضلا عن طبيعة الفلسفة الاقتصادية التي ينتهجها العراق ان ذاك (النظام الاشتراكي)، والتي لا توفر

التشجيع الكامل للنهوض بالقطاع الخاص، ومن ثم ازدهاره يؤدي الى ازدهار الاستثمار بجوانب الحياة الاقتصادية جميعها، بما فيها صناديق الاستثمار.

الا ان هذا التحليل لا يؤدي بالضرورة الى القول ان المشرع العراقي منع ظهور صناديق الاستثمار، ولعل في القانون العراقي من القواعد العامة وبعض الاشارات التشريعية في القوانين الخاصة ما يكفي للقول بحكم صناديق الاستثمار، او على اقل تقدير جواز تأسيسها، اذ بموجب مبدأ سلطان الارادة ان الافراد احرار في ان ينشئوا ما شاءوا من العقود، وان يضمنوها الشروط التي يرتضونها، فلا يفرض القانون قيوداً على الحرية التعاقدية الا في اضيق الحدود لحماية النظام العام والآداب العامة[١].

ويرى جانب من الفقه ان مبدأ سلطان الارادة يهيمن على التصرف القانوني في تكوينه وفي انتاج اثاره، وهو يعني ان للارادة في التصرف القانوني قدرتها من زاويتين، الاولى انها تكفي بذاتها لانشاء الحق دون الحاجة الى افراغ هذا التصرف في شكل معين، ويقال لسلطان الارادة من هذه الزاوية مبدأ الرضائية، والثانية حرية الارادة في تحديد مضمون العقد، أي تحديد ما يترتب عليه من اثار، ويقال لمبدأ سلطان الارادة من هذه الزاوية العقد شريعة المتعاقدين[٢]، فالقانون المدني العراقي تماشياً مع مبدأ سلطان الارادة يعد العقود جميعها صحيحة متى كانت صادرة من اشخاص لهم اهلية التعاقد، ولها محل وسبب غير مخالفين للنظام العام والآداب العامة[٣]، ومن وجهة النظر هذه نعتقد انه ليس في استثمار المدخرات عن طريق صناديق الاستثمار، والتي تنشأ وتدار بموجب نظام عقدي ما يخالف النظام العام والآداب العامة، وعليه لا مانع من انشاء الصناديق الاستثمارية ابتداً.

ومنظومة التشريعات العراقية الخاصة بتنظيم التجارة هي الاخرى وان لم تنظم احكام صناديق الاستثمار، الا انها لم تنص باي حال من الاحوال على منع هذا النوع من النشاط التجاري، بل ان قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ لدى تعداد الاعمال التجارية قد اشار في المادة(٥/ خامس عشر) منه على ان التعامل في اسهم الشركات وسنداتها يعد من الاعمال التجارية، وهي اشارة وان وردت بصدد تحديد الاعمال التجارية، الا انها تؤكد جواز التعامل في الاوراق المالية بشكل مطلق، ومن ثم يمتد نطاقها ليشمل الاستثمار في الاوراق المالية عن طريق صناديق الاستثمار.

---

[١] - د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،ط٤، ٢٠١٠، ص٢٠ وما بعدها، د. سمير عبد السيد تناغو: مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٩، ص١٢ وما بعدها، د. محمد قاسم حسن: القانون المدني، الالتزامات، المصادر (العقد)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٤٦ وما بعدها.

[٢] - د. محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٧٩، ص١١٩.

[٣] - انظر نص المادة (١/١٣٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ التي نصت على انه (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بان يكون صادرا من اهله الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل)، وانظر نص المادة (١/١٣٠) من القانون ذاته التي نصت على انه (يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام والاداب.....)، كما نصت المادة (١/١٣٢) على انه (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام او الاداب).

الا ان المشرع العراقي لم يخطو خطوة واحدة صوب تنظيم صناديق الاستثمار طيلة عقد من الزمن بعد تغيير عام ٢٠٠٣، ولعدم كفاية القواعد العامة لحكم هذه الكيانات الاقتصادية، وفي ظل الحاجة الى وجودها لما توفره من مزايا للاقتصاد الوطني وللمدخرين على حد سواء فقد وجدت بعض الاشارات التشريعية التي يمكن عدها بالخطوات التشريعية المهمة الى ان يتم تشريع قانون خاص بصناديق الاستثمار، اذ صدرت من الهيئة العامة للأوراق المالية عام ٢٠١٢ تعليمات الحافظ الامين رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ والتي استحدثت مركز الحافظ الامين، وعرفت المادة(١) من هذه التعليمات الحافظ الامين بأنه (الشخص المعنوي المرخص له من قبل الهيئة لمزاولة نشاط الحفظ الامين والقيام باعمال حفظ وتحويل الاوراق المالية من حساب المستثمر لديه الى حساب المستثمر لدى الوسيط وبالعكس ودفع الالتزامات المترتبة على تداولها نيابة عن مستثمريها)، وقد نظمت المادة (٤) من هذه التعليمات مهام الحافظ الامين والتي نصت على انه (تحدد مهام الحافظ الامين بموجب اتفاقية الحفظ الامين المبرمة مع المستثمر والتي تشمل: ١- فتح حساب للاوراق المالية لكل مستثمر واعداد ملف مستقل لكل منهم يشتمل على كافة الاوراق والمستندات والتعاملات التي تمت على حسابه. ٢- حفظ الاوراق المالية ومباشرة الحقوق المرتبطة بها بما في ذلك قبض الفوائد والارباح وحق الاكتتاب وحضور اجتماعات الجمعيات العمومية والتصويت فيها نيابة عن المستثمر بناءا على تعليماته. ٣- اعلام المستثمر بكافة القرارات والاجراءات المتخذة من قبل الشركات المساهمة والمتعلقة بالحقوق المرتبطة بالاوراق المالية الخاصة به وفقا لوسيلة الاتصال المتفق عليها في اسرع وقت ممكن وبمراعاة مصلحة المستثمر.....)، وان تحليل المهام اعلاه يؤدي بالضرورة الى ذات المهام الموكلة الى امين الاستثمار ومدير الصندوق[١].

الا ان الاشارة التشريعية الصريحة الاولى صوب صناديق الاستثمار هي تلك التي نص عليها قانون المصارف الاسلامية رقم ٤٣ لسنة ٢٠١٥، اذ نصت المادة (٥/سابعا) منه على انه (...تأسس محافظ استثمارية وصناديق استثمارية...)،وعليه لم يرد في القانون العراقي تعريفا لصناديق الاستثمار على وجه مخصوص، وانما اقتصر على جواز تأسيسه من قبل المصارف الإسلامية كما اسلفنا.

والمشرع المصري هو الاخر لم يفعل ذلك في قانون سوق راس المال رقم٩٥ لسنه ١٩٩٢ في المادة (٣٥) منه، وانما بين جواز انشاء صناديق استثمار واهداف وشكل وتكوين ورأس مال هذه الصناديق واحال بموجب هذا النص امور مهمة تتعلق بصناديق الاستثمار الى اللائحة التنفيذية للقانون، وبناء على هذه الاحالة عرفت اللائحة التنفيذية صناديق الاستثمار بموجب المادة (١٤١) منها على انه صناديق الاستثمار (وعاء مشترك يهدف الى اتاحه الفرصة للمستثمرين فيه بالمشاركة جماعيا في الاستثمار في المجالات الواردة في هذه اللائحة ويديره مدير استثمار مقابل اتعاب).

[١] - انظر في المطلب الثاني تفاصيل امين الاستثمار من جهة ومدير الاستثمار من جهة اخرى.

ويرى البعض ان هذا التعريف ركز على الغاية من صناديق الاستثمار كما انه مجرد وصف لما هو قائم على ارض الواقع من حيث اعتبارها وعاءا لتجميع المدخرات للاستثمار فيها بشراء الاوراق المالية وبيعها[١].

في حين يرى جانب اخر من الفقه المصري ان عدم انشغال المشرع بتعريف صندوق الاستثمار هو عدم وجود تعريف محدد له في اغلب القوانين التي اقتفى المشرع اثرها فضلا عن تعدد انواع صناديق الاستثمار وتداخل نظامها القانوني[٢].

اما على مستوى تشريعات دول مجلس التعاون في الخليج العربي، فنجد ان بعضها يركز في تعريفه على الشخصية المعنوية للصندوق، وبعضها على الغرض من الاستثمار، وهو ما ذهب اليه المشرع القطري، والذي عرف صندوق الاستثمار في المادة (١) من قانون صناديق الاستثمار رقم ٥٢ لسنة ٢٠٠٢ على انه (كيان ذو شخصية اعتبارية يؤسس وفقا لأحكام قانون استثمار الاموال) كما عرفه المشرع الاماراتي بموجب نظام صناديق الاستثمار رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٢ في المادة (١) منه على انه (وعاء مالي يباشر نشاط تجميع الاموال من المستثمرين بغرض الاستثمار مقابل اصدار وحدات استثمار متساوية في القيمة والحقوق).

اما المشرع الفرنسي فلم يعرف صندوق الاستثمار في قانون صندوق الاستثمار النافذ رقم ٥٩٤ لسنه ١٩٧٩ بل عرفه في قانون صناديق الاستثمار الملغى ١٩٥٧ اذ نصت المادة (١) من هذا القانون على انه (مجموع المبالغ المستثمرة استثمارا قصير الاجل او واجبه الرد بمجرد الطلب والمقدمة من عده اشخاص يتمتعون بحق الملكية الشائعة ولا يعتبر هذا المال المشترك شركه ولا يمتع الشخصية المعنوية)[٣].

نلاحظ ان المشرع الفرنسي قصر الاستثمار في الاموال على الاستثمارات قصيرة الاجل واشترط تقديم الاشخاص الاموال المشاعة كما انه لم يظفي على الصندوق صفة الشخصية المعنوية، فالشخصية المعنوية بموجب هذا القانون لا تثبت للصندوق، وانما تثبت لأشخاص تكوينه كذلك لم يضفي على الصندوق طابع الشركة[٤].

ونظم المشرع الامريكي نشاط صناديق الاستثمار في قانون الاوراق المالية والبورصات لسنة ١٩٣٤ في المادة (٣) منه بعنوان انشطة الثقةActivities (Trust)،

---

[١] - عصام احمد البهجي: الموسوعة القانونية لبورصة الاوراق المالية في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط١، ص٧٩٧ وما بعدها.

[٢] - د. حسني المصري: صناديق الاستثمار في القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ص١٤.

[٣] علي عبدالله عبدة: ادارة صناديق الاستثمار في الاوراق المالية من الوجه القانونية، كله الحقوق جامعه القاهرة

[٤] - انظر بالمعنى ذاته د. علي فوزي الموسوي: النظام القانوني لادارة محفظة الاوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٨، ص١٤٦.

اذ نصت هذه المادة على انه (الأنشطة التي يزاولها المصرف بصفته اميناً او مؤتمناً في ادارة الصفقات وفحصها بانتظام والامتثال للمبادئ والمعايير الائتمانية عند ادارتها)[١].

نلاحظ ان القانون الامريكي يتفق مع القانون العراقي من حيث استحداثه لمركز الحافظ الامين والذي اطلق عليه الامين او المؤتمن، وهو شخص معنوي يتخذ شكل مصرف ويقوم بأنشطة الثقة، التي ابرزها انشطة صناديق الاستثمار، فهذا المركز يشابه الى حد بعيد مركز الحافظ الامين بموجب تعليمات رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ العراقية.

وعرف القانون الموحد لصناديق الاستثمار المشتركة ١٩٥٢ (act 1952) صندوق الاستثمار بانه (مجموعه اوراق ماليه يطرحها الامين للاستثمار وقد تكون صندوق او اكثر يديرها الامين ذاته)[٢].

الفرع الثاني: التعريفات الفقهية بصناديق الاستثمار

اما على مستوى الفقه القانوني فقد عرف جانب من الفقه صندوق الاستثمار بانه (نظام قانوني من شانه تكوين وعاء ادخاري لأموال عدد كبير من المستثمرين لإدارتها في سوق الاوراق المالية بواسطة جهة متخصصة يطلق عليها مدير الاستثمار ومن خلال محفظة اوراق مالية متنوعة لتحديد افضل عائد استثماري ممكن)[٣].

نلاحظ ان هذا التعريف رغم احاطته بجوانب صناديق الاستثمار كافة، الا انه تبنى صفة النظام القانوني، واهمل النظام التعاقدي رغم ان صندوق الاستثمار من حيث التكوين هو نتاج ارادات عقدية.

وعرفه فقيهاً اخر[٤]، بانه (بنيان قانوني ثلاثي الاطراف ينشأ بين المؤسس وامين او مدير الاستثمار والمدخرين بغرض تكوين حافظة اوراق مالية يشترك المدخرون في أرباحها وخسائرها دون ان يكون لهم حق الاشتراك في ادارة الصندوق وتمثل حقوقهم في الصكوك التي يصدرها ويعتمد الصندوق في أدارته على مبدأ توزيع المخاطر لتحقيق عائد امن ومتزن ومستقر).

يلاحظ على هذا التعريف انه اشار الى صفة تكوين الصندوق القانونية الى جانب الصفة العقدية التي تفهم ضمنا من ايراد ان الصندوق ينشأ بين الاشخاص الذين ذكرهم، فهؤلاء الاشخاص اجتمعوا بموجب عقد، لكنه جزم بأن الصندوق يتكون من اطراف ثلاثة هم المؤسس وامين الصندوق ومدير الاستثمار، واهمل الاشارة الى المستثمرون وهم الركيزة الاساسية في صناديق الاستثمار.

---

[1] - see.3 from(Securities and exchange at 1934) state(Trust activities: The bank effects transactions in a trustee capacity, or effects transaction in a fiduciary in its trust department or other department that is regulary examined by bank examiners for compliance with fiduciary principles and standards)

[2] - (A common trust fund is a group of securities set a sid by a trustee for investement by two or more trusts operated by the sam trustee).

[٣] - د. علي فوزي الموسوي: النظام القانوني لادارة محفظة الاوراق المالية، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٤٩.

[٤] د-حسني المصري: مصدر سابق، ص٢٨.

وعرفه اخر[١]، بانه اشبه ما يكون بوعاء مالي ذو عمر محدد تكونه مؤسسه ماليه متخصصة وذات دلالة وخبرة في مجالات اداره الاستثمارات، وذلك بغرض تجميع مدخرات الافراد، ومن ثم توجيهها للاستثمار في مجالات مختلفة.

يلاحظ على هذا التعريف انه ركز على اهداف الصندوق دون ان يبين اغلب العناصر الرئيسية المتعلقة بتكوينه او بأشخاصه.

وعرف جانب من الفقه الانكليزي صناديق الاستثمار بانها (مؤسسات مالية تقوم بالاستثمار الجماعي للأوراق المالية عن طريق تجميع المدخرات من عدد كبير من المستثمرين، واستثمارها في شراء وبيع الاوراق المالية بواسطة ادارة محترفة بهدف تحقيق منفعة لمؤسسيها وللمستثمرين وللاقتصاد القومي ككل)[٢].

يلاحظ على هذا التعريف انه لم يكن موفقاً في ايراد اصطلاح (مؤسسة)، فهذا الاصطلاح لا يتناسب مع صنعة صناديق الاستثمار ككيانات اقتصادية متخصصة، وهي اما ان تكون شركة كما هو الحال في اغلب التشريعات، او تكون اموال مملوكة على الشيوع بين الشركاء في تشريعات قليلة كما في القانون الفرنسي، اما تكييفها على انها مؤسسة فهذا ما لم يقل به تشريع من قبل على حد علمنا.

وعرف جانب اخر من الفقه الانجليزي صندوق الاستثمار بانه (شكل من اشكال الاستثمار الجماعي يقوم بموجبه مجموعه من المستثمرين بتجميع مدخراتهم او اموالهم سوية بهدف تحقيق المزيد من الارباح)[٣].

يلاحظ ان هذا التعريف ركز على عنصر الاستثمار، واهمل العناصر الاخرى في صناديق الاستثمار.

ويذهب اغلب الفقه الانجليزي الى ان صناديق الاستثمار هي ذاتها صناديق الاستثمار المفتوحة، بخلاف الفقه العربي الذي يعد الصناديق المفتوحة او ذات النهايات المفتوحة تصنيف من تصنيفات صناديق الاستثمار بحسب حركه الاموال، وتسمى كذلك لأنها مفتوحة في اتجاهين اتجاه زيادة رأسمالها من جهة، واتجاه تخفيض رأسمالها من جهة اخرى، ويكون لمدير الصندوق الحق في ان يطرح اسهماً او حصصا اضافية كما ان للمساهم الحق في ان ينسحب منها بأي وقت شاء[٤].

---

[١] - د. علي سعد محمد: البنوك ومحافظ الاستثمار، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٢ن ص١٩٠.

[٢] - Vaghts D: strict law, Equity and the corporation in the unity for strict law, London, 1990, p10.، نقلا عن د. وليد محمد علي: احكام محافظ الاوراق المالية الاستثمارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٠، ص٧٢.

[3] - Calvin Miller and Sylvia Richter: A gricultral investment funds of development countries, organization of the united nation Rome, Itaiy, 2010, pxiii.(Investment fund A form of collective investment where a group of investors pools fund together with the aim to generate mor profits) ، نقلا عن د. علي فوزي الموسوي: صناديق الاستثمار، مصدر سابق، ص١٨ من المحاضرة الاولى.

[٤] د- علي فوزي الموسوي: المصدر اعلاه، ص١٨.

مما تقدم يمكن تعريف صندوق الاستثمار بانه (وعاء ينشأ عن طريق اتفاق بين اطرافه تخضع اغلب احكامه لنظام قانوني، ويهدف الى ادارة اموال المستثمرين في سوق الاوراق المالية بواسطة جهة متخصصة لتحقيق افضل العوائد الاستثمارية).

ويركز التعريف على المسائل الاتية:

أ-ينشأ الصندوق عن طريق اتفاق ارادات اطرافه، ومن ثم فأن هذا الوعاء المالي في الاساس جاء عن طريق عقد بين مجموعة من الاشخاص لم نحدد عددهم، لان في بعض الانظمة القانونية يكون اشخاص الصندوق ثلاثة، وفي بعضها يكونوا اربعة بحسب الاحوال.

ب - بعد ان تتجه ارادة الاطراف الى انشاء الصندوق فان احكامه تكون خاضعة لنظام قانوني يحدد جميع المسائل المتعلقة به منذ النشأة وحتى الانتهاء، وقد عمدت اغلب الدول لوضع قوانين خاصة تنظم جميع احكام صناديق الاستثمار.

ج- تكون ادارة الصندوق بواسطة شخص متخصص ذي دراية وخبرة في احوال سوق المال وهو في الاعم الاغلب يكون شركة متخصصة او مصرف.

د- تخصص اموال المستثمرين في الصندوق للاستثمار في سوق الاوراق المالية حصرا.

المطلب الثاني: احكام صناديق الاستثمار

تظهر احكام صناديق الاستثمار بمظهرين رئيسيين اولهما من خلال اشخاص الصندوق، وثانيهما ظهورها من خلال نشرة الاكتتاب و وثائق الاستثمار، وهذا ما سنبحثه في فرعين نخصص الاول لاحكام صناديق الاستثمار من حيث اشخاصه، ونفرد الثاني لاحكام صناديق الاستثمار من حيث نشرة الاكتتاب و وثائق الاستثمار.

الفرع الاول: احكام صناديق الاستثمار من حيث اشخاصها

سنتاول في هذا الفرع مجموع الاشخاص المكونين لصناديق الاستثمار، وذلك من خلال الفقرات الاتية:

اولاً: مؤسس الصندوق:

يعرف في بعض الدول بمؤسس الترست بينما يعرف في دول اخرى باسم شركة الادارة وهي التي تؤسس الصندوق، ومؤسس الصندوق قد يكون مصرفا او اي مؤسسة مالية مرخص لها بموجب القانون ان تباشر نشاط تاسيس صناديق الاستثمار بحسب ما يتطلبه التشريع في كل دولة من اشتراط شكل قانوني معين يجب توافره في الجهة التي يحق لها تأسيس صناديق الاستثمار[١].

وان من اهم ما يميز صناديق الاستثمار في القوانين المقارنة ما يسمى بتلقائية التأسيس الذي يعني ان هناك جهة قائمة او شخص قانوني قائم يتخذ مبادرة انشاء الصندوق ليلعب دور الوسيط بين المدخرين الراغبين في استثمار مدخراتهم في الاوراق المالية، والشركات الصناعية والتجارية المصدرة لهذه الاوراق، وذلك دون حاجة الى انشاء الصندوق على شكل شركة، ودون حاجة الى الاعتراف له بالشخصية المعنوية،

[١] - سنان محمد سيد العساف: المصدر السابق، ص٢٠٧.

وتلعب هذا الدور المحرك في القانون المقارن شركة تعرف باسم شركة الادارة، اذ هي التي تتخذ مبادرة انشاء صندوق الاستثمار وتلعب دور الوسيط المشار اليه، وهي التي تتولى ادارة نشاطه المتمثل في تكوين وادارة محافظ اوراق مالية وفقا لمبدا توزيع المخاطر لتحقيق العائد المتزن والمستقر وهي التي تمثل الصندوق امام الغير والقضاء وتختلف شركة الادارة هنا عن شركة الادارة التي ينحصر غرضها في ادارة محافظ الاوراق المالية المقدمة لها من الغير، ومن ثم تتولى الشركة ادارتها لحسابه ووفقا لتعليماته، كما تختلف عن شركات الادارة التي تنشأ لاغراض اخرى كادارة العقارات المعدة للسكن واكتساب ملكيتها وادارة هذه الملكية.

ويرى البعض ان شركة الادارة بوصفها من تنشأ الصندوق وتديره فان وجودها يعد وجودا وجوبيا لا مناص منه، فتعد هي العامل المحرك للصندوق ويجب ان تتوافر في هذه الشركة مجموعة من الشروط منها ما تتعلق بشكلها ومنها ما تتعلق بغرضها واخرى براس مالها، اذ غالبا ما تتخذ شركة الادارة في النظام الانجلوامريكي شكل شركة مساهمة، وان لم تتضمن قوانين صناديق الاستثمار نصوصا بذاتها في هذا الشأن، فلا يجوز تأسيس هذه الشركة بموجب القانون الانكليزي الا بعد موافقة وزارة التجارة والصناعة، وحتى في الرقابة على ادارتها تتمتع هذه الوزارة بسلطة تقديرية واسعة، وفي الولايات المتحدة الامريكية اخضع المشرع صناديق الاستثمار لأشراف غرفة التجارة الاتحادية ولجنة عمليات البورصة، وبالرغم من ان القانون الانكليزي لم يفرض شكلا معينا لهذه الشركة الا انه غالبا ما يتخذ شكل شركة مساهمة، كما اوجب قانون صناديق الاستثمار الالماني لسنة ١٩٧٠ على شركة الادارة اتخاذها شكل شركة مساهمة، وكما هو الحال في فرنسا بموجب قانون صناديق الاستثمار لسنة١٩٥٧[١].

اما في مصر فقد نصت المادة(٢/٣٥) من قانون رقم٩٥ لسنة١٩٩٢ على انه (يجب ان يتخذ صندوق الاستثمار شكل شركة المساهمة برأس مال نقدي...)، وفي الكويت نصت المادة٦ من القانون رقم٣١ لسنة١٩٩٠ على انه (يجوز لشركات المساهمة الكويتية التي يدخل ضمن اغراضها الاموال لحساب الغير ان تنشى صناديق استثمار).

وفي العراق لم نجد تنظم لصناديق الاستثمار بتشريع خاص، ولم ترد اشارة تشريعية مبشارة اليها سوى في قانون المصارف الاسلامية رقم٤٣ لسنة٢٠١٥ الذي اشار الى صناديق الاستثمار اذ نصت المادة (٥/ سابعا) منه على انه (تاسيس محافظ استثمارية وصناديق استثمارية...)، فيعد تأسيس صناديق الاستثمار من بين اعمال المصارف الاسلامية، لكن لم ترد في القانون غير هذه الاشارة، ومن ثم تبقى مجمل احكام صناديق الاستثمار محل غموض في منظومة التشريعات العراقية، بما فيها شكل شركة الادارة، الا اننا نستطيع القول ان الموسس بموجب هذا القانون هو دائما مصرف، وفي الغالب ما يكون المصرف شركة مساهمة، ومن ثم يتخذ مؤسس صندوق الاستثمار

---

[١] - د. حسني المصري:صناديق الاستثمار المشترك في القانون المصري والقانون الكويتي والقانون المقارن، الكويت،١٩٩٥، ص٢٠٩.

بموجب القانون العراقي في الغالب شكل شركة مساهمة كما هو الاتجاه الغالب في التشريعات محل المقارنة. كما قد يكون شركة استثمار مالي، والاخيرة بطبيعة الحال شركة مساهمة[١].

وغرض انشاء هذه الشركة في الغالب هو ان تلعب دور الوسيط بين المدخرين والشركات الصناعية والتجارية، ومتى اتخذت شركة الادارة مبادرة تأسيس صندوق الاستثمار وادارته تولدت تكوين محفظة الاوراق المالية، ما يعني ان غرض الشركة لا يتعدى تكوين وادارة محافظ اوراق مالية وفقا لمبدا توزيع المخاطر لحساب المدخرين.

اما شروط راس مال شركة الادارة فيجب ان يكون راس مالها ضمانا فعالا وكافيا ليغطي تكاليف الادارة من جهة ومسؤولية الشركة قبل المدخرين من جهة اخرى. فالقانون الفرنسي يتطلب ان يكون الحد الادنى لراس مال الشركة(١٠٠٠٠٠) فرنك فرنسي، والقانون الانجليزي بمبلغ يعادل(٢٥٠٠٠٠) فرنك فرنسي، وفي القانون العراقي فبما ان مؤسس صندوق الاستثمار هو المصرف الاسلامي وبالرجوع الى قانون المصارف الاسلامية نجد انه حدد راس مال هذا المصرف اذ نصت المادة(٤/اولا) على انه (لا يجوز ان يقل راس المال المدفوع لاي مصرف اسلامي عن(٢٥٠) مئتين وخمسين مليار دينار وللبنك ان يرفع الحد الادنى وفق قانون المصارف رقم(٩٤) لسنة ٢٠٠٤. وان كانت شركة استثمار مالي فان راس مالها لا يقل عن مليار المادة(٣) من نظام شركات الاستثمار المالي لسنة٢٠١١.

ثانياً: المستثمرون:

يعد المستثمرون او المدخرون هم الطرف الاهم في تكوين صناديق الاستثمار، اذ ان عملية تشكيل الصندوق والفرص الاستثمارية الكبيرة التي يتم الاعلان عنها ليس لها معنى دون وجود المستثمرين الذين سيكتتبون في وثائق الصندوق. فالمستثمرون هم الذين يقدمون اموالهم الى الصندوق ويخضعون لنظامه ويحصلون على نسبة من العائد بما يتناسب مع حصصهم في راس المال وهو ما يؤدي الى زيادة راس مالهم المستثمر، ويتنوع المستثمرون في صناديق الاستثمار، اذ قد يكون المستثمر من الافراد العاديين فيعد صندوق الاستثمار منفذ استثماري يتيح المشاركة في الحدود الدنيا من المشاركة في هذا الصندوق كما يعد منفذ استثماري لصغار المستثمرين الى جانب كبار المستثمرين ايضا. كما قد يكون المستثمر من الشركات والبنوك، او من صناديق الاستثمار الاخرى، ويمكن ان تشترك الدول في صناديق استثمار عالمية عملاقة. لكن رغم اهمية المستثمرون في الصندوق الا انهم لا يشتركون في ادارته او على الاقل لا يعد اشتراكهم اشتراكا حقيقيا في الادارة[٢].

---

[١] - انظر نص المادة(٦) من نظام شركات الاستثمار المالي لسنة٢٠١١.

[٢] - د. علي فوزي الموسوي: النظام القانوني لادارة محفظة الاوراق المالية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة النهرين،٢٠٠٨،ص١٦٢.

ثالثاً: امين صندوق الاستثمار:

بعد الانتهاء من مرحلة الاعداد للصندوق والحصول على ترخيص من جهة الاشراف وقبل البدء بطرح الصندوق على الجمهور، تقوم جهة الاصدار بتعيين امين للصندوق الذي يعد وجوده اساسيا لاستكمال عناصر صندوق الاستثمار، فاذا كانت شركة الادارة هي العنصر الاساس الاول في بنيان صيغة الاستثمار المشترك فان وجود الامين هو العنصر الاساس الثاني، ومن ثم يعد الامين ركيزة اساسية لا يقوم صندوق الاستثار بدونه[١]. وامين صندوق الاستثمار هو مؤسسة مالية متخصصة بحفظ الاوراق المالية وادارتها وغالبا ما يكون مصرفا[٢].

ولامين الاستثمار اهمية كبيرة ومما يوكد هذه الاهمية ان جميع التشريعات المنظمة لصناديق الاستثمار نظمت المركز القانوني له باستثناء المشرع المصري لم ينص عليه بشكل صريح لا في سوق راس المال ولا في اللائحة التنفيذية كطرف يفرض على الصندوق تعيينه، الا اننا نسطيع من خلال بعض الاشارت في القانون المصري ان نقول ان الاخير لم يهمل تنظيمه وانما قصره فقط على المصرف، من ذلك ما نصت عليه المادة(٣٨) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال المصري، اذ نصت على انه (يجب الاحتفاظ في الاوراق المالية التي يستثمر الصندوق موله فيها لدى احدى البنوك الخاضعة لرقابة البنك المركزي). كما اوجبت المادة(١٧٦) من القانون ذاته ان يتضمن عقد ادارة الصندوق تحديد العلاقة بين شركة ادارة الصندوق والبنك المودع لديه فيما يتعلق بالاوراق المالية التي يتولى حفظها، ومن ثم نستطيع القول ان المشرع المصري لم يهمل تنظيم المركز القانوني لامين الاستثمار وانما قصره على المصرف[٣].

ومما تجدر الاشارة اليه انه لا يشترط تعيين امين للصندوق اصلا في حالة كون شركة الادارة او الجهة المصدرة مصرفا، لأنها في هذه الحالة تلعب دور شركة الادارة والمصرف الامين في الوقت ذاته وهذا ما سارت عليه تشريعات بعض الدول العربية[٤].

وعكس هذا الاتجاه سار المشرع الاردني، اذ نص في المادة(٣١) من تعليمات الاستثمار المشترك الاردني لسنة ١٩٩٩، على انه (لا يجوز لاي شخص ممارسة اعمال ادارة الاستثمار وامانة الاستثمار لنفس المشروع).

هذا وقد اختلفت التشريعات في تسمية امين الاستثمار، اذ اطلق عليه المشرع الاردني والقطري اسم امين الاستثمار، وعند المشرع اللبناني يسمى الوديع، اما المشرع الاماراتي فاطلق عليه اسم الحافظ الامين، في حين ان المشرع الفلسطيني فرق بين الحافظ الامين، فعرفه بانه الشخص الاعتباري الذي يمارس اعمال الحفظ الامين

---

[١] - د. سنان محمد العساف: المصدر السابق، ص١٨٧.

[٢] - د. خالد سعد زغلول حلمي: النظام القانوني للرقابة على المحافظ وصناديق الاستثمار، عرض للتجربة الكويتية، بحث مقدم لمؤتمر اسواق الاوراق المالية والبورصات،٢٠٠٧، ص٩.

[٣] - عكس هذا التحليل سنان محمد العساف: المصدر السابق، ص١٧٨.

[٤] - انظر نص المادة(٢١) من لائحة صناديق الاستثمار السعودية لعام ١٤٢٧.

للأوراق المالية، وبين امين الصندوق الذي عرفه بانه الشخص الاعتباري المرخص له من الهيئة للرقابة على نشاطات الصندوق والتزاماته[١].

وقد عرف المشرع الاردني امين الاستثمار بانه (شركة الخدمات المالية المرخص لها ممارسة اعمال امانة الاستثمار وفقا للقانون)[٢]. وعرفه المشرع القطري بانه (البنك الذي يقوم باعمال امانة استثمار اموال الصندوق)[٣].

وفي العراق لم ينظم احكام صناديق الاستثمار كما ذكرنا سلفا، ولم ترد الا اشارة واحدة في قانون المصارف الاسلامية، والتي اعطت للمصارف حق تكوين صناديق استثمارية[٤]، ومن ثم يمكن القول بموجب هذه الاشارة ان المصرف بوصفه مؤسس الصندوق هو ذاته امين الاستثمار، وتنتفي الحاجة الى تعيين امين جديد لازال المؤسس هو المصرف، وهذا ما عليه العمل لدى الكثير من القوانين العربية ومنها القانون السعودي كما بينا، اما اذا كان مؤسس الصندوق غير المصرف كان يكون شركة استثمار مالي عندها تمس الحاجة لتعيين امين للاستثمار، وقد عرفت تعليمات انشاء صناديق الاستثمار امين الاستثمار بانه (الشخص الاعتباري الذي يمارس متابعة ادارة استثمارات العملاء ومراقبتها للتأكد من مطابقتها للأسس والاهداف الاستثمارية للعميل المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار الموقعة بين العميل ومدير الاستثمار).

وتختلف الواجبات الملقاة على عاتق امين الاستثمار من قانون لاخر اذ نجد بعض التشريعات تنيط به مهام متعددة، واخرى قصرت دور الامين على مجرد اعتباره حارس على موجودات الصندوق، وهذا يعني ان واجبات امين الاستثمار تضيق، وتتسع بحسب التنظيم القانوني لكل دولة، لكن يمكن القول ان الواجبات الرئيسية لامين الاستثمار تتلخص في حفظ موجودات الصندوق وان يحددها عن امواله الخاصة ويكون امينا عليها او له حق الاستفادة منها وهناك نوع من المصارف يقوم بحفظ الاوراق المالية دون ادارتها، الذي يعرف في انكلترا بالحارس الامين، لكن من النادر ان يقتصر دور امين الاستثمار على الحراسة فقط بل له فضلا عن ذلك الادارة المادية لموجودات الصندوق كتلقي مبالغ الاكتتابات في وحدات الصندوق وتحصيل الايرادات والعوائد واي مبالغ مستحقة لصالح الصندوق، واي مستحقات لاطراف اخرى بالنيابة عن الصندوق، وغيرها من التصرفات التي يقوم بها تنفيذا لتعليمات شركة الادارة، ومن التشريعات التي اناطت بأمين الاستثمار هذه المهام مشروع نظام صناديق الاستثمار الامارتي لسنة ٢٠١١ الذي نظمت المادة(٣٤) منه هذه المهام، كما لامين الاستثمار في بعض القوانين الرقابة على اعمال شركة الادارة، اذ تنظم هذه الرقابة بموجب العقد المبرم بين امين الاستثمار وشركة الادارة، وبموجب هذا الاتفاق للامين رفض تنفيذ

---

[١] - انظر نص المادة(١) من قانون الاوراق المالية الفلسطيني رقم١٢ لسنة٢٠٠٤.
[٢] - انظر نص المادة(١) من تعليمات الاستثمار المشترك الاردني لسنة١٩٩٩.
[٣] - انظر نص المادة(١) من قانون صناديق الاستثمار القطري رقم(٢٥) لسنة٢٠٠٢.
[٤] - انظر نص المادة(٧/٥) من القانون.

تعليمات شركة الادارة اذا كانت مخالفة للاتفاق، ومن القوانين التي اناطت بالأمين هذه المهمة القانون الاردني بموجب المادة(٢٣) منه[١].

كما تحضر على الامين بعض الاعمال كثير من التشريعات، اذ منعت المادة(٢٤) من قانون الاستثمار القطري امين الاستثمار من الجمع بين ادارة الصندوق، وامانة الاستثمار، وان يمتلك بطريقة مباشرة او غير مباشرة أيا من وحدات الاستثمار الذي يتولى امانته ان تكون بينه وبين مدير الصندوق مصالح مشتركة مالم يفصح عنها، وتكون غير مؤثرة على حياده، واستقلاله في اداء المهام الموكلة اليه، ان يحصل هو والعاملين لدية على اي منفعة او هدية او عطية خارج عمولاته المحددة، ان ينشر او يصرح باي معلومات عن الصندوق او حقوق المستثمرين سوى المرخص له بنشرها حسب المهام المنوطة اليه.

ويكون امين الاستثمار مسؤولا عن اي اضرار بأموال الصندوق والمستثمرين الناتجة تقصيره او اهماله في اداء مهامه وهذا ما نظمته غالبة تشريعات صناديق الاستثمار العربية[٢]. اما في القوانين الانجلو امريكية فأنها تخضع مسؤولية امين الاستثمار للقواعد العامة المطبقة على امناء الترست[٣].

رابعاً: مدير الاستثمار:

هناك نوعان لإدارة صناديق الاستثمار، اذ قد تكون ادارة عامة للصندوق والتي تتجلى بتمثيل الصندوق امام الغير، و وضع السياسة الاستثمارية في حالة ما اذا كان يمارس نشاطه في نوع معين من الاوراق المالية او في مجال معين من المجالات الاقتصادية وتحديد مدة بقاء الصندوق ورأس ماله وعدد الوثائق التي تطرح للاكتتاب، فكل هذه الانشطة، وما في حكمها تكون من اختصاص المؤسس، ولا علاقة لمدير الاستثمار فيها، اما النوع الثاني من الادارة فهي الادارة الفنية والتي تعني، وضع الاستراتيجية اللازمة لتنفيذ الخطط الاستثمارية التي سبق، وان حددتها الشركة التي انشئت الصندوق، فاذا كانت الاستتراتيجيا التي وضعتها الادارة العامة تتمثل في الاستثمار في الاسهم والسندات فان الادارة الفنية هي التي تحدد ما تحتويه محفظة الصندوق في كل منها، وتزيد نسبة الاسهم والسندات هذه تبعا لظروف السوق، فالإدارة الفنية هي التي تحدد المجالات الاقتصادية التي يستثمر فيها الصندوق، ونسبة الاوراق المالية التي يتعامل بها في كل نشاط، ولما كانت الادارة الفنية تعتمد على الخبرة والدراية في مجال صناديق الاستثمار فلا بد ان تناط بشخص متخصص في هذا المجال[٤] ، وبهذا فان مدير الاستثمار يمثل الجهة ذات الخبرة في ادارة صناديق الاستثمار سواء كانت شركة مساهمة او جهة متخصصة يعهد اليها الصندوق بإدارة نشاطه، وان اول اجراء

---

[١] - انظر في عرض هذا سنان محمد العساف: المصدر السابق، ص١٩٢ وما بعدها.

[٢] - من ذلك نص المادة(٢٥) من القانون القطري، والمادة(٣٨) من القانون الارني.

[3] - claud ,les societies d investissement et la gestion collective de lepargne,p:288

[٤] - د. علي فوزي الموسوي: النظام القانوني لادارة صناديق الاستثمار، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٦٥.

تنفيذي يتم اتخاذه بعد تأسيس الصندوق هو ابرام عقد الادارة بين الجهة المؤسسة للصندوق ومدير الاستثمار[١].

وعرف البعض عقد الادارة بانه عقد مكتوب بين كل من شركة الصندوق ومدير الاستثمار مبينا فيه حقوق والتزامات طرفيه متضمنا كافة الاحكام التي تطلبها القانون وبموجب هذا العقد يلتزم مدير الاستثمار بإدارة الصندوق، ويبذل عناية الرجل الحريص لتحقيق صالح الصندوق وحملة الوثائق[٢].

وقد اختلفت التشريعات المنظمة لصناديق الاستثمار في تنظيم احكام المركز القانوني لمدير الاستثمار، اذ خول المشرع الكويتي الشركات المساهمة التي يدخل ضمن نشاطها ادارة الاموال مبادرة تأسيس الصندوق واجاز لها تولي ادارته بوصفها شركة ادارة او اسناد مهمة الادارة الى شركة ادارة اخرى[٣]، اما القانون المصري فقد اوجب اسناد الادارة الى شركة ادارة مستقلة وان تتخذ هذه الشركة شكل شركة مساهمة مصرية، اذ نصت المادة(١/١٦٤) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم٩٥ لسنة١٩٩٢ على انه (يشترط في مدير الاستثمار ان يكون شركة مساهمة مصرية لا يقل المدفوع نقدا من راس مالها عن مليون جنيه او جهة اجنبية متخصصة وفقا لما يحدده مجلس ادارة الهيئة).

ومما تجدر الاشارة اليه ان النص المصري يقتضي التفريق بين اسناد ادارة صندوق الاستثمار الى شركة وطنية، وبين اسنادها الى شركة وطنية فاذا كانت الشركة مصرية اشترط ان تتخذ شكل شركة مساهمة، اما اذا كانت غير مصرية، فاكتفى باشتراط ان تكون جهة متخصصة، ومن ثم فمن الناحية النظرية ممكن ان تتخذ اي شكل اخر غير الشركة، ويشترط في مدير الصندوق ان يكون متخصص، وذا خبرة ودراية باعمال الاستثمار، وان يكون ذا ملائة مالية[٤].

هذا وتعطي غالبية التشريعات السلطة في تعيين مدير الصندوق لمؤسس الصندوق او ما يعرف في بعض التشريعات بشركة الصندوق، فالقانون اعطى الحق لمؤسس الصندوق سلطة اختيار من سيدير الصندوق، بوصفه الاعرف بالشركات ذات الخبرة والسمعة العالية في مجال ادارة الصناديق، والتي من الممكن ان تحقق مردودات عالية، بصرف النظر عن كون مؤسس الصندوق شركة مساهمة او مصرف او شركة تأمين[٥]. من ذلك ما ذهب اليه المشرع القطري اذ نص في المادة(١٩) من اللائحة التنفيذية لقانون صناديق الاستثمار القطري رقم ٢٥ لسنة٢٠٠٢ على انه (يتولى ادارة

---

[١] - د.نزيه عبد المقصود:صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الاسلامي والاقتصاد الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،٢٠١١،ص١٤٨.

[٢] - د. سنان محمد العساف: المصدر السابق،ص٢٥٤.

[٣] - انظر نص المادة(٦٣) من اللائحة التنفيذية للقانون الكويتي رقم ٣١ لسنة ١٩٩٠.

[٤] - د. حسني المصري: مصدر سابق ، ص٢٣٦.

[٥] - سنان محمد العساف: المصدر السابق، ص٢٥٩.

الصندوق مدير يعينه المؤسس بعد موافقة المؤسس بعد موافقة المصرف وبالتنسيق مع السوق...)[١].

اما في القانون العراقي فلم يرد اي تنظيم صريح لمركز مدير الصندوق، بوصف المشرع العراقي لم ينظم احكام صناديق الاستثمار، ومن باب اولى ان تبقى مراكز اطرافه يكتنفها الغموض، ونحن لا نؤيد البعض[٢]، الذي خلع على عقد ادارة صناديق الاستثمار الاحكام المنظمة لإدارة الشركات المساهمة، وجعل مركز مدير الصندوق بمركز المدير المفوض في الشركة المساهمة، فالراي المتقدم يمثل قياس مع الفارق، وينم عن سوء فهم لمركز المدير المفوض في الشركة المساهمة، ومدير صندوق الاستثمار على حد سواء، اذ ان التشريعات المختلفة لم تتفق فيما بينها على ان الصندوق شركة، هذا من جانب ومن جانب اخر فان الطرف الذي يبرم العقد مع مدير الصندوق هو مؤسس الصندوق كي يقوم الاول بإدارة الصندوق لمصلحة المستثمرين، فيظهر الصندوق ثلاثي الرأس من حيث اطرافه، بينما يعمل المدير المفوض في الشركة المساهمة بتمثيلها بشكل مباشر دون ان يكون هناك شخص اخر كما هو الامر بالنسبة للمستثمرين في الصندوق.

لكن مشروع تعليمات انشاء صناديق الاستثمار العراقية عرفت في المادة(١) منها مدير الاستثمار على انه (هو الجهة ذات الخبرة المتخصصة في ادارة صناديق الاستثمار والتي يتعاقد معاها الصندوق لادارة نشاطه بالكامل).

ونعتقد رغم غياب التنظيم القانوني الخاص بصناديق الاستثمار، الا اننا يمكن ان نلاحظ موقف المشرع العراقي من مسالة مركز مدير الصندوق، فمؤسس الصندوق بموجب القانون مع غياب التحديد الدقيق يمكن ان يكون شركة مساهمة او شركة استثمار مالي او مصرف، اذ وردت الاشارة بموجب قانون المصارف الاسلامية على امكانية انشاء صناديق استثمار، ومن ثم مع هذا الاطلاق يمكن لمؤسس الصندوق ان يتولى الادارة بنفسه او يعهد بها الى شخص اخر خاصة ان الكثير من التشريعات تسمح لمؤسس الصندوق بإدارته او اناطة مهمة ادارة الصندوق بشخص اخر.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الى ان مدير الاستثمار هو وكيل عن الصندوق لا عن المستثمرين، بينما ذهب اتجاه اخر الى انه وكيل بالعمولة عن الصندوق[٣]. ولمدير الاستثمار مجموعة من الحقوق اهمها الحق في مقابل الادرة، وقد جرت العادة ان تكون نسبة مئوية من صافي اصول الصندوق، كما له الحق في استرداد المصروفات والنفقات

---

[١] - ومن ذلك نص المادة (١٨٠) من اللائحة التنفذية لقانون سوق رأس المال المصري التي نصت على انه (يعهد البنك او شركة التامين بادارة نشاط الصندوق الى احدى الجهات ذات الخبرة في ادارة صناديق الاستثمار وفقا للقواعد والاحكام المنصوص عليها بهذه اللائحة ويكون البنك او الشركة مسؤولا عن سوء تلك الادارة التي تؤدي الى الاضرار بالصندوق)

[٢] - انظر بشان هذا الراي د. هيفاء مزهر الساعدي: شركة صندوق الاستثمار، دراسة مقارنة، مكتبة السيسبان، بغداد ٢٠١٤، ص١٣٢.

[٣] - انظر في عرض هذا د. هيفاء مزهر الساعدي: المصدر السابق،ص١٣٥.

والتعويض عن الاضرار، وله الحق في تمثيل الصندوق، كما لمدير الصندوق الحق في ادارة اكثر من صندوق في ان احد[١].

ومن جانب اخر تلقى على عاتق مدير الصندوق مجموعة من الواجبات والالتزامات، اهمها اعداد محافظ للاوراق المالية، واعداد نظام للصندوق، واعداد نشرة الاكتتاب، كما عليه الالتزام بإدارة الصندوق، وعليه الالتزام بالاحتفاظ بنسبة كافية من السيولة لمواجهة طلبات استرداد قيمة وثائق الاستثمار، ويلتزم بسياسات الصندوق المنصوص عليها في نشرة الاصدار، وعليه ان يضع لائحة داخلية تنظم عمل الصندوق، ويلتزم بالشفافية والافصاح.

ويحظر على مدير الصندوق القيام ببعض الاعمال، اذ لا يجوز لمدير الصندوق الاقراض للغير او الاقتراض منه من ذمة او على ذمة الصندوق، ويجب ان لا يحصل هو او العاملين لديه على كسب او ميزة من العمليات التي يجريها، وان لا تكون له مصلحة من اي نوع مع الشركات التي يتعامل على اوراقها المالية لحساب الصندوق الذي يديره، كما يحضر عليه استثمار اموال الصندوق في وثائق صندوق اخر يقوم بإدارته، وان لا يقوم بعمليات الهدف الاساس منها زيادة عمولته او المصرفات والاتعاب التي يتقاضاها، ويحظر عليه استخدام اموال الصندوق في تأسيس شركات جديدة او شراء اوراق مالية لشركات تحت التصفية او في حالة افلاس او شراء اسهم غير مقيدة في الاوراق المالية، ولا يجوز له نشر بيانات او معلومات غير صحيحة او غير كاملة او حجب بيانات او معلومات هامة[٢].

وكما هو معلوم ان مدير الصندوق خلال عمله في الادارة قد يقع منه خطأ من شانه ان يحرك مسؤوليته العقدية بوصفه طرف في عقد، كما يمكن ان تتحرك مسؤوليته التقصيرية في حالة مخالفته لواجب من واجباته القانونية او قصر في واجباته تجاه المستثمرين متى لحقهم ضررمن ذلك التقصير او الاهمال.

واخيرا تنهي مهمة مدير الصندوق لدى انقضاء صندوق الاستثمار، او عند عزله او تنحيه، كما تنتهي مهمته في حالة سحب جهة الاشراف والادارة الترخيص الصادر له[٣].

الفرع الثاني: نشرة الاكتتاب و وثائق الاستثمار

ان اول عمل يقوم به مدير الاستمار بعد تعاقده مع مؤسس الصندوق، هو تقسيم رأس مال الاخير الى وحدات استثمارية تمثل بمجموعها قيمة رأس مال الصندوق ثم يقوم بعد ذلك باعداد نشرة في هذه الوثائق ليطرحها للاكتتاب، ويمكن عد هذه المرحلة مرحلة استعداد الصندوق الى الظهور.

---

[١] - د. فارس محمد اعجيمان العجمي: رقابة سوق المال على ادارة محافظ الاوراق المالية وصناديق الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص٣٤٤ وما بعدها.

[٢] - د. هيفاء مزهر فلحي الساعدي: مصدر سابق، ص١٥٢ وما بعدها.

[٣] - د. هيفاء مزهر فلحي الساعدي: مصدر سابق، ص١٩٤ وما بعدها.

ونشرة الاكتتاب من المسائل المهمة في حياة صناديق الاستثمار، الامر الذي جعل التشريعات تهتم بأحكامها بشكل مفصل، اذ من خلال هذه النشرة يتم تقسيم رأس المال المكتتب به الى وثائق استثمار تمثل بمجموعها القيمة الحقيقية لرأس مال الصندوق.

ومن اهم المسائل التي تمس الحاجة لبحثها في هذا المجال هو معنى نشرة الاكتتاب(نشرة الاصدار) والبيانات الواجبة التوافر فيها من جهة، ووثائق او وحدات الاستثمار من جهة اخرى، وهذا ما سنبحثه في فقرتين مستقلتين وكما يأتي:

اولاً: نشرة الاكتتاب :

لابد قبل الخوض بتفاصيل احكام نشرة الاكتتاب ان ننوه بأن الاكتتاب هو الطريقة التي يمكن من خلالها للمستثمرين الاشتراك بصناديق الاستثمار، وبعيدا عن الاكتتاب بمعناه التقليدي الذي هو عملية لابد منها في تكوين الشركات السماهمة فأن هناك من التشريعات مالم تكتف باحكام الاكتتاب الواردة في قوانين الشركات، ونظمت احكام خاصة في الاكتتاب بصناديق الاستثمار من ذلك ما اوردته المادة (١) من قانون صناديق الاستثمار القطري والتي نصت على انه (الاكتتاب الخاص دعوة موجهة الى فئة معينة او اشخاص معينين للاكتتاب في رأس مال الصندوق)، ومن ذلك ما ورد في

تقضي التشريعات المنظمة لصناديق الاستثمار ان يقوم الاخير باعداد وثيقة تفصيلية تشرح للمستثمرين مختلف الجوانب المتصلة بانشاء الصندوق واهدافه وسياسات الادارة فيه ومصاريفه وطريقة الاستثمار والحد الادنى للقيمة الاسمية لكل حصة والاسلوب المستخدم في استرداد الحصص، فما معنى هذه النشرة، وما هي البيانات الواجبة التوافر فيها؟

تعرف نشرة الاكتتاب في صندوق الاستثمار، بانها الدعوة الموجهة الى الجمهور للاكتتاب في وثائق الاستثمار التي يصدرها صندوق الاستثمار وتشتمل على كافة البيانات التي تهم المستثمر، والتي تمت الموافقة عليها واعتمادها من قبل الجهات الرقابية والاشرافية بعبارة اخرى يمكن اعتبار نشرة الاكتتاب على انها الايجاب الذي يقدم من الصندوق الى المستثمرين[١].

وان اعداد نشرة الاكتتاب من مسؤولية مدير الصندوق، اذ يقوم مدير الصندوق باعداد هذه النشرة وفقا للنموذج الذي تقره الجهات الاشرافية والرقابية[٢]، اذ تخضع عملية الاكتتاب في الصكوك التي يصدرها الصندوق لرقابة سلطة الاشراف، وتقتضي هذه العملية اعداد نشرة الاكتتاب لدى احدى المصارف المرخص لها بذلك، وفرز طلبات الاكتتاب وتخصيص الصكوك للمكتتبين[٣].

ولابد بعد الانتهاء من عملية اعداد النشرة تقديمها الى الجهات الاشرافية والرقابية لاعتمادها نهائيا قبل طرحها للجمهور.

---

[١] - سنان محمد العساف: المصدر السابق، ص٢٣٧.

[٢] - انظر نص المادتين(١٧١) من قانون سوق راس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

[٣] - د. حسني المصري: المصدر السابق، ص٣٢٣.

وهذا ما نصت عليه المادة(١٥١) من القانون المصري، اذ جاء فيها على انه (يقدم صندوق الاستثمار نشرة الاكتتاب في وثائق الاستثمار التي تطرح للاكتتاب العام الى الهيئة لاعتمادها). وتتولى هذه الجهة فحص نشرة الاكتتاب في وثائق الاستثمار والاوراق المرفقة بها فاذا كانت صحيحة ومطابقة للقانون تعتمد هذه النشرة، وذا كانت غير مستوفية للشروط فيصار الى اخطار ذوو الشأن في الصندوق من اجل اكمال ما يعتريها من نقص[١].

وتشترط غالبة التشريعات توافر نشرة الاكتتاب فهي الوسيلة المكتوبة التي يفصح الصندوق من خلالها عن كافة المعلومات والبيانات اللازمة[٢].كما تبدأ اجراءات الاكتتاب بوضع نشرة الاكتتاب متى قرر صندوق الاستثمار تجميع رأس ماله من خلال جمع اموال المدخرين، وبعدها توجه النشرة الى الجمهور ودعوته الى الاكتتاب العام وهذه النشرة هي وثيقة قانونية لا تقبل الخطأ او السهو، اذ تتضمن هذه الوثيقة بيانات مهمة تساعد الجمهور على شراء الاوراق المالية فهذه النشرة تعد من الاجراءات الاساسية للصندوق وبصورة عامة تكتب من قبل لجنة مختصة في الصندوق. ويجب ان تبين هذه النشرة الاهداف الاستثمارية للصندوق والاستتراتيجيات التي من خلالها يروم تحقيق هذه الاهداف، اضافة الى الرسوم والنفقات واداء الصندوق في الماضي، ويمكن المستثمرين من الحصول على معلومات اكثر تفصيلا بما في ذلك المعلومات المتعلقة بمستشاري الاستثمار للصندوق ومدير الصندوق ومعلومات عن كيفيفة استبدال الاوراق المالية، فاما الاهداف التي يسعى الصندوق لتحقيقها تتمثل بشكل اساس من ثلاث اهداف الدخل السنوي ونمو رأس المال والحفاظ عليه، واما ما يتعلق باستتراتيجات الاستثمار الرئيسية فيسعى الصندوق الى الاستثمار في اسهم الشركات التي من المحتمل ان تساعد في نمو الاقتصاد، ومن ثم فقد جرت العادة على اعلان كل من عمر الصندوق وعدد الاسهم او الحصص فيه ضمن نشرة الاكتتاب التي تعلن عند الشروع في تاسيس الصندوق كما يمنح كل مساهم في الصندوق وثيقة توضح عدد وقيمة مساهمته فيه.

هذا ولابد من الاشارة ان قانوننا العراقي قد جاء خلو كما ذكرنا سلفا من تنظيم صناديق الاستثمار عدا بعض الاشارات التي تسمح بتأسيسها دون الخوض باحكام هذه الكيانات الاقتصادية المهمة، ومن ثم فلا تنظيم يذكر عن كيفية اجراء الاكتتاب في اوراق هذه الصناديق ان وجدت، ونعتقد مع غياب التشريع المنظم لها وبما ان الاشارة الاوضح في تشريعنا قد جاءت في قانون المصارف الاسلامية كما لاحظنا وان هذه الاخيرة في الغالب ما تكون شركات مساهمة وهي المؤسس للصندوق وفي الغالب ما تكون مديره فلا مناص من تطبيق الاحكام العامة للاكتتاب الواردة في قانون الشركات[٣]. لكننا نعتقد ان هذا الامر يمثل نقص تشريعي من الافضل تلافيه.

---

[١] - انظر نص المادة(١٥٣) من قانون راس المال المصري.

[٢] - سمير عبد الحميد رضوان: اسواق الاوراق المالية ودورها في تمويل التنمية الاقتصادية،ط١، المعهد العالي للفكر الاسلامي،القاهرة،١٩٩٦، ص٤٠.

[٣] - انظر نصوص المواد من(٣٨- ٤٨).

ولما كانت نشرة الاكتتاب تعد بمثابة الايجاب الذي يوجه الى الجمهور، فلابد من ان تشمل كافة البيانات التي تبين الجوانب كافة التي تتعلق بطريقة عمل الصندوق وسياسته الاستثمارية وراس مال الصندوق واسمه ومدته وطريقة توزيع الارباح واسم مدير الصندوق والاعمال التي قام بها واسماء اعضاء مجلس الادارة واسماء مراقبي الحسابات والهدف من الصندوق واسم المصرف الذي سيتلقى طلبات الاكتتاب في الوثائق وغيرها من البيانات بحيث تشمل كافة المعلومات عن الصندوق[١].

وقد اهتمت التشريعات المنظمة لصناديق الاستثمار اهتماما كبيرا في بيان تفاصيل هذه البيانات، اذ جاء في المادة(٣٧) من قانون رأس المال المصري على انه(يجب ان تتضمن نشرات الاكتتاب في وثائق الاستثمار التي تطرحها صناديق الاستثمار للاكتتاب العام البيانات الاتية:

١-السياسات الاستثمارية.
٢- طريقة توزيع الارباح السنوية واسلوب معاملة الارباح الرأسمالية.
٣- اسم الجهة التي تتولى ادارة نشاط الصندوق وملخص واف عن اعمالها السابقة.
٤- طريقة التقدير الدوري لاصول الصندوق واجراءات استرداد قيمة وثائق الاستثمار.

كما نصت المادة(١٥٢) من الائحة التنفيذية للقانون اعلاه على انه(يجب ان تتضمن نشرة الاكتتاب في وثائق الاستثمار التي تطرحها صناديق الاستثمار للاكتتاب العام البيانات الاتية:

١-اسم الصندوق وشكله القانوني.
٢- الهدف من الصندوق.
٣- تاريخ ورقم الترخيص الصادر للصندوق من الهيئة.
٤- مدة الصندوق.
٥- مدة الوثيقة وقيمتها الاسمية.
٦- عدد وثائق الاستثمار وفئاتها.
٧- اسم البنك المرخص له تلقي طلبات الاكتتاب.
٨- الحد الادنى والحد الاقصى للاكتتاب في وثائق الاستثمار.
٩- المدة لتلقي الاكتتابات.
١٠- اسماء اعضاء مجلس ادارة الصندوق والمديرين المسؤولين عن الادارة العامة.
١١- اسماء مراقبي الحسابات.
١٢- اسم مدير الاستثمار وملخص وافي عن اعماله السابقة.
١٣- السياسات الاستثمارية.
١٤- طريقة توزيع الارباح السنوية واسلوب معاملة الارباح الراسمالية، ومدى حدود مسؤولية حامل الوثيقة في ناتج التصفية.

---

[١] - سنان محمد العساف: المصدر السابق، ص٢٢٩.

١٥- بيان ما اذا يجوز استرداد قيمة الوثيقة قبل انتهاء مدتها وحالات ذلك واجراءات وكيفية بيعها وذلك بمراعاة ما يقره مجلس ادارة الهيئة.
١٦- كيفية الافصاح الدوري عن المعلومات.
١٧- اتعاب مدير الاستثمار.
١٨- اية اعباء مالية يتحملها المستثمرون.
١٩- طريقة التقييم الدوري لاصول الصندوق)([1]).

ثانيا: وثائق(وحدات) الاستثمار

متى صدرت الموافقة على انشاء صندوق الاستثمار يجب بعد ذلك استكمال اجراءات تاسيسه واهمها تقسيم رأس مال الصندوق الاستثماري الى وثائق او وحدات تمثل الحصص النقدية التي سيكتتب فيها المستثمرون. اذ جرى العمل على تمثيل نصيب كل شريك في صناديق الاستثمار بما يسمى الحصص او الوحدات وهذه الحصص او الوحدات تخول لصاحبها حقا ماديا

وتختلف التشريعات في تسمية هذه الحصص فالمشرع المصري استخدم لفظ (وثائق الاستثمار) اما المشرعين القطري والاردني فاطلقا عليها اسم(وحدات الاستثمار) واطلق عليها المشرع الامريكي(شهادات قيد الحصص)، اما المشرع الالماني اسم (شهادات صندوق الاستثمار)، وفي الصناديق الاسلامية فقد اطلق عليها(وحدات الصندوق)[2].

وقد اهتمت التشريعات الناظمة لصناديق الاستثمار بتعريف وثائق الاستثمار[3]، اذ عرفها المشرع الفرنسي في المادة(٣/١) من القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٥٧ بانها(حقوق الشركاء المشتاعين في صندوق الاستثمار والتي تترجم بحصص تقابل كل حصة جزءا مساويا في اموال الصندوق)، وفي القانون القطري عرفت بانها (بانها الحصص التي يتكون منها رأس مال الصندوق)[4]. اما المشرع الكويتي فقد نصت المادة(٧) من القانون الكويتي الخاص بصناديق الاستثمار على انه(تكون وحدات الاستثمار بقيمة اسمية واحدة...).

اما بالنسبة للمشرع العراقي فسبق وان لاحظنا غياب التنظيم التشريعي لصناديق الاستثمار الا ان تعليمات انشاء صناديق الاستثمار عرفتها في المادة (١) على انه (وثيقة الاستثمار: يصدر الصندوق مقابل اموال المستثمرين اوراقا مالية في صورة وثائق استثمار اسمية بقيمة واحدة. ويوقع على الوثيقة عضوان من اعضاء مجلس ادارة

---

[1] - انظر نص المادة(٥) من نظام صناديق الاستثمار السوري. ونص المادة(٥١) من قانون الاوراق المالية الفلسطيني رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤.

[2] - سنان محمد العساف: المصدر السابق،ص٢٣٤.

[3] - انظر عكس هذا في د. هيفاء مزهر الساعدي: المصدر السابق،ص١٢٢، اذ ترى ان التشريعات المنظمة لصناديق الاستثمار لم تهتم بايراد تعريف لوثائق الاستثمار بنما لاحظنا ان التشريعات المختلفة اهتمت بتعريف هذه الوثائق.

[4] - انظر نص المادة(١) من قانون صناديق الاستثمار القطري رقم٢٥ لسنة ٢٠٠٢.

الصندوق- يعينهما المجلس والمدير المسؤول، وتكون للوثائق ارقام متسلسلة، ويجب اخطار الهيئة بنموذج وثيقة الاستثمار قبل اصدارها للاكتتاب).

وقد انبرى الفقه من جانبه الى تعريف هذه الوثائق ، فعرفها البعض بانها اوراق مالية تصدر في صورة وثائق استثمار اسمية تصدرها صناديق الاستثمار مقابل اموال المستثمرين وتتخذ الشكل الاسمي او لحاملها وهي قابلة للتداول في بورصة الاوراق المالية[١].

وعرفها البعض الاخر، بانها وثائق تعاقدية اسمية او لحاملها قابلة للتداول في بورصة الاوراق المالية تصدرها صناديق الاستثمار المتخذة شكل شركة المساهمة مقابل اصول تتلقاها لاستثمارها في الاوراق المالية او في غيرها من مجالات الاستثمار وتعطي لحاملها حق المشاركة في الارباح والخسائر. اضافة لذلك فانها تخول لهم حقوق متساوية مع حقهم في استرداد قيمتها في اي وقت قبل انقضاء مدتها طبقا لقيمة الاصدار او قيمة اخر سعر اقفال لها في البورصة ايهما اقل مع حقهم في ناتج التصفية بالدرجة نفسها ومرتبة المساهمين وبنسبة رأس مال كل منهم[٢]).

وعرفها اخر بانها عبارة عن ورقة مالية يصدرها صندوق الاستثمار مقابل اموال المستثمرين وتصدر بقيمة اسمية واحدة[٣].

من خلال ما تقدم يمكن تعريف وثائق الاستثمار، بانها وثائق اسمية متساوية القيمة تتمثل في اوراق مالية يتكون منها رأس مال الصندوق الاستثماري يتم طرحها للجمهور للاكتتاب فيها مقابل المبالغ النقدية التي يقدمها المستثمرون.

اما عن الطبيعة القانونية لهذه الوثائق فأن صناديق الاستثمار، وان كانت لا تتمتع بالشخصية المعنوية لدى الكثير من التشريعات، لكن يلزم تحديد حقوق الشركاء في الصندوق عن طريق تمثيلها بحصص او وحدات يجري حساب قيمتها يوما بيوم، وتخول صاحبها حقوقا متساوية، الا ان هذه الحصص او الوحدات ليس لها وجود مادي في الواقع، وانما هي مجرد تصوير حسابي تنحصر اهميته في استخدام الحصص او الوحدات كمعيار لتحديد نصيب كل شريك في الصندوق لذا تستلزم القوانين الناظمة لصناديق الاستثمار اصدار صكوك عن طريق الصندوق لتمثيل انصبة الشركاء فيه، وهو ما يعرف بالتمثيل المادي لحقوق الشركاء[٤].

وهذا ما انتهجه القانون الكويتي، اذ نص على انه (تكون وحدات الاستثمار بقيمة اسمية واحدة، ويجب ان لا تقل هذه القيمة عن دينار واحد، وتصدر على شكل شهادات اسمية، وتخول هذه الوحدات (الشهادات) لحامليها حق الاشتراك في اقتسام

---

[١] - اسماعيل عبد العال: الادوات والسياسات المستحدثة في اسواق الاوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٨،ص٥٥.

[٢] - ماهر مصطفى محمود: النظام القانوني الخاص لشركات السمسرة في الاوراق المالية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٠٠٨،ص٦٦.

[٣] - د. صفوت عبد السلام عوض: صناديق الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥،ص١٨.

[٤] - د.حسني المصري: المصدر السابق،ص٣٤٢.

الارباح على ان يتحملوا الخسائر الناشئة عن استثمار اموال الصندوق كل بنسبة ما يملكه منها).

ويقتضي اصدار الصكوك لتمثيل حقوق الشركاء في صندوق الاستثمار امرين: الاول هو قيد هذه الصكوك المتمثلة للحصص او الوحدات في سجل خاص تمسكه شركة الادارة او امين الاستثمار ، والثاني هو ادماج الحقوق التي تخولها تلك الحصص او الوحدات في الصكوك ذاتها بحيث يعتبر التنازل عن الصك تنازلا عن الحقوق التي يخولها لصاحبه. ولقد اخذت مختلف القوانين بهذين الاعتبارين.

اذ في النظام الانجلوامريكي يقوم امين الاستثمار بمسك سجل يقيد فيه حصص الشركاء ويترتب على هذا القيد ثبوت حقوق الشركاء قبل الصندوق بحيث يعد القيد تجسيدا ماديا وقانونيا لتلك الحقوق، اذ بموجبه تندمج حقوق الشركاء في القيود التي تجري في السجل، اما في القوانين الاخرى فتندمج حقوق الشركاء بالصكوك التي يصدرها الصندوق، اذ في النظام الانجلوامريكي يعطي امين الاستثمار شهادة لكل شريك تمثل اثبات قيد حصص الشريك في سجل الحصص ولا يعني التنازل عن هذه الشهادة تنازل عن الملكية، وانما نقل الملكية يتم عن طريق القيد في السجل.

اما في فرنسا فانه بموجب قانون ١٩٥٧ ان حقوق الشركاء تندمج في شهادات تعد من قبيل القيم المنقولة او الاوراق المالية، وفي بلجيكا تعد هذه الشهادات صكوك اسمية او للحامل تمثل حصص اصحابها في الملكية المشتركة كما نصت على ذلك المادة(٤/١) من اللائحة التنفيذية للقانون البلجيكي لعام١٩٥٧. لكن يلاحظ ان تعبير الملكية المشتركة هو تعبير غير دقيق في التشريع البلجيكي لانه نظام لا يعرف الملكية المشتركة ويفضله تعبير الملكية الشائعة، اذ ان النظام البلجيكي اقام صناديق الاستثمار بموجب قانون ١٩٥٧ على نظام المال الشائع مع بعض التحوير باحكامه، اذ مع عدم تمتع الصناديق بالشخصية المعنوية تكون اموال الصندوق مملوكة على الشيوع بين الشركاء مقدمي الحصص، وعلى هذا الاساس تخول شهادات صناديق الاستثمار في القانونين الفرنسي والبلجيكي لاربابها حقوقا عينية تتمثل في ملكية حصصهم بالمال الشائع كما تخولهم حقوقا عقدية قبل شركة الادارة وامين الاستثمار[١].

الا انه رغم ما تقدم يذهب الراي الراجح في الفقه بحق وان كانت الحقوق الشخصية للشركاء تندمج في الصكوك التي تصدرها صناديق الاستثمار، الا ان الصكوك تختلف عن الاسهم والسندات وهي صكوك ايضا تندمج فيها الحقوق الشخصية للمساهمين وحملة السندات، اذ من جهة يعد المساهم دائنا شخصيا للشركة بوصفها شخصا معنويا، وله حق الاشتراك في الشركة باعتباره حقا اصيلا لايجوز حرمانه منه، اما الشريك في الصندوق يعد دائنا شخصيا لشركة الادارة وامين الاستثمار بوصفهما وكيلا عن الشركاء في الصندوق غير المتمتع بالشخصية المعنوية، ولا يجوز لهولاء الشركاء الاشتراك في ادارة الصندوق، ولا يكون لهم الحق في ادارته الا في استخدام

[١] - د. حسني المصري: المصدر السابق،ص٣٦٠.

رخصة الانسحاب في كل وقت بطلب تصفية ما يملكونه من حصص، ومن جهة ثانية تختلف صناديق الاستثمار عن السندات، اذ بينما تخول الاخيرة لاربابها الحق في القيمة الاسمية للسند وفوائدة من الشركة ربحت او خسرت فان صكوك الصندوق لا تخولهم سوى الاشتراك في ارباح الصندوق وخسائره دون ان يلتزم الصندوق قبلهم بفوائد محددة، ومن جهة ثالثة يلاحظ ان شركة الادارة وامين الاستثمار لا يلتزمان قبل الشركاء في الصندوق بدفع مبالغ معينة، لانهما مجرد هيئات تتولى ادارة الصندوق بعكس الشركات المصدرة للاسهم والسندات، فهي تلتزم بان تؤدي للمساهمين وحملة السندات مبالغ معينة تتمثل في الارباح او الفوائد او قيمة تصفية الاسهم او السندات، وقد دفعت هذه الاختلافات بين طبيعة الحقوق المندمجة في صناديق الاستثمار وطبيعة الحقوق المندمجة في الاسهم والسندات البعض الى القول بحق بان تلك الصكوك تعد نوعا جديدا من الصكوك.

من خلال ما تقدم من تعريف وثائق الاستثمار وطبيعتها يمكن ان نحدد اهم الخصائص التي تميزها عن غيرها من الاوراق المالية ويمكن اجمال هذه الخصائص في الاتي:

١-تصدر وثائق الاستثمار بقيمة واحدة، ذلك لان راس مال الصندوق يقسم الى حصص او وحدات متساوية القيمة، تمثل بمجموعها ملكية شائعة لجميع المستثمرين المكتتبين في وثائق الصندوق.

٢- تصدر وثائق الاستثمار بصورة اسمية في الاعم الاغلب، فاوجبت غالبية التشريعات اصدار وثائق الاستثمار بصورة تحمل اسم المستثمر المكتتب عليها، الا ان التشريعات اجازت استثاء اصدار وثائق استثمار لحاملها، وذلك وفق شروط واوضاع معينة، وحتى في الحالات التي يجوز فيها اصدار الوثائق لحاملها فأن هناك قيد اخر جاءت به بعض التشرعات الا وهو الا يزيد عدد الوثائق لحاملها على ٢٥ بالمائة من مجموع الوثائق المصدرة.

٣- لا يجوز اصدار وثائق الاستثمار الا بعد الوفاء بقيمتها نقدا ووفقا لسعر الاصدار، فلا يجوز الاستثمار في وثائق الاستثمار بالدين.

٤- يكون لوثائق الاستثمار كوبونات ذات ارقام متسلسلة مشتملة على رقم الوثيقة.

٥- تصدر وثائق الاستثمار في الصناديق المغلقة دفعة واحدة.

٦- لا يجوز اصدار وثائق الاستثمار مقابل حصص عينية او معنوية ايا كان نوعها. اذ منعت غالبية التشرعات قبول هذه الحصص.

٧- يجب ان يوقع على الوثيقة عضوان من اعضاء مجلس ادارة الصندوق[١]، كما ان هناك من التشريعات من نصت على ان يكون التوقيع من اختصاص مدير الصندوق وقد

---

[١] - انظر نص المادة (١) من تعليمات صناديق الاستثمار العراقية، وانظر ما يقابلها من نص المادة(١٤) من اللائحة التنفيذية للقانون الليبي.

اجازت بعض التشريعات التوقيع على وثائق الاستثمار بالطرق الالية او الالكترونية وفقا لما هو محدد في نظام عمل الصندوق.
٨- تخول وثائق الاستثمار للمستثمرين حقوقا متساوية قبل الصندوق ويكون لحامليها حق الا شتراك في الارباح والخسائر الناتجة عن استثمارات الصندوق كل بنسبة ما يملكه وفقا للشروط والاوضاع التي تقررها نشرة الاكتتاب[١].

خاتمة:

بعد ان انهينا بحثنا في احكام صندوق الاستثمار لابد من تحديد اهم النتائج التي تمخضت عنه، وبعض المقترحات التي نلتمس من مشرعنا اخذها بعين الاعتبار:

اولاً: النتائج:

١-اختلفت التشريعات محل الدراسة في تعريف صندوق الاستثمار، اذ وردت هذه التعريفات متباينة بحسب نظرة كل مشرع وتكييفه لهذه الكيانات المالية، اما على مستوى القانون العراقي فلا يوجد تنظيم مميز لصناديق الاستثمار، واسستبيع ذلك غموض اغلب احكامها بما فيها التعريف، وعلى مستوى الفقه ايضاً وردت تعريفات متعددة منها ما ركز على الطابع التنظيمي واهمل الطابع التعاقدي، ومنها ما ذكر اشخاص من اشخاص الصندوق دون غيرهم، ومنها ما ركز على اهداف الصندوق واهمل العناصر الاخرى، بنما ركزت تعريفات الفقه الانجليزي على عنصر الاستثمار على ح ساب العناصر الاخرى، ومن خلال تحليل التعاريف التشريعية والفقهيه قد تبنينا التعريف الاتي: (صندوق الاستثمار وعاء ينشا عن طريق اتفاق بين اطرافه تخضع اغلب احكامه لنظام قانوني يهدف الى ادارة اموال المستثمرين في سوق الاوراق المالية بواسطة جهة متخصصة لتحقيق افضل العوائد الاستثمارية).
٢- يظهر ان صندوق الاستثمار في جميع القوانين محل الدراسة يتكون من مجموعة من الاشخاص الذين لا يعدون ان يكونوا مؤسس صندوق الاستثمار، والمستثمرون، وامين صندوق الاستثمار، ومدير صندوق الاستثمار.
٣- تبين ان صندوق الاستثمار يتكون من مؤسس الصندوق والمستثمرين ومدير الاستثمار وامينه، ولاحظنا انه ممكن ان يكون مؤسس الصندوق هو المؤسس وهو المدير في الوقت ذاته كما لاحظنا بعض التشريعات تمنع تعيين امينا للاستثمار اذا كان المؤسس مصرفا، اذ يكون هو المؤسس والامين.
٤- يتم الاعلان عن الصندوق للجمهور من خلال نشرة اكتتاب من خلالها يستطيع المستثمرون الاطلاع على كل تفاصيل الصندوق ومن ثم يقدمون على الاكتتاب في وثائقه.
٥- يقسم راس مال الصندوق الى وثائق متساوية القيمة في الغالب ما تكون اسمية والتي تمثل حصة مساهمة كل مساهم في راس مال الصندوق، ولاحظنا انها ذات طبيعة متميزة عن الاسهم والسندات وان التبست بها من بعض الجوانب.

---

[١] - انظر في عرض هذه الخصائص سنان محمد: العساف المصدر السابق، ص٢٣٧ وما بعدها.

ثانيا: المقترحات

نقترح على مشرعنا العراقي ان يشرع قانون خاص بصناديق الاستثمار، ينظم جميع احكام الصناديق بما فيها التعريف، لان ما ورد بيانه في طيات البحث عن موقف المشرع العراقي من خلال جمع القواعد العامة والاشارات التشريعية في القوانين الخاصة لا يمكن بمجموعها ان تغطي جميع احكام صناديق الاستثمار.

المصادر:

اولاً: المصادر القانونية

١-د. حسني المصري: صناديق الاستثمار المشترك في القانون المصري والقانون الكويتي والقانون المقارن، الكويت، ١٩٩٥.

٢- د. خالد سعد زغلول حلمي: النظام القانوني للرقابة على المحافظ وصناديق الاستثمار، عرض للتجربة الكويتية، بحث مقدم لمؤتمر اسواق الاوراق المالية والبورصات، ٢٠٠٧.

٣- سنان محمد سعيد عساف: التنظيم القانوني لصناديق الاستثمار واثره في التنمية الاقتصادية، اطروحة دكتوراه، جامعة الزعيم الازهري، كلية الدراسات العليا، ٢٠١٣.

٤- د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، أ.م. محمد طه البشير: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٤، ٢٠١٠.

٥- عصام احمد البهجي: الموسوعة القانونية لبورصة الاوراق المالية في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط١.

٧- د. علي سعد محمد: البنوك ومحافظ الاستثمار، دار التعليم الجامعي، الاسكندرية، الاسكندرية، ٢٠١٢.

٨- علي عبد الله عبدة: ادارة صناديق الاستثمار في الاوراق المالية من الوجهة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بلا سنة طبع.

٩- د. علي فوزي الموسوي: النظام القانوني لادارة محفظة الاوراق المالية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٨.

١٠- د. علي فوزي الموسوي: صناديق الاستثمار، محاضرات القيت على طلبة الدكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٥- ٢٠١٦.

١١ - Majid Mijbas Hasan: Legal Regulation of Investment Fund . parties, International journal of Innovation, Creativity and change , www.ijicc.net.Volume9, lssue2, 2019, p1.

١٢- د. محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٧٩.

١٣- د. نزيه عبد المقصود: صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الاسلامي والاقتصاد الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١.

١٤- د. هيفاء مزهر الساعدي: شركة صندوق الاستثمار، دراسة مقارنة، مكتبة السيسبان، بغداد، ٢٠١٤.

١٥- د. وليد محمد علي: احكام محافظ الاوراق المالية الاستثمارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٠.

ثانيا: القوانين

١- قانون الاوراق المالية والبورصات الامريكي لسنة ١٩٣٤.

٢- القانون الموحد لصناديق لصناديق الاستثمار المشتركة الامريكي لسنة ١٩٥٢.

٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٤- قانون صناديق الاستثمار الفرنسي لسنة ١٩٥٧ الملغى.

٥- قانون صندوق الاستثمار الفرنسي رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩.
٦- القانون الكويتي رقم٣١ لسنة ١٩٩٠.
٧- قانون راس المال المصري رقم٩٥ لسنة ١٩٩٢.
٨- تعليمات الاستثمار المشترك الاردني لسنة ١٩٩٩.
٩- قانون صناديق الاستثمار القطري رقم٢٥ لسنة٢٠٠٢
١٠- قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤.
١١- لائحة صناديق الاستثمار السعودي لسنة ١٤٢٧هجري.
١٢- مشروع نظام صناديق الاستثمار الاماراتي لسنة ٢٠١١.
١٣- تعليمات الحافظ الامين العراقي رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢.
١٤- قانون المصارف الاسلامية العراقي رقم٤٣ لسنة٢٠١٥.

دور الادعاء العام بتحريك الدعوى الجزائية في نقل عدوى فايروس كورونا

الدكتور — حسين عبد الصاحب عبد الكريم
كلية القانون -الجامعة المستنصرية

الملخص
يعد الادعاء العام ممثل المجتمع وحامي العدالة له قواعد خاصة به تنظمه وهذه القواعد نابعة من كونه يمثل السلطة المطلقة في حماية الحق٠ان قانون الادعاء العام رقم(٤٩) لسنة ٢٠١٧ تضمن صلاحيات واسعة لجهاز الادعاء العام من اجل ان يلعب دورا مهما في مراقبة المشروعية اذ انه يتولى تحريك دعوى الحق العام على المتهم بجريمة نقل عدوى فايروس كورونا ومتابعتها استنادا الى قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم(٢٣) لسنة١٩٧١ المعدل٠

Abstract
The Public Prosecution is a representative of the society and the protector of justice having special rules regulating its work. Such rules stem from the fact that it represents an absolute power in protecting right.
The Public Prosecution Law No. 49 of 2017 secures wide powers for the Public Prosecution, enabling it to play an important role in overseeing legitimacy, as it has the power to institute and follow up public right claims against those accused of spreading corona virus, in accordance with The Penal Trials Principles Law No. 23 of 1971, as amended.

المقدمة :
يعد الادعاء العام ممثل المجتمع وركن من اركان العدالة الجنائيه اذ توسعت صلاحيته بصدور قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنه ٢٠١٧ النافذ الذي نظم تشكيلاته وحدد مهماته فانه يعد من مكونات السلطة القضائية الاتحاديه

اشكاليه الدراسة :
ان اشكاليه الدراسه تتضح في الاجابه على التساؤلات الاتيه :
ماهو التكييف القانوني في نقل عدوى فايروس كورونا ؟ وهل يجوز للادعاء العام تحريك الدعوى الجزائيه في الجريمة المذكورة ؟ وما هي المحكمة المختصة بنظر هذه

الدعوى ؟ وهل يجوز للمتضرر من هذه الجريمة المطالبه بالتعويض ؟ وهل يجوز للسلطة المختصة في العراق تحريك الدعوى الجزائيه على الدولة التي نشرت هذا الفايروس بموجب نظام المحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨ ؟

أهمية الدراسة:

تعد جريمة نقل عدوى فايروس كورونا من الجرائم الخطيرة في الوقت الحالي اذ ان نشر هذا المرض مضر بصحة الافراد والحق في الحياه من اقوى الحقوق التصاقا بالشخصية واشدها تعبيرا عن كيانها المادي واهمية حق الحياه تاتي من كونه شرطا أساسيا للتتمتع ببقيه الحقوق الاخرى ، كالحق في التكامل الجسدي.

اهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسه الى الارتقاء بمستوى الوعي القانوني لدى الافراد وخطورة هذه الجريمة والعقوبه المترتبه على مرتكبها وكذلك الوعي بحقوق الانسان الذي نصت عليها المواثيق الدوليه والدساتير والتشريعات وخاصة الحق في الحياه فهو المصلحة التي يحميها القانون بان يستمر الجسم الإنساني مؤديا وظيفته بصورة طبيعية

كما تهدف الدراسه الى توضيح دور الادعاء العام في إجراءات تحريك الدعوى الجزائية في نقل جائحة كورونا اذ انها مصطلح يستخدم على نطاق واسع في وصف أي مشكله خرجت عن نطاق السيطرة وتعد هذه الجائحة احدث جائحة عالمية

وقد اختتمنا هذه الدراسه باهم الاستنتاجات والمقترحات .

خطة الدراسة :

سوف يتضمن هذا البحث ما يأتي :

المبحث الاول : التعريف بالدعوى الجزائية

المبحث الثاني: دور الادعاء العام بتحريك الدعوى الجزائية في نقل عدوى جائحة كورونا

المبحث الاول: التعريف بالدعوى الجزائية

تعد الجريمة سلوكا انسانيا يهدد المجتمع في تعكير امنه وسلامته وتعريض مصالحه للخطر ، لذا حدد المشرع في قانون العقوبات كل سلوك من هذا النوع وجرمه وفرض عقوبات تتناسب مع جسامته وخطورته على المجتمع وسوف يتضمن هذا المبحث مطلبين وكالاتي :

المطلب الاول: طرق تحريك الدعوى الجزائية .

المطلب الثاني : القيود الواردة على تحريك الدعوى الجزائية

المطلب الاول: طرق تحريك الدعوى الجزائية

ان المقصود بتحريك الدعوى الجزائية هو البدء بتسييرها امام جهات التحقيق وهو اول اجراءات استعمالها امام تلك الجهات [١] . وسوف نتناول طرق تحريك هذه الدعوى في فرعين وكالاتي :

الفرع الاول : الشكوى

تُعد الشكوى من اهم وسائل تحريك الدعوى الجزائية وقد نصت المادة الاولى الفقرة (أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل على انه (تحرك الدعوى الجزائية بشكوى شفوية او تحريرية تقدم الى قاضي التحقيق او المحقق او أي مسؤول في مركز الشرطة او أي من اعضاء الضبط القضائي...).

الفرع الثاني : الاخبار

يُعد الاخبار الوسيلة الثانية في تحريك الدعوى الجزائية والمقصود بالاخبار هو ابلاغ السلطات المختصة بوقوع جريمة سواء كانت الجريمة واقعة على شخص المخبر او ماله او شرفه او على شخص الغير او ماله او شرفه وقد تكون الدولة او مصالحها هي محل الاعتداء [٢] . لذا يجوز الاخبار بأية وسيلة على مرتكب جريمة نقل عدوى فايروس كورونا اذ ان نشر هذا المرض مضر بصحة الافراد .

المطلب الثاني : القيود الواردة على تحريك الدعوى الجزائية

ان القاعدة تتضمن تحريك الدعوى الجزائية على الجاني دون قيد او شرط ولكن في بعض الجرائم هناك قيود في تحريك هذه الدعوى وسوف نتناول دراسة هذه القيود في ثلاثة فروع وكالاتي :

الفرع الاول : تقديم الشكوى

ان غالبية القوانين الاجرائية الجنائية قيدت حق الادعاء العام في تحريك الدعوى الجزائية واشترطت تقديم شكوى من المجني عليه او من يمثله قانونا، ان في نقل عدوى جائحة كورونا يجوز للادعاء العام تحريك الدعوى على الفاعل لانها تتعلق بالحق العام اذ ان هذه الجريمة تعد اعتداء على حق الانسان في الحياة [٣] .

الفرع الثاني: الجرائم التي لاتحرك الدعوى الجزائية فيها الا بناء على اذن خاص من جهة مختصة

ان المقصود بالاذن هو تصريح يصدر من بعض هيئات الدولة للسماح بتحريك دعوى الحق العام واتخاذ اجراءات قانونية ضد شخص ينتمي اليها ، ان في نقل عدوى جائحة كورونا لايتطلب اذن لانها من الجرائم الخطيرة الماسة بالحق في الحياة .

---

(١) الدكتور جلال ثروت – اصول المحاكمات الجزائية ، ج١، الدار الجامعية للطباعة والنشر – بيروت ، ١٩٨٣، ص٨١ .

(٢) الدكتور سليم حربه ، عبد الامير العكيلي – اصول المحاكمات الجزائية ، ج١، جامعة بغداد ، ١٩٨٧، ص١٠٠ وينظر د. حسين عبد الصاحب ود. تميم طاهر – شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية ، بغداد ، المكتبة القانونية ، ٢٠١٧ ، ص٣٧ .

(٣) ان الحق في الحياة من اهم حقوق الانسان الذي نصت عليه المواثيق الدولية والدساتير والتشريعات الوطنية.

الفرع الثالث : الجرائم التي لاتحرك الدعوى الجزائية فيها الا بناء على طلب

ان المقصود بالطلب هو الشكوى او الادعاء الشخصي الصادر من هيئة معنوية او مصلحة عامة وهو احد القيود الواردة على الادعاء العام في اقامة دعوى الحق العام في بعض الجرائم المنصوص عليها في قوانين الخاصة مثل قانون المطبوعات والمشروبات الروحية رقم (٣) لسنة ١٩٣١ ومن الجدير بالذكر لايوجد هذا القيد في جريمة نقل عدوى فايروس كورونا اذ انها ترتكب من قبل الافراد وينتمي بعضهم الى دول اخرى .

المبحث الثاني : دور الادعاء العام بتحريك الدعوى الجزائية في نقل عدوى جائحة كورونا

ان وظيفة الادعاء العام هي حماية الصالح العام وقد ترسخ دور الادعاء العام وتوسعت صلاحياته في العراق لكي يلعب دورا بارزا في تحقيق العدالة ومراقبة المشروعية [١] بصدور قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧ الذي وسع صلاحياته ونظم تشكيلاته وحدد مهماته سوف يتضمن هذا المبحث مطلبين وكالاتي:

المطلب الاول: دور الادعاء العام في الخصومة الجنائية

ان الخصومة الجنائية هي الحالة القانونية الناشئة من تحريك الدعوى الجزائية امام القضاء [٢] . كما تعرف بانها مجموعة من الاعمال الاجرائية المتتابعة التي تبدأ بتحريك الدعوى وتنتهي بصدور حكم او سبب اخر من اسباب انقضاء الخصومة [٣] الجنائية كالعفو عن الجريمة او وفاة المتهم فالخصومة تنشأ بتحريك الدعوى الجزائية. يجوز للادعاء العام تحريك الدعوى على الجاني في جريمة نقل عدوى فايروس كورونا وتتحقق هذه الجريمة عند قيام الفاعل بسلوك اجرامي قد يكون ايجابي من خلال القيام بعمل كنشرة عن طريق الملامسة وقد يكون سلبي من خلال الامتناع عن عمل [٤] . كامتناع الطبيب عمدا عن معالجة المرضى المصابين بهذا الفايروس بقصد نقل عدوى المرض الى الافراد . ان خصائص الخصومة الجنائية انها تكون رابطة قانونية وجنائية وقابليتها للتشعب اذ نصت المادة (٥/اولا) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧ على انه (يتولى الادعاء العام اقامة الدعوى بالحق العام وقضايا الفساد المالي والاداري ومتابعتها استنادا الى قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل) وقد ترتكب هذه الجريمة من قبل مجموعة من الاشخاص فان تحريك الدعوى ضد احدهم يكفي لتحريك الدعوى الجزائية ضد جميع المتهمين كما لو حرض

---

(١) ان المقصود بالمشروعية هو ان تكون الاجراءات الجنائية والقرارات والاحكام الصادرة من القضاء الجنائي موافقة للقانون .

(٢) الدكتور علي حمزة عسل – الحق العام في الدعوى الجزائية – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص٦٥ .

(٣) الدكتور جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص٧٩ .

(٤) لمزيد من التفاصيل ينظر: الاستاذ الدكتور ناظر احمد منديل والدكتور عدر طلفاح محمد الدوري ،كلية الحقوق جامعة تكريت المسؤولية الجنائية الناشئة عن نشر فايروس كورونا – المؤتمر الدولي الافتراض الاول ، اثر كوفيد 19 على المستوى الصحي وانعكاساته على البعد السياسي والقانوني في العالم . ، ٢٠٢٠ ، ص٢٣٣.

(س) كل من (ص، ع، م) المصابين بفايروس كورونا على عدم ارتداء الكمامة والاختلاط بالافراد غير المصابين بقصد نقل العدوى الى هؤلاء الافراد واصابتهم بهذا الوباء الخطير .

ان السؤال يطرح هنا هل ان عضو الادعاء العام يعد خصم او طرف في الدعوى الجزائية ؟

ان الادعاء العام في العراق يعد طرفا من اطراف الدعوى ولا يعد خصما حقيقيا لانه يسعى الى تحقيق العدالة فهو لايهدف الى اصدار حكم بادانة المتهم بقدر مايهدف الى اصدار حكم قضائي مطابق للقانون[١].

المطلب الثاني : دور الادعاء العام في مرحلة التحقيق

ان السلطة المختصة بالتحقيق في العراق هو قاضي التحقيق والمحققون الذين يعملون تحت اشراف قضاة التحقيق [٢] ويجري التحقيق بحضور عضو الادعاء العام اذ تنص المادة (٥/ثالثا) من قانون الادعاء العام النافذ على انه (الحضور عند اجراء التحقيق في جناية جنحة وابداء ملاحظاته وطلباته القانونية والحضور في جلسات المحاكم الجزائية .....) وكذلك الاشراف على عمل المحقق ومراقبة القرارات المتخذة من قبل قاضي التحقيق كالقبض والتفتيش والتوقيف والتي لها مساس بحرية الافراد وحرمة مساكنهم واموالهم وله حق الطعن في تلك القرارات امام محكمة الجنايات بصفة تمييزية خلال (٣٠) يوما من صدورها كما منحه القانون صلاحية قاضي التحقيق في مكان الحادث عند غياب الاخر [٣] ، كما ان قاضي التحقيق ملزم بدعوة عضو الادعاء العام المعين او المنسب امامه بحضور اجراءات التحقيق مع المتهم بنقل عدوى فايروس كورونا .

ان السؤال الذي يطرح هنا متى يحال المتهم على المحكمة المختصة ؟

يصدر قرار الاحالة من قاضي التحقيق المختص بتهمة نقل عدوى فايروس كورونا اذا كانت الادلة المتوفرة كافية للادانة كالاعتراف والشهادة والتقرير الطبي[٤].

ان عقوبة جريمة نقل عدوى فايروس كورونا في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل تختلف فيما اذا كانت الجريمة عمدية او غير عمدية ، اذ نصت المادة (٣٦٨) من القانون على عقوبة الفاعل الذي يرتكب هذه الجريمة عمدا على انه (يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات كل من ارتكب عمدا فعلا من شأنه نشر مرض خطير مضر بحياة الافراد ، فاذا نشأ عن الفعل موت انسان او اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة الضرب المفضي الى الموت او جريمة العاهة المستديمة حسب الاحوال) [٥].

---

(١) الدكتور سليم حربة والاستاذ عبد الامير العكيلي ، المرجع السابق ، ص٧٣ .

(٢) المادة (٥١) من قانون الاصول .

(٣) المادة (٥/رابعا) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧ .

(٤) المادة (١٣٠) الاصولية .

(٥) ان المادة (٤١٠) من قانون العقوبات تضمنت عقوبة الجاني اذ افضى الفعل الى موت انسان اما اذا افضى فعل نقل عدوى فايروس كورونا الى الاصابة بعاهة مستديمة كعجز في الكلى فان الفاعل يعاقب وفق المادة

اما اذا ارتكبت الجريمة المذكورة بصورة غير عمدية بسبب اهمال او رعونة او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر أي وقعت النتيجة الجرمية بسبب خطأ الفاعل وقد نص المشرع العراقي على هذه صور الخطأ غير العمدي في المادة (٣٥) من قانون العقوبات ، فان الجاني يعاقب وفق المادة (٣٦٩) من القانون التي نصت على انه (يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة او بغرامة لاتزيد على مائة دينار كل من تسبب بخطئه في انتشار مرض خطير مضر بحياة الافراد فاذا نشأ عن الفعل موت انسان او اصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل الخطأ او جريمة الايذاء الخطأ حسب الاحوال).

الخاتمة

اولا: الاستنتاجات

١. يعد الادعاء العام من مكونات السلطة القضائية الاتحادية في العراق فهو ممثل المجتمع وحامي العدالة له قواعد خاصة به تنظمة .

٢. للادعاء العام تحريك الدعوى الجزائية في جريمة نقل عدوى فايروس كورونا على المتهم او المتهمين بارتكاب هذا السلوك الاجرامي بموجب المادة (٥) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنه ٢٠١٧ .

٣. للمتضرر من هذه الجريمة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببته الجريمة ويستطيع المدعي بالحق المدني ان يحرك الدعوى المدنية امام المحكمة الجزائية التي تنظر الدعوى الجزائية او اقامتها امام المحكمة المدنية.

٤. ان الرأي الراجح يعد عضو الادعاء العام طرف في الدعوى الجزائية .

ثانيا : الاقتراحات

١. تفعيل دور الادعاء العام والارتقاء بالكفاءة المهنية لجهاز الادعاء العام في العراق وذلك بتنظيم دورات في المعد القضائي لهذا الجهاز الموقر .

٢. تفعيل دور عضو الادعاء العام في مراقبة المشروعية وتطبيق القانون بصورة صحيحة من خلال تحقيق الاستقلال عن الجهات القضائية والتنفيذية من اجل ضمان ادائه لمهامه بمعزل عن أي تاثير من هذه الجهات .

٣. تشديد العقوبات المنصوص عليها في المادتين (٣٦٨ ، ٣٦٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ من اجل الحد أو التقليل من هذه الجريمة .

قائمة المراجع

اولا : المؤلفات القانونية

١. د. احمد فتحي سرور– الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية– ج١– ط٤، القاهرة– ١٩٨١ .

٢. د. براء منذر كمال–شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، ط٢، جامعة الموصل– ٢٠١٠ .

٣. د. حسين عبد الصاحب و د ، تميم طاهر – شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية – بغداد – المكتبة القانون – ٢٠١٧ .

---

(٤١٢) من القانون، ينظر: الاستاذ الدكتور ناظر احمد منديل والدكتور عدي طلفاح محمد، المرجع السابق، ص٢٤٥.

٤. د. سليم حربه وعبد الامير العكيلي– اصول المحاكمات الجزائية ، ج١ ، جامعة بغداد ، ١٩٨٧ .
ثانيا : الرسائل الجامعية
١. د. علي حمزة عسل – الحق العام في الدعوى الجزائية – اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون – جامعة بغداد – ٢٠٠١ .
ثالثا : البحوث القانونية
١. أ.د ناظر احمد منديل والدكتور عدي طلفاح محمد الدوري ، كلية الحقوق جامعة تكريت، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نشر فايروس كورونا – المؤتمر الدولي الافتراضي الاول – اثر كوفيد 19 على المستوى الصحي وانعكاساته على البعد السياسي والقانوني في العالم ٢٠٢٠ .
٢. د. حسين عبد الصاحب – مفهوم الدعوى الجزائية / مجلة الحقوق – كلية القانون – الجامعة المستنصرية – العدد ٤٠ كانون الثاني ٢٠٢١ .
رابعا : التشريعات
١. قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل .
٢. قانون العقوبات رقم (١١١) لسنه ١٩٦٩ المعدل .
٣. قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧.

حدود سلطة القاضي الاداري في الاجتهاد
- دراسة مقارنة -

أ.م.و. رشا عبد الرزاق جاسم الشمري
الجامعة المستنصرية/ كلية القانون

المستخلص:-

الانسان كائن اجتماعي بطبعه لا يستطيع العيش بمفرده، فلا تستقيم حياته إلّا اذا عاش في جماعة وعلى ذلك فأنه لابد ان تحدث خلافات ونزاعات حول امور الحياة لتعارض المصالح والرغبات، وبالتالي فهو يلجأ إلى القضاء لحل تلك المنازعات والقاضي بدوره يطبق القانون الذي وضعه المشرع، ولكن قد تحدث ان لا يجد القاضي النص القانوني أو النص القانوني يكون موجوداً ولكن غامض وغير واضح، فلا يستطيع القاضي في هذه الحالة تطبيقه وهنا لا يمكن ان يقف القاضي مكتوف الايدي والا عد منكراً للعدالة بل ليجتهد من خلال استخلاص القواعد التي استقرت في ضمير الجماعة ومن ثم المشرع بالإضافة إلى اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة (الانصاف) فهو قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة التي تتفق وطبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها بانتظام واطراد.

Abstract

A person is a social being by nature who cannot live alone, so his life will not be straightforward unless he lives in a group. Therefore, disagreements and disputes over matters of life must arise in contradiction to interests and desires, and therefore he resorts to the judiciary to solve these disputes and the judge in turn applies the law established by the legislator, but he may It is said that the judge does not find the legal text or the legal text to be present, but it is vague and unclear, so the judge in this case cannot apply it, and here the judge cannot stand idly by, otherwise he denies justice, but rather to strive by extracting the rules that settled in the conscience of the group and then the legislator In addition to resorting to general principles of law and the rules of justice (fairness), it is a constructive judiciary that creates appropriate solutions that are

consistent with the nature of common law ties, the needs of public utilities and the requirements for their regular and steady functioning.

المقدمة:

ان الصفة المميزة للقانون الاداري انه قانون غير مقنن على الرغم من وجود تشريعات عديدة في الجانب الاداري إلّا انها لا تغطي كامل النشاط الاداري وكافة التصرفات الادارية، إذ انه من الصعوبة بمكان حصر تلك التشريعات في قانون موحد وتحت مسمى (متن القانون الاداري)، لأن ذلك الامر يتنافى مع خصائص القانون الاداري من حيث كونه قانوناً متطوراً لابد ان يواكب جميع التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكي تتلاءم وتتناسب مع حاجات الادارة وتغير الظروف، ولكي يكون للادارة مجال واسع من السلطة التقديرية إلى جانب سلطتها المقيدة بنص القانون، كما ان هنالك ميزة اخرى يتمتع بها القانون الاداري هو كونه قانوناً قضائياً اي انه من وضع القضاء واجتهاده، حيث لم تتبلور الافكار الرئيسية والنظريات الاساسية التي يتميز بها إلّا خلال النصف الاول من القرن العشرين، وبفضل جهود القضاء والفقه الفرنسي، حيث ان القاضي ملزم بأن يفضل في المنازعة المعروضة امامه من خلال تطبيق القوانين النافذة والا عد منكراً للعدالة فليس له التعذر بعدم وجود النص القانوني وهو في هذه الحالة يلعب دوراً تكميلياً لدور المشرع لاستنباط الاحكام القانونية في الاحوال التي لا يوجد فيها نص تشريعي أو لسد القصور في النصوص التشريعية دون ان يحل محل المشرع، وهذا الامر جعل القضاء الاداري يتميز عن القضاء العادي اذ ان هذا الاخير (القضاء العادي) هو مجرد قضاء تطبيقي يطبق النص القانوني الذي وضعه المشرع في حين القضاء الاداري هو قضاء انشائي يجتهد القاضي فيه لوضع الحلول للمنازعات الادارية المعروضة امامه وبالتالي فهو يشكل مصدراً رئيسياً من مصادر المشروعية الادارية، ومن كل ما تقدم فقد ارتأينا ان نبحث موضوع بحثنا هذا في مبحثين، الاول سنبحث فيه عن مفهوم الاجتهاد وتمييزه عن السلطة التقديرية الممنوحة للادارة، اما المبحث الثاني فسنتطرق فيه إلى مبررات اجتهاد القاضي الاداري مع بيان التطبيقات القضائية لاجتهاد القاضي الاداري في حل المنازعات الادارية.

المبحث الاول/ مفهوم الاجتهاد القضائي:

ان الاجتهاد القضائي يعتبر احدى الحلول المتاحة امام القاضي عندما يكون امام احدى حالتين، وهي اما عند فقدان النص القانوني الواجب التطبيق على الواقعة المرفوعة امامه أو ان النص القانوني متوفر ولكن غامضاً أو انه يصعب تفسيره وتطبيقه على الواقعة المعروضة امامه، وهنا سيأتي دور القاضي في الاجتهاد لايجاد الحكم العادل لتلك المنازعة وبخلافه يعد منكراً للعدالة، وسنبين في هذا المبحث تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً في مطلب وفي مطلب ثانٍ سندرس فيه مدى علاقة اجتهاد القاضي الاداري والسلطة التقديرية للادارة، كما سنرى ذلك تباعاً.

المطلب الاول/ تعريف الاجتهاد القضائي:

الاجتهاد لغة مأخوذة من الجهد أو المشقة[١] وقد يأتي بمعنى بذل الجهد والطاقة واستفراغ الوسع في تحصيل المطلوب ولا يطلق إلّا ما على فيه مشقة[٢]، كما في قوله تعالى: چ وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ چ [٣].

اما اصطلاحاً فلا يوجد تعريف جامع مانع للاجتهاد القضائي وذلك لأن القضاء الاداري قد يتعدى الدور التفسيري والتعدد بالاجتهادات ووجهات النظر وقد يصل إلى ان يكون قضاء ينشئ ويخلق قواعد قانونية ونتيجة لهذا الدور الذي يضطلع به هذا القضاء فأن لزاماً عليه ان يراعي ضرورة مبدأ وضوح القاعدة القانونية التي عمل على انشاءها بسهولة ويسر فضلاً عن امكانية فهمها من قبل المخاطبين بها [٤].

ويقوم القضاء الاداري دور هام ومميز في مجال القانون الاداري اذ انه يفسر النصوص القانونية الغامضة ويوفق بين المتعارض منها وهو بهذا العمل يستنبط القاعدة أو الحكم المتلائم مع طبيعة العلاقات والمنازعات الادارية اذا لم يجد في القواعد القانونية حلاً للمنازعة[٥].

ومنزلة القضاء كمصدر للقانون تختلف باختلاف النظام القانوني المتبع في الدول التي تأخذ بنظام السابقة القضائية وتلك التي لا تأخذ بها، حيث ان مهمة القاضي تنحصر في تطبيق القانون على المنازعات التي ترفع إليه طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات التي ترفع إليه طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات لذلك لا يجوز للقاضي في الدول الحديثة ان يباشر اعمال التشريع فيبدو طبيعياً والحالة هذه ان يكون القضاء مصدراً تفسيرياً للقانون لا رسمياً.

ففي الدول ذات النزعة الانكلوسكسونية اي بلاد السوابق القضائية مثل انكلترا والولايات المتحدة الامريكية وجنوب افريقيا واستراليا فان للقضاء دوره في خلق القواعد القانونية كمصدر رسمي للقانون حيث ان كل محكمة ملزمة بالحكم الذي سبق ان اصدرته في قضية معينة عندما تعرض عليها قضايا مماثلة لاحقة اي ان تلك الاحكام تعد سابقة قضائية تلتزم بها في المنازعات المماثلة الاخرى التي تعرض عليها[٦].

اما في الدول ذات النزعة اللاتينية مثل فرنسا ومصر والعراق والمانيا وهولندا وسويسرا فأن القانون ينشأ فيها بالتشريع لا بالسابقة القضائية ولذلك تعرف بـ(بلاد القانون المكتوب) وتنحصر وظيفة القضاء هنا على تطبيق القانون طبقاً لمبدأ الفصل بين

---

(١) قاموس تراجم خير الدين الزركلي، الطبعة الثالثة، الجزء السادس، ص١٥٢.
(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١٢، ص١٨٦.
(٣) سورة التوبة، الآية ٧٩.
(٤) ياسر محمود الصغير، المعيار الوظيفي لتمييز القرار الاداري، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٧، ص٧.
(٥) د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، د. علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٥٠.
(٦) د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩، ص١٥٦.

السلطات حيث لا يعد القضاء مصدراً رسمياً للقانون واما مصدراً تفسيريا[١]، فالقاضي في تلك الدول اذا لم يسعفه النص التشريعي عليه ان يلتمس الحل في المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون والتي هي احكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة والعرف وقواعد العدالة والحق والانصاف.

المطلب الثاني/ اجتهاد القاضي الاداري والسلطة التقديرية للادارة

كما هو معلوم ان للإدارة سلطتان الاولى سلطة مقيدة أي مقيدة بنص القانون حيث لم يترك المشرع للإدارة اي اختيار أو تقدير لجميع اركان القرار الاداري[٢] والثانية سلطة تقديرية حيث ترك لها المشرع حرية الاختيار بين اتخاذ الاجراء أو عدم اتخاذه[٣] إلّا ان تمتع الادارة بسلطة تقديرية لا يعني انها بمنأى من رقابة القضاء عليها اذا ما خالفت القانون.

إذن السلطة التقديرية للإدارة تعني ان يخول المشرع الادارة الحق في اعمال ارادتها وحرية الاختيار لدى اتخاذها لقراراتها وبماشرتها لأختصاصاتها [٤]فنسب منح المشرع الادارة السلطة التقديرية هو الحيلولة في عدم جعل الادارة مجرد اداة صماء لتنفيذ القوانين التي وضعها المشرع وذلك لأنه وكما هو معلوم ان القانون الاداري هو قانون مرن وسريع التطور يواكب التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان المشرع لا يستطيع ان يلم بجميع تلك التطورات وعليه فأنه منحت الادارة سلطتين سلطة مقيدة وأخرى تقديرية.

والسؤال الذي يطرح هنا هل ان منح الادارة سلطة تقديرية يعني ان أعمالها تكون بمنأى عن رقابة القضاء؟

وللإجابة عن هذا السؤال فأنه سيظهر لنا اهمية التمييز بين السلطة التقديرية للإدارة وبين اجتهاد القاضي الاداري في ذلك الامر، اذ ان رقابة القضاء على اعمال الادارة في حال تمتعها بالسلطة التقديرية تكون على نوعين من الرقابة الاولى في اطار المشروعية والثانية في اطار رقابة الملائمة[٥].

ففي اطار رقابة المشروعية يتأكد القاضي من شرعية التصرف اي مدى مطابقته للقانون اما في رقابة الملاءمة فأن القاضي يتدخل في تفاصيل العمل وظروف اصداره والوقت

---

(١) د. حسن الخطيب، مبادئ اصول القانون، مطبعة الحداد، البصرة، ١٩٦٥، ص١٨٨.

(٢) ان السلطة المقيدة يحدد فيها المشرع للإدارة هدفاً بعينه ووسائل محددة لبلوغه مما يحتم على الادارة اتخاذ القرار وفقاً كما مرسوم له اذا توافرت شروطه -River- droil administrative - Paris Dalloz- 1984, P.80

(٣) د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، الطبعة الاولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٣٩.

(٤) د. عدنان عمرو، القضاء الاداري ومبدأ المشروعية - دراسة مقارنة- منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٤٥.

(٥) د. سليمان محمد الطماري، النظرية العامة للقرارات الادارية - دراسة مقمارنة- الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص٧٨.

المناسب لأتخاذه وذلك كله للتأكد من عدم انحراف الادارة عن الهدف الذي حدده القانون والمتمثل بتحقيق المصلحة العامة في جميع تصرفاتها[١].

ففي فرنسا حيث اصبحت الرقابة الصريحة على الملائمة ميزة من مميزات رقابة القاضي الاداري حيث ان هذا الاخير فرض رقابته على اهمية الوقائع التي استند اليها الادارة ومدى تناسبها مع الاثر المترتب على القرار وذلك في حكمه في عام ١٩٣٣ حيث قضى بالغاء القرار الصادر من العمدة بمنع عقد اجتماع بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات يمكن ان تخل بالنظام العام، إذ تبين للقاضي الاداري ان الاضطرابات التي يحتمل وقوعها والتي استند اليها العمدة في قراره لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات ضبط عن الحفاظ على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع ثم الغى القاضي فيما بعد قرار حظر مباراة كرة القدم وقدر مدى التناسب بين خطورة الاضطرابات التي تهدد السلام وحسن الجوار لسكان المنطقة[٢].

الامر الذي يفهم من كل ذلك ان القاضي الاداري هو قاضي مشروعية يراقب مدى موافقة اعمال الادارة في حالة تمتعها بالسلطة التقديرية مع احكام القانون الا انه من الممكن ان يكون قاضي ملائمة في حالتين هما الضبط الاداري والعقوبات التأديبية (الانضباطية). ان السلطة الادارية تتقيد في حالتين اولهما اذا كانت النصوص التشريعية واللائحية قد نصت على الاسباب التي تصرح للإدارة ممارسة نشاطها ودور القاضي الاداري هناهو الرقابة على الوجود الحقيقي لهذه الاسباب وثانيهما ان القاضي الاداري يحدد ويقيد سلطة الادارة وان لم توجد نصوص تشريعية مقيدة وذلك على وفق الاسباب وطبيعة الاختصاص وهدف المشرع وغايته التي بموجبها منح الادارة حرية التصرف هذه[٣].

وهذا الامر هو ما ذهب إليه القضاء الاداري في العراق حيث تجد ان القاضي الاداري في العراق يرفض بسط رقابته على القرارات المتعلقة بالعلاوة والترفيع والترقية في اطار الوظيفة العامة في حين يراقب اعمال الادارة فيما يتعلق بفرض العقوبات الانضباطية ومدى تناسبها مع جسامة الفعل المرتكب ومدى مسؤولية الموظف ازاء تلك المخالفة [٤].

---

(١) د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني ورقابته لأعمال الادارة، دار النهضة العربية، ببيروت، ١٩٧٢، ص١٢٢ وما بعدها.

(٢) د. علي يونس اسماعيل، القاضي الاداري بين المشروعية والملائمة، دار المسلة للطباعة والتوزيع، بغداد، ط١، ٢٠١٨، ص١٣٣ وما بعدها.

(3) Andre de Laubadere, traite elementaire de droit administrative- op.cit, P.224.

(٤) د. غازي فيصل مهدي، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام، ط١، ٢٠٠٤، ص١٧.

كما وحددت المادة (٨) من قانون انضباط موظفي الدولة القطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ ثمان عقوبات انضباطية يمكن فرضها على الموظف المخالف وبالرغم ان الادارة لا تستطيع فرض غيرها إلّا انها لها سلطة تقديرية بالنسبة تلك العقوبات فلها ان تختار معاقبة الموظف بعقوبة لفت النظر أو الانذار أو التوبيخ أو انقاص الراتب على ان تراعي تناسب العقوبة مع الفعل المرتكب أي تراعي عنصر الملاءمة.

وفيما يتعلق بالضبط الاداري فأن رقابة القضاء الاداري بشأن ال قرارات المقيدة للحرية لا تقف مثلاً عند حد التحقق من وجود الاضطرابات المهددة لأمن الدولة بل تمتد لتشمل درجة التناسب بين مضمون القرارات المتخذة مع خطورة الحالة الامنية اي مدى ملائمة هذه القرارات مع الظروف الواقعية، فأن وجد القضاء ان القرار لا يتناسب في شدته مع تلك الظروف قضى بإلغائه لعدم الملائمة أو حتى الحكم بالتعويض[١].

المبحث الثاني: اجتهاد القاضي الاداري في حل المنازعات الادارية

تعد الاحكام التي يصدرها القاضي الاداري في المنازعات الادارية هي احكام تتمتع بحجية خاصة اذ انه يترتب عليها فض النزاع المعروض امامه، وبالتالي لا يجوز اثارته مرة اخرى امام القضاء هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى ان الحكم الصادر من القاضي الاداري عند اجتهاده في النزاع المعروض امامه نقول ان هذا الحكم يتمتع بقرينتين، الاولى إلّا وهي قرينة الحقيقة التي تعني ان الحكم اصبح عنواناً للحقيقة فيما قضى به وقرينته الصحة التي تفترض صدور الحكم بناءً على اجراءات قانونية سليمة مع ملاحظة ان حجية الاحكام لا تقرر إلّا للأحكام التي تصبح غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرائق الطعن المقررة قانوناً [٢]، وفي هذا المبحث سنتطرق إلى مبررات اجتهاد القاضي الاداري في مطلب، وفي مطلب ثانٍ سندرس تطبيقات قضائية لأجتهاد القاضي الاداري في حل المناعات الادارية.

المطلب الاول/ مبررات اجتهاد القاضي الاداري

لو تتبعنا نشأة القانون الاداري لوجدنا انه من القوانين الحديثة نسبياً، وذلك لأن معظم قواعده ترجع نشأتها إلى تاريخ قيام الثورة الفرنسية بالإضافة إلى تاريخ انشاء مجلس الدولة الفرنسي عام ١٧٧٩، وهذا يعني ان القانون الاداري هو قانون من صنع القضاء مهما تعددت التشريعات التي تناولت كل ما يخص القانون الاداري إلّا انها لا زالت تعتمد على احكام القضاء، وهو امر وسبب مهم دفع القاضي الاداري بأن يصدر حكماً في كل نزاع يعرض عليه في حالة عدم وجود نص قانون لحل ذلك النزاع، أي بعبارة اخرى لا يكون امام القاضي الاداري من سبيل إلّا اذا اجتهد وابتدع الحلول واستخلص المبادئ واستنبط النظريات[٣]. ولعل السبب في ذلك يعود وبما انه نحن نتحدث عن اجتهاد القاضي الاداري نقول ان السبب في ذلك يعود إلى ان القانون الاداري هو قانون غير مقنن على الرغم من وجود تشريعات كثيرة ومتنوعة تخص الامور الادارية إلّا ان الصفة المميز لتلك التشريعات انها تصدر في اوقات مختلفة تبعاً لتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتبعاً للمتغيرات المستجدة، وهذا يعني انه لا

---

(١) د. محمد حسين عبد العال، الرقابة القضائية، على قرارات الضبط الاداري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص٤٨.

(٢) د. زكي محمد النجار، القضاء الاداري، الطبعة الثانية، الازهر للطباعة، القاهرة، ١٩٩٦، ص٧١.

(٣) محمد مصطفى، دور القضاء في تنمية قواعد القانون الاداري، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الاول، ١٩٨٨، ص٤٣.

يوجد تقنين تشريعي بصورة قانون صادر عن المشرع يتضمن القواعد العامة الكلية والتفصيلية التي تحكم نشاط الادارة على غرار القانون المدني أو القانون الجزائي، حيث لا يوجد قانون موحد متكامل يشمل جميع القواعد القانونية التي تتدخل وتندرج ضمن نطاق القانون الاداري[١].

وعلى هذا فأن القاضي الاداري يتسم بأنه يبتدع الحلول للمنازعات الادارية ولا يتقيد بأحكام القانون الخاص انما يسعى إلى خلق ما يتلاءم مع ظروف كل منازعة على حدة تماشياً مع سرعة تطور العمل الاداري ومقتضيات سير المرافق العامة[٢].

ولعل المثال على ذلك مثلاً ان القانون المدني عالج مسألة بطلان التصرفات القانونية ولكن في اطار القانون الاداري فلا نجد نصاً صريحاً ليعالج مسألة البطلان ولكن جرى العمل ومن خلال القضاء الاداري وعن طريق دعوى الالغاء أي الغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون وكذلك الامر في حالة العقود الادارية والمنازعات المتعلقة بها والتي تكون الادارة طرفاً فيها والتي على اساسها نشأت وتكونت نظرية العقود الادارية [٣].

ان تلك الحلول التي ابتدعها القضاء لا تعني ان القاضي الاداري غير مقيد بالنصوص التشريعية بل دائما يستند في قضاءه إلى المبادئ العامة، والعدول عن تلك المبادئ إلى مبادئ اخرى يراها اكثر مناسبة وملاءمة للظروف المستجدة.

عليه فأن الاجتهاد يكون فيما لم يرد به نص وهذا هو ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة رقم (١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، اذ بينت تلك المادة ان احكام القضاء هي مصدر من المصادر غير الرسمية (أي الاحتياطية) التي يرجع اليها القضاء في العراق [٤] وهذا يعني ان القاضي الاداري عندما لا يسعف النص التشريعي على النزاع المعروض امامه، فأن عليه ان يلتمس الحل بموجب قواعد العرف واذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين فإن لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ومسترشداً في كل ذلك بالأحكام التي توصل اليها القضاء والفقه.

---

(١) علياء عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الاداري الكويتي، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، القاهرة، ص٣٣. ود. محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الادارة - دراسة مقارنة- ١٩٨٥، ص٢٨.

(٢) د. مازن ليلو راضي، القانون الاداري، مطبعة انوار دجلة، بغداد، ٢٠١٦، ص٢٣.

(٣) عصام عبد الوهاب البرزنجي، علي محمود بدير، مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، المصدر السابق، ص٣٦.

(٤) نصت المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه:-
١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فمبقتضى القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. كما ونصت المادة (٣) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على انه [التزام القاضي باتباع التغيير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه].

وفي مصر فقد اعترف المشرع المصري بدور القضاء الاداري في خلق واستنباط قواعد القانون الاداري حيث نصت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٥ المتعلقة بتنظيم مجلس الدولة المصري على انه [... يتميز القضاء الاداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الاغلب قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الادارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الافراد هي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص}.

وهذا الامر ايضاً ما اخذ به المشرع المصري في القانون المدني النافذ حالياً[١].

المطلب الثاني/ تطبيقات قضائية لأجتهاد القاضي الاداري في حل المنازعات الادارية

الاصل في وظيفة القضاء هو الفصل في المنازعات المعروضة امامه وذلك من خلال تطبيق القوانين لأن القول بخلاف ذلك يعني ان القاضي منكراً للعدالة [٢].

فالقاضي يبحث عن القاعدة الواجبة التطبيق عن فقدان النص القانوني ودوره هنا يقترب من دور المشرع ولأجل ذلك فأن لأحكام القانون الاداري دوراً كبيراً في بناء قواعد القانون الاداري والذي على اساسه يوصف القانون الاداري بصورة عامة بأنه قانون قضائي من صنع القضاء.

ان المبادئ القانونية العامة التي يستند اليها القاضي الاداري قد كونت جميع نظرياته واحكامه من ذلك مثلاً مبدأ دوام سير المرافق العامة بأنتظام واطراد ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الادارية ومبدأ المساواة في التعيين في الوظيفة العامة ومبدأ العلانية عند ابرام العقود الادارية ومبدأ عدم الرجعية في القرارات الادارية ونظرية المسؤولية الادارية.

وهنالك بعض التطبيقات القضائية لأجتهادات مجلس الدولة الفرنسي في المنازعات الادارية من ذلك حيث ان الغاء القرار الاداري المخالف للقانون يسري بأثر رجعي ويرتد إلى تاريخ حدوده، إلّا ان مجلس الدولة الفرنسي وفي قرار له صدر عام ٢٠٠٤ اقر بأن حكم الالغاء من تاريخ صدوره أو من التاريخ الذي تحدده المحكمة حماية لأستقرار الاوضاع القانونية[٣]، وكذلك من اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق باحترام كرامة الانسان البشري حيث ان كرامة الشخص يتضمن ان لا يعامل الانسان على انه كائن أو وسيلة بل له كيان أو جوهري يستحق الاحترام بصرف النظر عن

---

(١) المادة (١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على انه:
[١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص وفي لفظتها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة].

(٢) د. علي سعد عمران، القضاء الاداري، الطبعة الاولى، الرضوان للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٦، ص٣٩.

(٣) د. غازي فيصل مهدي، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، الجزء الاول، دار الكتب والوثائق، بغداد، الطبعة الاولى، ٢٠٢٠، ص٥٩.

عمره أو جنسه أو حالته المادية أو ال صحية أو الوضع الصحي[١]، حيث عد مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٩٥ كرامة الانسان وشرفه غرضاً جديداً من اغراض الضبط الاداري توسعه لفكرة الآداب العامة معطياً الادارة الحق بمنع عرض المسرحيات التي تخدش كرامة الانسان[٢].

كذلك من التشريعات التي اكدت على اهمية اجتهاد القاضي القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤ حيث نصت المادة الرابعة منه [ان القاضي الذي يرفض ان يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكباً لجريمة الامتناع عن الحكم].

ان اغلب الاجتهاد الاداري هو من اعمال المجلس الاداري الاستشارية، والتي تعرف بأسم مجلس شورى الدولة أو مجلس الدولة.

ففي فرنسا حيث يتكون مجلس الدولة الفرنسي من قسمين رئيسيين هما القسم الاداري للفتوى والتشريع والقسم القضائي ويتولى كل قسم من القسمين احدى الوظيفتين اللتين يضطلع بهما المجلس وهما وظيفة الافتاء وصياغة التشريعات ووظيفة القضاء التي اصبحت الان ومنذ حصول المجلس على سلطة القضاء المفوض هي الوظيفة الاساسية المميزة لمجلس الدولة الفرنسي.

وعلى ذلك فأن دعوى الالغاء هي من صنع قضاء مجلس الدولة الفرنسي وليست مرتبطة بقانون ولم تكن من صنع المشرع ولذلك امتازت بالمرونة التامة وقابليتها للتطور المستمر من وقت لآخر [٣]، وهذا يعني ان لمجلس الدولة الفرنسي الدور الدور الاكبر في وضع القواعد والاحكام المنظمة لدعوى الالغاء رغم ان المشرع قد تدخل في احيان عدة لتنظيم وتحديد هذه القواعد والاحكام وبهذا كان للقضاء الفرنسي الدور الرائد في انشاء دعوى الالغاء [٤].

وفي مصر وبالاستناد إلى نص المادة الثانية من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المعدل فأنه سيتكون مجلس الدولة من القسم القضائي وقسم الفتوى والتشريع حيث انشئ لقسمي الفتوى والتشريع جمعية عمومية واحدة على ان تتشكل الجمعية

---

(١) علي مجيد العكيلي ود. لمى علي الظاهري، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص٩١ وما بعدها.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٩٥/١٠/٢٧ يتعلق بقضية تتعلق بعرض كان يتم في بعض مسارح فرنسا يتضمن لقذف احد قزم يلبس ثوماً يسمح بالامساك به بالايادي لحمايته عند سقوطه على سجادته وقد اصدر عمدة مدينة (مورسانغ سور اورج) قرار بمنع العرض في مسرح تابع لمدينته فأتخذت محاكم فارساي ومرسليا قراراً بأبطال قرار العمدة لتجاوزه صلاحياته البوليسية، ولكن مجلس الدولة اقر بشرعية قرار العمدة بموجب قراره المذكور فيه أقر بأن [احترام كرامة الشخص البشري على انه احد مكونات النظام العام...].
نقلاً عن د. مازن ليلو راضي، المبادئ العامة للقانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الاولى، ٢٠٢٠، ص٩٧.

(3) Reger Bonnorj precids droit administrative 4 edition, Paris, 1943, P.234.

(٤) د. محسن خليل، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ١٩٨٩، ص٢٩.

العمومية لقسمي الفتوى والتشريع برئاسة نائب لرئيس المجلس وعضوية نواب رئيس المجلس بقسمي الفتوى والتشريع ومستشاري قسم التشريع ورؤساء ادارات الفتوى [١].

أما في العراق، حيث ان مجلس الدولة العراقي بوصفه جهة قضائية، يمارس اسوة بمجلس الدولة الفرنسي المصري جملة من اختصاصات مهمة يمكن حصرها في مجالين هما الاختصاصات الاستشارية لمجلس الدولة متمثلة باداء الرأي القانوني في المسائل التي تعرضها عليهم، والاختصاصات القضائية متمثلة بالفصل في المنازعات الادارية عن طريق الهيئات القضائية الادارية وذلك ممن خلال هيئتين هما محاكم قضاء الموظفين ومحاكم القضاء الاداري.

هذا وان ولاية محاكم قضاء الموظفين بالنسبة إلى المنازعات الادارية هي ولاية قضاء كامل لا تقف عند مجرد الغاء القرار فلها ان تحكم بتعديل القرار المطعون فيه اما عن محكمة القضاء الاداري فتختص بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الادارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها بناءً على طلب من ذي مصلحة معلومة وحالة وممكنة [٢].

إلّا ان القاضي الاداري لا يملك سلطة النظر في جميع الدعاوى ضد القرارات الادارية بسبب الاستثناءات التي ترد على اختصاصاته والتي وردت في مجموعة من القوانين[٣]، حيث ان معظم تلك القرارات تختص بالنظر فيها محاكم القضاء العادي.

الخاتمة

وفي خاتمة بحثنا هذا فقد توصلنا إلى بعض من النتائج والمقترحات والتي سنبينها في الاتي:-

١. قد يحدث ان لا يجد القاضي الاداري القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض امامه وفي هذه الحالة فأنه لا يستطيع ان يقف مكتوف الايدي ازاء ذلك الامر فيجتهد مستعيناً بالمبادئ العامة للقانون ومبادئ العدالة والحق والانصاف ويعلنها في احكامه فتكسب قوة الزامية وتصبح مصدراً من مصادر المشروعية الادارية، حيث ان مجمل نظريات القانون الاداري هي صنع وعمل القاضي الاداري وذلك كله حفاظا على المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات وانسجاماً مع ظروف وحاجات المجتمع والادارة.

---

(١) المادة (٦٥) من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

(٢) المادة ٧/ ثانياً/د/ من قانون مجلس الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩. كما ونصت المادة (١) من قانون مجلس الدولة الحالي رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧ على انه [ينشأ بموجب هذا القانون مجلس الدولة يختص بوظائف القضاء الاداري والافتاء والصياغة ويعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية يمثل مجلس الدولة ويتم اختياره من قبل رئاسة المجلس على ان يكون من بين المستشارين فيه ويعين وفقاً للقانون].

(٣) من تلك الاستثناءات الواردة على اختصاص المحكمة منازعات قانون الاحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢وقانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١وقرارات الاحالة على التقاعد وفق قانون التقاعد رقم ٩ لسنة ٢٠١٤ والقرارات الصادرة عن دائرة المنظمات غير الحكومية وفق القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ المعدل.

٢. لقد سلك القضاء الاداري في العراق مسلك كلا من القضاء المصري والقضاء الفرنسي فيما يتعلق برقابة التناسب في مجال العقوبات الانضباطية (التأديبية) إذ انه ومنذ صدور قانون انضباط موظفي الدولة لسنة ١٩٢٩ ولغاية الآن حيث منح محكمة قضاء الموظفين (مجلس الانضباط العام سابقاً) بسلطة اصدار الاوامر وتعديل العقوبات الانضباطية.
٣. وعلى الرغم من ان القاضي الاداري يتمتع بمزية الاجتهاد في حل المنازعات الادارية عند عدم وجود النص الكافي امامه لحلها، إلّا انه المشرع لم يمنح ذلك القضاء ولاية النظر في جميع المنازعات الاداري بل البعض منها وهذا ما اكدته المادة (السابعة/خامساً/ج) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة العراقي (مجلس الدولة حالياً) رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ حيث استبعد القرارات الادارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها، كما انه استبعد المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية من اختصاص القضاء الاداري وجعلها من اختصاص القضاء العادي.
٤. ندعو إلى ضرورة وضع القواعد والاجراءات الادارية في قانون خاص بها بحيث تتلاءم وتتفق مع طبيعة المنازعة الادارية دون اللجوء إلى قواعد القانون المدني وقواعد قانون المرافعات المدنية وقواعد قانون الاثبات وذلك من خلال تشريع قانون تحت مسمى (قانون المرافعات الادارية) تضم ما توصل إليه القاضي الاداري في اجتهاده من احكام ونظريات تطبق على المنازعات الادارية عند عدم وجود نص تشريعي صريح يطبق عليها.

المصادر:

- القرآن الكريم.

- قاموس وتراجم خير الدين الزركلي، الطبعة الثالثة، الجزء السادس.

- اولاً: الكتب باللغة العربية:-

١. د. حسين الخطيب، مبادئ اصول القانون، مطبعة الحداد، البصرة، ١٩٦٥.
٢. د. زكي محمد النجار، القضاء الاداري، الطبعة الثانية، الازهر للطباعة، القاهرة، ١٩٩٦.
٣. . سليمان محمد الطماري، النظرية العامة للقرارات الادارية - دراسة مقمارنة- الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
٤. د. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩.
٥. د. عدنان عمرو، القضاء الاداري ومبدأ المشروعية - دراسة مقارنة- منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
٦. عصام عبد الوهاب البرزنجي، علي محمود بدير، مهدي ياسين السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، الطبعة الاولى، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
٧. د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠١٢.
٨. د. علي يونس اسماعيل، القاضي الاداري بين المشروعية والملائمة، دار المسلة للطباعة والتوزيع، بغداد، ط١، ٢٠١٨.
٩. د. علي سعد عمران، القضاء الاداري، الطبعة الاولى، الرضوان للنشر والتوزيع، عمان،

الاردن، ٢٠١٦.
١٠. علي مجيد العيكلي ود. لمى علي الظاهري، الحماية الدستورية لفكرة النظام العام، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
١١. علياء عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الاداري الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
١٢. غازي فيصل، تعليقات ومقالات في نطاق القانون العام، الطبعة الاولى، ٢٠٠٤.
١٣. د. غازي فيصل مهدي، مقالات في مجال القانونين العام والخاص، الجزء الاول، دار الكتب والوثائق، بغداد، الطبعة الاولى، ٢٠٢٠.
١٤. د. مازن ليلو راضي، القانون الاداري، مطبعة انوار دجلة، بغداد، ٢٠١٦.
١٥. عن د. مازن ليلو راضي، المبادئ العامة للقانون في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الاولى، ٢٠٢٠.
١٦. د. محسن خليل، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.
١٧. د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني ورقابته لأعمال الادارة، دار النهضة العربية، ببيروت، ١٩٧٢.
١٨. د. محمد حسين عبد العال، الرقابة القضائية، على قرارات الضبط الاداري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
١٩. محمد مصطفى، دور القضاء في تنمية قواعد القانون الاداري، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الاول، ١٩٨٨.
٢٠. د. محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الادارة - دراسة مقارنة- ١٩٨٥.
٢١. د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، الطبعة الاولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.
٢٢. ياسر محمود الصغير، المعيار الوظيفي لتمييز القرار الاداري، مركز الدراسات العربية، مصر، ٢٠١٧.

ثانياً:- القوانين:

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢.
٤- قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.
٥- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٦- قانون مجلس شورى في العراق رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ والمعدل بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.
٧- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم ١٤ لسنة ١٩٩١.
٨- قانون مجلس الدولة في العراق رقم ٧١ لسنة ٢٠١٧.

ثالثاً: المصادر باللغة الفرنسية:

1. Andre de Laubadere, traite elementaire de droit administrative.
2. Reger Bonnorj precids droit administrative 4 edition, Paris, 1943.
3. River- droil administrative - Paris- Dalloz- 1984.

الشاحن المستندي
في ضوء الاتفاقيات الدولية والقانون العراقي

ا.م. د. سهام سواوي طعمة
كلية القانون — الجامعة المستنصرية

المقدمة

عرف الانسان منذ زمن بعيد معنى التجارة وعمل عليها ، وكما انه عرف النقل حيث كان يستخدم وسيلة برية لنقل بضاعته ومن ثم اداة نقل بحرية او نهرية حتى يوصل تجارته الى غرضها ومقصدها ، بيد ان النقل لم يكن كما هو الان وخصوصا فيما يتعلق بالنقل البحري اذ لم ينشأ بالشكل الذي هو عليه الان وانما مر بعدة تطورات دامت لمئات السنين . وبداية كان التجار يقومون في نفس الوقت بدور المجهزين او على الاقل كانوا يرافقون بضائعهم اثناء الرحلة الى مكان الوصول حيث يقومون بتسليمها الى المشتري اي ان التاجر يقوم بدور الشاحن ، وطبيعة الحال فلم يكن هناك حاجة الى الوثائق التي تنتقل البضاعة على اساسها او التي تسمح بنقل الملكية من شخص الى اخر بل كان يتم ادخال كل البيانات المتعلقة بالبضاعة في دفتر او سجل يشكل جزء من اوراق السفينة .

وهكذا فقد بدأت العناصر الاولى لظهور العلاقة بين الشاحن والناقل وكان ذلك في القرنين الثاني والثالث عشر ثم شاع استعماله في نهاية القرن السادس عشر وخاصة في اوربا الغربية وان العلاقة التي تربط طرفي عقد النقل (الشاحن والناقل) كانت محكومة بمبدأ الحرية التعاقدية وتتضمن شروطا عديدة لأعفاء الناقل من المسؤولية قبل تشريع قانون هارتر الامريكي فطالب الشاحنون بأبطال شروط الاعفاء من المسؤولية ، فكانت الولايات المتحدة وهي دولة شاحنين انذاك اول من وضعت قانونا يبطل فيه شروط الاعفاء من المسؤولية ، ثم ازدادت المطالبات بوضع قواعد موحدة تحقق نوعا من التوازن في الحقوق والالتزامات لطرفي سند الشحن (الشاحن والناقل) ، وهذا ما حصل فعلا حيث تم توحيد قواعد سندات الشحن البحري التي ادت الى عقد معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤ ومن ثم قواعد تعديلها التي سميت بقواعد لاهاي – فسبي لعام ١٩٦٨ فضلا عن عقد معاهدة هامبرغ للنقل الدولي البحري للبضائع لعام ١٩٧٨، وبظهور بعض المستجدات في العالم كاستعمال التكنولوجيا في النقل وظهور النقل بالحاويات واعتبار النقل من الباب الى الباب كمرحلة من مراحل النقل البحري اخذت لجنة الامم المتحدة على عاتقها اعداد مشروع اتفاقية جديدة متعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق

البحر جزئيا او كليا والمسماة بقواعد روتردام لسنة ٢٠٠٨ التي لم تدخل حيز النفاذ بسبب عدم وصولها للنصاب القانوني وهو مصادقة ٢٠ دولة عليها وهو ماجاء في المادة ٩٤ منها بالرغم من توقيع ٢١ دولة عليها فلم تحضى هذه الاتفاقية سوى بمصادقة ٣ دول فقط .

وبقدر تعلق الامر بموضوع بحثنا ، فقد مر المركز القانوني للشاحن بعدة مراحل خلال الاتفاقيات الثلاث السابقات الذكر من حيث تنظيم احكامه القانونية وتحديد انواعه اذ اورد ذكر الشاحن المستندي ضمن نصوص اتفاقية روتردام في حين لم يرد ذكره في اتفاقية بروكسل ولا في اتفاقية هامبرغ وهذا ما سيتم تسليط الضوء عليه في ثنايا هذا البحث انشاء الله تعالى .

مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في حداثة الموضوع وعدم تنظيمه من قبل اغلب التشريعات ومن ضمنها القانون العراقي ، وكذلك لم يلقى موضوع بحثنا الاهتمام والدراسة الكافية من قبل الكتاب والباحثين المختصين في هذا ألشأن ، لذلك ارتأينا تسليط الضوء على دراسة الشاحن المستندي والوقوف على اهم احكامه القانونية .

أهمية البحث :

تتمثل أهمية بحثنا في كون موضوع ألشاحن ألمستندي من المواضيع الحديثة والمهمة في البيئة التجارية البحرية ، وإنهاء حالة التباس والتشابه بين المصطلحات المشابه له كالشاحن العادي مثلا والوقوف على احكامه القانونيه بشكل معمق .

أهداف البحث :

١ـ دراسة موضوع الشاحن المستندي دراسة شاملة من جميع جوانبه وتفاصيله .

٢ـ التعريف بالشاحن ألمستندي، وبين مدى تأثيره على الشاحن العادي وعلى عملية نقل البضاعة ، وعلى قيام مسؤولية الناقل والإعفاء منها.

٣ـ بيان التزامات الشاحن المستندي واساس مسؤليته اتجاه الناقل او المرسل (البائع) بحسب الاتفاق .

منهج البحث

قد تم الاعتماد على المنهج التحليلي المقارن للنصوص القانونية التي نضمت احكام الشاحن المستندي في الاتفاقيات الدوليه بروكسل وهامبورغ وروتردام وكذلك مقارنتها مع نصوص قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ .

خطة البحث

المبحث الأول : التعريف بالشاحن ألمستندي

المطلب الأول : مفهوم الشاحن ألمستندي

المطلب الثاني : تمييز ألشاحن ألمستندي

ألمبحث الثاني : اثأر الشاحن ألمستندي

المطلب الأول : حقوق الشاحن ألمستندي

المطلب الثاني : الالتزامات الشاحن ألمستندي
المبحث الثالث : مسؤولية الشاحن المستندي
المطلب الأول:. مسؤلية الشاحن المستندي على اساس الخطأ الواجب الاثبات
المطلب الثاني :مسؤولية الشاحن المستندي على اساس الضمان .

المبحث الأول: التعريف بالشاحن ألمستندي

ان الشحن هو تحميل الشيئ على واسطة النقل اي وضعه في المكان المعد او المناسب له في واسطة النقل تمهيدا لنقله وهذا يعني انه عملية مادية تستلزم في الغالب تهيئة اجهزة مناسبة لتنفيذه[١].

وقد نص المشرع العراقي في قانون النقل رقم لسنة ١٩٨٣ على ان الاصل هو التزام الناقل بشحن الشيئ ورصه ودفع المصروفات المقتضاة مالم يقم بذلك المرسل او شخص اخر بمقتضى اتفاق او قانون او تعليمات فيكون الاخير مسؤولا عن الاضرار التي تنجم عن ذلك[٢]. وقد اضاف المشرع في الفقرة ثانيا من ذات المادة بأن الناقل اذا قبل تنفيذ البضاعة دون تحفظ فيفترض القانون هنا ان الشحن والرص قد تما تحت مسؤوليته حتى يقيم الدليل على عكس ذلك.

ومن هذا يتضح ان الشاحن هو من يقوم بجزء من التزامات الناقل بناء على اتفاق بتنفيذ هذه الالتزامات خلافا للاصل القاضي بان الناقل هو من يقوم بأعمال الشحن والرص .

ومن هذا المنطلق نجد ان المشرع العراقي لم يتطرق الى تعريف الشاحن (سواء كان شاحن عادي او مستندي) ولم ينظم احكامه بصورة دقيقة وانما اشار اليه اشارات عارضه وقد نحتاج الى تدخل المشرع لمواكبة التطورات التكنولوجية العصرية في تنظيم احكام الشاحن والشاحن المستندي . وقد يكون الشاحن هو المرسل بحسب الاتفاق مع البائع وعليه هنا يكون احد اطراف عقد النقل.

و الشاحن ألمستندي بصورة عامة يمكن أن يكون أي شخص غير الشاحن العادي يرغب بان يكون أو يطلق عليه شاحنا مستنديا وذلك بمجرد تسجيله كونه شاحنا في وثيقة النقل أو سجل النقل الالكتروني ،والشاحن ألمستندي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ،لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين ،المطلب الأول نخصصه لبيان مفهوم الشاحن ألمستندي ، والأخر نتناول فيه تمييز الشاحن ألمستندي عما يشتبه به من أوضاع وكما يلي :

---

[١]) أ.د باسم محمد صالح ، القانون التجاري - القسم الاول ، المكتبة القانونية ، بغداد العراق ، بدون سنة طبع ، ص١٩٤

[٢]) انظر اولا من المادة ٣٠ من قانون النقل العراقي .

المطلب الأول: مفهوم الشاحن المستندي[١]

ان الشاحن هو الشخص الذي يطلب نقل البضاعة الخاصة به او بغيره من ميناء الى اخر ، فالشاحن قد يكون شخصا طبيعيا او معنويا ، خاصا او عاما ، ويمكن للشاحن ان يبرم العقد بصفة مباشرة مع الناقل او مع وكيله الذي يكون مسؤولا امامه عن تنفيذ العقد[٢] .

أن اغلب التشريعات لم ترد تعريفا للشاحن ألمستندي، ومن هذه التشريعات المشرع العراقي ، حيث كغيره من التشريعات لم يرد تعريف خاص بالشاحن المستندي ، ولم ينظم حتى الإحكام الخاصة به ، ولا نعرف السبب الحقيقي من وراء إهمال تنظيم هذا الموضوع على الرغم من أهميته ، وقد يكون السبب في تقديري كون الموضوع من الموضوعات الحديثة ، والتباس التشريعات بين الشاحن العادي والشاحن المستندي ، على الرغم من وجود بعض الاختلافات بينهما .

وقد اختلف الفقه في إيجاد تعريف جامع مانع للشاحن المستندي ، فالبعض عرفه هو الشخص الذي يبرم عقد شحن للبضاعة مع الناقل لقاء أجرة معينة . ويؤخذ على هذا التعريف بأنه ساوى بين الشاحن العادي والشاحن المستندي ، لذلك لا يمكن الاعتماد على هذا التعريف لوجود اختلاف بين المصطلحين .والبعض الأخر عرفه (هو طرف من إطراف عقد النقل وهو كالمرسل كونه يتشابه مع الشاحن ألمستندي في عدة أمور ، منها أن الشاحن ألمستندي يتمتع بنفس الحقوق والواجبات التي يتمتع بها المرسل بموجب عقد النقل) [٣]. وقد يكون الشاحن المتندي يتشابه مع المرسل من حيث التزامهم بتسليم البضاعة ولكن المرسل في اغلب الاحيان هو البائع للبضاعة في حين الشاحن المستندي لا يغلب عليه ان يكون البائع فقد يكون شركة متخصصة بأعمال شحن البضائع على ظهر وسائط النقل البحرية .

أما بخصوص الاتفاقيات الدولية ، يلاحظ على معاهدة بروكسل وهامبورغ فهي أيضا لم تنظم أحكام الشاحن ألمستندي ، ولم تعرفه أيضا ،فهي اقتصرت على تعريف الشاحن العادي وتنظيم أحكامه بصورة دقيقة. على عكس اتفاقية روتردام التي عرفت

---

[١]) الشاحن (فعل) شاحن يشاحن ، مشاحنة ، فهو مشاحن والمفعول مشاحن. الشاحن (اسم) اما المستندي مأخوذ من السند : فيقال سند إليه سنود ، وركن أليه واعتمد عليه واتكأ. انظر : زين الدين أبو عبد الله محمد ابن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الخامسة ، ،دار النموذجية ، بيروت صيدا لبنان ، ١٩٩٩، ص٣٢٩ .وكذلك مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة الناشرون ، بيروت لبنان ، ٢٠٠٩، ص ٢٩٠

[٢]) بوفنار بديعة ، عقد النقل البحري للبضائع في ظل التشريع الجزائري ، مذكرة التخرج لنيل اجازة المعهد الوطني للقضاء في الجزائر للفترة ٢٠٠١ ــ ٢٠٠٤ ص ١١٤

[٣]) د.محمد فريد العريني ، محمد السيد الفقي، القانون البحري، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧، الصفحة ١٠٧و ما بعدها.

الشاحن ألمستندي (بأنه أي شخص غير الشاحن يقبل بأن يسمى (بالشاحن) بان يكون شاحنا مستنديا وسجل كذلك في مستند النقل أو مستند النقل الالكتروني)[١]

و يعرف الشاحن المستندي في تقديرينا بأنه هو كل شخص غير الشاحن العادي الذي يبرم مع الناقل عقدا لنقل البضاعة لقاء أجرة معينة ، ويسجل اسمه في سجل النقل أو سجل النقل الالكتروني ولا فرق سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا عاما أو خاصا .

المطلب الثاني: تمييز الشاحن المستندي عن غيره من الأوضاع المشابه

سنتحدث في هذا المطلب عن أهم ما يميز الشاحن المستندي عن غيره من الأوضاع المتشابه معه، كالناقل والمؤمن ،لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين : حيث سنتناول في الفرع الأول تمييز الشاحن ألمستندي عن الناقل ، والفرع الثاني نتناول فيه تمييزه عن المؤمن:

الفرع الأول : التمييز بين الشاحن المستندي والناقل

يتميز الشاحن المستندي عن الناقل في عدة نقاط أهمها ما يلي :

أولا : من حيث التعريف يعرف الناقل هو الشخص الذي يلتزم بنقل البضائع من مكان إلى أخر لقاء اجر معين[٢] . أما الشاحن ألمستندي يعرف بأنه هو أي شخص غير الشاحن يقبل أن يسمى بـ (الشاحن) في مستند النقل أو سجل النقل الالكتروني[٣] يقوم بجزء من مهام الناقل او يحل محل المرسل بحسب الاتفاق .

ثانيا : يلتزم الشاحن ألمستندي بعدة التزامات اتجاه الناقل أهمها : تسليم البضاعة ، ودفع أجرة النقل[٤] . ويلتزم الناقل بعدة التزامات أيضا أهمها : الالتزام بنقل البضاعة ، والمحافظة عليها ، التزامه بتسلم البضاعة .

ثالثا : الناقل يسال عما يلحق البضاعة من ضرر اعتبارا من وقت تسلمه البضاعة وحتى تسليمها إلى صاحب الحق ، ويسال الشاحن ألمستندي إمام الناقل عن أخلاله بالتزاماته من وقت تحقق أخلاله بالتزامه[٥] .

رابعا : يستطيع الناقل الإعفاء من المسؤولية عند أثباته باتخاذ التدابير اللازمة لتجنب الحادث الذي لحق بالبضاعة ضرر أثناء وجودها في عهدتها.ويستطيع أيضا الشاحن

---

[١]) المادة الأولى الفقرة التاسعة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع كليا أو جزئيا لسنة ٢٠٠٨ .

[٢]) أ.د باسم محمد صالح، القانون التجاري-القسم الاول، المكتبة القانونية، بغداد العراق، بدون سنة طبع، ص ١٩٥

[٣]) المادة الأولى ف ٩ من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا او جزئيا لسنة ٢٠٠٨ .

[٤]) المادة ٣٤ من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا او جزئيا لسنة ٢٠٠٨.

[٥]) المادة ٢٧ من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا او جزئيا لسنة ٢٠٠٨.

ألمستندي الإعفاء من مسؤوليته أذا اثبت أن أخلاله بتنفيذ التزامه راجعا إلى سبب أجنبي[١].
خامسا : يسال الناقل عن أخطائه ومن يستخدمهم في عملية نقل البضاعة، وكذلك الشاحن ألمستندي يسال عن أخطائه واخطاء تابعيه [٢]

الفرع الثاني: التمييز بين الشاحن المستندي والمؤمن

يتميز الشاحن ألمستندي عن المؤمن في عدة نقاط وهي :
أولا : من حيث التعريف، يعرف المؤمن هو الشخص الذي يملك القدرة الاقتصادية والكفاءة المالية على تحمل أعباء المخاطر وإزالتها أذا تحققت وفقا لشروط العقد القانونية[٣]. اما الشاحن المستندي فهو كل شخص مثبت اسمة في سند الشحن يقوم بعملية شحن ورص البضاعة .
ثانيا :يشترط تحقق الضرر المؤمن منه حتى يقوم الطرف المؤمن بدفع مبلغ التامين في المواعيد المحددة له[٤]، أما الشاحن ألمستندي فلا يلتزم بدفع الاجرة الى الناقل الا اذا تم الاتفاق على ذلك [٥].
ثالثا : أن المؤمن في الأغلب يتخذ شكل شركة مساهمة أي شخص معنوي يكون على الأكثر، في حين أن الشاحن ألمستندي يكون في الأغلب شخصا طبيعيا[٦].
رابعا : أن الشاحن ألمستندي قد يقوم بجزء من مهام الناقل كشحن البضاعة ورصها او يحل محل المرسل بحسب الاتفاق، أما المؤمن فهو طرف من أطراف عقد التامين .
خامسا : يجب على المؤمن له أن يدفع قسط التامين في المواعيد المحددة له حتى يستحق مبلغ التامين عند تحقق الخطر المؤمن ضده ، أما في حالة الشاحن ألمستندي فانه يدفع الأجرة للناقل عند انتهاءه من عملية النقل ، دون اشتراط بان يقوم الناقل بإيداع مبلغ معين من النقود لدى الشاحن ألمستندي [٧]
وبهذا يكون قد انتهينا من الكلام في المبحث الأول بعد أن بينا تعريف الشاحن ألمستندي وذلك في المطلب الأول منه، وكذلك بينا أهم أوجه التمييز بين الشاحن ألمستندي وبين الناقل والمؤمن وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

---

[١] الفقرتان (٢,٣) من المادة ٣٠ من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا او جزئيا لسنة ٢٠٠٨
[٢] المادة ٣٤ من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا او جزئيا لسنة ٢٠٠٨ .
[٣] د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص ٢٥٥
[٤] د. باسم محمد صالح ، المصدر السابق ، ص ٢٥٠.
[٥] المادة ٤٢ من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا او جزئيا لسنة ٢٠٠٨.
[٦] معتز نابغ كنعان ، ألتزم المؤمن بالإفصاح عن البيانات المتعلقة بالخطر في عقد التامين وفق القانون المدني الأردني والمقارن ، نقابة المحامين الأردنية عمان / الأردن ، ٢٠٠٥ ، الصفحة ٨
[٧] د. باسم محمد صالح ، المصدر السابق ، الصفحة ٢٥٦.

المبحث الثاني : أثار الشاحن ألمستندي

يعتبر الشاحن عموما والشاحن المستندي خصوصا من اهم اطراف عقد النقل البحري ويشكل الحلقة الاساسية في سلسلة النقل حيث تقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات الى جانب ما يتمتع به من حقوق ومثلما ذكرنا سابقا فالشاحن المستندي قد يحل محل المرسل بتسليم البضاعة والوثائق الضروريه الى الناقل او قد يقوم بعملية رص البضاعة وتغليفها وشحنها بدل من الناقل وبحسب الاتفاق وقد نصت اتفاقية روتردام في المادة ٣٣ منها على تولي الشاحن المستندي حقوق وواجبات الشاحن ،لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نبين في المطلب الأول التزامات الشاحن المستندي ،والمطلب الثاني نخصصه لبيان أهم الحقوق التي يتمتع بها الشاحن المستندي.

المطلب الأول: التزامات الشاحن المستندي

يلتزم الشاحن ألمستندي بعدة الالتزامات ، سنتناول في هذا المطلب أهمها ان يلتزم بتسليم البضاعة للناقل في موعدها، ويلتزم بدفع الاجرة وكذلك التزامه بتقديم بيانات صحيحة ، لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وعلى النحو الأتي

الفرع الأول: التزام الشاحن المستندي بتسليم البضاعة محل النقل

أن أول التزام يقع على عاتق الشاحن المستندي (المرسل)هو تسليم البضاعة محل النقل للناقل ، ويكون ذلك في محل الناقل اللهم ألا في حالة الاتفاق أن يتم النقل في محل أخر، ويتم التسليم في الوقت المتفق عليه مع الناقل ، وفي حالة عدم وجود اتفاق بصدد ذلك ، فانه يجب تسليم البضاعة في الوقت المناسب ، وتتحقق مسؤولية الشاحن المستندي عند إخلاله بتنفيذ التزامه هذا[١] .

تجدر الاشارة هنا الى ما نصّت عليه المادة ١٣من اتفاقية هامبورغ على أنّه يلتزم الشاحن بوضع علامات أو بطاقات بشكل خاص على السلع الخطرة، ا يفيد التحذير منها وإذا سلم الشاحن سلعا خطرة إلى الناقل أو الناقل الفعلي بحسب الأحوال يلتزم الشاحن تجاه الناقل بإعلامه عن خطورتها وبالاحتياطات الواجب اتخاذها، وهذا ما نصت علية ايضا الفقرة اولا من المادة ٦٢ من قانون النقل العراقي النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ .

ولقد اهتمت قواعد روتردام من خلال المادة ٢٧ بالتزامات الشاحن اتجاه الناقل البحري متمثلة بتسليم البضاعة له وعلى ضوء هذا النص يتعين على الشاحن تقديم البضاعة جاهزة لعملية النقل مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك والشي الملاحظ هو ان الاتفاقية اكدت على حالة البضاعة التي يجب تسليمها حيث الزمت الشاحن من خلال الفقرة الاولى من المادة السابقة بتسليم البضاعة وهي جاهزة للنقل . ولم تدع مجالا لاجتهاد

---

[١] د. مجيد حميد العنبكي ، قانون النقل العراقي المبادئ والاحكام ، مطبعة وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٢٢٣

القضاء في تحديد معناها بل اوضحت ان البضاعة يجب ان يكون بمقدورها تحمل ظروف النقل المخصص لها خاصة اذا كانت من نوع الخطر[١] .
وعندما تصاب البضاعة بضرر اثناء الرحلة البحرية ومتى ذلك رجع الى عيب غير ظهر في البضاعة او في طريقة رص البضاعة وكانت الاخيرة مقدمة من الشاحن فأن الناقل يستطيع الاعتماد على العيب الذاتي في البضاعة او عدم كفاية التغليف كسبب يستند اليه الاعفاء من المسؤولية [٢] كما سنوضح ذلك في المبحث الثالث من هذا البحث .

الفرع الثاني : التزم الشاحن باتخاذ الإجراءات المناسبة التي من شانها تسهل عملية النقل

فهو يلتزم بتسليم الوثائق الضرورية لتنفيذ النقل ، على الرغم من أن المشرع العراقي في قانون النقل لم يبين طبيعة هذه الوثائق وأنواعها، ولكن يمكن القول أن المقصود بتلك الوثائق هي جميع المستندات التي من شانها أن تسهل على الناقل عملية نقل البضاعة .
ويلتزم الشاحن ألمستندي أيضا بان يقدم بيانات بنوع الشي محل النقل وقيمته ووزنه وحجمه واسم المرسل أليه وعنوانه والمكان المطلوب إرسال الشي إليه ، وإيه بيانات أخرى يطلبها الناقل لتعين ذاتية الشي ، وإذا تطلب النقل استعدادا خاصا فعلى الشاحن ألمستندي أخطار الناقل بذلك بوقت كافي[٣].
وعليه يلتزم الشاحن المستندي بتقديم البيانات الخاصة بالبضاعة بصورة كتابية عند تسليمها للناقل من حيث نوعها ، وزنها ، كيفية حزمها ، عدد الطرود التي تشملها ، حالتها الظاهرة وغير ذلك من البيانات التي يطلبها الناقل او يقررها القانون لتعيين ذاتية البضائع وتقيد هذه البيانات في سند الشحن [٤] وهذا ما تعرضت اليه اتفاقية هامبرغ في المادة ١٥ وقواعد روتردام في المادة ٣٦ ، الا ان الاتفاقية الاخيرة اضافت على سابقتيها ذكر سجل النقل الالكتروني وان اغفال او عدم دقة واحد او اكثر من بيانات العقد لا يمس بصحة مستند النقل او سجل النقل الالكتروني .
وتطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، فأنه يجب على الشاحن ان يقدم للناقل البيانات الصحيحة عن البضاعة محل النقل ليتمكن هذا الاخير في المقابل من تنفيذ التزامه بحسن نية[٥].

---

[١] اكدت الفقرة الثالثة من المادة ٢٧ من اتفاقية روتردام على صورة مختلفة للنقل وهي التي تتم عن طريق الحاويات اذ يلتزم الشاحن بوضع البضاعة بشكل لايزيد من خطورتها في سبيل ايصالها سالمة اثناء عملية النقل.
[٢] عبد القادر حسن العطير ، الحاويات واثرها في تنفيذ عقد النقل البحري ، الدار الجامعية ، سنة ١٩٨٣ ، ص ٢٣٦ .
[٣] المادة ٥٩ من قانون النقل العراقي النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ (على اعتبار احلال الشاحن المستندي محل المرسل بحسب الاتفاق مع الناقل)
[٤] سوزان علي حسن ، عقد نقل البضائع بالحاويات ، دار الجامعية الجديدة ، مصر ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٩٣ .
[٥] شريف محمد غنام ، التزامات الشاحن ومسؤوليته في قواعد روتردام لنقل البضائع دوليا عبر البحر ، بدون دار نشر ، ٢٠١٢ ، ص ٦٢ .

وتجدر الاشارة الى توافق احكام الاتفاقيات الدولية بشأن هذا الالتزام حيث نصت عليه اتفاقية بروكسل في المادة ٣/ خامسا واتفاقية هامبورغ في المادة ١٧ ومحتوى الاخيرة ان الشاحن يلتزم بضمان صحة المعلومات او التصريحات التي ادلى بها الناقل من علامات كالعدد والكمية ووزن البضاعة حسب ما قدمه من بيانات فأذا حدث هلاك او تلف للبضاعة ونتجت معه مصاريف اخرى بسبب عدم صحة البيانات المقدمة من الشاحن ، فأن الاخير سيعوض الناقل عن كل ما طرأ على البضاعة وما ترتب عن تلك المصاريف لكن هذا التعويض لا يؤثر على مسؤولية الناقل ولا يعفيه منها تجاه الغير.

ولم تبتعد اتفاقية روتردام عن الاتجاه السابق [١] الا انها استحدثت التزام جديد وهو الالتزام بالتعاون مع الناقل بخصوص المعلومات والتعليمات اللازمة لمناولة البضائع ونقلها بصورة ملائمة وهذا لم يكن معروفا في الاتفاقيات البحرية السابقة ولا التشريعات الوطنية في مختلف دول العالم وهو التزام تبادلي يقع على الشاحن (العادي والمستندي) والناقل معا [٢] فعندما يطلب اي طرف معلومات او تعليمات لازمة من الطرف الاخر بخصوص مناولة البضائع ونقلها بصورة ملائمة وهذا متوقف على حسب وجودها لدى الطرف متلقي الطلب ، او قدرته على توفيرها في الحدود المعقولة او لم تكن تلك المعلومات او التعليمات متاحة في حدود المعقول للطرف المطالب بها من مصدر اخر[٣] .

الفرع الثالث: الالتزام بدفع الأجرة

تتعدد التزامات الشاحن في عقد النقل البحري غير ان الالتزام الرئيسي والبارز يبقى الالتزام بدفع الاجرة مقابل قيام الناقل بنقل البضاعة وتعد الاجرة ضمن احد البيانات الرئيسة التي يجب ادراجها في مستند النقل [٤] . ويقصد بالأجرة هي المقابل المالي الذي يلتزم به الشاحن لدفعه للناقل مقابل التزام الاخير بنقل البضائع المملوكة للشاحن بواسطة سفينة وتسليمها الى المرسل اليه [٥]. وتحدد الأجرة بموجب الاتفاق بين الطرفين ، ولكن في الأغلب الأعم يتم تحديدها بمقتضى تعريفة مقررة ابتداء كما هو الأمر بالنسبة للناقل الجوي والنقل في السكك الحديدية ، فالأصل أن الشاحن ألمستندي هو المدين بالتزام ، ولكن يجوز الاتفاق مع الناقل على أن يدفع له الأجرة المرسل اليه[٦]

تجدر الاشارة الى ان التشريعات البحرية اعتبرت الشاحن ألمستندي أو المرسل اليه شريكا في مخاطر الرحلة ، فان الحوادث البحرية قد تؤدي إلى انقضاء الالتزام بدفع الأجرة أوالابقاء بدفعها على الرغم عدم إتمام النقل . وقد نص القانون البحري العماني

---

[١] المادة ٢٨ من اتفاقية منظمة الامم المتحدة المتعلقة بعقود نقل البضائع الدولية كليا او جزئيا عبر البحر لسنة ٢٠٠٨ .

[٢] شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

[٣] شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص ٧٣ .

[٤] هاني دويدار ، الوجيز في القانون البحري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢ ، لبنان ، ص ٢٤٢ .

[٥] عبد القادر حسن العطير ، مصدر سابق ، ص ٢٦٥ .

[٦] د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

في المادة ٢٢٣ على حالات تطبق على التزام الشاحن بدفع الأجرة بآثار الحوادث البحرية على البضائع والتي قد تحصل إثناء الرحلة البحرية ،وهذه الحالات هي
أولا: أذا هلكت البضاعة هلاكا كليا بحيث لا يمكن تسليمها للمرسل اليه في ميناء الوصول أو لا يمكن وضعها تحت تصرفه بسبب قوة القاهرة كغرق السفينة آو استيلاء العدو عليها أو حرقها ، فان الناقل في هذه الحالة لا يستحق أي اجر، وهذا هو الوضع الطبيعي لان الأجرة فهي مقابل تحريك البضاعة من ميناء المغادرة حتى ميناء الوصول، فإذا لم يقم الناقل بمثل هذا الالتزام فلا يحق له المطالبة بدفع الأجرة له .اللهم ألا في حالة الاتفاق على خلاف ذلك .
ثانيا : هلاك البضاعة مع التزام الشاحن بدفع أجرتها للناقل ، إذا كان الهلاك نشا عن :
١) إهمال أو خطأ الشاحن ألمستندي أو احد تابعيه .
٢) وجود عيب يعود إلى طبيعة البضاعة
٣) بيع البضاعة من قبل الناقل بسبب وجود عيب فيها .
٤) إتلاف البضاعة من قبل الربان أو الناقل بسبب خطورتها على السفينة ومن فيها، آو لأنها كانت من البضائع المحظور نقلها.[١]
وتجدر الاشارة الى ان للناقل ضمانان لاستيفاء الأجرة هما حق الحبس وحق الامتياز والأثر الذي يترتب عند أخلال الشاحن ألمستندي بتنفيذ التزاماته إلى تحقيق مسؤوليته ويتوجب عليه دفع تعويض إلى الناقل اللهم إلا إذا استطاع الشاحن ألمستندي أن الإخلال في تنفيذ الالتزامات جاء نتيجة قوة قاهرة [٢].
ويتحمل الشاحن ألمستندي مسؤولية ما يتكبده الناقل من خسارة أو ضرر أذا ثبت الناقل أن تلك الخسارة أو ذلك الضرر الذي تعرض إليه الناقل هو جاء نتيجة أخلال الشاحن بواجباته ،ويستثنى من ذلك ما يتعلق بالخسارة أو الضرر الناجم عند أخلال الشاحن ألمستندي بواجباته بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣١ والمادة من اتفاقية روتردام .ويعفى الشاحن ألمستندي من كل المسؤولية آو جزء منها إذا كان سبب الخسارة أو الضرر أو احد أسبابه لا يعزى إلى خطا ارتكبه أو أي شخص مشار إليه في المادة ٣٤[٣]، وعندما يعفى الشاحن ألمستندي عن جزء من مسؤوليته بمقتضى هذه المادة فان الشاحن ألمستندي لا يكون مسؤولا ألا عن ذلك الجزء من الخسارة أو الضرر الذي يعزى إلى خطا ارتكبه هو أو أي شخص مشار إليهم في المادة ٣٤ من اتفاقية روتردام.
وقد اكد المشرع العراقي في المادة ١٣٧ بفقرتيها (اولا وثانيا) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ على ان يحق للناقل اذا نص صراحة على قيام شخص مسمى غير

---

[١] **انظر إلى نص المادة ٢٢٣ من القانون البحري العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٦/ ٧٥.**
[٢] **د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص ٢٠١ .**
[٣] **نصت المادة ٣٤ من اتفاقية روتردام : يكون الشاحن ألمستندي مسؤولا عن إي أخلال بالواجبات المترتبة عليه بمقتضى هذه الاتفاقية نتيجة لأفعال يقدم عليها أو يغفلها أي شخص كان قد عهد أليه من واجباته ، بمن فيهم الموظفون والوكلاء والمتعاقدون من الباطن ، ولكن الشاحن ألمستندي ليس مسؤولا عن الأفعال التي يقدم عليها الناقل أ الطرف المنفذ الذي يتصرف نيابة عن الناقل والذي كان الشاحن قد عهد أليه بأداء واجباته**

الناقل بتنفيذ جزء محدد من النقل ان يشترط في ذلك العقد عدم مسؤوليته عن اي هلاك او تلف او تأخير في التسليم ناتج عن حادث وقع عند وجود الشيئ في عهدة الشخص (غير الناقل) اثناء تنفيذه لذلك الجزء من النقل .

المطلب الثاني: حقوق الشاحن ألمستندي

ويتقرر للشاحن ألمستندي عدة حقوق تقابل الالتزامات التي تفرض عليه ، كحقه في توجيه البضاعة محل النقل طيلة فترة النقل ، وكذلك حقه في حبس الأجرة عن الناقل ، وأخيرا من حقه أن يطلب من الناقل تسليمه وصلا بتسليم البضاعة. لذا سنقسم هذا المطلب على ثلاث فروع ، بحيث سنتكلم في كل فرع عن كل حق من هذه الحقوق.

الفرع الأول: توجيه الشي محل النقل طيلة فترة النقل

للشاحن الحق في توجيه البضاعة محل النقل طيلة بقائها في حيازة الناقل ، وبإصدار أوامره أليه سواء بعدم مباشرة النقل أو بوقفه وإعادة الشي أليه أو بتوجيه إلى شخص أخر غير المرسل أليه الأصلي أو إلى مكان أخر وغير ذلك من التعليمات على أن يدفع المرسل أجرة ما تم من النقل وما ترتب من المصروفات وتعويض الناقل عما يلحقه من الخسارة بسبب هذه التعليمات الجديدة [١] ،ولكن حق الشاحن ألمستندي بتوجيه البضاعة ينتهي عند وصول الشي ، أو في حالة طلب المرسل أليه البضاعة تسلمه أو بعد إخطاره بالحضور لاستلامه [٢].

الفرع الثاني: حقه في حبس الأجرة النقل

للشاحن ألمستندي الحق في حبس الأجرة عن الناقل ، أذا لو يقم هذا الأخير بإيصال البضاعة إلى المقصودة في المواعيد المتفق عليها ، وكان ذلك راجعا لخطا الناقل نفسه أو أي شخص كان يستخدمه الناقل في عملية نقل البضاعة .وكذلك الأمر في حالة هلاك البضاعة بيد الناقل أو احد مستخدميه ، بل يجوز فوق ذلك مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك. ولكن يستطيع الناقل أن يتخلص من المسؤولية أذا اثبت أن التأخير أو الهلاك راجعا لسبب أجنبي أو ثبت انه اتخاذ العناية اللازمة لمحافظة على البضاعة[٣]

الفرع الثالث: حقه في تسليمه صورة من وثيقة النقل

للشاحن ألمستندي أخيرا له الحق بان يطلب تسليمه صورة من وثيقة النقل [٤] بحسب الاتفاق، وتتضمن هذه الوثيقة نوعين من البيانات ، بيانات إلزامية ، والنوع الثاني بيانات

---

[١]) الفقرة اولا من المادة ٦٤ من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣

[٢]) الفقرة ثالثا من المادة ٦٤ من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣

[٣]) محمد زينوني، مكانة عقد النقل البحري في الاتكوتارمز والاعتماد ألمستندي ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة وهران ،الجزائر ، ٢٠١٣ .

[٤] وثيقة النقل تعرف بأنها من مستندات النقل فهي وسيلة لإثبات العقد وقرينة على تسلم الناقل للشي محل النقل ، د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص ١٩١.

اختاريه ، ومن أهم البيانات إلزامية : اسم الناقل والمرسل إليه و الشاحن العادي والشاحن ألمستندي وغيرها من البيانات. والبيانات الاختيارية أهمها قيمة الشئ الذي يتولى الناقل نقله ، ميعاد مباشرة النقل ، وصف واسطة النقل . ويفقد الشاحن ألمستندي هذا الحق بمجرد تسلم المرسل أليه وثيقة النقل أو وصول البضاعة [١] .

وتجدر الاشارة الى ان المشرع العراقي في الفقرة اولا من المادة ١٤٢ من قانون النقل المرقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ اطلق على وثيقة النقل الخاصة بالنقل البحري تسمية سند الشحن.

المبحث الثالث: مسؤولية الشاحن المستندي

لم تختلف أحكام الاتفاقيات الدولية والقانون العراقي في الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الشاحن العقدية، فهي تقوم على أساسين الأول يتمثل في قيامها على الخطأ الواجب الإثبات، وهذا عندما يخل بإحدى التزاماته المتمثلة في عدم الوفاء بأجرة النقل، الإخلال بتسليم البضاعة للناقل تمهيدا لنقلها و الالتزام بتوفير البيانات أو المعلومات و التعليمات و المستندات الخاصة بالبضاعة للناقل، ،أيضا في حالة سوء التغليف أو انعدامه ،عدم احترام القواعد الخاصة للنقل أما الأساس الثاني الذي تقوم عليه مسؤولية الشاحن العقدية وهو الضمان أوما يعرف بالمسؤولية الموضوعية، فهي مسؤولية حكمية تنشأ عن عدم صحة المعلومات اللاّزمة لإعداد تفاصيل العقد وفي حالة نقل البضائع الخطرة، العيب الذاتي للبضاعة.

المطلب الأول: المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات

عندما تقوم مسؤولية الشاحن على أساس الخطأ الواجب الإثبات لا بد للمتضرر أن يثبت خطأ الشاحن، الضرر والعلاقة السببية بينهما تماما مثلما هو الحال عليه في القواعد العامة في القانون المدني وتمتد مسؤولية الشاحن بشروطها إلى مستخدميه أو وكلائه إذا ثبت ارتكابهم لخطأ، إذ يجوز رفع دعوى المسؤولية في هذه الحالة الأخيرة على الشاحن مباشرة على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمالل تابعييه وإذا ما تحققت مسؤولية هذا الأخير التزم بتعويض المضرور عن كامل الضرر، لأنّه لا يتمتّع بتحديد المسؤولية [٢] على عكس الناقل .

لقد تعرضت اتفاقية بروكسل في المادة٢/٤ والمتعلّقة بإعفاء الناقل من المسؤولية في حالة انعدام التغليف وعدم كفايته وهي صورة من صور الخطأ الذي يقع فيه الشاحن المستندي، عند هلاك البضاعة بسبب عدم كفاية التغليف ويرجع أساس هذا الإعفاء إلى قاعدة رومانية، تقضي بأن لا يسمح للمضرور بالمطالبة بالتعويض الناجم عن الأضرار التي كان سببا في إحداثه [٣]هوما سار عليه قانون النقل العراقي في الفقرة الثالثة من المادة

---

[١]) معرض عبد النواب ، الموسوعة التجارية الشاملة ، دار الفكر و القانون ، مصر ، الصفحة ٥٧٠ وما بعدها .

[٢]) قرارية قويدر ، مسؤولية الشاحن في عقد النقل البحري للبضائع ، بحث منشور فب المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، العدد الرابع ٢٠٢١ ص ٨٨

[٣]) لطيف جبر كوماني ،مسؤولية الناقل البحري، سنة ٢٠٠١ ،الدارالعلمية للنشر والتوزيع ، عمان،ص١٢٤ .

٦١ وعليه يجب على الناقل اثبات الضرر وخطأ الشاحن والعلاقة السببية بين نقص التغليف او انعدامه او التغليف المعيب والضرر الذي اصاب البضاعة .
وبالاضافة الى مسؤولية الشاحن المستندي عن سوء التغليف تثار مسؤوليته التقصيرية عن الأعمال الشخصية بوجه عام، عندما لا يوجد عقد بين المضرور والمسؤول، فالمسؤولية التقصيرية تقوم أصلا خارج نطاق العلاقة العقدية وتتفق المعاهدات الدولية بروكسل، هامبورغ وروتردام، في أنها تشترط لتطبيق أحكامها وجود عقد نقل، في انعدامه لا تطبق على أحكام هذه الاتفاقيات السالفة الذكر وبالتالي فإن أحكامها لا تطبق على علاقة الشاحن بالغير الالذي لا يرتبط معه بعقد نقل [١] .
اضف الى ما سبق، إ ّن الشاحن بمقتضى الاتفاقيات البحرية الدولية (بروكسل، هامبورغ، روتردام) ليس مسؤولا عن أعماله الشخصية التي تخل بواجباته فحسب، بل هو مسؤول أيضاعن الإخلال بالواجبات المفروضة عليه أو إغفالها، نتيجة أفعال يقدم عليها كل شخص عهد إليه بأداء أيا من واجباته او اغفالها ، كالمستخدمين التابعين له، وكلائه والمتعاقدون من الباطن، ما لم يكن الشخص المكلّف بأداء واجبات الشاحن المستندي هو الناقل بحد ذاته، أو الطرف المنفذ المكلّف من الناقل حسب الما ّدة ٣٠ من اتفاقية روتردام .
.وعلى غرار الاتفاقيات السابقة فقد نص المشرع العراقي على مسؤولية الشاحن المستندي الشخصية ومسؤوليته عن خطأ تابعيه في المادة ١٤١ من قانون النقل العراقي النافذ رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ حيث قضت على أنه: (لا يسال المرسل عن عن الضرر الذي يلحق بالناقل او بالناقل الفعلي او بالسفينة ما لم يكن ذلك ناتجا عن خطأ المرسل او تابعيه ولا يسأل تابع المرسل عن ذلك الضرر ما لم يكن ناتجا عن خطأ من جانبه) .

المطلب الثاني: المسؤولية على أساس الضمان

أساس الضمان هو التزام بتحقيق نتيجة على عكس الخطأ الواجب الإثبات، الذي يلتزم فيه الشاحن المستندي ببذل عناية ، ضف إلى ذلك أ ّن أساس الضمان يشغل ذمة الشخص بالتعويض عن الضرر، سواء كان الشخص مخطئا أم عكس ذلك ، فإذا وقع الضرر نتيجة السهو أو القوة القاهرة يضل الشخص مسؤولا برغم حسن نيته، على عكس المسؤولية التي تبنى على أساس الخطأ فهي تنشأ بوقوع الخطأ الذي كان سببا في الضرر وتنتفي بانتفائه [٢] .
وتظهر ملامح هذه المسؤولية في حالة تقديم الشاحن المستندي معلومات غير صحيحة عن البضاعة عند التعاقد مع الناقل ، اذ شددت الاتفاقيات الدولية (بروكسل ، هامبورغ ، روتردام) في جزاء إخلال الشاحن بتقديم معلومات صحيحة عن وصف البضاعة العام ، وزنها، عددها، وكميتها واعتبرته ضامنا لصحة هذه المعلومات وعليه أن يعوض الناقل عن الهلاك والتلف و المصاريف الناشئة عن عدم صحة هذه البيانات كما لو لو أخفى

---

[١]) شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص ١٢٤ .
[٢]) شريف محمد غنام ، مصدر سابق ، ص ١١٠ .

قابليتها للكسر أو العطل ،أو قدرها بأقل من قيمتها أملا في الحصول على تخفيض في أجرة النقل ، أو رغبة في التدليس على الغير، فإنّه في هذا الصدد لا يلزم الناقل إثبات عدم صحة بيان طبيعة البضاعة و عدم صحة قيمتها معا بل يكفي أن يكون البيان غير صحيح بالنسبة لأحدهما فقط لايستطيع الشاحن التّملص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، لأن ضمان صحة المعلومات لا تتأثر بسوء نية الشاحن ، فتبقى أيضا هذه المسؤولية قائمة على الشاحن حتى ولو انتقل سند الشحن بالتظهير لى الغير أو بالتسليم إذا كان للحامل[١] .

من جهة اخرى ، تفرق الاتفاقيات الدولية بروكسل هامبورغ وكذلك قانون النقل العراقي بين حالتين يتحمل الشاحن فيه، التعويض عن الأضرار والمصاريف التي تنجم عن تحميل البضائع الخطرة وهي :-

أ- حالة عدم إعلام الناقل أو ممثله عن بضائع قابلة لاشتعال أو الانفجار أو بضائع خطرة، يمكن للناقل تفريغها وإعدامها أو إزالة خطورتها في أي وقت أو مكان وهذا دون تعويض للشاحن .

ب- حالة علم الناقل وموافقته على نقل بضائع الخطرة فلا يجوز له إزالة خطرها أو إعدامها إلا إذا أصبحت تشكل خطرا على السفينة أو شحنتها، بدون مسؤولية عليه، إلاّ استثناءا فيما يتعلّق بالخسارات البحرية المشتركة عند الاقتضاء.

وهذا ما ورد في الما ّدة ٤/سادسا من اتفاقية بروكسل والتي تقابلها المادة١٣من معاهدة هامبورغ والفقرات (اولا وثانيا) من المادة ٦٢ من قانون النقل العراقي النافذ.

اضف الى ما سبق، ان من الضروري التفرقة بين وجود عيب خاص بالبضاعة وطبيعتها الذاتية، فهذه الأخيرة معناها أ ّن البضاعة معرضة بطبيعتها لمخاطر الهلاك أو التلف اكثر من البضائع الأخرى، اما وجود عيب فمعناه ان البضاعة تحتوي على عيب حقيقي غير موجود في البضائع المنقولة، المماثلة لها من نفس طبيعتها . وكما عرف بعض العلماء العيب الذاتي للبضاعة بأنّه كل سبب ناشئ عن الطبيعة الداخلية للبضائع يؤدي إلى هلاكها أو تلفها، مثال ذلك الاشتعال الذاتي للبضائع أو تخمرها، وقد اختلف الفقه حول اعتبار قابلية البضائع للكسر عيبا ذاتيا في البضائع أم لا، فأجاب البعض بالإيجاب وأجاب البعض الآخر بالنفي باعتبار أ ّن تهشم البضائع القابلة للكسر لايرجع إلى طبيعة البضائع في حد ذاتها، بل إلى ّما في الشحن أو التفريع أو في التغليف ذاته أوفي إهمال الشاحن في بيان طبيعة البضائع [٢]

تجدر الاشارة الى عدم معالجة الاتفاقيات الدولية (بروكسل، هامبورغ) إمكانية إدراج الشاحن المستندي لشروط تعفيه من المسؤولية، إلا أن اتفاقية روتردام لم تلزم الصمت

---

[١]) كمال حمدي ، كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورغ) سنة ١٩٥٥ ،منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ١١١

[٢]) قراريه قويدر ، مصدر سابق ، ص ٩٢ .

بل صرحت بذلك في المادة ٧٩التي تقضي منها ببطلان الاتفاق على إعفاء الشاحن المستندي من المسؤولية أو استبعاد التزاماته أو الزيادة فيها وفي الجهة المقابلة نصت كذلك على بطلان شروط إعفاء للناقل من المسؤولية، الحكم نفسه في حالة الاتفاق على استبعاد التزامات هذا الأخير وإحالة حقوق التأمين على البضائع لصالح الناقل أو تابعيه المذكورين في المادّة ١٨ من هذه الاتفاقية.

اما في ظل احكام القانون العراقي فأن الشاحن يجوز له أن يعفي نفسه من المسؤولية العقدية تجاه الناقل البحري او يخففها ،لان الشاحن لا يشمله حكم المادة (١٠/اولا) من قانون النقل العراقي لانها لا تخاطب الشاحن وإنما تتعلق بالناقل فقط إذ نصت على أنه ((يسأل الناقل عن الاضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل ويبطل كل اتفاق يقضي بإعفاء الناقل كليا او جزئيا من هذه المسؤولية)) ومن جانب آخر نجد أن المادة (٢٠٩/٢ (من القانون المدني العراقي تجيز للشاحن ان يعفي نفسه من المسؤولية او تخفيفها إذ نصت ((وبذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه أو خطأه الجسيم ،ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوعنا (الشاحن المستندي في ضوء الاتفاقيات الدولية والقانون العراقي) فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات :

أولا : النتائج

١ـ لم يعرف المشرع العراقي والمشرعين الدول الشاحن ألمستندي وكذلك الأمر بالنسبة الاتفاقيات الدولية باستثناء اتفاقية روتردام عرفته : بأنه أي شخص يرغب أن يكون شاحنا مستندينا غير الشاحن العادي بمجرد تسجيله شاحنا في وثيقة النقل وسجل النقل الالكتروني .

٢ـ يتميز الشاحن ألمستندي عن الشاحن العادي ، في أن هذا الأخير هوالشاحن المتعاقد مع المرسل او الناقل لانه يحل محل المرسل او الناقل في جزء من مهامهم بحسب الاتفاق وتم تثبيته في وثيقة النقل العادي او الالكتروني .

٣ـ يتميز الشاحن ألمستندي عن الناقل في عدة أمور منها أن الناقل هو الذي يلتزم بنقل البضاعة ، الشاحن ألمستندي فهو أي شخص غير الشاحن قد يقوم بجزء من مهام الناقل (الشحن ورص البضاعة) .

٤ـ ويتميز عن المؤمن أيضا بان المؤمن هو الشخص الذي يملك القدرة الاقتصادية والكفاءة المالية على تحمل أعباء المخاطر وإزالتها أذا تحققت وفقا لشروط العقد القانونية

٥ـ يلتزم الشاحن ألمستندي بعدة الالتزامات أهمها دفع الأجرة وتسليم البضاعة.

٦ـ أن اتفاقية بروكسل وهامبورغ لم تنظم إحكام الشاحن ألمستندي وكذلك المشرع العراقي واغلب التشريعات العربية ، واكتفى البعض منهم في تنظيم احكام الشاحن في

حين الاخير يختلف عن الشاحن المستندي والذي يتطلب تنظيمه التطور التكنولوجي للنقل البحري بصورة خاصة .

٧- انعدام نظام قانوني دولي موحد خاص بالقواعد التي تحكم مسؤولية الشاحن بالعموم والشاخن المستندي بالاخص ، من حيث أركان هذه المسؤولية الناجمة عن عقد النقل البحري الدولي للبضائع حتّى وإن نصت الاتفاقيات الدولية على التزامات الشاحن، حالات قيام مسؤوليته ومن هم الأشخاص الذين يسأل عنهم إلاّ ان هذا يبقى غير كافي، لأن مسؤولية الشاحن تحتاج الى تفصيل اكثر وحتى لا يضيع الوقت والجهد في البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها ، فأمام صمت المشرع الدولي في مجال عقود النقل الدولية للبضائع، مما ينجم عنه حتما طول الإجراءات وهذا ما لا يتلاءم مع مقتضيات التّجارة البحرية و التي تتطلب السرعة في الفصل في المنازعات .

ثانيا : التوصيات

١- أوصي المشرع العراقي بتنظيم الأحكام الخاصة بالشاحن والشاحن ألمستندي بصورة صريحة.

٢- تركيز الدراسات والبحوث اللازمة حول هذا الموضوع من قبل المتخصصين في هذا الشأن من اجل إزالة التباس الذي يحدث بين الشاحن العادي والشاحن ألمستندي .

٣- تعديل أحكام اتفاقية روتردام الخاصة بتنظيم الشاحن ألمستندي ويراد نصوص مستقلة عن الشاحن العادي لتنظيم الشاحن ألمستندي من جميع جوانبه لكون هنالك عدة فروق بين المصطلحين.

قائمة المصادر

أولا : الكتب

١. د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ،الطبعة الأولى ، دار السنهوري ، بغداد / العراق ،٢٠١٥.

٢. **د. د.محمد فريد العريني ، محمد السيد الفقي ، القانون البحري ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٧، الصفحة ١٠٧و ما بعدها..**

٣. **عبد القادر حسن العطير ، الحاويات واثرها في تنفيذ عقد النقل البحري ، الدار الجامعية ، سنة ١٩٨٣ .**

٤. **سوزان علي حسن ، عقد نقل البضائع بالحاويات ، دار الجامعية الجديدة ، مصر ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٩٣ .**

٥. **شريف محمد غنام ، التزامات الشاحن ومسؤوليته في قواعد روتردام لنقل البضائع دوليا عبر البحر ، بدون دار نشر ، ٢٠١٢ ، ص ٦٢ .**

٦. **هاني دويدار ، الوجيز في القانون البحري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢ ، لبنان**

٧. **معرض عبد النواب ، الموسوعة التجارية الشاملة ، دار الفكر و القانون ، مصر ، الصفحة ٥٧٠ وما بعدها .**

٨. **) د. مجيد حميد العنبكي ، قانون النقل العراقي المبادئ والاحكام ، مطبعة وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٤**

٩. **كمال حمدي، مسؤولية الناقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة مع اتفاقية هامبورغ) سنة ١٩٥٥ ،منشأة المعارف بالإسكندرية**

ثانيا : الرسائل والاطاريح الجامعية

١. بن دوميه سعدية ، مسؤولية الناقل البحري على اتفاقية روتردام ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة وهران ،٢٠١٣.
٢. محمد زيتوني الناصر ، مكانة النقل البحري في الانكوتارمز والاعتماد ألمستندي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة وهران ، ٢٠١٣.

ثالثا : البحوث المنشورة :

١. معتز نابغ كنعان ، التزام المؤمن له بالإفصاح عن البيانات المتعلقة بالخطر في عقد التامين في القانون المدني الأردني والقانون المقارن.
٢. قرارية قويدر ، مسؤولية الشاحن في عقد النقل البحري للبضائع ، بحث منشور في المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ، العدد الرابع ٢٠٢١ .

رابعا : القوانين :

١. قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣
٢. قانون البحري العماني الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٦/ ٧٥

رابعا : الاتفاقيات الدولية:

١. اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٢٤
٢. اتفاقية هامبورغ لسنة ١٩٧٨
٣. اتفاقية منظمة الامم المتحدة المتعلقة بنقل البضائع الدولية كليا او جزئيا عبر البحر (روتردام) لسنة ٢٠٠٨ .

اثر تقلبات اسعار النفط على التنمية الاقتصادية في العراق

ا.م.و نور حمزه حسين
تدريسية في كلية القانون الجامعة المستنصرية

الملخص
ان الاقتصاد العراقي يعتمد بشكل كلي على الايرادات النفطية في تمويل الموازنة العامة، وان تقلبات هذه الاسعار وعدم استقرارها وانخفاضها متأثرة بطلب العالمي ، ويوصف اقتصاد العراق بأنة اقتصاد ريعي معتمد على النشاط الاقتصادي على الايرادات النفطية فأن اي انخفاض في اسعار نفط ، تؤثر سلبا على اقتصاد .

Abstract
The lraqi economy is well dependent, on oil revenues in financing the general budget and that the fluctuations and in stability of these prices are affected by global e.Iraq economy is a one sided economy, relying totally on oil revenue to fuel the economic activity.So the current decline in oil prices will result in serious conse

الكلمات الافتتاحية للبحث :اسعار النفط ،تنمية الاقتصادية، الإيرادات
Ollprices,economic development,revenues

المقدمة

ان النفط من اهم المواضيع الاقتصادية المهمة في الوقت الحاضر ، اذ يعد سلعة استراتيجية ، ومادة اساسية في الصناعة والتجارة الدولية، وله الاثر كبير على الاقتصاد العالمي ، فيعد النفط مورد رئيسي مهم للدول المنتجة للنفط ،و هو المتحكم في عملية التنمية الاقتصادية لهذه الدول ،وذلك لما توفره العوائد البترولية من عملة صعبة التي ها الدور كبير في تمويل السلع الاستهلاكية والاقتصادية وتنمية الصناعية لهذه الدول ، من حيث اي تذبذب في اسعار النفط في الاسوق العالمة يؤثر سلبا على الايرادات المالية للدول التي تعتمد على نفط كونه مصدر مهم لتمويل نفقاتها والذي له أثر بالغ في انخفاض حركة النشاط الاقتصادي للبلدان المصدرة للنفط ومنها العراق ، حيث يعد النفط المصدر الاساسي في الدخل القومي، والمصدر الاساسي للعملات الاجنبية الضرورية ، لتمويل عمليات الاستيراد من جهة اخرى وتمويل عملية التنمية الاقتصادية من جهة اخرى ، حيث ان أي زيادة في اسعار النفط العالمية ينعكس هذا الامر ايجابيا على عمليات التنمية الاقتصادية وعلى النفقات العامة والعكس صحيح ،فلادارة الكفوءة لاستخدام ايرادات النفط وتوجيها نحو الاستثمار وتنمية القطاعات الاخرى بتالي سوف

يهيأ ايرادات مالية كبيرة وتقلل الاعتماد الكبير على العوائد النفطية و ايجاد مصادر بديله للإيرادات العامة للدولة غير الايرادات النفطية وتفعيل هذه الإيرادات وذلك من اجل زيادة حصيلة الايرادات وزيادة الانفاق الاستثماري للدولة ممايجعل الاقتصاد العراقي قوي متصدي لكل المتغيرات التي تحدث في اسعار النفط .

فرضية البحث : أن التقلبات في أسعار النفط لها أثار ايجابيه وأثار سلبيه على الايرادات العامة للدولة ومن ثم على النمو الاقتصادي للدول بصوره عامة و الاقتصاد العراقي بصوره خاصه والتي هي محل الدراسة .

مشكلة البحث: تتمثل مشكلة البحث ان بتقلبات أسعار النفط العالمية وما لها دور على التنمية الاقتصادية للعراق ، حيث اعتمدت الدراسة على أسعار النفط وتأثيرها على الاقتصاد العراقي، الذي هو اقتصاد ريعي يعتمد بشكل اساسي على ايرادات النفطية و حيث أي انخفاض في اسعار النفط هذا الأمر ينعكس سلبا على التنمية الاقتصادية.

هدف البحث : يهدف البحث إلى تسليط الضوء على اسعار النفط على التنمية الاقتصادية في الاقتصاد العراقي ،وماهي العوامل المؤثرة على الأسعار النفط العالمية وتداعياتها، ومدى تأثيرها على التنمية الاقتصادية للدول المعتمدة على ايرادات النفطية كممول اساسي لنفقاتها وايجاد الموارد المالية البديلة عن المشتقات النفطية وتفعيلها.

منهجية البحث: حيث أستخدم المنهج الوصفي والتحليلي للبيانات لبيان الاطار النظري لمفهوم اسعار النفط وتقلبات أسعار النفط العالمية، وتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين مباحث هي المبحث الاول مفهوم السعر النفطي واهمية ،المبحث الثاني تفعيل مصادر الايرادات في العراق غير الايرادات النفطية واخيراً الخاتمة الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الاول: **مفهوم السعر النفطي وأهميته**

يشكل النفط احد المصادر الرئيسية للطاقة في العالم في الوقت الحاضر والمستقبل ، وانه يعد ثروة وطنية سيادية وانه يمثل شريان الحياه الاقتصاديه لعديد من الدول ، اذ جميع الدول النتجة للنفط ينصب اعتمادها على النفط الخام ،لما له من دور في تمويل الخزانة العامة للدولة، ولأهمية هذا الموضوع سيتم بحثه في مطلبين الاول تعريف السعر النفطي اما المطلب الثاني سوف نخصصه الى العوامل التي تؤثر على اسعار النفط .

المطلب الاول: **تعريف السعر النفطي**

ينصرف اعتماد الدول النامية بالدرجة الاكبر على القطاع النفطي في كافة النشاطات الاقتصادية والاجتماعية بسب ماتتسم به بقية القطاعات الاقتصادية الاخرى كالقطاع الصناعي والقطاع الزراعي والسياحي وقطاع الخدمات من انخفاض ادائها وضأله نسبة مساهتمتها في الناتج المحلي ،لذا ان السوق النفطية كغيرة من الاسواق الاخرى ليس بمعزل عن تداعيات المالية والاقتصادية ممايؤثر على اسعار النفط فتجعلها تتجه مره نحو الارتفاع ومره اخرى نحو الانخفاض ، لذا سوف نبحث هذا الموضوع في فرعين يكون الاول تعريف السعر النفطي اما الفرع الثاني نخصصة الى بيان اهمية النفط الاقتصادية .

الفرع الاول تعريف السعر النفطي

يعد النفط الخام من اهم الثروات الطبيعية النابضة وغير القابلة للتجدد، وتظهر اهمية النفط للدول المنتجة من خلال توفير ايرادات ماليه ضرورية لتمويل التنمية الاقتصادية والاجتماعية لكافة القطاعات كونه المورد الرئيسي الممول لموازنات هذه الدول لذا ،عند الرجوع الى معجم المصطلحات الصناعة النفطية ، نجد ان كلمة نفط تعني (البترول)وهي كلمة ذات اصل لاتيني مركبة من شقين اولها تعنيpetr اي الصخر وثانيه تعني oleum ومعناها الزيت وكلمة النفط ترجع الى اصل يوناني معناها (الزيت الجبلي) ونجد ان كلمة النفط وردت في الحقبة البابلية وردت بمعنى (نبتو)والتي تعني الضوء وهذا يعني ان المادة النفطية تم استخدامها لأغراض الاضاءة في الامبراطورية البابلية ولقد استخدم البابليون النفط في تغطية الطرق المهمة المؤدية الى اماكن العبادة ، بطبقة رقيقة تدعى الاسفلت وكلمة بترول لها اصل لاتيني وهي مشتقة من الكلمة (بترا) والتي تعني الزيت الحجري [١] .

ويعرف السعر النفطي بانه قيمة السلعة النفطية معبرا عنها بوحدة نقدية في زمان ومكان معين ، او هو قيمة القيمة النقدية لبرميل النفط الخام بالمقياس الامريكي للبرميل المكون من (٤٢) غالون في زمان ومكان معلومين وغالبا ما يعبر عنه بالوحده النقدية الدولار (٢)، ويتحدد السعر النفطي كسعر اي سلعة اخرى من خلال تفاعل بين قوى العرض وطلب وهذا التفاعل ينتج عنه تحديد عنه سعر محدد يسمى اقتصاديا (السعر التوازني) ومن جانبنا يمكن تعريف سعر النفط بانه السعر المتحكم بسوق الاقتصاد العالمي والسياسة الدولية والاقتصادية للدول .

الفرع الثاني : اهمية النفط الاقتصادية

ان النفط من اكثر السلع الاستراتيجية وحيوية للصناعة ومهمة للتجارة ، وذات تأثير كبير على جميع الانشطة الاقتصادية ، حيث اصبحت الحضارة الانسانية المعاصرة قائمة في مختلف جوانبها على النفط او ما يسمى بالذهب الاسود ، ليس كونه مصدر للطاقة وحسب بل لما له من اهمية اقتصادية وسياسية وعسكرية ،لا يمكن الاستغناء عنها حيث يسهم بشكل كبير في تكوين ايرادات الدول والناتج المحلي الاجمالي وخاصة الدول المنتجة للنفط ولأهمية هذا الموضوع سوف نتاول هذا الموضوع في نقطتين اولآ اهمية النفط على التنمية الاقتصادية والثانية نخصصها الى اهمية النفط في الاقتصاد العراقي .

اولآ :اهمية النفط على التنمية الاقتصادية

يعد النفط مادة استراتيجية وحيوية للصناعة ومهمة للتجارة ، وذات تأثير كبير على جميع الانشطة الاقتصادية ، حيث اصبحت الحضارة الانسانية المعاصرة قائمة في مختلف جوانبها على النفط او ما يسمى بالذهب الاسود ، ليس كونه مصدر للطاقة وحسب بل لما له من اهمية اقتصادية وسياسية وعسكرية ، وتتمثل اهمية النفط في العناصر الاتية [٣] :

١. مصدر للطاقة: يعد النفط في الوقت الحاضر المصدر الاول والاساسي للطاقة التي تعد بدورها هي المحرك للاقتصاد العالمي وتعد الطاقة النفطية هي افضل واسهل واوفر انواع الطاقات التقليدية التي تستخدم في القطاعات الاقتصادية والصناعية .
٢. مصدر للإيرادات العامة : يعد النفط هو مصدر مهم ورئيسي للإيرادات العامة خاصة في الدول المنتجة، حيث تعتمد اقتصاديات هذه الدول بشكل اساسي على ايراداته في تمويل الخزانة العامة .
٣. مصدر للقطاع الاقتصادي : يعد النفط هو مصدر مهم للصناعات حول العالم حيث كان العوائد النفطية الاثر في توسيع القطاعات الاقتصادية خاصة في الدول المنتجة للنفط وقد انعكس هذا النمو الاقتصادي بشكل ايجابي على الناتج المحلي لهذه الدول ، حيث يذهب ٨٠% من النفط المستهلك في العالم الى قطاعات الصناعية والاقتصادية .
٤. النفط مصدر للحروب: يعد النفط احد الاسباب المهمة لاندلاع الحروب وذلك من اجل سعي الدول فرض السيطرة على المناطق الغنية بالنفط وتستخدم الدول النفط من اجل بسط نفوذها على العالم ، او تستخدمه المنظمات الدولية مثل منظمة الامم المتحدة كعقوبات مثلما فرضت ، عقوبات على العراق النفط مقابل الغذاء .
٥. دور النفط في القطاع الزراعي : من خلال تخصيص العوائد النفطية في تطوير هذا القطاع الذي له دور مهم في توفير المواد الغذائية ، من خلال اتباع سياسة دعم المزارعين وتحقيق الاكتفاء الذاتي من المحاصيل الزراعية والسعي الى تنوع مصادر الدخل وتقليل الاعتماد على القطاع النفطي .
٦. دور النفط في قطاع الخدمات : مع التطور الحاصل في الدول ازداد انفاق الدول على قطاع الخدامات ، وخاصة في الدول المنتجة للنفط فقط حصل تطور كبير في قطاع الخدمات الصحية و وخدمات التعليم وتوفير التأمين الاجتماعي والرعاية الاجتماعية .

ثانيا:اهمية القطاع النفطي على الاقتصاد العراق

يلعب القطاع النفطي دورا في غاية الاهمية في تطوير الاقتصاد العراقي حيث تكون ايرادات النفط هي المصدر الوحيد لتمويل برامج الاعمار وخطط التنمية الاقتصادية في العراق و الممول الرئيسي للموازنة العامة للدولة حيث لا يوجد اي نشاط محلي يضاهي نشاط تصدير النفط ويمكن ابراز اهمية دور القطاع النفطي من خلال النقاط التالية[٤] :

١. مساهمة القطاع النفطي بإنتاج الناتج المحلي الاجمالي حيث يعد القطاع النفطي هو القطاع الوحيد دون غيره من القطاعات الذي يرفد الاقتصاد بمقومات البقاء خاصة بعد تدهور اغلب القطاعات الاقتصادية والصناعية والزراعية ، لذا يعد هذا القطاع هو المصدر الرئيسي للنمو الاقتصادي في العراق اذ بلغت نسبة مساهمة القطاع النفطي (٥٧,٩٦%) من الناتج المحلي سنة ٢٠٠٤ والسبب ارتفاع اسعار النفط، اما في عام ٢٠٠٩ فقد انخفضت مساهمة القطاع النفطي حيث بلغت ٤٠,٨٩% بسب انخفاض اسعار النفط اما في عام ٢٠١٧ بلغت نسبة مساهمة القطاع النفطي الى (٦١,٥%) بسبب ارتفاع اسعار النفط وزيادة الايرادات النفطية مما انعكس ايجابا على ناتج قطاع النفط وبرزت اهمية القطاع النفطي كذلك بالنسبة للمشتغلين في هذا القطاع فنلاحظ ارتفاع

العاملين في هذا القطاع حيث وصل عدد الموظفين الى ما يقرب (١٢٧,٧٤١) عامل على الرغم ان اغلب العاملين هم من العمالة الاجنبية ، حيث بلغ العاملين الاجانب في حقل الزبير (٧٤%) و (٧٢%) في حقل الغراف و(٣٩%) في حقل مجنون [٥] وهذه النسب مرتفعة جدا بسبب غياب الرقابة على العاملين الاجانب وان من اهم المشاكل التي تواجه الاقتصاد العراقي هو انخفاض اسعار النفط وان هذا الانخفاض المستمر في اسعار النفط يؤثر سلبا على الايرادات العامة للدولة بسبب الاعتماد الكلي على النفط كونه الممول الوحيد للموازنة العامة .

على الرغم من وجود الشركات النفطية في المحافظات العراقية لكن هذه المحافظات تعاني من البطالة وعدم توفير الخدمات النفطية وركود في الاقتصاد الوطني على الرغم من وجود اكثر من ٣٩ موقع للشركات النفطية داخل المحافظات العراقية .

٢. اهمية الصادرات النفطية من اجمالي الصادرات : ان العراق يمتلك شبكة كبيرة من انابيب النفط وموانئ تجعل بالإمكان تسويق النفط الى الاسواق العالمية بكل سهولة وبكلف بسيطة ، لذى تعد صادرات النفط العراقية هي المصدر الرئيسي في تمويل الموازنة العامة للدولة وتعد الصادرات النفطية هي المهيمنة على القطاعات الانتاجية الاخرى ما لم تقم الحكومة بتطوير القطاعات الصناعية والزراعية لتنويع مصادر ايراد العملة الصعبة خاصة بعد عام ٢٠٠٣ وحل مشكلة الاقتصاد العراقي الذي اصبح اقتصاد ريعي يعتمد اعتماد كلي على القطاع النفطي في تمويل الخزانة العامة للدولة .

لكن في السنوات الماضية انخفضت صادرات النفط العراقية بسبب تضرر محطات الضخ الرئيسية والخطوط الناقلة للنفط بسبب اعمال التخريب بسب عمليات داعش عام ٢٠١٤ والذي انعكس سلبا على الاقتصاد العراقي بشكل عام والقطاع نفطي بشكل خاص والذي ادى الى حدوث خلل كبير في عملية تصدير النفط والتي تعرضت للخراب نتيجة العمليات العسكرية مثل مصفى عجيل ومصفى بيجي ومصفى القيارة في صلاح دين ممادى الى توقف انتاجها ، اضافة الى مشاكل في منظومات (الشمالية والجنوبية والغربية) بسب التأكل اجزاء من مكونات هذه المنظومات واندثارها [٦] ،كمادت الاوضاع الامنية الى هجرة العديد من الخبراء والكوادر النفطية مما ادى ذلك الى اهمال العديد من المشاريع الموجهه الى تطوير القطاع النفطي ، والتي حالت دون الاستفادة من انتاج وتطوير الحقول الموجودة في كركوك وصلاح دين ، وكذلك ايضا عدم ادخال الصناعات الحديثة في تكرير النفط ادى ذلك الى انخفاض انتاج النفط مما اثر سلبا على تصدير النفط اضافة الى ذلك عدم استفادة العراق من الحقول الحدودية التي تم استغلالها من قبل دول الجوار [٧].

٣. اهمية النفط في الموازنة العامة : تعد الايرادات النفطية عي المصدر الرئيسي لتمويل الموازنة العامة في العراق مقارنة هذه ايرادات مع الايرادات الاخرى ، حيث بلغت نسبة مساهمة الايرادات النفطية في تمويل النفقات العامة بشقيها الجاري والاستثماري ٩٩% عام ٢٠٠٤ [٨] .

٤. اهمية النفط في عملية التنمية الاقتصادية :تحتاج عملية التنمية الاقتصادية الى رؤوس اموال ضخمة وذلك من اجل القيام بالاستثمارات الازمة في القطاعات الانتاجية والخدمية ،لذا فمنذ تأسيس الدولة العراقية عام ١٩٢١ كان القطاع النفطي الدور الكبير في مشاريع التنموية في البلاد حيث تعتمد هذه المشاريع بشكل كلي على ايرادات النفط.

المطلب الثاني: الاثار الاقتصادية لانخفاض اسعار النفط على الاقتصاد العراقي

ان اسعار النفط تخضع لتقلبات مستمرة بسبب طبيعة السوق النفط الدولية التي تتسم بعدم الاستقرار ، مما انعكس ذلك سلبا على اسعار النفط وجعلها اسعار غير مستقرة وان التقلبات التي تحدث في اسعار النفط الناتجة من التغيرات السياسية والاقتصادية للبلدان المصدرة والمستوردة اضافة الى الاوضاع الامنية التي تلعب دورا في تحديد اسعار النفط الخام لذا لأهمية هذا الموضوع سوف نتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الاول منه لدراسة اسباب انخفاض اسعار النفط دوليا والفرع الثاني سيكون اثار انخفاض اسعار النفط على الاقتصاد العراقي .

الفرع الاول: اسباب انخفاض اسعار النفط دوليا

شهد اسواق النفط الدولية العديد من التقلبات في اسعار النفط ، وهذا الامر يؤدي الى تأثر النشاط الاقتصادي للدول صعودا وانخفاضا وان انخفاض اسعار النفط تتأثر بعدة عوامل وهي كالاتي :

اولا: معدل النمو الاقتصادي : ان زيادة معدل النمو الاقتصادي يؤدي الى زيادة استهلاك النفط، خاصه بعد التطور الاقتصادي والصناعي الكبير الذي يشهده العالم ، وان انخفاض النمو الاقتصادي الذي يؤدي الى انخفاض الطلب على النفط الذي ينعكس سلبا على اسعار النفط اذ يقل طلب على النفط وبتالي يؤدي انخفاض اسعار النفط العامية [٩] .

ثانيا: التقدم التكنولوجي : هو احد الاسباب الرئيسية في انخفاض اسعار النفط حيث ان زيادة المعروض بسبب التقدم التكنولوجي مثل التقنيات الحديثة التي استخدمتها الولايات المتحدة الامريكية زاد من انتاج النفط حيث قامت باستخراج النفط عن ما يسمى النفط الصخري حيث تمكنت الشركات الامريكية من استخراج النفط من الصخور الاسفنجية عن طريق ضخ الماء والرمل وبعض المواد الكيمياوية وبذلك تحولت الولايات المتحدة الامريكية الى ثالث اكبر منتج للنفط في العالم بعد السعودية ، وكان النفط الصخري احد الاسباب الانخفاض الحاد في اسعار النفط في منتصف عام ٢٠١٤ [١٠].

ثالثا: المنظمات الدولية : تلعب المنظمات الدولية دور كبير في سوق الاسعار النفطية العالمية ،

حيث نجد ان منظمة اوبك التي احدثت تغييرا جذريا في الصناعات البترولية من خلال السيطرة على مراكز توزيع البترول وكان السبب الرئيسي لنشأتها هو خلق تكتل لمواجهة الشركات النفطية الكبرى التي تسيطر على اسعار النفط وكذلك الوكالة الدولية

للطاقة (LEA) حيث انشأت هذه الوكالة كرد فعل على ارتفاع النفط في عامي ١٩٧٣ و ١٩٧٤ لتوحيد جهود الدول المستهلكة وتنظيمها في وجه منظمة اوبك [١٢] .

رابعا: العوامل السياسية : ان العوامل السياسية من العوامل المهمة التي لها دور كبير في التأثير على اسعار النفط الخام حيث ترتفع اسعار النفط الخام في حالة حدوث التوترات والحروب في مناطق انتاج النفط وتصديره مما ينعكس هذا الامر على الدول المستهلكة كما هو الحال في حرب الخليج الاولى والثانية وحرب العراق عام ٢٠٠٣ ، ان العامل السياسي كان له دور في منع منظمة اوبك من تخفيض انتاج النفط من اجل امتصاص المعروض النفطي من السوق حيث ان هذا العامل منع منظمة اوبك من تقليل الانتاج وبالتالي منع اسعار النفط في التدهور عام ٢٠١٤ وتكرر الامر نفسه عام ٢٠١٥ حيث رفضت ايران من تقليل انتاجها من النفط وسعت الى زيادة انتاجها من النفط قبل فرض العقوبات الدولية عليها لذى فان السياسة النفطية لا تبتعد كثيرا عن السياسة الدولية وبما يجري في الساحات العالمية من علاقات سياسية دولية [١٢] .

الفرع الثاني: اثار انخفاض اسعار النفط على الاقتصاد العراقي

يتصف الاقتصاد العراقي بانه اقتصاد ريعي احادي الجانب يعتمد بشكل كلي على ايرادات النفط وبالتالي اي انخفاض في اسعار النفط سوف يتأثر الاقتصاد سلبيا مما سيولد عجزا في الموازنة العامة اضافة الى تعطيل البرامج وخطط التنمية الاقتصادية بسبب قلة الموارد المالية حيث يخسر العراق يوميا اكثر من مليار دولار نتيجة انخفاض اسعار النفط ، والتي تعد هي المصدر الوحيد للعملة الصعبة حيث ان نسبة مساهمة الايرادات النفطية من اجمالي الايرادات العامة للدولة بشقيه الجاري والاستثماري بلغت ٩٩% سنه ٢٠٠٤ وانخفضت الى ٩١% عام ٢٠٠٩ بسبب انخفاض اسعار النفط، وهذا يؤثر سلبا على عمليات التنمية الاقتصادية و توقف عملية الاعمار والبناء للبنى التحتية المدمرة التي تعود الى ما قبل عام ٢٠٠٣ ،وتظهر اثار انخفاض اسعار النفط على الاقتصاد العرقي من جوانب عد هي كالاتي:-

اولا: اثار انخفاض اسعار النفط بصورة واضحة على الموازنة العامة حيث يتضح من خلال قراءة الموازنة العراقية نجد تحتل الايرادات النفطية مركز الصدارة في تمويل الموازنة العامة للدولة مقارنة مع الايرادات الاخرى وان اي انخفاض في اسعار النفط قد ينعكس سلبا على الموازنة العامة، وان بعد الازمة المالية التي اجتاحت العالم عام ٢٠٠٨ وتراجع اسعار النفط العالمية ، فقد القت الازمة بظلالها على نمو اقتصادي بشكل عام وعلى طلب النفط الخاص بشكل الخاص مما ادى انخفاض اسعار لنفط العالمية ادى ذلك الى تراجع كبير في إيرادات النفط العراقية الذي اثر بدوره على اعداد الموازنة العامة للدولة واتباع سياسية انكماشية تخفيض الانفاق العام بنسبة ٤٤% تمثلت اثرت على السياسية الاقتصادية والمالية والنقدية ،وان سياسية التقشفية التي اتبعها العراق بسب هبوط اسعار النفط فقد كان تأثيرها على المواطن العراقي البسيط من حيث ايقاف التعينات في دوائر الدولة ولجوء الحكومة الى الاقتراض الخارجي من البنك الدولي

وصندوق النقد الدولي ودول اخرى ، بشروط مجحفة من اجل سد العجز الحاصل في الموازنة العامة الذي بلغ (٧٦ تريليون دينار) مما ادى ذلك الى تزايد المشاكل الاقتصادية كالبطالة بسب ضغط النفقات العامة بسب قلة الايرادات العامة بسب انخفاض اسعار النفط الذي يعد هو ممول الوحيد للموازنة العامة [١٣].

ثانيا: اثر انخفاض اسعار النفط على الناتج المحلي :-ان توجه معظم تخصيصات الموازنة العامة نحو الجوانب التشغيلية سيقود الى تقليص النمو في الناتج المحلي الاجمالي ، مما يؤدي ذلك الى ارتفاع معدلات البطالة لتصل الى (٣٠%) حسب اخر الاحصائيات نتيجة ضغط الانفاق الاستثماري العام وتقنين التوظيف وتسرح عدد من المتعاقدين في كافة القطاعات الاقتصادية بسبب ضغط النفقات العامة اذ تشير المصادر ان معدلات الفقر في العراق قد تجاوزت (٤٠%) لعام ٢٠١٦ .

ثالثا: اثار النفط على الحساب الجاري لميزان المدفوعات واحتياط العراق من النقد الاجنبي فان انتعاش اسعار النفط ساهمت في تحقيق متراكم في ميزان الحساب الجاري لعدة سنوات خلال مدة من (٢٠١١ – ٢٠١٤) ساهم في تعزيز الاحتياطي الدولي للبنك المركزي العراق للعملة الاجنبية والذي بلغ اعلى مستويات له عام ٢٠١٣ حيث تجاوز (٧٦ مليار دولار) الا ان انخفاض عوائد النفط انعكس بالشكل السلبي على الميزان التجاري الى حالة عجز وقدر بمبلغ (١٤,٤%) سنة ٢٠١٥ وان استمرار العجز في ميزان الحساب الجاري يؤدي الى استنزاف الاحتياط الدولي للعراق من العملة الصعبة[١٤].

المبحث الثاني: تفعيل مصادر الايرادات في العراق غير الايرادات النفطية

ان النظام الاقتصادي في العراق قائم على الايرادات النفطية ، حيث للنفط أهمية استراتيجية في الاقتصاد العراقي ،منذ اكتشافه تجاريا في عشرينيات القرن الماضي، من حيث مساهماته في الناتج المحلي الإجمالي و الدخل القومي وإجمالي الصادرات العامة والموازنة العامه ، وبناء التنمية حيث تشكل عوائد النفط المصدر الاساسي لتمويل برامج التنمية الشاملة فيه ، هكذا يعتمد الاقتصاد العراقي على النفط بدرجة، كبيرة وعدم الاهتمام الكافي بمصادر الإيرادات العامة الاخرى فأهملت وهمشت ، وتم الاعتماد بصوره اساسية على الايرادات النفطية لتمويل الانفاق العام بشكلية الجاري والاستثماري ،فأن ان هذا امر له اثار سلبية على النظام الاقتصادي للبلد وعلى تنمية الاقتصادية وعلى القطاعات الخدمية وهذا يجعل العراق يعتمد على الصادرات النفطية في توفير العملات الأجنبية، وهذا المؤشر يترتب عليه مشاكل اقتصادية أهمها ارتباط الاقتصاد العراقي بالدخل النقدي للنفط فقط. إن انخفاض أسعار النفط دون السعر الذي أعدت به الموازنة سيزيد العجز، مما ينعكس سلبا على اقتصاد البلاد بشكل عام، وخاصة أن العراق لم يستفد من ارتفاع أسعار النفط في السنوات الماضية في تطوير القطاعات الإنتاجية ،لذا يجب عدم الاعتماد على النفط في تمويل الخزانة العامة وذلك لكون النفط هو مادة نابضة معرضة للانقراض و تتسم اسعار النفط بعدم الاستقرار، وسرعة تأثرها بالاقتصاد العالمي والاسواق الدولية وهذا الامر انعكس سلبا على الموازنة العامة ، ومن

اجل اعداد موازنة مستقرة تضمن تحقيق تنمية الاقتصادية للبلد يكون من خلال تفعيل مصادر غير نفطية تساهم في تمويل الموازنة العامة وهي كالاتي:-

اولا: تنمية القطاع الصناعي : يؤدي القطاع الصناعي دورا كبيرا في عملية التنمية الاقتصادية اذ يعد القطاع الصناعي هو المساهم في برامج التنمية وتطوير القطاعات على الرغم من اهمية هذا القطاع الصناعي فلم تتجاوز مساهمته في تكوين الناتج المحلي الى (٢,٦%) في عام ٢٠١٢ وهي نسب متدنية جدا بالنسبة لقطاع يعمل فيه مئات الالاف من العمال والموظفين الحكوميين حيث كان هذا القطاع في فترة الحصار يلبي الطلب المحلي على الرغم من تدهور الدخل القومي للبلد وان ما تعرض اليه هذا القطاع بعد عام ٢٠٠٣ من نهب وتدمير بسبب سقط النظام البائد وتقادم معظم المصانع الانتاجية وتخلف المستوى التكنولوجي لمعظم المصانع وقيام الحكومة ببيع هذه المنشأت الى القطاع الخاص او المستثمرين من اجل التخلص من اعبائها واعادة تعميرها واستثمارها مما ادى ذلك الى قيام القطاع الخاص باستيراد السلع واغراق السوق المحلية بالسلع المستوردة قليلة الجودة خاصة بعض غياب عوائق الاستيراد من التعريفات الكمركية ونظام السيطرة النوعية [١٥] مما ادى ذلك الى ضياع وهدر في المال العام كان يوفر فرص عمل للعاطلين ويوفر كثير من العملات الصعبة للبلد لذى من اجل النهوض في الصناعة في العراق لا بد من زيادة مستويات الانتاج وتحقيق الكفاءة الاقتصادية من جهة والجودة بالنوعية من جهة اخرى ليستطيع العراق بمنتجاته الوطنية منافسة المنتجات الدولية وهذا يؤدي الى زيادة الايرادات الحكومية وتقليل الاعتماد على الايرادات النفطية.

ثانيا: تنمية القطاع الزراعي : ان القطاع الزراعي في العراق حاله اسوء من القطاع الصناعي فضل هذا القطاع عاجز لسنوات عن تلبية الطلب المحلي من السلع الزراعية وذلك بسبب اعتماد الدولة بشكل كلي على القطاع النفطي في تمويل الخزانة العامة ادى ذلك على اهمال القطاع الزراعي الذي يعاني من تخلف وسائل الانتاج المستخدمة وشحة المياه مما ادى ذلك الى اغراق الاسواق المحلية بالمنتوجات والسلع المستوردة مما يصعب على المزارع العراقي المنافسة وسد فجوة الطلب الداخلي وتحقيق الاكتفاء الذاتي لذى ينبغي النهوض بهذا القطاع بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والامن الغذائي عموما ولتخفيف الضغط على الموازنة العامة من خلال توفير مفردات البطاقة التموينية للمستهلك العراقي والتي اصبحت احد عوامل الضغط على الموازنة العامة ومن جهة اخرى مساهمة هذا القطاع تمويل الايرادات العامة للدولة وتحسين ميزان المدفوعات من خلال نشر تقنيات الري الحديثة واعادة تأهيل المشاريع الاروائية استصلاح الاراضي الزراعية والقضاء التدريجي على ظاهرة الاغراق للسلع مما نتج عنها اثار سلبية على المنتجات المحلية [١٦] .

ثالثا: تفعيل الايرادات الضريبية : تعد الضريبة هي احد الموارد الاساسية للدولة ومصدر مهم من مصادر، تمويل الخزانة العامة للدولة لذا اصبح الاصلاح الضريبي ضرورة من ضروريات العمل الضريبي من اجل زيادة الموارد المالية للدولة ، ومن

اجل تفعيل دور الضريبة لابد من عملية اصلاح للنظام الضريبي في العراق فهي اصلاحات لابد لن تكون ،بعيدة عن التدخلات السياسية ، وبعيدة عن اسعار النفط وتقلباتها فهي تحتاج الى الاتي :-

١. اصلاح الادارة الضريبة: ان من الجوانب المهمة لإنجاح مهمة الاصلاح الضريبي في العراق، تبدأ عند اصلاح الادارة الضريبة كخطوه اساسية وتعرف الادارة الضريبة بأنها تلك الادارة التي تختص بتنفيذ القوانين والتحقق من سلامة تطبيقها ،وحماية لحقوق الدولة من جهة وحقوق المكلفين من جهة اخرى ، سواء كانوا افراد او مؤسسات وكذلك اصدار التعليمات والتشريعات التي ترتقي بالنظام الضريبي الى ارفع درجات الكمال والاتقان ، وفي الوقت نفسة هي الجهة التي يوكل اليها وضع السياسية الضريبة موضع التطبيق العملي ، ومع كفالة السبل اللازمة لإنجاحها لبلوغ توجيهاتها الضريبة بما يساعد الدولة على تحقيق اهدافها [١٧] ، عن طريق اصلاح نظام حصر المكلفين الخاضعين للضريبة : ويقصد به تحديد الاشخاص الخاضعين للضريبة وتدوين اسمائهم ، وعناوينهم ، وتعتمد الادارة الضريبية في العراق على عدة وسائل لحصر المكلفين بضريبة ، من خلال طلب المعلومات من المؤسسات العامة والنقابات العامة او استمارات المسح الميداني او عن طريق المقتبسات، التي تثبت تعامل المكلفين ، مع جهات رسمية وشبه رسمية او من خلال الاقرار الضريبي الذي يقدمه المكلف للإدارة الضريبة يعرف بأنه تقرير مكتوب يقدمه المكلف الخاضع للضريبة او نائبة او وراثة الى الادارة الضريبة، يعترف فيه صراحة بحقيق الواقة المنشئة للضريبة او تخلفها [١٨] ، وتعتبر طريقة الاقرار الضريبي من اكثر الطرق التي تلجأ اليها الادارة الضريبة لحصر المكلفين ومعرفة المركز المالي للمكلف لان ما من شخص افضل من المكلف يكون على قدر من الالمام دقيق ، بالإيراد الذي يحققه او يحصل علية وعلى الرغم من اهمية هذه الطريقة ، لكن هذه الطريقة لا تخلو من العيوب وهي كالآتي : [١٩]

أ. الاقرار الضريبي يساعد على التهرب الضريبي وذلك عن طريق ان يقوم المكلف الضريبي بتقديم اقرارا كاذبا الى الادارة الضريبة والادعاء بأنه لم يزاول اي نشاط تجاري خلال السنة المالية او عن طريق تقديم إقرارات مزوره عن دخلة الحقيقي او اخفاء معلومات واجبة البيان في الاقرار الضريبي مثلا ان يكون للمكلف مصدران او اكثر للدخل الا انه لا يصرح الا بمصدر واحد من اجل تكون إيراداته التي تدخل في وعاء الضريبة اقل من الايرادات الحقيقة ويتم تقدير دخلة بأقل من مقداره الحقيقي او ان يدعي المكلف الضريبي انه تحمل تكاليف عالية في سبيل انتاج دخلة من اجل تنزيلها من الدخل الاجمالي او يذكر انه متزوج ولدية اولاد بقصد الحصول على السماحات الشخصية ويتبين بعد ذلك انه اعزب .

ب. الاقرار الضريبي يؤدي الى إرهاق الادارة الضريبة ، وذلك بسب قيام الادارة الضريبة بفحص ومراجعة صحة المعلومات التي يقدمها المكلف الضريبي مما يتطلب الكثير من الجهد والوقت والاموال.

ج. ان اسلوب الاقرار الضريبي يفشي بأسرار المكلفين ، لا نه يلزم المكلف ان يكشف جميع أوراقه امام الادارة الضريبة مما يعرض سمعتهم للأضرار لاسيما في ميدان المنافسة الصناعية والتجارية .

تعد مهمة حصر المكلفين من العمليات المهمة والاساسية ، لكونها الخطوة الاولى لتحديد مصادر الدخل الخاضع للضريبة ، وان هذه الوسائل التي سبق ذكرها هي غير كافية لحصر مصادر الدخل عند المكلفين ، وذلك لصعوبة الحصول على كافة المعلومات الدقيقة لجميع الانشطة الاقتصادية ، التي يقوم بها المكلف الضريبي ، لذا فكان على المشرع الضريبي العراقي الاستفادة من تجربة الدول في معرفة المركز المالي للمكلف ومنها الجزائر التي قامت بعملية اصلاح للنظام الضريبي واستحدثت طريقة جديدة لحصر المكلفين ، وذلك باستخدام نظام (الرقم الجبائي) في تسجيل كافة المعاملات التي يجريها المكلف، والزام جميع الجهات الحكومية والخاصة بضرورة استخراج ايصالات متسلسلة يتم فيها تسجيل معاملات التي يجريها المكلف الضريبي ، وتسجيل رقمه عليها واخطار الادارة الضريبية بها قبل نهاية السنة المالية، ساعد هذا على حصر المكلفين ومعرفة حقيقة مركزهم المالي ، و تلافي الكثير من حالات التهرب الضريبي [٢٠] وان النظام الضريبي في العراق يحتاج الى تطبيق الرقم الجبائي لكل مكلف مما يساعد ذلك على حصر المكلفين وتحديد مصادر دخلهم ويحد من مظاهر التهرب الضريبي، وإضافة الى ذلك الى زيادة حصيلة الضرائب مما ينعكس ايجابا على زيادة الايرادات العامة للدولة.

و منح الموظفين والقائمين على الادارة الضريبة الحوافز المالية والتشجيعية مثل الترقيات الوظيفية ، وان تطبيق هذا النظام على موظفين الادارة الضريبة، سيكون دافع لهم على الابداع والابتكار ، والقيام بعملهم على اكمل وجهة وسيكون له حصانة ذاتية من اجل مواجهة الفساد، من خلال توفير له التعويض المادي الكافي لسد مختلف مستلزمات الحياة الضرورية وتجنبه من الوقوع في الخطأ [٢١].

٢. العمل على معالجة ضعف الوعي الضريبي في العراق : - يعرف الوعي الضريبي بأنه الادراك الكامل من قبل الافراد ، بمسؤولياتهم المالية ازاء المجتمع والدولة[٢٢]، وان لا نجاح اي عملية اصلاح ضريبي ، لابد ان يكون هناك وعي ضريبي ومعرفة الفرد بأهميته الضريبة ، ودورها في تمويل النفقات العامة للدولة، وان نشر الوعي الضريبي بين طبقات المجتمع سوف يزيد من حصيلة لضرائب و تقل نسب التهرب الضريبي ، وان عملية نشر الوعي الضريبي تحتاج الى الكثير من الوقت والجهد ، ومن اجل انجاح عملية نشر الوعي الضريبي في العراق لابد اتباع الخطوات الاتية [٢٣] :

أ. فلابد من تعريف الأفراد بأهميته الضريبة ،ودورها باعتبارها المصدر الرئيسي للإيرادات العامة للدولة ، وان الضرائب التي سوف يدفعونها ستصرف لهم على شكل الخدمات العامة ، وذلك من خلال عملية نشر الوعي الضريبي للمواطنين من خلال القيام بحملات تعلمية واسعة ومكثفة ومستمرة ، حول اهمية الضرائب موجة الى

جميع افراد المجتمع، عن طريق وسائل الاعلام من اذاعة والتلفزيون و الصحف واعلانات ومن خلال منظمات المجتمع المدني، والمؤسسات التربوية والتعلمية ، من اجل ان ينشئوا في بيئة من الالتزامات المستقبلية وتنمية مبدا التضامن الاجتماعي لديهم ، وروح المشاركة في تحمل الاعباء والتزامات المالية من خلال دفع الضرائب لتستطيع الدولة من القيام بواجبها على اكمل وجه من خلال توفير الخدمات العامة للمواطنين على اكمل وجه .

ب. لابد من بيان للمواطنين ان عوائد النفط لا تمثل دخلا بمعنى المعروف ، ولا يمكن الاعتماد عليها باعتباره كمصدر ثابت للتمويل خزانة الدولة، لأن النفط غير مادة غير قابلة للتجدد وهو مادة نافذة غير مستمرة واضافة الى ذلك أسعاره متغيرة تخضع لتقلبات سوق العالمية ، ولابد من تأكيد لهم ان المصدر الرئيسي للإيراد العام هو عن طريق الضرائب.

رابعا: تفعيل الضرائب الكمركية : تمثل الايرادات المتأتية من الضرائب الكمركية حصيلة وفيرة تمد موازنة الدولة بالإيرادات الازمة لتمويل النفقات العامة ، ولم يخلوا اي اقتصاد من اقتصاديات دول العالم ، من هذا النوع من الايراد حيث وصلت الايرادات الكمركية ما يقرب الى ثلث الايراد الضريبي في (٤٧) دولة نامية خلال مدة من (١٩٦٩ – ١٩٧١) [٢٤] ، لقد مر الاقتصاد العراقي بتحول كبير في سياسته التجارية نحو عملية التحرير التجاري والغاء الضرائب الكمركية والاكتفاء بفرض ضريبة الاعمار بنسبة ٥% على السلع الواردة ، مما عرض السوق العراقية الى اكبر عملية اغراق سلعي واثر كثيرا على اداء القطاعات الصناعية والزراعية وتراجع معظم الانشطة الاقتصادية في البلد ادت هذه الاجراءات الى تهميش الدور المالي لهذه الضريبة وعدم الاستفادة من المردود التي يمكن ان يصب في الموازنة العامة بسبب الاعتماد بشكل تام على الايرادات النفطية ، ان حصيلة الايرادات الكمركية لقد تدهورت بشكل كبير اذ لم تحقق هذه الايرادات سوى (٨١) مليون دينار للسنوات من (٢٠٠٣ ، ٢٠٠٤) على التوالي بسبب الاحداث التي شهدها العراق عام ٢٠٠٣ من الغزو الامريكي وانفلات الامن وضعف الرقابة وسيطرة الدوائر الكمركية للمنافذ الحدودية وزيادة التهرب الضريبي وتفشي الفساد في المنافذ الكمركية اضافة الى عدم الاستقرار الوضع الامني خلال هذه المدة [٢٥] بعد ان كانت ايرادات هذه الضرائب تشكل نسبة مهمة في تمويل الموازنة العامة اذ بلغت اعلى مستوياتها سنة ٢٠٠٢ (٢٦٠) مليون دينار[٢٦]،

خامسا : تنمية القطاع السياحي : يعد القطاع السياحي من القطاعات المهمة، حيث ان العراق يملك العديد من الاماكن الدينية المقدسة وأثار تاريخية واسلامية تنتشر في مختلف انحاء العراق التي يمكن ان تشكل دور مهم في السياحة الدينية التي يمكن ان ترفد الموازنة العامة بالإيرادات العامة التي لو حظيت باهتمام ورعاية من الدولة كان لها دور في تمويل الخزانة العامة بالإيرادات من خلال تطوير البنى التحتية لهذا القطاع كالفنادق والمجمعات السكنية السياحية وتطوير شبكة النقل والمطاعم من ماء وكهرباء

وغيرها من الخدمات من اجل خدمة السياح وتحفيز القطاع الخاص للدخول الى هذا القطاع والاستثمار فيه[٢٧].

سادسا: تفعيل الرسوم العامة : يعد الرسم هو احد الايرادات المالية التي ترفد الموازنة العامة بالإيرادات من خلال مساهمته في تغطية النفقات العامة للدولة ، ويحقق الرسم النفع العام والنفع الخاص للمجتمع [٢٨] لذا بات من ضروري في ظل تدهور الايرادات المالية في العراق ان تركز الحكومة ليس فقط على انفاق الاموال وانما عن طريق كسب الاموال وذلك من اجل تحقيق اهداف التنمية اقتصادية ، اذ ينبغي على الحكومة ان تجني رسوما من المستفيدين مقابل ما تقدمه لهم من خدمات كي يتسنى لها مواجهة التزاماتها المالية حيث ان قدرة الحكومة على زيادة الرسوم يتعلق بحد كبير بطبيعة الخدمة المقدمة وجودتها وسرعة انجازها بهدف ارضاء المستفيدين من الخدمة الحكومية فمن المعروف ان اغلب الخدمات العامة في العراق لم تقترب حتى من الحد الادنى من الاحتياجات الاساسية للمواطن بسبب ما ورثه من مشاكل اقتصادية بسبب الحصار الاقتصادي والحروب وسوء الادارة والتخطيط مما ادى ذلك الى سوء الخدمات المقدمة الى المواطن وانخفاض الرسوم العامة بالمقابل [٢٩] .

سابعا: خصخصة القطاع العام : اصبحت الخصخصة منهجا واسلوبا اعتمد عليه العديد من الدول النامية والمتقدمة، للتخلص من الحجم الزائد للقطاع العام ، وتحقيق التنمية الاقتصادية بصفة عامة والكفاءة الانتاجية في وحدات القطاع العام بصفة خاصة والخصخصة هي ، بانها نقل ملكية المشروعات الاقتصادية العائدة الى القطاع العام الى القطاع الخاص (٣٠) وبالتالي هي تهدف بناء على هذا التعريف علاج ضعف الكفاءة الاقتصادية للقطاعات العامة وتحقيق مكاسب في الايرادات نتيجة رفع كفاءة هذه القطاعات ، بعد عام ٢٠٠٣ اتجه العراق الى الانفتاح الاقتصادي وتبنى ثقافة السوق مما يعني التأكيد على اهمية دخول القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي وزيادة دوره لما يحمل في طياته من ايجابيات تسهم في تطوير الاقتصاد الوطني لكن هذا الامر بقي لحد الان متعثرا بسبب الاوضاع الامنية التي شهدتها الساحة العراقية ، وفي ضل تدهور الايرادات العامة للدولة لابد من ايجاد بدائل لاستمرار عملية التنمية الاقتصادية للبلد وان اهم هذه البدائل هو فسح المجال امام القطاع الخاص ليؤدي دوره في تنمية القطاعات العامة وان هذا سوف يؤدي الى :

١. تخفيف العبء عن الموازنة العامة من خلال القطاع الخاص الذي سيتحمل جزءا من النفقات العامة والذي يؤدي الى تقليل العجز في الموازنة العامة .
٢. زيادة الايرادات العامة حيث ان تنشيط القطاع الخاص ، سيؤدي الى زيادة دخل هذه القطاعات مما يؤدي الى زيادة ايرادات الضرائب .
٣. ويؤدي تطبيق الخصخصة الى زيادة نمو الناتج المحلي وزيادة احتياطات الدولة من العملات الاجنبية والتخلص بالتالي من المديونية الخارجية .

ان التحول من القطاع العام الى القطاع الخاص لا يعني حذف او الغاء القطاع العام اذ ان في ضل هذه الظروف الحالية التي يمر بها الاقتصاد العراقي لا ينبغي ان ننتظر تحسن

واضح في اداء الاقتصادي لوحدات الانتاج المبعثرة التي تضررت ، نتيجة الحروب والحصار الاقتصادي ومن اجل انجاح هذه الخطوة تبقى هذه القطاعات تحت رقابة وتوجيه واشراف القطاع الحكومي ومدها بالعناصر الادارية الكفؤة ووضعها في بيئة تنافسية فعالة خالية من التشوهات

الخاتمـــة

بعد ان انتهينا من بيان موضوع البحث ، لا بد لنا ان نسجل اهم الاستنتاجات التي انتهينا اليها والمقترحات التي نرى انهى جديرة بالطرح وهذا ما سوف يتم بيانه في التالي :

اولا : الاستنتاجات

١. بينت الدراسة ان اسعار النفط تخضع لعوامل عديدة وليس لعوامل العرض والطلب هو الوحيد في تحديد اسعار النفط بل هنالك عوامل اقتصادية وسياسية وتكنولوجية .

٢. ان اقتصاد العراق هو اقتصاد ريعي يعتمد بشكل كلي على الايرادات النفطية في تمويل النفقات العامة للدولة .

٣. تهميش مصادر الايراد الاخرى وعدم تفعيلها كقطاع الزراعي والصناعي والايرادات الضريبة

٤. ان انخفاض اسعار النفط العالمية اثر ذلك سلبا على ايرادات العامة للدولة وذلك بسب اعتمادها الكلي على القطاع النفطي في تمويل الخزانة العامة للدولة مما ادى الى اتباع سياسية انكماشية انعكست سلبا على تنمية الاقتصادية للبلد ادى ذلك الى ازدياد معدلات الفقر والبطالة.

ثانيا: التوصيات

١. عدم اعتماد الاقتصاد العراقي في تمويل ايراداته على النفط بشكل رئيسي وذلك بسبب ان النفط هو مورد غير مستقر وثابت و تغير اسعاره حسب اسعار النفط العالمية من خلال ويجب الاعتماد على القطاعات الصناعية والزراعية من اجل ايجاد مصادر للإيرادات العامة غير الايرادات النفطية وتقليل الاعتماد على الايرادات النفطية ، وهذا يساهم في القضاء على البطالة والفقر.

٢. لا بد من تنمية القطاع النفطي وتطويره وادخال التكنلوجيا بعمليات استخراج النفط لما يشكل هذا القطاع الممول الرئيسي للموازنة العامة للدولة وذلك من خلال تنمية امكانياته الانتاجية والتصديرية واكتشاف الحقول النفطية واستثمار الحقول مع دول الجوار .

٣. تنمية وتنشيط قطاع السياحة خاصة(السياحة الدينية) لما تعد مورد مالي مهم يرفد الموازنة العامة بالإيرادات المالية .

٤. تفعيل الايرادات الضريبية من خلال اصلاح النظام الضريبي الذي يعاني من مشكلات الادارية والتشريعية والقضاء على التهرب الضريبي واعتبار الضريبة مصدر مهم واساسي في تمويل الخزانة العامة للدولة .

٥. محاربة الفساد الاداري والمالي الذي يعد من اكبر المشاكل التي يواجها الاقتصاد العراقي والسبب في ضياع الكثير من الايرادات العامة .
٦. فرض ضرائب جديدة من اجل مواكبة التطورات الاقتصادية والتي ستكون مصدر مهم في زيادة الإيرادات العامة للدوله.
٧. التوسع بضريبة المبيعات لتشمل جميع السلع والخدمات لما لها دور تمويل خزانة العامة بالايرادت العامة والتي تكون نسبتها اكثرمن ضريبة على الدخل السنوية .
٨. اعادة العمل بضريبة الكمركية والمتوقفة حاليا بموجب الامر رقم (١٢)الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة، حيث ان تفعيل الضرائب الكمركية ضروري في هذه الفترة التي يعاني منها البلاد من اغراق وهيمنة السلع المستوردة و الحد منها وحماية السوق المحلية من الاغراق بالسلع المستوردة وان فرض الضريبة الكمركية لها دور في تحسين مستوى الانتاج الوطني والقضاء على البطالة والفقر من خلال في تشغيل الايدي العاملة ، وزيادة ناتج المحلي من خلال الايرادات هذه الضريبة التي ترفد الخزانة العامة بالإيرادات العامة .

المصادر

١. د علة مراد ، دراسات تقلبات اسعار النفط واثرها في التنمية الاقتصادية قراءة نظرية تحليلية في حالة الجزائر للفترة (٢٠٠٠ – ٢٠١٤) مجلة الرؤى الاستراتيجية ، ٢٠١٦ ص٩٦.
٢. ف. ١.بلافسكي ، ترجمة رؤوف موسى ، اسرار بابل سلسلة دار المأمون للترجمة والنشر ، ٢٠٠٨ .
٣. د علة مراد ، المصدر السابق ، ص٥٦.
-احمد حسين علي الهيتي ، اقتصاديات النفط ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ،ص ٦٧
-عبد الخالق جاسم خليفة ، تقدير تحليل الاستثمار النفطي في بلدان مختارة مع اشارة خاصة للعراق ،رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الادارة والاقتصاد جامعة الانبار ،٢٠٢٠ ص٥٠
-ممدوح سلام، العوامل الكامنة وراء التراجع الحاد في اسعار النفط الخام ، ملف الندوه ،تداعيات هبوط اسعار النفط على البلدان المصدرة ،الدوحة ٧ تشرين ،نوفمبر ٢٠١٥ ، المركز العربي لابحاث ودارسات السياسات ،ص ٧٧
-مها احمد حسين الانبار ، تكييف الموازنة الاستثمارية مع تغيرات اسعار النفط دراسة تطبيقية في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية ادارة الاعمال قسم المحاسبة جامعة واسط ،٢٠١٩ ،ص٢ .
-احمد رحيم جبار الياسري ، النفط مستقبل العراق ، رساله ماجستير (غير منشورة) كلية الادارة والاقتصاد ،جامعة الكوفة ،ص ٨٨
٤. د محمد ازهر سعيد السماك ، البترول العراقي بين السيطرة الاجنبية والسيادة الوطنية ، ط١ ، وزارة الثقافة والاعلام جامعة الموصل ، بغداد ، ص٢٠ .
٥. سهام حسين البصام ، سميرة فوزي شهاب ، مخاطر واشكاليات انخفاض اسعار النفط في اعداد الموازنة العامة ضرورات تفعيل مصادر الدخل الغير نفطية ، دراسة تحليلية ، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة ، العدد٣٦ ، ٢٠١٣ ، ص٨ .
٦. اسماء منسي ، منظمة الاقطار المصدرة للبترول في ضل المتغيرات الاقتصادية مع اشارة الى العراق ، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية ، كلية الادارة والاقتصاد ، جامعة بغداد ، ص٧٠ .

٧. عصام محمد عبد الرضا الجبوري ، الاثار الاقتصادية لانخفاض اسعار النفط على الاقتصاد العراقي ، مجلة جامعة بابل العلوم الصرفة التطبيقية ، العدد٨ ، مجلد٢٤ ، ٢٠١٦ ، ص٢١٣ .
٨. عصام محمد عبد الرضا الجبوري ، المصدر السابق ، ص٢٢٠ .
٩. عبد الله بن حمد العطية ، اسعار النفط ودور اوبك وسياستها اتجاه الاسعار ، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات ، الدوحة ، ٧ تشرين الاول عام ٢٠١٥ ، ص٥ .
١٠. صديقي محمد عفيفي ، تسويق البترول ، عين الشمس ، الطبعة التاسعة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٩٠ .
١١. امينة مخلفي ، مدخل الى الاقتصاد البترولي (اقتصاد النفط) جامعة قاصدي ، الجزائر ، ٢٠١٤ ، ص٣٥١ ــ ٣٧٠ .
١٢. د سهام حسين البصام ، م م سميرة فوزري شهاب ، مخاطر واشكاليات انخفاض اسعار النفط في اعداد الموازنة العامة للعراق وضرورات تفعيل مصادر الدخل الغير نفطية ، دراسة تحليلية ، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة ، العدد٣٦ ، ص٢١٠ .
- مأمون ادم معروف ، اثر انخفاض اسعار النفط عالميا على الموازنة العامة ، المجلة العلمية للدراسات التجارية والبيئية ، المجلد السابع ، العدد الرابع ، ٢٠١٦ ، ص٦٥٥ .
- دليل البرلمان العربي ، للوقاية على الايرادات ، منظمة برلمانيون عرب ضد الفساد بالتعاون مع معهد رصد العائدات ، الطبعة الاولى ، بيروت ، ٢٠١١ ،ص٨
١٣. د احمد بتال ، تداعيات انخفاض اسعار النفط على الاقتصاد العراقي ، ندوة تداعيات انخفاض اسعار النفط على الاقتصاد العراقي اقيمت في جامعة الانبار ٢٠١٦ . WWW.RESEARCHGATE.NET/PUBLICATION
م.م حسين علي كيطان ، قياس وتحليل تأثير تقلبات اسعار النفط الخام في السوق الدولية على الايرادات العامة في الاقتصاد العراقي المدة (٢٠٠٣-٢٠١٥)بحث منشور في مجلة كلية الكوت الجامعة ، المجلد الثاني العدد٢ ، السنة ٢٠١٨ ص١١٤
١٤. عصام محمد عبد الرضا الجبوري ، المصدر السابق ،ص٣٠٠ .
١٥. سرمد عباس جواد ، تشخيص عوامل الضغط على الموازنات العامة في العراق ، وزارة المالية ، الدائرة الاقتصادية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ،ص١٣ -١٦.
١٦. وزارة المالية دائرة الموازنة العامة ، الموازنات الحكومية للفترة ٢٠٠٣-٢٠٠٥
١٧. رائد ناجي احمد الجميلي ،التهرب الضريبي مع اشارة الى مواطنة في قانون ضريبة الدخل في العراق ،رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين ،٢٠٠٠،ص٢٣٩
١٨. .خالد حامد عبد ، النظام الضريبي في العراق ، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة ،العدد(٢٤)،بغداد ،٢٠١٠،ص٥٩، صندوق النقد الدولي ،ادارة شؤون المالية ،مبادئ ارشادية للتصحيح المالي ،واشنطن ،١٩٩٥،ص٢٦.
١٩. فريد جاسم حسن ،السياسة الضريبة في العراق واقعها ومتطلبات اصلاحه في ظل التوجه نحو اقتصاد السوق، مصدر سابق، ص١٢.
٢٠. .وزاره التخطيط ، الجهاز المركزي للاحصاء ، المجموعة الاحصائية السنوية ٢٠١٥-٢٠٠٣
٢١. .توفيق صبري المراياتي ، عوامل الوعي، الضريبي في العراق وبعض السبل المتاحة لمعالجته ، مجلة البحوث الاقتصادية والادارية ،السنة السابعة ،العدد الثالث ، العراق ،١٩٧٩،ص٢٥..
٢٢. المادة ٥٩ من قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢
٢٣. حيدر وهاب عبود العنزي ، احكام الاقرار في تشريع الضرائب المباشرة ، دراسة مقارنة، دار السنهوري ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٦،ص٥٥
٢٤. م. سونيا ارزوني اوتان ، الدور الاقتصادي للضرائب الكمركية في العراق ، مركز دراسات البصرة الخليج العربي، بحث منشور على شبكة الانترنيت www.iasj.net

٢٥. د.طالب محمد عوض ، التجارة الدولية ، نظريات وسياسيات ، ط الاولى، الاردن ،مطبعه النور ،١٩٩٥،ص٢٧٦
٢٦. وزارة المالية ، الدائرة الاقتصادية ،ايرادات الموازنة العامة ،بغداد ، سنوات متفرقة .
البنك المركزي العراقي ، مديرية الاحصاء والابحاث ، النشرة السنوية ٢٠٠٩ (بغداد ٢٠٠٩)ص.٧٢
٢٧. حاكم محسن محمد ،تفعيل الاقتصادية والاجتماعية في العراق بالإدارة الكفؤة للعوائد النفطية ،مجلة اهل البيت (ع) العدد ٣،ص ١٠١
٢٨. اعاد محمود القيسي ، المالية العامة والتشريع الضريبي ، عمان بدون سنة نشر، ١٩٩٨، ص.٦٨
٢٩. سبل تنمية مصادر الايرادات العامة في العراق ، بحث منشور على شبكة الانترنيت ،www.mof.gov.iq.ص١٥
٣٠. د . حسين عجلان حسن ، القطاع العام في العراق بين ضرورات التطوير وتحديات الخصخصة ،مجلة كلية ا بغداد للعلوم الاقتصادية لعدد الحادي عشر ، ص١٠
- سبل تنمية مصادر الايرادات العامة في العراق ، بحث منشور على شبكة الانترنيت ، مصدر سابق ، ٣١
صباح كجاجي ، التخطيط الصناعي في العراق ، الجزء الاول ، بيت الحكمة ،بغداد،٢٠٠٢ ،ص٢٢١

" آثر الاجتهاد القضائي في الاحكام المدنية "
" The effect of jurisprudence in civil judgments"

م.د. كاظم حماوي يوسف الحلفي
كلية القانون - الجامعة المستنصرية

المستخلص :

يُعد الاجتهاد في الاصطلاح الفقهي، عملية بذل الجهد لأجل استنباط الاحكام من أدلتها بالنظر المؤدي أليها .

أما الاجتهاد من جانب التطبيق القضائي ، فهو المنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون ، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص.

وعليه فالاجتهاد القضائي يُعد مجموع الاحكام الصادرة عن المحاكم، وبالمعنى الضيق الاجتهاد القضائي يُطلق على بعض الاحكام التي تتعلق بمسالة قانونية ما .

وينبغي بطبيعة الحال على اصحاب الشأن القانوني أن يكون لهم دراية كافية بالاجتهاد القضائي ، أذ انه لا يكتمل لديهم الادراك بالقاعدة القانونية ، أو بالقانون الوضعي الذي يطبق على واقعة ما من دون الإلمام بالاجتهاد القضائي.

فالنص القانوني لا يكون له آثر واضح من الناحية العملية إلا من خلال تفسيره. فالأحكام التي يقررها النص ، غالبا ما يكون غير قاطع الدلالة على الحكم ، ومن ثم ينبغي على المجتهد الاستدلال على الحكم المطلوب من بين المعاني التي يحتملها النص من دون الخروج عن النص القانوني .

بيد أن التفسير القضائي قد يَستخلص من النص القانوني شيئاً آخر، أو نتيجة أخرى غير التي كان يتجه إليها المشرع القانوني ، واحياناً يكون عكس ما هو يُراد من النص القانوني.

وكما هو معروف أن المشرع يحدد الاطار القانوني لمسألة ما ، لكن المشرع لم يتصور عند إصداره للقانون، النزاعات ، والمشاكل التي تحدث عند تطبيق القانون ، وهنا يبرز اثر الاجتهاد القضائي من اجل البحث عن الحلول المناسبة للنزاع .

ومن الجدير بالذكر ، أن النصوص القانونية إذا كانت تتميز بالوضوح في العبارة، والدلالة ، والمعنى ، فهنا يسهل تطبيقها على الوقائع .

أما النصوص الغامضة ، أو الغامضة ، أو المبهمة ، فلا تساعد على التوصل للحلول المطلوبة، ومن ثم ينبغي على قاضي الموضوع أن يجتهد ليتوصل الى التطبيق السليم ، والمطلوب للنص القانوني على وقائع النزاع.

الكلمات المفتاحية للبحث : الاجتهاد القضائي ، العمل القضائي ، المنطق القانوني ، المنطق القضائي ، وقائع النزاع ، التكييف القانوني ، التفسير القضائي ، الوسائل القانونية والفنية ، منهجية الاجتهاد القضائي .

Abstract:

In jurisprudential convention, tithed is the process of exerting effort to derive judgments from their evidence by looking towards them.

As for the jurisprudence on the part of the judicial application, it is the approach that judges follow in their judgments, whether they relate to the texts of the law, or to devise the ruling that should be applied when the text is not available.

Accordingly, the jurisprudence is the sum of the judgments issued by the courts, and in the narrow sense of the judicial jurisprudence, some judgments related to a legal issue are called.

Of course, the legal stakeholders should have sufficient knowledge of the jurisprudence, since they are not fully aware of the legal rule, or the positive law that is applied to an incident without knowledge of the judicial jurisprudence.

The legal text does not have a clear effect from the practical point of view except through its interpretation. The rulings determined by the text are often not categorical to indicate the ruling, and then the mujtahid must infer the required ruling from among the meanings that the text implies without deviating from the legal text.

However, the judicial interpretation may deduce from the legal text something else, or another result other than what the legal legislator was heading to, and sometimes it is the opposite of what is intended from the legal text.

It is also known that the legislator defines the legal framework for a certain issue, but the legislator did not envision, when issuing the law, the disputes, and problems that occur when applying the law, and here the effect of the jurisprudence emerges in order to search for appropriate solutions to the dispute.

It is worth noting that if the legal texts are characterized by clarity in the phrase, significance, and meaning, then it is easy to apply them to the facts.

As for the vague, ambiguous, or ambiguous texts, they do not help to reach the required solutions, and then the judge of the matter must strive

to reach the proper and desired application of the legal text on the facts of the dispute.

The key words for the research are: jurisprudence, judicial work, legal reasoning, judicial logic, facts of conflict, legal adaptation, judicial interpretation, legal and technical means, methodology of judicial jurisprudence.

المقدمة

يرتكز العمل القضائي في النظام القانوني، على مبدأ الفصل بين السلطات، وهو من النصوص الدستورية، التي لا يجوز تجاوزها، وهذا المبدأ يجعل من سَنّ القوانين اختصاص حصري للسلطة التشريعية، ويجعل تطبيق هذه القوانين على الحالات الفردية من اختصاص السلطة القضائية، ويمنع المشرع من التدخل في أعمال القضاء، كما يمنع القاضي من مباشرة أعمال التشريع ، ولذلك اصبح مقرراً في القوانين الحديثة، أنه لا يجوز للقاضي أن يصدر أحكاماً بصفة عامة ، يبين فيها مثلاً: ما يعتزم أن يحكم به في المستقبل في نوع معين من القضايا ، بل ينبغي عليه أن يجعل حكمه مقتصراً على الخصومة المطروحة عليه، ولا يكون لحكمه بأي حال أثر إلا بالنسبة لهذه الخصومة بالذات، فلا يُحتج به على غير أطرافها، ولا في غير موضوعه ، ومن ثم إن صدور حُكم في معنى قانوني معين لا يُقيد القاضي الذي أصدره بأن يقضي بهذا المعنى فيما يُعرض عليه بعد ذلك من قضايا مماثلة، ومن باب أولى لا يُقيد بذلك غيره من القضاة، أو المحاكم، ولو كانت أدنى منه درجةً.

كما أن قاضي الموضوع لا يُصدر بأي حال قواعد قانونية تتوافر فيها صفة العموم، بل يقتصر على أن يطبق فيما يُعرض عليه من وقائع خاصة القواعد القانونية العامة التي يجدها في مصادر القانون كما يحددها هذا القانون.

ومن الجدير بالذكر، أن حكم المحكمة ، ولو أنه لا يُقيد غيرها من المحاكم ، ولا يُلزم غير طرفي الدعوى التي فصلت فيها ، إلا أن كثيراً ما يعتبر هذا الحكم سابقة تتبعها المحكمة ذاتها، من دون أن تكون ملزمة بذلك ، بل كثيراً ما تسترشد به المحاكم الاخرى في أحكامها ، ولاسيما إذا كان الحكم صادراً من المحكمة الدستورية العليا في البلاد، فإذا أطرد القضاء على معنى معين نظر الناس إليه باعتباره المعنى القانوني المعمول به ، وأصبحت له قوة القانون في نظرهم.

ومما يُساعد على ذلك سلطة محكمة التمييز الاتحادية في مراقبة صحة تطبيق القانون، فهذه المحكمة تُعد محكمة قانون لا محكمة وقائع، أي أنه ليس من وظيفتها إعادة النظر في الوقائع الثابتة بالأحكام المطعون فيها، من حيث حقيقة وقوعها، أو عدم وقوعها، بل تقتصر وظيفتها على التحقق من سلامة تطبيق القانون على تلك الوقائع الثابتة، أو عدم سلامته، فإذا رُفعَ إليها طعن في حكم بناءً على أنه أخطأ في تطبيق القانون راجعت هذا التطبيق، فإذا أقرته رفضت الطعن، وإذا وجدته غير موافق للقانون قبلت الطعن،

ونقضت الحكم، وأحالت الدعوى الى الجهة التي أصدرته ، أو الى جهةٍ من نفس درجة الجهة التي أصدرت الحكم المنقوض لتحكم فيها من جديدٍ.

وفي هذه الحالة تلزم التشريعات النافذة المحكمة المحال إليها أن تتبع الرأي الذي قالت به محمة التمييز الاتحادية في المسألة التي قطعت فيها هذه المحكمة، وفي هذا الصدد قضت المادة (٢١٢/ ثانياً) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، والتي تنص على أنه " إذا نقض الحكم لغير ذلك من الاسباب تعاد القضية الى المحكمة التي أصدرته لتفصل فيها مجدداً من الوجوه المبينة في قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن وتصدر حكمها فيها ثانيةً وفق القانون .

وينبغي على جهة الإحالة أن تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة المختصة (محكمة التمييز الاتحادية) وإذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة المختصة (محكمة التمييز الاتحادية)، يجوز لهذه الاخيرة ، وبمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني البت في موضوع النزاع.

ومما تقدم يمكن القول أن قرار المحكمة المختصة (محكمة التمييز الاتحادية) في الدولة لا يُعد مصدراً فوق القانون ، وإنما لقاضي الموضوع ألا يستجيب لمقتضيات ما جاءت به المحكمة المختصة من دون أن يُعد باطلاً بل صحيحاً إذا استند على مبررات قانونية صحيحاً، فالمهم هنا صحة تطبيق القانون .

وكما نجد المعنى في نص المادة (٢٦٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، والتي تنص على أنه " يتعين على المحكمة المحال إليها بعد النقض أن تتبع الرأي الذي قالت به المحكمة العليا في حيثيات حكمها، وذلك في المسألة القانونية التي تم نقض الحكم من أجلها ".

وبناءً على هذه السلطة المخولة للمحكمة المختصة (جهة نقض الاحكام) تستطيع أن تنقض كل حكم يطعن فيه لديها ، ويكون مخالفاً لوجهة نظرها بتطبيق القانون، ولذلك يجد القضاة أنفسهم مضطرين لأن يراعوا في أحكامهم وجهة نظر المحكمة المختصة بسلامة تطبيق الاحكام للقانون ، حتى لا تتعرض أحكامهم للنقض، وبذلك يتوحد اجتهاد القضاء في تفسير القانون، وتطبيقه تحت إشراف الجهة القضائية العليا (محكمة التمييز الاتحادية) التي تختص بنقض الاحكام، ويحدث ذلك بالرغم من أن القانون يقرر للقضاة من حرية تامة في تفسير القانون ، واستقلال كامل في تطبيقه ، وعدم التقيد بالأحكام السابقة.

وفي القانون الفرنسي لا تتقيد المحكمة المحال إليها برأي محكمة النقض ، ولكنها إذا خالفته جاز الطعن بحكمها بطريق النقض ، وعندئذٍ تنظر محكمة النقض في هذا الطعن بدوائرها المجتمعة ، فإذا قبلت الطعن، ونقضت الحكم أحيلت القضية الى محكمةٍ أخرى لتفصل فيها وفقاً لرأي الدوائر المجتمعة، ويلاحظ أن حكم الدوائر المجتمعة لا يلزم قانوناً إلا المحكمة التي تحال إليها القضية التي صدر فيها هذا الحكم، ولكنه يكون له من الناحية العملية قوة معنوية كبيرة، تدفع المحاكم الأخرى الى اتباع ما قضى به حتى لا تتعرض أحكامها للنقض.

فالاجتهاد القضائي لا يكون على نحو واحد لاختلاف مسالكه، ومناهجه، فالاختلاف نتيجة ضرورية لابد منها ما دامت الافكار والمفاهيم متفاوتة، وعليه الاختلاف الناشئ عن الاجتهاد هو أمر مألوف بين القضاة الذين يطبقون القوانين التي صيغت في مواد محدودة، فإنهم كثيراً ما يختلفون في فهم ، وتفسير ، وتطبيق بعض هذه المواد لعدم وضوح دلالتها على الاحكام مما يجعلها ظنية، فتكون محلاً للاجتهاد.

ولأجل الالمام بموضوع بحثنا سيتم تناوله في مبحثين نتعرض في المبحث الاول : التعريف بالاجتهاد القضائي، أما في المبحث الثاني نتعرض: للأسس الاجتهاد القضائي ، ونقف في المبحث الثالث : لمنهجية القاضي لحل النزاع.

المبحث الاول : التعريف بالاجتهاد القضائي

لتحديد مفهوم الاجتهاد القضائي ، فلابد من التعرض لتعريف الاجتهاد في الاصطلاح الفقهي، وتعريفه في التطبيق القضائي، وحالاته (المطلب الاول)، وكما ينبغي تحديد مقومات الاجتهاد القضائي (المطلب الثاني)، وكالاتي :

المطلب الاول: تعريف الاجتهاد القضائي، وحالاته

اولاً ـ تعريف الاجتهاد القضائي :

يعرف الاجتهاد في الاصطلاح الفقهي ، بأنه بذل الجهد في استنباط الأحكام من أدلتها بالنظر المؤدي إليها[١].

أما الاجتهاد القضائي ، فهو المنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون ، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص .

ومما تقدم ذكره ، يمكن تعريف الاجتهاد القضائي ، بأنه " مجموع الأحكام الصادرة عن المحاكم ، وبالمعنى الضيق الاجتهاد القضائي يطلق على بعض الأحكام التي تتعلق بمسألة قانونية ما ".

ثانياً ـ حالات الاجتهاد القضائي :

النص القانوني لا يكون له مفعول من الناحية العملية إلا من خلال تفسيره. فالأحكام التي جاء النص بها ، كثيراً ما يكون نفس النص غير قاطع في الدلالة على الحكم ، فيعمل المجتهد على الاستدلال عليه بين المعاني التي يحتملها النص من دون الخروج عليها .

وكما يلاحظ بأن التفسير القضائي قد يستخلص من النص القانوني شيئاً آخر، أو نتيجة أخرى غير التي كان يقصدها القانون ، واحياناً يكون عكس ماهو يراد من النص القانوني .

---

(١) ينظر: د.مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩،ص٤٧٣ وما بعدها.

وكما هو معروف أن المشرع يحدد الإطار القانوني لمسألة ما ، لكن المشرع لم يتصور عند إصداره للقانون النزاعات ، والاشكاليات التي ستثار عند تطبيقه ، وعندها ينبغي على الاجتهاد القضائي أن يبحث عن الحل المناسب.

فالنصوص القانونية إذا كانت تتميز بالوضوح في العبارة ، والفكرة ، فهنا يسهل تطبيقها على الوقائع ، أما النصوص الغامضة ، أو المبهمة ، فهذه لا تساعد على التعامل معها ، ومن ثم يتعين على قاضي الموضوع أن يجتهد ليتوصل الى تطبيق السليم ، ولأنجع للنص القانون على وقائع الدعوى.

ومما تقدم ذكره ، يتفرع الاجتهاد الى عدة حالات ، وهي كالاتي :

أـ اجتهاد في دائرة النص الظني : ويقصد به ترجيح بعض المفاهيم من دون الخروج عن دائرة مفاد النص .

ب ـ اجتهاد للتوصل الى الحكم الشرعي الصحيح : وهو اجتهاد يسعى الى للتوصل الى الحكم الشرعي الصحيح بتطبيق القواعد الكلية فيما يمكن أخذه من القواعد ، من دون أن يكون فيه نص خاص ، أو أظهره اجتهاد سابق ، ولا يمكن أخذ حكمه بالقياس .

جـ ـ اجتهاد بالبحث : وهو اجتهاد يعتمد بالبحث على الوسائل التي وضعها المشرع للدلالة على حكمه ، وهذا يكون بالنسبة لما لم يرد فيه أي نص، ولا يؤخذ من القواعد الكلية ، ولم يصدر فيه حكم عن اجتهاد سابق.

ونستخلص من الحالات اعلاه ، أن الاجتهاد لا يكون على نحو واحد لاختلاف مسالكه، ومناهجه ، فالاختلاف نتيجة ضرورية لابد منها ما دامت الافكار ، والمفاهيم متفاوتة ، وعليه الاختلاف الناشئ عن الاجتهاد هو أمر مألوف بين القضاة الذين يطبقون القوانين التي صيغت في مواد محدودة . فإنهم كثيراً ما يختلفون في فهم، وتفسير، وتطبيق بعض هذه المواد لعدم وضوح دلالتها على الاحكام مما يجعلها ظنية، فتكون محلاً للاجتهاد .

وهنا لابد من بيان الفرق بين الاجتهاد القضائي ، والعمل القضائي :

يُقصد بالعمل القضائي ، هو العمل الذي يحسم مركزاً خلافياً ناتجاً عن تطبيق القانون في الحياة العملية، وتقوم به هيئة تُعد من الغير في نطاق إجراءات خاصة تكفل للأفراد ضمانات معينة .

وكما أن العمل القضائي يُعد عملاً من اعمال الوظيفة القضائية، والتي يطلق عليها أعمال القضاء، أو النشاط القضائي، وهذه الأعمال ماهي إلا طائفة من الأعمال للسلطة القضائية بجانب أعمال الإدارة القضائية.

وينبغي أن تتوافر في العمل القضائي ثلاثة عناصر ، وهي :

العنصر الاول ـ وجود نزاع ، أو مركز خلاف يستدعي تدخل القاضي .

العنصر الثاني ـ هيئة من الغير تحسم النزاع بمعنى هيئة ليست لها مصلحة في النزاع، وهذه الهيئة مستقلة لا تخضع لأية سلطة إدارية، وهذا لمنع تدخل الغير في عملها، وضماناً لحيادها .

العنصر الثالث ـ الاجراءات التي تحيط هذا العمل بما يكفل حماية الافراد ، وتضمن لهم الدفاع عن حقوقهم، وهي وسيلة لتحقيق القانون، وضمان تطبيقه على الوجه الصحيح.

وأما الاجتهاد القضائي ، وكما ورد تعريفه سابقاً ، فهو أساساً المسلك الذي ينهجه قاضي الموضوع في حكمه، بما يتعلق ذلك بنصوص القانون ، وكذلك ما يتصل باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص .

المطلب الثاني: مقومات الاجتهاد القضائي

يقوم الاجتهاد القضائي بطبيعة الحال على شخص المجتهد اولاً، وعلى امكانية تطبيق النصوص من واقع الاجتهاد القضائي ثانياً. وما يلتزم به القاضي في اطار الاجتهاد القضائي ثالثاً.

اولاً ـ شخص المجتهد :

القاضي المجتهد هو من يكون متمكناً من استنباط الاحكام من أدلتها ، وله بطبيعة الحال ملكة ، فالذي له دراية بالأحكام من دون أن تكون له ملكة الاستنباط لا يسمى مجتهداً ، وكذلك الامر بالنسبة لمن يقوم بتطبيق أحكام القانون على الحوادث، أو الجزئيات من دون أن تكون له مقدرة على استنباطها من أدلتها لا يسمى مجتهداً[١].

ويذهب الفقهاء الى تصنيف المجتهدين الى نوعين :

أ- مجتهد مطلق . ب ـ مجتهد في أحكام خاصة.

أ- مجتهد مطلق :

هو الذي يكون عالماً بالنصوص القانونية العامة، والخاصة منها ، والتي قررتها التشريعات، أو التقنينات، وأن يعي القواعد المجمع عليها ، والمختلف فيها، وأن يستشف عللها، ومسالكها، وطرق استفادتها من الأدلة، ووجوه دلالة الألفاظ على المعاني، وكذلك على المجتهد المطلق أن يكون متمكناً من اللغة القانونية بالقدر الذي يمكنه من فهم النصوص فهماً صحيحاً.

ب ـ مجتهد في حكم ، أو في بعض أحكام خاصة:

أما المجتهد في مواد خاصة ، هو الذي يشترط فيه ما يشترط في المجتهد المطلق، غير أنه يتعين عليه أن يكون عالماً بكل ما يتعلق بالمادة التي تخصص فيها من دون ضرورة معرفة جميع النصوص[٢].

ثانياً ـ امكانية تطبيق النصوص من واقع الاجتهاد القضائي:

يهدف القانون على وجه العموم الى تلبية حاجات الجماعة، سواء كانت هذه الحاجات سياسية، أو اقتصادية، أو اجتماعية، والتشريع يؤسس للقواعد القانونية

---

(١) ينظر: د.آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات، بلا مكان نشر، ١٩٨٧،ص١٤١ وما بعدها.

(٢) ينظر:د.وجدي راغب، النظية العامة في العمل القضائي، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر،١٩٨٦، ص ٢١٣.

المجردة، وهكذا يكون القانون ضرورة حتمية تفرضها حاجة الحياة الاجتماعية للوصول الى الاستقرار العادل.

فالاستقرار العادل لا يتحقق، ولا يمكن الوصول اليه، بمجرد القواعد المنظمة لسلوك الافراد، ومراكزهم القانونية، وإنما يتطلب ذلك الى توافر فعالية القواعد القانونية، ومن ثم فإن القضاء يُعد مصدراً لفعالية القانون، ويعمل على سد الفراغ التشريعي، وهكذا يكون " القضاء ركن في قانونية النظام ، وأنه لا قانون بلا قاضي"[١].

وعلى هذا الاساس تُعد ولاية القضاء هي التي تؤسس السلطة التي يتمتع بها قاضي الموضوع في تطبيق القانون. ومن ثم فالقاضي هو الذي يؤدي وظيفة الفعالية للقاعدة القانونية التي يكتنفها الغموض. فالنشاط الذي يقوم به القاضي من خلال الاجتهاد يقصد منه إزالة الغموض الذي احاط بالقاعدة القانونية.

فالنشاط الذي يقوم به القاضي ، يُعد الاداة التي يتم الاستناد إليها في تحديد اهداف السلطة القضائية، ومن ثم فالاجتهاد القضائي أمر اساس، لأنه يوفر الاستقرار العادل ، ومن جانب اخر يُعد الحكم القضائي بناء منطقي، لأن المنطق هو الذي يوجه العقل السليم في البحث عن الحقيقة، والمنطق هو فن وهدفه صياغة الافكار بشكل منظم بناءً على المعرفة، والخبرة[٢].

كما أن الاستعانة بالمنطق في ميدان القانون على وجه العموم، يُعد أمر ضروري، لأن دراسة ، ومعرفة القانون هو علم من العلوم، وعلى قاضي الموضوع أن ينظر الى القانون كبناء فكري، وليس مجرد مجموعة افكار.

فالمنطق يتحلل الى مراحل اربة، وهي كما يأتي :

أ- الافكار . ب - الاستدلال . جـ - الحكم . د - الاسلوب ، أو المنهج .

وفي المجال القانوني ، ينبغي في بداية الامر تقدير الوقائع، ومن ثم يأتي البحث عن القانون الذي يلائم حكمها، والبحث عن ملائمة القانون للوقائع ، والسبب في ذلك يرجع الى أن الفكر يحتاج في هذه المرحلة الى العميم، وهذا الاخير يفترض التجريد، والمقارنة[٣].

وفي مجال تطبيق القانون، فالأفكار العامة تكون ضرورية لأنشاء المبادئ ، وهذه المبادئ تكون الافكار الاولية التي تستخدم كأداة لبداية الاستدلال القانوني. وهنا لابد من تحديد ماهية المنطق القانوني ؟.

يُقصد بالمنطق القانوني، الوسيلة التي يطبق بها المنهج القانوني، على حالات معينة، والمنهج القانوني هو مجموعة الوسائل التي يتوصل بها القاضي الى الاجابة الصحيحة للمشكلة المطروحة عليه، والمعروضة أمامه. وفي ذلك يتعين على قاضي الموضوع أن

([1])see: M.P.FABREGUETTES: La logique judiciaire, L'art de juger, Paris, 1982, p.253.

([٢]) ينظر: د.احمد ابو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط٥، منشأة المعارف ، الاسكندرية، مصر،١٩٨٥،ص٣٤٢.

([3])see: Henri BERGSON: L'evolution creatrice,Paris, 1989,p.342.

يستعين بمصادر القانون، وأن يتقيد بإطار الاساليب الفنية المحددة، والتي تتعلق هي الاخرى بمصادر القانون، وتفسيره، وتطبيقه[١].

ويتصل بالمنطق القانوني المنطق القضائي، وهذا الاخير يختص بتفسير القاعدة القانونية، وبتطبيقها بشكل عملي أي بصدد قضية معينة.

والمنطق القضائي، ينصب على فحص الوقائع المختلفة، واختيار ما يكون منها ضرورياً لإصدار الحكم، ومن ثم تكييف نفس الوقائع من أجل تطبيق القانون عليها. وحتى يقوم القاضي بذلك فلابد أن ينظر الى الوقائع في مجملها، ولابد من تحليلها في عناصرها الاولية، ومن ثم يتحول في تفكيره الى العناصر المشتركة، ويتم اعادة تركيبها، وبعدها يتم اختيار النص الذي ينبغي تطبيقه.

ولما كان المنطق القانوني يؤدي بالنتيجة الى الاستدلال القانوني، فإن المنطق القضائي بطبيعة الحال يُعد العمل الذي يقوم به قاضي الموضوع، بهدف أن يستشف نتيجة محددة من الاطار العام للقاعدة القانونية، ومن الاطار الخاص الذي يتضمن على مجموعة الوقائع المطروحة امام قاضي الموضوع، وبالنتيجة فإن المنطق القانوني يقوم على اساس الوسائل المنطقية للوصول الى الحكم [٢].

ثالثاً ـ وما يلتزم به القاضي في اطار الاجتهاد القضائي:

العمل القضائي يهدف بالنتيجة الى حل النزاع ، ويتمتع قاضي الموضوع في سبيل ذلك باختيار الوسائل الذهنية المناسبة، ولكن بحدود محل الدعوى المعروضة امامه، سواء كان العمل ينصب على الوقائع، أو القواعد القانونية.

وهنا لابد من بيان كيفية تعامل قاضي الموضوع مع وقائع الدعوى المعروضة امامه، وكذلك بيان موقفه من تطبيق القانون، وكما يأتي بيانه :

أ ـ كيفية تعامل قاضي الموضوع مع وقائع الدعوى المعروضة امامه:

تعرض الوقائع من قِبل اطراف الدعوى، وفي ذلك ينبغي على قاضي الموضوع أن يكون محايداً فيما يطرحه الخصوم ، وفيما يستبعدونه امام القضاء، وهنا لا يجوز للقاضي ان يتعدى ذلك، وإلا كان متجاوزا لحدود سلطته[٣].

ومن ثم لا يؤسس قاضي الموضوع حكمه إلا على اساس الوقائع المطروحة امامه، بيد أن طرح هذه الوقائع وشكلها ، وكل ما يتعلق بها يكون من الخصوم ، وليس غيرهم، وطرح الوقائع من الخصوم يتحدد بشرطين: وهما أن يتم الدعاء بالوقائع المعروضة للنزاع، وثانيهما ينبغي على الخصوم اثبات نفس الوقائع المدعى بها امام القضاء.

فالعمل القضائي يتحدد بالوقائع المعروضة ، ومن ثم لا يجوز لقاضي الموضوع أن يعدل موضوع الدعوى، أو سببها من تلقاء نفسه، وإنما ينبغي عليه أن يتحدد بطلبات

---

(١) ينظر:د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٢،ص ١٣٢.

(٢) ينظر: د.ثروت أنيس الاسيوطي، المنهج العلمي القانوني، مجلة مصر المعاصرة، عدد/ ٣٣٦، القاهرة، لسنة ١٩٨٦،ص٣٢.

(3) see: ANDRE: Du principe de la neutralite du juge, These, Paris,1983,p.321.

الخصوم . كما أن الخصوم لا يدخل ضمن اختصاصهم وصف الوقائع التي يقومون بطرحها امام القضاء، فالوصف القانوني للوقائع الدعوى، والتي تُعد تكييفاً قانونياً لها ، يدخل ضمن الاجتهاد القضائي لقاضي الموضوع، وهذا الاخير هو الملزم بإعطاء الوصف القانوني للوقائع المطروحة امامه من قِبل الخصوم[١].

أما كيفية إثبات الوقائع المصروحة امامه ، فهنا ينبغي أن يكون الاثبات وفقاً للقانون، وبموجب الاجراءات المتبعة في إقامة الدليل أمام القضاء، وكما يمتنع على القاضي أن يكون حكمه بناءً على علمه الشخصي، وإلا كان قد تجاوز حدود سلطته الممنوحة له بموجب القانون. كما أن الجهد القضائي يتحدد في تحقق من الوقائع ، واثباتها ، واتصالها بالنزاع ، وفي كونها منتجة فيه، وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقديرية ، ولكنها مقيدة بعديد من القيود ، اهمها : أن القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي، وإنما يستند في تحليل الوقائع ، الى المنهج العلمي، وهذا المنهج يتكون من عنصر عقلي، وعنصر مادي، واستناداً الى هذين العنصرين، يحلل قاضي الموضوع الوقائع، ومن ثم يُستشف النتائج التي تتطابق فيها الوقائع مع القانون، وبعدها يتعين على قاضي الموضوع أن تكون لديه قناعة في ثبوت نفس الوقائع، وصحتها، قبل أن يتم تكييفها ، وذلك من اجل تطبيق القانون عليها، وكل ذلك يدخل ضمن اسباب اصداره للحكم. القضائي.

ب ـ بيان موقف القاضي من تطبيق القانون:

يتبين مما تقدم ذكره، أن قاضي الموضوع يتمتع بتحليل الوقائع بسلطة تقديرية، لكن هذه السلطة مقيدة، وكما تقدم ذكره سابقاً، أما فيما يتعلق بتطبيق القواعد القانونية ، فهنا يثار تساؤل هو، هل قاضي الموضوع يتمتع بسلطة واسعة في تطبيق القواعد القانونية ؟.

يُعد قاضي الموضوع ، ملزماً بتطبيق القانون، وبمعنى اخر يكون القاضي ملزم بإنزال الحكم القانوني على النزاع المطروح عليه، والذي يتعلق موضوعياً بمعطيات النزاع المعروض عليه، وهذا غير خاضع لتدخل الخصوم.

إذ أن تطبيق القانون بالمعنى الواسع ، هو من اختصاص وسلطة قاضي الموضوع، وبموجب وظيفته، وهنا فلابد للقاضي من العلم والمعرفة بالقانون، والالتزام بتطبيقه [٢].

كما أن في بعض الحالات قد يستعين قاضي الموضوع بالخبراء بهدف الوصول الى القانون الذي ينبغي تطبيقه على الوقائع المطروحة من قِبل الخصوم ، كما في الاستعانة بخبير لتقدير مقدار التعويض المترتب على الضرر في حالة الاخلال بالالتزامات التعاقدية. ويتعين على القاضي فضلاً عن تطبيق القانون ، أن يقوم بتفسير النصوص، ولا اعتبار للتفسيرات التي يضعها اطراف الدعوى، ما عدا التفسيرات التي يقتنع بها قاضي الموضوع ، والتي تكون منتجة في موضوع حسم الدعوى من الناحية القانونية.

ومن الجدير بالذكر، أن القاعدة القانونية التي ينبغي على قاضي الموضوع القيام بتطبيقها، فهذا النشاط يقوم به قاضي الموضوع، والذي لا يتمسك به الخصوم ، من حيث

---

(١) ينظر: د.آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٧٩، ص١٠٤.

(2) see: GENY: Methode d'interpretation et sonurces en droit positif,Paris,1998,p.143.

الادعاء بقاعدة قانونية معينة، فمصلحة الخصوم هو الحصول على تأكيد قضائي لحقوقهم الشخصية التي تستند الى قاعدة قانونية معينة، وهذا خلاف الواقع، طالما أن قاضي الموضوع ينبغي عليه تطبيق القاعدة القانونية بشكل تلقائي ، حيثما وجد أن وقائع الدعوى تلاءم تطبيقها.

وهنا يكون علم القاضي بالقانون ، والزامه بتطبيقه يُعد من صلب العمل القضائي، كما أن قاضي الموضوع ليس فقط ملزم بتطبيق القاعدة القانونية الملاءمة للوقائع، بل ينبغي عليه تطبيق الوسائل القانونية، التي لا توجب الخوض في مسائل الواقع، التي لم يطرحها الخصوم[١].

إذ أن قاضي الموضوع، عندما يقوم بتطبيق القاعدة القانونية، التي تلاءم الوقائع التي عرضها الخصوم بالدعوى، يُعد عملية تكييف قانوني، وهي مجموعة عمليات ذهنية يقوم بها قاضي الموضوع.

بهدف ملاءمة الوقائع المعروض عليه بقاعدة قانونية تناسبها ، وتصلح لحسم موضوع الدعوى[٢].

ومما تقدم ذكره، نستنتج أنه من ناحية الوقائع، يقوم قاضي الموضوع بعملية تقدير فيما إذا كانت الوقائع التي طرحها الخصوم ، متعلقة بموضوع الدعوى، ومدى كونها منتجة فيها ، أم لا. وهذا التقدير يكون مقيد ، في كون الوقائع مستمدة من اوراق الدعوى، ومستنداتها، فهنا يكون القانون قد قر بشأنها قرائن قانونية لا تستوجب الاثبات.

أما مسالة التكييف القانوني، فهذا العمل يُعد عمل ذهني ارادي من جاني قاضي الموضوع، وهو في ذلك يكون معرض أن يخطأ، أو يصيب، ومعيار الخطأ، والصواب، يتحدد في صحة الاجتهاد القضائي، من عدمه كنتيجة نهائية لذلك. واستعمال قاضي الموضوع لسلطته التقديرية.

فالعمل الذي يقوم به قاضي الموضوع، في مجال تطبيق القانون، لا يُعد عملاً منشئا لقاعدة قانونية جديدة، حتى وأن قام بتطبيق قواعد العدالة، كما قررت ذلك الفقرة ثانياً من المادة(١) من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته ، فهو يستشف حسم النزاع من مصادر اخرى غير التشريع المكتوب، وهو بذلك لا يمس وقائع الدعوى، ولا يدخل عليها اي تعديل ، أو اضافة، إذ ان اساس الدعوى الواقعي يتحدد بالطلبات التي قدمها الخصوم في عريضة الدعوى، وعندما يبحث قاضي الموضوع لحل للنزاع المطروح امامه، انما يقوم بتصور قاعدة قانونية يجد أن تصلح للتطبيق بهدف حسم النزاع، وهو في كل ذلك يقوم باجتهاد ، ينتج عنه ايجاد قاعدة قانونية، لها فرض، وحكم يلاءم التطبيق على الوقائع المطروحة في النزاع.

([1]) see: J.NORMMAND:LE juge et le litige, These , Lille, Paris, 1989, p.235.

([2]) see: F.TERRE: L'influence de la volonte individuelle sur les qualifications, These, Paris,1996,p.321.

فالقاعدة التي اوجدها قاضي الموضوع كنتيجة لنشاطه الاجتهادي، لا يكون لها اثر إلا بالنسبة للحالة التي وجدت نفس القاعدة لحكمها، وعلى كل حال فالاجتهاد القضائي في ظل التشريعات المقننة يساهم في اثراء ، وتطوير القانون الوضعي.

المبحث الثاني: اسس الاجتهاد القضائي

يستند الاجتهاد القضائي على ثلاثة اسس، لابد من توافر لكي تتحدد معالمه، وهي: ادوات الصياغة القانونية(المطلب الاول) ، والتكييف القانوني (المطلب الثاني) ، والتفسير القضائي (المطلب الثالث) ، لذا سيتم التعرض لها كما يأتي:

المطلب الاول: ادوات الصياغة القانونية

تتحدد ادوات الصياغة القانونية، بالقاعدة القانونية اولاً ، والمبادئ العامة للقانون ثانياً ، المفاهيم القانونية ثالثاً، والنمط القانوني رابعاً ، وسنعرض لبيان كل منها بالاتي :

اولاً ـ القاعدة القانونية :

يُقصد بالقاعدة القانونية، العنصر الاول التي يتكون من القانون ، وهي قاعدة عامة مجردة، وهذه القاعدة القانونية ليس من الضرورة ان تتطابق مع النص القانوني، فهذا الاخير يوصل للحكم القانوني في التشريع المكتوب، أما القاعدة القانونية قد تكون مدونة في اطار نص قانوني، وقد تكون عرفية، أو متصلة بقواعد العدالة، وهنا يأتي عمل قاضي الموضوع في استخراج القاعدة القانونية من مصادرها غير المكتوبة، ويقوم بتطبيقها على الوقائع التي تتلاءم معها.

كما أن القاعدة القانونية تستند على عنصرين ، وهما فرضها ، وحكمها ، أو (اثرها القانوني)، ، إذ أن الفرض القانوني، هو الظاهرة ،و إذا تحققت في الواقع ينبغي تطبيق الحكم ، أما العنصر الثاني وهو الحكم ، فالقاعدة القانونية تشمل الحكم بمعنى الاثر القانوني الذي يوجب القانون تحقيقه[١] .

ثانياً ـ المبادئ العامة للقانون :

فهي تُعد شكلاً ثانياً من اشكال الصياغة الفنية في المجال القانوني، وهنا لابد من التمييز بين المبدأ القانوني، والقاعدة القانونية، فالمبدأ القانوني لا يقدم حلاً محدداً للنزاع المطروح على قاضي الموضوع ، وإنما يكون مجرد فكرة عامة مشتركة بين مجموعة من قواعد ترتبط بنظام قانوني معين يحكمه منطق قانوني واحد، ويحدد مصادر قواعده، والذي تتميز به المبادئ القانونية العامة في الواقع هو عموميتها.

ولكي يقوم قاضي الموضوع المبدأ العام ، والذي يكون محل اعتبار، ينبغي عليه أن يقوم بعمل تحليل لمجموع قواعد قانونية متعلقة بنظام قانوني معين، وهذا بهدف استبعاد الخصوصيات المتعلقة بكل قاعدة ، وتفصيلاتها [٢].

---

(١) ينظر: د.عبد الباقي البكري، ود.زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ١٩٨٩،ص٣٥ وما بعدها.

(٢) ينظر: د.شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل القانوني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٧٨،ص١٦ وما بعدها.

ثالثاً ـ المفاهيم القانونية:

يمتلك قاضي الموضوع ، عدة أدوات من ضمنها ، المفاهيم القانونية، والتي يُقصد بها التأصيل القانوني لمجموعة من القواعد القانونية، والمبادئ القانونية العامة، وتهدف المفاهيم القانونية الى التبسيط عن طريق التأصيل.

رابعاً ـ النمط القانوني :

ومن الادوات التي تساعد قاضي الموضوع على القيام بالاجتهاد القضائي ، هي اداة النمط القانوني، ويُقصد به نموذج من الشروط المقبولة كمعيار لطائفة من الاشخاص المرتبطين بعلاقة تعاقدية في اطار محدد سواء كان مدني، أو تجاري.

المطلب الثالث : التفسير القضائي

يُعد التفسير القضائي احد اهم اسس ممارسة الاجتهاد القضائي، وهو اداة مهمة في تطبيق القانون، ومن ثم تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع المطروحة في النزاع، وينقسم التفسير القضائي الى نوعين، هما : فهناك تفسير ينصب على بيان معاني الألفاظ لإزالة الغموض الذي يعتريها، واصلاح العيوب التي يتضمنها النص القانوني ، كما يوجد تفسير قضائي يعمل على إزالة التعارض، أو التناقض بين النصوص القانونية، واكمال النقص الذي يوجد في التشريع.

وبطبيعة الحال هناك الكثير من الحالات قد لا تستوعبها القواعد القانونية في حالة تطبيقها ، لذا فالاجتهاد القضائي يعمل على سد الفراغ التشريع عند تطبيق النصوص ، عند كافة الفروض المحتملة، والوقائع المطروحة للنزاع.

فالضرورة التي تدفع الى التفسير القضائي، تكمن في كون أن الاصل في النص القانوني هو الوضوح من حيث الدلالة المقصودة منه، وعندها لا يحتاج قاضي الموضوع الى الاجتهاد في البحث عن المقصود من النص طالما أنه واضح الدلالة، والمشرع حدد بوضوح المراد من النص عند اصداره، لكن عندما يكتنف النص شيئاً من الغموض، أو الخفاء، أو النقص، وعندها ينبغي على القاضي أن يعمل على ازالة الغموض، وإذا كان النص يحتمل أكثر من معنى فعليه ان يرجع احد المعاني المحتملة ، وأن يسبب السند القانوني لذلك الترجيح[١].

ومما تقدم ذكره، يكون التفسير القضائي عملية ضرورية بهدف تطبيق القانون بشكل صحيح وعادل، إذ يعمل قاضي الموضوع الى تفسير القانون للوصول الى الحكم الذي يلاءم الوقائع المطروحة امامه، كما أن وظيفة ضرورية تقضيها الظروف الملازمة لتطبيق النصوص، ويقوم به القاضي تلقائياً، وليس بطلب من الخصوم.

كما أن التفسير القضائي يُعد وسيلة، يستند عليها قاضي الموضوع عن عدم وجود قاعدة قانونية صالحة للتطبيق على الوقائع المطروحة امامه، لذا يجتهد القاضي ، لأجل

([١]) ينظر: د.ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، ١٩٨٤، ص ٢٣١ وما بعدها.

الوصول الى حلول تتضمن قواعد قانونية جديدة، حتى لا يقع القاضي تحت طائلة الامتناع عن حسم النزاع بحجة انعدام النص القانوني.

وهنا يكون القضاء مصدرا رسمياً للقانون، كون الحل الذي حسم به القاضي النزاع، يُعد عمل ذهني من جانب مجموعة من الاحكام القضائية المتطابقة في مسألة قانونية معينة.

المبحث الثالث: منهجية القاضي لحل النزاع

مما سبق ذكره تم بيان ماهية الاجتهاد القضائي، أما في هذا المبحث سيتم التعرض للكيفية، أو المنهجية التي يتعامل بها قاضي الموضوع مع الاسس التي يستند اليها الاجتهاد القضائي، والتي تتحدد بعديد من الامور الضرورية، وكما يأتي :

اولاـ الامور التي يستبعدها القاضي عن الاجتهاد :

ينبغي على قاضي الموضوع عند قيامه بنشاط الاجتهاد القضائي، أن يحترم القانون، ويجتهد للوصول الى تحقيق العدالة هذا من جانب، ومن جانب اخر فالقاضي ينبغي عليه عدم الخروج من نطاق الخصومة، والتقييد بطلبات الخصوم، وعدم الاستناد الى علمه الشخصي عند القضاء، وأن يلتزم بالأدلة التي ترتبط بالخصومة ، وتكون منتجة في الوصول الى حسم النزاع.

ثانياً ـ نشاط القاضي في نطاق الاجتهاد :

فالجانب العملي في الاجتهاد القضائي يعد جانباً مهمة ، يمتلكه القاضي نتيجة ممارسته القضائية ، وخبرته التي امتلكها من العمل القضائي، ويمكنه من تحديد المعالم الضروري ، والمسلك الواجب اتباعه للوصول الى حسم النزاع، وهنا ينبغي على قاضي الموضوع الالمام بحيثيات النزاع المعروض عليه، ويحدد طلبات الخصوم بشكل صحيح، وينظر في جدية الدفوع، ومصدر الحق المتنازع عليه، باعتباره الاساس الذي يستند عليه النزاع، ومن ثم يقوم بتدقيق ادلة الاثبات في القضية، والوسائل المرتبطة بها، والمهم هنا ان ينظر بشكل اساس الى سبب الطلب القضائي، ذلك لأن حسم النزاع سيكون من اجتهاد القاضي، قبل أن يكون بشكل حكم قضائي، وبمعنى اخر ان قاضي الموضوع سيقوم بعملية استيحاء للعدالة في كل قضية معروضة عليه، لكن هذا لا يعني أن العدالة هي الطريق الذي يتبعه القاضي عند البحث عن حل للنزاع ، وإنما يستهدي القاضي بمبادئ العدالة في كل طريقة يتبعها لأجل الوصول الى حسم النزاع[١].

وعلى هذا الاساس ينبغي على قاضي الموضوع، عدم التمسك بالحلول المسبقة ، لنزاعات متشابهة ، فلابد للقاضي ان يقوم بفحص ظروف كل قضية على حده، فلكل قضية ظروفها ، وخصوصيتها ، كما أن تقيد القاضي بحرفية النص قد تؤدي الى ابتعاه

---

(١) ينظر: جان شيفاليه، ملاحظات استعمال القاضي لمعلوماته الشخصية ، المجلة الفصلية للقانون المدني، العدد الاول لسنة ١٨٦٢، ترجمة هشام كيلاني ، مجلة نقابة المحامين، دمشق ، المجلد ٢٦، العدد ٢، اذار ١٩٧٦، ص ٢٨ ــ ٢٩.

عن تحقيق العدالة، ومن ثم فأن قيام القاضي بإحضار قناعاته، واستيحاء للحل المناسب، يساعد على الوصول للحكم القضائي، الذي يستند على اسباب قانونية معقولة.

ومن الجدير بالذكر، أن قاضي الموضوع ينبغي عليه اتباع منهجية خاصة لكل نزاع معروض عليه، وهذا يعتمد على وسائل منطقية تساعد على فهم وقائع النزاع ، وادراكها وفق اسس قانونية، ومنطقية ، وفن قانوني، بما يتضمنه من معايير، وضوابط قانونية وبأسلوب استدلالي ومنطقي .

ثالثاً ـ المنهجية الواجب اتباعها عند الاجتهاد القضائي:

بادئ ذي بدء ينبغي على قاضي الموضوع اي يتبع منهجاً قائماً على ادراك للوقائع ، حتى يتوصل الى معطيات مرتبطة بالنزاع المطروح عليه، ومن ثم يقوم بتكييف اولي للنزاع، ويستوحي نظاماً معيناً لاستكمال ملفات النزاع، كما ينبغي على قاضي الموضوع أن يتحقق فيما إذا كان الحل الذي يستوحيه للنزاع غير متناقض مع حكم سابق في قضية متشابهة.

ونجد أن هذا النظام يُعد بمثابة منهجية ينبغي على قاضي الموضوع أن يتبعها عند التحقق في ملفات النزاع، وهنا فإن " الطريقة التي يلجأ اليها القاضي تتحدد بالنزاع نفسه فيما يثيره من حيثيات، ومسلمات تقود الى النتائج القضائية المرتبطة به، والاشارة اليها في اصدار الحكم وتبريره، وهذا النظام يتشابه مع تحليل العلوم الرياضية، التي تتعلق بموضوعات القاعدة والفرضية، والبرهان، والمطلوب اثباته، وهذا النظام لا يقتصر على قضاء معين، وإنما يشمل كافة المواد....."[1].

وكمرحلة اخيرة يتوصل القاضي الى مرحلة اعداد الحكم المناسب، وهذه المرحلة تكون نتيجة اكتمال قناعات القاضي الشخصية، استناداً الى كافة معطيات النزاع من الوقائع المطروحة، ونصوص القانون. من ثم يكون اصدار الحكم حصيلة جهد قضائي، فكما يكون الحكم فيه حسم للنزاع، فإنه يُعد بمثابة حقيقة قانونية بما يتضمنه من تحديد للعدالة ، والقانون.

رابعا ـ الوسائل التي يستعملها القاضي عند الاجتهاد :

يستعين قاضي الموضوع للوصول الى حسم النزاع المعروض عليه، بعديد من الوسائل منها ما يكون قانونية، والبعض الاخر يكون فنية، ومنها ما يكون منطقية، وسنعرض لهذه الوسائل على النحو الاتي:

أ ـ الوسائل القانونية، والفنية:

يستعين قاضي الموضوع بالوسائل القانونية، والفنية، وذلك بعدما يتوصل كمرحلة ابتدائية، واولية الى فهم ،وتصور موضوع النزاع، وهذا قائم على فهمه وتكوينه وخبرته في المجال القانوني، كما ان هذه الوسائل تستمد قيمتها من حقيقتها الشكلية وجمودها ، وهذه الوسائل تتحدد في الشكلية، والمعايير القضائية، وكما يأتي :

([1]) see: Louis-Marie de CORMENIN: Questions de droit, Paris,1987,p.215.

١- الشكلية : يتحدد مجال اثر الشكلية في نطاق الاجراءات ، ومثالها : حالة عدم توافر شرط الصفة، أو شرط المصلحة في رفع الدعوى، وهنا ينبغي على قاضي الموضوع أن يكتفي بالحكم بعدم قبول الدعوى لعد توافر الشكلية، من دون الخوض في موضوع الدعوى.

٢ـ المعايير القضائية: هذه المعايير يستعين بها قاضي الموضوع بحسب قناعاته، وحسن تقديره عن التحقيق بوقائع النزاع، والادلة المعروضة عليه بقصد التوصل الى حل حسم موضوع الدعوى.

ب ـ الوسائل المنطقية :

غالباً ما يكون النزاع المعروض على قاضي الموضوع يكتفه الغموض والتعقيد، وهنا يتعين عليه أن يجتهد من اجل الوصول الى الوسيلة الاستدلالية، وادخال الوقائع في الحقيقة القانونية حتى يتوصل للحل المناسب للنزاع، وهنا تكون الحقيقة القانونية حقيقة علمية تستند الى التجربة العملية، وهنا لابد من بيان الوسائل المنطقية التي يستعين بها قاضي الموضوع للفصل بالنزاع ، وهي كالاتي :

١ـ الاستدلال بالمشابهة : يستند هذا الاستدلال على افتراض وجود تشابه بين قاعدة سابقة، وقاعدة مستوحاة ، ووجود سبب مشترك بينهما ، وهنا ينبغي على قاضي الموضوع ، عندما يقوم في البحث عن القاعدة التي تكون مناسبة للتطبيق على النزاع المعروض عليه، أن يتجه الى السبب القانوني المتشابه بين الوقائع الاخرى، وعندما تتشابه اسبابها تتحد في حكمها ، ومن ثم يمكن اعطاءها نفس الحكم .

٢ـ الاستدلال بالمخالفة : فهذا الاستدلال قائم على اساس اختلاف ،وتغيير العلاقة بين القضايا الكلية، من دون المساس بموضوعها ، ويتم اللجوء الى هذه الوسيلة في الحالات التي تكون فيها القاعدة الاساسية تتضمن شذوذ، أو استثناء للقانون الشائع، وعندها تبدو على خلاف الظاهر[١].

٣ـ التحليل : تُعد عملية التحليل من اهم ما يقوم به قاضي الموضوع في نطاق الاجتهاد، كونه يقوم على فحص وتدقيق مقدمات النزاع، سواء من حيث الوقائع، أو القانون . وذلك بهدف اظهار العناصر الاجمالية التي يتضمنها النزاع، ومن ثم يميز، ويفصل بين المعطيات الخاصة المرتبطة به.

ومما تقدم ذكره، نخلص الى القول ،أن قاضي الموضوع هو الذي يمتلك توجيه الخصومة ، للوصول بها الى الحل المناسب، ومن ثم ينبغي عليه تقدير كيفية استعمال اية منهجية مناسبة لها ، بمعنى أن اللجوء الى طرق الاستدلال يستند الى مدى اتفاق وقائع النزاع، أو اختلافها مع القانون الشائع، فتكون الاستعانة بالاستدلال بالمشابهة، إذا كانت الوقائع للنزاع تتفق مع القانون الشائع، أما إذا كانت الوقائع تشذ ، أو تختلف عن القانون الشائع فعندها يستعين القاضي بالاستدلال بالمخالفة.

---

(١) ينظر: د. محمد نور فرحات، المنطق والفصل بين القانون والاخلاق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القاهرة،العدد ٢ ، تموز ١٩٧٧ص ٦٤١.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا هذا الموسوم " اثر الاجتهاد القضائي في الاحكام المدنية " لا يسعنا إلا ان نحمد الله عزوجل على نعمه كافة وتوفيقه في اتمام بحثنا، والذي تعرضنا فيه الى اثر الاجتهاد القضائي من حيث المنهجية التي يتم اتباعها لأجل الوصول الى اصدار الاحكام القضائية في نطاق المعاملات المدنية، وهنا توصلنا الى عديد من النتائج، وفي نفس الوقت نقترح جملة من التوصيات ، وكما يأتي :

اولاً ـ النتائج :

ينبغي على قاضي الموضوع ممارسة الاجتهاد القضائي في كافة النظم القانونية ، وعلى النحو الاتي:

أ- ففي نطاق القانون المدني :

يتعين على قاضي الموضوع في نطاق القانون المدني ، أن يعتمد في اجتهاده في نطاق نظرية الالتزام، والعقد بأكملها من حيث نشوء مصدر الالتزام، وتقدير توافر اركانه، وشروط صحته، والبحث في عيوب الارادة ،وعوارض الاهلية، وموانعها في تنفيذ الالتزام، وتقدير المسؤولية الناشئة عن الاخلال في تنفيذ الالتزام العقدي في جميع عناصره.

وفي مجال المسؤولية التقصيرية، يقوم قاضي الموضوع باجتهاده عندما ينظر في قيام اركان المسؤولية التقصيرية ،وكيفية استخلاص كل النتائج المترتبة عليها، وذلك فيما يتعلق بالخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، وتقدير التعويض المستحق عند تحققها.

وفي نطاق الاثبات المدني، فقاضي الموضوع له دور ايجابي في تقدير الادلة المقدمة من قِبل الخصوم ، والبت في حجيتها ، وتحديد مدى كونها منتجة في حسم موضوع النزاع.

ب ـ في نطاق قانون الاحوال الشخصية:

يمارس قاضي الموضوع في نطاق قانون الاحوال الشخصية، دور هام ، ويتطلب منه أن يجتهد في اغلب المسألة المتعلقة في ذلك، فعند انعقاد الرابطة الزوجية، فالقاضي يجوز له أن يتدخل في إذا منع الولي من في ولايته من الزواج إذا رغبت المرأة فيه، وكان زوجها هنا فيه مصلحة لها ، وكان المتقدم لزواجها كفؤ لها ويحقق مصلحتها، كما للقاضي أن يجتهد في حالة النزاع على مهر الرابطة الزوجية، وكذلك يجوز لها الاجتهاد عند انحلال الرابطة الزوجية، ويمارس نشاطه الاجتهادي فيما يخص قضايا الحضانة، والنفقة.

جـ ـ في نطاق قانون الاجراءات المدنية:

يتضمن قانون الاجراءات المدنية بنصوصه الشكلية، والاجرائية، فالمشرع حدد الاشكال القانونية، والاجراءات المتبعة فيها ، ورتب عليها الاثار المحددة لها ، وهنا ليس للأشخاص اي تدخل فيها من حيث اتباعها ، وترتيب اثارها، وهنا يتفرد قاضي الموضوع في نطاق قانون الاجراءات المدنية بنشاطه الخلاق المبدع، فاجتهاد القاضي

هنا يقصد به منح الحماية القضائية للقواعد القانونية والتي بدونها تكون هذه القواعد خالية من الفعالية، ومن دون اشباع لمصالح الخصوم.

ثانياً ـ التوصيات والمقترحات :

ولأجل اعطاء دور ايجابي لقاضي الموضوع في نطاق العمل القضائي من حيث الاجتهاد الذي يقوم به القاضي، عند غياب النص ، والذي لا يؤدي الى انعدام الحكم فالمطلوب من القاضي حسم النزاع حتى في حالة غياب النص، وهنا يبرز الاثر الفعال والخلاق للقاضي للوصول الى ايجاد حل للنزاع بطريقة الاجتهاد، هنا بلا شك وفق منهجية منطقية ،وفنية لا تتعارض مع النصوص القانونية التي تحفظ النظام العام ، وهنا سنعرض لعديد من التوصيات، والمقترحات بصدد ذلك ، وكما يأتي :

أ- نوصي السلطة القضائية العمل على رفع كفاءة الجهاز القضائي في بلدنا العراق ، وذلك من خلال المشاركة الفاعلة للقضاة في المؤتمرات ، والدورات ذات العلاقة بالاجتهاد القضائي، والتعرف على احدث الطرق، والوسائل، والادوات المتعلقة بذلك.

ب ـ نوصي السلطة القضائية ايجاد كادر قضائي متخصص في مجال الاجتهاد القضائي، ولكل فرع من فروع القانون المتنوعة، وفي ذلك ترصين للعمل القضائي ، وتحقيق احقاق الحق على اتم شكل .

جـ - نوصي السلطة التشريعية بعدم تحديد النشاط القضائي ، فليس من العدالة بشيء تقييد القضاة بحرفية النصوص القانونية، لأن ذلك لا يساعد على الابداع في العمل القضائي، فالقاضي ليس آلة صماء ، وانما يُعد القاضي عنصراً مهماً في النظام العام للدولة، واداة للبناء الصحيح ، وبالقضاء العادل يتم الوصول الى بر الامان وتحقيق الاطمئنان ، والسكينة لكافة افراد المجتمع .

قائمة المراجع

اولاً ـ الكتب والمجلات القانونية :

١ـ د. احمد ابو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط٥، منشأة المعارف ، الاسكندرية، مصر،.١٩٨٥

٢ـ د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٧٩ .

٣ـ د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات، بلا مكان نشر، .١٩٨٧

٤ـ د.ثروت أنيس الاسيوطي، المنهج العلمي القانوني، مجلة مصر المعاصرة، عدد/ ٣٣٦، القاهرة، لسنة .١٩٨٦

٥ـ جان شيفاليه، ملاحظات استعمال القاضي لمعلوماته الشخصية ، المجلة الفصلية للقانون المدني، العدد الاول لسنة ١٨٦٢، ترجمة هشام كيلاني ، مجلة نقابة المحامين، دمشق ، المجلد ٢٦، العدد ٢، اذار ١٩٧٦.

٦ـ د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٢.

٧ـ د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل القانوني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، .١٩٧٨

٨ـ د. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، .١٩٨٤

٩ـ د. عبد الباقي البكري، ود.زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، ١٩٨٩.

١٠ـ د.محمد نور فرحات، المنطق والفصل بين القانون والاخلاق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القاهرة،العدد٢، تموز .١٩٧٧
١١ـ مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩.
١٢ـ د. وجدي راغب، النظية العامة في العمل القضائي، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر،١٩٨٦.

ثانياً ـ القوانين العراقية والعربية:

١. القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.
٣. القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤ وتعديلاته.
٤. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

ثالثاً ـ الكتب القانونية باللغة الفرنسية

1. ANDRE: Du principe de la neutralite du juge, These, Paris,1983.
2. F.TERRE: L'influence de la volonte individuelle sur les qualifications, These, Paris,1996.
3. GENY: Methode d'interpretation et sonurces en droit positif,Paris,1998.
4. Henri BERGSON: L'evolution creatrice,Paris, 1989.
5. J.NORMMAND:LE juge et le litige, These , Lille, Paris, 1989.
6. Louis-Marie de CORMENIN: Questions de droit, Paris,1987.
7. M.P.FABREGUETTES: La logique judiciaire, L'art de juger, Paris, 1982.

التنظيم القانوني لتداول المنتجات المبتكرة في سوق الاوراق المالية –دراسة مقارنة-

"Legal regulation of the trading of innovative products in the stock market - A comparative study-"

م.م. أحمد جميل عبد الرضا
كلية القانون- جامعة سومر

الملخص

إنَّ عمليات التداول في سوق الأوراق المالية لم تعد مقتصرة على تداول الاوراق المالية التقليدية، بل إنَّ الحاجة إلى التمويل، وتحقيق الارباح، وجعل الاصول المالية والعينية بمنأى عن مخاطر الإستثمار، هذا الامر جعلَ السوق أكثر عرضة للتطور؛ ونتيجة لذلك، ظهرت منتجات مبتكرة تمثل إستجابةً لحاجة المستثمرين، ومن هذه المنتجات، هي عقود المشتقات المالية ، وفكرة هذه العقود إنَّها تعتمد في قيمتها على قيمة الاصول التي تُشتق منها.

تهدف هذه الدراسة إلى بيان التنظيم القانوني لعقود المشتقات المالية بالاستعانة بعرض مواقف التشريعات التي نظمت هذه العقود في ظل غياب التنظيم القانوني في التشريع العراقي؛ ولإجل ذلك، قسمنا هذه الدراسة الى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول، النطاق القانوني لعقود المشتقات المالية، والمبحث الثاني بيّنا فيه، الاحكام القانونية لعقود المشتقات المالية من حيث الطبيعة القانونية وآلية التنفيذ.

حيث توصلنا إلى نتائج عدة، من اهمها، إنَّ عقود المشتقات المالية لها طبيعتها القانونية الخاصة، ولا يمكن أن تنضوي تحت إحدى القوانين المعروفة، كما إن تنفيذ عقود المشتقات المالية تتميز بآلية مختلفة؛ إذ قد ينتج عن تنفيذ العقد إما تسوية العقد بصورة نهائية، او يتم تسويته بإبرام صفقة معاكسة. بالتالي، إنَّ ضبط عقود المشتقات المالية لا بد من تنظيمها تشريعيًا؛ فالمشرع مدعوٍ إلى مواكبة الحاصل في سوق الأوراق المالية وهذا لا يتم إلا بتحديث قوانينه، وتوفير المناخ الذي يتلائم وتطلعات المستثمر في السوق وتوفير الحماية له.

Summary

The operations of trading in the stock market are no longer limited to trading traditional securities. Rather, the need for financing, achieving profits, and making financial and in-kind assets free from investment risks, this matter made more vulnerable to development; As a result, innovative products appeared in response to the need of investors, and among these products are financial derivative contracts, and the idea of these contracts is that their value depends on the value of the assets from which they are derived.

This study aims to clarify the legal regulation of financial derivative contracts with the help of presenting the positions of the legislations that regulated these contracts in light of the absence of legal regulation in the Iraqi legislation. For this reason, we divided this study into two sections. In the first topic, we dealt with the legal scope of financial derivative contracts, and the second topic explained the legal provisions for financial derivative contracts in terms of the legal nature and mechanism of implementation.

As we reached several conclusions, the most important of which is that financial derivative contracts have their own legal nature, and cannot fall under one of the well-known laws, and the implementation of financial derivative contracts is characterized by a different mechanism. As the implementation of the contract may result in either the contract being settled definitively, or it may be settled by concluding an opposite deal. Consequently, controlling financial derivative contracts must be regulated by legislation; The legislator is called to keep abreast of what is happening in the stock market, and this can only be done by updating its laws, providing an atmosphere that suits the investor's aspirations in the market and providing him with protection.

المُقدمة:

ان العمليات الجارية في سوق الاوراق المالية قائمة على تداول الاوراق المالية التقليدية (الاسهم والسندات)، وتتم هذه العمليات من خلال وسطاء ماليين مرخصين، وهذا النوع من التداول يطلق عليه التداول في السوق الفورية، ولا يثير هذا التداول أية إشكالية، لأن اغلب التشريعات اكتنفتها بالتنظيم وسد الفراغ التشريعي الحاصل في بعض الاحكام المنظمة لها. ولكن علينا ان نعترف ان الفكر الاقتصادي لم يكتف بهذا النوع من التداول، فهو دائمًا يبتكر اساليب من شأنها تحفيز الاستثمار المالي من خلال تقنيات استثمارية حديثة احدثت طفرة في اداء الاسواق المالية، وهذا التطور اصبح ملازماً للاسواق المالية بصورةً عامة التي تمثل مجالاً خصباً لقبول التطورات استجابةً لمتطلبات المستثمرين.

اضافة لذلك، اخذ نشاط هذه الاسواق بالتوسع؛ فظهرت منتجات مالية لم تكن معروفة سابقا فتحت آفاق جديدة لمواجهة ما يعترض سبيل الاستثمارات المالية من تقلبات في اسعار الاسهم واسعار الفائدة والمخاطر التي تحيط بالتمويل.

نتيجة لذلك، بادرت المؤسسات المالية الى ابتكار تقنيات حديثة لمواجهة تلك المخاطر، ومنها المنتجات المالية المبتكرة التي تتمثل في عقود المشتقات المالية والتي يتم تداولها في سوق متخصصة وهي: "السوق الآجلة". فجوهر فكرة المشتقات المالية تقوم على اساس انها عقود تشتق قيمتها من الاصول التي ترد عليها (كالاسهم والسندات)، والعملات الاجنبية، والسلع، وتعتمد في قيمتها على تغير قيمة تلك الاصول، ويتم تداولها في السوق الآجلة، وهنالك انواع عدة لعقود المشتقات المالية، كالعقود المستقبلية، الخيارات والمبادلات كما يتم تسويتها وفق آلية معينة.

اهمية الدراسة

يكتسب موضوع الدراسة اهميته من وجود تقنيات حديثة مرتبطة بالتمويل وسوق الاوراق المالية على حد سواء وما يرتبط بذلك من مخاطر قد تؤثر في الاقتصاد الوطني، كما ان المشرع العراقي لم يستشعر اهميته هذه العقود ويتناولها بالتنظيم ووضع القواعد القانونية الحاكمة لها، وإن كانت هنالك اشارات لهذه العقود في قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤) الذي عدها احد الانشطة التي تضطلع بها المصارف حيث نصت الفقرة (١/ج) من المادة (٢٧) من قانون المصارف العراقي حيث اجاز للمصرف ان يشتري ويبيع لحسابه الخاص او لحساب عملائه الاسهم والاوراق المالية الاخرى والعقود الآجلة واتفاقات المبادلة والعقود المستقبلية وعقود الخيار والمشتقات الاخرى. وكذلك تمت الاشارة الى عقود المشتقات المالية عندما فرض قانون المصارف العراقي على المصرف الالتزام بنسب تحوطية، ودون ان يشير اليها في القانون المؤقت لسوق العراق للاوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) الصادر بموجب امر سلطة الائتلاف المنحلة سواءً الى ماهيتها او الى آلية تسويتها.

اشكالية الدراسة

تتمحور اشكالية هذه الدراسة في مدى قدرة المشرع العراقي على الاستجابة للتطورات الحاصلة في الاسواق المالية واستيعاب هذه التطورات بوضع القوانين القانونية الحاكمة لها؟.

لذا، فأن خلو التشريع العراقي من تنظيم هذه العقود من جهة، والاشارة اليها في قوانين اخرى من جهة اخرى. فهل يعني هذا ان المشرع العراقي اباح التعامل بها؟ هذا التساؤل يطرح تساؤلات اخرى، منها: ما هو الاطار القانوني لهذا النوع من العقود؟ وما هي طبيعتها القانونية؟ وهل ان انواع عقود المشتقات المالية تتباين فيما بينها؟ والتساؤل الاهم ماهي الاهداف الحقيقية للمستثمرين في هذا النوع من العقود؟ وما هي آلية تنفيذها؟.

الاجابة عن هذه التساؤلات وغيرها لعلها تسهم في تنبيه المشرع العراقي الى خطورة هذا النوع من العقود. وبالتالي، مراعاة الخصوصية في صياغة القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليها عند تنظيمها، خاصة وان مشروع قانون سوق الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠٠٨) قد نظم هذه العقود، ولكن تنظيمها لا يأتلف مع اهميتها، فلعل هذه الدراسة تسعف المشرع في التنبه الى الدقة، ومراعاة الخصوصية في صياغة احكام هذه العقود.

منهجية الدراسة

نظرًا لحداثة موضوع الدراسة وقلة المصادر على صعيد الفقه القانوني -كون اغلب الذي تناولها بالدراسة هو الفقه الاقتصادي- التي تناولت المشتقات المالية للاجابة عن التساؤلات المطروحة اتبعنا المنهج التحليلي والمنهج التأصيلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون المصري والقانون الاماراتي والقوانين الاخرى ذات العلاقة والتي سنشير اليها على سبيل الاستئناس والآراء الفقهية – إن وجدت وفي كل موضع- وما تناولتها من احكام تفصيلية وتأصيلها إلى قاعدة عامة تسري على عقود المشتقات المالية.

خطة الدراسة

من اجل الوقووف على اهم جوانب الموضوع فقد قسمنا هذا البحث الى مبحثين، حيث سوف نُبين المبحث الاول، النطاق القانوني لعقود المشتقات المالية، اما المبحث الثاني، فخصصناه لبيان الاحكام القانونية لعقود المشتقات المالية من حيث الطبيعة وآلية التنفيذ.

المبحث الأوُّل: **النطاق القانوني لعقود المشتقات المالية**

إنَّ تحديد النطاق القانوني لعقود المشتقات المالية، امر له اهمية بالغة، حيث بتحديد هذا النطاق نستطيع ان نُبين هذه العقود بالوقوف على تنظيمها من خلال بيان تعريفها، واغراض المستثمرين من وراء اللجوء ابرام هذه التقنيات العقدية **(المطلب الأوُّل)**. وسنتناول انواع هذه العقود في **(المطلب الثاني)**؛ محاولين بذلك رسم النطاق القانوني لعقود المشتقات المالية.

المطلب الأوُّل: **عقود المشتقات المالية بين التنظيم والإغفال**

إبتداءً، إنَّ المشرع العراقي لم ينظم هذه العقود في القانون المؤقت لسوق العراق للاوراق المالية. لذا؛ فمن الضروري التعريف بعقود المشتقات المالية من خلال بيان المقصود بها فقهًا وتشريعا وفق التشريعات محل المقارنة التي نظمتها **(فرع أوُّل)**، ومن ثم نتناول اهداف المستثمرون وراء ابرامها **(فرع ثانٍ)**، وكالآتي:

الفرع الأوُّل: التعريف بعقود المشتقات المالية

أوُّلًا: تعريف الفقه الإقتصادي لعقود المشتقات المالية: تعتبر المشتقات المالية من ابتداع الفكر الإقتصادي، وكان له السبق في دراستها، حيث عُرفت، بأنها: "عقود تشتق من قيمة الاصول المعنية (اي الاصول محل العقد) وهذه الاصول تتنوع ما بين الاسهم والسندات والسلع والعملات الاجنبية، وتسمح المشتقات المالية بتحقيق ارباح وخسائر إعتماداً على إداء الاصل محل العقد، ومن أهم المشتقات المالية هي: الخيار، العقود

المستقبلية وعقود المبادلات"[١]. وأهم ما يُلاحظ على هذا التعريف انه عرّف الشيء بذاتهِ، والاجدر ان يعرفها بإنها إتفاق، وهذا الامر من الممكن توقعه كون صاحب التعريف هو غير مختص في المجال القانوني، ولكن ما يحسب لهذا التعريف انه قد بيّن محل العقد وحدد بدقة انواع عقود المشتقات المالية.

ويعرّفها آخر، بأنها: "ادوات مالية تشتق قيمتها من قيمة الاوراق المالية محل التعاقد"[٢]. واهم ما يُلاحظ على هذا التعريف، انه بيّن حقيقة عقود المشتقات المالية من حيث المحل الذي ترد عليه، ولكنه اغفل الحقيقة العقدية لتلك العقود، كونه ذكر مصطلح (ادوات) وهذا مصطلح غريب من الناحية القانونية، اضافةً إلى ذلك لم يذكر حيقيقتان ان عقود المشتقات لا تقتصر على الاوراق المالية وانما ترد ايضًا على السلع والعملات، كما انه لم يذكر انواع تلك العقود.

ثانيًا: تعريف الفقه القانوني لعقود المشتقات المالية: في البدء من الجدير بالإشارة إلى قلة البحوث والدراسات في الحقل القانوني التي عالجت جزئية عقود المشتقات المالية، وإن كانت هنالك معالجات، إلا إنَّها لم تكن متوائمة مع ما تحيط بهذه العقود من إشكاليات ومخاطر من الوجهة القانونية، الامر الذي انعكس بدوره على قلة التعريفات لدى الفقه القانوني، حتى إنَّ اغلب التعريفات جاءت متأثرة بما وضعه الفقه الاقتصادي من تعريفات لعقود المشتقات المالية.

لذا؛ فيذهب البعض في تعريف عقود المشتقات المالية إلى إنّها: (عقود تشتق قيمتها من قيمة محل عقد اصلي ويتم تنفيذها في أجل مستقبل ويكون المبلغ المدفوع بالنسبة لعقد المشتقة ضئيل مقارنة بقيمة العقد، ويجب ان تشتمل هذه العقود على عناصر جوهرية، وهي: ١- السعر. ٢- الزمن. ٣- تحديد محل العقد)[٣]، ويتميز هذا التعريف بالواقعية إذ إنّه يحدد الطبيعة الثانوية لعقود المشتقات المالية، كونها لم ترد على اصول مالية وإنّما تشتق من تلك الاصول، كذلك بالنسبة للهامش البسيط الذي يدفعه احد اطراف عقد المشتقة؛ إلا انه ظلّ بعيدًا عن الجانب القانوني، حيث عرف عقود المشتقات المالية بأنّها "عقود" وتعريف الشيء بذاته غير صحيح، ولم يحدد طرفا العقد وانوعه وآلية تنفيذه.

([١]) د. طارق عبد العال حماد، المشتقات المالية: المفاهيم- إدارة المخاطر- المحاسبة، الجزء ٥، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية- مصر، ٢٠٠١، ص٥.

([٢]) د. سمير عبد الحميد رضوان حسن، المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعة ادواتها- دراسة مقارنة بين النظم الوضعية واحكام الشريعة الاسلامية، ط١، دار النشر للجامعات، مصر، ٢٠٠٥، ص٥٩. وقريب من ذلك، يُنظر: Nir Naor, Reporting on Financial Derivatives form a law Economics Perspective, master thesis, University Hamburg, 2003, p:4-5.

([٣]) شروق حسين عبده الماحي، سوق المشتقات المالية (المفهوم، والآليات، والتحديات)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق – جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١٥، ص١٩.

وعرفت ايضًا، بأنَّها: (عقود تشتق قيمتها من الاسعار الحالية للاوراق المالية الاخرى ويتم تنفيذها آجلًا)[١]، وواضح من هذ التعريف إنه يحدد وقت تنفيذ تلك العقود الذي يكون يكون في المستقبل، ولكن ما يؤاخذ عليه كما هو الحال في التعريف السابق، وما يثير الغرابة إنّه ذكرَ هذه العقود تُشتق قيمتها من قيمة الاوراق المالية صحيح إنها كذلك، ولكن ليس هنالك ما يمنع أن تُشتق من قيمة السلع والعملات الاجنبية واسعار الفائدة، فتبقى حاجة المستثمر هو خلق الارباح وهذه الارباح لا تنتج عن اشتقاق الاوراق المالية فقط؛ فيبقى هذا التعريف اقرب لادبيات الفقه الاقتصادي منه إلى القانوني.

ويعرفها آخر، بأنّها: (عقود تُحدد قيمتها وموضوعها وقت التعاقد وفقًا لسعر احد الاصول المالية أوُ التغير في المؤشرات أوُ اسعار الفائدة، وغالبًا ما يكون محلها تحمل مخاطر تغير قيمة الاصل المتعاقد عليه، ولا يُلزم من إبرامها تسليم أوُ تسلم)[٢]، ومما يُلاحظ على هذا التعريف إنّه أشار بصورةٌ غير مباشرة إلى اهم هدف يسعى إليه مستخدموا المشتقات المالية، وهو التحوط – كما سنبينه لاحقًا-، إضافةً إلى ذلك ذكر آلية تنفيذ هذه العقود حيث الاغلب تُسوى هذه العقود بدون تسليم واستلام أي (يتم تسويتها بصورة نقدية).

ثالثًا: التعريف التشريعي لعقود المشتقات المالية

أنَّ التطورات الحاصلة في عالم المال دفعت المستثمرين إلى إبتكار آليات من شأنها تحقيق عوائد مالية هائلة مقابل طرف يُمنى بخسائر فادحة؛ ولإجل توفير الحماية للمستثمرين في سوق الاوراق المالية، والمحافظة على الإدخار، وتطوير ادوات التداول في السوق؛ فأنَّ الكثير من الدول سارعت إلى تطوير قوانينها بما يتلائم مع الوظيفة الحمائية للمستثمرين في السوق، وتنظيم تقنيات عقدية تتسم بالحداثة.

فنجد إنَّ المشرع المصري لم يجيز – ابتداءً- التعامل بعقود المشتقات المالية؛ فوفقًا لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢)، ولكن هذا الامر خلاف لقانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) الجديد الذي اجاز المعاملات المضافة إلى أجل (المعاملات الآجلة) في البورصة، ولكن اشترط توافر ثلاثة شروط: الأوُل، إبرام الصفقة في سوق الارواق المالية. والثاني، ان تتعلق هذه العملية بصكوك مدرجة في جداول السوق. والثالث، أن يصدر قرار من الوزير المختص لتنظيم هذه العمليات[٣]. واقعًا أنَّ الشروط التي تطلبها المشرع المصري هي لضبط تداول المشتقات المالية،

---

(١) سعد عبد الحميد محمود صالح، صكوك التمويل وفقًا لقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ والاوراق المالية الواردة في القوانين المنظمة لاحكام اسواق رأس المال، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة المنوفية، المجلد٢٧، العدد٤٦، ٢٠١٧، ص٣٥٥.

(٢) محمد صبري السعداوي، النظام القانوني للمشتقات المالية في سوق الاوراق المالية –دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق- جامعة القاهرة، مصر، ٢٠١٥، ص١٠٨.

(٣) يُنظر: المادة (٤٦) من الفصل السادس من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) الجديد.

وفرض سيطرته على هذه العقود الحديثة دون حصول الكوارث والخسائر المالية[١]. إلّا أنّ الواقع العملي يُشير إلى الإنفتاح الذي شهدته البورصة المصرية، ذلك من خلال توقيع اتفاق مع بورصة نيويورك لترتيب الاوضاع القانونية لتداول عقود المشتقات المالية، وهذا الامر من الناحية التقنية الفنية، لأنّ السوق الامريكية بصورة عامة وبورصة نيويورك تعتبر سوق رائدة في هذا المجال[٢]. في المرحلة الثانية من التطور الذي لحق بتشريعات اسواق الاوراق المالية، فأنّ المشرع المصري قد عدل قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) وجاء بمعالجة تخص تداول عقود المشتقات المالية تحت عنوان (بورصات العقود الآجلة) وجعل هذه البورصة مخصصة لتداول عقود المشتقات المالية، وعرّف بصورة غير مباشرة عقود المشتقات المالية من خلال بيان اختصاص البورصة الآجلة والعقود محل التداول فيها، فقد نص على أنّها عقود تشتق قيمتها من قيمة اصول مالية، او عينية، او مؤشرات او الاسعار او اوراق مالية او سلع او ادوات مالية او غيرها من المؤشرات التي تحددها الهيئة، سواء كانت في شكل عقود مستقبلية، او عقود خيارات، او عقود المبادلة، وغيرها من العقود النمطية[٣]. وحسنًا فعل المشرع المصري عندما جعل المشتقات ترد على اصول مالية واصولًا عينية وفسح المجال وأردف بالذكر (.....وغيرها من المؤشرات التي تحددها الهيئة....)، وهذا يعني إنّ المشرع المصري قد تنبه الى التطورات الحاصلة في الاسواق المالية، ولم يبقَ بمنأى عنها.

وفيما يتعلق بموقف المشرع الإماراتي؛ فأنَّ القانون رقم (٤) لسنة (٢٠٠٠) بشأن هيئة وسوق الإمارات للاوراق المالية والسلع لم يتضمن تداول المشتقات المالية، إلّا أنَّ قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١٥٧/ر) لسنة (٢٠٠٥) في شأن النظام الخاص بإدراج وتداول السلع وعقود السلع، شكّلَ مرحلة جديدة، حيث عالج انواع معينة من عقود المشتقات المالية في الباب الخامس من تحت عنوان إدراج السلع او عقود الخيارات او العقود المستقبلية. ولم يكتفِ المشرع الإماراتي بذلك؛ لا بل عمد على ترتيب وتطوير النظام القانوني وجعله أكثر ملائمة لواقع التطور الحاصل في عمليات التداول في سوق الاوراق المالية، إذ اخضع عقود المشتقات المالية إلى تنظيم خاص بموجب قرار مجلس إدارة الهيئة بشأن تنظيم الترويج والتعريف رقم (٣/ر.م) لسنة (٢٠١٧) وعرف عقود

---

(١) يُجمع الفقه الاقتصادي والقانوني على مخاطر عقود المشتقات المالية ويصفها بأنّها "كالقنابل الموقوته". يُنظر في ذلك: خالد أحمد علي محمود، فن إدارة المخاطر في البنوك وسوق المال، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٩، ص٣٩٢.

(٢) مقال منشور على موقع مجلة البورصة، في (٢٥/ ٨/ ٢٠٢٠)، على الموقع الالكتروني: WWW.Alborsaanews.co. تاريخ الزيارة: ١٥/ ٢/ ٢٠٢١. ٣٠: ٠٤ مساءً.

(٣) يُنظر: المادة (٢٦) مكرر من القانون رقم (١٧) لسنة (٢٠١٨) المعدل لقانون سوق رأس المال رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المصري المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٠) مكرر (ه)، بتاريخ (١٤/ ٣/ ٢٠١٨) .

المشتقات المالية بأنّها: (عقود مالية تعتمد قيمتها على قيمة الاصول المالية كالسلع او المؤشرات او العملات او أيّ ادوات مالية أخرى يوافق عليها المجلس)[١].

أما بالنسبة إلى موقف المشرع العراقي؛ فنجد أنَّ قانون سوق العراق للاوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) المؤقت الصادر امر سلطة الائتلاف المنحلة لم يذكر المشتقات المالية لا من قريب ولا من بعيد؛ ولكن هنالك إشارات في قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤) إلى هذه العقود في موضعين، الأوّل منها؛ حيث جعل المشرع قيام المصارف بنشاط شراء او بيع المشتقات المالية لحسابها الخاص او لحساب العملاء[٢].

وفي الموضع الثاني؛ عندما اشار الى النسب التحوطية التي تطبقها المصارف والتي تحكم (....المشتقات الأخرى المتعلقة بالعملات والاسهم والسندات والمعادن الثمينة او اسعار الفائدة)[٣]. ومن الجدير بالذكر، إنَّه هنالك مشروع قانون الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠٠٨) واشار صراحةً الى المشتقات المالية في معرض بيانه لتعريف الورقة المالية واعتبر عقود المشتقات المالية اوراقًا مالية وعرض الى بيان انواع عقود المشتقات المالية، وهي: (عقد الخيار، العقود الآجلة.....)[٤].

من خلال ما سبق وتقدم يتبين لنا إنَّ المشرع العراقي قد اغفل تنظيم عقود المشتقات المالية، ومن وجهة نظرنا كان الاجدر بالمشرع العراقي تنظيم هذا النوع من العقود الحديثة؛ نظرًا للانفتاح الذي تشهده اسواق الاوراق المالية وما تمثله هذه العقود اهمية للمستثمرين؛ إذ تُسهم في تحقيق رغبتهم كآلية تحوطية ضد مخاطر تقلب اسعار الاصول المالية والعينية التي ممكن ان يواجهونها نتيجة استثمارها.

لذا، يمكن وضع تعريف لعقود المشتقات المالية نتوخى فيه الصياغة القانونية الدقيقة: (هو إتفاق بين طرفين من خلال وسيط مرخص يمثل كل منهما على بيع او شراء اصول مالية او عينية، بسعر محدد بسيط يدفع ابتداءً وقت الاتفاق، على أن يتم تسويتها في تاريخ لاحق ووفق آلية معينة من قبل السوق، دون ان يفرض القانون ان يتخذ الاتفاق شكلاً معينًا، ويهدف المستثمرين من وراء ابرم العقد إلى امرين: المضاربة لإجل تحقيق الربح، والتحوط من تقلبات الاسعار).

هذا التعريف يُبين خصائص العقد، كونه عقدًا رضائيًا ولا يحتاج إلى شكل خاص يتطلبه المشرع. اضافة إلى ذلك، أنّه عقد معاوضة كون بائع المشتقة يأخذ مقابلاً وهو الهامش المبدئي مقابلاً لما يمنحه للمشتري من فرصة للشراء من عدمها، وكذلك

---

(١) يُنظر: المادة (١/ ١٠) من قرار مجلس إدارة الهيئة بشأن تنظيم الترويج والتعريف رقم (٣/ر.م) لسنة (٢٠١٧)

(٢) يُنظر: المادة (٢٧/ ١/ جـ) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤) الصادر بأمر سلطة الائتلاف المنحلة.

(٣) يُنظر: المادة (٢٩/ ٢/ د) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤) الصادر بأمر سلطة الائتلاف المنحلة. ومن الجدير بالتنويه إليه: إنَّ الواقع العملي لم يشير إلى اي تعامل بعقود المشتقات المالية في سوق الاوراق المالية العراقي، مكالمة هاتفية أجريت من قِبلنا مع مدير العلاقات العامة في سوق العراق للاوراق المالية الاستاذة (جيمي افهم توما) في (١٨/ ٢/ ٢٠٢١) الساعة ٢٠:١١ صباحًا.

(٤) يُنظر: المادة (٥/٤) من مشروع قانون الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠٠٨).

المشتري؛ فهو يأخذ مقابلاً لما يعطي. كما أنه عقد ملزم للجانبين كونه يرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه. كما يُبين السمات الخاصة بالعقد بأعتباره ورقة مالية قابلة للتداول، لذا فأنّ مشتري المشتقة من الممكن ان ينقل ملكيتها إلى شخص آخر. كما تعتبر عقود المشتقات المالية من العقود الاحتمالية، لأنها تعتمد في تحديد قيمتها على الاصل المشتق منه، وهذا بدوره يؤثر على تحديد ربح او خسارة كل طرف من اطراف العلاقة التعاقدية. واهم ما يحدده هذا التعريف بدقة أنّ العقد لا يتم إلّا بواسطة وسيط مرخص.

الفرع الثاني: اهداف المستثمرون في عقود المشتقات المالية

هنالك اهداف عدة من وراء استخدام عقود المشتقات المالية؛ فأما يتطلع المستثمر إلى الحصول على الربح من خلال الفارق بين قيمد الاصل المالي وبين ما يدفعه من مبلغ بسيط كمقابل لعقد المشتقة **(أوّلاً)**. أو إحاطة إستثماراته من المخاطر **(ثانيًا)**.

أوّلاً: المضاربة: يلجأ المضاربون إلى عقود المشتقات المالية لتحقيق الارباح؛ فهؤلاء يستغلون الفرصة لتحقيق الربح من خلال الفرق في سعر عقود المشتقة وبين ما يدفعه من مبلغ يمثل الهامش المبدئي. لذا؛ فالمضارب يسعى من وراء استخدام هذه العقود إلى استغلال التقلبات بين الشراء والبيع[١]، بغية تحقيق الربح، ويُقسّم البعض المضاربون في سوق الاوراق المالية إلى اربعة فئات، وهم: (المضاربون الصعوديون، المضاربون بالنزول، المضاربون المحترفون، المضاربون الهواة). وتتحق المضاربة بصفة خاصة في صورتين، الأوُلى منها: المضاربة على إرتفاع السعر، وبموجب هذه الصورة يقوم المستثمر بشراء الأوراق المالية أو الأصول العينية شراءً آجلاً، متوقعًا ارتفاع سعرها في يوم التسوية لكي يقوم ببيعها بذلك السعر؛ فهو حقق ربحًا متمثلاً بالفرق بين السعرين وقت البيع ووقت التسوية. أمّا الصورة الاخرى؛ فهي المضاربة على إنخفاض السعر، وبموجب هذه الصورة يقوم المستثمر ببيع الأوراق المالية أو الأصول العينية بيعًا آجلاً، متوقعًا انخفاض سعرها في يوم التسوية لكي يقوم بشرائها بذلك السعر ويسلمها الى الطرف الآخر بالسعر المتفق عليه عند إبرام عقد المشتقة، وبالتالي؛ فهو حقق ربحًا متمثلاً بالفرق بين السعرين وقت البيع ووقت التسوية[٢].

ثانيًا: التحوط: يستخدم المستثمرون المشتقات المالية كأداة للتحوط ضد المخاطر التي من الممكن ان يتعرض لها المستثمر؛ فالمستثمر – سواءً أكان شخصًا طبيعيًا أو شخصًا معنويًا- لكي يتجنب المخاطر الرئيسية كتقلبات اسعار الاصول المالية أو العينية، واسعار الصرف، واسعار الفائدة[٣]. لقد الزم قانون المصارف العراقي المصارف بالنسب

---

(١) طارق عبد العال حماد، المرجع السابق، ص٣٠.

(٢) د. مبارك بن سليمان آل سليمان، احكام التعامل في الاسواق المالية المعاصرة، الجزء ١، ط١، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٥، ص٧٩٦.

(٣) المرجع نفسه، ص٩٣٣.

التحوطية والتي تحكم (....المشتقات الأخرى المتعلقة بالعملات والاسهم والسندات والمعادن الثمينة او اسعار الفائدة)[١]

المطلب الثاني: انواع عقود المشتقات المالية

تضم عقود المشتقات المالية اصناف عدة تنضوي تحتها، وهذا التنوع يرجع إلى حاجة المستثمرين إلى اساليب حديثة من شأنها تقليل المخاطر الناتجة عن تداول الاوراق المالية وغيرها من الاصول في السوق، واما هذه الحاجة، بدأت ملامح تطوير التقنيات محل التداول في السوق، فظهرت ما تسمى بالعقود المستقبلية، وعقود الخيار، وعقود المبادلة، وسوف نتناول هذه الانواع كما في الآتي:

الفرع الأوّل: العقود المستقبلية (Futures Contract): تُصنف العقود المستقبلية من أهم انواع المشتقات المالية التي يتم تداولها في سوق الاوراق المالية؛ لإنّها تُشكل تقنية عقدية اساسية يلجأ إليها المستثمرين الذين يسعون إلى المضاربة وتحقيق الارباح[٢]. يُعرّف العقد المستقبلي بأنه إتفاق بين طرفين بشأن تداول اصل معين، ويتم تنفيذه بتاريخ مستقبلي ويُحدد في صلب العقد: نوع الاصول المتداولة، وكميتها، التاريخ الذي ينفذ فيه العقد والمبلغ الواجب دفعه مقابل الاصل[٣].

لذا، يتضح لنا أنَّ العقد المستقبلي هو اتفاق بين طرفين ينعقد حالًا لكن تنفيذه يبقى مؤجلًا الى المستقبل يحدد في الاتفاق كمية ونوع وسعر الاوراق المالية او العينية ويكون العقد منظم من قبل سوق الاوراق المالية وفق شروط مستمدة من نظام السوق، ويلجأ اغلب المستثمرين إلى هذا النوع من عقود المشتقات المالية؛ لإنّها تكون منظمة من قبل سوق الاوراق المالية ويرون إنّ الهامش المبدئي المقدم من قبل المستثمر والمودع لدى شركة المقاصة ضمانًا لتنفيذ العقد[٤]. ويجدر بنا أن ننوه إلى أنّ العقود المستقبلية تؤمن تطلعات المستثمربن من وراء ابرامها، كأن يبرم المستثمر عقد مستقبلي للوقاية من آثار تقلب الاسعار، وبالتالي يتحوط من تلك المخاطر.

وتتنوع العقود المستقبلية حسب نوع محل العقد، وهي: عقود مستقبلية مالية يتم التعامل بموجبها على الاوراق المالية (الاسهم والسندات)، عقود مستقبلية ترد على المحاصيل الزراعية، وعقود مستقبليات المواد الخام والمعادن الاخرى، وعقود مستقبلية على العملات الاجنبية[٥].

---

(١) يُنظر: المادة (٢٩/ ٢/ د) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤) الصادر بأمر سلطة الائتلاف المنحلة.

(٢) طارق عبد العال حماد، المرجع السابق، ص١١١.

(٣) خالد وهيب الراوي، إدارة المخاطر المالية، ط١، دار المسيرة، عمان – الاردن، ١٩٩٩، ص٢٩٨.

(٤) جمال عبد العزيز العثمان، الافصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالاوراق المالية المتداولة في البورصة – دراسة قانونية مقارنة-، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٠، ص٨٩- ٩٠.

(٥) مصطفى يوسف كافي،المرجع السابق، ص١٧١.

الفرع الثاني: عقود الخيار (Option Contract): تُعد الخيارات من ابرز تصنيفات عقود المشتقات المالية والتي يتم تداولها في السوق الرسمية[١]، وفق قواعد وانظمة محددة من قِبل السوق.

يُعرّف عقد الخيار بأنّه، هو اتفاق يمنح الحامل الحق بشراء مال معين او بيعه بسعر متفق عليه في تاريخ معين او خلال مدة محددة، لقاء مقابل لذلك الحق – الخيار- يدفع لمحرر العقد، ويكون قابلاً للتداول في سوق الاوراق المالية كورقة مالية[٢]. لذأ؛ فأنَّ عقد الخيار هو إتفاق يمنح المشري الحق في شراء او بيع اصل مالي معين، بسعر محدد وخلال فترة محددة. فهو بهذا المعنى محل العقد حقًا مجردًا، حيث يرى البعض إنّ عقد الخيار يرد على الفرصة التي يمنحها محرر الخيار (البائع) للمشتري[٣]، بإبرام العقد او العزوف عن ابرامه وهو في الحقيقة يمثل حقًا للمشتري[٤] لقاء الثمن الذي يدفعه مقابل الحق والبائع يقبض الثمن مقابل التزامه بمنح المشتري حق الخيار. وهذا امرٌ لا خلاف عليه، لإنَّ عقد الخيار يعتبر من عقود المشتقات المالية وأنَّ القول بخلاف ذلك لن نكون امام مشتقة مالية، وإنما امام عقد تداول على اصول مالية او عينية اصلية غير مشتقة.

وبما أنّ عقود الخيار تمثل وسيلة ناجعة لتحقيق تطلعات المستثمرين في سوق المشتقات المالية؛ لإنها توفر لهم ستراتيجيتهم في المضاربة والتحوط[٥]، فلا بد لنا من التعرض إلى انواع عقود الخيار، لنرى مدى تلبية كل نوع من هذه الانواع لإحتياجات المستثمرين؛ فيقسم عقد الخيار حسب الطرف الذي يملك الخيار، إلى خيار الشراء وخيار البيع، حيث نكون امام خيار الشراء عندما يكون لحامله (حامل الخيار) في شراء الاصول المالية بسعر محدد خلال فترة محددة مقابل مبلغ يدفع الى محرر الخيار[٦]، ويقدم المستثمر على هذ النوع من الخيار اذا كانت توقعاته تشير الى ارتفاع سعر الاصل في المستقبل، والحامل مخير بين واحد من ثلاث امور: إما أن يمارس حقه بالشراء ودفع قيمة الاصل بما تم الاتفاق عليه بموجب عقد الخيار، أوٌ لم يمارس حقه في الخيار خلال

---

(١) تُقسم اسواق الاوراق المالية من حيث إنشائها الى سوق رسمية أو يطلق عليها (السوق الاساسية، او السوق الرئيسية، او السوق المنظمة، او البورصة) وهذا النوع من الاسواق إنشأها القانون بصورة مباشرة ودون الحاجة إلى الحصول على ترخيص، والنوع الآخر هو السوق غير الرسمية (السوق غير الاساسية، او السوق غير الرئيسية، او السوق غير المنظمة، سوق التداول خارج البورصة). يُنظر: مصعب علي عمر علي العمر، النظام القانوني لسوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق – جامعة الموصل، ٢٠٠٦، ص٤٧- ٤٨. كذلك: د. مبارك بن سليمان بن محمد آل سليمان، المرجع السابق، ص٧٨-٨٢.

(٢) سماح حسين علي، التنظيم القانوني لعقد الخيار في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، ٢٠١٥، ص١٧.

(٣) عبد الحميد محمود البعلي، المشتقات المالية في الممارسة العملية وفي الرؤية الشرعية، بدون طبعة، الاكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الكويت، ١٩٩٩، ص٣١ وما بعدها.

(٤) سماح حسين علي، المرجع السابق، ص٩٣.

(٥) محمد صبري السعداوي، المرجع السابق، ص٢٦٤.

(٦) عبد الكريم قندوز، الهندسة المالية الاسلامية بين النظرية والتطبيق، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، ٢٠٠٨، ص٦٧.

المدة المحددة؛ وبالتالي ينقضي العقد بإنقضاء المدة المحددة[١]، والامر الثالث والمهم هو إنَّ حامل الخيار قد يُقدم على بيع الخيار في سوق الاوراق المالية، وهذا الامر طبيعي؛ كون الخيار ورقة مالية قابلة للتداول في السوق. ونكون امام خيار البيع عندما يمنح الخيار لحامله الحق في بيع اصل ما بسعر معين وخلال كدة محددة، ويلجأ المستثمر الى هذا النوع من الخيار عندما تشير توقعاته الى انخفاض سعر الاصل مستقبلا، ويمنح خيار البيع الحامل الحق في طلب تنفيذ العقد من عدمه مقابل علاوة نقدية يحصل عليها محرر العقد (البائع)[٢]، وهنالك نوع آخر من عقود الخيار وهو يجمع بين خصائص خيار الشراء من جهة وخيار البيع من جهة اخرى يطلق عليه الخيار المركب او المزدوج.

وهنالك نوع آخر من عقود الخيار يقابل التقسيم التقليدي الذي تم بيانه؛ حيث يُقسم عقد الخيار من حيث التنفيذ الى عقد الخيار الاوروبي وعقد الخيار الامريكي، وبموجب الاخير ان الحامل يستطيع استعمال حقه من وقت ابرام العقد حتى تاريخ التنفيذ، واما عقد الخيار الاوروبي؛ فأنّه يُمكن الحامل من استخدامه في آخر يوم محدد للتنفيذ. وعقود الخيارلم تقف عند هذا الحد بل ظهرت انواع اخرى من عقود الخيار، ومنها: عقد الخيار المستقبلي، وعقد الخيار على الخيار، وعقد الخيار على المبادلة[٣].

الفرع الثالث: عقد المبادلة (Swap Contract): إنَّ عقد المبادلة يقوم على فكرة تتنصرف الى الاتفاق بين طرفين على تبادل اصل نقدي مقابل امر في تاريخ مستقبلي يهدف الى المضاربة والتحوط ونقل المخاطر[٤].

ويعرّفها آخر بأنّها: اتفاق بين طرفين لتبادل سلسلة من التدفقات النقدية خلال فترة مستقبلية، وترتبط التدفقات النقدية عادةً بأداء دين او قيمة عملات اجنبية[٥].

يتضح من التعريفان، إنَّ التعريف الأوُل لعقد المبدالة ضيّق من نطاقهِ، فحصر نطاق عقود المبادلة على مبادلة او مقايضة الاصول النقدية، وعقود المبادلة لا تقف عند مبادلة الاصول النقدية فقط؛ وإنّما قد ترد عقود المبادلة على السلع او العملات او اسعار الفائدة[٦] و حتى على عوائد الاسهم[٧]، اما التعريف الآخر فذكر بشكل موجز عقود

---

(١) د. محمد الصيرفي، البورصات، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٦، ١٨٥.

(٢) د. عبد العظيم ابو زيد، التحليل الفقهي والمقاصدي للمشتقات المالية، بحث منشور في مجلة الملك عبد العزيز، المجلد٢٧، العدد٣، منشورات مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ٢٠١٤، ص١٠.

(٣) سماح حسين علي، المرجع السابق، ص٤٧ وما بعدها.

(٤) عصام ابو النصر، اسواق الاوراق المالية (البورصة في ميزان الفقه الإسلامي)، ط١، دار النشر للجامعات، القاهرة- مصر، ٢٠٠٦، ص٩٥.

(٥) شروق حسين عبده الماحي، المرجع السابق، ص٥٨.

(٦) د. أحمد سامي مرهون، د. عمار كريم الفتلاوي، التنظيم للمشتقات المالية واثرها على على اسعار النفط، مجلة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١، العدد ٣٢، كلية القانون – جامعة الكوفة، العراق، ٢٠١٧، ص١٠٧.

(٧) ومن الجدير بالذكر إنَ مشروع قانون الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠٠٨) لم يشر إلى بيان هذا النوع من الخيارات في المادة (٢٧/ ١/ ج) من قانون المصارف العراقي الصادر بأمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤): حيث نصت على أن: (.....ج- .... ادوات سوق النقد (بما في ذلك الصكوك والحوالات

المبادلة وتطرق الى اهم عقود المبادلة، وهي مبادلة اسعار الفائدة ومبادلة العملات. وتعتبر مبادلة العملات الاكثر رواجًا؛ لانها تعتبر أداة فعالة لتقليل التكاليف، والاطلاع على الملاءة المالية للمستثمر الاجنبي، ويجدر بنا أن نُشير الى فلسفتها بمثال، يتحقق عقد مبادلة العملات من خلال اتفاق احد طرفي العقد عملة معينة كأن تكون (الدولار) للوفاء بألتزاماته المستحقة بهذه العملة، وبيع الطرف الآخر عملةً اخرى فائضة لديه كأن تكون (اليورو) على اساس السعر المحدد وقت ابرام العقد؛ من خلال هذا المثال نستطيع ان نحدد اهداف المستثمرين من ابرام هذا العقد فهو يوفر لكلا الطرفين السيولة من العملات غير المتوفرة لديه للوفاء بالالتزامات المستحقة عليه من العملة الاخرى التي تُكون فائضًا لديه منه؛ فوفقًا لهذه الحقيقة ، فأنَّ هذا العقد يلعب دورًا هاماً لدى المصارف التي تحتاج الى السيولة من العملات الاخرى. وهو بصورة غير مباشرة يحقق فرصة لكلا الطرفين لتجنب التعثر المالي، وبالتالي تجنب خسارة شراء هذه العملات بأسعار فائدة عالية.

ومع ذلك هنالك من يرى أنَّ عقود المبادلات لا تعتبر من عقود المشتقات المالية، وينطلق هؤلاء في تبرير رأيهم أنّه لا يوجد اصل مالي يشتق منه العقد، والظاهر من رأيهم انهم يستندون على مفهوم المشتقات المالية بأعتبار قيمتها تُشتق من قيمة الاصول، وهذا الأمر غير موجود بالنسبة للمبادلات ولا يوجد اصل يشتق منه العقد، وإنما تقوم المبادلات على سلسلة من التدفقات. اما الرأي الثاني؛ فأنه يرى بأنَّ عقد المبادلة يعتبر احد انواع المشتقات المالية الحقيقية[١].

لذا؛ فأنَّ عقد المبادلة يعتبر من عقود المشتقات المالية التي توفر للمستثمر التمويل اللازم، وتجنبه الخسائر الناتجة عن تقلب الاسعار.

المبحث الثاني: الاحكام القانونية لعقود المشتقات المالية من حيث الطبيعة وآلية التنفيذ

تنفرد عقود المشتقات المالية عقود المشتقات المالية ببعض الخصائص التي تجعلها تتميز باللاتقليدية عن غيرها من العقود التي يتم تداولها في سوق الاوراق المالي، حيث إنّها تشتق من اصول مالية وتعتمد عليها في قيمتها، ولا يتم نقل ملكية الاصل محل الاشتقاق، فهل هذا الأمر يؤثر في تحديد الطبيعة القانونية لعقد المشتقة المالية؟، كما إنَّ عقد المشتقة إذا كانت له طبيعة قانونية منفردة، فأنَّ آلية تنفيذ العقد تكون ايضًا مختلفة. لذا، سوف نتناول نُقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في **(المطلب الأوَّل)** طبيعة العلاقة المتولدة عن عقد المشتقة مالية، وفي **(المطلب الثاني)** آليات تنفيذ عقد المشتقة المالية. وكما في الآتي:

(الكمبيالات) والسندات وشهادات الايداع) والعملات الاجنبية والمعادن النفيسة وادوات سعر الصرف وسعر الفائدة والاسهم والاوراق المالية الاخرى .....والمشتقات الاخرى المتعلقة بالعملات او الاسهم او السندات او المعادن او اسعار الفائدة). يُنظر كذلك: المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري المعدلة.

(١) يُنظر في عرض هذه الآراء: د. سمير عبد الحميد رضوان، المرجع السابق، ص٢٣٦.

المطلب الأوّل: طبيعة العلاقة المتولدة عن عقد المشتقة المالية

تبين لنا مما تقدم إنَّ عقد المشتقات المالية هو إتفاق بين طرفين على بيع او شراء اصول مالية او عينية على ان يتم تسوية تلك العقود بتاريخ لاحق، وفي ضوء الصفة الاحتمالية لهذا العقد، واهداف المتعاملين به، والتي من ابرزها المضاربة والتحوط. لذأ؛ فأنَّ هنالك آراء عدة طُرحت من قِبل الفقه لتحديد الطبيعة القانونية لهذه العلاقة، وسوف نتناول نعرض هذه الآراء مع المبررات التي قُدِمت لكل واحدة منها، وكذلك نُبين النقد الموجه اليها، والرأي الراجح لتحديد الطبيعة القانونية لتلك العلاقة،

الفرع الأول: المشتقات المالية بيع عربون: يذهب البعض إلى إعتبار عقد المشتقة المالية ما هو إلّا بيع عربون[١]، بالعودة إلى تعريف العربون، فنجد أنَّ مبلغ من النقود يدفعه احد المتعاقدين للآخر وقت إبرام العقد، وفي القانون المدني العراقي تنصرف دلالة العربون من حيث الاصل إلى إنّه عربون بتات، ويمكن للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك[٢]؛ فالبيع بالعربون يؤسس على مبلغ من النقود يدفعه احد المتعاقدين للآخر وهذا المبلغ يكون جزءًا من الثمن إذا تمت الصفقة وهذا يشابه ما يدفعه مشتري المشتقة من مبلغ الهامش، وإذا عدلَ مشتري المشتقة عن إتمام الصفقة في التاريخ المحدد؛ فأنّه يخسر الهامش المدفوع. إذن؛ فالقاسم المشترك بين بيع العربون وبين عقد المشتقة كلاهما يؤسس على دفع مبلغ بسيط وقت إبرام العقد. إضافةً إلى ذلك، تشابه الحكم في إتمام الصفقة وإبرام العقد النهائي؛ فإذا عدلَ المشتري عن إبرام العقد خسر المبلغ الهامشي، وهذا الامر يلتقي وحكم العربون[٣].

وإذا كانت هذه الحجج قد تجعل هنالك قواسم مشتركة بين كِلا العقدين؛ إلّا إنَّ هنالك إختلاف يدحض هذا الرأي بينهما يتجسد بالآتي:

١- إذا كان العربون يُدفع كتعجيل للثمن، وبالتالي، فأنّه عند إتمام العقد يتم خصمه من المبلغ الواجب دفعه للبائع، بينما عقد المشتقات المالية ليس كذلك؛ فلا يخصم ثمن الهامش عند إتمام العقد، لإنه ليس واردًا على شيء وانما له الذاتية الخاصة به كعقد قائم بذاته[٤].

٢- إنَّ المتأمل في المشتقات المالية يجد أنّها ورقة مالية، ولما كانت هذه المشتقات اوراق مالية؛ فمن الممكن تداولها في سوق الاوراق المالية، لأنَّ غاية المستثمر من بيع او شراء

---

(١) See: Furbush (D.) and Poulsen(A.), "Harmonizing Margins: The Regulation of Margin Levels

د.محمد عبد الغفار الشريف، احكام الاسواق المالية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد السادس، ص٩٨٠. على الرابط: www.al-maktaba.org. تاريخ الزيارة: ٢٣/ ٢/ ٢٠٢١، الساعة: ٩:٠٠ ص.

(٢) يُنظر: المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل والنافذ. كذلك: د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني- اصول الإلتزام، بدون طبعة، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص٧٠-٧١. وعلى خلاف ذلك القانون المدني المصري (١٠٣) حيث اعتبر المشرع المصري دلالة العربون تنصرف إلى إعتباره يفيد العدول عن العقد.

(٣) د. أحمد سامي مرهون، د. عمار كريم الفتلاوي، المرجع السابق، ص١٠٢.

(٤) د. وهبة الزحيلي، بيع العربون، ط١، دار المكتبي، دمشق- سوريا، ٢٠٠٠، ص١٤.

المشتقة هو اما مضارب او متحوط؛ فغايته الاساسية هي الحصول على الربح – فالكثير من عقود المشتقات المالية يتم تسويتها نقديًا دون أي تسلم او تسليم- وليس شراء الاصل المشتق منه او المحافظة على اصوله من تقلبات اسعار السوق[١]، وهذا عكس العربون الذي لضمان الحصول على المحل بصرف النظر عن اي هدف آخر. وبذلك ينتفي إعتبار عقد المشتقة المالية بيع عربون.

الفرع الثاني: المشتقات المالية وعدًا بالتعاقد

هنالك من يرى أنَّ المشتقات المالية ما هي إلّا وعدًا بالتعاقد[٢]، يُعرّف الوعد بالتعاقد بأنّه إتفاق يرتب التزام اساسي على الواعد بإبرام عقد في المستقبل إذا اظهر الموعود له رغبته بالتعاقد خلال المدة المتفق عليها في عقد الوعد، وقد يكون الوعد ملزمًا لجانب واحد أو قد يكون ملزمًا للجانبين[٣]، وإذا كانت من اهم الآثار التي يرتبها الوعد بالتعاقد، هي إنَّ الواعد يبقى مالكًا للشيء فلا تنتقل الملكية الى الموعود له قبل ابداء رغبتهِ؛ فأنَّ هذا الامر برر للبعض اعتبار عقد المشتقة المالية يشابه الوعد بالتعاقد من حيث تكوين كِلا العقدين[٤]، وإذا كان هذا الرأي يجانب الصحة، ولكن لا يمكن الاخذ به على اطلاقه؛ فمن من جانب أوُّل، أنَّ هدف المتعاقدين من وراء إبرام عقد الوعد هو إبرام العقد الموعود به في المستقبل، اما عقد المشتقة فلا يقصد منه دائمًا الدخول في العقد النهائي الذي يكون محله الاصل المشتق منه، إذ غالبًا ما تتم تسوية العقد تسوية نقدية، ودون ان يحصل اي تسليم او استلام للاصول المشتق منها حيث إنَّ ٩٧% من عقود المشتقات المالية تتم تسويتها بهذه الصورة[٥]، ومن جانب ثانٍ؛ فأنَّ المضارب عندما يُقدم على إبرام عقود المشتقات المالية؛ فهو يسعى من وراء هذه التقنية العقدية الى الحصول عل الفارق السعري الذي يُشكل ربحًا له مستغلًا فرصة هبوط الاسعار إذا كان مشتريًا للمشتقة او فرصة حصول الارتفاع في الاسعار إذا كان بائعًا للمشتقة المالية. لذأ، فأن عقود المشتقات المالية تبتعد عن الوعد بالتعاقد. وتبقى لها طبيعتها الخاصة حتى بالنسبة لإبرامها أوُ بالنسبة لآلية تنفيذها على النحو الذي سوف نُبينه في المطالب الثاني.

---

(١) قريب من ذلك: د. هشام السعدني خليفة، عقود المشتقات المالية (دراسة فقهية إقتصادية مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية – مصر، ٢٠١١، ص٦٥.

(٢) انور الزومان، المشتقات المالية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.alqabas.com. تاريخ الزيارة: ٢٣/ ٢/ ٢٠٢١، الساعة: ١١:٠٠ م. كذلك في عرض هذا الرأي يُنظر: د. احمد سامي مرهون، د. عمار الفتلاوي، المرجع السابق، ص١٠٢. د. عبد العظيم ابو زيد، المرجع السابق، ص٢٩.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الإلتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٩٦- ٩٧.

(٤) د. احمد سامي مرهون، د. عمار الفتلاوي، المرجع السابق، ص١٠٢.

(٥) د. هشام السعدني خليفة، المرجع السابق، ص٢٧١. كذلك: خالد المهنا، بيوع المشتقات المالية في سوق الاوراق المالية المعاصرة –دراسة فقهية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة – قسم الفقه، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ٢٠١١، ص٤٠٢.

المطلب الثاني: آليات تنفيذ عقود المشتقات المالية

بحلول التاريخ المعين لتنفيذ عقود المشتقات المالية يجب على المتعاقدين إتخاذ مركز إيجابي والقيام بتنفيذ ما التزموا به، وهذا الامر كان يتم بصورة مباشر بين الطرفين دون وجود جهة تمارس هذا الدور، بيد أنه بعد ان اصبح تداول هذه العقود يتم عن طريق تدخل شخص معنوي مرخص من قِبل السوق وفق شروط معينة[١]، حتى ان تنفيذ الامر الصادر من المستثمر يكون الوسيط هو المسؤول عن تنفيذه **(فرعٌ أوَّل)**، وما ينتج عن ذلك هو تنفيذ العقد وتسوية المراكز المالية الناشئة عنه من خلال تسليم الاصل المالي مقابل تسديد الثمن أو من خلال دفع فروقات الاسعار في حال عجز المستثمر عن التنفيذ **(فرع ثانٍ)**، وسوف نتناول هذه الآليات كالآتي:

الفرع الأوَّل: اثر الامر الصادر من المستثمر في تنفيذ عقود المشتقات المالية: إنَّ جميع العمليات التي ترد على الاوراق المالية المقيدة في سوق الاوراق المالية لا تتم إلّا عن طرق مرخصون من قبل السوق، وقبل تنفيذ الصفقة وإنتقال ملكية الاوراق المالية، يتوجب على المستثمر - بائع أوَّ مشترٍ بحيب المركز الذي يتخذه- أن يقوم بإرسال امر البيع أوَّ الشراء إلى الوسيط؛ لكي يقوم الاخير بالتدخل بهدف إتمام الصفقة لحساب المستثمر[٢]، وبموجب طلب مقدم من قبل المستثمر إلى الوسيط يفوضه إياه في تداول الاوراق المالية، ويتضمن الطلب جملة من البيانات الإلزامية التي تبدأ بأسم وعنوان كل من الوسيط والمستثمر، وبيان الخدمات التي يقدمها الوسيط والعمولات التي سيتقاضاها الوسيط من المستثمر[٣]، كما يجب ان يتضمن التفويض اسم المستثمر ورقمه واسم الورقة المالية ونوع العملية المراد ابرامها (بيع- شراء) وعدد الاوراق المالية وسعرها وتاريخ التفويض ووقته ومدة سريانه[٤]. بالمقابل، يقع على عاتق الوسيط إدخال اوامر البيع او الشراء عند تلقيه التفويض الخاص بها وفقًا لأسبقية التسجيل في سجل الوسيط[٥]. الوسيط[٥].

---

(١) يُنظر: المادة (١٠/١) من القانون المؤقت لسوق الارواق المالية العراقي رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) الصادر بأمر سلطة الائتلاف المنحلة. وكذلك: الفقرة (٢٢) من التعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية لسنة (٢٠١٥) المحدثة. وفي القانون المصري: المادة (٢٦/ ٦) مكرر من القانون رقم (١٧) لسنة (٢٠١٨) الخاص بتعديل بعض احكام قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (١٠) مكرر لسنة (٢٠١٨). وفي القانون الإماراتي: المادة (٢) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال رقم (٤٩) لسنة (٢٠٠٦) الخاص بمتطلبات تأسيس شركة السمسرة في الاوراق المالية والترخيص لها بمباشرة النشاط.

(٢) يُنظر: المادة (١/ ل) من التعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية في سوق العراق للاوراق المالية النسخة المحدثة لسنة (٢٠١٥). كذلك: المادة (٩٢) من الفصل الثاني من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢).

(٣) يُنظر: المادة (٣/ ج) و المادة (٤/ أ / ب/ ج) من التعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠١٥) المحدثة.

(٤) يُنظر: المادة (٤/ د) من التعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠١٥) المحدثة.

(٥) يُنظر: المادة (٤/ هـ) من التعليمات الخاصة بتداول الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠١٥) المحدثة.

ويتابع الوسيط الوسيط مهمته حتى تنفيذ امر الصادر من المستثمر والوارد على الاوراق المالية وضمان تسسويتها بصورةٌ نهائية.

هذا الحال بالنسبة لتنفيذ الامر الصادر من المستثمر والخاص بتداول الاوراق المالية التي يتم تداولها في السوق الفورية[١]. اما بالنسبة للسوق التي يتم فيها تداول عقود المشتقات المالية؛ فهي السوق الآجلة، وبالنسبة لتنفيذ امر التداول؛ فأنه لا يختلف كثيرًا عن الامر الصادر من المستثمر على عقود تداول الاوراق المالية في السوق الفورية (العاجلة)، وبالرجوع احكام القوانين محل المقارنة والتي نظمت العمليات التي تجري على المشتقات المالية في السوق الآجلة.

حيث نجد إنَّ المشرع المصري اناط مهمة تسوية عقود المشتقات المالية في السوق الآجلة إلى جهة مختصة، الا وهي شركة المقاصة والتسوية المرخص لها بالعمل بهذا النشاط حصرًا من قبل الهيأة العامة لسوق رأس المال المصري[٢]، وإجراءات التسوية والمقاصة لهذا النوع من العقود تتم وفقًا لاحكام قانون الايداع والقيد المركزي للاوراق المالية رقم (٩٣) لسنة (٢٠٠٠) ولائحته التنفيذية حسب ما نصت عليه المادة (٢٦) من قانون رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل.

ويتضح لنا بجلاء أن موقف المشرع المصري، بخصوص مسألة تداول المشتقات المالية؛ فأن عملية التداول لا تتم إلّا من خلال الوسيط المرخص، اما الجهة المكلفة بتنفيذ الاوامر؛ فأنها شركة المقاصة والتسوية.

أما بالنسبة لموقف المشرع الإماراتي، فقد تولى المشرع تعيين الجهة المختصة بعمليات التسوية والتقاص بالنسبة لعقود المشتقات المالية، وهي شركة التقاص المركزي المرخصة من قبل هيئة الاوراق المالية والسلع، وفق شروط معينة حددتها المادة (٣) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم (٢٢/ ر.م) لسنة (٢٠١٦) بشأن تنظيم اعمال شركة التقاص المركزي، حيث هذه الشركة الطرف المقابل[٣] لكافة التداولات في السوق مقابل عمولة محددة، وهي كذلك ضامنة لتنفيذ امر التداولات المبرمة في السوق وتتولى تحديد صافي حقوق والتزامات عضو التقاص المركزي[٤]. ومن الجدير بالذكر، إن المستثمرين في عقود المشتقات المالية ملتزمون بقبول التسوية والتقاص التي تجريها شركة التقاص

---

(١) السوق الفورية: هي السوق التي يتم فيها العمليات العاجلة، وينحصر إلتزام البائع بتسليم الاوراق المالية، والتزام المشتري بدفع الثمن، وهذا يتم عن طرق شركات الوساطة. اما السوق الذي لا تنفذ فيه عمليات التداول في الحال يطلق عليها تسمية (السوق الآجلة).

(٢) يُنظر: المادة (٢٦) مكرر من قانون رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل.

(٣) ومعنى الطرف المقابل، يعني: أن هذه الشركة تمثل الطرف البائع (محرر عقد المشتقة) وبنفس الوقت تمثل المستثمر المشتري.

(٤) ومن بين اعضاء التقاص المركزي، هي سركة الوساطة. يُنظر في ذلك: المادة (١/ ف/١) من قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (٢٢/ ر. م) لسنة (٢٠١٦).

المركزي، حتى بالنسبة لعقود المشتقات المالية غير المدرجة في سوق الاوراق المالية او ما تسمى (OTC)[١][٢].

وبخلاف موقف المشرع المصري والإماراتي من تداول المشتقات المالية؛ فبما إنَّ المشرع العراقي لم ينظم تداول المشتقات المالية، وبالتالي ليس هنالك تعاملات ترد على المشتقات المالية. إلّا إنَّ مشروع قانون الاوراق المالية العراقية لسنة (٢٠٠٨) أوكل مهمة تسوية تلك العقود إلى مركز الايداع العراقي، حيث جعل هذا المشروع من مسؤولية المركز إجراء عمليات التقاص والتسوية لجميع تعاملات الاوراق المالية[٣]، وبما إنّ مشروع قانون الاوراق المالية العراقي نظم تداول المشتقات المالية، اضافةً إلى ذلك، فأنَّ مهمة المركز في اجراء التقاص والتسوية بشأن تعاملات الاوراق المالية وجاءت الاوراق المالية مطلقة غير مقيدة بنوع محدد. إذن فمن الطبيعي ان ان مركز الايداع العراقي يأخذ على عاتقه القيام بستوية عقود المشتقات المالية ايضًا.

الفرع الثاني: آلية تنفيذ الامر الوارد على عقود المشتقات المالي: إن نتيجة الامر الصادر من المستثمر الى الوسيط، والذي يرد على تداول المشتقات المالية، نلحظ بعض الاختلاف من حيث تنفيذ، ذلك قد ينتج عن هذا الامر تصفية المراكز بإبرام صفقة عكسية **(اوُلاً)**. او قد يصار في بعض الاحيان الى تأجيل تسوية العقد**(ثانيًا)**.

أوُلًا: التصفية بإبرام صفقة عكسية: يُراد بالتصفية في نطاق عقود المشتقات المالية بأنّها قسام المتعاقد بإنهاء التزامه الناشئ عن هذا العقد ويكون ذلك بصورتين، وهما: اما انهاء العقد دون تنفيذ أوُ بالتنفيذ والوفاء بالالتزامات المترتبة[٤].

اما من حيث آلية التصفية، فإنَّ المستثمر مصدر الامر يقوم بإبرام عقد عكسي مماثل للعقد السابق، فيقوم المشتري بالتحلل من إلتزامه من خلال ابرام عقد -وهذه العملية تكون في نطاق العقود الملزمة للجانبين-؛ كالعقد المستقبلي مثلاً ويجب ان يرد العقد العكسي على ذات الورقة المالية وذات النوعية والصنف، وبالتالي يحل مشتري العقد المستقبلي محل المشتري الاول في استلام تلك الارواق المالية، هذه التصفية تتحقق قبل حلول تاريخ الاستحقاق، أما النوع الآخر للتصفية؛ فهي التصفية التي تحصل بالتاريخ المتفق عليه، حيث تتحقق بتسلم الأصل المشتق منه من قبل محرر العقد (البائع) ودفع الثمن من قبل المشتري أي بالتقابض، والاغلب ان النوع الأول من انواع التصفية هو الغالب حيث

---

(١) (OTC) هي مختصر لـ (Over The Counter Derivatives)، هي: وهي اتفاقات ترد على المشتقات المالية يتم تداولها خارج سوق الاوراق المالية (البورصة). يُنظر في ذلك: Seema G. Sharma, Over-the- Counter Derivatives: A New Era Of Financial Regulation, journal Law and Business Review Of Americas, Vol 17, iss 2/ 6, 2011, P: 284.

(٢) يُنظر: المادة (٢/ ٦) من قرار رئيس مجلس ادارة الهيئة رقم (٢٢/ ر.م) لسنة (٢٠١٨) بشأن تنظيم عقود المشتقات المالية.

(٣) يُنظر: المادة (٦١/ أ) من مشروع قانون الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠٠٨).

(٤) د. مبارك بن سليمان آل سليمان، المرجع السابق، ص٩٦٨.

ان مشتري المشتقة يسعى الى انتهاز الفرصة وتحقيق الربح[١] حيث تتم تسوية العقد بحساب الفروقات المالية دو تسليم وإستلام[٢]. اما في عقود المشتقات المالية الملزمة لجانب واحد –كعقد الخيار- فإنَّ التسوية تتم من خلال ممارسة حق الخيار حيث اذا تحققت توقعات المشتري (مشتري الخيار) وارتفعت اسعار الاصل المالي المشتق منه ودفع ثمنها، هذا بالنسبة لخيار الشراء، اما بالنسبة لخيار البيع؛ فأنَّ التصفية تتم من قبل البائع محرر الخيار[٣]، وبالتالي، تتم تسوية هذه العقود وفقًا للقواعد المتبعة في تسوية عقود تداول الاوراق المالية الاصلية.

ثانيًا: تأجيل تسوية العقد: وبمقتضى هذه العملية يلجأ المستثمر الذي اصدر الامر (البيع او الشراء) إلى تأجيل تسوية العقد عندما تتغير قيمة الاصل المالي بصورة تخالف توقعاته واستشعر انَّ التسوية في هذا اليوم قد تلحق به بسببها خسائر فادحة؛ فأنه في هذه الحالة يُصدر امرًا الى وسيطه بتأجيل تسوية العقد الى وقت بدلاً من انهاء الصفقة بخسارة، على ان يدفع مقابلًا للتأجيل التسوية يُدعى "بدل التأجيل"[٤].

الخاتمة

في ختام دراستنا للتنظيم القانون لتداول المنتجات المبتكرة في سوق الاوراق المالية، توصلنا إلى عدة نتائج ومقترحات نذكرها كالتالي:

أولًا: النتائج، وهي كالآتي:

١- تبين لنا من خلال دراستنا للمنتجات المبتكرة "المشتقات المالية": (هو إتفاق بين طرفين من خلال وسيط مرخص يمثل كل منهما على بيع او شراء اصول مالية او عينية، بسعر محدد بسيط يدفع ابتداءً وقت الاتفاق، على أن يتم تسويتها في تاريخ لاحق ووفق آلية معينة من قبل السوق، دون ان يفرض القانون ان يتخذ الاتفاق شكلاً معينًا، ويهدف المستثمرين من وراء ابرم العقد إلى امرين: المضاربة لإجل تحقيق الريح، والتحوط من تقلبات الاسعار).

٢- إن المشرع العراقي لم يخص عقود المشتقات المالية بالتنظيم في القانون المؤقت لسوق العراق للاوراق المالية؛ فتبقى هذه العقود في عِداد العقود غير المسماة على العكس من موقف المشرع المصري والاماراتي اللذان نضماها بصورة دقيقة.

٣- ان المستثمر الذي يستخدم المشتقات المالية، يلجأ إليها لتحقيق احدى الغرضين اما المضاربة لإجل الربح او التحوط من مخاطر استثمار الاصول المالية او العينية الاصلية؛ فوجدنا ان المشرع العراقي قد الزم المصارف بتحديد نسب تحوطية بإستخدام عقود المشتقات المالية، لا بل جعلها من الانشطة التي تقوم بها المصارف، لكن هذا الامر يصطدم بعقبة عدم تنظيم هذه العقود في قانون سوق العراق للاوراق المالية.

---

(١) شعبان محمد إسلام البرواري، بورصة الاوراق المالية من منظور إسلامي (دراسة تحليلية نقدية)، ط١، دار الفكر، دمشق- سوريا، ٢٠٠٢، ص٢٠٤.

(٢) د. هشام السعدني خليفة بدوي، المرجع السابق، ص ٢٧١- ٢٧٢.

(٣) د. هشام السعدني خليفة بدوي، نفس المرجع، ص٢٢٤ وما بعدها.

(٤) شعبان محمد إسلام البرواري، المرجع السابق، ص٢٠٥.

٤- ان عقود المشتقات المالية تتنوع بين ثلاثة انواع رئيسية، وهي: العقد المستقبلي، عقد الخيار، عقد المبادلة. وكل نوع من هذه العقود يحقق جملة من الخصائص التي تُلبي طموحات المستثمر.
٥- نظرًا لطبيعة العلاقة القانونية الخاصة الناشئة عن عقود المشتقات المالية؛ فلا يمكن ردها لأي من الانظمة القانونية التقليدية ؛ فتبقى هذه العقود تتمتع بآلية تكوين (يقتضي إبرامها تدخل وسيط مرخص)، وآلية تنفيذ منفردة لها قواعدها الخاصة.
٦- تبين لنا إنَّ إبرام عقود المشتقات المالية لا تتم إلا عن طريق وسيط مرخص من قبل السوق، اما بالنسبة لتسوية تداول عقود المشتقات المالية؛ فأنها تخضع لقانون الايداع المركزي العراقي –في حال تنظيم المشرع لهذه العقود-، اما بالنسبة لتنفيذ هذه العقود، فأنَّ الامر يختلف في حال ما اذا اذا اراد المشتري تسوية مركزه في ميعاد الاستحقاق، وقد يكون ذلك بالقبض اي (قبض الاصل المالي او العيني) مقابل دفع الثمن "التسوية العينية"، او التسوية دو تسليم وإستلام للاصول وهذا الامر الاخير هو الغالب اذ تتم التسوية بدفع الفروقات ويطلق على هذا النوع من التسوية "التسوية النقدية".

ثانيًا: المقترحات، وتتمثل مقترحاتنا في:

١- بعد بيان آلية تداول المنتجات المالية المبتكرة واثرها في تطوير ادوات السوق؛ لذا فأنَّ المشرع العراقي مدعوا إلى الاسراع بإقرار مشروع قانون الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠٠٨) ، مع ضرورة إعادة الصياغة بعض مواده الخاصة بالمشتقات المالية، فعالم المال اليوم يتطور باللحظات وهذا التطور يفرز بإستمرار تقنيات عقدية غير موجودة بالامس قد تؤثر على قرارات المستثمرين من ناحيتين؛ من الناحية الاولى أن المستثمر يتردد في اتخاذ قرار استثمار اوراقه المالية في سوق العراق للاوراق المالية لعدم تطوير ادوات السوق مقابل احتياجاته. ومن الناحية الثانية، تخلف القوانين التي توفر له الحماية.
٢- إن يوم التسوية يحدد ابتداءً من قبل طرفا عقد المشتقة المالية، في حين نجد أن المشرع العراقي ذكرَ أنَّ يوم التسوية يحدد من قِبل مجلس المحافظين (٢/ ط) من النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للاوراق المالية لسنة (٢٠٠٧)، فعلى المشرع العراقي أن يتنبه إلى هذا الامر عند إقرار مشروع قانون الاوراق المالية (٢٠٠٨) او إعادة صياغة المادة (٢/ ط) من القانون المذكور بما تأتلف مع تسوية عقود المشتقات المالية.

أوُّلاً- المراجع العربية:

١. جمال عبد العزيز العثمان، الافصاح والشفافية في المعلومات المتعلقة بالاوراق المالية المتداولة في البورصة – دراسة قانونية مقارنة-، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٠.
٢. د. هشام السعدني خليفة، عقود المشتقات المالية (دراسة فقهية إقتصادية مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية – مصر، ٢٠١١.
٣. د. وهبة الزحيلي، بيع العربون، ط١، دار المكتبي، دمشق- سوريا، ٢٠٠٠.
٤. د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني- اصول الإلتزام، بدون طبعة، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٥. د. طارق عبد العال حماد، المشتقات المالية: المفاهيم- إدارة المخاطر- المحاسبة، الجزء ٥، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية- مصر، ٢٠٠١.
٦. د. مبارك بن سليمان السليمان، احكام التعامل في الاسواق المالية المعاصرة، الجزء ١، ط١، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠٠٥.
٧. د. مصطفى يوسف كافي، بورصة الاوراق المالية، ط١، مؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق- سوريا، ٢٠٠٩.
٨. محمد الصيرفي، البورصات، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٦
٩. د. سمير عبد الحميد رضوان حسن، المشتقات المالية ودورها في إدارة المخاطر ودور الهندسة المالية في صناعة ادواتها- دراسة مقارنة بين النظم الوضعية واحكام الشريعة الاسلامية، ط١، دار النشر للجامعات، مصر، ٢٠٠٥.
١٠. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني- مصادر الإلتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ج١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣.
١١. عبد الكريم قندوز، الهندسة المالية الاسلامية بين النظرية والتطبيق، ط١، مؤسسة الرسالة ناشرون، ٢٠٠٨.
١٢. عصام ابو النصر، اسواق الاوراق المالية (البورصة في ميزان الفقه الإسلامي)، ط١، دار النشر للجامعات، القاهرة- مصر، ٢٠٠٦.
١٣. عبد الحميد محمود البعلي، المشتقات المالية في الممارسة العملية وفي الرؤية الشرعية، بدون طبعة، الاكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الكويت، ١٩٩٩.
١٤. شعبان محمد إسلام البرواري، بورصة الاوراق المالية من منظور إسلامي (دراسة تحليلية نقدية)، ط١، دار الفكر، دمشق- سوريا، ٢٠٠٢.
١٥. خالد وهيب الراوي، إدارة المخاطر المالية، ط١، دار المسيرة، عمان – الاردن، ١٩٩٩، ص٢٩٨.
١٦. خالد أحمد علي محمود، فن إدارة المخاطر في البنوك وسوق المال، ط١، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٩.

ثانيًا- الرسائل والاطروحات الجامعية:

١. محمد صبري السعداوي، النظام القانوني للمشتقات المالية في سوق الاوراق المالية –دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق- جامعة القاهرة، مصر، ٢٠١٥ .
٢. مصعب علي عمر علي العمر، النظام القانوني لسوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق – جامعة الموصل، ٢٠٠٦ .
٣. سماح حسين علي، التنظيم القانوني لعقد الخيار في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، ٢٠١٥ .
٤. شروق حسين عبده الماحي، سوق المشتقات المالية (المفهوم، والآليات، والتحديات)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق – جامعة المنصورة، مصر، ٢٠١٥ .

ثالثًا- البحوث المنشورة في المجلات والدوريات:

١. د. أحمد سامي مرهون، د. عمار كريم الفتلاوي، التنظيم للمشتقات المالية واثرها على على اسعار النفط، مجلة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١، العدد ٣٢، كلية القانون – جامعة الكوفة، العراق، ٢٠١٧.
٢. سعد عبد الحميد محمود صالح، صكوك التمويل وفقًا لقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ والاوراق المالية الواردة في القوانين المنظمة لاحكام اسواق رأس المال، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة المنوفية، المجلد٢٧، العدد٤٦، ٢٠١٧.

٣. د. عبد العظيم ابو زيد، التحليل الفقهي والمقاصدي للمشتقات المالية، بحث منشور في مجلة الملك عبد العزيز، المجلد٢٧، العدد٣، منشورات مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ٢٠١٤.

رابعًا- البحوث المنشورة على شبكة الإنترنت:

١. انور الزومان، المشتقات المالية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.alqabas.com.
٢. مقال منشور على موقع مجلة البورصة، في (٢٥/ ٨/ ٢٠٢٠)، على الموقع الالكتروني: WWW.Alborsaanews.co. تاريخ الزيارة: ١٥/ ٢/ ٢٠٢١. ٠٤:٣٠ مساءً.
٣. د.محمد عبد الغفار الشريف، احكام الاسواق المالية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد السادس، ص٩٨٠. على الرابط: www.al-maktaba.org.

خامسًا- المقابلات الشخصية:

١. مكالمة هاتفية أُجريت مع مدير العلاقات العامة في سوق العراق للاوراق المالية الاستاذة (جيمي افهم توما) في (١٨/ ٢/ ٢٠٢١) الساعة ١١:٢٠ صباحًا.

سادسًا- القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) وتعديلاته.
٢. قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة (٢٠٠٤) الصادر بأمر سلطة الإئتلاف المنحلة.
٣. القانون المؤقت لسوق العراق للاوراق المالية رقم (٧٤) لسنة (٢٠٠٤) الصادر بأمر سلطة الإئتلاف المنحلة.
٤. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) الجديد المعدل والنافذ.
٥. قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المعدل والنافذ.

. مشاريع القوانين:

١. مشروع قانون الاوراق المالية العراقي لسنة (٢٠٠٨).

سابعًا- التعليمات والانظمة والقرارات:

١. تعليمات تداول الاوراق المالية في سوق العراق للاوراق المالية لسنة (٢٠١٥) المحدثة.
٢. النظام الخاص بالإيداع والتسوية والمقاصة في سوق العراق للاوراق المالية لسنة (٢٠٠٧).
٣. اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة (١٩٩٢) المعدلة.
٤. القانون رقم (٢٢) لسنة (٢٠١٥) المعدل للقانون رقم (٧) لسنة (٢٠١٠) بشأن إنشاء هيئة سوق المال وتنظيم نشاط الاوراق المالية.
٥. قرار رئيس مجلس ادارة هيئة سوق الامارات للاوراق المالية رقم (٢٢/ ر.م) لسنة (٢٠١٨) بشأن تنظيم عقود المشتقات المالية.
٦. قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال رقم (٤٩) لسنة (٢٠٠٦) الخاص بمتطلبات تأسيس شركة السمسرة في الاوراق المالية والترخيص لها بمباشرة النشاط

ثامنًا- المراجع الاجنبية:

1) Nir Naor, Reporting on Financial Derivatives form a law Economics Perspective, master thesis, University Hamburg, 2003.

2) Furbush (D.) and Poulsen(A.), "Harmonizing Margins: The Regulation of Margin Levels

Seema G. Sharma, Over-the- Counter Derivatives: A New Era Of Financial Regulation, journal Law and Business Review Of Americas, Vol 17, iss 2/ 6, 2011.