المحور الثالث
التحديات الاجتماعية والاقتصادية
واثارها القانونية

التحديات التي تواجه حل منازعات عقود التراخيص البترولية في العراق (التحكيم إنموذجاً)

أ.و. بتول صراوه عباوي
الجامعة المستنصرية - كلية القانون

م.م. سجاد خالد عبد الرحمن اللامي
كلية العمارة الجامعة - قسم القانون

الملخص:
يُعدّ التحكيم من الوسائل الفعّالة المسلم بجدواها في حل منازعات عقود التراخيص البترولية، فهو ضمانة أساسية للشركات النفطية في حماية استثماراتها، نظراً لما تتمتع به عقود التراخيص البترولية من أهمية من ناحية، وخصوصية من ناحية أخرى تتمثل بوجود الدولة المنتجة طرفاً في تلك العقود، والذي يدعو الى مشاركة الأخيرة في إجراءاته بشكل متكافئ مع الشركة؛ لأنّ ما يدفع الدولة الى إدراج شرط التحكيم في العقد غالباً هو ضخامة المصالح العليا المرتبطة بهذه العقود، وحاجتها الى رؤوس الاموال الأجنبية أو للتقنية المتطورة التي تملكها الشركة الأجنبية، وما يدفع الأخيرة لاشتراط التحكيم هو لضمانة حماية استثماراتها من سلطة الأولى.

Summary:
Arbitration is one of the effective means recognized for its feasibility in solving disputes of petroleum licensing contracts and resolving their disputes, and it is considered an essential guarantee for oil companies in protecting their investments, given its satisfaction, and its speed in issuing judgment to decide and adjudicate in the conflict and the consequent economy in expenditures and saving time Mostly, this is what distinguishes him from the ordinary judiciary, Likewise, it is characterized by confidentiality in the procedures, in addition to that, resorting to arbitration takes place between the parties, in view of the privileges enjoyed by the petroleum licensing contracts represented by the presence of the producing country as a party to those contracts, which calls for the latter to participate in its procedures in an equal manner with the company; Because what drives the state to include the arbitration

clause in the contract is often the magnitude of the higher interests associated with these contracts, and its need for foreign capital or advanced technology owned by the foreign company, and what drives the latter to require arbitration is to ensure the protection of its investments from the authority of the former.

● **الكلمات المفتاحية:** (التحكيم، العقود، التراخيص البترولية، منازعات، فاعلية).

أولاً: المقدمة: يُعدّ التحكيم من الوسائل الفعّالة المسلم بجدواها في حل منازعات عقود التراخيص البترولية وحسم منازعاتها، ويُعدُّ ضمانة أساسية للشركات النفطية في حماية استثماراتها، نظراً لرضائيته، وما يتمتع به من سرعة في اصدار الحكم للبت والفصل في النزاع وما يترتب على ذلك من الاقتصاد في النفقات وتوفير الوقت في الأغلب، وهذا ما يميزه عن القضاء العادي، كذلك ما يمتاز به من السرية في الإجراءات، زيادة على ذلك فإنَّ اللجوء الى التحكيم يتم بين الأطراف، نظراً لما تتمتع به عقود التراخيص البترولية من خصوصية تتمثل بوجود الدولة المنتجة طرفاً في تلك العقود[١]، والذي يدعو الى مشاركة الأخيرة في إجراءاته بشكل متكافئ مع الشركة؛ لأنّ ما يدفع الدولة الى إدراج شرط التحكيم في العقد غالباً هو ضخامة المصالح العليا المرتبطة بهذه العقود[٢]، وحاجتها الى رؤوس الاموال الأجنبية أو للتقنية المتطورة التي تملكها الشركة الأجنبية، وما يدفع الأخيرة لاشتراط التحكيم هو لضمانة حماية استثماراتها من سلطة الأولى.

ثانياً: أهمية البحث: تنبع أهمية الموضوع من كون التحكيم من أهم وأنجع الوسائل البديلة لحل منازعات العقود التجارية على وجه العموم، ومنازعات عقود التراخيص البترولية على وجه الخصوص، لأن نظام التحكيم يكفل للأطراف تنظيم عملية حل منازعتهم، دون اللجوء إلى قضاء الدولة، لأنه كأداة لتسوية المنازعات، يسند مهمة الفصل في النزاع إلى المحكمون، ويجري اختيارهم بواسطة أطراف النزاع، أو بواسطة جهة أخرى يتفق عليها الأطراف، انطلاقاً من تخصصهم الفني أو المالي الذي قد لا يتوافر لغيرهم، بما يجعلهم أقدر على فهم مسائل النزاع المعروض عليهم والفصل فيها.

ثالثاً: مشكلة البحث: تثار عدة تساؤلات حول الموضوع، فما المقصود بالتحكيم؟ وما أنواعه؟ ولأي نوع ينتمي التحكيم في عقود التراخيص البترولية؟ وما الأساس القانوني للتحكيم؟ وما الفرق بين شرط التحكيم ومشارطته؟ وما اجراءات التحكيم؟ وما مضمون حكم التحكيم؟ ما التحديات او العراقيل التي تواجه التحكيم في عقود البترول؟ وأخيراً ما مدى جدوى اللجوء الى التحكيم في حل منازعات عقود التراخيص البترولية؟

---

[١]. للتفصيل في المزايا التي يتمتع بها التحكيم وأهميته، ينظر: د.هشام خالد، جدوى اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٠ وما بعدها؛ و د.عمر مشهور حديثة الحجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين، الاردن، العددان التاسع والعاشر، أيلول وتشرين أول، الاردن، ٢٠٠٢، ص ٣٦ .

[٢]- د.احمد محمد عبد البديع شتاه، شرح قانون التحكيم، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٥٠

رابعاً: خطة البحث: سنتناول هذا الموضوع في منهجية دراسة قانونية مقارنة بين القانون العراقي والمصري والفرنسي، وكذلك المقارنة بين عقود النفط في كل من العراق ومصر والسعودية مع التركيز على عقود جولات التراخيص النفطية العراقية، من خلال تقسيم البحث الى مطلبين نخصص الأول للتعريف بالتحكيم، أما الثاني فسيكون حول إجراءات التحكيم. ثم نتبعهما بجملة من النتائج وعدد من التوصيات.

المطلب الأول: التعريف بشرط التحكيم في عقود التراخيص البترولية

للتحكيم خصوصية مميزة تبرز في النزاعات بين أطراف عقود التراخيص البترولية، لكون المتعاقدين في مثل هذه العقود في أغلب الحالات لا يريدون إنهاء العقد، بل يرون ضرورة التوافق مع الظروف المستجدة ليعيدوا النظر في العقد، سعياً منهم لمواجهة التغيّر الحاصل بالظروف، وضمان استمرار علاقتهم العقدية[١]. وإنّ الفكرة العامة التي يقوم عليها التحكيم في عقود التراخيص البترولية، هي عدم إخضاع منازعات أطرافها لمحاكم الدولة بناءً على الاتفاق المبرم بينهم[٢]. إذ يتمتع المحكم أو هيأة التحكيم باستقلال عن أي نظام قانوني وطني، حيث لا يفصل في النزاعات المطروحة أمامه باسم أية دولة، مما يبعث الثقة في أحكام التحكيم[٣]. وسنتناول هذا المطلب من خلال الأفرع الآتية:

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم: وسنبينه لغة واصطلاحاً، وكما يأتي:

أولاً: التحكيم في اللغة: ويعني التفويض في الحكم، يقال تحكم في الشيء أي جعله حكماً وفوض إليه الحكم فيه[4][٤]. وقد ورد لفظه في الكثير من الآيات القرآنية، ومنها في قوله تعالى ((فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم)).[5][٥]

ثانياً: التحكيم في الاصطلاح: عرّف التحكيم[٦] بأنّه ((نزول أطراف النزاع عن اللجوء الى القضاء وإلتزامهم بعرض النزاع على شخص أو أكثر يطلق عليهم المحكم أو

---

[١]- ينظر: د.ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الأنظمة القانونية الوطنية والدولية معززة بأحكام القضاء والتحيكم والشروط التعاقدية الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ٩١٢ وما بعدها.

[٢]- فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقاً لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٧.

[٣]- د.بن أحمد الحاج، العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، ٢٠١٤، ص ٩٨.

[٤]- مجد الدين محمدين يعقوب، القاموس المحيط، دار العلم للجميع، بيروت - لبنان، ٢٠٠٦، ص ٩٨ .

[٥]- سورة النساء الآية (٦٥) .

[٦]- أما المحكم فهو: ((كل شخص كامل الأهلية المدنية وغير محكوم عليه في جناية أو جنحة يقع اختيار أطراف النزاع عليه، يمكن أن يتم اختياره محكماً سواء أكان شخصاً عادياً أو مهنياً كالمحامي أو المهندس أو الطبيب أو المحاسب أو المقاول، ولكن يفضل في الشخص الذي يعين محكماً أن تتوافر فيه الخبرة والمعرفة اللازمة بصلب وموضوع النزاع المحال إليه للنظر فيه تحكيمياً، ويتمتع بثقة الخصوم ولم يقتصر أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً، بل من الممكن أن يعهد التحكيم إلى مركز تحكيمي أو هيأة تحكيمية)). ينظر: م.م.حاتم غائب سعيد، التحكيم كأداة لفض النزاعات التجارية الدولية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، الملجد ٤، العدد ١٤، ج٢، ٢٠١٥، ص ٤٠٩.

المحكمين، وكذلك حسم النزاع بإصدار قرار نهائي وملزم))[١]. وعرف أيضاً بأنّه: ((نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعينة على العهدة الى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجة الأمر المقضي))[٢]. أما شرط التحكيم: ((هو ذلك الشرط الذي يرد في بنود تنظيم علاقة قانونية معينة من قبل نشوء نزاع وتتفق بمقتضاه الأطراف على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم)).[٣]

الفرع الثاني: الفرق بين شرط التحكيم ومشارطته: تقدم الحديث أن شرط التحكيم هو ((الاتفاق الذي يتم النص عليه في العقد الأصلي، ويتفق الطرفان بموجبه على إحالة النزاعات التي قد تنشأ بينهم إلى التحيكم))[٤]. أما اتفاق أو مشارطة التحكيم فيقصد به: ((الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في نزاع بعد حدوثه))[٥]. ومن هنا يتضح أنَّ مشارطة التحكيم تُعدّ تصرفاً قانونياً مستقلاً على شكل اتفاق مكتوب، لاحقا على نشوب النزاع، في حين أنَّ شرط التحكيم يكون من ضمن بنود العقد الأصلي.

ولم يفرّق قانون المرافعات العراقي النافذ بين شرط التحكيم ومشارطته، إذ ورد فيه لفظ التحكيم مطلقا[٦]، أما محكمة التمييز العراقية فقد أشارت الى أشكال التحكيم في قرارها المرقم (٣٦٣/مدنية أولى/٧٤) الصادر في ١٩٧٥/٢/٥، حيث جاء فيه أنَّ: ((التحكيم في القانون نوع وأحد حسب المادة ٢٥١ مرافعات، وأنَّ الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتا بالكتابة حسب المادة ٢٥٢ المعدلة في قانون المرافعات، ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق قد تم وقت التعاقد، أو تم باتفاق مكتوب مستقل، أو تم بالاتفاق عليه أثناء المرافعة))[٧]. ويتضح من الحكم المذكور أن محكمة التمييز أجازت الاتفاق على التحكيم وقت التعاقد أي بوصفه شرطا يرد ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم، وكذلك أجازت أن يكون الاتفاق على التحكيم عن طريق عقد

---

[١]- علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، تقديم: القاضي د.غسان رباح، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٢، ص ٢٤.

[٢]- د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص٤٤.

[٣]- د.سامية رشاد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص٧٥؛ وقريب من هذا المعنى ينظر: د.احمد عبد الحميد عشوش وعمر أبو بكر باخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة الشباب، الجامعة الانكليزية، ١٩٩٠، ص١٨

[٤]- بفي علي، شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٢٣.

[٥]- عبد المنعم نايف عبوش الجبوري، التحكيم التجاري الدولي بين الواقع والطموح في التشريعات العراقية، بحث منشور على موقع المركز العراقي للتحكيم الدولي على شبكة المعلومات العالمية (الأنترنت)، على الرابط الآتي:
- icacn.org.

[٦]- ينظر نص المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي.

[٧]- أشار إليه: مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الأعلام والقانون في وزارة العدل، العدد١، سنة ٢٠٠٦، ص١٧٥.

مستقل وهو ما يطلق عليه مشارطة التحكيم[١]. وكذلك الحال بالنسبة لقانون التحكيم المصري، إذ لم يفرّق هو الآخر بين شرط التحكيم ومشارطته، حيث عبّر بقوله (اتفاق التحكيم)[٢]. أما المشرع الفرنسي، فقد أشار في قانون المرافعات الى شرط التحكيم في نص المادة (١٤٤٢) وعرّفه بأنَّه: ((الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد الى التحكيم))، وأشار الى مشارطة التحكيم في نص المادة (١٤٤٧) من القانون ذاته، وعرّفه بأنَّه: ((عقد يحيل بموجبه أطراف نزاع ناشئ، هذا النزاع الى تحكيم شخص أو أشخاص عدة)).

والاتفاقيات الدولية هي الأخرى لم تفرق بين شرط التحكيم ومشارطته، وإنَّما أشارت إليه تحت مصطلح اتفاق التحكيم[٣]. ونود الإشارة أخيراً إلى أن نظام التحكيم في أغلب عقود التراخيص البترولية يأخذ شكل شرطٍ واردٍ ضمن بنود العقد وليس اتفاقاً مستقلاً.

الفرع الثالث: إستقلالية شرط التحكيم: يطرح تساؤل مفاده، هل يعد شرط التحكيم مستقلاً عن العقد أم جزءاً منه؟ وما حكمه إذا انتهى العقد أو كان باطلاً؟

لا شك في أن شرط التحكيم يتمتع باستقلال قانوني تام في مواجهة العقد الذي ينعقد التحكيم بشأنه، فلا يؤثر فيه بطلان العقد الأصلي أو عدم مشروعيته أو عدم صحته أو فسخه أو انقضائه، وسواء أورد هذا الشرط في صلب العقد أم في ورقة مستقلة عنه، أي أنّ شرط التحكيم إذا كان صحيحاً في ذاته، فإنَّه يبقى قائماً، ويمكن إعماله.[٤]

على مستوى التشريعات المقارنة، فلم يشر المشرع العراقي في قانون المرافعات النافذ الى استقلال شرط التحكيم عن العقد، ولكن يمكن أن نجد له أساساً في القواعد العامة؛ إذ نصّت المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي على أنَّه: ((إذا كان العقد في شق منه باطلاً، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي فيظل صحيحا باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)). أي أنَّه إذا كان العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم باطلاً، فإنَّ الشرط الخاص بالتحكيم يبقى صحيحاً في حالة توافر شروطه[٥]. أما مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي، فقد نص صراحة على استقلال شرط التحكيم، إذ نصّت المادة (٨/٤) منه على أنَّه: ((يُعدُّ شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على انقضاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم حتى إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته ما لم يتفق الطرفان على ذلك)).

---

[١]- ريام علي عباس، مصدر سابق، ص ١٠٦

[٢]- ينظر في ذلك نص المادة (١٠) من قانون التحكيم المصري.

[٣]- ينظر بهذا الصدد: ما نصّت عليه المادة (٢) من اتفاقية نيويورك بشأن أحكام التحكيم لسنة ١٩٥٨، كذلك الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١، وكذلك نص المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة ١٩٦٥.

[٤]- د.أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة، عمان – الاردن، ٢٠١١، ص ٣٣.

[٥]- ريام علي عباس، مصدر سابق، ص ١١١.

ويُعدُّ شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الاصلي وفقاً لنص المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري، إذ تنص على أنَّه: ((يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا إنَّ هذا الشرط صحيحاً في ذاته)). ولم يشر قانون المرافعات الفرنسي الى استقلال شرط التحكيم عن العقد، إلا أنَّ القضاء الفرنسي أقرَّ هذا المبدأ في الحكم الذي أصدره في قضية (Gosset) الصادر في ٧ أيار لسنة ١٩٦٣ بأنَّه: ((في مجال التحكيم الدولي فإنَّ اتفاق التحكيم سواء أكان مبرماً على نحو منفصل، أو كان مدرجاً في التصرف القانوني المتعلق به، فإنَّه يتمتع باستقلال قانوني كامل، بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية))[١]. كما أشارت له المحكمة ذاتها في حكمها الصادر في قضية (Droga) في ١٤ تشرين الثاني لسنة ١٩٨٣ ، إذ جاء فيه بأنَّه: ((في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل تجاه العقد))[٢]، وقد تبنّى نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (icc) هذا المبدأ. ومن أحكام التحكيم الصادرة في منازعات عقود التراخيص البترولية التي أشارت الى هذا المبدأ، الحكم الذي أصدره المحكم (Dupuy) في قضية تكساسو (Texaco) ضد ليبيا سنة ١٩٧٥، وكذلك التحكيم في قضية ليامكو (Liamco) ضد الحكومة الليبية، فقد أشار المحكم العربي (صبحي المحمصاني) في الحكم الذي أصدره في ١٢ نيسان لسنة ١٩٧٧، على أنَّه: ((شرط التحكيم يظل باقياً بعد فسخ الدولة العقد الذي يتضمنه، وإنَّ هذا الشرط يظل نافذ المفعول من بعد هذا الفسخ)).[٣]

الفرع الرابع: أنواع التحكيم: تتعدد أنواع التحكيم بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها، فهو من حيث النظام القانوني الذي ينتمي له، يختلف عنه من حيث الجهة التي تتولاه[٤]، وهو ما سنوضحه في الآتي:

أولاً: من حيث النظام القانوني الذي ينتمي له: وينقسم على نوعين، وهما:

١- التحكيم الدولي: وينقسم إلى فرعين، أولهما؛ التحكيم الدولي العام ((وهو الذي يفصل في المنازعات التي تثور بين الدول ذات السيادة ويخضع لقواعد القانون الدولي العام))[٥]. وثانيهما؛ التحكيم الدولي الخاص: ويسمى أيضاً بالتحكيم الأجنبي، وهو ((التحكيم الذي يهدف الى حل المنازعات التجارية والاقتصادية ذات الطابع الدولي، أي

---

[١]- ريام علي عباس، مصدر سابق، ص ١١٢.

[٢]- د. د.سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٤، ص ٢٠٣.

[٣]- المصدر نفسه، ص٢١٣

[٤]- للتفصيل ينظر: د.كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٥، ص ٥٨.

[٥]- د.عصام فرج الله محسن ابراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

التي تشتمل على عنصر أجنبي، ويخضع لقواعد التنازع بين القوانين، وتكون إرادة الأطراف قاعدة أساسية بهذا الشأن)).[١]

٢- التحكيم الداخلي: ويسمى بالوطني، وهو ((ذلك التحكيم الذي يكون بين أطراف وطنية لا تشمل العنصر الأجنبي، بمعنى يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، أو أن يكون الحكم الصادر فيه وفقاً لإجراءات وتشريع وطني)).[٢]

ثانياً: من حيث الجهة التي تتولى تسييره: وينقسم على قسمين، هما:

١- التحكيم المؤسسي: وهو ((ذلك التحكيم الذي يجري بحسب إرادة الأطراف بمعرفة هيأة دائمة للتحكيم، وتتولى هذه المراكز تهيأة التحكيم "أحدى مؤسسات التحكيم الدائمة" لأطراف النزاع وتسييره، وذلك بادارة العملية التحكيمية من بدايتها حتى نهايتها بمساعدة الخصوم على اختيار محكميهم بفضل القوائم التي تعدها تلك المراكز، واعداد المكان الذي تجتمع فيه هيأة التحكيم)).[٣]

٢- التحكيم الحر: وهو ((التحكيم الذي يتولى الأطراف صياغته، بمناسبة إبرام عقد استثمار، خارج إطار أية مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم، فيقومون بتشكيل هيئة التحكيم، وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم، أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض كما هو الأمر في شأن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري)) .[٤]

ونريد أن نصل من خلال التقسيم المتقدم إلى السؤال الآتي؛ ما هو نوع التحكيم في عقود التراخيص البترولية من حيث النظام القانوني الذي ينتمي له؟ فهل يُعدُّ من قبيل التحكيم الدولي العام؟ أم يدخل دخل في عداد التحكيم الداخلي؟ أم أنه يعد من التحكيم ذي النطاق الدولي الخاص؟

والواضح أنه من غير الممكن عدّ التحكيم في عقود التراخيص البترولية من قبيل التحكيم الدولي العام، حتى لو كان أحد طرفيه الدولة المنتجة، فمجرد كون الأخيرة أو أحد أجهزتها طرفاً في علاقة عقدية مع الشركات النفطية لا يرفع التحكيم المتفق عليه بين الطرفين الى مصافِ التحكيم الدولي العام[٥]. كما لا يمكن عدّ التحكيم في عقود التراخيص البترولية تحكيماً داخلياً أو وطنياً؛ لأنّ الطرف الآخر فيه تكون غالباً الشركات المستثمرة الأجنبية. ولكن متى ما تم إبرام هذه العقود بين الدولة المنتجة

---

[١]- ينظر: د.عصام فرج الله محسن ابراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩١.

[٢]- د.عصام فرج الله محسن ابراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

[٣]- د.رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، بحث منشور في مجلة الباحث، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، العدد الثامن، السنة الثامنة،٢٠١٠، ص ٩٣.

[٤]- حمداني محمد، التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٣٦ وما بعدها.

[٥]- د.أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط (الإتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الإقتصادية – دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص٤٧٢.

وإحدى الشركات النفطية الوطنية، آنذاك يمكن عدّه تحكيماً داخلياً، ومن ثم تخضع لإحكام القانون الداخلي للدولة.[١]

وأخيراً هل يعد تحكيماً دولياً يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص؟ وللإجابة على ذلك لا بد أن نبين أولاً معيار دولية العقد، وقد طرح لذلك معيارين، أولهما المعيار القانوني؛ وطبقاً له يعد العقد دولياً إذا ما اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، أي باتصال عناصره بأكثر من دولة، أي يكون أحد أطرافه على الأقل أجنبياً أو مستوطناً في الخارج، أو باختلاف وجود مراكز أعمال الأطراف وما إلى ذلك[٢]. وثانيهما المعيار الاقتصادي؛ حيث يُعدُّ العقد –طبقاً له- ذا طابع دولي إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية، وانتقال الأموال عبر الحدود لأكثر من دولة.[٣]

وعلى هذا الأساس، فإنَّ عقود التراخيص البترولية تعد طبقاً للمعيارين المتقدمين من العقود ذات الطابع الدولي، لكونها تتضمن عنصراً أجنبياً - إعمالاً للمعيار القانوني - متمثلاً في اختلاف جنسية الشركات المستثمرة المتعاقدة مع الدولة المنتجة هذا من جهة، ولأنّها تتعلق بمصالح التجارة الدولية - أعمالا للمعيار الاقتصادي - حيث يترتب عليها انتقال الأموال عبر الحدود لأكثر من دولة من جهة أخرى. ويترتب على ذلك، أن التحكيم المتفق عليه لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود، يعتبر تحكيماً تجارياً دولياً يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص، موضوعه تسوية المنازعات التجارية ذات الطبيعة الدولية[٤]، أو الناشئة عن علاقة تتعلق بمصالح التجارة الدولية، ومن ثم يكون خاضعاً لقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالتحكيم سواء القواعد الموضوعية أو قواعد تنازع القوانين.[٥]

أما نوع التحكيم في عقود التراخيص البترولية من حيث الجهة التي تتولى تسييره، بالنظر إلى تلك العقود نجد أنَّ الكثير أو الأغلب منها يتبنى أسلوب التحكيم المؤسسي، حيث يتفق الأطراف على أن يتم التحكيم وفق إجراءات أحد مراكز التحكيم الدائمة أو مؤسساتها[٦]. ويتبنى عدداً منها التحكيم الحر.

الفرع الخامس: الأساس القانوني لشرط التحكيم: يجد شرط التحكيم أساسه في اتفاقيات ومواثيق التجارة الدولية وقرارات المنظمات الدولية، ولوائح وأنظمة هيئات التحكيم

---

[١]- د.إبراهيم احمد إبراهيم، مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص٥٤٧.

[٢]- للتفصيل في ذلك، ينظر: د.محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، ٢٠١٣، ص ٢٥ وما بعدها.

[٣]- للتفصيل ينظر: د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٧١ و ص ١٠٥.

[٤]- د.طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط٧، دار الثقافة، عمان – الاردن، ٢٠١٠، ص ٢٢٧.

[٥]- ريام عباس علي، القانون الواجب التطبيق في عقود التراخيص النفطية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥، ص ١٠٩.

[٦]- ينظر: د.عصام فرج الله محسن ابراهيم، الطبيعة القانونية للعقود الدولية للبترول، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٢٩٢.

العالمية الدائمة، وفي التشريعات الوطنية[١]، وفي اتفاقات أطراف عقود التراخيص البترولية.

فعلى مستوى الاتفاقيات الدولية؛ فقد أجازت التحكيم اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ الصادرة عن عصبة الأمم المتحدة، وتبنته اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الصادرة عن الامم المتحدة في المادة (٢)، ونصّت عليه المادة الأولى من الإتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١، ونصّت عليه المادة (٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥[٢]، وتقضي به غرفة التجارة الدولية (ICC).[٣]

وعلى مستوى التشريعات المقارنة، فنجد أنَّ المشرع العراقي، نظّم التحكيم في قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل في (٢٦) مادة[٤]، وأجاز اتفاق الأطراف عليه في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ أية عقد، ومن ذلك عقود التراخيص البترولية. واعتمده قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل كوسيلة لحلّ النزاعات، إذ جاء في البند الرابع من المادة (٢٧) منه على أنه: ((يجوز لأطراف النزاع الالتجاء الى التحكيم وفقا للقانون العراقي)). كما أشار له مشروع قانون النفط والغاز العراقي لسنة ٢٠٠٧ في البند (ب) من المادة (٣٩) كوسيلة لحلّ النزاعات الناشئة عن عقود التراخيص البترولية بين الدولة العراقية والشركات المستثمرة. ونود الإشارة أخيراً الى أنَّ المشرع العراقي بصدد تشريع قانون للتحكيم التجاري الذي طرحت مسودته عام ٢٠١١ ولا زال لم يرَ النور لغاية الآن.[٥]

وتبناه المشرع المصري في قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤[٦]، وأجاز قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ اللجوء إليه بوصفه وسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بأحكامه، إذ تنص المادة (٩٠) منه على أنه: ((تجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ احكام هذا القانون بالطريقة التي يتفق عليها المستثمر أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤)). أما المشرع الفرنسي، فقد تبناه في قانون التحكيم رقم (٤٢) لسنة ١٩٩٣، وكذلك نصّت عليه المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات الفرنسي لسنة ١٩٧٥.

---

[١]- د.ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤٠.

[٢]- ينظر في ذلك القانون منشور على الموقع الإلكتروني الآتي :
- www.uncitral.orj.

[٣]- للتفصيل ينظر: علاء آباريان، مصدر سابق، ص ٢٥ وما بعدها؛ والمحامي محمد نعيم علوه، مصدر سابق، ص ٢٤.

[٤]- تنظر لمادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي وما بعدها.

[٥]- نص المشروع متوفر على صفحة المركز العراقي للتحكيم الدولي على الأنترنت على الرابط الآتي:
- icacn.org/index.

[٦]- وقد ألغيت بموجبه المواد من (٥٠١ – ٥١٣) بخصوص التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦.

كما يجد شرط التحكيم أساساً له في عقود التراخيص البترولية أيضاً، إذ يدل إستقراء نصوصها في العديد من الدول لا سيما العربية، على اتجاه هام، يكاد أن يكون ظاهرة مشتركة، يتمثل هذا الاتجاه بالأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الدول المنتجة مع شركات النفط المستثمرة[١]. ومثال ذلك ما نصّت عليه المادة (٣١) من العقد المبرم بين الحكومة السعودية و (شركة ستاندرد أويل كاليفورنيا) بأنَّه: ((إذا نشأ شك أو إشكال أو خلاف بين الحكومة والشركة في تفسير هذه الاتفاقية أو تنفيذها أو تفسير شيء منها أو تنفيذه...تحال القضية إلى حكمين اثنين...))[٢]، ونصّت عليه كذلك المادة (٤٥) من العقد المبرم بين الحكومة السعودية و (شركة باسفيك وسترن أويل كوربوريشن الامريكية) عام ١٩٤٩، على أنَّه: ((إذا ما نشأت أية مسألة بصدد هذه الاتفاقية لا يستطيع الطرفان المذكوران الاتفاق بشأنها...ومعيناً أحد الحكمين الذين يرفع لهما هذا الخلاف...))[٣]، وكذلك نصّت عليه المادة (٤٠) من العقد المبرم بين الحكومة العراقية و (شركة النفط التركية) عام ١٩٢٥، بقولها: ((إذا حصل في وقت ما خلال مدة هذه الاتفاقية أو بعد انقضاء هذه المدة شك أو خلاف أو نزاع...فيجب إحالته – في حالة عدم الاتفاق على حسمه بطريقة أخرى - إلى حكمين اثنين...)) ، وعلى المضمون نفسه نصّت المادة (٤١) من العقد المبرم بين الحكومة العراقية و (شركة نفط البصرة) عام ١٩٣٨[٤]، وكذلك نصّت عليه المادة (١٠) من العقد المبرم بين (شركة النفط الوطنية العراقية) و (مؤسسة ماشينو أكسبورت السوفيتية) سنة ١٩٦٩ على أنّه ((...فإنَّ الخلاف سيحال إلى التحكيم...))، وما يقرب من هذه الصياغة ما نصّت عليه المادة (١/٤٥) من العقد المبرم بين الحكومة العراقية و (شركة سنام بروجيتي الايطالية)[٥]، وكذلك ما نص عليه البند (٣٩) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية و (شركة أبار الزيوت الانجليزية – المصرية) عام ١٩٣٨ على أنَّه: ((...كان للحكومة الحق في إحالة الأمر الى التحكيم...وكان للمستأجر الحق عند الاقتضاء في إحالة الموضوع الى التحكيم...))، وعلى المضمون نفسه نص البند (٣٨) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية و (شركة الانجلو أجبشيان أويل فيلدز ليمتد).[٦]

وأخيراً نصّت عليه عقود جولات التراخيص العراقية في الفقرة (٤) من المادة (٣٧) على أنَّه: ((كل النزاعات الناشئة فيما يخص هذا العقد، غير تلك النزاعات المشار إليها أخيراً والتي تحال أمَّا إلى الإدارات العليا أو الى الخبير، سَتُحَلُّ بموجب قوانين التحكيم لغرفة التجارة الدولية بحكم واحد أو أكثر من الحكّام المعينين بموجب القواعد

---

[١]- رياض محمود جنداري، الإدارة المشتركة للآبار النفطية وتسوية المنازعات الدولية الخاصة بها، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٣، ص ١٨٧ وما بعدها.

[٢]- ينظر: د.محمد لبيب شقير ود.صاحب ذهب، اتفاقيات وعقود البترول في البلاد العربية، ط٢، ج١، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٣٧.

[٣]- المصدر نفسه، ص ١٢٢

[٤]- المصدر نفسه، ص ٢٥٠

[٥]- المصدر نفسه، ص٣٣٧

[٦]- د.محمد لبيب شقير ود.صاحب ذهب، مصدر سابق، ص ٤٣٢.

المَذْكورة)). كما نصت عليه عقود إقليم كردستان العراق. أما على مستوى الأحكام القضائية، فقد أخذ التحكيم حيزاً واسعاً منها، وكذلك في قرارات هيئآت التحكيم التجاري الدولي.

الفرع السادس: المعرقلات التي تواجه التحكيم في عقود التراخيص البترولية: يصادف التحكيم العديد من المشكلات او المعرقلات الناشئة عن محاولة اي طرف من الاطراف في اثارة العقبات اذا رأى أن التحكيم في غير مصلحته، سواء أكانت الدولة طرف فيه أم لا، سعياً من ذلك الطرف إلى إعاقة عملية التحكيم وعدم تمكين هيئة التحكيم من إصدارها حكمها[١]. ان العراقيل التي تواجه التحكيم بعضها تعود الى الدولة التي تكون طرفاً فيها وبعضها الاخر تعود لأسباب أخرى، إذ على الرغم من أن الدولة تلجئ إلى عملية التحكيم بإرادتها عند قيام حالة النزاع بينها وبين الطرف الآخر (كالشركة المستثمرة المتعاقد معها) وإحالته للتحكيم للبت فيه، إلا أنها تسعى إلى عرقلة سير إجراءات التحكيم والحيلولة دون إتمام الهيئة التحكيمية لواجباتها وإجراءاتها لغاية إصدار القرار التحكيمي في القضية موضوع النزاع، ويتم ذلك من خلال إثارة الكثير من المشاكل التي تهدف إلى منع آثار شرط التحكيم من ان تكون منتجة، ومن المسائل التي تثيرها الدولة بهذا الشأن؛ تمسكها بمسألة حصانتها القضائية التي تتمتع بها وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، حيث تحاول الدولة إعمال الحصانة القضائية أمام قضاء التحكيم بهدف عدم خضوعها له هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد تسعى الدولة إلى التمسك الدولة بعدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، بحجة أن عقود التراخيص البترولية تعد من الأعمال الصادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية، ومن ثم عدم إخضاعه للتحكيم. ويلاحظ "أن هذا المبدأ أخذ يضيق نتيجة لإتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تخرج عن إطار نشاطها التقليدي ليحل محله مبدأ الحصانة النسبية للدولة" وال ي بمقتضاه تخرج بعض التصرفات والأعمال التي تمارسها الدولة عن نطاق الحصانة وتخضع فيها لولاية القضاء الوطني للدولة الأخرى[٢].

أما المعرقلات الأخرى التي تواجه التحكيم فتتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث تظهر سيطرة إرادة المتعاقدين بوضوح عند تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على موضوع النزاع، إذ يستمد المحكم سلطته من إتفاق الاطراف على شرط التحكيم أو مشارطته، فيعمد إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال إرادة الأطراف، وعند تخلفها يتولى المحكم بنفسه تحديد هذا القانون. وعلى هذا فإن القانون المختار للتطبيق على النزاع تحكمه مصالح الاطراف، فالدولة ترى أن قانونها الوطني هو الأنسب ليطبق على النزاع فمن مصلحة الدول المنتجة أن تخضع عقودها

---

[١]- في تفصيل ذلك ينظر: كنده جمال عبد الساتر، التحكيم في عقود البترول (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والإقتصادية - الجامعة اللبنانية، ٢٠١٧، ص ١٠٩ وما بعدها.

[٢]- محمود محمود المغربي، الإستوبل - l'estoppel ، في قانون التحكيم، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، .0212 ص34

لقانونها الوطني، ولكن هذا قد لا ترتضيه الشركات الاجنبية ولا ينسجم مع إرادتها لذلك تختار تلك الشركات القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون لتحكم النزاع تحاشياً منها لتطبيق القانون الوطني. كما سيأتي بيانه بشكل مفصل في هذه الدراسة([١]).

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم في عقود التراخيص البترولية

إنَّ مهمة البت في النزاعات التي تنشأ بين أطراف عقود التراخيص البترولية بسبب إخلال أحد المتعاقدين أو كلاهما في تنفيذ بنود العقد، وما يترتب على ذلك من نتائج، هي مهمة فنية بالدرجة الأساس، حيث قد يتعلق النزاع بتنفيذ غير مطابق للمواصفات المتفق عليها بين الأطراف، بسبب إهمال او تقصير أحد المتعاقدين، أو بسبب الظروف التي صاحبت التنفيذ أو إرهاق لحق أحد أطراف العقد، أو في ظل وجود قوة قاهرة التي حالت دون التنفيذ الأمثل المتفق عليه في العقد، وقد يتعلق النزاع بتحديد درجة الخطر أو مقدار الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر، وما إذا كان مسوغا كافياً لإيقاف العقد مؤقتاً، أو التدخل لرد الإرهاق الى الحد المعقول، أو أنَّه قد وصل إلى درجة يتعين معها إنهاؤه، وأخيراً قد يدور النزاع حول إقرار مبدأ التعويض، إن كان له محل طبقا لشروط العقد ومداه أو غيرها من الأسباب الأخرى[٢]. والحديث عن الإجراءات التحكيمية في عقود التراخيص البترولية سنتناوله وفقاً للأفرع الآتية:

الفرع الأول: بدء التحكيم ولغته: تبدأ عملية التحكيم من خلال طلب كتابي يوجهه أحد أطراف عقود التراخيص البترولية للطرف الآخر، يحدد فيه موضوع النزاع الذى يرغب عرضه على التحكيم، ويدعوه إلى تسمية محكم له، ويقوم كل طرف بتسمية مرشح له خلال فترة محددة[٣]. ومثال ذلك، حددت المادة (٣١) من العقد المبرم بين السعودية و (شركة ستاندرد أويل) عملية بدأ التحكيم بقولها ((...ويعين كل فريق حكمه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب الفريق الاخر ذلك خطياً منه...)). وكذلك فعلت المادة (٤٠) من العقد المبرم بين العراق و (شركة النفط التركية) بقولها ((...وعلى كل من الفريقين أن يعين حكمه في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ طلب الفريق الآخر اليه وتقديمه طلباً تحريرياً للقيام بذلك...)).

أما من ناحية لغة التحكيم، فللأطراف حرية الاتفاق عليها، وجزاء عدم الاتفاق تحدد هيأة التحكيم لغة أو لغات أخرى، وغالباً ما تكون أجنبية. ومثال ذلك فقد حددت الفقرة (٦) من المادة (٣٧) من عقود جولات التراخيص العراقية اللغة بقولها: ((لغة التحكيم هي اللغة الانكليزية، ويتم إصدار قرار التحكيم بالانكليزية...)).

---

[١]- ينظر في ذلك الفرع الرابع من المطلب الثاني من هذه الدراسة.

[٢]- م.ايناس هاشم رشيد و م.وعود كاتب الأنباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون – جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الأول، ٢٠١٥، ص ٢٧٩.

[٣]- د.سامي محمد عبد العال، دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق - جامعة طنطا، للفترة من ٢٩ -٢٠١٥/٤/٣٠، ص ١٨.

الفرع الثاني: تشكيل هيأة التحكيم: من المبادئ العامة المتفق عليها في التحكيم، حرية أطراف النزاع في تعيين هيأة التحكيم، سواء مباشرة وذلك باختيار أسمائهم من الأطراف، أو بطريقة غير مباشرة بإحالة الأمر إلى جهة ثالثة تتولى جهة التحكيم، مثل الإتفاق على أحد مراكز التحكيم[١]. وعادة ما تشكل هذه الهيأة من ثلاثة محكمين، يقوم كل طرف بتعيين محكمه، ويقوم المحكمان بتعيين المحكم الثالث، ويُعدُّ المحكم الثالث رئيس هيأة التحكيم والمرجع الذي يتوقف على رأيه الحكم النهائي[٢]. وإذا لم يتفقا على تعيين المحكم الثالث، فليس هناك أسلوب محدد لاختياره، فقد تكون الجهة المخولة لتعيينه جهة وطنية تابعة للدولة المنتجة، وهي أما أن تكون قضائية مثال ذلك عقد (جيتي) في الجزائر حيث يعين من قبل رئيس المحكمة العليا في الجزائر، وعقد (تكساسو) في اليونان لسنة ١٩٦٨ حيث يتم تعيينه من قبل محكمة استئناف أثينا، أو تكون جهة سياسية مثال ذلك عقد (هكس لشركة النفط اليابانية) في تونس لسنة ١٩٦٢ إذ يتم تعيينه من سكرتير الدولة في الرئاسة[٣]. وقد فصلت ذلك المادة (٣١) من العقد المبرم بين السعودية و (شركة ستاندرد أويل) على أنَّه: ((...تحال القضية الى حكمين يختار كل فريق وأحداً منهما وعلى وازع - وهو الحكم الثالث – يختاره الحكمان... وإذا عجز الحكمان عن الاتفاق على تعيين الوازع على الحكومة والشركة حينئذ أن يعينا بالاتفاق وازعاً، وإذا عجزتا عن الاتفاق بينهما عليهما أن يطلبا الى رئيس محكمة العدل الدولية الدائمة أن يعيّن وازعاً...)). وهو ما فعلته المادة (٤٠) من العقد المبرم بين العراق و (شركة النفط التركية) على أنَّه: ((..الى حكمين اثنين ينتخب كل من الفريقين واحداً منهما ورئيس ينتخبه هذان الحكمان...وفي حالة عدم الاتفاق بين الحكمين على الرئيس فيعين الرئيس بالاتفاق بين الحكومة والشركة...)).

في حين نجد في بعض عقود التراخيص البترولية تعهد بتعيين رئيس التحكيم الى محكمة دولة أجنبية، وهذا ما تضمنته تتمة المادة السالفة الذكر حيث جاء فيها ((...وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك بين الحكومة والشركة، فعليهما أن يلتمسا من رئيس محكمة العدل الدولي الدائمي تعيين رئيس...))، وكذلك أخذ به العقد المبرم بين العراق و(شركة إيراب الفرنسية) إذ نصّت الفقرة (٣) من المادة (٣٥) منه على أنَّه: ((...وإذا فشل المحكمان في أثناء ٣٠ يوماً في التوصل الى اتفاق بشأن شخص المحكم الثالث يتم تعيين الأخير بناء على طلب من الطرفين من رئيس المحكمة الفيدرالية في لوزان بسويسرا أو عند غيابه من أعلى حكم رتبــة في المحكمة المذكــورة)). وهذا ما أخذت به أيضاً عقود جولات التراخيص العراقية في المادة (٣٧) بأنَّه: ((...سَتُحْلُّ بموجب قوانين التحكيم لغرفة التجارة الدولية، بحكم واحد أو أكثر من الحكّام المعينين بموجب القواعد المَذْكورة)). وأخذ به العقد المبرم بين مصر و (شركة بان أمريكان) لسنة ١٩٦٤ في

---

[١]- د.كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية، ص ٣٢٠ وما بعدها.

[٢]- للتفصيل ينظر: طلال ياسين العيسى، التحكيم الدولي في المنازعات النفطية الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٨٨، ص٦٤ وما بعدها.

[٣]- ريام علي عباس، مصدر سابق، ص ١١٤.

المادة (٤٢) منه: ((على المحكمين الاثنين أن يختارا محكماً ثالثاً في أثناء ٣٠ يوماً فإذا اخفقا في ذلك كان لمحكمة التحكيم التابعة الى غرفة التجارة الدولية بناء على طلب أي من الطرفين تعيين المحكم الثالث)).[١]

الفرع الثالث: مكان التحكيم ومدته: وتختلف عقود التراخيص البترولية في تحديده، فمنها ما تحدده في إقليم الدولة المنتجة، ومنها ما تحدده في إقليم دولة أجنبية، ومنها من يترك ذلك للأطراف، أو للمحكمين أنفسهم، ومنها ما يترك تحديده للمحكم الثالث. ومثال ذلك ما جاء في المادة (٤٠) من العقد المبرم بين العراق و (شركة النفط التركية) التي تنص على أنَّه ((...أما مكان التحكيم فحسبما يتفق عليه الفريقان، وفي حالة عدم اتفاقهما على محل ففي بغداد)). وقد نصّت الفقرة (٥) من المادة (٣٧) من عقود جولات الترخيص العراقية على ((مكان التحكيم سَيَكُونُ باريس_فرنسا، مالم تتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك)). ونصّت المادة (٤٥) من العقد المبرم بين السعودية و (الشركة الامريكية) على أنَّه ((...وتعقد جلسات سماع الدعوى...في الأوقات والأمكنة التي يتفق عليها الحكمان وفي حالة عدم اتفاقهما يكون ذلك وفقاً لما يقرره الحكم المرجح...)). كما أن المادة (٣١) من العقد المبرم بين السعودية و (شركة ستاندرد أويل) حددته بقولها ((...أما مكان التحكيم فيتفق عليه الفريقان، وإذا عجزا عن الاتفاق على ذلك فيكون في لاهاي_هولنده)). وحددته الفقرة (٢) من المادة (٤٨) من العقد المبرم بين مصر و (المؤسسة العامة للبترول) و (شركة فيلبس) بقولها: ((...وتعقد جلسات التحكيم في ستوكهلم بالسويد)).

أما مدة التحكيم فقد تباينت عقود التراخيص البترولية في تحديدها، فبعضها لا تتطلب أن يصدر قرار التحكيم خلال مدة معينة، في حين بعضها الآخر يتطلب صدور القرار خلال مدة محددة ابتداءً من تاريخ استكمال هيأة التحكيم، وهذا ما نص عليه العقد المبرم بين العراق و (شركة ايراب) لسنة ١٩٦٨، إذ حددت المادة (٣٤) منه، المدة التي يجب أن يصدر خلالها قرار التحكيم ب ٩٠ يوماً. في حين نجد أنَّ بعض من عقود التراخيص البترولية لم تحدد المدة التي يجب أن يصدر خلالها قرار التحكيم، لكنها نصّت على صيغة تحث المحكم على سرعة حسم النزاع أو المدة المناسبة لذلك، مثال ذلك ما نص عليه الفقرة (٨) من المادة (٣٧) من عقود جولات الترخيص العراقية على أنَّه: ((يقتضي المباشرة بأي تحكيم وفق هذا العقد خلال مدة سنتين من التاريخ الذي يخطر فيه أحد الطرفين الآخر بالنزاع، وفي أي حال من الأحوال خلال ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء هذا العقد أو إنهائه)).

الفرع الرابع: القانون الواجب التطبيق على التحكيم وإجراءاته: تُعدّ إجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري الذي يقوم عليه نظامه، وإنَّ اتباع هذه الإجراءات بشكل صحيح من شأنه الوصول الى حكم تحكيم صالح للتنفيذ، ومرضٍ للأطراف، ومن هنا تنبع أهمية

---

[١]- د.محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الاقطار العربية (دراسة مقارنة في العقود الاقتصادية الدولية)، مطبعة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص٤١٤ وما بعدها.

تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم ابتداءً من تاريخ إعلان أحد أطراف عقود التراخيص البترولية رغبته في تسوية النزاع عن طريق التحكيم، ولغاية صدور القرار بشكله النهائي[١]. ومن تتبع تلك العقود نجد أنَّها اختلفت في ذلك، فبعضها نظّمت هذه الإجراءات مباشرة عن طريق اعتمادها على إجراءات قضائية محلية، كما هو الحال عليه في العقد المبرم بين مصر و (شركة فليبس) لسنة ١٩٦٣، إذ نصّت القرة (١) من المادة (٤٥) منه على أنَّه: ((يحال الى التحكيم على وفق الإجراءات المدنية للجمهورية العربية المتحدة أي نزاع بين الحكومة والأطراف...)).

وبعضها الآخر اتبع إجراءات دولية ويتم تدويلها بعدة أساليب، فهي أما أن تحيل الاتفاق الى قواعد الإجراءات المنصوص عليها في المواد (٣٢ -٦٩) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، ومثاله عقود التراخيص البترولية الليبية استناداً الى قانون (٢٥) لسنة ١٩٥٥ الذي أحال الى تطبيق القواعد الإجرائية الواردة في المواد (٣٩ -٦٤) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. أو تحيل الموضوع إلى قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، وهذا ما تبنته الفقرة (٤) من المادة (٣٧) من عقود جولات التراخيص العراقية، التي نصّت على أنَّه: ((تتم تسوية أي نزاع يحال الى التحكيم بموجب قوانين التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية...)). في حين نجد بعضها الآخر من العقود تنظّم بصورة غير مباشرة، أي أخذ بأسلوب الإحالة الى جهة أو شخص آخر لتحديد تلك الإجراءات، فمنها من خوّل طرفي النزاع بمهمة تحديد هذه القواعد مثال ذلك الامتياز الممنوح من المملكة العربية السعودية لـ (شركة ارامكو) سنة ١٩٣٣، ومنها من خوّل مجلس التحكيم تلك المهمة، كالعقد المبرم بين مصر و (الشركة الأنجلو – المصرية) سنة ١٩٣٨ التي نصّت المادة (٣٩) منه على ((يقرر مجلس التحكيم قبل الفصل بموضوع النزاع إذا كان الأمر المحال إليه مما يمكن أن يكون موضوع تحكيم على وفق نصوص هذا العقد ويقرر كذلك إجراءات المرافعات الواجب إتباعها...)).

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على تطبيق قانون أو قواعد معينة للإجراءات، فقد تركت بعض عقود التراخيص البترولية تفويض المحكم الثالث بذلك، وهذا ما نص عليه العقد المبرم بين العراق و (شركة إيراب الفرنسية) سنة ١٩٦٨، حيث نصّت المادة (١٥) منه على ((...ويجري التحكيم وفقاً لقواعد الإجراءات التي يضعها الرئيس...)).

أما مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، فتعد من أهم الأمور التي يجب معرفتها في هذا المجال، بوصفه أساساً في عملية إصدار الحكم في النزاع من قبل هيئة التحكيم أو المحكم الذي يستمد سلطته من اتفاق أطراف عقود التراخيص البترولية، ويمثل إرادتهم، ويمارس سلطاته بموجب أحكام تلك العقود.[٢]

---

[١] - د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص٢٢.

[٢] - م.د.علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية – دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، العدد ٤١، سنة ٢٠١٦، ص ٩.

وتخضع عقود التراخيص البترولية إلى قانون الدولة المنتجة؛ لأنَّ النظام القانوني للدولة المنتجة أكثر النظم القانونية كفاية وفعالية في حل المشكلات ذات العلاقة بعقد الترخيص النفطي، وأنَّ الحقل النفطي محل الترخيص والتسهيلات الممنوحة لاستغلاله تندرج تحت اختصاص الدولة المنتجة، إذ تكون أكثر اهتماماً بالتنمية الفعالة وبالمحافظة على الثروات النفطية في أقاليمها، وقادرة على سن التشريعات والأنظمة النفطية لتحقيق هذا الهدف، الأمر الذي يجعل النظام القانوني لهذه الدول أكثر النظم القانونية فعالية لحل أية مشكلات لا تنتج عن تطبيق هذه القوانين والأنّظمة وتفسيرها[١]. ومثال ذلك ما تضمنته عقود جولات التراخيص النفطية العراقية، في الفقرة (١) من المادة (٣٧) حيث نصّت على أنَّه: ((هذا العقد وحقوق وإلتزامات الأطراف ستكون محكومة، مفسرة ومبنية وفقاً لقوانين جمهوريةِ العراق)). في حين تبنت الفقرة (ج) من المادة (٤٢) من العقد المبرم بين مصر و (شركة بان أمريكان) عدة خيارات لتحديد القانون الواجب التطبيق بقولها: ((...فإنَّ هذه الاتفاقية يجري تنفيذها وتفسيرها وفقاً للمبادئ القانونية المشتركة في الجمهورية العربية المتحدة والولايات المتحدة الامريكية، وفي حال عدم وجود هذه المبادئ المشتركة، يكون طبقاً للمبادئ القانونية المتعارف عليها في الشعوب المتحضرة عموماً بما في ذلك المبادئ القانونية التي طبقتها المحاكم الدولية)).

ومن أحكام التحكيم بهذا الخصوص ما ذهبت إليه محاكم التحكيم في قضايا (شركات ربالت) ضد أثينا ولاسنجر ضد يوغسلافيا سابقاً لسنة ١٩٤٣، كذلك قضية أبو ظبي وشركة (petroleum development Ltd) لسنة ١٩٥١، حيث قرار المحكم أنَّه ((...إذا كان هناك قانون واجب التطبيق على العقد، فهو قانون أبو ظبي وذلك بسبب إبرام العقد ووجوب تنفيذه)).[٢]

الفرع الخامس: قرار التحكيم ومضمونه: يصدر المحكمون حكمهم بأغلبية الأصوات، ويجب أن يكون قرارهم مكتوباً ومسبباً بالنسبة لكل نقطة عالجها، كما يجب أن يكون الحكم التحكيمي موقعاً من أغلبية أعضاء المحكمة على الأقل، ويعطى منه إلى كل طرف نسخة موقعة[٣]. ويكون الحكم الصادر من هيأة التحكم أو المحكمّ ملزماً لأطراف عقود التراخيص البترولية[٤]. كما أنَّ حكم التحكيم بمجرد صدوره من هيأة التحكيم، يحوز حجية الشيء المقضي به، فيما يخص النزاع المفصول فيه[٥]. وقد أكدّت على ذلك المادة

---

[١]- د. احمد عبد الحميد عشوش ، قانون النفط ، ص٦٢ وما بعدها .

[٢]- د. محمد يوسف علوان ، المصدر سابق ، ص٣٣٤.

[٣]- والي نادية، التحكيم كضمان للاستثمار في اطار الاتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم التجارية – جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ١٢٢.

[٤]- م.د.محمد علي عبد الرضا عفلوك و م.د.ياسر عطيوي عبود الزبيدي، الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون – جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الثاني، ٢٠١٥، ص ١٩٤.

[٥]- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤، ص ١٦١.

(٤١) من العقد المبرم بين العراق و (شركة نفط البصرة) لسنة ١٩٣٨، على أنَّه ((...يعتبر حكم المحكمين في القضية باتاً، أما إذا لم يتفقا، فيعتبر حكم النزاع في القضية باتاً)). وما نصّت عليه المادة (٣٤) من العقد المبرم بين العراق و (شركة ايراب) عام ١٩٦٨، على أنَّه ((يتخذ قرار التحكيم بالأكثرية وإذا لم تكن هناك أكثرية فيقوم رئيس المحكمة بإصدار القرار منفرداً)). ونصّت على ذلك أيضاً الفقرة (٦) من المادة (٣٧) من عقود جولات الترخيص العراقية على أنَّه ((...يكون القرار نهائياً وملزماً لطرفي النزاع)). وكذلك ما نصّت عليه المادة (٤٥) بين السعودية و (الشركة الامريكية) بقولها ((...ويوقع عليه أعضاء ذلك المجلس المشتركين فيه وعليهم أن يبلغوه كتابة الى الطرفين ويكون نهائياً وقطعياً وملزماً للطرفين)).

أما بالنسبة إلى مضمون حكم التحكيم، فإنَّ التحقق من أسباب النزاع القائم بين الأطراف حول عقود التراخيص البترولية، من المسائل الفنية التي تضاعف من صعوبة المهام الملقاة على كاهل هيأة التحكيم، فحتى لو فرضنا أنَّ الجزاء في هذه الهيأة على مستوى عال من التخصص فإن مرور الوقت بين قيام أسباب النزاع وإحالته للتحكيم ثم تعيين الجزاء، يجعل من المتعذر الوصول الى نتائج تتفق وظروف النزاع خاصة إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار أنَّ اللجوء الى التحكيم غالباً ما لا يحدث إلا بعد مناقشات و مفاوضات بين أطرافه محاولة للوصول الى تسوية سليمة للنزاع[١]. فإذا ما وجد المحكم أو الهيأة التحكيمية أن الأسباب التي اعترضت تنفيذ عقود التراخيص البترولية، تجعل اعادة التوازن بين أطرافها أمر ضروري، فإنَّه يمكن أن يرتب على ذلك أن تصدر الهيأة التحكيمية أو المحكم قراراً يقضي بتخفيف الإلتزام أو تجزئته أو تأجيله أو وقف تنفيذه[٢]، إذ يُعدُّ هذا الحل هروباً قدر الإمكان من النتيجة التي لا يريدها الأطراف عادة والمتمثلة بفسخ العقد أو إنهاءه[٣]. وقد تقضي هيأة التحكيم بإلزام الأطراف بإعادة التفاوض حول بنود العقد، إذا لم يكونوا قد لجأوا لهذه العملية. وقد يتدخل المحكم بنفسه لتعديل العقد عند تغيّر الظروف بهدف إعادة التوازن الإقتصادي له[٤]. وإذا تبّين للمحكم أو لهيأة التحكيم أنَّ تعديل العقد ليكون ملائماً لتغيّر الظروف لا يحقق للأطراف الأهداف والمصالح

---

[١]- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي (وفقاً لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن)، تقديم: د.غسان رباح، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٨، ص ٧٦ وما بعدها.

[٢]- عامر محمد سالم عبد الرحمن، التنظيم التشريعي للتحكيم في القانونين الليبي والمصري (مع دراسة موقف قانون النفط الليبي من التحكيم)، بحث منشور - كلية الحقوق – جامعة المنصورة، ٢٠١٤، ص ٢٥ وما بعدها.

[٣]- ينظر: محمد أحمد حسن محمود الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، إطروحة دكتوراه منشورة، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق – جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٣، ص ٤٩١.

[٤]- اختلفت الآراء بين مؤيد ومعارض لتدخل المحكم في تعديل العقد ومدى جواز ذلك، وللتفصيل ينظر: د.رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد (دراسة مقارنة في ظل الأزمة المالية الراهنة)، بحث قُدِّم في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، لكلية الحقوق – جامعة المنصورة تحت عنوان (الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية) للفترة ١-٢/أبريل/٢٠٠٩، ص ٦٦ وما بعدها.

المرجوة منه، وسوف يفرغه من مضمونه، فإنَّه قد يقرر إنهاءه أو فسخه وحسب الأحوال.[١]

الفرع السادس: مدى فاعلية التحكيم التجاري في حل منازعات عقود التراخيص البترولية في العراق: بعد أن أنهينا الحديث بصورة مجملة عن التحكيم بوصفه وسيلة من وسائل فض النزاعات في هذه العقود، يقودنا لتساؤل هام مفاده، ما مدى فاعلية التحكيم التجاري في حل منازعات عقود التراخيص البترولية في العراق؟

لا شك أنَّ هذه الوسيلة لها فاعليتها إذا كان التحكيم داخلياً يتم في العراق حيث يكون قابلاً للتنفيذ بعد مصادقة محكمة مختصة عليه وفق القانون[٢]. وكذلك الحال بالنسبة الى التحكيم الدولي الذي يتم في أحدى الدول العربية أو الأجنبية التي تربطها مع العراق اتفاقية تحكيم معينة[٣]، فإنَّ الحكم الصادر فيها يكون قابلاً للتنفيذ في العراق، لأنَّه صادر في أحدى الدول المنضمة للاتفاقية حتى لو كان طرفا عقود التراخيص البترولية غير تابعين للدول الأعضاء[٤]. ولكن الاشكالية التي تثار في هذا الجانب، بخوص أحكام التحكيم الصادرة من الدول الجنبية التي لا تربطها مع العراق لا اتفاقية ثنائية ولا دولية تخص التحكيم. ومن ذلك مثلاً اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي لم ينظم لها العراق لأسباب تتعلق بالسيادة، وما يعزز ذلك، الإشارة في قرار لجنة المتابعة لشؤون النفط وتنفيذ الإتفاقيات في كتابها ذي العدد (٩٣٠ في ١٢/٩/ ١٩٧٣) حيث جاء فيه (إنَّ شرط التحكيم الدولي إنَّما يعني التجاوز على مبدأ السيادة للقطر العراقي ومن ثم الانتقاص من قيمة المحاكم والقوانين العراقية)، وكذلك ما جاء في إعمام لإحدى الوزارات مستنداً الى ما جاء بكتاب لمجلس الوزراء/ لجنة العلاقات الاقتصادية الخارجية ذي العدد (١٠٤٥ في ١٠/٢١/ ١٩٧٩) الذي عدّ (اللجوء إلى التحكيم حالة استثنائية لا يصار لها إلّا عند الضرورة، وبعرض الموضوع على الوزارة للبت في الأمر بعد أن تقف على المبررات).[٥] ولكن بعد تغيّر نظرة المشرع العراقي للتحكيم التجاري الدولي، وأنَّه أصبح ضرورة ملحة، ووسيلة فعّالة في جذب

---

[١]- محمد حسن أحمد محمود الشربيني، مصدر سابق، ص ٥٦٥.

[٢]- حيث نصّت المادة (١/٢٧٢) من قانون المرافعات العراقي النافذ على أنه (لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة).

[٣]- انضم العراق الى غالبية الاتفاقيات العربية التي تتضمن تنفيذ احكام التحكيم الصادرة في الدول الاعضاء فيها، ومن تلك الاتفاقيات (اتفاقية تنفيذ الاحكام الخاصة بدول الجامعة العربية لسنة ١٩٥٢، و اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ١٩٨٠). وكذلك الحال بالنسبة للاتفاقية الثنائية بين العراق والاتحاد السوفيتي – سابقاً - بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في كل من البلدين عام ١٩٧٣.

[٤]- د.ظاهر مجيد قادر، الإختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٣، ص ٣٧٦.

[٥]- للتفصيل ينظر: د.لطيف جبر كوماني، الحالات التي لاتنفذ فيها قرارات التحكيم الأجنبية طبقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية ١٩٥٨، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد (٢)، ٢٠١٠، ص ٨٢.

الاستثمارات، فقد صوّت مجلس الوزراء عام ٢٠١٨ على مشروع قانون الإنضمام إلى إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، ويحتاج إلى مصادقة مجلس النواب على ذلك[١]، ثم تبعه بعد ذلك بأربعة أعوام مصادقة مجلس النواب في جلسته رقم (٤٠) المنعقدة بتاريخ ٢٠٢١/٣/٤ على انضمام العراق (مؤخراً) الى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بموجب أحكام قانون **انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨)** والذي نص على أنه (المادة ــ ١ ــ تنضم جمهورية العراق إلى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨) التي دخلت حيز النفاذ بتأريخ ٧/حزيران/١٩٥٩ مع التحفظات الآتية :-

أولاًــ أن لا تسري أحكام هذه الاتفاقية تجاه جمهورية العراق على قرارات التحكيم الصادرة قبل نفاذ هذا القانون .

ثانياًــ إنّ لا تطبق الاتفاقية بالنسبة للاعتراف بالقرارات الصادرة في أراضي دولة متعاقدة أخرى وتنفيذها إلا على أساس المعاملة بالمثل .

ثالثاًــ إنّ لا تطبق الاتفاقية من جمهورية العراق إلا على الخلافات الناشئة عن العلاقات القانونية التعاقدية والتي تعدّ تجارية بموجب القانون العراقي) ومن هذا يتضح أن انضمام العراق لهذه الاتفاقية فيه تحفظ على ثلاثة مسائل جوهرية، أولها؛ ان هذه الاتفاقية لا تسري على قرارات التحكيم الصادرة قبل نفاذ قانون الانضمام، وثانيها؛ اعتماد مبدأ المعاملة بالمثل في تطبيق هذه الاتفاقية، وثالثها؛ ان هذه الاتفاقية لا تطبق الا بالنسبة للأحكام الصادرة بشأن علاقة تعاقدية تجارية وفقاً للقانون العراقي، وحسن فعل المشرع العراقي باشتراطه التحفظات المتقدمة الذكر. كما انضم العراق ايضاً إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[٢] ICSID. وهنا يطرح السؤال الآتي؛ هل

---

[١]- صوّت مجلس الوزراء العراقي في جلسته الإعتيادية المؤرخة في ٢٤/أبريل/٢٠١٨ على مشروع قانون إنضمام جمهورية العراق إلى إتفاقية الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨). يشار الى ان اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها بدأ سريانها في ٧ حزيران عام ١٩٥٩. وأهداف الاتفاقية هو الاعتراف بازدياد أهمية التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، وتسعى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها إلى توفير معايير تشريعية مشتركة بشأن الاعتراف باتفاقات التحكيم وكذلك اعتراف المحاكم بقرارات التحكيم الأجنبية وغير المحلية وإنفاذها. ويبدو أن التعبير "غير المحلية" يتضمّن قرارات التحكيم التي وإن كانت قد صدرت في دولة الأنفاذ فهي تُعامل باعتبارها قرارات "أجنبية" بمقتضى قانون تلك الدولة وذلك بسبب وجود عنصر أجنبيّ ما في الإجراءات، مثلا لدى تطبيق القوانين الإجرائية الخاصة بدولة أخرى. والهدف الرئيسي الذي ترمي إليه الاتفاقية هو السعي إلى عدم التمييز تجاه قرارات التحكيم الأجنبية وغير المحلّية؛ ومن ثم فإن الاتفاقية تلزم الدول الأطراف بضمان الاعتراف بتلك القرارات واعتبارها عموما قابلة للأنفاذ في ولاياتها القضائية على غرار قرارات التحكيم المحلية. كما أن من الأهداف التبعية التي ترمي إليها الاتفاقية أنها تقتضي من محاكم الدول الأطراف أن تجعل اتفاقات التحكيم ذات مفعول تام، وذلك باقتضائها من المحاكم حرمان الطرفين من سبل اللجوء إلى المحكمة إخلالا باتفاقهما على إحالة مسألة خلاف إلى هيأة تحكيم. وباب الأنضمام إلى الاتفاقية مفتوح أمام أي دولة عضو في الأمم المتحدة، وأي دولة أخرى عضو في أي وكالة متخصّصة في منظومة الأمم المتحدة، أو طرف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. ينظر:.www.alliraqnews.com -

[٢]- تسمى بالعربية باتفاقية الاكسيد وهي اختصار للعبارة (International Centre for Settlement of Investment Disputes)، ويُعدُّ هذا المركز أحدى مؤسسات البنك الدولي، وقد أنشأ بموجب اتفاقية

يمكن تنفيذ حكم التحكيم في العراق الصادر من الدول الاعضاء في هاتين الإتفاقيتين أو أية أتفاقية تحكيمية أخرى لم ينظم لها العراق بعد؟

للإجابة على ذلك نقول؛ إنّ ذيل الفقرة (٦) من المادة (٣٧) من عقود جولات التراخيص العراقية نصّت على أنَّه: ((الحكم على القرار الصادر قد يعرض على أيّ محكمة لديها سلطة قضائية للاعتراف والتنفيذ))، بمعنى أنَّ قرار التحكيم في عقود التراخيص البترولية وفقاً لجولات التراخيص العراقية ينبغي أن يعرض على المحكمة المختصة للإعتراف به ومن ثم تنفيذه هذا من جهة، وعدم وجود أي نصّ يشير إلى تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ من جهة أخرى، وعدم وجود نصوص تشريعية عراقية تعالج تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة في الدول الأجنبية من جهة ثالثة، يجعلنا أمام عقبة تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي في فرض السؤال؛ لأنَّ قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ (المعدل) نظّم أحكام التحكيم الداخلي فقط، ولم ينظّم أحكام التحكيم الدولي، وليس فيه ما يشير إلى تنفيذ حكم التحكيم الدولي، كما أنَّ قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦، بالرغم من أنَّه قد أجاز اللجوء الى التحكيم الدولي[1]، غير أنَّنا نصطدم بعقبة أخرى، وهي أنَّه لا يسري على عقود التراخيص البترولية، لكونه قد استثنى تلك العقود من تطبيق أحكامه في المادة (٢٩) منه حيث نصت على أنه (تخضع جميع مجالات الاستثمار لأحكام هذا القانون باستثناء ما يأتي: أولاً: الاستثمار في مجالي استخراج وإنتاج النفط والغاز). ولكن قد أزيلت هذه العقبات بانضمام العراق الى اتفاقية تنفيذ الاحكام الاجنبية (نيويورك ١٩٥٨)، إذ بموجبها يجوز تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق بما فيها أحكام التحكيم.

مما تقدم نخلص إلى نتيجة مفادها أنَّ حكم التحكيم التجاري الدولي في الوقت الراهن فيما يتعلق بمنازعات عقود التراخيص البترولية، وبعد انضمام العراق الى اتفاقية تنفيذ الاحكام الاجنبية (نيويورك ١٩٥٨)، صار بالامكان تنفيذه في العراق في الوقت الحالي مع الاخذ بنظر الاعتبار التحفظات التي نص عليها المشرع وبيناها آنفاً.

تسوية نزاعات الاستثمار بين دول ومواطني دول أخرى عام ١٩٦٥ التي دخلت حيز النفاذ عام ١٩٦٦، ولم ينضم العراق لها الا مؤخراً بموجب القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢ المنشور بالوقائع العراقية بالعدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩. وقد نصّت المادة (١/٥٤) من هذه الاتفاقية بأنه على كل دولة المتعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم المقدمة عملاً بالاتفاقية باعتبارها ملزمة، وتنفيذ الالتزامات المالية التي تفرضها هذه الجائزة ضمن أراضي الدولة العضو موضوع النزاع كما لو كان قرار التحكيم حكماً نهائياً صادراً عن محكمة في تلك الدولة وغير قابل للطعن. للتفصيل في ذلك ينظر: الحقوقي حيدر داود حمد الله، مخاطر انضمام العراق الى اتفاقية الاكسيد، بحث منشور على شبكة المعلومات العالمية (الأنترنت) على الرابط الآتي:

- investdiw.gov.iq

[1]- وهذا ما اشارت إليه نص المادة (٢٧/ف٤) من القانون على أنه (إذا كان أطراف النزاع خاضعا لإحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على اي حل بما فيها الالتجاء الى التحكيم وفقا للقانون العراقي أو إي جهة أخرى معترف بها دوليا).

الخاتمة:

تطرقنا في هذا البحث الى دراسة موجزة عن (مدى فاعلية شرط التحكيم في حل منزعات عقود التراخيص البترولية) الذي حضي باهتمام بالغ في عقود التراخيص البترولية، حتى أصبح ظاهرة مسلماً فيها في تلك العقود لما يحظى به من أهمية ومميزات، وخلصنا في هذا البحث الى جملة من النتائج وعدد من التوصيات نعرضها تباعاً فيما يأتي:

أولاً: النتائج: هناك جملة من النتائج توصلنا لها وهي ما يلي:

١- إن شرط التحكيم هو شرط اتفاقي يضعه اطراف عقود التراخيص البترولية لغرض فض منازعاتهم المستقبلية، وهو القاعدة التي يستند عليها النظام التحكيمي الخاص بذلك، نتيجة ما يتمتع به من مميزات. وثمة فرق بين شرط التحكيم ومشارطته، فالأول ينص عليه في بنود العقد قبل التعاقد وقبل حدوث النزاع، بينما الثاني يكون لاحقاً للتعاقد وبعد نشوء النزاع بين الاطراف. ولم يفرق قانون المرافعات العراقي النافذ بين شرط التحكيم ومشارطته.

٢- أن شرط التحكيم يتمتع باستقلال قانوني تام في مواجهة العقد الذي ينعقد التحكيم بشأنه، فلا يؤثر فيه بطلان العقد الأصلي أو عدم مشروعيته أو عدم صحته أو فسخه أو انقضائه، وسواء أورد هذا الشرط في صلب العقد أم في ورقة مستقلة عنه. كما أن التحكيم المتفق عليه لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود التراخيص البترولية، يعد تحكيماً تجارياً دولياً يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص.

٣- يجد شرط التحكيم أساسه في اتفاقيات ومواثيق التجارة الدولية وقرارات المنظمات الدولية، ولوائح وأنظمة هيئات التحكيم العالمية الدائمة، وفي التشريعات الوطنية، وفي اتفاقات أطراف عقود التراخيص البترولية ومنها عقود جولات التراخيص العراقية.

٤- أن اطراف عقود التراخيص البترولية يحددون إجراءات التحكيم من عملية بدأ التحكيم ولغته، وكيفية تشكيل هيأة التحكيم، ومكانه ومدته والقانون الواجب التطبيق من حيث الاجراءات ومن حيث الموضوع، انتهاءً بقرار التحكيم ومضمونه.

٥- أن للتحكيم دور فاعل في حل منازعات عقود التراخيص البترولية بالنسبة للدول التي تجيز قوانينها الداخلية تنفيذ حكم التحكيم.

٦- أما في العراق فإن حكم التحكيم التجاري الدولي فيما يتعلق بمنازعات عقود التراخيص البترولية، كان غير قابل للتنفيذ فيه سابقا، اما في الوقت الحالي وبعد انضمام العراق الى اتفاقية تنفيذ الاحكام الاجنبية (نيويورك ١٩٥٨)، أصبح جائزاً تنفيذ الاحكام الاجنبية فيه، وهذا ما يعطي أهمية لموضوع بحثنا ومدى جدوى وفاعلية شرط التحكيم في هذه العقود.

ثانياً: التوصيات: نوصي بما يأتي:

١- نوصي المشرع العراقي بالاسراع في تشريع قانون التحكيم التجاري الدولي لمواكبة التطور العالمي في هذا المجال وتشجيع المستثمرين على وجه العموم، والشركات النفطية على وجه الخصوص.

٢- نقترح على المشرع العراقي تعديل قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ بتضمينه مادة أو فقرة تجيز تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في العراق بأن تعرض على المحكمة المختصة ومن ثم تأخذ طريقها للتنفيذ وفقاً للأصول.

٣- نوصي المشرع العراقي بضرورة الاسراع بتشريع قانون النفط والغاز الذي لم يرَ النور منذ عام ٢٠٠٧، وتضمينه بنوداً تخص التحكيم في عقود التراخيص البترولية بصورة دقيقة ولا تقبل اللبس.

٤- نوصي وزارة النفط العراقية في الوقت الراهن بالاهتمام وتوخي الدقة في صياغة شرط التحكيم وإحكام نصوصه فيما يتعلق بموضوع النزاع أو الخلافات في تفسير العقد وتنفيذه وما إلى ذلك، بما يحقق الأمان القانوني للمستثمر من جهة، والضمان للدولة العراقية من جهة أخرى.

٥- نوصي وزارة النفط العراقية والجهات المختصة باعداد أشخاص قادرين على الترافع امام هيئات التحكيم الدولية، وتدريبهم تدريباً احترافياً على موضوع التحكيم بما يمكنهم من كسب الدعاوى لصالح العراق وعدم خسارتها وبالتالي ضياع حقوقه.

المصادر والمراجع:

- القران الكريم

أولاً: معاجم اللغة:

١- مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار العلم للجميع، بيروت

ثانياً: الكتب القانونية:

٢- د.ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧

٣- د.إبراهيم احمد إبراهيم، مركز الأجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١

٤- د.أبو العلا علي أبو العلا النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٨

٥- د.أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة، عمان – الاردن، ٢٠١١

٦- د.احمد عبد الحميد عشوش وعمر أبو بكر باخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، مؤسسة الشباب، الجامعة الانكليزية، ١٩٩٠

٧- د.أحمد عبد الحميد عشوش، قانون النفط (الإتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الإقتصادية – دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٩

٨- د.احمد محمد عبد البديع شتاه، شرح قانون التحكيم، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩

٩- د.حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧

١٠- د.سامية رشاد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٨٤

١١- د.سراج حسين ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٤.

١٢- د.طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، ط٧، دار الثقافة، عمان – الاردن، ٢٠١٠

١٣- د.ظاهر مجيد قادر، الإختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٣

١٤- د.عصام فرج الله محسن ابراهيم، الطبيعة القانونية للعقود الدولية للبترول، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٧.

١٥- د.كاوه عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النفطية (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٥

١٦- د.محمد لبيب شقير ود.صاحب ذهب، اتفاقيات وعقود البترول في البلاد العربية، ط٢، ج١، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٩

١٧- د.محمد نصر محمد، الوافي في عقود التجارة الدولية، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، ٢٠١٣

١٨- د.محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الاقطار العربية (دراسة مقارنة في العقود الاقتصادية الدولية)، مطبعة كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٨٢.

١٩- د.ميثاق طالب عبد حمادي الجبوري، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الأنّظمة القانونية الوطنية والدولية معززة بأحكام القضاء والتحيكم والشروط التعاقدية الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧.

٢٠- د.هشام خالد، جدوى اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٢١- د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية مقارنة)، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١

٢٢- رياض محمود جنداري، الإدارة المشتركة للآبار النفطية وتسوية المنازعات الدولية الخاصة بها، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٣،

٢٣- علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، تقديم: القاضي د.غسان رباح، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠١٢

٢٤- فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقاً لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠

٢٥- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي (وفقاً لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن)، تقديم: د.غسان رباح، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠٠٨.

٢٦- مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الأعلام والقانون في وزارة العدل، العدد١، سنة ٢٠٠٦

٢٧- محمد أحمد حسن محمود الشربيني، النظام القانوني للعقد الدولي، إطروحة دكتوراه منشورة، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق – جامعة عين شمس، مصر، ٢٠٠٣.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح الجامعية:

٢٨- بفي علي، شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، الجزائر، ٢٠١٥

٢٩- حمداني محمد، التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٦

٣٠- ريام عباس علي، القانون الواجب التطبيق في عقود التراخيص النفطية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٥.

٣١- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤،

٣٢- طلال ياسين العيسى، التحكيم الدولي في المنازعات النفطية الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد، ١٩٨٨،

٣٣- والي نادية، التحكيم كضمان للاستثمار في اطار الاتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف، رسالة ماجستير غير منشورة، مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم التجارية – جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٦،

رابعاً: المجلات والدوريات والمؤتمرات:

٣٤- د.بن أحمد الحاج، العولمة الاقتصادية وأثرها على النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، ٢٠١٤

٣٥- د.رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد (دراسة مقارنة في ظل الأزمة المالية الراهنة)، بحث قُدِّم في المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، لكلية الحقوق – جامعة المنصورة تحت عنوان (الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية) للفترة ١-٢/أبريل/٢٠٠٩، ص ٦٦ وما بعدها.

٣٦- د.رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، بحث منشور في مجلة الباحث، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، العدد الثامن، السنة الثامنة،٢٠١٠،

٣٧- د.سامي محمد عبد العال، دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق - جامعة طنطا، للفترة من ٢٩ -٢٠١٥/٤/٣٠،

٣٨- د.عمر مشهور حديثة الحجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين، الاردن، العددان التاسع والعاشر، أيلول وتشرين أول، الاردن، ٢٠٠٢.

٣٩- د.لطيف جبر كوماني، الحالات التي لاتنفذ فيها قرارات التحكيم الأجنبية طبقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية ١٩٥٨، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، العدد (٢)، ٢٠١٠،

٤٠- عامر محمد سالم عبد الرحمن، التنظيم التشريعي للتحكيم في القانونين الليبي والمصري (مع دراسة موقف قانون النفط الليبي من التحكيم)، بحث منشور - كلية الحقوق – جامعة المنصورة، ٢٠١٤

٤١- م.ايناس هاشم رشيد و م.وعود كاتب الأنباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون – جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الأول، ٢٠١٥

٤٢- م.د.علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية – دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، العدد ٤١، سنة ٢٠١٦، ص ٩.

٤٣- م.د.محمد علي عبد الرضا عفلوك و م.د.ياسر عطيوي عبود الزبيدي، الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون – جامعة كربلاء، السنة السابعة، العدد الثاني، ٢٠١٥

٤٤- م.م.حاتم غائب سعيد، التحكيم كأداة لفض النزاعات التجارية الدولية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، الملجد ٤، العدد ١٤، ج٢، ٢٠١٥

رابعاً: القوانين:

٤٥- قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧

٤٦- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

٤٧- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٤٨- القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠١

٤٩- قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

٥٠- قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥

٥١- مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي لعام ٢٠١١

٥٢- مشروع قانون النفط والغاز العراقي لعام ٢٠٠٧

٥٣- قانون **انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨) لسنة ٢٠٢١.**

خامساً: شبكة المعلومات العالمية (الانترنت):

٥٤- الحقوقي حيدر داود حمد الله، مخاطر انضمام العراق الى اتفاقية الاكسيد، بحث منشور على شبكة المعلومات العالمية (الأنترنت) على الرابط الآتي:
- investdiw.gov.iq.

٥٥- عبد المنعم نايف عبوش الجبوري، التحكيم التجاري الدولي بين الواقع والطموح في التشريعات العراقية، بحث منشور على موقع المركز العراقي للتحكيم الدولي على شبكة المعلومات العالمية (الأنترنت)، على الرابط الآتي:
- icacn.org.

٥٢- المركز العراقي للتحكيم الدولي على الأنترنت على الرابط الآتي:
- icacn.org/index

فاعلية التعديل الثاني لقانون الشركات العراقي في مواجهة المشاكل الاقتصادية

(دراسة تحليلية للقانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٩)

أ.م.د. رباب حسين كشكول
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

الملخص

أفرز تطبيق قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ العديد من المشاكل الاقتصادية المتصلة بتنظيم نشاط الشركات ، كما أن تنامي الاحداث التي يشهدها الاقتصاد العام جعل من تعديل القانون ضرورة لتجاوز تلك المشاكل ومواكبة تلك الاحداث ، سيما في ضل عدم فاعلية التعديل الاول للقانون والصادر عن سلطة الائتلاف المنحلة بالأمر رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ لتحقيق ذلك بعد أن ثبت بالتجربة عجز التطبيق الحرفي لنصوصه عن توفير حماية كاملة للمتعاملين مع تلك الشركات وكذلك اغفاله لتنظيم بعض المظاهر الاقتصادية الحديثة المتصلة بتجمع مصالح الشركات فيما بينها عبر صيغ متنوعة كالاستحواذ والشركات القابضة .

وقد استجاب المشرع العراقي مؤخرا للدعوات الفقهية المنادية بتعديل قانون الشركات وذلك بمقتضى قانون التعديل الثاني رقم ١٧ لسنة ٢٠١٩ سعيا منه لتدارك ذلك القصور ، وقد تضمن هذا التعديل وكما ورد في الأسباب الموجبة له حلولا لبعض المشاكل الاقتصادية بغية دعم الاقتصاد الوطني وتوفير فرص المنافسة للشركات العراقية ، من قبيل تنظيم الشركة القابضة ومساهمة رأس المال الأجنبي في الشركات العراقية ونقل التكنولوجيا والتقنيات الى الشركات العراقية .

وتأتي هذه الدراسة لتحليل النصوص الواردة بقانون التعديل الثاني لقانون الشركات العراقي لبيان مدى فاعليته في تحقيق الاهداف التي جاء لأجلها ومدى قدرته على ايجاد حلول ناجعة للمشاكل الاقتصادية التي تواجهها الشركات العراقية وعلى النحو الذي يمكنها من استيعاب التطورات

Abstract

The Effectiveness of the Second Modification of the Iraqi Companies-Law of Treating Economic Problems: An Analytical Study of the Law No. (17) - 2019

The application of the Iraqi Companies-law No. (21) in 1997 created a number of economic problems concerning the organization of the company-activities. The developing events that the universal economy witnesses have led to an urgent need for modifying the law and go along with these events especially the modification of the law No. (64) in 2004, by the coalition authority, was ineffective in providing the full protection for those who deal with these companies. What is more is that the ignorance of organizing some modern economic aspects related to the gathering of the companies-interests among each other such as obsession and holding companies.

The Iraqi legislator has recently responded for the calls of remodifying this law depending on the second modification law No. (17) of (2019) as an endeavor to have a control over this defect. This modification has included solutions for some of the economic problems in order to support the national economy and providing competitive opportunities for the Iraqi companies. This is made to organize the holding companies and the foreign capital- participation in the Iraqi companies and transmitting technology and techniques for them.

The present study aims to analyze the texts found in the second modification- law of the Iraqi companies-law to show its effectiveness in fulfilling the objectives for which it has been legislated, and also to show its ability in providing solutions for the economic problems which the Iraqi companies face in a way that enables them comprehend the economic progressive developments .

المقدمة

أن الحديث عن أهمية الشركات التجارية في دعم التنمية الاقتصادية ليس بحاجة الى دليل يثبت صحته في ضل ما يشهده الواقع الاقتصادي المعاصر من اضطلاعها بالمشاريع الحيوية المتنوعة . ولم يعد تأثير نشاط الشركات مقتصرا على الاعضاء المكونين لها من خلال ما يتقاسموه من أرباح وخسائر بل غدت تترك آثارا تلقي بضلالها على الاقتصاد العام بفعل ما تقوم به من انشطة اقتصادية هامة سيما شركات الاموال منها ، الأمر الذي يلقي على عاتق المشرع إحكام السيطرة على تنظيمها القانوني وبما يضمن تحقيق الأهداف المرجوة منها .

وقد أفرز تطبيق قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ العديد من المشاكل الاقتصادية المتصلة بتنظيم نشاط الشركات ، كما أن تنامي الاحداث التي يشهدها الاقتصاد العام جعل من تعديل القانون ضرورة لتجاوز تلك المشاكل ومواكبة تلك الاحداث ، سيما في ضل عدم فاعلية التعديل الاول للقانون والصادر عن سلطة الائتلاف المنحلة بالأمر رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤ لتحقيق ذلك بعد أن ثبت بالتجربة عجز التطبيق الحرفي لنصوصه عن توفير حماية كاملة للمتعاملين مع تلك الشركات وكذلك اغفاله لتنظيم بعض المظاهر الاقتصادية الحديثة المتصلة بتجمع مصالح الشركات فيما بينها عبر صيغ متنوعة كالاستحواذ والشركات القابضة .

وقد استجاب المشرع العراقي مؤخرا للدعوات الفقهية المنادية بتعديل قانون الشركات وذلك بمقتضى قانون التعديل الثاني رقم ١٧ لسنة ٢٠١٩ سعيا منه لتدارك ذلك القصور، وقد تضمن هذا التعديل وكما ورد في الأسباب الموجبة له حلولا لبعض المشاكل الاقتصادية بغية دعم الاقتصاد الوطني وتوفير فرص المنافسة للشركات العراقية ، من قبيل تنظيم الشركة القابضة ومساهمة رأس المال الأجنبي في الشركات العراقية ونقل التكنولوجيا والتقنيات الى الشركات العراقية .

وتأتي هذه الدراسة لتحليل النصوص الواردة بقانون التعديل الثاني لقانون الشركات العراقي لبيان مدى فاعليته في تحقيق الاهداف التي جاء لأجلها ومدى قدرته على ايجاد حلول ناجعة للمشاكل الاقتصادية التي تواجهها الشركات العراقية وعلى النحو الذي يمكنها من استيعاب التطورات الاقتصادية المتوالية . وقد تضمن هذا التعديل ستة عشرة مادة تناولت مشاكل اقتصادية متنوعة سنتولى دراستها متبعين في ذلك نهج المشرع في معالجتها من خلال تقسيم البحث الى خمسة مباحث نخصص الاول منها لأحكام الشركة القابضة والثاني للأحكام الخاصة بمساهمة رأس المال الاجنبي في الشركات العراقية ، والثالث للأحكام الخاصة بمستلزمات تأسيس الشركة ورأس مالها ، والرابع للاحكام الخاصة بأدارة الشركة وتصفيتها والخامس للأحكام الخاصة بالعقوبات والنصوص المستحدثة ، لنخلص بعد ذلك الى خاتمة نبين فيها أهم ما توصلت اليه الدراسة من نتائج وتوصيات .

المبحث الأول : الاحكام الخاصة بالشركة القابضة

افرز التطور الاقتصادي وجود نوع من الشركات تسعى وبحكم امكاناتها المادية لاكتساب مكانة مالية وادارية في شركات اخرى من خلال المساهمة في رأس مالها بنسب تسمح لها بالسيطرة على ادارتها على نحو يجعلها تابعة لها . وتعرف هذه الشركات بالشركات القابضة .

وقد إدرك المشرع العراقي أهمية الشركة القابضة وسعى لمسايرة المستجدات الاقتصادية الحاصلة في المنطقة ، بتنظيم قواعد خاصة بالشركة القابضة وذلك بالمادة (٧ مكررة) والتي اضافها لقانون الشركات بمقتضى المادة الاولى من التعديل الثاني لهذا القانون . في الوقت الذي كانت فيه نصوص القانون تتيح المجال لوجود هذا النوع من الشركات دون تنظيم قانوني وذلك في ضل اطلاق الحد الاعلى لنسبة مساهمة الشخص

في رأس مال الشركات المساهمة والمحدودة وبما يسمح بامتلاك نسبة في رأس مال الشركة تتيح السيطرة على ادارتها ([1]) . وسنبين أحكام الشركة القابضة من خلال التعريف بها ابتداءً ثم توضيح الاحكام المتصلة بعلاقتها بالشركات التابعة لها ، والتي سنبين كل منها في مطلب مستقل ([2]) .

المطلب الأول : تعريف الشركة القابضة

في ضل حداثة هذا النوع من الشركات على الواقع القانوني والعملي في العراق وإمعانا في توضيح ماهيتها فقد أورد المشرع تعريفا للشركة القابضة مع أن ذلك ليس من مهامه عادةً ، وذلك بالمادة (٧ / اولا / أ) والتي جاء فيها (الشركة القابضة هي شركة مساهمة أو محدودة تسيطر على شركة أو شركات مساهمة أو محدودة تدعى الشركة التابعة..) وبتحليل النص يتضح أن الشركة القابضة من حيث النوع هي إحدى شركات الأموال انسجاما وما تملكه هذه الشركات عادة من رؤوس اموال ضخمة ، وقد حدد المشرع صورتين للشكل الذي يمكن الشركة القابضة اتخاذه هما المساهمة والمحدودة ، وبالنظر الى الشركة المحدودة نجد أن محدودية عدد أعضائها والذي لا يزيد عن خمسة وعشرين شخصا من شأنه أن يؤثر في مقدار رأس مالها مقارنة بالشركة المساهمة والتي تتسم بكونها مفتوحة العضوية وهو ما يجر معه امتلاكها عادة لأموال اكثر تؤهلها للقيام بالمشاريع الكبيرة ومن ضمنها السيطرة على الشركات التابعة . لذلك فهي على حد تعبير البعض وهو ما نؤيده مؤهلة اكثر في اتخاذ شكل شركة قابضة مقارنةً بالشركة المحدودة نظراً لتواضع رأس مالها ومحدودية ائتمانها ([3]) .

على أن ما يميز الشركة القابضة عن غيرها من الشركات المساهمة والمحدودة هو عنصر السيطرة على الشركات التابعة لها والتي هي ايضا قد تكون مساهمة أو محدودة ، وقد حدد المشرع العراقي بالمادة ٧ مكررة الوسائل التي تتحقق بمقتضاها السيطرة نبينها تباعا :

١- **أن تتملك أكثر من نصف رأس مال الشركة اضافة الى السيطرة على ادارتها** : وبمقتضاها فان سيطرة شركة قابضة على شركة تابعة تتطلب توافر شرطين :

الأول ذو طابع مالي يعتمد على اساس امتلاك نسبة محددة في رأس المال وتتمثل في ضل القانون العراقي بتملك اكثر من نصف رأس مال الشركة التابعة أي بما لا يقل عن ٥١ % من رأس مالها .

---

[1] - وذلك في ضل تعليق العمل بالفقرتين ١ ، ٢ من المادة ٣٢ من قانون الشركات العراقي بمقتضى التعديل الأول رقم ٦٤لسنة ٢٠٠٤ .

[2] - سنقتصر هنا على بيان الاحكام الخاصة بالشركة القابضة اما الاحكام التي تتشابه فيها مع غيرها من الشركات المساهمة والمحدودة من قبيل احكام التأسيس ورأس المال فقد أحال يشأنها لقانون الشركات ووفقا لنوع الشركة التي اتخذته كما اكدت ذلك المادة ٧ / خامسا من قانون الشركات والمضافة بالتعديل الثاني .

١- ينظر د. فاروق ابراهيم جاسم ، الشركات التجارية في القانون العراقي والمقارن ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٢١ ، ص ٥٤٦ .

وقد يحدث تملك هذا المقدار من الأسهم في مرحلة تأسيس الشركة التابعة كأن تكون الشركة القابضة من مؤسسي الشركة التابعة اذ يمكنها عندئذ الاكتتاب بنسبة من رأس مالها تؤهلها للسيطرة عليها في ضل عدم وجود قيود قانونية لمقدار الحد الاعلى المسموح الاكتتاب به من قبل المؤسسين ([١]) .

وقد تقوم الشركة القابضة بالاكتتاب باسهم الشركة التابعة عند طرحها للإكتتاب العام ، وهذا ما يصدق على الشركات التابعة من نوع المساهمة حصرا ، حيث يتم دعوة الجمهور للاكتتاب بالاسهم عند طرحها للاكتتاب العام ([٢]) في الوقت الذي يكون فيه الاكتتاب بأسهم الشركة المحدودة مغلقا على الاعضاء المؤسسيين لها .

في حين قد يحدث هذا التملك في وقت لاحق للتأسيس من خلال الشراء التراكمي للأسهم على نحو تصل معه ملكية الشركة من الاسهم الى ما لا يقل عن نصف رأس مال الشركة التابعة سيما في ضل اطلاق مقدار الاسهم التي يمكن للشخص تملكها في رأس مال الشركة المساهمة بمقتضى التعديل الاول لقانون الشركات بعد أن كان محددا بمقدار لا يزيد عن ٢٠% في الشركة الخاصة و١٠% في المختلطة ([٣]) .

ومع تأكيد المشرع على ضرورة امتلاك ما لا يقل عن ٥١% من رأس المال لتحقق سيطرة الشركة القابضة على شركة تابعة اخرى . غير انه لم يبين الاثر المترتب على انخفاض نصيب الشركة القابضة في رأس مال الشركة التابعة عن هذا الحد لسبب أو لآخر كأن يحدث ذلك نتيجة التصرف بها بيعا. وفي ضل التأكيد الصريح للمشرع على شرط الملكية وبمقدار محدد نجد أنه يعد شرط ابتداء وبقاء ايضا لذا فان عدم احتفاظ الشركة القابضة بهذا المقدار من الأسهم يفقدها سيطرتها على الشركة التي كانت تابعة لها وهو ما يتطلب تعديل اوضاع الاخيرة بما ينسجم ووضعها الجديد سيما اعادة تشكيل مجلس ادارتها .

وعلى أية حال فان تملك شركة ما اسهم شركة اخرى وان كان بالمقدار المحدد قانونا لا يكفي لاعتبارها قابضة ومن ثم مسيطرة على الشركة الاخرى ما لم يتوافر شرط آخر **ذو طابع اداري** ، وهو أن تكون لها السيطرة الفعلية على ادارتها ، بمعنى أن يكون الغرض من تملك هذا المقدار من الاسهم ليس المضاربة عليها بتحقيق الربح من خلال

---

[١] - وفقا للمادة ٣٩ من قانون الشركات العراقي في ضل التعديل الأول لهذا القانون وقد لاحظ احد شراح هذا التعديل ان هذا الحكم يسمح لعدد محدود من الاشخاص السيطرة على الشركة بامتلاكهم نسبة كبيرة من رأس مالها لذلك رجح الإبقاء على الحكم السابق الذي يمنع سيطرة الميسورين ماليا على الشركة . ومع تقديرنا لهذا الرأي نجد أن هذا الحكم كان من بوادر تكوين الشركات القابضة رغم انعدام تنظيمها قانونا انذاك وحسنا فعل المشرع بتنظيمها بالتعديل الثاني . ينظر د. عباس مرزوك فليح ، آراء وملاحظات في تعديل برايمر لقانون الشركات ، بحث منشور في جامعة آل البيت كربلاء ، متاح على شبكة المعلومات الدولية www.ahlulbaitonline.co karbala

[٢] - نصت المادة ٣٨ من قانون الشركات العراقي على انه يكون الاكتتاب العام برأس المال في الشركة المساهمة فقط .

[٣] - إذ علق التعديل الثاني العمل بالفقرتين اولا وثانيا من المادة ٣٢ من قانون الشركات والتي كانت تقرر النسب المذكورة .

انتهاز فرصة تقلب قيمتها السوقية وانما المشاركة الجادة في ادارة الشركة . وبشكل عام تشير السيطرة الفعلية للشركة القابضة الى قدرتها على التحكم في ادارة الشركات التابعة لها وتوجيه نشاطها ورسم سياستها العامة وامتلاك سلطة اتخاذ القرار . وهذا يأتي بفعل امتلاكها قوة تصويتية عالية في الهيئة العامة للشركة التابعة ومجلس ادارتها ([1]) ولا شك أن مستوى هذه القوة محكوما بمقدار مساهمتها في رأس مال الشركة التابعة مساهمة كانت أو محدودة ، وما يتيح لها ذلك من تملك عددا من الاصوات يمكنها من التأثير اجتماعات الهيئة العامة لمناقشة واتخاذ القرارات الإدارية .

٢- أن تكون لها السيطرة على مجلس ادارتها في الشركات المساهمة

وكما يتضح من النص أن سيطرة الشركة القابضة بمقتضى هذه الوسيلة على الشركة التابعة يستمد من نفوذها في مجلس ادارتها بحيث يكون لها اليد الطولى في عضوية المجلس كأن تكون ادارة المجلس لصالح احد ممثليها على نحو يتيح لها امكانية التأثير في القرارات المتخذة تبعا لمشاركة الشركة القابضة في عضوية مجلس اداراة الشركة التابعة بحكم القانون

ويبدو اختلاف حكم هذه الوسيلة عن سالفتها من وجهين ، **الاول** انها خاصة بالشركات القابضة المسيطرة على شركات تابعة من نوع المساهمة حصرا ، خلافا للوسيلة الاولى والتي تشمل الشركات التابعة المساهمة والمحدودة منها . **أما الآخر** فان هذه الوسيلة لا تتطلب حد أدنى للمقدار اللازم تملكه من قبل الشركة القابضة في رأس مال الشركة التابعة خلافا للوسيلة الاولى والتي تطلب بمقتضاها المشرع امتلاك ما لا يقل عن نصف رأس المال كما بينا .

وبأتباع أي من الوسيلتين تكون الشركة قابضة ويذكر ذلك في اسمها التجاري ([2])، على أن سيطرة الشركة القابضة على شركة أو شركات اخرى تابعة لها لا يستتبع معه تخلي الاخيرة عن شخصيتها المعنوية لصالح الشركة القابضة على غرار ما يحدث عند اندماج شركة لصالح شركة اخرى ، بل تبقى الشركة التابعة محتفظة بشخصيتها المعنوية الكاملة وبتشكيلاتها الادارية كافة أيا كان مقدار مساهمة الشركة القابضة في رأس مال الشركة التابعة . فمن الناحية القانونية تتمتع كلا الشركتين (القابضة والفرعية) بالشخصية المعنوية الكاملة والتي تجعلها في استقلال قانوني تام ، بخلاف ما عليه الحال من الناحية الاقتصادية اذ يوجد ترابط اقتصادي بينهما يجعل من الشركة التابعة في تبعية اقتصادية للشركة القابضة ([3]) .

---

[1] - د. صلاح امين ابو طالب ، الشركة القابضة في قطاع الاعمال ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ١٩٩٤ ص ٢٠ .

٢- اذ أكدت المادة ٧ أولا/ب من قانون الشركات والمضافة بالتعديل الثاني على وجوب كتابة كلمة (قابضة) في اسمها التجاري بالاضافة الى نوعها .

[3] - أندلس حامد عبد العامري ، الاستحواذ في الشركة القابضة واثره على حقوق المعترضين دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ص ٢٠١٧ ، ص ٣٤ .

المطلب الثاني : نشاط الشركة القابضة

في الوقت الذي أكد فيه المشرع على دور الشركة القابضة في دعم الاقتصاد الوطني واعتباره هدفا لها ، فقد اتاح لها امكانية القيام بمجموعة من الانشطة في سبيل بلوغ هذا الهدف وبصيغة لا يفهم منها ما اذا كانت واردة على سبيل الحصر أو المثال وذلك بالمادة(٧ المكررة / ثانيا) ([1]). وتتمثل هذه الانشطة بكل من :-

١- تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة في اطار نشاط الشركة : قد يبدو الاقرار للشركة القابضة بالحق للقيام بهذا النشاط أمر غير مجد تسليما بكونها ذات شخصية معنوية مستقلة عن الشركات التابعة ولها ذمة مالية خاصة غير أن تأكيد المشرع على تقييد هذا النشاط بقيد قانوني يجعل من النص اكثر فائدة ، ويتمثل هذا القيد بلزوم أن يكون تملك تلك الاموال ضمن اطار نشاط الشركة والمتمثل بالسيطرة على الشركات التابعة لها، وبما يترتب على ذلك منع قيامها بأي نشاط يستتبع تملكها لمال طالما كان خارجا عن اطار نشاطها .

٢- تأسيس الشركات التابعة لها وادارتها أو المشاركة في ادارة الشركات الاخرى التي تساهم فيها : وبمقتضى ذلك يمكن للشركة القابضة المشاركة حصرا في تأسيس شركة مساهمة أو محدودة تكون تابعة لها وبالوسائل المحددة قانونا فقد تبادر الشركة القابضة وبهدف توسيع نشاطها للمشاركة في تأسيس شركة مساهمة وتتملك ما لا يقل عن رأس مالها ومن ثم تسيطر على ادارتها وبما يجعل من الأخيرة تابعة لها بحكم السيطرة عليها .

كما يمكن للشركة القابضة المساهمة في رأس مال كافة انواع الشركات المعروفة في القانون العراقي -سواء بالمشاركة في تأسيسها أو الانضمام لعضويتها لاحقا - كالتضامنية والبسيطة دون أن تكون تلك الشركات تابعة لها لعدم تحقق السيطرة عليها وبالمفهوم القانوني المحدد سابقا

٣- استثمار اموالها في الاسهم والسندات والاوراق المالية : يأتي اقرار هذا الحق انسجاما وطبيعة الشركة القابضة كونها تسعى للسيطرة على الشركات من خلال شراء أسهمها ، كما أن الشركات القابضة قد تهدف من شراء الاوراق المالية للشركات الاخرى لتحقيق الربح الناتج عن المضاربة بما تشتريه من أسهم او بواسطة الفائدة التي تستوفيها عند شرائها لسندات القرض .ويلاحظ أن صياغة النص تشير الى حق الشركة القابضة في الاستثمار بثلاث ادوات هي الاسهم والسندات والاوراق المالية في حين ان الاسهم والسندات ما هي الا اوراق مالية . فضلا عن ذلك فان الاستثمار في الاوراق المالية الذي يمكن الشركة من السيطرة على الشركات التابعة هو الذي يرد على الاوراق المالية

---

[1] - مع ذلك نرجح ايرادها على سبيل الحصر للأخذ بنظر الاعتبار عدم وجود صيغة تشير الى أن ما ورد قانونا هي انشطة رئيسية وتسمح لها القيام بغيرها من الانشطة فضلا عن ذلك فان ما ذكر من انشطة يكفي لتحقيق غرض الشركة القابضة والمتمثل بالسيطرة على الشركات الاخرى .

الصادرة عن غيرها من وليس الاوراق الصادرة عنها لذلك كان لا بد من مراعاة ذلك في النص .

٤- **تقديم القروض والكفالات والتمويل الى الشركات التابعة لها :** ادراكا من المشرع بالامكانات المادية العالية للشركات القابضة وارتباط المصالح فيما بينها وبين الشركات التابعة لها فقد اكد صراحة على صلاحية الشركة القابضة في الوقوف الى جانب الشركات التابعة لها لتأمين احتياجاتها من الاموال على شكل قروض و كفالات سواء كان بمقابل ام بدون مقابل . ولا نرى أن هناك ما يحول دون قيام الشركة بهذا النشاط تجاه شركات اخرى غير تابعة لها طالما لا يوجد مانع قانوني في هذا الشأن .

٥- **تملك براءات الاختراع والعلامات التجارية وحقوق الامتياز وغيرها من الحقوق المعنوية واستغلالها وتأجيرها للشركات التابعة لها أو لغيرها :** في الوقت الذي تعد فيه الحقوق المعنوية من قبيل الاموال المنقولة فان امكانية امتلاكها من قبل الشركة القابضة يعتبر تطبيقا لحقها في تملك الاموال المنقولة الذي أقرته المادة ٧ / ثانيا / ١ ، ولا شك أن امتلاك الشركة لهذه الحقوق واستغلالها بنفسها أو بواسطة غيرها من الشركات يفسح المجال امامها للحصول على فرص جديدة للربح .

المطلب الثالث : تنظيم علاقة الشركة القابضة بالشركات التابعة لها

بدا واضحا أن الشركات التابعة هي الشركات التي تسيطر عليها الشركة القابضة وهي محتفظة بوجودها القانوني وشخصيتها المعنوية وبشكل مستقل عن الشركة القابضة ، وقد نظم المشرع بمقتضى التعديل الثاني مجموعة من الاحكام الخاصة بالعلاقة بينهما من ثلاث وجوه نبينها تباعاً :

١- **حظر تملك الشركة التابعة أسهما في رأس مال الشركة القابضة وبطلان كل تصرف مخالف لذلك:** هذا ما أكدته صراحةً المادة ٧/مكررة / بفقرتها الثالثة ، وبالنظر الى النطاق الشخصي لهذا الحظر نجد انه يسري على الشركة التابعة بصفتها المعنوية المستقلة عن شخصية أعضائها دون المساهمين المكونين لها ، إذ يمكن للمساهم في الشركة التابعة وبما له من ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركة تملك أسهما في الشركة القابضة ومن ثم اكتساب العضوية فيها بما يترتب على ذلك من اثار قانونية ، اما الشركة التابعة فلا يمكنها بمقتضى هذا الحظر اكتساب العضوية في الشركة القابضة .

أما من حيث الموضوع فان الحظر يشمل جميع التصرفات الناقلة للملكية سواء كانت بمقابل ام بغير مقابل ، وعليه يخرج من نطاق الحظر التصرف الذي يرتب للشركة التابعة حق عيني - عدا الملكية -على اسهم الشركة القابضة كالرهن مثلا . كما أن نطاق الحظر يسري فقط على اسهم الشركة القابضة دون غيرها من اوراقها المالية ، وعليه فلا غبار على مشروعية اكتتاب الشركة التابعة بسندات القرض الصادرة عن الشركة القابضة مثلا . وما عدا ذلك فإن أي تصرف يخالف نطاق الحظر مصيره البطلان .

وبتقديرنا المتواضع يبدو أن غاية هذا الحظر تكمن في الحيلولة دون تمكين الشركة التابعة من المشاركة في تسيير ادارة الشركة القابضة وابداء الرأي بشأن ما يصدر عنها من قرارات ، بحكم مالها من أصوات متفرعة عن عضويتها في الشركة القابضة ، في

الوقت الذي يفترض فيه أن تكون الشركة القابضة ذات سيطرة على ادارة الشركة التابعة لا العكس . لذلك يجد البعض في تملك الشركة التابعة أسهما في الشركة القابضة تناقضا مع الفكرة التي قامت عليها الشركة القابضة وهي سيطرة الاخيرة على الشركات التابعة لها([١]).

٢- تمثيل الشركة القابضة في مجلس ادارة الشركة التابعة : نظم المشرع تشكيل مجلس ادارة الشركة المساهمة التابعة بطريقة مغايرة للقواعد الخاصة بغيرها من الشركات المساهمة مراعاةً لوجود الشركة القابضة كمساهم فيها يسيطر على ادارتها لذلك فمن الطبيعي أن تشارك في مجلس ادارة الشركة التابعة بواسطة ممثليها . اذ أن الاثر الرئيسي المترتب على خضوع الشركة التابعة لسيطرة الشركة القابضة يكمن في تدخل الشركة القابضة في الشؤون الإدارية للشركة التابعة لذلك يعاد تشكيل مجلس ادارتها على نحو يتيح للشركة القابضة المشاركة في عضوية المجلس بواسطة ممثليها . ليس هذا فحسب بل تعد الشركة القابضة عضوا مؤثرا في مجلس ادارة الشركة التابعة الخاضعة لسيطرتها ([٢]) .

وعليه فأن الشركة القابضة تتدخل في ادارة الشكة التابعة فور تحقق عملية السيطرة عليها بالوسائل المحددة قانونا ، وفي هذا الشأن اكد المشرع على قيام الشركة القابضة بتعيين ممثليها في مجلس ادارة الشركة التابعة بنسبة مساهمتها أي أن تمثيل الشركة القابضة في عضوية مجلس ادارة الشركة التابعة يعد خارجا عن نطاق اختصاص الهيئة العامة للشركة التابعة ([٣]) ، غير انه لم يوضح الطريقة التي يتم بمقتضاها تعيين هؤلاء الاعضاء والجهة الادارية المختصة بتعيينهم من بين التشكيلات الادارية للشركة القابضة والوقت الذي يتم فيه ذلك . ونرجح أن ذلك من اختصاص الهيئة العامة للشركة القابضة اذ تقوم بانتخاب مجلس ادارة جديد وتعيين ممثلين عن الشركة المسيطر عليها ليتسنى لها بذلك توجيه ادارة الشركة القابضة وفق خططها الاقتصادية . على أن تدخل الشركة القابضة في اختيار اعضاء مجلس ادارة الشركة التابعة يسري فقط على الاعضاء الممثلين لها دون غيرهم . اذ يحظر عليها الاشتراك في انتخاب بقية اعضاء المجلس ([٤]) لتتولى الهيئة العامة للشركة التابعة انتخابهم .

٣- اعداد ميزانية خاصة بالشركة القابضة وبالشركة التابعة : من المعلوم أن كل شركة ملزمة باعداد ميزانية في نهاية كل سنة مالية توضح مركزها المالية تخضع لرقابة وتدقيق الجهة المختصة قانونا ([٥]) ، ومع مراعاة ارتباط المركز المالي للشركة القابضة بنشاط الشركات التابعة لها لذلك اكد المشرع على ضرورة قيام الشركة القابضة باعداد

---

[١] - د. فاروق ابراهيم جاسم ، مصدر سابق ، ص ٥٦٧ .
[٢] د. صلاح امين أبو طالب ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .
[٣] - خلافا لما عليه الحال في الشركات المساهمة الاخرى اذ تتولى الجمعية العامة فيها انتخاب اعضاء مجلس الإدارة وفقا لما بينته المادة ١٠٣ ، ١٠٤ من قانون الشركات العراقي
[٤] - ينظر المادة ٧ مكررة / ثالثا / ب من قانون الشركات العراقي .
[٥] - ينظر المادة ١٣٤ من قانون الشركات العراقي .

ميزانية لها ولكل من الشركات التابعة لها لذلك وصفها بالمجمعة . على أن قيام الشركة القابضة باعداد ميزانية مجمعة لها و للشركة التابعة لها لا يعفي الاخيرة من التزامها القانوني باعداد ميزانية خاصة بها وذلك بحكم استقلال الشخصية المعنوية لكل منهما عن الاخرى بما يترتب على ذلك اختلاف اصول وخصوم ميزانية كل منهما عن الاخرى .

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بمساهمة رأس المال الاجنبي في الشركات العراقية

تعد مساهمة رأس المال الاجنبي في الشركات العراقية من المسائل الهامة التي عنى بها المشرع وقد مر تنظيمها بمراحل مختلفة تأثر خلالها موقف المشرع فيها بالسياسة التشريعية السائدة آنذاك . فمن مرحلة المنع الكلي للأجانب من الدخول في عضوية الشركات العراقية بالمساهمة في رأس مالها وبأية صفة بمقتضى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغي الأسبق بأستثناء مواطني الدول العربية ، وبصدور قانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بدأت مرحلة المنع الجزئي اذ تم تحديد مشاركة مواطني الدول العربية على شركات الاموال حصرا دون التطرق الى غيرهم من الأجانب على نحو يفهم من هذا السكوت بالمنع ، وبدخول العراق مرحلة الانفتاح الاقتصادي عقب أحداث ٢٠٠٣ أوجد التعديل الاول رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٤الصادر عن سلطة الائتلاف المنحلة تغييرا جوهريا في هذا الشأن من خلال فتح باب العضوية في الشركات العراقية أمام جميع الاشخاص وبصرف النظر عن جنسياتهم ونوع الشركة وصفة المشاركة فيها ، دون ضمانات قانونية وهو ما يشكل خطرا يهدد بتحكم فئات متنفذة ماليا على ادارة الشركات بما يخدم صالحها سيما في ضل رفع القيود الخاصة بالمقدار المسموح تملكه في رأس مال الشركة([1]).

وقد أدرك المشرع مؤخرا خطورة سيطرة اليد الأجنبية على ادارة الشركات العراقية كوحدات اقتصادية تساهم في دعم الاقتصاد العام -سيما الكبرى منها - وذلك بمقتضى التعديل الثاني والذي تناول بالمادة الثانية منه تعديل حكم المادة ١٢١ من قانون الشركات العراقي والتي جاءت بأحكام جديدة بشأن مساهمة الاجنبي في رأس مال الشركات العراقية تعتمد على نوع الشركة وعلى التفصيل الاتي :

١- **الابقاء على الحكم السائد قبل التعديل بشأن فتح باب المساهمة بالنسبة للعراقي في رأس مال الشركات بمختلف انواعها وبأية صفة كانت (مؤسس أو مساهم)** شريطة عدم وجود مانع قانوني يحول دون عضويته في الشركة بموجب القانون أو قرار صادر عن المحكمة أو جهة حكومية مختصة .

٢- **حظر مساهمة الاجنبي في شركات الاشخاص العراقي وبصورة مطلقة على النحو الذي يحول دون اكتسابه للعضوية فيها** ، وبتقديرنا أن هذا الحظر يجد ما يبرره . ذلك أن شركات الاشخاص تعد شركات عائلية تؤسس عادة بين اشخاص تربطهم علاقات وطيدة تجعل كل منهم مستعدا لتحمل المسؤولية الشخصية والكاملة عن ديونها ، وهذا ما

[1] - ينظر المادة ١٢ و المادة ٣٢ من قانون الشركات العراقي .

يندر حدوثه عندما يشارك الاجنبي في رأس مالها ، كما أن هذا الحظر يؤمن الحماية الكافية لدائني الشركة بسبب صعوبة وصولهم الى اموال الشريك الاجنبي للتنفيذ عليها اذا اقتضى الامر بحكم مسؤوليته الشخصية عن ديونها مقارنة بما عليه الحال فيما لو اقتصرت عضويتها على الشركاء العراقيين .

٣- تقييد مساهمة الأجنبي في رأس مال الشركات العراقية في نطاق الشركات المساهمة والمحدودة فقط : وبمقتضى ذلك أصبح بإمكان الأجنبي طبيعيا كان أو معنويا المشاركة في عضوية هذه الشركات سواء بصفته من مؤسسيها أو المساهمين فيها ، ولتدارك مخاطر هذه المساهمة فقد سعى المشرع لتحديد مقدار مساهمة رأس المال الأجنبي في الشركات العراقية على نحو يحول دون سيطرته عليها مراعاة للصالح العام ، وذلك من خلال اشتراطه بأن لا تقل نسبة مساهمة العراقيين في رأس مال الشركة عن ٥١% ، وبمفهوم المخالفة يتضح أن مقدار مساهمة رأس المال الأجنبي مقيدا بحد أعلى لا يصح تجاوزه والمتمثل بما لا يزيد عن ٤٩% الأمر الذي يحول دون تمكين الشركات القابضة الاجنبية من فرض سيطرتها على الشركات العراقية وجعلها تابعة لها ، لما يستلزم ذلك – كما بينا - من ضرورة امتلاك ما لا يقل عن نصف رأس مالها ، ولا يخفى أن موقف المشرع هذا ينم عن حرصه على ابعاد الشركات العراقية من سيطرة الأيادي الأجنبية وما يجر ذلك من مخاطر في ضل اضطلاع هذه الشركات بالمشاريع الاقتصادية الحيوية ، غير انه قد يكون مدعاة لتقييد الاستثمار الأجنبي الى حد ما في الوقت ذاته .

ومع ذلك لم يبين المشرع حكم التصرفات القانونية التي يترتب عليها تجاوز ملكية الأجانب عن الحد المقرر قانونا لذلك حري بالمشرع ولضمان فاعلية تطبيق النص التأكيد على البيع الجبري للأسهم المتجاوزة للحد المقرر وباتباع الإجراءات القانونية المقررة في هذا الشأن .

المبحث الثالث : الأحكام الخاصة بمستلزمات تأسيس الشركة ورأس مالها

أعاد المشرع العراقي النظر في مرحلة تأسيس الشركات بمقتضى التعديل الثاني لقانون الشركات بواسطة تغيير بعض القواعد السارية على مستلزمات تأسيسها ومقدار الحد الأدنى لرأس المال وهذا ما سنبينه تباعا بتخصيص مطلب مستقل لكل منها :-

المطلب الأول : تعديل مستلزمات تأسيس الشركة

يقصد بمستلزمات التأسيس الوثائق والأوراق التي تطلب القانون ارفاقها بطلب تأسيس الشركة الى مسجل الشركات ، وتتمثل هذه الوثائق وفقا لما بينته المادة ١٧ من قانون الشركات العراقي بكل من عقد الشركة ، وشهادة المصرف بإيداع رأس المال المطلوب قانونا بالنسبة لعموم الشركات ، وفضلا عن هاتين الوثيقتين يرفق بطلب التأسيس بالنسبة للشركات المساهمة وثيقة اكتتاب مؤسسي الشركة وموقعة منهم ودراسة بالجدوى الاقتصادية والفنية بالنسبة للشركة . وبصدور التعديل الثاني الغي نص المادة ١٧ وحل محلها حكم مشابه للحكم السابق إذ ابقى المشرع على مستلزمات تأسيس

الشركات الاخرى عدا المساهمة اما الشركة المساهمة فقد تخلى بمقتضى هذا التعديل عن وثيقة اكتتاب المؤسسين ضمن مرفقات طلب التأسيس مكتفيا بالوثائق الاخرى . وسنبين تباعا ماهية تلك الوثائق ووظيفة كل منها :

١- عقد الشركة ويمثل الوثيقة التي تجسد ارادة الشركاء على تكوين الشركة ويتم اعداده من قبل المؤسسين ويتضمن البيانات المقررة قانونا والكفيلة بتوضيح ماهية المشروع الاقتصادي المراد تأسيسه من قبيل اسماء الشركاء وطبيعة نشاط الشركة ومقدار رأس مالها واسمها التجاري وغير ذلك من البيانات ([1]) على النحو الذي يجعل من العقد وثيقة أساسية لتأسيس مختلف انواع الشركات .

٢- شهادة مصرفية تؤيد ايداع رأس المال المقرر قانونا لدى المصرف : لضمان جدية المشروع المراد تأسيسه ولتأمين امتلاك الشركة لمقدار من المال يكفل ضمان الوفاء بديونها ومن ثم حماية دائنيها أوجب القانون ضرورة ايداع رأس المال لدى لمصرف وبما لا يقل عن الحد الادنى المقرر قانون وبحسب نوع الشركة ، كما عد تقديم شهادة الايداع المصرفية وثيقة ينبغي ارفاقها بطلب التأسيس إمعانا في تحقيق الاهداف المرجوة منها .

٣- دراسة بالجدوى الاقتصادية والفنية للشركة المساهمة : اوجب المشرع ضرورة اعداد دراسة بالجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع الاقتصادي المراد تأسيسه وارفاقها بالطلب ضمن مستلزمات التأسيس كأجراء خاص بتأسيس الشركة المساهمة . وتتضمن دراسة الجدوى الاقتصادية الدراسات التي تمكن من توفير المعلومات التي تساعد متخذي القرار الاستثماري في اتخاذ قرار بما يحقق اهدافه على نحو يحول دون تبديد الموارد المالية وفشل المشروع ([2]) . وهو ما يشير الى اعتماد تلك الدراسة على البيانات المالية للمشروع الاقتصادي المراد إنشائه من قبيل مصاريف التأسيس والعائد المالي المتوقع والخسائر المحتملة وغيرها .

والى جانب الجدوى الاقتصادية تهتم دراسة الجدوى الفنية بامكانية تنفيذ المشروع المقترح من الناحية الفنية من خلال دراسة البدائل المختلفة بغية الوصول لتقدير اجمالي الاستثمارات وتكاليف التشغيل([3]) وكما يلاحظ أن اعداد دراسة بالجدوى الاقتصادية والفنية من شأنه ضمان تقدير مدى نجاح المشروع الاقتصادي المزمع تأسيسه على نحو يجعل منها وثيقة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها من ضمن مستلزمات تأسيس الشركة المساهمة تبعا لتفردها عن باقي الشركات في مشاركة الجمهور بأموالهم في تكوين رأس مالها واضطلاعها بالمشاريع الكبيرة . وهو ما يستدعي ضرورة ارتكاز عملية التأسيس على دراسة مفصلة بالجدوى الاقتصادية والفنية للشركة .

---

[1] - ينظر المادة ١٣ منم قانون الشركات العراقي .اما في الشركات المكونة من شخص واحد فيحل فيها بيان التأسيس محل عقد الشركة في ضل غياب تعدد الشركاء.

[2] - د. خليل محمد خليل ، دراسات الجدوى الاقتصادية ، الطبعة الاولى ، مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٥ .

[3] - د. خليل محمد خليل ، المصدر نفسه ، ص ٣٧ .

ما تقدم يمثل الوثائق التي اكتفى المشرع ارفاقها بطلب التأسيس للمسجل كمستلزمات لتأسيس الشركة والغى وثيقة اكتتاب المؤسسين التي كان يتطلبها قبل التعديل الثاني . على أن هذا لا يعني بطبيعة الحال الاستغناء عن الحاجة لاكتتاب مؤسسي الشركة بالنسب المقررة قانونا وكذلك ضروري ايداع المبالغ المتحصلة من اكتتاب المؤسسين لدى احد المصارف وانما كل ما في الأمر هو عدم الحاجة لارفاق وثائق الاكتتاب بطلب التأسيس.

المطلب الثاني : تنظيم رأس مال الشركة

اكدت المادة الرابعة من التعديل الثاني لقانون الشركات على الغاء نص المادة ٢٨ من قانون الشركات المعنية برأس مال الشركات واحلالها بنص جديد يلاحظ بشأنه ما يأتي :

اولا : الابقاء على الحدود الدنيا لرأس مال الشركات المقرر قبل التعديل والذي يتفاوت بحسب نوع الشركة وتدرجها في الاهمية ، والمتمثل بما لا يقل عن مليوني دينار بالنسبة للشركة المساهمة ومليون دينار في الشركة المحدودة وخمسمائة الف دينار لرأس مال بقية الشركات . ومع أن التعديل اختصر تسمية الشركة محدودة المسؤولية والتي كانت موجودة قبل التعديل واسماها بالمحدودة غير أن قصد المشرع واضحا للعيان بانصرافه الى هذه الشركة والتي نظمتها المادة السادسة ذات الاعضاء المتعددين وليس الشركة محدودة المسؤولية المكونة من شخص واحد والتي نظمتها المادة (٨/ ثانيا / ١) سيما وانه ابقى على الحد الادنى لرأس مالها . أما الأخيرة (ذات الشخص الواحد) فتخضع في حكمها لباقي الشركات . وفي ضل ما يشهده الواقع الاقتصادي مؤخرا من انخفاض قيمة الدينار العراقي نعتقد أن الابقاء على الحدود الدنيا أمر محل نظر، ويفسح المجال لإمكان تأسيس شركات بأموال ضئيلة لا تكفي لتنفيذ غرضها مما يقلل من أهميتها الاقتصادية .

ثانياً : منع التعديل زيادة نسبة مديونية الشركة (المطلوبات) الى مجموع رأس مال الشركة وحقوق المالكين الأخرى على ٣٠٠%، ويفسر هذا بأنه اجراء اقتصادي محاسبي الغرض منه منع الشركة من أن تكون مدينة بما يتجاوز الحدود المقررة قانونا حمايةً للدائنين([1]). وقد حرص المشرع بمقتضى التعديل الثاني على توسيع نطاق الحماية لتشمل دائني مختلف انواع الشركات ، وهذا ما نحبذه في الوقت الذي قصر فيه النص قبل تعديله هذه الحماية على دائني الشركة المساهمة دون غيرها من الشركات وبتقديرنا لا يوجد مبرر كافي للتمييز بين دائني الشركات حتى وان اختلفت الاحكام الخاصة بنوع المسؤولية الملقاة على عاتق الشركاء في كل منها ، كما لا يمكن التغاضي عما توفره تلك الحماية من تشجيع واقبال الجمهور للتعامل مع الشركة دون تخوف من ضياع الحقوق مما يصب في صالحها .

ثالثا: أشار التعديل الثاني الى امكانية تعديل المبالغ والنسب (المشار اليها أعلاه) بمقتضى قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير التجارة مراعيا بذلك التغييرات

[1] -د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية، ٢٠٠٦ ، دراسة قانونية مقارنة، الجامعة المستنصرية،ص ١٥٠ .

المتواصلة على الوضع الاقتصادي العام والتي قد تجعل من المبالغ والنسب المذكورة غير ذات قيمة أو بالعكس ([1]) وحسنا فعل المشرع بذلك على نحو يتيح إمكانية تعديل تلك النسب بما يتلائم والوضع الاقتصادي العام .

المبحث الرابع : الاحكام الخاصة بأدارة الشركة وتصفيتها

ثمة تعديلات ادخلها المشرع بمقتضى التعديل الثاني لقانون الشركات تمس الجانب الاداري للشركة من خلال إعادة النظر بطريقة ممارسة الشريك لحقه في ادارة الشركة بواسطة غيره من خلال تعديل القواعد الخاصة بالإنابة والتوكيل وهذا ما سنتعرف اليه بمطلب اول وكذلك استحداثه لمنصب نائب المدير المفوض وهو ما نبينه بمطلب ثاني ، على أن نبين بمطلب ثالث التعديلات الخاصة بمرحلة تصفية الشركة .

المطلب الأول : الإنابة والتوكيل في المشاركة باجتماعات الهيئة العامة

بصرف النظر عن تاريخ اكتساب العضوية في الشركة يتمتع كل شريك بحقوق إدارية تمكنه من المشاركة في تسيير عجلة ادارة الشركة وذلك من خلال حضوره في الاجتماعات المنعقدة من قبل الهيئة العامة ومناقشة ما يطرح من قرارات ادارية والتصويت عليها .وبالنسبة لشركات الاشخاص يلاحظ بأن الاعتبار الشخصي الذي يشكل قوام هذه الشركات يفرض على الشريك ممارسة هذه الحقوق الادارية بنفسه دون توكيلها للغير ([2])سيما في ضل حجم المسؤولية الملقاة على عاتقهم عن التزامات الشركة . مع ذلك فالامر لا يخلو من احتمال تعذر قيام الشريك بذلك لسبب ما ، وهو ما يبرر ضرورة تمثيله في الهيئة العامة للشركة . اما في شركات الاموال فالوضع مختلف ، حيث يسود الاهتمام بالمال اكثر من الاهتمام بشخصية الشركاء وتضعف صلة الشريك بالشركة ([3]) لذلك تضعف نية المشاركة لدى المساهمين فيها في ضل سعي الاغلبية منهم نحو المضاربة على الاسهم بدافع الحصول على الربح ([4]) غير انه تبقى هذه الحقوق مكفولة لكل عضو ، ويمكنه ممارستها بنفسه أو بواسطة غيره في حال تعذر قيامه بذلك شخصيا وذلك بمقتضى انابة احد الشركاء الآخرين أو توكيل الغير (الأجنبي عن الشركة) بوكالة مصدقة . ومع احتمال تركز سلطة اتخاذ القرار بيد عدد محدود من الشركاء نتيجة لهذا التفويض سيما في الحالات التي يتم فيها لصالح اعضاء مجلس الإدارة غير انه يعد ضروريا لتأمين حضور النصاب اللازم لانعقاد اجتماعات الهيئة العامة .

---

[1] - يلاحظ أن صلاحية تعديل الحد الادنى لرأس المال وفق متطلبات التطور الاقتصادي كانت مقررة لوزير التجارة العراقي آنذاك منذ صدور قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧بمقتضى المادة (٢٨/ اولا منه) غير أن التعديل الاول لسنة ٢٠٠٤ علق العمل بها .

[2] د. خالد الشاوي ، شرح قانون الشركات التجارية العراقي ،الطبعة الاولى ، مطبعة الشعب ، ١٩٦٨ ، ص ١٤٣

[3] - د. باسم محمد صالح و د. عدنان احمد ولي العزاوي ، القانون التجاري ، الشركات التجارية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٩ ، ص ١١٣ .

[4] - ينظر الدكتور محمود سمير الشرقاوي ، الشركات التجارية في القانون المصري ، دار النهضة العربية ة، ١٩٨٦ ، ص ٣٨ .

وقد تناول المشرع بالتعديل موضوع تفويض الشريك لغيره في المشاركة باجتماعات الهيئة العامة وذلك بالمادة الخامسة منه والتي أكدت على إلغاء نص المادة ٩١ والمعنية بهذا الموضوع واحلالها بنص جديد ، نورد بشأنه الملاحظات الآتية :

١- **الجهة المختصة بتنظيم سند الانابة :** ويراد بسند الانابة الوثيقة التي يتم بمقتضاها تفويض الشريك لشخص اجنبي عن الشركة لممارسة حقه في المشاركة باجتماعات الهيئة العامة ، اذ يتعين أن تتم الانابة بمقتضى سند الانابة الرسمي المعتمد في الشركة . وفي السابق كان تنظيم هذا السند يخضع لتعليمات يتولى تنظيمها مسجل الشركات توضح شكل السند وما يحويه من بيانات وكيفية اعداده ، في حين اناط التعديل الثاني هذا الاختصاص الى هيئة الاوراق المالية ([1]) . ولعل المشرع راعى في ذلك طبيعة مسألة الانابة كونها لا صلة لها بوجود الشركة ولا يترتب على مزاولتها ما يستوجب تعديل عقد الشركة على النحو الذي يتطلب معه تدخل مسجل الشركات لذلك سعى لتوحيد الجهة المعنية بمتابعة الشركات المساهمة المدرجة في سوق الاوراق المالية باخضاعها لهيئة الاوراق المالية بما يمكنها من حماية مصالح المساهمين وهو ما يقلل في الوقت نفسه من عبء المهام الملقاة على عاتق المسجل .

واذا كان تدخل هيئة الاوراق المالية يبدو مقبولا ومفيدا في هذا الشأن بالنسبة للشركات المساهمة المدرجة في سوق العراق للاوراق المالية في ضل خضوعها لقواعد السوق ومن ثم لرقابة الهيئة باعتبارها الجهة الرقابية على نشاط السوق . غير انه يبدو متعذرا بالنسبة للشركات المساهمة غير المقيدة في السوق سيما وان القيد في السوق يعد امرا اختياريا يمكن للشركة اتخاذها من عدمه وفقا لما تقتضيه مصلحتها ورؤية ادارتها وهو ما يفيد بالنتيجة لانعدام الصلة بين نشاط الشركات غير المقيد والاختصاص القانوني للهيئة ، وهذا ما ينطبق تماما على الانواع الاخرى من الشركات والتي تأبى بطبيعتها القيد في السوق على غرار الشركة المحدودة والتضامنية فلا يوجد مبررا لتدخل الجهة الرقابية على سوق الاوراق المالية في هذا الشأن في الوقت الذي تمارس فيه هذه الشركات نشاطها بمعزل عن السوق .

٢- **مقر ايداع وتدقيق سندات الانابة والوكالات :**استتبع تغيير الجهة المختصة بتنظيم سند الانابة بالضرورة تغيير مقر ايداع وتدقيق تلك السندات ، فبعد أن كانت الوكالات وسندات الانابة لدى مركز ادارة الشركة ليتولى مجلس الإدارة تدقيقها للتأكد من صحتها اوجب التعديل ضرورة ايداعها لدى هيئة الاوراق المالية لتتولى القيام بذلك . وفي ضل عدم خضوع الشركات غير المقيدة لقانون السوق وتعليماته فان تدخل هذه الهيئة يبدو اجراء غير سليم ، ولذلك نؤيد ضرورة الابقاء على الحكم السابق واناطة مهمة استلام

---

[1] - يلاحظ أن التسمية المعتمدة لهذه الهيئة في القانون المؤقت لأسواق الاوراق المالية العرقي رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٤ هي الهيئة العراقية المؤقتة للسندات وسوق الاوراق المالية .

السندات والوكالات لإدارة الشركة على نحو يمكن الشركة من تدقيقها قبل عقد الاجتماع([1]).

المطلب الثاني : استحداث منصب نائب المدير المفوض لشركة

في الوقت الذي اناط فيه قانون الشركات مسؤولية القيام بجميع الاعمال اللازمة لادارة الشركة وتسيير نشاطها لمن يشغل منصب المدير المفوض ([2]) فقد استحدث المشرع بمقتضى التعديل الثاني لهذا القانون منصب اداري جديد وهو نائب المدير المفوض ليتولى القيام بأعمال المدير المفوض عند تغيبه اذا دعت الحاجة لذلك ([3]) وبتقديرنا أن تبرير ذلك يعود لتجاوز ما ينشأ عن مشكلة تغيب المدير المفوض من آثار سلبية تعطل مصلحة الشركة والمساهمين فيها .

ويلاحظ على التعديل انه جعل من تعيين هذا النائب أمرا اختياريا متروكا للجهة المختصة قانونا في الوقت الذي نرجح فيه فاعلية هذا المنصب في حل مشاكل الشركة ستصبح اكثر قوة فيما لو كان الامر وجوبيا .وفيما يخص مركز نائب المدير المفوض نجد أن التعديل قد أحال بشأنه الى القواعد الخاصة بالمدير المفوض سيما ما يخص منها تعيينه وصلاحياته واعفائه ، وعليه يمكن القول بأن مجلس الإدارة في الشركات المساهمة هو من يتولى تعيين هذا النائب سواء من بين المساهمين فيها أو من الغير من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال الشركة ، كما يتولى المجلس تحديد اختصاصاته وصلاحياته، في حين تتولى الهيئة العامة بالنسبة للشركات الاخرى صلاحية القيام بذلك.

وتمتلك الجهة المختصة بتعيين نائب المدير المفوض صلاحية اعفائه ، ومع أن التعديل لم يحسم مسألة اجور ومكفئات هذا النائب ومسؤوليته وحكم تعاقده مع الشركة كما لم يؤكد صراحة على الاحالة بشأنها للقواعد الخاصة بالمدير المفوض على غرار ما اورده بشأن الجهة المختصة بتعيينه واعفائه وتحديد صلاحياته غير اننا لا نتردد في القول بتطبيق جميع القواعد المنظمة لمركز المدير المفوض على نائبه ياعتبار أن النائب وجد ليحل محل المدير ويشغل منصبه عند تغيبه لذا فهو يخضع للقواعد المنظمة لمنصب المدير سيما في ضل عدم وجود نص خاص يطبق في هذا الشأن .

المطلب الثالث : التعديلات الخاصة بمرحلة تصفية الشركة

شمل التعديل الثاني لقانون الشركات مرحلة تصفية الشركة بقواعده والتي اوجدت في هذا الشأن تعديلات من جانبين هما :

١- تعديل المدد المرتبطة بالأسباب الموجبة لانقضاء الشركة بحكم القانون ، وذلك بتمديدها الى حد الضعف محاولةً من المشرع امهال الشركاء القدر الكافي من الوقت لانقاذ حياة الشركة . اذ جعل – على وجه الخصوص – اذ تطلب لانقضاء الشركة عدم مباشرتها لنشاطها دون عذر مشروع لمدة سنتان على تأسيسها بدلا من سنة واحدة وهذا

---

[1] د. فاروق ابراهيم جاسم ، مصدر سابق ،ص ٤٢٢ .

[2] - ينظر المادة ١٢١ / اولا من قانون الشركات العراقي

[3] - وذلك بإضافة بند ثالثا الى المادة ١٢١ من قانون الشركات العراقي .

ما فعله ايضا بشأن توقف الشركة عن مزاولة نشاطها فقد تطلب لاعتباره سببا موجبا لانقضائها مدة تزيد على السنتين بدلا من السنة الواحدة ، الامر الذي ينم عن حرص المشرع في الحفاظ على حياة الشركة .

٢- اعطاء الشركاء صلاحية تحديد تصفية الشركة وتضمينها كبند في عقد الشركة لتطبيقها بدلا من الآلية المحددة قانونا . فقد اكدت المادة التاسعة من التعديل الثاني على اضافة بند يكون تسلسله ثانيا الى المادة ١٥٨ من قانون الشركات المعنية بتصفية الشركة ، ويلاحظ على هذا البند والذي ننأى عن ذكره لطول النص أن التعديل لم يبين ما اذا كان من شأنه حذف البند ١٥٨ / ثانيا من القانون قبل التعديل من عدمه ، في الوقت الذي نرجح فيه كون النص المعدل يحل محل النص السابق ويلغيه سيما في ضل تشابههما من العبارات والمضمون ما عدا أن النص المعدل تضمن عبارة (دون الاخلال بآلية التصفية الموجودة في عقد الشركة) وذلك بهدف تنفيذ رغبة الشركاء في اتباع طريقة التصفية المتفق عليها والمكتوبة بالعقد في حال تخلف الشركة عن التوصية بتصفيتها عند تحقق احد الاسباب المحددة قانونا و انقضاء المهلة القانونية البالغة سنتين على تنبيه المسجل لها . اما اذا لم يتضمن عقد الشركة اتفاقا من الشركاء على آلية تصفيتها فعندئذ تطبق الآلية المحددة قانونا . ولعل رغبة المشرع في ترك الحرية للشركاء لاختيار اجراءات يسيرة وسريعة للتصفية بدلا من الاجراءات القانونية هو ما دعا لاعطائهم هذا الحق .

المبحث الخامس : الأحكام الخاصة بالعقوبات والنصوص المستحدثة

اورد التعديل الثاني لقانون الشركات العراقي بعض التعديلات على النصوص المعنية بتنظيم العقوبات المفروضة على المخالفات المذكرة فيه ، كما استحدث نصوصا لتنظيم بعض المسائل ، وهذا ما سنوضحه تباعا في المطلبين الآتيين :

المطلب الاول : تنظيم العقوبات

ثمة عقوبات تضمنها قانون الشركات العراقي النافذ لضمان تنفيذ الشركاء لأحكامه ، وقد أُشرت على تلك العقوبات بعض المآخذ سيما ما يخص منها المخالفات المتصلة بمرحلة تأسيس الشركة والتزام الشركاء بالافصاح عن المعلومات ، وقد سعى المشرع لتدارك ذلك عبر التعديل الثاني وهذا ما يتضح بوجه خاص من خلال الآتي :

١- وضع حد أدنى وحد أعلى للغرامات المالية بدلا من الإكتفاء بالحد الأعلى الذي كان مقررا قبل التعديل : إذ كانت عقوبة الغرامة المقررة لبعض المخالفات مقيدة فقط بحد أعلى على نحو يعطي للجهة المعنية صلاحية مفتوحة للنزول بمقدار العقوبة الى الحد الذي تراه مناسبا على النحو الذي يحتمل معه أن تصل قيمة الغرامة الى حد من التفاهة وهو ما يقلل من اهمية العقوبة ويشجع الشركاء على التهاون في تطبيق حكم القانون . وهذا ما سعى المشرع للحيلولة دون وقوعه عبر وضع حدود دنيا للغرامات المفروضة لا يصح النزول عنها عند فرض العقوبة جراء تحقق احدى المخالفات المنصوص عليها قانونا .نذكر من ذلك فرض غرامة لا تقل عن ثلاثة ملايين دينار ولا تزيد عن خمسة ملايين على كل من مارس نشاطا بأسم شركة مساهمة أو محدودة

لمسؤولية أو تضامنية أو مشروع فردي دون استحصال شهادة تأسيس (المادة ٢١٥ / اولا) وكذلك فرض غرامة لا تقل عن مليون ولا تزيد عن عشرة ملايين على كل شركة لم تهيئ السجلات الواجب مسكها بموجب القانون (المادة ٢١٦) .

٢- رفع مقدار الغرامة المالية المقررة على بعض المخالفات : لعل قناعة المشرع بارتباط فعالية العقوبة في تحقيق الردع العام والخاص بمقدارها هو ما دفعه لرفع مقدار الغرامات المقررة ، وهو ما نحبذه سيما في ضل انخفاض القيمة السوقية للنقود والتضخم الاقتصادي الحاصل في العراق لذلك نجد أن المشرع عمد بمقتضى التعديل الثاني للقانون الى زيادة المبالغ المقررة للغرامات وهو ما يساهم عموما في زيادة المبالغ المستوفاة بم جب القانون مما يصب في جانب الصالح العام ([1]) فمثلا من غرامة لا تزيد عن ثلاثة ملايين الى غرامة لا تزيد عن خمسة ملايين كعقوبة لمن يمارس نشاطا باسم شركة دون الحصول على شهادة تأسيس ومن غرامها لا يزيد مجموعها التراكمي عن ثلاثمائة الف الى غرامة لا يزيد مجموعها عن خمسة ملايين عند التأخر في تقديم المعلومات والبيانات المطلوب تقديمها الى جهة رسمية مختصة في الاوقات المحددة بموجب احكام هذا القانون (المادة ٢١٧) .

المطلب الثاني : النصوص المستحدثة

استحدث المشرع العراقي بمقتضى التعديل الثاني لقانون الشركات نصوصا جديدا واعطاها تسلسلا ضمن هذا القانون متمثلا بالمواد (٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣) وذلك لتنظيم مسائل معية نبينها تباعاً :

١- تنظيم آلية توزيع الاجور المستوفاة من قبل دائرة تسجيل الشركات بمقتضى القانون : من المعلوم أن دائرة تسجيل الشركات تقدم خدماتها مقابل اجور([2]) من قبيل اجور استصدار شهادة التأسيس واجور النشر في النشرة التي يصدرها مسجل الشركات وغير ذلك، وقد تدارك التعديل ما اغفله القانون بخصوص كيفية التصرف بحصيلة تلك الاجور وذلك بوضعه آلية محددة لذلك ينبغي اتباعها ([3]) وهي تشير الى تخصيص٨٠% من تلك الاجور كأيراد نهائي للخزينة العامة ونسبة ١٠% يصرف كموازنة استثمارية لتطوير عمل دائرة تسجيل الشركات ونسبة ١٠% توزع كحوافز تشجيعية شهرية لموظفي دائرة تسجيل الشركات .

ومع تأييدنا لسياسة المشرع في تبويب صرف الاجور وبشكل رسمي وعلى نحو يضمن الحفاظ على تلك الاموال المتحصلة وعدم اهدارها غير اننا نجد انه من المناسب فيما لو رفع المشرع النسبة المخصصة لتطوير عمل دائرة تسجيل الشركات الى حد ١٥% مقابل ٧٥ % للخزينة العامة وهو ما يسهم في تطوير عمل هذه الدائرة من خلال

---

[1] - كما اشارت لذلك الاسباب الموجبة للتعديل الثاني .

[2] - والتي أسماها المشرع بقانون الشركات بالرسوم غير أن التعديل الثاني أكد بالمادة ١٣ منه على أن تحل كلمة الاجور محل كلمة الرسوم اينما وردت بقانون الشركات

[3] - ينظر نص المادة ٢٢١ من قانون الشركات والمستحدثة بمقتضى المادة ١٣ من التعديل الثاني للقانون .

تنويع طرق استثمارها لتلك الاموال طالما لا يوجد قيد قانوني يضع مجالا محددا لاستثمار اموال هذه الدائرة ، وهو ما يؤدي بالنتيجة للحصول على ارباح اضافية .

٢- توفير فرص التنافس بين الشركات العراقية : حرص المشرع وفي خطوة ايجابية على دعم الشركات العراقية من خلال اعطائها الاولوية في التعاقدات الحكومية([1]) ، وتفضيلها على الشركات الاجنبية الامر الذي يساهم في خلق اجواء للمنافسة بين الشركات للعمل بطريقة افضل للفوز بفرصة للتعاقد مع الحكومة في القيام بما تعرضه من مشاريع اقتصادية بمختلف انواعها وهو ما يسهم بالنتيجة في تشغيل رأس المال العراقي واليد العاملة ، وهذا يعد أمر غير مألوف في التشريع العراقي يحسب لصالح المشرع . ومن الجدير بالذكر أن التعديل الثاني أكد على أن هذه الميزة تعطى للشركات العراقية بالمشاركة مع الشركات الاجنبية على حد تعبير المشرع .

٣- اعتماد الوسائل الالكترونية وبشكل رسمي في عمل الشركات العراقية : حرص المشرع العراقي على مواكبة التطور الالكتروني الذي يشهده العالم بأسره وذلك من خلال التأكيد على اعتماد الوسائل الالكترونية في عمل الشركات العراقية كما ورد التأكيد على ذلك بالمادة ٢٢٣ من قانون الشركات والمستحدثة بالتعديل الثاني . ومع أن المشرع لم يوضح المقصود بماهية تلك الاعمال غير أن اطلاق النص يفسح المجال للاعتداد باستخدام التقنيات الالكترونية الحديثة بدءا من مرحلة تأسيس الشركة مرورا بمباشرتها لنشاطها ولحين انقضائها وتصفيتها من قبيل القيام بما يلزم من اجراءات شكلية للحصول على شهادة التأسيس ، والافادة مما تقدمه التقنيات الحديثة من مزايا السرعة والسهولة عند طرح الاسهم للاكتتاب العام أو لتداول أوراقها المالية لاحقا كما يمكن للشركة تنظيم نشاطها وتوثيقه بواسطة مسكها لسجلات ودفاتر تجارية الكترونية كما يمكن للشركة بمقتضى هذا النص الوفاء بالتزاماتها القانونية باستخدام الوسائل الالكترونية من قبيل الافصاح عن المعلومات وتقديم دفاترها التجارية وفقا لأحكام القانون .

وفي ضل تقييد النص إمكانية استخدام التقنيات العراقية على عمل الشركات العراقية فهذا يعني تعذر تطبيقه على الشركات الأجنبية العاملة في العراق ، ولا نرى مبررا للتفرقة بين الشركات العراقية والاجنبية بهذا الشأن فالتطور التكنولوجي اصبح ضرورة ملحة لجميع الشركات والاعتماد عليها يعد من العوامل المشجعة للشركات الأجنبية على العمل في العراق وكسب ثقتها وهو ما يسهم في تحريك رؤوس الاموال ويسهم في القيام بمشاريع تنهض بالواقع الاقتصادي للبلد .

[1] - ينظر المادة ٢٢٢ من قانون الشركات العراقي والمستحدثة بالتعديل الثاني .

الخاتمـــة

من خلال تحليل نصوص التعديل الثاني لقانون الشركات العراقي تكونت لدينا بعض النتائج والتوصيات ، والتي سنبينها تباعا في فقرتين :

اولا – **النتائج** : فضلا عما أوردناه في متن البحث نستنتج :

١- ان الشركة القابضة من المشاريع التي أفرزتها التطورات الحاصلة في البيئة التجارية وقد نظمها المشرع بقانون التعديل الثاني محل الدراسة ولأول مرة باعتبارها من شركات الاموال – المساهمة او المحدودة - التي تسعى لفرض سيطرتها على شركات اخرى وجعلها تابعة لها بحكم السيطرة على مجلس الادارة او مساهمتها في رأس مالها بما لا يقل عن ٥١% دون ان يبين الاثر المترتب على انخفاض مساهمتها عن هذا الحد.

٢- يعد تدخل الشركة القابضة في ادارة الشركات التابعة أثرا اساسيا لفرض سيطرتها عليها ومع تأكيد المشرع على قيام الشركة القابضة بتعيين ممثليها في مجلس ادارة الشركة التابعة بنسبة مساهمتها غير انه لم يوضح الطريقة التي يتم بمقتضاها تعيين هؤلاء الاعضاء والجهة الادارية المختصة بتعيينهم والوقت الذي يتم فيه ذلك .

٣- ادراكا من المشرع للمخاطر المرافقة لتملك الاجانب في رأس مال الشركات العراقية لذلك سعى لحظر هذه المساهمة في نطاق شركات الاشخاص وتقييدها بحدود معينة في شركات الاموال على النحو الذي يحول دون السيطرة على الشركات العراقية . غير انه لم يبين حكم تجاوز تلك الحدود .

٤- لوحظ ان المشرع قد أقحم هيئة الاوراق المالية في التدخل بتنظيم وتدقيق سندات الانابة والوكالة التي يفوض بمقتضاها الشركاء حقوقهم الادارية لغيرهم وهو أمر لا صلة له بنشاطها وتحديدا بالنسبة للشركات غير المدرجة في سوق الاوراق المالية .

ثانيا :التوصيات : بصدد ما اورده المشرع من نصوص تعالج بعض المشاكل التي سبق بحثها نورد التوصيات الاتية :

١- نوصي المشرع بحصر نوع الشركات القابضة على الشركات المساهمة دون المحدودة وذلك في ضل سعي الشركات القابضة للسيطرة على الشركات الاخرى وامتلاك ما يتجاوز النصف من رأس مالها تبعا لما تمتلكه الشركات المساهمة مقارنة بغيرها من رؤوس اموال ضخمة تؤهلها للنهوض بالمشاريع الكبيرة بحكم مشاركة الجمهور في الاكتتاب بأسهمها

٢- تعديل صياغة نص الفقرة ج من ٧ المكررة / ثانيا لتقرأ (استثمار اموالها في الاوراق المالية) بدلا من (استثمار اموالها في الاسهم والسندات والاوراق المالية) باعتبار أن الاسهم والسندات ما هي الا اوراق مالية بطبيعتها .

٣- على المشرع معالجة الاثر المترتب على انخفاض مساهمة الشركة القابضة في رأس مال الشركة التابعة لها عن الحد الذي يؤهلها للسيطرة عليها سيما ما يخص مشاركتها في مجلس إدارة الشركة التابعة

٤- التأكيد صراحة على البيع الجبري للأسهم الزائدة عن الحد المسموح تملكه للاجنبي والذي يتسبب في انخفاض نسبة مساهمة العراقي عن ٥١% من رأس مال الشركة المساهمة أو المحدودة

٥- حصر تدخل هيئة الاوراق المالية في تنظيم وتدقيق وايداع الوكالات وسندات الانابة المتعلقة بشأن تفويض المساهمين حقوقهم الادارية للغير فقط على أعضاء الشركات المدرجة في سوق العراق للأوراق المالية دون الشركات الاخرى .

٦- نعتقد بأن رفع النسبة المخصصة لتطوير عمل دائرة تسجيل الشركات الى حد ١٥% مقابل ٧٥ % للخزينة العامة من شأنه أن يسهم في تطوير عمل هذه الدائرة من خلال تنويع طرق استثمارها لتلك الاموال و يؤدي بالنتيجة للحصول على ارباح اضافية .

المصادر

١- أندلس حامد عبد العامري ، الاستحواذ في الشركة القابضة واثره على حقوق المعترضين دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه ، مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ، ص ٢٠١٧

٢- د. باسم محمد صالح و د. عدنان احمد ولي العزاوي ، القانون التجاري ، الشركات التجارية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٩ .

٣- د. خالد الشاوي ، شرح قانون الشركات التجارية العراقي ،الطبعة الاولى ، مطبعة الشعب ، ١٩٦٨

٤- د. خليل محمد خليل ، دراسات الجدوى الاقتصادية ، الطبعة الاولى ، مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث ، القاهرة ، ٢٠٠٨

٥- د. صلاح امين ابو طالب ، الشركة القابضة في قطاع الاعمال ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ١٩٩٤

٦- د. عباس مرزوك فليح ، آراء وملاحظات في تعديل برايمر لقانون الشركات ، بحث منشور في جامعة آل البيت كربلاء ، متاح على شبكة المعلومات الدولية www.ahlulbaitonline.co karbala

٧- د. فاروق ابراهيم جاسم ، الشركات التجارية في القانون العراقي والمقارن ، الطبعة الاولى ، دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع ، ٢٠٢١

٨- د. لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية دراسة قانونية مقارنة ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠٠٦

٩- الدكتور محمود سمير الشرقاوي ، الشركات التجارية في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦

التنظيم القانوني لمعالجة الادارة لاخطائها في مجال الوظيفة

أ.م.د.محمود عبد علي الزبيدي
مدير قسم الشؤون القانونية
كلية القانون الجامعة المستنصرية

ملخص البحث :
وإن تعدد الاشخاص المعنوية العامة واتساع سلطاتها وصلاحياتها، يظهر في استعمال الادارة لأساليب متعددة لتنظيم الاوضاع الخاصة بالوظيفة العامة يرافقها حصول أخطاء في معالجة المراكز والاوضاع القانونية لبعض فئات الموظفين يترتب على تلك الأخطأء الادارية في المعالجة بعض الآثار المالية والادارية ، وتؤسسس الادارة اسباب معالجتها لتصحيح أخطائها على صلاحيتها في الرقابة الذاتية على اعمال موظفيها ووتوجيه القاضي الاداري وحقها في تصحيح الاوضاع المخالفة للقانون في الحياة الادارية في مدة زمنية محددة تارة وأخرى متى اكتشفت الاخطاء الجسيمة .

Abstract
Having multiple legal persons and the expansion of their powers and authorities is manifested in the administration's use of several methods to organize the circumstances of public service, and that is accompanied by mistakes in dealing with the legal positions and situations of some categories of employees. Certain financial and administrative consequences ensue from such administrative mistakes. The Administration establishes its treatment of remedying its mistakes based on its authority of internal control over its employees, directing administrative judges, rectifying situations that breach the law in administrative contexts within a specific period of time once grave mistakes are identified.

المقدمة

أولا- التعريف بالموضوع واهميته

إذا كانت الادارة العامة نشاط تمارسة الادارة عن طريق هيئاتها الادارية الغرض منه اشباح الحاجات العامة وتحقيق النفع العام مع قدرة هذه الهيئات على استعمال اساليب السلطة العامة ، لأداء هذا النشاط فان مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بنشاط الادارة

والهيئات الادارية من حيث لتكوينها وتنظيمها وبيان اختصاصها ووسائل ممارستها لنشاطها كالوظيفة العامة والمال العام واساليب النشاط الاداري كالقرار الاداري والعقد الأداري، فعن طريق اساليب الادارة تمارس الادارة نشاطها في ادارة المرافق العامة ، فتنظيم عمل الموظفين وصلاحياتهم بدأ بالتعيين وشروطه وتولي الموظف مهام عمله وتدرجه في المناصت الادارية والاعمال المكلف بها ونتيجة لأتساع نشاط الإدارة واختلاف طرق إدارة ذلك النشاط ، وتعدد الاشخاص المعنوية العامة واتساع سلطاتها وصلاحياتها، فقد يظهر نتيجة استعمال الادارة لأساليب الادارة لغرض تنظيم الاوضاع الخاصة في الوظيفة العامة أخطاء في معالجة المراكز والاوضاع القانونية لبعض فئات الموظفين يترتب على تلك الأخطأء الادارية في المعالجة بعض الآثار المالية والادارية ، وتؤسسس الادارة اسباب معالجتها لتصحيح أخطائها التي ظهرت في مجال نشاطها الاداري لتنظيم المراكز القانونية لموظفيها على صلاحيتها في الرقابة الذاتية على اعمال موظفيها ووتوجيه القاضي الاداري وحقها في تصحيح الاوضاع المخالفة للقانون في الحياة الادارية ، وتظهر **أهمية الموضوع** في دور الادارة في معالجة وتصحيح الاوضاع الخاطئة بناء على حقها في مراجعة الاوضاع الادارية الخاطئة ، وعدم استمرار تلك الاوضاع في الحياة الادارية ودور القاضي الاداري في توجيه الادارة لذلك التصحيح والمعالجة .

ثانيا- مشكلة البحث : تظهر مشكلة الموضوع في الامور الاتية :

أ- تردد الادارة باتخاذ الاجراء المناسب لمعالجة أخطائها خوفاً من تحمل المسؤولية عن المبالغ المالية المترتبة على اجراء المعالجة .

ب- توجيه القاضي الاداري للادارة واحيانا شرح كيفية تطبيق الاجراء في الاحكام الخاصة بالمعالجة .

ثالثاً- نطاق الدراسة : تنحصر دراسة الموضوع في طرق ووسائل معالجة الادارة في العراق لأخطائها في مجال الوظيفة العامة بنوعيها البسيط والجسيم ودور القاضي الاداري العراقي في المعالجة .

رابعا _ منهج الدراسة : أن موضوع التنظيم القانوني لمعالجة الادارة لأخطائها في مجال الوظيفة العامة ، لا يقوم على النظر المجرد في أحكام مجلس الدولة ، وبيان ما انتهت إليه من حلول وعرض أسانيدها، وما توصلت إليه تلك الأحكام من مبادئ ، وإنما يتعدى ذلك ليقوم بصفه أساسية على المنهج الوصفي التحليلي النقدي التطبيقي المقارن ، للنواحي التطبيقية في قضاء مجلس الدولة العراقي، من خلال المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على جمع الحقائق والمعلومات ومن ثم العمل على استخلاص المبادئ والأحكام الخاصة بموضوع البحث.

رابعا- خطة البحث :

المبحث الاول: ماهية الخطأ أساس المعالجة

المطلب الاول_ تعريف الخطأ أساس المعالجة وصوره

المطلب الثاني– أنواع الخطأ أساس المعالجة ومعياره

المبحث الثاني: دور الادارة في معالجة اخطائها في مجال الوظيفة وأساسه
المطلب الاول – أساس معالجة التي تقوم بها الادارة
المطلب الثاني – وسائل معالجة الادارة لاخطائها .

المبحث الاول : ماهية الخطأ الادارة أساس المعالجة

اذا كان الخطـأ الشخصي يثير مساءلة الموظف شخصياً ، فتقام دعوى المسؤولية عليه ويتحمل هو تبعة هذا الخطأ في ماله الخاص دون أن يكون له حق الرجوع على جهة الادارة بأية صورة من الصور حتى ولو ثبت أن خطأه ، قد تم بمناسبة تأدية الوظيفة أو بوسائل المرفق الذي فيه، فأساء إستخدامها مما وصف معه فعله بالخطـأ الشخصى ، فإن الخطأ المرفقي يؤدى الى نتائج مغايرة تماماً، إذ تتحمل جهـة الادارة تبعة هذا الخطأ ، وللمضرور مقاضاة جهة الأدارة نفسها ، أمـام القضاء الذي يحكم عليها – متى توافرت سائر شروط المسؤوليـة - بالتضمينات اللازمة لجبر الضرر الذي وقع وألم بالضحية ، وإذا كان هناك تساؤل عن مدى صـورية قواعد المسؤولية عن الخطأ الرفقى ، إذ أن مجلس الدولة ، قد إفترض وتصور أن جهة الادارة وهي شخص معنوى مجرد ، قد مارست أنشطة إدارية معينة كان في جزء منها خاطئة وتسببت بذلك في احداث الضرر بالغير وعلى عكس الواقع تماما . ، لأن المرفق هو في حقيقتـه مجرد فكرة أصبغ عليها القانون ما يسمى بالشخصية الاعتبارية (أي الوهميـة) ولا يمكن لـه بحال من الأحـوال ممارسة نشاط أو ايقاع الضرر وإنما يستعين بأشخاص آدميين وهم الذين يمارسون مختلف أوجه النشـاط الاداري وهـم الذين يرتكبون الأخطـاء ، فالخطأ بطبيعته لا يمكن أن يرتكب الا من انسان ، لذلك سنتناول هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الاول: تعريف خطأ الادارة أساس المعالجة وصوره

تبرز أهمية الخطأ في مجال الوظيفة العامة من كونه أحد أركان المسؤولية تقصيرية التي يترتب عليها تحمل الادارة تبعة معالجة الاوضاع الخاطئة ، فالمرفق العام يتأثر بوجود الخطأ في تنظيمة وفي نشاطة، لأن وجود الخطأ مؤشر على وجود سوء الخدمة المقدمة للجمهور أو بطئ في أدائها ، لذلك سنتناول هذا المطلب في الفروع الاتية :

الفرع الاول: تعريف الخطأ أساس المعالجة

لم تتعرض التشريعات الوضعية لتعريفه الخطأ أساس المعالجة تاركة مسألة تعريفه الى الفقه القانوني كما ترك امر تحديده لتقدير القاضي في كل حالـة على حده.

فقد عرف الاستاذ (السنهوري) فكرة الخطأ بقوله : (ان الفقه والقضاء أستقرا على معنى للخطأ يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية ، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو اخلال بالتزام قانوني ، كمـا ان الخطأ في المسؤولية العقديـة هو اخلال بالتزام عقدي والالتزام القانوني الـذي يـعد الاخـلال بـه خطـأ في المسؤولية التقصيرية هو دائما التزام ببـذل عنايـة ، وهـو ان يصطنع الشخص في سلوكه اليقظـة والتبصر حتى لايضر بالغير ، فاذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكـان مـن القـدرة على التمييز إذ يدرك انه قـد انحـرف ، كـان هـذا الانحـراف خطـأ

يستوجب مسؤوليته التقصيرية)) ويضيف قائلاً :(ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين اولهما : مادي وهو التعدي ومعنوي: وهو الادراك) [١].

وقد عرف الفقيه (Duez) خطأ الادارة بأنه : (جميع صور الاهمال والاغلاط والاغفال والتأخير في العمل الاداري للادارة) [٢]. وفي تعريف أخر للفقه الفرنسي لخطأ الادارة بأنه : (إن خطأ الخدمة هو خطأ مرتكب من قبل البيروقراطية المغفلة ، وإنه الخطأ الذي لا يمكننا إضفاء الفردية عليه، ولا يمكننا تحديد هوية الشخص الطبيعي الفاعل) ويستطرد قائلاً : (إنها حالة نصادفها كثيراً في المنظمات الكبرى الحديثة ولا سيما في الادارة الطبيعية) [٣].

وبناء على ذلك فإذا كانت الادارة هي عبارة عن كائن وهمي إفتراضي، فإن الحقيقة التي لا يشوبها شك هي أن الخطأ في الحالتين هو خطأ الموظف لا المرفق، ولا يمكن نسبه خطأ معين لفكرة المرفق مجردة عن العاملين فيه ، ولذلك جاءت فكرة المرفق العام لتوازي لدى رجال القانون العام ما عرفهُ القانون المدنى منذ زمن طويل بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه ، أي أن المسؤولية هنا هي في الواقع عن فعل الغير، وقد وجدت تطبيقا في مجال دراسات القانون العام تحت اسم « الخطأ المرفقى»[٤]. وبناء على ذلك نفرق بين مصطلحين اعتاد فقه القانون العام على أخذهم كأنهم مترادفان، وهما الخطأ المرفقي وخطأ المرفق ، فإذا كان أثرهما في الواقع واحد وهو مسؤولية جهة الادارة أو المرفق الا أنهما يختلفان من حيث مصدرهما أو كيفية وقوعهما وذلك على النحو الآتي :

ميز الفقه الفرنسي بينه وبين خطأ المرفق عن طريق التعريف الذي ذكره الفقيه (Michel) والذي يرى فيه : (أن الخطأ المرفقي: هو الذي يصدر عن موظف عام محدد ولكن شخصيته غير محددة المعالم والجوانب بصورة كافية لدرجة لا تمكن معها الضحية أو الادارة بالتحقيق معه ، فهو يختفى من الساحة القانونية، ويرجع عدم تحديد معالم شخصيته هنا الى فكرة أن الخطأ ليس مجرد من كل علاقة المرفق والا أصبح خطأ شخصيا) [٥].

أما خطأ المرفق فهو: (خطأ مجهل لا يمكن اسناده الى موظف معين بذاته)[٦].. لأنه في الحالات العديدة التي يتوصل فيها القضاء الاداري لتقرير مسؤولية الادارة دون

---

(١) . ينظر د.عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات العربية ، القاهرة ، ١٩٥٢، ص٧٧٩. .

(٢) . ينظر . P.Duez, La responsabilite de la puissance publique paris, Dalloz, 2 ed, 1938, p40.

(٣) . ينظر

-G. Braibant et B. stirn, Le droit administratif francais , paris , presses de Sciences- po et Delloz, coll . Amphitheatre . 7 , ed , 2005, p326.

(٤) . ينظر د.عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني مصدرسابق، ص٧٧٩. .

(٥) . ينظر

- La faute du service public en droit administratif français» TH. 1980, Paris p. 56. et gs

(٦) . ينظر - P.Duez, La responsabilite de la puissance publique paris, op,cit, p21.

الموظف يكون من المستحيل كشف شخصية ومعالم الشخص الذي وراء هذا الخطأ المنسوب الى المرفق ، وترجع هذه الاستحالة الى أحد أمرين :

الاول : فالخطأ يعد مجهولا ، لأن مرتكبه كشخص آدمي هو في حقيقته مجهول.

و الامر **الثاني** : الخطأ يعد مجهولا ، لأنه قد ارتكب بصورة جماعية من مجموع الأشخاص العاملين بصورة جعلت مسؤولية كل منهم على حدة تنحصر وتختفى في الكل، ومن أمثلة الخطأ الأول في قضاء مجلس الدولة الفرنسي قتل جندى برصاصة حية أثناء تدريبات عسكرية لوحدة من الوحدات وكانت تستعمل ذخيرة غير حقيقية، فمن المستحيل تحديد أولا من أطلق العيار الناري ، وثانيا: من استبدل بالرصاص الغير حقيقى رصاص آخر حقيقى[١]. ومن أمثلة خطأ المرفق الجماعي ، ما ذكره مجلس الدولة الفرنسي في قضية(Anguet) إذ أغلق باب مكتب البريد قبل الميعاد بدقائق معدودة وكان السيد « أنجيه » بداخله ومازال يتعامل من الشباك فدعاه أحد العالمين بالخروج من الباب المخصص للعاملين ، وأثناء خروجه دفعه أحد العاملين بشدة وخشونة أدت لاصابته وخلص مجلس الدولة هنا الى أن المسؤولية تقع على عاتق المرفق رغم معرفة الموظف الذي ارتكب الخطأ وأسند هذا الخطأ لسوء إدارة مرفق البريد[٢].

وفي هذا الصدد يقول الفقيه (Paul Duez) : (إن خطأ المرفق عندما ينفصل هكذا عن خطأ العامل المحدد بالذات يأخذ وصف الخطأ المجهل واذا كانت هناك ازدواجية في محل الخطأ المرفقي وخطأ المرفق من حيث الظاهر كما أوضحنا ، فان هذه الازدواجية تتحول ، في الواقع الى وحدة الخطأ ، وينظر الى كل من الخطأ المرفقي وخطأ المرفق على أنهما صورتان أو وجهان لشيء واحد ، وهو فعل أدارة المرفق فالنظام القانوني لكل منهما واحد ، وانما فقط أردنا تحديد وجه الصواب ووجه الخطأ عند استعمال مصطلح بعينه دون الآخر ، ففى كل من الخطأ المرفقى وخطأ المرفق تنحصر العلاقة بين المضرور وبين المرفق ويختفى الموظف سواء أكان معلوما أم غير معلوم من هذه العلاقة ، وتقع تبعة المسؤولية على جهة الادارة في مواجهة المضرور)[٣]•

الفرع الثاني : صـــــور الخطـــــأ المرفقي

من الصعب ذكر جميع صور الخطأ المرفقي أو ما يمكن أن نسميه متحرين الدقة الادارية : هذا فقد اعتاد الفقه المصرى وغابية الفقه الفرنسي منذ ما يقرب على قرن من الزمان تقسيم هذه الأخطاء الادارية الى صور ثلاث :

أ- سوء أداء الخدمة (الادارة السيئة للمرفق العام).

ب- عدم أداء الخدمة :(الخطأ في دارة الموظفين لوظائفهم) .

---

(١) . ينظر

C.E. 17 fév. 1905, Auzerre, S. III, 1905, p. 114; C.E. 6 oct. 1976, Société «Clinique chirurgicale de la maison Rose» R.D.P. 1977, p. 512

(٢) . ينظر C.E. 3 fév, 1911, Rec. P. 146; et C.E. 17 nov. 1972 Boisgard, 739 ..

(٣) . ينظر P.Duez, La responsabilite de la puissance publique paris, op,cit, p22. .

ج- التأخر في أداء الخدمة (التنظيم السيء للمرفق) [١]•

وقد عرف هذا التقسيم تحت اسم الثلاثي للفقيه الفرنسى « دبيز » الذي يعد من أكبر المتخصصين في مجال المسئولية الادارية في فترة ما بين الحربيين[٢]•

وبناء على يذهب رأي في الفقه الى القول: (بناء على مفهومنا لفكرة الخطأ الاداري ، يمكن لنا اقامة أنواع متعددة من التقسيمات لصور هذا الخطأ وذلك تبعا للمنظور الذي ننظر من خلاله على النحو الأتي :

(أ)- من حيث طبيعة التصرف : وهنا نفرق بين الأعمال القانونية والأعمال المادية ففي حالة ما اذا كان التصرف عمل قانوني في شكل قرارات ادارية يتمثل الخطأ في أوجه عدم المشروعية المعروفة والتي يمكن أن تلحق بالقرار الاداري وسواء لحقت هذه العيوب بموضوع القرار أم بشكله أم بالاجراءات المتبعة عند اصداره ، نضيف الى ذلك حالة أخرى للخطأ وهي انه يمكن أن يكون في صورة امتناع المختص عن اصدار القرار الذي كان واجبا عليه اتخاذه ، ويصور لنا حكم « مدام ليمونيير » تجسيدا لهذه الحالة ، فأثناء نزهتها على شاطىء النهر أصيبت برصاصة قادمة من ميدان رماية مقام على الشاطيء المقابل ولم تتخذ السلطات المعنية الاجراءات اللازمة لحماية المارة ، ويعد ذلك خطأ موجباً لمسائلتها عن الحادث[٣]•

وفي حالة ما اذا كان **التصرف عمل مادى غير قاعدي** ، يمكن أن يأخذ الخطأ احدى الصور الآتية:

- **عيب قانوني** : ومثاله القيام بالعمل في ظروف لا تتفق والقانون ، مثل القيام به دون وجود قرار مسبق يأذن باتخاذ العمل المادى أو أن العمل قد نفذ رغم وجود حظر من قبل القانون ومثاله استخدام العنف والخشونة ضد متظاهرين ثم القبض عليهم أو أن جهة الأدارة لم تقم بالعمل المادي رغم أن القانون ألزمها بالقيام به ومثاله عدم تنفيذ حكم قضائى .

- **عيب فني** : ومثال هذا العيب تمهيد الطرق من دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة من اشارات أو تحذيرات للمارة وكذلك للسيارات للتنبيه بوجود أشغال على هذا الطريق ، أو استخدام وسائل و آلات بالية وغير صالحة أثناء تنفيذ العمل المادي **(ب) من حيث مضمون التصرف** : وهنا نفرق بين نوعين من الخطأ:

- **الخطا الايجابى** : تمثل في القيام بعمل كان لا يجب القيام به ، لأن القانون قد حظره أو القيام بعمل غير الذي أذن به القانون سواء أكان لمخالفته موضوعياً أم شكلياً لما كان يجب أن يكون عليه التصرف ، أيضا القيام بتصرف غير الذي حدده المشرع أو لغايات غير مشروعة أو غير مبنى على أسباب معقولة لا تبرره .

---

(١) . ينظر بنوا دولوناي : خطأ الادارة ، ترجمة د. سليم حداد ،ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت،٢٠١١، ص٨٢-٨٥

(٢) . ينظر .P.Duez, La responsabilite de la puissance publique paris, op,cit, p22 .

(٣) . ينظر .C.E. 26 juill. 1918, V. aussi C.E. 23 janvier 1931 D. 1931,3,17 «Garcin .

- الخطـا السلبي :

وأبسط صور هذ االخطأ امتناع العامل عن القيام بعمل أوجبـه القانون وتعد هذه الصورة أيضا من أخطر صور الخطأ السلبي وكذلك قيامه بالعمل في غير اللحظة التي كان يجب التدخل فيها أي التأخير عن القيام بالعمل [١].

المطلب الثاني: أنواع الخطأ أساس المعالجة ومعياره

إذا كانت جسامة الخطأ تعد معياراً لتحديد مسوؤلية الموظف عن الخطأ الذي إرتكبه فإن معيار التمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي هو نية الموظف عند وقوع الخطأ من جهة أخرى ، لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين وكالاتي :

الفرع الاول: أنواع الخطأ أساس المعالجة في أحكام القضاء المصري ومعياره

لقد عرف مجلس الدولة المصري منذ تأسيسه التفرقه بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ورتب عليها أثارها فيسأل الموظف عن الخطأ الشخصي من ماله الخاص وتسأل الادارة وحدها عن الخطأ المرفقي فتؤدي تعويضاً للمضرور دون أن ترجع به على الموظف ، وقد كان المجلس في ذلك غير مسبوق اذ ان المحاكم العادية وعلى رأسها محكمة النقض كانت – قبل انشاء مجلس الدولة - ترفض اجراء هذه الفرقة التي حاولت هيئة قضايا الدولة ادخالها والأخذ بها ،لانها وجت فيها تخفيفا لعبء التعويض الواقع على عـاتق الدولـة ، ومـن الطريف أن هذه الهيئة قد غيرت موقفها بعد انشاء المجلس فأصبحت تخلـع على الخطا الشخصي ثوب الخطا المرفقي ، هادفـة مـن ذلـك الـى حمايـة الموظف نفسه بعد ان كان هدفها الوحيد حماية مصلحة الخزانة العامة [٢].

ومن أوائل الأحكام التي أصدرتها محكمة القضاء الاداري المصرية في هذا الموضوع ما قررته بصدد عدم تنفيذ بعض الوزراء لاحكامهـا الصـادرة منها – وهي يومئذ العضو القضائي الوحيد في المجلس ، فقد رأت في هذا العمل خطا شخصيا يسال عنه الموظف في ماله الخاص وقالت في ذلك .

(حيث أنه من المبادىء المقررة في فقه القانون الاداري ان الموظف لا يسال عن الأخطائه المصلحية (المرفقيـة) وانمـا يسـأل فقط عن خطته الشخصي ، وفيصل التفرقة بين الخطأ الشخصى والخطـا المصلحي (المرفقى) يكون بالبحث وراء نية الموظف . فـاذا كـان يهدف من القرار الذي أصدره الى تحقيق الصالح العام كان خطؤه مصلحيا (مرفقيـا) اما اذا تين انه لم يعمل الصالح العام أو كان يعمل مدفوعـا بعوامـل شـخصية أو كان خطوه جسيما ، فإنه يعتبر خطا شخصيا يسأل عنه في ماله الخاص ، وبعد أن وضعت المحكمة هذه القواعد في وضوح طبقتها على القضيـة ذاتها قرأت في تصرف الوزير الذي امتنع عن تنفيذ الحكم "خطـا شـخصيا يستوجب مسئوليته عن التعويض

---

(١) . ينظر د. رأفت فودة : دروس في قضاء المسؤولية الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤، ص١٧٩-١٨٠.

(٢) . ينظر د. مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الاداري ومجلس الدولة ، قضاء الالغاء ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٩، ص١٥٥.

المطالب به ، ولا يؤثر في ذلك انتفاء المواقع الشخصية لديه ، أو قوله بأنه ينبغي من وراء ذلك تحقيق مصلحة عامة ، ذلك لأن تحقيق هذه المصلحة لا يصح أن يكون عن طريق إرتكاب اعمال غير مشروعة)[١].

وقد أوجزت المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر لها ما فصلته في هذا الحكم فقالت : (ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه لا يجوز للادارة ان ترجع على أي من تابعيها في ماله الخاص لاقتضاء ما تحملته من اضرار عن أخطائهم الا اذا السم هذا الخطا بالطابع الشخصي وان الخطا يعتبر شخصيا اذا كان القمل التقصيري يكشف عن ازواك مرتكبه وعدم تبصره وتغييه منفعته الشخصية أو قصد النكاية أو الاضرار بالغيرة أو كان الخطأ جسيما) [٢].

معيار الخطأ الشخصي في قضاء المحكمة الإدارية العليا : استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا - في التمييز بين الخطا الشخصي والخطأ المرفقي - على نفس المعايير التي استقر عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي فالخطا بعد شخصيا في حالتين :

١ - أن يكون عمدياً استهدف به صاحبه غير المصلحة العامة ، فاذا اراد أن يحابي صديقا أو ينتقم من خصم أو يحقق نفعاً ذاتياً لنفسه فهو - على حد تعبير العلامة (لافرييز) يتصرف كإنسان بعطفه وأهوائه وعدم تبصره .

٢ - او يكون غير عمدي ، ولكنه يبلغ درجة خاصة من الجسامة .

ووضعت المحكمة الإدارية العليا معيارا لجسامة الخطأ ، بغير شك معيار عادل ومنطقي ، فتحديد درجة جسامة الخطا عندها مسألة نسبية تتفاوت تبعا للظروف المختلفة ، ويستهدى فيها بقدرات الموظف متوسط الكفاية الذي يوجد في ظروف مماثلة لتلك التي كان فيها الموظف المخطأ[٣].

الفرع الاول: أنواع الخطأ أساس المعالجة في أحكام القضاء الاداري في العراق ومعياره

لقد حدد القاضي الاداري في العراق أنواع الاخطاء التي ترتكبها الادارة في عملها في ميدان الوظيفة العامة وجاء تحديدها لهذه الاخطاء بنوعين الاول : الخطأ الجسيم وهو الذي تلزم الادارة بمجرد اكتشافه سحبه من الحياة الادارية وإعادة الحال الى ماكلن عليه قبل صدوره وكإنه لم يكن ، والثاني : الخطأ البسيط تلزم الادارة بمراجعة أعمالها الادارية خلال مدة معينة وهي ستين يوما تبدأ من تأريخ صدوره فإذا اكتشفته كان لزاما عليها الغائه خلال المدة المذكورة ، وبعد انتهائها لايمكن للإدارة الغاءه لانه أصبح صحيحاً بمرور المدة حفاظا على استقرار المراكز القانون ، ولذلك ذهبت المحكمة

---

(١) . ينظر مجموعة أحكام محكمة القضاء الاداري المصرية ، السنة السادسة ، بند ٥٤٨،ص١٢٣٨.

(٢) . ينظر حكم المحكمة الادارية العليا المصرية ، مجموعة أحكام السنة ١٨، بند ٦٠، ص١٠١.

(٣) . ينظر د. مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الاداري ومجلس الدولة ، قضاء الالغاء ، مصدر سابق، ص١٥٧.

الادارية العليا في العراق في حكمها جاء فيه: (..... ونتيجة لوقوع الطعن التمييزي على هذا الحكم لدى المحكمة الادارية العليا، أصدرت المحكمة قرارها ..... بنقض الحكم المميز وذلك لان المحكمة الادارية العليا وجدت بأن المميز (المدعى عليه) أصدر الأمر النيابي المرقم (٢٤٢) في عام ٢٠١٣ والذي يطعن فيه المدعي ، وقد تضمن أعادة تسكين الموظفين المدرجة أسماؤهم في الجدول المرافق وفق استحقاقهم القانوني وترفيع كل منهم درجة واحدة حسب ما مؤشر ازاؤهم واعتبارا من تاريخ ٢٠١٣ وقد ورد اسم المدعي في التسلسل (١٣) من القائمة وقد سكن بالدرجة (السابعة) وقد بين وكيل المدعى عليه في لائحته المقدمة الى المحكمة بان الأمر المطعون به صدر لغرض تصحيح مخالفات ادارية في التعيينات، وتلافياً لهذا الخطا صدر الأمر النيابي وقد جاء بناء على تأكيد من هيئة النزاهة. وجدت المحكمة الادارية العليا ان محكمة قضاء الموظفين قضت في حكمها المميز بالغاء الامر المطعون به - مؤسسة ذلك على اساس ان تسكين المدعي بالعنوان السابق مضى عليه فترة طويلة مما اكسبه وصفاً قانونياً مستقراً باعتباره قرارا فرديا يقتضي عدم التعرض له. دون ان تتحقق من طبيعة الخطأ الذي اكتنف القرارات الادارية التي تدعي الادارة تصحيحها في القرار المطعون به، مما يقتضي التفريق بين حالتين، الأولى ان يكون القرار الاداري الذي صححته الادارة معيبا عيباً جوهرياً بلغت درجة جسامة العيب فيه، حدا يجرده من صفته الادارية ويجعله عملاً مادياً مجرداً، مما يتعذر معه القول بأن هذا القرار صادر تطبيقا للقانون، فيكون في هذه الحالة معدوما، مما يستوجب سحبه، ذلك ان من حق الادارة بل من الواجب عليها ان تصحح الخطأ الجسيم الذي وقعت فيه، ويكون قرارها الصادر في هذا الشأن صحيحا، ولا يجوز للمحكمة في هذه الحالة الغاؤه. الحالة الثانية ان يكون القرار محل التصحيح معيبا عيبا غير جسيم لا يترتب على وجوده انعدام القرار الاداري، فأن هذا القرار يعامل معاملة القرار الصحيح ويتحصن من الطعن بعد فوات مدده، ويكتسب الموظف بمقتضاه حقا لا يجوز المساس فيه، ، ويكون قرار الادارة الصادر بتصحيحه غير صحيح ويتعين على المحكمة الغاءه، لما تقدم من اسباب نقضت المحكمة الحكم المميز وإعادة الدعوى الى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفق ما تقدم، فدعت المحكمة الطرفين للمرافعة ومن سير المرافعة الحضورية وتبادل الدفوع بين الطرفين وجدت محكمة قضاء الموظفين الخطأ الذي وقعت فيه الادارة في التسكين يسير ولا يرقى الى مستوى الخطأ الجسيم الذي تنطبق عليه نظرية القرار المعدوم مما يعني تحصن القرار الاداري من الالغاء ويكون الرجوع فيه غير صحيح ، وان قرار الادارة الصادر في هذا الاتجاه يستوجب الالغاء. وحيث ان محكمة قضاء الموظفين قد قررت وللاسباب اعلاه الغاء الامر المطعون به لذا يكون قرارها صحيحاً. قررت المحكمة الادارية العليا تصديقه ورد الطعن التمييزي .....)[1]•

(١) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد(١٢٤٥/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٤) في ٢٠١٥/١/١٥) قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٥، ص٣٣٦-٣٣٧ .

وفي **الاتجاه** ذاته قضت المحكمة الادارية العليا في حكم لها جاء فيه : (أن الامر النيابي المرقم (٢٤٢) في ٢٠١٣، والذي يطعن فيه المدعي والمتضمن أعادة تسكيسن الموظفين المدرجة أسماؤهم في الجدول المرافق بالامر وفق استحقاقهم القانوني وترفيع كل منهم درجة واحدة حسب ما مؤشر ازاؤهم..... وورد اسم المدعي في التسلسل (٧) من القائمة وسكن بعنوان (ر.ملاحظين) وقد قضت محكمة قضاء الموظفين في حكمها المميز بالغاء الأمر المطعون به، مؤسسة ذلك على اساس ان تسكين المدعي بالعنوان السابق مضى عليه فترة طويلة مما اكسبه وضعاً قانونياً مستقراً باعتباره قراراً فردياً يقتضي عدم التعرض له دون ان تتحقق من طبيعة الخطأ الذي اكتنف القرار الاداري محل الطعن، مما يقتضي التفريق بين حالتين، الاولي ان يكون القرار الاداري الذي صححته الادارة معيبا عيباً جوهريا بلغت درجة جسامة العيب فيه، حدا يجرده من صفته الادارية ويجعله عملا ماديا مجردا، مما يتعذر معه القول بأن هذا القرار صادر تطبيقا للقانون، فيكون في هذه الحالة معدوما، مما يستوجب سحبه، ذلك ان من حق الادارة بل من الواجب عليها تصحيح الخطأ الجسيم الذي وقعت فيه، ويكون قرارها الصادر في هذا الشأن صحيحا، ولا يجوز للمحكمة في هذه الحالة الغائه. الحالة الثانية ان يكون القرار محل التصحيح (معيباعيبا غير جسيم)لا يترتب على وجوده انعدام القرار الاداري، فأن هذا القرار يعامل معاملة القرار الصحيح ويتحصن من الطعن بعد فوات مدده، ويكتسب الموظف بمقتضاه حقاً لا يجوز المساس فيه، ويكون قرار الادارة الصادر بتصحيحه غير صحيح ويتعين على المحكمة الغاؤه. لذا أعادت المحكمة الادارية العليا الدعوى الى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفق ما تقدم، .....، وقضت المحكمة في حكمها المميز بالغاء الامر محل الاعتراض قدر تعلق الامر بالمدعي بتخفيض وتنزيل درجته ولدى وضع المحكمة الادارية العليا هذا الحكم موضع التدقيق **وجدت بأنه غير صحيح ولم تتبع المحكمة التي اصدرته القرار التمييزي الواجب الاتباع ، حيث لم تتحقق من طبيعة الخطأ الذي اكتنف القرارات الادارية التي تدعي الادارة تصحيحها، لتنزل على هذا الخطأ وصفه القانوني الصحيح من حيث كونه خطأ جسيماً يترتب عليه انعدام القرار الاداري ويتعين سحبه ام خطأ يسيراً يستحسن تجاوزه استجابة لدواعي الاستقرار في القرارات الادارية، واحترام الوضع الظاهر**. مما اخل في صحة الحكم لذا قررت المحكمة الادارية العليا نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة الى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها على وفق ما تقدم.....) [1]•.

نخلص من الاحكام أعلاه للحكمة الادارية العليا بأنها قد حددت أنواع الاخطاء التي تحصل من الادارة في الحياة الادارية لموظفيها والتي قد تترتب عليها اعباء مالية وهي على نوعين :

---

(١) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد(١٢١٤/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٤) في ٢٠١٥/٢/١٩) قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٥، ص٣٣٦-٣٣٧.

١- **الخطأ الجسيم** الذي يصل بالعمل الاداري الى مستوى العدم فيصبح عمل مادي وغير قانوني من واجب الادارة سحبه ومعالجة الاثار المادية والمالية المترتبة عليه ويكون سحبه في أية لحظة يتم إكتشافه وتتم معالجته على وفق نظرية الانعدام .
٢- **الخطأ البسيط** (غير الجسيم) والذي على الادارة اكتشافه والغائه خلال مدة محددة والا أصبح محصن من الالغاء والسحب لمرور المدة المحددة حفظاً على استقرار المراكز القانونية والوضع الظاهر.

أما معيار تمييز الاخطاء البسيطة والاخطاء الجسيمة هو كالاتي :

أ- مسألة موضوع يقدرها القاضي الاداري عند نظر الدعوى المقامة أمامه .
ب- أن العيوب التي تصيب عناصر القرار الاداري(الشكل والسبب) تؤدي الى بطلان القرار الاداري فقط ولا تؤدي الى إنعدامة(عيوب بسيطة) .
ج- أما العيوب التي تصيب عناصر القرار الاداري (الاختصاص والمحل والغاية) يمكن أن تؤدي الى انعدام القرار الاداري .
د- القرار الاداري الذي يبنى على غش وتدليس يعد قرار معدوم .

المبحث الثاني: دور الادارة في معالجة اخطائها في مجال الوظيفة وأساسه

لقد وجد ان سلامة نشاط الادارة وضمان تحقيقها لأهدافها يتوقف على دقة الرقابة عليها واحكامها، وتحقيقاً لهذا الهدف يجب احكام الرقابة على الموظفين عند قيامهم بتنفيذ القوانين على النحو الذي يكفل تحقيق الصالح العام ، واخذ المقصر بجرمه تأكيداً لاحترام القانون ، كما تعد الرقابة عنصراً هاماً للحكم على نتائج تنفيذ السياسة العامة للدولة ، وهي ضرورية لكشف مواطن الخلل والضعف في الجهاز التنفيذي والكشف عن أخطاء الادارة المرتكبة من قبل الموظفين لكي يشعر المواطن ان هناك من يحرص على مصالحه ، ويشعر الموظف ايضاً بأن هناك من هو دائم الرقابة على اعماله ليذكره بأن الوظيفة العامة ليست للمجاملات والعلاقات العامة ، وانه موجود لخدمة المواطنين أساساً لا غير لذلك سنتناول ، هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الاول: أساس المعالجة التي تقوم بها الادارة

تسعى الادارة عادة الى أن يكون المرفق التي تديره منظم في جميع مجالاته بدأ من تقسيم الصلاحيات بين الموظفين توزيع الموظفين الكفوئين بين الشعب والاقسام الادارية وإن يكونتقديم الخدمات للجمهور منظم الا إن نشاط الادارة وكثره عملها يرافقه حصول أخطاء مرفقية أو كما وصفها القضاء جسيمة وبسيطة على الادارة معالجتها وإزالة أثارها المادية ، لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين وهي :

الفـرع الاول: الرقابـــة الداخليـــــــة

للادارة سلطات وامتيازات عديدة تعينها على اداء وظائفها في تحقيق الصالح العام، وأثناء ممارسة الادارة لهذه السلطات، لا يمكن تصور مشروعية اعمالها على الدوام، فقد ترتكب بعض الاخطاء وقد تتجاوز بعض الاحيان القواعد القانونية التي نص عليها

المشرع الامر الذي يبرر أهمية وجود الرقابة الادارية الداخلية إذ تتولى اجهزة الرقابة الداخلية فحص وتقويم شامل لجميع اوجه نشاط الادارة (الادارية - المالية - الفنية...الخ كما انها تسهم في توفير المعلومات اللازمة لتوجيه اهتمام المسؤولين في الادارة الى المشكلات التي تعاني منها دوائرهم وملاحظة مدى الاستفادة من الامكانيات المادية والبشرية المتوفرة في الدائرة ، لذلك فأن دورها لا يقتصر على توضيح اسباب الانحرافات والمخالفات أو اسباب عدم تطبيقها للقوانين والانظمة والتعليمات ، انما تقترح ايضاً ما يجب اتخاذه من اجراءات لتحسين عمل الادارة ومعالجة أخطائها فهي الرقابة النابعة من الجهاز الحكومي نفسه على العمل الذي يؤديه ، هذا ويتقرر هذا النوع من الرقابة دون الحاجة لوجود نص قانوني، إذ تعد الرقابة الداخلية واحدة من الوظائف الاربع التي تتكون منها العملية الادارية (التخطيط - التنظيم - التوجيه - الرقابة) ، فأجهزة الرقابة الداخلية قد يمتلك القائم بها صلاحية الغاء او تعديل او سحب القرار غير المشروع ، وهي من الصلاحيات التي يمتلكها الرئيس الأداري تجاه المرؤوسين [١]• وهذا لا نجده في الرقابة الخارجية التي تمتلك اصدار توصيات غير ملزمة للجهة الادارية وإن كانت توصياتها تتمتع بقيمة أدبية في بعض الاحيان وقد تصل الى مستوى الالزام كتوصيات هيئة النزاهة[٢]• كما ان من مهام الرقابة الإدارية تسهيل عمل الرئيس الاداري فأن حصل خطأ فأن المسؤولية تكون من الاقسام الرقابية نزولا" للاقسام والشعب المختصة [٣]•

واستناداً لذلك يتولى الرئيس الاداري الرقابة على اعمال المرؤوسين سواء اقام بهذه الرقابة بنفسه أم كلف معاونيه القيام بها ، لان حق الرقابة مقرر للرئيس الاداري ،إذ تقع على عاتقه مسؤولية حسن سير العمل في المرفق العام ، إذ إينما تكن السلطة تكن المسؤولية ، فإلرقابة الرئاسية أما أن تكون سابقة على العمل الاداري او لاحقة عليه ، فقد يملك الرئيس الاداري الحق في توجيه مرؤوسيه وارشادهم في تأدية اعمالهم ويتمثل ذلك فيما يصدره اليهم من اوامر وتعليمات ومنشورات يلتزم المرؤوس باحترامها وتطبيقها، والا تعرض للمسؤولية الإنضباطية وهي تكون رقابة سابقة على نشاط الادارة ، فعلى الرئيس الاداري أن يراجع اعمال المرؤوسين، فاذا اكتشف فيها اخطاء إدارية او وجدها غير ملائمة بسبب الاوضاع والظروف المحيطة بها، فله إلغاء العمل او تعديله جزئياً، أو احلال عمل أخر محله ولا يجوز للرئيس الاداري ممارسة السلطات المذكورة الا في حدود المدد المقررة قانوناً ، لانه بانقضائها يكتسب العمل حصانة تعصمه من الالغاء او السحب او التعديل اذ تولد عنه حق للغير بإستثناء الاعمال الادارية المبنية في

---

(١) . ينظر د.علي حسن عبد الامير العامري : النظام القانوني للرقابة الادارية الخارجية ، ط١، المركز العربي ، ٢٠١٧، ص١٣٩-١٤٢.

(٢) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد(١٢١٤/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٤) في ٢٠١٥/٢/١٩) قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٥، ص٣٣٦-٣٣٧.

(٣) . ينظر حسون محمد شهاب: دور التدقيق والرقابة الداخلية في الكشف عن الفساد، بحث منشور في مجلة مكتب المفتش العام في وزارة الداخلية، العدد ٣ - ٤ لسنة ٢٠١١ ، ص ١٥٩ .

صدورها على الغش والتدليس والتي تكون فيها العيوب جسيمة تصل بالعمل الى العدم فيكن للادارة سحبه والغائه بأي وقت كان[١]•

الفـرع الثاني: رقابـــــة القاضـــــي الاداري

إن القضاء الاداري في العراق وفي إطار دوره الايجابي ولغرض الوصول الى حياة ادارية خالية من الاخطاء التي تتسبب بها الادارة ولغرض عدم استمرار هذه الاخطاء في ميدان الوظيفة العامة وتصحيح مسارات الادارة ، فقد أيدّ الادارة بإجراءات المعالجة تارة وبإصدار قرارات تتضمن توجيه الادارة بالتصحيح ، والى ذلك قضت المحكمة الادارية العليا في حكمها جاء فيه :

(لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ..... وجد أنه صحيح وموافق للقانون للاسباب والحيثيات الوارده فيه ، ذلك ان استشعار دائرة المدعي عليها (المميز عليها) بخطأها في تغير عنوان وراتب المدعية (المميزة) بعد اجراء التدقيقات المطلوبة وفقا لقانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٨ والتعليمات الصادرة بموجبه من الجهات المختصة وقيامها بتدارك خطأها وتصحيحه بأصدارها الامر الاداري المرقم (٥٦٨٢) في ٢٠٠٧/١٠/١١ وصححت المرحلة لتكون (الثالثة) من الدرجة (السادسة) بدلا من المرحلة (الثامنة) من الدرجة ذاتها ، عليه تكون دعوى المدعية مقامة على غير سند صحيح من القانون مما يستوجب ردها ، وحيث ان مجلس الانضباط العام قضي برد الدعوى لعدم وجود سند قانوني لها فيكون قد التزم بوجية النظر القانونية المتقدمة ، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية .....) [٢]•

وفي قرار أخر في الاتجاه ذاته ذهبت المحكمة الادارية العليا الى القول : (.. وحيث أن من حق الادارة إعادة النظر في القرار الاداري المعيب عيباً جسيماً بمخالفته للقانون وتصويبه ، وحيث إن محكمة قضاء الموظفين قد ألتزمت بوجهة النظر القانونية المتقدمة وقضت برد الدعوى لعدم وجود سند لها من القانون فقررت تصديق القرار المميز ورد الطعون التمييزية .....) [٣]•

وذهب مجلس الدولة في فتواه الى إلزام الادارة بتصحيح أخطائها ، إذ قرر : (يتعين على الادارة تصحيح أخطائها) [٤]•

---

(١) . ينظر د. محمد علي جواد : القضاء الاداري ، مكتبة الغفران ، بغداد ، ٢٠١٠، ص٤٨.

(٢) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد٥٥/إنضباط /تمييز/٢٠١١في ٢٠١١/٢/١٠، قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١١، ص٢٥٠.

(٣) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد٤٦٣/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٣في ٢٠١٤/٨/١٠، لفته هامل العجيلي : قضاء المحكمة الادارية العليا ، ط١، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٦، ص٢٥٧-٢٥٨.

(٤) . ينظر قرار فتوى مجلس الدولة ذي العدد١٣٠ /٢٠١٦في ٢٠١٦/١٢/١٢،قرارات مجلس الدولة وفتواه لسنة٢٠١٦، ص٢٩٠-٢٩١.

ونخلص من قرارات وفتاوى مجلس الدولة أن للادارة تصحيح الخطأ الذي حصلت عند مباشرتها لنشاطها سواء أكان الخطأ جسيم أم بسيط وحسب وصف المحكمه لهذه الاخطاء وخلال مدة مناسبة في الاخطاء البسيطة وفي أية وقت في الاخطاء الجسيمة .

المطلب الثاني: وسائل معالجـــة الادارة لاخطـــــائها

تمتلك الادارة مجموعة من الوسائل لمعالجة الاخطاء التي تحصل أثناء ادائها لنشاطها في مجال الوظيفة العامة وهذه الوسائل التي تستعين بها الادارة من وسائل القانون الخاص كتعويض والاسترداد واجر المثل وطرق أخرى تقررها الاداره عن طريق تشكيل اللجان الادارية ، لذلك سنتناول هذا المطلب في الفروع الاتية :- .

الفرع الاول: قرارات مجلس الوزراء في مجال الاعفاءات المالية(اللجان الادارية)

نتيجة للاخطاء التي يرتكبها الموظفين في ميدان الوظيفة العامة عند تنظيم إجراءات احتساب المؤهلات الوظيفية والدرجات الوظيفية والرواتب ومستحقات المالية، وسنتناول ذلك في البنود الآتية :

البند الاول – قرار مجلس الوزراء رقم (٨١) لسنة ٢٠١٠:

لا يسري قرار مجلس الوزراء رقم (٨١) لسنة ٢٠١٠ على المبالغ المفروضة جراء الخطأ في احتساب مدة الفصل السياسي لان القرار رقم(٨١) لسنة٢٠١٠ يقضي باطفاء المبالغ التي سبق ان تسلمها الموظفون بعنوان مستحقات رواتب ومخصصات وظهر لاحقا عدم استحقاقهم لها نتيجة خطأ الادارة في تقييم الاستحقاق ، ولذلك قضت المحكمة الادارية العليا في حكمها جاء فيه :

(... لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة ، ..... وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ، ذلك لان المدعي يطعن بالامر الصادر من دائرته بالرقم (٧٧٨) في..... ٢٠١٥ ويطلب الغاء هذا الأمر فحكمت المحكمة بذلك . لاحظت المحكمة الادارية العليا بان الامر المطعون فيه قضي بمصادقة الوزير على محضر اللجنة المشكلة بالامر الاداري المرقم (١٦٤٨) في ..... المتضمن عدم شمول المفصولين السياسيين الذين لديهم قرار تحقق من اللجنة المختصة بقرار الاطفاء رقم (٨١) لسنة ٢٠١٠ . وان هذا الأمر صحيح ، لان قرار مجلس الوزراء المذكور آنفا قضي باطفاء المبالغ التي سبق أن تسلمها الموظفون بعنوان مستحقات رواتب ومخصصات وظهر لاحقا عدم استحقاقهم لها نتيجة خطأ الادارة في تقييم الاستحقاق . بينما الامر المطعون به يتعلق في حالة خطأ في احتساب مدة الفصل السياسي وهي غير مشمولة بقرار مجلس الوزراء. وحيث ان ، المحكمة(قضاء الموظفين) حكمت بخلاف ذلك لذا يكون حكمها غير صحيح قررت المحكمة الادارية العليا نقض الحكم المميز واعادة الدعوى إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفق ما تقدم....)[1]•

---

(١) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد١٧٨٤/قضاء موظفين /تمييز/٢٠١٥في ٢٠١٨/٣/٨، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، ص٤٩٧-٤٩٨.

وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا في قرار لها جاء فيه :
(لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة ، .. .. وجد ان المدعية (المميز عليها) تعترض على استمرار الادارة في استقطاع الفروقات الناتجة عن قرارها الخاطيء في التسكين حيث سكنت في الدرجة السادسة المرحلة السابعة بعد ان كانت في الدرجة السادسة المرحلة الثالثة وحيث ان قرار مجلس الوزراء رقم (٨١) لسنة ٢٠١٠ تضمن (اطفاء المبالغ التي سبق ان تسلمها الموظفون وظهر لاحقاً عدم استحقاقهم لها نتيجة خطأ الادارة في تقييم الاستحقاق) وقد اكدت الامانة العامة لمجلس الوزراء بكتابها المرقم بـ(١٤٥٤١) ..... بعدم الحاجة الى وضع اسس لتحديد الحالات المشمولة بهذا القرار لان خطأ الادارة في تقييم الاستحقاق كان بسبب عدم مراعاة الضوابط المقررة لذلك الاستحقاق مما ولد خطأ في التطبيق مما يقتضي تطبيق القرار رقم (٨١) لسنة ٢٠١٠ واطفاء المبالغ المطالب بها ، لانه **قرار عام وشامل لكل دوائر الدولة** وحيث ان مجلس الانضباط العام قد التزم بوجهه النظر القانونية هذه وقضى بشمول المدعية بقرار مجلس الوزراء رقم (٨١) لسنة ٢٠١٠ واطفاء المبلغ المترتب بذمتها ووقف الاستقطاع من راتبها واعادة جميع المبالغ المستقطعة منها علية تقرر تصديق قرار الحكم المميز.....) [1].
وبناء على ذلك يسري قرار مجلس الوزراء المرقم (٨١) لسنة ٢٠١٠ ، بأثر رجعي على جميع الحالات التي حصلت قبل نفاذه ، وهذا ما أكدته المحكمة الادارية العليا في حكمها والذي جاء فيه:
(لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الادارية العليا، ... وجد ان المميزة (المدعية) ادعت في عريضة دعواها بأن مجلس القضاء الاعلى اصدر امراً ادارياً ..... يقضي باضافة خدمة ممارسة مهنة المحاماة لمجموع خدمتها الوظيفية استنادا الى كتاب وزارة المالية المرقم (٢٤٢٥٩) في ٢٠٠٥/٩/٢٨ ، وقد اصدر المجلس فيما بعد الامر الاداري المرقم (٧٢٨ / اوامر/ ٢٠١٥) في٣٠/٣/ ٢٠١٥ يقضي بالغاء الامر الاداري الاول واعادة تسكينها مما الحق بها ضرراً مادياً جسيماً . لذا طلبت الحكم بالغاء الفقرة (ثالثاً) من الامر الاداري ..... والخاص باسترداد كافة الرواتب المصروفة في حينها ، استناداً الى قرار مجلس الوزراء المرقم (٨١) لسنة ٢٠١٠ فقررت المحكمة رد الدعوى للاسباب التي استندت اليها ومؤدها ان المدعية موظفة بعنوان مدير عام ، وان وظيفة المدير العام تقع بالدرجة العليا (ب) من سلم الدرجات الوظيفية ، وان انتقال المدير العام الى درجة عليا لا يتم بالترقية وانما بالتعيين وان احتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة لأغراض الترفيع الى درجة اعلى بالنسبة للمدير العام لا سند له من القانون وان اجراءات المدعى عليه في تصحيح الامر الاول تتوافق وحكم القانون . وجدت المحكمة الادارية العليا من تدقيق الدعوى بأن الفقرة (ثالثا) من الامر الاداري المرقم (٧٢٨

---

(١) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد٤٠٠/إنضباط /تمييز/٢٠١٠في ٢٠١٠/٦/١٧، قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٠، ص٣٨٢-٣٨٣.

/اوامر/ ٢٠١٥) ..... الذي تطعن فيها المدعية تتعلق باسترداد الرواتب المصروفة في حينها على اساس الامر الملغي ، وتطلب الغاء هذه الفقرة ، محتجه في ذلك بقرار مجلس الوزراء رقم (٨١) لسنة ٢٠١٠ . وهذا يعني ان الطعن لايتعلق باحتساب مدة ممارسة مهنة المحاماة انما بما تفرع عنه من استرداد للمبالغ فلا تحتاج المحكمة للخوض في صحة الامر المرقم (٧٢٨ /اوامر/ ٢٠١٥) انما الدعوى تنصب على جواز اطفاء المبلغ المطالب به وفقا لقرار مجلس الوزراء المذكور انفا من عدمه وحيث ان دائرة المدعية احتسبت لها خدمة المحاماة بموجب الامر الاداري ..... وحيث ان قرار مجلس الوزراء (٨١) لسنة ٢٠١٠ الذي قضى باطفاء المبالغ التي سبق ان استلمها الموظفون كافة بعنوان مستحقات رواتب او مخصصات وظهر عدم استحقاقهم لها نتيجة خطا الادارة في تقييم الاستحقاق صادر بتاريخ ٢/٢٥/ ٢٠١٠ ، **فأنه يسري على الحالات السابقة لتأريخ صدوره ولا ينصرف حتماً الى ما بعد صدوره.** وحيث ان اضافة خدمة المحاماة للمدعية وتعديل راتبها وفقاً لذلك تم اعتباراً من تأريخ ٢٠١٠/١/٢٤، لذا تكون الفترة من ٢٠١٠/١/٢٤الى ٢٠١٠/٢/٢٥مغطاة بقرار مجلس الوزراء المذكور انفا، ومشموله بالاطفاء ولا يشمل الاطفاء الرواتب او المخصصات التي تقاضاتها المدعية بعد هذا التاريخ)[1].

واستناداً لذلك فإن قرارمجلس الوزراء(٨١)لسنة٢٠١٠، يسري بأثرجعي ومن تأريخ صدوره . لأنه يتضمن معالجة المبالغ التي استلمت من الموظفين نتيجة الخطأ في احتساب مبالغ تخص رواتبهم .

البند الثاني - قرار مجلس الوزراء رقم(٧٢) لسنة٢٠١٤

لقد قرر مجلس الوزراء بجلسته الاعتيادية السابعة المنعقدة بتاريخ(٢٠١٤/٢/١٨)، اقرار ضوابط التنازل عن حق الحكومة الاتحادية في استحصال مبلغ مستحق الدفع او تقسيطه او ارجاء موعد دفعه ، استنادا الى الفقرة (١١) من القسم (٤) من امر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤، وبناء على ذلك حدد المجلس **آلية عمل اللجنة المركزية المشكلة** استنادا إلى قرار مجلس الوزراء رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٤ ، وهي كالاتي :-

أولا - تختص اللجنة المركزية بالنظر في المواضيع الاتية:-

١ - **التنازل** عن مبلغ مستحق الدفع

٢- **إرجاء** تسديد دين مستحق الدفع

.٣ - **تقسيط** دين مستحق الدفع .

ثانياً- صلاحيات وزير المالية :

١ - التنازل عن حق الحكومة الاتحادية في استحصال مبلغ مستحق الدفع على ان لا يزيد عن (٥٠,٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دينار .

---

(١) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد١٤٨٥/قضاء موظفين/تمييز/٢٠١٥في ٢٠١٦/٥/١٩، قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٦، ص٤٢٣-٤٢٤.

٢ - إرجاء تسديد دين مستحق الدفع للحكومة الاتحادية على ان لا يزيد عن (٥٠٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دينار مدة لا تزيد على (٥) خمس سنوات
٣ - تقسيط دين مستحق الدفع للحكومة الاتحادية على ان لا يزيد عن (٥٠٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دينار مدة لا تزيد على (١٠) عشر سنوات
٤ - إعفاء الموظف المتوفى والموظف الشهيد من ديون الدولة المترتبة بذمته التي لا تزيد على (٥٠٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دينار مع مراعاة العمل بقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٩) لسنة ١٩٨٢ والقرار (١٥٣٩) لسنة ١٩٨٧ المعدلين بالقرارين (١٢٧٣) لسنة ١٩٨٢ و(٢٦٧) لسنة ٢٠٠٢ باستثناء المصارف الحكومية وفق القرار (٦٢٠) لسنة ١٩٨٢ مع مراعاة أحكام المادة (٣١) من قانون الموازنة الاتحادية لعام ٢٠١٨والفقرة (و) من المادة (٨) المناقلات من تعليمات تنفيذ الموازنة الاتحادية لسنة ٢٠١٨ فيمايخص الشهداء والجرحى والمفقودين جراء العمليات الإرهابية .
٥ -- تنظيم الديون المستحقة بموجب اتفاقية اومعاهدة في نفس قانون المصادقة عليها.
٦ - تشكيل لجنة مركزية وتكون مهمتها النظر في التوصيات التي ترفعها اللجان المشكلة في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ورفع توصية بها إلى الوزير لاصدار قرار نهائي بشأن شمولها أو عدم شمولها بقرار مجلس الوزراء المرقم (٧٢) لسنة ٢٠١٤ وفقا لجدول زمني يحد من قبل وزير المالية .
ثالثا- إذا زاد المبلغ المراد التنازل عنه أو إرجاءه أو تقسيطه عن (٥٠٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دينار فيتم مفاتحة مجلس الوزراء لاستحصال موافقته بناء على توصية من وزير المالية .
رابعا- تقوم الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة بتشكيل لجنة مركزية فيها برئاسة الرئيس الاعلى لدائرة وعضوية موظفين من الاقسام أو الدوائر (المالية ،الرقابية ،القانونية) وتكون مهمتها مايلي :
١ - استلام الطلبات الخاصة بالتنازل عن الدين أو إرجاءه أو تقسيطه مع كافة تفاصيل الدين وتاريخ نشوه وفق جداول تتضمن التفاصيل الآتية :
المبلغ / السند القانوني لترتب الدين/ الإجراءات المتخذة/ رأي اللجنة
٢ - رفع تقاريرها النهائية والمتضمنة توصياتها بشأن الطلبات المقدمة إلى الوزير المختص لاستحصال موافقته وتوقيعه .
٣ - رفع التوصيات الموقعة من الوزير المختص إلى اللجنة المركزية المشكلة في وزارة المالية للبت فيها.

خامساً - لاتسري الضوابط التي اقرها مجلس الوزراء المرقم (٧٢) لسنة ٢٠١٤ على مايأتي :

١ - المبالغ الترتبة بذمة امناء المخازن وامناء الصناديق أو الديون الناتجة عن سرقة الموجودات وترتبت مسؤولية اومقصرية الموظف عن سرقتها

٢ - كل دين ناجم عن الاضرار بالمال العام نتيجة الاهمال أو التقصير أو مخالفة القوانين والأنظمة والتعليمات

٣ - الدوائر المولة ذاتيا لكون احكامها قد نظمت وفق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٠) لسنة ١٩٨٩ المعدل بقرار (٣٤) لسنة ٢٠٠١ والتعليمات الصادرة بشأنه .

٤ - في حال تعذر تحصيل المبالغ المترتبة بذمة المذكورين في الفقرتين (١،٢) أعلاه بعد استنفاذ كافة الطرق القانونية لاستحصالها فان الضوابط التي اقرها مجلس الوزراء رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٤ تسري بحقهم .

سادساً - ان الضوابط رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٤ تنصرف على الديون الخاصة بالدوائر الممولة مركزياً .

وبناء على ذلك تشكل دوائر الدولة والقطاع العام لجان إدارية للنظر بطلبات الارجاء أو التنازل أوالتقسيط للدين المترتب بذمة موظفيهم وترفع توصياتها ألى الوزير أو رئيس الوزراء بتوصية من وزير المالية وكما مبين في القرار اعلاه .

الفرع الثاني : وسيلتي (الاجر مقابل عمل والاسترداد)

تلجأ الادارة لوسائل متعددة لغرض معالجة ما ترتب على الاخطاء التي حصلت منها اثناء مباشرة نشاطها الاداري في مجال الوظيفة العامة ، لذلك سنتناول هذه الوسائل في البنود الاتية :

البند الاول – وسيلة (الاجر مقابل عمل)

قد تتحمل الادارة مسؤولية عدم احالة الموظف الى التقاعد في الموعد المحدد للأحالة وتكون الرواتب التي تسلمها الموظف بحكم أجر مثل عن العمل الذي آداه ، والى ذلك ذهبت المحكمة الادارية العليا في قرارها والذي جاء فيه : (لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة لمجلس شورى(سابقاً) الدولة .... وحيث ان المدعية قد استمرت بعملها وان المدعى عليه لم يصدر امر احالتها الى التقاعد عند اكمالها السن القانونية في حينه ، فيكون هو من يتحمل مسؤولية عدم احالتها الى التقاعد ، لذلك تكون الرواتب التي تسلمتها المدعية **بحكم أجر المثل عن العمل الذي قامت به،** وحيث ان مجلس الانضباط قد قرر صرف رواتب المدعية للفترة من ٢٠٠٨/٧/١ ولغاية ١١/١١ /٢٠٠٨، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية.....) [١]•

---

(١) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد٤٠٨/إنضباط /تمييز/٢٠١٠في ٢٠١٠/٨/١٩، قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٠، ص٣٨٦-٣٨٧.

وفي فتوى لمجلس الدولة العراقي إجاب فيه عن استيضاح وزارة الزراعة بعد طلب الرأي منه استناداً الى حكم البند (خامساً) من المادة (٦) من قانون المجلس رقم (٦٥) سنة ١٩٧٩ ، في شأن الوضع القانوني للموظف المستمر بالخدمة بعد بلوغه السن القانوني للتقاعد وكذلك بالنسبة للرواتب المتسلمة نتيجة استمراره بالعمل والجهة التي تتحمل التبعات المالية ؟ قرر **المجلس المبدأ القانوني** الأتي : .

اولاً- يعد الموظف باكماله السن القانونية محالاً الى التقاعد بحكم القانون ولا تعد المدة اللاحقة خدمة لأي غرض كان .

ثانياً- تعد المبالغ التي يتقاضاها الموظف بعد اكماله السن القانونية للاحالة الى التقاعد **أجر مثل عن العمل الذي آداه** .

ثالثاً- إن تحديد مسؤولية المقصر عن عدم ترويج المعاملة التقاعدية للموظف الذي أكمل السن القانونية للإحالة الى التقاعد(مسألة وقائع يعود تقديرها الى الجهة طالبة الإستيضاح)[١].

وأفتى في الاتجاه ذاته إن المبدأ القانوني الاتي : (تتحتم احالة الموظف الى التقاعد عند اكماله السن القانونية للاحالة الى التقاعد ويفك من وظيفته بتاريخ اكماله السن القانونية **وتعد الرواتب التي تقاضاها عن المدة الزائدة بمثابة أجر مثل)** [٢].

وبناء على ذلك فإن تنفيذ قرار المحكمة الادارية العليا بشأن الاجر مقابل عمل أداه الموظف بعد إحالته الى التقاعد يكون بحساب الايام التي يكون فيها دوام فعلي للموظف ولا تشمل العطل الرسمية وأيام الجمعة والسبت بوصفها أيام لم تكن قد أدى فيها الموظف المحال للتقاعد أية عمل رسمي شأنه في ذلك شأن الموظف بأجر في الدائرة .

البند الثاني _ وسيلة (الاسترداد) :

يذهب مجلس الدولة العراقي للاجابة عن الاستيضاحات بشأن قاعدة إسترداد المبالغ المصروفة للموظفين من دون وجه حق ، فقد اجاب المجلس عن إستيضاح ديوان الوقف الشيعي منه استناداً الى أحكام البند (خامساً) من المادة (٦) من قانون المجلس رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ في شأن الموظف الذي قدم وثيقة مزورة للتعيين على ملاك الديوان وبعد اكتشاف جريمة التزوير ، فهل يتم تضمينه فروقات الراتب من تاريخ تعيينه لغاية آخر راتب تسلمه ام يتم تضمينه فروقات الراتب مضاعفة على اعتبار ان الضرر الذي اصاب الديوان هو ضرر عمدي استناداً الى قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ ، والتعليمات الصادرة بموجبه رقم (٣) لسنة٢٠٠٧ بينت وزارة المالية بكتابها.... ، وبشأن ذلك أرسى المجلس الدولة **المبدأ القانوني الاتي :** (ان الموظف المعين بموجب شهادة مزورة يخضع لاحكام قانون العقوبات وهذا لا يمنع من مطالبته باسترداد

---

(١) . ينظر قرار مجلس الدولة العراقي ذي العدد١٠٢/٢٠١٠ في ٢٦/٨/٢٠١٠، قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٠، ص٢٣٧-٢٣٨.

(٢) . ينظر قرار مجلس الدولة العراقي ذي العدد١١١/٢٠١٠ في ٦/٩/٢٠١٠، قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٠، ص٢٥٤-٢٥٥.

فروقات الرواتب المتسلمة ضمن الدعوى الجزائية او بموجب (دعوى مستقلة وليس عن طريق اللجنة المشكلة بموجب قانون التضمين)[١]•

وقد استقرت أحكام محكمة قضاء الموظفين في أحكامها على حق الادارة في استرداد المبالغ المصروفه للموظف نتيجة حطأ الادارة جاء فيه : (لدى التدقيق والمداولة وايضاح وكيلا المدعي في جلسة المرافعة ..... ولدى عطف النظر على موضوعها تبين ان المدعي احتسبت له مخصصات شهادة البكالوريوس في العلوم الاسلامية بالأمر الاداري المرقم (١٢٤٥) في ٢٠١٦/٣/٢٤ ، وتم صرف مبالغ نتيجة هذا الاحتساب، وصدر الأمر محل الطعن استناداً لاعمام وزارة المالية المرقم (٢٥٨٢٤) في ٢٠١٧/١/١، المتضمن استرداد المبالغ من الموظف الحاصل على شهادة اعلى اثناء الخدمة دون تغيير العنوان الوظيفي رغم عدم تطابق العنوان الوظيفي مع الشهادة الحاصل عليها واعتباراً من تاريخ صدور اعمامهم المرقم(٩١٠٢٢) في ٢٠١٦/١١/١٤ ، **وتقرر استرداد المبالغ المصروفة له نتيجة هذا الاحتساب بالأمر محل الطعن ، ويطلب الغاء استرداد المبالغ المطالب بها ، لان الموظف غير مسؤول عن اخطاء الإدارة ، وتجد المحكمة ان من حق الادارة تصحيح اخطاءها وفقاً للقانون ولا يقدح ذلك بإجراءاتها، لذا فأن مطالبة المدعى عليهما للمدعي باسترداد المبالغ المصروف له بعد تصحيح خطا الادارة يجد له سند من القانون،** واستناداً لما تقدم، وبالطلب قررت المحكمة بالأكثرية الحكم برد الدعوى وتحميل المدعي الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة.....) [٢]•

وذهبت المحكمة الادارية العليا الى مسائلة الموظف عن اعادة المبالغ التي استلمها جراء ايقاعه الادارة في خطأ احتسابها فقد جاء في حكمها :(.. لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة ، .....، باضبارة الدعوى تجد المحكمة انه سبق للمدعى عليه ان اصدر الامر الوزاري المرقم ..... المتضمن إعادة احتساب خدمة المدعي بعد رفع التداخل بين مدة **ممارسة المحاماة** وبين **مدة الخدمة العسكرية** وبين **مدة الفصل السياسي** ، وحيث ان المدعي قد أوقع الادارة فيه من خلال تقديم عدد من الطلبات لاحتساب مدد متداخلة مما يقتضي تحميله مسؤولية هذا الخطأ خصوصا وان المدعي يحمل عنوان مشاور قانوني اقدم مما يعني انه على دراية كاملة بالتشريعات التي تحكم الوظيفة وعدم جواز احتساب المدد التي طالب باحتسابها لوجود التداخل في المدد اوعلى الاقل تنبيه الادارة إلى الخطأ الذي وقعت به لازالته ، وحيث ان الحكم المميز صدر دون الأخذ بنظر الاعتبار مساهمة المدعي في احتساب مدد متداخلة خلافا

---

(١) . ينظر قرار مجلس الدولة العراقي ذي العدد٢٠١٠/٨٩ في ٢٠١٠/٧/٢٩، قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٠، ص٢٠٩-٢١٠.

(٢) . ينظر قرارات محكمة قضاء الموظفين ذي العدد٢٠٢١/٣١٨ في ٢٠٢١/٣/١٥، وكذلك قرارها ذي الرقم٢٠٢١/٣١٤، في ٢٠٢١/٣/١٥، وقرارها ذي الرقم٢٠٢١/٣١٥في ٢٠٢١/٣/١٥ وكذلك قرارها ذي الرقم٢٠٢١/٣١٦ في ٢٠٢١/٣/١٥، وكذلك قرارها ذي العدد٢٠٢١/٣١٧، في ٢٠٢١/٣/١٥، (قرارات غير منشورة) .

لاحكام القانون ، مما يجعله غير صحيح ومخالف للقانون . لذا قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفقا لما تقدم.....) [١]• .

ومن جانب أخر قضت محكمة الادارية العليا في حكمها الى إن الموظف غير مسؤول عن خطأ الادارة في احتساب مستحقاته المالية اذا لم يصدر عنه غش او خطأ جاء في حيثياته :

(..... وجدت المحكمة الادارية العليا ان ما ذهبت اليه محكمة قضاء الموظفين رد دعوى المدعي صحيح وموافق للقانون قدر تعلق الامر بالفقرتين (٢) و(٣) من الامر التنفيذي المذكور .... والمتضمنين (ايقاف صرف مخصصات المالية المترتبة على شهادة الدكتوراه) و(ايقاف الآثار العلمية المترتبة على منح الشهادة (النصاب والمحاضرات) ، اما بالنسبة للفقرة المتعلقة باسترداد المبالغ التي ترتبت على شهادة الدكتوراه اعتبارا من تاريخ ٢٠١٣/٥/١٣ فقد وجدت ان المميز عليه (المدعى عليه - إضافة لوظيفته) سبق وابدى بكتابه المرقم ..... عدم ممانعته من اكمال المدعي لدراسة الدكتوراه في المعهد العراقي للدراسات العليا (معهد البحوث والدراسات العربية سابقا) ، وان المدعي عليه اصدر الامر الجامعي المرقم ..... المتضمن منح المدعي تفرغاً جزئيا لاكمال دراسة الدكتوراه في المعهد المذكور أنفا ، ثم صدر الامر الجامعي المرقم .... المتضمن تعديل اللقب العلمي للمدعي من (مدرس مساعد) إلى (مدرس) اعتبارا من تاريخ حصوله على شهادة الدكتوراه ، وان وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بينت بكتابها المرقم ..... بعدم الاعتراف بالمعهد العراقي للدراسات العليا ، وحيث ان المدعي حصل على شهادة الدكتوراه بعد حصوله على الموافقات اللازمة لمنحه تفرغ جزئي حسب ما اكدته اللجنة التدقيقية في الفقرة (١) من الاستنتاجات من محضرها المؤرخ في ..... وحيث انه لم يصدر من المدعي اي غش او خطأ في احتساب شهادة الدكتوراه وما ترتبت عليها من آثار مادية، وحيث ان المدعي تولى عدة مهام خلال فترة احتساب شهادة الدكتوراه ومنها عضوية لجنة المناقشة لطالب دراسات عليا - ماجستير بموجب الامر الاداري ..... وتكليفه بالقاء محاضرات الدراسات العليا - الماجستير للعامين الدراسيين ٢٠١٦ / ٢٠١٥ و ٢٠١٧ / ٢٠١٦ ، فيكون المدعي مستحق لما تقاضاه من مبالغ خلال فترة احتساب شهادة الدكتوراه وما تم تكليفه به من مهام تنسجم مع الشهادة وتكون دعوى المدعى قدر تعلق الامر بالغاء الفقرة المتعلقة بـ(حصر المبالغ التي ترتبت على شهادة الدكتوراه واسترداد تلك المبالغ) لها سند من القانون ، لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة الاضبارة إلى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها...) [٢]•.

---

(١) . ينظر قرارالمحكمة الادارية العليا ذي العدد٨٣٨/قضاء موظفين- تمييز/ ٢٠١٨، في ٢٠١٨/٩/٢ قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٨، ص٤١٠-٤١١.

(٢) . ينظر قرارالمحكمة الادارية العليا ذي العدد١٥٦٩/قضاء موظفين- تمييز/ ٢٠١٨، في ٢٠١٨/١١/١٥ قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، ص٤٦٢-٤٦٣.

وفي حكم أخر للمحكمة الادارية العليا جعلت من الخطأ الجسيم في الحساب موجباً لأسترداد المبالغ المصروفة خلافاً للاستحقاق جاء فيه :
(لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الادارية العليا في مجلس الدولة إن ... وجدت المحكمة الادارية العليا بأن المدعى عليه احتسب للمدعية مدة فصل سياسي لمدة (١٩) سنة و(١) شهر و(٢) يوم ودفع على اساس هذا الاحتساب الرواتب والمخصصات ، لكن صادقت لجنة التحقق من اعادة تعيين المفصولين السياسيين على الشمول بالفصل السياسي للمدة (٧) سنة و(٣) اشهر و(٢٤) يوماً فقرر المدعى عليه في الامر المطعون فيه استرداد الرواتب والمخصصات التي دفعت عن الفترة غير المحتسبة . ترى المحكمة الادارية العليا بأن قرار استرداد المبالغ صحيح لأن الدائرة وقعت في خطأ جسيم في صرف الزيادة حيث صرفت الراتب والمخصصات عن فترة الفصل السياسي قبل ان يصبح القرار الصادر فيها نهائيا ، لذا يتعين رد الدعوى ، وحيث ان المحكمة حكمت بخلاف ذلك فيكون حكمها غير صحيح قرر نقضه ، وحيث ان موضوع الدعوي صالح للفصل فيه ، قررت المحكمة رد دعوى المدعية (ص. س. م) وتحميلها الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة لوكيل المدعى عليه...) [1].

وبناء على ذلك فإن قانون التضمين لا تسري أحكامه على المبالغ المصروفة للموظف زيادة على استحقاقه وإنما يجري إسترادادها ، وهذا ذهبت اليه المحكمة الادارية العليا في حكمها بالقول :(التدقيق والمداولة من المحكمة الادارية العليا في مجلس الدولة ..... . وجدت ان الامر المطعون فيه تضمن تضمين المدعي مبلغ الرواتب والمخصصات المتسلمة من المدعي طيلة خدمته الوظيفية بناء على شهادة مزورة ، وحيث ان المادة (١) من قانون التضمين رقم (٣١) لسنة ٢٠١٥ ، قضت بتضمين الموظف قيمة الاضرار التي تكبدتها الخزينة العامة بسبب اهماله او تقصيره او مخالفته القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات ، وحيث ان البند (ثانيا) من المادة (٢) من القانون المذكور آنفا ب - تحديد المسؤول عن احداث على (تتولى اللجنة التحقيقية ما يأتي: ينص الضرر وجسامة الفعل المرتكب وتحديد مبلغ التضمين) ، وحيث ان عمل لجنة التضمين يقتصر على تحديد المسؤولية المدنية للموظف عن الاضرار التي تكبدتها الخزينة العامة وفق احكام القانون المذكور آنفا وحيث ان قرار مجلس الوزراء رقم (٢٥٠) لسنة ٢٠١٠ تضمن التأكيد على الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ومؤسسات الدولة كافة باتخاذ الاجراءات القانونية ضد الموظفين الذين عينوا بناء على شهادات دراسية مزورة باقصائهم فورا من الوظيفة العامة وازالة جميع الآثار المترتبة على قرار التعيين بما في ذلك استرجاع جميع الرواتب والمخصصات التي تقاضوها خلافا للقانون ، وحيث ان مبالغ الرواتب المترتبة بذمة المدعي كانت نتيجة تقديمه شهادة مزورة وتعيينه على اساسها ومن ثم تقاضي رواتب

---

(١) . ينظر قرارالمحكمة الادارية العليا ذي العدد١٤٩٤/قضاء موظفين- تمييز/ ٢٠١٩، في ٢٠١٩/٨/٢٢ قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٩، ص٤٥٣-٤٥٤.

عنها دون استحقاقه القانوني ، **مما يستوجب استرداد الفرق بين الراتب ومخصصات التحصيل العلمي الصحيح للمدعي والراتب والمخصصات التي تقاضاها بناء على الشهادة المزورة ولا يجوز تضمينه على وفق احكام قانون التضمين المذكور آنفا ،** فيكون بذلك الامر المطعون فيه غير صحيح ومخالف للقانون ويستوجب الغاءه عند الطعن به امام القضاء ، وحيث ان محكمة القضاء الاداري حكمت بذلك لسبب آخر ، لذا قررت المحكمة الادارية العليا تصديق الحكم المميز من حيث النتيجة ورد الطعن التمييزي .....) [١]•

وتأسيساً على ذلك فقد حدد مجلس الدولة في فتاواه **طرق استرجاع المبالغ** التي حصل عليها الموظف من دون وجه حق بناء على تقديمه شهادة مزوره ، فبعد اتخاذ الاجراءات الجزائية بحقه من قبل دائرته ، فحدد استرداد مبالغ الفرق بين راتب ومخصصات التحصيل العلمي الصحيح للموظف المعزول والراتب والمخصصات التي تقاضاها بناءً على الشهادة المزورة بطرقتين :

الاولى - الاستقطاع المباشر: من الراتب عن طريق دائرة الموظف .

الثانية - دعوى مدنية : تقيمها دائرة الموظف أمام محاكم البداءة [٢]•

الا أن الطريقتين أعلاه تم تقييدها من قبل المجلس من حيث المبلغ المسترد بان لا يكون المبلغ مضاعف حين الاسترداد [٣]. ونخلص من أحكام مجلس الدولة قواعد الاسترداد وهي كالاتي :

١- تثار مسؤولية الموظف عن الاسترداد في حالة خطأه الادارة الجسيم ومساهمة الموظف في إحداث خطأ الادارة الجسيم ودرايته في قواعد الاحتساب .
٢- تنتفي مسؤولية الموظف عن الاسترداد اذا لم يساهم بغشه أو خطأه الجسيم في إحداث خطأ الادارة .
٣- لا تسري قواعد التضمين على خطأ الادارة في إحتساب المبالغ وانما تسري قواعد الاسترداد لارجاعها .
٤- وسيلة الاسترداد يكون بالاستقطاع المباشر من راتب الموظف أو إقامة دعوى مدنية من قبل الادارة لاسترداد المبالغ بحكم قضائي .

الفرع الثالث: وسيلة التعويض عما فاته من كسب

يكون تعويض الموظف عما فاته من كسب عن فترة ابعاده عن الوظيفة بالقدر المتيقن مما فاته من كسب ، فقد ذهبت المحكمة الادارية العليا الى القول : (

---

(١) . ينظر قرارالمحكمة الادارية العليا ذي العدد٨٣٨/قضاء موظفين- تمييز/ ٢٠١٨، في ٢٠١٨/٩/٢ قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٨، ص٤١٠-٤١١.

(٢) . ينظر المبدأ الذي قرره مجلس الدولة ذي العدد٦٩/ ٢٠١٣، في ٢٠١٠/٧/١٠ قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٣، ص١٦١.

(٣) . ينظر المبدأ الذي قرره مجلس الدولة ذي العدد١٢٧/ ٢٠١٥، في ٢٠١٥/١٢/٢٠ قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٥، ص٢٤٩-٢٥٠.

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة ، .... وتجد المحكمة الادارية العليا ان ما ذهبت اليه محكمة قضاء الموظفين صحيح من حيث المبدأ ، **لأن بقاء المدعي خارج الخدمة كان بسبب الاجراءات الخاطئة التي اتخذها المدعى عليه في عزل المدعي خلافاً لاحكام القانون ، مما يقتضي تعويض المدعي عن هذا الخطأ ، وان مقدار التعويض يتحدد بالمقدار المتيقن مما فاته من كسب في حال مباشرته في الوظيفة ، وان هذا المقدار المتيقن هو ما يعادل الراتب الاسمي له خلال الفترة التي ابعدته الادارة عن اعمال وظيفته** ، وحيث ان محكمة قضاء الموظفين قضت بالزام المدعى عليه بصرف رواتب المدعي عن الفترة المطالب بها ، لذا قرر تصديق الحكم المميز تعديلا بجعل تعويض المدعي عن الفترة المطالب بها بتعويضه مبلغ يعادل رواتبه الاسمية فقط عن الفترة من ٢٠١٥/٢/١١ ولغاية ٢٠١٧/٤/١١ ، ورد اللائحة التمييزية.....) [١]•

ألا إن الاخطاء الشكلية التي تقع فيها الادارة عند صدور قراراتها تشكل سبباً مانعاً لتعويض الموظف عن مدة بقائه خارج الخدمة في حالة عزله اذا كان العزل يعود الى خطأ بسبب شكلي وهذا ما ذهبت المحكمة الادارية العليا في حكمها بالقول :

(لدى التدقيق والمداولة من قبل المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة ، ... وجد ان المميز عليه (المدعي) تم عزله من الوظيفة بقرار من المدعى عليه وطعن بقرار العزل امام مجلس الانضباط العام ، فقرر المجلس بقراره .... الغاء قرار العزل ، وصدق الحكم تمييزا بقرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة الصادر (٥١ /انضباط/تمييز/ ٢٠١٢). وأعادت الدائرة الموظف إلى الوظيفة بالأمر الاداري الصادر من المنشأة العامة للطيران المدني المرقم (٦٣٣٩) في ٢٠١٥/٥/١٢. فقدم طلبا إلى دائرته لاحتساب فترة ابعاده عن الوظيفة خدمتة، من ٢٠٠٨/٣/٢٣ إلى ٢٠١٥/٥/١٩ خدمة فعلية وصرف مستحقاته عن تلك الفترة فحكمت المحكمة في حكمها المميز بذلك ، **لاحظت المحكمة الادارية العليا بأن الحكم الصادر بالغاء عقوبة العزل كان مبنيا على وجود عيب شكلي في القرار الصادر بفرض العقوبة ، وان هذا العيب لا يتوافر معه الخطأ الموجب لمسؤولية الادارة عن التعويض ، لان هذه الجهة تملك الحق في اعادة اصدار القرار من جديد بعد تصحيح العيب فيه ، وبذلك يكون قرار الادارة برد طلب التعويض عن الرواتب الماضية صحيح مما يتعين رد الدعوى**، وحيث ان المحكمة حكمت بخلاف ذلك قرر نقض القرار . وحيث ان موضوع الدعوى صالح للفصل فيه لذا قررت المحكمة رد دعوى المدعي وتحميله المصاريف واتعاب محاماة لوكيل المدعى عليه.....) [٢]•

---

(١) . ينظر قرار المحكمة الادارية العليا ذي العدد٥٠٨/قضاء موظفين- تمييز/ ٢٠١٨، في ٢٠١٨/٥/٢٤ قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، ص٣٩١-٣٩٢.

(٢) . ينظر قرارالمحكمة الادارية العليا ذي العدد١٤١٠/قضاء موظفين- تمييز/ ٢٠١٨، في ٢٠١٨/١١/٢٢ قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام ٢٠١٨، ص٤٤٥-٤٤٦.

وقد يعوض الموظف الذي ابعد عن الوظيفة بخطأ الادارة بما فاته في حالة مباشرته الوظيفة والى ذلك ذهبت المحكمة الادارية العليا في حكمها : (.. ..، وجدت المحكمة الادارية العليا ان ما ذهبت اليه محكمة قضاء الموظفين صحيح من حيث المبدأ ، لان بقاء المدعية خارج الخدمة كان بسبب الاجراءات الخاطئة التي اتخذها المدعى عليهما في اعتبار المدعية مستقيلة من الوظيفة خلافا لأحكام القانون مما يقتضي تعويض المدعية عن هذا الخطأ ، وان مقدار التعويض يتحدد بما فاتها من كسب في حال مباشرتها بالوظيفة وان هذا المقدار المتيقن يعادل الراتب الاسمي لها خلال الفترة التي ابعدتها الادارة عن اعمال وظيفتها . لذا قرر تصديق الحكم المميز تعديلا بجعل تعويض المدعية عن الفترة المطالب بها بمبلغ يعادل رواتبها الأسمية فقط للفترة من ٢٠١٧/٢/١ ولغاية ٢٠١٨/١١/٢٢ واحتساب هذه الفترة خدمة للاغراض كافة ، ورد الطعن التمييزي .....) [١]•

وبناء على فإن التعويض الذي تقضي به المحكمة الادارية العليا نتيجة لخطأ الادارة اتجاه الموظف في مجال الوظيفة يكون تعويضا عما فاته من كسب فقط ويحدده القاضي بما يعادل الراتب الاسمي للموظف دون المخصصات وبالقدر المتيقن [٢]•.

الخاتمة :

بعد أن انهينا دراسة موضوع بحثنا الموسوم ب(التنظيم القانوني لمعالجة الادارة لأخطائها في مجال الوظيفة العامة) توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات عسى أن تكون فيها إضافة مفيدة لحقل الوظيفة العامة في القانون الاداري :

أولا – النتائج :

١- ازدياد عدد الموظفين في دوائر الدولة دفع المشرع الى تنظيم شؤونهم بين مدة وأخرى بنصوص تشريعية كالقانون تارة وبالنظم والتعليمات وضوابط العمل تارة أخرى فتسعى الادارة لتطبيق تلك النصوص التشريعية على موظفيها فتحصل أثناء التطبيق أخطاء متدرجة (بين بسيطة وأخرى جسيمة) .

٢- إستقرت أحكام مجلس الدولة على إن الاخطاء التي يجب على الادارة معالجتها هي والتي تحصل في مجال الوظيفة العامة فيما يتعلق بالمبالغ المالية المصروفه من دون وجه حق هي الاخطاء التي لا يمكن استمرارها في الحياة الادارية لانها لاتكون مشروعة بمضي المدة .

٣- إن اساس معالجة الإدارة لاخطائها هو ارقابة الادارة الواجب القيام بها ذاتيا سواء بناءً تقارير داخلية أم تقارير الجهات الرقابية الخارجية من جهة وبتوجية من القاضي الاداري للادارة من جهةٍ أخرى

---

(١) . ينظر قرارالمحكمة الادارية العليا ذي العدد١٢٠٥/قضاء موظفين- تمييز/ ٢٠٢٠، في ٢٠٢٠/٨/٢٦ ، قرار غير منشور.

(٢) . ينظر قرارالمحكمة الادارية العليا ذي العدد٨٣٨/قضاء موظفين- تمييز/ ٢٠١٨، في ٢٠١٨/٩/٢ قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٨، ص٤١٠-٤١١.

٤- المعالجات التي أجرتها الادارة بشأن استرداد المبالغ المصروفه من دون وجه حق وكذلك أجور المثل والجان الادارية غالبا ما أيدها القاضي الاداري وحدد إجراءاتها .

ثانياً- التوصيات : -

١- نوصي الادارة في دوائر الدولة والقطاع العام بإتباع الاجراءات التي حددها القاضي الاداري بشأن استرداد المبالغ المصروفه واتباع أجر المثل فيما يتعلق بالموظف المحال للتقاعد واستمر بالخدمة بخطأ من الادارة وعن طريق تشكيل لجنة تدقيقية لتطبيق المعالجات المطلوبة وبشكل قرار اداري لتجنب المسؤولية في اتخاذ القرارات .

٢- نوصي الادارة بتشكيل لجان مراجعة قانونية لتدقيق ومراجعة أعمال الاقسام المعنية (المالية والادارية والاعمال والمشاريع والقانونية) لغرض تحديد الاخطاء الادارية ومعالجتها وخلال مدة قانونية معلومة في أوامر التشكيل وتفعيلها بشكل دوري .

٣- نوصي الادارة في دوائر الدولة والقطاع العام بتوخي الدقة في تنظيم الاقسام المعنية بشأن احتساب المخصصات المالية لموظفي دوائرهم بتزويدها بموظفين تتوفر فيهم الخبرة والكفائة مع تدريبهم على برامج الخاصة بالامور المالية واجراءات الخاصة باسترداد والتعويض واحتساب أجر المثل ، وتطبيق قواعد الاسترداد بشأن السلف التي لم يتم إطفائها واستحقت دفع فوائدها عليهم .

٤- نوصي بتطبيق قواعد التضمين على حالات الاموال التي تم هدرها بتقصير وإهمال وعدم مراعاة القوانين والانظمة والتعليمات من قبل الموظفين وحسب أحكام قانون التضمين رقم(٣١) لسنة٢٠١٥.

المصادر : -

أولا- الكتب باللغة العربية

١. د . رأفت فودة : دروس في قضاء المسؤولية الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤،

٢. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات العربية ، القاهرة ، ١٩٥٢،

٣. د. مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الاداري ومجلس الدولة ، قضاء الالغاء ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية، ١٩٩٩،

٤. د.علي حسن عبد الامير العامري : النظام القانوني للرقابة الادارية الخارجية ، ط١، المركز العربي ، ٢٠١٧،.

٥. د. محمد علي جواد: القضاء الاداري ، مكتبة الغفران ، بغداد ، ٢٠١٠.

ثانياً- الكتب المترجمة :

بنوا دولوناي : خطأ الادارة ، ترجمة د. سليم حداد ،ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات ، بيروت،٢٠١١،

ثالثا- الكتب باللغة الفرنسية

.1- P.Duez, La responsabilite de la puissance publique paris, Dalloz, 2 ed, 1938.

2-G. Braibant et B. stirn, Le droit administratif francais , paris , presses de Sciences- po et Delloz, coll . Amphitheatre . 7 , ed , 2005.
3- La faute du service public en droit administratif français» TH. 1980, Paris.

ثالثا- مجموعات احكام القضاء

١.مجموعة أحكام محكمة القضاء الاداري المصرية ، السنة السادسة ،
٢. مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا المصرية ، السنة ١٨،
٣. قرارات وفتاوى مجلس الدولة العراقي لعام ٢٠١١،
٤. قرارات مجلس الدولة وفتواه لسنة٢٠١٦،
٥. قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٨،
٦. قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٥.
٧. هامل العجيلي : قضاء المحكمة الادارية العليا ، ط١، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٦،

ربعاً- المجلات :

١- حسون محمد شهاب: دور التدقيق والرقابة الداخلية في الكشف عن الفساد، بحث منشور في مجلة مكتب المفتش العام في وزارة الداخلية، العدد ٣ - ٤ لسنة ٢٠١١.

تحديات التعليم الالكتروني في ظل ازمة كورونا ومابعدها

م.ناوية كعب جبر

الملخص:
ان التعليم الالكتروني اليوم اصبح واقعاً فرضته الظروف الحالية، كما انه اتجاه عالمي سارعت به ازمة كوفيد-١٩ بأعوام، كان العالم يمكن ان يتحول اليه لكن خلال مدة اطول، حيث ان الازمة الحالية فرضت اجراءات للحجر الصحي والتباعد الاجتماعي فرض عدم تمكن الطلاب من الذهاب للمدارس والجامعات كي لاينتقل اليهم المرض وخصوصاً الاطفال ومن ثم ينتشر بين اسرهم خصوصاً مع شدة احتكاك الاطفال الصغار بذويهم .
الا انه لابد في الوقت نفسه النظر الى التعليم الالكتروني على انه تحول كبيرفي ادوات التعليم لدى الطلاب، فرغم اهمية حضور الطلبة للمدرسة او الجامعة لاسباب تعليمية وغير تعليمية لها اهمية مثل الجوانب الاجتماعية التي تجعل الطلاب اكثر تفاعلاً مع اقرانهم، ويكون هناك تواصل بين افراد المجتمع،الا ان من المهم ايضاً تفعيل التعليم الالكتروني وجعله جزءاً من البرامج التعليمية التي تقدم للطالب .
ان التعليم الالكتروني له دوركبير في تعزيز كفاءة التعليم وقدرة المؤسسة في العراق على تقييم اداء وكفاءة الطلاب وتحديد جوانب القصورلغرض معالجتها ولذلك سنتناول هذا الموضوع في مبحثين الاول عن مفهوم التعليم الالكتروني ومبرراته في ظل ازمة كورونا، والثاني عن مزايا التعليم االالكتروني والمتطلبات الضرورية لنجاح التعليم الالكتروني وعلى النحو الاتي:

خطة البحث:
المبحث الاول: مفهوم التعليم الالكتروني ومبرراته في ظل ازمة كورونا
المطلب الاول: مفهوم التعليم الالكتروني
المطلب الثاني: مبررات التعليم الالكتروني
المطلب الثالث: انواع التعليم الالكتروني
المبحث الثاني : مزايا التعليم الالكتروني والمتطلبات الواجب توافرها لنجاح التعليم الالكتروني المطلب الاول :ايجابيات التعليم الالكتروني
المطلب الثاني : سلبيات التعليم الالكتروني
المطلب الثالث : المتطلبات الواجب توافرها لنجاح التعليم الالكتروني
وفي ظل الظروف الحالية التي يشهدها العالم بأجمعه والتي تتمثل بجائحة كورونا والتي ادت الى تعطل مختلف المؤسسات التعليمية في العراق حيث تم توظيف التكنولوجيا

لضمان استمرار العملية التعليمية وذلك من خلال تهيئة بيئة تعليمية افتراضية تتيح للتعليم الاستمرار دون اي خلل يذكر.
لقد سلطت تجربة استخدام التعليم الالكتروني في ظل تفشي وباء كورونا والتي مازالت موجودة الضوء على هذا النوع من التعليم وتناولت المجتمعات وخاصة المعلمين والمتعلمين والخبراء والاهل الموضوع بجوانبه المتعددة وقارنت مزاياه وسلبياته مع التعليم التقليدي وشكلت متطلبات التعليم الالكتروني اهم قضايا الجدل المثارة بين المؤيدين لاستخدامه والمشككين بجدواه ومما لاشك فيه ان النقاش حول مدى قدرتنا على توفير متطلباته سيستمر بمنهجية وعمق بعد انحسار الوباء بأعتبارها من اهم العوامل التي ستحدد جدوى تبنيه في نظامنا التعليمي.
وعلى الرغم مما يقدمه التعليم الالكتروني من مزايا الا انه يحمل في طياته بعض المساوئ والسلبيات والتي سبق وان ذكرناها.
وتم التوصل الى جملة من المقترحات تتمثل بالاتي-:
١- عمل برامج تدريب للتدريسي والطالب حول الوسائل التكنولوجية وكيفية استخدامها.
٢- تعاون المؤسسات والجامعات مع المدارس وبناء قيادة شابة ودعم اداري لاعداد التدريسين.
٣- التقييم المستمر لفاعلية التكنولوجيا المستخدمة والمنهاج المطروح ومواكبته للتطور المستمر.
٤- تجهيز الفصول بمتطلبات دمج التقنية من حيث شبكة الانترنيت ومختبرات حاسوب حديثة.
٥-على الحكومة ان تقوم ببناء شبكة اتصالات ذات كفاءة عالية وتغطية لجميع مناطق الدولة.

Abstract:
Electronic education today has become a reality imposed by the current circumstances, as it is a global trend that the Covid-19 crisis has accelerated for years, the world could have turned to it, but within a longer period, as the current crisis imposed measures of quarantine and social distancing imposed the inability of students to go to schools And universities so that the disease will not be transmitted to them, especially children, and then it spreads among their families, especially with the intensity of young children's contact with their families.
However, at the same time, e-learning must be viewed as a major shift in students 'educational tools, despite the importance of students' attendance at school or university for educational and non-educational reasons that have importance such as social aspects that make students more

interacting with their peers, and there is communication between members of society, However, it is also important to activate e-learning and make it part of the educational programs offered to students.

E-learning has a great role in enhancing the efficiency of education and the institution's ability in Iraq to evaluate the performance and competency of students and identify deficiencies for the purpose of addressing them. Therefore, we will address this topic in two papers. As follows:

Search Plan:

The first topic: the concept of electronic education and its justifications in light of the Corona crisis

The first requirement: the concept of electronic education

The second requirement: justifications for e-learning

Third requirement: types of e-learning

The second topic: the advantages of e-learning and the requirements that must be met for the success of e-learning. The first requirement: the advantages of e-learning

The second requirement: the negatives of e-learning

The third requirement: the requirements to be met for the success of e-learning

In light of the current conditions that the whole world is witnessing, which is the Corona pandemic, which has led to the disruption of various educational institutions in Iraq, where technology has been employed to ensure the continuation of the educational process by creating a virtual educational environment that allows education to continue without any defect mentioned.

The experience of using e-learning in light of the outbreak of the Corona epidemic, which is still present, shed light on this type of education. Societies, especially teachers, learners, experts and people, addressed the topic in its many aspects and compared its advantages and disadvantages with traditional education. The requirements of e-learning were the most important controversial issues raised between supporters of its use and skeptics of its usefulness. There is no doubt that the debate about the extent of our ability to provide its requirements will continue in a systematic and in-depth manner after the receding of the epidemic, as it is considered one of the most important factors that will determine the feasibility of adopting it in our educational system.

Despite the advantages that e-learning offers, it carries with it some disadvantages and negatives, which we have already mentioned.
A number of proposals were reached, represented by the following: -
1- Conducting training programs for teachers and students about technological means and how to use them.
2- Collaboration of institutions and universities with schools, building young leadership and administrative support for preparing teachers.
3- Continuous evaluation of the effectiveness of the technology used and the proposed curriculum and its keeping pace with continuous development.
4- Preparing classes with the requirements of technology integration in terms of the Internet and modern computer laboratories.
5- The government should build a highly efficient communications network that covers all regions of the country.

المقدمة :

ان التطورات الكبيرة في السنوات الماضية في مجال تقنيات الحاسوب والوسائط المتعددة والشبكة العالمية للمعلومات حيث ادى استخدامها الى اكتشاف وسائل جديدة لم تكن معروفة من قبل ظهر اثرها بشكل واضح في جميع مجالات الحياة ومن بين اهم هذه المجالات التعليم الذي استفاد بشكل كبير من التكنولوجيا الحديثة وذلك من خلال استخدامها في العملية التعليمية مما ادى الى ظهور العديد من الانماط الجديدة في التعليم والتي اساسها الوسائل التكنولوجية وقد ازدادت الحاجة الى التعليم الالكتروني في ظل مااصاب العالم من ظروف صحية المتمثلة بوباء كورونا حيث شهد العالم في الوقت الحالي حدثاً جديداً يهدد التعليم بأزمة كبيرة لاتقتصر على بلد دون اخر حيث تسببت هذه الجائحة الى انقطاع اكثر من ١.٦ مليار طفل عن مؤسساتهم التعليمية في ١٦١ دولة على مستوى العالم وبما يقارب من ٨٠% من الطلاب الملتحقين بالمؤسسات التعليمية ،هذه التغييرات ادت الى اعادة النظر في طرق التعليم التقليدية المستخدمة في اغلب المؤسسات التعليمية وعلى جميع المستويات .

مشكلة البحث:

ادت ازمة كورونا الى توقف النشاط التعليمي للمدارس والمعاهد والجامعات وذلك لتقليل فرص انتشاره ،هذا الوضع اثار خوفاً كبيراً لقطاع التعليم وبالاخص الطلاب حيث ان هذه الازمة قد تطول ولم يعرف لها علاج الى هذه اللحظة، هذه الظروف دفعت المؤسسات التعليمية الى البحث عن بديل من اجل استمرار العملية التعليمية والذي يتمثل باللجوء الى تكنولوجيا المعلومات التي اصبحت جزءاً مهماً من حياة الانسان ولذلك ظهرت مشكلة تتمثل بالتحديات التي تواجه تطبيق التعليم الالكتروني في المؤسسات التعليمية في ظل هذا الوباء .

اهداف الدراسة:
تهدف الدراسة الى التعرف على التحديات التي تواجه التعليم الالكتروني في المؤسسات التعليمية في ظل هذه الازمة اضافة الى التعرف على مبررات ومزايا هذا النوع من التعليم في العراق .
اهمية الدراسة :
تركز الدراسة على معرفة مفهوم التعليم الالكتروني واهميته ومبرراته اضافة الى المتطلبات الواجبة الاتباع لنجاح هذا النوع من التعليم في المؤسسات التعليمية في العراق .
ولذلك سنتناول هذا الموضوع في مبحثين الاؤل عن مفهوم التعليم الالكتروني ومبرراته في ظل ازمة كورونا ، والثاني عن مزايا التعليم االالكتروني والمتطلبات الضرورية لنجاح التعليم الالكتروني وعلى النحو الاتي :-
خطة البحث:
المبحث الاول : مفهوم التعليم الالكتروني ومبرراته في ظل ازمة كورونا
المطلب الاول :مفهوم التعليم الالكتروني
المطلب الثاني :مبررات التعليم الالكتروني
المطلب الثالث: انواع التعليم الالكتروني
المبحث الثاني : مزايا التعليم الالكتروني والمتطلبات الواجب توافرها لنجاح التعليم الالكتروني المطلب الاول :ايجابيات التعليم الالكتروني
المطلب الثاني : سلبيات التعليم الالكتروني
المطلب الثالث : المتطلبات الواجب توافرها لنجاح التعليم الالكتروني
المبحث الاول :- مفهوم التعليم الالكتروني ومبرراته في ظل ازمة كورونا :-
يعتبر التعليم الالكتروني من المصطلحات الجديدة حيث انتشر انتشاراً واسعاً في مجال التربية والتعليم وقد ادى ظهوره الى حدوث تحولات في بعض اساليب التعليم والتعلم وبما يواكب هذا التطور وعليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب الاؤل عن مفهوم التعليم الالكتروني والثاني عن مبرراته والثالث عن انواعه وعلى النحو الاتي :-
المطلب الاول : مفهوم التعليم الالكتروني :-
ليس هناك اتفاق حول تحديد مفهوم شامل للتعليم الالكتروني فمعظم المحاولات والاجتهادات نظرت الى زاوية مختلفة حسب طبيعة الاهتمام والتخصص .
التعليم الالكتروني يقوم على استخدام تقنيات الوسائط المتعددة الحديثة مع الانترنيت لتعزيز جودة التعليم عن طريق تيسير التعامل مع مصادر المعرفة .
يقصد بالتعليم الالكتروني انه (منظومة تعليمية لتقديم البرامج التعليمية او التدريبية للمتعلمين او المتدربين في اي وقت وفي اي مكان بأستخدام تقنيات المعلومات والاتصالات التفاعلية مثل الانترنيت، الاذاعة، القنوات المحلية او الفضائية، الاقراص الممغنطة، التلفزيون، البريد الالكتروني، اجهزة الكمبيوتر وذلك لتوفير بيئة تعليمية

تفاعلية متعددة المصادر بطريقة متزامنة في الفصل الدراسي او غير متزامنة عن بعد دون الالتزام بمكان محدد اعتماداً على التعليم الذاتي والتفاعل بين المتعلم والمعلم).١
كما يعرف التعليم الالكتروني بأنه (نظام تفاعلي للتعليم عن بعد ويعتمد على بيئة الكترونية رقمية متكاملة تستهدف بناء المقررات وتوصيلها بواسطة الشبكات الالكترونية والارشاد والتوجيه وتنظيم الاختبارات).٢
ويعرف التعليم الالكتروني بأنه (استعمال التقنية والوسائل التكنولوجية في التعليم وتسخيرها لتعليم الطالب ذاتياً واجتماعياً وجعله محور المحاضرة بدءاً من التقنيات المستخدمة للعرض داخل الصف الدراسي من وسائط متعددة واجهزة الكترونية وانتهاءاً بالخروج عن المكونات المادية للتعليم كالمدرسة الذكية والصفوف الافتراضية التي من خلالها يتم التفاعل بين افراد العملية التعليمية عبر شبكة الانترنيت وتقنيات الفيديو التفاعلي .٣
كما عرفته جمعية الاتصالات التربوية في الولايات المتحدة بأنه (عملية مركبة متكاملة يشترك فيها الافراد والاساليب والافكار والادوات والتنظيمات لغرض تحليل المشكلات التي تتصل بجميع جوانب التعلم الانساني وايجاد الحلول المناسبة لها ثم تنفيذها وتقويمها).٤
فالتعليم الالكتروني هو افضل الطرق والوسائل لتوفيربيئة تعليمية تفاعلية لجذب اهتمام الطلاب وحثهم على تبادل الاراءوالخبرات وتعتبر تقنية المعلومات ممثلة بالحاسوب الالي والانترنيت ومايلحق بهما من وسائط متعددة لتوفير هذه البيئة التعليمية الثرية ،حيث ان التعليم الالكتروني من اهم مميزات التي ستعتمد عليها العملية التربوية في المستقبل ، هذا وان اعتماد التعليم الالكتروني لاؤل مرة في العراق كان غير موفق بسبب عدم توفر الظروف المناسبة حيث لم تستطع الجهات المسؤلة تأجيل او الغاء العام الدراسي مع التصاعد الكبير في عدد الاصابات لفيروس كورونا خلال الفترة الاخيرة .٥

المطلب الثاني :- مبررات التعليم الالكتروني :

التعليم الالكتروني هو التعليم الذي يتعلمه المتعلم من خلال الوسائل التكنولوجية الالكترونية مثل التعليم عبر الانترنيت ،التعليم المبني على استخدام الكمبيوتر نالتعلم الرقمي ،التعلم عبر الاقمار الصناعية والاقراص المدمجة والفيديو التفاعلي .
يعتبر التعليم الالكتروني عنصراً مهماً في التحول من استراتيجيات التعلم التقليدي الى الاستعانة بالادوات التكنولوجية على شبكة الانترنيت والتي تسعى الى تعزيز التعاون اثناء التعليم وتقديم منصة تعليمية جديدة ومختلفة للطلاب موثقة ومعتمدة عالمياً وتطوير المناهج المختلفة لتحقيق اهداف متنوعة٦، ومن المبررات التي يسعى التعليم الالكتروني الى تحقيقها هي مايأتي :-

١- الانفجار المعرفي الهائل ودخول المعرفة في مختلف مجالات الحياة والحاجة الى الوصول الى تلك المعرفة بسرعة.
٢- زيادة اعداد المتعلمين والصعوبة في توفيرالمباني والمستلزمات الضرورية للتعليم وفق الاسلوب التقليدي .

٣- يعتبر هذا الاسلوب من التعليم داعماً للتعليم الاعتيادي لما يوفره من مصادر ومعلومات متنوعة ومتعددة .٧
٤- حاجة من فاتهم التعليم الاعتيادي الى التعليم الالكتروني جعلت من هذا النوع من التعليم معوضاً لهم عما فاتهم اذ اصبحوا بموجبه قادرين على التعليم من دون قيد الدوام والالتحاق المباشر في المؤسسة التعليمية .٨
٥- سرعة وسهولة تحديث وتعديل المحتوى التعليمي دون تكاليف اضافية باهظة بالاضافة الى ايجاد طرق مميزة لعرض المناهج عبر شبكة الانترنيت .٩

هذا وقد القت ازمة فيروس كورونا بظلالها على قطاع التعليم ،اذ دفعت المدارس والجامعات والمؤسسات التعليمية لاغلاق ابوابها تقليلاً من فرص انتشاره وهو ماأثار قلقاً كبيراً لدى المنتسبين لهذا القطاع وبالاخص الطلاب ،كل هذا دفع بالمؤسسات التعليمية للتحول الى التعليم الالكتروني كبديل طال الحديث عنه والجدل حول ضرورة دمجه في العملية التعليمية خاصة بعد ات تأثر التعليم بشكل كبير بتطورالتكنولوجيا وكذلك ثورة تكنولوجيا المعلومات التي اقتحمت معظم اشكال حياة الانسان واصبحت جزءاً اصيلاً منها.

المطلب الثالث:- انواع التعليم الالكتروني :

يمكن تقسيم التعليم الالكتروني الى قسمين رئيسين ويضاف اليهما نوع ثالث جديد

١-التعليم الالكتروني المتزامن: وهو التعليم المباشر الذي يحتاج الى وجود المتعلمين في نفس الوقت امام اجهزة الكمبيوتر لاجراء النقاش والمحادثة بين الطلاب انفسهم وبينهم وبين المعلم عبر غرف المحادثة او تلقي الدروس من خلال الفصول الافتراضية او بأستخدام ادواته الاخرى مثل الزووم .١٠

ومن ايجابيات هذا النوع من التعليم هو حصول المتعلم على تغذية فورية وتقليل التكلفة والاستغناء عن الذهاب لمقر الدراسة ومن سلبياته حاجته الى اجهزة حديثة وشبكة اتصالات جيدة .

ان هذا النمط من التعليم يحاكي التعليم التقليدي فيسمح للطلاب بالحوار والتفاعل مع بعضهم البعض .١١

٢-التعليم الالكتروني غير المتزامن:- وهو التعليم غير المباشر الذي لايحتاج الى وجود المتعلمين في نفس الوقت مثل الحصول على الخبرات من خلال المواقع المتاحة على الشبكة او الاقراص المدمجة او عن طريق ادوات التعليم الالكتروني مثل البريد الالكتروني او القوائم البريدية .١٢

ومن ايجابيات هذا النوع من التعليم هو ان المتعلم يحصل على الدراسة حسب الاوقات الملائمة له، وبالجهد الذي يرغب في تقديمه فمثلاً يمكن ان يقسم المحتوى الى حصص صغيرة تتناسب مع قدرته الاستيعابية وكذلك يستطيع الطالب اعادة دراسة المادة والرجوع اليها الكترونياً كلما احتاج لذلك ،ومن سلبياته عدم استطاعة المتعلم الحصول على تغذية فورية من المعلم كما انه قد يؤدي الى الانطوائية لانه يتم في عزلة تامة.١٣

اما النوع الاخر هو التعليم الهجين عن بعد وقد ظهر هذا النوع مع بداية الصعوبات التي يواجهها الطلبة والمدرسين في التعليم عن بعد بسبب جائحة كورونا حيث ظهر ابتكار جديد وهي طريقة هجينة تجمع بين التعلم عن بعد وتخفيف انتشار عدوى الكورونا ، في هذه الحالة يذهب الطلبة الى المدرسة يوم واحد في الاسبوع ويدرسون باقي الايام في المنزل، وهذا النوع من التعليم لايحصل الا اذا مارست الاسرة التعليمية كل التوصيات من التباعد الاجتماعي وفحص حرارة القادمين الى المدرسة في ايام الحضور وتعمل هذه الطريقة على اعتبار انه اذا كان احد الطلبة مصاباً بالعدوى تظهر عليه عوارض المرض خلال يومين او ثلاثة، هذه الطريقة تجمع بين فؤائد حضور التلاميذ الى المدرسة والحد من انتشار العدوى نسبياً.١٤

المبحث الثاني:- مزايا التعليم الالكتروني ومتطلباته:-

نظراً للاهمية الكبيرة التي يكتسبها التعليم الالكتروني كمساند وبديل في بعض الاحيان للتعليم التقليدي، كان من الواجب الوقوف على ايجابيات وسلبيات هذا النوع من التعليم التي جعلت منه ظاهرة متسارعة الانتشار في كل دول العالم ولهذا سنقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب الاول عن ايجابيات التعليم الالكتروني والثاني عن سلبيات هذا التعليم اما الثالث فنتناول فيه المتطلبات اللازمة لنجاح التعليم الالكتروني وعلى النحو الاتي:-

المطلب الاول:- ايجابيات التعليم الالكتروني:-

تتمثل ايجابيات التعليم الالكتروني بالاتي :

١- زيادة امكانية الاتصال فيما بين المعلم وبين الطلبة والمدرسة او الكلية من خلال سهولة الاتصال بين الاطراف كمجالس النقاش والبريد الالكتروني .
٢- يسهم التعليم الالكتروني في تقارب وجهات النظر المختلفة،اذ تتيح فرص التبادل في وجهات النظر في الموضوعات المتبادلة بين الطلاب ممايزيد فرص الاستفادة من الاراء والمقترحات ودمجها مع الاراء الخاصة بالطالب ، مما يساعدفي تكوين اساس متين عند المتعلم وتتكون عنده معرفة من خلال مايكتسبه من معارف ومهارات عن طريق برامج الحوار المعتمدة.١٥
٣- ان التعليم الالكتروني يعطي للطالب فرصة التعبير عن رآيه في اي وقت ودون احراج لان بأمكان الطالب ارسال رآيه وصوته من خلال ادوات الاتصال المتاحة من بريد الكتروني ومجالس النقاش وغرف الحوارحيث ان التعليم الالكتروني اكثر فائدة لدى الطلاب الذين يشعرون بالخوف والقلق لان هذا الاسلوب في التعليم يجعل الطلاب يتمتعون بجرأة اكبر بالتعبير عن افكارهم اكثر من مما لو كان في غرف الدرس التقليدية .١٦
٤- ان التعليم الالكتروني ساعد على سهولة الاتصال بالمعلم والوصول اليه في اسرع وقت وحتى خارج اوقات العمل الرسمية ، اذ اصبح باستطاعة الطالب ان يرسل استفساراته واسئلته للمعلم اكثر بدلاً من ان يظل مقيداً على مكتبه وذلك في اي وقت عند وجود سؤال او استفسار لايحتمل التأجيل او التأخير.١٧

٥- ان التعليم الالكتروني اتاح للطالب التركيز على افكاره المهمة اثناء كتابته وتجميعه للمحاضرة وكذلك يتيح للذين يعانون صعوبة التركيز وتنظيم المهمات والاستفادة من المادة مرتبة ومنسقة بصورة سهلة وجيدة حيث تكون اساليب التعليم الالكتروني مختلفة وملائمة للجميع.١٨
٦- قدم التعليم الالكتروني مساعدات اضافية للطلاب الذين يتعلمون بطريقة عملية فهؤلاء يقومون بالتعليم عن طريق التدريب حيث ساعد هذا التعليم على توفر المادة العلمية والمناهج الدراسية طوال ايام الاسبوع وطول ساعات اليوم .١٩
٧- يضمن التعليم الالكتروني للطالب حالة من الاستقرار بأمكانية الحصول على المعلومات التي يريدها في الوقت المناسب ،فلايرتبط بأوقات فتح وغلق المكتبات مما يؤدي بالطالب الى الراحة وعدم اصابته بالملل والضجرحيث ان الطالب في التعليم التقليدي لابد ان يلتزم بجدول زمني محدد ومقيد في الحضور للدرس ويعد حاضراً وان جلس في الصف صامتاً دون مشاركة فعلية ، اما في التعليم الالكتروني فلم يعد ضرورياً الالتزام بجدول زمني محدد وخاصة الكبار الذين ارتبطوا بوظائف واعمال لاتمكنهم من الحضور المباشر لصفوف الدراسة.٢٠
٨- لقد خفف التعليم الالكتروني من الاعباء الادارة للتدريسي ، اذ كانت تأخذ منه وقتاً كبيراً في كل محاضرة مثل تسليم الواجبات وتقويم الطلبة وغيرها،فقد اصبح من السهل ارسال وتسليم كل هذه الاشياء عن طريق الادوات الالكترونية مع امكانية معرفة تسلم الطالب لهذه المستندات والواجبات ،كما وفر ادوات تحليل النتائج والدرجات والاختبارات وامكانية وضع احصائيات عنها وارسال ملفات وسجلات الطلبة الى الكلية وبذلك قلل من حجم العمل في الكلية .٢١

المطلب الثاني:- سلبيات التعليم الالكتروني :-

على الرغم من المزايا المتعددة التي يتمتع بها التعليم الالكتروني الا ان المؤسسات التعليمية لازالت تواجه الكثير من التحديات من اجل تحقيق التعليم الالكتروني في القطاعات المختلفة في العراق ومن ابرز هذه السلبيات مايأتي :-

١- كثافة المناهج وعدم توافقها مع التطور السريع للبرامج وعدم توفر البنى التحتية وكذلك تدني نوعية شبكات الاتصال وكثرة الطلاب في الصف الواحد وضعف التأهيل والتدريب.٢٢
٢- ضعف التعامل المباشر بين المعلمين والمتعلمين والتركيز بالدرجة الاولى على الجانب المعرفي .
٣- فقدان الحوار، مماقد يؤثر على ذكاء الطالب ،فمن خلال الحوار والتعامل المباشر يتعلم الطالب ادب النقاش والاستماع وكيفية طرح الاسئلة واحترام الطرف الاخر وانتقاء الالفاظ والمصطلحات وهذا ما لايتوافر مع التعليم الالكتروني .٢٣

٤- يواجه بعض الطلبة من خلال التعليم الالكتروني صعوبة في التعبير عن ارائهم وافكارهم كتابياً حيث ان العديد من الطلبة يفضلون التعبير عن افكارهم شفوياً وهي الطريقة التي اعتادوا عليها سنوات طويلة من خلال دراستهم الاكاديمية، بينما يحتاج مستخدمو التعليم الالكتروني الى التمكن من المهارات الكتابية للتعبير عن افكارهم وارائهم المختلفة .٢٤
٥- الميل للعزلة وتراجع التواصل مع الاخرين فقد اكدت دراسات علمية ان الاجهزة الالكترونية تؤدي الى الميل للعزلة وتراجع التواصل مع الاخرين ونادت بضرورة تفادي هذه الاثار السلبية .٢٥
٦- قد يؤدي استخدام التعليم الالكتروني الى ضعف الدافعية نحو التعلم والشعور بالملل نتيجة الجلوس امام اجهزة الكمبيوتر وشبكات الانترنيت والتعامل معها لفترة طويلة من الزمن وخاصة اذا كانت المادة العلمية المعروضة خالية من المؤثرات السمعية والبصرية التي تجذب الطالب نحو التعلم.٢٦
٧- انه يقدم المعلومات للطلبة بطريقة مجزأة بحيث لايستطيع الطالب ان يكون فهماً متكاملاً للمادة العلمية .
٨- يحد التعليم الالكتروني من قدرة الطالب على الابداع والابتكار لانه يقيده بأستجابة معينة وهي الاستجابة الصحيحة الموجودة في البرنامج والتي عليه ان يتعلمها .٢٧

المطلب الثالث :- المتطلبات الواجب توفرها لنجاح التعليم الالكتروني:-

ان هذا النوع من التعليم يتميز بالمرونة والراحة الا انه اكثر صعوبة مما قد يبدو عليه ، اذ ان هذا التعليم يتطلب الكثير من الوقت والطاقة والمهارات الحاسوبية واستراتيجيات تعلم محددة من اجل تحقيق النجاح وتتمثل المتطلبات الواجب توافرها لنجاح التعليم الالكتروني بالاتي :-

١- صياغة السياسات والوجهات الاستراتيجية التي تحدد الأثر المتوخى على التعليم والاحتياجات العريضة لمقدميه والموازنة اللازمة، وإدراجها في الأنظمة التربوية للمؤسسات التعليمية بما ينسجم مع مجال اختصاص كل مؤسسة منها.٢٨.
٢- مهارات ادارة الوقت الفعالة حيث يجب على الطالب ان يكون قادراً على ادارة وقته جيداً ،اذ لايوجد اوقات محددة للصفوف الدراسية الالكترونية ومع انها واحدة من الفؤائد العظيمة للتعلم الالكتروني ، الا انها بالمقابل يمكن ان تكون سيئة للطالب كثير التأجيل غير القادر على الالتزام بجدول الدراسة الروتيني اوغير قادر على اكمال الواجبات دون تذكير يومي من المعلم ، كما يجب على كل طالب مراجعة المناهج ووضع خطط لاستكمال واجباته الرئيسية .٢٩
٣- ترجمة تلك السياسات، من قبل المؤسسات التعليمية، إلى استراتيجيات وخطط عملية قصيرة ومتوسطة وطويلة المدى، بحيث يتم من خلالها تحديد أهداف استخدام التعليم الإلكتروني ومجالاته وكيفية طرحة والنتائج المرجوة ومؤشرات

الأداء، والجهات المسؤولة، والموازنات اللازمة. ومن الجدير بالذكر أن هذه الخطط قد تختلف باختلاف المؤسسات التعليمية الشاملة لجميع مراحل التعليم العام، والتقني والمهني، والتعليم الجامعي، بالإضافة لمؤسسات التدريب كافة. لقد أثبتت التجربة في ظل "كورونا" الحاجة لصياغة استراتيجيات وخطط طوارئ تضمن الانتقال السلس للتعليم الإلكتروني، في المستقبل.٣٠

٤- توفير البنى التحتية المتينة والأدوات المتناغمة في الحداثة والسرعة بما فيها شبكة الانترنت، وشبكة الكهرباء القادرة على إيصال التيار الكهربائي بشكل مستمر، وأجهزة الحاسوب والمنصات الرقمية التعليمية، وبرمجيات التشغيل، وتطبيقات التقييم، والمكتبات الإلكترونية. هذا بالإضافة الى توفير التقنيات المقروءة والمسموعة والمرئية كالكتب الإلكترونية والاقراص المدمجة والتسجيلات الصوتية والعروض التقديمية وأفلام الفيديو و"اليوتيوب."كما يتطلب توفير أدوات التواصل مثل غرف الدردشة والمؤتمرات الصوتية ومؤتمرات الفيديو واللوح الأبيض وقوائم البريد الالكتروني وتحتاج البنى التحتية لصيانة دورية من قبل فنيين مهرة وفي هذا السياق،و تجدر الاشارة الى ان بعض هذه المتطلبات غير متوفرة في الأماكن الريفية والمناطق النائية والمحاصرة في الكثير من بلدان العالم، كما أن بعضها، كالحواسيب والانترنت، غير متوفرة لدى الأسر ذات الدخل المحدود والمتعلمين الأقل حظاً. ما يعني حرمان الكثير من المتعلمين من تلقي خدمات هذا النوع من التعليم. ولتطبيق مبدأ العدالة والمساواة لا بد من وضع الخطط لمعالجة هذه الفجوة.٣١

٥- توفير الطواقم الادارية والمختصين والمُدربين والمعلمين المؤهلين لتقديم التعليم الإلكتروني، وتدريب غير المؤهلين من العاملين والمتعلمين في المؤسسات التعليمية على استخدام التقنيات. وتشتمل مهارات تدريب المعلمين على: الاستخدام الأمثل للتقنيات، وإعداد المحتوى التعليمي، والتعرف على أدوات وبرمجيات التقويم والتقييم واستخدامها بمهارة.

وتضم أهداف التدريب على التقنيات، إكساب المعلمين الخبرة في التعامل مع وسائل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والبرمجيات التعليمية.٣٢

ويحتاج المعلمون، أيضاً، الى تدريبات خاصة تُكسبهم مهارات التقويم والتقييم التي تنسجم مع استخدام تقنيات التعليم الإلكتروني. وللتوضيح، ترتبط مهارات التقويم بعمليات المتابعة والتقييم المستمرة (Formative Evaluation) وتهدف إلى تقديم التغذية الراجعة الفورية للمتعلمين حول سرعة تعلمهم ونقاط ضعفهم ومستوى إنجازاتهم، كما تتيح الفرصة للمعلمين لتعديل خططهم على ضوء تلك التغذية. وترتبط مهارات التقييم (Summative Evaluation)بعملية التقييم النهائي لمستوى تحصيل المتعلمين عبر الامتحانات التي تجري في نهاية الفصل أو المشروع. في هذا الاطار، تشتمل تدريبات المعلمين على إعداد الخطط والاختبارات والتحليلات الاحصائية وتسجيل العلامات عبر استخدام تطبيقات التقييم الإلكترونية. تمكن هذه التطبيقات المعلمين من قياس المستويات

المعرفية والعملية ومهارات التفكير العليا لدى المتعلمين. وتمثل الاختبارات القصيرة التفاعلية أهم أدوات قياس المستوى المعرفي وتتضمن أسئلة المطابقة والكلمات المتقاطعة والأسئلة متعددة الإجابات وملء الفراغات. ومن خلال كتابة المقالات وإعداد البحوث وملفات الانجاز، يلجأ المعلمون لقياس مستوى أداء المتعلمين العملي ومستوى تطور مهارات التفكير العليا، كالتحليل والتركيب والاستنباط والنقد والابداع لديهم. ٣٣

٦- توفير مراكز تطوير التعليم الإلكتروني في المؤسسات التعليمية وذلك من أجل الاشراف الكلي، الاداري والأكاديمي، على هذا التعليم وضمان جودة مخرجاته. تضم هذه المراكز الطواقم الادارية وذوي الاختصاص والفكر. ومن أهم ما تقوم به هذه المراكز تطوير المحتوى التعليمي، وعملية التقييم، ورفع كفاءة العاملين في هذا النوع من التعليم، وتوفير المناخ المناسب للتعلم، ونشر ثقافة التعليم الالكتروني لدى المتعلمين والمعلمين وأهالي المتعلمين والمجتمع.٣٤.

سابعاً: توعية الجمهور وإثارة الحوار حول هذا الاسلوب وجدوى استخدامه.٣٥ .

الخاتمة:-

في ظل الظروف الحالية التي يشهدها العالم بأجمعه والتي تتمثل بجائحة كورونا والتي ادت الى تعطل مختلف المؤسسات التعليمية في العراق حيث تم توظيف التكنولوجيا لضمان استمرار العملية التعليمية وذلك من خلال تهيئة بيئة تعليمية افتراضية تتيح للتعليم الاستمرار دون اي خلل يذكر.

لقد سلطت تجربة استخدام التعليم الالكتروني في ظل تفشي وباء كورونا والتي مازالت موجودة الضوء على هذا النوع من التعليم وتناولت المجتمعات وخاصة المعلمين والمتعلمين والخبراء والاهل الموضوع بجوانبه المتعددة وقارنت مزاياه وسلبياته مع التعليم التقليدي وشكلت متطلبات التعليم الالكتروني اهم قضايا الجدل المثارة بين المؤيدين لاستخدامه والمشككين بجدواه ومما لاشك فيه ان النقاش حول مدى قدرتنا على توفير متطلباته سيستمر بمنهجية وعمق بعد انحسار الوباء بأعتبارها من اهم العوامل التي ستحدد جدوى تبنيه في نظامنا التعليمي.

وعلى الرغم مما يقدمه التعليم الالكتروني من مزايا الا انه يحمل في طياته بعض المساوئ والسلبيات والتي سبق وان ذكرناها.

وتم التوصل الى جملة من المقترحات تتمثل بالاتي:-

١- عمل برامج تدريب للتدريسي والطالب حول الوسائل التكنولوجية وكيفية استخدامها.

٢- تعاون المؤسسات والجامعات مع المدارس وبناء قيادة شابة ودعم اداري لاعداد التدريسين .

٣- التقييم المستمر لفاعلية التكنولوجيا المستخدمة والمنهاج المطروح ومواكبته للتطور المستمر .

٤- تجهيز الفصول بمتطلبات دمج التقنية من حيث شبكة الانترنيت ومختبرات حاسوب حديثة.

٥- على الحكومة ان تقوم ببناء شبكة اتصالات ذات كفاءة عالية وتغطية لجميع مناطق الدولة

الهوامش :-

١-انظر اروى بريجيه ، مفهوم التعلم الالكتروني ،مقال منشور في موقع حياتك ،١٩ يناي. ر ٢٠٢١، ص١
٢-انظر صلاح عبدالسلام وسالمة مفتاح المصراني ، تحديات تطبيق التعليم الالكتروني في مؤسسات التعليم الليبية في ظل الازمات (جائحة كورونا(دراسة نظرية)،بحث منشور على وقائع المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الاول (جائحة كورونا والمستقبل الاقتصادي والسياسي لدول حوض المتوسط)، نوفمبر٢٠٢٠، ص.٢
٣-انظر اسماء العقاد ،التعليم الالكتروني والتحديات المعاصرة ،بحث منشور في مجلة جامعة بيرزيت /كلية تكنولوجيا المعلومات /قسم هندسة انظمة الحاسوب منشور على موقع:http://www.aun.edu.eg
٤-انظر مبررات استخدام التعليم الالكتروني، مقال منشور على موقعhttp://ww.groupt8n.blogsport.com ، ١٦ ابريل ٢٠١٢، ص١ وكذلك مقال مبررات التعليم الالكتروني ، منشور في موقع مدونتي، ٩ابريل ٢٠١٠، ص.١
٥-انظر حليمة الزاحي ،التعليم الالكتروني بالجامعة الجزائرية، رسالة ماجستير/ كلية العلوم الانسانية والعلوم الاجتماعية/ قسم علم المكتبات، الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢، ص٣٣.
٦-انظر اكثم سيف الدين، عام دراسي مرتبك بسبب كورونا في العراق، مقال منشور على موقع العربي ،١٦ فبراير،٢٠٢١، ص١
٧-انظر اروى بريجيه، مصدر سابق، ص.٢
٨-انظر مستحدثات تكنولوجيا التعليم – مفهوم واهداف التعليم الالكتروني، مقال منشور في موقع، ص٤ وانظر كذلك مقال مبررات ظهور التعليم الالكترونيhttp://sites.google.com
٩-انظر رشيد التلواني ،مقال التعليم الالكتروني،٢٠١٤/٧/١٣، ٢١ مايو ٢٠١١، ص.٢
١٠-انظر حليمة الزاحي ،مصدر سابق، ص٦٢.
١١-انظر أ.م.د سالم محمد عبود وم.م جان سيريل فضل الله وم.م حسام موفق صبري، واقع التعليم الالكتروني ونظم الحاسبات واثره في التعليم في العراق، كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد السابع، ايار ٢٠٠٨ ،ص ٢٨٦.
١٢- انظر ابراهيم ابراهيم محمد ابوعقيل ،واقع التعليم الالكتروني من وجهة نظر طلبة جامعة الخليل، بحث منشور في مجلة جامعة فلسطين للابحاث والدراسات، العدد السابع،يوليو ٢٠١٤،ص٢٣ و.٢٤
١٣-انظر سهى علي حسامو، واقع التعليم الالكتروني في جامعة تشرين من وجهة نظر كل من اعضاء الهيئة التدريسية والطلبة ،مجلة جامعة دمشق/كلية التربية، المجلد ٢٧، ملحق، ص.٢٥٩
١٤-انظريوسف محمود ،التعليم الالكتروني: انواعه وخصائصه وفوائده وسلبياته، مقال منشور على موقع جدران عربية ،٢/٧/ يو٢٠٢١، ص.٥
١٥-انظرد.زينب هادي وم.م هاجر محمود علي ،جوانب من التعليم الالكتروني، سلسلة ثقافية جامعية /جامعة بغداد، المجلد الثاني، العدد الاول، ٢٠١٠، ص.٢٢
١٦-انظر مقال اساسيات التعليم الالكتروني والتعليم عن بعد منشور على موقعhttp://www.tvet.ps
١٧-انظر نجيب زوحي، ٧ من اهم مزايا التعليم الالكتروني، مقال منشور على موقع تعليم جديد، ٢٠١٤/٧/٢٦، ص.٢
١٨-انظر مقال مزايا وعيوب التعليم الالكتروني، منشور على موقع http://sites.google.com
١٩-انظر مقال تعبير حول ايجابيات وسلبيات التعليم الالكتروني، مقال منشور على //Learnenglish.nu http:
٢٠-انظر مقال ايجابيات وسلبيات التعلم عن بعد ،منشور في موقع محتويات، ٣سبتمبر٢٠٢٠، ص٤.
٢١-انظر ايمان الحياري، ايجابيات ومميزات التعليم الالكتروني، مقال منشور في مجلة محطات، ٢٠١٩، ص.٢
٢٢-انظر نورة المطيري، سلبيات التعليم الالكتروني، منشور على موقع http://sites.google.com
عيوب التعليم وكذلك انظر شروق محبوب ،الالكتروني ،مقال منشور على موقع موضوع، ٢٣اغسطس ٢٠١٨، ص.١

٢٣-انظر مقال سلبيات التعليم عن بعد ،منشور في موقع زيادة،١٩اغسطس ٢٠٢٠، ص.٣
٢٤-انظر محمد عبدالحميد ابراهيم ،سلبيات التعليم الالكتروني ،مقال منشور على موقع، ١٩ابريل ٢٠١٢، ص٢ gaper.yoo6
٢٥-انظر مقال سلبيات التعلم الالكتروني، منشور في صحيفة الاحساء، ٢٢ابريل ٢٠١٣، ص٢.
٢٦-انظر شيماء صلاح، ابرزسلبيات التعليم الالكتروني وايجابياته، مقال منشور على موقع اعرف اكثر، ١٦ابريل ٢٠٢٠، ص.٣
٢٧-انظر تسنيم عبدالرحمن النمر،مميزات وعيوب التعلم عن طريق الانترنيت، مقال منشور على موقع بصائر، ٤يوليو ٢٠١٧، ص.٤
٢٨-انظر مقال ١٠مبادىء لنجاح التعليم الالكتروني ،مقال منشور على موقع http:// allabout-school.com ،ص.٢
٢٩-انظر مقال متطلبات التعليم الالكتروني وادواته وبيئاته ،مقال منشور في موقع blogger،٣٠ سبتمبر ٢٠١٢،ص.٢
٣٠-انظر تفيدة الجرباوي ،متطلبات التعليم الالكتروني ،مقال منشور في موقع اراء ،٢٠٢٠/٤/٩،.ص٣
٣١-انظر عبدالله بن عبدالعزيز بن محمد الموسى ،متطلبات التعليم الالكتروني، بحث منشور في مؤتمر التعليم الالكتروني (افاف وتحديات)،١٧-١٩مارس ٢٠٠٧، الكويت، ص.٥
٣٢-انظر تفيدة الجرباوي، مصدر سابق، ص.٦
٣٣-انظر المصدر السابق، ص٦.
٣٤-انظر بادي سوهام، سلبيات واستيراتيجيات توظيف تكنولوجيا المعلومات في التعليم، رسالة ماجستير/ جامعة منتوري/ كلية العلوم الانسانية والاجتماعية/ قسم علم المكتبات، الجزائر، ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص.٨٣
٣٥-انظر تفيدة الجرباوي ،مصدر سابق، ص٧.

المصادر:-

١- اروى بريجيه، مفهوم التعلم الالكتروني ،مقال منشور في موقع حياتك، ١٩ يناير ٢٠٢١.
٢- صلاح عبدالسلام وسالمة مفتاح المصراني ، تحديات تطبيق التعليم الالكتروني في مؤسسات التعليم الليبية في ظل الازمات (جائحة كورونا(دراسة نظرية)،بحث منشور على وقائع المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الاول (جائحة كورونا والمستقبل الاقتصادي والسياسي لدول حوض المتوسط)،نوفمبر ٢٠٢٠ ..
٣- اسماء العقاد ،التعليم الالكتروني والتحديات المعاصرة ،بحث منشور في مجلة جامعة بيرزيت /كلية تكنولوجيا المعلومات /قسم هندسة انظمة الحاسوب .
٤- حليمة الزاحي ،التعليم الالكتروني بالجامعة الجزائرية ،رسالة ماجستير /كلية العلوم الانسانية والعلوم الاجتماعية/قسم علم المكتبات،الجزائر،٢٠١١-٢٠١٢.
٥- اكثم سيف الدين، عام دراسي مرتبك بسبب كورونا في العراق،مقال منشور على موقع العربي ،١٦فبراير ٢٠٢١.
٦- أ.م.د سالم محمد عبود وم.م جان سيريل فضل الله وم.م حسام موفق صبري ،واقع التعليم الالكتروني ونظم الحاسبات واثره في التعليم في العراق ،كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة ،العدد السابع ،ايار ٢٠٠٨.
٧- ابراهيم ابراهيم محمد ابوعقيل ،واقع التعليم الالكتروني من وجهة نظر طلبة جامعة الخليل ،بحث منشور في مجلة جامعة فلسطين للابحاث والدراسات ،العدد السابع ،يوليو ٢٠١٤.
٨- سهى علي حسامو ، واقع التعليم الالكتروني في جامعة تشرين من وجهة نظر كل من اعضاء الهيئة التدريسية والطلبة ،مجلة جامعة دمشق/كلية التربية ،المجلد ٢٧
٩- يوسف محمود ،التعليم الالكتروني :انواعه وخصائصه وفوائده وسلبياته،مقال منشور على موقع جدران عربية ،٢/٧/ ٢٠٢١.
١٠- د.زينب هادي وم.م هاجر محمود علي ،جوانب من التعليم الالكتروني ، سلسلة ثقافية جامعية /جامعة بغداد ،المجلد الثاني ،العدد الاول ،٢٠١٠.

١١- مقال ايجابيات وسلبيات التعلم عن بعد ،منشور في موقع محتويات، ٣سبتمبر ٢٠٢٠.
١٢- نجيب زوحي ،٧ من اهم مزايا التعليم الالكتروني ،مقال منشور على موقع تعليم جديد ،٢٠١٤/٧/٢٦.
١٣- شروق محبوب ،اعيوب التعليم لالكتروني ،مقال منشور على موقع موضوع، ٢٣اغسطس ٢٠١٨.
١٤- انظر محمد عبدالحميد ابراهيم ،سلبيات التعليم الالكتروني ،مقال منشور على موقع gaper.yoo6 ،١٩ابريل٢٠١٢
١٥- شيماء صلاح ،ابرزسلبيات التعليم الالكتروني وايجابياته ،مقال منشور على موقع اعرف اكثر،١٦ابريل ٢٠٢٠.
١٦- تسنيم عبدالرحمن النمر،مميزات وعيوب التعلم عن طريق الانترنيت، مقال منشور على موقع بصائر، ٤ يوليو ٢٠١٧.
١٧- تفيدة الجرباوي، متطلبات التعليم الالكتروني، مقال منشور في موقع اراء ، ٢٠٢٠/٤/٩.
١٨- عبدالله بن عبدالعزيز بن محمد الموسى ،متطلبات التعليم الالكتروني، بحث منشور في مؤتمر التعليم الالكتروني (افاف وتحديات) ،١٧الكويت ،١٩مارس ٢٠٠٧.
١٩- بادي سوهام، سلبيات واستيراتيجيات توظيف تكنولوجيا المعلومات في التعليم، رسالة ماجستير /جامعة منتوري / كلية العلوم الانسانية والاجتماعية / قسم علم المكتبات، الجزائر ،٢٠٠٤-٢٠٠٥.

القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية
تحديات اقتصادية

م.م نسرين قحطان عبد الرزاق
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

الملخص
ان التطور الحاصل في العالم ومحدودية الموارد الاقتصادية لبعض البلدان دفع العديد من الايادي العاملة الى الهجرة الى الدول الاخرى بغية العمل لقاء اجر معين وبمختلف المجالات فقد تكون عمالة منزلية او صحية او تعليمية وغيرها ، وهذا ما نجده بشكل متزايد في العديد من الدول التي تستعين بالعمالة الاجنبية لممارسة الاعمال وذلك لقلة الاجرة التي تمنحها اياه مقارنة مع العمالة الوطنية الذي بدوره ينعكس على زيادة البطالة في المجتمع العراقي ، لدرجة قامت هذه الدول بتنظيم اعمالهم بموجب قوانين خاصة لضمان حقوقهم وواجباتهم بخلاف المشرع العراقي الذي اخضع العمالة الاجنبية لقانون العمل بشكل عام دون الاشارة الى العمالة الاجنبية بموجب تعليمات او قوانين خاصة تتعامل مع هذه الظاهرة الجديدة فضلاً عما تثيره العمالة الاجنبية من تحديات اجتماعية تتمثل في كون العمالة الاجنبية ذو عادات وتقاليد مغايرة للمجتمع العراقي ناهيك عن جهل العمالة بطبيعة المجتمع العراقي وعاداته وتقاليديه ، ومع تواجد الصفة الدولية في عقد العمالة الاجنبية يدفعنا للبحث عن القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية وذلك لارتباط العقد بقانون اكثر من دولة مما يثير معه تنازع القوانين ، وما يتطلبه من معالجة هذه الحالات وتحديد القانون الذي يحكم مثل هذه المنازعات خاصة كون عقد العمل ذو طبيعة خاصة تتعارض مع قاعدة الاسناد العامة ، الامر الذي يدفعنا الى ايجاد قاعدة اسناد تتفق مع خصوصيته بشكل يضمن لاطراف العقد ان تخضع علاقاتهم لقانون محدد بالشكل الذي يحقق التوازن بين اطراف العقد .

Abstract
The development in the world and the limited economic resources of some countries have pushed many workers to emigrate to other countries in order to work for a certain wage and in various fields, it may be domestic, health, or educational workers, etc., and this is what we find increasingly in many countries that use foreign workers To carry out business due to the lack of the wages that it gives it compared to the

national workers, which in turn reflects on the increase in unemployment in the Iraqi society, to the extent that these countries have organized their work according to special laws to ensure their rights and duties, unlike the Iraqi legislator that subjected foreign workers to the labor law in general without reference to foreign workers According to special instructions or laws that deal with this new phenomenon as well as the social challenges that foreign workers raise, represented by the fact that foreign workers have different customs and traditions for the Iraqi society, not to mention the workers' ignorance of the nature, customs and traditions of Iraqi society, With the presence of the international character in the foreign employment contract, it prompts us to search for the law that is applicable to the foreign employment contract, because the contract is linked to the law of more than one country, which raises with it a conflict of laws, and what it requires to deal with these cases and determine the law that governs such disputes, especially since the work contract is of a nature In particular, it contradicts the general rule of attribution, according to which contractual obligations are subject to the law of will, which raises our impetus to find an attribution base consistent with its specificity in a way that guarantees to the parties to the contract that their relations are subject to a specific law in a manner that achieves balance between the parties to the contract

المقدمة

التطور الحاصل في العالم ومحدودية الموارد الاقتصادية لبعض البلدان دفع العديد من الايادي العاملة الى الهجرة الى الدول الاخرى بغية العمل لقاء اجر معين وبمختلف المجالات فقد تكون عمالة منزلية او صحية او تعليمية وغيرها ، وهذا ما نجده بشكل متزايد في العديد من الدول التي تستعين بالعمالة الاجنبية لممارسة الاعمال وذلك لقلة الاجرة التي تمنحها اياه مقارنة مع العمالة الوطنية الذي بدوره ينعكس على زيادة البطالة في المجتمع العراقي ، لدرجة قامت هذه الدول بتنظيم اعمالهم بموجب قوانين خاصة لضمان حقوقهم وواجباتهم بخلاف المشرع العراقي الذي اخضع العمالة الاجنبية لقانون العمل بشكل عام دون الاشارة الى العمالة الاجنبية بموجب تعليمات او قوانين خاصة تتعامل مع هذه الظاهرة الجديدة فضلاً عما تثيره العمالة الاجنبية من تحديات اجتماعية تتمثل في كون العمالة الاجنبية ذو عادات وتقاليد مغايرة للمجتمع العراقي ناهيك عن جهل العمالة بطبيعة المجتمع العراقي وعاداته وتقاليديه ، الامر الذي يعتبر مؤشر خطر على الحالة الاجتماعية لاسيما قيام العديد من العوائل العراقية بالاعتماد على العاملات الاجنبية في تربية ابناءهم ، وكذلك تأثير العمالة الاجنبية على الوضع الامني وذلك كون استقدام مكاتب التشغيل العمالة الاجنبية متدنية الاجرة و دون مراجعة السجلات

الشخصية الامنية الخاصة بيهم الامر الذي انعكس على الوضع الامني للبلد بشكل عام خاصة بوجود العديد من الحالات التي انتهت بالانتحار او الهروب او السرقة او ارتكاب جرائم اخرى وما يرافقها من اثار سلبية على المجتمع، ومع تواجد الصفة الدولية في عقد العمالة الاجنبية يدفعنا للبحث عن القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية وذلك لارتباط العقد بقانون اكثر من دولة مما يثير معه تنازع القوانين ، وما يتطلبه من معالجة هذه الحالات وتحديد القانون الذي يحكم مثل هذه المنازعات خاصة كون عقد العمل ذو طبيعة خاصة تتعارض مع قاعدة الاسناد العامة التي مفادها اخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الارادة الامر الذي يدفعنا الى ايجاد قاعدة اسناد تتفق مع خصوصيته بشكل يضمن لاطراف العقد ان تخضع علاقاتهم لقانون محدد بالشكل الذي يحقق التوازن بين اطراف العقد وابتداءاً سنبين في المبحث الاول تعريف العمل والعامل الاجنبي في المطلب الاول ومن ثم سنوضح دولية عقد العمالة الاجنبية في المطلب الثاني وفي المبحث الثاني سنوضح القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية في المطلب الاول وسنوضح التحديات التي ترافق عقد العمالة الاجنبية في المطلب الثاني .

المبحث الاول : ماهيه عقد العمالة الاجنبية

تعد العمالة الاجنبية جزءاً لا يتجزء من سوق العمل الحالي في معظم البلدان العربية بشكل عام وفي العراق بشكل خاص فألايادي العاملة الاجنبية تتقاسم السوق مع العمالة الوطنية ولابد من تسلط الضوء على عقد العمالة الاجنبية وتعريف العامل الاجنبي .

المطلب الاول: ماهيه عقد العمالة الاجنبية

ان تعريف اي عقد الغاية منه هو تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه وتمييزه عن غيره من العقود ، وسنبين تعريف عقد العمل في التشريع العراقي وفي التشريعات العربية والاجنبية .

الفرع الاول: تعريف عقد العمل

ان عقد العمال له خصوصية بسبب طبيعته الخاصة التي يتميز بها بالرغم انه يخضع للقواعد العامة العامة الا انه له خصائص تميزه عن غيره بسبب طبيعة قواعد قانون العمل الذي تحكمه لذلك سنبين تعريف عقد العمل في التشريع العراقي اولاً ومن ثم تعريفه في التشريعات العربية .

اولاً تعريف عقد العمل في التشريع العراقي

عرف المشرع العراقي عقد العمل في نص المادة /٩٠٠ من قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بانه : (عقد يتعهد به احد طرفيه بان يخصص عمله لخدمة الطرف الاخر ويكون في ادائه تحت توجيهه وادارته مقابل اجر يتعهد به الطرف الاخر ويكون العامل اجيراً خاصاً).

وكذلك عرفته المادة (٩) من قانون العمل العراقي النافذ رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ (عقد العمل هو اتفاق بين العامل وصاحب العمل يلتزم فيه العامل باداء عمل معين لصاحب العمل تبعاً لتوجيهه وادارته ويلتزم فيه صاحب العمل باداء الاجر المتفق عليه للعامل).

من التعاريف السابقة يتبين ان عقد العمل كغيره من العقود يتضمن عناصر رئيسية مهمة الا وهي العمل (المحل) متمثل بمحل التزام العامل وهو في نفس الوقت سبب التزام صاحب العمل بتسديد الاجرة للعامل ، والعنصر الثاني هو الاجرة التي تعتبر سبب التزام العامل باداء العامل وهي محل التزام صاحب العمل .
ويمكن القول ان عقد العمل هو عقد خاص من حيث الاصل ويتميز عن غيره بعنصر التبعية وهنا يقترب عقد العمل من العقد الاداري وكقاعدة عامة فان عقد العمل كغيره من العقود يحتاج الى اتفاق الطرفين بأرادتهم على عناصر العقد من رضا ومحل وسبب[١] .
وعنصر التبعية في عقد العمالة الاجنبية فهو متمثلة بخضوع العامل لادارة وتوجيه صاحب العمل الذي يكون بدوره شخص طبيعي ام معنوي وفقاً للمادة (٨ الفقرة ٢) من قانون العمل العراقي[٢]
نجد ان المشرع العراقي قد قام بتعريف عقد العمل في القانون المدني وقانون العمل وفي حالة التعارض يطبق قانون العمل بأعتبار الخاص يقيد العام ، مع مراعاة ان العاملين في القطاع العام والاشتراكي ودوائر الدولة يخضعون لقانون الخدمة المدنية رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.
وفي الوقت الحاضر نجد ان العمالة المنزلية قد برزت بشكل ملفت للنظر و ان المشرع العراقي تتطرق الى شروط استقدام العامل الاجنبي دون تنظيم القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية وهذا ما سنبيه في موضع اخر من بحثنا .

ثانياً : تعريف الشتريعات العربية لعقد العمل

عرف المشرع المصري عقد العمل في القانون المدني المصري في المادة (٦٧٤) بانه: (العقد الذي يتعهد فيه احد المتعاقدين بان يعمل في خدمة المتعاقد الاخر ، وتحت ادارته واشرافه مقابل اجر يتعهد به المتعاقد الاخر).
اما قانون العمل المصري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ فقد عرف عقد العمل في المادة (٤٢) بانه (العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بان يشتغل تحت ادارة صاحب العمل وإشرافه مقابل اجر)[٣] .
وعرف قانون العمل الاماراتي عقد العمل في الباب الاول أ- تعاريف م ١ :
(عقد العمل : هو كل اتفاق محدد المدة او غير محدد المدة يبرم بين صاحب العمل والعامل يتعهد فيه الاخير بأن يعمل في خدمة صاحب العمل وتحت أدارته إو اشرافه مقابل اجر يتعهد به صاحب العمل)[١].

---

[١]- للمزيد ينظر د . شاب توما منصور – شرح قانون العمل – دراسة مقارنة – دار الطبع والنشر الاهلية – طبعة رابعة – ١٩٧١ – ص ٣٢٦.
[٢]- تنص المادة (٨ ف ٢) من قانون العمل العراقي النافذ المرقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ على (يقصد بصاحب العمل كل شخص طبيعي او معنوي يستخدم عاملاً او اكثر لقاء اجر).
[٣]- اما قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ فانه قام بتعريف العمل العرضي والعمل المؤقت والعمل الموسمي .

وقد عرفه قانون العمل الاردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ في المادة (١٢ الفقرة الثانية) بانه : (اتفاق شفهي او كتابي صريح إو ضمني يتعهد العامل بمقتضاه ان يعمل لدى صاحب العمل وتحت اشرافه وادراته مقابل اجر ، ويكون عقد العمل لمدة محدودة او غير محدودة او لعمل معين او غير معين).

نلاحظ ان كل التعاريف السابقة قد جاءت لتعريف عقد العمل بشكل مطلق دون تخصيص لعقد العمالة الاجنبية ، الان هنالك بعض الدول التي افردت تعريف لكل فئة عاملة قانون خاص بها لكثرة الاستعانة بالعمالة الاجنبية ومنها دولة الكويت التي شرعت قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٨ والخاص بالعاملين بالقطاع النفطي وكذلك قانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ والخاص بالعاملين في القطاع الاهلي .

عرفت اتفاقية العمل اللائق للعمال المنزليين رقم ١٨٩ التي اعتمدت في حزيران/ سنة ٢٠١١[٢] المتمخضة من مؤتمر العمل الدولي في (المادة / ١ / أ) العمل المنزلي بأنه : (يعني تعبير "العمل المنزلي " العمل المؤدى في اسرة او اسر او من اسرة او اسر) .

ويعرف الفقهاء عقد العمل بانه عقد يلتزم بمقتضاه شخص بالقيام بأعمال مادية لصالح شخص اخر وتحت توجيه هذا الاخير بمقابل يسمى الاجر ، والذي يلتزم بأداء العامل والطرف الاخر هو صاحب العمل[٣] ، مما سبق يتبين لنا ان اغلب التشريعات لم تقم بوضع تعريف لعقد العمالة الاجنبية ويمكن وضع تعريف لعقد العمالة الاجنبية بأنه : **عقد الذي يتصف بالعنصر الاجنبي في احد عناصره و يلتزم بموجبه العامل بأداء عمل معين لمصلحه الشخص الاخر (رب العمل) بمقابل اجر معين يحدد مسبقاً يلتزم الاخير بسداده)**

الفرع الثاني: تعريف العامل الاجنبي

ابتداءاً نجد ان التعريفات الخاصة بالعامل في التشريعات القانونية اقتصرت على تعريف العامل بشكل عام رغم ان بعض التشريعات قد اشارت الى تعريف العامل الاجنبي لكن بشكل مقتضب او لتعريف فئة معينة من العمال الاجانب او قد يكون التعريف اقرب ما يكون لتعاريف اخرى مشابهه لها مثل المهاجر او الوافد ، حيث ان العامل الاجنبي هو احد العناصر الرئيسية لعقد العمالة الاجنبية فلابد من بيان ما هو المقصود بالعامل الاجنبي الذي يسبغ الصفة الدولية على عقد العمل حيث نجد أن قانون العمل العراقي قد عرف العامل في قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل بشكل عام ولم يحدد كونه عاملاً وطنياً ام اجنبياً .

---

[١] - قانون العمل الاماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠

[2] - https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c189_ar.pdf وقت الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٣ ٣:٠٠pm .

[٣] - منال الرشيدي – الحماية القانونية للاجور في قانون العمل الاردني والكويتي – رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون – جامعة الشرق الاوسط – ٢٠١٠ – ص ٢٢.

حيث عرفته المادة (٨/ ثانياً) من قانون العمل العراقي المرقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ بانه (يقصد بالعامل لاغراض هذا القانون كل من يؤدي عملاً لقاء اجر ويكون تابعاً في عمله لادارة وتوجيه صاحب العمل الذي يقصد به كل شخص طبيعي او معنوي يستخدم عاملاً او اكثر لقاء اجر) .
وعرفته المادة (١/سادساً) من قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ المعدل : بانه (كل شخص طبيعي سواء اكان ذكر ام انثى بتوجيه واشراف صاحب العمل وتحت ادارته سواء أكان يعمل بعقد مكتوب ام شفوي ، صريح ام ضمني او على سبيل التدريب او الاختيار او يقوم بعمل فكري او بدني لقاء اجر ايا كان نوعه بموجب هذا القانون).
بينما نجد ان تعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧ عرفت الاجنبي في نص المادة (١) بانه :
اولاً : الاجنبي كل شخص لايحمل الجنسية العراقية او جنسية احدى الاقطار العربية ويرغب بالعمل في العراق بصفة عامل في القطاع الخاص والمختلط والتعاوني) .
ونجد المشرع العراقي عاد وعرف العامل الاجنبي بشكل دقيق في قانون اقامة الاجانب رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧ في نص المادة(١ / الفقرة ٥) بانه **(كل من لا يتمتع بالجنسية العراقية) .**
وكذلك عرفت تعليمات ممارسة الاجانب العمل في اقليم كوردستان رقم ٢ لسنة ٢٠٠٧ العامل الاجنبي في المادة (١ / اولاً) بأنه : (**كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية ويرغب في العمل في اقليم كوردستان – العراق بصفة عامل في القطاع الخاص والمختلط والتعاوني**) .
وعليه كل عامل لا يحمل الجنسية العراقية يعتبر عاملاً اجنبياً وهذا ما أكد عليه مشروع قانون العمل العراقي في نص المادة (٢٢) والتي تنص على :
(العامل الاجنبي : كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية ويرغب ويعمل في العراق بصفة عامل في القطاع العام و الخاص او المختلط او التعاوني) .
وقد عرف المشرع العراقي العامل الاجنبي في نص المادة(٢٣) من قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ بانه(كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية يعمل او يرغب بالعمل في العراق بصفة عامل ، بخلاف عمل لا يكون لحسابه الخاص).
ومما ذكر اعلاه يمكن القول أن معيار التمييز بين العامل العراقي والاجنبي هي الجنسية الامر الذي له الارتباط الوثيق في تحديد القانون الواجب التطبيق عند تسوية المنازعات الناشئة عن عقد العمالة الاجنبية .
نصت المادة (١/ ب) من الاتفاقية العمل اللائق على (يعني تعبير "العامل المنزلي" إي شخص يستخدم في العمل المنزلي في اطار علاقة استخدام)[١] .

---

[1] - https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c189_ar.pdf وقت الزيارة ٢٠٢٠/١٢/٧ ٥:٠٠pm .

نجد ان هذه الاتفاقية عرفت العامل المنزلي والعمل المنزلي فضلاً عن بيان شروط العمل لكي تطبق هذه الاتفاقية على العمل المنزلي لابد ان يكون العمل مستمراً ومهنياً وليس بشكل متقطع وهذا ما جاء في الفقرة (ج) من نفس الاتفاقية المذكورة سابقاً التي تنص على (إي شخص يؤدي عملاً منزلياً من حين لاخر او على نحو متقطع فقط وليس على اساس مهني ليس عاملاً منزلياً) .

ومن نص الفقرة اعلاه نجد ان اتفاقية العمل اللائق تطبق على العمال المنزليين الذي يمارسون اعمالهم بشكل مستمر ومهني، وبخلافه لا يعتبر العامل منزلياً ولا تطبق عليه هذه الاتفاقية ، وجديراً بالذكر ان هذه الاتفاقية لم تتطرق الى القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تنشأ بين العامل وصاحب العمل .

بينما نجد ان قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل لم يعرف العامل الاجنبي ولكنه اشار اليه بشكل غير مباشر في نص المادة ١٢ منه والتي تنص :

(يضمن هذا القانون للمستثمر مايأتي :

اولاً : يحق للمستثمر توظيف واستخدام عامليين من غير العراقيين في حالة عدم امكانية استخدام عراقي يملك المؤهلات اللازمة وقادر على القيام بنفس المهمة وفق ضوابط تصدرها الهيئة).

ويستنتج من النص اعلاه انه يمكن للمستثمر الاستعانة بالعمالة الاجنبية ضمن المشروع الاستثماري مع اعطاء الاولوية للعامل العراقي مع فتح المجال أمام المستثمر بأستخدام العامل الاجنبي في حالة عدم قدره العامل العراقي على مسايرة التطور التكنولوجي المرافق للمشاريع الضخمة والحديثة والتي تتطلب خبرة ،الامر الذي يولد لدينا عقداً دولياً مابين المستثمر وبين العمال الاجانب محل تنفيذ هذا العقد في العراق فلابد من بحث دولية عقد العمالة الاجنبية.

المطلب الثاني: دولية عقد العمالة الاجنبية

قد يتصف عقد العمل بالصفة الدولية في احد اركانه فيضفي عليه الطابع الدولي مما يجعل مشكلة تنازع القوانين تبرز لتحديد القانون الواجب التطبقي على المنازعات التي قد تنشا بين العامل وبين العامل الاجنبي وسنوضح في هذا المطلب دولية عقد العمالة الاجنبية والمعايير التي قيلت في تحديد دولية هذا العقد ضمن واخيراً سنبين القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي تنشأ ضمن عقد العمالة الاجنبية .

الفرع الاول: الاتجاهات الفقيهه لتحديد دولية عقد العمالة الاجنبية

ان تحديد اذ ما كان العقد دولياً ام وطنياً هي مسألة مهمه فان بيان طبيعة العقد هو الاساس لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه [١] ، فاذا كان العقد وطنياً فان القواعد

---

[١]- د. احمد صادق القشيري – نطاق تطبيقه وطبيعة القانون الدولي الخاص – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الاول – السنة العاشر – كانون الثاني – (يناير) – ١٩٦٨ – ص١٧٢.

الموضوعية في قانون القاضي هي التي تطبق على العقد، وفي حالة اذا كان العقد ذو صفة دولية فهنا يصار الى قواعد الاسناد تمهيداً لتحديد القانون الواجب التطبيق[١] .

ولتحديد دولية عقد العمل برز العديد من الاتجاهات ابتداءاً برز اتجاهيين فقهيين لتحديد دولية العقد

- الاتجاه الاول يذهب الى القول بترك الامر الى قاضي الموضوع باعتبار ان هذه المسألة هي جعرافية[٢].

- اما الاتجاه الثاني يذهب الى انه لابد من وضع معايير لبيان دولية عقد العمل ، ووجدت معياريين لتحديد الصفة الدولية مع مراعاة خصوصية عقد العمل وذلك لاختلاف طبيعة عقد العمل عن غيره

من العقود فهو ليس عقداً ذات طابع تعاقدي صرف فهو ذو طبيعة مزدوجة بالمعنى القانوني .

اما التقليدي فأن وجوده يقوم بأرادة اطرافه الا ان منذ لحظة ابرامه يتدخل المشرع متمثل بالدولة لتنظيم علاقة العامل بصاحب العمل لتحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي في العلاقة العقدية وتوفير الحماية للعمال[٣] .

وهذا ما وجدناه من استقراء اتجاه الفقه الحديث الذي ذهب الى ضرورة توسيع مفهوم العلاقة التبعية بين العامل وصاحب العمل وعدم حصرها ضمن نطاق عقد العمال كما هو الحال عليه من التشريعات الداخلية حيث ان الاتجاه الحديث يهدف الى توفير الحماية للعمال و ان كان عقد العمل باطلاً حيث الغاية هو توفير حماية اكبر للعمال من خلال وضع قواعد تنظيمه وتوجيهية [٤] .

حيث ان الاساس الذي تقوم عليه قانون العمل لغرض توفير الحماية للعمال هو عقد العمل ، الا ان التوجه الحديث الذي يوفر الحماية على اساس علاقة التبعية لعقد العمل وليس عقد العمل بمفهومه التقليدي [٥] .

وهذا ما اخذت به محكمة النقض الفرنسية حيث وأن كان العقد باطلاً لمخالفته القواعد المتعلقة بتشغيل الاجانب فأن العامل له الحق في المطالبة بأجره المحدد في العقد وان كان في فترة التمرين [١] .

---

[١] - د. احمد عبد الكريم سلامة – القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام من القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٥ – ص ٧٨ وما بعدها .

[٢] - د. احمد السعيد الزقرد – قانون التجارة الدولية – الطبعة الثانية – المكتبة العصرية للنشر والتوزيع – مصر – ٢٠١٠- ص٣٦ .

[٣] - مصطفى قويدري - عقد العمل بين النظرية والتطبيق – الطبعة الثانية – دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر- ٢٠١١- ص ٢٢-٢٣.

[٤] - همام محمد محمود زهران – قانون العمل – عقد العمل الفردي – دار الجامعة الجديدة – الازاريطة – ٢٠٠٣- ص ٢٨ وما بعدها .

[٥] - بشير هدفي – الوجيز في شرح قانون العمل – علاقات العمل الفردية – الطبعة الثانية – جسور للنشر والتوزيع -٢٠٠٣- ص ٦٢-٦٣.

الفرع الثاني: معايير دولية عقد العمالة الاجنبية

اختلفت الاراء حول ما هو المعيار الاخذ به لغرض تحديد دولية عقد العمالة الاجنبية وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ضمن هذا الفرع .

اولاً :المعيار القانوني

يعتبر العقد الدولياً وفق هذا المعيار اذا ما اتصلت احدى عناصره المؤثرة بالصفة الاجنبية وبالتالي تتصل بأكثر من نظام قانوني مثلها جنسية اطراف عقد العمالة الاجنبية او موطنهم او محل اقامتهم هذا ما يتعلق بالعناصر الشخصية اما العناصر الموضوعية فقد تكون محل ابرام العقد او مكان تنفيذه [٢] .

وعليه يتم تحديد دولية العقد اذ ما اتصفت العناصر الرئيسية المؤثرة في العقد بالصفة الدولية دون العناصر الثانوية ، ولابد من تحديد العناصر المؤثرة في العقد من العناصر الثانوية ان العناصر الغير مؤثرة وتسمى بالشخصية وهي جنسية اطراف عقد العمالة الاجنبية وموطنهم وتعتبر غير مؤثرة لانها عناصر اسناد تبعية وليست اصلية [٣] ، علماً ان هذين العنصرين غير مؤثرين في نطاق كافة العقود الدولية [٤] .

اما العناصر الموضوعية المؤثرة فهي محل ابرام العقد الذي قد يكون ابرامه مع دولة اجنبية هو امراً عارضاً مثلا: قيام صاحب مكتب تشغيل العمال بالتعاقد مع العامل الاجنبي وابرام العقد بتواجدهم عرضاً في دولة ما وتم ابرام العقد على ان يكون تنفيذ العقد وتقدم الخدمة في دولة اخرى ، فلا يمكن جعل العقد يخضع لقانون محل ابرام العقد كونه امراً عارضاً وغير معلوم لكلاً الطرفين .

اما ما يعتبر من العوامل المؤثرة في العقد والتي على اساسها يتم تحديد اذا ما كان العقد ذو صفة دولية ام لا متمثل بمحل تنفيذ العقد حيث يغير مكان تنفيذ العقد والمكان الذي تقدم الخدمة فيه عنصراً مؤثراً في العقد والذي تنبثق منه قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام [٥] كما هو عليه الحال في نطاق العمل .

---

[١] - منير عبد المجيد – تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية – منشأة المعارف – الاسكندرية – دون سنة نشر – ص ١٤.

[٢] - د . سامي بديع منصور –د. عكاشة عبد العال- القانون الدولي الخاص – الدار الجامعة – بيروت – ١٩٩٥- ص ٣٩٤، د. محمود محمد ياقوت – حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق - منشأه المعارف – الاسكندرية -

[٣] - وهذا ما ذهب اليه الاستاذ (Simon Depiter) في تعليقها على قضية : Cass.1-7-1964 ,Rev.crit,1966,N.1,P.48.

[٤] - Pierre Louis –Lucas, Porte'De La Distinction Enter Droit Prive 'Inter Et Droit Interntional Prive, Clunet,1962,N.4,P855.

[٥] - وهذا مانصت عليه المادة (١١) من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ (يقع باطلاً كل صلح او تنازل او ابراء من الحقوق المقررة للعامل بموجب احكام هذا القانون ، خلال فترة المقررة للعامل بموجب احكام هذا القانون ، خلال فترة قيام علاقة العمل حتى انقضاء ستة اشهر على انتهائها).

ثانياً: المعيار الاقتصادي

ادت الانتقادات التي وجهت الى المعيار القانوني الى ايجاد معيار اخر لتحديد دولية العقد ومنها المعيار الاقتصادي ومفاد هذا المعيار هو ان يعتبر العقد دولياً اذا ما ارتبط بالمصالح التجارية الدولية وانتقال الخدمات والسلع عبر الحدود وتأثيرها على حركة الاقتصاد الوطني[١] دون الاخذ بعين الاعتبار جنسية الاطراف او المواطن ، حيث تم تحديد دولية عقد العمالة الاجنبية بالنظر الى موضوعه وما يحققه من مصالح تجارية دولية دون النظر الى عناصره مثل الجنسية او محل الاقامة ، وعليه فان العاملين في المشاريع الاستثمارية التجارية او الخدمية و حتى خدمة المنازل وغيرها كلها تعتبر عقود ذو صفة دوليه وفق هذا المعيار كونها تتضمن دخول خدمات الى البلاد .

ان الراي الراجح هو الاخذ بالمعيار القانوني الحديث في تحديد الصفة الدولية للعلاقة العقدية وذلك اذا ما اتصلت احدى العناصر المؤثرة في العقد بالصفة الدولية [٢] ، اما موقف المشرع العراقي فانه لم يتطرق الى مسألة تحديد المعيار المعتمد في تحديد الصفة الدولية للعقد الدولي وكان موقف القضاء العراقي متردداً بين الاخذ باحدى المعياريين القانوني ام الاقتصادي او الجمع بينهما وهذا مانجده من مجموعة الاحكام القضائية[٣].

والقول الراجح من اغلب الفقهاء هو ان المعيار القانوني هو الاكثر رجحاناً في الوقت الحالي في تحديد الصفة الدولية .

ونحن نرى ان الاخذ بالمعيار الاقتصادي هو الاجدر اتباعه وذلك كونه مرتبط بالحركة التجارية الدولية وهذا الامر يتلاءم مع طبيعة الحال في وقتنا الحالي التي تتطلب تطوير حركة تبادل السلع والخدمات الذي بدوره ينعكس على الاقتصاد الوطني بشكل عام ، فضلاً عما يوفره هذا المعيار المعرفة المسبقة للعمالة الاجنبية بقواعد القانون الذي سيطبق على العقد المبرم من قبلهم وبالتالي يوفر ركن العلم اللازم توافره في العقود الحديثة بكافة جوانب العقد .

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية والتحديات التي ترافقه

ان عقد العمالة الاجنبية كغيره من العقود التي تنشأ عن اتجاه ارادتين لاحداث اثر قانوني، الان ان عقد العمالة الاجنبية ذو خصوصية معينة كونه مزيج من القواعد العامة

---

[١] - خالد شويري- القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي – اطروحة دكتوراه في الحقوق – جامعة بن يوسف بن خده – ٢٠٠٨.

[٢] - د. هشام علي صادق –عقود التجارة الدولية – المصدر السابق – ص٩٤، وينظر في هذا لاراي كذلك :

- Nassbaum,La clause-Or Dansles contract Internationanx,Recueil Descourse,1933,Vol.43,Part.559Ets.
- Batiffol Et Lagarde,Droit Internationl Prive'7Ed T.2,L.G.D.J.,1983,NO.575.
- Niboyet (j.p), Traite'DeDroit International Prive, T.5,sirey, Paris,1948,No.1394.

[٣] - للمزيد ينظر : مجموعة الاحكام العدلية – العدد الثالث والرابع – السنة الثامنة ١٩٧٧ – ص٥٤ ، عبد العزيز السهيل – احكام القضاء العراقي – الجزء الاول – ١٩٦٢- بغداد –ص٣٥.

والخاصة ولقد استقر الفقه والقضاء بضرورة اخضاع عقد العمالة الاجنبية الى قانون دولة معينة واستبعاد فكرة العقد المجرد من اي قانون[١].

وبما ان عقد العمالة الاجنبية كغيره من العقود ذو الصفة الدولية فمن البديهي ان يخضع لمبدأ سلطان الارادة لاختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي قد تنشأ، الا ان خصوصية عقد العمالة الاجنبية حال دون ان يكون قانون الارادة ملائماً لكي يحكم عقد العمالة الاجنبية ، مما ادى الى ايجاد وسائل اخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق غير ارادة الاطراف وهذا ما سنبحثه في المطلب الاول موضحين فيه تحديد القانون الواجب التطبيق وفق قانون الارادة والثاني وفق نظرية التركيز الموضوعي ، فضلاً عما تثيره العمالة الاجنبية من تحديات اجتماعية تتمثل في كون العمالة الاجنبية ذو عادات وتقاليد مغايرة للمجتمع العراقي ناهيك عن جهل العمالة بطبيعة المجتمع العراقي وعاداته وتقاليديه ، الامر الذي يعتبر مؤشر خطر على الحالة الاجتماعية لاسيما قيام العديد من العوائل العراقية بالاعتماد على العاملات الاجنبية في تربية ابناءهم ، وكذلك تأثير العمالة الاجنبية على الوضع الامني وذلك كون استقدام مكاتب التشغيل العمالة الاجنبية متدنية الاجرة و دون مراجعة السجلات الشخصية الامنية الخاصة بيهم وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني .

المطلب الاول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية وفق قانون الارادة

ان مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية وفق مبدأ قانون الارادة الذي يعتبر ضابط اسناد في الالتزامات التعاقدية فلابد من بيان مدى صلاحية هذا الضابط بالنسبة الى عقد العمالة الاجنبية ، حيث ان مسألة خضوعه لقانون الارادة كانت محل خلاف بين من يؤيدها بشكل مطلق ومنهم من يرى تطبيقه بشكل مقيد ضمن حدود معينة بشكل لا يتعارض مع نصوص آمره مرتبطة بالعقد ، حيث ان الاتجاه التقليدي يذهب الى القول ان عقد العمالة الاجنبية كغيره من العقود التي تخضع لقانون الارادة ويتولى اطراف العقد اختيار القانون الواجب التطبيق استناداً الى سلطان الارادة [٢] ، اعتبار ان خضوع العقد لقانون الارادة من حيث الموضوع هي قاعدة عامة تطبق على كافة العقود الدولية وذلك من خلال اتفاق الاطراف على اختيار قانون بموجب ارادتهم [١]

---

(١)- نادى فقه النظرية الشخصية بتحرير العقد الدولي من حكم القانون واخضاعه لمبدأ سلطان الارادة التي تتولى تنظيمه من خلال ماتضعه من بنود وشروط دون الحاجة الى الرجوع الى اي قانون باعتبار ان اتصال العقد الدولي بأكثر من نظام قانوني يؤدي الى نتيجة هامه مفادها انه لايوجد قانون يملك الادعاء بأنه صاحب الاختصاص لحكم هذا العقد وعلى هذا النحوفان العقود تخرج من دائرة التنازع لتخضع لمطلق سلطان الارادة ، للمزيد ينظر: د. هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – الطبعة الثانية – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية -٢٠٠١- ص١٢٢ وما بعدها ، د. احمد عبد الكريم سلامة – القانون الدولي الخاص النوعي – دار النهضة العربية – القاهرة -٢٠٠٤-ص ١٢٤.

(٢)- د. منير عبد المجيد – مصدر سابق – ص٦٣.

[١] وفي حالة لم يتفق الاطراف على تحديد قانون فهذا يتم تفسيره ان الاطراف قد اتفقوا ضمناً الى اخضاع عقدهم الى قانون بلد ابرام العقد .

ولقد اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض حول خضوع عقد العمل للقانون الذي يتفق عليه الاطراف بأرادتهم باعتبار عقد العمالة الاجنبية من عقود القانون الخاص ولابد من خضوعه للقواعد العامة التي تحكم العقد الدولي وتعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الارادة بشكل عام من اهم قواعد القانون الدولي الخاص التي اقرتها قواعد تنازع القوانين في كل الانظمة القانونية [٢] ،مع مراعاة عدم مخالفتها للقواعد العامة لنظرية العقد .

ويجب توضيح حالة عدم اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية لابد من ايجاد قرينة تتم على اساسها تحديد القانون ومن هذه القرائن مكان تنفيذ عقد العمل او محل ابرام العقد او مركز ادارة مكتب تشغيل العمال [٣] ، وان كان عقد العمالة الاجنبية يخضع بشكل عام الى قانون الارادة وخضوع عقد العمالة الاجنبية للقانون الاجنبي وفقاً لقواعد الاسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية يستلزم التقييد بقواعد العمل الآمرة في دولة القاضي [٤] .

ويمكن القول ان عقد العمالة الاجنبية ذو شقين الاول يتعلق بالقانون الخاص والشق الاخر يتعلق بالقانون العام ووفق المسائل المتعلقة بالقانون الخاص فهو يدخل ضمن نطاق تطبيق قانون الارادة وبخلافه سوف تندرج ضمن القواعد التنظيمية الخاصة بالنظام العام وعليه لاتدخل ضمن تنازع القوانين فلا تثار مشكلة تنازع القوانين ويطبق قانون القاضي الذي ينظر في النزاع ، وعليه من الممكن ان يتفق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق بشرط عدم مخالفتها للقواعد الامرة ، وهذا ما اكده الحكم القضائي الصادر من محكمة بروكسيل التجارية في ٣ مارس ١٩٧٠ والمتعلق بعلاقة عمل بين شركة متعدده الجنسيات وعامل حيث هذا القاضي بتطبيق القانون الامريكي بوصفه قانون الارادة وليس القانون البلجيكي الذي يعتبر قانون تنفيذ العمل وكذلك الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ١٩٧٠ الذي قضى بأحترام ارادة كل من رب العامل المغربي الجنسية والعامل الفرنسي الجنسية في اختيار القانون المغربي بأعتباره القانون الواجب التطبيق على عقدهم [٥] .

---

(١)- د. طارق عبد الله المجاهد –تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية – دراسة مقارنة- اطروحة مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد- ٢٠٠١ – ص٣٥.

2) (– Dominique Bureau,L'influence de la volonte'individuelle sur les conflits delois, Me'langes en hommage a froncoisteree, Presses universitaires de France,e'd D,paris, 1999,p186.

(٣)- د. عز الدين عبد الله – مصدر سابق –ص ٤٤٤-٤٤٥.

)4 – (Quadri,(R) Cours De Dorit International Prive'Cours De Doctorat. Faculte De Dorit Du Caire, 1955,P.120.

(٥) – نقلاً عن : د. منير عبد المجيد – مصدر سابق – ص٦٤-٦٥.

عليه يمكن القول ان ارادة الاطراف هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق وفي حالة غياب الارادة يصار الى قانون الموطن المشترك لاطراف العقد او الى قانون محل ابرام العقد او محل تنفيذ العقد ، الا ان تطبيق قانون الارادة في عقد العمالة الاجنبية قد تعرض للانتقاد لانه يتعارض مع طبيعة القواعد الآمرة التي تنظم عقد العمالة ومنها القواعد التي تمنع الافراد من الاتفاق على احكام تنتقص من الحقوق المقررة للعمال ، الا ان هذا المنع ليس مطلقاً حيث اجازت هذه القواعد الاتفاق على خلافها اذا كان الاتفاق منصب على منح العمال حقوق افضل .

ويمكن القول ان الاتجاه الحديث يذهب الى ان ارادة الاطراف في عقد العمالة الاجنبية من الممكن ان لا تتقيد بقواعد النظام العام المقررة وفق قانون بلد التنفيذ طالما كان اتفاق الاطراف على اختيار قانون يضمن حقوق افضل للعامل لان القواعد الآمرة قد وضعت لغرض حماية العمال ، وهذا ما سنتقرءه من نص (م ٩) من قانون العمل العراقي النافذ :(تمثل الحقوق الواردة في هذا القانون الحد الادنى لحقوق العمال وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل ،تطبق على العمال احكام هذا القانون او احكام التنظيم الخاص ايهما افضل) .

الا ان هذا الامر قد يخضع لقيود معينة فقد تكون الاتفاق لصالح العامل الا انها تعتبر باطلة في بعض الحالات كالمسائل المتعلقة بتنظيم الاقتصاد في الدولة او لغرض حماية اصحاب الاعمال لغرض ضرائب معينة تحقيقاً للصالح العام [١] ، والقول ان القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية هو قانون الارادة هو امر يرفضه اغلب الفقهاء وذلك بسبب ان تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب ارادة الطرفين تحتاج الى ان تتساوى ارادة الطرفين في التفاوض وبرأينا هذا الامر غير متحقق في هذا العقد كونه اقرب ما يكون لعقد الاذعان منه الى العقود الرضائية [٢] ، كون العامل لا يمتلك القدرة على التفاوض مع رب العمل وان وجدت فهي مفاوضات استثنائية قد ترجع لما يتمتع به العامل من مهارات فنية او خبرة في مجال اختصاصه تخوله التفاوض وهذه الفئة قليله مقارنة بالعامل البسيط [٣] .

وهذا ما نجده في واقعنا الحالي وزيادة الشركات التي تستعين بالعمال الاجانب ذوي المهارات الفنية والحرفية الا ان الواجب التطبيق يتم اختياره من قبل صاحب العمل و ان رفض اغلب الفقهاء بأخضاع عقد العمالة الاجنبية لقانون الارادة ويعزى ذلك بسبب اغلب التشريعات تتدخل لتنظيم علاقة العمل بشكل عام بموجب تشريعاتها الداخلية لغرض تحقيق التوازن والاستقرار الاقتصادي فضلاً عن حماية العامل بأعتبار الطرف

---

[١] - د.جلال القريشي – قانون العمل – شرح قانون العمل العراقي – دراسة مقارنة – مطبعة الازهر- بغداد- ١٩٧٢-ص٤٣-٤٤.

[٢] - د.مصطفى قوديري- عقد العمل بين النظرية والتطبيق – الطبعة الثانية – دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر- ٢٠١١- ص٢٢-٢٣.

[٣]- محمد عرفات الخطيب –الحرية التعاقدية في تشريع العمل (ازمة عقد العمل)-دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسعودي – مجلة الشريعة والقانون – العدد السابع والاربعون – يوليو – ٢٠١١-ص٦٧.

الضعيف في العلاقة العقدية وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية التي صدرت في ٩ ديسمبر ١٩٦٠ القاضي بكون القانون الفرنسي هو واجب التطبيق على عقد تمثيل ينفذ في فرنسا رغم ان اتفاق الاطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق هو القانون التشيكوسلوفاكي [١].

وفي رأيينا نرى ان العامل في عقد العمالة الاجنبية يكون طرفاً مذعناً لصاحب العمل خاصة في الدول التي لا يوجد تنظيم قانوني لعقد العمالة الاجنبية وهذا مانجده في العراق.

وان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية وفق قانون الارادة جاء بموجب نظرية التركيز ومفاد هذه النظرية هو التركيز على الرابطة العقدية وفق ظروف التعاقد والاحداث الخارجية التي تختلف من عقد لاخر ، حيث ان ارادة المتعاقدين في هذه الحالة تعتبر عنصراً مؤثراً لتركيز عقد العمل في مكان معين [٢] وبالرغم من الانتقاد من اغلب الفقهاء الا انها تلاقي ترحيب من الفقه الدولي المعاصر [٣] وذلك بالتركيز على اطراف العقد وعقد العمالة الاجنبية ذاته .

ولا يمكن اعتبار ضابط مكان العمل هو الضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق ، وان كان القانون النمساوي في المواد (٣٦-٣٧) جعلت قانون مكان العمل هو القانون الواجب التطبيق ولا يعتد بأرادة الاطراف بخلاف القانون الفرنسي الذي لم يقم بإعمال هذا الضابط في عقود العمل اطلاقاً [٤] حيث ان مركز العمل الرئيسي لا يمكن الاخذ به كضابط اسناد وذلك لكونه يخل بفكرة حماية الطرف الضعيف في عقد العمالة الاجنبية وتؤدي الى اختلال توازن العقد .

ويرى الباحث ان القانون النمساوي الذي يستند الى ضابط محل العمل في تحديد القانون الواجب التطبيق هو الاجدر بالاتباع حيث هذا الضابط يوفر للعمال الاجانب الاطلاع المسبق على القانون الذي سيطبق على عقد العمالة الاجنبية وعلى المنازعات التي قد تنشأ في المستقبل وبالتالي تعزيز التوازن العقدي بين طرفي العقد .

اما ضوابط الاسناد المتعلقة باطراف عقد العمالة الاجنبية كالجنسية والموطن فقد يكون العامل الاجنبي وصاحب العمل من نفس الجنسية او ذات الموطن كأن يعمل العامل الاجنبي في بلد اخرى لدى شركة يملكها شخص من ذات جنسية العامل وبكل الاحوال لا يمكن اعتبار الجنسية المشتركة او الموطن المشترك ضابط اسناد عام يعتمد عليه في علاقات العمل ، كونه معيار متغير وليس مستقر ولا ثابت فمثلاً في حالة تغيير الجنسية او الموطن لاحد الاطراف في الفترة ما بين ابرام العقد ونشوء النزاع يؤدي الى اختلاف

---

[١] - نقلاً عن : د. منير عبد المجيد – مصدر سابق – ص٧٢ وما بعدها .

[٢] - زروتي الطيب – النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن – الجزء الاول – رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص – معهد الحقوق والعلوم الادارية – جامعة الجزائر -١٩٩٠- ص٢٤ .

[٣] - زروتي الطيب – مصدر سابق اعلاه – ص١١٦ .

[٤] - منير عبد المجيد – مصدر سابق – ص٨٨-٨٩ .

الاطراف في الضابط المزعم الاستناد اليه في تحديد القانون الواجب التطبيق [١] ، وبالرغم من كل هذا يثير عقد العمالة الاجنبية العديد من التحديات التي ترافقه منذو لحظة ابرامه ولحين انتهاءه فلابد من بيان هذه التحديات وهذا ما سنبحثه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني: التحديات الاجتماعية والاقتصادية الناتجة عن عقد العمالة الاجنبية

استقطب العراق طيلة الفترة السابقة وحتى وقتنا الحالي العمالة الاجنبية وذلك بسبب التسهيلات الموجودة في العراق منها قانون الاقامة والعمل اثناء حقبة التسعينات و في وقتنا الحالي كثرت العمالة الاجنبية في العراق ومن جنسيات مختلفة ويرجع السبب في ذلك قلة الاجرة المقدمة للعمالة الاجنبية مقارنة بالايادي العاملة العراقية وهي ماتعرف بالعمالة الرخيصة ، فضلاً عن عدم التدقيق الامني في السجلات الشخصية للعمال ناهيك عن التزامهم في العمل و بساطته متطلباتهم كل هذا وغيره اسباب ادت الى كثرة العمالة الاجنبية في المراكز التجارية والمستشفيات والمرافق الاخرى ، الا ان هذه العمالة لها عدة اثار متمثلة بتحديات يواجهها المجتمع و منها التحديات الامنية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية وسنبحث التحديات ضمن هذا المطلب في الفرع الاول سنوضح التحديات الاقتصادية والتحديات الاجتماعية والامنية في الفرع الثاني .

الفرع الاول: التحديات الاقتصادية للعمالة الاجنبية

من ابرز الاثار المترتبة على العمالة الاجنبية الا وهي البطالة التي تعد تحدياً اقتصادياً تواجهه الحكومة العراقية حيث ارتفعت البطالة في العراق الى نسبة (٣٠%) سنة ٢٠١٦ لتصل في وقتنا الحالي الى (٤٠%) وفق الاحصاءات الحكومية من مختلف الفئات سواء كانوا اصحاب شهادات عليا او دون مؤهل دراسي ويعود الامر لعدة اسباب يقف على راسها العمالة الاجنبية فضلاًعن جائحة كورونا التي نتج عنها حظراً للتجوال كلها اسباب تصب في نتجية واحدة الا وهي ازدياد البطالة التي تعتبر آفه اجتماعية فلابد من بحث اسباب استقدام العمالة الاجنبية والاثار المترتبة عليها .

اولاً : اسباب استخدام العمالة الاجنبية

اكدت العديد من الدراسات ان العمالة الاجنبية ذات اثر على المجتمع خاصة مع ازدياد عدد الوافدين من العمال الاجانب الامر الذي يخلق تجمعالت غير مترابطة في المجتمع سواء من الناحية الاجتماعية والدينية والسياسية وابزر الاثار الاقتصادية المترتبة على العمالة الا وهي ازدياد البطالة بانواعها [٢]

---

[١] - منير عبد المجيد – مصدر سابق – ص١١١ وما بعدها .

[٢] - توجد العديد من انواع البطالة (المقنعة –الاحتكاكية – الهيكلية – الدورية –الموسمية) للمزيد ينظر :د.بشير عبد الكريم – تصنيفات البطالة ومحاور قياس الهيكلية والمحبطة منها خلال عقد التسعينات –– مجلة اقتصاديات شمال افريقيا – العدد الاول – ١٤٧ص .

وسنحبث اهم الاسباب التي ادت الى استخدام العمالة الاجنبية في شتى المجالات الحياة سواء كان القطاع حكومي او اهلي ، ونستطيع القول ان هذه الاسباب تعتبر في نفس الوقت مميزات لجذب العمالة الاجنبية وهي كالاتي:

١- **انخفاض اجور العمالة الاجنبية** : ان انخفاض اجور العمال الاجانب في العراق يعتبر من اهم اسباب لاستخدامهم فضلاً عن سوء الاوضاع الاقتصادية وانتشار البطالة في تلك الدول، عليه يمكن القول ان العراق مصدر جذب للعمال من الجنسيات المختلفة ، كذلك ارتفاع الاجورالممنوحة لهم في العراق بالنسبة لهم وتوفر فرص العمل وارتفاع مستوى الخدمات [١] .

حيث ان اجور العمال الاجانب مرتفعة وعدم قيام الدولة بفرض ضرائب على هذه الاجور سبباً في ازدياد توافد العمال لو ان الضرائب كانت مرتفعة لترددت مكاتب التشغيل في استقدامهم وبخاصة في المهن التي يمكن ان نطلق عليها الكمالية مثل الخدم والسائقين والمربيات ولكان الامر اقتصر على المهن والحرف الدقيقة التي يحتاجها البلد ولا يوجد من يشغلها من العمالة الوطنية[٢] .

ونجد ان العمالة الاجنبية تتميز بالاداء الجيد مقارنة بالعمالة الوطنية العراقية وهذا ما اكده العديد من مستخدمين العمال الاجانب فضلاً عن الطاعة وهذا سبب تفضليها على العمالة الوطنية .

٢- **ضعف مهارة العمالة المحلية** : السبب الثاني من اسباب زيادة العمالة الاجنبية هو امتناع الشباب العراقي عن الانضمام الى التعليم الفني والمهني ورغبتهم بالدخول الى الكليات النظرية طلبا للشهادة الجامعية للوجاهة الاجتماعية الامر الذي يؤدي الى احتقار العمل اليدوي والحرفي وعدم الاقبال عليه وعليه سيكون هذا المجال شاغراً دون ايادي عمل تعمل فيه من اهم اسباب الاعتماد على العمالة الاجنبية[٣].

وان وجدت العمالة الوطنية فهي محدودة او قد قليلة الخبرة والمهارة ، فالشباب ينظرون نظرة دونية للعمل اليدوي ويرفضون الالتحاق بالمهن والاعمال اليدوية التي تتطلب مجهودا جسمانيا ويفضلون البحث عن وظيفة حكومية حتى وان اتت بعد فترة قد تطول .

ان التعليم الفني والتدريب التقني قادر على توفير الكفاءات البشرية المهنية والتقنية اللازمة بأعداد جيدة لخطط التنمية في البلد وبالتالي لا يكون هنالك حاجة لاستقدام اعداد

---

[١]- صالح احمد هوبيمل العامري – التغطية الصحفية لقضية العمالة الوافدة في صحافة الامارات –دراسة تحليلية – رسالة ماجستير منشورة مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا – كلية العلوم الانسانية – قسم الاعلام – ٢٠٠٨ـص٣٥ على الرابط الالكتروني www.meu.edg.jo

[٢]- د. ابراهيم بن عبد الكريم عبيان – العمالة الوافدة في المملكة العربية السعودية والاثار السلبية المترتبة على وجودها وادوار المؤسسات التربوية في الحد من استقدامها وعلاج اثارها – بحث منشور في مجلة دراسات نفسيةوتربوية – منبر تطوير الممارسات النفسية والتربوية – العدد٦ـحزيران- ٢٠١١ـص١١.

[٣]- صالح احمد سالم هويمل العامري – مصدر سابق –ص ٣٥ .

كبيرة من العمالة الاجنبية ، لكن المشكلة تكمن في عزوف الشباب الطموح عن الالتحاق بالكليات والمعاهد المهنية والفنية[١] .

٣- **ارتفاع مستوى دخل الفرد** : ان معدل الدخل الشهري للفرد العراقي ارتفع في الفترة الحالية الامر الذي يمكن الفرد من الاستغاء عن المهن او الحرف الجانبية التي ممكن ان يمارسها لتوفير دخل اكثر ،بعكس ما كان عليه الحال في الفترة السابقة التي كانت تتسم بقلة الدخل وصعوبة توفير مستلزمات الحياة الاساسية ، وبهذا اصبح متوسط دخل الفرد العراقي واحدا من اعلى متوسطات الدخول في العالم ، لقد صاحب ارتفاع الدخول هذه تغيير كبيراً في العادات الاستهلاكية و المعاشية وأصبحت العائلة تستعين بخادمة اجنبية لتحل محل ربة البيت في تربية الاطفال وتدبير شؤون المنزل .

٤- **خروج المرأة للعمل او الدراسة** : ازدياد اقبال المرأة على ميادين الحياة كافة سواء كانت من اجل الدراسة او العمل او غيرها كلها ادى الى قيام البعض من العوائل بالاعتماد على العمالة المنزلية في الاعمال المنزلية وتربية الاطفال .

ثانياً: الاثار المترتبة على الاستعانة بالعمالة الاجنبية

ان العمالة الاجنبية ظاهرة حديثة في مجتمعنا العراقي دعت اليه الحاجة للاستعانه بالعمال الاجانب كما وضحنا في اسباب استقطاب العمالة الاجنبية ولكل ظاهرة هناك جملة من الاثار الايجابية و السلبية التي ترافقها ، ويمكن القول ان الاثار الايجابية هي في نفس الوقت مميزات العمالة الاجنبية ، اما الاثار السلبية التي تعتبر في نفس الوقت تحديات يواجهها المجتمع وسنقوم إيضاحها وهي كألاتي:

١- **اثر العمالة الاجنبية على الاقتصاد** : من ابرز الاثار المترتبة على العمالة الاجنبية هو تاثيرها على الاقتصاد متمثل بعدة امور اهمها البطالة وكذلك انخفاض مستوى الدخل للعامل الوطني ، فضلاً عن استنزاف الموارد المالية للبلد وذلك من خلال التحويلات الخارجية [٢] ، وهذه العمالة لها التأثر على عدة جهات منها الدولة التي تكون ملزمة بتوفير الخدمات العامة وذلك بسبب الضغط على الخدمات العامة الاجتماعية الامر الذي يزيد من تكلفة هذه الخدمات ، فضلا على عدم التوزيع العادل للثروة والدخل الاقتصادي بسبب انخفاض اجور العمالة ، كذلك تؤثر العمالة الاجنبية على الشركات والموسسات التجارية بسبب الاعتماد على العمالة في معظم القطاعات الاقتصادية كان تكون الشركات الاستثمارية تستعين بالعمالة الاجنبية كونها عمالة رخيصة فضلاً على عدم استقرار سوق العمل فيما يتعلق بالعمالة الموسمية او المؤقته .

---

[١] - د. ابراهيم بن عبد الكريم - مصدر سابق – ص١١ ، للمزيد ينظر مؤتمر العمل الدولي – ازمة عمالة الشباب – حان وقت العمل – جنيف- مكتب العمل الدولي – الدورة ١٠١ التقرير الخامس- ٢٠١٢ –ص٣٨.

[٢] - صالح احمد سالم هويمل العامري – مصدر سابق – ص٤٧-٤٨ .

وابرز الاثار المترتبة على العمالة الاجنبية الا وهي ازدياد ظاهرة البطالة بشكل واسع ويختلف مفهوم البطالة من مجتمع لاخر وذلك لاختلاف طبيعة كل مجتمع فيما يتعلق بمفاهيمه و طبيعة الموارد الاقتصادية المتوفره لديه ، ولكي نستطيع تحديد معنى البطالة لابد من النظر الى قدرة الفرد في الحصول على فرصة عمل وتعرف البطالة بأنها : (هي مجموعة من الافراد في سن العمل والقادرون على العمل ويبحثون عنه ولا يجدونه، وقد حدد قانون العمل العراقي سن العمل بالحدود العمرية (١٥- ٦٣) سنة للذكور (١٥-٥٥) للاناث) ، فضلا عما يسببه الاستعانة بالعمالة الاجنبية من قلة الطلب على العمالة الوطنية .

حيث ان البعض قد ربط التنمية الاقتصادية بالاستعانة بالعمالة الاجنبية لغرض تمرير بعض المشاريع الاقتصادية والانشطة المشكوك في فائدتها وجدواها الامر الذي كان سائد وما زال يروج اليه البعض من المنتفعين من ادخال العمالة الاجنبية والاستغناء عن العمالة الوطنية الامر الذي ينعكس على الاقتصاد وعلى ازدياد البطالة .

ان الخطورة الكامنة في موضوع بحثنا يكمن في أن الاستعانة بالمزيد من العمال الأجانب في السوق العراقية خاصة في ظل وجود أعداد هائلة من الشباب العاطلين عن العمل الامر الذي ينعكس زيادة نسبة البطالة، الامر الذي قد يترتب عليه قيام الشباب بالهجرة أو الإنحراف والجنوح إلى ممارسة الجريمة، خاصة وأن جرائم الخطف والمساومة أصبحت منتشرة بشكل واسع في السنوات الأخيرة، ولا ننسى أن استمرار تدفق العمالة الوافدة لا سيما العمالة الاسيوية إلى السوق العراقية، الذين غالبا ما يشتغلون في أعمال يأنف منها الكثير من العراقيين أو لم يعتادوا على ممارستها، ويتقاضون أجورا لا يقبل بها العاملون المحليون. لكن كثيرا من أصحاب العمل يقولون أنهم مضطرون إلى الإستعانة بالعاملين الأجانب للميزات التي يتمتعون بها، وعلى رأسها الإلتزام والإنضباط، وعدم التمرد على قوانين العمل أو المطالبة بأجور مرتفعة.

٢- **اثر العمالة الاجنبية على كيان الاسرة الاجتماعية :** ان الاستعانة بالعمالة المنزلية في تربية الابناء او الاهتمام بتدبير المنزل لها عدة اثار تنعكس على مفاهيم التربية والتنشئة الصحيحة للابناء ، حيث ان كما هو معروف ان العمالة الاجنبية ذو عادات وتقاليد ومعتقدات تختلف عن مجتمعتنا وترك امر رعاية الابناء كفيل بأنتقال مفاهيم ومعتقدات للابناء نتيجة الاحتكاك المباشر مع العمالة فضلا عن تأثريها على اللغة العربية وتصرفاهم [١] ، ويمكن تلخيص هذه الاثار على الابناء كالاتي :

- تأثير المربية على الابناء من ناحية التصرفات السلوكية والمعتقدات
- اضعاف العلاقة بين الام وابناءها

[١] - تأثير المربيات الاجنبيات على الاطفال . على الرابط الالكتروني .www.Mogm.com

- تأثير المربية الاجنبية على لغة الابناء

الفرع الثاني: التحديات الامنية للعمالة الاجنبية

يعتبر الامن من اهم متطلبات الحياة الاجتماعية لاي دولة وركائزها الاساسية التي تتساوى في اهميتها مع كافة المجالات بل تتجاوزها الى اكثر من ذلك حيث يعتبر الامن هو البيئة الازمة للفرد لكي يستطيع اشباع حاجاته الضرورية بشكل مستقر وامن ، وان الاستعانة بالعمالة الاجنبية يرافقه عدة ظواهر ابرزها زيادة في معدل الجرائم المرتكبة من قبل العمال الاجانب مثالها السرقة والقتل والانتحار او هروب العمال الاجانب وغيرها من الجرائم .

تتعدد الجرائم التي ترتكب من قبل العمالة الاجنبية غير النظامية وعلى وجه الخصوص الذين يهربون من كفلائهم ولا يتقيدون بأنظمة الدولة وقوانينها او قد يكونون عمالة مهربة كالذين يتسللون من خارج الحدود الى داخل لبلد ، تلك العمالة اصبحت تهدد آمن واستقرار المجتمع فأصبحت ترتكب جميع انواع الجرائم دون استثناء لتوفير مصدر مالي لهم خاصة وان وضعهم في البلد غير قانوني[١] وما يرافقهم من ارتكاب اعمال غير قانونية كتعاطي المخدرات والالخمور والسرقة .

أن صعوبة متابعة العمال الاجانب العاملين في العراق من قبل الاجهزة الأمنية الامر الذي يشكل عبئا على الوضع الأمني والاجتماعي و تحسبا من انخراطهم مع بعض المجاميع الارهابية ولذلك كان الاجدر عدم ترويج طلبات استقدام العمالة الأجنبية إلا بعد التاكيد من الملف الامني الشخصي للعامل الاجنبي وقيام الشركات المتعاقدة بتقديم العقد المبرم بين الشركة المعنية والعمال الأجانب، واستحصال موافقة وزارة العمل والشؤون بعد تقديم كافة الاوراق الرسمية والثبوتية الخاصة بالعمال ونماذج الفحص الطبي على أن تكون مصدقة من قبل دوائر وزارة الصحة وطلب تعهدا خطيا من الجهة الداعية تتعهد فيه بتحمل السكن والمعيشة وتامين إحضارهم في حالة طلبهم من أية جهة أمنية.

ان انتشار جريمة تهريب العمال الاجانب التي تعتبر جريمة حديثة رافقت ظاهرة الاستعانة بالعمالة الاجنبية سواء داخل الدولة من منطقة الى أخرى بطرق غير قانونية للتهرب من الضرائب و الديون بواسطة مهربين مقابل مبالغ نقدية أو من دولة الى أخرى بنفس الطرق غير الشرعية .

الخاتمة

ان زيادة الطلب على الاستعانة بالعمالة الاجنبية في مجتمعتنا العربية وعلى وجه الخصوص الخليج العربي والعراق احدى الدول التي شهد رواجاً لحركة استخدام العمالة الاجنبية مستغنياً بذلك عن العمالة الوطنية فضلاص ما يثيره عقد العمالة الاجنبية من مشكلة تنازع القوانين لاتصافها بالعنصر الاجنبي سواء كان في اطرافه او في محل تنفيذه او في محله الامر الذي دفعنا الى بحث عن القانون الواجب التطبيق على عقد

---

[١] - د. امينة علي الكاظم . السكان والعمالة الوافدة في المجتمع القطري انماط التفاعل وتصوراته. ط٤ .قطر : هجر للطباعة والنشر والتوزيع .٤٩٩٤.ص٣٨

العمالة الاجنبية وبحث اهم الاثار المترتبة عليه باعتبارها تحديات تواجه المجتمع والحكومة وابرز ما توصلنا اليه :

النتائج :

١- ان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية يتم بالاستناد الى ارادة اطراف عقد العمالة الاجنبية بالرغم من الانتقاد الموجه اليه الا انها تلاقي ترحيب من الفقه الدولي المعاصر وذلك بالتركيز على اطراف العقد وعقد العمالة الاجنبية ذاته .

٢- ان الاستعانة بالعمالة الاجنبية من شانه التأثير على المجتمع بشكل عام وعلى مختلف الاصعدة ، ابرزها زيادة البطالة ، كذلك المخاطر المترتبة على الابناء وتنشئتهم الاجتماعية بسبب الاعتماد على العمالة المنزلية الاجنبية .

٣- العمالة الاجنبية تشكل عبئاً على الدولة على الصعيد الامني وذلك بسبب الخلفية الامنية المجهولة لبعض العمالة الاجنبية وما يرافقه ذلك من زيادة الظاهرة الاجرامية المرتكبة من قبلهم .

التوصيات :

١- تنظيم العمالة الاجنبية من خلال وضع قانون او تعليمات تتولى تنظيم عمل الاجاني في العراق في مختلف القطاعات والمجالات .

٢- الاعتماد على المعيار الاقتصادي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمالة الاجنبية كونه الاجدر اتباعه وذلك لارتباطه بالحركة التجارية الدولية وهذا الامر يتلاءم مع طبيعة الحال في وقتنا الحالي التي تتطلب تطوير حركة تبادل السلع والخدمات الذي بدوره ينعكس على الاقتصاد الوطني بشكل عام .

٣- تنشيط الحرف والمهن اليدوية وتفعيل الايادي العاملة الوطنية لتجنب الاستعانة بالعمالة الاجنبية وتقليل معدل البطالة في العراق .

المصادر

اولاً : الكتب القانونية

١- احمد السعيد الزقرد – قانون التجارة الدولية – الطبعة الثانية – المكتبة العصرية للنشر والتوزيع – مصر – ٢٠١٠.

٢- احمد عبد الكريم سلامة – القانون الدولي الخاص النوعي – دار النهضة العربية – القاهرة -٢٠٠٤-

٣- احمد عبد الكريم سلامة – القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام من القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٥

٤- بشير هدفي – الوجيز في شرح قانون العمل – علاقات العمل الفردية – الطبعة الثانية – جسور للنشر والتوزيع -٢٠٠٣.

٥- جلال القريشي – قانون العمل – شرح قانون العمل العراقي – دراسة مقارنة – مطبعة الازهر- بغداد- ١٩٧٢.

٦- سامي بديع منصور –د. عكاشة عبد العال- القانون الدولي الخاص – الدار الجامعة – بيروت – ١٩٩٥.
٧- شاب توما منصور – شرح قانون العمل – دراسة مقارنة – دار الطبع والنشر الاهلية – طبعة رابعة – ١٩٧١
٨- محمود محمد ياقوت – حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق - منشأه المعارف – الاسكندرية.
٩- مصطفى قوديري- عقد العمل بين النظرية والتطبيق – الطبعة الثانية – دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر- ٢٠١١.
١٠- مصطفى قويدري - عقد العمل بين النظرية والتطبيق – الطبعة الثانية – دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع – الجزائر- ٢٠١١ .
١١- منير عبد المجيد – تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية – منشأة المعارف – الاسنكدرية – دون سنة نشر.
١٢- هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – الطبعة الثانية – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية -٢٠٠١
١٣- همام محمد محمود زهران – قانون العمل – عقد العمل الفردي – دار الجامعة الجديدة – الازاريطة – ٢٠٠٣

ثانياً : البحوث

١- ابراهيم بن عبد الكريم عبيان – العمالة الوافدة في المملكة العربية السعودية والاثار السلبية المترتبة على وجودها وادوار المؤسسات التربوية في الحد من استقدامها وعلاج اثارها – بحث منشور في مجلة دراسات نفسيةوتربوية – منبر تطوير الممارسات النفسية والتربوية – العدد٦-حزيران- ٢٠١١.
٢- احمد صادق القشيري – نطاق تطبيقه وطبيعة القانون الدولي الخاص – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – العدد الاول – السنة العاشر – كانون الثاني – (يناير) – ١٩٦٨.
٣- امينة علي الكاظم . السكان والعمالة الوافدة في المجتمع القطري انماط التفاعل وتصوراته. ط٤ .قطر : هجر للطباعة والنشر والتوزيع .١٩٩٤
٤- بشير عبد الكريم – تصنيفات البطالة ومحاور قياس الهيكلية والمحبطة منها خلال عقد التسعينات –- مجلة اقتصاديات شمال افريقيا – العدد الاول .
٥- زروتي الطيب – النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن – الجزء الاول – رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص – معهد الحقوق والعلوم الادارية – جامعة الجزائر -١٩٩٠
٦- صالح احمد هوبيمل العامري – التغطية الصحفية لقضية العمالة الوافدة في صحافة الامارات –دراسة تحليلية – رسالة ماجستير منشورة مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا – كلية العلوم الانسانية – قسم الاعلام – ٢٠٠٨.
٧- طارق عبد الله المجاهد –تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية – دراسة مقارنة- اطروحة مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد- ٢٠٠١

٨- محمد عرفات الخطيب –الحرية التعاقدية في تشريع العمل (ازمة عقد العمل)-دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسعودي – مجلة الشريعة والقانون – العدد السابع والاربعون – يوليو – ٢٠١١
٩- منال الرشيدي – الحماية القانونية للاجور في قانون العمل الاردني والكويتي – رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون – جامعة الشرق الاوسط – ٢٠١٠ – ص ٢٢.

ثالثاً : المواقع الالكترونية

1- https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c189_ar.pdf
٢- تأثير المربيات الاجنبيات على الاطفال . على الرابط الالكتروني www.Mogm.com

القوانين :

١- قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٢- قانون العمل المصري ١٩ لسنة ١٩٥٩
٣- قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٨ الكويتي الخاص بالعاملين بالقطاع النفطي
٤- قانون العمل الاماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠
٥- قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنه ١٩٨٧
٦- قانون تعليمات الاجانب رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧
٧- قانون العمل الاردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦
٨- قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل
٩- قانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٠ الكويتي الخاص بالعاملين بالقطاع الاهلي
١٠- قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥
١١- تعليمات ممارسة الاجانب العمل في اقليم كوردستان رقم ٢ لسنة ٢٠٠٧

خامساً : القرارات القضائية

١- مجموعة الاحكام العدلية – العدد الثالث والرابع – السنة الثامنة ١٩٧٧ – ص٥٤ ، عبد العزيز السهيل – احكام القضاء العراقي – الجزء الاول – ١٩٦٢- بغداد

رابعاً: المصادر الاجنبية

1- Pierre Louis –Lucas, Porte'De La Distinction Enter Droit Prive 'Inter Et Droit Interntional Prive, Clunet,1962,N.4

2- Nassbaum,La clause-Or Dansles contract Internationanx,Recueil Descourse,1933,Vol.43,Part.559Ets

3- Batiffol Et Lagarde,Droit Internationl Prive'7Ed T.2,L.G.D.J.,1983,NO.575.

4- Niboyet (j.p), Traite'DeDroit International Prive, T.5,sirey, Paris,1948

5- Dominique Bureau,L'influence de la volonte′individuelle sur les conflits delois, Me′langes en hommage a froncoisteree, Presses universitaires de France,e′d D,paris, 1999

6- Quadri,(R) Cours De Dorit International Prive'Cours De Doctorat. Faculte De Dorit Du Caire, 1955.

Current ESP Textbooks Ineffectiveness in Meeting Labor Market Demands: Riadh Al-Qaysi's Introduction to the Study of Law as a Sample

Lect. Rania Adnan Aziz
raniaadaz@uomustansiriyah.edu.iq
Lect. Firas Ahmed Al-Hamadani
College of Law, Al-Mustansiriyah University

Abstract
This paper argues that ESP books used in Iraqi colleges of law fail to meet the basic criteria for this type of books. The paper does so by evaluating the appropriateness of the textbook taught for law colleges freshmen: Riyadh al-Qaysi's Introduction to the Study of Law (1967). Having taught this textbook for 3 academic years, the researchers have come to the conclusion that it is highly unsuitable for accomplishing the goals it is supposed to accomplish and should be replaced, with the replacement being a book containing material gathered based on a process of needs analysis. The scope of the current paper, however, will be limited to the evaluation part and will not be extended to discuss an appropriate substitute. A separate paper will be devoted for suggesting such alternative. It is important to note that this paper does not attack the book as such. It simply argues that, in the third decade of the twenty-first century, freshmen at colleges of law can be presented with a much more suitable textbook to teach them certain aspects of their discipline in English and prepare them for labour market demands. The textbook is evaluated based on 9 selected criteria for textbook evaluation. The paper shows that the textbook in question fails to meet most of them.

1.1 Teaching materials, textbooks

Teaching materials are a key component in most language programs. Whether the teacher uses a textbook, institutionally prepared materials, or his or her own materials, instructional

materials generally serve as the basis for much of the language input learners receive and the language practice that occurs in the classroom (Richards, 2001: 251).

Textbooks are especially important in ELT. In fact, the textbook is the language class for many students. They depend on the book to help them prepare for whatever the class asks of them. Furthermore, it is important that the book be consistent with the teacher's beliefs about second language learning and teaching (Horwitz, 2008: 210). Hutchinson & Torres (1994: 315) states that "the textbook is an almost universal element of ELT teaching". A textbook can serve different purposes for teachers. It can function as a core resource, as a source of supplemental material, as an inspiration for classroom activities, or even as the curriculum itself (Garinger, 2002). According to Larsen (2017: 4), even though digital resources are becoming more common, the textbook is still the most used resource.

O'Neill (1982) provides four important reasons for use of textbooks in ELT. First, a significant portion of the textbook material can suit the needs of the students, even in cases when they are not designed specifically for them. Second, textbooks permit students to look ahead or fresh their memories with previous lessons. They make material expected rather than surprising for students. Third, they are practical in terms of offering material that is well presented in inexpensive form. Lastly, textbooks that are well designed offer teachers a space for improvisation and adaptation and offer students possibilities for spontaneous interaction.

1.2 ESP

ESP, English for Specific Purposes, refers to the role of English in a language course or programme of instruction in which the content and aims of the course are fixed by the specific needs of a particular group of learners (Richards et al, 1992: 125). for example, legal English that crosses cultures and educational systems. (Butler, 2010:12) GENRE: Broadly, a way of using discourse. The term usually refers to a set of texts that share the same socially

recognized purpose and which, as a result, often share similar rhetorical and structural elements to achieve this purpose (Butler, 2010:13)

The absolute characteristics of ESP are:

- ESP is designed to meet the specific needs of the learner.
- ESP makes use of the underlying methodologies and activities of the discipline it serves.
- ESP is centered on the language (grammar, lexis, registers), skills, discourse and genres appropriate to these activities

(Dudley-Evans, 2001: 132).

1.3 ESP Textbooks

Dudley-Evans and St. John (1998, 170-171) as cited in (Richards, 2001: 251-252) suggest that for teachers of ESP courses, materials serve the following functions:

- As a source of language
- As a learning support
- For motivation and stimulation
- For reference

McGroarty (2002: 262) Teaching materials should be based on descriptive analysis of language used in work settings.

In ESP, textbooks are not only essential for students but for instructors as well. All ESP teachers start teaching ESP (Business English, Medical English, Maritime English, Legal English etc.) with, in most cases, quite scarce knowledge in the subject areas (Pašalića and Plančićb, 2018: 210-211). Therefore, a solid course book is considered a helpful tool in the ESP classes. Riazi, 2003 as cited in Baleghizadeh and Rahimi) claims that course books represent the second most important factor in foreign language classes, the first one being the teacher. What is more, course books provide teachers a basic structure for the course, a source of language and a support to learning. Besides, they encourage students' motivation (O'Neill, 1982; Dudley-Evans & St John, 1998 as cited in Baleghizadeh and Rahimi, 2011)

ESP teachers need a course book that will provide authentic language and contexts but at the same time represent a

methodologically well-structured resource that will serve as a solid study material for midterm tests or tests at the end of the ESP course. Moreover, ESP course books have to include authentic situations from the world of work relevant to particular studies and authentic materials relating to those situations which will help ESP teachers involve their students in communicative tasks or other simulations of real work-related situations. (Pašalića and Plančićb, 2018: 210-211).

1.4 Description of the book

The book was first published in 1967 by the University of Baghdad. It consists of two parts titled "The Theory of Law" and "The Theory of Legal Rights" respectively. Part one comprises five chapters: "The Concept of Law", "The Nature of Law", Sources of Law", "Interpretation of Law", and "Classification of Law". Part two comprises three chapters: "Definition, analysis, and classification of Legal Rights", "Elements of a Right". and "Sources of a Right".

The book does not contain any photos, drills, end-of-chapter questions, supplementary materials, or a CD.

Length: The book is of 97 pages

1.5 Needs Analysis

Researchers in English for Specific Purposes (ESP) note that whether it was business English, legal English, or any other kind of English, the cornerstones of such courses are what a learner wants, lacks and needs. Learners and their needs are the focus of attention in Educational Psychology, being the motivation behind learning and the factors which ushered in ESP. Consequently, ESP courses set their goals to enhance learners' proficiency in order to use English interacting within their field of specialty and in situations where they practice their professions (Xhaferi and Xhaferi, 2011: 433-4). This, maintain Dudley-Evans and St. John, distinguishes such courses from EGAP (English for General Academic Purposes) courses which separate learners' skills from study activities (1998: 41).

The sum of elements that shape a curriculum are identified through *needs analysis*. But before embarking on an elaboration of

these elements, we need to establish what needs analysis is. Despite its being a crucial phase in curriculum design, it has not been defined in a clear fashion. Researchers themselves are lost among the various possible interpretations of the term. Needs can be necessities or demands (i.e. objective needs), as Widdowson (1979) and Brindley (1989) choose to describe them, they could be what a learner wants (subjective needs) or simply the connector of the earlier two concepts (process-oriented needs). So, rather than a clear-cut description, *needs* became a comprehensive term that encompasses all these concepts.

West (1994: 4-5) prefers to classify needs into six separate types and offers a detailed account of each of them. *Necessities* are a requirement a "learner has to know" for efficient performance in the target situation. *Lacks* and necessities are complementary. Lacks are the necessities a learner does not have. They are crucial in deciding a syllabus. *Wants* are the subjective kind of needs. They represent what learners feels they need. This kind of needs presents some challenges. Since it depends on learners' feelings then it can be unpredictable and indiscernible, it might not conform with neither necessities nor lacks (and in some cases might contradict them) and can sometimes go in a different direction than the syllabus. Nevertheless, this type of needs is not to be undermined. *Learning strategies* are those a learner finds suitable to help them advance from one stage to another in the learning process. They, again, may not go hand-in-hand with how a teacher/learner perceives learning strategies. *Constraints* is, in short, working with what is available. This means having to work within what a learning situation dictates, which can include such situational components as resources, culture or attitude, materials and methods available. This type has come to be viewed as essential when course design is in question. The *language audit* is a massive needs meter. It is applied to entire nations or establishments to answer all questions related to the needs to learn a language including deciding on that very language.

It is possible to conduct needs analysis before, at the start, during or after a course. In the first case, the accuracy and reliability

of courses have to be revisited since learners' attitudes towards the course are liable to change due to their acquiring of more experience. Conducting a needs analysis at the start of the course, though limited, is more accurate and relevant. During-the-course needs analysis is more focused as learners' attitudes change with experience; their needs become clearer. Thus needs analysis is best seen as a continuing process (ibid: 6).

Students, teachers and establishments collaborate in determining what needs are. But these are not the only ones responsible for identifying needs; former learners, those who are already involved in the target situation, native speakers and needs analysts can also aid needs analysis. The fruit of their collaboration, obviously, goes to the user. But in the case of language audits, it goes to institutions or countries that need the services of someone taught/trained to have certain language skills. The methods by which information is collected vary in their nature, manner of application, number of participants, size of data collected and even the reliability of results. There are *placement tests*, *observation of class*, *questionnaires and interviews*, to name but a few (ibid; Flowerdew, 2013: 329-30).

It is due here to present an account of the position and nature of needs analysis in the legal domain since this is the theme of this paper. Needs in the legal domain are functional rather than structural; i.e. legal specialists utilize language as a means, not learn it for its own sake, as Northcott notes (2013: 214). Researchers in legal English report that law students find productive language skills to be most important, with speaking ranking first in importance followed by writing (Nurie, 2017). Other subjects needs vary considerably depending on whether they used English or their mother tongue in the legal domain and thus enhancing the reading skill has become a priority to them (Deutch, 2003).

In a study conducted across four European countries, Croatian participants ranked communication skills within the legal work environment to be first on the list of their language needs. The second was establishing and maintaining relationships with the use

of information (Sierocka et al., 2018). 85% of the same participants view the speaking skill as the utmost among skills and 94% of them express a strong need to master formal correspondence as part of the writing skill. In addition, participants expressed their need to acquaint themselves more with the topic of civil law. Their needs are target situation specific since satisfying them will have a direct reflection on their work requirements and their status.

Czech participants, in the same study, express the same general objectives but 92% of them believe that mastering formal correspondence is a priority. Their interest seems to be focused on branches of the writing skill. They also expressed the need to understand authentic material as the most important reading skill. Considering course material, participants expressed their desire to familiarize with the subject of contract law (see the article for further details on the other two groups).

The needs, lacks and wants of law specialists and students can vary depending on age, whether the learners are students or professionals, the target situation, etc. But the need to learn and master English in the legal domain is constantly gaining importance due to business, globalization and even political considerations, and this increases the need to sharpen the users' linguistic skills in order to facilitate their work/study or improve their occupational status (ibid).

1.6 TEXTBOOK EVALUATION

Hutchinson et al. (1987) define evaluation as "a matter of judging the fitness of something for a particular purpose" (p.41). The evaluation of textbooks is considered an important activity in the life of the English teacher. When we talk about the evaluation of the textbook, most of the teachers are concerned with selection of the textbooks i.e. predictive evaluation. However, most teachers are not even aware of retrospective evaluation, which is on-going evaluation of the textbooks which takes place after the book has been selected for use.

Sheldon (1988) provides two main reasons justifying the need to evaluate textbooks. First, the evaluation is expected to help the

teacher or the programme developer to make wise decision as far as the selection of the most appropriate textbook. Second, the evaluation will make the teacher familiar with the weaknesses and the strengths of the textbook. This will encourage the teacher to make suitable modifications and adaptations to the materials in their future instruction. In this context, it is essential to state that Cunningsworth (1995) and Ellis (1997) identify three types of textbook evaluation: "pre-use", "in-use" and "post-use" evaluations. Evaluation of textbooks for pre-use purposes aids teachers in selecting the most suitable textbook for a particular language classroom. "In-use" evaluation helps the teacher to investigate the weaknesses or the strengths of the textbook while it is being used. The last type of evaluation, "post-use", aids the teacher to reflect on the quality of the textbook after it has been employed in different learning situations.

Since there is not a strict criterion that may be appropriate and applicable in all teaching/learning situations when the concern is the evaluation of textbooks, the selection of the criterion may be quite subjective. As Sheldon (1988) points out "no one is really certain what criteria and constraints are actually operative in ELT context, worldwide, and the textbook criteria are empathetically local" (p.241). Because the nature of the teaching/learning environment may differ from one context to another, as Sheldon (1988) emphasizes, "global list of criteria can never apply in most local environments, without considerable evaluation" (p.242). Therefore, it is necessary to take into consideration the needs and the interests of the learners in distinctive learning situations while deciding on criteria for evaluation of textbooks. It is worth noting that there are numerous criteria suggested by different researchers. Some of these criteria are presented in this section.

1.7 Criteria for textbook evaluation:

The researchers used a selection of criteria on which to base their evaluation. These criteria are grouped under the relevant categories.

Program and course

1. Does the textbook support the goals of the curriculum and program?

The goals of this textbook include

1- giving students the opportunity to enhance their English;
2- providing students the knowledge of the basic legal rules and theories in English;
3- enhancing students' legal English repertoire, which will enable them later to acquire knowledge should their work involve reading papers or books written in English, in addition to acquainting themselves with recent trends in comparative jurisprudence.

It appears that the first goal is so far removed from reality. The intricateness of the language presented in this book, at this level of study, to this level of student English efficiency, makes it frustrating for students to comprehend and, consequently, reproduce the contents of this book. The second goal, though manifest to some extent, is needles! There already is a book, at the same level, addressing exactly the same topics. Students could be provided with a legal dictionary instead. That would save a significant amount of their time wasted in trying to arrive at the exact legal meaning of a word from a long list of meanings.

The third goal is achievable to some extent but unfortunately has no application. Students rarely, if ever, venture reading anything extracurricular in English. And even when they pursue higher studies, they have books and papers translated for them—in case they dared to consult resources written in foreign languages.

2. Is the textbook at the appropriate level of the students?

The Bengali and *Ana Wa Layla*

After listening to my students complain for long over how difficult the book was, I likened it to Kadhim Al-Sahir's Ana Wa Layla and them to a Bengali worker in Iraq. When a Bengali worker arrives at Iraq, he will not be reading Umru' Al-Qays poems or Nazar Qabani's writings. Rather, he will try to learn vocabulary items and

phrases that will enable him to communicate to meet his basic needs both as a worker and individual. It doesn't matter how long he stays in Iraq, how many Iraqis he interacts with, or how many vocabulary items and phrases he learns. If a song like Ana Wa Layla is played in his presence, he will neither enjoy nor appreciate it, because he simply won't understand its lyrics. This is arguably the case with all first grade law students who study this book.

3. Are a significant number of course objectives addressed by the textbook?

Based on the level of the language in which this book is written, the level of language efficiency of students, the methods in which the textbook contents are delivered to students and the reality of the book's superfluous applicability, it is concluded that only a small portion of the course objectives are met using this particular textbook.

4. Is the textbook coverable in the period allotted for it?

Another drawback is that the book is too long to be covered over only one academic year – a problem exacerbated by its sophisticated style and vocabulary, which, as suggested in another part of this paper, makes it extremely time consuming for students to translate and consequently comprehend its content. Each one of the researchers has taught this book for at least three years, during none of which more than 10% of it was completed, even before the time allotted for teaching the book was cut in half, leaving only one hour a week for it. As a result, it is very difficult to appropriately cover any of the topics it contains. Let's take *The Pure Science of Law School* topic for example. It has about 800 words in total, with at least 30 difficult, or, to be more accurate, infrequent words. How many lectures should be allotted for that? 4? That's an entire month. Imagine giving, or sacrificing, month-long lectures for discussing a topic like that, one that students don't have interest in, that will not be of any significant value for them when they undertake the profession of law, and that doesn't offer any actual learning of English. Talk about wasting time!

5. Is the textbook attractive and motivating in its design and layout?

Designed to be a sophisticated one, the book neither contains pictures nor illustrations – something common in the period when it was published. The font size used is 11 and all the pages look similar.

Approach

6. Are the roles of teacher and learners in concert with the current knowledge about foreign language learning?

The difficulty of the book in terms of both vocabulary level and style renders, as well as its lengthy content, compels students to totally rely on the teacher to comprehend any part of it.

Techniques and supplementary materials

7. Does the textbook offer exercises? Is it suitable for self-study?

One of the advantages of new commercial textbooks is that they can be self-studied – that is a learner can study them by himself/herself. Self

During any course in Iraq, it is very likely that the course instructor, for any reason, asks his students to self-study certain parts of the textbook. With Al-Qaysi's book, this option is not available. There are no exercise to be solved and, by extension, no answers at the end of the book to be used for checking. Every portion of the book to be covered during the academic year should be discussed in class. Otherwise, it is very likely that students will miscomprehend the topics and develop misconceptions about them.

8. Is there an accompanying teacher's guide?

Written in the late 1960s, the book followed the traditions of that time, where no teacher guides were made to accompany textbooks.

Practical issues

9. Is the textbook available and cost-effective?

Al-Qaysi's book is given to students for free by their colleges. This is the only criterion of the ones adopted by this study that the textbook in question meets.

Conclusion and recommendations

After applying the nine criteria for book evaluation, the researchers found that the book failed to satisfy eight of them. The only criteria that the book satisfied was being distributed to students free of charge. Obviously, no needs analysis was conducted prior, during or even after (years of) assigning this book to students. It is thus recommended that the book be replaced with a textbook that is designed based on a specialized needs analysis and that takes into consideration students' level of proficiency in (Legal) English and the requirements of the labor market.

Bibliography:

- Baleghizadeh, S., & Rahimi, A. H. (2011). Evaluation of an ESP Textbook for the Students of Sociology. Journal of Language Teaching & Research, 2(5).
- Butler, D. B. (2015). Developing international EFL/ESL scholarly writers (Vol. 7). Walter de Gruyter GmbH & Co KG.
- Garinger, D. (2002). Textbook selection for the ESL classroom. Center for Applied Linguistics Digest, 2(10).
- Horwitz, Elaine Kolker. Becoming a Language Teacher: A Practical Guide to Second Language Learning and Teaching. (2008). Pearson, London.
- Howe, P. M. (1990). The problem of the problem question in English for academic legal purposes. English for Specific Purposes, 9(3), 215-236.
- Hutchinson, T., & Torres, E. (1994). The textbook as agent of change.
- Larsen, K. K. (2017). Vocabulary and EFL Textbooks: Investigating explicit vocabulary exercises in three English textbooks for Norwegian Year 10 students (Master's thesis, The University of Bergen).
- McGroarty, M. (2012). Language uses in professional contexts. The Oxford Handbook of Applied Linguistics,(2 Ed.).

- O'Neill, R. (1982). Why use textbooks?. ELT journal, 36(2), 104-111.
- Pašalić, M., & Plančić, B. (2018). Issues Affecting Selection and Evaluation of ESP Teaching Materials. Transactions on Maritime Science, 7(02), 210-218.
- Richards, J. C. (2001). The role and design of instructional materials. Curriculum development in language teaching, 8, 251-283.