



# دراسات قانونية

مجلة فصلية محكمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة - بغداد  
العدد (٤٢) لسنة ١٤٣٨هـ / ٢٠١٧م

سكرتير التحرير  
د. ذكري انعام غائب

## الهيئة الاستشارية

أ.د. غازي فيصل  
أ.د. مازن ليلو راضي  
أ.د. حيدر ادهم عبد الهادي  
أ.م.د. محمد علوم محمد علي  
أ.م.د. صبا نعمان رشيد  
أ.م.د. امل كاظم سعود

المراجعة اللغوية والطباعة  
أ.م.د. اسراء حسين



# أهداف وضوابط النشر

## اهداف بيت الحكمة

بيت الحكمة مؤسسة فكرية علمية ذات شخصية معنوية واستقلال مالي واداري مقره في بغداد  
ومن اهدافه:-

- \* العناية بدراسة تاريخ العراق والحضارة العربية والاسلامية .
- \* ارساء منهج الحوار بين الثقافات والاديان بما يسهم في تأصيل ثقافة السلام وقيم التسامح والتعايش بين الافراد والجماعات .
- \* متابعة التطورات العالمية والدراسات الاقتصادية وأثارها المستقبلية على العراق والوطن العربي
- \* الاهتمام بالبحوث والدراسات التي تعزز من تمتع المواطن بحقوق الانسان وحياته الاساسية وترسيخ قيم الديمقراطية والمجتمع المدني .
- \* تقديم الرؤى والدراسات التي تخدم عمليات رسم السياسات .

## ضوابط النشر

- تنشر المجلة البحوث التي لم يسبق نشرها ويتم اعلام الباحث بقرار المجلة خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تسلم البحث .
- ترسل نسخة واحدة من البحث باللغة العربية مع ملخص له باللغة الانكليزية لا تزيد كلماته عن ٢٠٠ كلمة شريطة ان تتوفر فيه المواصفات الاتية :
- أ- ان يكون البحث مطبوعاً على قرص مرن (CD) بمسافات مزدوجة بين الاسطر وبخط واضح .
- ب- ان لا تتجاوز عدد صفحات البحث (٢٠) صفحة بقياس (A4) عدا البيانات والخرائط والمرتسمات.
- ج- ان تُجمع كل المصادر والهوامش مرقمة بالتسلسل في نهاية البحث وبمسافات مزدوجة بين الاسطر .
- يحصل صاحب البحث المنشور في المجلة على نسخة مجانية من العدد الذي ينشر فيه البحث .
- تعتذر المجلة عن اعادة البحوث سواء نشرت أم لم تنشر .
- يحتفظ القسم بحقه في نشر البحث طباعياً وكترونياً على وفق خطة تحرير المجلة .

# المحتويات

## البحوث والدراسات

### كلمة العدد

٧ ..... رئيس التحرير

حدود سلطة المشرع في التجريم والعقاب (دراسة مقارنة)

أ.د. محمد علي سالم

١١ ..... د. محمد حميد عبد

أحوال توزيع الاختصاص الضريبي بين السلطتين التشريعية و التنفيذية في ظل الدستور

العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥

٤٥ ..... أ.د. رائد ناجي احمد

القيود الواردة على اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية

٩٧ ..... أ.م.د. هديل صالح الجنابي

الأثار القانونية لرقابة ديوان الرقابة المالية الإتحادي

أ.م.د. بان صلاح عبد القادر الصالحي

م.م. علي عبد العباس ..... ١١٥

الحماية الجنائية من تخريب المنشآت النفطية

أ.م.د. حسون عبيد هجيج

أ.م.د. مازن خلف ناصر ..... ١٤٧

عقد التوريد الاداري

أ.م.د. رشا عبد الرزاق

م. رشاجواد ..... ١٦٥

أثر الغش في إتفاقات تعديل قواعد المسؤولية العقدية

د. آمال أحمد ناجي ..... ١٨٩



# كلمة العدد

## المجلة بحلّة جديدة

شهد العالم في العقود الأخيرة تحولات سياسية وثقافية وإجتماعية كبيرة، من بينها إبراز قيمة حقوق الإنسان التي تزايد الإهتمام بها عالمياً، وسارعت دول العالم المختلفة إلى تبني مبادئها، وتضمينها في دساتيرها، بحسبان أنّها أصبحت اليوم عنوان الدولة العصرية والمتحضرة، وللإنسان حق المطالبة بها لكونه يتمتع بالإنسانية المطلقة ويحق له العيش وممارسة إنسانيته بكل حرية من خلال التعايش مع الآخرين.

وتختلف حدود ومدى ممارسة هذه الحقوق من بلد إلى آخر طبقاً للظروف والأحداث التي تمر بها كل دولة، إلا أنّ المشكلة كانت ولا زالت في قبول حقوق الإنسان وحياته الأساسية كثقافة مجتمع، وكوسيلة لتحقيق العدالة، وكغاية يعمل الإنسان من أجل تحقيقها على أرض الواقع، لا كأدبيات يُرددها المثقفون.

لا سيما وأنّ لثقافة حقوق الإنسان شروط، إذ لا يُمكن أنّ نؤسس إجتماعياً لهذه المبادئ العظيمة بدون الإتفاق أولاً على مبدأ إحترام الحق في حرية التعبير، وهو القناة التي يجب أنّ يوازي تطورها الإعتراف بحقوق الإنسان وبأهمية ترسيخ ثقافته بين الناس.

ولا ريب في أنّ يكون للأبحاث العلمية دور مهم في التوعية بهذه الحقوق، فضلاً عن التثقيف والتوعية القانونية، وقد نذرت مجلة دراسات قانونية لثُمّارس دوراً مهماً في التوعية القانونية، للرأي العام عامة والمهتمين بالقانون خاصة، من خلال الدراسات والأبحاث التي تنتقيها من نُخب الباحثين القانونيين، ونحن إذ نضع بين أيديكم عدد جديد من المجلة متزامناً مع بشرى تحرير الموصل، فأننا ندعو الله عز وجل أنّ يحفظ بلدنا وشعبنا.

رئيس التحرير





## البحوث والدراسات



# حدود سلطة المشرع في التجريم والعقاب

## ( دراسة مقارنة )

أ.د. محمد علي سالم (\*)

د. محمد حميد عبد (\*\*)

للمشرع أن ينظم كل شيء إلا أنه ليس له أن يفعل كل شيء من أجل هذا التنظيم.

يعد التشريع من الاختصاصات الأصلية للبرلمان فضلا عما يتمتع به من صلاحيات أخرى أوكل إليه الدستور القيام بها ، اتساقا مع الدور الذي يتقلده كونه الممثل الشرعي للشعب.

فالسطة التشريعية تتولى سن القوانين اللازمة في مختلف المجالات التي تدعو الحاجة فيها إلى ان تنظم بقانون، حيث لا يقتصر ذلك على ميدان القانون الجنائي فحسب، بل ان الأخير يعد من المجالات التي يأخذ البرلمان على عاتقه تنظيمها بقوانين تدعو الحاجة إلى سنها ، إلا أن ما يميز دائرة القانون الجنائي في هذا الصدد، هو صلته الوثيقة بحقوق وحرريات الأفراد ، حيث يمتزج الأمر بين دائرة القانون الدستوري وما يروم القانون الجنائي بلوغه من أهداف ، ذلك ان الدستور يكفل تلك الحقوق والحرريات ويوليها منزلة كبيرة ويوكل إلى المشرع تارة تنظيم تلك الحقوق والحرريات

## المقدمة

من المقرر في أغلب الدساتير، أن يلجأ المشرع في تنظيمه للحقوق والحرريات للتجريم والعقاب، إلا أن ذلك، في المقابل، مقيدا بان يكون تنظيم الحق لا يؤدي إلى كونه وجوده والعدم سواء، حيث إن التنظيم يهدف لحمايته وجعل ممارسته أكثر فاعلية، ومن هنا، فإن إقرار الحق في الدستور يوجب على المشرع حمايته وعدم تجريمه باعتبار أن ذلك هو اللازم الأول لتمكين الفرد من استخدامه، فلا يمكن أن يوصف الفعل بأنه حق وجريمة في الوقت ذاته .

ومتى استلزم تنظيمه تجريم بعض الأفعال التي تشكل خروجاً عن التنظيم القانوني حماية لحقوق الغير أو النظام العام أو الآداب أو الصحة العامة أو الأخلاق، فإن ذلك محدد بان لا يؤدي التنظيم إلى منع استخدام الحق والتمتع به، بمعنى لا يجب أن يؤدي تنظيم الحق إلى إهداره كلية، ذلك انه وان كان

(\*) جامعة بابل / كلية القانون

(\*\*) الجامعة العراقية / كلية القانون والسياسة

في الدساتير التي ترفع من حقوق الإنسان وكفالة حرياته شعاراً لها، وفي نفس الوقت قد تقتضي معطيات الألتزام بالشرعية الدستورية وضمن عدم الخروج عما قرره الدستور من ضمانات لحقوق وحرّيات الأفراد، إلزام المشرع بعدد من القيود ، من هنا فإن تقييد سلطة المشرع يختلف في درجته من ركن لآخر من أركان العمل التشريعي، ويتباين من دستور لآخر، لذلك سنتناول في مطلب أول طبيعة القيود الدستورية التي ترد على سلطة التجريم والعقاب ، وفي مطلب ثانٍ نماذج النصوص الدستورية التي تقيد سلطة المشرع .

## المطلب الأول

### مستويات القيود الدستورية التي ترد على سلطة التجريم والعقاب

ابتداءً تجدر الإشارة إلى انه والتزاماً بمفهوم الشرعية التي أضحت من سمات الدولة القانونية، فإن عمل كافة سلطات الدولة ومن بينها السلطة التشريعية لايجيء إلا اتساقاً مع القواعد القانونية التي تحدد جهة الاختصاص في ممارسة الوظائف، والإجراءات التي تمارس في ظلها تلك الوظائف، بمعنى أن التشريع الذي تروم السلطة التشريعية سنه، يجب ان يكون قد استوفى كافة أركانه من اختصاص وشكل وسبب ومحل وغاية، وإلا فإن ألقول بخلاف ذلك يعطي الضوء الأخضر للقضاء الدستوري للإدلاء بما لديه في هذا المجال وان يلحق صفة عدم الدستورية بأي تشريع يسن مشوباً بعبء في احد أركانه،

إن الحديث عن سلطة المشرع في التجريم والعقاب ، يجد مصدره فيما يضعه الدستور من

بقانون وفقاً لما يتمتع به من سلطة تقديرية ، وتارة أخرى يوكل الى المشرع صلاحية ذلك التنظيم دونما حرية في التقدير، كون الدستور قد الزمه بضرورة الأعتداد بالقيود الدستورية المقررة بشأنها ، حيث يعكف الدستور على بيان حدودها بشكل تبوأ معه سلطة المشرع بصدد مقيده بما أورده الدستور من محدداتٍ ينبغي على المشرع التزامها ، من ذلك تبلور الحديث من مفهومين لسلطة المشرع في سن القواعد القانونية ، وما يعيننا في إطار بحثنا هذا، قواعد التجريم والعقاب .

يتمثل المفهوم الأول بالسلطة المقيده في التجريم والعقاب ، و يتحدد المفهوم الثاني بالسلطة التقديرية ، لذلك نبتغي في هذا البحث المتواضع تسليط الضوء على الكيفية التي يسلكها المشرع في إطار سنه للقوانين الجنائية من خلال ما يملك من سلطات اوكلها إياه الدستور وذلك في مبحثين ، نتناول في أولهما القيود الدستورية التي تحكم سلطة المشرع في التجريم والعقاب ، وفي الثاني التجريم والعقاب في إطار السلطة التقديرية .

## المبحث الأول

### القيود الدستورية التي تحكم سلطة المشرع في التجريم والعقاب

إن التقييد الكامل لسلطة المشرع في ميدان سن القوانين لم يعد يأتلف ورغبة الدول الديمقراطية وتطلعاتها نحو الوصول الى درجة وافية من الاستقرار في مجالات الحياة وثيقة الصلة بشؤون الافراد وبالمحافظة على الصالح العام، لذلك فإن الحديث عن التقييد الدستوري التام لسلطة المشرع لم يعد له مكانا

لتنظيم التشريعي ، حيث ان الطبيعة الإنسانية تشكل الأساس في اكتساب الأفراد لها، وهي من القوانين الوضعية ومن الأعراف اسبق، ومن أمثلتها حرية العقيدة وحرية الفكر وحرية ممارسة الطقوس الدينية الخاصة ، وغيرها العديد<sup>(٤)</sup>.

غير أنه لا يمكن التسليم بوجود حقوق وحرية مطلقة تنعدم معها سلطة المشرع في التدخل لتنظيمها او لترتيب آليات إعمالها ، فإذا كان لتلك الحقوق أهمية وقيمة دستورية استلزم معها القول بأنها حقوقاً طبيعية، فان ذلك لا يمنع من ان يتدخل المشرع لتنظيم بعض أوجه ممارسة تلك الحقوق والحريات ، بالتالي فان الحديث عن السلطة المقيدة لا ينسحب الى أركان العمل التشريعي كافة ، إذ إن التقييد المطلق لسلطة المشرع يجعل من الأخير آلة غير قابلة لان تعمل بروح ملؤها الابتكار والإبداع بل ان هنالك بعض العناصر في عمل المشرع يتقيد بها بما حدده له الدستور من ضمانات او ضوابط للموضوع محل التنظيم ، في وقت يكون له بعض من الحرية أو التقدير في الموضوع ذاته ولكن في عناصر أخرى منه ، فنكون في مواجهة السلطة المقيدة للمشرع في الحالات التي يوكل إليه فيها الدستور تحقيق غاية معينة ويضع له الإطار العام لكيفية بلوغ تلك الغاية، او يرسم له كيفية التدخل بشكل جازم لا يضع أمامه سبل أخرى يمكن له ان يركن إليها في تحقيق ذلك التدخل ، ولكن ومع أوجه التقييد تلك ، يبقى للمشرع قدراً معيناً من التقدير في أداء عمله ، يتمثل في اختيار الوقت المناسب للتدخل او ضرورة ذلك التدخل من جهة توافر الأسباب الداعية إليه ، فحيث يتقيد المشرع في ممارسة سلطاته في ركني الاختصاص والشكل والغاية نجد انحساراً واضحاً لذلك التقييد فيما يتعلق بركني السبب والمحل في العمل التشريعي<sup>(٥)</sup>.

اختصاصات متعددة للسلطة التشريعية ومنها سن القوانين اللازمة، فالدستور يعد المصدر الذي يتحرك البرلمان في كنفه والذي يعد تحركه مشروعاً ضمن دائرة التحديد الدستوري لإختصاصات السلطة التشريعية، إلا أن التحديد الدستوري لسلطة البرلمان في التشريع قد تكون على درجة كبيرة من التنظيم والتفصيل الى حد يصح معه القول ان المشرع بات مقيداً فيما يملك من سلطة التشريع ، أي أن الدستور قد يقيد المشرع بضوابط دستورية يجب عليه التزامها إذا ما أراد أن يتدخل منظماً لموضوع أجاز الدستور تنظيمه بقانون معين<sup>(١)</sup>.

ولابد التنويه إلى أن السلطة المقيدة للبرلمان لا تعني بأي حال من الأحوال انعدام سلطة المشرع إزاء موضوع ما ، ذلك ان السلطة التشريعية تملك التدخل تشريعاً في كافة المجالات التي تدخل ضمن اختصاصها ، إلا أن ما يحدث هو الاختلاف الحاصل في درجة وحرية تدخل السلطة التشريعية ، التي قد تتردد سعةً وضيقاً وفقاً لما يراد التعرض له من موضوعات<sup>(٢)</sup>.

أو قد يشدد الدستور طوق الحماية الدستورية لبعض من الحالات ذات الصلة بحقوق وحرية الأفراد ، فيحرص على أحاطتها بعدد من الضمانات التي لا تملك السلطة التشريعية الا التقييد بكفالتها وعدم الحيدة عنها ، وهو ما يعد المظهر الأول للسلطة المقيدة في هذا المجال<sup>(٣)</sup> ، وقد يقيد الدستور تدخل المشرع بتنظيم طائفة من حقوق وحرية الأفراد الى درجة تصل الى منعه من التدخل ، ويتجلى ذلك في مجموعة الحقوق والحريات التي يطلق عليها تسمية الحقوق المطلقة، وهي الحقوق الطبيعية التي ترتبط بشخص الإنسان وتكون غير قابلة

## المطلب الثاني

### نماذج النصوص الدستورية التي تقيد سلطة المشرع

من الأمثلة التي يمكن الأستشهاد بها للدلالة على التقييد الدستوري لسلطة المشرع، ما نصت عليه المادة السادسة والستون من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨ والتي لم تجز القبض على احد او تفتيشه الا وفقا للقانون ، فضلا عما أورده المادة الثانية من الدستور التي أقرت مبدأ علمانية الدولة والمساواة أمام القانون بين الجميع دون تمييز لأي سبب، وما يجب ان تحضى به حرية العقيدة من احترام او ضمان، فالمشرع يتقيد فيما سلف من نصوص بضرورة عدم إهدار ما أورده الدستور من قيود إذا ما أراد أن يتدخل تشريعيا لتنظيم اي منها وإلا فإنه قد تجاوز حدود السلطات الموكلة اليه دستوريا وغدا ما أوجده من تشريع غير دستوري.

أما القيود التي أوردها دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١، فتمثل بما جاء في المادة السادسة والستون التي تنص على أن ((العقوبات شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولا توقع عقوبة الا بحكم قضائي ولا عقاب الا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون)) فإذا ما أراد المشرع أن يتدخل لسن قانون يجرم أفعالا ويعاقب مرتكبيها ، فانه في هذه الحالة لا يملك إهدار أيأ من تلك القيود والا عد ذلك التشريع مخالفا للدستور ، كذلك ما نصت عليه المادة السابعة والخمسون من الدستور من أن ((كل اعتداء على الحرية الشخصية او حرية الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات

العامّة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء)) أيضاً ما نصت عليه المادة (٤٤) من أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها او تفتيشها الا بأمر قضائي مسبب وفقاً لإحكام القانون فالقيد الذي يلزم سلطة المشرع في هذه المادة يتحدد في عدم قدرة المشرع على سن اي قانون يجيز الدخول الى المساكن دون امر قضائي ، الأمر الذي حدا بالمحكمة الدستورية العليا إلى أن تقرر عدم دستورية المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥١ وذلك لأنها كانت تجيز لمأمور الضبط القضائي تفتيش مسكن المتهم بدون أمر من الجهات القضائية المختصة ، في حال التلبس بجناية أو جنحة ، إذ أقرت المحكمة في ذلك بأنه (وحيث إن المشرع الدستوري - توفيقاً بين حق الفرد في الحرية الشخصية وفي حرمة مسكنه وحياته الخاصة وبين حق المجتمع في عقاب الجاني وجمع أدلة إثبات الجريمة ونسبتها إليه - قد أجاز تفتيش الشخص أو السكن كإجراء من إجراءات التحقيق بعد أن أخضعه ل ضمانات معينة لا يجوز إهدارها تاركا للمشرع العادي أن يحدد الجرائم التي يجوز فيها التفتيش والإجراءات التي يتم بها ) .

ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٤١ من الدستور على أنه ((الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس)) وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام

على عدم انتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه ما لم يصدر أمر قضائي مسبب من دون أن يستثنى من ذلك حال التلبس بالجريمة التي لا تجيز - وفقا للمادة ٤١ من الدستور - سوى القبض على الشخص وتفتيشه أينما وجد. يؤكد ذلك أن مشروع لجنة الحريات التي شكلت بمجلس الشعب عند إعداد الدستور كان يضمن نص المادة ٤٤ استثناء حالة التلبس من حكمها غير أن هذا الاستثناء قد أسقط في المشروع النهائي لهذه المادة وصدر الدستور متضمنا نص المادة ٤٤ الحالي حرصا منه على صيانة حرمة المساكن على ما سلف بيانه.

لما كان ما تقدم وكان نص المادة ٤٤ من الدستور واضح الدلالة - على ما سبق ذكره - على عدم استثناء حالة التلبس من الضمانتين اللتين أوردتهما - أي صدور أمر قضائي وان يكون الأمر مسببا - فلا يحق القول باستثناء حالة التلبس من حكم هاتين الضمانتين قياسا على إخراجها من ضمانته صدور الأمر القضائي في حالة تفتيش الشخص أو القبض عليه، ذلك بأن الاستثناء لا يقاس عليه كما أنه لا محل للقياس عند وجود النص الدستوري الواضح الدلالة. ولا يغير من ذلك ما جرى بعجز المادة ٤٤ من الدستور بعد إيرادها هاتين الضمانتين سالفتي الذكر من أن ذلك (( وفقا لأحكام القانون )) لأن هذه العبارة لا تعني تفويض المشرع العادي في إخراج حالة التلبس بالجريمة من الخضوع للضمانتين اللتين اشترطتهما الدستور في المادة ٤٤ سالفة الذكر، والقول بغير ذلك إهدار لهاتين الضمانتين وتعليق أعمالهما على إرادة المشرع العادي وهو ما لا يفيد نص المادة ٤٤ من الدستور وإنما تشير عبارة (( وفقا لأحكام القانون )) إلى الإحالة إلى القانون العادي في

القانون ثم نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن (( للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون )) وهذا النص الأخير وإن كان قد ميز بين دخول المساكن وبين تفتيشها إلا أنه جمعهما في ضمانات واحدة متى كانا يمثلان انتهاكا لحرمة المساكن التي قدسها الدستور.

وحيث أنه يبين من المقابلة بين المادتين ٤١، ٤٤ من الدستور سالفتي الذكر أن المشرع الدستوري قد فرق في الحكم بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن فيما يتعلق بضرورة أن يتم التفتيش في الحالتين بأمر قضائي ممن له سلطة التحقيق أو من القاضي المختص كضمانة أساسية لحصول التفتيش تحت إشراف مسبق من القضاء. فقد استنتت المادة ٤١ من الدستور من هذه الضمانة حالة التلبس بالجريمة بالنسبة للقبض على الشخص وتفتيشه فضلا عن عدم اشتراطها تسبب أمر القاضي المختص أو النيابة العامة بالتفتيش في حين أن المادة ٤٤ من الدستور لم تستثن حالة التلبس من ضرورة صدور أمر قضائي مسبب ممن له سلطة التحقيق أو من القاضي المختص بتفتيش المسكن سواء قام به الأمر بنفسه أم أذن لمأمور الضبط القضائي بإجرائه، فجاء نص المادة ٤٤ من الدستور المشار إليه عاما مطلقا لم يرد عليه ما يخصه أو يقيد به مما مؤداه أن هذا النص الدستوري يستلزم في جميع أحوال تفتيش المساكن صدور الأمر القضائي المسبب وذلك صونا لحرمة المسكن التي تنبثق من الحرية الشخصية التي تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذي يأوي إليه وهو موضع سره وسكنته، ولذلك حرص الدستور - في الظروف التي صدر فيها - على التأكيد

، اللتان نصتا على أن :-

أ - يحظر الحجز

ب - لا يجوز الحبس أو التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك وفقاً لقوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لسلطان الدولة .

من ذلك يتضح أن هنالك عدداً من القيود الدستورية التي يجب على المشرع الالتزامها في المواضيع التي يتصدى فيها لسن قانون ما، ويتصدر تلك القوانين أهمية تلك التي يجرم فيها ما يستدعي التجريم، ويحدد فيها من العقوبات والتدابير ما يكفل مواجهة مصادر التجريم تلك، ويملك القضاء الدستوري في ذلك حق الرقابة على يضعه المشرع من قوانين، بغية التحقق من مدى مراعاته للقيود الدستورية الشكلية منها والموضوعية .

وقد تمثل الدور الذي تقلده القضاء الدستوري العراقي، ، بالمحكمة الاتحادية العليا، التي شكلت بموجب القانون، المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ (٧)، الذي نص في مادته الثالثة على تشكيل المحكمة من رئيس وثمانية أعضاء، بصار تعيينهم استناداً إلى نص الفقرة (هـ) من المادة (٤٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية، من قبل مجلس الرئاسة، من بين الأسماء التي تتضمنها القائمة التي يعدها مجلس القضاء الأعلى بعد التشاور في ذلك مع المجالس القضائية للأقاليم، ويتراوح عدد من تتضمنهم القائمة، بين ثمانية عشر وسبع وعشرون مرشحاً.

تحديد الجرائم التي يجوز فيها صدور الأمر بالتفتيش وبيان كيفية صدوره وتسببه إلى غير ذلك من الإجراءات التي يتم بها هذا التفتيش. لما كان ذلك وكانت المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ - المطعون فيها - تنص على أن «المأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة إذا اتضح له من إمارات قوية أنها موجودة فيه» مما مفاده تخويل مأمور الضبط القضائي الحق في إجراء تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق وهو ما يخالف حكم المادة ٤٤ من الدستور على ما سلف بيانه، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية (١).

أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد الزم المشرع بضرورة احترام القيود الدستورية فيما يتعلق بسلطته في التجريم والعقاب، حيث جاء في الفقرة ثانياً من المادة (١٩) ما نصه «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة» وما جاء في البند خامساً من ذات المادة التي نصت على ان «المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه إلا إذا ظهرت أدلة جديدة» وما نص عليه البند عاشراً الذي جاء فيه بأن «لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم» وكذلك ما جاء في البند الثاني عشر في الفقرتين (أ) و (ب)

اما بصدد دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) فقد ورد ذكر المحكمة الاتحادية العليا، في الفرع الثاني من الفصل الثالث من الدستور ، الذي خُصص للسلطة القضائية ، حيث نصت المادة (٩٢) منه على تشكيل المحكمة من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون بموجب قانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب<sup>(٨)</sup>، اما بشأن الرقابة الدستورية التي تختص بها المحكمة فقد ورد النص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٩٣) من الدستور ، التي حددت اختصاص المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة ، فضلا عن اختصاصات متعددة أخرى أوكل إلى المحكمة النهوض بها<sup>(٩)</sup>.

وقد مارست المحكمة دورها في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، حيث أصدرت العديد من القرارات التي أفادت فيها بعدم دستورية عدد من التشريعات التي سنها مجلس النواب، من دون ان يراعي في ذلك، الجوانب الشكلية أو الموضوعية التي يجب أن تسن على وفقها القوانين، لكي تستوفي مستلزماتها الدستورية وتتحصن من الطعن بعدم الدستورية، كما بدا ذلك واضحا في قرارها المرقم (٦٤ /إتحادية/إعلام/٢٠١٣) بتاريخ (٢٦/٨/٢٠١٣) الذي قضت فيه بعدم دستورية قانون تحديد ولايات الرئاسات الثلاث المرقم (٨) في (٤/٨/٢٠١٣) لعدم استيفائه المتطلبات الشكلية والموضوعية التي نص عليها ، والتي حددتها المحكمة في حيثيات قرارها الذي جاء فيه ( لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان

رئيس مجلس الوزراء/إضافة لوظيفته أقام هذه الدعوى وطعن فيها بعدم دستورية قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وذلك لمخالفته للدستور وما استقر عليه القضاء الدستوري في العراق، وتبين للمحكمة من الاطلاع عليه بان المدعي عليه/إضافة لوظيفته قد قام بتشريع القانون محل الطعن وهو ( قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء رقم (٨) لسنة ٢٠١٣ وقد تم نشره في جريدة الوقائع العراقية بعدد المرقم (٤٢٧٣) في ٨/٤/٢٠١٣ وأصبح نافذا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية بموجب المادة (٨) منه وقد حدد فيه مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء وقد تبين للمحكمة من اقوال وكيل المدعي عليه في لائحته المؤرخة في ١٤/٨/٢٠١٣ في لائحته الجوابية المؤرخة في ١٥/٧/٢٠١٣ المقدمة إلى هذه المحكمة من قبل وكيله القانوني بان أصل القانون محل الطعن هو مقترح قانون وليس مشروع قانون وقد قدم من أعضاء في مجلس النواب لتشريعها وأن مجلس النواب قام بتشريعها بعدد (٨) لسنة ٢٠١٣ ولم يتم إعداد هذا المشروع من قبل السلطة التنفيذية كما رسمته المادة (٦٠) /أولا) من الدستور والتي تقضي (مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء) وإن مقترح القانون لم يتم إرساله إلى السلطة التنفيذية (رئاسة الجمهورية او مجلس الوزراء) من قبل مجلس النواب وحسب توجيه المحكمة الاتحادية العليا الوارد في الأحكام الصادرة عنها في عديد من الدعاوى منها الدعاوى المرقمة (٤٣/إتحادية/٢٠١٠) و(٤٤/

اتحادية/٢٠١٠) بوجوب إرسال مقترحات القوانين التي تقدم من أعضاء مجلس النواب أو من إحدى لجانته المختصة إلى السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء) مصدره الأحكام الواردة في المادتين (٦٠/أولا و ٨٠/أولا و ثانياً) من الدستور إذ إن تطبيق أحكام هاتين المادتين ليس هدفه الحيلولة بين مجلس النواب وحقه الأصيل في تشريع القوانين لأن ذلك من صلب اختصاصاته المنصوص عليها في المادة (٦١/أولا) من الدستور وإنما لكي تأخذ (مقترحات القوانين) سياقاتها الدستورية في مجال التشريع بان تصاغ بصيغة (مشاريع القوانين) بالتنسيق مع السلطة التنفيذية التي أناطت بها المادة (٨٠/أولا) من الدستور مهام (تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والإشراف على عمل الوزارات والجهات الغير مرتبطة بوزارة) إن تنفيذ هذه المهام يلزم أن ترسل (مقترحات القوانين إلى السلطة التنفيذية لدراستها وجعلها على شكل مشاريع قوانين وإذا كانت لا تتقاطع مع الاحكام الدستورية والقوانين ومنسجمة مع السياسة العامة للدولة ومع الخطط المعدة في المجالات كافة ومنها المجالات السياسية والاجتماعية والمالية وذلك وفق السياقات المحددة لإعداد مشاريع القوانين وإذا ما تلكأت السلطة التنفيذية أو امتنعت عن تنفيذ مشروع قانون جاء بصيغة (مقترح قانون) من مجلس النواب من دون ان تستند السلطة التنفيذية في ذلك الى سند من الدستور او القانون ودونما سبب مخالفة للسياسة العامة للدولة فيمكن مجلس النواب استعمال صلاحياته المنصوص عليها في المادة (٦١/ثامناً) من الدستور

ومنها سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء واعتبار الوزارة مستقيلة بعد إجراء الاستجواب المقتضى وفقاً للدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب باعتبار أن مجلس الوزراء قد خالف أحكام الدستور وبذا نكون أمام التطبيق السليم لمبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة (٤٧) من الدستور والتطبيق السليم تقاسم المهام الذي نصت عليه المادتان (٦٠/أولاً و ٨٠/أولاً وثانياً) من الدستور والحيلولة دون تداخل هذه المهام بين السلطات وتحقيقاً لوحدة السياسة العامة للدولة وعليه وحيث إن القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٣ (قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء) قد شرع دون إتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه فإنه جاء مخالفاً للدستور لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستوريته<sup>(١٠)</sup>.

وفي إطار تحريها مدى التزام المشرع بما حدده الدستور من قيود، خلصت المحكمة إلى عدم دستورية قانون التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية، المرقم (٩٣) لسنة (٢٠١٣)، ذلك أن القانون المذكور قد أقر من قبل مجلس النواب، بعد أن عرض عليه بصيغة مقترح قانون من قبل لجنة التعليم البرلمانية، وكان حرياً بالمشرع بعد مناقشة ذلك المقترح أن يعمد إلى إحالته إلى السلطة التنفيذية لغرض تدقيقه واستكمال الأصول الشكلية لأستيفاء صيغة مشروع قانون وليس مقترح، وما في ذلك إلا تجاوزاً على إختصاصات السلطة التنفيذية التي خصها الدستور العراقي بصلاحيته تقديم مشروعات القوانين دون غيرها، وإنتهاكاً

(٩٣) لسنة ٢٠١٢ لم يقدم كمشروع قانون من مجلس الوزراء كما لم تتم الموافقة على اقتراح القانون الذي أعده مجلس النواب وأرسله إلى مجلس الوزراء والمعد من إحدى لجان مجلس النواب وحسب توجيه المحكمة الاتحادية العليا الوارد في الأحكام الصادرة في دعاوى (٤٣/اتحادية/٢٠١٠) و(٤٤/اتحادية/٢٠١٠) بوجوب إرسال (مقترحات القوانين) التي تقدم من أعضاء مجلس النواب أو من إحدى لجانه المختصة إلى السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء) مصادره الأحكام الواردة في المادتين (٦٠/أولا) و(٨٠/ثانياً) من الدستور إذ إن تطبيق أحكام هاتين المادتين ليس هدفاً الحيلولة بين مجلس النواب وحقه الأصيل في تشريع القوانين لأن ذلك من صلب اختصاصاته المنصوص عليها في المادة (٦١/أولا) من الدستور وإنما لكي تأخذ (مقترحات القوانين) سياقاتها الدستورية في مجال التشريع بأن تصاغ بصيغة مشاريع قوانين بالتنسيق مع السلطة التنفيذية والتي أناطت بها المادة (٨٠/أولا) من الدستور مهام (تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة والخطط العامة والإشراف على عمل الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة) وأن تنفيذ هذه المهام يلزم بأن ترسل (مقترحات القوانين) إلى السلطة التنفيذية لدراستها وجعلها على شكل مشاريع قوانين إذا كانت لا تتقاطع مع الأحكام الدستورية والقوانين ومنسجمة مع السياسة العامة للدولة ومع الخطط المعدة في المجالات كافة ومنها المجالات السياسية والاجتماعية والمالية وذلك وفق السياقات المحددة لأعداد مشاريع القوانين وإذا ما تلكأت السلطة التنفيذية أو امتنعت عن أعداد

لمبدأ الفصل بين السلطات حيث جاء في قرار المحكمة المرقم (٢/إتحادية/٢٠١٣) في (٢٠١٣/٥/٦) ما يتضمن أوجه عدم دستورية ذلك القانون، عندما قضى بأنه (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن وزير التعليم العالي والبحث العلمي/إضافة لوظيفته اقام هذه الدعوى للطعن بعدم دستورية قانون التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية رقم (٩٣) لسنة ٢٠١٢ لمخالفته للشكلية والآلية التي نص عليها الدستور في تشريعه وقد تبين للمحكمة بان هذا القانون كان بالأصل مقترح قانون مقدم من لجنة التعليم البرلمانية إلى مجلس النواب لتشريعه فصوت عليه المجلس دون إحالته إلى السلطة التنفيذية المختصة لصياغته كمشروع قانون والذي تم تشريعه بعدد (٩٣) لسنة ٢٠١٢ ولم يتم أعداد هذا المشروع من قبل السلطة التنفيذية كما رسمت المادة (٦٠/أولا) من الدستور والتي تقضي (مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء) إذ إن القانون (تعديل القانون) بالشكل أعلاه أضاف أعباء مالية إضافية على عاتق السلطة التنفيذية المختصة وإرباكاً لخطط الوزارة واستراتيجيتها ولتسببه إلى تضخم الراتب التقاعدي وبحيث أخذ يهدد إلى هجرة الكفاءات العلمية نحو التقاعد..... كما أن وزارة المالية لم تعلن موافقتها على مقترح القانون والتي هي جزء من مجلس الوزراء وحيث ثبت للمحكمة من تحقيقاتها في موضوع الدعوى ومن الاطلاع على اللوائح المتبادلة بين الطرفين ومن الكتب الرسمية المتبادلة بشأن الموضوع بان التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية، رقم

## المطلب الأول

### مفهوم السلطة التقديرية

إن التقدير لغة مصطلح يعنى به ((أمكانية التقدير الحر)) أي العمل وفقا لإرادة الذاتية لصاحب الاختصاص، اما اصطلاحا فإنه يفيد تعدد القرارات المتوافرة تحت إمرة صاحب التصرف، وإمكانيته في أن يختار الأنسب بينها<sup>(١٦)</sup>.

إن إحاطة الدستور عمل المشرع بقيود معينة يتعين عليه الإلتزام بها، لم يكن إلا الوجهة الأولى التي يقصدها في توفير أكبر قدر من الضمانات لحقوق وحرمان أريد أن تكون بمنأى عن حرية التقدير التي يسلكها المشرع في التعامل معها تنظيما وتحديدا، أما الوجهة الثانية التي تحكم عمل المشرع عند أداءه لما يوكل اليه من مهام، فأنها تأتي على نقيض سابقتها، إذ يتخلى الدستور عن أسلوب التقييد فيها، ويسمح للمشرع في ضوءها حيزا من الحرية يتحرك من خلاله لتنظيم ما يراه جدير بالتنظيم وفقا للرؤية التي يحددها باعتبارها الممثل الشرعي عن الشعب.

من ذلك أمكن القول إن مفاد السلطة التقديرية للمشرع من الناحية الإصطلاحية، يراد به، حرية المفاضلة والاختيار بين خيارات موضوعية لما يراد تنظيمه بقانون، دونما فرضا دستوريا لطريق محدد يلزم بإتباعه، وتوجيهها محدد يتعين عليه التزامه<sup>(١٧)</sup>.

إلا ان القول بامتلاك المشرع سلطة تقديرية في تعاطيه مع موضوعات معينة لإيراد منه باي حال من الأحوال الإطلاق الكامل ليد المشرع ذلك الشأن إذ إن تلك السلطة التقديرية يجب أن تمارس في إطار لتنظيم دونما المساس بأصل

مشروع قانون جاء بصيغة (مقترح قانون) من مجلس النواب دون ان تستند السلطة التنفيذية في ذلك الى سند من الدستور او القانون دونما سبب مخالف للسياسة العامة للدولة فبإمكان مجلس النواب استعمال صلاحياته المنصوص عليها في المادة (٦١/ثامنا) من الدستور ومنها سحب الثقة من رئيس مجلس الوزراء واعتبار الوزارة مستقلة بعد اجراء الاستجواب المقتضى وفقا للدستور والنظام الداخلي لمجلس النواب باعتبار ان مجلس الوزراء قد خالف أحكام الدستور وبذا نكون أمام التطبيق السليم لمبدأ الفصل بين السلطات المنصوص عليه في المادة<sup>(٤٧)</sup> من الدستور والتطبيق السليم لمبدأ تقاسم المهام الذي نصت عليه المادتين (٦٠/اولا) و(٨٠/اولا وثانيا) من الدستور والحيلولة دون تداخل هذه المهام بين السلطات وتحقيقا لوحدة السياسة العامة للدولة، ولكل ما تقدم إذ إن التعديل الثاني لقانون الخدمة الجامعية رقم (٩٣) لسنة ٢٠١٢ قد شرع دون اتباع السياقات المتقدمة والمشار إليها أعلاه لذا فإنه جاء مخالفا للدستور قرر الحكم بعدم دستوريته<sup>(١١)</sup>.

## المبحث الثاني

### التجريم والعقاب في إطار السلطة التقديرية

من مستلزمات البحث في مفهوم السلطة التقديرية للمشرع في ميدان سن القوانين وثيقة الصلة بحقوق وحرمان الأفراد وتحقيق المصلحة العامة، التعرض لمفهومها أولاً، وتحديد مصادر ها ثانياً، وهو ما سنتناوله في مطلبين.

أي أن القاعدة الدستورية تصاغ بالشكل الذي يتيح للمشرع ان يتدخل لتنظيم موضوع تلك القاعدة ، شريطة عدم أهدار ما يضعه الدستور من إطار عام يحكمها<sup>(١٦)</sup>.

من ذلك ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قضائه الصادر في ١٥ يناير ١٩٧٥ المتعلق بالحق في الإجهاض، إذ أكد فيه بان مبدأ الحق في الحياة الذي تم الاحتجاج به لا يعد محددًا ، كما انه لا يتعارض مع إقرار المشرع لإباحة الحق في الإجهاض، وحرية في اختيار الطريقة المناسبة لوضع المبدأ الدستوري موضع التنفيذ، دامه لم يصل في تقديره الى أهدار المبدأ الدستوري ( مبدأ حق الحياة)<sup>(١٧)</sup>، ومن النصوص الدستورية التي وردت في الدستور المصري لسنة ١٩٧١ والتي تعد إقراراً لسلطة المشرع في التقدير من خلال عدم إلزامه بالتصرف وفقاً لآلية محددة سلفاً، ما جاء في المادة (٦٩) التي نصت على أن (يحمي القانون حرمة حياة المواطنين وحرمة وسائل الاتصال) وما سار عليه دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ إذ نصت المادة (١٧) منه على أن (أولاً: لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة).

إذ وضعت هذه النصوص مبدأ دستوريا عامه قوامه حماية بعض حقوق الأفراد، لكنها لم تضع الكيفية التي يجب ان يسلكها المشرع في تنظيمه لتلك الحماية او تحديد أسلوبها، مما يتيح للمشرع مكنة التقدير في ظل هذه النصوص الدستورية وغيرها التي لم يلزم المشرع فيها بالعمل وفق أسلوب معين .

الحق والحرية موضوع ذلك التنظيم التشريعي ، والعمل بخلاف ذلك يجعل العمل الذي اتاه المشرع مخالفاً للدستور<sup>(١٤)</sup> ، وهو ما أكد عليه دستور جمهورية العراق في المادة (٤٦) منه ، التي نصت على أن (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الا بقانون او بناءً عليه ، على ان لا يمس ذلك التحديد او التقييد جوهر الحق او الحرية).

## المطلب الثاني

### مصادر السلطة التقديرية للمشرع

إذا ما أردنا الحديث عن مصادر تلك السلطة التقديرية ، فيلاحظ هنا أن الدستور يعد المصدر الأساس في تقرير حرية التقدير للمشرع ، إيماناً من المشرع الدستوري بضرورة عدم غل يد السلطة التشريعية في جميع المجالات وان يترك لها قدراً وافياً من الحرية في التصرف ، لأن إحاطة الدستور بجميع الموضوعات تقييداً وتنظيماً أمراً يكاد ان يكون مستحيلًا ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى، ان مظاهر التنظيم اذا ما أريد لها أن تمارس بصورة تكشف عن توجهات المشرع نحو الابتكار والخلق والإبداع ، فلا مناص والحالة هذه ، من الإقرار بسلطة التقدير للمشرع<sup>(١٥)</sup>.

فالدستور أذن يعد المصدر الأول والأساس من مصادر السلطة التقديرية، ويمكن الاستدلال على التوجيه الدستوري للمشرع بممارسته سلطة التقدير في موضوعات معينة، من خلال ما قد يرد في الوثيقة الدستورية من نصوص لا يقيد فيها الدستور عمل المشرع بكيفية معينة ،

وقد تكون النصوص الدستورية التوجيهية أو الإرشادية ، من مصادر التقدير الذي يمارسه المشرع ، تلك النصوص التي تضع الأسس الأيدلوجية وتكشف عن الفلسفة التي يقوم عليها كيان الدولة في المجالات السياسية او الاقتصادية او الاجتماعية وترد تلك النصوص غالبا في مقدمات الدساتير ، ومثالها مقدمة دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨ الذي تضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ ومقدمة الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦ ، اذ جاء في المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان بان الأفراد متساوون في الحقوق وأوردت المادة الثانية بعضا من الحقوق الأساسية للأفراد كالأمن والملكية (١٨).

وما ورد من نصوص دستورية في الباب الثاني من دستور جمهورية مصر لعام ١٩٧١ الخاص بالمقومات الأساسية للمجتمع ، إذ جاءت بشكل أهداف عامة يصدرها الدستور ويتولى المشرع تنظيمها (١٩) ، كالمادة العاشرة التي أكدت حماية الأمومة والطفولة ورعاية النشء والشباب وتمكينهم من الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم.

ولم يخلُ دستور جمهورية العراق من ذلك النوع من النصوص الدستورية التي توصف بأنها توجيهية ، تحدد الأهداف العامة والتي يتطلع إلى تحقيقها واضعوا الدستور ، ويتركون للمشرع السلطة التقديرية اللازمة لنقل تلك النصوص من حيز التقنين إلى حيز التطبيق ، كالمادة (٣٠/أولا) التي جاء فيها ( تكفل الدولة للفرد والأسرة وبخاصة الطفل والمرأة، الضمان الاجتماعي والصحي والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة تؤمن

لهم الدخل المناسب والسكن الملائم) ثانيا: (تكفل الدولة الضمان الاجتماعي والصحي للعراقيين في حال الشيخوخة أو المرض أو العجز عن العمل أو التشرد أو اليتيم أو البطالة وتعمل على وقايتهم من الجهل والخوف والفاقة، وتوفر لهم السكن والمناهج الخاصة لتأهيلهم والعناية بهم وينظم ذلك بقانون).

وأخيرا تجيء صور التقدير التي يتمتع بها المشرع من خلال ما يحيل إليه الدستور من موضوعات معينة تدعو الحاجة إلى تنظيمها بقوانين معينة ، وذلك بأن يضع الدستور المبدأ العام ويحيل إلى المشرع تنظيم ما يتعلق به من حيثيات ، بان يذكر الدستور عبارة وينظم ذلك بقانون، أو بناء على قانون، أو في الأحوال التي يحددها القانون، او بالشروط التي ينص عليها القانون، او وفقا لأحكام القانون(٢٠) ، من ذلك ما أوردته الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ التي تنص على ان (يعتبر ناخبون جميع المواطنين الفرنسيين البالغين سن الرشد من الجنسين والمتمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية ، وذلك بالشروط التي ينص عليها القانون) .

وما جاء في المادة ١٣ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ التي لم تجز فرض أي عمل جبرا على المواطنين الا بمقتضى قانون ، إذ حدد المشرع الدستوري المبدأ العام الذي يقضي بمنع المشرع من فرض اي عمل دونما قانون وخوله في الوقت نفسه السلطة التقديرية اللازمة لفرض أنواع معينة من الأعمال وفقا للقانون ، والوقت الذي يجوز فيه فرضها ومدتها .

أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فيمكن القول ان السلطة التقديرية التي خولها

وأخيراً تعد المبادئ القانونية العامة من مصادر السلطة التقديرية للمشرع ، ويراد بها ، مجموعة القواعد القانونية التي عكف القضاء على استخلاصها من مختلف القواعد القانونية المعمول بها في الدولة ، تشريعية كانت تلك النصوص ، ام مجرد قواعد عامة أوردتها إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الدولية ومقدمات الدساتير ، او من خلال ما استقر في ضمير الجماعة من قيم عليا أصبحت واجبه الاحترام والالتزام وغدت من مصادر المشروعية، مثل قيم العدل والحرية والمساواة وغيرها<sup>(٢٣)</sup>.

وما يعيننا في إطار البحث المبادئ القانونية العامة ذات القيمة الدستورية التي استنبطها القضاء من خلال الموائمة بين نصوص الدستور والواقع الذي تنشأ فيه ، وما أوردته إعلانات حقوق الإنسان ومقدمات الدساتير التي اشتملت على قيم عليا لا سبيل للاقتداء عليها وانتهاك جوهرها ، فهي تشكل مرجعا للاقتداء من قبل المشرع ، إذ لا يملك الأخير إهدارها والا عُد عمله التشريعي غير دستوري وكأنه خالف نصاً ورد في متن الوثيقة الدستورية ، وتعد كذلك مرجعا للرقابة القضائية ، ذلك ان القضاء الدستوري وهو بصدد ممارسته دوره في الرقابة على دستورية القوانين يضع في إهتمامه مدى التزام المشرع بتلك المبادئ ، ويصدر القرار بعدم دستورية التشريع الذي ينتهك أيأ منها<sup>(٢٤)</sup>، وتطبيقاً لذلك ذهب المحكمة الدستورية العليا في مصر في إحدى قراراتها إلى انه (ولان نص الدستور في المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بعينها ، هي تلك التي يقوم التمييز فيها على أساس الجنس او الأصل او اللغة او الدين او

الدستور للسلطة التشريعية ، من السعة، بحيث تتعدد الموارد التي أحال فيها الدستور للمشرع أن يتدخل فيها تنظيماً وفقاً للقانون ، من ذلك ما نصت عليه المادة الثامنة والعشرون ، والتي جاء فيها (أولاً: لا تفرض الضرائب والرسوم ، ولا تعدل ولا تجبي ، ولا يعفى منها، الا بقانون ، ثانياً: يعفى أصحاب الدخول المنخفضة من الضرائب ، بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للعيشة ، وينظم ذلك بقانون وما نصت عليه المادة ٣٩/ او لا والتي جاء فيها ( حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية او الانضمام اليها مكفولة ، وينظم ذلك بقانون) .

وكذلك قد تجد السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع مصدرها في القضاء الدستوري من خلال ممارسته لدوره في الرقابة على دستورية القوانين، او تفسيره لنصوص الدستور ، حيث يؤكد على أهمية أعمال المشرع لسلطته التقديرية وضرورة احترام ما يحدده المشرع من خيارات وهو بصدد ممارستها ، حيث كان المجلس الدستوري الفرنسي يحرص بشكل مستمر على المحافظة على جوهر السلطة التقديرية للمشرع ، ويؤكد أنه لا يجوز التعرض لمناقشة تقديرات المشرع بصدد ضرورة التشريع او عدم ضرورته او ملائمة التشريع<sup>(٢٥)</sup>، كذلك الشأن فيما يتعلق بموقف المحكمة الدستورية العليا في مصر ، حيث أكدت ذات التوجه الذي يركز على أقرار سلطة المشرع التقديرية، وذلك بان خلصت إلى أنه (كلما استقام الجزاء على قواعد يكون بها ملائماً ومبرراً فأن إبدال المحكمة الدستورية العليا لخياراتها محل تقدير المشرع في شان تقرير جزاء او تحديد مده ، لا يكون جائزا دستوريا<sup>(٢٦)</sup>).

العقيدة ، إلا إن إيراد الدستور لصورٍ بذاتها يكون التمييز محظورا فيها ، مرده انه الأكثر شيوعا في الحياة العملية ، ولا يدل البتة على انحصارها فيها ، اذ لو صح ذلك لكان التمييز بين المواطنين في ما عداها جائزا دستوريا ، وهو ما يناقض المساواة التي كفلها الدستور ويحول دون إرساء أسسها وبلوغ غاياتها ، وأية ذلك ان من صور التمييز التي أغفلتها المادة ٤٠ من الدستور ما لا يقل عن غيرها خطرا سواء من ناحية محتواها او من جهة الآثار التي ترتبها ، فالتمييز بين المواطنين في نطاق الحقوق التي يتمتعون بها او الحريات التي يمارسونها لإعتبارٍ مرده الى مولدهم او مركزهم الاجتماعي او انتمائهم الطبقي او ميولهم الحزبية او نزعاتهم القبلية او عصبيتهم العرقية او موقفهم من السلطة العامة او أعراضهم عن تنظيماتها او تبنيتهم لأعمال بذاتها وغير ذلك من أشكال التمييز التي لا تظاهرها أسس موضوعية تنميها...<sup>(٢٥)</sup>.

يتضح من العبارات الواضحة والصريحة التي أوردتها المحكمة ان مبدأ المساواة التي دأبت على حمايته لا يتحدد فقط فيما تضمنه الدستور ، وإنما يتسع ليشمل كافة أشكال التمييز بين المواطنين إعتدأً بان المساواة أمام القانون أساساً للعدل والحرية ، ولما في ذلك من تأكيد بين على ان هذا المبدأ يعد من مبادئ القانون العامة التي استخلصتها المحكمة من روح الدستور<sup>(٢٦)</sup>.

وتشكل تلك المبادئ العامة بما تحمله من قيم دستورية ، مصدرا من مصادر القانون الدستوري ، وتحل مرتبة القواعد الدستورية ذاتها<sup>(٢٧)</sup>.

ومن أمثلة تلك المبادئ التي أكدها القضاء الدستوري سواء بمناسبة أدائه لدوره

في الرقابة على دستورية القوانين، او تفسير نصوص الدستور ، والتي انزلها منزلة القواعد الدستورية، وألزم المشرع بضرورة الاقتداء بها وعدم إنتهاكها فيما يضعه من تشريعات ، ما نصت عليه المادتين الخامسة والثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩ ، حيث نصت المادة الخامسة على ان (ليس للقانون الحق في منع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع ، فكل ما لا يجرمه القانون، لا يمكن منعه، ولا يمكن إجبار احد على فعل ما لا يأمر به القانون) .

وجاء في المادة الثامنة منه ( يجب ان لا يقيم القانون إلا العقوبات الضرورية حصرا وبداهة ، ولا يمكن معاقبة اي إنسان الا وفقا لأحكام القانون القائم والصادر في وقت سابق لوقوع الجريمة والمطبق بصورة شرعية).

وما أورده الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨ ، من النص على ذات المبادئ التي تمثل قيم عليا يجب على المشرع التزامها عند ممارسته سلطته في التجريم والعقاب ، إذ نصت المادة الخامسة منه على أن (لا يعرض اي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات او المعاملات القاسية او الوحشية او الحاطة بالكرامة).

أما الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠ ، فقد أكدت بشكل أكثر تفصيلا ووضوحا ضرورة التزام المشرع لاسيما في نطاق سعيه لسن القوانين التي تجرم أفعالا وتعاقب مرتكبيها ، بالمبادئ التي تشكل في جوهرها قيماً أساسية لحماية حقوق الإنسان ، ويشكل فيها الضرورة ولتناسب أساسا لاسبيل للمشرع سوى التزامه في هذا الشأن<sup>(٢٨)</sup>.

فضلاً عما تقدم، ذهبت المادة السابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦، إلى أنه يشترط في العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها الا تكون مهينة في ذاتها، او ممعنة في القسوة.

تجدر الإشارة كذلك الى النصوص التي جاءت بها اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللاإنسانية او المهينة، التي اعتمدت من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول ١٩٨٤<sup>(٢٩)</sup>، إذ إن حماية حقوق وحرىات الأفراد شكلت فيها ضرورةً دعت إلى تجريم كل عمل يرقى إلى مستوى التعذيب<sup>(٣٠)</sup>، وبذلك اصبحت تشريعات الدول التي صادقت على تلك الإتفاقية، مدعوةً إلى تجريم ذلك التعذيب، بعقوبات يبغى لها ان تتناسب وضرورة التجريم تلك<sup>(٣١)</sup>.

إن التحقق من مراعاة الضرورة والتناسب في النصوص الجنائية لم يكن أمراً مقصوراً في التأكيد على أهميته وعده من الضمانات الرئيسية لحقوق الأفراد وحرىاتهم، على الإعلانات والمواثيق الدولية التي جرت الإشارة إلى نصوصها، فقد كان للمنظمات الدولية غير الحكومية، حضوراً بيناً في هذا الشأن، ومما يدل على ذلك، ما ذهبت إليه منظمة هيومن رايتس ووتش<sup>(٣٢)</sup> ( Human Rights Watch ) من أن القانون الليبي المرقم ٣٧ الصادر في ٢ مايو/أيار ٢٠١٢ (قانون تجريم الإضرار بثورة ١٧ فبراير الليبية) كشف عن أنتفاء الضرورة والتناسب فيما أشتمل عليه من نصوص، وبات مقيداً لحقوق الأفراد وحرىاتهم، بحجة الإضرار بثورة ١٧ فبراير، مما يتحتم الإسراع في الغاء لعدم دستوريته<sup>(٣٣)</sup>.

فالمبادئ القانونية العامة ذات القيمة الدستورية تعد من مصادر السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في سنه للقوانين اللازمة، وتختلف حرية التقدير التي يوفرها أياً منها للمشرع، من حيث السعة والتضييق، تبعاً للقيود التي ترافق تلك المبادئ، ذلك ان الحديث عن مبادئ ذات قيمة دستورية تمنح المشرع سلطات مطلقة، أمراً لا وجود له البتة، فهي في الوقت الذي تعطي فيه للمشرع سلطة تقديرية في تعاطيه مع الموضوعات الداخلة ضمن نطاق عمله، وأهمها سن القوانين، فأنها تحده بقيود يتعين عليه الالتزام بها، فكما لا يمكن إنكار السلطة التقديرية التي توفرها تلك المبادئ او الخروج عنها، لا يمكن أيضاً إنكار ما قد يلزم تلك المبادئ من قيود محددة، علماً ان القضاء الدستوري سواء في فرنسا أو في مصر، قد أولى تلك المبادئ أهمية بالغة، بعدها قيم أساسية، تلزم المشرع كما تلزمه النصوص الدستورية، سواء وردت تلك المبادئ في مقدمات الدساتير او في إعلانات الحقوق او المواثيق العالمية ذات الصلة بحقوق وحرىات الأفراد، وبعدها محطة لمباشرة رقابته الدستورية على مدى التزام المشرع بما تضعه من قيود، ويكشف في ذات الوقت وبمناسبتة ما يصدره من أحكام في مواضع مختلفة، عن ان تلك المبادئ تعد مصدراً من مصادر السلطة التقديرية للمشرع<sup>(٣٤)</sup>.

وقد ذهب المجلس الدستوري في فرنسا وإهنداءً بما أورده المادة الخامسة من إعلانات حقوق الإنسان والمواطن إلى اشتراط الضرورة والتناسب والتجريم في العقاب باعتبارهما من المبادئ القانونية ذات القيمة الدستورية التي يجب على المشرع الالتزام بهما عند إعماله ما

يملك من سلطة تقديرية ، إذ قرر بأن ((عدم وجود تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة المترتبة عليها، لا يبيح للمجلس الدستوري أن يحل تقديره الشخصي محل تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة العقوبات المترتبة على الجرائم)) (٣٥).

كما أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر ، ذات التوجه ، إظهار قيمة مبدأ عدالة العقوبة الذي يركز على ما ترسخ واستقر في كيان الجماعة وضميرها العام ، إذ إنتهت إلى عدم دستورية العقوبة الموعول في فحشها ، عندما قررت بأن (( خضوع الدولة لقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه أن لا تخل تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية ، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته الإنسانية وشخصيته المتكاملة ، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق وثيقة الصلة بالحقوق التي كفلها الدستور ، من بينها أن لا تكون العقوبة مهينة في ذاتها ، أو مجاوزة في قسوتها للحدود التي توازنها بالأفعال التي أثمها المشرع ليكون إيقاعها شاذاً منافياً لحكم العقل)) (٣٦).

إن السلطة التشريعية باعتبارها الممثل الشرعي للشعب ، تمارس اختصاصات عدة ومن أهمها ، تشريع القوانين اللازمة ، لذلك فإن الدستور وانسجاما مع متطلبات انتظام شؤون المجتمع وتحقيق الصالح العام ، فانه يعطي مساحة في التقدير للمشرع ليتمكن من خلالها تحقيق ما أوكل إليه من مهام فضلاً عن عدم إمكانية حصر جميع اختصاصات المشرع بشكل يسمح له من مواكبة تطورات الأحداث ومستجدات الأمور ، لذا والحالة هذه فان

السلطة التقديرية تعد من ((المسلطات في فقه القانون العام)) (٣٧).

ويلاحظ كذلك أن السلطة التشريعية وبناءً على ما تحتله من مكانة وما تمثله من أهمية في الدولة القانونية ، ومايوكل لها من اختصاصات دستورية ، تعد هي المختصة ابتداءً بتشريع القوانين ، إذ ينفرد البرلمان دونما إشراك لهيئة أخرى في ممارسة هذا الاختصاص ، وهذا هو المبدأ ، إلا أن ذلك الأخير إستثناءً يبرر بعبء المهام الموكل إلى السلطة التشريعية القيام بها ، ويتسق مع اختصاصات السلطة التنفيذية بوضع القوانين موضع التنفيذ ، إذ يتجسد ذلك الاستثناء في تفويض السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لها قوة القانون او بإصدار الأنظمة التي تسهل تنفيذ القوانين ، وما قد يصاحب ذلك من ان يكون من بين تلك القرارات او الأنظمة ، ما يصل إلى مرتبة التجريم والعقاب (٣٨).

إلا أن الملاحظ في هذا الشأن، إن دور السلطة التنفيذية في مجال التجريم والعقاب يبقى محدودا ومقتصرا على ما أجازته الدستور وما يفوضه المشرع ، ذلك أن التجريم والعقاب وكما سبق بيانه في أكثر من موضع يعد وثيق الصلة بحقوق الأفراد وحررياتهم، لذا والحالة هذه فان دواعي الحرص على ضمانات تلك الحقوق والحريات، ألزمت انفراد السلطة التشريعية بهذا الاختصاص وعدم تفويضه الى السلطة التنفيذية الا في الحدود التي سمح بها الدستور وفي أطار ما هو مقرر قانونا.

إذ حددت المادة ٣٤ من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨ المجالات المحجوزة للسلطة التشريعية فيما يتعلق بالتجريم والعقاب ، إذ نصت على أن (يحدد

القانون القواعد المتعلقة بما يأتي ... ثالثاً:- تحديد الجنايات والجنح وكذلك العقوبات المقررة بشأنهما والإجراءات الجزائية والعفو ... كما نصت المادة ٣٧ على أن (تعد المواضيع الأخرى التي لا تدخل ضمن مجال القانون، من اختصاص التنظيم)، ومن ذلك يتضح إن السلطة التشريعية تفرد بوضع قواعد التجريم والعقاب فيم يتعلق بجرائم الجنايات والجنح ويترك للسلطة التنفيذية من خلال اللوائح التي تصدرها تحديد ما يتعلق بالمخالفات ، علماً انه وفي سبيل صون حقوق وحرريات الأفراد في مواجهة ما تملكه السلطة التنفيذية من سلطة إصدار الأنظمة ذات الشأن بتحديد الجرائم والعقوبات في المخالفات، فإن قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة ١٩٩٢ قد عمد الى إلغاء عقوبة الحبس في المخالفات<sup>(٣٦)</sup>.

أما دستور جمهورية مصر لسنة ١٩٧١ فإنه أجاز للسلطة التنفيذية وفي مواد محددة، وضع قواعد التجريم والعقاب ، من خلال القرارات التي تصدرها والتي يكون لها قوة القانون (٤٠) ، وبناء على التفويض الذي يمنحه إياها البرلمان او في الحالات الاستثنائية التي نص عليها الدستور (٤١)، إلا أن تلك الإجازة مقيدة بالالتزام بالحدود الدستورية والقانونية التي ترسم آليات ممارسة السلطة التنفيذية لذلك الاختصاص .

أما دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ فقد جاءت المادة ١٩/ ثانياً منه لتنص على ان (( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة...))، كما نصت المادة الأولى من قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ (المعدل) على انه ((لا عقاب على فعل او امتناع الا بناء على

قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه...)) من ذلك يتضح ان السلطة التشريعية وان كانت صاحبة الاختصاص الأصيل في سن القوانين، استناد إلى نص المادة (٦١/أولاً من دستور جمهورية العراق (٤٢)، فإن ذلك لا يمنع من أن يفوض مجلس النواب السلطة التنفيذية اصدرها أنظمة تتعلق بالتجريم والعقاب، لأن النص المتقدم، لم يشير إلى ضرورة ان تكون الجريمة والعقوبة بقانون ، وإنما عبر عن ذلك بعبارة ((لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)) وإن عبارة إلا بنص لم تقيد بمصدر بعينه ، كان يكون السلطة التشريعية، حيث جاء مطلقاً، لذا والحالة هذه واتساقاً مع نص المادة الأولى من قانون العقوبات، فإنه من الجائز دستورياً وقانوناً ان تحدد الجريمة والعقوبة ، من قبل السلطة التنفيذية ،بناءً على قانون يصدر من السلطة التشريعية، وذلك انسجاماً مع التوجه الذي يقضي بالتخفيف عن كاهل السلطة التشريعية ، وخصوصاً إذا ما علمنا بأن السلطات التي توكل إلى السلطة التنفيذية في هذا المجال ستقتصر على الموضوعات ذات العلاقة بواجباتها التي تتعلق بتسيير المرافق العامة وإدارة شؤون البلاد وتقديم كل ما يتصل بتحقيق النفع العام، دونما أن تتعرض بأي شكل من الأشكال إلى ما يوصف بأنه من المصالح الأساسية وتتناولها تجريماً وعقاباً، كذلك التي تتعلق بكيان الدولة ووجودها او بما يعد من ركائز وجود الدولة واستمرارها ، وما ذلك التحديد إلا تأكيد حماية حقوق وحرريات الأفراد من تعسف السلطة التنفيذية ما لم تقيد بما يحد من سلطتها ، وقد بدا ذلك واضحاً في الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ (الملغى) والذي مارست فيه السلطة التنفيذية اختصاصات تشريعية واسعة، انتهت

بها إلى أن تكون هي صاحب الاختصاص الأصلي في ميدان التشريع ، وما صدر عن مجلس قيادة الثورة المنحل من قرارات عديدة لها قوة القانون، كان لها القول الفصل في تحديد الجرائم وعقوباتها، دونما رقابة دستورية أو برلمانية في ذلك الشأن ودون أن تقتصر تلك القرارات على طائفة محددة من الأفعال ، كان تكون الأفعال التي لا تعد جسيمة في نتائجها أو خطورتها، كما هو الحال في العديد من جرائم المخالفات ، وإنما جاءت بعقوبات وحشية لاتألف وأبسط مقومات الإنسانية<sup>(٤٣)</sup>.

إلا أن المشرع وهو بصدد ممارسته ما عهد إليه من مهام وما يمتلك من سلطة تقديرية يواجه به ما لا يمكن الإحاطة به إذا ما كانت سلطاته مقيدة ، يبقى محكوما بضرورة التزام أهداف المصلحة العامة ، وان يحقق التوازن المبتغى بين حقوق الأفراد وحررياتهم وتلك المصلحة، ذلك التوازن الذي يشكل فيه مفهوما الضرورة والتناسب أساساً لايمكن الإستغناء عنه، وفي ذات المعنى، يشير الأستاذ (مارتس) إلى أن من المقضييات الأدبية التي يجب ان يضعها المشرع نصب عيناه عند سنه للقوانين، ضرورة إلتزامه بالاستخدام المتمدين للقوانين، فلا يكون سائغاً أن يلجأ المشرع في سبيل تحقيق هدف معين، إيراد قاعدة تتضمن إجراءات جسيمة في وقتٍ يمكن فيه بلوغ ذلك الهدف بأسلوب أقل جسامه وتعقيداً من سابقه، وهو مايسمى بـ(قاعدة أقل مجهود)، وفي ذلك تأكيداً وترديداً لمبدأ أن يكون تقدير العقوبات في مجال ضيق وجه الضرورة فيه بين<sup>(٤٤)</sup>، بمعنى إن (المشرع) يخضع لعدة ضوابط يحددها الدستور ، تكفل عدم صيرورة تلك السلطة التقديرية ، سلطة تحكم، تصدر الحقوق

والحريات موضوع التنظيم ، ذلك ان السلطات التي يختص بها المشرع أيا كان مصدرها، يجب ان تكون سلطات منضبطة بعيدة عن التعسف في الاستعمال أو التشقي والإستغلال، حيث يلتزم فيها المبادئ الدستورية التي تحددها<sup>(٤٥)</sup>.

الى ذلك ذهب المحكمة الدستورية العليا في مصر عندما تعرضت الى الضوابط الى تصاحب السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع حيث أكدت بان (( الدستور لا يدعوا بالنصوص التي يتضمنها لإمّر يكون مندوبا ، بل يقر ما يكون لازما ، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إرجائها بل يتقيد بها بالضرورة ، فلا يتطأها أو يميل انحرافا عنها ، وكذلك فان القيود التي يفرضها الدستور على المشرع، هي التي تحد نطاق السلطة التقديرية التي يمتلكها في موضوع تنظيم الحقوق ، فلا تكون ممارستها انفلاتا من كوابحها ، او أخلالاً بضوابط تنظيمها، فمن غير المتصور ان يكون التقيد بنصوص الدستور عائدا لمحض تقدير المشرع ، ومحددا على ضوء المصالح التي ينسبها ، ذلك ان التقدير في تطبيق إحكام الدستور تعبير عن إرادة أعلى، هي التي تستند إليها السلطتان التشريعية والتنفيذية في تأسيسهما ، فإذا نشأتا وفق الدستور ، تباشر كل منهما وظيفتها في الحدود التي رسمها فلا تتحلل أحدهما منها ، والا كان ذلك تمردا من جانبها على ضوابط حركتها التي استقام بها بنيانها))<sup>(٤٦)</sup>.

من الضوابط الدستورية التي كشف عنها القضاء الدستوري في مناسبات مختلفة ، ما يتعلق بضرورة ان لا يؤدي التدخل التشريعي لتنظيم عمل ما في ميدان الحقوق والحريات،

وما لذلك من أهمية كبيرة ، باعتبار إن المصلحة العامة تعد قيمة عليا ، تعمل كافة مؤسسات الدولة على ضمانها ، وفي مقدمة تلك المؤسسات السلطة التشريعية ، الا ان الحفاظ على تلك القيمة يجب أن لا يرافقه إهداراً لحقوق الأفراد ، سواء في مواجهة متطلبات المصلحة العامة ، او في مواجهة الأفراد بعضهم قبالة لآخر في ممارسة اي من حقوقه او حرياته ، لذلك فانه ليس من سبيل سوى الحفاظ على تلك القيم واجبة الاعتبار ، والمواءمة فيما بينها ، بدون أهدار اي منها ، سوى إعتداد مبدأى الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب في إطار السلطة التقديرية للمشرع<sup>(٥٧)</sup>.

فالمشرع يملك حرية التقدير في سن القوانين الجنائية ، وذلك تبعاً لما يراه مؤدياً إلى نتائج تلحق أضراراً بحقوق ومصالح الأفراد ، أو ما يكون أدنى من ذلك ، عندما لا يكون السلوك في ذاته محققاً لنتيجة إجرامية ضارة ، وإنما تتوفر فيه مقومات السلوك ذي الخطورة الإجرامية التي في طريقها إلى أن تتحول إلى وقائع إجرامية ضارة بحقوق الأفراد وحرياتهم ، فالسلطة التقديرية التي يملكها المشرع في ميدان التجريم والعقاب ، تتحدد في تقييمه للأفعال التي تستأهل أن يصل بها إلى درجة التجريم ، بان جاءت في صورة أفعال ذات نتائج إجرامية ضارة بالغير ، او بصورة الخطورة الإجرامية التي توجب على المشرع أن يتدخل لمواجهتها ودرء ما يمكن ان تسفر عنه ، اذا ما لم يحتاط منها ويحترز مما فيها من تهديد على حقوق الأفراد وحرياتهم والمصلحة العامة او كليهما على حد سواء<sup>(٥٨)</sup>.

إلى الانتقاص من تلك الحقوق او المساس بجورها او عدم تمكين الأفراد من الإستفادة من اي منها ، حيث يعد ذلك من أهم الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية التي يمتلكها المشرع ، باعتبار ان تناول حقوق الأفراد وحرياتهم بالتنظيم يعد من أكثر المجالات التصاقاً بالسلطة التقديرية للمشرع<sup>(٥٧)</sup>.

فإذا ما تعرض المشرع لأي من تلك الحقوق والحريات ، بأن أهدر قيمة احدهما ، او أعاق الإستعمال المشروع لأي منهما ، فإنه والحالة هذه يتجاوز دائرة التنظيم التشريعي في إطار السلطة التقديرية ، ليندرج ماأناه من عملٍ تحت طائلة الأحكام المشوبة يعيب عدم الدستورية<sup>(٥٨)</sup> ، ويلاحظ أن أهم الميادين التي تكون عرضةً لأن يطالها المشرع بالمساس إنتقاصاً أو إهداراً ، مايلي<sup>(٥٩)</sup>.

#### ١- حق الملكية.

#### ٢- حجبة الأحكام القضائية.

#### ٣- عدم جواز تحصين أعمال معينة من الرقابة القضائية.

ومن الضوابط الدستورية التي أكدها القضاء الدستوري ، والتي تحكم هي الأخرى السلطة التقديرية ، لاسيما في ميدان القانون الجنائي ما يتعلق بمبدأى الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ، حيث كان لذلك القضاء كلمته في مناسبات مختلفة ، صرح فيها بوضوح عن ضرورة التزام المشرع بأصرورة والتناسب في التجريم والعقاب ، باعتبارهما من المبادئ القانونية ذات القيمة الدستورية التي تضمن للقاعدة الجنائية ، بأن تأتي بشكل يكفل التوازن بين المصلحة العامة وحقوق وحريات الأفراد

إن الحديث عن سلطة تقديرية يختص بها المشرع بوصفه ممثلاً عن الشعب ومؤهلاً لتحقيق متطلبات الصالح العام وحماية حقوق وحرىات الأفراد، يجب أن يكون مقروناً لاسيما في ميدان التجريم والعقاب ، بما يضبط تلك السلطة ويحول بينها وبين الإقتبات على حقوق الأفراد وحرىاتهم ، وذلك من خلال التزام مقتضيات الضرورة الاجتماعية ، التي تعد اللبنة الأولى في سن القوانين الجنائية، حيث توافر الأسس القانونية والواقعية التي تخلق فكرة التنظيم التشريعي في مجال معين ، وكذلك من خلال التناسب الذي يجب أن يحققه المشرع بين مقتضيات تلك الضرورة التي شكلت أساساً في دفع المشرع الى تجريم سلوك ما ، وبين الآثار التي يرتبها المشرع على مقترف ذلك السلوك ، وذلك من خلال مايفرضه من جزاءات ينبغي لها أن لا تجاوز قدر تلك الضرورة ، وهي (الجزاءات) لا تكون كذلك إذا ما اتسمت بطابع الانتقام او الوحشية او جاءت بشكل تُمتن فيه كرامة الإنسان.

إن القضاء الدستوري في فرنسا ممثلاً بالمجلس الدستوري ، أكد أهمية التزام المشرع بمفهوما الضرورة والتناسب باعتبارهما من المبادئ القانونية ذات القيمة الدستورية ، إذ يعدان خيراً ضابطاً لما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية في مجال التجريم والعقاب ، وذلك عندما ذهب إلى البت بعدم دستورية نص المادة ١/٤٢١ من قانون العقوبات ، التي اعتبرت من أعمال الإرهاب مجرد مساعدة أجنبي على دخول البلاد او التنقل او الإقامة بها على وجه غير مشروع ، ذلك ان المشرع قد أسس تجريمه لذلك السلوك بناءً على الوصف السابق بيانه، مع عدم إمكانية الجزم بوجود صلة مباشرة لعملية

مساعدة الأجنبي على دخول البلاد او التنقل او الإقامة فيها ، وأعمال الإرهاب التي قد يرتكبها ذلك الأجنبي ، دون ان يكون لذلك الاعتراض مساساً بإمكانية اعتبار عملية مساعدة الأجنبي اشتراكاً في العمل الإرهابي او أخفاءً للمتهم بالإرهاب او اشتراكاً في منظمة إرهابية اذا ما تحققت الشروط التي يستلزمها القانون لذلك الجرم ، وقد أسس المجلس الدستوري الفرنسي قضاءه بعدم دستورية ذلك النص بناءً على عدم توافر الضرورة في التجريم والعقاب ، وأضاف المجلس ، بأن المشرع قد استخدم تقديره في تجريم ذلك السلوك والمعاقبة عليه ، دونما تناسب ظاهر ، وإن على المشرع قبل ان يتحقق من ضرورة العقوبة ، حرى به أن يستشعر ضرورة الجريمة ، وهنا لا يكون فعل مساعدة الأجنبي على دخول البلاد او التنقل او الإقامة فيها عملاً إرهابياً، الا اذا كان قد وقع بصورة عمدية لتسهيل اي من مشاريع الإرهاب فردية كانت ام جماعية لهدف الأضرار الجسيم بالنظام العام من خلال الترويع والتخويف ، الأمر الذي أدى بالمجلس الدستوري الفرنسي ان يستقر على قاعدة مفادها ((عدم دستورية الجزاء الذي يبدو ظاهراً عدم تناسبه مع الوقائع التي تؤدي اليه<sup>(٥٢)</sup>).

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر ، الى تأكيد ذات المسلك عندما قضت بان (القانون الجنائي وإن اتفق مع غيره من القوانين في تنظيم بعض العلائق التي يرتبط بها الأفراد فيما بين بعضهم البعض ومن خلال مجتمعهم بقصد ضبطها، إلا أن القانون الجنائي يفارقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم ما يصدر عنهم من أفعال نهاهم عن ارتكابها،

وهو بذلك يتغيا أن يحدد - من منظور اجتماعي - ما لا يجوز التسامح فيه في مظاهر سلوكهم، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعياً ممكناً، بما مؤداه: أن الجزاء عن أفعالهم لا يكون مبرراً إلا إذا كان مفيداً من وجهة اجتماعية، فإذا كان مجاوراً تلك الحدود التي لا يكون معها ضرورياً، غدا مخالفاً للدستور<sup>(٥٣)</sup>.

وفي سياق متصل بما هو عليه الحال في القضاء الدستوري المقارن، زاولت المحكمة الاتحادية العليا العراقية اختصاصها الرقابي فيما يتعلق بخيارات التقدير التي يملكها المشرع في ميدان سن القوانين، حيث تقلدت دوراً مهماً وفعالاً في ضبط آليات أعمال تلك السلطة التقديرية، ففي الحكم المرقم (٥٣/اتحادية/٢٠١٢) الذي أصدرته المحكمة بتاريخ (٢٠١٢/١٢/١٨) إنتهت إلى أن للمشرع حرية التقدير في ممارسته لبعض من جوانب اختصاصاته، وأكدت ضرورة احترام الخيارات التشريعية التي تعد من حيثيات السياسة التي يتناها المشرع عند سنه للقوانين التي تأتي إنسجاماً ما يضطلع به من مهام دستورية<sup>(٥٤)</sup>.

إلا أنه ومع الاعتراف للمشرع بحرية التقدير في ممارسته لاختصاصاته فإن ذلك لا يفيد إطلاق صلاحيات المشرع على وسعها دونما حد أو قيد، وما يدل على ذلك، ما جاءت به المادة<sup>(٤٦)</sup> من الدستور التي نصت على أن (( لا يكون تقييد ممارسة أي حق من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على ان لا يمس ذلك التقييد والتحديد جوهر الحق او الحرية)).

لذلك فإن المشرع قد يتعرض إلى جوهر الحق أو الحرية انتقاصاً أو إلغاءً إذا ما قام

بأعمال سلطته التقديرية في مجال التجريم والعقاب، دون مراعاة للتوازن بين تلك الحقوق والحريات بعضها في مواجهة الآخر وبينها وبين متطلبات المصلحة العامة، ذلك التوازن الذي يجد أساسه في الاعتداد بمبدأي الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، وهو ما تمثل فيما ذهبت إليه المحكمة في حكمها ذي العدد (٤٦/اتحادية/٢٠١١) بتاريخ ٢٢/٨/٢٠١١، الذي كشفت فيه عن أن الضرورة في تجريم الأفعال التي أوردتها المواد من (٨١ - ٨٤) من قانون العقوبات، تتمثل في أن ممارسة الأفراد لأياً من حقوقهم أو حرياتهم المكفولة دستورياً، يجب أن يجيء دونما الأضرار بالغير أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، لذا فإن المواد المشار إليها تعد متوافقة وأحكام الدستور كون ضرورة تجريمها تكمن في إخلالها بالنظام العام والآداب العامة، ولا تعد إنتهاكاً لحقوق وحريات الأفراد (مثل حرية التعبير عن الرأي وحرية الإعلام والصحافة والأعلان والنشر)، إذ أن الأخيرة (حقوق الأفراد وحررياتهم) لم ترد مطلقة، بل مقيدة باحترام الحقوق والحريات الأخرى التي يقرها الدستور لجميع الأفراد، وبما يحفظ كافة متطلبات المصلحة العامة<sup>(٥٥)</sup>.

كما أفادت المحكمة الاتحادية العليا بأن الضرورة في العقاب غير متحققة فيما ورد في الفقرة (ثالثاً) من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٢١) المؤرخ في ١٤/١٠/٢٠٠١، التي اوردت عقاباً دونما سلوكاً إجرامياً كان قد ارتكب، وما في ذلك إلا إهداراً من المشرع لمبدأي الضرورة في العقاب ومخالفة واضحة لأحكام الدستور، إذ قضت بأنه ولدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد(ان المدعي يطلب في دعواه إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل

المرقم ٢٢١ المؤرخ في ٢٠٠١/١٠/١٤ بالنسبة إلى حرمانه من حقه الشرعي كوارث لوالدته المتوفية (ز.م.ت) وذلك لمخالفته للدستور ولدى الرجوع إلى القرار المذكور وجد بأن الفقرة (الثالثة) منه نصت بان (( يحرم (ن.ج.ش) ابن المنصوص عليها في البند (ثانياً) من هذا القرار من وراثتها بعد وفاتها ، عقابا له على عقوقه لها، وتوزيع حصته على بقية ورثتها كل حسب استحقاقه الشرعي)) إذ إن قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٢١) المؤرخ في ٢٠٠١/١٠/١٤ وقد صدر في ظل الدستور المؤقت وانه أي الدستور المؤقت كان قد تبنى في أحكامه الشريعة الإسلامية وعدم مخالفة أحكامها وحيث ان الشريعة الإسلامية حددت الحالات التي يحرم فيها الوارث من الإرث وليس من بينها عقوق الوالدين وبذلك تكون الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المشار اليه أعلاه جاء خلافا لأحكام الدستور وحيث انه من اختصاص هذه المحكمة استناداً للفقرة (الثانية) من المادة (الرابعة) (٥٦) من القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ (قانون المحكمة الاتحادية العليا) الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام الدستور عليه واستناداً على ذلك قررت هذه المحكمة الحكم بإلغاء الفقرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٢٢١) والمؤرخ ٢٠٠١/١٠/١٤ بحيث ينال المدعي من إرث والدته المتوفية (ز.م.ت) من الدار موضوع الدعوى وفقاً للاستحقاق الشرعي (٥٧).

## أخاتمة

من خلال ما تم عرضه من حيثيات تتصل بحدود سلطة المشرع في ميدان التجريم والعقاب وما تم إيرادها من أحكام قضائية دستورية في الشأن ذاته يمكن أيراد الاستنتاجات والتوصيات الآتية :-

## الاستنتاجات

١ - سلطة المشرع لا يمكن أن تكون مطلقة بحال من الاحوال، إذ يقيد الدستور في جانب من جوانب ممارستها، وهذا ما تجسد في السلطة المقيدة، وإن كانت تقديرية، فإن ذلك التقدير لا يرد دونما ضوابط تحده وتقف حائلاً بين المشرع والإنحراف في استعمال سلطته.

٢ - من أهم الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للمشرع ، ما يشكله مفهوم الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب، حسبما أشير إلى مكانتهما في التشريع الذي يراد سنه، إذ يعدان من المبادئ القانونية العامة ذات القيمة الدستورية التي تجد مصدرها في مقدمات الدساتير او إعلانات الحقوق او المواثيق العالمية ذات الصلة بحقوق الأفراد وحررياتهم .

٣ - إن الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب يعدان من المحددات التي ترافق السلطة التقديرية للمشرع، ويجب عليه مراعاتهما إذا ما اراد أن يجرم فعلاً ويعاقب مرتكبه، فلا جدوى من تجريم فعل ما دون أن تكون هنالك ضرورة قد دعت إليه، ولا ضرورة تذكر إذا لم يكن ذلك الفعل قد الحق ضرراً أو شكلاً خطراً، فالضرورة الاجتماعية في التجريم

## التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي بوجوب الألتزام بسائر الضوابط ذات الصلة بسلطته في التجريم والعقاب لاسيما في ميدان السلطة التقديرية التي يتمتع بها إذ يشكل مفهوما الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب من الضوابط المهمة في هذا الشأن ويتعين على القضاء الدستوري ممثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا ممارسة دوره في الرقابة الدستورية على مدى التزام المشرع بتلك الضوابط.

٢- نوصي المشرع بضرورة استئلام ما يسود المجتمع من معتقدات وقيم وعادات وتقاليده معتبرة، المصالح واجبة الحماية بعدها ركائز تسهم في ضمان أمن المجتمع وكفالة الاستقرار فيه، وأن يبتعد عن توجهات التجريم الذي يبتغى من وراءه حماية تصورات ورؤى من يتقلد شؤون السلطة، وتدل بوضوح عن إنحراف بين في استعمال السلطة وهذا ما بدا واضحا في القرارات التي كانت تصدر عن السلطة التنفيذية ممثلة بمجلس قيادة الثورة المنحل.

٣- يجب على القضاء الدستوري في العراق ممثلاً بالمحكمة الاتحادية العليا أن يولي أهمية لمبدأي الضرورة والتناسب بما يكفل معها الزام المشرع بمراعاتهما إذا ما اراد أن يسن من القوانين ما يجرم افعالاً ويفرض فيها جزاءات جنائية في مواجهة مرتكبيها، وأن يصار إلى البحث في دستورية القوانين الجنائية إنطلاقاً من تحقق أو إنتفاء الضرورة والتناسب فيها.

تشكل المدخل الأساس للقول بوجود التناسب فيه، فالتناسب في التجريم يكون مفقدا اذا لم يكن التدخل التجريمي للمشرع ضروريا من الوجهة الاجتماعية، اما الضرورة والتناسب في العقاب فانها تتحقق إذا كان سلاح العقوبة ضروريا لمواجهة الجريمة وهو لا يكون كذلك إذا لم يتحقق الغرض المرجو منه في الردع والتأهيل، فالضرورة في العقاب تنتفي إذا وجدت بدائل تغني عنه، الا ان المعادلة التي يجب ان يحققها المشرع في اطار سياسته الجنائية لا تلتأم إذا لم يكن العقاب متناسبا هو الآخر مع التجريم، فالإنسانية يجب أن لاتغيب عن بال المشرع حتى وإن كان يتعامل مع المجرمين، ذلك أن الوحشية في العقوبات او الشدة المفرطة فيها مؤشرات تكشف عن انعدام التناسب.

كان للقضاء الدستوري دوراً كبيراً في التأكيد على أن الأصل في السلطات التي يملكها المشرع في سن القوانين هو حرية التقدير، وان التقييد هو الاستثناء، وان السلطة التقديرية ليست مطلقة لا حدود لها، وإنما تحكمها ضوابط ألزم القضاء السلطة التشريعية بالسير على هديها، وإلا فإن الخروج عنها يجعل العمل مشوبا بعدم الدستورية، ويشكل مبدأي الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب من أهم القيود (الضوابط) التي تفرض على سلطة المشرع التقديرية، وذلك من خلال الموازنة التي يجب أن تضطلع بها القاعدة الجنائية، بين حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة، أو بين حقوق وحريات الأفراد بعضهم في مواجهة الآخر، دونما تمييز بين المراكز القانونية المتماثلة.

## الهوامش

(<sup>١</sup>) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢/

اتحادية/٢٠١٣) في (٢٠١٣/٥/٦)، منشور عبر الموقع الإلكتروني الرسمي للسلطة القضائية الاتحادية / قرارات المحكمة الاتحادية العليا، ضمن الرابط التالي <http://iraqfsc.iq/ar/node/211>

(<sup>٢</sup>) ينظر: د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ط٦، جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص ٦١ .

(<sup>٣</sup>) ينظر: د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، مع مقدمه للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ ص ٣٩١ .

(<sup>٤</sup>) ينظر: د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، دراسة مقارنة، دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار التيسير، ٢٠٠٤، ص ٦٩٦ .

(<sup>٥</sup>) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤٨٥ .

(<sup>٦</sup>) ينظر: د. عبد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٤ .

(<sup>٧</sup>) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٤٤٥ .

(<sup>٨</sup>) أشار إلى ذلك د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤٤٩ .

(<sup>٩</sup>) ينظر: د. عبير حسين السيد حسين، مرجع سابق، ص ١٥٨ .

(<sup>١٠</sup>) - ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤٥٤ .

(<sup>١١</sup>) ينظر: قرار المجلس الدستوري الفرنسي (٥٤-٧٤) في ١٥ يناير ١٩٧٥، منشور عبر الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس، ضمن الرابط التالي:-

<http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/fran->

(<sup>١</sup>) ينظر: د. عبير حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٢٩ .

(<sup>٢</sup>) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٤٨٦ .

(<sup>٣</sup>) ينظر: د. عبير حسين السيد، مرجع سابق، ص ١٢٩ وما يليها .

(<sup>٤</sup>) ينظر: د. حسان عبد الغني الخطيب، القانون العام، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٢، ص ٤٣ .

(<sup>٥</sup>) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤١٥-٤١٦ .

(<sup>٦</sup>) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم (٥) لسنة (٤) قضائية دستورية، فـي ٢ يونـيه ١٩٨٤، منشور عبر الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا مكتبة حقوق الإنسان، ضمن الرابط التالي: <http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-5-Y4.html>

(<sup>٧</sup>) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٩٩٦) في (٢٠٠٥/٣/١٧).

(<sup>٨</sup>) علماً إنه لم يتم سن ذلك القانون لغاية الآن، وهو ما لا ينسجم والدور الذي يتحم على المحكمة النهوض به باعتبارها حامية الحقوق والحريات الفردية، لذا والحالة هذه نرى ضرورة الإسراع بسن هذا القانون بالشكل الذي يعزز إستقلالية المحكمة ويرسخ من دورها في الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، فضلاً عن ممارستها ما أوكل الدستور إليها من اختصاصات أخرى.

(<sup>٩</sup>) تنظر المادة (٩٣) من الدستور العراقي.

(<sup>١٠</sup>) ينظر: الموقع الإلكتروني الرسمي للسلطة القضائية الاتحادية / قرارات المحكمة الاتحادية العليا، ضمن الرابط التالي:- <http://iraqfsc.iq/ar/node/307>

cais/les-decisions/1975/74-54-dc/  
decision-n-74-54-dc-du-15-jan-  
vier-1975.7423.html&prev=  
search%3Fq%3Ddedcision%2B64-  
54dc%2Bdu%2B15janvier%2B1975%  
26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2  
RNVE\_enIQ545IQ545

(٢٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٨ ق دستورية بتاريخ ١٩٩٧/٧/٥، الجريدة الرسمية السنة ٢٩ في ١٩/٧/١٩٩٧، ص ١٦٨٥

(٢٣) ينظر في ذلك: د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٤٤ و د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط٤، مطابع السعدني، ٢٠٠٨، ص ٣١.

(٢٤) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

(٢٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٤/١/١٩٩٥ القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق دستورية، الجريدة الرسمية في ٦/٢/١٩٩٥ العدد ٧.

(٢٦) ينظر: د. زكي النجار، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٢٧) ينظر: د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ط١، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٥٨ وما يليها.

(٢٨) - لأهمية ما ذكر نعرض ما أورده تلك الاتفاقية من نصوص في المواد من ٨-١١.

### المادة الثامنة:-

١- لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته.

٢- لا يجوز للسلطة العامة ان تتعرض لممارسته هذا الحق إلا وفقا للقانون وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور او الرخاء الاقتصادي للمجتمع او حفظ النظام ومنع الجريمة او حماية الصحة العامة والأداب او حماية حقوق الآخرين وحرياتهم .

### المادة التاسعة:

١- لكل إنسان الحق في حرية التفكير والضمير والعقيدة. هذا الحق يشمل حرية تغيير الدين أو العقيدة، وحرية إعلان الدين أو العقيدة بإقامة الشعائر والتعليم والممارسة والرعاية، سواء على انفراد أو بالاجتماع مع آخرين، بصفة علنية أو في نطاق خاص.

٢- تخضع حرية الإنسان في إعلان ديانته أو عقيدته فقط للقيود المحددة في القانون والتي تكون ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصالح أمن الجمهور وحماية النظام العام والصحة والأداب أو لحماية حقوق الآخرين وحرياتهم.

### المادة العاشرة:-

١- لكل إنسان الحق في حرية التعبير. هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقى وتقديم المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة، وبصرف النظر عن الحدود الدولية. وذلك دون إخلال بحق الدولة في أن تطلب الترخيص بنشاط مؤسسات الإذاعة والتلفزيون والسينما.

٢- هذه الحريات تتضمن واجبات ومسؤوليات. لذا يجوز إخضاعها لشكليات إجرائية، وشروط، وقيود، وعقوبات محددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي، لصالح الأمن القومي، وسلامة الأراضي، وأمن الجماهير وحفظ النظام ومنع الجريمة، وحماية الصحة والأداب، واحترام حقوق الآخرين، ومنع إفشاء الأسرار، أو تدعيم السلطة وحياد القضاء.

### المادة الحادية عشر:-

١- لكل إنسان الحق في حرية الاجتماعات السلمية، وحرية تكوين الجمعيات مع آخرين، بما في ذلك حق الاشتراك في الاتحادات التجارية لحماية مصالحه.

٢- لا تخضع ممارسة هذه الحقوق لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي، وسلامة الجماهير، وحفظ النظام ومنع الجريمة

وحماية الصحة والأدب، أو حماية حقوق الآخرين وحررياتهم. ولا تمنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق.

(٢٩) - دخلت هذه الإتفاقية حيز التنفيذ في ١٩٨٧/٦/٢٦ ، وصادق العراق عليها بموجب القانون رقم ٣٠ في ٢٠٠٩/٧/١٣ الذي نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤١٢٩) في ٢٠٠٩/٧/١٣.

(٣٠) - حددت الإتفاقية كافة اشكال الاعتداء التي تدخل ضمن مفهوم التعذيب حيث نصت المادة الأولى منها على أن (١- لأغراض هذه الإتفاقية ، يقصد بـ (( التعذيب )) أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد ، جسدياً كان أم عقلياً ، يلحق عمداً بشخص ما بقصد الحصول من هذا الشخص ، أو من شخص ثالث ، على معلومات أو على اعتراف ، أو معاقبته على عمل ارتكبه او يشتبه في انه ارتكبه ، هو أو شخص ثالث أو تخويفه او إرغامه هو أو أي شخص ثالث - أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه ، أو يحرض عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية . ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها .

(٣١) - حيث أفادت بذلك المادة الرابعة من الإتفاقية بفقرتها أولاً وثانياً، والتي جاء فيها مانصه:-

١- تضمن كل دولة طرف أن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي ، وينطبق الأمر ذاته على قيام أي شخص بأية محاولة لممارسة التعذيب وعلى قيامه بأي عمل آخر يشكل تواطؤ ومشاركة في التعذيب.

٢- تجعل كل دولة طرف هذه الجرائم مستوجبة للعقاب بعقوبات مناسبة تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطيرة. فضلاً عن ذلك ألزمت المادة السادسة عشر من الإتفاقية الدول الأطراف فيها بأن تمنع أيًا من اشكال العقوبات اللاإنسانية أو القاسية أو المهينة، وذلك بأ تتعهد تلك الدول بالآتي:-

١- تتعهد كل دولة طرف بان تمنع ، في أي إقليم يخضع لولايتها القضائية حدوث أي أعمال أخرى من أعمال المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي لاتصل إلى حد التعذيب.....

لا تخل أحكام هذه الإتفاقية بأحكام أي صك دولي آخر أو قانون وطني يحظر المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة أو يتصل بتسليم المجرمين أو طردهم.

(٣٢) - هيومن رايتس ووتش ( Human Rights Watch )، هي منظمة دولية غير حكومية معنية بالدفاع عن حقوق الإنسان والدعوة لها، مقرها مدينة نيويورك. تأسست في سنة ١٩٧٨ للتحقق من أن الاتحاد السوفياتي يحترم اتفاقات هلسنكي، بنظر: الموقع الإلكتروني، الموسوعة الحرة، ويكيبيديا، ضمن الرابط التالي: [http://ar.wikipedia.org/wiki/D%80%D9%88%8A%D9%87%i/%D9%8A%D8%A7%D8%B%D8%\\_86%9A%D8%88%D9%88%D9%\\_B3%AA%D8B4%A%D8](http://ar.wikipedia.org/wiki/D%80%D9%88%8A%D9%87%i/%D9%8A%D8%A7%D8%B%D8%_86%9A%D8%88%D9%88%D9%_B3%AA%D8B4%A%D8)

(٣٣) - حيث جاء في تقرير المنظمة حول هذا القانون ((أنه بموجب القانون ٣٧ الصادر في ٢ مايو/ أيار ٢٠١٢، فإن إذاعة أخبار أو دعايات كاذبة أو مغرضة تضر بالاستعدادات الحربية للدفاع عن البلاد أو إلقاء الرعب بين الناس لإضعاف الروح المعنوية للمواطنين جريمة يُعاقب عليها بالسجن لمدة غير محددة.

وتشتمل "الدعايات" تمجيد القذافي أو نظامه أو أبنائه، و إذا أدت الدعايات أو الأخبار المعنوية إلى ضرر بالبلاد فمن الممكن الحكم على صاحبها بالسجن المؤبد.

وأضافت ويتسن أن أي شخص يفعل أي شيء يمس بثورة السابع عشر من فبراير يمكن أن يُتهم بارتكاب جريمة بموجب القانون، وأن يُسجن، موضحةً أنه يمكن نسب اتهامات لأي شخص أهان الدين الإسلامي، أو هيبه الدولة ومؤسساتها النظامية

translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1981/80-127-dc/decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html&prev=/search%3Fq%3Ddecision%2Bdc%2Bdu%2B20%2Bjanvier%2B1981%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE\_enIQ545IQ545

(٣٦) ينظر: د. عوض المر ، تقديم مجموعة إحكام المحكمة الدستورية العليا التي أصدرتها في أول يوليو في سنة ١٩٩٣ حتى يونيو ١٩٩٠ ، الجزء السادس ص ٣٧ .

(٣٧) عبد المجيد إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص ٥١٧ .  
(٣٨) ينظر: د . محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المجلد الأول ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١١٦ وما يليها .

(٣٩) ينظر: د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق ، ص ٣٦٨ .

(٤٠) تنص المادة ٦٦ على ( العقوبة الشخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون .

(٤١) تنظر المواد(٧٤-١٠٨-١٤٧- ١٤٨ ) من دستور جمهورية مصر والتي أجازت للسلطة التنفيذية اصدر اقرارات لها قوة القانون في حالة حدوث الأزمات او في الحالات الاستثنائية التي تستدعي الضرورة فيها إيكال زمام المواجهة بنصوص تشريعية الى السلطة التنفيذية.

(٤٢) نصت المادة ٦١ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أن يختص مجلس النواب بما يأتي :  
أولاً : - تشريع القوانين الاتحادية.

(٤٣) من أمثلة تلك القرارات ، القرار المرقم ١١٥ لسنة ١٩٩٤ ، الذي جاء فيه (استنادا الى احكام الفقرة أ من

والقضائية أو أهان علانية الشعب الليبي أو شعاع الدولة أو علمها .

و نوهت ويتسن إلى أن حُكم تجريم الإضرار بثورة ١٧ فبراير/شباط يستند إلى المادة ١٩٥ من قانون العقوبات الليبي المطبق حالياً، والذي تمت صياغته وإنفاذه في ظل حُكم القذافي، وهذه المادة المذكورة تحظر الإضرار بثورة القذافي، مؤكدة أنه في ظل الحكومة السابقة، كان انتقاد القذافي أو ثورة الفاتح يُعاقب عليهما بالإعدام، ودأب النظام على حبس الافراد بسبب انتقاد الحكومة، وحُكم على بعضهم بالحبس تحت طائلة المادة ١٩٥ من قانون العقوبات الليبي، مشيرة إلى أن المجلس الانتقالي مارس عملية قص ولصق لقوانين القذافي.

وقالت مجموعة من محامي حقوق الإنسان لـ هيومن رايتس ووتش أنهم سوف يطعنون على القانون رقم ٣٧ أمام المحكمة الليبية العليا، منوهة إلى أن الإعلان الدستوري المؤقت الصادر في ٣ أغسطس/أب ٢٠١١ يضم فصلاً عن حقوق الإنسان والحريات تكفل المادة ١٤ منه حرية الرأي والتعبير، وكذلك حرية التجمع.

يشار إلى أنه بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، فإنه يمكن للحكومات تقييد الحق في حرية التعبير من أجل حماية الآداب العامة على أن يتم التضييق بعد استيفاء عدد من اختبارات الضرورة والتناسب، على أن يكون هذا التضييق غير متضمن لأي تمييز على أساس الدين أو المعتقد والقانون الصادر مؤخراً فشل في هذا الاختبار المذكور)) ينظر في ذلك : الموقع الإلكتروني [http://www.anbalibya.com/198=id\\_article?php.details\\_article](http://www.anbalibya.com/198=id_article?php.details_article)

(٣٤) ينظر: د. عبد المجيد إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص ٤٨٨ وما يليها .

(٣٥) ينظر قرار المجلس الدستوري الفرنسي (١٢٧-٨٠) في ٢٠ يناير ١٩٨١ ، منشور عبر الموقع الإلكتروني للمجلس، ضمن الرابط التالي:-

<http://translate.google.iq/>

المادة الثانية والاربعين من الدستور المؤقت، قرر مجلس قيادة الثورة (المنحل) بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٩٤/٨/٢٥ ما يلي:

اولا: يعاقب بقطع صوان الاذن كل من ارتكب جريمة:

أ- التخلف عن اداء الخدمة العسكرية.

ب- الهروب من الخدمة العسكرية.

ج- ايواء المتخلف او الهارب من الخدمة العسكرية والتستر عليه.

ثانيا: يعاقب بقطع صوان الأذن الاخرى كل من عاد الى ارتكاب احدى الجرائم المنصوص عليها في البند اولا في هذا القرار.

ثالثا: توشم جبهة كل من قطع صوان اذنه بخط افقي مستقيم بطول لا يقل عن ثلاثة سنتيمترات ولا يزيد عن خمسة وبعرض ملمتر واحد.

رابعا: ينفذ قطع الصوان والتوشم وفق تعليمات يصدرها ديوان الرئاسة لهذا الغرض.

خامسا: يعاقب بالاعدام رميا بالرصاص من قبل الجهات المختصة كل من:

أ- هرب من الخدمة العسكرية ثلاث مرات.

ب- تخلف عن الخدمة العسكرية ثم هرب مرتين.

ج- اوى او تستر ثلاث مرات على متخلف او هارب من الخدمة العسكرية .... الخ

كذلك ورد في القرار المرقم ١١٧ لسنة ١٩٩٤ الذي نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٥٢٧) في (١٢/٩/١٩٩٤)، الآتي:-

اولا: أ- يمنع ازالة الوشم الذي تم نتيجة ارتكاب جريمة معاقب عليها بقطع اليد او الاذن.

ب- يعاقب كل من قام او ساعد على ازالة الوشم او اجرى عملية تجميل لليد او الاذن المقطوعة بعقوبة قطع اليد او الاذن حسب الاصول.

ثانيا: تدون عقوبة كل من عوقب بقطع اليد او الاذن

و علامة الوشم في هوية الاحوال المدنية وشهادة الجنسية ودفتر الخدمة العسكرية والوثائق الرسمية الاخرى المتعلقة باثبات الشخصية ... الخ، وفي توجهه ليس ببعيد عما ورد في القرارين سابقى الذكر، ذهب مجلس قيادة الثورة (المنحل) في قراره المرقم (٩٦) في (١٩٩٤/٧/٢٨) الذي نشر في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بعددها ذي الرقم ملحق (٣٥٢١) الصادر في (١٩٩٤/٨/١)، إلى اعتبار الجرائم المعاقب عليها بعقوبة قطع اليد أو الرجل من جرائم الجنابات، عندما نص على أن(اولا :- تعتبر الجرائم المعاقب عليها بعقوبة قطع اليد او الرجل من جرائم الجنابات ..... الخ) جدير بالذكر ان ذلك القرار ألغي بموجب القانون ذي الرقم (١٦) لسنة (٢٠١١) الذي، سنه مجلس النواب، والذي نُشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٤٢٠٤) في(١٥/٨/٢٠١١) حيث جاء في اسبابه الموجبه (لما في القرار من إنتهاك لحقوق الأئسان المنصوص عليها في الدستور العراقي، شرع هذا القانون).

(٤٤) ينظر: د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، ١٩٩٧، ص٢٦.

(٤٥) ينظر: د. جورجى شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٠، ص٢٩ و ١١٠.

(٤٦) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ ق.د في ١٩٩٧/٨/٢، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، ص١٠٨.

(٤٧) ينظر: د. عبد احمد الغفلول، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٤٨) ينظر: د. زكي النجار، فكرة الغلط البين، مرجع سابق، ص٢٢٨.

(٤٩) لتفصيل أكثر حول تطبيقات تلك الضوابط، د. عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص٥٢١ وما

والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان المدعي يدعي انه سجين سياسي وانه حكم عليه من قبل المجلس العرفي العسكري الاول في البصرة بموجب الحكم الصادر بحقه بالدعوى (٦٣/١٠٢٤) بتاريخ ١٩٦٤/٤/٥ بالحبس الشديد لمدة احد عشر شهراً مع وقف التنفيذ وفقاً للمادة (١٢/٣١) من قانون العقوبات البغدادي (الملغي) وبدلالة المادة (٤٣) من قانون الجمعيات (الملغي) لكونه احد أعضاء الحزب الشيوعي وانه مارس النشاط الحزبي بقصد الإخلال بالأمن والسلام، وعلى اثر صدور الحكم تم فصله من وظيفته ، وعند صدور قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ راجع المدعي المؤسسة لغرض شموله بالقانون المذكور وان المؤسسة أبلغته انه غير مشمول بأحكامه لان المادة (٥) من القانون المذكور تضمنت سرريان القانون على (السجين والمعتقل السياسي من العراقيين في ظل نظام البعث البائد) وهذا يشمل من تم اعتقاله او سجنه من السياسيين من العراقيين من ١٧/ تموز/١٩٦٨ ولغاية ٢٠٠٣/٤/٩ ولا تشمل من هم قبل الفترة المذكورة ، ولمخالفة هذا النص للدستور ولتعارضه وأحكام المادة (٢/أولاً/ج) والمادة (١٤) والمادة (١٦) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ طلب إلغاء المادة المذكورة لعدم دستوريتها والحكم ان يحل محلها (يسري القانون على السجين والمعتقل السياسي من العراقيين في ظل أنظمة البعث البائدة) اي طلب تبديل كلمة (نظام) ب(أنظمة) حتى تشمل ما قبل نظام البعث الذي بدا الحكم في ١٧/ تموز/١٩٦٨ ولدى التدقيق تجد المحكمة الاتحادية العليا ان نص المادة المذكورة المطلوب إلغائها وهي المادة (٥) من قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ لا يخالف نص المادة (٢/أولاً/ج) من الدستور الذي نص على (لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة

بليها ، د. عيبر حسين السيد حسين ، مرجع سابق ، ص ٢٠٧ وما يليها .

(٥٠) ينظر: د. احمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، مرجع سابق، ص ٤٦٢ وما يليها، د. عصام عفيفي عبد البصير ، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، دراسة مقارنة، في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الإسلامي ، ط ١ ، ص ٢٠٠٧ ، وما يليها .

(٥١) ينظر: د. حسنين المحمدي ، الخطر الجنائي ومواجهته ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣ ، ص ٩ - ١٤ .

(٥٢) ينظر: قرار المجلس الدستوري الفرنسي المرقم (٩٦-٣٧٧) في ١٦ يوليو ١٩٩٦ ، منشور عبر الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري ضمن الرابط التالي :-

[http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1996/96-377-dc/decision-n-96-377-dc-du-16-juillet-1996.10816.html&prev=/search%3Fq%3Dd%25C3%25A9cision%2B96-377%2Bdc%2Bdu%2B16%2Bjuillet%2B1996%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE\\_enIQ545IQ545](http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1996/96-377-dc/decision-n-96-377-dc-du-16-juillet-1996.10816.html&prev=/search%3Fq%3Dd%25C3%25A9cision%2B96-377%2Bdc%2Bdu%2B16%2Bjuillet%2B1996%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE_enIQ545IQ545)

(٥٣) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٣ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بجلسة ١٩٩٧/٢/١ ، منشور على الموقع الإلكتروني: شبكة إبراهيم عمران القانونية / ضمن الربط التالي:- (<http://ibrahimomran.com/vb/>) (showthread.php?p=٣٩٩٩٨)

(٥٤) وقد كان ذلك عندما قضت بأنه (لدى التدقيق

في الدستور) بل العكس جاء منسجماً مع نص المادة المذكورة كما ان النص المذكور لا يتعارض مع المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي) حيث انه لم يفرق بين العراقيين للأسباب الواردة في المادة الدستورية المذكورة، وإنما هو خيار تشريعي للمشرع حصره في المادة المذكورة، كذلك لا يخالف نص المادة (١٦) من الدستور التي تنص على (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك) لان ما ورد في النص المطلوب الحكم بعدم دستوريته هو خيار تشريعي للمشرع..... ينظر: القاضي جعفر ناصر حسين و فتحي الجواري : أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، لعام ٢٠١٢، المجلد الخامس، ٢٠١٣، ص ٦٩.

(٥٥) حيث جاء في قرار المحكمة ما نصه (( لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان دعوى المدعي تنحصر بطلب وكيل المدعي الحكم بإلغاء المواد (٨٤-٨١) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل، بحجة مخالفتها للفقرة ثانياً من المادة الثامنة والثلاثون من الدستور، والتي نصت على ان (( تكفل الدولة بما لا يخل بالنظام العام والأداب العامة - أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل، ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والأعلام والنشر.... الخ، واستناداً الى ذلك فان الدولة تكفل حرية التعبير وممارسة حرية الصحافة والطباعة والإعلان والأعلام والنشر المنصوص عليها في المادة (٢٨) من الدستور اذا لم تأت مخلة

بالنظام العام والأداب ، أما إذا اتت ممارسة تلك الحريات مخلة بالنظام العام والأداب فان الدولة لا تكفل تلك الحريات ، حماية للغير والمجتمع من الاعتداء عن طريق جرائم النشر المشار إليها انفاً، لذا فان ممارسته تلك الحريات المنصوص عليها في المواد (٣٨) من الدستور ، منوطاً بشرط ، هو دون الإخلال بالنظام العام والأداب ، لذا فان المواد المطلوب إلغاؤها من ٨١-٨٤ من قانون العقوبات ذي الرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، غير متعارضة مع أحكام المادة ٣٨/أولاً وثانياً من الدستور ، لذا تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني مما يستوجب ردها عليه... الخ) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (١١/اتحادية/٢٠٠٦) بتاريخ (٢٤/٨/٢٠٠٦) أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، لعام ٢٠١١ ، المجلد الرابع، من إصدارات جمعية القضاء العراقي، ٢٠١٢، ص ٣٩ وما يليها.

(٥٦) تختص المحكمة الاتحادية العليا بموجب نص الفقرة ثانياً من المادة الرابعة بالآتي:- ( الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والامور الصادرة من اية جهة تملك حق اصدارها والغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ويكون ذلك بناء على طلب من محكمة او جهة رسمية او من مدع ذي مصلحة)

(٥٧) ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٢٠/اتحادية/تميز/٢٠١١) بتاريخ (٢١/٨/٢٠١١) أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥ و ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧) من إصدارات جمعية القضاء العراقي، ص ١٤.

## المراجع

### أولاً: أكتب القانونية

١٠- د. عبد المجيد إبراهيم سليم ، السلطة التقديرية للمشرع ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٠.

١١- د. عيبر حسين السيد حسين، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

١٢- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، ط ٦، جامعة عين شمس، ١٩٩١ .

١٣- د. عصام عفيفي عبد البصير ، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها ، دراسة مقارنة، في القانون الوضعي والفقهاء الجنائي الإسلامي ، ط١، ٢٠٠٧ .

١٤- د. عوض المر ، تقديم مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا التي أصدرتها في أول يوليو في سنة ١٩٩٣ حتى يونيو ١٩٩٠ ، الجزء السادس.

١٥- د. عيد احمد الغفلول ، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع ، دراسة مقارنة ، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

١٦- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، المجلد الأول ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، بلاسنة طبع.

### ثانياً : المواقع الالكترونية:-

١- الموقع الإلكتروني: شبكة إبراهيم عمران ألقانونية / ضمن أربط ألتالي:- <http://showthread/vb/com.ibrahimomran.39998=p?php>

١- د. أحمد فتحي سرور ، الحماية الدستورية للحقوق والحريات ، ط١، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

٢- د. جورجى شفيق ساري - رقابة التناسب في نطاق القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة ٢٠٠٠ .

٣- د. حسان عبد الغني الخطيب ، القانون العام ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان ، ٢٠١٢ .

٤- د. حسنين المحمدي ، الخطر الجنائي ومواجهته، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣ .

٥- د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية ، مع مقدمه للقضاء الدستوري في فرنسا والولايات المتحدة ، ط١، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .

٦- د. رمزي الشاعر ، رقابة دستورية القوانين ، دراسة مقارنة ، دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار التيسير ، ٢٠٠٤ .

٧- د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية، منشأة دار المعارف، ١٩٩٧ .

٨- د. زكي محمد النجار ، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .

٩- د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القضاء الإداري ، ط٤، مطابع السعدني، ٢٠٠٨ .

search%3Fq%3Ddedcision%2B64-54dc%2Bdu%2B15janvier%2B1975%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE\_enIQ545IQ545

2 - [http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1981/80-127-dc/decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html&prev=/search%3Fq%3Ddecision%2Bdc%2Bdu%2B20%2Bjanvier%2B1981%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE\\_enIQ545IQ545](http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1981/80-127-dc/decision-n-80-127-dc-du-20-janvier-1981.7928.html&prev=/search%3Fq%3Ddecision%2Bdc%2Bdu%2B20%2Bjanvier%2B1981%26newwindow%3D1%26rlz%3D1C2RNVE_enIQ545IQ545)

### قرارات المحكمة الدستورية العليا المصرية

١ - حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٤/١٩٩٥/١٧ القضية رقم ١٧ لسنة ١٤ ق دستورية، الجريدة الرسمية في ١٩٩٥/٢/٦ العدد ٧.

٢ - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٨ ق دستورية بتاريخ ١٩٩٧/٧/٥، الجريدة الرسمية السنة ٢٩ في ١٩/٣/٧، ١٩٩٧ - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٨ ق.د في ١٩٩٧/٨/٢، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن.

٢- الموقع الإلكتروني لشبكة أنباء ليبيا ضمن الرابط التالي :-

[http://www.anbalibya.com/article\\_details.php?article\\_id=198](http://www.anbalibya.com/article_details.php?article_id=198)

٣- الموقع الإلكتروني، الموسوعة الحرة، ويكيبيديا، ضمن الرابط التالي:

[http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%B%D8%\\_٨٦%D9%٨٥%D9%٨٨%٨٨%D9%D9D%\\_B٣%AA%D٨%٨A%D٨%D9%A٧%D٨%١B٤%AA%D٨%D٨%٨٨%D9%٨٨%٩](http://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%B%D8%_٨٦%D9%٨٥%D9%٨٨%٨٨%D9%D9D%_B٣%AA%D٨%٨A%D٨%D9%A٧%D٨%١B٤%AA%D٨%D٨%٨٨%D9%٨٨%٩)

٤- الموقع الإلكتروني لجامعة منيسوتا مكتبة حقوق الإنسان

<http://www.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/html.Y٤-٥-Egypt-SCC>

### ثالثاً: أحكام قضائية :-

قرارات المجلس الدستوري الفرنسي المنشورة عبر الموقع الإلكتروني الرسمي للمجلس ضمن الروابط التالية :-

1 - <http://translate.google.iq/translate?hl=ar&sl=fr&u=http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html&prev=/>

## قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية

١- أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥ و ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧) من إصدارات جمعية القضاء العراقي.

٢- أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، لعام ٢٠١١، المجلد الرابع، من إصدارات جمعية القضاء العراقي، ٢٠١٢.

٣- القاضي جعفر ناصر حسين و فتحي الجواري : أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا، لعام ٢٠١٢، المجلد الخامس، ٢٠١٣.

قرارات المحكمة الاتحادية العليا العراقية المنشورة عبر الموقع الرسمي للسلطة القضائية (قرارات المحكمة الاتحادية العليا) ضمن الروابط الألكترونية التالية:-

<http://iraqfsc.iq/ar/node/307>

<http://iraqfsc.iq/ar/node/211>

## رابعاً - الإعلانات والإتفاقيات الدولية

١- إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لسنة ١٧٨٩.

٢- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٤٨.

٣- الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠.

٤- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

٥- إتفاقية مناهضة التعذيب وغيره

من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، التي اعتمدت من الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ كانون الأول ١٩٨٤.

## خامساً : الدساتير والقوانين المقارنة وأل عراقية

١- دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨.

٢- دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧٠

٣- قانون العقوبات المصري ذي الرقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

٤- قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٩٩٢.

## سادساً : الدساتير والقوانين وأل عراقية

١- دستور جمهورية العراق لسنة ١٩٧٠.

٢- قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية لسنة ٢٠٠٤.

٣- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ (ألنافذ)

٤- قانون العقوبات العراقي النافذ ذي الرقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٥- قانون المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.

# **The limits of the legislature's authority to criminalize and punish**

A comparative study

Prof. Dr. Mohammed Ali Salim \*

Dr. Mohammed Hameed Abed \*\*

## **Abstract**

In most constitutions, it is decided that the legislator should resort to the organization of rights and freedoms to criminalize and punish, but, in contrast, this must be restricted to the principle that the organization of the right does not lead to the equality of both its existence and absence, as the organization aims to protect the right and make its practice more effective.

Accordingly, siting this right in a constitution requires from the legislator to protect it and not to criminalize it, since this is the first necessity to enable the individuals to use it. Because the act cannot be described as a right and a crime at the same time.

When it is necessary to regulate a right and criminalize certain acts, that constitute a breach of the legal organization, to protect the rights of others or public order and morals, or public health or morality, it is specified that the organization does not prevent the use of the right and enjoying it, in a sense the organization of the right should not lead to waste it altogether, for if the legislator can organize everything, it cannot do everything for this organization.

---

\*Colleg of Low / Babylon University

\*\*Colleg and poltics / AL-Iraqiah University

# أحوال توزيع الاختصاص الضريبي بين السلطتين التشريعية و التنفيذية

في ظل الدستور العراقي النافذ

لسنة ٢٠٠٥

أ.د. رائد ناجي احمد \*

## المخلص

خاض في اختصاصات السلطة التنفيذية في الجوانب الضريبية و هي ، اختصاصها في اقتراح القوانين الضريبية واعداد مشاريعها كما يناط بها وحدها امر تنفيذها فضلا عن حقها في تفسير النصوص الضريبية الغامضة ، و محاولة استجلاء مراد المشرع و مقصده منها

## المقدمة

اتقد صراع تاريخي طويل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بشأن من يحوز امر تنظيم الشؤون الضريبية كان نتاج هذا الصراع حصول الكثير من الثورات الشعبية والاضطرابات السياسية في دول عديدة لاسيما الغربية منها مثل فرنسا وانكلترا رجحت في نهايته كفة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية في مسك جوانب الضريبة واطرافها فرضا وجباية وتعديلا واعفاء ووثق ذلك دستوريا بما عرف لاحقا بمبدأ قانونية الضريبة الذي يتضمن وضع عناصر الضريبة تلك بيد السلطة التشريعية حصرا .

يتنازع الشؤون الضريبية في جل دول العالم سلطتان هما : السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية مما يحتاج ذلك الى قواعد عليا تحدد اختصاص كل منهما و هو ما حاول ان يختطه المشرع الدستوري العراقي في الدستور النافذ الصادر سنة ٢٠٠٥ ، الذي اناط بالسلطة التشريعية فرض الضريبة و تعديلها و جبايتها و الاعفاء منها ، و ذلك في المادة (٢٨/اولا) و هو ما يعرف بعناصر قانونية الضريبة ، و من ثم لا يحق لهذه السلطة ان تفوض امرها الى السلطة التنفيذية . و من جانب اخر يحرم على الاخيرة اتيان اي عمل من شأنه التوغل في العناصر القانونية تلك ، و لكن بالمقابل لا يمنع هذا من ان تمارس مجالات اخرى ضمن الشؤون الضريبية و هو ما سلط عليه البحث الذي قسم على مبحثين تناول الاول اختصاص السلطة التشريعية في الشؤون الضريبية وتم تحديدها باربع هي فرض الضريبة و تعديلها و الاعفاء منها و جبايتها اما المبحث الثاني فقد

\* جامعة الانبار /كلية القانون -الفلوجة

ومنذ تأسيس الدولة العراقية وصدور أول دستور لها وهو القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥ حددت دائرة اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية في الشؤون الضريبية إلا أن مثل هذا التحديد تعرض لموجات التغيير التي أصابت النظام السياسي العراقي منذ دستور ١٩٥٨ المؤقت بحيث بقيت تتجاذب السلطتين التشريعية والتنفيذية اطراف عناصر الضريبة في ظل عدم وجود دستور دائم للدولة العراقية. الى ان صدر دستور ٢٠٠٥ النافذ الذي حاول ان يوظف مجال عمل السلطة التشريعية في الشؤون الضريبية من خلال تحديده لاختصاصاتها في الفقرة (اولا) من المادة (٢٨) منه بفرض الضريبة وتعديلها والاعفاء منها والغائها على سبيل الحصر. لكن هذا التأطير يفيد بمفهوم المخالفة امكانية تحرك السلطة التنفيذية في الشؤون الضريبية الاخرى التي لا تدخل ضمن الاختصاصات الحصرية تلك .

ولكن وعلى بالرغم من بساطة القول أعلاه ووضوحه إلا أن التعقيد يصاحبه عند انزاله على أرض الواقع كون ان القواعد الضريبية مترامية الأطراف ومتشعبة الجذور ومثلما تحتاج الى قانون ينظم عملها تحتاج ايضا الى اجهزة تنفيذية متعددة ومختلفة تعمل على تطبيقها ولذا لا عجب أن ينتج عن كل ذلك خلط وضبابية بين ما يدخل تحت ظلال الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية وما يكون ضمن دائرة اختصاص السلطة التنفيذية . لا سيما وأن هذا الخلط مبعثه إن الدستور النافذ

تتناول نصوصا تمثل مرحلة جديدة في التعامل مع النظام الضريبي تقوم على اساس تسليم الافرع الاساسية للضريبة بيد السلطة التشريعية المنتخبة من قبل الشعب مباشرة بعد أن كانت في السابق موزعة بين السلطتين التشريعية التي غابت عنها صفة التمثيل الحقيقي للشعب ،والسلطة التنفيذية التي كانت تخول تنظيم بعض الشؤون الضريبية في الحدود التي كان يسمح بها في الدساتير السابقة. ومن جانب اخر ان الكثير من ممثلي السلطة التشريعية ربما تغيب عنهم تفاصيل ما يدخل ضمن اختصاصات السلطة التشريعية في الشؤون الضريبية وجزئياتها فلا يحولوا دون اجتراح السلطة التنفيذية لدائرة الاختصاصات تلك او يمنعوا تجاوز حدودها.

لذا نرى من الانسب تحديد أحوال توزيع الاختصاصات الضريبية في ظل دستور ٢٠٠٥ النافذ بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بحيث يمكن ان تكون ضوابط عامة لما يدخل في دائرة اختصاص كل منهما وتكونان على يقين لما تملكانه من صلاحيات دستورية في هذه الشؤون .

وسوف نبسط ذلك شرحا وتفصيلا في المبحثين الآتيين نتناول في الاول مجالات اختصاص السلطة التشريعية في الشؤون الضريبية بينما نتناول في الثاني مجال اختصاص السلطة التنفيذية وعلى النحو الاتي

## المبحث لأول

### مجالات اختصاص السلطة التشريعية في الشؤون الضريبية في العراق .

لا ريب ان الاختصاص العام المنوط بالسلطة التشريعية (مجلس النواب حاليا) في ظل الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ هو تشريع القوانين الاتحادية والرقابة على اعمال السلطة التنفيذية علاوة على صلاحيات اخرى نص عليها في المادة (٦١) منه .ولا محل للخوض في هذا الموضوع هنا أو التفصيل فيه لكن ما نريد التأكيد عليه هو أن القوانين تلك تنظم شؤون مختلفة اجتماعية واقتصادية وسياسية وعلمية وعسكرية وثقافية .. الخ منح فيها المشرع الدستوري السلطة التقديرية للمشرع العادي في تنظيمها بنفسه أو يسمح للسلطة التنفيذية بان تشاركه هذا التنظيم من خلال التشريعات الفرعية التي يتسنى لها اصدارها دستوريا. لكن هذا الامر لا ينطبق على الشؤون الضريبية اذ جعل الدستور العناصر الاساسية المتعلقة بهذه الشؤون وهي فرض الضريبة وتعديلها والغاءها والاعفاء منها، او ما يطلق عليها اصطلاحا بعناصر قانونية الضريبة، بيد السلطة التشريعية وتجل ذلك في الفقرة (اولا) من المادة (٢٨) التي نصت على (لا تفرض الضرائب ..، ولا تعدل، ولا تجبى، ولا يعفى منها، الا بقانون) وبرز اثر قانوني يرتبه هذا النص هو ان المشرع الدستوري جعل تنظيم هذه الشؤون من اختصاص المشرع وحده لا يشاركه في ذلك اية سلطة او جهة. هذا من

جانب ومن جانب ثاني ان هذا الاختصاص لا يمكن تفويضه او التنازل عنه بشكل كلي او جزئي. ومن جانب ثالث لا يمكن لأية جهة ان تباشره غير السلطة التشريعية .

وبالرغم من ذلك فإن ثمة ضوابط وقيود لا بد ان تلتزم بها السلطة التشريعية وهي تنظم قانونا العناصر تلك منها ما يلي:

١- ينبغي أن لا تقوم السلطة التشريعية وهي في خضم تنظيمها للضرائب سواء تعلق الأمر برفضها أم بتعديلها أم بجبايتها أم بالإعفاء منها بسحب آثارها على الماضي أو تنظيم تطبيقها بأثر رجعي لتعارض ذلك مع النص الدستوري المتعلق بعدم رجعية القوانين الضريبية المشار إليه في الفقرة (تاسعا) من المادة (١٩) بقولها(ليس للقوانين اثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم ).

٢- أن يقتصر دور السلطة التشريعية الاتحادية في تنظيم هذه العناصر على الضرائب الاتحادية اما الضرائب المحلية فإن تنظيمها يكون من شأن السلطة التشريعية المحلية حصرا سواء تمثلت بالسلطة التشريعية للإقليم بالنسبة للأقاليم أم مجالس المحافظات بالنسبة للمحافظات غير المنتظمة بأقليم<sup>(١)</sup>.

وعليه فان أبرز ما يمكن تسليط ضوء البحث عليه بالنسبة لاختصاصات السلطة التشريعية في الشؤون الضريبية هي اختصاص السلطة تلك بكل من فرض الضريبة وتعديلها وجبايتها والاعفاء منها وسوف نوضح ذلك في المطالب الآتية:

## المطلب الأول

### اختصاص السلطة التشريعية بفرض الضريبة

بينهما، إذ الأولى جزء من الثانية وليس العكس. فالالتزامات الضريبية هي أوسع مفهوماً ودلالة على أساس إنها يمكن أن توقع على جميع من تخاطبه القواعد الضريبية بضرورة إعمال واجبات معينة كانت هذه الواجبات داخلة ضمن إطار الخضوع للضريبة مثل فرض الضريبة أم غيرها. وهذه الالتزامات قد تفرض على المكلفين الأصليين بدفع الضريبة والمتحملين قانوناً لبعثها أم غيرهم ممن يلزمهم القانون الضريبي أداء التزامات معينة نظراً للرابطة القانونية التي تربطهم بالمكلف الأصلي مثل الشخص النائب عن المكلف أو مسؤول الشركة أو مديرها أو الدوائر الرسمية الملزمة مثلاً باقتطاع الضريبة المفروضة على الغير وتوريدها إلى الخزينة العامة، أو الملزمة بعدم صرف المستحقات المالية للمكلف إلا بعد مراجعة الضريبة وتقديم براءات الذمة وغير ذلك من الأحكام التي يضعها المشرع الضريبي والتي يكون هدفها جباية الضريبة أو ضمان تحصيلها.

ولذا نرى أن المراد بفرض الضريبة هو إنشاء التزام أو عبء مالي تحت مسمى ضريبة أو ما يحمل طبيعتها على عاتق شخص معين أزاء نشاط معين يمارسه أو عمل يزاوله وسواء أكان هذا الأمر متولداً نتيجة اتفاق الدخل أم راس المال أم استهلاكه أم تداوله أم الحصول عليه. ولا غرو إن هذا التعريف ينصرف إلى الضريبة على الأموال أما إذا كانت ضريبة أشخاص فانه يراد به إنشاء التزام مالي على عاتق شخص معين متخذاً من وجوده في البلد أساساً للخضوع لهذا الالتزام. وبما أن التشريعات المقارنة في جل دول العالم قد هجرت الضرائب على الأشخاص بما فيها

يمثل فرض الضريبة الهم الأساسي الذي تقوم عليه الضريبة وهو الذي يبيت فيها روح الحياة وعلى ضوئه يمكن أن تتوالى إلى الوجود العناصر الأخرى المرتبطة بمبدأ قانونية الضريبة وهي الإغناء من الضريبة وتعديلها وإلغائها وجبايتها، فبدون الأولى لا تكون لهذه العناصر وجود أو إعمال. وإذا ما أردنا أن نغوص في جنبات هذا العنصر لا بد أن نحدد مفهومه ثم نتعرف على دلالاته الاصطلاحية في التشريع العراقي ثم المعالم الأساسية المتفرعة عنه له ويمكن توضيح ذلك بالمطالب الآتية:

## الفرع الأول

### مفهوم فرض الضريبة

أسبغ البعض على عنصر فرض الضريبة مفهوماً واسعاً بحيث ذهب إلى تعريفه بأنه فرض التزامات ضريبية يلقي عبء الامتثال لأحكامها القانونية على عاتق الشخص الذي تخاطبه قواعدها وبما ينطوي عليه من أوامر توجب القيام بعمل معين أو قواعد توجب الامتناع عن عمل معين لصالح الدولة ممثلة بالسلطة المالية. أي بمعنى آخر أن مفهوم فرض الضريبة يتعدى هنا إلى المسائل الأخرى كافة التي هي لازمة لفرض الضريبة وتوضويرة لتطبيقها.<sup>(١)</sup>

ولا نؤيد من جانبنا هذا التعريف كونه ساوياً بين فرض الضريبة والالتزامات الضريبية بالرغم من وجود بون كبير وجوهري

من امتهان لكرامة الإنسان والنيل من قيمته البشرية لذلك فإن الضرائب على الأموال لما تزل الأساس الوحيد المعول عليه في الحصول على الإيرادات الضريبية.

## الفرع الثاني

### المدلول الاصطلاحي لعنصر فرض الضريبة في التشريع العراقي

لا بد من الإشارة إلى ان دلالة عنصر فرض الضريبة يمكن ان تستقى من المصطلح الذي يستخدمه المشرع الضريبي في ثنايا القانون الضريبي للتعبير عن مفهومه . ولعل ابرز ما درج عليه المشرع العراقي في التعبير عن عنصر الفرض هذا هي المصطلحات الآتية:

#### أولاً:- مصطلح فرض الضريبة

لقد استخدم المشرع العراقي مصطلح فرض الضريبة في أكثر من موضع منها ما نص عليه في المادة الثانية من قانون ضريبة الدخل رقم ( ١١٣ ) لسنة ١٩٨٢ بقوله ( تفرض الضريبة على مصادر الدخل الآتية... ) . كما تبنى المصطلح ذاته في المادة الثالثة عشر من القانون المذكور التي نص على (فرض الضريبة على دافعها مقدرة سنويا بالنسب التالية... ) ، و نسج على المنوال ذاته في الفقرة (١) من المادة (واحد وعشرون) التي جاء فيها ( يكون الشخص غير المقيم في العراق عرضة لتقدير وفرض الضريبة ) .

#### ثانياً:- مصطلح تقدير الضريبة

استخدم المشرع العراقي مصطلح آخر يدل على معنى الفرض أو الخضوع للضريبة وهو (تقدير الضريبة ) . حيث انبرى هذا المصطلح

في اكثر من موضع في التشريعات الضريبية المختلفة من ذلك ما ورد في الفقرة (١) من المادة (الثانية) من قانون ضريبة العقار النافذ رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ التي نصت على ( تقدر قيمة الضريبة وتجبى بنسبة ١٠٪ من العائدات السنوية.. ) .

ومن جانبنا لا نرى صحة في استخدام مثل هكذا مصطلح لان مسالة تقدير الضريبة أمر لاحق لفرضها ، اذ ينبغي على المشرع ان يعمد ابتداء إلى فرض الضريبة كنص عام ثم يأتي بعد ذلك دور السلطة المالية بإنزال هذا النص العام إلى ميدان التطبيق من خلال تقدير الدخل الذي فرضت عليه الضريبة ومن ثم على ضوء هذا التقدير يتحدد مقدار الضريبة . فالتقدير إذا ملازم للدخل باعتباره وعاء الخضوع للضريبة أو محله وهو الأساس في تحديد مبلغ الضريبة.

#### ثالثاً:- مصطلح استيفاء الضريبة

لم يكتف المشرع بالمصطلحات أعلاه للتعبير عن فرض الضريبة بل ذهب إلى تبني مصطلحات أخرى ومنها استيفاء الضريبة، من ذلك ما جاء في الفقرة (٣) من المادة (الخامسة) من قانون ضريبة العقار رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ التي نصت على ( إذا تبين أن أي عقار انشأ بعد التقدير العام ولم يقدر فعلى السلطة المالية ان تطلب من اللجان المختصة تقدير إيراده السنوي وتستوفي عنه الضريبة وفقاً لأحكام هذا القانون) . كما استخدم المشرع المصطلح ذاته في قانون ضريبة العرصات رقم ( ٢٦ ) لسنة ١٩٦٢ وذلك في الفقرة (١) المادة (الثالثة) التي نصت على (... مع مراعاة أحكام المادة الرابعة من هذا القانون تستوفي عن كل عرصة ضريبة سنوية بنسبة ٢٪ من قيمتها المقدرة.. ) .

ومن جانبنا لا نعتقد بصحة استخدام هذا التعبير ايضا للاستدلال على فرض الضريبة إذ الاستيفاء متأتي من الوفاء إي طلب دفع الضريبة وهو مرتبط بعنصر جباية الضريبة أكثر من فرضها.

وصفوة القول ان المشرع العراقي لم يقف عند مصطلح معين للتعبير عن فرض الضريبة بل سلك سبل شتى في ذلك. وهو ما يحسب عليه ان استخدام مصطلحات عدة للتعبير عن مراد المشرع ومقصده يعد من العيوب الصياغية المنهي عنها لما يتركه من اثر في الاختلاف في تفسير نصوص القانون ومن ثم التباين في تطبيقه تبعا لاختلاف التفسير. هذا فضلا عما أوردناه من نقد للمصطلحين الأخيرين لأنهما - في اعتقادنا- لا يعبران بصورة حقيقية عن صورة فرض الضريبة ولا عن طبيعته. ولذا كان الأولى بالمشرع ان يكتفي بمصطلح فرض الضريبة الذي ينسجم دلالته مع قانونية الضريبة فضلا عن انسجامه مع صياغة المشرع الدستوري وبناءه اللغوي للنصوص القانونية.

### الفرع الثالث

#### المعالم الأساسية لعنصر فرض الضريبة

قد يبدو للوهلة الأولى إن فهم دلالة عنصر فرض الضريبة أمر يسير ويمكن استجلاءه بسهولة وبلا تعقيد. لكن نرى ان مثل هذا العنصر هو الأساس الذي تشاد عليه حدود السلطة التشريعية وبما لا يسمح للسلطة التنفيذية تجاوزها. ولذلك لا بد أن نضع على بساط البحث ابرز معالمه الأساسية بحيث تكون السلطة التشريعية على بينة من أمرها اين يمكن ان تمتد اذرها في

مجال فرض الضريبة، وبالمقابل تكون الصورة جلية امام السلطة التنفيذية لا يحجبها غرابل عن الحدود التي ينبغي أن تقف عندها إبان تدخلها في ميدان الضريبة. وهذه المعالم يمكن حصرها في وجهة نظرنا بست هي: تحديد وعاء الضريبة، والواقعة المنشئة للضريبة، والمكلف بالضريبة، وتحديد النطاق المكاني والزمني لفرض الضريبة، علاوة على سعر الضريبة. فهذه الجوانب هي تعبر عن مضمون عنصر فرض الضريبة والتي تدخل في حومة اختصاص السلطة التشريعية وهو ما سنوضحه بالآتي:

#### اولاً:- تحديد وعاء الضريبة

يراد بوعاء الضريبة محل الخضوع لها سواء أكان هذا المحل شخصا بالنسبة لضريبة الأشخاص أم مالا بالنسبة لضريبة الأموال<sup>(٣)</sup> وهنا لا بد من التأكيد ان المشرع وحده يملك حق اختيار المادة الخاضعة للضريبة أو وعائها، وقد لا يكتفي بفرض ضريبة واحدة على المال المتخذ وعاء لها، بل يفرض أكثر من ضريبة عليه قاصدا بذلك الازدواج الضريبي لأسباب يقدرها وحده. كما قد تتعدد الضرائب التي يقررها بتعدد الأموال والأنشطة والإعمال التي يمارسها الشخص أو يزاولها. فقد تفرض ضريبة كمركية على استيراد البضاعة أو تصديرها، وضريبة مبيعات على بيع البضاعة وتداولها، وضريبة الدخل على مبلغ الدخل الذي يحصل عليه، وضريبة عقار على قيمة إيجار العقار، وضريبة تركات على أموال الشركة وهكذا.

ولم يأل المشرع العراقي جهدا - في الغالب- في تحديد حقيقة المال الخاضع للضريبة فمثلا بالنسبة لضريبة الدخل حدد قانونها ذي

الرقم (١١٣) لسنة ١٩٨٢ وعاء الضريبة في المادة الثانية منه التي عدت مصادر الدخل الخاضع للضريبة بأرباح الأعمال التجارية أو التي لها صبغة تجارية، والصناعات أو المهن بما فيها التعهدات والالتزامات والتعويض بسبب عدم الوفاء بها إذا لم يكن مقابل خسارة لحقت المكلف، والفوائد والعمولة والقطع والأرباح الناجمة عن المتاجرة بالأسهم والسندات، وبدلات إيجار الأرض الزراعية والرواتب ورواتب التقاعد والمكافآت والأجور والمخصصات والتخصيصات وما في حكمها . كما وضع نصا عاما جعل فيه ضريبة الدخل هي ضريبة القانون العام وهذا النص فحواه خضوع أي دخل يحصل عليه الشخص للضريبة المذكورة حتى إذا لم يرد ذكره ضمن مصادر الدخل المبينة أعلاه بشرطين هما أن لا يكون خاضعا لضريبة أخرى وان لا يكون معفى بقانون. وبالتأكيد ان وضع هذين الشرطين الأساسيين لهما ما يبررهما اذ تغيا المشرع في الأول تلافي الازدواج الضريبي اما الثاني فان مقصده تجلي في عدم اصطدام عنصر فرض الضريبة مع فلسفة المشرع وغاياته في إعفاء بعض الأنشطة أو كلها من الخضوع للضريبة لأسباب يقدرها سواء اقتصادية أما اجتماعية أم سياسية أم غير ذلك .

أما بالنسبة لضريبة العقار فان القانون النافذ رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ الذي نظم أحكامها حدد وعاء الضريبة في الفقرة (١) من المادة (الثانية) بالعائدات السنوية للعقار إذ جاء فيها ( تقدر قيمة الضريبة وتجبى بنسبة ١٠٪ من العائدات السنوية لجميع الأملاك العقارية (عدا الدخل من بيع العقار). كما أوضحت ذلك الأسباب الموجبة لهذا القانون عندما حاولت ان تعقد مقارنة بينه وبين قانون الأملاك السابق

رقم (١٧) لسنة ١٩٤٠، إذ بينت هذه الأسباب بان وعاء الضريبة في ظل قانون الاملاك هو الملك، أما بالنسبة لضريبة العقار فان وعاءها هو الدخل العقاري .

وعلى المنوال ذاته نسج قانون ضريبة العرصات الذي حدد وعاء الضريبة في الفقرة (١) من المادة (الثالثة) منه التي نصت على أن (تستوفى عن كل عرصة ضريبة بنسبة ٢٪ من قيمتها المقدرة...).

وصفوة القول إن اي وعاء ضريبي يتحدد بوسيلة أخرى غير القانون، كان يكون قرارا اداريا أم حكما قضائيا أم عرفا جاريا أم غير ذلك من الأعمال التي هي ادنى مرتبة من القانون، لا يعد مشروعاً كونه يخل بمبدأ قانونية الضريبة وهذا محل اتفاق حتى في النظم القانونية المقارنة. إذ ألغى مجلس الدولة الفرنسي قرارا لائحيا يفرض على الموتفين دفع بعض الالتزامات الضريبية لان فرض هذه الالتزامات من اختصاص المشرع وحده . وفي مصر وعلى الرغم من ان المشرع يملك السلطة التقديرية في اختيار وعاء الضريبة فأن هذه السلطة تتعرض لرقابة القضاء الدستوري ومن ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية البند (١٣) من المادة الأولى من القانون رقم (١٤٧) لسنة ١٩٨٤ الذي يفرض ضريبة تنمية الموارد المالية للدولة . إذ إن هذا البند كان يفرض ضريبة على البيع بالمزاد مقدارها (٥٪) من قيمة البيع ويلزم بها البائع، وقد بنت المحكمة المذكورة عدم دستورية النص هذا كونه يخالف النصوص الدستورية التي تتعلق بحماية حق الملكية الخاصة والعدالة الاجتماعية والمساواة.<sup>(٤)</sup>

## ثانياً:- تحديد الواقعة المنشئة للضريبة

لا يكفي لخضوع شخص ما للضريبة أن يكون لديه مال خاضع لها، او بمعنى آخر ليس كل دخل يحصل عليه الشخص يكون خاضعاً لضريبة الدخل، ولا كل عقار يملكه يخضع لضريبة العقار، كما ان ليس كل عرصة يملكها تخضع لضريبة العرصات وهكذا الأمر بالنسبة لبقية الضرائب، وانما ينبغي على المشرع ان يحدد علاوة على وعاء الضريبة الواقعة المنشئة لها والتي هي المناسبة التي بتحققها يكون المال الذي يمثل الوعاء خاضعاً للضريبة<sup>(٥)</sup>. ويكاد ينعقد الإجماع فقها وقضاء وإدارة على أن دين الضريبة لا يتحدد إلا بتحقق الواقعة المنشئة لها وليس قبل ذلك ( اي بصور القانون الضريبي وتحديد وعاء الضريبة) أو بعد ذلك ( أي بصور القرار الإداري بتحديد الضريبة )<sup>(٦)</sup>.

وتعد الواقعة المنشئة للضريبة من المسائل غير القابلة للانفصال عن وعاء الضريبة، إذ لا يمكن تحديد تلكم الواقعة أو التعرض لأحوالها إلا بعد التعرف إلى هذا الوعاء والوقوف عند طبيعته. هذا من جانب ومن جانب آخر أن تحديدها يحتل أهمية من حيث تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق بالنسبة للسعر وتحديد بداية سريان مدة التقادم وتعيين القانون الواجب التطبيق من حيث مكان وزمان تقدير الضريبة ثم تحديد مقدارها<sup>(٧)</sup>. ولذا ينبغي أن يحدد المشرع وحده الشروط القانونية اللازمة لتحقق الواقعة المنشئة للضريبة. ولا يجوز أن يترك هذا الأمر للسلطة التنفيذية أو القضائية والا جانب مبدأ قانونية الضريبة وتنازل عما لا يملكه من سلطات إلى الغير على أساس ان الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض.

وقد حاول المشرع العراقي أن يسير على هدى هذا الأمر من خلال تحديده للواقعة المنشئة للضريبة في أكثر من موضع من ذلك ما ورد في قانون ضريبة الدخل النافذ الذي حدد وعاء الضريبة عند تعريفه للدخل بقوله هو ( الإيراد الصافي للمكلف الذي حصل عليه من المصادر المبينة في المادة الثانية من هذا القانون )<sup>(٨)</sup>. أي أن الواقعة المنشئة للضريبة متمثلة هنا بحصول الشخص على أي إيراد صافي، ومن ثم فإنه لو تولد دخل لشخص محملاً بخسائر أو تكاليف تفوق أرباحه الصافية لا تستحق الضريبة عليه. كما ان إنفاق الشخص للدخل بشرائه مال معين لا يعد واقعة منشئة للضريبة، لان الواقعة هنا التي ينشأ فيها دين ضريبة الدخل هي الحصول عليه فحسب كما بين النص أعلاه وليس إنفاقه. وهو ما أشارت اليه اللجنة الاستثنائية الثالثة في احدي قراراتها في خضم نظرها في طعن اثير امامها تتضمن حيثياته قيام السلطة المالية بإصدار قرار يفيد بفرض ضريبة على احد المكلفين عن واقعة شراء الساحبات والسيارات مستندة في ذلك الى ما قررته ضوابطها لسنة ١٩٩٩ التقديرية في هذا الصدد. إذ لغت اللجنة المذكورة قرار السلطة المالية هذا بدعوى أنه يفتقد إلى السند القانوني على أساس أن الضريبة تفرض على واقعة البيع وليس الشراء<sup>(٩)</sup>.

وكذا الحال في قانون ضريبة العقار النافذ الذي حدد فيه المشرع الواقعة المنشئة للضريبة بامتلاك الشخص للعقار أو توليه الوقف عليه أو وضع اليد عليه على أن يكون في العراق، إذ بخلاف ذلك لا تستحق الضريبة على العقار<sup>(١٠)</sup>.

١- أن تكون بشكل ارض واقعة ضمن حدود أمانة بغداد والبلديات في مراكز المحافظات والاقضية والنواحي ومن ثم لو كان للشخص عرصه خارج هذه الحدود كأن تكون في القرى أو الأرياف فأنها لا تستحق عنها الضريبة .

٢- أن لا يكون مشيدا عليها بناء صالح لأغراض السكن أو لأي غرض من أغراض الاستثمار أو لم تكن مستغلة استغلالا اقتصاديا. ومن الجلي القول ان العرصه التي يشيد عليها بناء صالح للسكن أو لأي غرض من أغراض الاستثمار أو كانت مستغلة استغلالا اقتصاديا فأنها لا تستحق عنها ضريبة العرصات. ولكن بالمقابل هي تفرض عليها ضريبة العقار كون هذه الأنشطة تكون داخلة ضمن وعاء ضريبة العقار كما اسلفنا.

اما بالنسبة للواقعة المنشئة للضريبة بالنسبة لضريبة انتقال العقار فهي نقل الملكية أو حق التصرف من شخص إلى آخر بأي وسيلة من وسائل الملكية التي حددها المشرع على سبيل المثال وهنا نعارض قرار اللجنة الفنية رقم(٦) في ٢٥/٥/٢٠١٠ الذي افادت به عدم خضوع معاملة تسجيل الوقف لهذه الضريبة بذريعة ان المشرع حدد المعاملات الناقلة للملكية والخاضعة للضريبة على سبيل الحصر وليس من بينها تسجيل الوقف وانما تصفية الوقف<sup>(١٧)</sup> ونقول ردا على ذلك إن المشرع لم يخضع المعاملة هذه بالأصل للضريبة وانما اخضع واقعة نقل الملكية أو كسب حق التصرف او نقله باي وسيلة من وسائل نقل الملكية او كسب حق التصرف التي بينها على سبيل المثال بقوله (... عند نقل الملكية او حق التصرف باي وسيلة من وسائل

وقد يتبادر إلى الذهن ان المشرع العراقي لا يفرض ضريبة العقار الا على بدل الإيجار المتحقق عن العقار الذي يملكه المكلف ومن ثم فأن وعاء الضريبة هنا - كما يشير إلى الكثير من الفقه العراقي- هو ايراد العقار<sup>(١١)</sup>. لكن نعتقد إن نصوص كثيرة توحى بأن الأساس هو خضوع اي عقار يملكه الشخص لضريبة العقار اي تستحق هذه الضريبة على اي عقار يملكه لكن لا تفرض على قيمته السوقية أو الرأسمالية وإنما على بدل إيجاره الفعلي أو المقدر<sup>(١٢)</sup> (أي ثماره). ودلالة ذلك إن المشرع مثلا جعل دار السكنى معفية من الضريبة<sup>(١٣)</sup>. أي أن الأساس هو خضوع دار السكنى للضريبة على الرغم من عدم تصور قيام الشخص بتأجيرها لنفسه وتولد ايراد عنها، ولكن المشرع لأسباب اجتماعية أعفاها من هذا الخضوع . فضلا عن كل ذلك بين المشرع ان العقار إذا لم يكن مؤجرا تقوم لجنة التقدير بتقدير ايراده وفق اسس معينة وتحديد الضريبة على صاحبه<sup>(١٤)</sup>. لا بل إن المشرع أوضح كيفية فرض الضريبة وجبايتها حتى إذا كان العقار خاليا كما حدد وسيلة جباية الضريبة وهي قيام السلطة المالية بإيجار العقار واستيفاء دين الضريبة مباشرة من المستأجر.<sup>(١٥)</sup>

اما ضريبة العرصات فان المشرع حدد الشرائط القانونية العامة اللازمة لنشوء دين هذه الضريبة أو تولد الواقعة المنشئة لها وهي امتلاك الشخص للعرصة أو امتلاك حق منفعتها كأن تكون مفوضة بالتسجيل العقاري أو ممنوحة باللزامة أو مستأجرة إجارة طويلة أو واضع اليد عليها أو متولي الوقف بشرط أن يتحقق في العرصه شروط حددها وهي<sup>(١٦)</sup>:

نقل الملكية او كسب حق التصرف او نقله، كالبيع والمقايضة والمصالحة والتنازل والهبة وازالة الشيوخ وتصفية الوقف او المساطحة... (١٨) ولذلك إذا كان يترتب على تسجيل الوقف نقل الملكية يكون التصرف سبباً في حصول الواقعة المنشئة للضريبة التي يتولد بسببها دين الضريبة.

وفي ظل ضريبة التسجيل والتي يسميها المشرع خطأ برسوم التسجيل فان الواقعة المنشئة لها هي واقعة تسجيل الحقوق العينية الاصلية ومنها حق الملكية أو الحقوق العينية التبعية الواردة على العقار بحسب ما ورد في المادة (١٠٥) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ والمادة (٤٦) من قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ النافذ. (١٩)

### ثالثاً:- تحديد المكلف بالضريبة

إن اختيار المادة الخاضعة للضريبة يستلزم بالضرورة تحديد المكلف بدفعها أي من توافرت فيه القدرة المالية التي تجعل الواقعة المنشئة للضريبة متحققة بالنسبة له سواء عن تصرف قام به أم مال امتلكه أم نشاط زاوله أم غير ذلك . إذ إن هذه الواقعة لا تتحقق حسب ما يراه بعض الفقه (٢٠) إلا بتوافر عنصرين: الأول مادي والمتمثل بالمال الخاضع للضريبة أي وعاء الضريبة، والثاني شخصي متمثل بوجود علاقة مباشرة بين هذا المال وشخص معين كعلاقة الملكية القائمة بين الشخص صاحب العقار الخاضع لضريبة العقار وإيراده المتحقق عنه.

ولعل أن ثمة مسألة جديرة بالذكر وهي إنه وإن كانت الضرائب المعول عليها اليوم

في تمويل الخزانة العامة هي ضرائب الأموال التي تعنى بالمال كوعاء خاضع للضريبة دون الشخص إلا أن هذا المال لا بد أن ينسب إلى الشخص وهو المكلف الخاضع لها والمسؤول أصلاً عن دفعها. ولذلك ولكي تتحقق قاعدة اليقين الضريبي في التشريع الضريبي وبغية عدم مسائلة أي شخص ضريبياً إلا على أمواله وتصرفاته ركنت جل التشريعات الضريبية إلى تحديد الأشخاص المكلفين بالضريبة وعلى وجه التحديد بالنسبة للضرائب المباشرة على أساس أن ما يميز هذه الأخيرة عن الضرائب غير المباشرة هو أن تحديد الضريبة فيها أو ربطها يتم بموجب قرارات إدارية يسمي فيها الشخص الخاضع للضريبة بالأصل (٢١). أو بمعنى آخر ان هذا الفرض يتم وفقاً لقوائم معدة سلفاً بأسماء المكلفين بالضريبة والأموال الخاضعة لها بحيث تعرف الإدارة الضريبية مسبقاً من هم المكلفون بالضريبة، ويتجلى ذلك في دوائر الضريبة في العراق بالاحتفاظ بأضابير للمكلفين بالضريبة ومصادر دخولهم وعناوينهم وغير ذلك من تفاصيل بخلاف الضرائب غير المباشرة التي تهتم بالوقائع التي تحدث لولادة دين الضريبة أو نشوئه (٢٢) وبناء عليه لا يجوز ان ينقل عبء الالتزام بالخضوع للضريبة إلى شخص آخر غير ما حدده المشرع إلا إذا سمح الأخير بذلك. علاوة على ذلك ان المشرع قد يحرم صراحة أي اتفاق يقضي بالتحويل القانوني للالتزام الضريبي إلى شخص آخر.

وبناء عليه نرى ان بعض القرارات التي صدرت عن السلطة التنفيذية فيها مجانية للأحكام اعلاه مما يحيلها إلى قرارات فاقدة للمشروعية ومن ذلك قرار مجلس الوزراء رقم (٩) في ٢٠٠٩/١١/١٧ الذي نص على (

أولاً – تتحمل وزارة النقل الضرائب والرسوم المتحققة عن تنفيذ الشركات للعقود المشار إليها في كتاب الوزارة... وصرحها من تخصيصات المنشآت العامة للطيران المدني بالتنسيق مع وزارة المالية). فهذا القرار فيه تجاوز صريح على اختصاص السلطة التشريعية إذ أنه من جانب الزم جهة حكومية بتحمل عبء الضريبة المترتبة على أعمال الغير مما خالف بشكل الصريح النصوص الواردة في قوانين ضريبة الدخل وضريبة اعمار العراق والضرائب الكمركية وغيرها من الضرائب والتي أفادت بإعفاء الدوائر الحكومية من الضرائب في مختلف الأنشطة التي تباشرها . كما أنها وجدت مكلفاً غير المكلف القانوني الذي توافرت فيه الشروط القانونية التي حددها المشرع للخضوع وهو ما يشكل مجانية صريحة لأحكام الدستور.

ولكن يتبادر إلى الذهن أنه في حالات كثيرة يتحمل شخص آخر عبء الضريبة إذا ما توافرت ظروف اقتصادية استطاع من خلالها المكلف نقل هذا العبء إلى شخص آخر كان يكون المستورد الذي ينقل عبء الضريبة إلى التاجر. نقول أن تحقق مثل هذه الحالة لا يعني تنصل المكلف قانوناً عن أداء الضريبة بل على العكس هو يبقى ملزماً بالدفع لكن ما يدفعه يمكن أن يسترجعه برفع أسعار البضاعة وتضمينها مبلغ الضريبة . بمعنى آخر لا يمس جوهر عنصر فرض الضريبة من الناحية القانونية على أساس إن الضريبة تستوفي من المكلف القانوني في كل الأحوال.

وذهبت بعض التشريعات الضريبية العراقية لاسيما المعنية منها بالضرائب المباشرة الى الاهتمام بالشخص الخاضع

للضريبة إذ لم تنفك هذه الى تعريف المكلف بأنه الشخص الخاضع للضريبة سواء تمثل ذلك بضريبة الدخل أم ضريبة العقار أم ضريبة العرصات. فضلاً عن غوص بعض القوانين في تحديد الأشخاص الخاضعين للضريبة على وجه التفصيل ومن بينها قانون ضريبة الدخل الذي بين بأن المكلف بدفع الضريبة قد يكون شخصاً طبيعياً أم معنوياً<sup>(٢٣)</sup> وأوضح أنواع الشركات الخاضعة للضريبة<sup>(٢٤)</sup> وكيفية احتساب الضريبة عليها<sup>(٢٥)</sup> كما مايز بينها وبين المشاركات<sup>(٢٦)</sup> وغير ذلك من أحكام .

أما قانون ضريبة العقار فإنه حدد صاحب العقار الذي يخضع لضريبة العقار على وجه الحصر بالمالك أو واضع اليد أو متولي الوقف<sup>(٢٧)</sup>. في حين بين قانون ضريبة العرصات بأن الشخص المكلف بالضريبة هو مالك العرصة أو المفوضة له بالتسجيل العقاري أو صاحب حق اللزامة فيها أو مستأجرها بالإجارة الطويلة أو واضع اليد عليها أو متولي الوقف<sup>(٢٨)</sup>

ومن مقارنة النصين الواردين في كل من قانون ضريبة العقار وقانون ضريبة العرصات نجد أن الأول اكتفى بتحديد صاحب العقار الذي يخضع لضريبة العقار بمالك العقار أو متولي الوقف أو واضع اليد ولم يشمل بحكمه مستأجر العقار إجارة طويلة أو المفوضة له بالتسجيل العقاري أو الممنوح له باللزامة كما هو الحال في الثاني. وطالما ان المشرع هو الذي يملك وحده تحديد الأشخاص الخاضعين للضريبة لذلك لا ينبغي باعتقادنا للسلطة المالية شمول هؤلاء بضريبة العقار، حتى وان كان المنطق القانوني يسمح بذلك على أساس أن الشروط والأحكام العامة تنطبق عليهم، ومن ثم فإن

شمولهم بأحكام ضريبة العقار بقرارات ادارية يعد تجاوزا لاختصاص السلطة التشريعية ومخالفة لمبدأ قانونية الضريبة ولذلك يجب على المشرع أن يتدخل وحده لشمول هؤلاء بالضريبة المذكورة. ومع ذلك فإن الفقرة (١) من المادة (العاشرة) أشارت إلى إمكانية فرض الضريبة على صاحب الإجارة الطويلة.

ويثور التساؤل هل يجوز تحميل شخص آخر غير المكلف قانونا بالضريبة بدون سند قانوني؟

نقول أن المشرع قد يستوجب أحيانا عدم دفع الضريبة إلا من قبل من يخضع لها قانونا من خلال تحريمه اي اتفاق يناقض ذلك ولهذا لا يمكن في ظل هكذا نص تحميل اي شخص عبء فرض الضريبة إزاء شخص آخر. ولكن بالمقابل إذا لم ينص المشرع على مثل هذا التحريم فإن بعض الفقه<sup>(٢٩)</sup> قالوا بجواز حصول اتفاق بين المكلف وغيره على تحميل هذا الأخير عبء الضريبة ومع ذلك فإنه في كل الأحوال لا يسري مثل هكذا اتفاق إزاء السلطة المالية على أساس أن دين الضريبة من الديون الممتازة ومن ثم لا يجوز تطبيق قواعد حوالة الدين المعمول بها في القانون المدني عليه كون ذلك يخل بضمانات جباية الضريبة وينال من الزاميتها. وبالرغم من ذلك فإن المشرع قد يلزم صراحة شخص آخر بدفع الضريبة المترتبة على غيره، أي تكون حوالة الدين في هذه الحالة قانونية وملزمة. مع التذكير في هذا المقام ان الضريبة تربط هنا باسم المكلف قانونا اي عنصر الفرض يتحقق بالنسبة له فقط لكن وتسهيلا لجباية الضريبة وانتظامها بدون اي عبء أو تكاليف إضافية يمكن ان تتحملها

خزينة الدولة، واتساقا مع قاعدة الاقتصاد قد يلزم المشرع غير المكلف باستقطاع الضريبة المفروضة على أموال الأخير وتوريدها إلى السلطة المالية وهذا الأمر يرتبط بعنصر جباية الضريبة أو دفعها وليس بالخضوع لها أو فرضها. وفي هذه الحالة تكون أمام شخصين الأول هو الملزم بالضريبة أصلا والخاضع لها على أساس ان الواقعة المنشئة للضريبة تحققت بالنسبة له دون غيره. اما الثاني فهو المسؤول عن توريدها إلى السلطة المالية. ونجد في التشريعات الضريبية العراقية أمثلة كثيرة على هذا، ومن ذلك ما انطوى عليه قانون ضريبة الدخل من إلزام المستخدم أو رب العمل باستقطاع الضريبة المفروضة على المستخدمين<sup>(٣٠)</sup>، او إلزام النائب عن غيره بتأدية الضريبة المستحقة عن المكلف لا سيما إذا كان خارج العراق.<sup>(٣١)</sup>

أما بالنسبة لقانون ضريبة العقار فإن المشرع حدد المكلف بدفع الضريبة في الفقرة (١) من المادة العاشرة منه كما اوضحنا سابقا والذي قد يكون الملزم قانونا بدفعها أصلا وهو صاحب العقار أو متولي الوقف او واضع اليد أو قد يكون شاغل العقار أو احد شركائه في العقار على أن يحق لهذا الشريك الرجوع على الشركاء انفسهم باستيفاء ما دفعه عن شركائه من ضريبة<sup>(٣٢)</sup>. ولنا ملاحظة على المادة المذكورة أعلاه وهي إنها نصت على أن (١) - تفرض الضريبة على صاحب العقار أو على صاحب الإجارة الطويلة وفي حالة عدم وجودهما فعلى الشاغل) فهنا المشرع خلط بين قواعد فرض الضريبة وجبايتها، إذ إن الضريبة لا بد ان تفرض حصرا على المكلف الذي حدده

نيابة عن غيره ومن قبيل ذلك تزويد السلطة المالية بمعلومات معينة متعلقة بالمكلف أو التعرف منه على أماكن نشاطه وغيرها.

وبعد كل ما قلناه يثور التساؤل ماذا لو لم يحدد التشريع الضريبي الأشخاص المكلفين بالضريبة؟ فهل يعني ذلك عدم إمكانية فرض الضريبة أو تطبيقها؟

نقول للإجابة عن ذلك انه في بعض الأحيان قد يترك المشرع فعلا هذا الأمر دون تحديد وهذا ما نجده بصورة صريحة في ضريبة الإنتاج أو ما تسمى برسوم الإنتاج في التشريع العراقي لاسيما رسوم إنتاج النفط<sup>(٣٣)</sup> إذ لا يحدد المشرع سوى النشاط أو الوعاء الخاضع للضريبة أو الواقعة المنشئة لها. ونعتقد ان الضرائب غير المباشرة عادة لا تهتم بالشخص الخاضع للضريبة بقدر اهتمامها المال الذي يخضع لها ولذلك يميز الفقه بين الضرائب المباشرة وغير المباشرة بان الأخيرة لا يصدر بها أورد اسمية أو قرارات باسم المكلف بالذات كما سبق ونوهنا بل تفرض على من كان المال أو النشاط في عهده ومن ثم لا تتحدث هذه الضرائب عن الملتزم بالضريبة بل تهتم بالحوادث والوقائع العرضية التي ينشأ بسببها دين الضريبة. ولذلك يذهب الرأي في هذه الحالة الى أن الشخص الملتزم بالضريبة هو الذي تتوفر عنده القدرة المالية التي اتخذها المشرع أساسا لفرض الضريبة ومن ثم فان الملتزم أصلا بضريبة الإنتاج هو من مارس النشاط الذي أخضعه المشرع للضريبة حتى وان لم يجر ذكره على لسان المشرع كون ان ممارسة هذا النشاط وفق الأحوال التي ذكرها المشرع تعبر عن قدرته المالية مما يستوجب إلزامه بالضريبة قانونا<sup>(٣٤)</sup>.

القانون وهو في هذا المقام مالك العقار أو متولي الوقف أو واضع اليد. أما بالنسبة لدفع الضريبة فيمكن تكليف شخصا آخر على علاقة بالمكلف قانونا وإلزامه بأدائها نيابة عنه، ومن ثم فإنه من غير المنطقي ان تفرض الضريبة على شاغل العقار كأن يكون مستأجرا للعقار وإنما تفرض على المؤجر ويصدر القرار باسمه حتى إذا لم يكن موجودا في داخل العراق. ولكن يسأل عن دفع الضريبة المستحقة على مبلغ الإيجار شاغل العقار إلا إذا افترضنا إن شاغل العقار هو واضع اليد ففي هذه الحالة يتحقق عنصر فرض الضريبة بالنسبة له لأن واضع اليد جعله المشرع من بين الأشخاص الخاضعين للضريبة صراحة كما أسلفنا.

**ونخلص من كل ذلك ان المشرع وحده يملك حق تحديد الأشخاص الخاضعين للضريبة أو الملزمين بها أصلا وهو أمر مرتبط بعنصر فرض الضريبة. كما أنه يملك من جانب آخر إلزام غير المكلف الأصلي باستقطاع الضريبة المترتبة على نشاط الأخير ودفعها إلى السلطة المالية نيابة عنه لكن هذا الأمر مرتبط بعنصر جباية الضريبة وهو من صميم اختصاص السلطة التشريعية ولا يمكن تفويضه إلى السلطة التنفيذية، والا ستقوم الأخيرة بوضع التزامات مالية أو فرض جبايات ضريبية بشكل اجتهادي على أي شخص حتى وإن لم يكن مسؤولا عنها قانونيا وهو ما يصطدم مع قانونية جباية الضريبة. ومع ذلك فإننا لا نرى ضير من قيام السلطة التنفيذية بفرض أي التزامات أخرى على غير المكلف تسهل من إجراءات فرض الضريبة أو تيسر عملية تحصيلها طالما لا يترتب عليها تحميله بأي عبء ضريبي يؤديه**

## رابعاً:- بيان مكان فرض الضريبة

ويراد به النطاق المكاني الذي يعتد به أساساً لفرض الضريبة وينفرد المشرع وحده بتحديد مكان فرض الضريبة وقد يربط هذا المكان بموطن المال الذي اختاره للخضوع للضريبة أي وعاء الضريبة، أو بالشخص الذي يعود إليه وهذا بالتأكيد ينصرف إلى ضريبة الأموال. أما إذا كانت ضريبة أشخاص فإن مكان فرض الضريبة يرتبط بتواجد الشخص في الدولة أو في جزء من إقليمها الذي يخضع بسبب تواجده فيه للضريبة. ولذلك ليس من الصواب ترك أمر تحديد مكان فرض الضريبة للسلطة التنفيذية لأن هذا التحديد على صلة وثقى بمدى خضوع شخص ما للضريبة من عدمه. إذ إن هذا الخضوع يتوقف بالأساس على توافر الأثر المكانية التي حددها المشرع. فلو أن المشرع مثلاً فرض الضريبة على النشاط بالاستناد إلى معيار الإقليمية فإن ذلك يعني بالنتيجة أن الأنشطة المتحققة في داخل البلد تخضع للضريبة أما خارجها فلا تشمل بهذا الخضوع وإن توفرت فيها الشروط القانونية الأخرى.

ونلاحظ إن التشريعات الضريبية العراقية ذهبت كلها إلى تحديد مكان الخضوع للضريبة بشكل صريح وواضح لكي توصل أي باب يمكن أن تنفذ من خلاله السلطة التنفيذية. ولكن هذا المكان استند إلى معايير مختلفة بحسب خصوصية كل ضريبة وطبيعتها. إذ أخذ المشرع في ضريبة الدخل بمعايير ثلاث

هي التبعية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وهو ما تبناه في المادة الخامسة منه التي نصت على أنه (١- تفرض الضريبة على دخل الشخص المقيم العراقي الذي يحصل عليه في العراق أو خارجه بصرف النظر عن محل تسلمه. ٢- تفرض الضريبة على دخل غير المقيم الناجم في العراق وإن لم يتسلمه فيه. ٣- لا تفرض الضريبة على الدخل الناجم خارج العراق للأشخاص غير العراقيين المقيمين في العراق). بينما اكتفى قانون ضريبة العقار بمعيار واحد وهو معيار التبعية الاقتصادية أو الإقليمية إذ فرض الضريبة فقط على العقارات التي تتواجد في العراق وتجلّى ذلك عند تعريفه دخل المكلف بأنه ( مجموع الإيراد السنوي الناجم عن العقارات و العرصات التي يملكها في العراق .. )<sup>(٣٥)</sup>. ونسج على المذهب ذاته قانون ضريبة العرصات عندما أخذ أيضاً بمعيار الإقليمية في فرض الضريبة لكن كان أكثر تضييقاً في تحديده للنطاق المكاني وبتضح ذلك عندما عرف العرصة بأنها ( الأرض الواقعة ضمن حدود أمانة بغداد والبلديات في مراكز المحافظات والأقضية والنواحي )<sup>(٣٦)</sup>. وهذا يعني إن العرصات التي يملكها الشخص خارج العراق لا تخضع لهذه الضريبة حتى لو كان عراقياً ومقيماً في العراق كما أن تلك التي يملكها داخل العراق ولكن خارج حدود أمانة بغداد ومراكز المحافظات والأقضية والنواحي لا تخضع للضريبة أيضاً.

يفرضان اعباء مالية اضافية تجعل المكلف تحت طائلة الازدواج الضريبي لاسيما لمن تباين محل نشاطه مع محل اقامته او اختلفت جنسيته مع جنسية البلد الذي يتواجد فيه هذا النشاط. فاذا ما اخضع الشخص للضريبة عن اموال حققها خارج البلد لمجرد انه مقيم فيه أو له موطن فيه أو لمجرد انه يحمل جنسية هذا البلد فان هذا سيلزمه بدفع ضريبة معينة فضلا عن الضريبة التي تفرضها الدولة التي تحقق المال فيها. هذا من جانب ومن جانب آخر إن جُلّ التشريعات الضريبية المقارنة اعتادت على اعتماد المعيار الاقليمي كأساس عند الخضوع للضريبة، إذ طالما أن الدخل أو النشاط ولد على ارض دولة ما، فإن هذه الولادة كان لها دور فيها من خلال توفير الحماية للشخص صاحب التصرف أو امواله أو توفير الظروف المستقرة والأمنة لتحقيقه ومن ثم ينبغي أن يكون لها نصيبا من الفائدة التي تحققت له من هذا النشاط أو ذلك الدخل ويتحلل هذا النصيب بشكل ضريبة. ومن جانب ثالث فان الدولة لا تعبر عن سيادتها بشكل صريح ولا ينازعها به أحد الا بالنسبة للأموال المتحققة على ارضها إذ تضمن بذلك الحصول على الضرائب التي تقررها بيسر وسهولة من خلال اتباع الوسائل القانونية التي تراها مناسبة.

ومن البديهي القول أنه بمجرد وجود وعاء الضريبة ضمن الاطار المكاني الذي حدده المشرع وتحققت الواقعة المنشئة لها فان الشخص يكون خاضعا لها بغض النظر عن إمكانية تحصيل مبلغها أم لا، لاسيما إذا ما كان هذا الشخص موجودا خارج الدولة. إذ بالتأكيد ان سيادة الدولة تنتهي عند حدود الدولة الأخرى ومن ثم فإن تفعيل اجراءات تحصيل الضريبة تكاد تكون مستحيلة خارج حدود الدولة إلا إذا وجدت اتفاقيات بهذا الشأن تزيل هذه العوائق أو تقلل من قيودها.

ويتبادر سؤال ماذا لو أن المشرع غفل عن تحديد مكان فرض الضريبة فهل يحق السلطة التنفيذية ان تعالج هذا الفراغ الضريبي وتعمل على وضع قواعد تحدد بها هذا المكان؟

في رايانا انه لا يمكن أن تمنح السلطة التنفيذية هذه المكنة لأنه بتحديد لها لمكان فرض الضريبة فإنها سوف تحدد من ستفرض عليه الضريبة ومن لا تفرض، إن الخضوع للضريبة يرتبط كما اسلفنا بالنطاق المكاني، وهذا ما لا تملكه السلطة المذكورة استنادا إلى قانونية الضريبة. ولذلك نرى إن العلاج الاسلم لهذا الأمر هو أن تطبق الضريبة بالركون الى معيار مكان المال أو النشاط الخاضع للضريبة أي باتباع معيار الإقليمية ولا يمكن اللجوء إلى المعايير الأخرى سواء معيار التبعية السياسية أم الاجتماعية، لان هذين الأخيرين

## خامسا:- تحديد زمان فرض الضريبة

أو بعد مرور فترة زمنية معينة كما يملك ان يجعل تطبيق هذا القانون مؤقتا ينتهي بمرور امد زمني يحدده بشكل صريح . ومن ثم فإن هذه المسألة لا ينبغي ان تترك للسلطة التنفيذية ولا تملك السلطة التشريعية التنازل عنها .

وبالمقابل لا يجوز للسلطة التنفيذية ان تتدخل في تحديد زمان تطبيق القانون الضريبي بأي شكل من الأشكال والإشابة عملها عدم الدستورية ويجد ذلك تبريره في أنه لو منحت مثل هذه المكنة لذهبت إلى التحكم بقواعد الخضوع للضريبة أو الإعفاء منها بمجرد تطبيق أحكام القانون الضريبي قبل الفترة التي حددها المشرع الضريبي لسريان هذا القانون أو بعد انتهاء وقت سريانه وهو ما يجانب قانونية الضريبة.

**ونخلص من كل ذلك إن القانون الضريبي يسري باثر مباشر من التاريخ الذي حدده ومن ثم لا يمكن سريانه على الوقائع القانونية أو الانشطة التي تحققت في ظل القانون السابق.**

**٢- الفترة التي تطبق فيها الضريبة المفروضة**  
ويراد بهذه الفترة هي التي تتحدد فيه الضريبة على المكلف أو كما يطلق عليها في بعض التشريعات الضريبية بالفترة التي تربط بها الضريبة عليه. وتختلف هذه الفترة باختلاف نوع الضريبة مباشرة هي أم غير مباشرة. إذ إن في الغالب ما تتحدد الضرائب المباشرة على المكلف بعد مرور فترة زمنية معينة. اما بالنسبة للضرائب غير المباشرة فهي غالبا ما تتحدد في لحظة معينة وهذا الاختلاف نرجعه إلى اختلاف ظروف الواقعة المنشئة للضريبة. ولتوضيح ذلك نقول جل الضرائب المباشرة لا يمكن الوصول فيها الى القدرة المالية الحقيقية للمكلف والتي

يراد بزمان فرض الضريبة الوقت الذي تعد فيه الضريبة سارية ازاء النشاط او التصرف أو الدخل الذي اخضعه المشرع للضريبة والراجح انه يرتبط بالواقعة المنشئة للضريبة على أساس أن دين الضريبة يولد بتحقق هذه الواقعة كما إن المركز الضريبي المتحقق للمكلف مرتبط بها ايضا<sup>(٣٧)</sup>. وفي اعتقادنا إن هذا الأمر تحكمه مسالتان مهمتان الأولى هي تحديد الفترة التي تسري فيها الضريبة وهي تتضمن نصوص فرض الضريبة أو إنشاؤها والثانية هي الفترة التي تطبق فيها الضريبة ويمكن توضيحهما حسب الاتي:

### ١- الفترة التي تسري فيها الضريبة المفروضة

عادة ما يحدد القانون الضريبي الفترة الزمنية لسريان الضريبة سواء بدايتها أم نهايتها على أنه ثمة قيد دستوري ينبغي ان يلتزم به المشرع العراقي يتمثل بعدم جواز تضمين النصوص الضريبية ما يفيد تطبيق أحكامها بأثر رجعي كما سبق ووضحنا وهذا ما نص عليه الدستور النافذ صراحة بقوله (ليس للقوانين اثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم)<sup>(٣٨)</sup>.

إذا كان المشرع يملك وحده الحق في تحديد زمان فرض الضريبة فإن هذا التحديد لا ينبغي أن يتضمن ما يفيد بسحب اثار القانون الضريبي على الماضي والا خالف بذلك القيد الدستوري ويكون عمل السلطة التشريعية هنا معيبا لتجاوزه على قواعد الاختصاص الدستوري. وفيما عدا ذلك فإن المشرع يملك وبحرية تامة تطبيق القانون الضريبي بأثر مباشر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية

تمثل وعائها الا بعد مرور فترة زمنية معينة ، وهو ما يتجلى بشكل واضح في ضريبة الدخل التي تفرض وفق قانونها كما اسلفنا على ارباح المكلف الصافي ومن ثم فأنه من غير الممكن الوصول إلى هذه الأرباح إلا باستبعاد الخسائر أو التكاليف وهذا الأمر يستلزم ترك فترة زمنية معينة لصاحب الدخل لتحديد تكاليفه وخسائره وخصمها من دخله الإجمالي للوصول إلى الربح (الفترة المالية الحقيقية للمكلف) وهي غالبا ما تكون سنة ومن ثم فإن الواقعة المنشئة بالنسبة لهذا الدخل لا تتحقق الا بعد مرور سنة من نشوئه. اما بالنسبة للضرائب غير المباشرة فإنها تتحدد في لحظة معينة أو فترة معينة وهي لحظة تحقق الحدث أو الواقعة العرضية التي ينشأ بسببها دين الضريبة، إذا الواقعة المنشئة لهذه الضريبة تتحقق في هذه اللحظة بالذات.

ومن النصوص التي تضمنت الأحكام العامة المشار إليها اعلاه هي ما انطوت عليه ثانيا قانون ضريبة الدخل العراقي النافذ الذي نص على (تفرض الضريبة على دافعها مقدرة سنويا بالنسب التالية...)<sup>(٣٩)</sup>، كما نص على ذلك في موضع اخر بقوله (تفرض الضريبة على الدخل المنصوص عليه في الفقرات (١، ٢، ٣، ٦) من المادة الثانية بالمقدر الناجم منه في السنة التي تسبق السنة التقديرية مباشرة)<sup>(٤٠)</sup>، وهذا الأمر متحقق ايضا في الفقرة (٢) من المادة (الثالثة) التي جاء فيها (تفرض الضريبة على الدخل المذكور في الفقرتين (٤، ٥) من المادة الثانية بالمقدار الناجم منه خلال السنة التقديرية نفسها ان كان مقداره معلوما...)، كما اشارت الفقرة (٣) من المادة ذاتها إلى حالة انقطاع مصدر الدخل خلال السنة المالية بقولها (اذا انقطع مصدر

الدخل خلال السنة التقديرية فالسلطة المالية اجراء التقدير وفرض الضريبة وجبايتها خلال نفس السنة..) ففي مثل هذه النصوص وغيرها تؤكد بلا مواربة أن تطبيق الضريبة على دخل المكلف يكون في فترة زمنية محددة وهي سنة ولم يشر إلى لحظة معينة هذا مع الأخذ بنظر الاعتبار حالات انقطاع مصدر الدخل . وسار على المنوال ذاته قانون ضريبة العقار النافذ إذ جعل فترة تحديد الضريبة على دخل المكلف المتولد عن إيجار العقار الفعلي أو الحكمي هي سنة وهذا يتجلى في أكثر من نص منها ما ورد في الفقرة (٩) من المادة (الأولى) عندما عرفت دخل المكلف بانه (مجموعة الإيراد السنوي الناجم من العقارات والعرضات التي يملكها في العراق عدا دار السكن) كما نص في الفقرة (١) من المادة (الثانية) على أن (تقدر قيمة الضريبة وتجبى بنسبة (١٠٪) من العائدات السنوية لجميع الأملاك العقارية ...). ولم يشذ قانون ضريبة العرضات عن الاخذ بالسياق ذاته في اعتماد مبدأ السنوية في تحديد الضريبة وتجلي ذلك في الفقرة (١) من المادة (الثالثة) التي نصت على أن (...تستوفى من كل عرصة ضريبة سنوية بنسبة ٢٪ من قيمتها).

اما بالنسبة للضرائب التي تتحدد في لحظة زمنية معينة فهي جلها متحققة في الضرائب غير المباشرة. ومن ذلك الضرائب الكمركية التي نص عليها قانون الكمارك النافذ حيث بين لحظة فرض الضريبة أو تحديدها في المادة الثانية منه الذي جاء فيها ( تخضع البضائع التي تدخل جمهورية العراق أو تخرج منها بأي صورة كانت للرسوم الكمركية المقررة في قانون التعريف).

وحقيقة بالتساؤل بعد العرض المتقدم هل أن جميع الضرائب المباشرة تتحدد فيها الضريبة على المكلف بعد مرور فترة زمنية معينة في حين إن كل الضرائب غير المباشرة تتحدد في لحظة معينة؟

للإجابة عن ذلك نقول إن هذا الأمر وإن كان قاعدة عامة لكنها لم تسلم من الاستثناءات فمثلا ضريبة انتقال العقار التي فرضها المشرع العراقي هي من الضرائب المباشرة كونها من الضرائب المفروضة على راس المال (العقار) ومع ذلك تتحدد في لحظة معينة هي لحظة انتقال العقار أو حق المنفعة بأي وسيلة من وسائل نقل الملكية<sup>(٤١)</sup>.

ونعتقد ان الواقعة المنشئة للضريبة التي يتحدد على أساسها دين الضريبة زمانيا كما أسلفنا تعتمد هنا على معيار أساسي هو مدى ثبات وعاء الضريبة أو المال الخاضع لها والذي يستوجب فرض الضريبة ذاتها عليه بشكل دوري أم لا. فقد لاحظنا إن اوعية ضرائب الدخل والعقار والعرضات هي ثابتة ولذلك تتحقق الضريبة عليها بشكل دوري اي تتحدد الضريبة على المكلف الذي يملك هذا الوعاء أو يحصل عليه بشكل دوري وسنوي وهي جميعها ضرائب مباشرة اما بالنسبة لضريبة انتقال العقار فهي وإن كانت من بين الضرائب المباشرة كما أسلفنا إلا أن وعاءها لا يتمتع بصفة الثبات والاستقرار ولذلك فإن الواقعة المنشئة لهذه الضريبة تتحدد فقط في لحظة معينة هي لحظة انتقال الملكية او حق المنفعة ومن ثم فإن الضريبة هذه تتحدد على المكلف ناقل حق الملكية أو المنفعة في هذه اللحظة بالذات دون غيرها ولا تقدر بشكل دوري وسنوي.

وبالمقابل فان الضرائب غير المباشرة كل وقائعها تتحقق في لحظة معينة لأنها تفرض على اوعية غير ثابتة ومستقرة ولذلك لا تتحدد فيها الضريبة على المكلف بشكل دوري وهذا ما ينطبق لدينا في الضرائب الكمركية وضرائب التسجيل وضرائب الطابع وضريبة المبيعات وضرائب الإنتاج وغيرها التي تقدر الضريبة عليها لمرة واحدة على أساس أن الواقعة المنشئة لها تتحقق لمرة واحدة وبالنسبة لكل نشاط أو تصرف سواء كان هذا التصرف منصبا على استيراد بضاعة أم تصديرها، أم إنتاج سلعة، أم بيع بضاعة أم توثيق التصرف، أم تسجيل عقار أم غير ذلك. إذ لا تتميز اوعيتها بالصفة الدورية ولذلك تتحدد الضريبة بالنسبة لكل نشاط أو تصرف على حدة في لحظة معينة وحتى لو تكرر ممارسة هذا التصرف او مزاوله ذاك النشاط من الشخص نفسه وبالنسبة النوع ذاته، مثل استمرار التاجر باستيراد ذات السلعة في اوقات زمنية مختلفة أو استمرار المنتج بإنتاج السلعة عينها في اوقات زمنية مختلفة، فان هذا لا يستتبع القول بثبات النشاط أو الوعاء لأنه بالنسبة للضريبة التي تتحدد فان هذا النشاط ينتهي في لحظة استيراد ذات البضاعة أو إنتاج السلعة. ولكن تفرض الضرائب الكمركية وضرائب الإنتاج في كل لحظة يتم فيها إنتاج السلعة أو استيراد البضاعة لان الواقعة المنشئة للضريبة تتحقق بهذا الإنتاج وذلك الاستيراد في لحظة معينة .

#### سادسا:- تحديد سعر الضريبة

يقصد بسعر الضريبة النسبة التي تؤخذ كضريبة من المال الخاضع لها. ويعد تحديد هذا السعر من المسائل التي يختص بها المشرع

وحده استنادا إلى مبدأ قانونية الضريبة. لا بل إن هذا السعر يتضمن في جوهره أساس فرض الضريبة، إذ لا يمكن أن تتحدد الضريبة على شخص ما وبالنسبة للنشاط الذي زاوله أو التصرف الذي قام به إلا بالوقوف على سعرها سواء أكان السعر تصاعديا أم نسبيا، وسواء فرضت الضريبة التصاعدية على شرائح الدخل أم طبقاته أم غير ذلك. وفي التشريع العراقي ما يؤكد إعمال هذه القواعد بشأن تحديد السعر فمثلا في ضريبة الدخل حدد السعر الذي يفرض على المكلف بحسب كونه مقيما أو غير مقيم أو شركة، ولم يترك المجال في هذا التحديد للسلطة المالية سوى اقتراح تعديلها لوزير المالية بحسب الظروف الاقتصادية<sup>(٤٢)</sup> وهذا ما لا يخالف قانونية الضريبة كم سنفصل فيه لاحقا.

لكن ما يشكل مخالفة لهذه القانونية تفويض السلطة التشريعية اختصاصها بشأن تحديد سعر الضريبة أو تعديلها وهو ما اقدمت عليه في قانون التعريفية الكمركية رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠ إذ نص في الفقرة (اولا) من المادة (٢) بانه ( لمجلس الوزراء بناء على طلب وزير المالية الاتحادي تعديل الرسم الكمركي المنصوص عليه في جدول التعريفية الكمركية والرزنامة الزراعية الملحق بهذا القانون في الاحوال الطارئة لضرورة اقتصادية ونقدية تستدعي اتخاذ اجراءات الحماية او المعاملة بالمثل). كما جاء في الفقرة (ثانيا) من المادة ذاتها (يفرض رسم كمركي على البضائع المستوردة غير الواردة وداول تعريفية الرسوم الكمركية بنسبة لا تزيد على ٢٠٪ من قيمتها ولمجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير المالية الاتحادي تعديل هذه النسب بالاسباب الواردة في البند نفسها اولاً). فهذه النصوص

تفيد تفويض السلطة التشريعية لاختصاصها الدستوري في هذا الشأن للسلطة التنفيذية مما يعد ذلك اجتراحا لاحكام الدستور وامر جدير بالظن به امام المحكمة الاتحادية العليا.

ويجدر القول إنه إذا كان المشرع هو الذي يملك وحده تحديد سعر الضريبة فإنه ليس بالضرورة أن يحدد هذا السعر في القانون الضريبي ذاته وإن كان من الأفضل ان يفعل ذلك، بل يمكن إعمال أحكام الإحالة في هذا الموضوع، أي يحيل بشأن تطبيق سعر الضريبة على نشاط ما بما مقرر من سعر ضريبي في قانون ضريبي آخر. مع الإشارة إلى أن إعمال الاحكام هذه لا غبار عليها إذا ما تمت في ظل قواعد قانونية بمرتبة التشريع وإلا لا تصح قانونا ومن ثم لا يجوز الإحالة إلى ما تحدده السلطة التنفيذية من أسعار لما في ذلك من مجانبة لقانونية فرض الضريبة.

ويثور التساؤل ماذا لو أن المشرع لم ينص في القانون الضريبي على ذكر سعر الضريبة سواء بداعي الاغفال أو الاهمال فهل يمكن تطبيق احكامه؟ نقول إن عدم تحديد سعر الضريبة بهذا الشكل سوف يستحيل معه تطبيق الضريبة المذكورة لان الضريبة تستلزم منه التعرض إلى سعر الضريبة المفروضة على الوعاء المتحقق كي تخلص إلى مبلغ الضريبة. ولكن قد تنبرى لمعالجة هذا الأمر حالان :

**الأول:** أن تطلب السلطة التنفيذية من السلطة التشريعية اكمال هذا النقص الجوهرى بان تحدد سعر الضريبة أو إحالة تطبيق هذا السعر إلى قانون ضريبة آخر والا بخلاف ذلك يتعطل تطبيق القانون الضريبي لاعترائه على نقص جوهرى لا يمكن تطبيقه إلا باستدراكه من قبلها.

والظروف التي تعيشها الدولة والا افتقدت لعنصري النجاعة والفاعلية.

ولعل ان التعريف اعلاه يفرز لنا صورتان لتعديل القاعدة الضريبية: الأولى هي اضافة قاعدة ضريبية جديدة إلى القاعدة الضريبية السابقة ويتحقق ذلك بإضافة بعض العبارات والمصطلحات إلى متن النص الضريبي تعبر عن مضمونه ومعناه على النحو الذي قصده المشرع وهو ما يسمى بالتعديل بالإضافة. اما الثانية فهي إلغاء القاعدة الضريبية الموجودة واحلال أخرى محلها ويسمى التعديل بالحذف.<sup>(٤٣)</sup>

ويتبادر سؤال ماذا لو لم يمنح التعديل الضريبي على الصورتين أعلاه وانما فقط نص على إلغاء القاعدة الضريبية ؟

للإجابة عن ذلك نقول إن أكثر الفقه العراقي<sup>(٤٤)</sup> يرى إن إلغاء القاعدة الضريبية هي إحدى صور تعديلها ومن ثم فإنه - في رأيهم - إذا ما انطوى النص الدستوري على مصطلح تعديل الضريبة فقط دون الغائها مثلما هو الحال في الفقرة (اولا) من المادة (٢٨) من الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ فإن هذا النص لا شائبة فيه كون التعديل هنا يفيد الإلغاء فاحدهما مرادف للآخر أو بمعنى أدق الأخير جزء من الأول على أساس ان التعديل هنا قد يكون تعديلا جزئيا وهو المتحقق بالصورتين أعلاه، وقد يكون تعديلا كليا والمراد به الإلغاء سواء انصرف الإلغاء إلى إلغاء القانون الضريبي بمجمله أم إلغاء بعض أحكامه .

وعلى الرغم من أهمية هذا الرأي في الحياة العملية إلا أننا نرى إن التعديل لا يتضمن

**الثاني:** ان تجد السلطة التنفيذية في ذلك النقص ذريعة للنفاذ إلى اختصاص السلطة التشريعية وتذهب إلى تحديد سعر الضريبة بنظام أو تعليمات ، وربما يسهل عليها الأمر إذا ما تجلى لديها ان هذا النقص في التشريع ليس بداعي الغفلة أو الإهمال وإنما جاء عن قصد أرادته السلطة التشريعية وفي هذا الحال تعد هذه التعليمات أو الأنظمة غير دستورية لمخالفتها قانونية الضريبة كما تساءل السلطة التشريعية عن اجتراعها نصوص الدستور المعنية بتوزيع الاختصاص.

## المطلب الثاني

### اختصاص السلطة التشريعية بتعديل الضريبة

جعل المشرع الدستوري من مجالات اختصاص السلطة التشريعية تعديل الضريبة ويراد بها هنا إعادة النظر في القاعدة الضريبية الموجودة من خلال إحلال قاعدة ضريبة جديدة محلها أو إضافة أحكام جديدة إليها. وطالما ان المشرع الدستوري أوكل هذا الأمر للسلطة اعلاه حصرا فان ذلك ينصرف إلى القواعد الضريبية التي تتضمن عنصر فرض الضريبة بكل معالمها التي سبق الإشارة إليها من تحديد وعاء الضريبة والواقعة المنشئة لها والأشخاص المكلفين بها وسعرها وزمانها ومكانها علاوة على عنصري الإعفاء منها أو جبايتها .

وينال التعديل اهميته في المجال الضريبي لان قانون الضريبة هو انعكاس للمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وغيرها من مجالات الحياة ولذلك لا بد أن تكون الفجوة ضيقة بين نصوص هذا القانون و المتغيرات

الأولى بالمشروع الدستوري أن يجعل ضمن عناصر قانونية الضريبة إلغاء القانون مثلما نص على تعديله. ولعل ما يؤيد وجهة نظرنا إن المشروع في قانون الكمارك رقم (٢٣) لسنة ١٩٨٤ النافذ استخدم التعبيرين في نص واحد وذلك في المادة (٩) منه التي نصت على أنه (تفرض الرسوم الكمركية وتعديل وتلغى بقانون بناء على اقتراح الوزير) وهو ما يؤكد إن اختلاف مفهومهما.

ولكن هنا يثار تساؤل آخر إذا كان تعديل الضريبة لا يتضمن إلغاءها ولم يجعل المشروع الدستوري العراقي كما اسلفنا من بين عناصر قانونية الضريبة إلغاؤها. فلمن تكون هذه المكنة، الى السلطة التشريعية أم التنفيذية؟

في رأينا وعلى الرغم مما قلناه أعلاه لا يمكن بالأساس أن تتولى اية جهة أخرى غير السلطة التشريعية أمر إلغاء الضريبة حتى وان لم يتم النص على هذا العنصر ضمن تضاعيف عناصر قانونية الضريبة في الدستور. اذ بخلاف سيكون الأمر خاضعا لتحكم السلطة التنفيذية وادتها وهو ما قد يترك اثاره السلبية على التنظيم القانوني للشؤون الضريبية والتي من بينها ان تتعامل هذه السلطة مع النصوص الضريبية بازواجية بالشكل الذي يضر بمصالح المكلفين وحقوقهم المالية لاسيما إذا ما كانت تلك النصوص منطوية على مزايا ضريبية من قبيل الإعفاءات أو السماعات أو الخسائر أو احتساب التكاليف وغيرها. ويمكن أن نسند رأينا هذا بأكثر من مبرر منها:

١- الاحتكام إلى قاعدة توازي الاختصاص

، فكما أن نص الضريبة الذي يتضمن عناصر قانونية الضريبة لا ينشأ إلا بقانون فإن إلغاءه لا يكون أيضا إلا بقانون.

معنى الإلغاء بشكل واضح، فلربما يصح أن نقول إن إلغاء القانون الضريبي يحتمل تعديلا كليا له إذا أحل المشروع قانونا آخر محله وهو ما تواتر الإشارة اليه في كل القوانين الضريبية النافذة، إذ عادة ما ينطوي القانون النافذ على نص مفاده بإلغاء القانون القديم<sup>(٤٥)</sup> وهو ما يفيد ربما عنصر التعديل إذا ما فهم منه بأنه يعبر عن حذف القانون الضريبي القديم واحلال قانونا ضريبيا جديدا محله كحال تعديل للقاعدة الضريبية من خلال حذفها وإحلال أخرى محلها. ولكن ماذا لو الغي القانون الضريبي دون أن يحل قانون ضريبي محله مثلما هو الحال بإلغاء المشروع لقانون ضريبية الأرض الزراعية ١٩٨١ وقانون ضريبة التركات في سنة ١٩٩٤ ولم يحل محلها أي قانون آخر؟

نعتمد هنا إن هذه الصيغة لا تنطو على مفهوم التعديل اطلاقا والذي ينحصر مفهومه في استحالة القانون من حال كان فيه إلى حال آخر أرادته المشروع. وهو ما لا ينصرف إلى الإلغاء بالصورة المذكورة أعلاه إلا إذا حصر الفهم بأن تعديل القانون متحقق هنا بتحويله من حالة الحياة والسريان التي كان يتمتع بها القانون الضريبي إلى حالة الموت والسكون الذي استحال له. ولكن نعتقد ان في مثل هذا الفهم نوع من المغالاة والتكلف الذي لا يستقيمه التفسير القانوني للأمر لأنه في كل الاحوال سوف ينتهي وجود التشريع من الحياة القانونية من دون استبداله بقانون آخر يكون له وجه آخر في هذه الحياة.

وصفوة القول إننا لا نرى بأن المراد من تعديل القانون هو الإلغاء أي بمعنى ليس أحدهما مرادف للآخر أو الاخير جزء من الاول. وكان

## المطلب الثالث

### اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم جباية الضريبة

أنط المشرع الدستوري في ظل دستور ٢٠٠٥ امر تحديد النظام القانوني لجباية الضريبة بالسلطة التشريعية ولم يجز لاية سلطة اخرى ان تباشر هذه المكنة كحال بقية عناصر قانونية الضريبة كما لم يجز وبشكل ضمني تفويض هذا الاختصاص للسلطات الأخرى. وللوقوف على دقائق هذا الموضوع سنوضح في الفرع الأول مفهوم جباية الضريبة في حين سنخرج في الفرع الثاني الى بيان المعالم الاساسية لجباية الضريبة والتي تحدد نطاق اختصاص السلطة التشريعية في هذا المجال وحسب الاتي :

### الفرع الاول

#### مفهوم جباية الضريبة

يراد بجباية الضريبة اتخاذ السلطة التنفيذية الإجراءات القانونية المناسبة لتحصيل الضريبة المقدره وفق الأصول القانونية الصحيحة (٦٤). وتعد مرحلة جباية الضريبة هي المرحلة الثانية التي تمر بها الضريبة بعد مرحلة فرضها وتأتي دائما لاحقة لها. ولذلك توجد في الهيئات المختصة بالضريبة دوائر فرعية أحداها مختصة بتخمين الضريبة وتقديرها اي فرضها والأخرى معنية بجبايتها وتحصيلها. وطالما أن عملية فرض الضريبة هي الأساس الذي تقوم عليه جبايتها لذلك لا يحق لجهة الجباية تحصيل أي مبلغ ضريبي لم يتم التعرض إلى عنصر فرض الضريبة عليه أولاً لدى جهة الفرض أو التخمين .

استقر العرف الدستوري ومن بعده العرف التشريعي على فكرة مفادها ان لا يكون إلغاء النصوص الضريبية إلا من قبل السلطة التشريعية وهذا العرف نال الرضا والقناعة من جميع السلطات واصبح له الصفة الملزمة واجتمعت فيه جميع اركانه .

٢- ان هذا الأمر سوف يتواءم مع إرادة المشرع الدستوري الصريحة في ظل دستور ٢٠٠٥ والتي تجلت في توفير أكبر ضمانات لأموال الأشخاص وحقوقهم المادية بعدم جواز المساس بها فرضا وتعديلا وجباية وإعفاء الا وفق الاحوال التي ينص عليها القانون بل ذهب إلى تأكيد هذه الضمانة بأن مد هذا الحكم إلى الرسوم المالية على الرغم من زهادة مبلغها قياسا بالضريبة بخلاف ما سارت عليه الدساتير السابقة.

٣- الركون إلى قاعدة من لا يملك الجزء لا يملك الكل فاذا كانت السلطة التنفيذية لا تملك دستوريا تعديل اية قاعدة ضريبية جديدة بان لا تضيف إليها أحكاما جديدة فانه من باب أولى إنها لا تستطيع أن تلغي هذه القاعدة بشكل كامل وهي مسألة اصعب عليها من حالة التعديل تلك.

ومع ذلك وبالرغم كل المبررات أعلاه التي تؤكد ان مكنة الإلغاء تبقى بيد السلطة التشريعية بلا منازع إلا انه ينبغي أن نؤكد بالمقابل إن عدم تضمين النص الدستوري هذا العنصر في قانونية الضريبة يبقى له اثر قانوني مهم إلا وهو إمكانية قيام هذه السلطة بالتنازل عنها وتفويض أمر الالغاء إلى السلطة التنفيذية تخويله لها بخلاف العناصر الأخرى التي تضمنها النص الدستوري والتي لا يجوز فيها التفويض أو التنازل.

وفي هذا المقام لا بد أن نشير إلى مسألة مهمة وهي إنه إذا كانت بعض الدول من تربط بين جباية الضريبة وإقرار قانون الموازنة السنوية ومن ذلك فرنسا التي جرت سنة برلمانها بتضمين قانون الموازنة الذي يصدر سنويا مادة تجيز تحصيل الضرائب الواردة في الموازنة وتقرر في الوقت نفسه ضمانات ضد ما يقع من تحصيل لضرائب لم تجزها قوانين الموازنة<sup>(٤٧)</sup>، إلا ان مثل هذا الأمر غير متحقق في العراق . إذ لا ترتبط جباية الضريبة بالإقرار السنوي لموازنة العامة لأكثر من سبب منها، ان النصوص التي تنطوي عليها القوانين الضريبية تعالج مسائل جباية الضريبة مثلما تعالج أمور فرضها ومن ثم فإن أمر الجباية مستقى من القوانين الضريبية ذاتها وليس من قوانين الموازنة، لذلك لا ينتظر فرض الضريبة أو جبايتها لحين إقرار الموازنة بل هي مستمرة وتستمد إستمراريتها هذه من قوانينها الذاتية. ومن جانب آخر ان المشرع الدستوري نص على جباية الضريبة مثلما نص على فرضها وأناط أمرها بالسلطة التشريعية دون غيرها بغية توفير الحماية المناسبة لحقوق المكلفين وأموالهم من عسف الإدارة الضريبية، وبالمثل أيضا حماية حقوق الخزينة العامة ومصالحها المالية وتجنبيها الهدر والضياع بإبعاد تحكم السلطة التنفيذية في تحصيلها .

وخلاصة ذلك إن القواعد المتعلقة بجباية الضريبة نظمته نصوص الدستور والقوانين العادية مثلما نظمت أمر فرضها ولذلك فإنه من غير المنطقي ان يعلق أمر الفرض هذا أو التحصيل على إقرار الموازنة العامة . أما بشأن تضمين قوانين الموازنة السنوية تقديرات لحجم

ولذلك نجد إن النصوص الضريبية العراقية تشير إلى هذا التابع الزمني لعنصري فرض الضريبة وجبايتها. ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة (٣) من المادة ( الثالثة) من قانون ضريبة الدخل النافذ بقولها(إذا انقطع مصدر الدخل خلال السنة التقديرية للسلطة المالية إجراء التقدير وفرض الضريبة وجبايتها خلال نفس السنة...)، وأشارت إلى المعنى ذاته الفقرة (١) من المادة (الثانية) من قانون ضريبة العقار النافذ التي نصت على (تقدر قيمة الضريبة وتجبى بنسبة ١٠٪...) وقد أوضحنا في موضع سابق ان المراد بالتقدير هنا فرض الضريبة . أما قانون ضريبة العرصات النافذ فإنه لم يغفل هذا التابع الزمني بين عنصري الفرض والجباية إذ تناوله في الفقرة(١) من المادة (الثالثة) التي نصت على أنه (...تستوفى عن كل عرصة ضريبة سنوية بنسبة ٢٪ اثنتين من المئة من قيمتها المقدرة .....وتجبى من المكلف خلال السنة المالية التي تتحقق فيها) والمراد بالاستيفاء هنا فرض الضريبة كما نوهنا سابقا. إذا التعاقب الزمني ضروري بين فرض الضريبة وجبايتها بغض النظر عن طول المدة الزمنية أو قصرها أيأ كان نوع الضريبة مباشرة ام غير مباشرة .

والجدير بالإشارة إليه أن المشرع العراقي قد يستعمل للتعبير عن عنصر جباية الضريبة مصطلحات عدة منها جباية الضريبة أو تحصيلها أو استيفاء الضريبة وقد استخدم هذا الأخير في الفقرة (٢) من المادة (الخامسة) من قانون ضريبة العقار النافذ التي نصت على (إذا لم يقدر عقار ما لسبب ما اثناء التقدير العام وقدر فيما بعد فتفرض عليه الضريبة وتستوفى اعتبار من تاريخ تنفيذ التقدير العام).

الإيرادات الضريبية فإن هذه التقديرات لا تعدو كونها تخمينات لحجم كل ضريبة يمكن توريد حصيلتها إلى الخزينة العامة وعلى السلطة التنفيذية ان تحتهد في سبيل جبايتها دون ان يتضمن ذلك التوقف عن ذلك التحصيل لحين إقرار الموازنة العامة. أي بمعنى آخر ان إقرار الضرائب العامة في الموازنة لا يعني سوى موافقة السلطة التشريعية على المبلغ الضريبي المقدر وحجته والمتوقع تحصيله في السنة المقبلة التي يتعلّق بها قانون الموازنة المقر. (٤٨)

## الفرع الثاني

### المعالم الأساسية لجباية الضريبة

طالما ان المشرع الدستوري جعل أمر جباية الضريبة من اختصاص السلطة التشريعية يعني من الضرورة بمكان قيام هذه الأخيرة بتناول جميع المسائل الأساسية المتعلقة بهذا العنصر لكي لا يترك منفذاً يمكن أن تتغلغل منه السلطة التنفيذية بما يتضاد وإرادة المشرع الدستوري في توزيع الاختصاص. ولعل هذه المسائل تتجلى في المعالم الأساسية لجباية الضريبة والتي من أبرزها -وفق ما نعتقد- ما يلي:

### اولاً:- طريقة جباية الضريبة

لا بد أن يحدد المشرع وحده طريقة جباية الضريبة أو تحصيلها سواء طريقة الحجز عند المنبع أو طريقة الاستقطاع المباشر أو بالدفع مباشرة من المكلف أم غيرها.

### ثانياً:- طريقة دفع المبلغ الضريبي

يجب أن يحدد المشرع طريقة دفع الضريبة عينا أم نقداً ولكن مفهوم النقد يؤخذ بمعناه الواسع وليس الضيق، إذ لا يمنع السلطة التنفيذية من

استيفاء الضريبة بوسيلة أخرى لها حكم النقد وسواء بطريقة تحرير صك أو تحويل رصيد مصرفي أم غير ذلك من استخدام الوسائل الالكترونية في الدفع، وهي وسائل تقلل من حجم المخاطر وتمنع الهدر في الأموال. فضلا عن ذلك المشرع وحده يملك تحديد إمكانية إجراء المقاصة في دين الضريبة بين أموال المكلف المستحقة على الإدارة الضريبية وتلك المستحقة له. فضلا عن قيام المشرع وحده بتحديد مدى إمكانية دفع الضريبة بأقساط أو دفعات أم تدفع دفعة واحدة.

### ثالثاً:- تحديد الأشخاص الملزمين بدفع الضريبة

يحدد المشرع حصراً الشخص الملزم بدفع الضريبة وهو قد يكون الخاضع للضريبة بصفة أصلية وهي القاعدة العامة أم يكلف شخصاً آخر أو جهة أخرى تكون ملزمة باستقطاع الضريبة وتوريدها إلى السلطة المالية سواء كان هذا الشخص طبيعياً أم معنوياً وسواء أكان هذا الأخير عاماً أم خاصاً وقد أوضحنا ذلك فيما سبق عند الحديث عن فرض الضريبة.

### رابعاً:- زمان جباية الضريبة

يحدد المشرع النطاق الزمني لجباية الضريبة إذ قد يقرر أن يكون جباية الضريبة في فترتين محددتين من السنة كما هو الحال في قانون ضريبة العقار النافذ الذي نص في الفقرة (١) من المادة (الحادية والعشري) بقولها (تجبى الضريبة على دفعتين متساويتين تستحق الدفعة الأولى في اليوم الأول من يناير /كانون الثاني من السنة المالية وتستحق الدفعة الثانية في اليوم الأول

## الفرع الاول

### مفهوم الإعفاء من الضريبة

ويراد بالإعفاء ميزة يقرها المشرع يستبعد بمقتضاها مال المكلف (إذا كانت ضريبة اموال) أو شخصه (إذا كانت ضريبة أشخاص) من الخضوع للضريبة بشكل كلي أو جزئي ولمدة مؤقتة أو دائمة. فالقاعدة العامة هي عمومية الضريبة أي يخضع لها ويتحمل عبئها جميع من تتوافر فيهم شروط الخضوع لكن المشرع قد يستبعد بعض الأشخاص أو بعض الأنشطة من الخضوع لها لمبررات ذات اعتبار اقتصادي أو اجتماعي أو سياسي أو غير ذلك. وبهذا الأمر فإن الإعفاء من الضريبة يأخذ مفهوم الاستثناء الذي يرد على حكم التكاليف القانوني ويحول دون تطبيقه بحق المكلفين.

ويعد الإعفاء من الضريبة جزء من المهام التي أوكلها المشرع الدستوري العراقي الحالي للسلطة التشريعية بتأكيده صراحة في المادة (٢٨/أولاً) على عدم الإعفاء من الضريبة إلا بقانون وإن كان بعض الكتاب (١٥) من أشار إلى أنه حتى وإن لم ينص على عنصر الإعفاء في الدستور فإن هذا لا يمنع من اشتراط صدور قانون بالإعفاء محتجا بأن ذكر هذه المفردة في صلب الوثيقة الدستورية مردها إلى اعتبارات تاريخية محضة لما خلقه تعسف الحكام وإسرافهم في منح الإعفاءات الضريبية لبعض الأشخاص بمقتضى أوامر تحريرية بل وحتى شفوية من ردود فعل سلبية عقلت في أذهان الشعوب وطالبت على أثرها واضعي النصوص الدستورية بحصر أمر الإعفاء بالسلطة التشريعية دون غيرها. وقد ضرب

من يوليو /تموز من السنة المالية..) وهذه الأحكام تنطبق على قانون ضريبة العرصات النافذ استنادا إلى المادة (السابعة) منه.

### خامسا:- ضمانات جباية الضريبة

يحدد القانون وحده ابرز ضمانات جباية الضريبة مثل منع المكلف من السفر، أو منع خروج وسيلة النقل الخاصة به والتي لها علاقة بنشاط المكلف الخاضع للضريبة، أو الحجز على أمواله المنقولة وغير المنقولة، أو إيقاف معاملاته لدى الدوائر المختصة، أو العقوبات التي تفرض على من يتخلف عن دفع الضريبة في المواعيد المقررة، أو الحجز الاحتياطي على أمواله وغير ذلك من ضمانات قانونية.

### سادسا:- تحديد إجراءات الجباية

يحدد القانون ما هي إجراءات جباية الضريبة سواء ورد هذا التحديد في القانون ذاته أم في قانون خاص أم في الاثنين معا. وهو ما أشارت إليه بعض القوانين الضريبية العراقية النافذ منها قانون ضريبة الدخل<sup>(٤٩)</sup> وقانون ضريبة العقار<sup>(٥٠)</sup> التي انطوت على نصوص تتضمن إجراءات جباية الواردة في قانون تحصيل الديون الحكومية.

## المطلب الرابع

### اختصاص السلطة التشريعية بالإعفاء من الضريبة

للخوض في هذا الموضوع لا بد أن نحدد ابتداء مفهوم الاعفاء من الضريبة ثم تبين المدلول الاصطلاحي له في التشريع العراقي وأخيرا نميز بينه وبين ما يختلط به من مصطلحات وحسب التفصيل الآتي:

## الفرع الثاني

### المطلوب الاصطلاحي لعنصر الإعفاء من الضريبة

لم تستقر التشريعات الضريبية العراقية على مصطلح موحد للتعبير عن عنصر الإعفاء من الضريبة بل ركنت إلى استخدام مفردات عدة ومن أبرزها ما يلي:-

#### أولاً:- الإعفاء من الضريبة

تعد مفردة (الإعفاء) من أكثر المصطلحات التي ركن إليها المشرع العراقي في التعبير عن عنصر الإعفاء من الضريبة و الأهمها شيوعاً وتداولاً في نطاق الصياغة القانونية إذ اعتمدها المشرع في قانون ضريبة الدخل في المادة السابعة منه التي نصت على إعفاءات معينة ورد ذكرها على سبيل الحصر بقولها(تعفى من الضريبة المدخولات الآتية..). كما استخدم المصطلح ذاته في قانون ضريبة العقار وذلك في المادة الثالثة منه التي نصت على (يعفى من الضريبة اعفاء تاماً ما يلي:..). وعلى المنوال ذاته سار قانون ضريبة العرصات الذي ركن إلى تبني التعبير ذاته في المادة الرابعة التي جاء فيها(تعفى من الضريبة العرصات الآتية..). وغيرها من القوانين.

#### ثانياً:- الاستثناء من الضريبة

تتناول المشرع مصطلح (الاستثناء من الضريبة) للتعبير عن الإعفاء منها في المادة الثانية من قانون ضريبة العرصات التي نصت على (لمجلس الوزراء ان يستثنى بعض الاقضية والنواحي من أحكام هذا القانون بناء على اقتراح الوزير) فالاستثناء هنا يراد به إعفاء العرصات الموجودة في الاقضية والنواحي التي يرى المجلس المذكور اعفاءها من الخضوع للضريبة.

اصحاب هذا الرأي مثالا لذلك وهو عدم نص الدستور العراقي لسنة ١٩٧٠ على قانونية الإعفاء من الضريبة ومع ذلك فإن الإعفاءات لم تجر إلا بقانون .

ومن جانبنا فإننا لا نميل إلى هذا الرأي ولا نعتقد بصحة الانسحاق وراء ذريعة إن الأمر متعلق باعتبارات تاريخية لأن مبدأ قانونية الضريبة بكل معالمه وعناصره هو نتاج تطورات تاريخية مرت بها النظم السياسية الغربية كان مآلها جعل الشؤون الضريبية أمر مرهون بإرادة ممثلي الشعب في السلطة التشريعية دون غيرها من مؤسسات الدولة. ومن جانب آخر ان النص على اي عنصر من عناصر قانونية الضريبة في صلب الوثيقة الدستورية وإن مثل امتيازاً منح للسلطة التشريعية وحدها دون غيرها من السلطات إلا انه في الوقت ذاته يمثل قيوداً عليها يمنعها من تفويض هذا الاختصاص إلى غيرها من سلطات. لذلك فإن عدم النص على قانونية الإعفاء من الضريبة في الدستور ربما لا يتيح للسلطة التنفيذية الإعفاء من الضريبة على أساس أن فرضها لا يكون إلا بقانون ومن ثم فإن الإعفاء منها كذلك لا يكون إلا بقانون إعمالاً لقاعدة تقابل الاختصاص. لكن بالمقابل فإن هذا لا يمنع السلطة التشريعية من تفويض اختصاصها إلى السلطة التنفيذية دون إمكانية محاسبتها عن ذلك التفويض لأنها لم تخالف قاعدة سنوية واردة في صلب الوثيقة الدستورية .

### ثالثاً:- إيقاف استيفاء الضريبة

استخدم المشرع مصطلح إيقاف استيفاء الضريبة في أكثر من موضع ومن ذلك ما نص عليه في الفقرة (٢) من المادة ( الثالثة ) من قانون ضريبة العرصات النافذ التي جاء فيها (يوقف استيفاء الضريبة المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة بعد مرور (١٥) سنة من تاريخ تملكها )

### رابعاً:- تخفيض الدخل الخاضع للضريبة

حاول المشرع أيضاً أن يعبر عن الإعفاء من الضريبة من خلال ركونه إلى مصطلح (تخفيض الدخل الخاضع للضريبة) في غير موضع في قانون ضريبة الدخل ومن ذلك ما يلي:-

١- تحقق ذلك عندما نص في المادة (الثالثة عشر /١/و) على ( تخفيض المبالغ التي ترسم الفئات الضريبية المذكورة في الفقرتين (ا) و(ب) إلى الثلث للسنة المالية ٢٠٠٤).ويمكن تفهم أسباب ذلك وهو حصول ظروف استثنائية وطارئة مرت بها البلاد في بداية فترات احتلاله وتعرضه لمشاكل اقتصادية جمة فاراد المشرع ان يحيط بهذه الظروف ويمنح ميزة للمكلف من خلال تخفيض دخله للسنة المالية ٢٠٠٤ وهذا التخفيض هو يمثل إعفاء من الضريبة من وجهة نظرنا ولكن بطريق غير مباشر. إذ المفهوم من الإعفاء أنه يتم استبعاد الدخل بشكل كلي أو جزئي من الضريبة وهنا في تخفيض الدخل للضريبة يتم تقليل حجم الوعاء الخاضع للضريبة مما يعني بالنتيجة تخفيض الضريبة المقدرة على المكلف. وكأنه استبعد أو أبقى جزء من دخله من الخضوع للضريبة .

٢- ويتجلى ذلك في نص المشرع على السمحات الضريبية في المادة (الثالثة عشر) اذ لا ريب في كونها إعفاءات اجتماعية منظور لها من الناحية الشخصية<sup>(٢٧)</sup>, لكن هذه الإعفاءات تأخذ صيغة التخفيض من دخل المكلف فهي تتضمن استبعاد جزء من دخل المكلف من الخضوع للضريبة لأسباب اجتماعية وتنزيل هذا الجزء من دخله الصافي الخاضع للضريبة اي تخفيض حجم الوعاء الخاضع للضريبة وهو إعفاء بمفهومه العام .

بقي أن نشير إلى أن أبرز ما يرتبه النص على قانونية الإعفاء من نتائج هي ما يلي:

لا يجوز الإعفاء من الضرائب في غير الحالات الواردة في القانون ايا كان الهدف من الإعفاء ومهما كانت مبرراته.

أ- لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن تحصيل الضرائب المستحقة ولا يحق للمكلف أن يتمسك في هذا الخصوص باي قرار صريح أو ضمني. لان فرض الضريبة لا ينشأ إلا بقانون وإسقاطها أو الإعفاء منها لا يكون أيضاً إلا بقانون وحق الدولة في إستثناء الضريبة ليس ناشئاً عن علاقة تعاقدية.

وهنا نلمع إلى فكرة معينة إلا وهي ان الإعفاء من الضريبة قد يكون بصورتين الاولى هي الإعفاء من فرضها كما إذا أعتت السلطة التشريعية نشاطاً ما من الخضوع للضريبة. اما الثانية فهي الإعفاء من تحصيلها وتتحقق هذه الصورة عندما تستكمل الإدارة الضريبية اجراءات تحديد الضريبة على المكلف ولكن المشرع يستخدم صلاحياته الدستورية ويعفيه من دفعها كما يلزم الإدارة الضريبية بعدم

المطالبة بها أي بمعنى آخر قيام المشرع بإسقاط الضريبة عن المكلف لأسباب ومبررات يقدرها.

ومن الجلي القول إنه إذا ما كان النص الدستوري يفيد بأنه لا يعفى من الضريبة إلا بقانون فإن هذا الأمر لا يتعدى الضريبة ليشمل العقوبات التي يفرضها المشرع على مخالفة الالتزامات الضريبية سواء كانت عقوبات سالبة الحرية أم مالية، إدارية أم قضائية على أساس أن المشرع الدستوري الحالي مايز بين قانونية العقوبة وقانونية الضريبة، إذ كان متشددا في الأخيرة من دون الأولى ويتجلى ذلك من خلال عدم إجازته فرض الضريبة أو تعديلها أو الإعفاء منها إلا بقانون<sup>(٥٣)</sup> في حين أنه جوّز فرض العقوبة بأداة ادنى من القانون ويستشف ذلك من نص المادة (١٩/ ثانيا) التي جاء فيها ( لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص...) فمفهوم النص هنا قد يشمل ما يرد في القانون من أحكام أو ما يتضمنه أي عمل آخر يحمل صفة العمومية والتجريد غير القانون مثل الأنظمة والتعليمات. وبناء عليه يجوز في رأينا تفويض المشرع لاختصاصه في الإعفاء من العقوبات الضريبية لا سيما غير الجنائية منها للسلطة التنفيذية في حين لا يجوز مثل هذا التفويض بالنسبة للإعفاء من الضريبة. و لذلك لا نرى غضاضة فيما نصت عليه بعض التشريعات الضريبية العراقية من تخويل وزير المالية سلطة الإعفاء من العقوبة المترتبة على مخالفة القانون الضريبي اذ مثل هذا التخويل لا يخالف النص الدستوري اعلاه الخاص بقانونية العقوبة الضريبية<sup>(٥٤)</sup>

### الفرع الثالث

#### تمييز الاعفاء من الضريبة عما يختلط به من مصطلحات

يخلط البعض بين الاعفاء من الضريبة وغيره من المصطلحات التي تتناول الشؤون الضريبية وتتشابه معه في بعض الجوانب القانونية ومن بين المصطلحات تلك عدم استحقاق الضريبة وخصم التكاليف ولتوضيح جوانب الاختلاف بينهما وبين الاعفاء من الضريبة سنبحث ذلك بالاتي:

#### اولاً:- التمييز بين الإعفاء من الضريبة وعدم استحقاق الضريبة

يخلط الكثير بين الاعفاء من الضريبة وعدم استحقاقها وهذا الخلط متوافرا سواء في ميدان التشريع أم سوح الفقه والقضاء حتى أن هذين التعبيرين يستعملان كمرادفين أحيانا على الرغم من وجود فارق جلي بينهما من حيث مفهومهما وما يرتبه كل منهما من آثار ونتائج.

إذ يقصد بعدم استحقاق الضريبة على شخص معين ان الشروط التي يستلزمها القانون على وجه العموم في وعاء الضريبة أو الواقعة المنشئة لدينها لا تتوفر في حالة هذا الشخص بالذات أو التصرف الذي قام أو النشاط الذي زاوله. لذلك لا يعد هذا الشخص منذ البداية مدينا للإدارة الضريبية ولا يمكن إدخاله في خانة المكلفين<sup>(٥٥)</sup>. فمثلا لا تستحق ضريبة العرصات وفق التشريع العراقي على الأراضي الواقعة خارج حدود أمانة بغداد والبلديات لأن المشرع هنا حدد النطاق المكاني لوعاء هذه الضريبة بالأراضي الواقعة في أمانة بغداد والبلديات في مراكز المحافظات والاقضية والنواحي<sup>(٥٦)</sup>. كما لا تستحق ضريبة

اقتصادياً.<sup>(٥٩)</sup> وهذا ما يدل على خلط المشرع بين الاعفاء من الضريبة واستحقاقها.

٢- كما خلط المشرع العرقي بين المفهومين أعلاه في ظل قانون ضريبة العقار رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩ تجلّى ذلك عند تعريفه لدخل المكلف الخاضع لهذه الضريبة بأنه (مجموع الأيراد السنوي الناجم من العقارات والعرضات التي يملكها في العراق عدا دار السكن)<sup>(٦٠)</sup> فمفهوم المخالفة لهذا النص لاسيما العبارة الأخيرة منه (عدا دار السكن) يتمثل بعدم استحقاق ضريبة العقار على الأيراد المتحقق من العقار المعد للسكن أي أن المشرع أخرج من دائرة الخضوع لهذه الضريبة دار السكنى . ولكن بالمقابل نجد في موضع آخر ان المشرع جعل من بين الإعفاءات من هذه الضريبة دار السكن.<sup>(٦١)</sup>

فالملاحظ هنا إن المشرع خلط بين عدم استحقاق الضريبة والإعفاء منها. وكما بينا انه ثمة فرق بين الأمرين ولا يمكن القول بأن أحدهما مناظر للآخر وان تناولهما بهذه الشكل وبالنسبة للموضوع ذاته يخلق التعارض بين النصين ولا بد للمشرع من معالجة هذا الأمر وإزالة التعارض بحذف احد النصين المذكورين وإن كنا نميل إلى أن الراجح هو ان المشرع اراد الإعفاء من الضريبة وليس عدم استحقاقها كون ان وعاء ضريبة العقار كما اسلفنا هو امتلاك الشخص لعقار داخل العراق سواء أكان العقار مؤجراً ام غير مؤجر وهذا ما يؤكد ادخال دار السكنى بالأصل ضمن الاطار العام للخضوع للضريبة ولكن المشرع استثناه من الخضوع بطريق الإعفاء لأسباب اجتماعية.

العقار على عائدات العقارات الموجودة في خارج العراق لان المشرع حدد النطاق المكاني لوعاء هذه الضريبة بالعقارات والعرضات الموجودة في داخل البلد .

أما الإعفاء من الضريبة فان شروط استحقاق الضريبة متحققة بالنسبة للمكلف ومن ثم يكون واقعا تحت ظلال الحكم التكليفي للقانون الضريبي كأصل عام، ولكن المشرع يستثنيه من الخضوع لها من خلال إعفائه منها بنص قانوني.

وإذا ما قلنا بأن الخلط بين المفهومين اعلاه متحقق ايضا حتى على صعد التشريع فإن هذا ما لمسناه في بعض النصوص التي انطوت عليها القوانين الضريبية العراقية النافذة. ولعل من بين ذلك ما يلي :

١- لقد أعفى قانون ضريبة العرضات العرضات الخاضعة لأحكامه من الخضوع لضريبة العقار المقررة بالقانون رقم (١٦٢) لسنة ١٩٦٢<sup>(٥٧)</sup> بذريعة تلافي الأزواج الضريبي، في حين ان وعاء الضريبة مختلف في كلا القانونين ولا يمكن ان يتحقق مثل هذا الأزواج . اذ لا تستحق ضريبة العقار في الأصل على العرصة الخاضعة لقانون ضريبة العرضات . لان الأولى لا تفرض إلا على العرضات المستغلة اقتصادياً أو التي يمكن استثمارها بأي وسيلة من وسائل الاستثمار وفق ما بين ذلك قانون ضريبة العقار<sup>(٥٨)</sup>. في حين ان ضريبة العرضات تفرض على الأراضي التي لم يشيّد عليها بناء صالح للسكن أو لأي غرض من أغراض الاستثمار أو لم تكن مستقلة استقلالاً

## ثانياً:- التمييز بين الإعفاء من الضريبة و تنزيل التكاليف

جلي في عدم جواز تفويض المشرع اختصاصه المتعلق بالإعفاء الى السلطة التنفيذية لأنه من الاختصاصات الحصرية المنصوص عليها في الدستور اما التكاليف فلا ضير في هذا التفويض طالما يحدد المشرع الشروط العامة لخصم التنزيلات وهذا يفسر قيام المشرع العراقي في قانون ضريبة الدخل بتحديد الإعفاءات على سبيل الحصر في المادة السابعة منه بينما حدد في المادة الثامنة التنزيلات على سبيل المثال بعد أن حدد الشروط العامة لهذا التنازل وهي التحمل الفعلي للتكلفة وإن ما ينفق هو للحصول على الدخل وأن تنفق خلال السنة المالية وان تؤيد بوثائق مقبولة.<sup>(٦٤)</sup>

وصفوة القول إن عنصر الاعفاء من الضريبة كعناصر القانونية الأخرى حصر المشرع الدستوري امرها بالسلطة التشريعية دون سواها ولا يمكن للسلطة التنفيذية ان تباشرها كما لا يحق للسلطة التشريعية أن تفوضها امر تنظيم الاعفاء ولذا نرى ان بعض النصوص الضريبية التي تفيد معنى التفويض مخالفة للدستور وحقيق بالسلطة التشريعية الغاءها والا كانت منالا للطعن بها امام المحكمة الاتحادية العليا ومن بينها ما نصت عليها الفقرة (١٦) من المادة (السابعة) على أنه (تعفى من الضريبة المدخولات الاتية: ١٦- دخل مؤسسات الطيران كلا او بعضا بقرار من الوزير بشرط المعاملة بالمثل ووجود خط او مصلحة جوية للعراق في بلد الدولة التي تتبعها تلك المؤسسات) وكذلك نص قانون ضريبة العقار على أنه من بين الإعفاءات الضريبية هي العقارات التي

حاول بعض الفقه العراقي<sup>(٦٥)</sup> أن يعطي للإعفاء معنا واسعا بحيث يشمل خصم التكاليف التي يتحملها المكلف للحصول على الدخل بدعوى انه سيتم استبعادها في قانون ضريبة الدخل من الخسوع لهذه الضريبة. لكن لا نرى صحة لهذا الرأي إذ إن الفرق جوهرى بين الإعفاء من الضريبة وتنزيل التكاليف كالفرق بين عدم استحقاق الضريبة والإعفاء منها. إذ ان قانون ضريبة الدخل<sup>(٦٦)</sup> حدد وعاء الضريبة بالدخل الصافي الذي يحصل عليه الشخص من أحد المصادر المبينة في المادة الثانية من القانون. ومن المعروف ان الدخل الصافي لا يمكن الوصول إليه إلا بعد تنزيل الخسائر المتحققة او خصم التكاليف من الدخل الإجمالي فإن تبقى من هذا الأخير دخل صافي خضع للضريبة وإلا فلا. بمعنى آخر ان الذي زادت تكاليفه على أرباحه لا تستحق عليه الضريبة بالأساس لأن واقعة نشوء الضريبة المرتبطة بتولد دخل صافي لم تتحقق. اما الإعفاء من الضريبة فان دخل المكلف خاضع بالأساس للضريبة وتحققت بالنسبة له الواقعة المنشئة للضريبة ولكن المشرع استبعده من الخسوع لها استثناء حتى لو تحقق له ربح صافي. لا بل ان غاية المشرع من الاستبعاد هي زيادة الأرباح التي يحصل عليها المكلف على أساس ان الضريبة تمثل تكلفة تنال من هذه الأرباح أو تقلها.

ومن جانب اخر ان الاختلاف بين الإعفاء من الضريبة وتنزيل التكاليف ينبري بشكل

لسنة ٢٠٠٩ والذي جاء فيه (١- إعفاء عقود وزارة الكهرباء لاستيراد الوقود(زيت الغاز) لأغراض توليد الطاقة الكهربائية من ضريبة اعمار العراق البالغة ٥٪)<sup>(٦٥)</sup>.

## المبحث الثاني

### مجالات اختصاصات السلطة التنفيذية في

#### المجال الضريبي في العراق

لقد تبين لنا ان المشرع الدستوري العراقي الحالي قد وضع الخيوط الاساسية المتعلقة بالضريبة سواء فرضها أم تعديلها أم جبايتها أم الاعفاء عنها بيد السلطة التشريعية ولم يجز لها أن تفوض أمرها إلى السلطة التنفيذية كما لم يسمح للأخيرة بتنظيم هذه العناصر من خلال التشريعات الفرعية التي تملك امر اصدارها سواء تمثلت تلك التشريعات بالأنظمة ام التعليمات أو ما في حكمهما. لكن هذا الامر لا يعني سلب كل دور يمكن ان تقوم به السلطة المذكورة في الشؤون الضريبية بل تقوم بالكثير من المهام المتعلقة بهذه الشؤون بعضها يدخل ضمن اختصاصها الحصري المحدد دستوريا ولا يشاركها فيه احد حتى السلطة التشريعية مثل اختصاصها بإعداد مشاريع القوانين الضريبية وتنفيذها والبعض الاخر يمكن أن تنبري فيه هذه المشاركة مثل اقتراح القانون الضريبي واكماله وازالة عيوب الصياغة التي تعترى نصوصه من خلال تفسيره .وسنضع كل ذلك على بساط البحث في المطالب الخمس الاتية:

تملكها الدولة الاجنبية المتخذة دور السكن ممثليها السياسيين او القنصليين او لدوائهم الرسمية اذا وافق الوزير بشرط المقابلة بالمثل .

ففي كلا النصين منح المشرع للوزير صلاحية الموافقة على الإعفاء من عدمه فالإعفاء هنا يأتي بشكل منحة تقررها الادارة بناء على اذن صادر من المشرع والوزير حر على الاقل في الاصل في منح الإعفاء المذكور او منعه فليس للمكلف اجباره قانونينا على أن يمنحه الإعفاء مادام أن المشرع قد ترك الأمر إليه في النهاية وهذا ما يشكل مخالفة جلية للدستور .

وفي صورة اخرى لتفويض المشرع اختصاصه بالإعفاء من الضريبة للسلطة التنفيذية وبما يحيد عن جادة الدستور ما نص عليه في المادة (الثانية) من قانون ضريبة العرصات النافذ التي جاء فيها (لمجلس الوزراء ان يستثنى بعض الاقضية والنواحي من أحكام هذا بناء على اقتراح الوزير) .

ومن جانب آخر فإنه إذا كان تفويض السلطات التشريعية لاختصاصها في امر الاعفاء للسلطة التنفيذية مخالف للدستور فإنه من باب أولى أن تنسب هذه المخالفة للأخيرة اذا ما اقدمت على تقرير إعفاءات ضريبية من تلقاء نفسها إذ إن هذا العمل فيه تجاوز صريح لنصوص الدستور وتغول لاختصاصات السلطة التشريعية ولذا نرى ان قرار صدر عن السلطة المذكورة على هذا النحو باطل ولا يرتب أي أثر قانوني وهو ما يمكن ان يوجه الى قرار مجلس الوزراء رقم (١٤٦)

## المطلب الاول

### دور السلطة التنفيذية في اقتراح القوانين الضريبية

التي انطوت عليها بعض القوانين الضريبية التي خولت وزير المالية سلطة اقتراح تعديل بعض المسائل الضريبية (٦٦) مثل مقياس الضريبة أو السماحات الضريبية المتعلقة بضرريبة الدخل أو العقار أو تقديم مقترح يتعلق بفرض الرسوم الكمركية او تعديلها أو الغائها(٧٦). وهل تعد مثل هذه النصوص ساقطة او ملغاة بمجرد نفاذ الدستور الحالي باعتبارها تناولت أمرا جعله المشرع الدستوري من اختصاص مجلس النواب ؟

في رأينا إن النص الدستوري المذكور اعلاه لا يمنع السلطة التنفيذية من ولوج ميدان الاقتراح لأكثر من سبب منها:

١- إن الاقتراح ما هو إلا مرحلة أولية بالنسبة لمشروع القانون الذي تتولى السلطة التنفيذية إعداده وفقا للدستور(٨٦) ، وان طرح اي مشروع لا بد أن تسبقه فكرة أو مقترح خرج من احدى الجهات ذات العلاقة والاختصاص بالشؤون الضريبية سواء من الهيئة العامة للكمارك أم الهيئة العامة للضرائب أم وزارة المالية أو الجهات ذات العلاقة ضمن مجلس الوزراء او حاليا من مجلس النواب. وإلا لا يمكن ان يولد مشروع القانون من فراغ فلا بد من وجود اقتراح بني عليه ليصب بعد ذلك في شكل قالب قانوني محكم تقوم به الجهات المختصة بهيئة مشروع قانون.

إن غاية المشرع الدستوري من اناطة أمر الاقتراح بمجلس النواب لا يفيد باعتقادنا حصر هذه المكنة به وحده دون سواه بقدر ما يفيد أن يترك له دور في وضع لبنات القانون وأسس، وإن كان هذا الأمر مقتصرا على القانون دون إعداد اقتراح مشروعه (٦٩)، ولو اراد المشرع

يراد بالاقتراح الضريبي هو ابداء فكرة متعلقة بالشؤون الضريبية تتضمن الرغبة في انشاء قواعد ضريبية جديدة أو تعديل قواعد ضريبية قائمة أو إلغائها سواء مست هذه القواعد القوانين الضريبية السارية المفعول أو أحكام متعلقة بقوانين أخرى انطوت على أحكام ضريبية مثل قوانين الاستثمار وقوانين المناطق الحرة التي تحوي على قواعد ضريبية مختلفة.

ويأتي الاقتراح في مرحلة سابقة لإعداد مشروع القانون على أساس أن هذه الفكرة التي تعبر عن مضمون الاقتراح لا تستقيم في سلسلة المراحل التشريعية إلا بعد وضعها في صيغة مشروع تعده السلطة التنفيذية طبقا لاختصاصاتها الدستورية.

وفي هذا الإطار لا بد أن نشير إلى نص انطوى عليه الدستور العراقي النافذ تضمنته الفقرة (ثانيا) من المادة (٦٠) منه يفيد بأن مقترحات القوانين تقدم من مجلس النواب سواء من عشرة من أعضائه أو من إحدى لجانته المختصة، في حين ان الفقرة الأولى من المادة ذاتها أناطت أمر تقديم مشاريع القوانين بالسلطة التنفيذية بدفنيها سواء رئيس الجمهورية أم مجلس الوزراء.

وهنا يثور التساؤل هل أن مثل هذه النصوص الدستورية مانعة للسلطة التنفيذية من ولوج ميدان اقتراح القوانين لاسيما تلك المتعلقة بالشؤون الضريبية ؟ وإذا ما كان الحال كذلك ما هي القيمة القانونية للنصوص

وهنا يثور التساؤل طالما أن المقترح أمر تملكه السلطة التنفيذية في الأصل، ما الداعي إلى النص عليه في بعض القوانين الضريبية مثل قانون ضريبة الدخل وقانون ضريبة العقار كما نوهنا عنها سابقا؟ أليس في ذلك تزييد أو لغوصياغي؟

لو تعمنا في النصوص المذكورة نجد أنها أعطت لوزير المالية سلطة تقديم مقترح لتعديل السماعات الضريبية أو تعديل مقياس الضريبية ضمن مشروع قانون الموازنة العامة. وهذا يعني من جانب إن المراد من هذا المقترح هو معالجة حالة طارئة ومؤقتة تواجه الدولة ولذلك يتم طرحه ضمن قانون مؤقت هو قانون الموازنة العامة والذي يعبر عن نفقات الدولة وإيراداتها خلال السنة المقبلة. ولذلك سوف يكون لهذا المقترح إذا ما أخذ به الصفة المؤقتة ولا يحمل صفة الديمومة والاستمرار كحال التعديلات التي تجري على القوانين الضريبية التي لا تدخل ضمن مشروع قانون الموازنة العامة. كما أن هذه النصوص تفيد من جانب آخر بان مقترحات القوانين التي يقدمها وزير المالية لا تتعدى هذه الشؤون (مقياس الضريبة أو تعديل السماعات) ولا يمكن له تقديم مقترح آخر ضمن مشروع الموازنة العامة لا تتعلق بغير هذه الأمور لان تخويل المشرع العادي جاء محددا هنا، كما قيد الأمر بوجود مقتضيات اجتماعية واقتصادية أو غير ذلك تستدعي هذه المقترحات والتي يملك مجلس الوزراء الذي يصادق على مشروع الموازنة العامة ومجلس النواب الذي يصادق على قانون الموازنة العامة سلطة واسعة في تقديرها والوقوف عند مناسبتها وملائمتها وضرورتها لتبني المقترح.

الدستوري خلاف ذلك لنص على ذلك ضمن المادة (٦١) من الدستور التي حددت صلاحيات مجلس النواب على سبيل الحصر. وبقينا لدينا ان المقترح المقدم من مجلس النواب سوف تكون له فائدة في تنسيق التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في بناء أسس للقانون وفق ما تقتضيه حاجات المجتمع وظروف الدولة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لاسيما وان مثل هذا المقترح سينال حظه من الدراسة والتدقيق والتنظيم ومن ثم صياغته ضمن مشروع قانون يأخذ بنظر الاعتبار جميع الظروف والأوضاع القانونية والاقتصادية وإمكانات الدولة المالية.

٢- فضلا عن كل ذلك إن المشرع الدستوري جعل من بين صلاحيات مجلس الوزراء هي اقتراح مشروعات القوانين حسب الفقرة (ثانيا) من المادة (٨٠) وهذا يعني إن الاقتراح يسبق المشروع.

والنتيجة التي نخلص إليها من كل ذلك ان النصوص التي انطوت عليها بعض القوانين الضريبية والتي تخول وزير المالية سلطة اقتراح تعديل بعض المسائل الضريبية لا تتأثر قانونا بما انطوى عليه الدستور النافذ من نصوص تنييط أمر الاقتراح بمجلس النواب على أساس ان هذا الأمر لم يحصر به وحده. بل يمكن للسلطة التنفيذية أن تباشره وفق الأصل العام الذي يستوجب قيامها بإعداد مشاريع القوانين ومن ثم فان هذا الإعداد لا بد أن يسبقه الاقتراح كقنطة انطلاق له والذي تبديده دوائر السلطة التنفيذية ومؤسساتها ذات العلاقة بموضوع القانون محل الاقتراح.

وفي هذا الإطار لا بد أن نشير إلى أن وزير المالية قد لجأ فعلا إلى هذه المكنة التي منحت له في قانون ضريبة الدخل واقترح تعديل مقياس الضريبة والسماحات الضريبية الواردة في هذا القانون بمضاعفتها ضمن مشروع قانون موازنة ٢٠٠٨ الاتحادية إذ تم تبني هذا المقترح ليجد له مكانا ضمن قانون الموازنة المذكورة وذلك بالنص عليه في المادة (٢٠) منه، ولكن المشكلة أنه لم يحصر تطبيقه في هذه السنة المالية بل بتنفيذ محتوى هذه المادة في السنوات اللاحقة للسنة المذكورة مما أوجد خلافا قانونيا واداريا كبيرا.

وحقيق بالتساؤل هنا أنه إذا كان لمجلس النواب الحق في تقديم مقترح قانون يتناول أي شأن ضريبي فهل يملك أن يتناول هذا المقترح إلغاء قانون ضريبي معين أو تخفيض سعر الضريبة أو زيادة الإعفاءات الضريبية وكل عمل من شأنه تخفيض حجم الإيرادات الضريبية؟

نقول للإجابة عن ذلك ان الكثير من الدول سمحت دساتيرها للسلطة التشريعية بمشاركة السلطة التنفيذية في إعداد لينات القانون من خلال تقديم مقترح القانون لكن قيدت هذه المكنة بعدم تضمين المقترح بما يفيد إلغاء الضريبة أو تخفيضها أو زيادة حجم النفقات لما كشف عنه الواقع من اتجاه البرلمانات الى الإسراف في إقرار قوانين مظهرية ترهق الموازنة العامة لمجرد إرضاء الناخبين ومن بين هذه الدساتير دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ الذي بين في المادة (٤٠) منه بأنه لا تقبل المقترحات أو التعديلات التي يقدمها النواب إذا أدت إلى إنقاص الإيرادات العامة أو

خلق إنفاق جديد أو مضاعفة في الاعباء القائمة. وكذلك المادة (١٢١) من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ النافذ التي تضمنت عدم قبول أي اقتراح قانون مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العامة أو زيادة النفقات العمومية إلا إذا كان مرفقا بتدابير تستهدف وضع مداخيل الدولة أو توفير مبالغ مالية في فصل آخر من النفقات العمومية تكون مساوية في الأقل للمبالغ المقترح تغييرها. وعليه فإن دساتير هذه الدول إذا ما سمحت للسلطة التشريعية بتقديم مقترحات قوانين بشأن الضريبة وغيرها فإنها يجب أن تؤدي إلى إحداث اختلالات كبيرة في موازنة الدولة ونفقاتها.<sup>(٧٠)</sup>

أما بالنسبة للدستور العراقي فإنه لم يقيد مجلس النواب بمثل هذه القيود ومن ثم يمكن القول للوهلة الأولى إن لمجلس النواب الحق بتقديم أي مقترح حتى وإن كان من شأنه تقليل الإيرادات الضريبية من خلال إلغاء الضرائب أو تخفيضها أو غير ذلك، لكن ينبغي أن لا ننسى إن مقترح القانون هذا لا يصوت عليه مجلس النواب مباشرة بل لابد من صبه في قالب قانوني تقوم به السلطة التنفيذية ممثلة بمجلس الوزراء من خلال إعداد مشروع قانون يتضمنه، ولذلك إذا ما رأى الأخير إن المقترح المقدم يؤدي إلى تقليل حجم الإيرادات المالية من دون ان تكون في خزانة الدولة الإيرادات الكافية لتعويض هذا النقص فإن له ان يعدل هذا المقترح أو يرفضه أو يعالج هذا الأمر بتخفيض حجم الإنفاق الحكومي ضمن مشروع الموازنة العامة. ولنا في الدستور المغربي نموذجا لذلك، إذ إن هذا الدستور وعلى الرغم من انه جعل أمر اقرار

ام غير ذلك من أحكام. إذ إن هذا لا يتضاد مع مبدأ قانونية الضريبة على أساس ان هذا المبدأ يقف عند اقرار هذه المقترحات من قبل السلطة التشريعية حصرا وطالما إن هذا الأمر سيسنقر على هذا الحال فإنه لا ضير من تناول المقترحات أي شأن ضريبي.

## المطلب الثاني

### اختصاص السلطة التنفيذية بإعداد مشاريع القوانين الضريبية

لا مرأه إن من المهام الأساسية التي توكل إلى السلطة التنفيذية ممثلة بمجلس الوزراء هي إعداد مشاريع القوانين وهو ما نص عليه الدستور صراحة في الفقرة (اولا) من المادة (٦٠) بقولها (مشروعات القوانين تقدم من رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء). ومن المعروف إن هذا الأمر لم يكن اعتبارا وانما يتسق مع المهام التي اناطها الدستور بالسلطة التنفيذية إذ إنها ولاسيما مجلس الوزراء المسؤولة عن تنفيذ سياسة الدولة ورسم شؤونها المالية والإدارية<sup>(٧١)</sup>. ولذلك ينبغي أن تعد مشاريع القوانين في ضوء الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تواجهها الدولة والتي تكون السلطة التنفيذية الأعم بها باعتبارها على تماس فعلي مع واقع هذه الظروف وأحوالها.

وجرى العرف على أن تقدم هذه المشاريع من قبل الوزارة المعنية أو المختصة وفي مجال الضريبة فإنها تقدم من وزارة المالية إذ

الموازنة العامة من صلاحيات مجلس النواب إلا انه وضع مجموعة من الضوابط لذلك في المادة(٦٢) منه التي سمحت لهذا المجلس بإجراء المناقلة بين ابواب وفصول الموازنة العامة وتخفيض مجمل مبالغها.

واخيرا وبعد أن توصلنا إلى أن السلطة التنفيذية لها دور في تقديم المقترحات في الشؤون الضريبية يثور التساؤل ماهي حدود هذه المقترحات هل يمكن ان تمتد إلى جميع نصوص القانون الضريبي أم أنها تقتصر على تناول نصوص معينة ؟ بمعنى آخر هل أن للسلطة التنفيذية ان تقترح تعديل النصوص التي تدخل ضمن عناصر قانونية الضريبة من فرض الضريبة وجبايتها وتعديلها وإلغائها والإعفاء منها؟

نقول إن المقترح هو كما بينا ليس سوى مرحلة ابتدائية من مراحل العملية التشريعية وان أي قانون لا يرى النور بشكل رسمي إلا بعد إقراره من قبل السلطة التشريعية وإن كانت هناك إجراءات تكميلية تعقب إقراره وهي المصادقة عليه ونشره في الجريدة الرسمية. ولذلك فان هذا المقترح إذا ما قدم سوف يقدم ضمن مشروع قانون معد من قبل السلطة التنفيذية ليرفع بعد ذلك إلى السلطة التشريعية, والأخيرة هي صاحبة القرار النهائي بقبول هذا المقترح أو رفضه سواء تناول مسائل داخلية ضمن عناصر قانونية الضريبة ام لا. ومن ثم فإنه لا فرق بالنسبة للمقترحات المقدمة أن تكون متعلقة بفرض الضريبة ام الإعفاء منها ام تعديلها أم جبايتها

## المطلب الثالث

### اختصاص السلطة التنفيذية بتنفيذ القوانين الضريبية

إن السلطة التنفيذية ممثلة بمجلس الوزراء هي المسؤولة عن تنفيذ ورسم السياسة العامة للدولة والإشراف على الوزارات ودوائر الدولة بحسب الفقرة (اولا) من المادة (٨٠) من الدستور النافذ. ولذلك فإن هذه السلطة هي المعنية بالأساس بتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ومنها القوانين الضريبية.

وبالتأكيد إن التنفيذ يعني هنا وضع القواعد والأحكام الواردة في ظل القانون موضع التطبيق سواء تعلقت تلك القواعد بعناصر قانونية ضريبية أم غيرها. ففرض الضريبة وتقديرها وتحديدها وتطبيقها على الأشخاص الخاضعين قانونا لها أو تطبيق الإعفاءات الضريبية أو السماعات أو خصم التنزيلات أو الخسائر وتحديد التقارير الملزم بتقديرها المكلف واجراءات التقدير والظعن والعقوبات الضريبية وغير ذلك من أحكام مسائل تتولى الحكومة وحدها تنفيذها وتطبيقها من خلال اذرعها الإدارية المختلفة المختصة بالشؤون الضريبية سواء أكانت الهيئة العامة للضرائب أم الهيئة العامة للكمارك ولا يشاركها في ذلك أية سلطة اخرى وفق الدستور .

ولعل من البدهي القول ان وسيلة تنفيذ القوانين الضريبية هي من خلال الاداة التي تملكها السلطة التنفيذية وهي إصدار القرارات الإدارية سواء أكانت قرارات عامة أم فردية ولنا في الدستور سندا لذلك عندما جعل من مهام مجلس الوزراء (إصدار الأنظمة والتعليمات

سارت العادة على ان تشكل لجنة من الوزارة والهيئة العامة للضرائب أو الكمارك بحسب نوع الضريبة وطبيعتها بغية تدارس أي حاجة لإصدار قانون ضريبي جديد أو تعديل القائم منها<sup>(٧٢)</sup>، أو تتلقى مقترح بذلك من مجلس النواب أو أية جهة تنفيذية أخرى ذات علاقة بحسب ما نوهنا سابقا لكي تباشر بعد ذلك بعملية بلورة أفكار هذا المقترح في قواعد قانونية منظمة ومنسقة وتستعين بصياغتها بالجهة المعنية بصياغة التشريعات العراقية وهي مجلس شورى الدولة ضمن الاختصاص الممنوح له بموجب قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل<sup>(٧٣)</sup> ثم بعد أن تكتمل عملية صياغة مشروع القانون ترفع إلى مجلس الوزراء بغية الموافقة عليه بعد أن تتم عملية تنسيق قواعده وتنظيم أحكامه بالتنسيق مع الوزارة المختصة أو تلك التي تتعلق بعض أحكام المشروع بوظائفها ليرفع بعد ذلك إلى السلطة التشريعية (مجلس النواب) لإقراره.<sup>(٧٤)</sup>

ومن الجلي القول إن مشروع القانون الضريبي حاله حال مقترح القانون لا يرى النور ما لم يوافق عليه مجلس النواب أو يقره ولذلك لا ضير أن يتناول هذا المشروع بالتنظيم أية مسألة من المسائل الضريبية سواء تعلقت هذه بعناصر قانونية ضريبية أم غيرها لأنها لا تكون هذه المسائل قابلة للتنفيذ ما لم يقرها صاحب الاختصاص الأصل بالتشريع وهو مجلس النواب .

والقرارات بهدف تنفيذ القوانين).<sup>(٧٥)</sup> ولذا سنناقش هنا آليه تنفيذ القوانين من خلال إصدار القرارات العامة التنظيمية او من خلال القرارات الفردية وحسب الآتي:

### اولاً:- تنفيذ القوانين الضريبية من خلال إصدار القرارات الادارية العامة

يراد بالقرارات العامة القرارات التي تصدرها الجهات الإدارية المختلفة وتتضمن قواعد عامة وموضوعية و تنطبق على عدد غير محدد من الأشخاص او الحالات كلما توفرت فيهم أو فيها شروط معينة.<sup>(٧٦)</sup>

ويدخل تحت ظلال القرارات العامة هذه الأنظمة والتعليمات أو ما يطلق عليه وصف التشريعات الفرعية. وتعدان من ادوات السلطة التنفيذية في تنفيذ القانون الضريبي ومع ذلك فإنه ثمة فرق بينهما من الناحية القانونية , فالأنظمة تكون متعلقة بالقرارات الإدارية العامة التي تصدر من أعلى جهة تنفيذية وهي مجلس الوزراء وتحوز مرتبة اعلى من التعليمات، أما الأخيرة فهي التي تصدر عن مجلس الوزراء أو من الوزارات المختلفة او الجهات غير المرتبطة بوزارة وهي في الجوانب الضريبية وزارة المالية ممثلة بوزير المالية أو من يخوله وتأتي بمرتبة أدنى من الأنظمة.<sup>(٧٧)</sup>

وهنا يثور تساؤل ما المدى الذي ينبغي أن تقف عنده هذه التشريعات الفرعية لتنفيذ القانون ؟ وهل يمكن أن تكون السلطة التنفيذية مطلقة اليد بحيث يمكن لها أن تضمنها أية مسألة ضريبية بدون قيد؟

حسب ما أوضحنا إن الانظمة والتعليمات التنفيذية تشمل كل ما تصدره السلطة التنفيذية من قرارات عامة بغية تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية باعتبار أنها المكلفة دستوريا بهذا التنفيذ والاقدر على تنظيم هذا التنفيذ بدقة وبما يتفق مع متطلبات الظروف السائدة وهو ما يسهم في ابعاد القوانين عن الدخول في التفاصيل وبيقيها أكثر تجريدا وعمومية ناهيك عن التخفيف من الاعباء المتزايدة للسلطة التشريعية. ولذا نرى إن ما تسطره السلطة التنفيذية من احكام في هذه التعليمات تتناول الشؤون الضريبية ينبغي أن تقف عند حدود معينة وضوابط اساسية لعل من أبرزها ما يلي :

أ- أن يقتصر دورها من جانب على وضع الأحكام التفصيلية لتنفيذ القانون الضريبي وأن لا تضيف أية أحكاما جديدة إليه والا اعتبرت انظمة والتعليمات مكملة وليست تنفيذية فقط . ومن جانب آخر ينبغي أن لا تخالف هذه الانظمة والتعليمات القوانين التي هي أعلى منها مرتبة ومنزلة والا كانت منالا للطعن بعدم المشروعية أمام محكمة القضاء الاداري .

ب- إن لا تخوض هذه الانظمة و التعليمات في أي شأن يتضاد مع عناصر قانونية الضريبة سواء تعلق الأمر بفرضها أو تعديلها أو الإعفاء منها أو جبايتها والإ خرجت عن جادة الدستور مما يفتح السبيل للطعن بعدم دستوريته أمام المحكمة الاتحادية العليا. بل يقتصر دورها على تحديد آليات تطبيق احكام الفرض أو التعديل أو الإعفاء أو الجباية وفق القواعد أو الشروط والضوابط التي حددها المشرع الضريبي .

إذ لا يجوز للتعليمات ان تخضع فئات معينة للضريبة لا يشملها النص الضريبي بالخضوع أو تضيفي على نشاط معين طابع الإعفاء دون مسوغ قانوني أو تقرر جباية مال معين بخلاف قواعد جباية الضريبة المحددة قانونا أو تعدل احوال تطبيق نصوصه.

بقي أن نشير إلى أن سنة المشرع العراقي جرت على أن يضمن أغلب القوانين الضريبية نصوص تفيد بتحويل السلطة التنفيذية إصدار الانظمة و التعليمات اللازمة لتنفيذ القانون من ذلك قانون ضريبة الدخل<sup>(٧٨)</sup> وقانون ضريبة العقار<sup>(٧٩)</sup> وقانون ضريبة العرصات<sup>(٨٠)</sup>.

وهنا يثور التساؤل هل يتطلب أن يتضمن القانون الضريبي مثل هذه النصوص لكي يتيسر للسلطة التنفيذية مباشرتها بهذا الأمر، أم يكفي بما يتضمنه الدستور من نصوص عامة تفيد بجعل أمر تنفيذ القوانين مرهون بالسلطة التنفيذية؟

في الحقيقة ثمة رأيان في هذا الجانب : الأول يرى أن النص الدستوري على اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار التشريعات الفرعية لا يعدو أن تكون قاعدة لنظرية عامة تحتاج إلى نصوص قانونية تنفيذية ولذلك لا يكفي بهذا النص الدستوري وحده، وإنما لا بد ان ينص القانوني صراحة على منح السلطة التنفيذية هذه المكنة . بينما يذهب الراي الآخر إلى الاكتفاء بما نص عليه الدستور في هذا الشأن والذي يمثل اختصاصا عاما للسلطة التنفيذية في إصدار القرارات التنظيمية لتنفيذ القوانين وهي لا تحتاج إلى سند قانوني من بين التشريعات

الصادرة ولا يقيد من ذلك سوى عدم مخالفة التشريع العادي<sup>(٨١)</sup>

ونحن نرجح الرأي الأخير الذي نضيف اليه انه طالما أنيط أمر تنفيذ القوانين الضريبية بالسلطة التنفيذية فإن هذه يستلزم بالضرورة استخدام كل الأدوات القانونية التي تملكها للقيام بعملية التنفيذ هذه على أكمل وجه دون نقص ووفق مقاصد المشرع وغاياته. و لذلك إذا ما تطلب تنفيذ قانون معين إصدار تعليمات تيسر تطبيقه فإن هذا يقع تحت ظلال مكنة السلطة التنفيذية واختصاصاتها حتى وإن لم ينص القانون على ذلك.

وفضلا عن ذلك اختلف الفقه ايضا حول الحدود التي ينبغي أن تقف عندها اللوائح التنفيذية فهناك من يوسع من هذه الصلاحية ويجيز للإدارة تنظيم كافة المسائل التي يوجد لها أساس في القانون بما في ذلك اضافة أحكام جديدة شريطة أن لا تتعارض مع نصوص القانون وغاياته . وهنالك من يرى قصر اللوائح تلك على وضع الأحكام التفصيلية بدون الإضافة إليها ومن ثم لا يجوز أن تعالج القرارات التنظيمية كل ما لم ينظمه القانون<sup>(٨٢)</sup>. لكن الراي الراجح هو ان يتم التقيد بالمعنى الذي قصده قانون الضريبة وعلى النحو الذي يكون لازما لتنفيذه ومن ثم يمكن إضافة أحكاما جديدة شريطة أن تكون الإضافة لازمة أو ضرورية لتنفيذ أحكامه ولا تتضمن فرض او تعديل أو تعطيل أو الإعفاء من تطبيق القانون اي لا يحق لها إنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل المراكز القانونية القائمة أو إلغائها<sup>(٨٣)</sup>

## ثانياً:- تنفيذ القوانين الضريبية من خلال إصدار القرارات الفردية

يراد بالقرارات الفردية تلك الاعمال التي تصدر عن الجهة الادارية المختصة بصدد شخص معين أو أشخاص محددين بذواتهم او حالات معينة وتستنفذ مضمونها بمجرد تطبيقها.<sup>(٨٤)</sup> وفي اطار الشؤون الضريبية تعد القرارات هذه المرحلة النهائية التي تضع القانون الضريبي موضع التطبيق بحيث تطبق أحكام هذا القانون مباشرة على الشخص المكلف بالضريبة سواء عن دخل حصل عليه او نشاط زاوله او تصرف قام به. إذ لا يمكن أن تفرض الضريبة على أي شخص من دون تدخل الادارة الضريبية من خلال قرارات ادارية فردية ولو اخذنا مثالا لذلك في قانون ضريبة الدخل لوجدنا ان الادارة الضريبية تقوم ابتداء بتحديد الشخص الخاضع للضريبة قانونا ومصدر دخله أو وعاء الضريبة ثم تقدر هذا الوعاء وتحدد حجم السماحات والتنزيلات والخسائر لتقوم بعد ذلك بتطبيق السعر الضريبي المنصوص عليه قانونا على الدخل الصافي ثم تصدر قرارا اداريا يبين مبلغ الضريبة الملزم دفعه من قبل المكلف أو من ينوب عنه قانونا متضمنا مكان الدفع وزمانه وإن تخلف عن ذلك تصدر قرارات اخرى لضمان جبايتها أو قرارات تتضمن فرض عقوبات مالية عليه أو احالته الى الجهات المختصة لتقرير العقوبة السالبة للحرية بحقه وغير ذلك من القرارات الفردية التي تتوسل بها الادارة الضريبية لتنفيذ القوانين الضريبية ووضعها موضع التطبيق.

ولا بد أن نشير اخيرا إلى أنه على الرغم من أن القرارات العامة والفردية كلاهما يعدان من ادوات السلطة التنفيذية التي تلجا إليها لتنفيذ القوانين الضريبية كما أنهما محكومان بضابط أساسي وهو عدم جواز مجابتهما لعناصر قانونية الضريبة إلا انه ثمة اختلاف بينهما بالنسبة للجهة التي يطعن امامها عند حصول هذه المجابنة. إذ إن هذه تختلف بالنسبة لكلا النوعين من القرارات فاذا ما تضمنت الانظمة او التعليمات التنفيذية ما يخرج عن جادة قانونية الضريبة بتنظيمها لمسائل تمس فرض الضريبة أو تعديلها أو الإعفاء منها أو جبايتها، فأنها بذلك قد خالفت الدستور ومن ثم سبيل الطعن فيها يكون امام المحكمة الاتحادية العليا بالنسبة للأنظمة لأنها المختصة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة<sup>(٨٥)</sup> أو محكمة القضاء الاداري بالنسبة للتعليمات<sup>(٨٦)</sup> كونها المختصة بالفصل في صحة الاوامر والقرارات الفردية والتنظيمية التي لم يعين مرجعا للطعن فيها<sup>(٨٧)</sup> ومبرر ذلك أن هذه القرارات تحوى على احكام عامة ومجردة مثلها مثل القوانين ولذلك توصف بأنها تشريعات فرعية من الناحية الموضوعية ومن ثم فإن الطعن بها أمام المحاكم المذكورة يسمح بإلغائها بأثر رجعي كونها خالفت قواعد الاختصاص الدستوري واعتدت على اختصاص السلطة التشريعية وهو ما يوصم هذه الانظمة أو التعليمات بعيب الاختصاص الجسيم كما أن هذا الالغاء يسري هنا قبل الكافة لما تتمتع به احكام المحاكم المذكورة من حجية مطلقة<sup>(٨٨)</sup>. ولكن لو طعن بها أمام احدى الجهات المختصة بالمنازعات الضريبية، مثال ذلك أمام اللجان الاستئنافية بالنسبة لضريبة الدخل<sup>(٨٩)</sup> أو ديوان ضريبة العقار<sup>(٩٠)</sup> بالنسبة لضريبة العقار

أو العرصات أو الهيئة الاعتراضية بالنسبة للضريبة الكمركية<sup>(٩١)</sup> أو أي جهة أخرى يحددها القانون الضريبي المعني، بدعوى أن القرار الضريبي الفردي جاء مستندا إليها فإنه حتى لو قبل مثل هذا الطعن فإن أثره لا يتعدى سوء إلغاء القرار الفردي هذا لأن الجهات تلك لا تملك وفق اختصاصها الممنوح لها قانونا أن تلغي الانظمة التعليمات المخالفة للدستور او القانون. كما أن ما يصدر عنها من قرارات لا ينال سوى حجية نسبية تنطبق على اطراف الدعوى وبالنسبة للموضوع ذاته.<sup>(٩٢)</sup>

أما بالنسبة للقرارات الفردية والمتعلقة بفرض الضريبة أو تقديرها أو الإعفاء منها أو جبايتها فإنه حتى وإن انطوت على ما يفيد مخالفتها للدستور فإن الطعن بها يكون على الأغلب أمام جهات الطعن الضريبي المختصة التي حددها القانون الضريبي المعني لأن ما يبيغيه المكلف الذي صدر بحقه قرار فردي ، يتضمن فرض الضريبة عليه بدون اساس من القانون أو لم يمنح الإعفاء المقرر قانونا او جبيت منه الضريبة على خلاف القانون هو إلغاء القرار المذكور وهو ما يستطيع أن يدركه من تقديم طعنه أمام جهات الطعن تلك.

## المطلب الرابع

### دور السلطة التنفيذية في اكمال التشريع الضريبي

إن القول بأن للسلطة التنفيذية دور في اكمال التشريع الضريبي لا يعني ان تشارك المشرع في اكمال النقص الذي اعتور النص

الضريبي، لأن مثل هذا الأمر لا يكون إلا إذا منحت لها مكنة التشريع الاصلية وهذا ما لا تملكه في ظل الدستور النافذ. بل المقصود هنا أن يشترط القانون الضريبي لتنفيذ بعض أحكامه ونصوصه قيام السلطة التنفيذية بإصدار أنظمة وتعليمات ضمن حدود صلاحياتها بحيث لا يمكن تطبيق النص الضريبي إلا بها . ومثال ذلك ما نص عليه قانون ضريبة الدخل من ضرورة وضع نظام يبين الدفاتر والسجلات التجارية التي يجب على المكلف مسكها لأغراض تطبيق أحكامه و يحدد كيفية إعدادها والتصديق عليها، إذ وضع قانون ضريبة الدخل جزاء جزاء الاخلال بها أو عدم مسك الدفاتر<sup>(٩٣)</sup>. كما نص القانون اعلاه على إصدار نظام يحدد نسب اندثار الموجودات المادية الثابتة عدا المباني والعقارات والمشار إليها ضمن المادة الثامنة المتعلقة بالتنزيلات<sup>(٩٤)</sup>، وكذا الحال بالنسبة لإصدار تعليمات تبين ماهية الرواتب والمخصصات والأجور التي تستوفى عنها الضريبة بطريقة الاستقطاع المباشر إذ أوجبت الفقرة (٥) من المادة (الثانية) مراعاة هذه التعليمات لتقدير الضريبة على الرواتب ورواتب التقاعد والمكافآت والأجور أو ما في حكمها، وايضا يعد من التعليمات التكميلية التعليمات التي ينبغي أن يصدرها وزير المالية والخاصة بمنح مكافئة نقدية للمخبرين استنادا إلى المادة (أربعة وخمسون) والتي يناظرها المادة (٣٢) من قانون ضريبة العقار. وغير ذلك من أنظمة وتعليمات والتي تعد بحق تكميلية اذ لا يمكن تطبيق أحكام النص الضريبي الذي أشار إليها إلا بإصدارها. فهي مكملة للقانون الضريبي ليس لنقص اعتور النص الضريبي كما اوضحنا

حيث تعد هذه من الاختصاصات الحصرية للسلطة التشريعية والتي لا يجوز التنازل عنها اتساقا مع قاعدة الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض. وبخلاف ذلك تكون السلطة التشريعية قد حادت عن جادة الدستور ويضحى عملها هذا وما يصدر عن السلطة التنفيذية بناء عليه غير دستوري يمكن الطعن به أمام المحكمة الاتحادية العليا.

أن لا تتجاوز السلطة التنفيذية حدود ما فوضت به وتذهب الى وضع أنظمة او تعليمات تكميلية لم يستلزمها القانون وبعيد كل البعد عن مجريات تسهيل تنفيذ احكامه، بخلاف ذلك تكون قد خرجت عن جادة القانون مما يجعل عملها موصوما بعدم المشروعية وهو ما يفتح السبيل للطعن به امام محكمة القضاء الإداري

## المطلب الخامس

### دور السلطة التنفيذية في تفسير القانون

#### الضريبي

من الجلي القول ان التشريع الضريبي مثل اي تشريع آخر قد تعثر نصوصه الغموض أو النقص أو التعارض أو اي عيب من عيوب الصياغة الاخرى وطالما أن الجهة المعنية بتنفيذ التشريع هي السلطة التنفيذية لذلك يحق لها أن تتخذ الاجراءات المناسبة لاستجلاء هذا الغموض أو معالجة النقص أو ازالة التعارض فيه من خلال أعمال قواعد التفسير الاداري الذي تعمل إلى جنب التفسير التشريعي والتفسير القضائي في التوصل إلى ارادة المشرع الحقيقية. ولذلك للسلطة التنفيذية

بل لأن المشرع الضريبي لا يريد أن يتوغل في تفاصيل الأمور ودقائقها ويفضل أن يترك الأمر للسلطة التنفيذية لإصدار لوائح وأنظمة تفصيلية لتسهيل تطبيق النص الضريبي وفق الظروف الاقتصادية والاجتماعية والتي يعيشها الاقتصاد الوطني.

والنقطة التي يجب أن نقف عندها في هذا المقام انه ثمة فرق بين هذا النوع من القرارات وتلك التي اشرنا إليها سابقا والمتعلقة بتنفيذ القانون ويتمثل ذلك في أنه وإن كانت الأولى تهدف أيضا إلى تطبيق القانون الضريبي وتنفيذه إلا انه لا يحق – باعتقادنا- للسلطة التنفيذية إصدارها إلا إذا نص المشرع الضريبي على ذلك صراحة أي أجاز المشرع للسلطة التنفيذية إصدارها لا اعتقاده ان تنفيذ القانون لا يكون إلا بهذا الإصدار. أما بالنسبة للوائح التنفيذية فهي ضمن صلاحيات السلطة التنفيذية المطلقة وتصدرها طالما تطلب تطبيق النص الضريبي وتنفيذه هذا الإصدار، حتى وإن لم ينص عليه المشرع صراحة. فهي تسهل تطبيق النص وتيسره اكثر من كونها تكمله أو لازمة لتطبيقه.

وعلى الرغم من أن اللوائح التكميلية هي وفق ما ذكرنا مرهون بإرادة المشرع الضريبي إلا أن هذا لا يعني أن تكون بلا قيد، بل ينبغي أن يراعى فيها أمران أساسيان هما:

ينبغي على المشرع أن لا يفوض السلطة التنفيذية إصدار أنظمة تعليمات تدخل ضمن عناصر قانونية الضريبة سواء فرض الضريبة أم إلغائها أم الإعفاء منها أم جبايتها أم تعديلها

ايضا نطاق تتحرك فيه في اطار التشريع الضريبي وهي تفسير النص الضريبي من خلال منشورات أو تعليمات تصدرها وتكون ملزمة الإلتباع من قبل موظفيها<sup>(٩٥)</sup>.

لكن هذا التفسير لا يكون ملزما للقضاء ولا الجهات ذات الاختصاص القضائي. اما بالنسبة للأفراد فانه يكون ملزما على أن القانون يتيح لهم الطعن في القرارات التي اتخذتها السلطة التنفيذية المستندة الى تفسيرها للنص الضريبي أمام الجهات القضائية ذات العلاقة أو الجهات ذات الاختصاص القضائي<sup>(٩٦)</sup>. وبالتأكيد أن السلطة التنفيذية تسلك في هذا الشأن مسالك عدة، فهي قد تعمل تفسر النص الضريبي الذي تشوبه إحدى عيوب الصياغة باللجوء إلى التفسير الحرفي أو إلى البحث العلمي الحر.<sup>(٩٧)</sup>

على أن بعض أحكام القوانين قد أجازت للسلطة التنفيذية توضيح ما غمض من نصوص من خلال تعليمات تفسيرية تصدرها ومن ذلك ما نص عليه قانون ضريبة الدخل في المادة الستون منه التي جاء فيها ( للوزير أو من يخوله ان يصدر بيانات أو تعليمات لتطبيق أحكام هذا القانون تتناول الأمور التالية: النقاط الأخرى التي ترى السلطة المالية ضرورة لإيضاحها ) . على أن ذلك لا يعني انه إذا لم يوجد مثل هذا النص فلا يحق للسلطة المالية إصدار تعليمات تفسيرية، لا بل تملك هذه المكنة طالما اعتور النص إحدى عيوب الصياغة.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ما هي حدود هذه الصلاحية التي تملكها السلطة التنفيذية في مجال تفسيرها للنصوص الضريبية؟

نعتقد بضرورة قيام السلطة التنفيذية وهي تستخدم مكنة تفسير النصوص الضريبية ان تراعي مجموعة من الضوابط والحدود من ابرزها ما يلي:

١- ان يعترى النص إحدى عيوب الصياغة سواء اكان غموضا أم نقصا أم تعارضا أم خطأ غير ذلك، أما إذا كان النص واضحا فإنه لا يحق للسلطة المالية اللجوء إليه لأنه سوف يخرج النص من المعنى الذي اراده المشرع الى آخر أي يدخل في باب التأويل وليس التفسير.

ولعل من قبيل التفسيرات التي تبنتها السلطة التنفيذية على الرغم من وضوح النص هو تفسيرها للفقرة (١٠) من المادة الأولى من قانون ضريبة الدخل التي حددت من بين من ينطبق عليهم وصف المقيم هم (رعايا الاقطار العربية العاملين في العراق مهما كانت مدة سكناهم) إذ سار تفسير السلطة المالية بان هذا النص ينطبق على العربي الذي يمارس عملا في إحدى دوائر الدولة العراقية أما من يعمل خارج مؤسسات الدولة فإنه لا يعد مقيما<sup>(٩٨)</sup>. وهو في اعتقادنا إخراج لنص واضح من معناه الحقيقي وتخصيص لحكم عام لم يقل به المشرع .

٢- أن لا يتعارض التفسير مع نصوص واضحة انطوى عليها القانون الضريبي لان ذلك يتضاد مع مبدأ المشروعية الذي يستوجب تناغم ومواءمة القاعدة الادنى ( التعليمات التفسيرية) مع القاعدة الاعلى(القانون الضريبي )

٣- أن لا يمس التفسير الإداري اي شأن يدخل ضمن عناصر قانونية ضريبية سواء فرض الضريبة أو تعديلها أو الإعفاء منها أو

## الخاتمة

لقد بان من ثنايا البحث وتضاعفه مجموعة من النتائج نسطر أبرزها بالآتي:

١- وازن المشرع الدستوري في ظل دستور ٢٠٠٥ بين مصالح المكلفين وحقوقهم المالية وضرورة تأمين الحماية القانونية لها من كل تغول او اقتطاع دون مسوغ قانوني من جانب ، وبين مصالح الخزنة العامة وضرورة توفير الموارد المالية الكافية لتلبية الابعاء العامة التي تتحملها الدولة من جانب اخر . فكانت هذه الموازنة تقوم على ضرورة عدم المساس بالحقوق المالية للأشخاص من خلال فرض الضريبة عليها الا من قبل سلطة تمثل الشعب وتعبير عن إرادته ألا وهي السلطة التشريعية ووفق الاداة الاصلية التي تملكها دستوريا وهي القانون وقد مد هذا الحكم ليشمل جل عناصر قانونية الضريبة الاخرى من تعديل واعفاء والغاء .

٢- طالما أن اطراف مبدأ قانونية الضريبة وعناصره اوكلت من قبل المشرع الدستوري حصرا إلى السلطة التشريعية فانه لا يحق لها ان تنحرف عن مراد الدستور وغاياته وتذهب لتوكل هذا الامر للسلطة التنفيذية حتى في ظل الظروف الاستثنائية التي قد تمر بها الدولة، والإشاب عملها عدم الدستورية وسيكون محطا للطعن به امام القضاء المعني بالرقابة على دستورية القوانين (المحكمة الاتحادية العليا).

٣- مثلما لا يجوز للسلطة التشريعية تفويض اختصاصها في عناصر قانونية الضريبة للسلطة التنفيذية فانه لا يحق للأخيرة ان تتجاوز على اختصاص السلطة التشريعية من خلال

جبايتها فمكنة السلطة التنفيذية في هذا الإطار مقيدة. اي بمعنى آخر أن لا تتخذ السلطة التنفيذية من اعتوار النصوص الضريبية على عيوب صياغية كذريعة لتتوغل في عناصر قانونية الضريبة او تتعرض لأحكامها.

٤- أن تتحرى السلطة التنفيذية الحذر والانتباه من تفسير النصوص الضريبية الغامضة أو المتعارضة أو الناقصة التي تتعلق بعناصر قانونية الضريبة سواء فرض الضريبة أو الإعفاء منها أو تعديلها أو جبايتها بحيث لا ينشئ هذا التفسير قاعدة للخضوع للضريبة بشكل لا يستوعبه النص أو توسيع أو تضيق لأحكام الإعفاء من الضريبة أو جبايتها أو تعديل أحكامها بخلاف إرادة المشرع ، وإلا وصم عملها هذا بعدم الدستورية .

وبناء عليه يمكن أن ينصرف التفسير الإداري إلى جميع النصوص الضريبية سواء التي نظمت عناصر قانونية الضريبة أم سواها بشرط ان يعتورها إحدى عيوب الصياغة على أن يكون هذا التفسير منسجما مع إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية ، وإلا يفهم منه توسيع دائرة الخضوع للضريبة أو الإعفاء أو جبايتها أو تضيقها وبشكل يخالف الإرادة تلك. والا بخلاف ذلك ينبغي على السلطة التنفيذية أن تطالب السلطة التشريعية بإصدار قانون تفسيري يجلي العيب الصياغي الذي شاب القانون الضريبي ومس بشكل جوهرى احدى عناصر قانونية الضريبة أو أن تعدل القانون الضريبي بالشكل الذي يعالج هذا العيب.

اتيان عمل يتوغل في جوانب العناصر تلك والا عيب عليها اغتصاب السلطة وهو من شأنه اعدام أي اثر قانوني يترتب على ذلك بل إن النتيجة ذاتها تتحقق حتى لو كان ذلك الاتيان قد تم بناء على تفويض من السلطة التشريعية لان مثل هذا التفويض لم يجزه الدستور كما نوهنا في اعلاه ومن ثم يترتب البطلان بل وحتى الانعدام لكل ما يتمخض عن التفويض هذا من اثار ونتائج قانونية.

٤- إذا كان لا دور للسلطة التنفيذية في التقرب إلى عناصر قانونية الضريبية أو الحوم حولها فان هذا لا يعدم لها الوسيلة في اتخاذ اعمال أو اجراءات داخلية ضمن الشؤون الضريبية لكن خارجة عن دائرة العناصر تلك. ومن ذلك اقتراح القوانين الضريبية وإعداد مشاريعها فضلا عن أن ايكال المشرع الدستوري لها وحدها امر تنفيذه احكامها وما يتطلب هذا التنفيذ في بعض الاحيان من تفسير ما غمض من نصوص ضريبية لاستجلاء قصد المشرع وتبيان مراده ومقصده، على أن لا يمس كل ذلك أي عنصر من عناصر قانونية الضريبة فرضا وتعديلا والغاء وجباية.

٥- إن الحجر الأساس لعناصر قانونية الضريبة هو فرض الضريبة لكن هذا العنصر يطوي تحت ظلاله مجموعة من العناصر الفرعية التي ينبغي أن تؤخذ بالحسبان وأن لا يغفل المشرع العادي عنها عند تنظيمه لأي قانون ضريبي، كما ينبغي ان تتوقف السلطة التنفيذية عندها لأن التوغل فيها هو هدم لجرف دائرة اختصاص السلطة التشريعية. وهذه

العناصر هي تحديد وعاء الضريبة والواقعة المنشئة لها والمكلفين بها وبيان زمان فرضها ومكانه فضلا عن تحديد سعرها .

فاغفال التشريع الضريبي لأي عنصر من هذه العناصر الفرعية يجعل عنصر فرض الضريبة بعيد عن الكمال ويفتح ثغرة تنفذ منها السلطة التنفيذية الى مجال حرم عليها الخوض فيه دستوريا. ولذا نقترح إعادة النظر في التشريعات الضريبية التي غفلت عن هذه العناصر .

٦- إذا كان يحق للسلطة التشريعية وحدها تناول عناصر قانونية الضريبة فان هذا الامر ينبغي أن تراعى فيه القيد الدستوري الوارد في المادة(١٩/تاسعا) من دستور ٢٠٠٥ النافذ و المتمثل بعدم جواز سحب آثار القانون الضريبي على الماضي سواء تضمن فرض لضريبة ام تعديل لها أو جباية لحصيلتها أم اعفاء من دفعها. لما في ذلك من تامين لحقوق المكلفين وحقوق الخزانة العامة على حد سواء .

٧- إذا كان المشرع الدستوري الحالي جمع على غير عادة من سبقه جل جوانب قانونية الضريبة من فرض وتعديل وجباية واعفاء إلا أنه غفل عن عنصر اخر له مدلوله القانوني الخاص الا وهو الالغاء ولا نرى صحة لما ابداه بعض الفقه العراقي من رأي يلحقه بالتعديل ولذا نقترح أن يعدل نص المادة(٢٨/اولا) من الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥ ليجعل هذا العنصر من بين احكامه.

## الهوامش

(١٠) يمكن ان نستشف ذلك من نصوص الفقرات (٦،٢،٩)

من المادة الاولى من قانون ضريبة العقار النافذ.

(١١) ومن بينهم د. طاهر الجنابي، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

و د. علي هادي عطية الهلالي، الاتجاهات الحديثة

في الضرائب المباشرة، بلا دار ومكان نشر،

٢٠١٢، ص ٧٩

(١٢) انظر المادة (الأولى /٨) من قانون ضريبة العقار

النافذ. وقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٠)

في ١٩٨٠/١/٥

(١٣) انظر المادة (الثالثة/١) من القانون أعلاه.

(١٤) انظر المادة (السادسة /١) من القانون أعلاه.

(١٥) انظر المادة (الحادية عشر/٢) من القانون اعلاه

(١٦) انظر المادة (الاولى ) من قانون ضريبة العرصات

رقم ( ٢٦ ) لسنة ١٩٦٢

(١٧) قرار اللجنة الفنية رقم (٦) في ٢٥/٥/٢٠١٠ منشور

في الكتاب السنوي لسنتي ٢٠٠٩-٢٠١٠، الصادر

عن الهيئة العامة للضرائب، ص ٢٩٢

(١٨) انظر المادة(ثانيا) من قرار مجلس قيادة الثورة

(المنحل) رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٢.

(١٩) انظر في تفصيل ذلك كتابنا علم المالية العامة

والتشريع المالي في العراق، ط٢، العاتك لصناعة

الكتاب، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٩٩-٢٠٠

(٢٠) د.حسين خلاف، الاحكام العملة في قانونية الضريبة، دار

النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٥٣

(٢١) ينظر في ذلك درائد ناجي احمد، مصدر

سابق، ص ٨٦

(٢٢) د. احمد خلف حسين الدخيل، المالية العامة من

منظور قانوني، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٢٣) المادة (الاولى /٤) من قانون ضريبة الدخل رقم

(١١٣) لسنة ١٩٨٢ النافذ.

(١) انظر في تفصيل ذلك بحثنا الموسوم، مدى اختصاص

المحافظات غير المنتظمة في اقليم في العراق بفرض

الضرائب والرسوم، مشارك في المؤتمر العلمي

لسادس لكلية القانون /جامعة القادسية والمعقود

بتاريخ ١٠-١١/٤/٢٠١٣ ص ٥-٧ وص ٢٨-٣٤

(٢) عثمان سلمان غيلان، مبدأ قانونية الضريبة

وتطبيقاته في الضرائب المباشرة في العراق،

أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق /جامعة

النهرين، ٢٠٠٣، ص ٤٨.

(٣) انظر في تفصيل ذلك د. عبد الباسط علي جاسم

الزبيدي، وعاء ضريبة الدخل في التشريع الضريبي

، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨،

ص ٢١-٢٢ وص ٢٧-٣١

(٤) انظر تفصيل الاحكام اعلاه لدى د. محمد محمد عبد

اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي،

مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص ١٧-٢٠

(٥) ينظر في ذلك د. طاهر الجنابي، علم المالية العامة

والتشريع المالي، طبعة منقحة، العاتك لصناعة

الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١٤٤.

(٦) ينظر في ذلك د. احمد ثابت عويضة، ضريبة

الارباح التجارية والصناعية، دار الكتاب

العربي، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٣٦٤. و د. عبد الباسط

علي جاسم الزبيدي، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٧) د. احمد خلف حسين الدخيل، المالية العامة من منظور

قانوني، ط١، مطبعة جامعة تكريت، صلاح

الدين، ٢٠١٣، ص ٧٨

(٨) انظر المادة (الاولى/٢) من قانون ضريبة الدخل

النافذ.

(٩) قرار اللجنة الاستئنافية الثالثة رقم (٣٧٥) في

١٨/٦/٢٠٠٠ غير منشور

(٢٤) الفقرة (٦) من المادة الأولى من القانون اعلاه

(٢٥) المادة الرابعة عشر من القانون اعلاه.

(٢٦) المادة (السادسة والعشرون /١) من القانون اعلاه.

(٢٧) الفقرة (٦) من المادة الأولى من قانون ضريبة

العقار رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ النافذ.

(٢٨) المادة الأولى من قانون ضريبة العرصات رقم

(٢٦) لسنة ١٩٦٢ النافذ.

(٢٩) د. حسين خلاف ، مصدر سابق، ص١٦٧.

(٣٠) المادة (السابعة عشر) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(٣١) المادة (تسع عشرة) من قانون أعلاه.

(٣٢) المادة العاشرة من قانون ضريبة العقار النافذ.

(٣٣) انظر في ذلك المادة (١) من قانون مكس النفط

ومنتجاته رقم (٩) لسنة ١٩٣٩ العراقي المعدل

النافذ.

(٣٤) انظر في ذلك د. حسين خلاف، مصدر سابق،

ص ١٨١-١٨٢.

(٣٥) المادة (الأولى/٩) من قانون ضريبة العقار النافذ.

(٣٦) المادة الأولى من قانون ضريبة العرصات النافذ.

(٣٧) ينظر في تفصيل ذلك

Lucien Mehl, science et technique fiscal, presses uniuersities de france, Paris. 1959, p639.

وبحثنا الوسوم مبدأ عدم رجعية القوانين الضريبية وتطبيقه

في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية

والسياسية، ع(٢)، س(١)، ٢٠٠٩، ص١٥-١٧.

(٣٨) الفقرة (تاسعا) من المادة (١٩) من دستور ٢٠٠٥

النافذ.

(٣٩) المادة (الثالثة عشر /١) من قانون ضريبة الدخل

النافذ.

(٤٠) المادة (الثالثة /١) من القانون اعلاه

(٤١) انظر الفقرة (ثانيا) من قرار مجلس قيادة الثورة

(المنحل) رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٢ النافذ.

(٤٢) انظر تفصيل ذلك في المواد(ثلاثة عشر) و(ثلاثة

عشر مكررة)

(٤٣) انظر في تفصيل ذلك عثمان سلمان غيلان، مصدر

سابق، ص ٦٢-٦٣.

(٤٤) من بينهم د. احمد خلف حسين الدخيل، تجزئة القاعدة

القانونية في التشريع الضريبي، ط١، المؤسسة

الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٢، ص٥١. عثمان

سلمان غيلان، المصدر ذاته، ص٥٨. ابراهيم

حميد محسن الزبيدي، الفراغ التشريعي في أحكام

الضرائب المباشرة في العراق، اطروحة دكتوراه

كلية القانون/جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص٣١. ومن

الفقه المصري الذي قال بمثل هذا الرأي مصطفى

ابو زيد فهمي، الدستور المصري، ط٢، منشأة

المعارف، الاسكندرية، ١٩٥٨، ص ٣٦٩.

(٤٥) مثال ذلك نص المادة(٦٢) من قانون ضريبة الدخل

رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل، التي ألغت قانون

ضريبة الدخل رقم ٩٥ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته،

وكذلك نص المادة (٣٥) من قانون ضريبة العقار

رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥٩ المعدل، التي ألغت قانون

ضريبة الأملاك رقم ١٧ لسنة ١٩٤٠ وتعديلاته.

(٤٦) ينظر في ذلك عثمان سلمان غيلان، مصدر

سابق، ص٦٦

(٤٧) انظر تفصيل ذلك ادى جهاد سعيد ناصر خصاونة،

الضمانات الدستورية للالتزام الضريبية وفقا

للتشريع الاردني(دراسة مقارنة)، اطروحة

دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية

للدراسات العليا، ٢٠٠٦، ص ٣٥-٣٧.

سنة ١٩٨٠ إلى إعفاء دار السكن أو الشقة السكنية من ضريبة العقار حيث كان ذلك بموجب قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٢٠) في ١٩٨٠/١/٥ كما اعفى بموجب قراره مجلس قيادة الثورة رقم (٥٢٠) في ١٩٨٧/٧/٢٠ دار سكن واحدة أو شقة يشغلها والدا صاحب الدار أو احدهما شرطان لا يملك الشاغل داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال.

(٦٢) د. عامر عياش عبد و د. احمد خلف حسين الدخيل، دستورية الضرائب في العراق، مجلة الرافدين (المجلد ١٣)، ع (٤٩)، ص ١٦، ص ٢٧٢.

(٦٣) انظر المادة (الاولى ٢) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(٦٤) انظر في اوجه الاختلاف الاخرى بين خصم التكاليف والإعفاء من الضريبة، مها حاجي شاهين، التنزيلات في قانون ضريبة الدخل، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بلا مدينة، ٢٠١٣، ص ٥٤-٥٥.

(٦٥) صدر القرار اعلاه في الجلسة السابعة عشر الاعتيادية المعقودة بتاريخ ٢٠٠٩/٥/١٧

(٦٦) ومنها ما نصت عليه المادة الثانية عشر مكررة من قانون ضريبة الدخل النافذ التي جاء فيها (لوزير أن يقترح ضمن مشروع قانون الموازنة العامة السنوية للدولة تعديل السماحات المنصوص عليها في المادة الثانية عشرة ومقياس الضريبة المنصوص عليه في المادة الثالثة عشر من هذا القانون كلما دعت الظروف الاجتماعية والاقتصادية إلى ذلك). كما ورد ذات الحكم في المادة (اثنان وثلاثون مكررة) من قانون ضريبة العقار النافذ التي نصت على (لوزير أن يقترح ضمن مشروع الموازنة العامة السنوية للدولة تعديل مقياس احتساب الضريبة المنصوص عليه في المادة الثانية من هذا القانون كلما دعت الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى ذلك)

(٤٨) ومن اصحاب هذا الراي بالنسبة للأنظمة القانونية التي تشابه النظام القانوني العراقي في هذه المسألة جهاد سعيد خصاونة، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٤٩) المادة (السابعة والاربعون) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(٥٠) المادة (الثالثة والعشرون) من قانون ضريبة العقار النافذ.

(٥١) عثمان سلمان غيلان، مصدر سابق، ص ٧١-٧٢.

(٥٢) انظر تفصيل ذلك دراند ناجي احمد، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٥٣) م ٢٨/اولا من الدستور النافذ

(٥٤) ومن ذلك ما نصت عليه المادة (الخامسة والاربعون) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(٥٥) ينظر د. حسين خلاف، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٥٦) المادة الأولى من قانون ضريبة العرصات النافذ.

(٥٧) ينظر المادة التاسعة من قانون ضريبة العرصات النافذ.

(٥٨) المادة الأولى /ج من قانون ضريبة العقار النافذ.

(٥٩) المادة الاولى من قانون ضريبة العرصات النافذ.

(٦٠) المادة (اولا/٩) من قانون ضريبة العقار النافذ

(٦١) انظر تفصيل ذلك في المادة (الثالثة/١) من القانون

اعلاه التي حددت نطاق الاعفاء بالدور التي لا تزيد أقيامها الاجبارية عن مبالغ معينة بينها وتباين بحسب وجودها في مراكز المحافظات الرئيسية او مراكز المحافظات الاخرى او المدن والقرى).

ولكن لان الاقيام الاجبارية المحددة تلك بنص القانون كانت منخفضة جدا اذ تتراوح بين (٧٥ دينار و ٢٠٠) دينار ولم تكن مواكبة لتبيرة التضخم المتصاعدة التي مر بها العراق لاسيما في فترة السبعينات مما تسبب في عدم إمكانية تطبيق الإعفاء المذكور من الناحية العملية وهو ما دفع بالمشرع في

(٦٧) نصت على ذلك المادة (٩) من قانون الكمارك رقم (٢٣) لسنة ١٩٨٤ النافذ.

(٦٨) ينظر في ذلك د. رافد خلف هاشم و د. عثمان سلمان غيلان، التشريع بين الصناعة والصيغة، ط١، بلا دار ومكان نشر، ٢٠٠٩، ص١٩

(٦٩) اكدت المحكمة الاتحادية العليا في العراق وفي اكثر من قرار على ضرورة التمييز بين اقتراح القانون واعداد مشروعه بان الاول يمكن ان يوكل امره الى السلطة التشريعية بحسب الدستور. اما الثاني فان امره يدخل حصرا ضمن صلاحيات السلطة التنفيذية (مجلس الوزراء او رئيس الجمهورية) ومن بين هذه القرارات قرارها رقم (٤٨) في ٢٠١٢/٢/١٢ وكذلك قرارها رقم (١٩) في ٢٠١٣/٥/٦.

(٧٠) انظر تفصيل ذلك ابراهيم حميد الزبيدي، مصدر سابق، ص١٧٢

(٧١) انظر نص المادة (٨٠/اولا) من الدستور النافذ

(٧٢) اعدت الكثير من القرارات الضريبية النافذة وفق هذه الطريقة ومثالها القرار رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٢ الذي ادخل تعديلات كبيرة على قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ كإلغاء العمل بنظام الإعفاء المطلق من الضريبة فيما يتعلق بالعقارات، والقانون رقم ٦٦ لسنة ٢٠٠١ الذي عدل قانون ضريبة العقار رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩ النافذة. أشار الى ذلك ابراهيم حميد الزبيدي، مصدر سابق، ص١٧٣.

(٧٣) انظر المادة (٥) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ النافذ.

(٧٤) ينظر في ذلك د. رافد خلف هاشم البهادلي و د. عثمان سلمان غيلان، مصدر سابق، ص٢٠، هـ١٢.

(٧٥) انظر الفقرة (ثالثا) من المادة (٨٠) من الدستور النافذ لسنة ٢٠٠٥.

(٧٦) ينظر في ذلك د. علي محمد بدير واخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري، طبعة منقحة، الناشر لصناعة الكتاب، القاهرة، ١٩٩٢، ص٤٥٣ وكذلك د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٩، ص٣٦٦.

(٧٧) انظر في تفصيل ذلك عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩، ص١٧ و د. رافد خلف هاشم و د. عثمان سلمان غيلان ن، مصدر سابق، ص١٧.

(٧٨) في المادة (٦٠) منه

(٧٩) في المادة (٣٤) منه

(٨٠) في المادة (١٠) منه

(٨١) د. احمد خلف حسن الدخيل، مصدر سابق، ص٨١.

(٨٢) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص٤٩٦ و ابراهيم حميد الزبيدي، مصدر سابق، ص١٧٧

(٨٣) عثمان سلمان غيلان، مصدر سابق، ص١٢٨

(٨٤) د. علي محمد بدير واخرون، مصدر سابق، ص٤٥٢

(٨٥) المادة (٩٣/٩٣) ثانيا) من الدستور النافذ.

(٨٦) يرى الاستاذ الدكتور غازي فيصل ان اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالنظر في دستورية الانظمة محل نظر وكان الاولى ان يناط امرها بمحكمة القضاء الإداري كحال التعليمات لان كليهما يعدان من القرارات الادارية التنظيمية وان نظر الاخيرة بصحتها يستدعي ان تزنها بميزان الدستور والقانون نزولا عند مبدأ تدرج القواعد

القانونية، كما ان حكم هذه المحكمة بعدم مشروعيتها يؤدي الى الغائها باثر رجعي بخلاف حكم المحكمة الاتحادية العليا الذي يسري باثر مباشر من تاريخ اصدار الحكم فضلا عن فروق اخرى ذكرها. انظر تفصيل ذلك د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية ط ٢٠٠٨، ص ٣٠-٣٢. ولدنيا وجهة نظر مغايرة لذلك بالنسبة للشؤون الضريبية اذ ان الحكم بعدم دستورية الانظمة الضريبية لمساسها باختصاص السلطة التشريعية المحدد دستوريا على سبيل الحصر يحيلها الى اعمال منعدمة ولا ترتب اثرا قانونيا بالاساس، فهي لا تعدو كونها اعمال مادية محضه ومن ثم يلحقها الزوال باثر رجعي لانها تعبر بشكل واضح عن اغتصاب السلطة مما يدخلها ذلك في حومة عيب الاختصاص الجسيم. وهذا ما اتفق عليه الفقه والقضاء بشكل عام. انظر في ذلك د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥، اسكندرية، ص ٣٧٠ وما بعدها.

(٨٧) انظر المادة (٧/اولا) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بقانون التعديل الخامس رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣. (وقائع عراقية (٤٢٨٣ع) في ٢٩/٧/٢٠١٣).

(٨٨) انظر المادة (٩٤) من الدستور النافذ. والمادة (ثامن/ج) من قانون مجلس شورى الدولة النافذ المعدل بقانون (١٧) لسنة ٢٠١٣.

(٨٩) انظر المواد (٣٧-٤٠) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(٩٠) انظر المادة عشرون من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(٩١) انظر المادة (٧٤) من قانون الكمارك رقم (٢٣) لسنة

١٩٨٤ النافذ.

(٩٢) انظر في تفصيل اختصاص محكمة القضاء الاداري في العراق بنظر القرارات الادارية العامة بحثنا الموسوم، مدى اختصاص القضاء الاداري بالفصل في الطعون الضريبية (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد (١٥)، ع (١١)، ٢٠٠٨، ص ٣٤٤ وما بعدها.

(٩٣) انظر المادة (ستون/١) من قانون ضريبة الدخل النافذ.

(٩٤) والتي نصت على ان يكون منها (٤- النسب التي تقرر بنظام من كلفة الموجودات الثابتة المادية) عدا المباني والعقارات) المكائن والمعدات الأخرى لقاء اندثارها أو استهلاكها من جراء استعمالها اثناء السنة التي نجم فيها الدخل)

(٩٥) د. احمد خلف حسين الدخيل، تجزئة القاعدة الضريبية، مصدر سابق، ص ٥٧

(٩٦) علي هادي عطية الهلالي، تفسير قوانين الضرائب المباشرة في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية القانون /جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٢٣٦

(٩٧) انظر تفصيل ذلك لدى علي هادي عطية، مصدر سابق، ص ٢٤٠-٢٥٥

(٩٨) اشار اليه قيصر يحيى جعفر الربيعي، السلطة التقديرية للإدارة في فرض ضريبة الدخل في القانون العراقي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون /جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٥٤.

## المصادر

### اولا :- الكتب العربية

١٠- د. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ واحكام القانون الاداري، طبعة منقحة، الناشر لصناعة الكتاب، القاهرة، ١٩٩٢.

١١- د. غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية ط٢٠٠٨.

١٢- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، ١٩٨٥.

١٣- د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الاداري، دار ابن الاثير لطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٩.

١٤- د. محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٩.

١٥- د. مصطفى ابو زيد فهمي، الدستور المصري، ط٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٥٨.

١٦- عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٨٩.

١٧- مها حاجي شاهين، التنزيلات في قانون ضريبة الدخل، ط١، منشورات زين الحقوقية، بلا مكان نشر، ٢٠١٣.

### ثانيا: الرسائل والاطاريح

١- ابراهيم حميد محسن الزبيدي، الفراغ التشريعي في أحكام الضرائب المباشرة في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية القانون/جامعة بغداد، ٢٠٠٧.

٢- جهاد سعيد ناصر خصاونة، الضمانات الدستورية للالتزام الضريبية وفقا للتشريع الاردني(دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٦.

٣- عثمان سلمان غيلان، مبدأ قانونية الضريبة وتطبيقاته

١- د. احمد ثابت عويضة، ضريبة الارباح التجارية والصناعية، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٦٧.

٢- د. احمد خلف حسين الدخيل، المالية العامة من منظور قانوني، ط١، مطبعة جامعة تكريت، صلاح الدين، ٢٠١٣.

٣- د. احمد خلف حسين الدخيل، تجزئة القاعدة القانونية في التشريع الضريبي، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٢.

٤- د. حسين خلاف، الاحكام العامة في قانونية الضريبة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

٥- د. رافد خلف هاشم و د. عثمان سلمان غيلان، التشريع بين الصناعة والصيغة، ط١، بلا دار ومكان نشر، ٢٠٠٩.

٦- د. رائد ناجي احمد، علم المالية العامة والتشريع المالي في العراق، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٢.

٧- د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.

٨- د. طاهر الجنابي، علم المالية العامة والتشريع المالي، طبعة منقحة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٩- د. عبد الباسط علي جاسم الزبيدي، وعاء ضريبة الدخل في التشريع الضريبي، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

في الضرائب المباشرة في العراق، أطروحة دكتوراه  
مقدمة الى كلية الحقوق /جامعة النهدين، ٢٠٠٣.  
-٤ علي هادي عطية الهلالي، تفسير قوانين الضرائب  
المباشرة في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية  
القانون /جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

-٥ قيصر يحيى جعفر الربيعي، السلطة التقديرية للإدارة  
في فرض ضريبة الدخل في القانون العراقي،  
اطروحة دكتوراه، كلية القانون /جامعة بغداد،  
٢٠٠٤.

### ثالثاً: البحوث

د. رائد ناجي احمد، مبدأ عدم رجعية القوانين  
الضريبية وتطبيقه في العراق، مجلة جامعة  
تكريت للعلوم القانونية والسياسية، ع(٢)،  
س(١)، ٢٠٠٩، ص١٥-١٧.

د. رائد ناجي احمد مدى اختصاص القضاء الاداري  
بالفصل في الطعون الضريبية (دراسة مقارنة)،  
مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد(١٥)،  
ع(١١)، ٢٠٠٨.

د. عامر عياش عبد و د. احمد خلف حسين  
الدخيل، دستورية الضرائب في العراق، مجلة  
الرافدين(المجلد ١٣)، ع(٤٩)، س١٦.

### رابعاً: الدساتير والقوانين

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ.  
٢- الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ النافذ.  
٣- الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦ النافذ.  
٤- قانون ضريبة الدخل رقم(١١٣) لسنة ١٩٨٢ النافذ.  
٥- قانون ضريبة العقار رقم (١٦٢) لسنة ١٩٥٩ النافذ.  
٦- من قانون ضريبة العرصات رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٢.

٧- قانون الكمارك رقم (٢٣) لسنة ١٩٨٤.

٨- قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩  
النافذ.

### خامساً: مصادر اخرى

١- الكتاب السنوي لسنتي ٢٠٠٩-٢٠١٠، الصادر عن  
الهيئة العامة للضرائب.

٢- بعض قرارات المحكمة الاتحادية العليا.

٣- بعض قرارات اللجان الاستئنافية.

٤- بعض قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل).

بعض قرارات مجلس الوزراء.

### سادساً: المصادر الاجنبية

Lucien Mehl, science et technique fis-  
cal, presses uniiversities de france  
,Paris,1959.p639.

## Distribution of tax's jurisdiction between legislative and executive authorities according to Iraqi constitution of 2005

Dr.Raid Naje Ahmed \*

### Absrtract

The Disputed of tax affairs in almost all countries of the world are the two authorities: legislative authority and the executive authority, which it needs to graduate rules define the responsibilities of each and what is attempted to be pursued by the constitutional legislator Iraqi force in the Constitution of 2005, which entrusted the legislative power of taxation and adjusted and collected and exemption, and in Article (28 / I) and is known as the legal elements of the tax, and therefore not entitled to delegate this authority that left to the executive branch. And on the other hand denied the recent undertaking any action that would incursion in those legal elements, but this does not preclude the other hand, that the exercise of other areas within the tax affairs and is highlighted by the research, which was divided into two sections dealing with the jurisdiction of the first the legislative authority in the tax affairs it was identified four are taxation, modify, and exemption from and collected while the second section has waded into the terms of reference of the executive authority in the tax aspects and is, its competence to propose tax laws and the preparation of projects as assigned to deal with alone is implemented as well as the right to interpret the tax provisions ambiguous, and attempt to elucidate the intention of the legislator and the destination of them.

---

\* College of Law / AL- Anbar University

# القيود الواردة على اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية

أ.م.د. هديل صالح الجنابي(\*)

## المقدمة

الدول المهزومه ، ثم في تسعينيات القرن الماضي تم انشاء عدد من المحاكم الجنائية الخاصة التي تشكلت لمواجهة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الانسان، والاعراف، وقوانين الحرب في كل من يوغسلافية وراواندا.

إلا أن الحدث الأهم هو دخول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ في ١ تموز/ ٢٠٠٢ ، إذ إن بهذا الحدث أصبح القانون الدولي مسلح بجهاز قضائي كفيل بمحاسبة مرتكبي الجرائم الخطره في مجال حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني ، إلا أن مخاوف بعض الدول من هذا الجهاز والمواقف المتباينة للدول ، وربط هذه المحكمة بمجلس الامن ، قد افرز جملة من القيود على اختصاصات هذه المحكمة حاولنا معالجتها من خلال ثلاثة مباحث ، وكآتي :-

إن ايجاد نظام دولي كفوء للمساءلة الجنائية عن انتهاكات تستهدف حقوق الانسان في زمن الحرب - أو النزاعات المسلحة - تعد من الضمانات الأساسية لاحترام هذه الحقوق والحيلولة من دون المساس بها ، وعليه فقد سار المجتمع الدولي بخطوات ثابتة متتالية نحو هذا الهدف ، فقد ظهرت أولى هذه المحاولات في الفترة التي تلت الحرب العالمية الاولى ، إذ نصت اتفاقية فرساي على محاكمة قيصر المانيا ، وكل شخص تابع للحكومة الالمانية اتهم بارتكاب جرائم حرب ، وذلك أمام محاكم خاصة ذات طابع دولي ، وبانتهاء الحرب العالمية الثانية ظهرت هذه الفكرة مرة اخرى ، وعليه فقد تم انشاء محاكم طوكيو ونورمبرغ ، إلا أن هذه المحاكم كانت مطبوعه بفرض إرادة الدول المنتصره على

\* الجامعة المستنصرية / كلية القانون

المبحث الاول :- استبعاد نظام القبول المسبق

المبحث الثاني :- القيود الواردة اعلى اختصاص المحكمة الموضوعي والزمني .

المبحث الثالث:- دور مجلس الامن في تقييد اختصاصات المحكمة.

## المبحث الاول

### استبعاد نظام القبول المسبق

أثارت هذه المسألة جدل كبير داخل لجنة القانون الدولي منذ بدء عرضها لموضوع انشاء المحكمة الجنائية الدولية، ألا وهي مسألة القبول المسبق لانعقاد ولاية المحكمة، وإذا تعددت الآراء في هذا المجال فهناك من اقترح ان يكون لهذه المحكمة اختصاص عالمي بدون موافقة أي دولة وبدون توفر شروط ، وهناك من اقترح توافر شروط مسبقة قبل ممارسة المحكمة لاختصاصها ، وفي المؤتمر تم التوصل إلى صيغة نهائية وردت في المادة (١٢) من النظام الاساسي للمحكمة ، إذ نصت المادة (١٢) في فقرتها الثانية على ما يأتي :-

١- في حالة الفقرة (ا) او (ج) من المادة ١٣ يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إذا كانت واحد أو أكثر من الدول التالية طرفاً في هذا النظام الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة وفقاً للفقرة(٣).

وبذلك فإن الجملة الاولى من المادة(١٢) كفلت صراحة عدم قبول الإدعاء الدولي المباشر سواء من قبل الدولة الطرف (ماده ١٣/فقرة أ) أو من قبل المدعي العام (ماده ١٣/ فقره م) ، إلا إذا وافقت دولة جنسية المتهم أو محل الجريمة على قبول المسبق لانعقاد ولاية

المحكمة ، والاستثناء الوحيد يكمن في حالة الادعاء من قبل مجلس الامن وذلك بحسب (المادة ١٣/ فقرة ب) وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المبحث وفق الترتيب التالي :-

المطلب الاول – قبول ولاية المحكمة من قبل دولة جنسية المتهم .

المطلب الثاني – قبول ولاية المحكمة من قبل دولة محل الجريمة .

المطلب الثالث – امتداد اختصاص المحكمة عند الاحاله من مجلس الامن .

## المطلب الاول

### قبول ولاية المحكمة من قبل دولة جنسية المتهم .

طرح هذا القيد أثناء المناقشات التي تمت في مؤتمر روما عام ١٩٩٨ ، ونادت بهذا القيد الولايات المتحدة الامريكية، في حين ان اغلبية الدول دعت إلى أن يكون للمحكمة اختصاص تلقائي ومباشر على جرائم الحرب ، والابادة او العدوان، والجرائم ضد الانسانية، ومع ذلك فقد ذهبت الولايات المتحدة الى ان يكون للمحكمة اختصاص تلقائي على جرائم الابادة الجماعية فقط ، اما في غير هذه الجرائم فلا بد أن يكون للمحكمة نظام خاص لقبول اختصاصها (١).

كما تقدمت المانيا باقتراح مفاده أن يكون اختصاص المحكمة عالمي من دون حاجة لموافقة أي دولة، أما المملكة المتحدة فقد اقترحت موافقة فئات معينة من الدول غير الاطراف في النظام الأساسي، وهو موقف يختلف عن موقف الولايات المتحدة الامريكية الذي يتطلب موافقة الدولتين دولة الاقليم

ودولة الجنسية، أما المقترح الكوري الجنوبي الذي حاز على مساندة أغلب دول العالم فقد تطلب موافقة أربع دول تكون طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، والذي تم تحسينه بقبول دولة من بين دولتين فقط كما في نص المادة (١٢) من النظام الأساسي.<sup>(٢)</sup>

إلا أن رفض الولايات المتحدة الأمريكية لهذه المقترحات، وإصرارها على ضرورة موافقة الدولة التي ينتمي إليها المتهم بجنسيته حتى يقوم اختصاص المحكمة في مواجهته كان الهدف منه حماية مواطنيها من أفراد قوات حفظ السلام، والعمليات العسكرية التي تتم خارج أراضي الولايات المتحدة حتى لا يتعرضوا لاختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

وبناء على ماتقدم فقد جاء نص المادة (١٢) من النظام الأساسي للمحكمة في الفقرة (ب) منة لينص على مايلي (ب- الدولة التي يكون الشخص المتهم بالجريمة احد رعاياها .)، وعلية فإن اختصاص المحكمة الشخصي يثبت بالنسبة لرعايا إحدى الدول الأطراف أو إحدى الدول غير الأطراف إذا قبلت هذه الاخيرة الولاية الخاصة للمحكمة فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث.<sup>(٣)</sup>

ان المحاكم الجنائية الدولية غالباً تفرض قيود على محاكمة الاشخاص الطبيعيين عند ارتكابهم لجرائم حرب، إذ إن هذه المحاكم غالباً ما ينص في نظامها الأساسي على اختصاصها الشخصي بحيث يشمل في بعض الحالات مجرمي الحرب كافة، وفي حالات اخرى بعضهم فقط، كما انها قد تتطلب توافر شروط معينة في الاشخاص الذين تختص بمحاكمتهم، وذلك ابتداء من محكمة نورمبيرغ إذ بمراجعة

ميثاق المحكمة العسكرية الدولية (نورمبيرغ) عام ١٩٤٥ ، نجد أن المادة الاولى تنص على محاكمة ومعاقبة كبار مجرمي الحرب من دول المحور الاوربي مما يعني أن الاختصاص الشخصي للمحكمة يقتصر فقط على مجرمي الحرب الاوربيين من دول المحور، ومن ثم فهو لا يشمل مجرمي الحرب الاوربيين من غير دول المحور كما لا يشمل مجرمي حرب غير الاوربيين من دول المحور، وعلية فإن اختصاص المحكمة لا يمتد ليشمل مجرمي الحرب من الحلفاء، لذلك اطلق على محاكمات نورمبيرغ لفظ (عدالة المنتصرين) ، وقد ظهر ذلك جلياً من خلال الكلمة الافتتاحية للمدعي العام لمحكمة نورمبيرغ عندما اعلن أن العدوان واسع النطاق الذي ارتكبه مجرموا الحرب لم يترك سوى القلة القليلة ليكونوا على الحياد، وأنه ما أن يقوم المنتصرون لمحاكمة المهزومين، ويترك للأخرين مهمة محاكمة انفسهم، ولكن بعد الحرب العالمية الأولى تعلمنا ان اللجوء لهذا الحل لاجدوى منه.<sup>(٤)</sup>

وكذلك الحال في المحكمة العسكرية الدولية بالشرق الاقصى (طوكيو)، والتي تختص بمحاكمة كبار مجرمي الحرب في الشرق الأقصى فعلى الرغم من ان ميثاق طوكيو يختلف عن ميثاق نورمبيرغ في عدم قصره للمحاكمات على مجرمي الحرب من دول المحور وإنما يمتد ليشمل كافة مجرمي الحرب في الشرق الأقصى مع ذلك فالمحكمة لم تتعرض إلا للجرائم التي ارتكبتها اليابانيون من دون تلك التي ارتكبتها الامريكويون في الشرق الأقصى، وعللوا ذلك بأن الاستسلام غير المشروط وفقاً لإعلان بوتسدام لا يجعل اليابان في وضع يسمح بمحاكمة الحلفاء<sup>(٥)</sup>، وهو قيد من نوع آخر على اختصاصات المحكمة.

أما بالنسبة للمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة ، فإن اختصاصها امتد ليشمل كافة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الانتهاكات الخطيرة في القانون الدولي الإنساني المرتكبة على إقليم يوغسلافية السابقة منذ العام ١٩٩١ ، حيث نصت المادة (٦) من النظام الأساسي لهذه المحكمة على أن يقتصر اختصاصها على الأشخاص الطبيعيين من دون الأشخاص المعنويين ، وهي بذلك استبعدت الأشخاص المعنويين مما يشكل قيد على اختصاص المحكمة، في حين نجد أن محاكم نورمبرج حاكمت المنظمات الإجرامية - اي الأشخاص المعنوية - ولم يكن الهدف محاكمة المنظمات بذاتها بل الهدف الوصول إلى إقرار الصفة الإجرامية لهذه المنظمات لتسهيل اثبات المسؤولية الجنائية الفردية لأعضائها.<sup>(١)</sup>

وقد اختصت محكمة رواندا بمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكاب الإبادة الجماعية والانتهاكات الخطيرة الأخرى للقانون الدولي الإنساني التي ارتكبت على إقليم رواندا ، وتختص أيضا بمحاكمة المواطنين الروانديين المسؤولين عن الإبادة الجماعية والانتهاكات الخطيرة الأخرى التي ارتكبت على إقليم الدول المجاورة لرواندا في الفترة بين ١ كانون الثاني ١٩٩٤ و ٣١ كانون الأول عام ١٩٩٤ ، إذ نصت المادة (٥) من نظام المحكمة على أن يقتصر اختصاصها على الأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص المعنويين ، وهنا المحكمة مقيدة بذات القيد الذي فرض على المحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا، الا وهو استبعاد الأشخاص المعنوية.<sup>(٢)</sup>

أما المحكمة الجنائية الدولية المنشأة بموجب نظام روما فتمارس اختصاصها على الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون الجرائم الأشد خطورة، والتي تكون محط الاهتمام الدولي ، وايضا يشترط لقيام اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الشخصي أن يكون أحد رعايا دولة طرف في النظام الأساسي للمحكمة او اذا لم يكن المتهم من أحد رعايا دولة طرف، فيجب في هذه الحالة موافقة دولة المتهم التي ينتمي اليها جنسية ، كما أن المحكمة لا تكون مختصة اذا كان الشخص مرتكب الفعل يقل عمره عن (١٨) عاما وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه وذلك بحسب المادة (٢٥) من النظام الأساسي للمحكمة ، وعلية فإن المحكمة مقيدة بقيد قبول دولة جنسية المتهم متى ماكانت هذه الدولة غير طرف في النظام الأساسي للمحكمة، وكذلك قيد عمر المتهم.<sup>(٣)</sup>

## المطلب الثاني

### قبول ولاية المحكمة من قبل دولة محل الجريمة .

هناك مبدأ أساسيان لتحديد الاختصاص المكاني للمحاكم الجنائية وهما :-

الأول - مبدأ الاختصاص الإقليمي الشخصي .  
إذ يشترط لارتكاب الفعل للجريمة او احد عناصرها على إقليم دولة معينة لقيام اختصاص المحكمة.

## الثاني – مبدأ الاختصاص الاقليمي الموضوعي.

ووفقا لهذا المبدأ يكون كافيا لقيام اختصاص المحكمة مجرد ترتب أثر الجريمة داخل اقليم دولة معينة ايا كان مكان ارتكابها . وقد تباينت المحاكم الجنائية الدولية من حيث الأخذ بهذين المبدأين فبالنسبة لمحكمة يوغسلافية السابقة ، فقد اقتصر اختصاصها على الجرائم الدولية التي ارتكبت على اراضي يوغسلافية السابقة ، ويتضمن ذلك الاقليم البري، والبحري، والجوي، وبناء على ماتقدم فإذا ما ارتكب أحد الأشخاص عددا من الجرائم الداخلة ضمن الاختصاص الموضوعي للمحكمة ، وكان بعضها داخل حدود يوغسلافيا السابقة، والبعض الآخر خارجها ،فأن الاختصاص المكاني للمحكمة سوف يثبت فقط بالنسبة للجرائم المرتكبة داخل اقليم يوغسلافيا السابقة دون تلك المرتكبة خارجها (٩) مما يشكل قيد على اختصاصات المحكمة.

أما محكمة رواندا فأنها بمحاكمة الاشخاص المسؤولين عن ارتكاب الانتهاكات الخطرة للقانون الدولي الإنساني في رواندا ، قد تمتعت باختصاص شخصي ومكاني متداخل ، إذ إن المحكمة تحاكم كل من ارتكب انتهاكا ضمن الاقليم الرواندي – الاقليم البري والبحري والجوي – كما تختص ايضا بمحاكمة الروانديين عن الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني التي في الدول المجاورة، بمعنى أن المحكمة- محكمة رواندا- تختص بمحاكمة الروانديين

وغير الروانديين طالما الجرائم الدولية قد ارتكبت في حدود الاراضي الرواندية، اما اذا كانت الجرائم الدولية قد ارتكبت خارج حدود الاراضي الرواندية فيشترط لقيام اختصاص المحكمة ان تكون قد ارتكبت بوساطة المواطنين الروانديين، مما يدل على ان المحكمة لا تختص بمحاكمة غير الروانديين الجرائم التي ترتكب خارج حدود رواندا<sup>(١٠)</sup>، وهذا الامر يشكل قيد على اختصاصات المحكمة ، إذا ان من الممكن أن يكون غير الرواندي قد ارتكب انتهاك لقواعد القانون الدولي الإنساني خارج اقليم رواندا، الا انه في الوقت ذاته قد يؤدي إلى أضرار بالروانديين داخل الاقليم الرواندي أو خارجه.

وفيما يتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية ، فبأستقراء نصوص النظام الأساسي لهذه المحكمة نجد أنها تأخذ بمبدأ الاختصاص الجنائي الاقليمي ، ولا تتبع مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي ، ولأجل امتداد اختصاص المحكمة ليشمل محاكمة الجرائم الدولية المنصوص عليها في نظامها الاساسي ، فلا بد من توافر بعض الشروط.

إذ إن المحكمة تكون مختصة في حال الجريمة داخل احد الدول الاطراف، أو على متن إحدى طائراتها ، أو سفنها، أما إذا وقعت داخل إحدى الدول غير الاطراف فلا بد من قبول هذه الاخيرة الولاية الخاصة للمحكمة بمناسبة الجريمة موضوع النقاش.

اذاً لانعقاد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية لابد من توفر الشروط الآتية:-

## المطلب الثالث

### امتداد اختصاص المحكمة عند الإحالة من

#### مجلس الأمن .

تمارس المحكمة الجنائية الدولية اختصاصها عند قيام مجلس الامن ، بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة باحالة حالة فيها جريمة أو اكثر من الجرائم الواردة في النظام الأساسي للمحكمة، ويتضح مما تقدم إن مجلس الامن يستمد اساس اختصاصه بالااحالة الى المحكمة من مصدرين أساسيين هما نصوص ميثاق الأمم المتحدة، ونصوص النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية، علما أن مهمة مجلس الأمن تقتصر على إحالة حالة معينة من دون تحديد متهمين بعينهم، إذ إن وظيفة مجلس الأمن وظيفية سياسية هدفها حفظ الأمن والسلم الدوليين اما الوظيفة القضائية فهي منوطة بالمحكمة .

ويعد هذا الامر – الاحالة من مجلس الامن – استثناء من قاعدة الرضائية إذ إن الفقرة (ب) من المادة(١٣) تسمح بالتححرر من الشروط الواردة في ماده(١٢) من النظام الاساسي للمحكمة ، إذ إن نظام الاحاله من قبل مجلس الامن ، قد تم النص عليه منذ المراحل الأولى لإعداد النظام الاساسي للمحكمة من دون معارضة تذكر خلال سير المفاوضات في مؤتمر روما، وذلك لعدم وجود مبرر منطقي لمعارضته، إذ إن الإحالة من قبل مجلس الأمن وفقا للفصل السابع ، ومن ثم فهي ملزمة لجميع اعضاء الأمم المتحدة ، ومن ثم فلا يعقل ان يشترط في النظام الاساسي للمحكمة رضا وقبول الدول لتطبيق قرارات مجلس الامن .<sup>(١٦)</sup>

أولا\_ وقوع الجريمة داخل دولة طرف بنظام المحكمة الأساسي، وذلك بحسب المادة (٢/١٢) ، والتي تتضمن الاختصاص الشخصي التبعي للمحكمة الجنائية الدولية ، ولو كانت دولة جنسية المتهم ليست دولة طرف بالنظام الأساسي للمحكمة ، طالما أن الجريمة قد وقعت على إقليم – اقليم فعلي أو حكمي- دولة طرف في نظام المحكمة ، إذ إن المحكمة تمارس اختصاصها في هذه الحالة .

ثانياً\_ وقوع الجريمة داخل دولة غير طرف في النظام الاساسي للمحكمة ، الا أن هذه الدولة أعلنت قبولها الخاص لانعقاد ولاية المحكمة، وبناء على ماتقدم فإن هذه الدولة سواء أكان الجاني يحمل جنسيتها أم ارتكب الجريمة فوق اقليمها ستتمكن من الاستفادة من مزايا العدالة الدولية عند الحاجة.<sup>(١٧)</sup>

وبناء على ما تقدم فإن المادة(١٢) من النظام الاساسي قد بنيت على قاعدة عدم انعقاد الاختصاص الشخصي أو الاقليمي التبعي للمحكمة الجنائية الدولية إلا كلما تحقق القبول المسبق لولايتها من قبل دولة جنسية المتهم أو دولة وقوع الجريمة ذاتها، وعليه فإن اختصاص المحكمة يقوم على اساس مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية الايجابية، إلا ان هذا الامر قد يؤدي إلى عزوف الدول عن الانضمام إلى النظام الأساسي وإعاقة ممارسة المحكمة لاختصاصاتها بالنظر لشدة خطورة الجرائم المنظور من قبلها .

ومن الجدير بالذكر ، على الرغم من أن الإحالة من قبل مجلس الأمن قد تعمل على تخفيض القيود عن عمل المحكمة ، إلا ان مسألة صدور قرار بالإحالة من مجلس الامن ، قد يشكل قيداََ آخرأََ اذا ما اخذنا بعين الاعتبار العوامل السياسية التي قد تؤثر على هذا الامر .

وعلى أية حال فأن نطاق امتداد اختصاص المحكمة الشخصي والمكاني إلى الدول غير الأعضاء في النظام الاساسي عندما تكون هذه الإحالة من مجلس الأمن تتوقف إلى حد كبير على حسن نية اعضائه الدائمين في الاضطلاع بمسؤولياتهم الأساسية في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين وفقاً لميثاق الامم المتحدة ،

ويبدو ذلك جلياً في قرار مجلس الامن رقم (١٥٩٣) المتعلق باحالة الموقف في دارفور الى المحكمة الجنائية الدولية خير مثال على ذلك ، فعلى الرغم من اهمية هذا القرار في وضع حد لتلك الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الانساني ولحقوق الانسان المرتكبة في دارفور ، الا ان اهم ما يؤخذ على هذا القرار هو تدخل الانتقائية، والاعتبارات السياسية ويظهر ذلك من خلال الفقرة (٦) من القرار ، والتي تتيح الفرصه لافلات المجرمين غير السودانيين من المحاكمات ، وان كانوا من المساهمين في تلك الجرائم.<sup>(١٤)</sup>

و على هذا الأساس فإن الإحالة التي يقوم بها مجلس الأمن تزيل كل العراقيل ، والصعوبات المتعلقة بالحصول على قبول الدول غير الاطراف ، وذلك من خلال الزامية قرارات مجلس الأمن بالنسبة للدول الأعضاء في الامم المتحدة ، وعدم شمولها بقاعدة القبول المسبق لأي من هذه الدول ، وهو أمر يتفق مع نظرية التدخل الانساني القسري ، إذ إنه في حال تواطؤ الدولة المعنية مع الجاني أو تقاعسها عن تحريك اختصاصاتها القضائية في مواجهة الجرائم الدولية ، فإن انعقاد الاختصاص التبعي للمحكمة سيتم بدون طلب رضاه هذه الدولة ، ولكن هذا في حال صدور قرار من مجلس الأمن ولكن هل الحال كذلك عند صدور توصية عن مجلس الامن ، بعبارة أخرى هل يمكن أن تتم الإحالة بتوجيه من مجلس الامن ؟

بالطبع الأمر هنا سيكون مختلف تماماً فأن الدول الاعضاء في الامم المتحدة ملزمة بتنفيذ قرارات مجلس الأمن ، وهنا لا يظهر أي مبرر منطقي لمعارضة هذا النظام انطلاقاً من الإحالة من قبل المجلس وفقاً للفصل السابع ، فلو اشترط الحصول على رضا الدول غير الاعضاء ، فأن هذا الامر فيية محاولة للحد من القوة الالزامية للقرارات الصادرة عن مجلس الامن ، وهو أمر لا يمكن تصوره إلا إذا كانت الإحالة بشكل توصية صادرة عن مجلس الامن، إذ لا يمكن الادعاء بإمكانية وقدرة معاهدة دولية كاتفاقية روما لعام ١٩٩٨ ان تعدل السلطات المخولة لمجلس الأمن في ميثاق الأمم المتحدة.<sup>(١٣)</sup>

## المبحث الثاني

### القيود الواردة على اختصاص المحكمة الموضوعي والزمني .

سبع سنوات من بدء سريان هذا النظام الاساسي عليها ، وذلك يتعلق بفئة جرائم الحرب وحدها لدى حصول ادعاء بأن مواطنين من تلك الدولة قد ارتكبو جريمة من تلك الجرائم ، أو ان الجريمة ارتكبت في اقليمها ، ويمكن في أي وقت سحب الاعلان الصادر بموجب هذه المادة، ويعاد النظر في أحكام هذه المادة في المؤتمر الاستعراضي الذي يعقد وفقا للفقرة (١) من المادة (١٢٣).<sup>(١٥)</sup>

وبناء على ماتقدم فإن الدولة التي انضمت إلى النظام الاساسي للمحكمة ، قد اختارت تأجيل بعض التزاماتها فيما يتعلق بجرائم الحرب لفترة سبع سنوات من تاريخ نفاذ احكام النظام الاساسي ازاءها، وهو قيد واضح على سلطة المحكمة الجنائية الدولية ، وهذا الأمر يظهر بشكل واضح<sup>(١٦)</sup> ، وذلك حتى مع تدخل مجلس الأمن ، فلو أقرضنا أن أحد الدول دائمة العضوية قررت الاستفادة من هذه الرخصة، فمن المستبعد من الناحية العملية أن توافق على قرار صادر عن مجلس الأمن يتضمن استبعاد تطبيق نظام الخروج عن اختصاص المحكمة بالنسبة لجرائم الحرب، بالإضافة إلى ذلك، فإن رخصة النفاذ المؤجل تختلف عن قاعدة القبول المسبق لانعقاد اختصاص المحكمة. إذا كانت الإحالة صادرة عن مجلس الأمن، إذ إن الأخير غير ملزم بالشروط الواردة في المادة(١٢) من النظام الاساسي ولكن بشكل ضمني، كما انه ليس لمجلس الأمن أن يمد اختصاصه، وذلك للخروج على تطبيق رخصة النفاذ المؤجل،

ربما من الصعب بمكان تنسيق اختصاصات المحكمة مع اختصاصات مجلس الامن ، وكذلك من الصعب تحديد النتائج المترتبة على تدخل مجلس الأمن في التحديد الاتفاقي لاختصاصات هذه المحكمة ، فاذا كانت الإحالة الصادرة و عن مجلس الامن من شأنها أن تؤدي الى تمديد اختصاصها فهل سيمثل ذلك رخصة النفاذ المؤجل التي تضمنتها المادة (١٢٤) من النظام الاساسي للمحكمة ، وهل يشمل الخروج على مبدأ عدم الرجعية الذي نصت عليه المواد (١١و١٢٦) من نفس النظام ،ومبدأ التكميلية ،وبناء على ماتقدم سنقسم المبحث على ما يأتي

#### المطلب الاول - رخصة النفاذ المؤجل .

#### المطلب الثاني - مبدأ عدم الرجعية

#### المطلب الثالث - مبدأ التكميلية .

### المطلب الاول

#### رخصة النفاذ المؤجل .

رخصة النفاذ المؤجل (OPT OUT) والذي تضمنته المادة(١٢٤) التي كانت فرنسا وراء إدراجها، إذ نصت هذه المادة على أنه (بالرغم من أحكام الفقرتين (١و٢) من المادة (١٢) يجوز للدولة عندما تصبح طرفاً في النظام الاساسي ان تعلن عدم قبولها اختصاص المحكمة لمدة

القانون الاصلح للمتهم ، كما لو ادى الى زوال الصفة التجريبية عن الفعل ، او ادى الى تخفيض العقوبة، وبناء على ما تقدم فإن النص على هذا المبدأ قد ورد في جملة من الاتفاقيات الحقوقية ، مثل العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية في المادة (١) منه، وكذلك الاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان في المادة (٩) منها (١٨).

وقد كان النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية واضحاً في تبني مبدأ عدم الرجعية، وذلك من خلال نص المادة (٢٤) ، والذي يعد احد اهم محددات الاختصاص الزمني للمحكمة ، وذلك في الفترة التالية لبدء نفاذ النظام الاساسي للمحكمة ، كما أن هذا النظام لم يغفل الاستثناء الوارد على مبدأ عدم الرجعية، والمتمثل في رجعية القانون الأصلح للمتهم ، إذ نصت المادة (٢٤) في فقرتها الثانية على (٢- في حالة حدوث تغيير في القانون المعمول به قبل صدور الحكم النهائي ، يطبق القانون الأصلح للشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة) (١٩).

ومن الجدير بالذكر أن امتداد اختصاص المحكمة للخروج على هذا المبدأ العام هو أمر غير متصور حتى مع إحالة مجلس الأمن ، إلا أن فريق من الفقه يذهب الى عكس هذا الاتجاه مستند في ذلك إلى القانون الدولي العرفي ، والقانون الدولي الاتفاقي ، إذ يرى هذا الاتجاه من الفقه ، بأن المادة (٥) من النظام الاساسي تضمنت الجرائم الأكثر خطورة، وهي جرائم دولية قبل إبرام هذا النظام ، وبناء عليه فمن المفترض ان يضاف عليه مادة (١١) من النظام

كما ان هذه الرخصة - رخصة النفاذ المؤجل - وجد الكثير من الفقه بأنها بمثابة تحفظ، وعليه فإن هذا الامر يتعارض مع الحكم الوارد في النظام الاساسي، والذي ينص من خلال المادة (١٢٠) منه على انه لا يجوز ابداء اي تحفظات على هذا النظام، كما ان مقتضيات العدالة الدولية ، واحترام حقوق الانسان ، ومصصلحة المجتمع الدولي تكمن في منع جرائم الحرب ، إذ إنها أكثر الجرائم الدولية وقوعاً كما انها الأكثر خطورة، لذلك فإن نص المادة (١٢٤) في النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية يشكل قيداً حقيقياً على اداء هذه المحكمة لمهامها واختصاصاتها، علماً ان امكانية التعديل وارادة في النظام الاساسي للمحكمة وذلك ضمن المواد (١٢١ و١٢٣). (١٧).

## المطلب الثاني

### مبدأ عدم الرجعية

وهو أحد مبادئ الشرعية ، ومفاده عدم تطبيق القانون العقابي على الافعال المرتكبة قبل صدور القانون، وهو مبدأ يهدف اساساً إلى وضع قيود على سلطة المشرع بعدم سن قوانين عقابية يتم فرضها على الافعال التي اقترفت قبل صدور القانون العقابي، كما يفرض هذا المبدأ قيود على سلطة المحكمة بحيث يتوجب عليها تطبيق القانون الساري وقت ارتكاب الجريمة وليس القانون وقت توجيه الإتهام، إلا أنه يرد على هذا المبدأ استثناء هام، إذ يمكن تطبيق القانون بأثر رجعي اذا كان من شأنه ان يكون

على المعاهدة المنشئة للمحكمة، وبذلك تكون هذه المحكمة قد تقاطعت مع الفكر الذي اقيمت على اساسه محكمتي يوغسلافيا السابقة، وراوندا، إذ إن هاتين المحكمتين زاحمتا القضاء الوطني مع اولوية لهما في الاختصاص بالمعاقبة على الجرائم شديدة الخطورة في القانون الدولي.

أما المحكمة الجنائية الدولية فلها نهج مختلف إذ إنها لن تزاحم الهيئات القضائية الوطنية، ولن تكون لها الاسبقية عليها، فقد حرص النظام الأساسي على ابراز الدور المكمل لهذه المحكمة، إذ نصت الفقرة العاشرة من ديباجة النظام الأساسي على أن المحكمة المنشئة بموجب هذا النظام الأساسي ستكون مكملة للولاية القضائية الجنائية الوطنية، كما ان المعنى ذاته تكرر في المادة (١) من النظام الأساسي، كما أن البند السادس من الديباجة - ديباجة النظام الأساسي - نصت على أنه من واجب كل دولة أن تمارس ولايتها القضائية الجنائية على أولئك المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية، كما أن المواد (١٧-٢٠) من النظام الأساسي تناولت القواعد الموضوعية والاجرائية المتعلقة بالمقبولية والدفع بعدم اختصاص المحكمة، وهو الامر الذي يحدد مضمون مبدأ التكميلية، فإذا كان مشرع لجنة القانون الدولي عام ١٩٩٤، والخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، قد جاء بصالح

فقرة ثالثة تمد اختصاص المحكمة الزماني الى جرائم سابقة على نفاذ النظام الاساسي للمحكمة، وذلك بالاستناد إلى مبادئ القانون الدولي، وعليه فإن أحالة مجلس الأمن من شأنها أن تخرج المحكمة عن تطبيق مبدأ عدم الرجعة.<sup>(٢٠)</sup>

ونحن هنا نناقش امتداد اختصاص المحكمة المقيد اصلا باحكام نظامها الاساسي، والتي لا تمنح مجلس الأمن إمكانية الخروج على مبدأ عدم الرجعية، هذا بالإضافة إلى الموقف السلبي المتوقع من الاعضاء الدائمين في مجلس الامن، وكذلك موقف دول أخرى ستفرض هذا الاستثناء لاسيما اذا ما كانت من الدول التي ترتكب انتهاكات في مجال حقوق الانسان، وبناء عليه فإذا كانت الاحالة الصادرة من مجلس الامن من شأنها ان تمد اختصاص المحكمة الشخصي والاقليمي، فإنه من الصعب القول بذلك فيما يخص الاختصاص الزمني ومن كل ذلك يظهر هنا قيد آخر من القيود الواردة على اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية.

## المطلب الثالث -

### مبدأ التكميلية .

ان مبدأ التكميلية هو حجر الأساس في نظام هذه المحكمة، إذ إن اختصاص هذه المحكمة لا يعد بديلا عن الاختصاص القضائي الوطني، انما هو مكمل له، وهذا الامر هو ما شجع الدول على التصديق

## ثانياً - عدم قدرة الدولة على ممارسة اختصاصها الوطني.

عدم القدرة يكون في الغالب ناجم عن انهيار كلي أو جزئي في نظامها القضائي الوطني، أو بسبب عدم قدرته على الحصول على الأدلة أو الشهادة الضرورية أو إحضار المتهم، وعدم القدرة لا يعني عدم الرغبة إنما هو ناجم عن حدوث طارئ أفقد الجهاز القضائي قدرته على مباشرة اختصاصاته، كما أن عدم القدرة قد يكون ناجم عن النقص أو القصور في القانون الموضوعي أو أن التشريع لا يلبي معايير حقوق الإنسان الدولية المعرفة، وتحقق أي من الحالات السابق ذكرها، فإن ذلك من شأنه أن يكشف عن عدم قدرة الدول على ممارسة الدولة لاختصاصها القضائي الوطني، الأمر الذي يفرض تدخل المحكمة وأخذها الاختصاص من القضاء الوطني<sup>(٢٢)</sup>، ولكن إذا انتفت عدم الرغبة، وعدم القدرة فإن المحكمة سيتوقف اختصاصها لصالح الاختصاص الوطني، وهذا الأمر بشكل أو آخر يمثل قيد اختصاص المحكمة.

## المبحث الثالث

### دور مجلس الأمن في تنفيذ اختصاصات المحكمة.

عهد ميثاق الأمم المتحدة إلى مجلس الأمن بمسؤولية حفظ السلم والأمن الدوليين، وافصح الميثاق عن أن هذه المهمة منوطة به، وذلك من خلال المادة (٢٥) منه.

الدول، إذ أنه نص على أن الدعوى تصبح غير مقبولة بمجرد مباشرة إجراءات الدعوى على المستوى الوطني، فإن المادة (١٧) من النظام الأساسي للمحكمة أوجد نوعاً من التوازن بين صلاحيات الدول وصلاحيات المحكمة، وذلك من خلال منح المحكمة مهمة تحديد مدى قبول الدعوى أمامها، ووفقاً لمعايير تستند إليها في ذلك وهي كالتالي:-

### أولاً - عدم رغبة الدول في ممارسة اختصاصها الوطني.

احتاط النظام الأساسي لحالات الامتناع أو التهرب من محاكمة مرتكبي الجرائم، واتخاذ البدء بالاجراءات مجرد وسيلة لإفلات الجناة من العقاب، لاسباب مختلفة، وقد بين النظام الأساسي حالات إذ ما ثبت أيا منها عدت الدولة غير راغبة في ممارسة اختصاصها الوطني وهي:-

١- البدء بالاجراءات، ويتم في الوقت نفسه تبني قرار وطني بفرض الحماية من المسؤولية للشخص المسؤول عن جرائم داخلية في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

٢- التأخر في الاجراءات بدون مبرر مع نية تقديم الشخص المعني للمحاكمة.

٣- ان تباشر الاجراءات بشكل مستقل أو نزوية أو لاتباشر أصلاً على نحو لا يتفق مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة.<sup>(٢١)</sup>

وبالرغم من أن المحكمة الجنائية الدولية – وهي هيئة مستقلة عن الأمم المتحدة – مهمتها ملاحقة ومعاقبة مرتكبي أشد الجرائم خطورة، فهي موضع اهتمام المجتمع الدولي ككل، الأمر الذي فرض إيجاد علاقة تعاون في هذا المجال بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، ولم تكن هذه العلاقة لولا الهدف الموحد لكلا منهما في إحلال السلم والأمن الدوليين، وعليه سنعالج المحددات أو القيود التي أفرزتها هذه العلاقة، كما يلي:-

**المطلب الاول :- سلطة التعليق.**

**المطلب الثاني :- شروط التعليق .**

**المطلب الثالث :- التجميد .**

## المطلب الاول

### سلطة التعليق

وردت هذه السلطة في المادة (١٦) من النظام الأساسي للمحكمة، والتي جاءت تحت عنوان أرجاء التحقيق أو المقاضاة، إذ تنص هذه المادة على أن (لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهراً بناء على طلب مجلس الأمن الى المحكمة، بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها).<sup>(٢٣)</sup>

فإذا كان الدور الذي يلعبه مجلس الأمن بموجب المادة (١٣) من النظام الاساسي له أهمية كبيرة من حيث تفعيل اختصاص المحكمة، وهو أحد الآليات من بين آليات أخرى طرحها

النظام الأساسي – الدولة الطرف أو المدعي العام المحكمة – فإن المادة (١٦) من النظام نفسه، فأنها أكثر خطورة، وأكبر أهمية، حيث بموجب هذه المادة يقوم المجلس – وهو الوحيد الذي يملك هذا الحق – بتأجيل التحقيق أو المقاضاة في كل الظروف، بعبارة أخرى حتى وإن كانت المحكمة مختصة، وفقاً للمادة (١٣) من النظام الاساسي، وانطلاقاً من نص المادة (١٦) التي أعطت المجلس سلطة التعليق، فلا بد من التعرف على الأسباب التي دعت إلى صياغة هذه المادة ضمن النظام الاساسي للمحكمة، علماً أن هذا النص جاء بعد خلاف كبير بين ممثلي الدول، إلا أن جملة من المبررات أدت إلى إيجاد هذه المادة يمكن إيجازها بالآتي:-

**أولاً – متطلبات تحقيق العدالة وضرورات التسوية .**

إذ إن هذه المادة كانت بمثابة محاولة لإقامة التوازن بين هذين الأمرين، إذ لا بد من إقامة نوع من التوازن بين صلاحيات مجلس الأمن وفقاً للميثاق من جهة، وانشاء وإدارة محكمة جنائية دولية مستقلة في عملها لا تتأثر بنفوذ أي جهاز سياسي، كما أن وجود هذه المادة يهدف إلى تجنب أي عوائق في سبيل تحقيق هدف حفظ السلم والأمن الدوليين، إذ قد تشكل المتابعات التي تجربها المحكمة تهديداً يؤدي بالنهاية إلى عرقلة هذا الهدف، وبالرغم من أن مجلس الأمن لم تكن له مثل هذه السلطة

## المطلب الثاني

### شروط التعليق .

بحسب المادة (١٦) - سالف الذكر - يتضح لنا بأن هناك مجموعة من الشروط التي يجب ان تتوفر في طلب التعليق، حتى يكون صحيحا، وهي كالآتي:-

### أولاً- صدور قرار التعليق وفقا للفصل السابع من الميثاق .

هذا الشرط يعني أن يكون القرار صادر وفقا للمواد (٣٩-٥١) من ميثاق الأمم المتحدة ، أي الاجراءات التي يتخذها مجلس الأمن في حالات تهديد السلم والامن الدوليين، او خرقهما ، او وقوع عمل من اعمال العدوان ، وعليه فأن التعليق يكون غير صحيح استناده إلى الفصل السابع من الميثاق، اذا لم يحدد مجلس الامن حالة من هذه الحالات ، وطلب التعليق يبقى صحيحا حتى وإن كان التكييف للحالة وفقا للمادة (٣٩) من الميثاق ، حيث ان لمجلس الامن سلطة تقديرية واسعة.

### ثانياً- صدور قرار من مجلس الأمن يطلب فيه من المحكمة ارجاء التحقيق او المقاضاة.

اذ ان مجرد قيام المجلس بفحص النزاع او الموقف باعتباره يهدد السلم والامن الدوليين لايعني بأي حال من الاحوال ايقاف عمل المحكمة ، يجب أن يتخذ المجلس موقفا ايجابيا، من خلال صدور قرار عن المجلس لا مجرد توصية.

على محكمة العدل الدولية التي هي احد اجهزة منظمة الامم المتحدة ، إلا أنه تمتع بهذه السلطة - اي مجلس الامن - في مواجهة المحكمة الجنائية الدولية ، وهي هيئة قضائية دولية غير تابعة للأمم المتحدة ، ولكن يمكن الرد على هذه المفارقة بأن واضعوا هذا النظام ارادوا أن يأتي متناسقا مع أحكام ميثاق الأمم المتحدة.(٢٤)

### ثانيا- مراكز القوة.

مبررات وجود هذه المادة الحقيقية ربما تكمن في المخاوف التي عبرت عنها الدول الكبرى أو الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن اثناء مفاوضات روما ، عندما عبرت عن مخاوفها من تعرضها إلى شكاوى تعسفية خاصة من قبل الدول التي تواجدت على اراضيها قوات حفظ السلام الدولية ، كما أن هذه الدول بإمكانها أن تشل عمل المحكمة داخل مجلس الامن بأن ترفض على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة عدم التعاون مع المحكمة ، وذلك بموجب المواد (٢٥،٣٩،٤١) من الميثاق، كما تستطيع أن توقف عمل المحكمة خارج مجلس الأمن أيضا ، كما فعلت الولايات المتحدة الامريكية من خلال الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها مع العديد من دول العالم بغية الحد من التعاون مع المحكمة، كما دعمت هذا الاجراء باصدار قانون حماية افراد القوات المسلحة الامريكية، والذي يقطع المعونة العسكرية عن الدول التي صادقت على نظام روما الاساسي .(٢٥)

## المطلب الثالث

### التجميد

ان مهمة المحكمة الجنائية الدولية تبدو معقدة وصعبة للغاية ، لا سيما وانها في أحيان كثيرة تتقاطع مع الدور الذي يلعبه مجلس الأمن ، وعلية فأن تفعيل اختصاص المحكمة، وفقا لما هو وارد في النظام الاساسي لهذه المحكمة قد يكون في بعض الاحيان صعبا لابل مستحيلا ، وتكمن هذه الصعوبة ، في أن مهمة المحكمة في تحقيق العدالة الجنائية الدولية قد تؤدي الى انعكاسات غير مرغوب فيها، الامر الذي قد يؤثر سلبيا في عملية السلام ،لذلك جاء الاتفاق على تجميد اختصاص المحكمة بالنظر في جرائم العدوان<sup>(٢٧)</sup>، وذلك لحين تبني تعريف لها، ومن ثم تحديد شروط ممارسة المحكمة لاختصاصاتها ازاء هذه الجريمة، وبناء على ما تقدم فأن ارتباط المحكمة بمجلس الامن هو ارتباط لايد منه إذ لا يوجد سلام ما لم توجد عداله، حتى وان كانت الاوضاع هادئة الا أن ضمانة السلام الحقيقية هي العدالة الحقيقية الإ ان هذه الارتباط من ناحية أخرى شكل قيديا حقيقيا على ممارسة المحكمة لاختصاصاتها ، وان كان ذلك قد تم بشكل غير مباشر احياءً، وظهر بشكل جلي احيان اخرى.

ثالثاً – أن يتضمن هذا القرار طلب صريح وواضح من مجلس الامن بوقف الاجراءات – أي أن يتضمن معنى التعليق – كما أن الطلب يجب أن يوضح تأثير استمرار المحكمة بهذه الاجراءات على قيام المجلس بمهامه في حفظ السلم والامن الدوليين، كما ان طلب المجلس يجب أن يعبر عن هدفة في صيانة السلم والامن الدوليين وهي المهمة الأساسية التي انيطت بالمجلس ، ويكون هذا التعليق لمدة اثني عشر شهرا قابلة للتجديد من دون حد اقصى.

رابعا – يتضح من النص أن تعليق عمل المحكمة يكون محدود بمدة معينة ، وهي فترة اثني عشر شهرا فقط، وبمجرد انتهاء المدة تستأنف المحكمة اجراءاتها ، الا أنه يجوز لمجلس الأمن أن يجدد التعليق – بذات الشروط – الا ان هذا الشرط يظهر دورا ايجابيا لحق الفيتو ، إذ يكفي أن يعارض أحد الاعضاء الدائمين قرار التعليق، فأن المحكمة ستكون قادرة على الاستمرار في عملها ، اما عن تاريخ البدء بأحتساب فترة الاثني عشر شهرا فهي من تاريخ إعلان قرار مجلس الامن .<sup>(٢٨)</sup>

ومن قراءة دقيقة لنص المادة(١٦) من النظام الأساسي نجد أنها من المواد الخطره، وذلك لأثرها السلبي على استقلال المحكمة الامر الذي يجعل منه قيد حقيقي على سلطة المحكمة .

## الخاتمة والاستنتاجات

دفعت الاهوال التي أصابت البشرية خلال الحروب المعاصرة الهيئات الدولية، والدول الى المطالبة للحد من اثار الحروب، وتهذيبها بحيث تتفق مع المبادئ الانسانية، ويعد تأسيس المحكمة الجنائية الدولية خط النهاية لحقبة تاريخية من الحروب الوحشية التي لا تفرق بين المقاتلين والمدنيين، وبداية في تاريخ العدالة الجنائية الدولية.

ولكن على رغم من الدور المقيد لمجلس الامن في تفعيل اختصاصات المحكمة وفقا للمادة (١٣ب) من النظام الاساسي للمحكمة ، إلا أنه في الوقت نفسه هناك عوائق يثيرها هذا التدخل وهي راجعه لطبيعة تشكيل مجلس الامن وطبيعة عمله، ويكمن الخطر الاساسي في تعسف الدول دائمة العضوية ، واستخدام حق النقض ، وهذا الامر يجعل فرضية أن سلطة مجلس الامن في حفظ السلام الدولي تتكامل مع مهمة المحكمة في تحقيق العدالة الجنائية الدولية معلق على إرادة الدول دائمة العضوية في المجلس.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، فإن مهمة المحكمة ازدادت صعوبة عندما نص نظامها الاساسي على امكانية تدخل مجلس الامن لتعليق عمل المحكمة ، وذلك من خلال المادة (١٦) من هذا النظام ، وبناء على ماتقدم فيمكن القول بأن سلطة مجلس الامن وفقا للنظام

الاساسي للمحكمة هو سلاح ذو حدين إذ يمكن أن يكون التدخل في غاية الايجابية، وكذلك يمكن أن يكون في غاية السلبية ، لأجل تجنب الآثار السلبية لهذا التدخل فلا بد من ان يكون هدف مجلس الامن هو تحقيق العدالة شاملة دون تمييز، والتغلب على حسابات المصالح القومية للدول الدائمة في مجلس الامن، وذلك يتم أما عن طريق توسيع العضوية في مجلس الامن او الحد من استخدام حق النقض، وجعله في أضيق نطاق ممكن، وان كان تحقيق هذه الفرضية أمر في غاية الصعوبة، بالإضافة إلى ماتقدم فلا بد من تقديم بعض المقترحات وهي:-

١- لا بد من اجراء معالجة لأوجه القصور والخلل في النظام الاساسي للمحكمة كتوسيع جهات الاحالة فلا تكون قاصرة على مجلس الامن فقط بل تشمل اجهزة أخرى في الأمم المتحدة كالجمعية العامة على سبيل المثال لا الحصر .

٢- كذلك من غير المنطقي امتداد اختصاص المحكمة إلى الدول غير الأعضاء في النظام الأساسي ، إذ إن هذا الامر يتعارض مع مبدأ نسبية أثر المعاهدات الوارد في اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩، لذلك لا بد من استحصال موافقة الدول غير الاعضاء لتخضع للنظام الاساسي ، كما يفضل إضافة نص يهدف الى التعاون هذه الدول مع المحكمة، وذلك بتقديم المساعدة القضائية لها.

،السنة السابعه والعشرون ، العدد الثاني – حزيران  
- ٢٠٠٣ - ص ٥٨

٣- ينظر الازهر لعبيدي – حدود سلطات مجلس الامن  
في عمل المحكمة الجنائية الدولية ، دار النهضة  
العربية – مصر – ٢٠١٠ – ص ٩٤ .

4- Claus Kress، versalles – Nuremberg \_  
The Hague Germany and International  
criminallaw،Symposium، International  
Lawyer، spring -2006 – P.20  
5- R.John Pritchard The International Mil-  
itary Tribunal for The Far East and its  
contemporary resonances . conference  
paper . military law Review، Summer  
1995،at 31.

٦- ينظر د. احمد ابو الوفا – الملامح الاساسية للنظام  
الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بالقوانين  
والتشريعات الوطنية ، المجلة المصرية للقانون  
الدولي ، المجلد الثامن والخمسون – ٢٠٠٢ ص ٢٥ .  
٧- ينظر د. احمد محمد المهدي بالله – النظرية العامة  
للقضاء الدولي الجنائي ، الطبعة الاولى ، دار  
النهضة العربية – مصر – ٢٠١٠ ، ص ٥٣٧ .

٨- ينظر د. هاني سمير عبد الرزاق – نطاق اختصاص  
المحكمة الجنائية الدولية (دراسة في ضوء الاحكام  
العامة للنظام الاساسي وتطبيقاتها ) الطبعة الثانية ،  
دار النهضة العربية – مصر – ص ٥٦ .

٣- وضع آلية لمراجعة القرارات الصادره عن  
مجلس الامن ، والمتعلقة بالماده (١٦) من النظام  
الاساسي للتأكد من توافر كل الشروط الواجب  
توافرها بموجب هذه المادة ، وكذلك وضع ضوابط  
قانونية محددة لممارسة مجلس الامن سلطنة في  
طلب تجديد تعليق عمل المحكمة ومن الأفضل  
حصرها بعدد معين من المرات.

٤- كما ينبغي وضع تعريف واضح ، ومحدد  
للعدوان في أقرب وقت لتفويت فرصة الافلات  
من الحساب على مرتكبي هذه الجريمة.

## الهوامش والمصادر

1- Manhnoush H. Arsanjani، Reflections on  
The Jurisdiction and Trigger – mechanism  
of The International Criminal Court ، at  
Herman A.M von Hebel، Johan G. Lam-  
mers and Jolien Schukking، Reflections  
on The International Criminal Court ،  
Essays in Honour of Adrian Bos، T.M.C  
Asser Press، 1999، P.59

٢- ينظر مدوس فلاح الرشيدى، البية تحديد الاختصاص  
وانعقاده في نظر الجرائم الدولية وفقاً لاتفاق روما  
لعام ١٩٩٨ مجلس الامن الدولي ، المحكمة الجنائية  
الدولية والمحاكم الوطنية ، مجلة حقوق الانسان

- ١٧- ينظر الازهر لعبيدي - مصدر سابق - ص ١١٦ .
- 18- Ferrando Mantovani ، The General principles of international Criminal Law :The View point of National Lawyer، Journal of international Criminal Justice، April،2003،p.30
- ١٩ - ينظر نظام روما الاساسي - مصدر سابق - .
- ٢٠ - ينظر الازهر لعبيدي - مصدر سابق - ص ١١٧ .
- ٢١ - ينظر د.احمد ابو الوفا - مصدر سابق - ص ٢٩ .
- 22- Lijun Yang ، on The principle of complementarity in Rome statute of The international criminal court، Chinese Journal of international Law، Vol - 4، N.1،2005،p.123.
- ٢٣ - ينظر نظام روما الاساسي - مصدر سابق - .
- ٢٤ - ينظر د.هاني سمير عبد الرزاق - مصدر سابق - ص ١٠٩ - ١١٠ .
- ٢٥ ينظر د.احمد محمد المهدي بالله - مصدر سابق - ص ٥٨٠ - ٥٨١ .
- 26- David Tolbrt، international criminal law: past and future،univer sity of pennsylvania Journal of international law، summer،2009،at 1291-1292.
- ٢٧- ينظر الازهر لعبيدي - مصدر سابق - ص ١٦٩ .
- ٩- ينظر نظام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافية السابقة ، الذي تبناه مجلس الامن بموجب القرار رقم ٨٢٧ /مايس /١٩٩٣ .
- ١٠- ينظر نظام المحكمة الجنائية الدولية الخاصه براواندا ، الصادر بموجب قرار مجلس الامن رقم ٩٥٥ في ٨/تشرين الثاني / ١٩٩٤ .
- ١١- ينظر نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية والذي دخل حيز النفاذ في ١/ تموز / ٢٠٠٢ .
- ١٢- ينظر امجد هيكل ، المسؤولية الجنائية الفردية امام القضاء الجنائي الدولي (دراسة في اطار القانون الدولي الانساني) ، دار النهضة العربية - مصر - ٢٠٠٨ - ص ٥١٩ .
- 13- serge Sur ، Le droit International penal entre l'Etat et la societe international ، colloque sur le droit penale international ، P.5.
- ١٤- ينظر عمر محمود سليمان المخزومي ، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة مجرمي الحرب ، رساله دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ٢٠٠٥ ، ص ٤٦٩ .
- ١٥- ينظر . نظام روما الاساسي مصدر سابق .
- 16- Doried Becheraoui ، L'exercice des competences de la Cour penale International،Revue internationale de Droit penal international، Vol /2/2005،p14

## **Restrictions on the competence of the International Criminal Court**

Assist. Prof. Dr. Hadeel Saleh Abood \*

### **Abstract**

The establishment of an efficient international system of criminal accountability for violations of human rights in times of war or armed conflicts is one of the basic guarantees of respect for these rights and the prevention of such violations.

Accordingly, international community has taken steady steps towards this goal. The first effort was after the First World War, where the Treaty of Versailles stipulated the trial of Germany's Caesar, and every person of German government accused of war crimes, before special courts of an international character.

This idea emerged again by the end of the Second World War, Thus, the courts of Tokyo and Nuremberg have been established. And In the 1990s, many special criminal courts were set up to address gross violations of human rights, customs, and laws of war in both Yugoslavia and Rwanda.

However, the most important event is the entry of the Statute of the International Criminal Court into force on July 1, 2002. In this event, international law became armed with a judicial body to hold accountable perpetrators of serious crimes in the field of human rights and international humanitarian law. But linking this court to the Security Council, has created many restrictions on the terms of reference of this court

---

\* College of law/ Almustansyriah university

# الآثار القانونية لرقابة ديوان الرقابة المالية الإتحادي

أ.م.د. بان صلاح عبد القادر الصالحي<sup>(\*)</sup>

م.م. علي عبد العباس<sup>(\*)</sup>

## المقدمة

لا شك أن مالية الدولة تؤدي دوراً هاماً في تحديد مسارها التنموي والسياسي والاقتصادي ، لذا بات الحفاظ على المالية العامة هدفاً سامياً لكل النظم المتقدمة الذكر ، وقد ولدت الرقابة المالية العليا نتيجة للتطورات السياسي والاقتصادية الهامة التي شهدتها المجتمع العالمي ؛ لذلك كانت الرقابة المالية العليا المنسبة على المال العام منوطة بأجهزة فنية متخصصة تحظى بالاستقلال تعمل على كشف المخالفات المالية والمتلاعبين بالمال العام لذلك كان نجاح دور ديوان الرقابة المالية الإتحادي في العراق ونظرائه في الدول محل المقارنة رهين من التأكد من كفاءة وفعالية تلك القوانين الناظمة لمالية الدولة وتحديد اوجه النقص والقصور فيها ومدى تحقيقها للأغراض التشريعية المسنونة من اجلها •

## المستخلص

يشكل المال العام الشريان النابض بالحياة في المرافق العامة ، والممد لها بحسن السير والانتظام ، لذلك نجد إن المشرع قد وطّد قواعد لحمايته وصونه ورتب على ذلك جزاءات مختلفة • كما نظم اصول ادارتها واستعمالها ورتب على مخالفة ذلك النظام جزاءات عدة بحسبانها مقابلاً لمخالفات تنتهك ثروة الامة ، كما انشئ المشرع لذلك الغرض جهات رقابية شتى للذود عن المال العام بعده ؛ أحد المصالح العليا للأمة ، وكانت الاجهزة الرقابية العليا خير وسيلة لضمان غايات المشرع، وتختلف النظم القانونية في تكييف هذا الفعل او ذلك لأنه مخالفة مالية مستوجبة لتدخل الاختصاص الرقابي لديوان الرقابة المالية الإتحادي في العراق ومثيلاته في النظم القانونية المقارنة ، وهذا الاختلاف المتقدم يستتبع اختلافا في اصول ملاحقة وتصفية تلك المخالفات ومدى تحقيق تلك الاجراءات للحماية الحقة للمال العام

\* جامعة بغداد /كلية القانون

\* \* جامعة البصرة /كلية القانون

## أهمية البحث وهدفه:

الوقوف على تقييم موضوعي للأداء الرقابي لديوان الرقابة المالية الاتحادي وصولاً للتعرف على مواطن الضعف والقوة في منظومة معالجة المخالفات المالية والتصرف بها . كذلك محاولة سد النقص الحاصل في دراسة المسؤولية القانونية المترتبة من جراء المخالفات المالية في مقابل الكم الهائل في دراسة المخالفات التأديبية ، كما حاول الباحثان وضع حدود فاصلة بين انواع المخالفات التي تطل المال والنشاط العام وتؤثر في سير المرافق العامة واستدامتها .

## منهجية البحث

استعان الباحثان في حوض غمار البحث ، بالمنهج التحليلي المقارن الذي ينصب على استقراء النصوص القانونية وتحليلها واخذ العينات من واقع التطبيقات العملية ومقارنتها بالنظم القانونية السائدة في (فرنسا ، مصر).

## خطة البحث

### المقدمة

المطلب الاول : تحديد المخالفات المالية

المطلب الثاني: مباشرة التحقيق الاداري .

المطلب الثالث : مخاصمة المخالف امام القضاء .

المطلب الرابع : تنظيم التقارير الرقابية .

الفرع الاول : ضوابط تحضير التقارير الرقابية

الفرع الثاني : انواع التقارير الرقابية .

الفرع الثالث : حجية التقارير الرقابية .

## الخاتمة : الاستنتاجات -

### التوصيات

جعلنا الاثار القانونية لرقابة ديوان الرقابة المالية الاتحادي عنواناً لأننا سنفصل الكلام عن التطرق للآثار القانونية فقط من دون الاثار الاخرى (الاقتصادية ، المحاسبية ، المالية . . .) وتعني آثار الرقابة هي جملة إجراءات تتخذها السلطة المختصة (جهة الرقابة المالية المستقلة) تجاه ما تكشف عنه العمليات الرقابية من نتائج<sup>(١)</sup>، وهذا يعني أن ترتب النتائج سابق على وجود الاثار . وقد أنتقينا الاثار القانونية من تلك الأنواع سالفة الذكر لعدة أسباب ، غلبة الطابع القانوني على الدراسة ، عظم شأن الاثار القانونية إذا ما قيست بسائر الاثار الاخرى . هذا وان الكلام في هذا المطلب سيتوزع الكلام فيه على ستة فروع بادئين أولاً بتحديد المخالفات المالية وما يقترب منها من مخالفات ، مروراً بالاجراءات المرافقة من تحقيق . . . . . وإنهاءً بتصفية المخالفات المالية وآثارها ، وعلى هدي ما تقدم سنشرع في تحليل مضامين هذا المطلب

### الفرع الأول

#### تحديد المخالفات المالية

إبتداءً لكي تؤدي جهة الرقابة المالية المستقلة دورها على نحو دقيق وأمين ومجدٍ لأبد من أن تتبع خلال عملها الرقابي جملة عمليات ، وإجراءات لكي تتوصل إلى نتائج دقيقة محايدة وصادقة تعكس حقيقة المركز المالي للمنظمة (اي جهة خاضعة للرقابة) ،أضف إلى ذلك ولكي تكشف التجاوزات (الانحرافات) بشتى

أشكالها واتخاذ اللازم بشأنها؛ لذا كانت الحاجة ملحة للوقوف على تحديد المخالفة وتحديد طبيعتها فيما اذا كانت تدخل ضمن اختصاص جهة الرقابة المالية أم لا ؟

فمن جهة التشريع نجد أن المشرع المالي العراقي أغفل التمييز بين المخالفة المالية<sup>(١)</sup> والمخالفة الادارية، كما أعطى معياراً واسعاً لمفهوم المخالفة المالية من دون ان يعرفها أو يضع المعيار السليم والقاطع لما يعد مخالفة مالية أو إدارية، فنجد ان المادة (٢) من قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي جاءت بتعداد على سبيل المثال لا الحصر لما يعد مخالفة مالية وجعلت هذا المفهوم قاصراً على تطبيق أحكام هذا القانون، فخرق القوانين والانظمة والتعليمات يعد مخالفة مالية في نظر المشرع، كما عدّ أي تقصير أو إهمال يؤديان الى هدر وضياح المال العام أو الإضرار بالاقتصاد الوطني<sup>(٢)</sup>، مخالفة مالية، اما الإضرار بالمال العام فنجد ان المشرع الجنائي قد نظم أحكاماً معينة للجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني والثقة المالية للدولة<sup>(٣)</sup>، كما عدّ المشرع امتناع الجهة الخاضعة للرقابة عن تقديم السجلات والوثائق اللازمة لاعمال الرقابة مخالفة مالية أيضاً، وسواء كان تخلف التقديم لتلك المستمسكات لديوان الرقابة المالية الاتحادي ام لاي جهة يخولها<sup>(٤)</sup>، كما ان المشرع المالي العراقي عدّ عدم إكتراث الجهات محل الرقابة بملاحظات الديوان وتقاريره وتوجيهاته يشكل مخالفة مالية (٦) كما لايفوتنا ان نشير الى نصوص قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم، عندما عدّ عدم نزاهة المحافظ أو أستغلاله لمنصبه الوظيفي، أو تسببه في هدر الاموال العامة؛ أحد أسباب إثارة مسؤولية المحافظ من قبل مجلس المحافظة<sup>(٥)</sup>.

ونرى عدم إصابة المشرع العراقي في تحديد طبيعة المخالفة المالية الداخلة ضمن ولاية الديوان الرقابية، لان من المتفق عليه فقهاً بأن المخالفة التأديبية (الانضباطية) أوسع من المخالفة المالية نظراً لانطوائها على المخالفة المالية والادارية من وجهة نظر المشرع الاداري<sup>(٨)</sup>، ولأنها الصق بواجبات الموظف العام، كما أن أغلب دول القانون المقارن أخذت بمبدأ التمييز بين المخالفة المالية والمخالفة الادارية منعاً للخلط بينهما ولما يترتب على المخالفة المالية من آثار تترتب على المخالفة الادارية في أغلب الاحيان<sup>(٩)</sup>، وإن كان هناك اتجاه فقهي يرى في المخالفة المالية مدولاً أوسع من المخالفة الادارية والجرائم المالية التي تقع بمناسبة الوظيفة العامة بحسبان اشتمال تلك المخالفات على المخالفات المالية القانونية جمعاء بسائر درجات القانون (دستور، تشريع أعتيادي، تشريع فرعي)<sup>(١٠)</sup>.

اما موقف القضاء فلم يسعفنا بتعريف للمخالفة المالية وأنواعها وطرائق تمييزها عن سائر انواع المخالفات الاخرى وأنها بين أيدينا قرارات للمحكمة الاتحادية العليا، تعرضت فيها للحكم بعدم دستورية بعض نصوص قوانين الموازنة العامة للسنوات المالية ٢٠١٠، و ٢٠١٢.

بالنسبة للقرار المحكمة الاول فكان بمناسبة الطعن في قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (١٠) لسنة ٢٠١٠، عندما اصدرت المحكمة قرارها القاضي بما يلي (وحيث ان مشروع قانون الموازنة العامة المقدم من مجلس الوزراء قد حدد مبالغ معينة لاغراض المنافع الاجتماعية، وحيث قد وافق مجلس النواب

على تخصيص هذه المبالغ من حيث المبدأ واستعمل صلاحيته المنصوص عليها في الفقرة (ثانياً) من المادة (٦٢) من الدستور على تخفيضها وبما أن هذه المبالغ وبعد تخفيضها قد أكتسبت مشروعية صرفها في الأوجه الانسانية المحددة. كما أن دستور جمهورية العراق لم يمنح مجلس النواب صلاحية تقييد صرف هذه المبالغ او تعليق صرفها على شرط لعلقة له ولا تلازم بين هذا الشرط وبين الغرض الذي خصصت المبالغ لأجله وبناء عليه تجد المحكمة الاتحادية العليا ان تعليق تخصيصات المنافع الاجتماعية على تشكيل الحكومة الجديدة المنصوص عليها في نهاية الفقرة (ثانياً) من المادة (٢٤) من قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (١٠) لسنة ٢٠١٠ لا سند له من الدستور و صدر القرار إستناداً الى أحكام الفقرة (أولاً) من المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥)<sup>(١١)</sup>

وكذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا المتعلق بعدم دستورية بعض نصوص قانون الموازنة للسنة المالية لعام ٢٠١٢، إذ قضت المحكمة في قرارها (أطلعت المحكمة على اللوائح المتبادلة بين أطراف الدعوى وقد ثبت للمحكمة بان مجلس النواب عند تشريعه لقانون الموازنة العامة الاتحادية لجمهورية العراق للسنة المالية ٢٠١٢ لم يتقيد بما ورد في المشروع المصادق عليه من مجلس الوزراء في المواد (٢/أولاً و٨/سادساً و٣٧ و٤١ و٤٦ و٤٨ و٤٩ و المادة ٢٣/ثانياً) بل انه اضاف عليها بعض الامور وأجرى بعض التعديلات على مبالغها خلافاً لنص المادة (٦٠) من الدستور ٠٠٠ إذ أجرى مجلس النواب على المادة (٢/أولاً) من القانون زيادة على اجمالي النفقات دون إقتراح

ذلك على مجلس الوزراء وأخذ موافقته على ذلك ومن دون أن يبين حالة الضرورة التي تبرر هذه الزيادة اذا كانت النفقات في المشروع الحكومي (٢٧٨، ٨٣٩، ٠٩٤، ١١٧) مائة وسبعة عشر الف وأربعة وتسعون ملياراً وثمانمائة وتسعة وثلاثون مليون ومائتان وثمانية وسبعون الف دينار اصبحت بـ (١٥٠، ٩٣٠، ١٢٢، ١١٧) دينار أي بزيادة تصل لحوالي (٢٨) مليار دينار وان ذلك يعد مخالفة لاحكام المادة (٦٢/ثانياً) من الدستور ٠٠٠ وكذلك مخالفة للمادة (٦٠/ثانياً) من الدستور والمادة (١٣٠) من النظام الداخلي لمجلس النواب التي اوجبت على اللجنة المالية في مجلس النواب ان تأخذ رأي مجلس الوزراء في كل اقتراح بتعديل تقترحه اللجنة في الاعتمادات التي تضمنها مشروع الموازنة ٠٠٠ ويسري هذا الحكم على كل اقتراح بتعديل تتقدم به أية لجنة من لجان المجلس أو أحد الاعضاء إذا ترتب عليه أعباء مالية ٠٠٠، كما أن مجلس النواب وفي المادة (١٨/سادساً) من قانون الموازنة اضاف أعباء مالية على عاتق الحكومة باستحداثه (٤٠،٠٠٠) أربعين ألف درجة وظيفية جديدة من دون ان يكون له صلاحية في ذلك لأن صلاحية مجلس النواب وفي المادة (٦٠/ثانياً) وفي المادة (٦٢) من الدستور وليس من بينها مثل هذه الصلاحية أي إحداث درجات وظيفية جديدة، كما منح مجلس النواب في المادة (٤١/أولاً) من القانون المتقاعدين الذين يتقاضون راتباً تقاعدياً (٤٠٠،٠٠٠) الف دينار شهرياً فما دون من غير الذين يتقاضون راتباً تقاعدياً بموجب قوانين خاصة منحة شهرية ٠٠٠، دون ان يكون للمجلس صلاحية في ذلك مخالفاً بذلك احكام المادة (٦٢/ثانياً) من الدستور كما

وفي مجال القانون المقارن نجد أن فرنسا قد عزف فيها المشرع أيضاً عن إعطاء تعريف للمخالفة المالية، وإنما سلك المشرع هناك مسلك التعداد على سبيل المثال لا الحصر وإعطاء المعايير العامة لعدد مخالفة ما، مخالفة مالية، وتمييزها عن المخالفة الإدارية، في القانون المرقم (٥٦٤) لسنة ١٩٧١، وأورد الحالات الاتية التي يعد فيها التصرف القانوني منشئاً لمخالفة مالية:

التسبب في مصروف دون اتباع الاجراءات المعهودة قانوناً، قيد انفاق بقصد اخفاء تجاوز مبلغ ما، الامر بصرف مبلغ من شخص غير مختص، مخالفة قواعد جباية وتحصيل الإيرادات وصرف النفقات الدولية في المركز أو في المحليات إعطاء ميزة نقدية أو عينية غير شرعية إذا حققت ضرراً بالخزانة العامة<sup>(١٤)</sup>.

ولكن هذا التقسيم المتقدم لم يرق لبعض الفقهاء قبوله لذا بادروا الى انتقاد هذا التقسيم وقالوا بعدم كفاية هذا التقسيم وأخذوا على المشرع الفرنسي أنذاك هذا التعداد وبدل ان يقدموا معياراً اخر لتمييز المخالفات المالية، ذهبوا الى استحالة شطر عائلة المخالفات القانونية (المخالفات المالية والإدارية والتأديبية) نظراً لتداخلها ووحدة هدفها<sup>(١٥)</sup>.

ولقد ايقن المشرع الفرنسي بجدوى هذا النقد، وعكف على جملة إصلاحات ومحاولات اسفرت عن وضع تقنين لجميع القواعد القانونية المحددة للمخالفات المالية، وإصدار مدونة

ان مجلس النواب وفي المادة (٣٧) من قانون الموازنة خول وزير المالية الاتحادي زيادة الاعتمادات المصدقة واللازمة لتغطية كلف الاعمال التي يقوم بها المركز الوطني للمختبرات الانشائية ٥٠٠، إذ ليس لمجلس النواب حق زيادة الاعتمادات والنفقات بموجب المادة (٦٢/ ثانياً) من الدستور من تلقاء نفسه ٥٠٠، كذلك الحال بالنسبة الى المادة (٤٧) من القانون حيث الزمت المحافظات بفتح حساب بأسم المحافظة في البنوك والمصارف وهذا الامر ليس له علاقة بالموازنة ٥٠٠ عليه وحيث إن المواد الاخرى المطعون بعدم دستورية إجراءات مجلس النواب العراقي بتعديلها وهي المواد (٢/أولاً) من قانون الموازنة العامة الاتحادية رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٢ والمادة (١٨/سادساً) والمادة ٤١/أولاً والمادة (٣٧) والمادة (٤٦) و(٤٧) والمادة (٤٨) والمادة (٤٩) والمادة (٢٣/ثانياً) والمادة ١٨/أولاً وثانياً وثالثاً وخامساً، من القانون أنفاً فقد وجد أنها جاءت خلافاً لصلاحيته المنصوص عليها في المادة (٦٠) والمادة (٦٢/أولاً وثانياً) وتتعارض مع المادتين (٨٠) و(٤٧) من الدستور ونظامه الداخلي، لذا فإن المواد المشار إليها أعلاه تعد مخالفة للدستور (٥٠٠)<sup>(١٦)</sup>.

صفوة القول في هذا المجال ان المحكمة الاتحادية العليا حددت المخالفة المالية الدستورية بأنها ما كانت خرقاً في القواعد المالية الواردة في الدستور من قبل مؤسسات الدولة العامة سواء في مجال اختصاصها الاصيل أو في مجال علاقتها تجاه السلطات العامة الاخرى، وان يتصل هذا التجاوز بحقوق الدولة المالية<sup>(١٧)</sup>.

قانونية لكل قواعد القضاء المالي، وحددت المواد (٧L-٣١٣)-(L1-٣١٣) المخالفات المالية على وجه الحصر وماعدا ذلك يعد مخالفات إدارية، والمخالفات المالية حسب المواد المذكورة<sup>(١٦)</sup> انفاً هي :

١- فتح باب جديد للإفناق دون إتباع الاجراءات الواجبة .

٢- تسجيل مبالغ مصروفة في سجل رسمي لغرض التغطية على تجاوزات وانحرافات مالية سابقة

٣- تجاوز حدود الاختصاص فيما يتعلق بصلاحيه الصرف أو تجاوز الموظف المفوض حدود تفويضه .

٤- خرق القواعد القانونية المنظمة للإدارة المالية والتي ينظمها القانون المالي الأساسي أو أي قانون مالية أساسي يحل محله .

٥- إعطاء ميزة أو منفعة أو هدية أو عطية الى موظف أو غير موظف<sup>(١٧)</sup> إذا ترتب عليها إلحاق ضرر بالخزانه العامة للدولة .

٦- كل من قصر في جباية وإستيفاء وتدوين الاقرار الضريبي على المكلفين للادارات الضريبية .

وفي مصر فأن الحالة تتباين عن سابقتها ، أذ تم تحديد المخالفات المالية والادارية كلا على حده، وبالرغم من ذلك فأن المشرع المالي المصري قد سلك معياراً عاماً لتحديد ما يعد مخالفة مالية وما يعد مخالفة إدارية ووقع أحياناً في أجة التناقض بين الاثنين؛ ومع ذلك فالمجهود الذي بذله قد

سبق به غيره ويحسب له في محاولة إرساء نظرية عامة للمخالفة المالية .

وأورد المشرع المالي المصري المخالفات المالية بالقول، يعد من المخالفات المالية في تطبيق احكام هذا القانون ما ياتي

١- مخالفة القواعد والاجراءات المالية المنصوص عليها في الدستور والقوانين واللوائح المعمول بها<sup>(١٨)</sup> .

٢- مخالفة القواعد والاجراءات الخاصة بتنفيذ الموازنة العامة للدولة وبضبط الرقابة على تنفيذه<sup>(١٩)</sup> .

٣- مخالفة القواعد والاجراءات الخاصة بالمشتريات والمبيعات وشؤون المخازن وكذا القواعد والاجراءات والنظم المالية والمحاسبية السارية<sup>(٢٠)</sup> .

٤- كل تصرف خاطئ عن عمد او اهمال او تقصير يترتب عليه صرف مبلغ من اموال الدولة بغير حق او ضياع حق من الحقوق المالية للدولة او الهيئات العامة او غيرها من الجهات الخاضعة لرقابة الجهاز او المساس بمصلحة من مصالحها المالية او الاقتصادية<sup>(٢١)</sup> .

وقد تعرض مسلك المشرع المصري في تمييز المخالفة المالية عن المخالفة الادارية (التأديبية)، الى إنتقاد لأذع من الفقه المالي والإداري المصري على حد سواء ورتب نتيجة على ذلك مفادها أختصاص الجهاز المركزي للمحاسبات بمتابعة المخالفة المالية والحياد تجاه المخالفة الادارية وأجملوا أنتقاداتهم بأن المخالفة المالية متداخلة مع المخالفة الادارية وأن المعايير التي أوردها المشرع ليست بالحاسمة، وإن

حكم عدم الرد أن يجيب العامل (الموظف) المختص اجابة الغرض منها التسوية، ويعد التملص من واجب أخطار الجهاز بالاحكام الصادرة أو القرارات الادارية بشأن المخالفات المالية خلال الأجال القانونية مخالفة ادارية ايضا، او التأخر غير المقنع في ابلاغ الجهاز بالاجراءات التي اتخذتها جهة الادارة بشأن المخالفة المالية (٢٥).

اما موقف القضاء الاداري المصري فقد وجدنا حكماً للمحكمة الإدارية العليا تعرضت فيه لتحديد معيار وليس مفهوم للمخالفة المالية وذلك عن طريق ضابط عام للمخالفة المالية بقولها إن المخالفة المالية هي كل مخالفة نتجت عن إهمال أو تقصير ترتب عليه ضياع حق من حقوق الدولة المالية أو أحد الأشخاص المعنوية العامة كما قررت ذلك في حكم آخر لها (٢٦) .

يشاطر الباحث، رأي الفقهاء بصعوبة حصر المخالفات المالية؛ نظراً لتشعبها وكثرتها، كما يؤمن بصعوبة وضع جدار عازل بينها وبين المخالفات التأديبية والإدارية؛ نظراً للتداخل الكبير الحاصل بين تلك المخالفات جمعاء . ومع ذلك فنحن نرى ان وضع المعايير في هذا الجانب ليس بالأمر العسير وتلك بدورها يمكن ان تؤدي إلى وضع التعريفات المنضبطة للمخالفات المالية وصولاً لتمييزها عما سواها؛ لأن بقاء الحال على ما هو عليه يبقّي باب التنازع في الاختصاص مفتوحاً بين ديوان الرقابة المالية الاتحادي وبين غيره من الاجهزة الرقابية، كما يعطّل جهود الديوان في حسم المخالفات المالية .

إشتراط ترتيب الخسارة أو الهدر بالحقوق المالية للدولة ليست شرطاً لازماً لتحقق المخالفة المالية؛ لذا فقد ذهبوا إلى ضرورة اختصاص الجهاز المركزي بمتابعة وملاحقة كلا النوعين من المخالفات واعادة صياغة الإطار العام القانوني للمخالفات المالية (٢٧) .

وقد كان المشرع المالي المصري غير موفق في تحديد المخالفة المالية نظراً لأنه ادخل بعض المخالفات الادارية أصالة ضمن تصنيف المخالفات المالية وأبسها رداء الإضرار باموال الدولة وان الاضرار باموال الدولة مسالة تقديرية لاتستبين الا من خلال التحقيق الذي يتم اجراءه وقد يستلزم الامر الاستعانة بخبراء لمعرفة مدى امكانية تحقق الإضرار بالمال العام من عدمه ، هذا وقد جاء المشرع المصري على ذكر المخالفة المالية من القانون المعدل للجهاز المركزي للمحاسبات (٢٨) .

وقد أضاف المشرع إليها حالتان عدما في حكم المخالفات المالية وهي حالة عدم موافاة الجهاز المركزي بصورة من الوثائق (عقود، اتفاقات، مناقصات) التي يحتم القانون على تلك الجهات تزويد الجهاز بها، وحالة تقاعس الجهات في عدم موافاة الجهاز بالحسابات ونتائج الاعمال والمستندات المؤيدة لها في المواعيد المقررة او بما يطلبه من أوراق أو بيانات أو قرارات او محاضر جلسات مما يكون له الحق في فحصها او مراجعتها او الاطلاع عليها طبقاً للقانون (٢٩) .

بينما جعل المخالفات الادارية عدم الرد على ملاحظات الجهاز المركزي للمحاسبات او مراسلاته، أو التأخر في الرد عليها عن المواعيد القانونية بغير عذر مبرر ويعد في

## الفرع الثاني

### مباشرة التحقيق الإداري

نتناول هنا التحقيق الإداري<sup>(٣٧)</sup> الذي يقوم به الديوان وهو أما بشكل مباشرة من الديوان، أو بشكل غير مباشر من خلال المساهمة في التحقيق. فللديوان أن يقوم بالتحقيق الإداري مباشرة مع الموظف المخالف متى ما كانت المخالفة المالية مكتشفة من قبل الديوان، وخلت الجهة محل الرقابة من مكتب المفتش العام فيها أو أن يكون مكتب المفتش العام فيها موجوداً ولكنه لم يبد التعاون الكامل مع الديوان في سبيل تصفية المخالفة المالية<sup>(٣٨)</sup>، وصورة عدم التعاون هي أن يتعاس مكتب المفتش العام عن إكمال التحقيق الإداري في المخالفة المالية المحالة إليه من ديوان الرقابة المالية الاتحادي، خلال مدة (٩٠) يوماً من تاريخ إشعار مكتب المفتش العام<sup>(٣٩)</sup>، أما صورة التحقيق الإداري بشكل غير مباشر فيكون بمساهمة الديوان في إجراءات التحقيق الإداري ومتابعة قراراته من خلال، طلب رئيس الديوان من رئيس الجهة الخاضعة للرقابة (وزير ومن في حكمه) ان يحيل الموظف المخالف الى التحقيق الإداري، كما لرئيس الديوان ان يطلب سحب يده عن الوظيفة<sup>(٤٠)</sup>، كذلك اعطى المشرع الديوان الحق عند اكتشاف مخالفة أن يطلب من المفتش العام إجراء التحقيق وإتخاذ الاجراءات اللازمة وإزالة المخالفة وأثارها<sup>(٤١)</sup>، كذلك للديوان فحص وتدقيق وإبداء الرأي في المحاضر التحقيقية وتوصياتها المنجزة لدى الجهات الخاضعة للرقابة والمتعلقة بالمخالفات المالية<sup>(٤٢)</sup>، متابعة إجراءات التحقيق الإداري في المخالفات المالية الواردة في التقارير الرقابية والتوصيات الصادرة بشأنها<sup>(٤٣)</sup> وهنا

يثار التساؤل هل أضحي ديوان الرقابة المالية الاتحادي إحدى السلطات التأديبية المختصة بإيقاع العقوبات الانضباطية؟

بالرجوع إلى الشريعة العامة للتأديب في القانون العراقي نجد خلو قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام<sup>(٤٤)</sup> من إشارة أو إيماء إلى دخول ديوان الرقابة المالية الاتحادي ضمن جهات التأديب المختصة<sup>(٤٥)</sup>، والملاحظ على المشرع المالي العراقي وضعه لعدة قيود على سلطة الديوان في مباشرة التحقيق الإداري إذ جعل تحرك الديوان في مباشرة التحقيق الإداري تارةً رهيناً بمحض إرادته وتقديره للظروف المحيطة بالمخالفة وبحسب المجال الذي يفسحه له القانون<sup>(٤٦)</sup> وقد يكون مباشرة الديوان للتحقيق الإداري رهيناً بطلب مقدم من مجلس النواب يحدد فيه الموضوع المراد التحقيق فيه<sup>(٤٧)</sup> أما خلاف ما تقدم فنجد ان الديوان يتمتع عليه مباشرة التحقيق الإداري وإنما تقتصر مهمته على مفاتحة جهاز الادعاء العام<sup>(٤٨)</sup> أو هيئة النزاهة<sup>(٤٩)</sup> أو مكاتب المفتشون العموميون<sup>(٥٠)</sup> أو الطلب إلى الوزير أو من هو في حكمه أن يتخذ الاجراءات التأديبية بحق الموظف المخالف<sup>(٥١)</sup>.

لذا فنعتقد ان المشرع العراقي لم يحالفه التوفيق في تسمية ذلك الاثر الرقابي بالتحقيق الإداري، ولو استخدم مصطلح اللجنة التحقيقية لكان اقرب و اوفى تعبيراً عن ماهية ذلك التحقيق؛ لان المشرع العراقي استخدم مصطلح اللجنة التحقيقية في قانون التضمين العراقي ايضاً<sup>(٥٢)</sup>.

بينما كانت المعالجة التشريعية في فرنسا مغايرة لما يجري في العراق؛ إذ تتولى المحكمة التأديبية للمخالفات المالية والموازنية

غير موظف ، وتنتج تلك الاموال في حالة إكتساب القرارات الإدارية الدرجة القطعية ويتم الحكم بالغرامات او قرارات التضمين فهنا يلجأ إلى القضاء المدني وفقاً لقانون التضمين ، او تتم المطالبة وفقاً لقانون تحصيل الديون الحكومية في حالة تعذر الإستقطاع المباشر او عدم كفايته ونرى ان المشرع المالي العراقي قد وقع في نقص تشريعي لم يُعد له الغدّة ولم يأخذهُ بالحسبان؛ لان سلطات الديوان في الطلب من الجهات المختصة بالتضمين قاصرة على الموظفين دون غيرهم (٤٦) بينما نجد ان قانون التضمين كما يسري على الموظفين يسري على غيرهم من الاشخاص الطبيعيين والمعنويين (٤٧) ، وهذا ما بات واقعاً على أرض التطبيق العملي؛ اذ ان أعضاء مجالس المحافظات خاضعين في قيامهم بأعمالهم لرقابة ديوان الرقابة المالية الاتحادي (٤٨) ، بينما لا يبعدون موظفين عموميين وهذا ما أفضى به مجلس شورى الدولة في أحدث قراراته بمناسبة إجابته على طلب وزارة الدولة لشؤون المحافظات الرأي من المجلس حول مدى اشتراط تقديم اعضاء مجلس المحافظة ممن قبلوا في او لازالوا مستمرين في الدراسات العليا، لإجازة دراسية أو استثنائهم من القبول ؟ فكان قرار مجلس شورى الدولة (حيث ان المادة (٥٠) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدلة بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩ حددت شروط وضوابط منح الاجازة الدراسية داخل وخارج العراق .

حيث ان البند(اولا) من المادة(٤) من تعليمات منح الإجازة الدراسية رقم(١٦٥) لسنة ٢٠١١ الصادرة إستناداً لنص المادة(١٤) من القانون

محاكمة مرتكبي المخالفات المالية بأصدار أحكام قضائية لا تقبل الاستئناف وتقبل التمييز(النقض) أمام مجلس الدولة بوساطة الموظف المعاقب أو بوساطة النائب العام ، وتجوز حالات الطعن في مناسبات معينة منها ، اذا كان الطعن مؤسساً على وقائع جديدة،و إذا أكتشفت وثائق من شأنها أن تدفع مسؤولية الموظف المالية .(٤٣)

كما منح المشرع المصري الجهاز المركزي حق الطعن القضائي بقرارات او أحكام الجهات التأديبية بشأن المخالفات المالية أمام الجهات القضائية المختصة (٤٤) ، وعلى العاملين بسكرتارية تلك الجهات تزويد الجهاز المركزي للمحاسبات بنسخ من القرارات الصادرة بنتيجة الطعن فور صدورها (٤٥) .

## الفرع الثالث

### مخاصمة المخالف أمام القضاء

إن مباشرة الديوان للتحقيق الاداري أصالة أو بالنيابة عن مكتب المفتش العام بناءً على طلب مجلس النواب قد تسفر عن إثبات المخالفة المالية على فعل الموظف العام وما يترتب على ذلك من ضرورة إتخاذ الاجراءات القضائية والقانونية سواء امام القضاء التأديبي أو أمام القضاء الجنائي إذا شكلت المخالفة المالية جريمة جنائية بموجب نصوص القانون الجنائي ، علاوة على ذلك بأن الديوان يملك اقامة الدعوى المدنية عن الاموال المستحقة للدولة في مواجهة الموظف المخالف ونرى ان النص قد جاء عاماً ومطلقاً وبالتالي كما يحتمل أن يكون المدعى عليه موظفاً قد يكون

المذكور أشرط في من يمنح الاجازة الدراسية ان تكون الوظيفة التي يشغلها تقع في الدرجة الاولى فما دون ضمن سلم الدرجات والرواتب الملحق بقانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام رقم(٢٢) لسنة ٢٠٠٨ وحيث ان الفقرة(١) من المادة(١) من قانون الخدمة المدنية المذكور أنفاً حددت سريانه على الموظفين العاملين في دوائر الدولة ٠٠٠ ، وحيث ان عضو مجلس المحافظة هو منتخباً ولا يعد موظفاً خلال مدة دورته الانتخابية ، وتأسيساً على ماتقدم لايجوز منح المستوضح عنهم اجازة دراسية طيلة مدة الدورة الانتخابية، وان استثناءهم من شروط القبول يتطلب تدخلاً تشريعياً<sup>(٤٩)</sup>.

أما المعالجة في القانون الفرنسي لمسؤولية الموظف أمام القضاء فنجدها أوضح صورة وأسرع حسماً وأوفر نتيجة ؛ إذ تمتلك محكمة الحسابات وسائل عدة تمارسها بمختلف تشكيلاتها المختلفة ، فهي تملك إحالة الموظف الى المحكمة التأديبية للمخالفات المالية لتقوم الاخيرة بناء على قرار محكمة الحسابات الحكم عليه بالمبلغ الذي خسرت الخزانة بعد توفير التحقيق التأديبي للموظف بكامل ضماناته ، ولها أن تحكم بالمبلغ وبالغرامة كجزاء، إذ قد تصل قيمة الغرامة إلى(٧٥٠) يورو بالاضافة إلى تعويض الخزانة مقدار النقص الحاصل فيها<sup>(٥٠)</sup>، وإذا ظهر لمحكمة الحسابات أن فعل الموظف شكل جريمة فعليها بمقتضى القانون أن تُخاطب النائب المالي العام للمحكمة النيابة العامة الجزائية لتتولى مخاصمة هذا الموظف طبقاً لنصوص القانون الجزائي الفرنسي ويقوم المحامي العام للمحكمة ((Général avocet ،

بتولي الدفاع عن مصالح الخزانة وإيراد الدفوع حفاظاً على المال العام<sup>(٥١)</sup> كما نجد ان المشرع الفرنسي استطاع أن يتغلب ومن خلال تطبيقات المحكمة المتكررة على حالة المخالفات المالية التي تصدر عن غير الموظفين العاملين<sup>(٥٢)</sup>، وذلك بان ابتكرت المحكمة (نظرية الادارة الفعلية) او نظرية المحاسبون الفعليون((de Gestion fait واقتبسها المشرع الفرنسي فيما بعد وقتنها في مدونة القضاء المالي<sup>(٥٣)</sup> ، وتلك النظرية تقوم على عد كل شخص يتعامل بالمال العام ويثبت أنه غير موظف فأن المحكمة لا تتركه بلا حساب ، وانما تفترض انه موظف عام فعلي ويعمل لصالح الادارة ولذا فتسري عليه ولاية المحكمة في شأن القضاء المالي<sup>(٥٤)</sup>.

وإذ نشيد بالمعالجة الفرنسية لحالات ارتكاب المخالفات المالية من غير الموظفين العموميين وعدم إفلاتهم من المساءلة؛ نحت المشرع العراقي على الالتفات الى التجربة الفرنسية في مد ولاية الديوان إلى المخالفين من غير الموظفين .

أما موقف المشرع المصري من معالجة الاختصاص القضائي للجهاز المركزي للمحاسبات فيكون حق الجهاز متدرج من الطلب إلى الطعن ، ومقتضى مساءلة الموظف العام في القانون المصري تتركز حول ، طلب يتقدم به الجهاز المركزي للمحاسبات الى الجهة الادارية التي يتبعها العامل المخالف لغرض تقديم العامل (الموظف) الى المحاكمة التأديبية<sup>(٥٥)</sup>، كما يحق للجهاز أن يعترض على القرارات الصادرة من الادارة بحق الموظف ويطلبها بإعادة النظر بقراراتها<sup>(٥٦)</sup>، كما يحق

تعيين جهة الرقابة المالية والجهات الأخرى التي يقدم إليها التقرير الرقابي في اتخاذ القرار السليم حيال الملاحظات والمؤشرات التي ينتظمها التقرير الرقابي<sup>(١٠)</sup>، من هنا نجد أنه من الاستحالة بمكان التخلي عن إعداد التقرير الرقابي حتى لو كانت جهة الرقابة المالية مزودة بأختصاصات قضائية تعينها في مباشرة مهامها وواجباتها

والتقارير الرقابية التي تصدر عن ديوان الرقابة المالية الاتحادي متنوعة منها تقارير إدارية وتقارير مالية وتقارير أحصائية وتقارير حسابات ختامية وتقارير تدقيق مالي ٠٠٠

#### أولاً: ضوابط تحضير التقارير الرقابية

لا بد أن يتم تحضير التقارير بمعرفة الجهة المختصة في ديوان الرقابة المالية الاتحادي وهي دائرة التدقيق والمتابعة التي تتولى إصدار التقارير الرقابية المتنوعة من سنوية ودورية وتقارير تقويم إداء وغيرها ٠

وعلى أساس عدد من المعايير المحاسبية والمالية يتم الاهتداء بها لغرض إعداد تلك التقارير إذ إنها ستعد فيما بعد أدلة اثبات لمندرجاتها لغرض رفعها أمام أنظار السلطة التشريعية والجهات الأخرى ذات العلاقة ، وهناك من التقارير ما يحدد له القانون أجلاً معلوماً لغرض تحضيره وتقديمه إلى الجهات المختصة من ذلك التقرير السنوي للديوان الذي ألزم القانون الديوان بضرورة تقديمه إلى مجلس النواب في غضون (١٢٠) يوماً من تاريخ نهاية كل سنة<sup>(١١)</sup>، والبعض الآخر غير محدد بمدة معينة كتلك التقارير التي يرفعها الديوان بكل أمر مهم يرى لزوم إعداد تقرير به وتقديمه إلى مجلس النواب ٠

للجهاز أن يطعن بقرارات الجهات التأديبية الصادرة بشأن المخالفات المالية، وعلى سكرتارية الجهات التأديبية موافاة الجهاز بنسخة من القرارات والأحكام الصادرة في هذا الشأن فور صدوره<sup>(١٢)</sup>.

إن التأمل في مناهج تعامل المشرعين مع مسؤولية المخالف، تفرض علينا الإنحياز لمسلك المشرع المالي الفرنسي لأنه الأكثر توفيقاً؛ ولمعالجته تلك المسؤولية معالجة وافية ودقيقة ٠

### الفرع الرابع

#### تنظيم التقارير الرقابية

يختص مجلس الرقابة المالية في ديوان الرقابة المالية الاتحادي بوضع السياسة العامة لتقارير الديوان باعتبار أن مجلس الرقابة المالية يعد التشكيل الرئيس لتشكيلات ديوان الرقابة المالية بصراحة نص المادة (٢١) من قانون الديوان<sup>(١٣)</sup>، كما أنه يضم رئيس ديوان الرقابة المالية ونوابه والمدراء العامون لدوائر الديوان هذا وإن اختصاص مجلس الرقابة المالية بتخطيط ووضع السياسة العامة لتلك التقارير كما يسري على التقارير السنوية يسري على سائر الأنواع الأخرى من التقارير

والملاحظ على دول القانون المقارن التي أعتنقت المذهب القضائي في الرقابة على مالية الدولة أخذت أيضاً بمبدأ إعداد التقارير الرقابية إضافة إلى إصدارها أحكاماً قضائية حول المخالفات المالية والحسابات العامة<sup>(١٤)</sup>، ويمكن لنا هنا أن نعرف التقارير الرقابية بأنها أداة كشف البيانات والمعلومات وحقائق

ويرتبط بواجب تحضير التقارير الرقابية وتقديمها إلى الجهات المختصة واجب نشرها وإعلانها إلى الملاء تحقياً لمبادئ الشفافية ولكي يعلم العامة من الشعب ماهو المركز المالي للدولة لأن التقارير الرقابية ماهي إلا وسيلة لا يصال المعلومات إلى الجهات المعنية وإلى الكافة من المواطنين ونرى أن التنظيم القانوني لواجب النشر لم يفلح المشرع المالي العراقي في تنظيمه وقد وقع في لبس وتناقض بين واجب النشر وبين واجب التحوط وعدم الافشاء ، إذ ميّز القانون بين التقارير السرية وبين التقارير العلنية وجعل نشر الاولى موقوفاً على اجازة وترخيص من مجلس النواب ، في حين جعل نشر الثانية أمراً واجباً بقوة القانون، ثم عاد واعطى الحق لرئيس الديوان الحق بنشر أي نوع من التقارير بشرط الحصول على موافقة مجلس الرقابة المالية ، وهنا نتساءل عن مسلك المشرع العراقي في تحديد التقارير السرية ومعايير السرية والمساس بالأمن الوطني إذ إن هذا القيد ذو معنى فضفاض واسع ومرن قابل للاستطالة والتضييق مما يجعل نشر التقارير مرهوناً باعتبارات عدة قد يكون أحدها غير مهني لا يمت بصلة الى هذا القيد وحتى في حالة وجود هذا القيد فكيف يحق لرئيس الديوان ان ينشر اي نوع من التقارير الرقابية ؟ حتى لو كانت ماسةً بالأمن الوطني !

ومع ذلك فمن الإنصاف ان نُشير الى السلوك الايجابي لمجلس النواب العراقي عندما منح الديوان نشر التقارير المتعلقة بمشتريات وعقود التسليح التي تخص وزارة الدفاع العراقية إذ اشارت التقارير الرقابية للديوان الى عقود (الرسائل والقبول)(F.M.S)المبيعات العسكرية الاجنبية إذ تضمن التقرير فحص

برنامج التعاقد المشار اليه للفترة من(٢٠٠٥-٢٠١٠) وبالبلغ عدد تلك العقود (١٣٥) عقداً أبرمت مع الجانب الاميركي توطئة لتنفيذها إذ اشار التقرير الى الخلل الواضح في عمل وزارة الدفاع العراقية في التلكوء في انجاز التسويات القيدية للعقود نتيجة لعدم توفير المستندات المطلوبة للتعاقد مما يؤدي الى التأخير في انجاز الحسابات الختامية لجمهورية العراق المتعلقة بتلك العقود (٦٢).

ونرى أن الاجدر بالمشرع العراقي لو نص على نشر التقارير الرقابية في الجريدة الرسمية لكان أدعى إلى المنطق التشريعي السليم، وأقرب إلى تحقيق واجب الشفافية المالية الذي نادى به إعلانات دولية عديدة (٦٣) ، والابتعاد عن كل تأثير من جانب احدى السلطات في الدولة لطمس معالم الجانب الرقابي للديوان ، مما يدعوننا بشدة لحث المشرع العراقي لتعديل قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي بما يفيد جعل نشر التقارير السنوية أمراً متروكاً للديوان ذاته ،حتى لو تعلق الامر بصفقات التسليح او الامن الوطني . بينما يسلك المشرع الفرنسي مسلك النشر الحر لتقارير المحكمة وملاحظاتها وأجوبة الجهات الخاضعة لرقابتها أيضاً(٦٤)

في مقابل ذلك نجد أن الجهاز المركزي للمحاسبات في مصر يبسط رقابته على جميع اوجه نشاطات الدولة حتى السرية منها ،ومع ذلك يذهب بعض الباحثين(٦٥) مذهب مختلف، ويرى أن النفقات السرية في الموازنة لا تتمتع برقابة حقيقية ومفصلة من الجهاز وان رقابة الجهاز والعدم سواء لتلك النفقات حيث انها تقف عند حد مراقبة مدى الالتزام بحدود الاعتماد المخصص من دون أن تتعدى الى أوجه الصرف وفي أي

اساسي المقترحات والملاحظات والاراء فيما يخص الازواح المالية والادارية والاقتصادية والقانونية للجهاز الاداري في الدولة وسائر الهيئات المستقلة وكذلك مراجعة وتقييم اجراءات الحكومة في جباية الايرادات العامة والتصرف بالنفقات العامة، علماً بأن التقارير السنوية الصادرة عن الديوان تتفق من حيث مبنائها من حيث الاطار العام وتختلف من حيث معناها من جهة الملاحظات والمحتوى فنجد ان التقارير السنوية للسنوات (٢٠٠٥-٢٠١١) تتأطر باطار عام يتكون من الملاحظات العامة المشتركة التي تسجل على اكثر الدوائر والوزارات ، ونتائج تنفيذ رقابة المشروعات وهذا يعني انصرافها الى تطبيقات القوانين ، كما تتضمن تلك التقارير تحليل النتائج المنبثقة عن تنفيذ الخطط الحكومية وبرنامج عمل الحكومة المالي والسياسات المالية والنقدية المتبعة بشأنها كما يعرج التقرير السنوي العام على نتائج تنفيذ الموازنات الحكومية ( موازنات القطاع الحكومي) وموازنات القطاع الممول ذاتياً واخيراً يختتم التقرير الرقابي باستعراض لشؤون الديوان واستعراض أنجازاته ومواقفه<sup>(٦٩)</sup> .

ونرى من جانبنا عدم صواب إدراج شؤون الديوان ضمن التقرير السنوي ، لأن الديوان كيان قانوني مستقل ومن ثم فإن عدم إدراج شؤونه الادارية والمالية ضمن التقرير السنوي يدخل من باب تعزيز الاستقلال المالي والاداري الممنوح له بموجب القانون ، كما ان الدستور لم يبين الجهة التي تتولى الرقابة على اعماله<sup>(٧٠)</sup> فأعمال الديوان تخضع لرقابة ذاتية ولرقابة النظير (peer review)<sup>(٧١)</sup> التي يعمل الديوان على تطبيقها ، أضف الى ذلك ان افتراض الرقابة لا يكون إلا بنص وحيث افتقد النص لذا لا يمكن اخضاع الديوان للرقابة

الوجوه تم استغلالها<sup>(٦٦)</sup> ، إلا ان ما يؤسف له هو عدم أخذ الجهاز المركزي للمحاسبات بمبادئ الشفافية المالية التي نادى بها الاعلانات الدولية الصادرة عن المنظمات المختصة بالرقابة على المال العام ، والتي يعد الجهاز أحد أعضائها ، فنجد ان الجهاز التزم مبدأ السرية والكتمان في نشر تقاريره الرقابية ، علماً بأن المشرع الدستوري المصري قد اخذ بمبدأ التدقيق الحر للتقارير الرقابية<sup>(٦٧)</sup> ، وإن كان البعض من الفقهاء يرى ان مجرد وضع التقرير الرقابي على منضدة السلطة التشريعية وتعرضه للمناقشة العلنية يزيل عنه شبهة السرية<sup>(٦٨)</sup> ، ونحن لانتفق مع الرأي المتقدم لأن المراد بالشفافية والعلنية هو إطلاع الرأي العام على محتويات التقرير الرقابي وهذا مالا يتحقق في حالة العرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية فقط؛ لذا نرى أن صفة السرية في تقارير الجهاز المركزي للمحاسبات لا يزيلها العرض على السلطتين التشريعية والتنفيذية أو حتى المناقشة داخل البرلمان المصري فحسب .

### ثانياً: أنواع التقارير الرقابية

تتنوع التقارير الرقابية التي يقدمها الديوان الى الجهات المعنية وفقاً للقانون وتتنوع تلك التقارير تبعاً لتنوع الاغراض والمناسبات التي يقدم فيها التقرير فهناك :

١- التقرير السنوي: يقدم مرة واحدة في نهاية كل سنة وقد القى المشرع المالي العراقي واجب الوفاء بهذا التقرير على عاتق الديوان بمدة لا تزيد على (١٢٠) يوماً من نهاية السنة واهم المحاور التي يتضمنها هذا التقرير مجمل النشاطات والملاحظات التي اسفرت عنها النشاطات الرقابية وهو يتضمن بشكل

البرلمانية الا بنص<sup>(٧٢)</sup> ونرى الأخذ برقابة النظر لمراجعة وتدقيق نشاطات ديوان الرقابة المالية الاتحادي؛ ومن التطبيقات العملية لرقابة النظر، تقرير محكمة التدقيق الهولندية للعام (٢٠٠٩-٢٠١٢) إذ عملت على تدقيق منهج ديوان الرقابة المالية الاتحادي في مباشرة رقابة الاداء، وجاء في طليعة التقرير إلى أنه يهدف إلى تزويد الديوان بآراء مستقلة حول تقييم عمله التدقيقي والرقابي ومعرفة مدى امتثاله لمعايير الرقابة الدولية المتصلة بالرقابة المالية العليا<sup>(٧٣)</sup>، ويتم مباشرة هذا النمط من الرقابة من خلال أستعراض قانون وتقرير ديوان الرقابة المالية الاتحادي مع أستراطات وأدلة عمل منظمة الانتوساي والمنظمات الأخرى المهتمة بهذا الجانب<sup>(٧٤)</sup>.

اختصاصات ديوان الرقابة المالية أنها جاءت على سبيل الحصر<sup>(٧٦)</sup> ولكن ما الحكم في حالة إصدار تكاليفات للديوان من جانب مؤسسات الدولة المختلفة؟

يذهب رأي إعتداداً على القواعد العامة إلى أن الاختصاص بعمل معين لايفرض فرضاً وانما لا بد من استناده إلى نص قانوني يجعل ممارسة هذا الاختصاص الجديد أمراً مكناً ومتاحاً، بينما يذهب رأي آخر تطبيقاً للتوسع في تفسير النصوص القانونية، فأن التكاليفات طالما لم يتم فيها سلب اختصاص جهة أخرى، وتصب في ذات اهداف ديوان الرقابة المالية الاتحادي فإنه لاضير من قيام الديوان بالتكاليفات التي تصدر إليه من الجهات الأخرى.

ونرى إن المشرع المالي العراقي قد أورد أختصاصات الديوان بعبارات مرنة ومطاطة قابلة للتوسع في فهمها وإدراك كنهها<sup>(٧٧)</sup>.

ومن تلك التكاليفات التي صدرت الى ديوان الرقابة المالية الاتحادي قرار مجلس النواب<sup>(٧٨)</sup> بتكليف الديوان بتدقيق المبالغ المستحقة على شركات الهاتف النقال والتي تعد ديون حكومية مستحقة للحكومة على تلك الشركات لأنها تستخدم الفضاء الجوي العراقي في تسيير خدمة الهاتف المحمول<sup>(٧٩)</sup>، كذلك تكاليف مجلس الوزراء ديوان الرقابة المالية الاتحادي بتشكيل لجنة برئاسة ممثل عن ديوان الرقابة المالية الاتحادي وجهات أخرى لغرض تدقيق ومراجعة عمليات بيع العملة<sup>(٨٠)</sup>.

كذلك تكليف الديوان من قبل المشرع بخصوص حماية أموال العراق وتحصيل الكسب الفائت من جراء برنامج النفط مقابل الغذاء والدواء<sup>(٨١)</sup>.

أما التقرير الوزاري فيتقدم الديوان سنوياً بهذا التقرير إلى الوزير المعني او رئيس الجهة المختصة (هياة مستقلة، جهة غير مرتبطة بوزارة) منتظماً ملاحظات الديوان وآراءه حول نشاطات الدوائر والهيئات التي تتكون منها الوزارة أو الهيئة المستقلة وأهم الامور التي يمكن أن يجملها الديوان في التقرير السنوي هو ملاحظاته حول خطط الوزارة وسياساتها ومواطن الضعف والقوة في نشاطاتها وسلبيات وايجابيات المركز المالي للوزارة أو الهيئة المستقلة.

٢- تقارير البيانات المالية الختامية: يُضمّن الديوان في تلك التقارير استنتاجاته وملاحظاته عن نتائج الاعمال للسنة المالية المنقضية مُتبعاً في ذلك قواعد وأعراف مهنة مراقبة الحسابات ويتقدم بهذا التقرير الى الجهات موضوع الرقابة والجهات الرئاسية لها<sup>(٧٥)</sup>.

٣- التقارير الخاصة : الاصل في

الى وزارة المالية، والشركات الخاضعة للرقابة، والجهات الرئاسية لها، خلال شهرين من تاريخ تسلمها<sup>(٨٨)</sup>.

٣- تقرير عن نتائج مراجعة القوائم المالية للشركات المساهمة التي لا يقل مساهمته فيها عن ٢٥٪ من رأسمالها وترسل الى الشركات المُدقَّقة وإلى الجهات الرئاسية<sup>(٨٩)</sup>.

٤- تقرير عن نتائج فحص الحساب الختامي للموازنة العامة للدولة وترسل إلى رئيس الجمهورية ومجلس النواب ووزارة المالية في موعد لا يتجاوز شهرين من تاريخ وروده كاملاً للجهاز من وزارة المالية<sup>(٩٠)</sup>.

٥- تقارير الجهاز عن متابعة تنفيذ الخطة وتقوم الاداء عن كل سنة مالية للجهات الخاضعة للرقابة وترسل التقارير الى رئيس الجمهورية ومجلس النواب ورئيس الوزراء<sup>(٩١)</sup>.

٦- التقارير التي يعدها الجهاز المركزي تلبية لتكليفات يوجهها مجلس النواب الى الجهاز المركزي للمحاسبات<sup>(٩٢)</sup>.

٧- تقارير الجهاز عن ادائه السنوي أو أي تقارير اخري يرتئي الجهاز اعدادها وإرسالها إلى رئيس الجمهورية ومجلس النواب ورئيس الوزراء<sup>(٩٣)</sup>.

### ثالثاً: حجية التقارير الرقابية

نقصد بحجية التقارير الرقابية مدى اعتبارها عنواناً للحقيقة فيما أفصحت عنه من بيانات مالية وملاحظات وما سجلته من مخالفات وتوصيات ومدى أثباتها لتلك المندرجات ومصداقيتها، لتكون بالتالي وسيلة ناجعة بيد السلطة التشريعية التي تستخدمها أداة للرقابة والمحاسبة

أما المعالجة التشريعية وفقاً لمنهج المشرع المالي الفرنسي تتبلور بإصدار محكمة الحسابات ثلاث تقارير مختلفة الأجل ومتعددة الأغراض، سابقا كانت محكمة الحسابات تتقدم بثلاثة تقارير رقابية فقط<sup>(٨٢)</sup>، أما اليوم وبعد إجراء إصلاحات تشريعية ومالية عديدة، باتت المحكمة تتقدم بتقارير متنوعة، فهي تقدم تقرير أولي إلى الجمعية الوطنية يصاحب إصدار الحكومة لتقريرها عن نتائج تنفيذ الموازنة للسنة المالية السابقة<sup>(٨٣)</sup>، وتقرير خاص بنتائج تنفيذ السنة المالية السابقة والحسابات المرتبطة بها يصاحب تقديم مشروع قانون التسديد (الحساب الختامي)<sup>(٨٤)</sup>، كما تصدر المحكمة تقريرها بشأن المصادقة على الحسابات العامة ومدى مشروعيتها، ويرفق هذا التقرير بمشروع قانون التسديد، كما ترفق به بيان التدقيقات المنجزة<sup>(٨٥)</sup>، علاوة على ما تقدم فتصدر المحكمة تقريراً يرفق بكل مشروع قانون مالي مكرس لشرح حركة الاعتمادات التي تصطبغ بالصبغة الادارية، والتي يطلب مشروع القانون المالي المصادقة عليها<sup>(٨٦)</sup>.

بينما جاء المشرع المالي المصري بتنظيم للتقارير الرقابية بوجه افضل من المشرع العراقي، إذ يصدر الجهاز المركزي للمحاسبات تقارير متعددة:

١- تقرير عن نتائج فحص الحساب الختامي لموازنة كل وحدة من وحدات الجهاز الاداري في الدولة، وترسل خلال شهرين من تاريخ تسلم الحساب الختامي إلى وزارة المالية<sup>(٧٨)</sup>.

٢- تقرير عن نتائج مراجعة الميزانيات والقوائم المالية والحسابات الختامية لشركات القطاع العام، وشركات قطاع الاعمال وترسل

قبالة السلطة التنفيذية • ونرى من خلال تفحص ومراجعة التقارير الرقابية السنوية أنها تكشف عن ملاحظات رقابية عامة مشتركة بين جميع أجهزة الدولة وهيئاتها المستقلة ومختلف الوزارات، ثم يلي ذلك بيان تفصيلي بالملاحظات المسجلة على أجهزة الدولة والمخالفات المالية المكتشفة فيها ويتم تحديد تلك المخالفات والملاحظات بشكل دقيق مما يكسب التقرير الرقابي وما ورد فيه مصداقية وموضوعية كما تجعله يرتدي عنوان الحقيقة لا غير، ومن ثم فأن ما ورد فيه من مخالفات مالية قد تقبل إثبات العكس وذلك في حالة وقوع الغلط غير المحسوب من الرقيب المالي الذي قام بتحرير التقرير الرقابي او الملاحظات الوارد فيه، وإن كان هذا الفرض أمراً نادراً؛ نظراً لما يتميز به الرقباء الماليين من كفاءة وحذق تفرضها شروط التعيين وممارسة تلك الوظيفة الرقابية فضلاً عن توافر شروط النزاهة • ويستمد التقرير الرقابي قوته وفاعليته من الدستور والتشريعات النافذة ومن ثم فنحن لانذهب مع الرأي القائل بأن تلك التقارير تحوي آراء غير ملزمة أو ملاحظات وتوجيهات تفتقر لعنصر الالتزام القانوني نظراً لكون الجهة المقدمة اليها تلك التقارير تتغاضى عما أوجب عليها القانون فعله تجاه تلك المندرجات<sup>(٩٤)</sup>، ومما يدل على إلزامية التقارير الرقابية أن المشرع<sup>(٩٥)</sup> أوجب على الديوان التقدم بقريره السنوي الى مجلس النواب وخلال مدة لاتتجاوز (١٢٠) يوماً من تاريخ نهاية السنة المالية • ولو كان هذا التقرير يحمل بين طياته النصائح والتوجيهات لغدا الالتزام بتقديم ذلك التقرير أمراً شكلياً ولأقترح مجلس النواب أو الحكومة حل الديوان مثلاً!

لأن وجود هيئة استشارية لا يؤخذ بتوجيهاتها ونصائحها يعد ضرباً من ضروب العيب واللامعقولية • ويتضمن التقرير الرقابي تقييم إجراءات الحكومة في الادارة المالية للمال العام من حيث جباية الايرادات العامة والتصرف بالنفقات العامة وقد جاء الدستور العراقي خالياً من أي نص ينظم عملية تقديم التقارير الرقابية وقد أحال فيما يتعلق بتلك المهمة على عاتق المشرع العادي بموجب القوانين المالية التي تصدت لتنظيم عمل الديوان وإدارة مالية الدولة<sup>(٩٦)</sup> •

ونضيف على ذلك ان المشرع الزم المفتش العام بوجوب اتخاذ ما يلزم بشأن تقارير الديوان، وعلى المفتش ان يقدم الى الوزير المعني او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة نتائج الاجراءات التي يقوم بها حيال تلك التقارير<sup>(٩٧)</sup> • وهذا ما يعني الزامية تقارير الديوان ليس للمفتش العام فحسب، وانما لسائر الاجهزة الحكومية؛ وآية ذلك ان المشرع عد إتخاذ الاجراءات القانونية حيال تقارير الديوان بمثابة التزام قانوني لا يحتمل التأخير<sup>(٩٨)</sup>؛ كما أوجب الاتصال بالجهات التحقيقية المختصة او هيئة النزاهة إذا ماشكلت المخالفة المالية جريمة<sup>(٩٩)</sup>، واخيراً اوجب على الجهة الرقابية ضرورة التواصل مع الديوان وموافاته بالنتائج وما اسفرت عنها تحقيقاتها واجراءاتها<sup>(١٠٠)</sup> •

ونرى أن مسلك المشرع الدستوري في إغفال تنظيم هذا الجانب المهم من جوانب العمل الرقابي فيه إضعاف من الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية؛ لأن عدم التقدم بالتقرير الرقابي الى السلطة التشريعية يشكل فراغاً رقابياً كبيراً؛ مما يجعل السلطة التنفيذية تستغل

إغفال الدستور لتلك الجزئية المهمة في العمل الرقابي لتأخير مناقشة التقرير الرقابي أو لجعل عملية التقدم بتلك التقارير أمراً سرياً غير مُعلن هذا الأمر الذي تلافاه المشرع المالي الفرنسي بأن أوضح عملية تقديم محكمة الحسابات بتقاريرها السنوية أو الدورية حيث أورد تلك القواعد ضمن قانون المالية الأساسي<sup>(١٠١)</sup> وقانون محكمة الحسابات ومدونة القضاء المالي بجزأها التشريعي والتنظيمي<sup>(١٠٢)</sup> وجاءت المادة (٥٨) من القانون المالي الأساسي بحزمة قواعد كان منها أن تقارير محكمة الحسابات منه ماهو أولي ومنه ماهو تقرير خاص كما يوجد تقرير سنوي ، فعن التقرير الأولي فيتم إرفاقه مع تقرير الحكومة المالي حول الوضع الاقتصادي والمالي للدولة وينصب حول نتائج تنفيذ الموازنة العامة للدولة ، في حين نجد ان التقرير الخاص يتم إرفاقه مع مشروع قانون التسديد<sup>(١٠٣)</sup> ويتم توجيهه لغرض تنفيذ الاعتمادات المالية • أما التقرير السنوي الذي يصدر عن محكمة الحسابات فيتم إيداعه ساحة البرلمان وتزود كلا مجلسي البرلمان بصورة عن التقرير وتجري مناقشته تمهيداً لأستصدار قانون به<sup>(١٠٤)</sup> ، ومن الاحتمالات الواردة تحقق مسؤولية الحكومة نتيجة لمناقشة ذلك التقرير وأحتمال تقدم الكثير من الوزراء باستقالتهم نتيجة للمخالفات المالية المكتشفة والتي تثير مسؤولية الحكومة، أما عن الزامية تقارير محكمة الحسابات فهي أداة اصلاح وردع في الوقت ذاته؛ إذ إن التوصيات والدراسات التي تقدم بها المحكمة في الغالب تلقى لها ادنا صاغية، نظرا لصرامة النظام الرقابي للمحكمة حتى قيل قديماً بأن (الاموال العامة تحرق اليد التي تتعدى عليها)<sup>(١٠٥)</sup>، اما

حالياً فتركز المحكمة على الاصلاح الاداري ورقابة الجودة (الكفاءة) ونجد أثر قرارات المحكمة من خلال حركة الاصلاح التي تأتي استجابة لتوصيات المحكمة إذ تم إصلاح نظام مشاركة القطاع الخاص مع المنشآت العامة إستجابة لتوصياتها التي جاء فيها(إن مجالس إدارات لجان المنتجات الزراعية، وهي التي يوكل إليها مهام تنظيمية رقابية ومهام دراسة الاوضاع، تضم أغلبية من ممثلي القطاعات المعنية مع وجود اقلية من ممثلي الحكومة، وذلك بالإضافة الى وجود ممثلين عن الموظفين والمستهلكين؛ ان اشتراك القطاع الخاص في مجلس إدارة المنشآت العامة التي ترأب وتتنظم أنشطة خاصة، وكذا الاستقلالية الادارية لهذه المنشآت العامة، تتسم بمزايا تتمثل في ضمان الوفاء بإحتياجات، القطاع الخاص والاستجابة لمخاوفه والتي يتم التعامل معها بشكل افضل مما لو تم ذلك خلال ادارة او وزارة حكومية، على ان هذا الوضع لا يخلو بالمرّة من العيوب؛ ففي بعض الاحيان يزداد تأثير ممثل القطاع الخاص على سياسة المنشأة العامة، حيث ان الاعتماد المتبادل قد يؤدي الى سوء الادارة عندما يتعلق الامر بالاموال)<sup>(١٠٦)</sup> كما اشارت المحكمة في توصيات أخرى إلى(يتسم الهيكل التنظيمي للصيد بعدم انتظام وإهدار للأموال الخاصة بالمكتب الوطني للصيد الذي يعد منشأة عامة وفي الوقت عينه منظمة خاصة، وقد كان المكتب الوطني للصيد ايضا يدفع رواتب سبعة من المسؤولين في الوزارة الام التي تقوم على مراقبة المكتب)<sup>(١٠٧)</sup> ، وكذلك تراجع الحكومة عن التوسع في انشاء الهيئات الادارية ذات السلطة القضائية التي كانت إبتكاراً لاقامة منشآت عامة إحتذاءً بمقترحات المحكمة، إذ

أوصت المحكمة في تقريرها إلى (لقد كان لهذا الشكل من نقل السلطة عدد محدود من المزايا، إلا أنها لم تخفف من تعقيد إدارة هذه الوحدات التي تفتقر إلى الأدوات الإدارية للاضطلاع بمسؤولياتها الجديدة)<sup>(١٠٨)</sup>، وايضاً دراسة المحكمة حول منصب الخبير المحاسبي العام في بعض الشركات العامة مزدوج فيها منصب المدير المالي والخبير المحاسبي، هذا الأمر الذي يهدم مبدأ الفصل بين الوظيفة الإدارية والوظيفة الحاسبية، وقد اكدت المحكمة ذلك في توصياتها واعطت حلاً لمثل هذا الازدواج ( إن مبدأ الفصل بين مهام الموظف المصرح له بالصرف ومهام المحاسبة قد اختلطت واصبحت مشوهة، إذ إن المدير هو المدير المباشر للمحاسب والذي سيجد صعوبة في رفض اذن دفع صادر من الخدمات المالية التي يعمل هو فيها أو طبقاً لتعليمات اصدرها هو بوصفه مدير مالي، فوجود الخبير المحاسبي العام يمثل مشكلة حقيقية وتوصي لذلك المحكمة هذه الفئة من الشركات العامة أما أن تقوم بالغاء منصب الخبير المحاسبي العام أو أن تحول هذه المنشآت إلى شركات حكومية على أن تخضعها إلى معايير المحاسبة التجارية التي يُعمل فيها لدى القطاع الخاص)<sup>(١٠٩)</sup>

أما المشرع الدستوري المصري، فقد أحسن صنْعاً عندما أدخل أحكام تقارير الجهاز المركزي للمحاسبات ضمن الدستور المصري النافذ<sup>(١١٠)</sup>، إذ نجد الدستور جعل الحساب الختامي لموازنة الدولة غير قابل للعرض على السلطة التشريعية (مجلس النواب) مالم يُرفق معه الجهاز المركزي للمحاسبات ملاحظاته التي ضمّنها خلال مسيرة العمل الرقابي خلال

السنة المالية المنقضية<sup>(١١١)</sup>، كما الرّم المشرع الدستوري الاجهزة الرقابية<sup>(١١٢)</sup>، بوجوب ايداع تقاريرها إلى رئيس الجمهورية ومجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء فور صدورها<sup>(١١٣)</sup> .

أما يخص حجية تلك التقارير الرقابية فإننا نعتقد أن التقرير الرقابي مُحرر رسمي اضى على عليه موظف مختص أو مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه من أوضاع اكسبته الصفة الرسمية<sup>(١١٤)</sup> وهي تدقيق العمل الحكومي والاجراءات المالية للحكومة وتدوينها في تقرير مُفصل أو مقتضب كلاً حسب الأوضاع ويخضع من حيث الحجية والمصادقية لأحكام قانون الاثبات والتنفيذ والمضامين التي أحتواها تعد حجة على الكافة مالم يُطعن بها بشبهة التزوير أو التحريف<sup>(١١٥)</sup> . الخ وسار القضاء على ذات النهج<sup>(١١٦)</sup> .

أما عدم إكتراث البعض من الوزارات أو الهيئات المستقلة بتقارير الديوان فإنها تعطي الحق برأينا للديوان في أن يحرك دعاوى قضائية بدعوى الامتناع عن تنفيذ محرر رسمي وعدم القيام بعمل رسمي ختم القانون على الوزير ضرورة القيام به وأن الأهمية التي تحظى بها تلك التقارير لأنها صادرة عن أعلى جهة تدقيق مالي ومحاسبي، أضف إلى ذلك أنها تعكس حقيقة المركز المالي للدولة ومدى كفاءة استخدام أجهزة الدولة لمواردها البشرية واعتماداتها المالية وان الديوان حينما يسعى إلى ذلك أنما يُدعم ملاحظاته بأدلة الاثبات وبيان مواطن الخلاف بينه وبين الجهات محل الرقابة كما يبيّن المخالفات المالية والجرائم

المضرة بالمصلحة العامة مع تعزيزها بالاسانيد القانونية كما يبين نقاط الضعف والخلل في نظام الرقابة الداخلية والحسابات وأنظمة العمل الاخرى في الجهات الخاضعة للرقابة وأخيراً يُبدي الديوان من خلال تقاريره الرأي الفني المستقل في الحسابات الختامية ويختم التقرير ببيان الملاحظات والتوصيات والمقترحات لمعالجة مختلف الاختلالات التي يدونها الرقباء الماليون وردود الجهات محل الرقابة .

## الخاتمة

### الاستنتاجات

١- أثبت البحث أن ديوان الرقابة المالية الاتحادي -بكونه مُجسداً للرقابة المالية المستقلة- على انه مُنتج من مُنتجات الديمقراطية وحكم القانون، ولبنة أساسية لا سبيل للاستغناء عنها في عمل النظام السياسي الوطني، ووسيلة من وسائل تطويره، وهو أداة ناجعة في رفع مستوى امن الاقتصاد الوطني كونه يعمل كجهاز مناعة في جسد الجهاز الحكومي، فيرصد الملاحظات الرقابية، ويصفي المخالفات المالية .

٢- هيمنة نظام الرقابة المالية الانجلوسكسوني على فلسفة المشرع المالي العراقي في تنظيم اختصاصات وصلاحيات ديوان الرقابة المالية الاتحادي ؛ وهذا ما بدا واضحاً على جميع القوانين المتعاقبة التي صدرت لتنظيم عمل ديوان الرقابة المالية الاتحادي، في عدم إسناد اختصاصات قضائية للديوان .

٣- يشكّل تعليق نشر بعض تقارير ديوان الرقابة المالية المستقلة على صدور إذن من

السلطة التشريعية، تراجعاً ملحوظاً بمنهج المشرع العراقي في الأخذ بالشفافية والافصاح أمام الرأي العام ، كما شكّل من جهة أخرى تناقضاً مع تشريعات أخرى قضت بإطلاق النشر بلا قيداً و شرط .

٤- تبنى المشرع المالي العراقي معيارين لمباشرة الديوان رقابته على أموال الدولة، فهو استند على صفة المال العام لمباشرة اختصاصه على المرافق الادارية، بينما استند على نص قانون انشاء المرافق التجارية (القطاع العام) والاشخاص الاعتبارية الخاصة لمباشرة الرقابة على اموال الدولة الخاصة.

٥- عدم جدية الجهات الخاضعة للرقابة في التعاون مع الديوان، وهذا يبيّن من خلال تيار المخالفات المالية المثبت في تقارير الديوان المختلفة ، من عدم التقدم ببيانات الحسابات الختامية المتأخرة، وعدم الرد على مراسلات ومخاطبات الديوان . ونعزو ذلك لإفتقار الديوان للسلطات القضائية هذا خلافاً لمحكمة الحسابات في فرنسا التي تُلوّح بالجزاءات القضائية في مقابل الإدارة والموظفين المخالفين .

٦- إن اختصاصات مكاتب المفتشون العموميون في العراق لا تختلف اختلافاً كبيراً عن اختصاصات ديوان الرقابة المالية الاتحادي، كما تتحد أهداف تلك المكاتب مع هيئة النزاهة ودوائر التدقيق والرقابة الداخلية، ولا تعدو أن تكون تلك الرقابة، ضرباً من ضروب الرقابة الإدارية .

٧- تبنى المشرع العراقي مفهوماً للمخالفة المالية، احمّ بموجبه كل مخالفة (مالية، إدارية، تأديبية، جريمة مالية) تحت مظلة المخالفة المالية، ومد هذا المعيار الى ابعاد الحدود بحيث شمل حتى الإضرار بالاقتصاد الوطني .

٨- تناقض المشرع المالي العراقي في تحديد من تشملهم دائرة المساءلة عن المخالفات المالية فبينما ضيق من تلك المسؤولية في قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل، بجعلها محددة بالموظف فقط، نجده وسع في تلك المسؤولية، كما فعل ذلك في قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ المعدل وهذا القصور التشريعي يشكل بلا ريب منفذاً لهدر المال العام وإفلاتاً للمخالفين، على خلاف المشرعين الفرنسي والبريطاني الذين تجاوزوا ذلك العائق بمهارة ملحوظة.

٩- أفقد ديوان في ظل قانونه النافذ لإمكانية مباشرة الرقابة السابقة، وهذا ما فوّت على الديوان إمكانية إجهاض الكثير من المخالفات المالية قبل ميلادها.

١٠- إنعدام نظرية واضحة للمال العام وللمال الخاص في النظام القانوني العراقي واختلاط المفاهيم والأحكام بين أموال الدولة والأموال العامة وأملاك الدولة، ومعاملة المشرع المالي العراقي على أنها سواء. بينما افتقر الحال في دول القانون المقارن لاسيما فرنسا ومصر اللتين تميزتا بوجود نظام قانوني واضح لكل نوعي أموال الدولة.

١١- ارتباط الرقابة المالية المستقلة بفكرة المال العام، وتأثرها عمقاً وفعالية بالتغيرات السياسية والدستورية في المجتمع، وعدم ابتعادها عن البناء الديمقراطي داخل النظام السياسي، وطبيعة العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

١٢- إن التكاليف التي ترد الى الديوان بمباشرة الرقابة السابقة على بعض العقود الإدارية التي تتجاوز نصاباً مالياً معيناً يشكل إقحاماً لاختصاصات

جديدة للديوان لا يكون سندها تشريعات برلمانية وإنما قرارات إدارية، وهذا ما يشكل بدوره تعدياً على حدود المشروعية، وقفزاً على أسوارها، بالاختصاصات المضافة للديوان بموجب قرارات مجلس الوزراء والنظام الداخلي للديوان

١٣- ضعف الأداء الإعلامي لديوان الرقابة المالية الاتحادي، حُجِم كثيراً من دوره الرقابي، ومن التعريف باختصاصاته وصلحاياته ودوره الريادي كمكافح للفساد الإداري والمالي.

١٤- إن فاعلية الدور الرقابي لأي جهاز رقابة مالية ومنها ديوان الرقابة المالية الاتحادي لا يستند الى قوة وجودة سبك النصوص القانونية فحسب؛ بل لا بد من وجود وعي شعبي بضرورة تلك الرقابة ومساندتها عن طريق التمسك بسيادة القانون؛ فكان من عوامل نجاح الرقابة المالية لمكتب التدقيق الوطني في المملكة المتحدة، شغف الشعب البريطاني بتوقيف الالتزام الذاتي بالقانون حتى في حالة افتقار النص القانوني، وتطلّع الرأي العام الفرنسي لتقارير محكمة الحسابات ومتابعتها.

١٥- على صعيد الصياغة التشريعية، كان المشرع العراقي مُرتكباً في إيراد اختصاصات الديوان، وهذا ما يُلاحظ بجلاء في نصوص التشريع وخاصة المواد (١٤) والمادة (١٦) من قانون الديوان، التي خلطت بين الجواز والوجوب، وبين الحق والواجب.

١٦- إن المُفاضلة بين النظم المقارنة التي تناولها البحث، أظهرت رجحان كفة النموذج الفرنسي للرقابة المالية العليا؛ كونه أثبت جدارته في تحقيق رقابة فعالة على الأموال العامة، وإن الأخذ به لصالح التجربة العراقية في الرقابة المالية، يبدو جديراً بالتحليل.

١٧- لم يحظَ ديوان الرقابة المالية الاتحادي بنص دستوري مستقل يوضح دوره واختصاصاته ومركزه الدستوري، على الرغم من أهمية ذلك وعمق تاريخه؛ الأمر الذي تلافته الكثير من نظم القانون المقارن كفرنسا ومصر، وشكل تعزيزاً لدورها .

## التوصيات

١- نحث المشرع العراقي بضرورة الإسراع في تعديل الدستور العراقي بما يؤدي الى تضمين الدستور نصاً يقضي بتحديد المركز الدستوري لديوان الرقابة المالية الاتحادي لأنه هيئة مستقلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وتعاونهما في الوقت نفسه ، واختصاصاته الرئيسية للديوان وخصوصاً بضرورة إلزام السلطة التشريعية بمناقشة تقارير الديوان السنوية وضرورة تشريع قوانين الحساب الختامي ؛ لما لها من تجسيد حقيقي لحماية نواب الأمة للأموال العامة .

٢- ندعو الديوان بضرورة الإستعجال في إصدار ضوابط وتعليمات التنسيق بينه، وبين الأجهزة الرقابية الأخرى، وكذلك ضوابط التنسيق مع دواوين الرقابة في الأقاليم تسهيلاً لإنجاز العمل الرقابي وتسهيلاً لتنفيذ نصوص القانون؛ إذ نص القانون على ان مجلس الرقابة المالية هو من يختص بإصدار تلك التعليمات، ولكن لم تصدر تلك التعليمات والضوابط لغاية اللحظة مما ينعكس سلباً على المخرجات الرقابية للديوان .

٣- تعدد الرقابة المالية السابقة بمثابة خط الدفاع الاول عن المال العام ؛ لذا نوصي المشرع بضرورة الأخذ بها؛ لما لها من ايجابيات كثيرة وتفويتها يرتب خسارة كبيرة لخزانة الدولة .

٤- ضرورة تعديل المواد الآتية المادة (٢٧) من دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ ، المادة (٣٢) القسم (٢) قانون الإدارة المالية والدين العام رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤ المعدل، المادة (١) قانون بيع وإيجار أموال الدولة بما يؤدي الى تعديل تعريف المال العام أو أموال الدولة الوارد في تلك المواد القانونية لغرض إزالة اللبس والغموض حول مفهوم المال العام والمال الخاص المملوك للدولة وتصحيحاً لمنهج المشرع العراقي في الخلط بين المفهومين وتيسيراً لعمل الأجهزة الرقابية .

٥- نوصي المشرع بضرورة إلغاء قانون مكاتب المفتشون العموميون نظراً لكونه يشكل لوناً من ألوان الرقابة الداخلية التي بالإمكان الاستعاضة عنها بتفعيل دوائر التدقيق والرقابة الداخلية وزيادة صلاحياتها ، إضافة الى الأقسام والوحدات القانونية في الوزارات والهيئات المستقلة.

٦- نحث المشرع على تقليص المدة الممنوحة للجهات الخاضعة للرقابة من (٩٠) يوم الى (٦٠) يوم لغرض استكمال إجراءات التحقيق في المخالفات المالية وذلك عند تعذر إكمال التحقيق بواسطة تلك الجهات لتقاعس تلك الجهات أو لسبب آخر .

٧- نُهيب بالمشرع بوجود منح الديوان سلطة الاعتراض طعناً أمام القضاء الإداري وخلال أمد مناسب لغرض الطعن بنتائج التحقيق الإداري ونتائج التضمين ، لان الإدارة قد تحابي الموظف المخالف فتفرط بالمال العام عن طريق عدم معاقبته او تبخس قيمة المال العام عندما ترفض تضمينه أو تُقَدِّر المال العام بأقل من قيمته .

٨- لا بد ان يتدخل المشرع المالي

العراقي فيوسع من دائرة من تشملهم ولايته من الأشخاص الخاضعين لسلطانه فلا يقتصر على الموظف وحده وانما يسحب ولايته إلى الموظف ومن هو في حكمه وإلى كل من يتعامل بالمال العام من المتعاقدين كما فعل المشرع ذلك في قانون التضمين .

٩- إنه من المناسب في ظل هذا الوقت ان يسارع المشرع العراقي إلى لملمة اختصاصات الديوان بدل بعثتها هنا وهناك وذلك بإصدار مدونة أو تقنين للرقابة المالية العليا، فهناك اختصاصات للديوان في ظل قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ النافذ، وقانون الإدارة المالية والدين العام رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤ المعدل، كما تنص العديد من قوانين المرافق الاقتصادية والمرافق العامة ومنظمات المجتمع المدني على خضوعها لرقابة وتدقيق الديوان .

١٠- إن من مقتضيات الشفافية والمساءلة العامة ضرورة إعلام الأفراد بقرارات الإدارة والسلطات العامة بالكيفية التي يتم التصرف بأموالهم .

١١- أن الأوان لكي يخطو المشرع خطوة كبيرة، لطالما انتظرها الديوان وهي تزويده بمحكمة مالية تقوم مقام المحكمة التأديبية للمخالفات المالية في فرنسا، وتوفر تلك المحكمة - في حالة الأخذ بها- فوائد عدة منها، إنزال أحكامها من عقوبات وإجراءات تأديبية على الموظفين ومن في حكمهم، ممن ارتكبوا المخالفات المالية فقط، احترام اختصاص الإدارة بتأديب موظفيها عن المخالفات التأديبية بدون تدخل من ديوان الرقابة المالية الاتحادي، سرعة حسم الديوان للمخالفات المالية لانه سيحيلها لتلك المحكمة التي تُعد جزءاً من الديوان، التقليل من تيارات المخالفات المالية لان إصدار أحكام المحكمة سيقترن بتنفيذها من القضاء .

١٢- نرتئي أن يأخذ المشرع المالي

العراقي بقاعدة اساس الاستحقاق المعدل؛ وذلك بتعديل قانون الإدارة المالية والدين العام رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤ المعدل، لأن هذا الأساس يتلافى مساوى طريقة الأساس النقدي التقليدي وأساس الاستحقاق، او الاخذ بطريقة الاساس النقدي المعدل وهذا ما كان مطبقاً في ظل قانون أصول المحاسبات العامة رقم (٢٨) لسنة ١٩٤٠ الملغى، في المادة (١١) منه .

١٣- نحث الباحثين على تكثيف الجهود من خلال البحوث والندوات والمؤتمرات، لإبراز مواطن الوهن في أداء ديوان الرقابة المالية الاتحادي وصولاً لتقويم تلك التجربة الرائدة ومحاولة إصلاحها؛ حفاظاً على المال العام ومواكبة المستجدات العالمية في ميدان الرقابة المالية العليا .

١٤- ندعو القضاء العراقي الى إيلاء القوانين المالية النصيب الذي تستحق، من خلال انشاء محكمة متخصصة على غرار محكمة النشر والاعلام ومحكمة الخدمات المالية ومحكمة الكمارك وغيرها تحوي قضاة من ذوي الخبرة في المجال المالي .

١٥- نهيب بالمشرع العراقي ان يُعَدِّل المادة (١٥) من قانون الديوان لتكون على سبيل الجزم والالزام في اتخاذ الاجراءات والجزاءات بحق المتعدين على المال العام، وليس على سبيل الجواز والامهال .

١٦- ندعو المشرع العراقي وجميع الجهات التي تروم الحفاظ على المال العام، غرس ثقافة حرمة المال العام في المناهج الدراسية والدوائر الحكومية والملصقات الاعلانية وبدعم ومساندة منظمات المجتمع المدني .

١٧- نرى الاقتصار في تعريف المخالفة المالية على التصرفات التي تتعرض للمال العام وحده دون الاقتصاد الوطني، لأن الاخير تعبير واسع ومطاط ويندخال مع اختصاصات البنك

للبرلمان في المجال المالي في النظام الدستوري  
الانجليزي والمصري والكويتي، دار النهضة  
العربية، القاهرة، ٢٠٠٩ .

٧- د. حسين عبد العال محمد، الرقابة  
الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار  
الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤ .

٨- حمزة محمد نور الزبير، قانون ديوان  
الرقابة المالية بمملكة البحرين بين النص  
والتطبيق، ط١، د١، البحرين، ٢٠٠٩ .

٩- د. خليفة سالم الجهمي، المسؤولية  
التأديبية للموظف العام عن المخالفات  
المالية في القانون الليبي، ط٢، دار الجامعة  
الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩ - ١٠ - د. صلاح  
العطيفي، المخالفات المالية ورقابة الجهاز  
المركزي للمحاسبات، ط١، د١، م١٩٧٨ .

١١- د. عبد الفتاح حسن، مبادئ الإدارة  
العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣

١٢- د. عبد الفتاح مراد، المسؤولية التأديبية  
للقضاة وأعضاء النيابة، شركة البهاء للبرمجيات  
والكمبيوتر والنشر الإلكتروني، الاسكندرية،  
د١، د١ .

١٣- د. علي أنور العسكري، الرقابة  
المالية على الاموال العامة في مواجهة  
الانشطة غير المشروعة، مكتبة بستان  
المعرفة، الاسكندرية، ٢٠٠٨ .

١٤- د. فيصل أحمد الحيدر، أصول  
المنازعات الادارية ( الكويت- مصر- إنجلترا )،  
ط١، د١، الكويت، ٢٠١٢ .

١٥- د. محمد عبد الله العربي، ميزانية

المركزي العراقي ، ووحدة مكافحة الجريمة  
الاقتصادية في وزارة الداخلية ، وهذا التوسع  
يشكل إنهاكاً لقدرات الديوان ولاطائل منها .

١٨- لا بد للمشرع أن يميز في قانون  
الديوان ما بين الملاحظة والتحفظ  
والمخالفة ، لأن كل جريمة او مخالفة  
تأديبية تشكل ملاحظة او مخالفة مالية،  
ولكن ليس كل ملاحظة او مخالفة مالية  
تشكل مخالفة تأديبية او جريمة مالية.

## المصادر والمراجع

### اولا / الكتب باللغة العربية

١- د. أحمد إبراهيم بك، محكمة المحاسبة  
الفرنسية وأساليبها في الرقابة المالية، دار  
الفصول للنشر، القاهرة، د١ .

٢- د. السيد أحمد محمد مرجان، واجب  
الموظف العام في حماية المال العام في ضوء  
النظام الإداري الإسلامي، ط٢، دار النهضة  
العربية، القاهرة، ٢٠١٠ .

٣- د. باسم نعيم عوض، الرقابة المالية  
للجهاز المركزي للمحاسبات، دار النهضة  
العربية، القاهرة، ٢٠١٠ .

٤- د. ثروت عبد العال أحمد، النظام القانوني  
للمخالفات المالية، دار النهضة العربية، القاهرة ،  
٢٠٠٢ .

٥- د. جيهان حسن سيد أحمد خليل، دور  
السلطة التشريعية في الرقابة على الاموال  
العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ .

٦- د. حامد حمود الخالدي، الدور الرقابي

### ثالثاً: البحوث والمقالات والتعليقات

١- د. أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة على أعمالها، بحث منشور، مجلة العلوم الإدارية، ع ١، س ٣١، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، المطبعة العالمية، القاهرة، يونيو، ١٩٨٩

٢- برنار باك، النظام الفرنسي للرقابة على الحسابات العامة ودور محكمة الحسابات فيه، مجلة الرقابة المالية- العدد ٢- السنة ٣- كانون الأول- ١٩٨٤

٣- د. عبد الحفيظ عبد الفتاح، الاعتداء على المال العام والمخالفات المالية، بحث منشور، ع ١٩، مجلة الرقابة، ديوان المحاسبة، الكويت، ديسمبر، ٢٠٠٩، ص ٣٥

### رابعاً / القوانين

#### أ- الدساتير

١- دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٤ المعدل

٢- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ

#### ب - التشريعات

١- قانون التعديل الأول لقانون ديوان الرقابة المالية رقم (١٠٤) لسنة ٢٠١٢ النافذ

٢- قانون رسم الطابع رقم (٧١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

٣- قانون صندوق استرداد أموال العراق رقم (٩) لسنة ٢٠١٢ النافذ

الدولة، مكتبة النهضة المصرية، د. م، د. ت .

١٦- د. محمد مختار محمد عثمان، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وبين علم الإدارة العامة، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣

١٧- محمد ماجد ياقوت، التحقيق في المخالفات التأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢

١٨- محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦

### ثانياً/ الرسائل والاطاريح

١- عبد الامير شمس الدين، الرقابة على تنفيذ النفقات العامة في لبنان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٧

٢- عطا الله سالم جويعد الصرايرة، الرقابة على تنفيذ الموازنة العامة للدولة في النظام الأردني دراسة مقارنة مع النظامين المصري والانجليزي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٩

٣- محمد عبد الحليم عمر، الرقابة على الأموال في الفكر الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية التجارة، جامعة الأزهر، ١٩٨٢

٤- يمامة محمد حسن كشكول، النظام القانوني لإنشاء الوحدات الاتحادية وتنظيمها في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٠

#### خامسا / المصادر الاجنبية

Savino(M)•The Right to Open Public Administrations in Europe•oced•2010

Proceedings of the Workshop on Strengthening Parliamentary Financial Oversight ،Lebanese Parliament2012،

Improving financial oversight: a guide for parliamentary staff•UKaid•London•2011

micro study on public private partnerships in the transport sector•euromed transport•December•2008

Touchon(S) et Tommasi(D)•Gestion et contrôle financier des agences publiques•oced•2001

RIVERO) J•(Droit Administratif7 ،

è•Dalloz1975،

L A U B A D E R E (A)•VENEZIA (J.C)• GAUDEMET(Y)• Droit administratif ،13è éd•L.G.D.J•Paris•1988

Villoria)M •(conflict of interest policies and practices in nine EU member states ،oced2007 ،

٤- قانون هيئة النزاهة رقم(٣٠) لسنة ٢٠١١ النافذ

٥- قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل

٦- قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل

٧- قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ المعدل

٨- أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم(٥٧) لسنة ٢٠٠٤ النافذ

٩- قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل

١٠- قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل

١١- قانون الإثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل

١٢- نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٨ المعدل

١٣- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل

#### الأنظمة والتعليمات

النظام الداخلي لديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم (١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

1 -www.ccomptes.fr

2-www.NAO.uk

3-http://www.moj.gov.iq

4-[www.d-raqaba-m.iq](http://www.d-raqaba-m.iq)

5-<http://www.intosai.org/>

## الهوامش

(١) د. أحمد السيد عوضين حجازي، الرقابة الذاتية للإدارة على أعمالها، بحث منشور، مجلة العلوم الإدارية، ع ١، ص ٣١، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، يونيو، ١٩٨٩، ص ٤٩

(٢) في تحديد المخالفات المالية، د. صلاح العطيفي، المخالفات المالية ورقابة الجهاز المركزي للمحاسبات، ط ١، د. ن. د. م.، ١٩٧٨، ص ٧٢-٧٧، د. ثروت عبد العال أحمد، النظام القانوني للمخالفات المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٢-٣٨، د. باسم نعيم عوض، الرقابة المالية للجهاز المركزي للمحاسبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٦٧-٢٧٠، د. علي أنور العسكري، الرقابة المالية على الاموال العامة في مواجهة الأنشطة غير المشروعة، مكتبة بستان المعرفة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٨٢، د. خليفة سالم الجهمي، المسؤولية التأديبية للموظف العام عن المخالفات المالية في القانون الليبي، ط ٢، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٤٧-٥٠.

(٣) البند ثانياً-المادة (٢) قانون ديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل .

(٤) المواد (٣٠٤-٣٠٦) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٥) البند ثالثاً-المادة (٢) قانون ديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل

(٦) البند رابعاً-المادة (٢) قانون ديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل

(٧) الفقرة (١)-البند ثامناً-المادة (٧) قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل

(٨) د. ثروت عبد العال أحمد، مصدر سابق، ص ٥٥، د. محمد مختار محمد عثمان، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٣١٤، ٣١٦، د. السيد أحمد محمد مرجان، واجب الموظف العام في حماية المال العام في ضوء النظام الإداري الإسلامي، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٢١

(٩) ومن تلك الدول، المملكة المتحدة، في معايير الحياة العامة (المبادئ السبعة)، وفرنسا (قانون محكمة الحسابات)، ومصر في قانون الجهاز المركزي للمحاسبات .

(١٠) د. حسين عبد العال، الرقابة الادارية بين علم الادارة والقانون الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١١٢، محمد ماجد ياقوت، التحقيق في المخالفات التأديبية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٣٣

(١١) (قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم (٨٥) إتحادية/٢٠١٠) في (٢٥/١١/٢٠١٠) منشور، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٠، المجلد ٣، جمعية القضاء العراقي، بغداد، ٢٠١١، ص ١١٣-١١٤

(١٢) (قرار المحكمة الاتحادية العليا، رقم (٢٥) إتحادية/٢٠١٢) في (٢٢/١٠/٢٠١٢)، منشور، أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام

(٢٤) المادة(١١) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٢٥) المادة(١٢) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٢٦) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ٤٤٩ في ٣/ مايو (ايار)/١٩٨٦ منشورة،مجلة هيئة قضايا الدولة، ع/٤ س ٣٢/ ديسمبر(كانون الاول)/١٩٨٨، ص ١٨٦

(٢٧) أنظر في التعريفات المتعددة للتحقيق الإداري وأخلافه عن التحقيق الجنائي كل محمد ماجد ياقوت، التحقيق في المخالفات التأديبية، مصدر سابق،، ص ١١٠، ولنفس المؤلف، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٧٠١، د. فيصل أحمد الحيدر، اصول المنازعات الادارية(الكويت، مصر، إنجلترا)، ط١، د.، الكويت، ٢٠١٢، ص ١٩٤

(٢٨) البند (خامساً) المادة(٢) قانون التعديل الأول لقانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (١٠٤) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٢٩) البند خامساً، المادة(٢٨) قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل

(٣٠) البند أولاً-المادة(١٥) قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل

(٣١) المادة(١٤) قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل

(٣٢) الفقرة(هـ) البند ثالثاً، المادة(٤) النظام الداخلي لديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٣٣) الفقرة(ب) البند أولاً، المادة(٨) النظام الداخلي لديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٣٤) قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل، منشور، جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٣٥٦ في ٣/٦/١٩٩١

٢٠١٢، إعداد جعفر ناصر حسين ، فتحي الجواري، المجلد ٥، مجلة التشريع والقضاء، بغداد، ٢٠١٣، ص ٥٨-٦٢ .

(١٣) يقصد بحقوق الدولة المالية، هي الحقوق المحمية بموجب الدستور والتشريعات الاعتيادية في الدولة منها القوانين الجنائية التي حددت جرائم الوظيفة العامة، وجرائم الاموال العامة، والقوانين الخاصة بحماية المال العام، د. حامد حمود الخالدي، الدور الرقابي للبرلمان في المجال المالي في النظام السوري الانجليزي والمصري والكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٥٦ .

(١٤) د. صلاح العطيبي، مصدر سابق، ص ٧٢-٧٣ (j) Rivero·Droit administratif·7è éd·Dalloz·paris·1975·p.286-287·(A)Laubadère·(J.C)venezia·(Y) Gaudemet·Droit administratif·L.G.D.J ·1988·p.329-332

(16)V.art(313-LI)-(313-7L)de J.C.F·op.cit (١٧) غير الموظف يعني به المتعاقدين مع الإدارات العامة

(١٨) الفقرة (١)-المادة (١١) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل

(١٩) الفقرة (٢)-المادة (١١) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٢٠) الفقرة (٣)-المادة (١١) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٢١) الفقرة (٤)-المادة (١١) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٢٢) د. ثروت عبد العال أحمد، مصدر سابق، ص ٥٨ وما بعدها

(٢٣) المادة ١٢ قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٣٥)الراجح من الاقوال ان المشرع العراقي لم يدر في خلدِه تعديل قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل بإدخال ديوان الرقابة المالية الاتحادية ضمن جهات التأديب كما فعل قرينه المصري في قانون نظام العاملين المدنيين في الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ المعدل (٣٦)البند ثالثاً-الفقرة (أ) من المادة (٤)النظام الداخلي لديوان الرقابة المالية الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٣٧)البند خامساً المادة(٢) من قانون التعديل الاول لقانون ديوان الرقابة المالية الاتحادية رقم (١٠٤) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٣٨)المادة(١٦) قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادية رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل، والفقرة(د)من البند ثانياً من المادة(٤)النظام الداخلي لديوان الرقابة المالية الاتحادية رقم(١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٣٩)المادة (١٦) قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادية رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل، والفقرة(د) من البند ثانياً من المادة(٤) النظام الداخلي لديوان الرقابة المالية الاتحادية رقم (١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٤٠)البند ثالثاً من المادة(٢١) قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ النافذ، والفقرة(د) من البند ثانياً-المادة (٤) من النظام الداخلي لديوان الرقابة المالية الاتحادية رقم(١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٤١)البند ثالثاً، رابعاً، خامساً- المادة (٢١)- قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ النافذ

(٤٢)المادة(٣) قانون التضمين العراقي رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ المعدل

(٤٣) د.صلاح العطيبي، مصدر سابق، ص ٢٥٩-٢٦٠، عبد الامير شمس الدين، الرقابة على تنفيذ

النقعات العامة في لبنان، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٧، ص ٢٣٦ .

(٤٤)الفقرة(٣)-البند(ثالثاً)/المادة(٥)قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(٤٥)الفقرة(٣)-البند(ثالثاً) /المادة(٥)قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(٤٦)احسن المشرع المالي العراقي صنفاً عندما وسّع من مفهوم الموظف وذلك عندما نص في المادة الاولى من قانون رسم الطابع رقم (٧١) لسنة ٢٠١٢ النافذ على ان الموظف هو( كل شخص ينتسب الى دوائر الدولة والقطاع العام والمختلط والتعاوني ويعد بحكم الموظف لاغراض هذا القانون المكلفون بخدمة عامة والعاملون في القطاع العام والمختلط والتعاوني ومجالس الطوائف وروساء الهيئات التي لها شخصية معنوية ) لاحظ نص القانون منشور، جريدة الوقائع العراقية رقم ٤٢٥٥ في ٢٠١٢/١٠/٢٢

(٤٧)المادة (١) قانون التضمين رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، منشور، جريدة الوقائع العراقية رقم ٤٠٢٨ في ٢٠٠٦/١١/١٣

(٤٨)المادة(٤٧) قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ المعدل

(٤٩) (ق.م.ش.د) رقم (٢٠١٣/٤٣) في (٢٠١٣/٥/١٤) منشور، الموقع الالكتروني لوزارة العدل، <http://www.moj.gov.iq> تاريخ زيارة الموقع ٢-١٢-٢٠١٣

art(L313-13) et art(L131-6) de C.J.F

(51) V. plaquette, de même la cour des comptes ,elle dit (Il sert d'intermédiaire entre la Cour et les autorités judici-

(٦٣) إعلان ليّما، إعلان مكسيكو، إتفاقات جوهانسبرج

(٦٤) (( art. L143-6، art. L143-7 de C.J.F

(٦٥) د. جيهان حسن سيد أحمد خليل، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الاموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٥٢

(٦٦) د. جيهان حسن سيد أحمد خليل، مصدر سابق، ص ١٥٢، د. علي أنور العسكري، مصدر سابق، ص ٣٠٤

(٦٧) المادة (٦٨) من دستور مصر لسنة ٢٠١٤ المعدل

(٦٨) حمزة محمد نور الزبير، مصدر سابق، ص ١٢٥

(٦٩) التقارير الرقابية السنوية للديوان للاعوام ( ٢٠١١ )، ٢٠٠٩، ٢٠١٠، ٢٠٠٩

(٧٠) المواد الآتية من دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥، المادة (٦١) التي بيّنت اختصاصات مجلس النواب، والمادة (٨٠) التي بيّنت اختصاصات مجلس الوزراء، والمادة (١٠٣) التي وضحت المركز الدستوري لديوان الرقابة المالية الإتحادي

(٧١) تعني رقابة النظر قيام الأجهزة الرقابية بالرقابة على أعمالها كلا على الجهاز الآخر، حمزة محمد نور الزبير، قانون ديوان الرقابة المالية بمملكة البحرين بين النص والتطبيق، د. ن. البحرين، ٢٠٠٩، ص ١٤٨، دليل مراجعة النظر الطوعية، لجنة بناء القدرات، منظمة الأنطوساي، منشور، الموقع الإلكتروني لمنظمة الأنطوساي <http://www.intosai.org> تاريخ زيارة الموقع ٢٠١٣/٩/٩ .

(٧٢) حمزة محمد نور الزبير، مصدر سابق، ص ١٥١ .

(٧٣) تقرير محكمة التدقيق الهولندية (NCA) المتعلق برقابة النظر على أعمال رقابة الأداء في ديوان الرقابة المالية الإتحادي للعام (٢٠٠٩-٢٠١٢)، منشور، الموقع الإلكتروني لديوان الرقابة المالية الإتحادي <http://www.d-raqaba-m.iq> تاريخ زيارة الموقع ٢٣-١٠-٢٠١٣ .

(٧٤) المصدر السابق .

aires, notamment en saisissant celles-ci des présomptions d'infractions pénales mises en évidence par la Cour)

(٥٢) د. أحمد إبراهيم بك، محكمة المحاسبة الفرنسية واساليبها في الرقابة المالية، دار الفصول للنشر، القاهرة، د. ت، ص ٤٥، عبد الامير شمس الدين، مصدر سابق، ص ٢٣

(٥٣) بداية ظهور تلك النظرية كانت في نهاية سنة ١٩٣٥، وتم تقنينها ابتداءً بالقانون الصادر سنة ١٩٤٣، وجرت عليها تعديلات عدة الى ان ادخلت ضمن مدونة القضاء المالي الفرنسي النافذة لسنة ٢٠٠٧-٢٠٠٨

(54)V.art(L131-2) de C.J.F

(٥٥) الفقرة (١) البند ثالثاً، المادة (٥) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٥٦) الفقرة (٢) البند ثالثاً، المادة (٥) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٥٧) الفقرة (٣) البند ثالثاً، المادة (٥) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل

(٥٨) البند سادساً، المادة (٢١) قانون ديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل .

(٥٩) من هذه الدول فرنسا

(٦٠) محمد عبد الحليم عمر، الرقابة على الاموال في الفكر الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية التجارة، جامعة الأزهر، ١٩٨٢، ص ٢٥٩

(٦١) الفقرة (أ) البند اولاً، المادة (٢٨) قانون ديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل .

(٦٢) التقرير الرقابي السنوي لديوان الرقابة المالية الإتحادي لسنة ٢٠١١، منشور، الموقع الإلكتروني للديوان [www.d-raqaba-m.iq](http://www.d-raqaba-m.iq) تاريخ زيارة

الموقع ٨-١١-٢٠١٣

(83)art(58) aliéant 3) de lolf .

(84)art(58) aliéant 4) de lolf .

(85)art(58) aliéant 5) de lolf .

(86)art(58) aliéant 6) de lolf .

(87) الفقرة (٢)-المادة (١٨) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(88) الفقرة (٣)-المادة (١٨) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(89) الفقرة (٣)-المادة (١٨) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(90) الفقرة (٤)-المادة (١٨) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(91) الفقرة (٥)-المادة (١٨) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(92) الفقرة (٥)-المادة (١٨) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(93) الفقرة (٥)-المادة (١٨) قانون الجهاز المركزي للمحاسبات رقم (١٤٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(94) يمامة محمد حسن كشكول، النظام القانوني لانشاء الوحدات الاتحادية وتنظيمها في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٠، ص ٢٥٢ // كما توجد في مصر نفس الآراء حول الجهاز المركزي للمحاسبات لدى

بعض الفقهاء : د. أحمد السيد النجار، واقع الرقابة المالية في مصر، بحث منشور، ندوة الرقابة المالية في الاقطار العربية، مصدر سابق، ص ٩٨ وما بعدها، د. ثروت عبد العال أحمد، مصدر سابق، ص ١٥٦ .

(95) الفقرة أ/ البند اولاً/ المادة (٢٨) من قانون ديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل .

(٧٥) دليل الرقيب المالي، ديوان الرقابة المالية الإتحادي

في العراق، د. ت. ، أيضاً الموقع الإلكتروني لديوان

الرقابة المالية الإتحادي [www.d-raqaba-m.iq](http://www.d-raqaba-m.iq)

تاريخ زيارة الموقع ٣-٣-٢٠١٣ .

(٧٦) المصدر السابق نفسه .

(٧٧) حيث ذكر قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة

٢٠١١ النافذ، على (يعمل ديوان الرقابة المالية

بصفته الجهة العليا للتدقيق المالي والمحاسبي وهو

معني بالكشف عن أعمال الفساد والغش والتبذير

وإساءة التصرف وفقاً لاحكام القانون)، البند ثانياً،

المادة (٢١) من قانون هيئة النزاهة، وذكرت المادة

(٥) من قانون ديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم

(٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل على ذات المعنى المتقدم

(٧٨) البند خامساً- المادة (٢) قانون التعديل الاول لقانون

ديوان الرقابة المالية الإتحادي رقم (١٠٤) لسنة

٢٠١٢ النافذ، والمادة (٩) من النظام الداخلي لديوان

الرقابة المالية الإتحادي رقم (١) لسنة ٢٠١٢ النافذ

(٧٩) (ق.م.إ.ع) رقم ٥٧/إتحادية/٢٠١١، منشور، مجلة

التشريع والقضاء، ع ١، ص ٤، بغداد، كانون الثاني-

شباط-آذار ٢٠١٢، ص ١٦٧ .

(٨٠) قرارات الامانة العامة لمجلس الوزراء للجلسة

المرقمة (٤٥) في ١٦-١٠-٢٠١٢، منشورة،

الموقع الإلكتروني لموقع الامانة العامة لمجلس

الوزراء، مصدر سابق .

(٨١) المادة (٣) و(٥) من قانون صندوق استرداد اموال

العراق رقم ٩ لسنة ٢٠١٢ النافذ، منشور، جريدة

الوقائع العراقية، ٤٢٣١ في ٢٧-٢-٢٠١٢ .

(٨٢) برنار باك، النظام الفرنسي للرقابة على الحسابات

العامة ودور محكمة الحسابات فيه، ترجمة محمود

بسباس، المجلة الدولية للرقابة المالية الحكومية

صدر سابق، ص ١٩ .

- publiques,oced•2001• pp,39 .
- (107) ibid•p.43 .
- (108) ibid•p.44 .
- (109) (S) Touchon et (D) Tommasi, Gestion et contrôle financier des agences publiques,op.cit, p,49 .
- (110) المواد ٢٥ و٢١٧ من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل .
- (111) المادة(١٢٥) الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل
- (112) (٤) الاجهزة الرقابية المستقلة وفقاً للدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل هي ( الجهاز المركزي للمحاسبات ،البنك المركزي،هيئة الرقابة الادارية، الهيئة العامة للرقابة المالية) المواد (٢١٥ -٢٢١) ،الدستور المصري المعدل .
- (113) المادة(٢١٧) الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل .
- (114) المادة ( ٢١) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل . تقابلها المادة (١٠) من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل .
- (115) المادة(٢٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، والمادة (٤) من قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل
- (116) (ق.م.ت.١٠) رقم ١١٩٧ /أستثنائية منقول/ ٢٠٠٨ ، بتاريخ ٢٨/١٢/٢٠٠٨ ، النشرة القضائية، السلطة القضائية ،جمهورية العراق، العدد ١١ ، آذار ، ٢٠١٠ ، ص ٣٢ . حيث ذهب القرار الى عدم جواز قبول دفع المميز بعدم صحة المعلومات المدونة في الكتب الرسمية لكونها منظمّة من قِبَل جهات رسمية .
- (٩٦) قانون الإدارة المالية والدين العام العراقي رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٤ المعدل .
- (٩٧) البند رابعاً- المادة (٢١) قانون هيئة النزاهة النزاهة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ النافذ .
- (٩٨) البند خامساً- المادة (٢٨) قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل
- (٩٩) البند رابعاً- المادة (٢١) قانون هيئة النزاهة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١١ النافذ .
- (١٠٠) المادة (١٨) قانون ديوان الرقابة المالية الاتحادي رقم (٣١) لسنة ٢٠١١ المعدل .
- (101) v.art (58)de LOLF .
- (102) v. code des juridictions financières
- (103) ويقصد بقانون التسديد أو قانون الدفع أو (قانون التسوية) وهو يقابل قانون الحساب الختامي في العراق ومصر و (الإفقال المالي) في بريطانيا، ويتصل بتسديد القروض والمنح والإعانات وتنظيم اجراءاتها وشروطها ومواعيدها ،كما يحد هذا القانون الحصيلة النهائية للإيرادات ونفقات الموازنة المتعلقة بها وحصيلة الموازنة المترتبة منها ، كما يحدد هذا القانون الحصيلة النهائية لإيرادات الخزنة العامة وموقعها من تحقيق التوازن المالي للسنة المنقضية وتعرض في جدول إحصائي يبين أرقام التمويل،( المادة ٣٧ ، المادة ٤٦) من القانون المالي الاساسي رقم (٦٩٢-٢٠٠١) لسنة ٢٠٠١ المعدل
- (104) بمجرد إنتهاء مناقشتها F.R.O.J لأن تقارير المحكمة تنشر في الجريدة الرسمية للحكومية الفرنسية ..
- (105) (les deniers publiques brûlent la main qui touche) .
- (106) (S) Touchon et (D) Tommasi•Gestion et contrôle financier des agences

## Legal effects of the observation of the Federal Bureau of Financial Supervision

Assist. Prof. Dr. Ban Abdulqader Alsalehi \*

Assist. Instructor Ali Abed Abas \*\*

### Abstract

Public funds constitute the pulsating artery of life in public facilities, which enable them to have good traffic and regularity. So, the legislator had built rules to protect and maintain them, and set on different sanctions for violating them. In addition to the legislator arranged the assets management systems and their use and sanctions for violation them, as a violation of the nation's wealth.

Later the legislator set up for that purpose various regulators to defend public money as one of the supreme interests of the nation, and we must admit that the supreme regulatory bodies were the best way to ensure that achievement of the legislature's goals.

Different legal systems vary in the adaptation of this act or that, whether it is considered as a financial offense that requires the intervention of the Federal Bureau of Financial Supervision or not, whether in Iraq or other comparative systems. and this advanced variation entails a difference in the prosecution of assets and liquidation of those offenses and the extent of measures for the protection of public money.

---

\* college of Law/Baghdad University

\*\* college of Law/Basrah University

## الحماية الجنائية من تخريب المنشآت النفطية

أ.م.د. حسون عبيد هجيج (\*)

أ.م. د. مازن خلف ناصر (\*) (\*)

النفط العراقية تخفي وراءها أهدافاً سياسية تتلخص في الحيلولة دون تطبيع الوضع في العراق وحرمان أي إدارة عراقية من مصدر أساسي للدخل ضروري لإعادة الأعمار وإشاعة الاستقرار ، وهكذا فقد باتت جهود الإدارة العراقية متوجهة إلى حماية هذه المنشآت بدلاً من تطويرها وأصبح ما يعرف بظاهرة الإرهاب النفطي جزءاً من ظاهرة الإرهاب التي يعاني منها العراق بشكل عام.

لقد شهدت أنابيب النفط العراقية هجمات كان لها بالغ الأثر في هذا القطاع. ويبدو أن انتشار أنابيب النفط في أراض مفتوحة في الصحراء وفي أراضي غير مأهولة على آلاف الكيلومترات وصولاً إلى الدول المجاورة قد سهل عمليات الهجوم التي يقسم منفذوها إلى قسمين ، فهناك من يستهدف هذه الأنابيب من أجل سرقة النفط وبيعه في السوق السوداء أو تهريبه إلى دول الجوار ، أما القسم الثاني فهم من يطلق عليهم إرهابيو الاقتصاد بدوافع سياسية، وتتلخص أهدافهم في : سحب الدعم

### المقدمة

لقد باتت الجريمة بمختلف صورها وأشكالها المتجددة على رأس قائمة اهتمامات صناع القرار على المستويات الوطنية والإقليمية والدولية لكونها المعضلة الدائمة التي تقلق طمأنينة المجتمعات كافة ، تأخذ من مالها وجهدها وتعكر صفوها وتعيق نموها وازدهارها ، ومما يدعو للخوف أن الجريمة تسجل كل يوم تطوراً جديداً في أنماطها واستحداثاً في أساليبها ومضاعفات في الخسائر الناجمة عنها وفي تكاليفها المالية. فيعد أكثر من سبعة أعوام على احتلال العراق وعلى عكس التوقعات يواجه قطاع النفط العراقي مشاكل عديدة ، وذلك بسبب استمرار تعرض المنشآت النفطية لهجمات تخريبية حالت حتى الآن دون عودة الإنتاج النفطي إلى سابق عهده قبل ٢٠٠٣/٤/٩ ويعتقد معظم المحللين أن الهجمات المنتظمة التي تتعرض لها صناعة

\* جامعة بابل /كلية القانون  
\*\*الجامعة المستنصرية / كلية القانون

الاقتصادية التي ستركز عليها أية حكومة جديدة أو عدم تشجيع الشركات المتعددة الجنسيات على الاستثمار في العراق أو إبعاد الشركات الموجودة من قبل ونقل استثماراتها إلى بلدان أخرى.

## مشكلة البحث

تعد العمليات التخريبية التي استهدفت المنشآت والأنابيب النفطية مشكلة على المستويين البحثي والاقتصادي في العراق بشكل خاص وفي الوطن العربي بشكل عام فهي على المستوى الاقتصادي تمثل حرمان البلاد من المصدر الوحيد لعائداته المالية واعتداءً على قوت المواطن اليومي ، فضلاً عن أنها تمثل تهديداً لأمن المجتمع وسلامته ، أما على المستوى البحثي فإنها لا تزال في عداد المشكلات البحثية التي لم تدرس الدراسة الكافية إن لم نقل لم تدرس كلياً ، فهي ومن خلال ما توفر من أدبيات لم تتل الاهتمام الكافي من قبل الباحثين والدارسين في العراق. وربما يرجع ذلك إلى أن هذه الجرائم كانت فيما مضى تعد من الجرائم قليلة الانتشار ، أي أنها لم تصل بعد إلى مستوى الظاهرة الإجرامية التي تستثير الاهتمام وربما تأتي بعد ذلك الخصوصية التي عادة ما تحاط بهذا النوع من الجرائم والتكتم عليها وتردد الجهات المسؤولة في الكشف عنها.

ومما يزيد من كون الإرهاب النفطي في العراق مشكلة بحثية خصوصية هذا البلد وتميزه أيديولوجياً واجتماعياً وجغرافياً ، الأمر الذي يقلل من مصداقية تطبيق نتائج الدراسات التي أجريت في مجتمعات عربية وأجنبية على هذه المشكلة ، كما تتجذر في نسيج الواقع

الاجتماعي والاقتصادي والديني في العراق اليوم ، وعليه فإن هناك ضرورة بحثية للتعرف الموضوعي على هذه المشكلة وإيجاد تفسير له مصداقيته المنهجية.

## أهمية البحث

لقد أجمع الباحثون اليوم ورجال الاقتصاد والاجتماع والسياسة في العراق على أن مخاطر الإرهاب النفطي في الوقت الحاضر يفوق مخاطر أي نوع آخر من الجرائم ، فتهديب النفط أو تخريب المنشآت النفطية يمكن أن يؤدي إلى كارثة مالية واجتماعية تقود بآلاف البشر إلى فقدان مدخراتهم وقوت عملهم ودفعهم إلى الفقر والبطالة والمرض. فالعمليات التخريبية التي استهدفت المنشآت والأنابيب النفطية أدت حتى عام ٢٠٠٤ إلى خسائر مالية كبيرة ، حيث قدر خبراء النفط خسائرنا من العائدات المالية نتيجة العمليات التخريبية التي استهدفت المنشآت والأنابيب النفطية بـ ٦ مليارات و ٢٥٠ مليون دولار. (١)

ولضرورة التصدي لمثل هذا النشاط التخريبي للمصدر الوحيد لعائدات العراق المالية ، شرع قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ ونص في المادة ٦ / أولاً بأنه (( يعاقب بموجب أحكام قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ كل من يقوم بتخريب المنشآت النفطية التي تشمل الأنابيب والخزانات وغيرها من خلال التثقيب أو أي فعل آخر لأغراض التهريب )) واعتبارها جريمة إرهابية ، فضلاً عما قرره المشرع من حماية دستورية للمال العام من مكانة مهمة في بناء الدولة ودوره الفاعل والمؤثر في نشاطاتها

التعرض لمفهوم التخريب بشكل موجز ، ومن ثم فقد انقسمت الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب و على النحو الآتي :

## المطلب الأول

### تعريف التخريب

لم تتفق كلمة الفقه على تعريف موحد لفعل التخريب ، ويعود السبب في ذلك إلى اختلاف وجهات النظر بشأن الأساس الذي يقوم عليه هذا النشاط ، لذلك نجده حين يتعرض لتعريفه لا يتردد في إعادته إلى العامل الاجتماعي والاقتصادي ، إذ يذهب رأيي إلى تعريف التخريب بأنه كل فعلٍ عمدي فردي أو جماعي ، يقع على الإنتاج أو على أدوات الإنتاج أو على مستودعات الإنتاج فيترتب عليه إنقاص الكمية المنتجة أو الإضرار بنوعيتها بصورة مستديمة أو مؤقتة<sup>(٢)</sup> ، بينما يذهب رأيي آخر إلى أن التخريب نوعين (إيجابي Active) و (سلبي Positive) ، فالتخريب الإيجابي هو فعل التشويه أو التدمير أو الإزالة ويراد به إما إتلاف البضائع والمنتجات بقصد إحداث ضرر مادي لمالك المنشأة أو هو إيقاف عمل الآلة المحركة لمنشأة ما بقصد تعطيل أعمال الخدمات العامة أو الخاصة صناعية أو تجارية أما التخريب السلبي فهو كل قطع عمدي للخدمات ، بحيث يكون هدفه عدم الانتفاع بها ويؤدي إلى خطورة استعمالها على الحياة الإنسانية وكذلك الممتلكات الموضوعة لاستغلال الخدمات العامة أو منشأة صناعية أو منشأة نقل<sup>(٣)</sup> ويذهب رأيي ثالث إلى أن التخريب في مدلوله العام يؤدي إلى معنى واحد هو الفعل التدميري ، أي تدمير كل ما هو قائم وله وجود سواء كان مبنياً أو مستودعاً أو حقلاً نفطياً ، ويحصر هذا الاتجاه خصائص

فنصت المادة ٢٧ / أولاً من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ بأنه (( للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن )) . فالدولة هي المالك للمال العام والقانون ينظم الأحكام القانونية الخاصة بحفظ الأموال العامة وحمايتها بما يتناسب مع طبيعتها كونها مخصصة للنفع العام.

## أهداف البحث

يمكن تحديد أهم أهداف البحث في الجوانب الآتية:

- ١- التعرف على مدلول التخريب للمنشآت النفطية التي تشمل أنابيب النفط وخزاناته.
- ٢- بيان الموضوع المادي للعدوان في جريمة تخريب المنشآت النفطية.
- ٣- التعرف على نطاق المصلحة المحمية بالقاعدة الجنائية ، وفيما إذا كانت هذه القاعدة تحمي مصلحة واحدة فقط أم مصالح متعددة.
- ٤- بيان أركان التخريب وعقوبته طبقاً لمنطوق نص التجريم .

## المبحث الأول

### ماهية الحماية الجنائية للمنشآت النفطية

يعد الإرهاب النفطي جزءاً من ظاهرة الإرهاب التي تشهدها مدن العراق الساخنة ممثلاً بشن الهجمات التخريبية التي تنال يومياً قوت الشعب بالدرجة الأساس ، ومن ثم استهداف شرعية الدولة أو السلطة ، وبالتالي فإن فقدان الاستقرار الأمني والسياسي ، سيؤدي حتماً إلى فقدان الاستقرار في سوق النفط وتهديد الاقتصاد العالمي عليه ارتأينا

تحكمها مثل (( التعيب والتعطيل وإساءة الصنع وإساءة الإصلاح))<sup>(٧)</sup>.

على أن صياغة هذا التعريف ينبغي أن تكون في ضوء الاتجاه الذي اعتمده المشرع العراقي في قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ عند تعريفه للجريمة الاقتصادية بأنها ((درأ الانتهاكات التي تمس الملكية العامة والملكية التعاونية ووسائل الإنتاج وتنظيم الإنتاج الصناعي والزراعي وقواعد توزيع الخدمات والسلع وسوء استعمال الصلاحيات الممنوحة أو حرفها بشكل يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني ويحقق منفعة شخصية غير مشروعة)).

## المطلب الثاني

### أنواع التخريب

هناك خلافاً فقهيّاً بشأن أنواع التخريب ، إذ يذهب جانب من الفقه الجنائي المقارن إلى تقسيم التخريب إلى نوعين ماديين ((إيجابي وسلبي)) وهو تقسيم مرجوح باعتباره يستند إلى نوع النشاط المادي للجريمة إلى إيجابي وسلبي ، في حين يذهب جانب آخر من الفقه العربي إلى تقسيم آخر لأنواع التخريب وهو أما **تخريب مادي** وأما **تخريب معنوي**.<sup>(٨)</sup>

فالتخريب المادي هو الذي يتناول ماديات قائمة بالعدوان ومثال ذلك تخريب مباني الحكومة أو مؤسسات ومرافق عامة ومنشآت نفطية أو غيرها من منشآت الدولة الصناعية أو محطات القوة الكهربائية والمائية أو وسائل المواصلات أو الجسور أو السدود أو مجاري المياه العامة . . . الخ.<sup>(٩)</sup> فهذه كلها

التدمير داخل المجال الاقتصادي أو في النطاق التكنولوجي أو الفني ، فالتخريب كفعل تدميري يتحقق بفعل مادي تدميري أي تخريبي ، ولا يشترط أن يتمتع المخرب بمهارة فنية متخصصة للاعتداء على كل ما هو قائم وله وجود (منشأة ، مستودع) بقصد تخريبه<sup>(٤)</sup> ويتجه رأي رابع إلى التقرير بأن التخريب هو مظهر من مظاهر الإرهاب باعتباره عمل من أعمال العنف غير المشروع من شأنه إحداث الرعب وإلقاء الفزع في نفوس الناس.<sup>(٥)</sup>

وفي اعتقادنا أن عدم قبول هذه التعاريف له ما يبرره لدينا ، **فالأول** يتصف بمثالية مفرطة لإدراجه أفعالاً معاقب عليها بمقتضى نصوص جنائية لم يعدها المشرع نصوصاً تعاقب على التخريب إذا ارتكبت إهمالاً أو امتناعاً.

أما **الثاني** فإنه قسم التخريب إلى إيجابي وسلبي ولم يتعرض للمصلحة المعتبرة والجديرة بالحماية ، في حين ينصف **الثالث** بالتطرف ويحصر التخريب في نطاق ضيق يكون في صورة واحدة فقط (**التدمير**) وهو ما تأباه طبيعة الأشياء ، أما **الرابع** فيؤخذ عليه مرادفته للتخريب بالإرهاب باعتباره من صور الأخير وهو قول لا أساس له لاختلاق القاعدة التهديدية التي ينتسب إليها الإرهاب عن القاعدة الإتلافية التي ينتمي إليها التخريب.

في حين يذهب جانب من الفقه العربي المقارن إلى الاعتداء بالإتلاف كأساس قاعدي للتخريب معرّفاً إياه قاعدياً بأنه ((الإعدام العمدى لذاتية الشيء أي إفقاده كيانه الأصلي كلياً أو جزئياً بأية وسيلة))<sup>(١)</sup> وهو في تقديرنا التعريف الأنسب الذي يلتقي مع كل المرادفات التي تنتمي إلى القاعدة الإتلافية التي

جرائم ينبغي أن تمس نواحي مادية معينة حتى يمكن القول بوجود تخريب.

والنشاط الجرمي في جريمة التخريب بوصفه من عناصر الركن المادي له مدلول واسع فهو يشمل بالإضافة إلى السلوك الإيجابي المفترض حركة عضوية من جسم الفاعل ، السلوك السلبي (الامتناع) أيضاً بوصفه صورة للسلوك البشري.<sup>(١٠)</sup>

أما التخريب المعنوي فهو يتناول معنويات قائمة وساندة في النظام الاجتماعي والاقتصادي لاسيما إزاء الأزمات التي يتعرض لها البلد وينطوي هذا النوع في كثير من الأحيان على استخدام وسائل غير مباشرة لتخريب مجموعة أهداف ذات قيمة كبيرة ، وبالتالي تترتب ثمة نتائج تفوق ما يمكن أن ينشأ عن حرق أو تفجير منشأة اقتصادية ، فعلى سبيل المثال إن الذعر واليأس اللذين تثيرها دعاية مغرضة قد يؤديان إلى انهيار العزيمة والأضرار بالمركز المالي والاقتصادي للدولة على نحو قد يساعد الإرهاب على تحقيق أهدافه السياسية والاقتصادية دون توضيحات تذكر وتقود بالتالي إلى كثير من التأثيرات السلبية المباشرة على متغيرات اقتصادية عديدة ومنها إنتاج النفط أو إبعاد بعض السياسات الاقتصادية عن أهدافها.

وتدخل إياه تحت باب واحد وتختلف عنه في نفس الوقت ومنها الإرهاب والتدمير والكارثة وهذا ما سنبحثه تباعاً.

### أولاً : التخريب والإرهاب

على الرغم من اتفاق التخريب والإرهاب من حيث عدم وجود تنظيم قانوني متفق عليه لكل من الجرتين سواء على المستوى الدولي<sup>(١١)</sup> أو في إطار القانون الداخلي<sup>(١٢)</sup> إلا إن أوجه الاختلاف بينهما متعددة ، فالتعريف المقرر للإرهاب بأنه عمل من أعمال العنف غير المشروع يفيد أن هناك من أعمال العنف ما هو مشروع<sup>(١٣)</sup> ، كذلك فإن القاعدة التي تحكم الإرهاب هي ليست ذات القاعدة التي تحكم التخريب فالأول محكوم بقاعدة التهديد ، في حين أن التخريب محكوم بقاعدة الإلتلاف والفرق شاسع بينهما ، فقاعدة الإرهاب وهي التهديد وما يثيره من فزع لا يلزم فيه وقوع جريمة على ما يذهب إليه البعض<sup>(١٤)</sup> ، بل يقع كاملاً بمجرد إثبات التهديد ، فالقانون عندما يعاقب عليه لا يشترط إطلاقاً أن يكون الجاني راغباً في تنفيذ ما يهدده به ، ولا أن يكون قادراً على التنفيذ وإنما يكفي التقوه عمداً بعبارات التهديد مع علمه بنتيجتها<sup>(١٥)</sup>. أما الثاني (التخريب) فإن له قاعدة أخرى ينطلق منها وهي الإلتلاف التي قد يعد التخريب صورة مشددة لها.

### ثانياً : التخريب والتدمير

يستخدم جانب من الفقه مفهوم التخريب على أنه التدمير<sup>(١٦)</sup> رغم اختلاف كل منها من حيث المظهر فقط ، وليس من حيث الأساس القاعدي ، باعتبار أن الأخير هو أساس موحد لهما ، إلا أنه يترتب على اختلاف مظهر كل

## المطلب الثالث

### تمييز التخريب عما يشابهه

إن دراستنا لموضوع التخريب تقتضي منا بيان المصطلحات التي تندمج معه

أن المنشآت النفطية أهداف سهلة الهجوم والتدمير ، الأمر الذي يقتضي أن ندرس في هذا المبحث المصلحة المحمية في جريمة تخريب المنشآت النفطية والموضوع المادي للعدوان في هذه الجريمة ، ومن ثم ندرس أركان التخريب وعقوبته وعلى النحو الآتي :

## المطلب الأول

### المصلحة المحمية في جريمة تخريب المنشآت النفطية

يكاد يتفق الفقه القانوني على أن الموضوع القانوني للجريمة (المصلحة المحمية) يخرج عن مكونات النموذج القانوني للجريمة<sup>(١٧)</sup> فالقاعدة الجنائية تشريعاً لا تحتوي الموضوع القانوني للجريمة ، وإنما تشمل فقط الموضوع المادي للعدوان ، وأما المصلحة المحمية جنائياً فتتواجد خلف السطور وتخضع لعامل التأمل الفقهي وطرائق التفسير.<sup>(١٨)</sup>

وكما هو معلوم أن الدولة مالكة للنفط الخام في مكانه (باطن الأرض) ، فقد تلجأ إلى التعاقد مع شركات أجنبية أو وطنية على الاستفادة منه بتحقيق مكاسب مشتركة للطرفين والأسلوب المقرر بهذا الشأن هو النشاط النفطي المتعدد الوجوه الذي يستدعي قيام الطرف الآخر المتعاقد مع الحكومة العراقية بإنشاء منشأة نفطية تحقق مسعاه من التعاقد ، وهو يحتاج بطبيعة الحال إلى حماية قانونية لاسيما الحماية الجنائية يقابله في الواقع التزام عليه وهو عدم ارتكاب ما من شأنه الإضرار بدولة العراق أو تعريضها للأخطار .

والسؤال المطروح هنا هل يعد العدوان

منهما ما يبرر عدم انضباط استخدام أي من المصطلحين كمرادف للآخر . **فالتدمير** لا يمكن عده سوى نتيجة من نتائج التخريب ، إذ أنه يعبر عن إيقاف مستديم لمال من الأموال عن طريق إتلافه كلياً إذا ترتب عليه إنهاء هذا المال بحيث ينبغي لاستعادته إعادة تكوينه من جديد .

## ثالثاً : التخريب والكارثة

يخط جانب من الفقه<sup>(١٩)</sup> بين مفهوم التخريب والكارثة التي تأخذ حكم التدمير ، إلا أنها صورة أكبر وأشمل منه ، فهي أكثر ما تكون طبيعية ، وهي مرحلة لاحقة على التدمير ، ويتفقان على أنهما صور من نتائج التخريب ومثال ذلك إشعال النيران بجوار مستودعات النفط أو في الأماكن غير المسموح فيها إطلاقاً يمكن عده من الأفعال التخريبية ومن ثم يترتب عليه نتائجها وهي **التخريب** ، في حين أن سقوط السيكر بجوار أحد المستودعات أو خزان النفط الخام ومواسير المياه التي تستخدم للحقن في مكان النفط . . . الخ ولو بحسن نية فتلك هي الكوارث ، أما إذا حدث صدام مسلح في أحد المنشآت النفطية بين أفراد حمايتها وبين مجموعة من الإرهابيين دون أن يكون لهم الحق في استخدام السلاح أو المفرقات فذلك هو الإرهاب .

## المبحث الثاني

### القواعد العامة في جريمة تخريب المنشآت النفطية

تتميز الأهداف النفطية بأمرين أساسيين يجعلها هدفاً لأي هجوم محتمل الأول أن النفط مادة إستراتيجية لا مثيل لها وأن الهجوم عليها يؤثر بشكل أساسي على الوضع الداخلي والدولي في آن واحد والثاني

ما هو متعلق بأملكها من المنشآت النفطية سواء كانت هذه الملكية كلية أو جزئية أو مشاعة ، بحيث يخرج عن هذا المدلول كل ما من شأنه أن يكون غير ذلك كأن تكون الملكية لتلك المنشآت للمتعاقد مع الدولة أو تكون لطرف ثالث شريطة ألا تكون الدولة تملك معه نصيب فيها.

## المطلب الثاني

### الموضوع المادي للعدوان في جريمة تخريب المنشآت النفطية

إذا كنا قد انتهينا إلى أن المصلحة المحمية بمقتضى هذا القانون هي موقف دولة العراق من العلاقة التعاقدية التي تجمعها بالطرف الآخر من العقد النفطي بحيث ينطبق النص حال وجود عدوان على أنشطة نفطية تملك الدولة العراقية المنشآت القائمة من خلالها سواء كانت هذه الملكية كلية أو جزئية ، ويدخل في هذا الافتراض الملكية المشاعة لتلك المنشآت.

ويذهب بعض فقه القانون العام إلى اعتبار المنشآت النفطية من المنشآت الشعبية التي تعرف بأنها ((جماعة من المنتجين يضع الشعب تحت إدارتهم وسائل إنتاج مترابطة فنياً واقتصادياً ، ويترتب عليها تحقيق قيمة مضافة ، ولكي يتهيأ للمنشأة الشعبية التعامل مع المنتجين ومع وسائل الإنتاج ومع الإنتاج وتسويقه ، فلا بد لها من القدرة على إدارتها ذاتياً واتخاذ قرارات ذات طبيعة اقتصادية جوهرها الاختبار بين حلول بديلة بقصد الوصول إلى تأليف أمثل من الحلول وهذا يتم على أساس وجود سياسة اقتصادية أو خطة خاصة بها وكيان إداري وقانوني يحقق استقلالها)).<sup>(١٩)</sup>

على نشاط المتعاقد مع الحكومة العراقية عدوان على ثرواتها وبالتالي شموله بالحماية الجنائية؟

في الواقع أن نص المادة ٦ أولاً من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ لم ينص صراحةً على ذلك وفي هذا توسيع لقاعدة المصلحة المحمية ، ولأجل ذلك فإن الصحيح في اعتقادنا هو شمول الحماية بمقتضى هذا النص التجريمي لقاعدة المتعاقد مع الحكومة العراقية حال كون التعاقد النفطي بين الاثنين قائماً على أساس أن للدولة العراقية مصلحة في المنشآت النفطية القائمة ، بحيث تكون في ملكيتها ولو جزئياً أو مشاعاً ، فالعدوان كما هو واقع على المتعاقد فإنه واقع أيضاً على الدولة العراقية الطرف في هذا التعاقد.

فالشرط العام أن تكون للدولة العراقية مصلحة في أي من المنشآت النفطية المذكورة ، لكي يمكن القول بانطباق النص ، لكن إذا كان للدولة العراقية نصيب في الإنتاج فقط دون أن تمتد مصلحتها إلى أي من هذه المنشآت فإن النص لا يعد منطبقاً حال حدوث العدوان ، وإنما ينبغي البحث عن نص قانوني آخر يكون أكثر انطباقاً إذ لا مصلحة للدولة العراقية سوى فيما يتعلق بحصتها التي يلتزم بها المتعاقد الآخر ، ذلك أن العدوان هنا كان قاصداً منشآت الأجنبي وليس ثروات الدولة العراقية ، وتلك تحميها نصوص أخرى غير نص المادة ٦ أولاً تطبيقاً لقاعدة التفسير الضيق للقاعدة الجنائية.

إذن المصلحة المحمية لهذا النص هي تلك المتعلقة بثروات الدولة العراقية ليس إلا وتحديداً

عندما تنشط عمليات تهريب النفط أو مشتقاته إلى خارج البلاد ، حيث يمكن أن يخلق ذلك تياراً واسعاً من تداول هذا المنتج الاستراتيجي لخدمة حركة التهريب ، وظهور حالات الشحة في السوق ، مما يؤثر في انسيابية المعروض ويؤدي إلى ارتفاع أسعاره ويخلق إرباكاً واضحاً في السياسة التجارية وعدم استقرار سعر الصرف للعملة الوطنية والمتاجرة غير المشروعة فيه ، محاولة الخروج على القانون بغية الكسب السريع غير المشروع أو لتمويل الإرهاب في العراق الذي يستهدف تفجير أنابيب وآبار نفطه لجزء من خطة سياسية لضرب تجربة جديدة في العراق. وعليه فإن هذه الجريمة تقوم على ركنين أساسيين وهما **الركن المادي والركن المعنوي** ، ثم العقاب على جريمة التخريب وفق أحكام المادة (٦) أولاً من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته النافذ ، وهذا ما سنبحثه بالشكل الآتي :

### أولاً: أركان جريمة تخريب المنشآت النفطية

#### ١- الركن المادي :

يقوم الركن المادي لجريمة تخريب المنشآت النفطية على عناصر ثلاثة وهي نشاط إجرامي ونتيجة تخريبية ثم علاقة سببية بين الاثنين.

النشاط والسلوك المادي ، وهو إما أن يكون سلوكاً إيجابياً وإما أن يكون سلبياً أو أن النشاط المادي كأحد عناصر الركن المادي في هذه الجريمة يمكن أن يقع بشكل إيجابي كما يمكن أن يقع بشكل سلبي وذلك فيما يتعلق بالواقعة الإجرامية التخريبية ، كما أن هذه الجريمة يمكن أن تقع من أي شخص

وعليه فإن مفهوم المنشأة النفطية<sup>(٢٠)</sup> وهي المحمل المادي المقصود في المادة ٦ أولاً لا يقبل على إطلاقه ، فالمقصود تحديداً هو ما تملكه الشركة النفطية من منشآت نفطية ، أي ذات الآلة العاملة أو المنتجة للنفط فلا يتصور أذن أن يكون **المبنى الإداري** الخاص بالشركة أو المؤسسة النفطية في العاصمة بغداد أو المحافظات بعيداً عن الحقول من **المنشآت النفطية** ، وبالتالي فإن أي عدوان يقع على ذلك المبنى لا يؤدي إلى انطباق المادة ٦ أولاً ، وإنما تطبق النصوص الواردة في قانون العقوبات بحسب الأحوال<sup>(٢١)</sup>.

والملاحظ أن المشرع العراقي لم يقصر الحماية الجنائية على **الأنابيب والخزانات** فقط كمنشآت نفطية وهي المحل المادي للعدوان ، حيث دل المشرع على ذلك بعبارة صريحة بقوله **((وغيرها))** أي بمعنى هناك ملحقات للمنشآت النفطية<sup>(٢٢)</sup> والتي يراد بها كل ما يؤدي دوراً غير مباشر في حركة المنشآت النفطية ذاتها ، بحيث إذا ما تم نزع المنشأة النفطية وتركه بذاته فإنه لا يعبر عنها ولا يقوم مقامها ، بل يحتاج إلى المنشأة في حركته العملية ، والمشرع الجنائي تقديراً منه لأهمية هذا الملحق شمله أيضاً بالحماية الجنائية وإن كان قائماً بذاته دون المنشأة النفطية المذكورة.

## المبحث الثالث

### أركان التخريب وعقوبته

تتسم جريمة تخريب المنشآت النفطية بخطورة بالغة بالنظر لما لها من تأثيرات سلبية عميقة على سياسة العراق الاقتصادية ، فهي تطول جوانب رئيسية منها ، كما هو الحال

عادياً كان أم موظفاً أو مكلفاً بخدمة عامة<sup>(٢٣)</sup>  
بواسطة التنقيب أو أي فعل آخر.<sup>(٢٤)</sup>

يلزم فيها ترك الموظف أو المكلف بخدمة عامة  
لعمله كلياً وإنما الترك الجزئي.

إذن الموظف أو المكلف الذي يرتكب امتناعاً  
جزئياً وليس كلياً ويتسبب عند حدوثه تخريباً  
لمنشأة نفطية أو أحد ملحقاتها لا يكون خاضعاً  
للعقاب بمقتضى المادة ٦ أولاً التي تعاقب فقط  
الامتناع الكلي وإنما يكون فعله خاضعاً للعقاب  
وفق المادة ٣٤١ عقوبات عراقي<sup>(٢٥)</sup> وهي أشد  
من عقوبة المادة ٣/٣٥٣ عقوبات عراقي.<sup>(٢٦)</sup>

فالنتيجة المحددة أو الخلاصة المنتظرة  
من الطرح السالف أن المشرع العراقي  
يقصد بالمادة ٦ أولاً هو العقاب على حالة  
الجرائم السلبية ذات النتيجة وهي حالة  
الموظف أو المكلف الذي يرتكب نشاطاً  
إيجابياً أو سلبياً (امتنع) كلياً يترتب عليه  
تخريباً لمنشأة نفطية أو أحد ملحقاتها.

#### (أ) النتيجة الجرمية

وهي العنصر الثاني المطلوب في الجرائم  
السلبية ذات النتيجة ممثلة بالتخريب ، وهو ما  
يدعو إلى القول بأن النشاط المادي الإيجابي  
الذي يقوم به الجاني ينبغي أن يرتب مقصوده  
الأ وهو النتيجة التخريبية ، إذ ينبغي أن تتحقق  
هذه النتيجة سواء كان ذلك بفعل إيجابي أو  
سلبى. وأي نشاط سلبى لا يرتب هذه النتيجة  
لا يخضع مرتكبه للعقاب بمقتضى قانون  
مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة  
٢٠٠٨ بل يجب أن يكون هذا النشاط مؤدياً إلى  
نتيجة محددة هي التخريب المستند إلى القاعدة  
الإتلافية دون غيرها إضراراً بمصلحة الدولة  
في علاقاتها التعاقدية الاستثمارية ، أو ملكيتها  
الخاصة في هذا الشأن.

عليه نجد أن المشرع العراقي عاقب على  
جريمة التخريب العمدي ممثلة بالمادة ٦ أولاً  
من القانون المذكور كل من يرتكب الجريمة  
التخريبية وذلك دون مراعاة للجانب الوضعي  
في القانون الجنائي أي شخص المجرم إذ  
يستوي فيها أن يرتكب الجريمة شخصاً عادياً  
أو أن يكون مرتكبها موظفاً أو مكلفاً بخدمة  
عامة للزوم العمد هنا ، ثم إن المشرع لم يعتد  
بالصفة حين ارتكاب الجريمة المذكورة.

والسؤال الذي يطرح هنا هل يمكن تطبيق  
نص المادة ٦ أولاً فيما لو أخل الموظف  
بواجباته أو تراخى أو امتنع عن القيام بها  
وتسبب عن ذلك تخريب منشأة نفطية أو أحد  
ملحقاتها ؟ كما هو معلوم أن الإهمال والتقصير  
في أداء الواجب الوظيفي يتحقق بترك الموظف  
لعمله المنوط به بأن يتغاضى عنه أو يؤديه  
بتراخٍ وتباطؤ دون عذر مشروع لما في ذلك  
من إخلال بحق الواجب الوظيفي والإساءة  
إلى المصلحة العامة كما أن مفهوم (الإهمال)  
يبدو مختلف تماماً عن مفهوم الامتناع عن أداء  
الواجب الوظيفي الذي يتحقق بتعمد الموظف  
أو المكلف بخدمة عامة عدم قيامه بذلك العمل  
دون وجه حق والتخلي عنه كلياً أما بنية عرقلة  
العمل أو الإساءة إلى الغير أو لأي سبب آخر  
غير مشروع.

و عليه فإن النشاط السلبى قد يكون نشاطاً  
كلياً كما في جرائم الإضراب التي تستلزم توفراً  
كلياً عن العمل أي امتناعاً كلياً دون انقطاع عن  
سلوك إيجابي ينبغي السير فيه حمايةً لحق أو  
لمصلحة ، بحيث يكون ما يتخذه الممتنع هنا هو  
الجانب السلبى جزئياً بحيث لا يكون كلياً ، ولا

## (ب) العلاقة السببية

مشتقاته إلى الخارج وحرمان البلاد من مصدر أحادي المورد وهو النفط، وعليه فإذا لم يتوافر القصد الخاص هنا فقد التجريم مضمونه وأصبح الفعل خاضعاً لنص تجريم آخر<sup>(٢٨)</sup>.

إذن القصد الخاص في هذه الجريمة يراد به إحداث واقعة غير تلك التي أثمرت عنها الجريمة بشكل مباشر، هنا الاتجاه غير المباشر يأخذه القانون في الاعتبار، ويرتب عليه آثاره، ولا يعتد بالباعث على ارتكاب هذه الجريمة ولا يدخل في تكوين القصد الجنائي.<sup>(٢٩)</sup>

### ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة تخريب المنشآت النفطية

أحال نص الفقرة أولاً من المادة ٦ قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ فيما يتعلق بالشق العقابي إلى قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ والنص هو ((يعاقب بموجب أحكام قانون مكافحة الإرهاب كل من يقوم بتخريب المنشآت النفطية التي تشمل الأنابيب والخزانات وغيرها، من خلال عمليات التنقيب أو أي فعل آخر لأغراض التهريب)).

وهذا يعني أن الجريمة المذكورة أصبحت من الجرائم الإرهابية<sup>(٣٠)</sup> التي نصت عليها المادة الثانية / ٢ من قانون مكافحة الإرهاب العراقي النافذ بأنها (( العمل بالعنف والتهديد على تخريب أو هدم أو إتلاف أو إضرار عمد مبانٍ أو أملاك عامة أو مصالح حكومية أو مؤسسات أو هيئات حكومية أو دوائر الدولة والقطاع الخاص أو المرافق العامة والأماكن العامة المعدة للاستخدام العام . . . الخ)).

وهذه تمثل العنصر الثالث المطلوب في الركن المادي لجريمة تخريب المنشآت النفطية أو أحد ملحقاتها، سواء كان النشاط الذي أتاه الجاني إيجابياً أو سلبياً، إذن العلاقة السببية هي علاقة مادية بين نشاط المخرب ممثلاً بالتنقيب أو أي فعلٍ آخر والنتيجة التخريبية التي بها تكتمل عناصر الركن المادي لهذه الجريمة، مترتباً كأثر على النشاط المخرب المحظور.

### ٢- الركن المعنوي (الأدبي):

إن جريمة تخريب المنشآت النفطية أو أحد ملحقاتها سواء ارتكبت بنشاط إيجابي أو سلبي ينبغي أن يتخذ الركن المعنوي فيها الصورة العمدية لعدم إيراد المشرع العراقي صراحة لحالة (الخطأ) في المادة ٦ أولاً من القانون المذكور، بل أن المشرع وإن كان قد أهمل التصريح، فإنه يتطلب (العمد) في المادة المذكورة، الأمر الذي يؤدي إلى انطباق القواعد العامة هنا من حيث أن القاعدة العامة المنطبقة هي صورة (القصد الجنائي) أو (العمد) ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وبالتالي يستبعد (الخطأ) من نص المادة ٦ أولاً، لأن المشرع يشترط لإقرار (الخطأ) النص الصريح عليه وهو ما لم يحدث في إطار المادة المذكورة، مما يفيد أن الصورة المطلوبة فيه هي (العمد).<sup>(٣١)</sup>

والقصد المطلوب هنا هو (القصد العام) من حيث افتراض العلم والإرادة، فينبغي أن يكون مرتكب (التخريب) مريداً له عالماً أن بعمله يترتب التخريب كنتيجة، وفضلاً عن ذلك يتطلب القانون في هذه الجريمة (قصد خاص)، بما يفيد اتجاه إرادة الجاني إلى (تهريب) النفط أو

وقد تضمنت المادة الرابعة من القانون المذكور العقوبات التالية :

١- يعاقب بالإعدام كل من ارتكب بصفته فاعلاً أصلياً أو شريكاً عمل أياً من الأعمال الإرهابية الواردة بالمادة الثانية والثالثة من هذا القانون يعاقب المحرض والمخطط والممول وكل من مكن الإرهابيين من القيام بالجرائم الواردة في هذا القانون بعقوبة الفاعل الأصلي.

٢- يعاقب بالسجن المؤبد من أخفى عن عمد أي عمل إرهابي أو أوى شخص إرهابي بهدف التستر.

كما تضمنت المادة السادسة من القانون المذكور ما يلي :

١- تعد الجرائم الواردة في هذا القانون من الجرائم العادية المخلة بالشرف.

٢- تصدر كافة الأموال والمواد المضبوطة والمبرزات الجرمية أو المهينة لتنفيذ العمل الإجرامي.

وهنا تنظر المحكمة الجنائية المركزية في الدعاوى المشمولة بقانون مكافحة الإرهاب العراقي النافذ.<sup>(٣١)</sup>

وفي الواقع لدينا تعليق على نص المادة ٦ أولاً من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ :-

١- إن التهريب ليس من جرائم الإرهاب وإنما يعد من الجرائم الاقتصادية التي تتسم بخطورة بالغة بالنظر لما له من تأثيرات سببية عميقة على السياسة الاقتصادية للدولة وقد دل المشرع العراقي على ذلك صراحةً في الأسباب الموجبة لقانون رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ بأنه (( لما

كان التهريب من الجرائم الاقتصادية التي تتسبب في تخريب أمن واقتصاد البلد . الخ ))<sup>(٣٢)</sup>.

٢- إن المشرع العراقي وإن توسع في تعريف الإرهاب في المادة الأولى من قانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ ، بحيث أدخل في عمومته (الغرض) و(الغاية) و(القصود) إلا أنه لم يدخل التهريب في مدلول الإرهاب ، باعتبار أن مفهوم الإرهاب شيء ومفهوم التهريب شيء آخر ، وأن ارتباط الأخير بفعل التخريب لنوع متميز من المنشآت الحيوية ألا وهي ((المنشآت النفطية)) والذي يعد من أفعال الإرهاب المنصوص عليها في المادة الثانية/٢.

٣- إن عدم وجود الشق العقابي في المادة ٦ أولاً والإحالة بموجبها إلى القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ أضحت إحالة غير ذات معنى ، فما هو مقرر الآن هو قيام التجريم فقط دون وجود العقاب ، ومن المعلوم أن المعيار المميز للقاعدة الجنائية هو ضابط الجزاء الجنائي للسلوك الإجرامي.

٤- إن الإحالة في الشق العقابي على قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ النافذ يعد من الأمور المنتقدة باعتبار أنها تخلق فاصلاً زمنياً بين مدلول الجزاء حال صدور قانون مكافحة الإرهاب وما يترتب على ذلك من مظاهر تطبيق القانون الأصلح للمتهم.

٥- إن عقوبة الإعدام بمقتضى نص المادة الرابعة من قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ النافذ لا تزال تثير جدلاً واسعاً سواء في إطار مدلولها العالمي أو على المستوى النظري بين الإبقاء عليها أو إلغاؤها ، فهي

## الخاتمة

إن أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الدراسة يمكن إيجازها في الآتي :

### أولاً : النتائج

١- ليس هناك اتفاق في الفقه العربي على صياغة تعريفاً لمفهوم التخريب وذلك لاختلاف وجهات نظرهم بشأن الأساس الذي يقوم عليه هذا النشاط ، وبدوري أيدت التعريف الذي استقر عليه جانب من الفقه العربي المقارن الذي اعتمد على مفهوم الإتلاف كأساس قاعدي للتخريب والذي يلتقي بمفردات كثيرة تنتمي للقاعدة الإتلافية مثل التعيب والتعطيل وإساءة الصنع وإساءة الإصلاح.

٢- لاحظنا أن المصلحة المحمية في نص المادة ٦ أولاً من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته لا تقتصر على الدولة العراقية كمالكة للمنشأة النفطية ومتعاقدة في آن واحد فحسب وإنما تشمل فضلاً عن ذلك المتعاقد الأجنبي معها أيضاً ، على أساس أن للدولة العراقية مصلحة في تلك المنشأة النفطية ، شريطة أن يكون التعاقد بين الاثنين قائماً.

٣- وجدنا أن الموضوع المادي للعدوان في جريمة تخريب المنشأة النفطية كما هو محدد في المادة ٦ أولاً من القانون المذكور يتحدد بالمنشأة النفطية التي تكون الآلة العاملة أو المنتجة للنفط الأساس في عملها ، ولا يشمل النص المذكور (المبنى الإداري) الخاص بالشركة أو المؤسسة النفطية أو الوزارة التي يكون مقر عملها في العاصمة مثلاً.

٤- تبين لنا أن الحماية الجنائية التي

ذات طابع استثنائي على الأصل المقرر لفعل التخريب الوارد في المادة ١/٣٥٣ عقوبات عراقي التي تعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس كل من أحدث كسراً أو إتلافاً أو نحو ذلك في الآلات أو الأنابيب أو الأجهزة الخاصة بمرفق المياه أو الكهرباء أو الغاز أو غيرها من المرافق العامة إذا كان من شأن ذلك تعطيل مرفق. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو الحبس إذا ترتب على ذلك تعطيل المرفق فعلاً. (٣٣)

٦- في العصر الحديث لم تعد جسامه العقوبة وشدتها الوسيلة المثلى لمكافحة الجريمة ، لذلك لا بد من سلوك السبل المؤدية إلى إزالة الجريمة والوقاية منها ، وهذا ما أوصت به الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي المنعقدة في القاهرة عام ١٩٦٦ بشأن العقوبات الاقتصادية ، ودعت إلى لزوم بنائها على قواعد من التطلعات الحديثة والعلمية في هذا المجال. (٣٤)

٧- أسلفنا في ما مضى أن الهجمات التي تستهدف المنشآت النفطية يكون الغرض منها إما سرقة النفط وبيعه في السوق السوداء أو تهريبه لدول الجوار ، وأما استهدافها لأغراض إرهابية ، وأن كلا الحالتين تخضع لنص المادة ٦ أولاً ، وهذا في اعتقادنا خلط كبير في حين أن الحالة الأولى المذكورة من الممكن أن تكون في حكم المادة ٣ أولاً من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته الناقد التي تعاقب بالحبس أو السجن والغرامة بخمسة أضعاف المادة المهربة . . . الخ طالما أن تخريب المنشأة النفطية لم يكن لدوافع إرهابية وإنما لغرض المتاجرة بالنفط أو مشتقاته في السوق السوداء.

**ثالثاً:** يعاقب بالغرامة بخمسة أضعاف المادة المهربة كل من ارتكب أفعال التهريب المنصوص عليها في البندين أولاً وثانياً من المادة المذكورة.

٣- دعم الاتجاه العلمي في دراسة الظواهر والدوافع لجريمة تخريب المنشآت النفطية لأن الوقاية وما تعتمد من تدابير تتطلب معرفة الأسباب والظروف التي أدت إلى ظهور هذه المشكلة في الزمان والمكان المعينين.

٤- إنشاء مركز دراسات وأبحاث تهتم بالإحصاءات الخاصة بالتخريب الإرهابي للمنشآت النفطية بتحليلها وتحديد سمات التطور في هذه المشكلة يكون ارتباطه بوزارتي النفط والداخلية.

٥- استبعاد العناصر المشبوهة وأرباب السوابق عن العمل في مجال المنشآت النفطية ، إذا كان في تاريخ عملهم الوظيفي ما يشير إلى ارتكابهم جرائم تمس النشاط النفطي.

٦- التنسيق بين مختلف المؤسسات والجهات ذات العلاقة بالتصدي لأعمال التخريب التي تستهدف أنابيب النفط والمنشآت النفطية لتبادل المعلومات وترتيب نشاطات الوقاية والمتابعة بينها لمنع التقاطع في إجراءاتها وبما يعزز تفاعلها من أجل بلوغ جميع أهدافها في منع مظاهر التخريب الإرهابي لقطاع النفط العراقي.

شملها نص التجريم لا يقتصر على الأنابيب والخزانات النفطية فقط ، وإنما تشمل ما هو (ملحق) بالمنشأة النفطية التي لم يوضحها النص ، وهي كل ما يؤدي دوراً غير مباشر في حركة المنشآت النفطية ذاتها حتى وإن كانت قائمة بذاتها دون المنشأة النفطية وهو مسلك يُحمد عليه مشرنا .

٥- لوحظ أن المشرع العراقي قد خلط بين مفهوم التخريب كجريمة إرهابية ومفهوم التهريب كجريمة اقتصادية رغم اختلاف الأساس القاعدي الذي ينتمي كل منهما إليه ، في حين حدد المشرع موقفه من التهريب في الأسباب الموجبة لصدور قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته النافذ.

## ثانياً: المقترحات

١- إلغاء نص المادة ٦ أولاً من قانون تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ كون التهريب جريمة اقتصادية لم يشر إليها في قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ ، وبالتالي لا يمكن إحالة عقوبته إليه.

٢- تعديل نص المادة ٣ من قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته على النحو الآتي :

**أولاً:** يعاقب بالحبس كل من خالف أحكام المادة (١) من هذا القانون سواء كان فاعلاً أو شريكاً في الجريمة.

**ثانياً:** يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة كل من قام بتخريب المنشآت النفطية التي تشمل الأنابيب أو الخزانات وغيرها من خلال عمليات التنقيب أو أي فعل آخر لأغراض التهريب.

## الهوامش

استخدام الوسائل المؤدية لذلك بطبيعتها أو عن طريق التهديد باستخدامها أيضاً كان الغرض من ذلك ، مادام غرضها غير مشروع من الناحية القانونية ومن أبرزها التفجير والتدمير والتخريب للأموال والمرافق العامة والخاصة وقطع الجسور وتسميم المياه العذبة والاختطاف وأخذ الرهائن ونشر الأمراض المعدية والتمثيل والاعتقال والإضرار بأمن المواصلات البرية والجوية والبحرية ، وأما الفعل الذي يعد إرهاباً دولياً فهو الذي ينطوي على إضرار بالنظام الدولي أو المصالح العامة للمجتمع الدولي بما في ذلك أمن واستقرار العلاقات الدولية وتأمين الحياة البشرية. أنظر بحث الدكتور إبراهيم العناني ، النظام الدولي الأمني ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة ٣٤ ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ١٣٧ .

(١٢) يكاد يتفق الفقه على المستوى الداخلي على أن الإرهاب يمثل عملاً من أعمال العنف غير المشروع من شأنه إحداث الرعب وإلقاء الفزع في نفوس الناس يتكون من عنصرين مادي كأعمال التخريب والتدمير والاستيلاء وإلقاء القنابل والمتفجرات ، ومعنوي ممثلاً بالأثر النفسي الذي يحدثه الفعل أو التهديد به في نفوس عامة الناس. أنظر مصطفى مصباح إدياره ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .

(١٣) يخرج من نطاق تجريم الإرهاب أعمال مقاومة الشعوب المغلوب على أمرها والمحتلة ، بما يتفق مع الميثاق وإعلان مبادئ القانون الدولي الخاصة بعلاقات الصداقة والتعاون بين الدول وبصفة خاصة الشعوب الواقعة تحت نظام استعماري أو أي شكل من أشكال الهيمنة الأجنبية : أنظر د. محمد محيي عوض ، تعريف الإرهاب ، الندوة العلمية الخمسون بعنوان تشريعات مكافحة الإرهاب في الوطن العربي ، ١٩٩٩ ، الرياض ، ص ١٨ .

(١٤) أنظر مصطفى أدياره ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .

(١٥) أنظر د. انوارد غالي الذهبي ، دراسات في قانون العقوبات المقارن ، مكتبة غريب ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ١٧٥ .

(١) أنظر تقرير وزارة النفط العراقية المنشور في جريدة الشرق الأوسط (جريدة العرب الدولية) العدد (٩٩٤٦) لسنة (٢٠٠٦) على الموقع الإلكتروني بالترميز [www.aawsat.com](http://www.aawsat.com)

(١) أنظر د. حميد عباس الساعدي ، الحماية القانونية للمؤسسات الاشتراكية العامة في الجماهيرية الليبية ، دراسات قانونية ، بنغازي ، ١٩٨١ ، ص ٣٤٥ .

(٢) أنظر د. رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٦١ .

(٣) أنظر حسين حمودة المهدي ، موجز في جرائم الموظفين الاقتصادية ، ط ١ ، المنشأة العامة للنشر ، طرابلس ، ١٩٨٥ ، ص ٦٤ .

(٥) أنظر مصطفى مصباح أدياره ، الإرهاب ، ط ١ ، بنغازي ، ١٩٩٠ ، ص ١٧٦ .

(٦) أنظر د. عبد المهيم بكر سالم ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ ، ص ١٤٧ .

(٧) أنظر د. عبد المهيم بكر سالم ، مرجع سابق ، ص ١٤٨ .

(٨) أنظر د. مأمون محمد سلامة ، القسم الخاص ، قانون العقوبات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ١٥ .

(٩) أنظر د. معوض عبد التواب ، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص ٦٨ .

(١٠) وفي هذا الشأن نصت المادة ٤/١٩ عقوبات عراقي بأن (( الفعل كل تصرف جرمه القانون سواء كان إيجابياً أم سلبياً كالترك والامتناع ما لم يرد نص على خلاف ذلك )) .

(١١) إن السمة الأساسية للإرهاب كجريمة هي التخويف والترهيب والترويع سواء عن طريق

إنشائي يشمل على تسهيلات حقول النفط مثل المضخات وأجهزة القياس وأجهزة فصل الغاز عن النفط ومعامل الحقن وجهاز الرقابة الالكترونية والروافع ووصلات الشحن ويدخل في هذه الملحقات المنشآت الإدارية ومباني إسكان العاملين القائمة في المنشآت النفطية ، أنظر أيضاً أمريكا تغزو الخليج ، مرجع سابق ، ص ٤٢ .

(٢٤) وفي هذا الشأن نصت المادة (٣٤/أ) عقوبات عراقي ((تكون الجريمة عمديه إذا توفر القصد الجرمي لدى فاعلها وتعد الجريمة عمديه كذلك ، إذا فرض القانون والإنفاق واجباً على شخص وامتنع عن أدائه قاصداً إحداهن الجريمة التي نشأت مباشرة عن هذا الامتناع .

(٢٥) في الواقع هناك صور للتخريب أخرى وهي ((التعيب والتعطيل وإساءة الصنع وإساءة الإصلاح)) أنظر في هذا الشأن عاصي إبراهيم علي العاصي ، جريمة التخريب الاقتصادي ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ٧٢-٨٤ .

(٢٦) نصت المادة ٣٤١ عقوبات عراقي (( يعاقب بالحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة تتسبب بخطئه الجسيم إلى إلحاق ضرر جسيم بأموال أو مصالح الجهة التي يعمل بها أو يتصل بها بحكم وظيفته أو بأموال أو مصالح الأشخاص المعهود بها إليه إن كان ذلك ناشئاً عن إهمال جسيم بأداء وظيفته أو عن إساءة استعمال السلطة أو إخلال جسيم بواجبات وظيفته )) .

(٢٧) ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب بخطئه بإحداث جريمة من الجرائم المذكورة في الفقرة (١) من المادة ٣٥٣ عقوبات عراقي .

(٢٨) المراد بالخطأ هنا هو الخطأ غير العمدي ، فهو عدم اتخاذ الجاني واجب الحيطة والحذر الذي يقتضيه النظام القانوني وعدم حيلولته تبعاً لذلك من أن يؤدي سلوكه إلى حدوث النتيجة الجريمة ، بينما يكون بوسع الشخص المعتاد إذا وجد في ظروف الفاعل أن يحول دون حدوثها ،

(١٦) أنظر د. حميد عباس الساعدي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٥ .

(١٧) أنظر د. حميد عباس الساعدي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ .

(١٨) أنظر د. أمال عثمان ، النموذج القانوني للجريمة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، السنة ١٤ ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٢٨٣ .

(١٩) أنظر د. رمسيس بهنام ، الجريمة والمجرم والجزاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٣ ، ص ١٨ ، وكذلك أنظر له أيضاً نظرية التجريم في القانون الجنائي ، ط ٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٢٨٣ ، وأيضاً د. أمال عثمان ، مرجع سابق ، ص ٢٨٢ .

(٢٠) أنظر د. صبيح مسكوني ، الهيكل التنظيمي للمنشآت الشعبية ، دراسات قانونية ، العدد ١٠ ، سنة ١١ ، بنغازي ، ١٩٨١ ، ص ٣٧ .

(٢١) ومن أمثلة المنشآت النفطية الميناء النفطي المعد لاستقبال خطوط أنابيب النفط وكذلك معامل التكرير والمصافي ومصانع البتر وكيمياويات وكل نشاط نفطي تكون الآلة ركيزة فيه لأجل استكشاف أو استخراج النفط مثل المنفس أو الغلاف أو القصبية والبتر النفطي ذاته ورأس البتر والآبار المغلقة وهي عبارة عن احتياطييات نفطية معروفة غير مستغلة اقتصادياً وكذلك جهاز الرفع أو أجهزة الحفر المتحركة ومصافي التكرير . أنظر كتاب أمريكا تغزو الخليج ، تقرير الكون كرس الأمريكي ، ١٩٧٥ ، ترجمة وجيه راضي ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ٣٩ .

(٢٢) أنظر الباب السابع ، الجرائم ذات الخطر العام ، الفصل الأول (الحريق والمفروعات في المواد ٣٤٢-٣٤٨) عقوبات عراقي .

(٢٣) ومن أمثلة هذه الملحقات شبكة التجميع (خطوط الأنابيب أو محطات الضخ ، ونقطة التجمع والمستودع وكذلك الرصيف وهو عبارة عن هيكل

## المصادر

### أولاً: الكتب

١- د. إبراهيم العناني ، النظام الدولي الأمني ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثاني ، السنة ٣٤ ، القاهرة ، ١٩٨٢ .

٢- د. إدوارد غالي الذهبي ، دراسات في قانون العقوبات المقارن ، مكتبة غريب ، القاهرة ، ١٩٩٢ .

٣- د. أمال عثمان ، النموذج القانوني للجريمة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، السنة ١٤ ، القاهرة ، ١٩٧٢ .

٤- د. حميد عباس الساعدي ، الحماية القانونية للمؤسسات الاشتراكية العامة في الجماهيرية الليبية ، دراسات قانونية ، بنغازي ، ١٩٨١ .

٥- حسين حمودة المهدي ، موجز في جرائم الموظفين الاقتصادية ، ط ١ ، المنشأة العامة للنشر ، طرابلس ، ١٩٨٥ .

٦- د. عبد المهيم بكر سالم ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٠ .

٧- عاصي إبراهيم علي العاصي ، جريمة التخريب الاقتصادي ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة بغداد ، ١٩٩٣ .

٨- د. علي حسين الخلف ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، بغداد ، ١٩٨٢ .

أنظر د. علي حسين الخلف ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ٣٥٠ .

(٢٩) أنظر في هذا الشأن المادة ١/٣٥٣ عقوبات عراقي.

(٣٠) أنظر في هذا الشأن نص المادة ٣٨ عقوبات عراقي.

(٣١) عرفت المادة الأولى من قانون مكافحة الإرهاب

العراقي النافذ (الإرهاب) بأنه (( كل فعل إجرامي

يقوم به فرد أو جماعة منظمة استهدف فرداً أو

مجموعة أفراد أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو

غير رسمية أوقع الأضرار بالمتلكات العامة أو

الخاصة بغية الإخلال بالوضع الأمني أو الاستقرار

والوحدة الوطنية أو إدخال الرعب والخوف والفرع

بين الناس أو إثارة الفوضى تحقيقاً لغايات إرهابية)).

(٣٢) أنظر القسم (١٨) من أمر سلطة الائتلاف

المؤقت رقم ١٣ في ٢٢ نيسان ٢٠٠٤

الخامس بتحديد الولاية القضائية التقديرية

للمحكمة الجنائية المركزية العراقية المنشور

في العدد ٣٩٨٣ في حزيران ٢٠٠٤ .

(٣٣) أنظر الوقائع العراقية ، العدد ٤٠٩٥ في

١١/٣/٢٠٠٨ ، ص ١٢ .

(٣٤) لقد أصدر المدير الإداري لسلطة الائتلاف

المؤقت (بول بريمر) أمراً برقم ٣١ القسم / ٤

الفقرة (١) في ١٣/٩/٢٠٠٣ قرر بموجبه تشديد

العقوبة المنصوص عليها في هذه الفقرة وجعلها

السجن المؤبد (مدى الحياة) التي تنتهي بوفاته ،

ولا يشمل المحكوم بالمادة (٢٣١) من قانون أصول

المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .

(٣٥) أنظر بحث مصطفى التونسي ، قاضي التحقيق

الاقتصادي ، دمشق بعنوان مكافحة الجرائم

الاقتصادية والظواهر الإنحرافية والوقاية منها الذي

ألقى في الندوة العلمية / ٤١ المنعقدة في الرياض لعام

١٩٦٦ ، مركز الدراسات والبحوث ، ص ٣٢٠ .

## ثانياً: التقارير

١- تقرير الكون كرس الأمريكي بعنوان (أمريكا تغزو الخليج العربي) ، ترجمة وجيه راضي ، ط ١ ، القاهرة ، ١٩٩١ .

٢- تقرير وزارة النفط العراقية المنشور في جريدة الشرق الأوسط (جريدة العرب الدولية) ، العدد ٩٩٤٦ لسنة ٢٠٠٦ ، على الموقع الإلكتروني بالترميز [www.aawsat.com](http://www.aawsat.com)

## ثالثاً: القوانين

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .  
٢- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ .  
٣- قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ .  
٤- قانون مكافحة تهريب النفط ومشتقاته رقم ٤١ لسنة ٢٠٠٨ .

## رابعاً: أوامر سلطة الائتلاف

١- أمر سلطة الائتلاف المؤقت رقم ٣١ في ٢٠٠٣/٩/١٣ .  
٢- أمر سلطة الائتلاف المؤقت رقم ١٣ في ٢٠٠٤/٤/٢٢ .

## خامساً: الوقائع العراقية

١- العدد ٣٩٨٣ في حزيران ٢٠٠٤ .  
٢- العدد ٤٠٩٥ في ٢٠٠٨/١١/٣ .

٩- د. رمسيس بهنام ، الجريمة والمجرم والجزاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٣ .

١٠- د. رمسيس بهنام ، نظرية التجريم في القانون الجنائي ، ط ٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ .

١١- د. رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ .

١٢- د. مأمون محمد سلامة ، القسم الخاص قانون العقوبات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ .

١٣- د. معوض عبد التواب ، الوسيط في شرح جرائم التخريب والإتلاف والحريق ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ .

١٤- آ.د. محمد محيي عوض ، تعريف الإرهاب ، الندوة العلمية / ٥٠ ، بعنوان تشريعات مكافحة الإرهاب في الوطن العربي ، الرياض ، ١٩٩٩ .

١٥- مصطفى مصباح أدبار ، الإرهاب ، ط ١ ، بنغازي ، ١٩٩٠ .

١٦- مصطفى التونسي ، بحث (مكافحة الجرائم الاقتصادية والطواهر الإنحرافية والوقاية منها) ، الندوة العلمية / ٤١ ، الرياض ، مركز الدراسات والبحوث ، ١٩٩٦ .

١٧- د. صبيح مسكوني ، الهيكل التنظيمي للمنشآت الشعبية ، دراسات قانونية ، العدد ١٠ ، السنة ١١ ، بنغازي ، ١٩٨١ .

## Criminal protection against the sabotage of oil installations

study in the law of combat the smuggling of oil

(and its derivatives No. (41 of 2008)

assist. Prof. Dr. Hasson Aubaid Hajeej \*

assist. Prof. Dr. Mazin Khalaf Naser\*\*

### Abstract

Crime, in its various old and renewable forms, has become on top of the list of concerns of decision makers at the national, regional, and international levels, for being the perennial issue that concern and threaten the tranquility of all societies, takes its money, effort, and hinder its growth and prosperity. All of which calls for fear that the crimes record every day a new development in their patterns, methods, and complications in losses resulting in financial costs.

And in Iraq, and after more than seven years since the American occupation, and contrary to the expectations, Iraqi oil sector is facing many problems, due to the continued exposure of oil installations to sabotage attacks that prevented the resumption of oil production to its previous status before 92003/4/.

Most analysts believe that the regular attacks on Iraqi oil industry hide political objectives, so as to prevent the normalization of the situation in Iraq, and deprive any Iraqi administration from a primary source of income that is necessary for the reconstruction and stabilization, and so the Iraqi administration's efforts have become bound to protect these facilities rather than developing them, exposing a phenomenon that is known as oil terrorism as a part of the phenomenon of terrorism that has plagued Iraq in general.

---

\* college of Law - Babylon University

\*\* college of Law - Mastansiriyah University

## عقد التوريد الاداري

أ.م.د. رشا عبد الرزاق (\*)

م. رشا جواد (\*) (\*)

### المقدمة

مرافقها العامة ومن هنا فإن اهمية دراسة عقد التوريد الاداري تأتي من كونه يخضع لنظام قانوني خاص به يحكم جميع المراحل التي تمر بها العملية التعاقدية, ويهدف إلى تمكين الادارة من الحصول على أفضل الشروط المالية مع مراعاة درجة جودة المواد المراد الحصول عليها .

هذا ويحكم عملية اختيار المتعاقد في عقد التوريد الاداري اعتباران رئيسان وهما :

أولاً : الاعتبار المالي والذي يتمثل في ضرورة المحافظة على المالية العامة وتوفير أكبر وفر مالي للخزانة العامة . ويترتب على ذلك ان تلتزم الادارة بأختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية.

ثانياً : ويتمثل في المصلحة الفنية للإدارة في اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة بصرف النظر عن الاعتبارات

تتسم العقود المدنية دائماً بالحرية التعاقدية للاطراف على خلاف العقود الادارية التي تتسم بصفة عامة بوضع قيود على حرية التعاقد . فلاتتمتع الادارة دائماً بحرية اختيار متعاقدتها , إلا أنه لايعني استبعاد الحرية التعاقدية للإدارة تماماً , إذ ان العقود الادارية متنوعة ولا تتطلب جميعها نفس الاجراءات والقواعد لأختيار المتعاقد . وفي حالات كثيرة يكون للإدارة مثل اي شخص عادي حرية اختيار المتعاقد .

هذا وتتنوع العقود الادارية والتي من أهمها عقود الامتياز وعقود الاشغال العامة وعقود التوريد , وسيقصر الكلام على تناول موضوع عقد التوريد الإداري .

إذ يعد عقد التوريد الاداري من أهم العقود الادارية التي تبرمها الادارة في سبيل تسيير

\* \* كلية القانون / الجامعة المستنصرية

المالية . وتراعي التشريعات عادة التوفيق بين هذين الاعتبارين لحفظ المالية العامة مع عدم اهداء الاعتبارات الفنية .

سنتناول موضوع عقد التوريد الإداري في ثلاثة مباحث :

المبحث الاول ماهية التوريد الإداري .

المبحث الثاني أسلوب إبرام عقد التوريد .

المبحث الثالث الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقد التوريد الإداري.

## المبحث الاول

### ماهية عقد التوريد

تعد غاية اشباع الحاجات العامة للمواطنين من أسمى وظائف جهة الإدارة , لذلك كان لزاما أن يضع المشرع تحت يد الإدارة من الادوات ما يكفل تحقيق هذه الغاية . فالأداة الأولى التي تملكها جهة الإدارة لتحقيق هذه الغاية تتمثل في القرارات الادارية التي تصدرها بارادتها المنفردة متى دعت الحاجة الى استخدام هذه الوسيلة .<sup>(١)</sup>

ثم تأتي وسيلة التعاقد من افضل الوسائل التي تمكنها من تنفيذ مشروعاتها وتحقيق غاياتها . وإذا ماسلكت الإدارة طريق التعاقد فأنها تختار وفق سلطتها التقديرية بين أحد الاسلوبين :

- أسلوب القانون العام إذ تبرم الإدارة

عقودها بوصفها شخص من اشخاص القانون العام مع شخص عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الشخص بتوريد منقولات معينة لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين ، ويتضمن شروطا استثنائية غير مالوفة في القانون الخاص .

- أسلوب القانون الخاص هو اتفاق تحصل بموجبه الإدارة على احتياجاتها لمنقولات اللازمة لها من فرد او شركة مقابل ثمن<sup>(٢)</sup> .

سأتناول في هذا المبحث ضمن ثلاثة مطالب ...

- المطلب الأول تعريف عقد التوريد .

- المطلب الثاني شروط عقد التوريد .

-المطلب الثالث خصائص عقد التوريد .

## المطلب الاول

### تعريف عقد التوريد

يعد عقد التوريد من العقود المسماة التي تبرمها الدولة , لذلك فقد اختلف كلاً من القضاء والفقهاء والقانون في تعريف هذا العقد .

عرفت محكمة القضاء الإداري عقد التوريد بأنه اتفاق بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد او الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمه لمرفق عام مقابل ثمن معين . ومن هذا التعريف يتبين لنا ان عناصر

عقد التوريد بأن موضوعه اموال منقولة أي  
توريد اشياء منقولة فقط.<sup>(٧)</sup>

فينبغي أن يتم إبرامه مع إحدى الجهات  
الإدارية بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق  
عام , وقد يتم توريد المواد أو اللوازم المتفق  
عليها في العقد دفعة واحدة او على فترة زمنية  
طويلة . هذا وأن الوضع الغالب في هذا العقد  
ان الادارة في الغالب تكون المستورد تطلب من  
الفرد او الشركة توريد مواد او منقولات لازمة  
لسير المرفق العام , واحيانا تكون الادارة هي  
المورد كأن تورد مواد لدولة اجنبية من انتاجها  
<sup>(٨)</sup> . وان افصح العقد عن اتجاه نية الادارة الى  
اتباع اسلوب القانون العام في التعاقد , الذي  
على اساسه يُعتبر هذا العقد من عقود التوريد  
الادارية , والذي يختص القضاء الاداري دون  
غيره بالفصل في المنازعات الناشئة.<sup>(٩)</sup>

هذا وأن عقد التوريد بتعريفه المذكور آنفاً  
يتميز عن عقود التوريد الخاصة , إذ يتسم عقد  
التوريد الخاص بالطابع المدني بينما عقد التوريد  
الاداري يتسم بطابع العقود الادارية المتمثلة في  
تحقيق الصالح العام من خلال تسيير مرافقها  
العامه بانتظام واطراد . كذلك يبدو الاختلاف  
واضح من حيث رغبة الادارة في استعمال  
وسائل القانون العام من عدمه , فحيثما تتنازل  
الادارة عن امتيازاتها وتتخلى عن سلطاتها  
فانها تحاكي الافراد في عقودهم . فيكون  
عقد التوريد عندئذ عقدا خاصا , اما حين  
تتمسك الادارة بامتيازاتها وتتبع اساليب القانون

العقد تتمثل في كون محل العقد يتوقف على  
منقول دائماً , كما ان هذه المنقولات تكون دائماً  
لقاء ثمن معين تؤديه جهة الادارة.<sup>(٣)</sup>

ذهب بعض الفقه إلى أن عقد التوريد  
هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص  
القانون العام وفرداً أو شركة يتعهد بمقتضاه  
الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة  
للشخص المعنوي العام يحتاج إليها مرفق  
عام مقابل ثمن محدد في العقد.<sup>(٤)</sup>

في حين اتجه البعض الاخر معتبرين عقد  
التوريد بأنه اتفاق بين احد الاشخاص المعنوية  
العامه واحد الافراد او الشركات على توريد  
منقولات لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين.<sup>(٥)</sup>

ويعرف جانب اخر من الفقه بأنه عقد اداري  
يتم بين الادارة وفرد او شركة (متعهد)  
يتعهد بمقتضاه الفرد او الشركة بأن تورد  
للادارة منقولات او مواد معينة تلزمها مقابل  
ثمن معين مجددي في العقد , وقد يتم توريد المواد  
المتفق عليها في عقد التوريد دفعة واحدة , كما  
قد يتم توريدها على مدة فترة زمنية طويلة.<sup>(٦)</sup>

اما القانون الاداري فقد كان تعريفه هو  
الحاسم بين الفقه والقضاء فقد اتفق اغلب كُتاب  
القانون الاداري على تعريف واحد وهو اتفاق  
بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام  
وبين شخص طبيعي أو شركة يعد بمقتضاه  
الفرد بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي  
لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين , ويتميز

العام فانها تعبر عن ذلك بتضمين عقود التوريد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، ومن ثم تظهر الحاجة دائما إلى ايجاد معيار لتميز عقد التوريد الاداري عن عقد التوريد الخاص.

وعلى هذا الاساس يتضح لنا ان عقد التوريد يتميز بثلاث خصائص تمزه عن عقود التوريد الاخرى وهي :

### اولا: عقد يرد على المنقولات .

يعد محل عقد التوريد هو المنقول الذي يلتزم المورد بتسليمه إلى الادارة . والمنقول كما هو معروف هو ما يمكن نقله من مكان الى اخر والاشياء المنقولة لا يمكن حصرها بطبيعة الحال فقد تشمل المعدات والبضائع أو مواد غذائية... وغيرها .

فإذا كان العقد يشمل العقار ايضا فنكون حينها ازاء عقد الاشغال العامة إذا ينصب هذا العقد على العقارات بطبيعتها (١٠) .

### ثانيا : عقد رضائي .

يعد عقد التوريد من العقود الرضائية , فالمورد يقوم بتسليم المنقولات المتفق عليها برضائه من دون ان يكون مضطرا إلى ذلك . وعلى هذا الأساس يختلف عقد التوريد عن الاستيلاء بهذه الخصيصة والذي تقوم على اساسه الدولة بقرار اداري تجبر المورد ان يسلم المنقولات المطلوبة (١١).

### ثالثا : الثمن .

والثمن في عقد التوريد هو المقابل النقدي الذي يستحقه المورد عن الاصناف التي قام بتوريدها للإدارة بالإضافة إلى أرباحه المشروعة عن عملية التوريد, بتوريدها للإدارة بالإضافة إلى أرباحه المشروعة عن عملية التوريد باعتبار أن الثمن هو الذي يميز عقود التوريد عن الاستيلاء (١٢).

### المطلب الثاني

#### شروط عقد التوريد

سبق وأن قمنا بتعريف عقد التوريد والذي يُقصد به اتفاق بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام وشخص طبيعي أو شركة خاصة يعد بمقتضاه الفرد بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرافق عام مقابل ثمن معين , على أن ييتم تنظيمه بأسلوب القانون العام واحكامه , وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص . ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أنه لكي نسبغ على هذا العقد الصفة الادارية يستلزم توافر شروط والتي سوف نبحث عنها في ثلاثة فروع :

الفرع الأول - أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام .

الفرع الثاني - اتصال العقد بنشاط مرفق عام .

الفرع الثالث - اتباع أسلوب القانون العام في التعاقد .

## الفرع الأول

إن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص

### القانون العام

إن قواعد القانون العام وضعت لتحكم نشاط الإدارة , لذلك لا يمكن ان نعد العقد اداريا إذا ما كانت الإدارة طرفا فيه , فتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها الافراد في العقود الخاصة (١٣).

وتظهر هذه الميزة في سلوك الإدارة أسلوب القانون العام في التعاقد , لان الإدارة إذا قامت بتنظيم التزاماتها القانونية وفق وسائل القانون الخاص مع الافراد فنكون حينها في امام عقد مدني وليس اداري حتى وإن كانت الإدارة طرفا فيه . لذلك لا يمكن ان نعد شرط وجود الإدارة كافٍ لاعتبار هذا العقد عقد اداري (١٤).

و ان مفهوم الاشخاص المعنوية العامة هي الدولة , وهي تمثل وحدها طائفة قانونية متميزة , التي تتميز بنفوذها الواسع على جميع مظاهر النشاط فيها مهما تنوعت صورها واساليبها .

هذا وإنه يجب أن نأخذ بنظر الاعتبار طبيعة الشخص المعنوي وقت إبرام العقد , فإذا توافرت فيها باقي الشروط يبقى العقد اداريا وان تحول بعد ذلك الى شخص معنوي خاص (١٥).

كما أن بعض الحالات التي تتدخل فيها الإدارة في عقد التوريد المبرم بين اشخاص القانون الخاص لا يضيفي الصفة الادارية حتى وإن كان هدف الإدارة تحقيق المصلحة العامة .

مثال على ذلك قيام الإدارة بحل نزاع بين العمال واصحاب العمل الذين يقومون بالتوريد لها .

وبذلك فإنه يجب أن تكون الإدارة طرفا دائما من أشخاص القانون العام في عقد التوريد مع فردا عاديا أو شخصا معنويا خاصاً , وقد يكون في بعض الاحيان شخصا من اشخاص القانون العام ايضاً كأن تبرم إحدى الدوائر عقدا مع إحدى المؤسسات العامة (١٦)

## الفرع الثاني

### اتصال العقد بنشاط مرفق عام

سبق وتكلمنا على شرط الإدارة في العقد لاضفاء الصفة الادارية , ولكن اعتبرناه شرطا ضعيفا , وذلك لما تتمتع به الإدارة العامة في اختيار النظام القانوني الذي ينظم التزاماتها القانونية . فتستطيع أن تلجأ إلى أسلوب القانون العام أو أسلوب القانون الخاص . لهذا السبب لم نعد وجود الإدارة في العقد شرطا كافٍ .

وعلى هذا الاساس جعل صفة اتصال العقد بالمرفق العام , شرطا ثانيا ومكملا للشرط الأول . وإن مفهوم المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة او تشرف على ادارته ويعمل بانتظام واستمرار , الهدف الرئيس منه صيانة النظام العام وخدمة الصالح العام في الدولة من خلال المشاريع العامة التي تقدم النفع العام للمجتمع بالإضافة إلى عنصر الربح المتوخاه من هذا المشروع (١٧).

وعلى ذلك فإن هذه الفكرة يجب ان

موضوعه يدور حول المشاركة المباشرة من جانب المتعاقد في تنفيذ مهام مرفق عام.

لذلك فإنه لا يكفي أن يكون أحد أطراف عقد التوريد شخصاً من اشخاص القانون العام حتى نضفي عليه الصفة الادارية , وانما لا بد ان يتعلق بتقديم خدمة عامة وادامة نرفق عام من خلال تزويد بعض المرافق العامة باللوام الضرورية لادامتها واستمرارها , لذلك يعد عقد التوريد من العقود الاساسية لتمكين الادارة من تسيير وانشاء وادارة المرافق العامة .<sup>(٢٠)</sup>

وعلى ذلك الاساس يجب ان تكون العلاقة بين عقد التوريد ونشاط المرفق العام على درجة كافية من الارتباط , فأذا انقطعت الصلة فإن العقد لا يُعد عقدا اداريا وانما عقدا من العقود الخاصة , ولكن عندما يكون العقد متصل بالمرفق العام فيُعد عقداً اداريا .فإن ذلك لايعني ان جميع العقود المتعلقة بالمرافق العامة هي عقود ادارية فقد تأخذ الادارة في عقد ما لغايات خاصة بأساليب القانون الخاص على من اتصال ذلك العقد بمرفق من المرافق العامة وهنا لا يكون العقد ادارياً.

### الفرع الثالث

#### اتباع الادارة اسلوب القانون العام في التعاقد

حينما تلجأ الادارة الى اسلوب التعاقد الاداري , فإن هذا يعني تمسكها بأمتيازاتها وسلطاتها تجاه المتعاقد معها . وتعتبر الادارة عن إرادتها في هذا المجال باتباع أسلوب القانون العام عن طريق تضمين عقودها الادارية شروطا استثنائية اذا لم تستطيع ان

تتركز على النشاط الذي يهدف الى أداء خدمة عامة تقوم بها الادارة مباشرة , أو يقوم بها ملتزم تحت اشراف السلطات الادارية المختصة في نطاق القانون العام, ويساعد في تحديد صفة المرفق العام القواعد العامة التي تضعها الادارة لتنفيذ والاشراف عليه .

هذا وقد يختلف صور اتصال العقد بالمرفق العام , فقد يتصل العقد بالمرفق العام من حيث تنظيمه أو تسييره واستغلاله او المعاونة والمساهمة في ذلك العقد الذي يكون موضوعه ذاته تنفيذ مرفق عام<sup>(١٨)</sup> . ولهذا الشرط ثلاث صور اذا توفرت واحدة منها اعتبر العقد اداريا ومن هذه الصور .

- العقود التي تعهد فيها الادارة للمتعاقد بمهمة تسيير المرفق العام ومثال على ذلك عقود التزام المرافق العامة التي تعهد فيها الادارة الى فرد او شركة خاصة بأدارة مرفق عام تحت اشرافها ورقابتها وتوجيهاتها .

- العقد الذي يكون موضوعه او هدفه اشراك المتعاقد مع الادارة في تسيير مرفق عام , ويكون اشترك المتعاقد في تسيير المرفق جزء منه وليس في كافة جوانبه مثل عقد التوريد الاداري وعقد النقل وعقد ايجار الخدمات .ومثال على ذلك اعتراف القضاء المصري بالصفة الادارية لعقد توريد عربات الاكل بالقطارات , لأن موضوع العقد ينصب على تقديم خدمة لمرفق عام<sup>(١٩)</sup> .

- العقد الذي يكون موضوعه ذاته تنفيذ مرفق عام يكتسب العقد الصفة الادارية ايا كانت الشروط التي يشملها , متى كان

فأن النص أو البند الوارد في العقد والذي يشير إلى استعمال الإدارة إلى أحد امتيازات السلطة العامة ينبىء عن رغبة الإدارة في الدخول إلى دائرة العقد الإداري وابتعادها عن دائرة عقودها الخاصة والعكس صحيح.

وتأتي الشروط المرتبطة بالسلطة العامة أما بنص على منح الإدارة سلطات قبل التعاقد معها أو لمنح هذا التعاقد سلطات قبل الغير ، وذلك على التفضيل التالي :

الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة تجاه التعاقد معها :

أهم ما يميز هذه الشروط هو اهدارها لأحد المبادئ الأساسية في القانون الخاص وهو مبدأ المساواة بين المتعاقدين ، فإذا استعملت الإدارة حقها الاصيل في إملاء شروطها على التعاقد فليس له من سبيل إلا أن يقبلها أو يرفضها (٢٣)

كما قد تظهر هذه الشروط في البنود المتعلقة بتنفيذ العقد وأهم مثال لهذه الشروط تلك التي تتضمن سلطة الإدارة في التنفيذ المباشر باعتبار انها الوحيدة التي تملك هذه السلطة .

الشروط التي تمنح التعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير .

بموجب هذه الشروط يتلقى التعاقد مع الإدارة تفويضا من جانبها بممارسة بعض امتيازات السلطة العامة في مواجهة الغير (٢٤) .

تحقق اهدافها ، اذا اتصل العقد بالمرفق العام امر خارجي عن العقد كالرغبة في الاسراع للحصول على السلعة أو الخدمة أو الخشية من أن تؤدي الشروط الاستثنائية إلى منع الافراد او الشركات التعاقد معها ، ففي هذه الحالة يتم ابرام العقد ضمن اسلوب القانون الخاص (٢١)

لذلك يستلزم لكي يكتسب عقد التوريد الصفة الادارية ، أن يتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص سواء أكانت لمصلحة الإدارة ام التعاقد معها ، بمعنى أن تقرر تلك الشروط امتيازات للإدارة لا يتمتع بها التعاقد معها ، او قررت حقوقا استثنائية للتعاقد معها (٢٢) .

ونجد ان الشروط الاستثنائية هي « الشروط التي تعلن عن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة ، واعمال قواعد القانون العام ، وذلك من اجل تحقيق هدف العقد الإداري وهو الصالح العام وتغليبها على مصلحة الافراد » ويسمح هذا التعريف باستظهار نية الإدارة اذا ما سلكت طريق العقد الإداري حيث تعير عن هذه النية باستعمالها امتيازات السلطة العامة التي لا يملكها الافراد.

ومن هذا التعريف يتضح ان هذه الظروف تندرج ضمن طائفة من الطوائف الثلاثة :

**الطائفة الأولى : الشروط المرتبطة بامتيازات السلطة العامة .**

بحيث تكون هذه الشروط مُلمة على عنصر أو امتياز من امتيازات السلطة العامة . وهي على هذا النحو مستحيلة التحقيق في عقود الافراد لعدم تمتعهم بتلك السلطة ، وبالتالي

## الطائفة الثانية : الشروط غير المألوفة في عقود الأفراد .

وهذه الشروط تبدو غير مألوفة في عقود الافراد , وذلك أما أن تحمل طابع القانون العام , او لكونها مستوحاة من اعتبارات الصالح العام .

١- الشروط التي تحمل طابع القانون العام . تبدو هذه الشروط غير مألوفة في عقود الافراد لانها تستوحي من القانون العام نظرياته واهدافه , بحيث لا يمكن تفسيرها الا على ضوء هذه النظريات وتلك الاهداف .

٢- الشروط المستوحاة من اعتبارات الصالح العام . إذ لاتهدف الشروط الواردة في العقود الخاصة الى تحقيق الصالح العام , في حين تضطلع العقود الادارية من خلال شروطها الى تحقيق الصالح العام , ومن ثم تبدو الشروط التي لا يمكن تفسيرها في عقود الادارة الا استنادا الى اعتبارات الصالح العام غير مألوفة في العقود الخاصة .<sup>(٢٥)</sup>

## الطائفة الثالثة : خضوع العقد لنظام قانوني استثنائي .

ومعنى ذلك إن الشروط الاستثنائية لاتقتصر فقط على تلك الشروط التي يمكن استنتاجها بتفسير نصوص العقد , ولكن هناك بعض الشروط تُفرض على العقد فيبحث عنها القاضي بعيدا عن العقد من خلال النظام القانوني الاستثنائي الذي يخضع له العقد , فإذا كان الاصل ان يكون النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد نتيجة لطبيعته الذاتية , لكن قد يحدث أن يكون هذا النظام محددًا سلفًا فيكون العقد اداريا أو مدنيا بالنظر إلى طبيعته النظام القانوني الذي يحكمه , فإذا العقد خاضعا لنظام القانون العام

بناءً على نص قانوني , فإن هذا النص يعطي العقد الصفة الادارية ويغدو اداريا تبعا لذلك .<sup>(٢٦)</sup>

## المطلب الثالث

### أركان عقد التوريد

لايختلف عقد التوريد عن سائر العقود الأخرى من حيث أركانه , إذ اشترطت بعض القوانين في اعتبار عقد التوريد اداريا أن تتوفر فيه ثلاثة شروط وهي الرضا والمحل والسبب . فلا ينعقد العقد عندئذ دون مراعاة توفر ركن من هذه الأركان .

## الفرع الاول

### الرضا

ويتعين توافر التراضي كركن من أركان عقد التوريد والمتمثلة بإرادة الطرفين من قبول وإيجاب , كما ينبغي أن تكون هذه الارادة سليمة وخالية من العيوب التي قد تشوبها وتؤثر على صحتها , إذ يترتب على عدم توافر ركن الارادة اثار قانونية بالغة الاهمية , كما يترتب على عدم صحتها اثار قانونية اخرى .

فالاداري هي ان يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه وينتهي إلى أن يقصده , بأن يكون مدركا ما هية التصرف الذي يجريه والحقوق والالتزامات المترتبة له او عليه منه وأن يقصد ذلك كله .<sup>(٢٧)</sup>

فالعقد الاداري شأنه شأن كل عقد ينتج من تبادل الرضا والتقاء ارادتين , باستثناء أن الارادة الادارية يتم التعبير عنها من خلال

الارادة في مجال العقود الادارية وذلك نظرا للطبيعة الخاصة لتلك العقود من ناحية وللحفاظة على سير المرفق العام بانتظام واستمرار من ناحية اخرى (٢٩).

## الفرع الثاني

### المحل

ومحل عقد التوريد يتمثل في الالتزامات الملقاة على عاتق طرفيه إذ يجب على المورد تنفيذ التزاماته بتوريد المنقولات محل العقد طبقا للمواصفات المتعاقد عليها وفي المواعيد المحددة . وعلى الاداران تقوم بسداد ثمن ما قام المورد بتوريده وركن المحل يجب أن يتوافر لكي يعتبر عقدا اداريا .

وكذلك الحال في مجال العقود الادارية يستعين بذات القواعد المدنية التي تتعلق بمحل العقد من حيث ضرورة توافر شروط سلامته وهذه الشروط :

١- شرط وجود المحل :يلزم لنشأة الالتزام ، ومن ثم لقيام العقد أن يكون محله ممكنا غير مستحيل ، وهذا شرط بديهي تقتضيه طبيعة الامور ذاتها ، فالشخص لايلزم بعمل مستحيل . والاستحالة المانعة من انعقاد العقد هي الاستحالة المطلقة أي استحالة القيام بالامر الذي التزم به المدين على كل الناس (٣٠) .

٢- تعين العقد او قابليته للتعين : يجب أن يكون محل العقد معينا ، فان لم يكن كذلك وجب أن يكون قابلا للتعين ، وبعد تعيين محل العقد أو

اجراءات خاصة . هذه الخصوصية يجب أن توفق بين العنصر الارادي وعنصر السلطة العامة ، وأن تاخذ في اعتبارها أن القانون العام لا يعرف مبدأ سلطان الارادة .

وبذلك فإن مفهوم الارادة الادارية كركن من أركان عقد التوريد يتحدد في مفهوم الإرادة في القانون المدني وعلى اساس ذلك تطبق ذات القواعد المطبقة في القانون الخاص .

وهذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الاداري بان النظرية القانونية العامة في العقود الاداري تبدأ على غرار مثيلتها في العقود المدنية بالتقصي عن شروط تكوين العقد الاداري ومن بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد .

وعلى الرغم من ضرورة وجود الارادة الادارية بوصفها ركناً من اركان عقد التوريد ، الا أن هذا الوجود غير كاف بذاته إذ ليس ما هو ضروري كاف بذاته بل يتعين ان تكن تلك الارادة سليمة خالية من العيوب . ولسلامة الارادة الصادرة عن الادارة يتعين ان يتوافر الشرطين التاليين :

١- أن يصدر رضاء الإدارة من صاحب الاختصاص بذلك وفقا للاوضاع المقررة بشأن الشكل والاختصاص اذ إن أهلية أشخاص القانون الخاص يقابلها اختصاص الاشخاص الادارية (٣٨) .

٢- أن يخلو رضاء الإدارة من العيوب التي تشوب الرضا وهي : الغلط والتدليس والغبن (مع مراعاة أن الفقه يتسبعت الغبن والاستغلال من ضمن العيوب التي تعيب

قابليته للتعين من شروط صحة العقد. وتختلف طريقة تعيين المحل بحسب ما إذا كان الشيء قيمياً أو مثلياً فإن كان قيمياً فإن تعيين المحل يكون بذاته ، وإن كان مثلياً فيكفي تعيين جنسه ونوعه ومقداره ، ولا يلزم أن يكون معينا بذاته ، وإن لم يكن الشيء معينا وجب أن يكون على الأقل قابلاً للتعين (٣١).

٣- مشروعية محل العقد: يشترط في محل العقد بالإضافة إلى وجوده وتعيينه أو قابليته للتعين ، أن يكون أيضاً مشروعاً أي أن يكون قابلاً للتعامل فيه ، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا أثر له ويكون المحل غير قابلاً للتعامل فيه في مجال عقود التوريد في الحالات الآتية :

- أن تكون طبيعة الشيء تأتي أن يكون محلاً للالتزام كونه عاماً .

- أن يكون الغرض الذي خصص من أجله يابى أن يكون محلاً للالتزام كالمال العام .

أن يكون التعامل في الشيء غير مشروع ، أما لأن القانون يوجب ذلك أو لأن التعامل به مخالف للنظام العام والآداب العامة (٣٢) .

على محل جائز وممكن ، فإنه لا يكفي لتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع . والسبب سواء كان مباشراً أم غير مباشر يفترض وجوده في العقد الإداري ، وإذا خلا العقد منه عد باطلاً لتخلف ركن من أركان العقد (٣٣).

والحقيقة أنه من النادر أن ينعدم السبب في تصرفات الإدارة ، كما ينذر أن تتعاقد الإدارة بدون سبب أو بسبب باطل وذلك لأن الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائماً بتحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة (٣٤) .

السبب هو الباعث الدافع للتعاقد ، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ، فالسبب هو الغرض أو الأغراض التي يستهدفها المتعاقدان من التزامهما والتي يعتد بها قانوناً وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها متى ما وجدت أن سبب العقد غير مشروع وذلك لمخالفته للنظام العام (٣٥).

## المبحث الثاني

### كيفية إبرام عقد التوريد الإداري

تتعدد الطرق التي يمكن من خلالها الإدارة أن تختار المتعاقد معها لإبرام عقد التوريد

## الفرع الثالث

### السبب

إذا وجد الرضا كركن في العقد وكان صحيحاً وسالماً من العيوب وانصب هذا العقد

## أولاً : الاعتماد المالي .

كما ذكرنا فأن الإدارة قبل ان تقدم على ابرام عقد التوريد فأنها تراعي مسألة ضرورة توافر الاعتماد المالي . ويُعرف الاعتماد المالي بأنه ترخيص من السلطة التشريعية للجهة الادارية في استخدام هذا الاعتماد في الغرض الذي خصص له (٣٦) . فالاعتماد المالي ليس الغرض منه قيام الإدارة بأجراء عملية التوريد اذ من الممكن ان لاترى موجباً لازماً عقد التوريد رغم وجود ذلك التخصيص المالي (٣٧)

أما عن مسألة مخالفة الإدارة للقواعد المتعلقة بالاعتماد المالي ومدى تأثيرها على صحة العقد فأن الرأي الغالب لدى الفقه هو بقاء العقد صحيحاً وناظراً في مواجهة المتعاقد وذلك انطلاقاً من مبدأ حماية الغير حسن النية , الذي لا يعلم مقدماً عن وجود الاعتماد من عدمه هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى يجب عدم زعزة الثقة بالإدارة . وهذا ما أكدته المحكمة الادارية العليا بأنه ( لايسوغ لجهة الإدارة التحلل بعدم وجود اعتماد مالي لعدم مستحقات المتعاقد معها ) (٣٨) .

وعليه فأن الإدارة تلتزم قبل أن تقدم على ابرام عقد التوريد الاداري فأنها تراعي اولاً مسألة ضرورة توافر الاعتماد المالي , وهذا ما أكدته محكمة القضاء الاداري المصري عندما قضت بأنه ( من حيث الاصل في كيفية ابرام العقود الادارية التي يشند فيها القيد على حرية جهة الإدارة عند تعاقدها يرجع إلى أن الشائع هو الذي يستقل ببيان طريقة ابرام العقود العامة وهو في هذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين :

الاداري , وذلك حسب مدى الحرية التي تتمتع بها في اختيار شخص المتعاقد . ومن هذه الطرق طريقة المناقصات والممارسة والاختيار المباشر واخيراً المزايدات .

هذا وإن الإدارة مقيدة في هذه الطرق , وذلك لأنها لاتلجأ إليها إلا بعد أن تتأكد أنها تحقق افضل الايرادات المالية للخزانة العامة هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى تحقيق المصلحة الادارية البحتة وهذا ماسنبحت عنه . لذا قسمنا هذا المبحث الى مطلبين :

**المطلب الاول القيود الواردة على حرية الإدارة في اختيار المتعاقد .**

**المطلب الثاني طرق ابرام عقد التوريد الاداري**

## المطلب الاول

**القيود الواردة على حرية الإدارة في اختيار المتعاقد**

مما لاشك فيه أن الإدارة قبل ان تقدم على ابرام عقد التوريد فأنها تضع في نظر الاعتبار أمرين وهما ضرورة توافر الاعتماد المالي لابرام العقد هذا من ناحية , ومن ناحية اخرى ضرورة الحصول على الاذن بالتعاقد . ولذا يتعين احالة العقد على افضل المرشحين من حيث الاعتبارات المالية بالإضافة الى كونهم افضل المرشحين قدرة وتأهيلاً فنياً .

وهذا الامر يعني ترجيح الاعتبارات المالية على الاعتبارات الادارية وكل ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة .

الأول: تحقيق أكبر إيراد مالي للخزينة العامة وهذا يستلزم بدهاء التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية .

الثاني : مراعاة المصلحة الإدارية ويتطلب تبعاً لذلك تمكين جهة الإدارة من ان تختار أكفاً المتقدمين لأداء الخدمة التي (تحرص على تحقيقها)<sup>(٣٩)</sup> .

وعليه فأن العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الإذن بالتعاقد يكون معدوماً من الناحية القانونية , ولا يجوز تصحيحه بإجراء لاحق , ومن ثم يحق للمتعاقد مطالبة الإدارة بتعويض من جراء ما لحق به , على أساس المسؤولية التقصيرية ان كان هنالك ضرر او مقتضى<sup>(٤١)</sup> .

### ثالثاً / اعداد الكراسة الشروط والموصفات :

بعد أن توافر الاعتماد المالي لدى الإدارة , بالإضافة إلى حصولها على الإذن بالتعاقد , فأنها الى إعداد كراسة الشروط والموصفات , وهذا مانصت عليه المادة الثالثة أولاً - د من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ على أنه ( أن تكون الشروط والموصفات وجدول الكميات والخراط وغير ذلك مما هو ضروري للتنفيذ جاهزاً لتجنب اجراء التغييرات أو الإضافات اثناء التنفيذ )<sup>(٤٢)</sup> .

هذا وثمة خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لكراسة الشروط والموصفات حيث ذهب البعض الى انها تعد جزءاً لا يتجزأ من العقد وتمثل الشروط والموصفات التي تحتويها اسماً للتعاقد بين ومقدم العطاء حتى ولو لم ينص على ذلك في مضمون العقد الذي تم ابرامه بين الإدارة والمتعاقد معها , بينما ذهب رأي آخر إلى ضرورة التفرقة بين الشروط الخاصة التعاقدية وبين الشروط العامة التنظيمية وإن الأولى فقط دون الثانية هي التي تعد جزء من العقد وواجبة التطبيق كحكم من احكامه<sup>(٤٣)</sup> .

### ثانياً / الإذن بالتعاقد .

بعد توفر لدى الإدارة الاعتماد المالي فأنها تلجأ إلى خطوة أخرى ألا وهي حصول الإذن بالتعاقد , وقد تستلزم عملية إبرام عقد التوريد الإداري ضرورة استشارة جهة إدارية معينة قبل التعاقد ولكن دون أن تكون هذه الاستشارة ملزمة لها , والعلة من ذلك هو الاستفادة من الخبرات الفنية والمالية والتعاقدية .

ففي فرنسا حيث انشا المشرع الفرنسي جهتين استشاريتين وهما :

الإولى- اللجان الخاصة بعقود الشراء العام كعقود الموينات العامة ولجنة المواد البيولوجية الطبية .

الثانية- اللجان المركزية لعقود الشراء العام وينحصر دورها في تنسيق ورقابة طلبات الشراء العام<sup>(٤٠)</sup> .

وهذه الاستشارة لاتعدُ في حقيقتها مجرد توجيهات تستشير بها الإدارة قبل إبرام عقد التوريد ولا يترتب على مخالفتها اعتبار العقد باطلاً .

## رابعاً الدعوة إلى التعاقد .

و- النص على ايلولة ملكية التصاميم والخرائط والمواصفات التي تعدها الجهة ...

ز- الطلب من مقدمي العطاءات ارفاق عطاءاتهم للأعمال المماثلة إن وجدت .

ح- الطلب من هذه الجهات ببيان مؤهلات الجهاز الفني فيها والاختصاصيين المتفرغين العاملين لديها عند التنفيذ .

ط- الطلب من هذه الجهات تقديم منهاج العمل المطلوب .

ي- بيان مقدار التأمينات الاولية المطلوبة من مقدمي العطاءات

ك- موعد غلق المناقصة وفتح العطاءات .

ل- تحديد تاريخ انعقاد المؤتمر الخاص بالإجابة على استفسارات المشاركين ... .

م- سعر مستندات المناقصة غير قابل للرد .

ن- درجة وصنف المقاول المطلوبة بالنسبة لمشاريع المقاولات والاشغال العامة ....

س- يتم طلب تحديد السعر بالنسبة لعقود التجهيز في ضوء مكان الوصول .... .

ع- تحديد الغرامات التأخيرية في ضوء شروط التعاقد ( تأخير شحن ، غرامات تأخير تسليم ) .

و عليه فأن الدعوة إلى التعاقد هي وسيلة من وسائل تحقيق العلانية , والغاية منها إثارة المنافسة بين الموردين في إطار من المساواة

بعد أن توفر لدى الادارة كراسة الشروط والمواصفات بالإضافة إلى الاعتماد المالي فأنها تلجأ إلى دعوة المتعاقدين للتعاقد معها لشراء الاصناف التي تحتاجها .

والدعوة إلى التعاقد تعني إمكانية مراقبة الادارة والتأكد من مدى التزامها بتحقيق الهدف المرجو من ابرام عقد التوريد , ومن ثم فأن هذه العملية تحول الدعوة إلى التعاقد بين مع طائفة معينة بحجة انهم وحدهم الذين تقدموا للتعاقد<sup>(٤٤)</sup>

وهذا ما أشارت اليه المادة تنص المادة ٥ / أولاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على : يراعى في الاعلان عن مناقصات العقود العامة الاجراءات الاتية :

أ- اسم المناقصة ورقمها وعنوانها والتبويب المدرج في الموازنة .

ب- وصف موجز للمشروع مع بيان تفاصيل الخدمات والسلع المطلوبة .

ج- المبادئ الاساسية للعقد الذي سيبرم وكيفية دفع الاجور أو المبالغ المتفق عليها .

د- تكون مدة اعلان المناقصة أو الدعوة المباشرة كما مبين في أنناه :

١- في عقود التجهيز ( التوريد ) والخدمات الاستشارية مدة تتراوح من (١٥ - ٦٠) يوم .

٢- فيما يخص عقود الاشغال العامة من (٢٨ - ٦٠) يوماً تحدد حسب أهمية العقد .

هـ- بيان موعد ومكان تقديم العروض وفترة النفاذ المطلوبة ومكان وموعد بيع مستندات المناقصة .

وكل ذلك في صالح الادارة في سبيل تقديم عطاءاتهم , وفقاً للمواصفات والشروط المعلن عنها وذلك خلال فترة زمنية .

## المطلب الثاني

### طرق ابرام عقد التوريد الاداري

جرى العمل في أغلب العقود الادارية ومنها عقد التوريد الاداري على اتباع الادارة لأساليب مختلفة في إبرام عقودها الادارية وهي المناقصة والممارسة والتكليف المباشر , وأخيراً المزايدة العامة.

### أولاً : المناقصة

وتعني وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الادارة يتنافسون فيما بينهم لتقديم العطاءات فتختار الادارة افضل سعراً وشروطاً.

إن الاصل في المناقصات إن الادارة تكون حرة في اختيار المتعاقد حسبما هو متفق عليه في فرنسا ومصر ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك وتنوع المناقصات فمنها المناقصة المفتوحة والمناقصة المغلقة او المقيدة (٤٥).

فالمناقصة المفتوحة هي التي يسمح فيها بالاشتراك لمن يشاء , أما المناقصة المغلقة أو المقيدة فإنه يقتصر الاشتراك فيها على فئة محددة من الاشخاص . والهدف من هذا النوع من المناقصات هو اقتصار المشاركة على من يتمتع بالقدرة على الشراء من الناحية المالية وكذلك الحال في المسائل الفنية , وقدرت المورد على توريد المنقولات والبضائع التي يحتاجها المرفق العام (٤٦).

هذا ويحكم المناقصة ثلاثة مبادئ أساسية وهي :

- الاعلان ويعني ذلك أن يتم الاعلان عن المناقصة في الجرائد الرسمية أو أي وسيلة أخرى من وسائل النشر والاعلان , ويجوز عند الضرورة النشر في اكثر من جريدة في الخارج (٤٧).

- وهنا تقوم الادارة بوضع مواصفات تفصيلية كاملة والاجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ العقد والجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد عند إخلاله بأحكام العقد أو التأخر في تنفيذه (٤٨).

- حرية المناقصة : وتعني أنه من حق جميع الافراد التقدم والاشتراك في المناقصة من دون منع أي جهة من حقها في التنافس بغية الوصول الى ارساء المناقصة عليها (٤٩).

- المساواة بين المتنافسين : ويعني عدم جواز استبعاد أي متقدم لاسباب غير قانونية ومن ثم يجوز الطعن بقرار الاستبعاد لدى القضاء الاداري . وهذا ماشارت اليه محكمة العدل العليا في الاردن بأن الهدف من استبعاد اي متقدم للعطاءات ينبغي ان يكون ضمن المصلحة العامة . وفي هذا قضت ( أن قرار لجنة العطاءات في استبعاد اي عرض لمخالفته لشروط العطاء , هو قرار سليم ومتفق مع احكام القانون , وذلك إن من واجبات لجنة العطاءات احترام شروط العطاء الذي وضع حفاظاً للمصلحة العامة ) (٥٠).

٥- الحيوانات والطيور لغير اغراض  
التغذية .<sup>(٥٣)</sup>

وهذا ويتميز هذا الأسلوب بأختصار  
الاجراءات الطويلة التي تتميز بها طريقة  
المزايدة , بالاضافة إلى ميزة العلانية من خلال  
معرفة جميع الراغبين بالتعاقد بالاسعار التي  
يقدمها المنافسون

### ثالثاً : التكليف المباشر

وتعرف هذه الطريقة بأنها ( تعاقد  
الادارة مباشرة مع المتعاقد الذي وقع  
اختيارها عليه , سواء كان التكليف على  
مناقصة او مزايدة او ممارسة . وتسلك جهة  
الادارة في سبيل التعاقد مباشرة متحللة من  
ضوابط واحكام وقواعد المناقصة بصورها  
العامة والمحددة والمحلية وطرق الممارسة  
بصورتها العامة والمحدودة )<sup>(٥٤)</sup> . وتلجأ  
الادارة لهذا السبب في أحوال معينة  
واستثنائية كأن تكون في حالات الضرورة  
والاستعجال .

## المبحث الثالث

### الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقد التوريد الاداري

إذا كانت طبيعة اختصاص القضاء العادي  
في مجال منازعات العقود الإدارية لا تنثير  
إشكالا باعتبارها تماثل طبيعة اختصاصه  
بنظر منازعات العقود الخاصة ، وفي حدود  
النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية  
بوصفه القانون الواجب التطبيق على موضوع

فيموجب هذا المبدأ تلتزم جهة الادارة  
بمعاملة جميع المتقدمين في العمل موضوع  
المناقصة على قدم المساواة . وهو مااستقر  
عليه قضاء مجلس الدولة المصري في حكم  
له , إذ قضت بأنه ( من المبادئ الأساسية  
التي تخضع لها المناقصة العامة من اعلان  
وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين )  
كما وقضت المحكمة الادارية العليا بأنه  
( قبول عطاء المطعون ضده بعد الميعاد  
أنما هو اخلال صريح لمبدأ المساواة بين  
المتنافسين , مما يعد استثناء على خلاف  
الشروط المعلنة واخلالاً بتكافؤ الفرص )<sup>(٥١)</sup> .

فليس للادارة ان تقيم اي تميز غير مشروع  
بينهم فلا تطلب من أحدهم ماالتطلبه من غيرهم  
الإ أن هذا الأمر لايمنع الادارة من إعفاء  
بعض المتقدمين من بعض الشروط كأعفاء  
الشركات الوطنية من التأمين الابتدائي الواجب  
تقديمه أو شروط توافر الاعتماد المالي )<sup>(٥٢)</sup> .

### ثانياً : الممارسة .

وهي نظام يسمح للادارة بالاتفاق مباشرة  
مع المتعاقدين من دون مناقصة أو مزايدة  
, ويجوز الالتجاء الى طريقة الممارسة في  
الاحوال الاتية :

١- الاصناف المحتكر صنعها أو أستيرادها

٢- الاصناف الفنية الدقيقة .

٣- الاصناف التي لايمكن تحديدها  
بمواصفات دقيقة .

٤- الاعمال الفنية المرغوب اجراءها  
بمعرفة فنيين أو اخصائين .

النزاع ، فإن طبيعة اختصاص القضاء الإداري في هذا المجال تثير بعض الصعوبات التي يمكن ردها إلى أنواع الدعاوي الداخلة في اختصاصه ، فمن المعروف أن دعاوي القضاء الإداري تنقسم إلى نوعين رئيسيين هما : دعاوي القضاء الكامل أو قضاء التعويض ، ودعاوي قضاء الإلغاء أو المشروعية حيث تختلف سلطة القاضي الإداري في كل منهما ، إذ تقف سلطة قاضي الإلغاء عند الحكم بإلغاء قرار معيب ، في حين تمتد سلطة القضاء الكامل إلى تصفية النزاع كلية فيلغي القرارات المخالفة للقانون إن وجدت ثم يرتب على ذلك الإلغاء نتائج كاملة من الناحية الإيجابية أو السلبية ومن هذا استمد هذا القضاء تسميته<sup>(٥٥)</sup>.

وسنتناول فيما يأتي هذين النوعين من الدعاوي في مجال منازعات عقد التوريد لتعرف على طبيعة اختصاص القضاء الإداري في هذا الشأن .

## المطلب الاول

### اختصاص القضاء الكامل

الأصل في منازعات العقود الإدارية هو انتمائها إلى القضاء الكامل – لأن أساس الدعاوي المثارة بشأنها هو وجود حق منازع فيه ، وبالتالي تمتد ولاية القضاء الإداري إلى كل ما يتعلق بعملية التعاقد ابتداء من أول إجراء في تكوينها إلى آخر نتيجة في تصفية كافة الحقوق والالتزامات التي نشأت عنها<sup>(٥٦)</sup> وقد أوضحت المحكمة العليا ذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٦/٢٨م في الطعن

الإداري رقم ١٠/٧ ق بقولها ) : أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل وتتسع فيه سلطة القضاء إلى فحص النزاع من الناحية الموضوعية والقانونية ، ويتناول القرارات الصادرة من الإدارة ويراقب أحقيتها في ممارسة الجزاءات المقررة لها في العقد الإداري ، فكل ذلك يدخل في منطقة العقد لأنه مستمد من نصوصه لا من نصوص القوانين ، فهي منازعات حقوقية تكون محلاً للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل، وتفصل فيها المحكمة الإدارية على نحو لا يختلف<sup>(٥٧)</sup>. وتتخذ دعوة القضاء الكامل بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية الداخلة

وسمي قضاءً كاملاً لأنه يامن الحماية الكاملة للأفراد إذ تمتد سلطة القاضي لتشمل الإلغاء والتعويض وأحياناً اتخاذ قرار هو أصلاً من اختصاص الإدارة . والدعوى هنا هي دعوة بين خصوم وهي موجهة ضد الإدارة ، إلا أن القاضي الإداري في حالة قضاء التعويض يصدر الحكم بحق الإدارة بشيء ما ويدين الخصم وبهذه الحالة لا يستطيع القاضي ان يوجه امر للإدارة .

ودعوى التعويض يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء طالباً فيها تعويضه عما أصابه من ضرر نتيجة تصرف من تصرفات الإدارة سواء أكان هذا التصرف قانونياً أم مادياً. وبما أننا في صدد عقود التوريد عندما يقوم شخص طبيعى أو اعتباري خاص مضروباً بمطالبة شخص اعتباري عام مسؤول عن فعل ضار ، أمام القضاء الإداري بأداء مثل الحق محل الضرر ، أو قيمته.

ظل النظريات المذكورة أعلاه منح المشرع للمتعاقد مع الإدارة امتيازات وحماية حيث وفقها تقدم الإدارة له عوناً ومساعدة لم تكن متوقعة أثناء التعاقد في سبيل تنفيذ التزاماته، علماً أن قواعد القانون الخاص لا تضمن مثل هذه الحماية والرعاية للمتعاقد في ظل أحكامه، إقراراً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

## المطلب الثاني

### اختصاص قضاء الإلغاء

ليس لقضاء الإلغاء سوى دور محدود في مجال منازعات العقود الإدارية باعتبارها تنتمي أساساً إلى القضاء الكامل على ما مر بنا ، ويمكن إرجاع ذلك لسببين رئيسيين هما :

١- إن دعوى الإلغاء لا يمكن أن توجه إلى العقود ، ذلك أن من شروط قبول دعوى الإلغاء أن توجه الدعوى إلى قرار إداري ، لكنها لا يمكن أن توجه إلى عقد من العقود ، لأن العقد هو توافق إرادتين بينما القرار هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها ، غير أن هذا لا يعني بحال من الأحوال عدم إمكان إبطال العقد ، وإنما مجال ذلك كما سبق القول هو القضاء الكامل ، ويترتب على هذا نتيجة هامة ، وهي أن إبطال العقد لا يمكن أن يصل إليه إلا أحد طرفيه ، لأنه ليس لأحد غير المتعاقدين أن يرفع دعوى تستند على العقد<sup>(٩٠)</sup> .

٢- أنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تحيز طلب إلغاء القرار الإداري ، فدعوى الإلغاء هي جزء لمبدأ المشروعية ، والالتزامات المترتبة على العقود هي التزامات شخصية<sup>(٩١)</sup> .

فإذا أخلت الإدارة بالتزاماتها التعاقدية فإن المتعاقد لا يستطيع إجبارها على عدم الإخلال بالتزاماتها حينها بالمطالبة بحقه بالتعويض عن طريق هذه الدعوى ، فإخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية لا يعد مبرراً لامتناع المتعاقد على الوفاء بالتزاماته، بل يجب عليه أن يستمر بالتنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض لكن إذا كان إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية إخلالاً جسيماً يفسخ العقد ويعوض المتعاقد عن ما مسه من أضرار.

والتعويض عن إخلال الإدارة عن التزامها في عقد التوريد يكون شاملاً ، إذا كانت الإدارة تملك جأه الطرف الثاني من العقد سلطة التوجيه والمراقبة لحسن تنفيذ التوريد . وعلى هذا الأساس فلا يمكن لغير المتعاقد أن يبطل العقد لأنه اجنبي عن العقد ومن ثم فليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد في تكوينه إلا عن طريق القضاء الكامل<sup>(٩٢)</sup> .

كذلك تستطيع الإدارة أن تستحصل مبالغ مالية ، وذلك أما في صورة ثمن الاصناف التي قام المورد بتوريدها أو اجور النقل التي دفعها المورد في حالة تسليم الاصناف للإدارة غير المتعاقدة أو تعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية وذلك عن طريق دعوى الاستحقاق . وإضافة إلى الحصول على دعوى التعويض يمكن للمتعاقد رفع دعوى إبطال التصرفات الصادرة عن الإدارة على خلاف التزاماتها التعاقدية<sup>(٩٣)</sup> .

ومما سبق يتضح أن رعاية وحماية الإدارة للمتعاقد هو جزء من رعايتها وحمايتها للمصلحة العامة، وهو حق يضمنه المشرع. ففي

وبما أن عقد التوريد يتكون من عدة عمليات مركبة ، بعضها يصدر بالارادة المنفردة للادارة ويأخذ شكل القرارات الادارية ، والبعض الاخر ذات طبيعة ثنائية ومن ثم فإنه يتصور الطعن بالالغاء ضد القرارات الادارية التي تصدرها الادارة اثناء مرحلة تكوين العقد .

فنحن هنا نكون ازاء نظرية الانفصال وتعني يقصد بالقرارات الإدارية المنفصلة جميع القرارات التي تصدرها جهة الإدارة بإرادتها المنفردة والتي يتوقف عليها إبرام العقد أو تصاحب إنعقاده ، أي القرارات التمهيديّة التي تسبق أو ترافق مرحلة التوقيع على العقد ، لأن الإجراءات السابقة لإبرام العقد تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة ، أما القرارات اللاحقة لإبرام العقد فإنها تكون مستندة إلى السلطة العقديّة ، ويراعى في هذه القرارات الأخيرة أنها تصدر جميعاً أثناء تنفيذ العقد ، وهي وحدها التي تدخل في منطقة النزاع العقدي ولا يرد عليها طلب الإلغاء ومن ثم متى اعتبر الإجراء منفصلاً جاز الطعن فيه بدعوى الإلغاء وذلك باعتباره قراراً إدارياً نهائياً قائماً بذاته وعلى وجه الاستقلال<sup>(١٢)</sup>.

وعلى هذا الأساس ، أصبح من الضروري الطعن بالغاء القرارات التي تصدرها الادارة في مرحلة تكوين العقد مما يتعين معه بيان مجالات هذا الطعن وشروطه والاثار المترتبة على الحكم الصادر فيه .

فالطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة في مرحلة تكوين العقد تعد المثال الأكثر تطبيقاً

لاعمال فكرة القرارات القابلة للانفصال ، والتي تكون محلاً للطعن بالالغاء .ومن امثلة القرارات السابقة على ابرام العقد قرار ارساء المناقصة ، وهو قرار إداري نهائي يقبل الطعن عليه بالالغاء من اصحاب العطاءات المرفوضة .

أما في حالة الطعن بالإلغاء في قرار رفض إبرام العقد أو التصديق عليه فيكون هذا القرار قابلاً للطعن فيه بالالغاء .

كما ويستلزم توفر شروط معينة عند طلب الطعن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية في مرحلة تكوين العقد والقابلة للانفصال عن العقد شأنه شأن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية بصفة عامة ، فإذا ما أصيب القرار الإداري القابل للانفصال بعيب من عيوب عدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري بصفة عامة مثل عيب الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القانون أو إساءة استعمال السلطة فإنه يمكن الطعن بالإلغاء .

وعلى ذلك يتعين لقبول الطعن بالغاء القرارات الصادرة في مرحلة تكوين العقد ضرورة توافر الشروط الآتية :

- أن يكون القرار محل الطعن قراراً إدارياً نهائياً ، وأن يتوافر في دعوى الإلغاء كافة الشروط القانونية المقررة لقبولها بصفة عامة ، ومن ثم لا يجوز الطعن بالالغاء في الأعمال التحضيرية للقرار والتعليمات و المنشورات الدورية والآراء الاستشارية واجراءات التحقيق السابقة على تحرير العقد<sup>(١٣)</sup>.

## الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع عقد التوريد الإداري فأنا توصلنا إلى النتائج الآتية :

١- يعد عقد التوريد الإداري من العقود المهمة في تسيير المرافق العامة .

٢- إن عقد التوريد الإداري من العقود الرضائية وإن محله ينصب دائماً على منقول .

٣- يعد عقد التوريد الإداري من العقود المسماة وينطبق عليه ماينطبق على العقود الإدارية , ولكي يتصف عقد التوريد بالصفة الإدارية فإنه لا بد أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في العقد الإداري . وهي أن يكون أحد أطراف عقد التوريد شخصاً من اشخاص القانون العام , وأن يكون الهدف منه تحقيق المنفعة العامة , وأن يخضع العقد لاحكام القانون العام , بما فيها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص .

٤- إن أهمية دراسة عقد التوريد من كونه يخضع لنظام قانوني خاص به ويحكم جميع المراحل التي تمر بها العملية التعاقدية , وليهدف إلى تمكين الإدارة من الحصول على افضل الشروط المالية مع مراعاة ودرجة جودة المواد المراد الحصول عليها .

٥- ان السمة الأساسية التي تميز عقد التوريد الإداري عن بقية العقود الإدارية تتمثل في أنه كما قلنا على منقول والدور الاساسي الذي يلعبه عنصر الزمن , لاسيما إذا ما نصب العقد على توريد اسلحة وقت الحرب أو مواد

- أن يكون القرار محل الطعن معيباً بأحد عيوب عدم المشروعية وهي عيوب عدم الاختصاص ومخالفة الشكل ومخالفة القوانين واللوائح وإساءة استعمال السلطة

هذا وقد يترتب على إلغاء القرارات القابلة للانفصال على العقد اثار معينة , فلا يمكن ان يؤدي بذاته إلى الغاء العقد او ابطاله .ومن ثم يبقى العقد سليماً وناظداً حتى يتمسك احد اطرافه بالحكم الصادر بالالغاء امام قاضي العقد باعتبار انه صاحب الاختصاص المطلق في الحكم بابطال العقد (٦٤).

ويترتب على التمسك بالحكم الصادر بالغاء القرار القابل للانفصال أمام قاضي العقد نتائج منها إن حكم الإلغاء يتمتع بحجية مطلقة امام قاضي العقد .

فإذا كان هذا الحكم قد استند إلى أن القرار القابل للانفصال شابه عيب من عيوب المشروعية فان قاضي العقد يبحث في بيان اثر ذلك العيب على العملية العقدية . كما وان بطلان القرار القابل للانفصال يقتصر أثره على الاجراءات التالية له التي بنيت عليه ، ولا يمتد هذا الأثر إلى الاجراءات السابقة عليه والتي تمت سليمة بذاتها .

أما في مرحلة تنفيذ العقد فلايجوز انفصال القرارات التي تصدر عن الإدارة اثناء تنفيذ العقد ومن ثم فإنه لا يقبل الطعن عليها بالإلغاء . ويرد على هذه القاعدة استثناء وهو جواز الطعن على القرارات التي تصدرها الإدارة باعتبارها سلطة عامة وليس باعتبارها متعاقدة سواء أكان هذا الطعن من المورد ام من الغير (٦٥).

طبية للمستشفيات هذا ومن الجائز تجزئة المواد هو الأقل سعراً قد اشترط مدداً بعيدة للتوريد لاتتناسب مع حالة العمل بالمرفق وذلك بأن اجازة التعاقد مع انطب العطاءات التالية لتوريد أقل كمية زمة لسد حاجة المرفق خلال الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد

## الهوامش

- ١- د. عاطف سعدي - عقد التوريد بين النظرية والتطبيق - دار الحريري للطباعة - ٢٠٠٥ - ص ١٧.
- ٢- حيدر حسن شطاوي - النظام القانوني لعقد التوريد - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامع النهريين - ٢٠٠٨ - ٢١ .
- ٣- حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى رقم ٦٢٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٢/٢/١٩٥٢ منقول عن عاطف السعدي ص ١١٢ الى ١١٣ .
- ٤- د. عصمت عبد الله الشيخ - مبادئ اساسية في العقود الادارية - بدون دار نشر - ١٩٩٧ - ص ١٠١ .
- ٥- د. سليمان الطماوي- الاسس العامة للعقود الادارية - الطبعة الرابعة - دار الفكر العربي - ١٩٨٤ - ص ١٣٥ .
- ٦- خالد سليمان اسود - عقد التوريد الاداري (دراسة مقارنة بين القانونين الاردني والكويتي) - رسالة ماجستير مقدمة كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط - ٢٠١٢ - ص ١٢ .
- ٧- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ١١٨ .
- ٨- د. جابر جاد نصار - العقود الادارية - دار النهضة العربية للنشر - ٢٠٠٤ - ص ١١٩ الى ١٢٠ .
- ٩- محكمة النقض الدائرة المدنية والتجارية طعن رقم ٣١٦ لسنة ٥٤ ق جلسة ٢/٥/١٩٩٠ - منقول عن

- د. عبد العزيز عبد المنعم - الاسس العامة للعقود الادارية - منشأة المعارف بالاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٨٠ .
- ١٠- د. محمود عاطف البنا - العقود الادارية - دار الفكر العربي للنشر - القاهرة - ٢٠٠٧ - الطبعة ٣ - ص ١٣٢ .
- ١١- خالد سليمان - المصدر السابق - ص ١٩ .
- ١٢- د. سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص ٥٣٢ .
- ١٣- د. سليمان الطماوي المرجع السابق - ص ١٤٥ .
- ١٤- د. ماجد راغب الحلو - العقود الادارية - دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - الطبعة الاولى - ٢٠٠٩ - ص ٩٨ .
- ١٥- د. محمد عبد الواحد الجميلي - ماهية العقد الاداري - دار النهضة العربية - القاهرة - الطبعة الاولى - ١٩٩٥ - ص ٦٩ .
- ١٦- د. فتحي فكري ، محاضرات في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص ١٤ .
- ١٧- د. ماجد راغب الحلو - المصدر السابق - ص ٢٢٤ .
- ١٨- حكم محكمة القضاء الاداري المصري قضية رقم ٩ بتاريخ ١٦/١٢/١٩٥٦ منقول عن رسالة الماجستير لخالد سليمان المذكورة آنفاً .
- ١٩- حيدر حسن شطاوي - المرجع السابق - ص ٩ .
- ٢٠- د. عاطف السعدي - المرجع السابق - ص ٧٦ .
- ٢١- د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق - ص ٤٥ .
- ٢٢- د. ثروت بدوي - مبادئ القانون الاداري - دار النهضة العربية - ١٩٦٨ - ص ١٤٥ .

- ٢٣- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٩٤ .
- ٢٤- حيدر حسن شنطاوي - المرجع السابق - ص ١٦ .
- ٢٥- عاطف السعدي - المصدر السابق - ص ٩٣ .
- ٢٦- د. محمود عاطف البنا - المصدر السابق - ص ٩٠ .
- ٢٧- د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والارادة المنفردة - بدون دار نشر - ١٩٨٤ - ص ٨٩ .
- ٢٨- د. سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٣٤٦ .
- ٢٩- د. زكي محمد النجار - نظرية البطلان في العقود الادارية - دراسة مقارنة - رسالة عين شمس - ١٩٨١ - ص ١٩٧ .
- ٣٠- د. عبد المجيد الحكيم - مصادر الالتزام - الطبعة الرابعة - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٤ - ص ١١٧ .
- ٣١- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - دار النشر للجامعات المصرية - ١٩٥٢ - ص ٣٨٤ .
- ٣٢- د. زكي محمد النجار - المصدر السابق - ص ١١٢ .
- ٣٣- د. عزيزة الشريف - دراسات في نظرية العقد الاداري - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - ص ١٧ .
- ٣٤- د. عبد الرحمن مصطفى عثمان - نظرية السبب - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة الازهر - ١٩٨٤ - ص ٣٥ .
- ٣٥- د. سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص ٣٦١ .
- ٣٦- د. عاطف سعدي - المصدر السابق - ص ٢٢٨ .
- ٣٧- د. عاطف سعدي - المصدر السابق - ص ٢٢٩ .
- ٣٨- د. سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص ٣٠٥ .
- ٣٩- د. عاطف سعدي - المصدر السابق - ص ٢٣٠ .
- ٤٠- د. مازن ليلو راضي - القانون الاداري - مؤسسة او بي ال سي للطباعة والنشر - ص ١٢٤ .
- ٤١- د. عاطف سعدي - المصدر السابق ص ٢٣٣ .
- ٤٢- د. مازن ليلو راضي - المصدر السابق - ص ٣٣٢ .
- ٤٣- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ .
- ٤٤- د. عاطف سعدي - المصدر السابق - ص ٢٤٠ .
- ٤٥- د. سليمان الطماوي - المصدر السابق - ص ٢١٩ .
- ٤٦- د. مازن ليلو راضي - المصدر السابق - ص ٣٢٥ .
- ٤٧- د. علي خطار شنطاوي - القانون الاداري الاردني - الكتاب الثاني - الطبعة الاولى - دار وائل للنشر - ٢٠٠٩ - ص ٢٨٨ .
- ٤٨- د. محمد جمال الذنبيات - الوجيز في القانون الاداري - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ٢٠١١ - ص ٢٦٣ .
- ٤٩- د. مازن ليلو راضي - المصدر السابق - ص ٣٢٦ .
- ٥٠- د. احمد منصور - المشكلات العملية في المناقصات والمزايدات - بدون دار نشر - ١٩٩٦ - ص ٣٣٧ .
- ٥١- د. محمد جمال الذنبيات - المصدر السابق - ص ٢٦٥ .
- ٥٢- د. عاطف سعدي - المصدر السابق - ص ٢٠١ .
- ٥٣- د. مازن ليلو راضي - المصدر السابق - ص ٣٢٨ .
- ٥٤- د. محمد بكر حسين - الوسيط في القانون الاداري - شركة الجلال للطباعة - الطبعة الاولى - الاسكندرية - ٢٠٠٧ - ص ٢٩٦ .
- ٥٥- د. عاطف سعدي - المصدر السابق - ص ٢١٨ .

## المصادر

- ١- د. احمد منصور – المشكلات العملية في المناقصات و المزايدات - بدون دار نشر – ١٩٩٦ .
- ٢- د. ثروت بدوي – مبادئ القانون الاداري – دار النهضة العربية – ١٩٦٨ .
- ٣- د. جابر جاد نصار – العقود الادارية – دار النهضة العربية للنشر – ٢٠٠٤ .
- ٤- د. حمدي ياسين عكاشة - العقود الإدارية في التطبيق العملي - منشأة المعارف – الاسكندرية- ١٩٩٨ .
- ٥- حيدر حسن شطاوي – النظام القانوني لعقد التوريد – رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامع النهريين – ٢٠٠٨ .
- ٦- د. حيدر طالب محمد – الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد الاداري- منشور مجلة الحقوق كلية النهريين – عدد ٢٠ لسنة ٢٠٠٨ .
- ٧- خالد سليمان اسود – عقد التوريد الاداري ( دراسة مقارنة بين القانونين الاردني والكويتي )- رسالة ماجستير مقدمة كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط – ٢٠١٢ .
- ٨- د. زكي محمد النجار – نظرية البطلان في العقود الادارية – دراسة مقارنة – رسالة عين شمس – ١٩٨١ .
- ٩- د. سليمان الطماوي- الاسس

- ٥٦- د. سليمان الطماوي – المصدر السابق- ص ١١٩ .
- ٥٧- د. حيدر طالب محمد – الاختصاص القضائي بمنازعات عقد التوريد الاداري- منشور مجلة الحقوق كلية النهريين – عدد ٢٠ لسنة ٢٠٠٨ – ص ٤ .
- ٥٨- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة- دعوى التعويض الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة – منشأة المعارف للنشر – ٢٠٠٩- ص ٢٢١ .
- ٥٩- د. سليمان الطماوي – قضاء الالغاء – دار الفكر العربي – القاهرة- ١٩٦٧- ص ٣٠٥ .
- ٦٠- د. عدنان عمرو – قضاء الالغاء – منشأة معارف للنشر – الاسكندرية – ٢٠٠٤ – ص ٣٤ .
- ٦١- د. محمد السناري – التطورات الحديثة للطعن بالالغاء في عقود الادارة - دار النهضة العربية- بدون تاريخ نشر- ص ٣٦ .
- ٦٢- د. حمدي ياسين عكاشة - العقود الإدارية في التطبيق العملي - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٩٨ – ١٤٤ .
- ٦٣- د. محمد السناري- المصدر السابق ١٠١ .
- ٦٤- د. محمد حلمي – العقد الاداري – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٧٤- ص ٦٤ .
- ٦٥- د. محمد السناري المصدر السابق – ص ٥٩ .

١٩- د.علي خطار شنتاوي - القانون  
الاداري الاردني - الكتاب الثاني - الطبعة  
الاولى - دار وائل للنشر - ٢٠٠٩ .

٢٠- د. ماجد راغب الطلو - العقود الادارية  
- دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - الطبعة  
الاولى - ٢٠٠٩ .

٢١- د. مازن ليلو راضي - القانون  
الاداري - مؤسسة او بي ال سي للطباعة  
والنشر .

٢٢- د. محمد السناري - التطورات  
الحديثة للطعن بالالغاء في عقود الادارة - دار  
النهضة العربية - بدون تاريخ نشر .

٢٣- د.محمد بكر حسين - الوسيط في  
القانون الاداري - شركة الجلال للطباعة -  
الطبعة الاولى - الاسكندرية - ٢٠٠٧ .

٢٤- د.محمد حلمي - العقد الاداري  
- دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٤ .

٢٥- د.محمد عبد الواحد الجميلي  
- ماهية العقد الاداري - دار النهضة  
العربية - القاهرة - الطبعة الاولى -  
١٩٩٥ .

٢٦- د.محمود عاطف البنا - العقود  
الادارية - دار الفكر العربي للنشر - القاهرة -  
٢٠٠٧ - الطبعة ٣ .

العامه للعقود الادارية - الطبعة الرابعة  
- دار الفكر العربي - ١٩٨٤ .

١٠- د.سليمان الطماوي - قضاء الالغاء -  
دار الفكر العربي - القاهرة- ١٩٦٧ .

١١- د.عاطف سعدي - عقد التوريد بين  
النظرية والتطبيق - دار الحريري للطباعة  
- ٢٠٠٥ .

١٢- د. عبد الرحمن مصطفى عثمان -  
نظرية السبب - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية  
الحقوق - جامعة الازهر - ١٩٨٤ .

١٣- د.عبد العزيز عبد المنعم - الاسس  
العامه للعقود الادارية - منشأة المعارف  
بالاسكندرية - ٢٠٠٤ .

١٤- د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة - دعوى  
التعويض الاداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة  
- منشأة المعارف للنشر - ٢٠٠٩ .

١٥- د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد  
والارادة المنفردة - بدون دار نشر - ١٩٨٤ .

١٦- د.عدنان عمرو - قضاء الالغاء -  
منشأة معارف للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠٤ .

١٧- د.عزيزة الشريف - دراسات في نظرية  
العقد الاداري - دار النهضة العربية - ١٩٨١ .

١٨- د.عصمت عبد الله الشيخ -  
مبادئ اساسية في العقود الادارية -  
بدون دار نشر - ١٩٩٧ .

# Administrative supply contract

Rasha Abdul Razzaq \*

rasha jawad \*\*

## Abstract

Civil contracts are always contractual freedom of the parties to the dispute administrative contracts that are generally put restrictions on the freedom of contract . Flataatmta administration always free to choose its contractors , but it does not mean the exclusion of contractual freedom to manage completely , since a variety of administrative contracts and not require all of the same procedures and rules for the selection of the contractor. In many cases, the administration will be like any normal person the freedom to choose the contractor.

This varied administrative contracts and that the most important concession contracts and contracts for public works and supply contracts , and will be limited to speak on the theme of managing the supply contract .

Where is the supply contract administrative of the most important administrative contracts concluded by the administration in order to conduct public facilities Hence , the importance of the study of the supply contract administrative comes from being subject to a special legal regime that governs all stages of the process of contractual , and is designed to enable the administration to get the best financial terms , taking into account the degree of quality of materials to be obtained .

This governs the process of selecting the contractor in the supply contract co administrative considerations , namely:

First, the financial account , which is the need to maintain the public finances and provide greater financial surplus for the public treasury . And it follows that the administration is committed to election of the contractor who offers the best financial terms .

And secondly is the technical department of the administration to choose the most qualified applicants to perform the service regardless of financial considerations . And take into account the legislation usually reconcile these two considerations to save the public finances with no Dedicate technical considerations.

---

(\*),(\*\*) college of Law /Al- mustansyriah University

# أثر الغش في إتفاقات تعديل قواعد المسؤولية العقدية

د. آمال أحمد ناجي (\*)

## المقدمة

تنظيم آثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون<sup>(٣)</sup>.

وقد أقر المشرع العراقي هذه الإتفاقات ، إذ نصت م/ ٢٥٩ من القانون المدني العراقي<sup>(٤)</sup> على ( ١ - يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة .

٢- وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع ) .

ويقوم هذا الحكم القانوني في جواز تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإتفاق على مبدئين رئيسيين هما :

تترتب المسؤولية العقدية كنتيجة مباشرة لإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه العقدي، ولما كان الالتزام العقدي يرجع في مضمونه ومداه إلى إرادة المتعاقدين ، لذا فإن المسؤولية العقدية مرجعها إرادة المتعاقدين .

فالإرادة الحرة هي أساس المسؤولية العقدية<sup>(١)</sup> ، لذا يجوز للمتعاقدين الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية ، ذلك أن القواعد القانونية التي وضعها المشرع لتنظيم أحكام هذه المسؤولية هي قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين وليست قواعد أمرة ، ومن ثم يجوز للمتعاقدين الخروج على هذه القواعد ومخالفتها<sup>(٢)</sup> ، فيملكان تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإتفاق وذلك بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء منها في حدود النظام العام والآداب .

وأتفاقات المسؤولية على هذا النحو ، هي تلك الإتفاقات التي يُقصد بها

\* الجامعة العراقية / كلية القانون

التعديل من قواعد المسؤولية العقدية ، فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية ، بأن يجعل المدين مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن ، ولهما أن يتفقا على التخفيف منها ، بالألا يكون المدين مسؤولاً حتى عن تقصيره في تنفيذ التزامه التعاقدية .

٢- المبدأ الثاني يقضي بأن النظام العام يُقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإغفاء عن الغش أو الخطأ الجسيم ، وذلك لأنه لو صح للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدي لكان التزامه معلقاً على شرط إرادي محض وهذا لا يجوز<sup>(٥)</sup> ، فهذا الوضع لا تسمح به طبيعة العقد ، إذ ليس من المقبول أن يلتزم المدين بإرادته وحدها ، أو أن يكون ملتزماً وغير ملتزم في وقت واحد ، إذ إن إجازة مثل هذا الإتفاق يشجع المدينين على الغش ، ويجعل مصير الإلتزام في أيديهم ، إذ يستطيعون عدم التنفيذ دون أن يخشوا أية مسؤولية تترتب عليهم من جراء ذلك<sup>(٦)</sup> .

كما أنه لا يجوز القول بالتمادي وراء حرية الإرادة ، فالإرادة تُحترم فيما ذهبت إليه من اتفاقات شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب .

وإذا كانت المسؤولية العقدية مناطقها حرية إرادة المتعاقدين فإن هذه الحرية يجب أن لا تؤدي إلى التغيير في الطبيعة المكونة للمسؤولية العقدية لدرجة حماية المتعاقد سيء النية<sup>(٧)</sup> .

وللأثر البالغ للغش في إتفاقات الإغفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها ، أرأينا بحث هذا الموضوع في ثلاث مباحث ، سنخصص الأول منها لبحث أثر الغش في إتفاقات الإغفاء

أو التخفيف من المسؤولية العقدية ، بينما نخصص الثاني لبيان موقف القانون العراقي من هذه الإتفاقات ، أما المبحث الثالث فسوف نتناول فيه موقف الفقه الإسلامي من إتفاقات الإغفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية . وأخيراً تأتي الخاتمة لتتضمن أهم ما توصلنا إليه من إستنتاجات وما نطرحه من توصيات .

## المبحث الأول

### أثر الغش في إتفاقات الإغفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها .

تعرف إتفاقات الإغفاء من المسؤولية العقدية بأنها تلك الإتفاقات التي يتنازل فيها أحد طرفيها عن حقه في التعويض قبل الآخر عما يلحقه من ضرر نتيجة إخلال الأخير بالتزامه الناشئ عن العقد القائم بينهما<sup>(٨)</sup> .

وتلحق هذه الإتفاقات بالعقود في العادة ، وتأخذ شكل بنود فيها يُطلق عليها أسم ( بنود رفع المسؤولية ) أو ( شرط الإغفاء من المسؤولية ) والذي يمكن تعريفه بأنه : أشرط يصرح بمقتضاه طرف في إتفاق بأنه لن يكون مسؤولاً تجاه الآخر عن الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه ، والذي لولاه لكان يتعين عليه أن يعوض هذا الأخير عنه .

وبناءً على هذا فإن شرط الإغفاء من المسؤولية يُجيز للمدين التخلص من مسؤوليته الناشئة عن الإخلال بذلك العقد فيصبح هذا الأخير ملتزماً بأداء أو بعمل أو بامتناع ولكنه في الوقت نفسه غير مسؤول عن عدم الوفاء بالتزامه ، فلا يدفع تعويضاً يقابل هذا الإخلال .

ومن أمثلة شرط الإغفاء من المسؤولية

العقدية ، الشرط الذي يدرج في العقد ويلقي وصف القوة القاهرة على حادثة لا تتوفر فيها شروط القوة القاهرة كالإضراب ، وقد يؤدي هذا الشرط إلى إعفاء المدين من المسؤولية عن عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدية الذي يرجع إلى تقصيره .

وكذلك من أمثلة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أن يدرج المقاول الذي يقوم بترميم شقة في عمارة شرط إعفائه من المسؤولية عن أي أضرار تحدث بالعمارة التي يتم فيها التنفيذ .

وإذا ما أردنا تطبيق هذه الأحكام على الالتزام بتحقيق غاية ، والالتزام ببذل عناية فأننا نذكر بهذا الصدد رأي الأستاذ السنهوري (٩) بأنه إن كان التزام المدين بتحقيق غاية فلا ترتفع مسؤوليته إلا في حالة السبب الأجنبي ، فإذا ما أشتراط إعفائه من المسؤولية عن الخطأ التافه ، ثم عن الخطأ اليسير يكون بذلك قد أشتراط إعفائه من المسؤولية ، فلا يكون مسؤولاً ، إلا إذا أثبت الدائن في جانبه الغش أو الخطأ الجسيم الذي لا يستطيع اشتراط إعفائه منهما .

وقد ورد نص في ضمان إستحقاق المبيع وهو التزام بتحقيق غاية يُعد تطبيقاً لهذه الأحكام ، إذ نصت م/٥٥٦ ف١ مدني عراقي على أنه ( يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان الإستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن يُسقطا هذا الضمان ) .

كما نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على ( ويقع باطلاً كل شرط يُسقط الضمان أو ينقصه ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق المستحق ) (١٠) .

وكذلك نصت م/٥٥٧ ف١ مدني عراقي (١١) على أن ه (إذا أتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي أستحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل إتفاق يقضي بغير ذلك ) .

فالمشرع العراقي في كلتا المادتين وعلى التوالي أسقط أي شرط ، سواء بالإنقاص أو الإعفاء من الضمان القانوني ، ومن ثم لا يكون له أي أثر إذا كان البائع يعلم وقت البيع بوجود حق الغير وتعهد إخفاء هذا الحق عن المشتري ، كما لو كان للعقار المبيع حقوق إرتفاق خفية يعلم بها البائع ، إلا أنه كتّمها عن المشتري ، وكذلك يبطل الإتفاق فيما لو كان الإستحقاق ناشئاً عن فعل البائع ، لأن ذلك يعد من قبيل الغش أيضاً ، كما لو كان المستحق قد تلقى حقه من البائع أو بعده ، أو إذا أبطل العقد الذي تملك به البائع المبيع بسبب غبن مع تغرير أو إكراه صدر عنه (١٢) .

وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية (١٣) في المبيع ، إذ نصت م/٥٦٨ مدني عراقي (١٤) على أنه ( ١- يجوز أيضاً للمتعاقدین باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان .

٢- على أن كل شرط يُسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب ) .

كما لو كان في جزء من السيارة كسر ملحوم تعمد البائع إخفاء اللحام فيه بالطلاء حتى لا يتبينه المشتري ، عندها يُقر للمشتري الحق بالضمان ولو كان العيب مما يُمكن كشفه ، إذ عند الموازنة بين مصلحة من يرتكب الغش ومصلحة المهمل يجب إهدار الأولى في سبيل الثانية (١٥) .

وتجدر الإشارة إلى أن بعضاً من

الفقه<sup>(١٦)</sup> يرى بأن المشرع لم يبطل شرط الإعفاء أو التخفيف من الضمان لمجرد علم البائع بالعيوب ، أي مجرد سوء نيته ، لأن شرط الإعفاء أو التخفيف من الضمان بد ذاته أمر من شأنه أن ينبه المشتري إلى ما قد يكون في المبيع من عيوب ، الأمر الذي يدعو إلى تحري الأمر بنفسه ، بحيث إذا قبل التعاقد وبالرغم من ذلك فإن قبوله يكون عن رضا تام بالمبيع رغم ما فيه من عيوب ، وغالباً ما يقبلها مقابل خفض جزء من الثمن .

وعلى هذا النحو فإن سوء نية البائع لا يكفي لإبطال هذا الإتفاق ، إنما الذي يبطل الإتفاق هو الغش ، أي تعدي سوء النية إلى العمل على إخفاء العيب .

وتتفق هذه النصوص القانونية مع المبادئ العامة في القانون بشأن جواز الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية ، إلا أنها تخرج عن هذه الأحكام بالتضييق من الحماية المقررة للمشتري ، إذ أقتصر المشرع بإبطال شرط تعديل أحكام المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية في حالات الغش وحدها دون غيرها ، فلم يدخل في ذلك الخطأ الجسيم كما هو مقرر في القواعد العامة لتعديل أحكام المسؤولية .

وهو بذلك يكون قد ضيق من نطاق الحماية الذي كان سيتوفر للمشتري وفقاً للقواعد العامة<sup>(١٧)</sup> .

ولهذا فقد ذهب جانب من الفقه<sup>(١٨)</sup> إلى وجود تعارض بين نص م/٥٦٨-ف٢ و م/٢٥٩-ف٢ مدني عراقي ، باعتبار أن النص الثاني يقتضي ارتكاب المدين غشاً أو خطأً جسيماً لإبطال شروط الإعفاء من

المسؤولية العقدية ، أما النص الأول والذي ورد في نطاق عقد البيع فقد أكتفى بأن يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

ولرفع هذا التعارض لم يجدوا تفسيراً إلا باعتبار أن النص الوارد في نطاق عقد البيع هو نص خاص ، ومن ثم فهو يقيد العام الوارد في م/٢٥٩-ف٢ مما يؤدي إلى أستبعاد حكمه ، وهو ما يؤدي في نهاية المطاف إلى القول بأن المشرع لا يكتفي بإعلان إتفاق الإعفاء من ضمان العيوب بعلم البائع بالعيوب ، بل يتطلب فوق ذلك تعمد إخفائه غشاً منه ، وهو أمر بلا شك ليس في مصلحة المشتري قياساً مع القاعدة العامة في إتفاقات تعديل أحكام المسؤولية العقدية .

ونعتقد أن موقف المشرع العراقي هذا ليس منطقياً ولا يمكن قبوله لاسيما في ظل التشريعات المعاصرة التي تذهب إلى حماية المشتري بوصفه الطرف الضعيف في العقد ، والتوسع في مفهوم الغش لكي يسمح بإبطال شروط الإعفاء من المسؤولية لمجرد علم البائع بالعيوب الخفية وأمتاعه عن إبلاغ المشتري .

وفي القانون الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي قد ساوى في الأثر والنتيجة بين علم البائع بالعيوب الخفي والغش في إبطال شروط تحديد المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية ، وهذا من شأنه توفير حماية أوسع للمشتري .

وبهذا يتضح إن المشرع الفرنسي تبنى مفهوماً واسعاً للغش يؤدي إلى بطلان شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية ، من ذلك ما نصت عليه م/١٦٤٣ مدني فرنسي بأنه ( لا يستطيع البائع أن يشترط

تحديد الضمان أو الإعفاء منه إلا إذا كان جاهلاً بالعيب محل الضمان) .

فإذا كان البائع يعلم بالعيب فإن شرط الإعفاء أو الإنقاص من الضمان يُعد باطلاً بصريح نص هذه المادة ، لأن البائع يكون قد ارتكب غشاً بعدم إبلاغ المشتري بوجود هذا العيب ، وبالتالي تبطل شروط إنقاص الضمان أو الإعفاء منه في مواجهة المشتري (١٩) .

ومن ثم نتفق مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي وفقاً لنص المادة أعلاه من أبطال شروط التخفيف أو الإعفاء من الضمان بمجرد علم البائع بالعيب فيه كفاية لحماية المضرورين من أعمال الغش ، ومن باب أولى إبطال هذه الشروط إذا إتضح إن البائع قد تعمد إخفاء هذه العيوب ، فجميع هذه الفروض تُعد من قبيل الغش ، والغش يُفسد كل شيء .

وتجدر الإشارة إلى أن الغش بمعناه السابق يتحقق بمجرد العلم بالعيب أو بحق المستحق (٢٠) وعدم إعلام الدائن بذلك مع عدم إمكانية هذا الأخير من كشف هذا العيب أو ذاك الحق ، وهذا الأمر يتفق مع القواعد العامة في الغش والمتعلقة بالكتمان ، فالغش لا يقتصر على الأعمال الإيجابية ، بل يشمل كذلك الأقوال والمواقف السلبية ، كما سبق وأن بينا عند بحثنا في عناصر الغش ، فضلاً عن أن المشرع المصري عدّ إن مجرد الكتمان أو السكوت في معرض الحاجة إلى بيان يعتبر تدليساً وغشاً أستناداً إلى نص م/ ١٢٥-٢ ف مدني مصري القاضي بأنه ( يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت إن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ) . وكذلك هو موقف المشرع

العراقي وإن لم يرد نص صريح بذلك .

ومن ثم يمكن أستخلاص الغش في جانب البائع إكتفاءً بعلمه بالعيب فيما لو تعمد السكوت عن البوح به ، وكذلك الأمر بالنسبة لكل كتمان أو سكوت بمعلومة تفرض ظروف وطبيعة المعاملة واجب المصارحة بها (٢١) .

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية ذات الإتجاه ، إذ قررت بطلان التصرف للغش سواء أكان العمل أيجابياً أم سلبياً بهدف عدم تنفيذ التزام المتعاقد الآخر (٢٢) .

كذلك فقد قرر المشرع الفرنسي في م/ ١١٦٦ ف١ مدني فرنسي البطلان للتدليس ، إذ نصت هذه المادة على إنه ( يكون التدليس سبباً لبطلان الإتفاق متى كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين قِبل الآخر مؤثرة بحيث يكون من الجلي إنه لولاها ما رضي بالتعاقد ) .

وفي ذلك فقد ساوى المشرع الفرنسي بين الغش الإيجابي الذي يستند إلى الأعمال المادية والتي يهدف منها البائع إخفاء عيوب المبيع الظاهرة ، وبين الغش السلبي الذي يتمثل في السكوت عن وجود العيب الخفي الذي يعلم هو بوجوده وفي الوقت ذاته عدم إعلام المشتري به .

وفي الإلتزام ببذل عناية تكون درجة العناية المطلوبة إذ لا يوجد نص أو إتفاق خاص هي عناية الشخص المعتاد ، فلا يكون المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي ولا عن الفعل المجرد من الخطأ ولا عن الخطأ التافه .

ويكون مسؤولاً عن فعله العمد ، وعن خطأه الجسيم ، وعن خطأه اليسير ، وقد يعفي نفسه من المسؤولية بموجب شرط الإعفاء ، فلا يكون

مسؤولاً عن الخطأ اليسير ، إلا إنه يبقى مسؤولاً عن الغش والخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفي نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما .

وقد ذهب جانب من الفقه في تبرير حظر شرط الإعفاء في حالتي الغش والخطأ الجسيم إلى إنه إذا ما ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً يكون قد خالف مبدأ حسن النية الواجب في العقود (٢٣) .

في حين ذهب جانب آخر من الفقه (٢٤) إلى أن الغش والخطأ الجسيم من الأخطاء غير العقدية ، أي من الأخطاء الناشئة عن الفعل الضار وبالتالي لا يجوز إشتراط الإعفاء منها ، وذلك طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الضار التي تُحرم الإعفاء من المسؤولية التقصيرية كونها من النظام العام .

وبهذا الصدد يُشير الفقيه جوسران إلى ( أن مسؤولية المدين عن غشه هي مسؤولية تقصيرية ، وذلك لأن النظام العقدي يقوم على أساس الثقة ، فإذا ما حصلت الخيانة من جانب أحد المتعاقدين فقد العقد حياته ) (٢٥) .

وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه ( لا يُحكم بالتعويض عن الربح الفائت والتعويض المعنوي في المسؤولية العقدية إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم ) (٢٦) .

كذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأنه ( لا تخرج مسؤولية المؤجر في خصوص هذا الالتزام عن طبيعتها ولا يحيلها إلى مسؤولية تقصيرية وذلك ما لم يثبت أن المؤجر ارتكب خطأ جسيماً أو غشاً ... ) (٢٧) .

وجاء في الأعمال التحضيرية للقانون

المدني المصري (ويكون للمسؤولية التعاقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم حكم المسؤولية التقصيرية) (٢٨) .

و بالإتجاه نفسه يرى الدكتور سليمان مرقس إن المدين الذي يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً يبتعد عن دائرة التعاقد ليدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية حيث لا يجوز الإتفاق على تحديد التعويض (٢٩) .

إلا أن البعض الآخر من الفقه رفض هذا التوجه على أساس إن الغش والخطأ الجسيم لا يغيران طبيعة المسؤولية العقدية ، إنما تُستبعد بعض أحكام العقد المقررة لمصلحة المدين (٣٠) .

كما ذهب آخرون إلى القول بأن العلة من وراء عدم جواز الإتفاق من الإعفاء من المسؤولية العقدية التي تنشأ عن الغش ترجع إلى وجوب الحفاظ على فكريتي القوة الملزمة للعقد والتضامن الإجتماعي .

وفي هذا يقول الفقيه دي باج ( لا يجوز أن ينصرف الإعفاء إلى هدم العقد أو إفراغه من كل منفعة ) ، ( وإن الإعفاء من الأخطاء العمدية معناه التجرد من الإحساس بالمسؤولية ، ومن الإلتزام بقواعد الأخلاق ، وهو محض مخالفة للأداب العامة والنظام العام ) (٣١) .

في حين ذهب غالبية الفقه (٣٢) إلى أن العلة في هذا الحظر تكمن في عدم جواز تعليق الإلتزام على شرط إرادي محض لأن تعليق الإلتزام على مثل هكذا شرط يعني عدم الإلتزام ، إذ يكون الإلتزام خاضعاً لإرادة المدين وحده ، كما إن أعمال شرط من هذا القبيل يعني تفرغ الإلتزام

من محتواه وجعله التزاماً بالأسم فقط لا بالحقيقة وهذا الأمر لا ينسجم مع فكرة الإلتزام نفسها (٣٣).

وتجدر الإشارة إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية إذا ما وقع باطلاً يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً (٣٤) نافذاً منتجاً لأثاره القانونية، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع على التعاقد فيبطل العقد كله، طبقاً لفكرة الباعث غير المشروع، وهذا ما تمليه أحكام م/١٣٩ مدني عراقي التي تنص على ( إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً بأعتبره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً ) (٣٥).

كذلك فإن شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها لا يبطل إلا بالنسبة للعيب الذي تعمد البائع إخفائه غشاً منه، أما إن ظهر عيب آخر لم يعتمد البائع إخفائه فإن شرط الإعفاء يكون صحيحاً ويرتب أثره بالنسبة لهذا العيب (٣٦).

هذا ولا بد من الإشارة إلى أن دور القضاء لا يتوقف عند حد إبطال الإتفاقات الصريحة في الإعفاء من الغش أو الخطأ الجسيم، بل يمتد واجبه الى تكييف الأخطاء التي صدرت من المتعاقد في نطاق الإعفاء المشروع، أي الإعفاء من الخطأ اليسير، فإذا تبين إن الخطأ في حقيقته غش أو خطأ جسيم فلا يجد القاضي إلا أن يقيم المسؤولية العقدية رغم شرط الإعفاء من المسؤولية.

ومن قبيل ذلك البائع الذي يشترط عدم مسؤوليته إذا ما تخلف عن تسليم المبيع، أو تعذر عليه تنفيذ التسليم على صورة عدم

إستحقاق المشتري لأي تعويض، فإن هذا البائع لا يحق له إذا جدت ظروف إقتصادية جعلت تنفيذ التزامه أكثر صعوبة، أو أقل إستفادة مما كان يتوقع، أن يتصل من التزامه محتمياً بهذا الشرط.

ذلك لأن قبول هذا التتصل معناه الإعتراف له بحق التحلل من العقد متى تبين له إن منفعته أصبحت أقل مما كان يتوقع، وهذا الأمر يخالف القوة الملزمة للعقد.

وبالرغم من أن إتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية تترتب عليها نتائج ضارة لا ينحصر مداها في الدائن وحده بل بمصالح الجماعة (٣٧)، حيث أن من شأنها التشجيع على التراخي في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، فالمدين الذي يعلم مسبقاً إنه لن يكون مسؤولاً عن عدم تنفيذه للإلتزامه حتى ولو كان عدم تنفيذه راجعاً إلى غشه أو خطأه الجسيم، مثل هذا المدين سيكون أقل حرصاً وأقل أهتماً وأدنى عناية من المدين الذي لا يستفيد من ذلك الشرط، كما تؤدي هذه الإتفاقات إلى زعزعة الثقة في الروابط التعاقدية، غير أنها لا تخلو من بعض الفوائد سيما في العصر الحاضر الذي أتنسع فيه نطاق المسؤولية على وجه يهدد بنشاط الأفراد، ويعرقل روح الإقدام عندهم، فإذا ما سُمح لهم بعقد مثل هذه الإتفاقات فإن الطريق يكون ممهداً أمامهم للإقدام على المشروعات الجريئة التي تعود بالنفع على الجماعة، فضلاً عن إن مبدأ الحرية التعاقدية يقتضي إطلاق الحريات في كل ما لا يصطدم مع نصوص القانون، فإذا كانت فكرة الإلتزام المدني تتنافى مع فكرة الإلتزام وبراءة الذمة، فإن فكرة إتفاق

تعديل أحكام المسؤولية بالإعفاء أو التخفيف  
تقيم وضعاً وسطاً يكون فيه الشخص ملتزماً  
لكنه لا يكون مسؤولاً أمام الدائن عن عدم الوفاء  
بالتزامه ، فيتسنى بذلك التخلص من المطالبة  
بالتعويض جراء الإخلال بهذا الإلتزام<sup>(٣٨)</sup> .

هذا فضلاً عن ذلك إن ما يشترطه المدين  
من إعفائه من المسؤولية عن التزام ما ، لا يعني  
إعفائه من هذا الإلتزام أو أستبعاده من العقد ، إذ  
لا وجود لشرط الإعفاء من المسؤولية إلا بقيام  
ما وضع الشرط من أجله ، وتبين أهمية ذلك  
في أن المدين لا يجديه ما أتفق عليه من إعفائه  
من المسؤولية إذا كان عدم قيامه بالتزامه  
راجعاً إلى غشه أو خطأه الجسيم<sup>(٣٩)</sup> ، إذ أستقر  
الرأي على أنه لا يجوز الإلتزام على الإعفاء  
من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم .

## المبحث الثاني

### موقف القانون العراقي من إتفاقيات

#### الإعفاء من المسؤولية العقدية

أجاز المشرع العراقي إتفاقيات الإعفاء  
من المسؤولية العقدية ، إذ نصت م/٢٥٩-  
ف٢ مدني عراقي على ( وكذلك يجوز  
الإتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية  
تترتب على عدم تنفيذه التزامه التعاقدية إلا  
التي تنشأ عن غشه أو خطأه الجسيم ، ومع  
ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته  
عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من  
أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ) .

وكذلك ما نص عليه في م/ ٥٥٦  
والمعلقة بضمان الإستحقاق وكذلك م/ ٥٦٨

المتعلقة بضمان العيوب الخفية سالفنا الذكر .

ولم يجز المشرع العراقي إتفاق الأطراف  
على الإعفاء من المسؤولية بصورة مطلقة في  
بعض النصوص القانونية الأمرة ، ومنها ما  
نصت عليه م/ ٨٧٠-ف١ مدني عراقي<sup>(٤٠)</sup> فيما  
يتعلق بضمان المهندس المعماري والمقاول عن  
التهدم الكلي أو الجزئي الذي يصيب المباني  
والمنشآت الثابتة الأخرى والعيوب التي من  
شأنها تهديد متانته وسلامته، وعدّ كل إتفاق من  
شأنه إعفاء المقاول والمهندس من مسؤوليتهما أو  
الحد منها باطلاً لإعتبارات تتعلق بالنظام العام .

فقد نصت المادة سالفة الذكر على  
أنه ( يضمن المهندس المعماري  
والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات  
من تهمد كلي أو جزئي فيما شيده من  
مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى  
، وذلك حتى لو كان التهمد ناشئاً عن  
عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل  
قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم  
يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه  
المنشآت مدة أقل من عشر سنوات وتبدأ  
مدة السنوات العشر من وقت تمام العمل  
وتسليمه ، ويكون باطلاً كل شرط يقصد  
به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان )<sup>(٤١)</sup> .

والنص المذكور يقرر حماية خاصة لرب  
العمل الذي يكون في الغالب جاهلاً بالمسائل  
الفنية المتعلقة بأمر البناء والهندسة  
المعمارية ، ولذلك حماه القانون من  
المقاولين والمهندسين الذي يعتبرون من  
ذوي الخبرة الفنية ، ولأنهم يمثلون الجانب  
القوي في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة

بسبب خبرتهم على نحو يُمكنهم من تفويت الحماية على رب العمل لو جاز لهم إشتراط الإعفاء من مسؤوليتهم أو التخفيف منها (٤٢).

هذا فضلاً عن إن تهدم المباني والمنشآت الثابتة قد يؤدي إلى أضرار جسيمة لا تصيب رب العمل وحده ، بل تمتد إلى الغير فتصيبه بالأرواح والأموال .

وبناءً على ذلك قضت محكمة تمييز العراق بقرار لها ( إن الهدم والتصدع في الجدران والسقف لا يعتبر عيباً ، بل هو تهدم في البناء يُسأل عنه المقاول سواء كان الهدم كلياً أو جزئياً حتى لو نشأ عن عيب في الأرض وحتى لو أجاز رب العمل إقامة المنشآت عليه) (٤٣) .

وهذا ما أكد عليه قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ الذي نص على إبطال أي إتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حالة نقل الأشخاص أو الأشياء ، حيث نصت م/١٠ أولاً منه على إنه ( يُسأل الناقل عن الأضرار التي تصيب الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل . ويبطل كل إتفاق يقضي بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من هذه المسؤولية ) .

وأجازت م/ ٥٠ من ذات القانون الإتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية عن التأخير إذا كان لهذا التأخير مبرر ضمن الحد المعقول ، حيث نصت على (يجوز الإتفاق على إعفاء الناقل من مسؤوليته عن التأخير إذا كان له مبرر وضمن الحد المعقول) .

كما نصت م/٤٦ ف٢ من القانون نفسه على ( يبطل كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من

المسؤولية عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه ، وكذلك يبطل كل شرط يقضي بأعفاء الناقل من هذه المسؤولية إذا نشأت عن أفعال تابعيه ) .

يتبين من النصوص القانونية أعلاه عدم جواز الإتفاق على إعفاء الناقل من مسؤوليته عن جميع الأضرار ، لأن مثل هذه الشروط قد تدعو الناقل إلى التهاون في حقوق الراكب فتضيع أموال الأخير وتقوته فرصاً كان من المؤمل الإستفادة منها ، كما أن السماح بمثل تلك الإتفاقات فيها عرقلة لخطط التنمية وإضرار بالإقتصاد الوطني ، وتجدر الإشارة الى إن هذا المنع يتلائم مع الفلسفة التشريعية لقانون النقل في ضرورة تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية وينسجم مع ((العهد)) كأساس لمسؤولية الناقل . لذا أعتبر المشرع العراقي مسؤولية الناقل من النظام العام التي لا يجوز الإتفاق على إعفاء الناقل منها (٤٤) .

والحظر الوارد في هذه النصوص القانونية يرجع في حقيقته إلى الحماية من الأضرار التي تصيب الإنسان في شخصه سواء أكان الضرر يصيب الجسم أو كان الضرر يتعدى إلى حرمة الإنسان الأدبيية ، فلا يجوز إشتراط الإعفاء من المسؤولية عما يُعرض سلامة المرء للخطر .

فالجراح والطبيب ليس في مقدورهما أن يعفيا نفسيهما من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن العملية الجراحية أو العلاج ولو كان ذلك العلاج أو إجراء العملية الجراحية بناءً على طلب صريح من المريض ، كما يقع باطلاً إشتراط الإعفاء من المسؤولية

عما يقع مخدشاً للشرف والسمعة .

أضيق نطاقاً من شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية الناشئة عن فعل الغير<sup>(٤٨)</sup> .

إذ إن جسد الإنسان وحياته ومقوماته المعنوية لها من القدسية والإحترام ما يجعلها في منأى عن أي إتفاق من شأنه المساس بها<sup>(٤٥)</sup> .

وفي تبرير هذا الجواز ذهب بعض الفقهاء إلى أن بعض التابعين ينفذون أعمال المتبوع وفق لوائح وأنظمة الأخير ، ولكن ذلك لا يعني أن يصبح المتبوع مسؤولاً عن جميع أخطاء تابعيه ، لاسيما في مجال أعمال الشركات .

وتجدر الإشارة إلى إن المشرع العراقي لم يتطرق إلى حكم هذه الإتفاقات فيما يخص المسؤولية الطبية ، إلا أنه غني عن إيراد نص خاص يمنع الإتفاقات المعدلة للمسؤولية الطبية لتعلق سلامة الأفراد بالنظام العام ، كما إن عدم النص على مثل هذه الإتفاقات في المجال الطبي لا يمنع بطلانها وفقاً للقواعد العامة من دون النص عليها ، والتي توجب تنفيذ العقود بحسن نية إستناداً إلى نص م/١٥٠ ف١ مدني عراقي<sup>(٤٦)</sup> .

فمثلاً في شركة النقل عند مخالفة سائق الحافلة لقانون السير الخاص بالإشارة المرورية وإرتكابه حادثاً ، ليس من المعقول أن يتحمل صاحب شركة النقل أو مديرها المسؤولية عن فعل هذا السائق على الرغم من إنه أرتكب خطأ جسيماً<sup>(٤٩)</sup> .

أما عن نطاق إتفاقات الإغفاء من المسؤولية العقدية ومدى حرية الأطراف المتعاقدة في إبرام مثل هذه الإتفاقات نقول :

كما ذهب آخرون إلى أنه ليس من شأن هذا الإتفاق جعل التزام المدين معلقاً على شرط إرادي محض لكون خطأ هؤلاء التابعين مستقلاً ومنفصلاً عن شخص المدين ، ومن ثم لا يُعد إغفاء المدين عن غش هؤلاء أو خطأهم الجسيم إغفائه عن الغش أو الخطأ الجسيم الشخصي في تنفيذ التزامه التعاقدية ليتعارض مع النظام العام. يُضاف إلى ذلك إن التفسير المنطقي لسبب تشديد المسؤولية في حالة إرتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً ، هو محاربة هذه الأنواع من الأخطاء وفرض جزاء مدني على الشخص الذي يقترفها ، ومن ثم ليس من الجائز ولا من المنطق القانوني تحميل المدين مسؤولية خطأ لم يرتكبه ، بل لا بد من تحميل الشخص الفاعل وزر أعماله ، ومما لا شك فيه إن تلك النتيجة لا تتحقق ما لم يُسمح بجواز إشتراك المدين إغفائه من أخطاء الغير<sup>(٥٠)</sup> .

إن المشرع العراقي نصَّ على جواز إتفاقات الإغفاء من المسؤولية العقدية ، إلا أنه قيد هذا الجواز بالأ تكون المسؤولية ناجمة عن غش المتعاقد أو خطأه الجسيم ، إذ أنه أقر صحة هذه الإتفاقات في الإغفاء من المسؤولية العقدية عن الخطأ الشخصي البسيط أو البسير ، وذلك يبدو واضحاً من نص م/٢٥٩- ف٢ مدني عراقي سألقة الذكر . كما أن المشرع أقر بصحة إتفاقات الإغفاء من المسؤولية العقدية في حالتها الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من قبل أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه التعاقدية<sup>(٤٧)</sup> ، وهذا يعني إن شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية الناشئة عن الفعل الشخصي

وبالمقابل فقد ذهب جانب آخر من الفقه<sup>(٥١)</sup> ونحن نؤيده إلى أن جواز الإغفاء

مخالفتهم للشروط التعاقدية لا تحمله في النتيجة أدنى مسؤولية<sup>(٥٣)</sup>. هذا فضلاً عما يؤدي إليه هذا الوضع من صعوبة رجوع الدائن على هؤلاء المتبوعين ، حيث لا رابطة تعاقدية بينهما ، ومن ثم لا يمكنه الرجوع عليهم إلا عن طريق قواعد المسؤولية التقصيرية وما يترتب على ذلك من صعوبات لاسيما في إثبات خطأ هؤلاء المستخدمين .

ومما تجدر الإشارة إليه إن الإتجاه الحديث للقضاء الفرنسي يذهب إلى التمييز في المعاملة فيما يخص شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية مع المدنيين المحترفين ، حيث إن هؤلاء المدنيين يعاملون معاملة متشددة في حالة ظهور عيب خفي في بضاعتهم التي ينتجونها ، لأن هذا الإتجاه يرى في التاجر المحترف في مجال تجارته شخصاً خبيراً يعرف أسرار مهنته وصناعته وتجارته ، فعندما يُدخل شرطاً للإغفاء من المسؤولية فإن هذا الشرط يدر عليه أرباحاً كبيرة على حساب الطرف الآخر ، لذا فإن أي شرط يشترطه المدين المحترف لإغفائه من المسؤولية يُعامل بالإبطال والرفض من قبل القضاء الفرنسي ، في الوقت الذي يُجيز فيه هذا القضاء الإشتراط بعدم المسؤولية من قبل متعاقد غير محترف<sup>(٥٤)</sup>.

وإن هذا التمييز المنطقي بين المتعاقد المحترف والمتعاقد غير المحترف كان يفرض على المشرع العراقي أن يتشدد أكثر مع من يستخدم غيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، فهذا المتعاقد هو تاجر محترف أو صناعي محترف أو مزارع محترف ، كان جديراً بالمشرع العراقي أن لا يسمح لهم بالتلمص والتخلص

من المسؤولية العقدية فيما يتعلق بالمستخدمين في حالتي الغش والخطأ الجسيم موقف به العديد من المساوي ، يتمثل أهمها في أن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من تابعي المدين يُعد كأنه صادر عنه بأعتبارهم تابعيه إستناداً إلى القاعدة المتعارف عليها فقهاً وقضاءً والتي تقضي بعدم جواز إعفاء المدين من مسؤوليته عن خطأ مساعديه إلا في النطاق المحدد الذي يجوز فيه أن يتخلص من مسؤوليته عن الخطأ الشخصي ، بأعتبار أن نشاط هؤلاء التابعين أو المستخدمين هو نشاط المدين نفسه ، بحيث يتساوى فعل المدين مع فعل من يستخدمهم .

فضلاً عن ذلك فإن مثل هذه الإتفاقات تمنح الطرف سيء النية مجالاً واسعاً للتهرب من تنفيذ التزامه التعاقدية عن طريق الغير ، ذلك إنه يجري في الوقت الحاضر تنفيذ الالتزامات التعاقدية في حالات كثيرة ، ليس من قبل المتعاقد نفسه ، بل من قبل أشخاص يستخدمهم في تنفيذ الإلتزام ، لا سيما وإن العصر الحديث هو عصر المؤسسات والمشاريع الإقتصادية الكبيرة ، إذ فيها لا يقوم المتعاقد ( رب العمل أو صاحب المشروع أو صاحب الشركة أو التاجر ) إلا بالتعاقد ، وأحياناً حتى التعاقد يُجرىه بواسطة ممثليه أو وكلائه ، إذ يقتصر دور صاحب المشروع على إدارته فقط ، أما التنفيذ فيتم من قبل أناس يستخدمهم كالعمال والموظفين ، لذا فإن السماح بإعمال هذا الشرط في حالتي الغش والخطأ الجسيم للتابعين يعني حث المتعاقدين ودفعهم الى الإهمال والتقصير أثناء تنفيذ التزاماتهم التعاقدية<sup>(٥٥)</sup>.

كما أنه قد يؤدي الى إهمال المدين في إختياره للمستخدمين بحجة إن إهمالهم أو

من المسؤولية الناتجة عن الغش والخطأ الجسيم لمستخدميهم أو تابعيهم لا أن يجابهم .

أما بالنسبة لإتفاقات التخفيف من المسؤولية العقدية ، والتي تعني الإتفاق على بقاء المسؤولية العقدية على عاتق المدين ، لكن يصبح أثرها ضئيلاً تجاه الدائن ، فهو لا يلتزم إلا بدفع تعويضاً جزئياً عن الأضرار التي لحقت الأخير لا يتجاوز التعويض الذي يلتزم المسؤول بدفعه<sup>(٥٥)</sup> .

إذ إن للمدين أن يشترط التخفيف من مسؤوليته العقدية أو إنقاصها سواء أكانت هذه المسؤولية ناشئة عن عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو التنفيذ الجزئي ، وسواء كان هذا الإخلال راجعاً الى فعل المدين أو أفعال أشخاص يستخدمهم في تنفيذ العقد .

ومن أمثلة هذه الإتفاقات إشتراط البائع على المشتري أن يقتصر الضمان على عيب معين ضمن شروط معينة تحدد بصورة حصرية وضيقة ، كأشترط عدم ضمان لون المبيع وصبغته ، وقد يقتصر الضمان على العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص الفني المختص .

ومن أمثلتها أيضاً الإتفاق على إنقاص مدة الإدعاء بالضمان ، وهذا الإتفاق يُفيد تحرير البائع في وقت مبكر من ضمان العيب ، بحيث لا تقبل دعوى الضمان متى رفعت بعد الميعاد المتفق عليه<sup>(٥٦)</sup> .

كذلك قد يرد شرط التخفيف من المسؤولية العقدية في شكل تحديد مبلغ التعويض بنسبة معينة من الضرر الذي يلحق المشتري نتيجة

وجود العيب الخفي ذاته وما ينجم عنه من أضرار ، أو يرد بشكل تحديد مبلغ إجمالي يعد الحد الأقصى للتعويض<sup>(٥٧)</sup> .

وتعد إتفاقات تخفيف المسؤولية أقل خطورة من إتفاقات الإعفاء منها إلا إن حكم هذه الإتفاقات هو نفس حكم إتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية ، فليس هناك ثمة تفرقة بين هذين الإتفاقين وتطبق على كليهما أحكام م/٢٥٩ مدني عراقي سالفه الذكر وفق قواعد القياس من باب أولى ، بأعتبار إتفاقات التخفيف من المسؤولية إعفاءً جزئياً ، ومعنى هذا إن إتفاقات التخفيف من المسؤولية العقدية تكون صحيحة في حدود الخطأ اليسير ، أما فيما يتعلق بالغش أو الخطأ الجسيم فلا شك في بطلان هذه الإتفاقات .

فإذا ما نُسب إلى المدين غش أو خطأ جسيم ، فإن الوظيفة الرادعة للمسؤولية تبرز إلى الوجود ولا يكون هناك سبيل من ردع المدين إلا بالوسيلة الوحيدة الممكنة وهي التعويض الكامل ، فيلتزم المدين رغم شرط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها بتعويض كل الأضرار التي نتجت عن غشه أو خطأه الجسيم<sup>(٥٨)</sup> .

## المبحث الثالث

### موقف الفقه الإسلامي من إتفاقات تعديل أحكام المسؤولية العقدية

عرّف الفقه الإسلامي تطبيقاً لهذه الإتفاقات ، وذلك فيما يسمى بـ ( شرط البراءة من العيب ) أو ( البيع بشرط البراءة من العيب ) وهو يتشابه مع شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية<sup>(٥٩)</sup> .

فقد ذهب الأحناف إلى إن البيع بشرط البراءة من العيوب جائز مطلقاً سواء علمه البائع أم لم يعلمه ، وسواء سمي العيوب أو لم يُسمها ، إلا عيب الإستحقاق ( أي لو ظهر المال غير حلال أي مسروقاً أو مغصوباً) فيرجع عليه المشتري<sup>(١١)</sup>.

وهذا الإتجاه الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية ، حيث نصت في م/٢٤٦ منها على إنه ( إذا باع مالاً على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار العيب ) .

وإستدلوا على ذلك بما روي عن النبي (ص) إنه أتى رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بينة إلا دعواهما ، فقال النبي (ص) (( إنما أنا بشرٌ وإنكم تختصمون إليّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار)) .

فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقي لك ، فقال (ص) : (( أما إذا فعلتما فأقتسما وتوخيا الحق ثم إستهما ثم تحالالا))<sup>(١٢)</sup> .

ويقول الكاساني بعد ذكر الحديث ، وعلى هذا إجماع المسلمين من أستحلال معاملاتهم في آخر أعمارهم في سائر الأعصار من غير إنكار<sup>(١٣)</sup> .

كما إستدلوا بأن البيع بهذا الشرط إبراء ، والإبراء إسقاط لا تملك ، والإسقاط لا تفضي الجهالة فيه الى المنازعة ، وبما أن المشتري قبل هذا البيع بكل عيب ظهر فيه فلا خيار له بالرد<sup>(١٤)</sup> .

وإذ إن أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع التزامه بضمان العيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع بعد البيع ، لكن قد يرغب العاقدان في تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية بخلاف ما هو مقر شرعاً ، إما بتخفيف الضمان أو إسقاطه كلياً ( الإعفاء من الضمان )

ويتخذ هذا التعديل صورة إشتراط البراءة من العيب ويتم ذلك بأن يقول البائع : بعث على إني بريء من كل عيب ، وكالقول في بيع الدابة : بعثك هذه الدابة على أنها لحم ، أي لا ينتفع منها بعمل .

لذا يُقصد بأشتراط البراءة أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمان العيب ، وبمعنى آخر ، الإتفاق على عدم ضمان العيوب الخفية (٦٠) ، فلو قال البائع للمشتري بعثك هذه السلعة على أي بريء من كل عيب فيها ، ثم لما قبضها وجدها معيبة ألا يكون له حق الرد ظاهراً كان العيب أم خفياً .

وقد تكون البراءة مقيدة بعيب أو عيوب معينة يُسميها البائع ، وهذا هو شرط البراءة الخاص ، وقد تكون البراءة مطلقة ، بحيث تشمل جميع ما يوجد في المبيع من عيوب ، فإذا قُيدت البراءة بما في المبيع من عيب موجود وقت العقد أنصرفت إلى ما يشمل هذا القيد بصرف النظر عما إذا كانت براءة خاصة بعيب معين ، أو كانت براءة عامة ، بحيث تشمل كل عيب موجود في المبيع وقت التعاقد .

إلا أن الفقهاء المسلمين لم يتفقوا على صيغة مطلقة للأخذ بهذا الشرط من عدمه ، فهم في ذلك على عدة آراء .

أما المالكية فذكروا رأيين :

**الأول :** إن البائع في غير الرقيق لا تنفعه البراءة مطلقاً ، أما في الرقيق فيبرأ البائع عن كل عيب لا يعلم به وطالت إقامته عنده ( وقدروها بستة أشهر ) ، بحيث يغلب الظن إنه لو كان به عيب لظهر له ، وشرط البراءة يعد باطلاً والعقد صحيح ، وهذا ما رجحه الدسوقي في حاشيته (٦٥).

**الثاني :** إن البائع لا يبرأ من كل عيب لا يعلمه ، وهو الراجح في مذهب الإمام مالك (٦٦) .

وذهب الشافعية في الأظهر إن البائع يبرأ من كل عيب باطن في الحيوان لا يعلمه دون ما يعلمه ، ولا يبرأ من عيب بغير الحيوان كالثياب والعقار مطلقاً ، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان علمه أم لم يعلمه ، ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه (٦٧).

وأحتج الشافعية لمذهبهم بأن قبول المشتري البيع على هذا الشرط إبراء للبائع من ضمان العيوب التي قد توجد في المبيع ، وهو عنده ، وهذه العيوب مجهولة للمشتري ، لأن الغرض إنه غير عالم بها ، والإبراء من المجهول لا يصح شرعاً ، لأن الإبراء تمليك ، وتمليك المجهول لا يصح بالإتفاق ، وخرج عن هذا الأصل صورة واحدة ، وهي ما إذا كان العيب خفياً بحيوان ، ولم يعلم به البائع .

ويقول الإمام الشافعي مبيناً الفرق بين الحيوان

وغيره ، ولأن الحيوان يفارق ما سواه ، لأنه يتغذى بالصحة والسقم ، وتحول طباعه ، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة إلى التبرئ من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه (٦٨).

### وعند الحنابلة ثلاثة أقوال :-

**الأول :** البيع بشرط البراءة من العيب جائز مطلقاً كالحنفية ، مستدلين بحديث أم سلمى السابق.

ووجه استدلالهم منه ، إن البراءة من العيوب جائز ، ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه ، ولا فرق بين الحيوان وغيره ، فما يثبت في أحدهما يثبت في الآخر.

**القول الثاني :** لا يبرأ البائع من العيوب ، إلا إن يعلم بها المشتري ، لأن العيب لا يثبت مع الجهل.

**الثالث :** يبرأ البائع من كل عيب لا يعلمه ، بدليل القصة السابقة عن عبد الله بن عمرو زيد بن ثابت .

وأنفق جمهور الفقهاء من غير الحنفية على إن عقد البيع مع شرط البراءة من العيوب صحيح والشرط باطل ، ولا يمنع الرد بوجود هذا الشرط ، فأجمعوا على صحته ولم ينكره منكر (٦٩) .

نستنتج مما تقدم أن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي قد ذهب إلى القول ببطلان شرط البراءة فيما علمه البائع من العيوب لما في ذلك من غش البائع .

## الخاتمة

بعد إن إتهينا من دراستنا لموضوع (( أثر الغش في إتفاقات تعديل أحكام المسؤولية العقدية ))، توصلنا إلى جملة من الإستنتاجات والمقترحات التي نأمل من المشرع النظر فيها ، وهذه الإستنتاجات والتوصيات نجمها على النحو الآتي :

### أولاً: بالإستنتاجات

١- حسناً فعل المشرع العراقي بعدم إجازته إتفاق الأطراف على الإعفاء من المسؤولية العقدية بصورة مطلقة في بعض النصوص القانونية الأمرة ومنها نص م/ ٨٧٠ ف ١ مدني المتعلقة بضمان المهندس المعماري والمقاول و كذلك م/ ١٠ من قانون النقل المتعلقة بمسؤولية الناقل ، حفاظاً على أرواح الناس وأموالهم .

٢- تبين لنا إن المشرع العراقي لم يتطرق إلى حكم إتفاقات الإعفاء فيما يخص المسؤولية الطبية ، إلا أنه غني عن إيراد نص خاص يمنع مثل هذه الإتفاقات لأنها تُعد باطلة لتعلق سلامة الأفراد بالنظام العام ، كما إن عدم النص على مثل هذه الإتفاقات في المجال الطبي لا يمنع بطلانها وفقاً للقواعد العامة من دون النص عليها ، والتي توجب تنفيذ العقود بحسن نية إستناداً إلى نص م/ ١٥٠ ف ١ مدني عراقي .

٣- أقر المشرع بصحة إتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتها الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من قِبَل أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه التعاقدية ، وهذا الموقف برأينا فيه العديد من المساوئ ، لأن مثل هذه

الإتفاقات تمنح الطرف سيء النية مجالاً واسعاً للتهرب من تنفيذ التزامه التعاقدية عن طريق الغير ، لا سيما وإن العصر الحديث هو عصر المؤسسات والمشاريع الإقتصادية الكبيرة ، إذ فيها لا يقوم المتعاقد ( رب العمل أو صاحب المشروع أو صاحب الشركة أو التاجر ) إلا بالتعاقد ، وأحياناً حتى التعاقد يُجرىه بواسطة ممثليه أو وكلائه ، إذ يقتصر دور صاحب المشروع على إدارته فقط ، أما التنفيذ فيتم من قِبَل أناس يستخدمهم كالعمال والموظفين ، لذا فإن السماح بإعمال هذا الشرط في حالتها الغش والخطأ الجسيم للتابعين يعني حث المتعاقدين ودفعهم إلى الإهمال والتقصير أثناء تنفيذ التزاماتهم التعاقدية . لذا كان جديراً بالمشرع العراقي أن لا يسمح لهم بالتخلص والتخلص من المسؤولية الناتجة عن الغش والخطأ الجسيم لمستخدميهم أو تابعيهم لا أن يجابيهم .

٤- تبين لنا أن المشرع العراقي لا يكتفي لبطلان إتفاق الإعفاء من ضمان العيوب الخفية بعلم البائع بالعيوب ، بل يتطلب فوق ذلك تعمد إخفائه لهذا العيب غشاً منه ، وهو أمر بلا شك ليس في مصلحة المشتري ويتناقض مع السياسة التشريعية في حماية الطرف الضعيف في العقد ، لذا نعتقد بضرورة إعادة النظر بهذه المسألة ومعالجتها معالجة تشريعية .

### ثانياً: التوصيات .

١- ندعوا المشرع العراقي إلى التدخل تشريعياً لحماية الأشخاص الذين لا تتوفر لديهم الخبرة الكافية في بعض المجالات لحمايتهم من شروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية

العقدية من خلال التشديد من مسؤولية المدينين المحترفين بوصفهم أشخاص خبراء يعرفون أسرار مهنتهم وصناعتهم وتجارتهم .

٢- ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر بشأن صحة إتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من قبل أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه التعاقدية لأن مثل هذه الإتفاقات تمنح الطرف سيء النية مجالاً واسعاً للتهرب من تنفيذ التزامه التعاقدية عن طريق الغير ، ونقترح بهذا الصدد إيراد النص الآتي ,, يقع باطلاً كل إتفاق يقضي بأعفاء المدين كلياً أو جزئياً عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ( .

٣- نوصي المشرع العراقي بتعديل أحكام م / ٥٦٨ ف ٢ المتعلقة بضمان العيوب الخفية في المبيع ، وذلك بالأكتفاء بعلم البائع بالعيب دون اشتراط وجوب تعمه إخفاء العيب للحكم ببطلان أتفاقات الأعفاء أو التخفيف من مسؤوليته وذلك بالنص على (على أن كل شرط يُسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع عالماً بالعيب محل الضمان ) .

## الهوامش

- ١- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ٧٥٦ .
- ٢ - وذلك بخلاف المسؤولية التقصيرية التي تنجم عن الإخلال بواجب قانوني عام مؤداه وجوب عدم الإضرار بالغير ، ولهذا السبب كانت

قواعد المسؤولية التقصيرية قواعد أمره هي حكم القانون وليست وليدة الإرادة الحرة ، لذا لا يجوز الإتفاق على تعديلها وهذا ما نصت عليه م / ٢٥٩ ف ٣ مدني عراقي .

٣ - د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج ٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ١١ .

٤ - تقابلها م / ٢١٧ مدني مصري وم / ٢١٨ مدني سوري وم / ٢٢٠ مدني ليبي وم / ١٧٨ مدني جزائري .

٥ - د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٧٥٦ ، د. جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للإلتزامات ، الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٤٢٢ ، سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، الإلتزامات ، المجلد الرابع ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٦٣٩ ، إسماعيل غانم ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، ١٩٦٦ ، ص ٤٢٩ .

٦ - د. عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات ، القسم الأول ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ١٩٠ .

٧ - د. احمد محمود سعد ، مصادر الإلتزام (الكتاب الأول) ، العقد والإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٧٤٢ .

٨ - د. محمود جمال الدين زكي ، إتفاقات المسؤولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثلاثون ، العدد الثالث ، ص ٥٢١

٩ - د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٧٥٨

- ١٠ - تطابق م / ٤٤٥ مدني مصري
- ١١ - تقابليها م / ٤٤٦-٤٤٥ ف مدني مصري ، وم / ٥٠٣ - ف مدني أردني
- ١٢ - د. جعفر جواد الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ( البيع ، الإيجار ، المقاوله ) دار الكتب للطباعة ، جامعة الموصل ، ١٩٨٩ ، ص ١٢١ .
- ١٣ - يقصد بالعيب الخفي هو كل ما ينقص قيمة المبيع فيجعله غير ملائم ، على إمكانية تصريفه ، أو يمنع من أستعماله الاستعمال العادي المؤلف . أستاذنا الدكتور عباس العبودي ، شرح أحكام العقود المسماة ( البيع والإيجار ) ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦٦ .
- ١٤ - تقابل م / ٤٥٣ مدني مصري .
- ١٥ - د. السنهوري ، الوسيط ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٧٢٦ ،
- ١٦ - د. حسام الدين كامل الأهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، جامعة الكويت ، بت ، ص ٧١٦
- ١٧ - وموقف المشرع العراقي هذا مطابق لموقف المشرع المصري ، إلا انه مخالف لموقف القضاء الفرنسي ، حيث توجه الأخير إلى بسط ذات الحماية لباقي أنواع شروط المسؤولية على المتعاقد المتضرر من شروط تعديل المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية . حيث أعتبر إن العلم بالعيب يكفي لإستبعاد الشرط المعدل للضمان ، لأنه يتساوى مع الغش .
- ١٨ - د. جابر محمود علي ، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة العشرون ، العدد الثالث ، ١٩٩٦ ، ص ٢٨٠ ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١ ، ١٩٩٧ ، ص ٢١٤ .
- 19 - Mazeaud (M.) , lecons de droit civil tom3,les obligations4 ed. Par de juglart (M.) op.cit, p.301 et s.
- ٢٠ - د. غازي عبد الرحمن ، التزام البائع بضمان العيوب الخفية ، مجلة العدالة العراقية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ١٩٧٩ ، المجلد ٣ ، ص ٧٧١ وهذا إتجاه القانون الفرنسي في م / ١٦٤٣
- ٢١ - د. هلدبر أسعد أحمد ، نظرية الغش في العقد ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٢ ، ص ٣٩٧ .
- 22 - Cass.civ,4 fev 1969, Bull, civ,n145 . Cass.com,14Mars 1972,D,1972, P653.
- ٢٣ - د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، ج ١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٢٨ .
- ٢٤ - د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج ١ ، مصادر الألتزام ، ط ٢ ، شركة الطبع والنشر ، بغداد ، ١٩٦٣ ، ص ٣٦٠ .
- ٢٥ - نقلأ عن د. محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص ٤٤١ .
- ٢٦ - قرار تمييز رقم ٩٠/٦٥٠ / العدد (٩-١٢) سنة ١٩٩١ ، أشار إليه د. أحمد مفلح الخوالده ، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دار الثقافة ، عمان ، ط ١ ، ٢٠١١ ، ص ٨٩ .
- ٢٧ - نقض مصري رقم ٢٨ ف ٢ لسنة ٣٤ في ١٦/٤/١٩٦٨ ، المكتب الفني ، مصر ، ص ٧٦٢ ، أشار إليه د. أحمد مفلح الخوالده ، المصدر نفسه ، ص ٩٠ .
- ٢٨ - الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٢ ، ص ٥٦٥ .

٢٩ - د. سليمان مرقس ، المصدر السابق ، ص ٢٣٧ .

٣٠ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، مطبعة البرلمان ، مصر ، ١٩٥٤ ، ص ٨٥-٨٦ .

٣١ - دي باح ، المطول في القانون المدني البلجيكي ، ج٢ ، ف١٠٥٦ ، ص ١٠٢١ ، أشار إليه عبد الجبار ناجي صالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ١٢٢ .

٣٢ - د. السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٧٥٦ ، د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ط ٢ ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ١٩٧٨ ، ص ٣٩٧ .

٣٣ - وفي هذا تنص م/ ١١٧٤ مدني فرنسي على إنه ) يُعد باطلاً كل التزام عُقد تحت شرط إرادي محض من جانب المدين أو بالنسبة للمدين ) .

٣٤ - د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٣٦١ .

٣٥ - وتقابلها م/ ١٤٣ مدني مصري

٣٦ - د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ٢٨٢ .

٣٧ - د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، المجلد الأول ، المصادر الإرادية للالتزام ، ط ٣ ، القاهرة ، ص ٦٥١ .

٣٨ - د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، المصدر السابق ، ص ٤١-٤٢ .

٣٩ - حسين عامر ، المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية) ط ١ ، مصر ، ١٩٥٤ ، ص ٥٥٩ .

٤٠ - توافق م/ ٦٥٣ مدني مصري .

٤١ - وتجدر الإشارة إلى أن هذا الضمان الخاص لا يشمل فقط حالة التهدم الكلي أو الجزئي للبناء المشيد

، كما كانت المادة تنص قبل تعديلها ، وإنما يشمل كذلك كل عيب يقع فيها من شأنه تهديد متانة البناء وسلامته ، وذلك بعد إضافة الفقرة ٣ و ٤ إلى المادة ٨٧٠ بموجب القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٤ قانون التعديل الثاني ، وبناءً عليه فإن ضمان العيوب الخفية لم تعد تخضع للقواعد العامة المتعلقة بأحكام البيع فيما يتعلق بالمدة وإنما تخضع للضمان العشري .

٤٢ - د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد أنجاز العمل وتسليمه ، مطبعة الشعب ، بغداد . بلا سنة طبع . ص ٢٧٢

٤٣ - قرار رقم ١٤٠٥/١٤٠٥/١٧ في ٦٣/١٢/١٧ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الأول ، ص ٨٤ .

٤٤ - أستاذنا د. مجيد حميد العنبيكي ، قانون النقل العراقي ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٨٨ .

٤٥ - وهذا ما نصت عليه صراحة م/ ١٣٩ من قانون الموجبات العقود اللبناني بقولها ( إن البنود النافية للتبعية وبنود المجازفة تكون صالحة معمولاً بها على قدر إبرائها لذمة واضع البند من نتائج عمله أو خطأه غير المقصود ، ولكن هذا الإبراء ينحصر في الأضرار المادية لا في الأضرار التي تصيب الأشخاص ، إذ إن حياة الإنسان وسلامته الشخصية هما فوق كل إتفاق ) .

٤٦ - للمزيد من التفاصيل راجع أحمد سليم ضاري الجبوري ، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ .

٤٧ - وهذا هو إتجاه أغلب التشريعات العربية لاحظ على سبيل المثال م/ ٢١٧-٢ ف مدني مصري وم/ ٢١٨ - ف مدني سوري وم/ ٣٤٢ مدني يمني .

٤٨ - المقصود بالغير الذي يكون المدين مسؤولاً عنه هو كل

٢٠٦ | دراسات قانونية | العدد / ٤٢

٥٨ - د. محمد إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص ٤٤١

٥٩ - د. حسن عبد الباسط جميعي، المصدر السابق، ص ٥٤.

٦٠ - د. سليمان خلف الحميد، محاضرات في فقه المعاضات المالية، ط ١، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، بغداد، ٢٠١١، ص ١١٠.

٦١ - رد المحتار على الدر المختار المعروفة ب (حاشية ابن عابدين)، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، تحقيق عبد المجيد طعمة الحلبي، ط ١، دار المعرفة، بيروت، ١٤٢٠ هـ ج ٤، ص ٩٥، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للامام علاء الدين ابن بكر مسعود الكاساني، دار التراث العربي، ط ٢، ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م، ج ٥، ص ١٧٢.

٦٢ - أخرجه أبي داود في سننه، المصدر السابق، ج ٣، ص ٣٠١، وأخرجه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده، مسند الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مؤسسة قرطبة، مصر، ب ت، ج ٦، ص ٣٢٠، وأخرجه البخاري في صحيحه، ج ٣، ص ١٧١.

٦٣ - بدائع الصنائع للكاساني، المصدر السابق، ج ٥، ص ١٧٣.

٦٤ - حاشية ابن عابدين، المصدر السابق، ج ٤، ص ٩٥.

٦٥ - حاشية الدسوقي، لمحمد بن احمد بن عرفه الدسوقي، على الشرح الكبير للشيخ أبي البركات سيدي احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦ ج ٣، ص ١١٩.

٦٦ - القوانين الفقهية، لأبي قاسم محمد بن أحمد بن جزى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ١٤٢٧ هـ، ٢٠٠٦ م، ص ٢٦٣.

٦٧ - مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، لشمس

من كان مكلفاً إتفاقاً أو قانوناً بتنفيذ العقد، كالمقاول من الباطن، والنائب القانوني أو الإتفاقي كالوصي والوكيل. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٢، ص ٥٥-٥٦.

٤٩ - د. عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤، ص ٢١٥.

٥٠ - د. أسامه أبو الحسن مجاهد، فكرة التعويض العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٥.

٥١ - لاحظ على سبيل المثال د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج ٢، المصدر السابق، ص ٧٤. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للإلتزام، ج ١، المصدر السابق، ص ٦٣٨.

٥٢ - د. سعدي إسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٩١.

٥٣ - د. محمد ليبي شنب، المصدر السابق، ص ٢٨٠، د. حسام الدين كامل الاهواني، المصدر السابق، ص ٦٤٨.

54 - Civ. IERE, 25 juin . 1968, Bull. Civ J, N.183. أشار اليه د. حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، بلا مكان، 1993، ص 49.

٥٥ - د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات)، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩، ص ٤٧١.

٥٦ - د. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار أقرأ، بيروت، ط ٣، ١٩٨٣، ص ٢٨٧.

٥٧ - د. حسن عبد الباسط جميعي، المصدر السابق، ص ٤١.

الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني ، المكتبة التوفيقية ، ب ت ، ج ٢ ، ص ٧٢-٧٣ .

٦٨ - المهذب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، ج ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ، ١٤١٦ هـ ، ١٩٩٥ م ج ١ ، ص ١١٨ ومغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشربيني ، المصدر السابق ، ج ٢ ، ص ٧٣

٦٩ - المغني ، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م ج ٤ ، ص ١٢٩ .

## المصادر

### أولاً: المصادر القانونية

- ١- احمد محمود سعد، مصادر الالتزام (الكتاب الأول)، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠ .
- ٢- أحمد مفلح الخوالده ، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دار الثقافة ، عمان ، ط ١ ، ٢٠١١ .
- ٣- أسامه أبو الحسن مجاهد ، فكرة التعويض العقابي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
- ٤- أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، دار أقرأ ، بيروت ، ط ٣ ، ١٩٨٣ .
- ٥- إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الإلتزام ، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، ١٩٦٦ .
- ٦- جعفر جواد الفضلي ، الوجيز في العقود

المدنية ( البيع ، الإيجار ، المقاوله) دار الكتب للطباعة ، جامعة الموصل ، ١٩٨٩ .

٧- جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ .

٨- حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، المجلد الأول ، المصادر الإرادية للالتزام ، ط ٣ ، القاهرة .

٩- حسام الدين كامل الأهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، جامعة الكويت ، ب ت

١٠- حسن عبد الباسط جميعي ، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية ، بلا مكان ، ١٩٩٣ .

١١- حسين عامر ، المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية) ط ١ ، مصر ١٩٥٤ .

١٢- سعدي إسماعيل البرزنجي ، ملاحظات نقدية في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ .

١٣- سليمان خلف الحميد ، محاضرات في فقه المعاضات المالية ، ط ١ ، مركز البحوث والدراسات الإسلامية ، بغداد ، ٢٠١١ .

١٤- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، الإلتزامات ، المجلد الرابع ، ط ٢ ، القاهرة ، ١٩٩٢ .

١٥- صاحب عبيد الفتلاوي ، ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ط ١ ، ١٩٩٧ .

٢٤- مجيد حميد العنبيكي ، قانون النقل العراقي ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، ١٩٨٤ .

٢٥- محمد جابر الدوري ، مسؤولية الماقل والمهندس في ماولات البناء والمنشآت الثابفة بعد أنجاز العمل وتسليمه ، مطبعة الشعب ، بغداد . بلا سنة طبع .

٢٦- محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابفة الأخرى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٥ .

٢٧- محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥ .

٢٨- محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط٢ ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ١٩٧٨ .

٢٩- محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج٢ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٠ .

٣٠- هلدبر أسعد أحمد ، نظرية الغش في العقد ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠١٢ .

٣١- ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، ج١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٨ .

١٦- عباس العبودي ، شرح أحكام العقود المسماة ( البيع والإيجار ) ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٩ .

١٧- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، مطبعة البرلمان ، مصر ، ١٩٥٤ .

١٨- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٣ .

١٩- عبد القادر الفار ، مصادر الإلتزام ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٤ .

٢٠- عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الإلتزام ، ط٢ ، شركة الطبع والنشر ، بغداد ، ١٩٦٣ .

٢١- عبد الودود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات ، القسم الأول ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .

٢٢- عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية ( الإلتزامات ) . دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩ .

٢٣- غازي عبد الرحمن ، التزام البائع بضمان العيوب الخفية ، مجلة العدالة العراقية ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، ١٩٧٩ ، المجلد

## ثانياً : المراجع الفقهية والأصولية .

١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،  
للامام علاء الدين ابن بكر مسعود  
الكاساني ، دار التراث العربي ، ط  
٢ ، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م ، ج ٥

٢- حاشية الدسوقي ، لمحمد بن احمد بن  
عرفه الدسوقي، على الشرح الكبير للشيخ أبي  
البركات سيدي احمد بن محمد العدوي الشهير  
بالدردير، ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية،  
بيروت، ١٩٩٦ ج ٣ .

٣- رد المحتار على الدر المختار المعروفة  
بـ(حاشية أبن عابدين) ، لمحمد أمين الشهير  
بابن عابدين ، تحقيق عبد المجيد طعمة الحلبي ،  
ط ١ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٤٢٠ هـ ج ٤ .

٤- القوانين الفقهية ، لأبي قاسم محمد بن  
أحمد بن جزى ، دار الكتب العلمية ، بيروت  
، ط ٢ ، ١٤٢٧ هـ ، ٢٠٠٦ م .

٥- مسند الإمام أحمد بن حنبل أبو عبد الله  
الشيباني ، مؤسسة قرطبة ، مصر ، ب ت ، ج ٦

٦- مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج  
، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني  
، المكتبة التوفيقية ، ب ت ، ج ٢ .

٧- المهذب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي  
أسحاق أبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي  
، ج ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط ١ ،  
١٤١٦ هـ ، ١٩٩٥ م ، ج ١ .

## ثالثاً : الرسائل والأطاريح

١- أحمد سليم ضاري الجبوري ، التأمين  
من المسؤولية المدنية في المجال الطبي ( )  
دراسة مقارنة ( رسالة ماجستير ، كلية القانون  
، جامعة بغداد ، ٢٠٠١

٢- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد ،  
رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد  
، ١٩٩٢

٣- عبد الجبار ناجي صالح ، مبدأ حسن  
النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة  
الى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٢ .

## رابعاً : البحوث والمقالات .

١- جابر محمود علي ، ضمان سلامة  
المستهلك من الأضرار الناشئة عن  
عيوب المنتجات الصناعية المعيبة ،  
مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة  
العشرون ، العدد الثالث ، ١٩٩٦

٢- محمود جمال الدين زكي ، اتفاقات  
المسؤولية ، مجلة القانون والاقتصاد ،  
السنة الثلاثون ، العدد الثالث .

## خامساً : المصادر الأجنبية

Mazeud) M , (lecons de droit civil  
tom3,les obligations4 ed .Par de juglart  
(M ).op.cit ,p 301.et s.

# Impact of fraud on agreements of amendment of contractual liability rules

Dr. Amaal Ahmed Naji \*

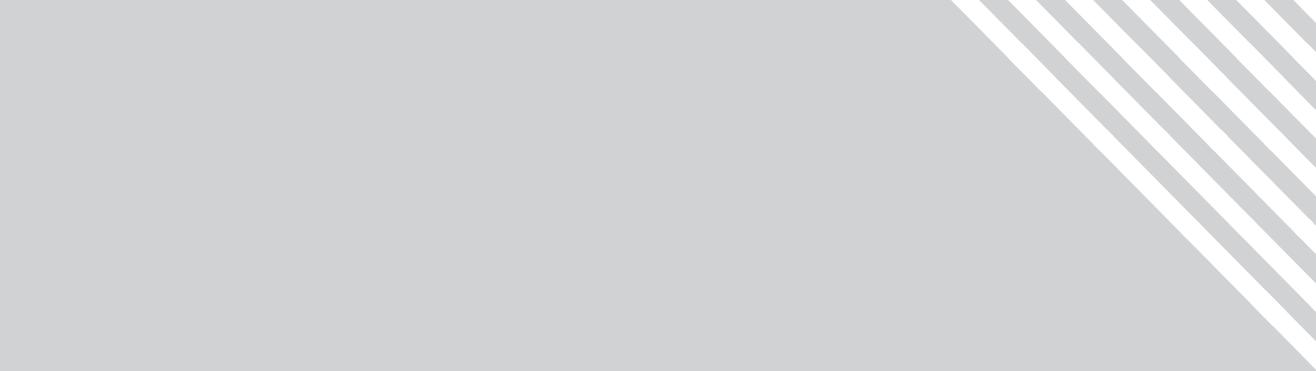
## Abstract

Contractual liability arises as a direct result of a contractor's failure to implement its contractual obligation, and since the contractual obligation is due in its content and scope to the will of the contractors, the contractual liability is due also to the will of the contractors.

And since free will is the basis of contractual liability, contractors may agree to amend the provisions of contractual liability, because legal rules established by the legislator to regulate the provisions of this responsibility are complementary to the will of the contractors and not peremptory norms, therefore the contractors may derogate from these rules and violate them, or amending them whether by extension, mitigation or exemption within the limits of public order and ethics.

It is also not permissible to persist in terms of freedom of will. The will is respected in the agreements that don't violate public order and morality. And if the contractual responsibility is based on the freedom of the contractors' will, this freedom should not lead to a change the responsibility's nature to the degree of protection of the contractor of bad faith.

\* College of law and politics/ Al-Iraqia university



Criminal protection against the sabotage of oil installations  
assist. Prof. Dr. Hasson Aubaid Hajeej  
assist. Prof. Dr. Mazin Khalaf Naser.....147

Administerative the supply contract  
assist,prof.Rasha Abdul Razzaq  
assist Rasha jawad .....165

Impact of fraud on agreements of amendment of contractual liability  
rules  
Dr. Amaal Ahmed Naji .....189

# CONTENTS

## Research and Studies

Editor .....	7
The limits of the legislature's authority to criminalize and punish Prof. Dr. Mohammed Ali Salim Dr. Mohammed Hameed Abe .....	11.
Distribution of tax's jurisdiction between legislative and executive authorities according to Iraqi constitution of 2005 prof. D.Raid Naje Ahm ed.....	45
Restrictions on the competence of the International Criminal Court Assist. Prof. Dr. Hadeel Saleh Abood.....	97
Legal effects of the observation of the Federal Bureau of Financial Supervision Assist. Prof. Dr. Ban Abdulqader Alsalehi Assist. Instructor Ali Abed Abas .....	115

# The Goals and Standard Publishing

## The goals of Baytul Hikma

- Baytul Hikma is antellectual and scientific institution with moral entity and financial and administrative independence . Baytul Hikma is in Baghdad . Its goals;
- Studying the history of Iraq and the Arab and Islamic civilization.
- Laying the approach of dialogue between cultures and religions . Thus contributing to concolidate the culture of peace and the values of tolerance and coexistence between individuals and groups.
- Following- up the politiceal and economic global developments and their future effects on Iraq and Arab world.
- Paying attention to reserches and studies related to the issues of social , economic and political phenomena
- Interesting in reserches and studies that enhance the citizen rights and fundamental freedoms and the consolidation of democracy and civil society values.
- peoviding insightsand studies that serve policy and decision - making processes.

## Puplishering standard

-The journal puplishes researches that have not been published before . rhe researcher will be informed of decision of puplishing within three months from the date of receipt of the reserch- one copyof the resercher should be sent in Arabic with a summary in English of no more than (200) words. (provided that.

A -The researcher must be printed and saved on CD disk ,double - spaced and printing.

B -Pages should not exceed 200) pages , (double-spaced and printing.

C -All sources and margins should be serially numbered at the end of the paper in double spaces printing.

-The researcher gets a free copy of the Journal that published the research.

-Researchers will not to be resturned whether puplished or not.

-The department has the right to puplish the research in accordance with the plan of the Journal edition.





# Law Studies

Quarterly journal issued by Department of Historical Studies In BaytulHikma  
No.(42) Baghdad-2017

## **Chief Editor**

Prof. Dr.Hanan M. Al kaisi

## **Secretary Editor**

Dr. Thakra Inam Ghaeb

## **Consulative Commision**

Prof.Dr.Ghazi Faisal

Prof.Dr.Mazin Lillo Radhi

Prof.Dr.Haider Adhem Al-Tai

Assist, Prof.Dr.Muhammed vloom Muhammed Ali

Assist,.Prof . Dr.Siba Nuaman Rasheed

Assist .Prof.Dr. Amal Kadhim Suod

## **Linguistic Correction**

Assist. Prof. Dr.Asrae Hussain