INTERNATIONAL Scientific Indexing
Impact Factor ISI 0.922
ISSN2518-0606
Al-utroha
الاطروحة
علمية محكمة
صدرت لأول مرة في آب عام ٢٠٠٢
تصدر عن دار الاطروحة للنشر العلمي
www.alutroha.com
عضو في Doi Crossref

الدراسات القانونية

الحماية القانونية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة (دراسة مقارنة)

م / حسن علوان لفتة

دور الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية في ضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية في العراق

الباحث محمد ستار جبار

الوصاية الإدارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية دراسة مقارنة (فرنسا ، الأردن)

عبد الرحمن العرمان

التطبيقات القضائية الوطنية على الجرائم الدولية (ولاية القضاء الوطني على الجرائم الدولية)

الباحث نجم عبد عذاب

قراءات في بعض نصوص قانون الجنسية العراقي النافذ

العدد العاشر/ السنة الرابعة / تشرين الثاني /2019

دار الاطروحة للنشر العلمي
Iraq
العراق
Al-utroha
الاطروحة
علمية محكمة

INTERNATIONAL Scientific Indexing
Impact Factor ISI 0.922
ISSN2518-0606
Al-utroha
الاطروحة
علمية محكمة
صدرت لأول مرة في آب عام ٢٠٠٢
تصدر عن دار الاطروحة للنشر العلمي
www.alutroha.com

صاحب الامتياز
المشرف العام لدار الأطروحة للنشر العلمي
إبـــراهيـــم زيـــــدان

رئيس التحرير
ا.د. رعد مقداد محمود
جامعة تكريت

مدير التحرير
ا.د. عامر عاشور عبد الله
جامعة كركوك

هيئة التحرير
ا.د. احمد كيلان عبد الله / جامعة النهرين
ا.د. عقيل فاضل حمد / جامعة البصرة
ا.د. وعدي سليمان المزوري / جامعة دهوك
ا.د. فيصل بن حليلو /جامعة الشارقة
أ.د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي/ جامعة الملك سعود
ا.د. عبد الناصر زياد / الجامعة القطرية
ا.د. أيمن خالد عبد الكريم مساعده / جامعة اليرموك
أ.م.د. حامد شاكر الطائي / جهاز الاشراف والتقويم العلمي
أ.م.د. امير طالب التميمي/ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
ا.م.د. ايمان قاسم هاني الصافي / الجامعة المستنصرية
ا.م.د. عباس مفرج الفحل / جامعة الانبار
أ.م.د. ميثاق طالب عبد حمادي / جامعة بابل

معتمدة من قبل
جامعه سامراء
جامعة ميسان
جامعة كركوك
جامعة الفرات الأوسط التقنية
جامعة الامام جعفر الصادق (ع)
جامعة أهل البيت (ع)
كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة
وزارة التربية / الكلية التربوية المفتوحة
وزارة الكهرباء
وزارة التخطيط
جامعة غرب كردفان السودانية
جامعة ام القرى السعودية
جامعة الطفيلة التقنية الاردنية
جامعة نالوت الليبية
جامعة بنغازي الحديثة
جامعة افريقيا للعلوم الانسانية والتطبيقية الليبية
جامعة الاستقلال الفلسطينية
جامعة القدس المفتوحة
جامعة غزة
جامعة فلسطين الاهلية
كلية التربية – العجيلات / جامعة الزاوية
كلية الحكمة الجامعة
كلية شط العرب الجامعة
كلية المعارف الجامعة
كلية صدر العراق الجامعة
كلية الطف الجامعة

المستشار القانوني
احمد عاصي ابراهيم

العلاقات الخارجية
اشواق جميل الاغا

مدقق لغوي (اللغة العربية)
ا.د. سعد خضير عباس
الجامعة العراقية

مدقق لغوي (اللغة الانكليزية)
ا.م. مسرة ماجد إبراهيم
جامعة ديالى

العلاقات العامة
محمد الصادق إبراهيم

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد (2177) لسنة 2016

تعنون المراسلات باسم السيد المشرف العام : al.utroha.magazin@gmail.com
العراق / بغداد / مكتب بريد بغداد الجديدة / ص.ب (20216) al.utroha.magazine60@gmail.com
موبايل: 00964-7713965458/00964-7500102741

مجلة الاطروحة العلمية المحكمة

نبذة تأريخية :

تصدر المجلة في بغداد عن (دار الاطروحة للنشر العلمي) بموافقة واشراف وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، وقد استأنفت اصدارها في آب عام 2016 بعد توقفها عام 2003، وقد صدرت منها ستة اعداد ما بين عامي 2002-2003 حين كانت تصدر ملحقاً لمجلة (كلية المعلمين) بالجامعة المستنصرية، ثم حصلت موافقة معالي وزير التعليم العالي والبحث العلمي (الاستاذ الدكتور عبد ذياب العجيلي) في عام 2009 على استئناف اصدارها مجلة مستقلة بإشراف الوزارة، ثم تم تجديد الموافقة في زمن وزير التعليم العالي والبحث العلمي (الاستاذ علي الاديب)، فصدر عددها الاستئنافي الاول في آب عام 2016 بعد اكتمال اجراءات تسجيلها لدى المركز الدولي لتسجيل الدوريات فحصلت على التصنيف الدولي (ISSN2518-0606)، كما حصلت على التصنيف العالمي من قبل (الفهرسة العلمية الدولية) ومنحت معامل التأثير العالمي (ISI) بمقدار (0.922)، وقد حصلت على عضوية منظمة (Crossref) اتحاد الناشرين الاكاديميين ومقره امريكا وكذلك على المعرف الدولي (Doi)، كما اعتمدت من قبل وزارات التربية والكهرباء والتخطيط، ولدار الاطروحة للنشر العلمي ومجلتها موقع الكتروني. (www.alutroha.com) .

- تصدر المجلة بالطبعات العلمية المتخصصة المحكمة التالية:

1- العلوم الانسانية
2- العلوم الصرفة
3- العلوم التطبيقية
4- العلوم الهندسية والتكنولوجيا
5- علوم الرياضة
6- العلوم التربوية والنفسية
7- العلوم الجغرافية
8- العلوم البيئية
9- العلوم السياحية والآثار والتراث
10- العلوم الزراعية والبيطرية
11- الدراسات التاريخية
12- العلوم الطبية والصيدلانية
13- علوم اللغات وآدابها
14- العلوم الادارية والاقتصادية
15- الدراسات الدينية وعلوم القرآن
16- العلوم الاجتماعية
17- الدراسات القانونية
18 - علوم اللغة العربية وآدابها
19- الفنون الجميلة

- تستعد المجلة لإصدار طبعات متخصصة محكمة في المجالات العلمية التالية:

1- العلوم السياسية
2- الاعلام والعلاقات العامة
3- الدراسات الفلسفية
4- تكنولوجيا الاتصالات والمعلوماتية

اهداف المجلة :

- تسعى الى خدمة البحث العلمي وتنميته لدى اعضاء الهيئات التدريسية وطلاب الدراسات العليا من دون تمييز في الجنسية او العرق او الدين او الطائفة او القومية .
- تسعى الى حفظ الحقوق العلمية والفكرية والثقافية للباحثين من خلال نشرها وتوثيقها .

شروط النشر

- تنشر المجلة البحوث العلمية في المجالات المعرفية المتعلقة بجميع العلوم في طبعاتها المتخصصة بمنهجية البحث العلمي وخطواته المتعارف عليها عالميا باللغتين العربية والانكليزية على ان تكون مطبوعة بنظام (word2007) ولم يسبق نشرها، وفي حالة قبوله يجب الا ينشر في اية دورية من دون اذن كتابي من رئيس تحرير الطبعة المتخصصة .

- يجب الا يزيد البحث في جميع الاحوال عن (20) عشرين صفحة بضمنها المراجع والحواشي والجداول والاشكال والملاحق، ويكون نوع الحرف المستخدم (ايريال– Arial) حجم الحرف للبحث (14) وللعنوان الرئيس 24 بولد ولاسم الباحث 16 بولد ولاسم الكلية والجامعة 14 بولد، وتكون الهوامش والمصادر بحجم 12 بولد في نهاية البحث لأسباب فنية ويتم تنسيقها وترتيبها حسب صيغة (شيكاغو Chicago) المبينة في المثال التالي:

البدراني، أ.د.محمد جواد حبيب (2015) النص بين سلطة الايقاع وبوح الدلالة، دار مجدلاوي، عمان (83-84)

وفي حال زيادة البحث عن عدد الصفحات المقررة يتحمل الباحث / الباحثة فرقا في الاجور عن كل صفحة زيادة بمبلغ 2500 دينار، اما الصفحة الملونة فتكون اجورها خمسة آلاف دينار للعراقيين، وللعرب والاجانب خمسة دولارات.

- تنشر البحوث الانسانية باللغة العربية مع ملخص بالإنكليزية، اوالإنكليزية مع ملخص بالعربية .

- تنشر البحوث العلمية باللغة الانكليزية فقط مع ترجمة للعنوان الرئيس واسم الباحث ولقبه العلمي واسم الكلية والجامعة بالعربية .

- يكتب عنوان البحث بالإنكليزية ايضا ان كان البحث بالعربية .

- تكون الخلاصات مطبوعة باللغة الانكليزية فضلا عن وجودها باللغة العربية في البحوث الانسانية، وباللغة العربية فضلا عن وجودها بالإنكليزية بالنسبة للبحوث العلمية .

- يتعهد الباحث (خطيا) بان بحثه من نتاجه العلمي والفكري وهو خاضع لمعايير الأمانة العلمية وضوابط الاقتباس ولَم يستله كليا او جزئيا من بحث او رسالة او أطروحة علمية او أي نتاج فكري او علمي لباحث اخر ولَم يسبق نشره في مجلة اخرى وفِي حال ثبوت العكس يتحمل جميع التبعات القانونية والفكرية كافة ويحظر التعامل معه ويتم ابلاغ المؤسسة او الجامعة التي يعمل فيها رسميا ويذكر في التعهد الذي يقدمه للمجلة اسمه الكامل ولقبه العلمي واسم الكلية اوالمعهد والجامعة اوالمؤسسة التي يعمل فيها مع رقم هاتفه النقال.

تعهد خطي

الى / مجلة الاطروحة العلمية المحكمة الموقرة

م/ تعهد

اني ..... الموقع في ادناه اتعهد ان البحث الموسوم (.....)

هومن نتاجي الفكري العلمي وخاضع لشروط الأمانة العلمية ولاينتهك حقوق الملكية الفكرية للآخرين، كما اتعهد أيضا انه غير منشور او مقبول للنشر او مقدم للنشر في اية مجلة او جهة نشر أخرى واتحمل التبعات القانونية كافة في حال ثبوت عكس ذلك .

مع التقدير

التوقيع:
اسم الباحث ولقبه العلمي:
اسم الجامعة والكلية:
رقم الهاتف:
البريد الالكتروني:

- ترسل البحوث على البريد الالكتروني للمجلة:

al.utroha.magazin@gmail.com
al.utroha.magazine60@gmail.com

ملاحظات مهمة جداً

- تخضع البحوث للاستلال

-يحال البحث الى محكمين اثنين وفي حال الاختلاف في الرأي يحال الى استاذ محكم ثالث لإبداء الرأي بشأن صلاحيته للنشر، ويعاد البحث الى الباحث للعمل بملاحظات الاستاذ المحكم ليكون صالحا للنشر .

- تعاد الاجور للباحث في حال رفض الاساتذة المحكمين للبحث .

للتواصل معنا على هواتفنا (فايبر وواتس اب ايضا)

00964771396545800964750010274 1

او زيارة مقرنا في بغداد الجديدة / مجمع سر من رأى (الطابق الارضي) / مجاور شركة الطيف للتحويل المالي / مقابل مطعم النعمان .

فهرست العدد

ت	البحـــــــــوث		الصفحة
1-	**الحماية القانونية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة** (دراسة مقارنة)	**م / حسن علوان لفتة** جامعة ميسان ـ كلية القانون	9
2-	**دور الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية في ضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية في العراق**	**الباحث محمد ستار جبار** **أ.د رحيم حسين موسى** كلية القانون/ جامعة ميسان	37
3-	**الوصاية الإدارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية** دراسة مقارنة (فرنسا ، الأردن)	**عبـــد الـــرحمن الـــعرمان** كلية الحقوق جامعة جرش/ الاردن **بـــوقـــرط ربـيـــعة** كلية الحقوق جامعة الشلف / الجزائر	49
4-	**التطبيقات القضائية الوطنية على الجرائم الدولية** (ولاية القضاء الوطني على الجرائم الدولية)	**الباحث نجم عبد عذاب** **أ.د. صادق زغير محيسن** كلية القانون / جامعة ميسان	69
5-	**قراءات في بعض نصوص قانون الجنسية العراقي النافذ**	**م.د.إسراء عبدالزهرة كاطع** كلية الإمام الكاظم(ع) للعلوم الإسلامية الجامعة / قسم القانون	93
6-	**الحماية القانونية لعقود الادارة الدولية**	**م.د يسار عطيه تويه** كلية القانون/ جامعة ميسان	**113**

الحماية القانونية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة

(دراسة مقارنة)

Legal protection for the minority shareholders in the combined company

(a comparative study)

م / حسن علوان لفتة

م / حسن علوان لفتة
جامعة ميسان ـ كلية القانون
Hassan Alwan lifatih
University of Misan College of Law
hassan_alwan19@yahoo.com

الملخص

ان هذا البحث والمتضمن بالحماية القانونية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة والتي حاولنا جاهدين فيه ان نسلط الضوء على بيان الحقوق الاساسية للأقلية في الشركة المدمجة التي عملت سلطة الاغلبية المساهمة في تعسفها باستعمال الحق ضد صاحبة الاسهم القلية في تكوين راس المال داخل الشركة حيث بينا موقف التشريعات وكيف ان المشرع تدخل ووفر حماية قانونية بالإقرار لبعض الحقوق والمتمثلة بحقهم في الحضور داخل الجمعية العامة وحق التصويت والمناقشة على القرارات المتخذة بالإضافة الى توقيع المسؤولية على اعضاء مجلس الادارة سواء كانت مسؤولية مدنية ام جزائية . بالإضافة الى الحماية التشريعية فهناك حماية قضائية كان للقاضي فيه الدور الكبير والمهم في اتخاذ القرار واستحصالها لصالح الاقلية بعد قيامها بأثبات الضرر ضد المتسبب من قرار الاغلبية في الاساء والتصرف من قراراتهم التي تتخذ وتضر بحقوق الاخرين .

الكلمات الافتتاحية : الاقلية ـ الحماية القضائية ـ الحماية التشريعية ــ سلطة الاغلبية المساهمة ـ التعسف باستعمال الحق ــ الشركة المدمجة .

Abstract

This research, which includes legal protection for the minority shareholders of the merged company, in which we have tried hard to shed light on the basic rights of the minority in the merged company, which the majority authority has contributed to arbitrariness by using the right against the minority shareholders in the formation of capital within the company where we have explained the position of legislation and how The legislator has interfered and provided legal protection by recognizing some of the rights represented in their right to be present in the General Assembly and the right to vote and debate on the decisions taken in addition to signing responsibility on the members of the Board of Directors whether civil or criminal responsibility. In addition to the legislative protection, there is a judicial protection in which the judge had a significant and important role in taking the decision and obtaining it for the benefit of the minority after it established the damage against the one who caused the majority's decision to offend and dispose of their decisions taken and harms the rights of others.

The opening words: Minority - Judicial Protection - Legislative Protection - Majority Contribution Authority - Abuse of using the Right - Merging Company.

المقدمة

ان المشرع قد قسم الشركات التجارية الى شركات الاموال وشركات الاشخاص حيث يمتلك هؤلاء الاشخاص داخل الشركة اسهما او حصصا حسب نوع الشركة فاذا كنا امام شركات الاموال فنكون امام اسهم لتملك الشخص داخل الشركة واذا كنا امام شركات الاشخاص فنكون امام حصص ، لذلك فالاختلاف كبير بينهما ، وقد يحدث ان تندمج شركة بشركة اخر كلا حسب نوعها مما يؤثر هذا الاندماج على سلب الحقوق لصالح فئة على حساب فئة اخرى وان الاندماج ممكن ان يحدث لعوامل كثيرة ولعل اهمها انقاذها من الافلاس الذي ممكن ان يحدث لتلك الشركة او عوامل قانونية اخرى

. وبالتالي فان الشركات التجارية ومنها الشركة المدمجة يحكمها الاغلبية المساهمة الذين يملكون العدد الاكبر من الاسهم في الشركة والتي تكون لهم سلطة اتخاذ القرارات في داخل الشركة تلك التي اعطاها المشرع لها على ضوء الامتيازات والحقوق التي تفوق غيرهم من الاشخاص المساهمين لان هؤلاء لهم الفضل الكبير في تكوين راس المال الذي يرجع بالأساسفي تأسيس الشركة وهذا قد يعطي مبدا الاستحواذ والسيطرة في ادارة الشركة حتى يمكن ان يكون لهم كلمة الفصل في اغلب قراراتها بيد ان الامر الناجم عن سيطرة الاغلبية على الشركة المدمجة وجود اقلية مساهمة ساعدت الشركة كذلك بتكوين راس المال بوجودها العددي حيث ان هدف الاقلية هو الحصول على مكتسبات وامتيازات تلك الشركة والمتمثلة بالدرجة الاساس في الحصول على الربح ، وبالرغم مما تقوم به الاقلية المساهمة من دور الا انها قد تحرم من الحقوق الاساسية التي اعطيت لها بموجب قانون الشركة او عقدها او نظامها الاساسي وهو ما دفع تلك الاقلية بالتكتل والتوحد داخل الشركة في الدفاع عن حقوقها من خلال قيامها برفض تلك القرارات المتخذة داخل الجمعية العامة التي تعد قرارات تعسفية من جانب الاغلبية على حساب الاقلية مما اعطاها القانون حق الطعن بتلك القرارات امام القضاء ورفع الدعاوى على المتسبب بعد الاثبات والمطالبة بالتعويض على اساس المسؤولية العقدية .

اهمية البحث

ان حقوق الاقلية المساهمة تعد من الحقوق الاساسية للشركة المدمجة للحفاظ على نظام الشركة حيث تمثل تلك الحقوق نقطة التقاء وتوازن حقيقي وضروري ومنطقي لسلطة الاغلبية المساهمة التي يساعدها على ادارة الشركة بهدف تحقيق مصالحها وهذا بدورة تسهم في تكوين ادارة الشركة بالنسبة للأقلية من جانب وتحقق مبدا الرقابة والتفتيش على حكم الاغلبية من جانب اخر .

مشكلة البحث

ان تدخل الاقلية في سياسة واتخاذ القرار من قبل الاغلبية ما هو الا تحقيق لمصالح الاقلية والذي يشمل تحقيق لمصالح المساهمين الاخرين في ضوء ذلك هل الدور الذي تلعبه الاقلية المساهمة في الشركة المدمجة في اتباع سياسة ومنهج خاص في حماية حقوقها هو يتعارض مع مبدأ دور الاغلبية بمعنى ان هل هذا يمثل تدخل واعتداء من جانب الاقلية على حقوق وسلطة الاغلبية ام هو تدخل لحماية حقوق ومصالح الاقلية فقط هذا من جانب ومن جانب اخر هل النسبة التي تمتلكها الاقلية المساهمة داخل الشركة في تكوين راس المال يؤهلها ان تدرج مشروعات على جدول الاعمال في داخل الشركة مما يعطيها حق الرفض او الموافقة والتصويت عليها . كل تلك الاشكاليات سيتم معالجتها على ضوء خطة البحث الاتية .

منهجية البحث

قد تعددت المنهجيات المتبعة في هذه الدراسة ما بين المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل الفكرة المعروضة ومناقشتها ، وما بين المنهج المقارن الذي نبين فيه موقف المشرع العراقي مع التشريعات المقارنة الاخرى ، وعني البحث بالمنهج التطبيقي عناية خاصة لما للتطبيقات القضائية من اثر هام للتعرف على التوجه القضائي في تعامله مع النصوص ومع القواعد الكلية في التشريع .

خطة البحث

اعتمدنا في هذا البحث التقسيم الثنائي بحيث سنتناول موضوع البحث بتقسيمه إلى مبحثين سنتناول في المبحث الأول الحماية التشريعية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة نبين فيهالحماية القانونية داخل الجمعية العامة في المطلب الاول ونقسمه الى فرعين نتناول في الفرع الاول حق المساهمين في حضور اجتماعات الجمعية العامة وفي الفرع الثاني حق المساهمين في التصويت والحصول على معلومات واهم صور الاطلاع على وثائق وسجلات الشركة اما المطلب الثاني عن الحماية القانونية خارج الجمعية العامة حيث قسم الى فرعين تناولنا في الفرع الاول حق المساهمين في الاعلام وفي الفرع الثاني حق المساهمين في الرقابة والتفتيش . إما بخصوص المبحث الثاني فانه مخصص في البحث عنالحماية القضائية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة وتم تقسيمة الى مطلبين تناولنا في المطلب الاول طلب بطلان قرارات الجمعية العامة للشركة المدمجة وقسم الى فرعين في الفرع الاول عن اسباب دعوى البطلان وفي الفرع الثاني احكام دعوى البطلان اما المطلب الثاني فكان عن اليات الحماية القضائية للأقلية المساهمة وتم تقسيمة الى فرعين في الفرع الاول عن حق اقلية المساهمين في الاعتراض على قرارات الجمعية العامة وفي الفرع الثاني حق اقلية المساهمين في دعوى التعويض قضائيا .

المبحث الاول : الحماية التشريعية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة

لقد عملت الكثير من التشريعات العربية والاوربية على الحماية القانونية لأقلية المساهمين في جميع الشركات وذلك من خلال تشريع نصوص قانونية تعالج وتحمي المساهم الممتلك لأقل الاسهم وقد وضعت حماية خاصة للأقلية في الشركة المدمجة وذلك لما يتمتع به من حقوق ادارية ومالية وكذلك لما له من دور في جذب الاستثمارات لما توفره الحماية التشريعية لها لأنه لا يوجد حق بدون حماية . ولذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول منه الحماية القانونية داخل الجمعية العامة وفي المطلب الثاني الحماية القانونية خارج الجمعية العامة

المطلب الاول : الحماية القانونية داخل الجمعية العامة

ان الحماية القانونية للمساهم لا تقتصر فقط على حماية حقوقه المالية بل قد تتعدا الى الحقوق غير المالية وهي كثيره والتي تتمثل في حق المساهم في حضوره للجمعية العامة وحقة في التصويت على القرارات التي تتخذ في مجلس الادارة وكذلك له الحق في الاطلاع على الوثائق والسجلات الخاصة بالشركة . وعليه نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول حق المساهمين في حضور اجتماعات الجمعية العامة وفي الفرع الثاني منه حق المساهمين في التصويت والحصول على معلومات واهم صور الاطلاع على وثائق وسجلات الشركة .

الفرع الاول : حق المساهمين في حضور اجتماعات الجمعية العامة

يعد هذا الحق من الحقوق الاساسية بالنسبة لأقلية المساهمين في حضور اجتماعات الجمعية العامة ، وقد اكد قانون الشركات العراقي ذلك في نص المادة (92/ اولا) (في حالة الشركة المساهمة ، ينعقد اجتماع الجمعية العمومية بحضور الاعضاء الذين يملكون اكثرية الاسهم المكتتب بها والمسددة اقساطها المستحقة ، وفي حالة شركة محدودة المسؤولية ، ينعقد الاجتماع بحضور غالبية مالكي الاسهم المدفوعة اقساطها ، وفي حالة الشركة التضامنية ، بحضور غالبية الحصص . فاذا لم يكتمل النصاب القانوني للاجتماع يؤجل الاجتماع ، على ان يعقد في نفس اليوم من الاسبوع التالي ، ويعتبر النصاب القانوني مكتمل في الاجتماع الثاني اذا حضره من يمثله 25% خمسة وعشرين بالمائة من عدد الاسهم والحصص ، ويجوز للشركة ان تطلب من المسجل التغاضي عن تطبيق نسبة 25% خمسة وعشرين بالمائة كحد ادنى للنصاب القانوني ، اذا رأت بناءا على جدول اعمال الاجتماع وظروف اخرى ، ان الحد الادنى المطلوب لن يفيد مصالح المالكين عموما ، وقد يتطلب عقد الشركة شروطا اكثر صرامة من اجل تحقيق النصاب) . وقد بين قانون الشركات المصري كذلك في نص المادة (59) منه على (لكل مساهم الحق في حضور الجمعية العامة للمساهمين بطريق الاصالة أو الانابة ويشترط لصحة الانابة ان تكون ثابتة بموجب توكيل أو تفويض كتابي) [1]،اما فيما يخص انعقاد الاجتماع فبينت المادة (86) من قانون الشركات العراقي على ذلك حيث جاء فيه (تجتمع الجمعية العمومية للشركة المساهمة مرة واحد على الاقل في كل سنة ، وتجتمع الجمعيات العمومية لدى الشركات الاخرى مرة واحدة على الاقل كل سته اشهر) ، يتضح من النصوص اعلاه بان المشرع اجازة حضور الاجتماع في داخل الجمعية العمومية لجميع المساهمين وبغض النظر عن عدد الاسهم التي يمتلكها المساهم اصالة وممكن ان يكون حضور الاجتماع بالإنابة أو التوكيل عن شخص المساهم بشروط خاصة ، بالإضافة الى انعقاد الاجتماع مرة واحدة في السنة بالنسبة لشركة المساهمة اما باقي الشركات الاخرى فيكون الانعقاد كل ستة اشهر ، ومن الملاحظ علية كذلك من بان قانون الشركات العراقي قد اشترط تحقق حضور النصاب

المطلوب للاجتماع الاول في حالات كثيرة ومن ضمنها حالة دمج الشركة ولكن في الوقت نفسة لم يضع نصوص قانونية تحرم اقلية المساهمين من هذا الحق المتمثل بحضور الاجتماع في الشركات التجارية .

اذا كان للمساهم حق الحضور للجمعية العامة فيعني ان الشركة ملزمة بتبليغه شخصيا، حيث بينت المادة (88) من قانون الشركات العراقي طريقة التبليغ لحضور الاجتماع فقد نصت على ما يلي (في الشركة المساهمة تكون الدعوة لحضور اجتماع الهيئة العامة بنشر اعلان بها في النشرة وفي صحيفتين يوميتين وفي سوق قانوني للأوراق المالية ، وتكون الدعوة في الشركات الاخرى بكتب مسجلة ترسل الى الاعضاء على عناوينهم المثبتة في سجل الاعضاء او تبليغهم في مركز ادارة الشركة، على ان يحدد في الدعوة مكان الاجتماع وموعدة ، وعلى ان لا تقل المدة بين تاريخ الدعوة وموعد الاجتماع عن 15 خمسة عشر يوما) . من النص المتقدم يحق للأقلية في الشركات التجارية ومنها الشركة المدمجة حضور الاجتماع عن طريق الدعوة او التبليغ لهؤلاء الاقلية خلال خمسة عشر يوما .

لذلك تتحقق الحماية القانونية لأقلية المساهمين بالوقت الذي تكون فيه الموازنة قائمة بين مصالح الاغلبية والاقلية مكفولة في هذه الحالة ، فتكون الاقلية قد مارست حق الحضور والتصويت وهو تحقيق للشرط بعدم التعسف في مواجهتهم ومن الناحية الاخرى لم يعد المساهمون مهتمين لممارسة هذا الحق نظرا لوجود هيئات اخرى تقوم بهذا الحق بالنيابة عنهم بل اصبح هجر المساهمين للجمعيات العمومية امرا مألوفا[2].
والتساؤل الذي يمكن ان يكون حول هذا الموضوع هو انه هل يحق للأقلية ان ترفض قرارات الجمعية العامة عند اتخاذها في حال الاجتماع ؟ قد يحدث في بعض الاحيان ان يتم اتخاذ قرار قد يسيء للأقلية نتيجة المساس بحقوقها من قبل الاغلبية كالقرار الذي يسيء استعمال اموال الشركة ، او ممكن ان يتخذ قرار يصب في مصلحة الشركة ايضا تقوم الاقلية برفضة كالقرار الذي يزيد راس مال الشركة وبالتالي ممكن ان يصدر الاعتراض من قبل الاقلية على قرار يصب في مصلحة الشركة لخلاصها من الافلاس فتصبح الاقلية متعسفة ، غير ان الغالب في التعسف يتمثل من الاغلبية وهو الشائع في الشركات وبالأخص الشركة المساهمة [3] .

الفرع الثاني : حق المساهمين في التصويت والحصول على معلومات واهم صور الاطلاع على وثائق وسجلات الشركة

ان حق التصويت يرتبط بحق المساهم في حضور اجتماعات الجمعية العمومية ، فبغير حق التصويت لن يتحقق الحق في الحضور وهو المشاركة في ادارة الشركة والدفاع عن مصالحها المالية من جانب والرقابة على اعمال مجلس الادارة من جانب اخر بغرض حماية مصلحة الشركة [4] ، ان هذا الحق يجعل من الشركة بمثابة نموذج للمؤسسة الديمقراطية وبمقتضاها يتسنى للمساهم التعبير عن ارادته ولكن لا

يستعمل المساهم هذا الحق في الدفاع عن مصالحة الخاصة بل في الدفاع عن مصالح الشركة والا فيعد متعسفا في استعمال الحق ولهذا فيعد حق التصويت حق فردي من جانب وحق وضيفي وجماعي من جانب اخر وأيا كان طبيعة هذا الحق فقد اوجد لحماية المساهم من تعسف الاغلبية [5]. وان أي قرار يمس هذه الحقوق فيعد باطلا كما جاء في نص المادة (67/أ) من قانون الشركات المصري على انه (لا يجوز زيادة التزامات المساهمين ، ويقع باطلا كل قرار يصدر من الجمعية العامة يكون من شأنه المساس بحقوق المساهم الاساسية التي يستمدها بصفته شريكا). وقد نص قانون الشركات العراقي في المادة (97 / اولا) على انه (في الشركة المساهمة والمحدودة يكون لكل مساهم عدد من الاصوات يساوي عدد الاسهم التي يملكها) وفي نفس المادة (ثانيا) يكون (في الشركة التضامنية تحسب الاصوات على اساس نسبة حصة كل شريك من راس المال) ، في حين جاء في قانون الشركات المصري في نص المادة (127) بانه (لكل شريك الحق في حضور الجمعية العامة بطريق الاصالة أو ينيب عنة شريك اخر من غير المديرين في حضور الاجتماع والتصويت على القرارات مالم ينص عقد تأسيس الشركة على غير ذلك ..... ويكون لكل حصة صوت واحد ولو نص في عقد التأسيس على غير ذلك ويكون للشركاء الغائبين ان يصوتوا على قرارات الجمعية بالكتابة ..... وتصدر قرارات الجمعية العامة بأغلبية الاصوات مالم ينص القانون او عقد التأسيس على خلاف ذلك) وبحسب نص المادة (98) من القانون العراقي يكون التصويت علنا الا في المسائل الخاصة بانتخاب او اقالة رئيس مجلس الادارة او أي عضو فيه في الشركة المساهمة واعفاء المدير المفوض في الشركات الاخرى وكذلك اذا طلب ذلك عدد من الاعضاء يحملون ما لا يقل عن 10% عشر من المئة من الاسهم او الحصص الممثلة في الاجتماع ايان كان الموضوع التصويت بشأنه فيكون التصويت سريا .

فيما بينت المادة (178) من قانون الشركات الاردني على ان (لكل مساهم في الشركة المساهمة العامة كان مسجلا في سجلات الشركة قبل ثلاثة ايام من الموعد المحدد لأي اجتماع ستعقده الهيئة العامة الاشتراك في مناقشة الامور المعروضة عليها والتصويت على قراراتها بشأنها بعدد الاصوات يساوي عدد الاسهم التي يمتلكها اصالة ووكالة في الاجتماع). الملاحظ عليه من النصوص المتقدمة بانه يحق لكل مساهم في الشركة المساهمة او في أي شركة اخرى ومن ضمنها الشركة المدمجة ان يحضر اجتماعات الهيئة العامة اصالة او وكالة ومن حقه كذلك مناقشة تلك القرارات المتخذة والتصويت عليها داخل الهيئة العامة وبغض النظر عن عدد الاسهم التي يمتلكها داخل الشركة ولا يحق للأغلبية ان يتعسفوا في استعمال الحق ضد الاغلبية ويعتبر باطلا كل قرار يصدر عن الجمعية العادية او غير العادية من شانه ان يمس حقوق المساهم الاساسية التي يستمدها بصفته شريكا وفق احكام القانون او نظام الشركة وهذا البطلان يتمثل بحرمان المساهم من الاشتراك في الارباح او حرمانه من

الاولوية في الاكتتاب او حرمانه من التصويت على قرارات الجمعية العامة وغير ذلك.

ومن الامثلة الاخرى التي قد تؤدي الى تعسف الاغلبية على حساب الاقلية وهي حالة تعسف الاغلبية عند اتخاذها قرارا باندماج الشركة مع شركة اخرى بقصد تحقيق مصالح الاغلبية بنسبة كبيرة في راس مال الشركة الدامجة في حالة مساهمة الاغلبية بنسبة كبيرة في راس المال فان القرار في هذه الحالة يتضمن تحقيق مصالح الاغلبية في الشركة الدامجة على حماية الاقلية المساهمة في الشركة المندمجة . مما يشكل بالنتيجة تحقيق مكسب للأغلبية واضرار بمصالح الاقلية [6].

هذا ويقرر القانون العراقي وكبقية القوانين المقارنة بان لكل مساهم الحق في ان يعلم سلفا بما سوف يبحث في اجتماع الهيئة العامة من موضوعات وما يطرح من تقارير سواء عن طريق نشر هذه المعلومات في كراسات وارسالها الى المساهمين أو باطلاع المساهمين عليها في مركز الشركة او عن طريق الزام مجلس الادارة بأرسالها تلقائيا الى المساهمين او بناء عل طلبهم سواء تعلقت تلك التقارير او الوثائق بنشاطات تقوم بها الشركة او بمشاريع القرارات المقدمة لمجلس الادارة او بالبيانات المتعلقة بالمركز المالي للشركة[7] . والتساؤل الذي يمكن ان يقال بخصوص حقوق الاقلية في الاطلاع هل تكون شاملة ام تقتصر على جوانب معينة ؟ هناك خلاف بين الفقه والقضاء بخصوص هذا الحق فجانب من الفقه يدعوا الى التضيق على نطاق الاطلاع المقرر للمساهم والاقتصار على تقديم الحد الادنى من المعلومات وعدم السماح له بالاطلاع على السجلات والوثائق الا بتصريح يصدر من الهيئة العامة وشرط عدم افشاء الاسرار الخاصة بالشركة [8] ويستندون في رايهم هذا الى اسباب كثيرة لعل اهمها هي المحافظة على اسرار الشركة لان المساهم ليس لدية سوأ نسبة معينة من الاسهم ولا يهمه في هذا الجانب الا الربح بالإضافة الى عدم امتلاك الكثير من المساهمين الخبرات القانونية والمحاسبية التي تمكنهم من تدقيق الوثائق[9] اما بالنسبة الى الاتجاه الثاني من الفقه فيرى على العكس من الاتجاه الاول بضرورة اطلاع المساهمين وبشكل تفصيلي عن جميع المعلومات والتي تتمثل بطبيعة النشاط الخاص بالشركة والوسائل الضرورية في التهيئة التي تضمن للمساهم المشاركة في تقرير شؤون الشركة والرقابة على ادارة الشركة ، ان الاتجاه الثاني الاجدر بالتايد والدليل لان غالبية التشريعات الحديثة كالمشرع الفرنسي يأخذ بالمفهوم الواسع لنطاق الاطلاع في الحق المذكور للمساهمين بمبدأ الاطلاع ويبدو ان المشرع العراقي يأخذ بالاتجاهات الحديثة اذ يلزم الشركة بأعلام المساهمين اعلاما كاف بالإضافة الى حق الاطلاع على سجلات الشركة الا انه يعاب علية انه قد اغفل فرض الجزاء الصريح المترتب على مخالفة احكام حق الاطلاع [10] ان الوثائق والسجلات التي يتم الاطلاع عليها من قبل المساهمين تتمثل بما جاء في نصوص التشريع حيث جاء في نص المادة (157) من قانون الشركات المصري على انه (يكون للمساهمين حق الاطلاع على سجلات

الشركة او الحصول على صور او مستخرجات من وثائقها وبالشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية)[11] . وقد بينت نص المادة (274) بانه يحق للمساهم الاطلاع على وثائق الشركة (أ ـ لكل مساهم ولكل شريك في الشركات المسجلة بمقتضى احكام هذا القانون الاطلاع على المعلومات والوثائق المنشورة المتعلقة بالشركة والخاصة بها والمحفوظة لدى المراقب والحصول على بموافقة المراقب على صورة مصدقة عنها ، وان يحصل بطلب من المحكمة على صورة مصدقة عن أي بيانات غير منشورة مقابل الرسم المنصوص عليه في الانظمة الصادرة بمقتضى احكام هذا القانون . ب ـ لكل شخص الاطلاع على المعلومات المتعلقة بالشركات المسجلة ، اما الاطلاع على ملف الشركة المحفوظ لدى المراقب والحصول على صورة مصدقة من أي وثيقة منه فلا يتم الا بموافقة من المحكمة المختصة وتحت اشراف المراقب ومقابل الرسم المقرر) . اذن يحق لأقلية المساهمين ولكل مساهم في الشركة ان يطلع على المعلومات والوثائق الخاصة بالشركة وبالشكل التفصيلي من دون ان يكون الاطلاع على جزء من الوثائق والمعلومات لأنه حق لأقلية المساهمين مثلما هو حق للأغلبية وبالتالي لا يكون هناك أي منع ممكن ان يتخذ ضد الاقلية في مسئله الاطلاع على وثائق وسجلات الشركة والا كان بإمكان الاقلية ان ترفع دعوى على اساس المسؤولية المدنية .

المطلب الثاني : الحماية القانونية خارج الجمعية العامة

ان النصوص القانونية الموجودة في التشريع قد عملت على وجوب الحماية القانونية للمساهمين في الشركات كافة لكي تضمن حق المساهم في الحفاظ عليها وعدم الاعتداء او التجاوز عليها من قبل البعض ، لذلك عملت على حماية حقة من خلال الاعلام وايضا من خلال الرقابة . وعلية نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول منه حق المساهمين في الاعلام وفي الفرع الثاني يكون عن حق المساهمين في الرقابة والتفتيش.

الفرع الاول : حق المساهمين في الاعلام

يعد هذا الحق من الحقوق المهمة التي تخول المساهم في الحصول على المعلومات الازمة لضمان سير حسن استعمال باقي الحقوق الاخرى تلك التي كرسها المشرع للمعطيات الضرورية واللازمة حول الشركة وسيرها لكافة المساهمين ، ومن اجل ان يتمكنوا من ممارسة صلاحياتهم وحمايتها في اكمل وجه ممكن ، حيث يمنح المساهم في الحصول على قدر كافي من المعلومات عن الشركة وقد اعطي هذا الحق لعدم تمكن المساهم من الحصول على المعلومات بنفسة اذ يجب ان يقوم شخص اخر بتوفيرها له الا وهو مجلس الادارة[12]. ومن اجل اعطاء الثقة والوفاء لشخص المساهم فلابد من تمكينه في الحصول على قدر كاف من المعلومات بهدف الوصول الى اكبر قدر من الشفافية داخل الشركة ، وبالرجوع الى قاعدة النصوص التشريعية فان الوثائق التي يجب المساهم الاطلاع عليها في داخل الجمعية العامة قبل انعقادها

تختلف حسب نوع الجمعية [13] وهذا امر طبيعي ،فما دام المساهم يمارس حقة في الاعلام لكي يتخذ قرارات سليمة عن علم وداريه ، فان اتخاذ موضوع القرارات المتخذة يؤدي بالضرورة الى اختلاف الوثائق التي يطلع عليها المساهم لان كل جمعية لها صلاحياتها واختصاصاتها[14] ومن باب حماية حق الاعلام فقد فرضت التشريعات عقوبة على كل من يعتدي على حق المساهم من حرمانه من هذا الحق والذي يمكن ان يتصوروا من قبل الجهاز الاداري والاشخاص الاخرين داخل الشركة لانهم هم المسؤولون تجاه المساهم [15] فقد يسعى هؤلاء من حرمانه من حق الاعلام من خلال الانتقاص من هذا الحق من خلال تقليص الوثائق التي من حقة الاطلاع عليها او القيام بفرض قواعد وشكليات معقدة لا يمكن من خلاله ممارسة حقة[16] ولأجل حماية حق الاعلام لأقلية المساهمين يمكن لهؤلاء الاقلية اللجوء الى القضاء من اجل رفع دعوى قضائية على الاشخاص المتمثلة بمجلس الادارة والاخرين الذين منعوا الاقلية من اعطائهم او حصولهم على المعلومات والوثائق او السجلات الخاصة بالشركة والتي تعد حق للأقلية مثلما هي حق لبقية الاشخاص المساهمين الاخرين .

الفرع الثاني : حق المساهمين في الرقابة والتفتيش

على الرغم من وجود عبارة رقابة في العديد من النصوص التشريعية الا ان تلك القوانين لم تعط تعريفا محددا للرقابة ، لذلك دفع بعض الفقهاء الى تعريف للرقابة تتمحور حول سلطة القرار فتم تعريفها على انها تأثير فاعل على ادارة شركة ما أو سلطة القرار في الجمعيات العمومية او مجلس الادارة لإعطاء اوامر توجه الى الادارة[17]، لذلك فان الرقابة تأخذ صورة عديدة في الشركات فيمكن ان تكون رقابة المساهمين على ادارة مديري الشركة وتسمى (رقابة الادارة) أو رقابة مديري الشركة الحاصلة عبر ادارة هذه الشركة وتسمى (رقابة السيطرة) او (الرقابة الادارية) وان الفرق بينهما ليس جلي الوضوح لان الذي يملك رقابة الادارة يمكن له ان يمسك رقابة السيطرة [18] ومن صور الرقابة الاخرى الرقابة السابقة على تأسيس الشركة وتسمى بالرقابة الوقائية وهي رقابة تقوم على اجراءات التأسيس الخاصة بالشركة وكذلك هناك نوع اخر من الرقابة وتسمى بالرقابة اللاحقة لصدور شهادة التأسيس وتتمثل في الرقابة الداخلية وهي رقابة الهيئة العامة ومجلس الادارة والمدير المفوض ورقابة اخرى تسمى بالرقابة الخارجية تتمثل برقابة المفتش ورقابة مراقب الحسابات وتعتبر من اكثر الصور فاعلية لأنها تكشف عن التجاوزات المالية في الشركة التي يقوم بها مراقب الحسابات[19] ان دور مراقب الحسابات بحسب قواعد نصوص قانون الشركات العراقي واغلبية التشريعات تتمثل في البحث عن صحة وسلامة المعلومات والحسابات الخاصة بالشركة وقد جاء في نص المادة (136) من قانون الشركات العراقي على ان (على مراقب الحسابات ان يدلي براية حول الحسابات الختامية للشركة المساهمة امام هيئتها العامة ويجوز ذلك في الشركات الاخرى وفي كل الاحوال يجب ان يتناول رائي المراقب المسائل الاتية : اولا : مدى سلامة حسابات

الشركة وصحة البيانات الواردة في الحسابات الختامية ومدى السماح له بالاطلاع على المعلومات التي طلبها عن نشاط الشركة مع بيان راية في تقرير مجلس الادارة . ثانيا: مدى تطبيق الشركة للأصول الحسابية اللامرعية وبشكل خاص تلك المتعلقة بمسك الدفاتر والسجلات المحاسبية وعملية جرد الموجودات والتزامات الشركة ثالثا : مدى تعبير الحسابات الختامية عن حقيقة المركز المالي للشركة في نهاية السنة ونتيجة اعمالها رابعا : مدى تطابق الحسابات مع احكام هذا القانون وعقد الشركة خامسا : ما وقع من مخالفات لأحكام هذا القانون او عقد الشركة على وجه يؤثر في نشاطها او مركزها المالي مع بيان ما اذا كانت هذه المخالفات قائمة عند تدقيق الحسابات الختامية) وكذلك فقد جاءت في نص المادة (137) من القانون المذكور اعلاه (يسئل مراقب الحسابات عن صحة البيانات الواردة في تقريره بوصفة وكيلا عن الشركة في مراقبة وتدقيق حساباتها) وايضا قد بين قانون الشركات المصري دور مراقب الحسابات حيث جاء في نص المادة (105) من القانون على ان (للمراقب في كل وقت الحق في الاطلاع على جميع دفاتر الشركة وسجلاتها ومستنداتها وفي طلب البيانات والايضاحات التي يرى ضرورة الحصول عليها لأداء مهمته وله كذلك ان يحقق موجودات الشركة والتزاماتها ويتعين على مجلس الادارة ان يتمكن المراقب من كل ما تقدم وعلى المراقب في حاله عدم تمكينه من استعمال الحقوق المنصوص عليها اثبات ذلك كتابه في تقرير يقدمه الى مجلس الادارة ويعرض على الجمعية العامة ان لم يقم مجلس الادارة بتيسير مهمته[20] يتبين من النصوص المتقدمة في اعلاه ان للمساهم حق الرقابة على الاعمال الخاصة بالشركة حيث يقوم بالتأكد من حسن سير الشركة للمحافظة على مصلحته في الشركة وايضا تتمثل الرقابة على جدول الجرد والميزانية وحساب الارباح والخسائر وقائمة المساهمين ، وتقرير مجلس الادارة ، وتقرير مفوضي الرقابة ، والميزانية الموحدة ان وجد[21] ومن الواضح بان مهمة مراقب الحسابات لا تقتصر على مصلحة اغلبية المساهمين بل تتعدا الى مصلحة الاقلية ومصلحة الغير من الموظفين والمجتمع بأكمله .

هذا ولا تمتلك الهيئة العامة عزل مراقب الحسابات متى ارادت وكيفما شاءت وذلك لان دور مراقب الحسابات عند التعين يصبح مستقلا في مواجهة المساهمين الذين انتخبوه لذلك فهو مستقلا في عملة ويعمل لصالح الشركة ولو لم يكن كذلك لكان خاضعا لهيمنتهم وبالتالي لا يستطيع القيام بعملة كما يجب بسبب خضوعه لهم [22]

ومن اجل توفير الحماية القانونية لأقلية المساهمين فقد نظم قانون الشركات العراقي في الفصل الثالث من الباب الخامس موضوعا كاملا عن التفتيش حيث جاء في نص المادة (140) منه (تخضع الشركة للتفتيش من قبل مفتش ذي اختصاص او اكثر يختاره المسجل في وجود ادعاء مسبب بمخالفة الشركة لأحكام القانون او عقدها قرارات هيئاتها من احدى الجهات الاتية :

اولا : تعلق

ثانيا : اعضاء في الشركة يحملون 10% عشر من المئة في الاقل من قيمة الاسهم المكتتب بها او من حصصها .

ثالثا : عضو مجلس الادارة في الشركة المساهمة والمدير المفوض في الشركات الاخرى .

فيما بينت المادة (142) من القانون المذكور اعلاه المهام الملقاة على عاتقة حيث جاء فيه (اولا : يحدد المسجل مهام واطار عمل التفتيش بالتفصيل وكذلك طبيعة التقارير الواجب اعدادها حول ذلك) اما فيما يخص انتهاء عملة فقد جاءت في نص المادة (142 / ثانيا) على انه (يرفع المفتش المعين تقريره عن عملية التفتيش التي قام بها الى المسجل ، ويرسل المسجل نسخة من التقرير الى الشركة والى الشخص المسؤول عن الادعاء المشار اليه في المادة 140) [23] ان البعض من شراح قانون الشركات قد اعطاء هذا الدور للمسجل وللجهة القطاعية من خلال جعلها احدى الجهات التي ترسل اليها المعلومات بشكل مستمر وتمكينها من ممارسة دورها في الرقابة على سير نشاط الشركة والتدخل عند الضرورة لتوجيهها والتنبيه عليها وحسب الاحوال[24]

المبحث الثاني : الحماية القضائية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة

بالنظر لخلو معظم التشريعات المقارنة من نصوص تشريعية لحماية اقلية المساهمين في الشركات ، فقد حاول الفقه والقضاء اللجوء الى نصوص قانونية اخرى لحماية الاقلية تتثمل برفع دعوى قضائية على اغلبية المساهمين في الشركة المدمجة لأبطال التصرف الضار بمصالح الاقلية على اساس نظرية التعسف باستعمال الحق بوصف الاغلبية وهم ممثلو الشركة قد تعسفوا في استعمال حقهم في السيطرة لإصدار قرار ضار بالأقلية في الهيئة العامة في الشركة المدمجة [25] لذلك فبالإضافة الى الحماية التشريعية والحماية الادارية المتخذة لحماية الاقلية من التعسف من أي قرار متخذ من الاغلبية نجد ان هناك حماية من نوع اخر قد اعطيت لهذه الفئة من المساهمين وهي الحماية القضائية لان القاضي له دور كبير وفعال لحماية الاقلية من ضالة الاغلبية في استرجاع حقوقهم . وعلية نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول طلب بطلان قرارات الجمعية العامة للشركة المدمجة وفي المطلب الثاني يكون عن اليات الحماية القضائية للأقلية المساهمة .

المطلب الاول : طلب بطلان قرارات الجمعية العامة للشركة المدمجة

ان الجمعية العامة تمثل السلطة العليا في الشركة وانها تتمتع بسلطات واسعة في اتخاذ القرارات المتعلقة بالشركة ومع ذلك فيجب على الجمعية العامة ان تباشر سلطاتها

بحدود ما ينص عليه القانون او عقد الشركة والا فتكون قراراتها مخالفة للنظام العام او تتناقض مع طبيعة الشركة ومع ذلك فقد تتخذ الهيئة العامة قرارات تكون فيها قد خالفت النظام العام او عقد الشركة ، ولحماية مصالح المساهمين تقرر غالبية التشريعات حق الاعتراض على قرارات الهيئة العامة وتطلب بطلانها [26] وعليه نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول اسباب دعوى البطلان وفي الفرع الثاني عن احكام دعوى بالبطلان .

الفرع الاول : اسباب دعوى البطلان

القرارات التي تصدر من الجمعية العامة تصدر في الحدود التي قيدها او رسمها القانون لها او عقد نظام الشركة حيث تعد تلك القرارات ملزمة لجميع المساهمين سواء كانوا اقلية ام اغلبية وبغض النظر عن كون هؤلاء المساهمين قد حضروا الاجتماع ام لم يحضروا ووافقوا على القرار المتخذ ام لم يوافقوا ، فاذا كان القرار المتخذ مخالف لأحكام القانون او مخالف لعقد الشركة او نظامها او مشوب بالغش او اساءة استعمال السلطة فانة يكون قابل للبطلان من قبل المحكمة المختصة اذا يسمح المشرع لكل مساهم اقامة دعوى ببطلان كل قرار صادر من الجمعية العامة اذا كان مخالف للنظام او القانون او عقد التأسيس لمخالفة القواعد الشكلية او القواعد الموضوعية او تعسف الاغلبية [27] لذلك سنبحث اسباب دعوى البطلان في هذه الانواع الثلاثة:

اولا : بطلان قرارات الجمعية العامة لأسباب اجرائية (شكلية) : ان القرار المتخذ من قبل الجمعية العامة حتى يكون صحيحا لابد ان يتم باتباع الاجراءات الشكلية المعتمدة والا فيعد ذلك مخالفا للقواعد الشكلية ويؤدي الى الطعن بصحته ، هذا وقد حدد قانون الشركات العراقي الاجتماع العادي الذي يتطلب حضور الاكثرية وعند عدم تحقيق تلك النسبة يدعوا لاجتماع ثان في الاسبوع التالي ولا يكون صحيحا الا بحضور نسبة 25% من الاسهم ، وبين القانون كذلك ان تتم الدعوة من الهيئة العامة لجميع المساهمين من خلال النشر في صحيفتين يوميتين ، لهذا فان عدم مراعاه الشكلية فيما يتعلق بحضور الاجتماع ودعوة المساهمين ومخالفة الهيئة العامة لتلك القوانين يجعل قرارها مخالف للقواعد الشكلية مما يوجب البطلان . وايضا من مخالفات القواعد الشكلية الاتخاذ القرار المحدد في قانون الشركات هي صحة انعقاد اجتماعات الهيئة العامة ومخالفة القرارات المتخذة في الهيئة العامة ، ففيما يتعلق بإجراءات صحة انعقاد الهيئة العامة فقد بين القانون ذلك حيث جاء في نص المادة (92/ ثانيا) من القانون على انه لا بد ان (تصدر القرارات الخاصة بعقد الشركة او زيادة راس مالها او تخفيضه او دمجها او تحويلها او تصفيتها بأكثرية الاسهم المكتتب بها والمسدد اقساطها المستحقة) . واذا لم يتحقق النصاب في الاجتماع الاول فيؤجل الاجتماع الى الموعد نفسة في الاسبوع التالي ويعتبر النصاب متحقق في الاجتماع الثاني حتى لو حضر مساهم واحد على حسب بعض التشريعات غير ان الامر يختلف

فيما يتعلق بالمشرع العراقي الذي اوجب ان يتحقق النصاب حتى لو تم تأجيل الاجتماع الى اكثر من مرة الى ان يتحقق النصاب المتمثل بالأكثرية والسبب في ذلك لان تحقق الاكثرية يعدها من النظام العام[28] وفي حال عدم تحقيقها يجعل قرارها مخالف للشكلية التي توجب البطلان . اما نص قانون الشركات المصري فقد بينت المادة (60) منه على انه (يجب ان يكون مجلس الادارة ممثلا في الجمعية العامة بما لا يقل عن العدد الواجب توفره لصحة انعقاد جلساته وذلك في غير الاحوال التي ينقص فيها عدد اعضاء مجلس الادارة عن ذلك ولا يجوز التخلف عن حضور الاجتماع بغير عذر مقبول ، وفي جميع الاحوال لا يبطل الاجتماع اذا حضرة ثلاثة من اعضاء مجلس الادارة على الاقل يكون من بينهم رئيس مجلس الادارة او نائبة او احد الاعضاء المنتدبين للإدارة ، وذلك اذا توافر للاجتماع الشروط الاخرى التي تطلبها القانون واللائحة التنفيذية فاذا كان نصاب اجتماع المساهمين قانونيا ولم يتوافر نصاب مجلس الادارة في الاجتماع جاز للجمعية في هذه الحالة النظر في توقيع غرامة مالية على اعضاء مجلس الادارة الذين لم يحضروا بغير عذر مقبول ، فاذا تكرر غيابهم جاز للجمعية ان تنظر في عزلهم وانتخاب غيرهم ثم تدعى لاجتماع اخر ، وتنظم الاجراءات المتعلقة بحضور المساهمين الجمعية العامة في اللائحة التنفيذية) . اما قانون الشركات الاردني فقد جاء في المادة 170 منه يعتبر الاجتماع العادي للهيئة العامة قانونيا اذا حضر مساهمون يمثلون اكثر من نصف اسهم الشركة المكتتب فيها واذا لم يتوفر هذا النصاب بعد نصف ساعة من الاجتماع يوجه رئيس مجلس الادارة الهيئة العامة للانعقاد في اجتماع ثان يعقد خلال عشرة ايام من تاريخ الاجتماع الاول بإعلان ينشر في صحيفتين يوميتين وقبل موعد الاجتماع الاول بثلاثة ايام على الاقل ويعد الاجتماع قانونيا مهما كان عدد الاسهم الممثلة فيه . يلاحظ من النصوص المتقدمة بان قانون الشركات العراقي اشترط تحقق الاغلبية للاسهم المكتتب فيها والمسددة استحقاقاتها والبالغ نسبتها 25% من الاسهم وهو قريب ممكن من قانون الشركات الاردني حتى نكون اما عدم مخالفة للقواعد الشكلية في اتخاذ القرار الا ان الامر يختلف بعض الشيء بالنسبة الى قانون الشركات المصري الذي لم يحدد تلك النسب من الحضور واكتفى بحضور ثلاثة من اعضاء المجلس لتحقق النصاب .

ثانيا : بطلان قرارات الجمعية العامة لأسباب موضوعية (قانونية) : بالإضافة الى اسباب البطلان الناشئة عن مخالفة القواعد الشكلية لاتخاذ القرار فقد تصدر الجمعية العامة قرار يشكل مخالفة لقاعدة موضوعية غير تلك المتعلقة بالسلطات ومن امثلة مخالفة القواعد الموضوعية كان تقرر الجمعية العامة توزيع الارباح دون مراعاة اقتطاع الاحتياطي المفروض قانونا او ان تقرر الجمعية العامة زيادة راس المال دون اعمال حق الافضلية في الاكتتاب المقرر للمساهمين او المنع المطلق لتداول الاسهم او تتخذ قرار يلحق ضرر بمصلحة الشركة او ان تقوم الجمعية العامة بالاندماج مع شركة تعاني مصاعب مالية وغير ذلك من القرارات المتخذة التي تعد مخالفة

موضوعية، ومع كل ذلك قد تقرر الجمعية العامة تجاهلها واصدار قرار يتنافى مع ما تفتضيه النصوص القانونية لذلك اعطى المشرع للمساهم حق الطعن في هذه القرارات لا ستعاده حقوقه [29].

والتساؤل الذي يمكن ان يقال هو اذا تم تصحيح القرار المطعون فيه نتيجة لعيب شكلي اجرائي فيه قبل الحكم فما هو مصير الدعوى ؟ ان اغلبية التشريعات التجارية المقارنة لم يتناول التفرقة بين تصحيح القرار لوجود عيب شكلي او موضوعي فيه الا ان الفقه يرى بان يرفع البطلان بتصحيح العيب من خلال عقد جمعية عامة جديدة مشكلة تشكيلا صحيحا ، ويمتنع الحكم بالبطلان اذا لم يكن لعيب الشكل اثر على القرار المطعون فيه كان يصادق علية بالأغلبية التي يتطلبها نظام الشركة بعد ابطال الاصوات غير الصحيحة وتنطبق ذات الاوضاع على القرارات القابلة للأبطال [30].

ثالثا: البطلان الناشئ عن التعسف في استعمال حق الاغلبية : ان المشرع العراقي حالة حال بقية التشريعات الاخرى لم تور تعريف للتعسف في استعمال الحق وانما بين الحالات التي يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقة [31]. وعلى الرغم من ذلك فيمكن تعريفه بانه (الزام الشخص الذي يمارس حقا من حقوقه دون ان يتجاوز حدوده بتعويض الغير عن الضرر الذي ينشأ عن استعمال الحق على نحو ينحرف عن وظيفته الاجتماعية التي تحددها قيم المجتمع ومصلحته) [32] . من الملاحظ علية انه اذا كانت سلطة الاغلبية في اصدار القرارات الخاصة في الشركات بإدارة الشركة فيجب ان تمارس تلك السلطة في حدود القواعد التي حددها القانون او نظام الشركة او عقد تأسيسها فيمكن ان تصدر تلك القرارات لتحقيق فائدة لفئة معينة على حساب الاضرار بحقوق الفئات الاخرى وان كان فيه تحقيق للشركة فان هذه القرارات تكون قابلة للبطلان على اساس التعسف في استعمال الحق[33] . ومن الامثلة على التعسف في استعمال الحق القرار الذي تتخذه الاغلبية لمصلحة شركة منافسة تمتلك فيها هذه الاغلبية معظم اسهمها وكذلك القرار الذي يمنح لأعضاء مجلس الادارة مكافئات باهضه من شانها تخفيض نصيب الربح الذي يجب توزيعه على المساهمين تخفيضا كبيرا [34] ومن القرارات الاخرى كذلك التي تصدر من الاغلبية والذي قد يلحق ضرر بجميع المساهمين بما في ذلك الاقلية التي قد يلحقها الضر بدون مقابل وهي حالة الاندماج عندما تقرر الاغلبية اندماج الشركة مع شركة اخرى بشروط مجحفة بالشركة المندمجة ففي هذه الحالة يشترك جميع المساهمين بما فيهم الاغلبية والاقلية في تحمل الضرر الا انه اذا كان لمساهمي الاغلبية الفائدة في مصلحة الشركة الدامجة فانهم يستفيدون من القرار بصفتهم من الغير ومن ثم يتضمن الاندماج تحقيق لمصالح الاغلبية واضرار بمصالح الاقلية[35] . ويرى القضاء المصري انه من حق المساهم اللجوء الى القضاء في حال الغش او الخيانة او ارتكاب طرق احتيالية من شانها افساد قرارات الجمعية العامة فهذه الحالة لم يتوقعها المتعاقدون ولا القانون ويجب ان تتدخل المحكمة لحماية النظام ومصالح الاقلية [36] . لهذا كل تلك القرارات المتخذة وان كانت

تصب في مصلحة الاغلبية او الشركة ولكن في الوقت نفسه تسبب بضرر للأقلية ممكن ان تكون سبب في بطلان القرار نتيجة التعسف في استعمال الحق الذي يلحق ضرر بالأقلية.

الفرع الثاني : احكام دعوى البطلان

يترتب على الحكم بطلان قرارات الجمعية العامة واعتبار القرار كان لم يكن بالنسبة لجميع المساهمين ، هذا وقد حدد قانون الشركات العراقي في نص المادة (96/ ثالثا) منه على ان (لكل عضو في الهيئة العامة حق الطعن لدى المسجل في سلامة الاجراءات المتخذة من تاريخ الدعوة للاجتماع على تاريخ صدور القرارات وذلك خلال ثلاثة ايام من تاريخ انتهاء الاجتماع ، وعلى المسجل ان يبت في الطعن خلال سبعة ايام من تاريخ تقديمة والغاء تلك الاجراءات ان كانت غير موافقة للقانون والزام الشركة بإعادتها مجددا ويكون قرارة بهذا الشأن نهائيا) . اما قانون الشركات المصري فقد اورد نصا مغايرا لما جاء به المشرع العراقي حيث جاء في نص المادة (76) من قانون الشركات المصري على انه (مع عدم الاخلال بحقوق الغير حسنى النية يقع باطلا كل قرار يصدر من الجمعية العامة بالمخالفة لأحكام القانون او نظام الشركة . وكذلك يجوز ابطال كل قرار يصدر لصالح فئة معينة من المساهمين او للأضرار بهم او لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الادارة او غيرهم اعتبارا لمصلحة الشركة . ولا يجوز ان يطلب البطلان في هذه الحالة الا المساهمون الذين اعترضوا على القرار في محضر الجلسة او الذين تغيبوا عن الحضور بسبب مقبول ويجوز للجهة الادارية المختصة ان تنوب عنهم في طلب البطلان اذا تقدموا بأسباب جدية . ويترتب على الحكم بالبطلان اعتبار القرار كان لم يكن بالنسبة الى جميع المساهمين وعلى مجلس الادارة نشر ملخص الحكم بالبطلان في احدى الصحف اليومية وفي صحيفة الشركات. وتسقط دعوى البطلان بمضي سنة من تاريخ صدور القرار ولا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار مالم تامر المحكمة بذلك). ووضح قانون الشركات الاردني في نص المادة (183) من القانون مدى اعتبار القرارات الصادرة من الهيئة العامة ملزمة لكافة المساهمين حيث جاء في نص المادة (أ ـ تعد القرارات التي تصدر من الهيئة العامة للشركة باي اجتماع تعقده بنصاب قانوني ملزمة لمجلس الادارة ولجميع المساهمين الذين حضروا الاجتماع والذين لم يحضروا ، شريطة ان تكون تلك القرارات قد اتخذت وفقا لأحكام هذا القانون والانظمة الصادرة بمقتضاه . ب ـ تختص المحكمة بالنظر والفصل في أي دعاوي قد تقدم للطعن في قانونية أي اجتماع تعقده الهيئة العامة او الطعن في القرارات التي اتخذتها فيه على ان لا يوقف الطعن تنفيذ أي قرار من قرارات الهيئة العامة ، الا اذا قررت المحكمة خلاف ذلك ولا تسمع الدعوى بذلك بعد مضي ثلاثة اشهر على عقد الاجتماع) .

يتضح من النصوص المتقدمة بان قانون الشركات العراقي يجيز لكل عضو او أي شخص لدية مصلحة حق الطعن من قرارات الهيئة العامة لدى المسجل اولا لتسوية قرار الاعتراض فاذا لم يفلح يحق للشخص الطعن امام القضاء على وفق قانون الشركات قبل التعديل ويلاحظ بان المشرع في هذا الجانب لم يميز بمن له حق تقديم الطعن بين المساهمين سواء كانوا حاضرين ام غائبين او من المعترضين او من الموافقين او غيرهم وبالتالي يحق لكل هؤلاء حق تقديم الطعن[37] . بينما يذهب قانون الشركات المصري على غير ذلك حيث سمح فقط للمساهمين الذين تغيبوا عن الحضور لسبب مقبول او الذين اعترضوا على القرار وقاموا بتثبيت ذلك في محضر الجلسة ، هؤلاء فقط يحق لهم تقديم الطعن . ويرى بعض الفقه في ذلك لان اشتراط قبول رفع الدعوى من هذه الفئه فقط يعد بمثابة مكافاة لها لكونها الفئة الجادة منها وغير ذلك يعني خلق شيء من التهاون والتوكل لدى المساهمين في امور الشركة ومتابعة شونها لكونهم سوف يستفيدون من طلب باقي المساهمين الخاص بأبطال قراراتهم الضارة بمصالحهم ، ويعني ذلك ان اثر الحكم بالبطلان شامل يعدم القرار في مواجهة جميع المساهمين[38] . هذا وان المشرع العراقي قد قصر مدة الطعن في قرارات الهيئة العامة حيث الزم ان تقدم خلال ثلاثة ايام من تاريخ اتخاذه وعلى المسجل اصدار قرارة خلال سبعة ايام من تاريخ تقديم الطعن ويكون قرارة قطعي ونهائي ، مما يعني ليس هناك مجال للطعن امام أي جهة قضائية حتى وان كانت المحكمة القضائية المختصة على وفق قانون الشركات الحالي .

ويرى البعض من الفقه ان سلوك المشرع لهذا الشيء هو لدواعي السرعة في حسن الامور وبما يؤدي الى استقرار المعاملات ، وعلى الرغم من التبرير لهذا الحكم الا انه محل نظر لأنه وان كان الهدف من وراءه استقرار المعاملات التي تستدعي تحديد قصر مده الطعن الى انها لا تصل الى الامعان في تقصير هذه المدة وبالكيفية الواردة في القانون العراقي حيث انه ليس يسير على غالبية المساهمين رغم الاقرار لهم بحق الاطلاع واكتشاف المخالفات خلال هذه المدة اليسيرة [39]. اما سقوط دعوى البطلان على وفق قانون الشركات المصري فقد حدد بمضي سنه من تاريخ صدور القرار وكما نص في القانون نفسة على جواز رفع دعوى البطلان خلال سنه من تاريخ العلم بالقرار المخالف للقانون وبذلك يكون قد اتفقت المادتين على مده السقوط وهي سنة واختلفتا في تاريخ بدء احتساب هذه السنة فالأولى تبدا من تاريخ صدور القرار والثانية حددت بداية السنة من تاريخ العلم بالقرار[40] . وهي مدة طويل جدا مما يجعل قرارات الشركة غير مستقرة ومعرضة للطعن حتى بعد تنفيذها . اما عن مدة الطعن على راي المشرع الاردني فقد جعلها ثلاثة اشهر وهي مدة معقولة وتعطي الاستقرار للشركة بالإضافة الا انها تكون مدة كافية للمتضرر بالطعن من تلك القرارات .

المطلب الثاني : اليات الحماية القضائية للأقلية المساهمة

بعدما كان هناك رفض لتدخل القضاء في حياه الشركة لأنصاف الاقلية من القرارات التي تصدر من الاغلبية المساهمة والذي بدورة ينظر الى القرار لتحقيق مصلحته على حساب البعض الاخر ، اصبح هناك اجماع على ضرورة تدخل القضاء لحماية الاقلية المساهمة في الشركة المدمجة من أي ممارسة تعسفية من قبل الاغلبية المساهمة ، لذلك فقد اجتهد القضاء بوسائل عديدة لحماية الاقلية وفي سبيل ذلك منح المساهم بعض الحقوق الفردية او الخاصة ومنع مجلس الادارة والمساهمين الاخرين من المساس بها[41] وعلية نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول حق اقلية المساهمين في الاعتراض على قرارات الجمعية العامة وفي الفرع الثاني يكون عن حق اقلية المساهمين في دعوى التعويض قضائيا .

الفرع الاول : حق اقلية المساهمين في الاعتراض على قرارات الجمعية العامة

ان القرار الذي يصدر من الجمعية العامة او الهيئة العامة اذا كان موافقا للقانون ومستوفيا للشروط التي نص عليها القانون او عقد الشركة او عقد تأسيسها على وفق الإجراءات الشكلية والموضوعية فان تلك القرارات تكون ملزمة لكافة المساهمين سواء كانوا اغلبية ام اقلية وسواء كانوا حاضرين في الاجتماع ام غائبين ام معترضين. وعلى ضوء ذلك فهل يحق لهؤلاء الاقلية ان يطعنوا او يعترضوا على القرار الصادر من الجمعية العامة باعتبار ان تلك القرارات ممكن ان تضر الاقلية ولا تعبر عن مصالحهم ؟ بالرجوع الى التشريعات نجد بان المشرع العراقي في قانون الشركات قد نص في المادة (100) منه على ان (لحملة 5% خمسة من المائة لاسهم الشركة الاعتراض على قرارات الهيئة العامة لدى المسجل خلال سبعة ايام من تاريخ اتخاذها وعلى المسجل اصدار قرارة خلال 15خمسة عشر يوما من تاريخ الاعتراض، ويكون قرارة قابلا للطعن امام محمة البداءة المختصة خلال سبعة ايام من تاريخ التبليغ به وعلى المحكمة النظر في الاعتراض على وجه الاستعجال ويكون قرارها باتا) . اما قانون الشركات المصري فقد اكتفا بالأخذ بفكرة التعسف في استعمال الحق ، التي اجازت ابطال كل تصرف من قرار يصدر لمصلحة فئة على حساب فئة معينة او الاضرار بهم لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الادارة او الغيرهم دون اعتبار لمصلحة الشركة مما يؤدي الى ان يشكل صعوبة للأقلية في اثبات التعسف باعتبار تلك القرارات عندما صدرت كانت مستوفية للشروط كافة [42] . لذلك فالمشرع المصري كان قد نص في المادة (10) من قانون سوق راس المال على ان (لمجلس اداره الهيئة العامة بناء على اسباب جدية يبديها عدد من المساهمين الذين يملكون 5% على الاقل من اسهم الشركة وبعد التثبت وفق قرارات الجمعية العامة للشركة التي تصدر لصالح فئة معينة من المساهمين او للأضرار بهم او لجلب نفع

خاص لأعضاء مجلس الادارة او غيرهم . وعلى اصحاب الشأن عرض طلب ابطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور القرار ، فاذا انقضت المدة دون اتخاذ هذا الاجراء اعتبر الوقف كان لم يكن)[43] . ومن خلال ما تقدم من نصوص التشريعات المقارنة يتبين لنا بان المشرع العراقي مثلا قرر الحق للأقلية التي تمتلك نسبة 5% من اسهم الشركة الاعتراض على قرارات الهيئة العامة لدى المسجل خلال سبعة ايام وبشرط ان يثبتوا هؤلاء الاقلية ان هناك ظلما ومساسا بالحق قد الحقهم وبالتالي يكون لهم الاعتراض لدى محكمة البداءة المختصة ، وعلى المحكمة ان تنظر في الاعتراض وعلى وجه الاستعجال ويكون قراراها باتا .في حين بين المشرع المصري في قانون سوق راس المال بان المساهمين الذين يملكون 5% على الاقل من اسهم الشركة وبعد التثبيت وفق قرارات الجمعية العامة والذي صدر لصالح فئة معينة على حساب الفئة الاخرى او حصل ضرر بهم او نفع خاص للبعض الاخر عرض طلب ابطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور القرار فاذا انقضت المدة دون طلب التحكيم اعتبر الوقف كان لم يكن .

يلاحظ ان قانون سوق راس المال المصري كان قد الغى نظام التحكيم الاجباري لصدور حكم بعدم دستوريته وخيرا فعلت المحكمة الدستورية في حكمها هذا لان المشرع بما ضمنه في المادة (52) من القانون يكون قد فرغ هذا النظام من اهم فوائده وهي سرعة الفصل في المنازعات المطروحة علية بما نص علية من امكانية الطعن على الاحكام الصادرة بطريق الاستئناف مما يترتب علية من بطء في اجراءات التقاضي[44] . وبالتالي يجب اعطاء الاقلية حق الاعتراض على قرارات الجمعية العامة التي تصدر من قبلها ان كانت تصب بالنسبة الاكبر لصالح الاغلبية ولا يجوز اقصاء الاقلية متى كانت تلك الاقلية ان تؤثر في الشركة .

الفرع الثاني : حق اقلية المساهمين في دعوى التعويض قضائيا

بينا فيما سبق بانه يحق للأقلية المساهمة ان تطلب ابطال القرارات التعسفية الصادرة بحقهم وان ترفع دعوى قضائية تطالبهم بالتعويض على اساس القواعد العامة التي تقضي بان كل من سبب ضرر للأخر ان يلزم بالتعويض على اساس المسؤولية . لذلك فيقصد بالدعوى التي يرفعها المساهم هي تلك الدعوى التي يقيمها الشريك المساهم مطالبا بحقة الشخصي والتي تتمثل بضياع حقة في التصويت على قرارات الجمعية العامة او منعه من الحضور وكذلك الدعوى التي تقيمها الاقلية المعترضة عند قيام الاغلبية ببيع الشركة حيث تملك الاقلية ان تطلب التخارج من الشركة وذلك عن قيام الشركة نفسها بشراء حصة الاقلية[45] . ويحق لهؤلاء ان يطالبوا بالتعويض على اساس الضرر . ويقصد بالتعويض الضرر الناتج عن القرارات التعسفية الصادرة من الاغلبية بحق الاقلية .نتيجة استعمال الغش او الاحتيال او مخالفه القانون او النظام

الاساسي للشركة والمتمثل بجبر الضرر الناتج عن الاخلال بالمساواة بين مساهمين الاغلبية بالأقلية ، لهذا يجب ان يرد هؤلاء الاغلبية ما حصلوا علية من مزايا ومبالغ مادية وان يعاد توزيع هذه المبالغ على المساهمين جميعا بمعنى انه يتمثل الفرق بين الحسابات المتقابلة لمساهمي الاغلبية ومساهمي الاقلية[46]. ولكن هذا التعويض يستلزم لا مكان الحكم به ان يثبت المضرور ان ضررا محققا قد لحق به جراء مخالفة قرار الجمعية العامة وعلى المضرور ان يثبت مقدار الضرر الواقع علية ، وهنا لا يمكن اغفال الصعوبات العديدة التي تجعل الحكم بالتعويض امرا صعبا فضلا عن مسئله اثبات الضرر وقدرة ، الا انه وحسب السلطة التقديرية المتروكة للقضاء يمكن ان تحدد من هو المسؤول الحقيقي على ذلك القرار عن طريق البحث عن المستفيد من اصدار القرار وعندما يحدد فانهم يتحملون المسؤولية الكاملة عن التعويض طالما كانت هناك علاقة سببية بين القرار التعسفي والضرر المتحقق [47] . هذا وقد اعطت معظم التشريعات المقارنة حق المساهم في المطالبة بالتعويض حي نصت المادة (119/ اولا) من قانون الشركات العراقي على انه (لا يسمح لرئيس مجلس ادارة الشركة او لأي عضو من اعضاء المجلس بالانتفاع من أي مصالح له ، مباشرة كانت او غير مباشرة في صفقات او عقود تبرم مع الشركة الا بعد الحصول على اذن بذلك من الجمعية العمومية يعتمد على قيامة بالكشف عن طبيعة هذه المصالح ومداها ، ويعتبر رئيس مجلس ادارة الشركة او عضو مجلس ادارتها مسؤولا امام الشركة عن أي ضرر يصيب الشركة بسبب خرق هذه المادة ، ولا يعفى الامتثال لأحكام هذه المادة من المسؤولية المنصوص عليها في الفقرة ثالثا من المادة 4) . فيما بينت نص المادة (102) من قانون الشركات المصري على انه (لا يترتب على أي قرار يصدر من الجمعية العامة سقوط دعوى المسؤولية المدنية ضد اعضاء مجلس الادارة بسبب الاخطاء التي تقع منهم في تنفيذ مهمتهم واذا كان الفعل الموجب للمسؤولية قد عرض على الجمعية العامة بتقرير من مجلس الادارة او مراقب الحسابات فان هذه الدعوى تسقط بمضي سنة من تاريخ صدور قرار الجمعية العامة بالمصادقة على تقرير مجلس الادارة ، ومع ذلك اذا كان الفعل المنسوب الى اعضا مجلس الادارة يكون جناية او جنحة فلا تسقط الدعوى الا بسقوط الدعوى العمومية .....) وقد نصت المادة (135) من القانون المصري على المطالبة بالتعويض حيث بينت (..... ويحكم القضاء بالتعويضات لا صحاب الشأن ان كان لها مقتضى ، ويكون للمبالغ المحكوم بها امتياز على سائر موجودات الشركة المندمجة). اما قانون الشركات الاردني فقد جاء في نص المادة (157/ أ) على انه (رئيس واعضاء مجلس ادارة الشركة مسؤولون اتجاه الشركة والمساهمين والغير عن كل مخالفة ارتكبها أي منهم او جميعهم للقوانين والانظمة المعمول بها ، ولنظام الشركة او عن أي خطا في ادارة الشركة ولا تحول موافقة الهيئة العامة على ابراء ذمة مجلس الادارة من دون الملاحقة القانونية لرئيس واعضاء مجلس الادارة) . وبالنتيجة تستطيع اقلية المساهمين بالرجوع على اغلبية المساهمين والمتمثلين بمجلس الادارة او الغير

بالتعويض . ولكن ما هو طبيعة التزام التعويض هل هو تعاقدي ام تقصيري بمعنى هل قائم على اساس المسؤولية العقدية ام التقصيرية ؟ هناك من يذهب من الفقه الى انه يقوم على اساس المسؤولية العقدية باعتبار ان الحق المتعسف فيه قد نشأ من التزام عقدي وان القرار التعسفي قد صدر عن مخالفة التزام بتنفيذ العقود بحسن النية وبما لا يتفق مع نية المشاركة التي تقوم عليها الشركة [48]

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث وبعد دراسة الحماية القانونية لأقلية المساهمين في الشركة المدمجة نورد اهم ما توصلنا الية من نتائج وتوصيات على النحو الاتي :

اولا : النتائج

1- توصلت الدراسة ان من حق اقلية المساهمين في الشركات التجارية ومنها الشركة المدمجة ان تطالب بحقوقها المرسومة لها على وفق القانون ونظام الشركة وعقد تأسيسها بالحضور لاجتماعات الجمعية العامة وحق المناقشة والتصويت على قرارتها ولا يحق للأغلبية الاعتراض على ذلك .

2- توصلت الدراسة كذلك ان من حق الاقلية المساهمة في الشركة المدمجة ان تعترض على قرارات الجمعية العامة في حالة اتخاذها اذا كانت تلك القرارات ممكن ان تؤدي الى التعسف في استعمال الحق من قبل الاغلبية المساهمة على حساب الاقلية المساهمة حتى وان كانت اتخاذ تلك القرارات تصب في مصلحة الشركة او مصلحة الاغلبية لكنها ممكن ان تؤدي الى اقصاء الأقلية.

3- توصلت الدراسة ايضا بان التشريعات المقارنة وعلى راسهم المشرع العراقي يلزم اصحاب القرار في الشركة المدمجة اطلاع المساهمين كافة ومن ضمنهم الاقلية على كافة الوثائق والسجلات والمستندات الخاصة بالشركة وبشرط عدم افشاءها للغير .

4- توصلت الدراسة ايضا بان القرارات المتخذة من قبل الجمعية العامة ممكن ان تؤدي الى بطلانها اذا كانت مخالفة لقواعدها الشكلية او الموضوعية وكذلك ممكن ان تكون سببا في تدخل القضاء اذا استخدمت طرقا احتيالية قائمة على اساس الغش او الاساءة او التدليس ضد مصالح الاقلية في افساد قرارات الجمعية العامة.

5- توصلت الدراسة ان المشرع العراقي قد جعل مدة الطعن في القرارات الصادرة من قبل الشركة قصيرة جدا مقارن بالمشرع المصري والمشرع الاردني حيث تعد المدة الموضوعة من قبل المشرع الاردني وهي مدة ثلاثة اشهر مدة معقولة وكافية تسمح للمتضرر خلالها من الطعن بتلك القرارات .

6- واخيرنا توصلت الدراسة بانه يحق لكل مساهم في الشركة المدمج ان يطالب بالتعويض من خلال رفع دعوى قضائية على المتسبب بالضرر على اساس المسؤولية العقدية .

ثانيا : التوصيات :

1- ندعوا المشرع العراقي الى وضع نصوص قانونية تعاقب الاشخاص الذين يمنعون الاقلية المساهمة من الاطلاع على وثائق وسجلات الشركة .

2- ندعوا التشريعات التجارية المقارنة الى وضع نصوص قانونية تعالج تصحيح القرار المطعون فيه نتيجة وجود عيب شكلي او موضوعي فيه لكي يتم رفع البطلان منه وعدم ترك الامر الى الجمعية العامة بذلك .

3- ندعوا المشرع العراقي الى النهج على ما سار علية المشرع المصري فيما يتعلق بمسألة الطعن بالقرارات الصادرة من الهيئة العامة وجعلها مقصورة على الاشخاص الذين اعترضوا على القرار وسجل ذلك في محضر الجلسة او الذين تغيبوا عن الحضور لسبب مشروع .

4- هناك فراغ تشريعي على مستوى المشرع العربي فيما يتعلق بالنسبة الى لرقابة تعسف الاغلبية والسبب في ذلك للسيطرة على هذا النوع من قبل القطاع العام .

الهوامش

1- **انظر : نص المادة (92/ اولا) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل ، تقابلها نص المادة (59) من قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 المعدل وكذلك نص المادة ( ) من قانون الشركات الاردني رقم22 لسنة 1992 المعدل .**

2- **انظر : حمادة مصطفى عازب ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد (1) ، الجزء الاول ، 2016، ص116.**

3- **نقلا عن الاستاذة بن عزوز فتحية ، حماية الاقلية في شركة المساهمة ، رسالة ماجستير ، جامعة ابي بكر بلقايد – تلمسان ، كلية الحقوق ، الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية، 2007 – 2008 ، ص 96.**

4- **نقلا عن : الاستاذة . خولة احمد السليطي ، حماية اقليات المساهمين في صفقات الدمج الاستحواذ في ضوء التشريعات والانظمة القانونية القطرية ، رسالة ماجستير ، جامعة قطر، كلية القانون ، 2017 ، هامش رقم 4 ، ص14.**

5- **انظر :د. علي فوزي الموسوي ، حماية الاقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي بحث منشور على الموقع الالكتروني https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=2132، تاريخ الدخول 2020/2/20 .**

6- **انظر : د. عبد الفضيل محمد احمد ، حماية الاقلية من القرارات التعسفية الصادرة من الجمعيات العامة ، دار الفكر ، القاهرة ، ص 52.**

7- انظر : الاستاذ .فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهم في الشركة المساهمة ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2012، ص 210.

8- انظر :د. محمد صالح ، شركات المساهمة في القانون المصري والقانون المقارن ، مطبعة جامعة فؤاد الاول ، القاهرة ، 1949، ص 276.

9- انظر :د. احمد ابراهيم البسام ، الشركات التجارية في القانون العراقي ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 1967. ص 110.

10- انظر : الاستاذ . فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهم في الشركة المساهمة ، مرجع سابق ، ص 213 – 214.

11- هذا وان المشرع العراقي في قانون الشركات لم يبين او يحدد الوثائق والسجلات التي يحق للمساهم الاطلاع عليها مما يعني ان النصوص التشريعية بخصوص هذا الموضوع جاءت مطلقة وبالتالي يكون للمساهم الاطلاع على كل الوثائق والسجلات بدون استثناء أي الحرية في الاطلاع على الكل بدون استثناء .

12- نقلا عن الاستاذ . قاسي عبدالله هند ، الحقوق المرتبطة بالسهم ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر - يوسف بن خدة ، كلية الحقوق ، 2017– 2018، هامش رقم (1) وهامش رقم (2) ، ص 184 .

13- انظر : الاستاذ بن عومر ابراهيم والاستاذ لوناسي عبد المالك ، حماية المساهم في شركة المساهمة في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة احمد دراية ادرار ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم الحقوق ، 2015– 2016، ص 35. .

14- انظر : د. علي الزيني ، اصول القانون التجاري ، الجزء الثاني ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، 1945، ص65.

15- انظر : فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهم في الشركة المساهمة ، مرجع سابق ، ص217.

16- نقلا عن الاستاذ . بن عومر ابراهيم والاستاذ. لوناسي عبد المالك ، حماية المساهم في شركة المساهمة في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 36.

17- نقلا عن الدكتور . ماجد مزيحم ، شركة الهولدنغ في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية ، دون دار ومكان نشر ، ص 148.

18- انظر : د. علي حسن يونس ، الوسيط في الشركات التجارية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1965، ص 43.

19- نقلا عن الدكتور . علي فوزي الموسوي ، حماية الاقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي ، مرجع سابق، ص34.

20- انظر : نص المادة (105) من قانون الشركات المصري ، تقابلها نص المادة (193) من قانون الشركات الاردني حيث جاء فيه يتولى مدققو الحسابات مجتمعين او منفردين القيام بما يلي :

أ - مراقبة اعمال الشركة .

ب ـ تدقيق حساباتها وفقا لقواعد التدقيق المعتمدة ومتطلبات المهنة واصولها العلمية والفنية.

ج ـ فحص الانظمة المالية والادارية للشركة وانظمة المراقبة الداخلية لها والتأكد من ملائمتها لحسن سير اعمال الشركة والمحافظة على اموالها.

د ـ التحقق من موجودات الشركة وملكيتها لها من قانونية الالتزامات المترتبة على الشركة وصحتها.

ه ـ الاطلاع على قرارات مجلس الادارة والهيئة العامة والتعليمات الصادرة عن الشركة واي بيانات يتطلب عملهم ضرورة الحصول عليها .

و ـ أي واجبات اخرى يتطلب على مدقق الحسابات القيام بها بموجب هذا القانون وقانون تدقيق مهنة تدقيق الحسابات والانظمة الاخرى .

ز ـ يقدم مدققو الحسابات تقريرا خطيا موجها للهيئة العامة وعليهم او من ينتدبونه ان يتلو التقرير امام الهيئة العامة .

21- انظر : د. الياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية الشركة المغفلة الاسهم ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ـــ بيروت ، 2004، ص328 .

22- انظر : د. محمد علي طه ، الشخصية المعنوية للشركة التجارية ، الطبعة الثانية ، مصر ، 2001 ، ص 42.

23- انظر : نص المادتين (140 ــ 142) من قانون الشركات العراقي تقابلها نص المادة (159 و159 و160) من قانون الشركات المصري .

24- نقلا عن الدكتور فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهم في الشركة المساهمة ، مرجع سابق ، هامش رقم 2 ص 237.

25- انظر: د. هادي عنيد حسان ، مدى مسؤولية الشركة القابضة عن التزامات شركاتها التابعة، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2019 ، ص 144.

26- انظر: د. فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهمين في الشركة المساهمة ، مرجع سابق ، ص 237.

27- انظر : د. عزيز العكيلي ، الشركات التجارية في القانون الاردني ، دار الثقافة ، عمان ، 1995، ص392.

28- انظر : د. فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهمين في الشركة المساهمة ، مرجع سابق ، ص 241 – 242.

29- انظر : د . قاسي عبدالله هند ، الحقوق المرتبطة بالسهم في شركة المساهمة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ـ بن يوسف بن خده ، كلية الحقوق ، 2017 – 2018 ، ص309.

30- انظر : الاستاذ . عبد السلام قاسم علي الشرعي ، حقوق المساهمين في شركات المساهمة ووسائل حمايتها ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ــ القاهرة، 2018، ص299.

31- ان المادة السابعة من القانون المدني العراقي رقم لسنة 1951 قد بينت الحالات التي يحصل فيها التعسف في استعمال الحق وهي كالاتي :

1- من استعمل حقة استعمالا غير جائز وجب علية الضمان .

2- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الاتية :

أ ــ اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير .

ب ـ اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج ـ اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة .

32- انظر : د .عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، القانون المدني ، مصادر الالتزام الجزء الاول ، بغداد ، 1980 ، ص 229.

33- انظر : د . احمد بركات مصطفى ، حماية اقلية المساهمين في الشركة المساهمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص48.

34- نقلا عن الدكتور . فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهمين في الشركة المساهمة ، مرجع سابق ، هامش رقم 2 و 3 من صفحة 251.

35- انظر : د . عبد الفضيل محمد احمد ، حماية الاقلية من قرارات اغلبية المساهمين في الجمعيات العامة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد الاول ، السنة الاولى ،1986، والعدد الثاني ، السنة الثانية ، 1987، ص 63.

36- انظر : د .احمد بركات مصفى ، مرجع سابق ، ص 52.

37- انظر : د . فاروق ابراهيم جاسم ، مرجع سابق ، ص 259.

38- نقلا عن الاستاذ .عبد السلام قاسم علي الشرعي ، حقوق المساهمين في شركات المساهمة ووسائل حمايتها ، مرجع سابق ، ص 300.

39- انظر : د .فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهمين في شركات المساهمة ووسائل حمايتها، مرجع سابق ، ص260.

40- انظر : الاستاذ . عبد السلام قاسم علي الشرعي ، مرجع سابق ، ص 301.

41- انظر : الاستاذ .بن عزوز فتحية ، حماية الاقلية في شركة المساهمة ، مرجع سابق ، ص138 – 139.

42- نقلا عن الاستاذ . عبد السلام قاسم علي الشرعي ، حقوق المساهمين في شركات المساهمة ووسائل حمايتها، مرجع سابق ، هامش رقم (2) في صفحة 303.

43- انظر : انص المادة (10) من قانون سوق راس المال المصري رقم 95 لسنة 1992 المعدل .

44- نقلا عن الاستاذ ز عبد السلام قاسم علي . هامش رقم 2و 3 في صفحة 305.

45- انظر : د. المعتصم بالله المرياني ، حوكمة شركات المساهمة ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، 2002 ، ص180.

46- انظر : د. علي فوزي الموسوي ، حماية الاقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي ، مرجع سابق ، ص39.

47- نقلا عن الدكتور ، هادي عنيد حسان ، مدى مسؤولية الشركة القابضة عن التزامات شركاتها التابعة ، مرجع سابق ، هامش رقم 2 و 3 من صفحة 241.

48- نقلا عن الدكتور. علي فوزي الموسوي ، حماية الاقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي ، مرجع سابق ، هامش رقم 1 و 2 من صفحة 40.

المصادر والمراجع

اولا : الكتب

1- احمد بركات مصطفى ، حماية اقلية المساهمين في الشركة المساهمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

2-احمد ابراهيم البسام ، الشركات التجارية في القانون العراقي ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 1967.

3- علي الزيني ، اصول القانون التجاري ، الجزء الثاني ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، 1945.

4- علي حسن يونس ، الوسيط في الشركات التجارية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1965.

5- عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، القانون المدني ، مصادر الالتزام الجزء الاول ، بغداد ، 1980 .

6- عبد الفضيل محمد احمد ، حماية الاقلية من القرارات التعسفية الصادرة من الجمعيات العامة ، دار الفكر ، القاهرة .

7- عبد السلام قاسم علي الشرعي ، حقوق المساهمين في شركات المساهمة ووسائل حمايتها ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ــ القاهرة ، 2018.

8- عزيز العكيلي ، الشركات التجارية في القانون الاردني ، دار الثقافة ، عمان ، 1995.

9- فاروق ابراهيم جاسم ، حقوق المساهم في الشركة المساهمة ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2012.

10- الياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية الشركة المغفلة الاسهم ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ــ بيروت ، 2004.

11- المعتصم بالله المرياني ، حوكمة شركات المساهمة ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، 2002.

12- محمد علي طه ، الشخصية المعنوية للشركة التجارية ، الطبعة الثانية ، مصر ، 2001 .

13- محمد صالح ، شركات المساهمة في القانون المصري والقانون المقارن ، مطبعة جامعة فؤاد الاول ، القاهرة ، 1949.

14- ماجد مزيحم ، شركة الهولدنغ في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضرائبية ، دون دار ومكان نشر .

ثانيا : الرسائل والاطاريح

1- بن عزوز فتحية ، حماية الاقلية في شركة المساهمة ، رسالة ماجستير ، جامعة ابي بكر بلقايد ـ تلمسان ، كلية الحقوق ، الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية ، 2007 ـ 2008 .

2- بن عومر ابراهيم والاستاذ لوناسي عبد المالك ، حماية المساهم في شركة المساهمة في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة احمد دراية ادرار ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ـ قسم الحقوق ، 2015ـ 2016.

3- خولة احمد السليطي ، حماية اقليات المساهمين في صفقات الدمج الاستحواذ في ضوء التشريعات والانظمة القانونية القطرية ، رسالة ماجستير ، جامعة قطر ، كلية القانون ، 2017 .

4- قاسي عبدالله هند ، الحقوق المرتبطة بالسهم في شركة المساهمة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ـ بن يوسف بن خده ، كلية الحقوق ، 2017 ـ 2018 .

5- هادي عنيد حسان ، مدى مسؤولية الشركة القابضة عن التزامات شركاتها التابعة ، اطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 2019.

ثالثا : المقالات والابحاث

1 ـ حمادة مصطفى عازب ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، العدد (1) ، الجزء الاول ، 2016.

2 ـ عبد الفضيل محمد احمد ، حماية الاقلية من قرارات اغلبية المساهمين في الجمعيات العامة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، العدد الاول ، السنة الاولى ،1986، والعدد الثاني ، السنة الثانية ، 1987.

3 ـ علي فوزي الموسوي ، حماية الاقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي بحث منشور على الموقع الالكتروني https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=2132، تاريخ الدخول 2020/2/20.

رابعا : القوانين

1- قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل

2- قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 المعدل

3- قانون الشركات الاردني رقم 22 لسنة 1997 المعدل

4- قانون سوق راس المال المصري رقم 95 لسنة 1992 المعدل

دور الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية في ضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية في العراق

The role of the General Authority to monitor the allocation of federal imports in ensuring the local government's collection of financial revenues in Iraq

الباحث محمد ستار جبار

الباحث محمد ستار جبار
أ.د رحيم حسين موسى
كلية القانون/ جامعة ميسان
Muhammad Star Jabbar
Prof: Rahim Hussein Musa
University of Misan College of Law

الملخص

منح دستور جمهورية العراق لسنة 2005 المحافظات غير المنتظمة في إقليم حق الحصول على إيرادات اتحادية, وهو ما يُعدُّ أمراً ضرورياً لمساعدة هذه المحافظات على القيام بالأعباء الملقاة على عاتقها في ظل استقلالها الإداري والمالي عن الحكومة الاتحادية, وهذا ما يقتضي أن يحاط الحق المذكور بضمانات معينة تكفل مراقبة مصادر هذه الإيرادات وتوزيعها بصورة عادلة وشفافة بين المحافظات غير المنتظمة في إقليم, الأمر الذي تطلب إنشاء هيأة عامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

Abstract:

The Constitution of the Republic of Iraq for the year 2005 granted governorates that are not organized in a region the right to obtain federal revenues, which is necessary to help these governorates carry out the burdens incumbent upon them in light of their administrative and financial independence from the federal government, and this requires that the said right be surrounded by certain guarantees that guarantee Monitor the sources of these revenues and distribute them fairly and transparently between the governorates that are not organized in a region, which required the establishment of a public body to monitor the allocation of federal imports.

المقدمة

أولا: موضوع البحث

بَعِدَ التغيير السياسي والدستوري الذي حصل في العراق سنة 2003, والذي طال شكل الدولة ونظامها السياسي, منح دستور جمهورية العراق لسنة 2005 المحافظات غير المنتظمة في إقليم حق الحصول على حصص عادلة من الإيرادات الاتحادية, وهذه الإيرادات تشكل حقاً دستورياً للمحافظات غير المنتظمة في إقليم وليس منحاً تملك الحكومة الاتحادية إعطاءها أو حجبها عن تلك المحافظات, مع ذلك لا يُعدُّ هذا كافياً بحد ذاته ما لم يحاط بضمانات معينة تكفل توزيع هذه الإيرادات بصورة عادلة وشفافة بين المحافظات غير المنتظمة في إقليم, وهو ما اقتضى إنشاء هيأة عامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

ثانياً: أهمية البحث

تَكمَّن أهمية البحث في دور الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية في ضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية في العراق من خلال بيان الأهداف التي أنيطت بهذه الهيأة, وكيفية مشاركة ممثلي المحافظات غير المنتظمة في إقليم في عضوية هذه الهيأة, كي تتمكن من مراقبة حجم الإيرادات الاتحادية وتوزيعها بصورة عادلة وشفافة بين المحافظات غير المنتظمة في إقليم.

ثالثاً: مشكلة البحث

تتمحور مشكلة البحث في دور الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية في ضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية في العراق حول التساؤلات الآتية:

1- هل التزم المشرع العراقي بأهداف الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية المنصوص عليها دستورياً عند تقنينه أهداف هذه الهيأة في قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية؟

2- هل منح المشرع العراقي المحافظات غير المنتظمة في إقليم صلاحية المشاركة باتخاذ قرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية؟

3- هل نَظَمَ المشرع العراقي مسألة الطعن بقرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية؟

رابعاً: منهج البحث ونطاقه

سنتبع في بحثنا لدور الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية في ضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية في العراق المنهج الوصفي التحليلي من خلال إستعراض النصوص الدستورية والقانونية المنظمة لهذا الدور وتحليلها في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة 2005 وقانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 والقوانين الأخرى ذات العلاقة بالموضوع, وقد استخدمنا مصطلح الحكومة المحلية للدلالة على المحافظة غير المنتظمة في إقليم لكون المشرع العراقي (مجلس النواب) استخدم ذات المصطلح في البند (حادي عشر) من المادة (1) من قانون رقم (19) لسنة 2013 قانون التعديل الثاني لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008, والذي يقصد به (المجالس والوحدات الإدارية), فضلاً عن إنَّ هذا المصطلح الأكثر شيوعاً في الوقت الحاضر, مع الإشارة إلى أن المقصود بالحكومة المحلية (هيئة محلية تتمتع بالاستقلال وتمارس الاختصاصات الموكلة لها قانوناً داخل حدود المحافظة تحت إشراف ورقابة السلطة المركزية).

خامساً: خطة البحث

بغية الوصول إلى الأهداف المرجوة لهذا البحث ارتأينا تقسيم الدراسة فيه على مطلبين, تناول أولهما تشكيل الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية وأهدافها وذلك في فرعين, خصص الأول لبحث تشكيل الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية, وأفرد الثاني لبحث أهداف الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

أما المطلب الثاني فقد كُرس لدراسة الآليات التي تتبعها الهيأة لضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية والطعن بقرارتها وذلك في فرعين, بين أولهما الآليات التي تتبعها الهيأة العامة لضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية, وتضمن ثانيهما الطعن بقرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

ثم أعقبناهما بخاتمة تضمنت أبرز الاستنتاجات والتوصيات التي تمخض عنها البحث.

المطلب الأول

تشكيل الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية وأهدافها[1].

يُعدُّ وجود الهيئات المستقلة ذات الطبيعة الرقابية ضمانة ناجعة لمصالح الوحدات المكونة للنظام الاتحادي في الدولة, وهذا ما حرص عليه المشرع الدستوري في العراق عند تأسيسه للهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية[2], وذلك بهدف ضمان الاستخدام الأمثل للإيرادات المالية الاتحادية التي تشكل الإيرادات النفطية فيها أكثر من 92%, والتحقق من عدالة توزيع المنح والمساعدات والقروض الدولية بموجب استحقاق الأقاليم والمحافظات, وكذلك ضمان الشفافية والعدالة عند تخصيص الأموال لحكومات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

ومن أجل تحقيق ذلك أوجب المشرع أن يكون تشكيل هذه الهيئة وفقاً لآلية محددة, بالشكل الذي تستطيع من خلاله تحقيق الأهداف التي أُسست من أجلها هذه الهيئة, وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبين في الفرع الأول تشكيل الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية, وفي الفرع الثاني أهداف الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

الفرع الأول

تشكيل الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية

أوجب دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (106) منهُ أن تتكون هذه الهيئة من خبراء الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات وممثلين عنها, وذلك من أجل التحقق من عدالة توزيع المنح والمساعدات والقروض الدولية بموجب استحقاق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم, والاستخدام الأمثل للموارد المالية الاتحادية واقتسامها, وضمان الشفافية والعدالة عند تخصيص الأموال لحكومات الأقاليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم, على أن يتم تنظيم ذلك بموجب قانون ينظم ويحكم تفاصيل عمل هذه الهيئة, وقد أصدر المشرع العراقي قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017[3], والذي عالج في المادتين (4) و(7) منه تشكيل هذه الهيأة من حيث رئاسة الهيأة والخبراء والممثلين فيها, إذ نصت المادة (4) من هذا القانون على أن (1- يرأس الهيأة موظف من ذوي الخبرة والاختصاص وحاصل على شهادة جامعية أولية في الأقل, وله خدمة فعلية لا تقل عن (15) خمس عشرة سنة, ويتقاضى راتب ومخصصات وكيل وزير خلال فترة اشغاله المنصب, وهو المسؤول عن تنفيذ أعمالها ويمارس الرقابة على أنشطتها وتشكيلاتها وسائر شؤونها الإدارية والمالية وفقاً للقانون. 2- لرئيس الهيأة نائب من ذوي الخبرة والاختصاص وحاصل على شهادة جامعية أولية في الأقل, وله خدمة فعلية في مجال عمله لا تقل عن (15) خمس عشرة سنة, ويتقاضى راتب

ومخصصات مدير عام. 3- تكون مدة تعيين رئيس الهيأة ونائبه (5) خمس سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة).

في حين نصت المادة (7) من هذا القانون على أن يكون (أولاً: للهيأة عدد من الخبراء وممثلين وفق الآتي: 1- ممثلي الحكومة الاتحادية يسميهم ويحدد عددهم مجلس الوزراء على أن لا يزيد على ثلاثة أعضاء. 2- ممثلي الإقليم والمحافظة غير المنتظمة في إقليم يسميهم ويحدد عددهم مجلس الوزراء في الإقليم أو مجلس المحافظة غير المنتظمة في إقليم على أن لا يزيد على خبير وممثل واحد عن كل محافظة بما فيها المحافظات المنتظمة في إقليم. 3- يكون ممثلو الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظة غير المنتظمة في إقليم المنصوص عليهم في الفقرتين (1) و(2) من البند (أولاً) من هذه المادة غير متفرغين للعمل في الهيأة ويؤدون مهامهم إضافة إلى وظائفهم. 4- للهيأة الاستعانة بعدد من الخبراء. ثانياً: يشترط في الخبير وممثل الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظة غير المنتظمة في إقليم المنصوص عليهم في البند (أولاً) من هذه المادة أن يكون موظفاً حاصلاً على شهادة جامعية أولية في الأقل ومن ذوي الخبرة والاختصاص في الأمور المالية أو الاقتصادية أو القانونية أو الإدارية مدة لا تقل عن(10) عشر سنوات).

من خلال قراءة النصين المذكورين آنفاً ندرج الملاحظات الآتية:

أ- جعل القانون للهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رئيساً ونائباً للرئيس إلا أنهُ لم يبين الآلية التي بموجبها يتم تعيينهم, فهل هو من اختصاص مجلس الوزراء أم مجلس النواب أم إنَّ الأثنين معاً يشتركان في ذلك؟, وهذا ما قد يشكل عائقاً لمجلس الوزراء عند قيامه بتنفيذ هذا القانون[4], ونحنُ نرى أن يكون هذا التعيين من خلال ترشيح رئيس الهيأة ونائبه من قبل مجلس الوزراء ومصادقة مجلس النواب على ذلك طالما أنَّ هذه الهيأة مرتبطة بمجلس النواب[5].

ب- اشترط القانون في كل من رئيس الهيأة ونائبه أن يكون موظفاً من ذوي الخبرة والاختصاص, ولم يحدد هذه الخبرة والاختصاص في أي مجال, فهل هو المجال المالي أو المحاسبي أو القانوني أو الإداري أو اختصاص آخر, وهذا يمثل اشكالية وصعوبة في اختيار رئيس الهيأة ونائبه, ونحنُ نرى أن يكون رئيس الهيأة من ذوي الخبرة والاختصاص في الشؤون المالية, ونائب رئيس الهيأة من ذوي الخبرة والاختصاص في الشؤون المحاسبية لضمان نجاح عمل الهيأة لأنها تمارس عمل مالي رقابي بحت.

جـ- منح القانون كل مجلس محافظة من المحافظات غير المنتظمة في إقليم صلاحية تسمية وتحديد عدد ممثلي المحافظة, وكان الأجدر بالمشرع العراقي حصر ترشيح ممثل كل محافظة من المحافظات غير المنتظمة في إقليم بالمحافظ بعد مصادقة مجلس المحافظة عليه, لكون الأخير يختص بممارسة مهام تشريعية ورقابية[6].

د- جعل القانون تمثيل كل محافظة من المحافظات غير المنتظمة في إقليم في هذه الهيأة بخبير وممثل واحد, وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يقتصر هذا التمثيل على ممثل فقط دون الخبير لأن ذلك سيزيد من عدد العاملين في هذه الهيأة من جانب, ومن جانب آخر إنَّ الخبير سيقتصر دوره على تقديم الخبرة والرأي الفني في مجال عمله ولا يدافع عن مصالح المحافظة التي رشحته.

ومما لا شك فيه إنَّ اشراك المحافظات غير المنتظمة في إقليم في الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية من خلال ممثليها, سيكون لهُ دوراً مهماً في معرفة مقدار الإيرادات المالية التي تخصص لكل محافظة من المحافظات غير المنتظمة في إقليم(7).

وقد أسس قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية عدة تشكيلات إدارية داخل هذه الهيأة, إذ أنشأ الدائرة الإدارية والمالية والقانونية والشؤون الفنية والمتابعة(8), ويدير كل دائرة من هذه الدوائر موظف بعنوان مدير عام حاصل على شهادة جامعية أولية في الأقل ومن ذوي الخبرة والاختصاص ولهُ خدمة فعلية في مجال عمله مدة لا تقل عن (15) خمس عشرة سنة(9).

ولهذه الهيأة مجلس إدارة يرأسهُ رئيس الهيأة وعضوية نائب الرئيس والمديرون العامون, ويجتمع المجلس مرة واحدة في الأقل كل شهر بدعوة من رئيسه أو ممن يخوله, ويكتمل النصاب القانوني لاجتماع المجلس بحضور أغلبية أعضائه ويتخذ قراراته بالاتفاق أو بالأكثرية وإذا تساوت الأصوات يُرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس(10).

وفي تقديرنا إنَّ المشرع العراقي لم يكن موفقاً بإبعاده ممثلي الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم عن عضوية مجلس إدارة الهيأة لأن قرارات الهيأة ستتخذ من قبل مجلس الإدارة وبالتالي فإنّ ذلك يمثل ضرراً لمصالح الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

الفرع الثاني

أهداف الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية

لكل هيأة من الهيئات المستقلة التي نص عليها دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في الفصل الرابع منهُ أهداف محددة تعمل على تحقيقها, ومن هذه الهيئات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية, إذ نصت المادة (2) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017على أنه (يهدف هذا القانون إلى مراقبة تخصيص الواردات الاتحادية من خلال التحقق من: أولاً/ عدالة توزيع تخصيصات الواردات الاتحادية حسب استحقاق الأقاليم والمحافظات غير

المنتظمة في إقليم. ثانياً/ عدالة توزيع المنح والمساعدات والقروض الدولية مع مراعاة الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة حسب استحقاق الأقاليم والمحافظات).

ومن قراءة نص المادة أعلاه نلاحظ إنَّ المشرع العراقي لم يكن دقيقاً عند تحديده أهداف الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية, إذ لم يتطرق إلى الهدف الثالث لهذه الهيأة والمتمثل بالتحقق من الاستخدام الامثل للموارد المالية الاتحادية واقتسامها, والمنصوص عليه في المادة (106/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005, فطالما أنَّ النفط والغاز هو ملك لكل الشعب العراقي في كل الأقاليم والمحافظات[11], والذي تشكل إيراداته ما نسبته 92% من الإيرادات الاتحادية, فمن حق الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم معرفة كيفية استخدام هذه الإيرادات بما يحقق مصالحها من خلال ممثليها في هذه الهيأة.

وقد حدد القانون أعلاه مصادر الإيرادات الاتحادية, إذ نصت المادة (9) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 على أنه (تتحقق الواردات الاتحادية من المصادر الآتية: أولاً/ مبيعات النفط والغاز والثروات المعدنية الأخرى العائدة للدولة والواردات الناتجة عن العقود النفطية والغازية من الشركات الوطنية والاجنبية وعقود الاستثمار والضرائب المباشرة وغير المباشرة والتي تمول الموازنة العامة الاتحادية وأية واردات أخرى تنص عليها القوانين الاتحادية. ثانياً/ المنح والمساعدات الدولية. ثالثاً/ الواردات التي تستحصل اتحادياً أو لصالح الحكومة الاتحادية من الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم).

ويلاحظ على نص المادة (9) من هذا القانون إنَّ المشرع العراقي قد أغفل عن الإشارة إلى القروض الدولية كمصدر من المصادر التي تتكون منها الإيرادات الاتحادية, رغم أنَّ دستور جمهورية العراق لسنة 2005 قد أشار لهذا المصدر بصورة صريحة في المادة (106/أولاً) منه, إذ تمثل القروض مصدراً من مصادر الإيرادات الاتحادية التي تلجأ إليها الدولة عند ضعف مواردها المالية.

المطلب الثاني

الآليات التي تتبعها الهيأة لضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية والطعن بقرارتها

من أجل تحقيق الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية لأهدافها, فإنَّ من الضروري أن تكون لديها آليات محددة تمكنها من تحقيق ما أنيط بها من أهداف, وهذا بدون أدنى شك لايتم إلا من خلال مجموعة قرارات تتخذها هذه الهيأة مع الجهات المختصة بذلك, الأمر الذي يتطلب أن تكون هذه القرارات خاضعة للطعن في حال إذ كانت غير ملبية لمصالح المحافظات غير المنتظمة في إقليم, وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبين في الفرع الأول الآليات التي تتبعها الهيأة العامة لضمان تحصيل

الحكومة المحلية للإيرادات المالية, وفي الفرع الثاني الطعن بقرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

الفرع الأول

الآليات التي تتبعها الهيأة العامة لضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية

وقد نص قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات رقم (55) لسنة 2017 في المادة (3) منهُ على أن الهيأة تسعى لتحقيق أهداف هذا القانون بالوسائل الآتية:

أولاً: القيام بالتحقق من عدالة توزيع الواردات الاتحادية عند إعداد مشروع الموازنة العامة الاتحادية وصحة احتساب توزيع تخصيصات الواردات الاتحادية والمنح والمساعدات والقروض الدولية وفقاً للأسس والمعايير والمؤشرات التي تحدد بنظام وتقدم تقاريرها النهائية إلى مجلس النواب.

ثانياً: متابعة عملية تمويل مبالغ التخصيصات من وزارة المالية والإجراءات التنفيذية المتخذة لاحتساب حصة كل إقليم أو محافظة غير منتظمة في إقليم من المنح والمساعدات والقروض الدولية.

ثالثاً: مفاتحة الجهات المعنية لتزويد الهيأة بأي من الكتب والمراسلات والتأييدات المتعلقة باختصاص الهيأة والإجابة على كل ما يتعلق بالتخصيصات والتمويلات.

رابعاً: التحري والتقصي لمعرفة الواردات المتأتية للحكومة الاتحادية وتفاصيل مكوناتها ومصادرها.

خامساً: استضافة ممثل أي وزارة تقتضي الحاجة لحضوره لغرض المشورة والاستئناس برأيه.

وفي تقديرنا إنَّ أهم وسيلة منحت لهذه الهيأة من أجل تحقيق أهدافها هي الوسيلة المنصوص عليها في البند (أولاً) من المادة (3) من هذا القانون, على الرغم من عدم دقة صياغة عجز البند (أولاً) من المادة أعلاه, إذ كان الأجدر بالمشرع العراقي صياغة عجز البند (أولاً) من المادة أعلاه وفقاً للشكل الآتي (..... وفقاً للمعايير الدستورية المنصوص عليها في المادة (121/ ثالثاً) من الدستور)[12].

الفرع الثاني

الطعن بقرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية

على الرغم من أهمية الوسائل التي منحت لهذه الهيأة ودورها في تحقيق أهدافها, إلاّ أنَّ ذلك لا يمنع من أن ينشأ خلافاً بين هذه الهيأة والحكومة الاتحادية, فقد ترى هذه الهيأة أثناء إعداد مشروع الموازنة العامة الاتحادية إنَّ الإيرادات الاتحادية يتم توزيعها بين المحافظات غير المنتظمة في إقليم بصورة غير عادلة أو إنَّ وزارة التخطيط الاتحادية تحدد حصة كل محافظة غير منتظمة في إقليم من التخصيصات الاتحادية

دون أن تراعي في ذلك المعايير الدستورية المنصوص عليها في المادة (121/ثالثاً) من الدستور, فقانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 لم ينص على آلية معينة لحل مثل هكذا خلاف في حال وجوده, فضلاً عن ذلك فإنه سبق وإن تطرقنا إلى أنَّ هذه الهيأة تتخذ قرارتها من خلال مجلس إدارة الهيأة بالاتفاق أو بالأكثرية, وقد تكون هذه القرارات غير ملبية لمصالح الحكومة الاتحادية أو الإقليم أو المحافظات غير المنتظمة في إقليم وفيها غبناً لحقوقها, فهل يمكن أن تطعن الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم بقرارات هذه الهيأة؟

إنَّ الإجابة على ذلك تكون بالقول أنَّ قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 لم ينظم مسألة الطعن بقرارات هذه الهيأة من قبل الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم, وهذا يُعدُّ أمراً مستغرباً, فمن غير المقبول أن تكون قرارات هذه الهيأة باتة وملزمة للحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم, وكان الأجدر بالمشرع العراقي تخصيص الفصل السادس من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 لموضوع الطعن بقرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية, وأن يُقدم هذا الطعن للمحكمة الاتحادية العليا من أجل الفصل فيه[13].

وعلى الرغم مما تقدم ظل قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 حبراً على ورق, إذ لم يتخذ مجلس الوزراء الإجراءات اللازمة لتنفيذ هذا القانون, على الرغم مما نص عليه القانون من أنه ينفذ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية[14].

الخاتمة

بَعِدَ أن انتهينا من بحث (دور الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية في ضمان تحصيل الحكومة المحلية للإيرادات المالية في العراق) فإنَّ هناك بعض الاستنتاجات والتوصيات التي ترشحت إلينا من خلال البحث, ونوجزها بما يأتي:

أولاً: الاستنتاجات

1- إنَّ المشرع الدستوري بإنشائه الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية يكون قد أوجَد ضمانة هامة للمحافظات غير المنتظمة في إقليم من أجل حصولها على الإيرادات الاتحادية بصورة عادلة وشفافة.

2- إنَّ المشرع العراقي قد قنَّنَ أهداف الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية في قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة

2017, إلا أن هذه الأهداف جاءت بصورة غير مُطابقة للأهداف التي التي أنيطت بهذه الهيأة دستوريا.

3- أغفَلَ المشرع العراقي عند تحديده مصادر الإيرادات الاتحادية في قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية الإشارة إلى القروض الدولية, على الرغم من إشارة الدستور إلى هذا المصدر بصورة صريحة وواضحة.

4- أبعد المشرع العراقي عن عضوية مجلس إدارة الهيأة الذي يختص باتخاذ قرارات الهيأة ممثلي المحافظات غير المنتظمة في إقليم.

5- لم ينظم المشرع العراقي مسألة الطعن بقرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية عند تنظيمه أحكام قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

ثانياً: التوصيات

1- ضرورة قيام مجلس النواب بإضافة بند (ثالث) إلى المادة (2) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 ينص على التحقق من الاستخدام الأمثل للموارد المالية الاتحادية واقتسامها.

2- نوصي مجلس النواب بتعديل البند (أولاً) من المادة (8) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017, ونقترح أن يكون بالشكل الآتي (للهيأة مجلس إدارة يرأسه رئيس الهيأة وعضوية نائب الرئيس وممثلي الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم).

3- نوصي بتعديل البند (ثانياً) من المادة (9) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 ليصبح بالصيغة التالية: المنح والمساعدات والقروض الدولية.

4- نقترح إضافة فصل إلى قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 يُخصص للطعن بقرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية, ونقترح أن يكون بالشكل الآتي:

أ- للحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم حق الطعن بقرارات الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية.

ب- للهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية حق الطعن بقرارات مجلس الوزراء المتعلقة بتوزيع الإيرادات الاتحادية بين المحافظات.

جـ- تقدم هذه الطعون للمحكمة الاتحادية العليا للفصل فيها.

قائمة المصادر

أولاً: الرسائل الجامعية

- عقيل لفتة حبيب, الاختصاصات الدستورية والقانونية للمحافظات غير المنتظمة في اقليم وفقاً لدستور جمهورية العراق لعام 2005, رسالة ماجستير, كلية القانون, جامعة القادسية, 2018.

ثانياً: الدساتير

- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

ثالثاً: القوانين

- قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017.

الهوامش

1- يخلط دستور جمهورية العراق لسنة 2005 بين مفهوم الإيرادات والواردات, إذ يشير الأول إلى المبالغ المالية, أما الثاني فيشير إلى إستيراد السلع والخدمات من الخارج, وهذا المفهوم استعملهُ المشرع الدستوري للدلالة على الموارد المالية, ينظر في ذلك: عقيل لفتة حبيب, الاختصاصات الدستورية والقانونية للمحافظات غير المنتظمة في إقليم وفقاً لدستور جمهورية العراق لعام 2005, رسالة ماجستير, كلية القانون, جامعة القادسية, 2018, ص 59.

2- المادة (106) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

3- قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017 والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد (4443) في 2017/4/17.

4- المادة (80/ ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

5- المادة (1) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017.

6- المادة (2/ أولا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 المعدل.

7- عقيل لفتة حبيب, مصدر سابق, ص 56.

8- المادة (5/ أولاً/ ثانياً) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017.

9- المادة (6) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017.

10- لمادة (8/ أولاً/ ثانياً/ ثالثاً) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017.

11- المادة (111) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

12- إذ نصت المادة (121/ ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على أن (تخصص للأقاليم والمحافظات حصة عادلة من الإيرادات المحصلة اتحادياً, تكفي للقيام بأعبائها ومسؤولياتها, مع الأخذ بعين الاعتبار مواردها وحاجاتها, ونسبة السكان فيها).

13- **إذ نصت المادة (93/ ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على أنه (تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: ثالثاً/ الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية, والقرارات والأنظمة والتعليمات, والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية , ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء, وذوي الشأن, من الأفراد وغيرهم, حق الطعن المباشر لدى المحكمة).**

14- **المادة (15) من قانون الهيأة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية رقم (55) لسنة 2017.**

الوصاية الإدارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية

دراسة مقارنة (فرنسا ، الأردن)

Administrative tutelagecontrol and its impact on the independence of localAuthorities.

A comparative study (French, Jordanian)

عبد الرحمن العرمان

عبد الرحمن العرمان
كلية الحقوق جامعة جرش / الاردن
بوقرط ربيعة
كلية الحقوق جامعة الشلف / الجزائر
Dr Abdel Rahman Sa'ed Al ali Alarman
Associate Professor Faculty of Law, Jerash University
Dr Boukortt Rabia
Professor at Faculty of Law, Chlef University, Algeria
rabiaboukortt@hotmail.fr
Drabbadi@yahoo.com

الملخص :

تنصب هذه الدراسة حول الوصاية الادارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والاردني ،ذلك انه نتيجة لتطور وظيفة الدولة الحديثة حيث لم تعد تلك الدولة الحارسة ،بل أصبحت تتدخل في شتى المجالات والميادين الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و العمرانية والصحية ،ومع تعدد تلك الواجبات التي أثقلت كاهل الحكومات إضطرتها للتنازل عن جزء من مسؤولياتها الادارية لهيئات محلية منتخبة ،

تنوب عنها بإنجازها و ذلك تحت رقابتها و اشرافها عن طريق ما يسمى بالوصاية الادارية هته الاخيرة التي تعتبر ضمانة لوحدة الدولة ، كما عن طريقها تضمن الدولة تنفيذ هذه الهيئات المحلية للخطط التنموية للدولة ، على أن تمارس هذه الوصاية الادارية دون مغالات حتى تعطي هامش للحرية لهذه الهيئات المحلية تكريسا لاستقلاليتها .

الكلمات الدالة : الادارة المحلية ، الوصاية الادارية ، الادارة المركزية ، التنظيم الاداري .

Abstract:

This study focuses on Administrative tutelage controland its impact on the independence of local Authorities, A comparative study between the French and Jordanian system, because it is the result of the development of the function of the modern state, as that guardian state is no longer, but rather interferes in various fields and economic, social, cultural, and urban areas. Health, and with the multiplicity of those duties that burdened governments, they had to relinquish part of their administrative responsibilities to local elected Authorities, acting on their behalf and under their supervision and supervision through what is called this last administrative guardianship, which is a guarantee for the unity of the state, as well as through it. The state guarantees the implementation of these local Authorities to the state's development plans, provided that this Administrative tutelagecontrol is exercised without exaggeration, in order to give a margin of freedom to these local Authorities to perpetuate their independence.

Key words: local administration, Administrative tutelage control, central administration, administrative organization.

مقدمة :

في ظل تزايد مهام الدولة الحديثة حيث لم تعد تلك الدولة الحارسة التي تهتم فقط بالأمن و الدفاع و القضاء ، بل أصبحت تتدخل في جوانب عدة للحياة منها

الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية و غيرها ، هذا التعدد في المجالات التي تتدخل فيها الدولة كان السبب في إنشاء الهيئات المحلية لمساعدة الدولة في الدور الهام المنوط بها.

هذه الهيئات المحلية التي تحتل مكانة هامة حيث أحاطها المشرع في جل الدول بجملة من النصوص القانونية (الدستور و القانون المدني و قوانين الهيئات المحلية) ذلك أنها من أشخاص القانون العام ، كما اهتم بها فقهاء القانون الإداري للدور الكبير الذي تلعبه في النهوض بالتنمية على مستوى تطلعات السكان المحليين .

كما أن تفاوت أجزاء إقليم الدولة الواحدة من حيث إمكانيات و الاحتياجات أو من الموقع الجغرافي و حتى التعداد السكاني ، يفرض على الدولة الاستعانة بالإدارة المحلية لتسيير شؤون أجزاء إقليم الدولة ، ذلك أنه لا يمكن تصور تسيير كل المناطق على اختلاف إمكانياتها و احتياجاتها و موقعا و مشاكلها بجهاز إداري مركزي على مستوى العاصمة ، حيث يجمع الفقه على أن المشاكل المتعلقة بالصحة و التعليم و التنقل و الفلاحة و التهيئة العمرانية و غيرها ليست واحدة في كل المناطق من حيث الحدة مما يوجب تسييرها محليا .

بإضافة إلى أنها الفضاء الواسع لتكريس الديموقراطية في الحكم و ذلك بإشراك المواطنين ، و تدريبهم على إدارة شؤونهم المحلية عن طريق الانتخاب الذي يعد دعامة الأساسية لنظام اللامركزية الإدارية ، حيث ينتخب السكان المحليين من يرونه الأنسب لتمثيلهم على مستوى مجالس هذه الهيئات المحلية ، كما أن هذه الهيئات اللامركزية الاقليمية تخضع لنوع من الرقابة يسمى بالرقابة الوصائية من الهيئات المركزية بالدولة أثناء ممارستها لمهامها المحلية كركن من أركان اللامركزية الادارية، وهنا تكمن أهمية الوصاية الادارية كأسلوب للرقابة الادارية حيث تضمن وحدة الدولة كما تحرص الادارة المركزية من خلالها على ضمان تنفيذ المخططات الوطنية بمسألة تنمية و تطوير هذه الجماعات المحلية .

لهذا ستنصب دراستنا هذه حولتأثيرالوصاية الادارية على إستقلالية الهيئات المحلية دراسة المقارنة بين النموذج الفرنسي و الاردني على ضوء أخر التشريعات المتعلقة بها، أقصد بذلك أخر التعديلات بتشريعات الادارة المحلية بفرنسا ،(و التشريع الأردني للهيئات المتمثلة في قانون اللامركزية رقم 49 لسنة 2015 و قانون البلديات رقم 41 لسنة 2015، ذلك ما دفعنا لطرح الإشكالات التالية : ما هي اليات الوصاية الادارية على الهيئات المحلية في فرنسا و الاردن ؟ وما هو تأثير الوصاية الادارية على إستقلالية الهيئات المحلية بها ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنعالج هذا الموضوع معتمدين على الخطة التالية :

المبحث الاول : مفهوم الوصاية الإدارية

المبحث الثاني : أليات الوصاية الإدارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية

المبحث الاول : مفهوم الوصاية الإدارية

مفهوم الرقابة الوصائية في أصوله إلى قواعد القانون المدني و ليس القانون الاداري ، حيث يدل على نمط إدارة أموال بعض عديمي الاهلية ، كالقصر مثلا ، أما في القانون الاداري فإنها تدل على الرقابة الممارسة من السلطة المركزية على أعمال و نشاطات و أشخاص الجهات اللامركزية، على أنه مما تقتضيه اللامركزية الادارية و العمل المحلي هو إقامة نوع من التوافق و التلاءم بين نقيضين هما إستقلال الشخص اللامركزي و حريته في التسيير من ناحية و ضرورة ممارسة الرقابة عليه من ناحية أخرى ، و المشرع هو الذي يقيم هذا التوافق طبقا لأسس و قواعد مستقرة في الفقه و القضاء . ذلك ما دفعنا إلى دراسة مفهوم هذه الوصاية الادارية في هذا المبحث ،فتناولنا في المطلب الأول تعريف الوصاية الادارية أما المطلب الثاني فنبحث فية أهداف الوصاية الادارية و تمييزها عن السلطة الرئاسية .

المطلب الأول :تعريف الوصاية الادارية و خصائصها

نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف الوصاية الادارية و خصائصها وذلك ببيان تعرف الوصاية الادارية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنتناول فيه خصائص الوصاية الادارية.

الفرع الأول : تعريف الوصاية الادارية

يعتبر الاستقلال أحد أهم الاسس التي يقوم عليها نظام اللامركزية الادارية و هذا الاستقلال ليس منحة من السلطة المركزية و إنما هو إستقلال أصيل مصدره القانون غالبا غير أن هذا الاستقلال نسبي لا مطلق ، حيث أن الهيئات اللامركزية تمارس إختصاصاتها تحت إشراف الادارة المركزية و هو ما يعرف بإسم الوصاية الادارية la tutelleadministrative أو الرقابة الادارية .

جاء في بيان مفهوم الرقابة الادارية مجموعة من التعريفات التي إخترنا منها أن : رقابة الوصاية الادارية هي مجموع السلطات المحدودة و التي يخولها القانون لجهة معينة على أشخاص و أعمال الهيئات المحلية بقصد تحقيق و حماية المصلحة العامة ، و بمعنى أخر فإن الرقابة أو الوصاية الادارية تهدف إلى تمكين السلطة المركزية من التنسيق فيما بين عمل السلطات اللامركزية و فيما بينها و بين نشاطها الخاص و ذلك في الاطار القانوني لذلك لا وصاية دون وجود نص قانوني.

و هكذا يقصد بالوصاية الإدارية مجموع السلطات التي يقررها القانون لسلطة عليا على أشخاص الهيئات اللامركزية وأعمالهم بقصد حماية المصلحة العامة.

ومن هنا فإن نظام الوصاية أداة قانونية بموجبها تضمن وحدة الدولة وذلك بإقامة علاقة قانونية دائمة ومستمرة بين الأجهزة المستقلة والسلطة المركزية، كما أن نظام الوصاية يكفل للهيئات المستقلة حقها في اتخاذ القرار بالكيفية والحدود التي رسمها القانون.

وبهذا يمكن تعريف الوصاية الادارية بأنها شكل من أشكال ممارسة السلطة و التي يمارسها شخص معنوي من القانون العام و المتمثل في السلطة المركزية و التي يطلق عليها بسلطة الوصاية على شخص معنوي أخر (جماعات محلية ، مؤسسة عامة ،أو خاصة ذات منفعة عامة) و التي تعتبر من الهيئات اللامركزية ، و ذلك في حدود السلطات التي يخولها القانون من أجل الحفاظ على وحدة الدولة الدستورية و السياسية.

الفرع الثاني : خصائص الوصاية الادارية

ومن جملة التعريفات المقدمة نخلص إلى أن الوصاية الادارية تمتاز بمجموعة من الخصائص نذكر منها :

رقابة ذات طبيعة إدارية .

رقابة تحدث بموجب القانون الذي يحدد شروط عملها حيث يقول الفقيه الفرنسي جون ريفيرو " لا وجود لوصاية لإدارية بدون نص قانوني ،ولا وجود لوصاية إدارية تتعدى محتوى نص قانوني ".

رقابة إستثنائية فالقاعدة العامة أن الهيئات اللامركزية تمتاز بالاستقلال سواء الاداري أو المالي و تمارس سلطتها وفق هذا الأمر و الاستثناء وجود رقابة على هذه الهيئات .

رقابة خارجية فهي لا تنشأداخل الهيئة اللامركزية و إنما تكون مستقلة عن الهيئة الخاضعة للرقابة .

وتتجلى مظاهر الوصاية الإدارية في نظام اللامركزية الإدارية على هيئات ومجالس الإدارة المركزية في حقها بإيقاف وتعطيل نشاط وسير أعمال المجالس لفترة مؤقتة، أو حلها بصفة دائمة وذلك طبقا للشروط والإجراءات القانونية اللازمة ، وتمارس سلطتها أيضا على الأشخاص المنتخبين والمعينين بهذه الهيئات.

حيث تملك أيضا حق توقيف عضو في المجلس لمدة محددة أو لإقالة أو العزل بسبب ارتكاب جريمة مخالفة للقانون.

كما تمارس الرقابة على أعمال الهيئات المحلية عن طريق طلب الإذن قبل إصدار أعمال قانونية محددة ، و التصديق على أعمال قانونية إذا كان القانون قد اشترط تصديق الهيئة المركزية على أعمال الهيئات المحلية لسريان أعمال محدد لهذه

الأخيرة، كما تملك السلطة المركزية سلطة إلغاء القرارات الغير مشروعة فقط دون أن يكون لها الحق في تعديل أعمال السلطات المحلية، كما تملك سلطة الوصاية الإدارية حق الحلول محل الهيئات المحلية والقيام بأعمال قانونية بدلا عنها إذا نص القانون على حق الحلول لصالح الهيئات المركزية بشروط محددة.

المطلب الثاني :أهداف الوصاية الادارية و تمييزها عن السلطة الرئاسية

نعرض في هذا المطلب إلى أهداف الوصاية الادارية و تمييزها عن السلطة الرئاسية وذلك ببيان أهداف الوصاية الادارية في الفرع الأول ، و نبحث في الفرع الثاني تمييز الوصاية الادارية عن السلطة الرئاسية .

الفرع الاول :أهداف الوصاية الادارية

تتعدد و تتنوع أهداف الوصاية الادارية بين أهداف عامة ترتبط بالدولة و أهداف خاصة ترتبط بكل جهاز إداري لوحده ، وقد تطورت أهداف الوصاية تبعا لتطور الدولة ، فلم تعد تقتصر على التأكد من أن النشاط الاداري يتفق مع أحكام القوانين و الأنظمة و التعليمات و في حدودها بل تجاوز ذلك للتأكد من أن النشاط الاداري يمارس بأفضل طريقة و بأقل تكلفة ممكنة .

و إذا كانت الوصاية الادارية ركن من أركان وجود نظم الادارة المحلية و مقوماتها فإن هناك مجموعة من الأهداف تتوخاها الحكومة المركزية من أهمها ما يلي:

1- تأكيد الوحدة السياسية و الادارية للدولة بإعتبار أن الادارة المحلية ما هي إلا نظام فرعي من نظام الدولة و أجهزتها .

2- التأكيد على أن الادارة المحلية تعمل وفق القوانين و الأنظمة التي تصدرها الحكومة المركزية ، إضافة إلى قرارات المجالس المحلية تكون موافقة ومطابقة لهذه القوانين و الانظمة و ذلك تحقيقا لمبدأ المشروعية .

3- التأكيد على أن الادارة المحلية تقوم بواجباتها ووظائفها في نطاق الحد الأدنى المطلوب و بدرجة من الكفاءة و الفاعلية ، وذلك من خلال إطلاع الحكومة المركزية على ميزانية الادارة المحلية التي تعتبر مؤشرا أساسيا من مؤشرات أدائها العام .

4- ضمان حسن سير الخدمات المحلية و قيام الادارة المحلية بتأديتها بكفاءة وفاعلية ، ووضع معيار لنوع و مستوى الخدمات المطلوب تقديمها للسكان وبتعاون و ثيق بين الادارة المركزية و الادارة المحلية بما يكفل لهما إكتشاف نقاط الضعف و تعديلها للأحسن .

الفرع الثاني : التمييز بين الوصاية الادارية و الرقابة الرئاسية

إن الرقابة على الهيئات المحلية اللامركزية تختلف عن الرقابة في اطار السلطة المركزية التي تسمى بالسلطة الرئاسية ، و لتحديد الفرق بين هذين النوعين من الرقابة لابد من تحديد مفهوم الرقابة الرئاسية أولا ،حيث تعرف هذه الاخيرة بأنها : السلطات التي يباشرها الرئيس الاداري اتجاه المرؤوسين التابعين له رئاسيا ، و التي يمكن بمقتضاها إصدار الأوامر إليهم و إلغاء و تعديل أعمالهم فضلا عن الحلول محلهم في العمل أحيانا ، و ذلك بقصد تحقيق التجانس في الحكومة و حماية المصالح الجماعية للأمة .

ولقد قدم الفقه في فرنسا و بلجيكا في اطار تمييز الوصاية الادارية عن الرقابة الرئاسية معايير متعددة تمس عدة نواح أبرزها:

1- تعتبر الرقابة الوصائية رقابة إستثنائية لممارستها لابد من وجود نص صريح يقررها صراحة ، ذلك أن افتراض الوصاية الادارية دون نص قانوني يقررها من شأنه عرقلة سير أعمال الهيئات المحلية و يمس إستقلالها .

أما الرقابة الرئاسية هي الأساس و تمارس بقوة القانون أو بصفة تلقائية لأنها من موجبات النظام المركزي القائم على فكرة السلطة الرئاسية .

2- تهدف الوصاية الادارية إلى احترام مبدأ المشروعية ، في حين نجد الرقابة الرئاسية تهدف أضافة لذلك إلى ضمان حسن سير العمل الاداري ، أي ملائمة التصرف لمتطلبات العمل الاداري .

3- تقوم السلطات المركزية في الرقابة الوصائية بالتصديق على قرارات الهيئات اللامركزية – في حال اشتراط القانون ذلك- برمته أورفضه دون تعديل ، أما في الرقابة الرئاسية ، فتملك حق التعديل و الالغاء و حتى السحب ، كما هو الحال أيضا بالنسبة لسلطة الحلول ، إذ أنها سلطة إستثنائية في الرقابة الوصائية ، إذ لا يجوز إستعمالها إلا استثناءا و بموجب نص قانوني ، وهذا عكس الرقابة الرئاسية .

المبحث الثاني : أليات الوصاية الإدارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية

تعتبر استقلالية الهيئات المحلية من أهم المبادئ التي تقوم عليها اللامركزية الادارية كأسلوب للتنظيم الاداري، و التي غالب ما تتعارض مع الوصاية الادارية من الهيئات المركزية كنوع من الرقابة عليها ، ذلك ما دفعنا لبحث أليات الوصاية الادارية وتأثيرها على إستقلالية الهيئات المحلية في هذا المبحث ، فخصصنا المطلب الاول لبحث هذه الوصاية الادارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية في (النموذج

الفرنسي)، أما المطلب الثاني فنعرض فيه إلىالوصاية الإدارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية بالاردن.

المطلب الأول :الوصاية الإدارية و تأثيرها على استقلالية الهيئات المحلية (النموذج الفرنسي)

مرت الوصاية الإدرية في فرنسا بمرحلتين بارزتين تعكس تطور قواعد القانون الإداري في فرنسا ، فكانت رقابة الهيئة المركزية على الهيئات المحلية بداية تتميز بالتشدد في فرض رقابتها على حساب إستقلالية الهيئات المحلية ، و مرحلة ثانية لجأ المشرع الفرنسي تفهما منه للزوم إعطاء الهيئات المحلية هامشا من الحرية للتحرك ، من أجل دفع عجلة التنمية في الدولة لذلك تميزت المرحلة الثانية التي كانت بدايتها لدى أصدار قانون الهيئات المحلية الإقليمية سنة 1982 بالتخفيف من حدة الرقابة على السلطات المحلية ، و إلغاء الوصاية الإدارية من السلطة المركزية و استبدالها بالرقابة القضائية و رقابة مجلس المحاسبة .لذلك سنحلل هتين المرحلتين في هذا المطلب، فنخصص الفرع الأول لمرحلة الوصاية الادارية، الفرع الثاني فنبحث فيه مرحلة إلغاء الوصاية الإدارية.

الفرع الأول : مرحلة الوصاية الإدارية

ترتبط الرقابة على الهيئات اللامركزية في فرنسا بالظروف التاريخية لنشأة نظام الإدارة المحلية في فرنسا ، و ذلك في أعقاب الثورة الفرنسية و الظروف التي حكم فيها نابليون وهي ظروف عسكرية تميل إلى الشدة و المغالاة في الرقابة المركزية على الهيئات اللامركزية لحفظ الأمن و النظام في تلك المرحلة ، فالقانون الفرنسي يسمح للسلطة المركزية بحل الوحدات المحلية أو إيقافها عن ممارسة أعمالها ، وفي مرحلة معينة كانت السلطة المركزية تتدخل في اختيار عمد البلديات و مساعديهم.

لكن البداية الفعلية للوصاية الإدارية على الهيئات المحلية الفرنسية بإصدار القانون الأول بتاريخ 10 أوت 1871 الخاص بالمحافظة و القانون الثاني صدر بتاريخ 05 أفريل 1884 متعلق بالبلدية ، كانت هذه الفترة الوصاية الإدارية على أشدها و لم تتطور الهيئات المحلية بعملها حتى مع إصدار الدستور الفرنسي لسنة 1946 الذي كانت قد توجهت فيه إلى التطوير من الهيئات اللامركزية و قيل حين ذاك أنه بقي مجرد حروف ميتة ، وقد تعددت وسائل الوصاية الادارية حيث يقر الفقه بوجود ستة وسائل هي كالأتي:

1- **الاستشارة** : و تتمثل في كون الهيئات المحلية ترجع بطلب المشورة في بعض الاحيان من السلطة المركزية ، وذلك لأجل ضمان سير العمل داخل حدود السياسة العامة للدولة و تكون الاستشارة إما الزامية او اختيارية .

2- **الاذن المسبق** : حيث يلزم القانون الهيئات المحلية بالحصول على الترخيص قبلمباشرة العمل و إلا كان العمل باطلا .

3- **التصديق** : ويقصد به إقرار العمل الذي ستقوم به الهيئات المحلية من قبل السلطة المركزية ، و التصديق يكون على العمل كليا لا على جزء منه، كما يجوز للهيئة المحلية العدول عن التنفيذ المداولة (القرار)، فهو شرط واقف لسريان المداولة .

4- **الالغاء** :و هو حق يمنحه المشرع للهيئة الوصية في إبطال القرارات الصادرة عن الهيئات المحلية ، على أن يكون الالغاء كليا و لا يجوز التعديل فيه ،وأن يتم في الاجال القانونية ،ويكون الالغاء بأثر رجعي من تاريخ إصدار القرار من طرف الهيئة المحلية لا من تاريخ صدور قرار الالغاء .

5- **الحلول :** و هو حق للهيئة الوصية في الحلول محل الهيئة المحلية و القيام بدلا عنها بعمل معين كان من إختصاص الهيئة المحلية و إمتنعت عن القيام به حتى مع إعذارها كتابيا من طرف الهيئة الوصية ، و غالبا ما يمارس الحلول في حالة النفقات الالزامية و إعادة توزيع الميزانية المحلية .

6- **الايقاف** :و هو عبارة عن انذار تحدد أجاله حيث تترتب عليه تعطيل نشاط أو سير أعمال المجلس أو هيئة معينة مؤقتا لاعتبارات تستند إلى مبدأ المشروعية أو مبدأ الملائمة .

و يضيف الدكتور مسعود شيهوب صورة أخرى من صور الرقابة و هي **الوصاية التقنية la tutelle tichnique**، وهي مظهر من مظاهر التدخل في الشؤون المحلية ذلك أنها تصرفات تملي الدولة بموجبها على الهيئات المحلية السلوك الواجب الاتباع في التسيير حتى قبل إتخاذ القرار.

الفرع الثاني : مرحلة إلغاء الوصاية الإدارية

إن مصطلح الوصاية الإدارية عند بعض الفقه الفرنسي في بدايتها اعتبرت أقرب إلى الوصاية في القانون الخاص ، و ذلك لشدة رقابة الهيئات المركزية على الهيئات المحلية ، حيث تحتاج أعمال هذه الأخيرة إلى التصديق من ممثل الهيئة المركزية حتى تصبح أعمالها نافذة ، لكن منذ سنة 1982 أستبدلت الوصاية الإدارية على الهيئات المحلية برقابة قضائية لبحث مشروعية قراراتها ، و كذا الرقابة المالية من مجالس المحاسبة بدل رقابة الهيئة المركزية ،كما سمح للهيئات المحلية الخوض و المشاركة في الميدان الاقتصادي و الاجتماعي .

كما أنه منذ إصدار قانون 02 مارس 1982 لم يعد المحافظ هو ممثل المحافظة و إنما رئيس المجلس المحلي للمحافظة .

أصدر المجلس الدستوري رئيا بعدم حاجة الهيئات المحلية إلى التصديق على قراراتها المحلية حتى تصبح نافذة ، وذلك بتاريخ 25 فيفري 1982.

إلغاء الوصاية المالية التي كانت تقوم بها السلطة المركزية على الميزانية المحلية ، وتحويل إختصاص تقدير حسابات الميزانية و الرقابة على تسييرها إلى الغرف الجهوية للمحاسبة (les chambers regionals de comptes) ، وهي هيئات قضائية ، حيث تم إنشاء مجالس جهوية للمحاسبة المالية بمقتضى قانون 10 جويلية 1982 ، فلم يعد ممثل الدولة يملك سلطة الحلول محل المجموعات المحلية في إعادة توازن الميزانية و إدراج النفقات الإلزامية ،إلا تنفيذا لقرار الغرفة الجهوية للمحاسبة ، التي تقدم نموذج و إقتراحات التصحيح إلى المجالس المحلية ، وبعد أن تنتهي المهلة المحددة قانونا دون أن تقوم المجموعة المحلية بالتصحيح.

إذ أن رقابة غرفة المحاسبة هي رقابة توجيهية إرشادية تستهدف الأخذ بيد الهيئات المحلية . كما أتى القانون رقم 07 جانفي 1982 المتعلق بمشاركة الهيئات المحلية في الصلاحيات بمبدأ عام حيث لا يجوز بأي حال أن تمارس هيئة محلية الوصاية الإدارية على هيئة إدارية أخرى ولا بأي حال من الأحوال ، ويتصور ذلك عند تشارك هيئتين محليتين في مجال الاستثمار و خصوصا بالجانب المالي ، لذلك يتم إخطار مجالس المحاسبة المتخصصة .

- للمحافظ طلب إيقاف قرارات الإدارية حسب المادة 16 من القانون الصادر ب 30 جوان 2000 المعدل للمادة L2131-6 من القانون العام للهيئات الإقليمية الفرنسية ، وذلك متى كان هناك شك جدي في عدم مشروعية قرار الهيئة المحلية في أجل شهر واحد .
- أما بالنسبة لقرارات تخطيط المدن و بشأن الصفقات العمومية فتكون أجال وقفها 10 أيام من تاريخ إعلامه بالمداولة ، و تعتبر تلقائيا موقوفة لدى إحالتها إلى المحكمة الإدارية المختصة على أن تفصل فيها خلال شهر واحد و إلا تدخل المداولة أو القرار حيز التنفيذ.

كما أنه يمكن أيضا للمحافظ طلب إيقاف المداولة أمام القضاء الإداري على وجه الإستعجال إذا كان القرار الاداري الصادر من الهيئة المحلية يمس الحريات العامة والشخصية ، حيث يصدر رئيس المحكمة الإدارية قراره خلال 48 ساعة ، حتى و لم يتوفر عنصر الإستعجال على خلاف ما يشترط في المادة (L521-1du CJA) ، ولا يشترط أيضا أن يكون هناك خطأ فادح في التقدير واقع على حقوق أساسية للإنسان .

حتى أنه أعطى القانون سابق الذكر 30 جوان 2000 الحق للأفراد العادين اللجوء إلى المحافظ من أجل طلب إستعمال هذا الإيقاف المستعجل أمام القضاء الاداري متى كانت لهم مصلحة في ذلك .

كما جاء في الرأي الإستشاري لمجلس الدستوري بتاريخ 25 فيفري 1982 أنه ينبغي إعلام ممثل الدولة بالقرارات التي تتخذها الهيئات المحلية حتى تدخل هذه المداولات حيز التنفيذ و تعتبر من الإجراءات و الشكليات اللازمة لإصدار قراراتها .

على أن المحافظ في حالة طعنه في قرارات الهيئة المحلية الغير مشروعة لابد أن يتم خلال شهرين من تاريخ إيداع أو الإعلام بالقرار، وفي حالة الإرسال غير الكامل للقرار الإداري للبلدية له الطلب من السلطة المعنية الملفات التكميلية على أنه في هذه المهلة يجوز للهيئة المحلية الرجوع عن القرار و إلغائه بنفسها دون الرجوع إلى القضاء.

كما تجدر الاشارة أن للمحافظ حين رفض المحكمة الادارية للطعن بالالغاء أو بوقف التنفيذ أن يطعن أما مجلس الدولة الفرنسي كدرجة تانية للتقاضي ، وعلى مجلس الدولة أن يفصل في الدعوى في اجل 15 يوم إذا تعلق الأمر بقرار فيه مساس بالحريات ،و أن يتم الفصل في وقف التنفيذ بخصوص هذا النوع من القرارات خلال 48 سا من طرف محافظ مجلس الدولة الفرنسي .

رغم أن المحافظ له حق طلب الإيقاف للقرارات الإدارية إلا أنه في تقرير لوزارة الداخلية أن منه كل 5000000 قرار مرسل إلى المحافظ خلال السنة لا يطلب إيقاف إلا 2000 قرار، أي بما يعادل 0.04 في السنة فكثيرا ما يتعامل المحافظ مع الهيئات المحلية بشكل ودي لإيجاد الحلول فتلغي الهيئات المحلية من نفسها القرار الغير المشروع ، وهذا الاستعمال الضعيف لحق الإيقاف نجده أيضا بالنسبة لحق طلب الغاء لقرارات الهيئة المحلية ، وفي رأي صادر عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1993 أرجع اختيار المحافظ للحلول الودية مرده نقص الوسائل القانونية بالنسبة للمحافظات .

كما أصبحت قرارات الهيئات اللامركزية غير خاضعة من حيث المبدأ لتصديق السلطة المركزية حيث الغى قانون 02 مارس 1982 الوصاية الإدارية على أعمال المجالس المحلية بموجب الفصل الأول من الباب الأول حيث نصت المادة الثانية منه الفقرة 01 على ما يلي :

القرارات المتخذة بواسطة الهيئات البلدية تكون نافذة بقوة القانون إعتبارا من إتمام إجراءات نشرها أو تبليغها لذوي العلاقة ، و كذلك تحويلها إلى ممثل الدولة في المحافظة ، أو من يفوضه في المتصرفية، و بهذا النص أصبحت قرارات المجالس البلدية غير خاضعة لتصديق السلطة المركزية ، و قد حددت الفقرة الثانية من المادة المذكورة الموضوعات التي ينطبق عليها نص الفقرة 01 السابقة وهي : جميع

الصلاحيات التي يمارسها رئيس البلدية بتفويض من المجلس البلدي الواردة في المادة (L.122-20) من قانون البلديات ، القرارات التنظيمية و الفردية التي تتخذها الهيئات البلدية في جميع القرارات المتعلقة بتطبيق و ترقية و تأديب موظفي البلديات ، و جميع التراخيص المتعلقة باستخدام الأراضي ، جميع القرارات المتخذة بإسم البلدية بشرط نشرها وتبليغها لذوي الشأن و إرسال نسخة للمحافظ من هذه القرارات.

القرارات التي تنأى عن رقابة الإدارية و القضائية هي كأتي :

- القرارات المتخذة من طرف رئيس البلدية كممثل للدولة و يخضع هنى لرقابة السلطة الرئاسية .

- العقود المبرمة وفق قواعد القانون الخاص .

- الشراكة مع البلدية و المحافظة في شركة رأس مال ليس من أجل تسيير مرفق عام أو أداء خدمة عمومية التي تتطلب موافقة المحافظ.

كما نص القانون الفرنسي على أنه لا ينبغي أن ترفق القروض و المساعدات المقدمة للمجموعات المحلية بشروط تتعارض و القانون.

و يمكن القول أن مع إحترام الهيئات المحلية للأحكام السيادية للدولة ، فإن هذه الهيئات المحلية يمكنها الذهاب بعيدا في ممارسة صلاحياتها وتحقيق أهدافها .

وبفعل الصلاحيات التي أصبحت الهيئات المحلية تتمتع بها فقد طورت سياسة عامة محلية ، سواء على المستوى المرفقي أو على المستوى الاقليمي جديد مكمل لسياسة العامة للدولة.

المطلب الثاني : الوصاية الادارية و تأثيرها على إستقلالية الهيئات المحلية بالأردن

نتناول في هذا المطلب الوصاية الادارية و تأثيرها على إستقلالية الهيئات المحلية بالأردن، فنخصص الفرع الأول للوصاية الادارية على المحافظة ، أما الفرع الثاني فنبحث فيه الوصاية الادارية على البلدية .

الفرع الأول :الوصاية الادارية على المحافظة

تتمتع السلطة المركزية بسلطات في الرقابة على مجلس المحافظة سواء على أعضاء مجلس المحافظة أو على المجلس ككل أو على أعمال هذا المجلس .

أولا : الرقابة على أعضاء مجلس المحافظة

1- فقدان العضوية لمجلس المحافظة:

يتقرر فقدان العضوية حكما في الحالتين التاليتين :

- بفقدان أي من شروط الترشح المنصوص عليها قانونا .

- إذا عمل محاميا أو خبيرا أو مستشارا في قضية ضذ المجلس ، أو أصبحت له منفعة في أي من المشاريع التنموية أو الاستثمارية أو الخدمية التي يتولى المجلس إقرارها .

2- الإقالة :

كما يفقد عضو المجلس عضويته فيه بقرار من المجلس إذا تغيب عن حضور ثلاث جلسات متتالية دون عذر مشروع يقبله المجلس .

3- حالة الاستقالة :

على العضو تقديم الاستقالة خطيا للمجلس و تعتبر نافذة من تاريخ قبول المجلس لها .

- إذا شغر مركز العضو في أي من الحالات المنصوص عليها يقوم رئيس المجلس بتبليغ المحافظ و الهيئة المستقلة للإنتخاب بذلك خلال مدة لا تتجاوز 10 أيام من شغور المقعد و إسم المرشح الذي يليه في العضوية .
- **إذا شغر** مقعد عضو منتخب في المجلس بسبب إستقالته أو وفاته أو فقد عضويته فيحل محل المترشح الذي نال أكثر الأصوات بعده في دائرته الانتخابية إذا كان محتفظا بشروط الترشح ،و إلا فالذي يليه فإذا لم يتوافر مرشح يعين الوزير من بين الناخبين في تلك الدائرة عضوا لملء المقعد الشاغر ممن تتوافر فيهم شروط الترشح و تستمر عضويته إلى حين إنتهاء مدة المجلس .

ثانيا: الرقابة على المجلس ككل (الحل)

- يتم حل مجلس المحافظة حكما إذا شغر أكثر من نصف أعضائه المنتخبين .
- كما انه لمجلس الوزراء بناء على تنسيب وزير الداخلية حل المجلس قبل إنتهاء مدته في أي من الحالات التالية :
- المخالفة الجسيمة للقانون .
- الاخلال الجوهري بالاعمال أو المهام الموكولة إليه .
- ارتكاب أي مخالفة تلحق ضررا جسيما بمصالح المحافظة أو المملكة .
- يقوم مجلس الوزراء بناء على تنسيب الوزير بتعيين لجنة مؤقتة يستمر عملها إلى حين إنتهاء مدة المجلس المنحل .
- على أنه يجوز لما لا يقل ثلث أعضاء المجلس المحافظة المنحل حسب الحالات التي يجوز فيها لمجلس الوزراء إنهاء المجلس بتنسيب من وزير الداخلية ، الطعن في قرار الحل أمام المحكمة الادارية خلال خمسة عشر يوم من تاريخ صدور قرار مجلس الوزراء بالحل .

يلاحظ في هذا الشأن أن اللجنة المؤقتة المعينة من طرف هيئة المركزية تقوم فقط بتسيير المسائل الجارية و الضرورية فقط ، حسب ما أتى به المشرع الفرنسي بخصوص حل الهيئات المحلية ، على أن يستمر عملها لمدة 6 أشهر إلى حين تنظيم انتخابات للمجلس الجديد الذي يكمل المدة المتبقية للمجلس المنحل ، في حين تكمل المدة المتبقية في مجلس المحافظة بالادارة المحلية بالاردن وتكريسا لنهج الديموقراطية الذي تسعى الإدارة المحلية دوما إلى تحقيقه كنا نتمنى إعطاء السكان المحلين فرصة إعادة إنتخاب من يمثلونهم بمجالس المحافظة للمرة الثانية .

ثالثا : الرقابة على الأعمال

1- الرقابة المالية :

تخضع حسابات مجلس المحافظة لتدقيق ديوان المحاسبة ، وفي حال تأخر إقرار مشروع موازنة المحافظة لأي سبب من الأسباب يتم الصرف وفق الالية المتبعة في الصرف من الموازنة العامة للدولة .

2- الإشراف :

يقوم المحافظ بصفته ممثل للهيئة المركزية بالاشراف على أعمال المجلس المحافظة وبتطبيقها و تنفيذها للقوانين و الأنظمة و التعليمات و البلاغات و التوجيهات الرسمية.

الفرع الثاني : الوصاية الادارية على البلدية

أولا :الرقابة على أعضاء المجالس المحلية

1- الاستقالة :

تتم استقالة رئيس المجلس البلدي أو نائبه بكتاب خطي يقدم إلى المجلس البلدي ، وتعتبر نافذة من تاريخ تسجيلها في ديوان البلدية ويبلغ ذلك إلى وزير شؤون البلديات .

كما تتم استقالة رئيس المجلس المحلي أو نائبه بكتاب خطي يقدم إلى المجلس المحلي ، و تعتبر الاستقالة نافذة من تاريخ تسجيلها في ديوان المجلس المحلي و يبلغ ذلك إلى وزير شؤون البلديات .

وتعتبر استقالة عضو المجلس البلدي أو المجلس المحلي نافذة من يوم تسجيل الكتاب الخطي للاستقالة في ديوان البلدية أو ديوان المجلس المحلي .

2- فقدان العضوية :

يفقد رئيس المجلس البلدي أو رئيس المجلس المحلي أو أي عضو من هذين المجلسين عضويته حكما في الحالات التالية :

- اذا تغيب عن حضور ثلاث جلسات متتالية دون عذر مشروع يقبله المجلس البلدي أو المجلس المحلي ، أو عن ما مجموعه ثلث عدد الجلسات التي عقدها المجلس البلدي أو المجلس المحلي خلال السنة .
- إذا عمل محاميا أو خبيرا أو مستشارا في قضية ضد المجلس البلدي أو أصبحت له منفعة في أي من المشاريع التنموية أو الاستثمارية أو الخدمية التي يتولى المجلس إقرارها .
- إذا عقد إتفاقا مع المجلس البلدي أو المجلس المحلي أو أصبح ذا منفعة في أي اتفاق تم مع أي من هذين المجلسين أو من ينوب عنهما ، و تستثنى من ذلك العقود و الفوائد الناجمة عن كونه عضوا في شركة مساهمة عامة شريطة أن لا يكون مديرا لها أو عضوا في مجلس إدارتها أو موظفا فيها أو وكيلا أو مستشارا عنها .
- إذا فقد أيا من الشروط التي يجب توافرها للترشح .
- إذا امتنع عن التوقيع على قرارات المجلس لثلاث مرات متتالية دون بيان أسباب مقنعة وقانونية .
- يفقد رئيس المجلس البلدي أو المجلس المحلي او العضو في أي من المجلسين عضويته بقرار من وزير شؤون البلديات إذا ارتكب خطأ أو مخالفة جسيمة أو ألحق ضررا بمصالح المجلس البلدي أو المجلس المحلي .

يبلغ المجلس البلدي الهيئة و الحاكم الاداري بفقد الرئيس أو العضو مقعده في مجلس البلدية أو المجلس المحلي خلال سبعة أيام من تاريخ وقوعه، وينشر قرار فقد العضوية في الجريدة الرسمية

ثانيا : الرقابة على الهئية ككل (الحل)

يجوز حل المجلس البلدي أو المجلس المحلي قبل إنتهاء مدته و تشكيل لجنة تقوم مقامه إلى حين انتهاء مدته ، أو انتخاب المجلس الجديد بقرار يصدره مجلس الوزراء بناء على تنسيب من وزير شؤون البلديات يبين الاسباب الموجبة لذلك .

حالات الحل : تنص المادة 32 من قانون البلديات السالف الذكر في الفقرة ج على أنه إذا نقص عدد أعضاء المجلس أو المجلس المحلي عن النصاب القانوني ، فللوزير بموافقة مجلس الوزراء أن يكمل العدد بمترشحين اللذين يلونهم بعدد الاصوات ،و إن لم يتوفر ذلك فمن الناخبين الذين يحق لهم الترشح و الانتخاب ، كما للوزير و بموافقة مجلس الوزراء اعتبار المجلس منحلا .

وتجري انتخابات المجلس الجديد خلال 6 أشهر من تاريخ الحل ، و إذا لم يتم انتخاب المجلس الجديد خلال هذه المدة يعود المجلس المنحل لممارسة أعماله إلى حين انتهاء مدة دورته السابقة .

على أنه يجوز للوزير تأجيل الانتخاب في أي مجلس بلدي أو محلي أو أكثر أو لجميع المجالس البلدية و المجالس لمحلية، لمدة لا تزيد على ستة أشهر إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك أو لسلامة الانتخاب على أن تحتسب مدة التأجيل من المدة القانونية للمجلس.

ثالثا : الرقابة على الأعمال

الموافقة :

- الموافقة على إقراض الأموال من أي جهة لابد من موافقة الوزير على الجهة المقرضة و الغاية التي سينفق من أجلها و مقدار الفائدة و كيفية السداد و أي شروط خاصة قد يستلزمها الحصول على هذا القرض، و إذا كانت معاملة الاقتراض هذه تستلزم كفالة الحكومة لابد من الحصول على موافقة مجلس الوزراء .
- الموافقة من الوزير في حالة تشارك المجالس البلدية مع المجتمعات المحلية أو بلديات أخرى ذات الاختصاص أو تأسيس الشركات تملكها البلديات وحدها أو مع القطاع الخاص من أجل التنمية المستدامة ، كما ان إدارة أملاك البلدية وأموالها و الانفاق منها لتأدية المهام و المسؤولياتالملقاة على عاتقها و إقامة الابنية اللازمة فيها و تأجيرها و رهنها و بيعها و التبرع بها و شراء غيرها لا تكون إلا بموافقة الوزير .
- قبول الهبات و الوصايا و التبرعات لا يكون إلا بموافقة مجلس الوزراء عليها إذا كان مصدرها أجنبي .
- التوقيع رئيس المجلس البلدي على الاتفاقيات و مذكرات التفاهم و البروتوكولات التوأمة مع الجهات ذات العلاقة التي يوافق عليها المجلس خارج المملكة لا تجوز إلا بموافقة وزير شؤون البلديات ، و أيضا تمثيله البلدية في الاجتماعات والمؤتمرات خارج المملكة .

1- المصادقة :

لا يمكن العمل بموازنة السنوية للبلدية التي يعدها المجلس البلدي و المتضمنة موازنات المجالس المحلية إلا بعد تصديق من الوزير.

2- التفتيش :

نصت المادة 72 في فقرة (أ) أنه للوزير تحقق من مدى التزام البلديات و المجالس المحلية بتطبيق القوانين و الانظمة المعمول بها التي تحكم عملها، و يراقب أداء البلديات ومدى تقيدها بتنفيذ خططها السنوية و التزامها ببنود الموازنة المصادق عليها.

كما أنه لوزير شؤون البلديات أو الموظف الذي يفوضه أن يقوم في أي وقت بالتفتيش على أي بلدية أو مجلس محلي ، و بإجراء فحص فجائي على صناديقها و على أماكن العمل فيها و المستودعات و المكاتب التابعة لها ، و الاطلاع على معاملاتها والقرارات الصادرة عن المجلس البلدي و المجلس المحلي و قرارات اللجان المحلية واللوائية ، و الاستفهام من أي موظف أو مستخدم فيها عن أي أمر ، و على الرئيس والاعضاء و الموظفين والمستخدمين أن يسهلوا مهمته و يجيبوا على اسئلته .

- كما يلتزم المجلس البلدي و المجلس المحلي و الموظفون و المستخدمون فيها بتصويب المخالفات المشار إليها في الضبط الذي ينظمه الشخص الذي قام بالتفتيش .
- كما تدقق حسابات البلدية و المجالس المحلية من الوزارة و تخضع لرقابة ديوان المحاسبة .

و تعتبر قرارات المجالس المحلية في الأردن قرارات إدارية على إعتبار أن هذه المجالس هي مرافق عامة تعمل من أجمل تحقيق الصالح العام و تتمتع بإمتيازات القانون العام ، ولذا يمكن الطعن بعدم مشروعيتها أي هيئة لها مصلحة للطعن بها .

الخاتمة :

إن الوصاية الادارية كرقابة تمارسها الادارة المركزية على الهيئات المحلية وهي ركنا من أركان نظام اللامركزية الادارية حيث تعتبر ضمانه لوحدة الدولة ، ووسيلة تضمن بها الادارة المركزية تكريس خططها التنموية على المستوى المحلي وهي ضرورة لابد منها وإن كانت تتفاوت في نطاقها وشدتها من دولة إلى أخرى ، وقد كان النظام الفرنسي أول من تبنى نظام الوصاية الادارية على الهيئات المحلية لكنه اصبح يسعى إلى استبدال الرقابة الادارية (الوصاية الادارية)، بالرقابة القضائية على أعمال الهيئات المحلية و كذا تكريس الرقابة المالية لمجلس المحاسبة كهيئة مستقلة وهذا كله من أجل استقلالية هذه المجالس المحلية المنتخبة .

لقد خطت الأردن خطوات كبيرة في مجال توسيع المشاركة السياسية من حيث احترام إرادة الشعب وتكريسها للدمقراطية في الحكم ، إذ تعتبر الهيئات المحلية بالأردن أبرز مثال على ذلك ، حيث ينتخب المواطنون من يمثلوهم على مستوى الجماعات المحلية، و يسعى المنتخبون النهوض بهذه الهيئات المحلية بمستوى تطلعات و طموحات سكان المحليين مع تعيين نسبة قليلة في الهيئات المحلية من ذوي الكفاءات كأعضاء في المجالس الهيئات المحلية وذاك أمر لا ضير فيه باتباع أسلوب الانتخاب مع التعين ، وفي ظل القانون البلدية رقم 41 لسنة 2015 و قانون اللامركزية رقم 49 لسنة 2015 ، و الذي وسع من صلاحيات هذه الهيئات المحلية، لكن دوما تبقى هذه الهيئات خاضعة في ظل نظام اللامركزية الإدارية لوصاية إدارية من الهيئات المركزية على مستوى العاصمة ،و التي يمثلها المحافظ و مجلس الوزراء الذي له الرقابة على هذه

الهيئات و على أعمالها ،و لكن دوما في إطار النص القانوني الذي يخول له تلك الصلاحيات في الوصاية الإدارية عليها.

حيث يلاحظ على الوصاية الادارية بالاردن أنها تمارس من مجلس الوزراء و كذا المحافظ و ووزير شؤون البلديات ، وهي بهذا الشأن تمارس من عدة جهات إدارية ، ويستحسن حسب رأينا تحديد جهة واحدة مسؤولة عن الوصاية الادارية ، مما يعطي إستقلالية أكثر للهيئات المحلية ، كما أن ميزانية الهيئات المحلية متزال خاضعة للميزانية العامة للدولة وذلك مما قد يحد من إستقلالية هذه الهيئات المحلية بالاردن ، لذلك يجب إعطائها مجال أوسع من أجل إنشاء مشاريع البنى التحتية و الاستثمار مما يخدم تنمية هذه الهيئات المحلية و إقصاد الدولة بصفة عامة .

كما يلاحظ أن مجالس المحافظة في مجال الاستثمار لا تملك إلا اقرار المشاريع التنموية المقدمة من طرف المجلس التنفيذي ، إذ لم ينص قانون اللامركزية رقم 41 لسنة على حق رفضها ، في حين أن إعطاء مجال أوسع للهيئات المحلية ، مما يدفع بعجلة التنمية قدما سواء للهيئات المحلية و للدولة .

ويشاد بالمشرع الاردني إذ تبنى الثنائية في مستويات الهيئات المحلية ، وإصداره قانون اللامركزية وإعطاء مجلس المحافظة الشخصية القانونية المستقلة ، مما يعطي فاعلية أكثر للهيئات المحلية في تلبية حاجيات المواطنين و إستجابة لمتطلبات التنمية المحلية .

وكذا إجازة المشرع الاردني للهيئات المحلية الاردنية إبرام إتفاقيات التوأمة بين هيئات محلية أجنبية لدولة أخرى ، في إطار التعاون و تبادل الخبرات مما يخدم تنمية الهيئات المحلية الاردينة ولكن دون إضرار بمصالح الدولة وذلك تحت رقابة الهيئة المركزية و بموافقتها .

قائمة المراجع :

أولا – المراجع باللغة العربية :

الكتب:

الطماوي ، د سليمان محمد (1986)، القانون الاداري ، دراسة مقارنة ،ط4 ،مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة.

بوضياف، د عمار(2012) ، شرح قانون الولاية، ط1 ، جسور للنشر ، الجزائر.

عوابدي ،د عمار (2000)، القانون الاداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر.

بعلي، د محمد صغير(2002) ، القانون الإداري ،ط1، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة .

القبيلات، د حمدي (1998)، الرقابة الادارية و المالية على الاجهزة الحكومية ، دراسة تحليلية تطبيقية ، ط1، دار الثقافة ، عمان .

- الخلايلة، د محمد علي (2013)، الإدارة المحلية ، دار الثقافة ، الطبعة 02 ، الأردن ، عمان.

- الصرايرة، د مصلح ممدوح(2016) ، القانون الإداري ، الطبعة 3 ، دار الثقافة ، الأردن ، عمان.

مذكرات و رسائل :

رحاب ،د شادية ، زاوي،د احمد (جانفي 2018) ، الوصاية الادارية كأحد المعيقات القانونية للجماعات الاقليمية ،مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، العدد 12 ، جامعة باتنة.

بو طيب ، بن ناصر (2011) ، الرقابة الوصائية و أثرها على المجالس البلدية في الجزائر ، مذكرة ماجستير ،الجزائر .

عيمور، إبتسام (2013)، نظام الوصاية الادارية و دورها في ديناميكية الاقاليم ، مذكرة ماجستير ، قانون عام ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة.

بحوث و مقالات :

بن مشري ،د عبد الحليم (2009) ، نظام الرقابة الادارية على الجماعات المحلية في الجزائر ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 6 ، جامعة بسكرة ، الجزائر.

صوفي، أ محمد نور أكرم (18-20 أغسطس 2003) ، أساليب تنظيم الإدارة المحلية ومستوياتها نماذج عالمية و محلية ، مداخلة بالملتقى العربي الأول لنظم الإدارة المحلية في الوطن العربي ، صلالة ، سلطنة عمان .

مبروك ،عبد النور ،أ علي سالم محمد فاضل ،نور الدين (جوان 2019)، الوصاية الادارية ضمانة لإستقلالية الجماعات المحلية، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ، المجلد 4 ، العدد 1 ، جامعة المسيلة .

شيهوب،د مسعود (2003)، المجموعات المحلية بين الإستقلال و الرقابة ، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة ، العدد 03 ، الجزائر.

قوانين و تنظيمات :

- نظام التشكيلات الأردنية رقم 47 لسنة 2000 .

- النظام الداخلي لمجالس المحافظات رقم 175 لسنة 2016\2017.

- قانون منطقة العقبة الاقتصادية لسنة 2000.

- قانون سلطة إقليم البترا التنموي السياحي رقم 15 لعام 2009

- قانون البلديات الاردني رقم 41 لسنة 2015 .

- قانون اللامركزية الاردني رقم 49 لسنة 2015.

المراجع باللغة الاجنبية :

-Jean Rivero , Jean Waline – droit administratitf , Dalloz , 20 edition ,2004.

-Martine Lombard,Droit Administratif, Dalooz,4edition,2001.

Gustavepeiser, Droit administrative general , 22 edition , Dalloz , 2004.

Henri Oberdorff, les institutions administratives ,2 edition ,armand colin ,editiondalooz, 2000.

التطبيقات القضائية الوطنية على الجرائم الدولية (ولاية القضاء الوطني على الجرائم الدولية)

National judicial applications to international crimes

الباحث نجم عبد عذاب
أ.د. صادق زغير محيسن
كلية القانون / جامعة ميسان
Najam Abdul Azab
Prof : Sadiq Zughair Muhaisen
University of Misan College of Law

الباحث نجم عبد عذاب

أ.د. صادق زغير محيسن

الملخص:

مع تطور المجتمعات فقد تعرضت البشرية إلى العديد من الأفعال غير المشروعة، ونتيجة للمنازعات والحروب الدولية والأهلية ظهرت جرائم خطيرة ومن ضمنها الجرائم الدولية كجريمة الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجريمة العدوان ، وأن عالمية القضاء تستقطب قدر كبير من الاهتمام الدولي واصبح تبني قضاء بعض الدول الأجنبية ،كالقضاء البلجيكي والفرنسي يكشف بصورة واضحة عن قبول الإنابة عن المجتمع الدولي في محاسبة مرتكبي الجرائم الدولية ومعاقبتهم ، استنادا إلى الاتفاقات الدولية التي تمثل مصدر التشريع الوطني لهذا الالتزام الدولي ، وكذلك التطبيقات القضائية في العراق بقضية الأنفال والتي طبق قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا على أزلام النظام البائد، وبعد الجرائم التي ارتكبها تنظيم (كيان داعش الإرهابي) في العراق اعتبرت الأمم المتحدة من خلال قرارات مجلس الأمن الدولي تلك الجرائم بانها جرائم دولية، وقد مثل أمام القضاء العراقي العديد من مجرمي التنظيم الإرهابي. وخلصت الدراسة إلى ضرورة النص على تجريم الجرائم الدولية في التشريع العراقي والمصادقة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

Abstract

With the development of societies, humankind has been subjected to many unlawful acts, and as a result of international and civil wars and wars, serious crimes appeared, including international crimes such as genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression, and that the universality of the judiciary attracts a great deal of international attention and the adoption of the judiciary of some countries Foreigners, such as the Belgian and French courts, clearly reveal the acceptance of the representation of the international community in holding perpetrators of international crimes accountable and punishing them, based on international agreements that represent the source of national legislation for this international obligation, as well as applications In Iraq, the Anfal case, which applied the law of the Iraqi High Criminal Court to the former regime's cronies, and after the crimes committed by the "ISIS terrorist entity" in Iraq, the United Nations considered through these Security Council resolutions that these crimes are international crimes, and many Iraqi representatives have appeared before the judiciary. Of the terrorist organization criminals. The study concluded that it is necessary to provide for the criminalization of international crimes in Iraqi legislation and to ratify the statute of the International Criminal Court

المقدمة

عملت بعض الدول في اطار مكافحة مرتكبي الجرائم الدولية وسعياً منها للقضاء على الإفلات من العقاب على أجراء محاكمات جنائية بموجب عالمية العقاب الذي نظمته تنفيذاً لالتزام دولي بعد أدراج مبادى القانون الدولي الإنساني في قوانينها الداخلية، ومن هنا كان من الضروري تناول التطبيقات العملية في بعض الدول حيث تبنت ذلك في تشريعاتها الداخلية بقانون خاص بالجرائم الدولية أو في الإحالة على الاتفاقيات الدولية في محاسبة مرتكبي الجرائم الدولية ومعاقبتهم، وتصدت لذلك بإصدار أحكام كانت بمثابة السوابق القضائية على الصعيد الدولي والوطني، وتتيح عالمية العقاب للضحايا أو من يمثلهم بتقديم شكاوى للمحاكم التي تطبقه في حالة عجز النظام القانوني

الوطني عن تحقيق العدالة لضحايا الاعتداءات،وسنحاول في إطار هذا المبحث طرح بعض التطبيقات العملية لولاية القضاء الوطني في بعض الأنظمة القانونية كالقانون البلجيكي والقانون الفرنسي ثم نعرج على ذكر بعض التطبيقات العملية للقضاء العراقي في حالتي تطبيق المحكمة الجنائية العراقية العليا، وتطبيق قانون مكافحة الإرهاب العراقي على مرتكبي الجرائم لما لهذا القضاء من سلطة قانونية وفقاً للاختصاص القضائي يحق للدولة اتخاذ إجراءات قضائية فيما يتعلق بالجرائم الخطرة والتي تشكل تهديد للأمن والسلم الدوليين، وعلى ضوء هذا الفهم ستتناول إشكالية البحث مدى ولاية القضاء الوطني على الجرائم الدولية وما هي التطبيقات القانونية في كل من قانون المحكمة الجنائية العليا وقانون مكافحة الإرهاب العراقي مع الإشارة إلى قرارات مجلس الأمن الدولي باعتبار جرائم (كيان داعش الإرهابي) جرائم دولية مع بعض الأحكام القضائية وسنقسم المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول: التطبيقات القضائية على الجرائم الدولية في بعض الدول الأجنبية، ثم نتناول في المطلب الثاني: التطبيقات القضائية على الجرائم الدولية في العراق.

المطلب الأول

التطبيقات القضائية على الجرائم الدولية في بعض الدول الأجنبية

إن لكل دولة الحق في ممارسة ولايتها القضائية على أي جريمة أذا أضرت بمصالحها، أو مصالح المجتمع الدولي، ولقد تباينت الدول في الأخذ بذلك في محاسبة مرتكبي الجرائم الدولية ومعاقبتهم، فهناك دول أدرجته في قانون خاص مستقل في قانون العقوبات أو الإجراءات الجزائية كالقضاء البلجيكي، بينما اعتمدت دول أخرى على نظام الإحالة على الاتفاقيات الدولية كالقضاء الفرنسي، وسنتناول القضاء البلجيكي كنموذج عن محاكمة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية، والقضاء الفرنسي كنموذج عن محاكمة مرتكبي الجرائم ضد الإنسانية في فرعين نتطرق في الفرع الأول: تطبيق القضاء البلجيكي ثم نبين في الفرع الثاني: تطبيق القضاء الفرنسي.

الفرع الأول

تطبيق القضاء البلجيكي

بعد صدور قانون سنة 1993م الذي يعتمد على عالمية العقاب أصبحت بلجيكا قبلة لضحايا انتهاكات القانون الدولي خاصة تلك المرتكبة داخلياً، وتلقت السلطات المختصة العديد من الشكاوى انتهت بعضها إلى صدور أحكام بمحاسبة ومعاقبة مرتكبي تلك الانتهاكات، وفي هذا الصدد سنتناول فيهذا الفرع أولاً: موقف القضاء البلجيكي من الجرائم الدولية ثم نوضح ثانياً: جرائم الإبادة الجماعية في رواندا، على وفق الاتي:

أولاً – موقف القضاء البلجيكي من الجرائم الدولية:

أصدرت بلجيكا قانون خاص بتاريخ 6/16/ 1993م، متعلق بردع الانتهاكات الخطيرة المرتكبة ضد قواعد القانون الدولي الإنساني بعد إن صادقت بلجيكاعلى اتفاقيات جنيف الأربعة في 1949/8/12م، والبروتوكولين الإضافيين الاول والثاني المؤرخين في 1977/6/8 ويكرس القانون في مواجهة الجرائم المرتكبة بموجب الاتفاقيات المذكورة أعلاه، أينما ارتكبت،ومهما كانت جنسية الضحية وجنسية المتهم[1]،وقد تم تعديل القانون بتاريخ 19999/2/10م، واطلق علية اسم (قانون معاقبة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني)، وبموجب هذا التعديل تم توسيع نطاق قانون عام 1993م، ليشمل على معاقبة المجرم أذ كان مدنياً أو عسكرياً، وسواء ارتكبت الانتهاكات في نزاع مسلح دولي أو غير دوليوإضافة جرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب[2]، ومن الجدير بالذكر أن تعديلات القانون البلجيكي الجديد قد جاءت بعد توقيع بلجيكا على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي أعطت نوعاً من الخصوصية للقانون البلجيكي تمكنه من ملائمة قانونه الجنائي الوطني مع الكيان الدولي الجديد المتمثل بالمحكمة الجنائية الدولية[3].

ونتيجة للضغوطات السياسية الأمريكية والصهيونية التي مارستها على السلطات البلجيكية، وكذلك العدد الكبير من الشكاوي التي قدمت من قبل الإفراد ضد مرتكبي الجرائم الدولية في بعض الدول، كل تلك عوامل أدت بالبرلمان البلجيكي إلى تعديل القانون في 2003/7/30م، واستبداله بقانون أخر يقتصر رفع الدعوى ضد مرتكبي الجرائم الدولية على مواطني بلجيكا أو المقيمين فيها، كذلك من التعديلات أيضاً لا يمكن ملاحقة من يتمتع بحصانة من رؤساء الحكومات والوزراء خلال الفترة التي يباشرون بها إعمالهم[4].

وإن إنشاء المحاكم الجنائية الدولية الخاصة كان ذلك له تأثير مباشر على تحرك القضاء بلجيكا في متابعة ومحاكمة مجرمي الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب التي ارتكبت في رواندا، استنادا لإحكام القانون الدولي والمادة (1/8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا والذي تضمن الاختصاص التكميلي للمحكمة والمحاكم الوطنية لمحاكمته ومحاسبه المتهمين بارتكاب الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني على إقليم رواندا، وإقليم الدول المجاورة لها[5]،ومن اهم تلك المحاكمات قضية الروانديين الأربعة.

ثانياً- جرائم الإبادة الجماعية في رواندا:

تصدى القضاء البلجيكي بمحاسبة ومحاكمة بعض مرتكبي جرائم الإبادة الجماعية في رواندا أمام المحاكم القضائية، ومنها قضية الروانديين الأربعة، وتتلخص وقائع القضية بتاريخ 17/ نيسان /2001م، تقدم (ندوبا جاسن) رئيس اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان في رواندا بشكوى إلى (محكمة الجنايات في بروكسل) ضد المتهمين

الروانديين الأربعة، حيث كانوا مقيمين في بلجيكا وهم كل من (1- فينشنت نتيزيمانا (39عاما)2- الفونس هيغانيرو (51 عاما)3_كونسولاتا موكانغانغو (42عاما) 4- جولين موكابوتيرا (36عاما)، وفتحت محكمة التحقيق في بروكسل دعوى ضدهم ووجهت لهم تهمة ارتكاب جرائم إبادة جماعية على نطاق واسع والتحريض على قتل قبائل التوتسي في رواندا عام 1994م، والتي تشكل تلك الأفعال خرقا لاتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م، والبروتوكولين الإضافيين سنة 1977م، والتي تعتبر جرائم دولية طبقا للقانون البلجيكي، وحضت المحاكمة بالكثير من الدعاية الإعلامية في دول مختلفة [6].

وبدأت محاكمتهم بتاريخ 2001 /4/17، وقد مثل المتهمون الأربعة أمام المحكمة التي تم تشكيلها برئاسة القاضي (آليان ميس) و(12) محلفاً، وقال رئيس المحكمة إن مهمتها في هذه القضية ستكون صعبة لان التهم التي وجهت إليهم في ارتكابهم للجرائم في دولة تقع خارج مقر انعقاد المحكمة في بروكسل، ووجهت المحكمة التهم إلى كل من.

المتهمة/ (كونسولاتا موكانغانغو) التي تعمل راهبة في الدير، وذلك عن التعامل غير الإنساني وإجبار الأشخاص المختبئين في الدير إلى مغادرته مما ساعد الجنود من قبائل الهوتو على تنفيذ مذبحة بحقهم راح ضحيتها ما يقارب ستة ألاف شخص من قبائل التوتسي.

المتهمة/ (جولين موكابوتيرا) التي تعمل راهبة في الدير لمشاركتها مع المتهمة الأولى في إجبار الأشخاص المختبئين في الدير، والضغط عليهم بأساليب ترهيبية والطلب منهم مغادرة الدير لأسباب، وبواعث طائفية وعرقية.

المتهم/ (فينشنت نتيزيمانا) وزير رواندي (سابق) اتهامه بالتحريض، واستخدم نفوذه داخل الدولة في ارتكاب مجازر ضد قبائل التوتسي.

المتهم/ (الفونس هيغانيرو) أستاذ جامعي، وقد عمل مروج ومحرض للأشخاص من الهوتو على ارتكاب جرائم ضد قبيلة التوتسي، وكانت أفعال المتهمين تمت في منطقة بوتاري الرواندية.

وقد استمعت المحكمة إلى عدد من الشهود ممن موجودين في بلجيكا على تلك الجرائم، وعددهم (170) شاهدا من ضمنهم خمسون شخص توجهوا من رواندا إلى بلجيكا جوا[7].

ورحبت منظمة حقوق الإنسان (هيومان رايتس ووتش) بانعقاد المحكمة مشيرة إلى إن القانون البلجيكي يحاكم المتورطين في جرائم الإبادة الجماعية الذين أخفقت محكمة لاهاي من الوصول إليهم، ومحاكمتهم عن الجرائم التي مارسوها إثناء النزاع الرواندي، وأصدرت محكمة الجنايات في بروكسل إحكامها على المتهمين الأربعة

بتهمة المشاركة في ارتكاب جريمة إبادة جماعية، في الفترة الواقعة من (6) نيسان إلى (27) أيار سنة 1994م، بالسجن عليهم وهم كل من المتهمة الأولى/ (كونسولاتا موكانغانغو) خمسة عشر سنة سجن، والمتهمة الثانية/ (جولين موكابوتيرا) أثنى عشر سنة سجن، والمتهم الثالث/ (فينشنت نتيزيمانا) أثنى عشر سنة سجن، والمتهم الرابع/ (الفونس هيغانيرو) عشرون سنة سجن[8].

يتضح مما تقدم أنهذه القضية أول محاكمة كاملة يجريها القضاء البلجيكي وبعد الحكم على الجناة تحولت بلجيكا إلى بؤرة جذب لقضايا حقوق الإنسان في مختلف دول العالم وأعطى الحكم في هذه القضية الحل في إقناع المزيد من دول العالم في ممارسة عالمية العقاب لملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية وعدم إفلاتهم من المسائلة القانونية تحقيقاً للعدالة الدولية.

الفرع الثاني

تطبيق القضاء الفرنسي

تطبق المحاكم الوطنية نظما من القوانين الجنائية غايتها تحقيق العدالة لضحايا الجرائم، وقد أصدرت فرنسا التشريعات التي تسمح بمحاسبة مرتكبي الجرائم الدولية ومعاقبتهم، واستندت على نظام الإحالة على الاتفاقيات الدولية المنظمة لها، لتطبيق عالمية العقاب في محاكمتها للمجرمين، وفي هذا الصدد سنتناول هذا الموضوع أولاً: موقف التشريع الفرنسي من الجرائم الدولية ثم نبين ثانياً: الجرائم ضد الإنسانية في تونس، على وفق الاتي:

أولاً - موقف القضاء الفرنسي من الجرائم الدولية:

إن القضاء الفرنسي يتضمن صراحة على ممارسة المحاكم الفرنسية لعالمية العقاب حيث تبنى المشرع الفرنسي قرار مجلس الأمن الدولي رقم 827 في 25/أيار/1993م، في تطبيق القانون رقم 01-95 الصادر في 2/كانون الثاني/ 1995م، بالإحالة على ألاتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949م، وانتهاكات قوانين وأعراف الحرب، وجرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية المرتكبة على إقليم يوغسلافيا(سابقاً) منذ سنة 1991م، وكذلك أحال القانون رقم 432-96 الصادر في 22/ ايار /1996م، بتكييفه مع قرار مجلس الأمن الدولي رقم (955) بتاريخ 8/ت1994/2، ليطبق القانون، وفقاً للمواد من 2-4 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في رواندا على الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف والبروتوكول الملحق الثاني سنة 1977م، وجرائم الإبادة الجماعية، و الجرائم ضد الإنسانية وغيرها في حال تواجدهم في الأراضي الفرنسية وبهذا القانون فقد كرس المشرع عالمية العقاب بحدود الجرائم المرتكبة في النزاع الرواندي، بين 1/كانون الثاني، و31/كانون الاول/1994[9].

أما القانون المرقم (930/10) الصادر في 9 /آب /2010م، فتضمن إحالة نصوص القانون إلى اتفاقية نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث تضمن القانون أحكاما معدلة لقانوني العقوبات والإجراءات، لتتلاءم مع الاختصاص الموضوعي ليشمل الجرائم الدولية الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهي جريمة الإبادة الجماعية، جرائم ضد الانسانيه، وجريمة الحرب[10].

وقد تضمن القانون رقم (10-930) في المادة الأولى على تجريم الإبادة الجماعية والتحريض عليها أضافة إلى ما تضمنته (الفقرة 1/ المادة 1/212) تعريف الجرائم ضد الإنسانية، وربطت بين أشكال تواطؤ الرؤساء السلميين في ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الإبادة الجماعية بالوجود المسبق (المخطط الاتفاقي) كركن من أركان الجريمة، أما بالنسبة إلى جرائم الحرب فقط تضمنته المادة (6مكرر) من القانون أعلاه واشترط القانون وجود المتهم مرتكب الجريمة في الخارج موجود على الأراضي الفرنسية [11].

وبهذا القانون فان فرنسا قد عززت من قدرة محاكمها على ممارسة الولاية القضائية العالمية، لكونها من الدول الرائدة في رعاية حقوق الأنسان، واحترام كرامته، ومن القضايا التي نظرت بها المحاكم الفرنسية قضية الدبلوماسي التونسي السابق (خالد بن سعيد).

ثانياً-الجرائم ضد الإنسانية في تونس:

مارست المحاكم الفرنسية النظر في القضايا التي استندت إلى طبيعة الجريمة دون اعتبار إلى الإقليم الذي ارتكبت فيه ولا لجنسية الجاني أو المجني عليه، وسنتطرق إلى قضية كانت محل النظر أمام المحاكم الفرنسية ،وهي التهم الموجة إلى الدبلوماسي التونسي (السابق) خالد بن سعيد من قبل المحكمة الجنائية لمحافظة الرين السفلى، وهي أول محاكمة في فرنسا لموظف دولة تونسي (دبلوماسي) متهم في ارتكاب جريمة التعذيب وهي احدى الجرائم ضد الإنسانية، وتبدا مجريات القضية سنة 1977م، عندما اعتقل موظفو إدارة امن الدولة التونسية السيدة (زليخة غربي) في مركز شرطة جندوفا (تونس) وخلال الاعتقال تعرضت السيدة المذكورة إلى عمليات تعذيب بشكل متكرر ومعاملات غير إنسانية مذله منها (الضرب المتكرر على الوجه ،والضرب بالعصا، والتعليق في قضيب حديدي، والشتم وما إلى ذلك من أفعال إجرامية، وأن المتهم/ خالد بن سعيد يعمل آنذاك ضابط شرطة في المركز وكان من معذبيها، وبعد فترة أخرجت السيدة من مركز الشرطة بتاريخ 22/أكتوبر/1997م، وغادرت السيدة زليخة غربي تونس برفقة أولادها للالتحاق بزوجها والإقامة معا في فرنسا، وبتاريخ 9/أيار/2001م اكتشفت السيدة زليخة إن خالد بن سعيد يشغل منصب

نائب القنصل التونسي في ستراسبورغ وقررت تقديم شكوى ضده متمثلة بمحاميها الأستاذ ايرك بلوفيي[12].

وبتاريخ 25/حزيران/2001م، وجه محامي السيدة(زليخة) شكوى رسمية ضدة المتهم إلى المدعي العام لدى محكمة الاستئناف، وضمن فيها إمكانية فرار المشتبه فيه إلى دولته تونس، وقد تم إبلاغ المتهم بالشكوى واستدعائه ألا انه لم يمتثل لهذا الاستدعاء، وبتاريخ 16/ كانون الثاني/2002م، فتح تحقيقاً قضائياً من قبل نيابة محكمة ستراسبورغ عن أعمال تعذيب شخص مخول بالسلطة العامة خلال ممارسة صلاحياته، وخلال تلك الفترة لم يحضر المتهم إلى المحكمة لبيان موقفه مما أدى بقاضي التحقيق إلى أن يصدر مذكرة توقيف دولية ضده بتاريخ 15/شباط/2002م، ورغم كل العوائق التي مرت بها المحكمة، وبعد تحقيق دام سبع سنوات اصدر أمر الاتهام بحق المتهم/خالد بن سعيد من قبل المحكمة الجناية الفرنسية بتهمة جريمة التعذيب، وأفعال لاإنسانية ضد المعتقلين في السجن أرتكبها سنة 1996م، عندما كان المتهم ضابط في مركز الشرطة في (جندوبا_تونس)[13].

وقد رفضت السلطات التونسية الاتهامات الموجهة، واعتبرتها عارية تماما من الصحة، وتهدف إلى مغالطة الرأي العام وان المزاعم بشان تعرض زليخة إلى أعمال تعذيب سنة1996م، لدى استجوابها في مركز الشرطة حيث كان الغرض من الاستجواب هي معرفة معلومات عن زوجها المشتبه به في أنشطة مناهضه ضد الرئيس السابق زين العابدين بن علي ولم تتعرض للتعذيب في مركز الشرطة [14].

وبتاريخ 15/كانون الثاني/2008م تمت محاكمة المتهم/ خالد بن سعيد (غيابيا) أمام القضاء الفرنسي بتهمة ارتكاب إعمال تعذيب وأفعال وحشية، وتعد المحاكمة الأولى التي يحاكم فيها دبلوماسي أجنبي في قضية تعذيب تمت في الخارج أمام القضاء الفرنسي، وان السلطات التونسية لم تحترم المعاهدة الفرنسية التونسية في التعاون القضائي، ولم تقوم بتسليم المتهم الهارب إلى فرنسا [15]، وأصدرت المحكمة حكمها بسجن المتهم (خالد بن سعيد) ثمان سنوات، إلا إن الادعاء العام رفض الحكم الصادر واستأنفت القضية مرة أخرى مدفوعاً بالفضائح والانتهاكات الوحشية التي ارتكبها ليتم تعديل الحكم بتاريخ 24/أيلول/2010م وجعله اثنا عشر سنة سجن، وبطاقة جلب دولية إلى فرنسا لتنفيذ الحكم ليستدل الستار عن تلك المحاكمة[16].

يستخلص مما تقدم أن القضاء الفرنسي والبلجيكي بموجب عالمية العقاب سمح بالنظر في الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية التي يتم ممارستها من قبل أعضاء في السلطة الحاكمة ضد معارضي لها في الحكم، في دول أخرى بشرط تواجده داخل الدولة، وبذلك فان مثل تلك الأحكام تمثل وسيلة ردع لمرتكبي الجرائم الدولية تماشيا مع العدالة الدولية.

المطلب الثاني

التطبيقات القضائية على الجرائم الدولية في العراق

ينظم المشرع العراقي حماية حقوق المواطنين، وحفظ كرامتهممن خلال تأكيدها على صياغة النصوص الجنائية الوطنية المنسجمة مع المعايير الدولية، وتعد المحاكم الوطنية الجهة المختصة في محاكمة، ومعاقبة الأشخاص الذين يرتكبون جرائم دولية، فكان القانون الجنائي ذراع الدولة وأداتها ووسيلتها لتحقيق تلك الغايات [17]، وفي إطار هذا الموضوع سنحاول بيان ذلك في فرعين نتناول في الفرع الأول: تطبيق المحكمة الجنائية العراقية العليا ثم نبين في الفرع الثاني: تطبيق قانون مكافحة الإرهاب العراقي على جرائم (كيان داعش الإرهابي).

الفرع الاول

تطبيق المحكمة الجنائية العراقية العليا

تسري ولاية المحكمة الجنائية العراقية العليا على كل شخص سواء كان عراقيا أو غير عراقي مقيم في العراق متهم بارتكاب احدى الجرائم التي تدخل في اختصاصها، وعلى هدى ما تقدم سنتناول أولاً: قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا ثم نعرج ثانياً: الجرائم الدولية في العراق، على وفق الاتي:

أولاً-قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا:

أن المشرع العراقي قد اعتمد قانون العقوبات في معالجة الجرائم التي تتعلق بأمن الدولة الداخلي والخارجي وبعد عام 2003م، ولأجل محاكمة رموز النظام البائد تشكلت المحكمة في بدايتها بموجب القانون رقم (1) لسنة 2003م، من قبل مجلس الحكم، وقد نصت المادة الأولى منه على "تؤسس بموجب هذا القانون محكمة تسمى (المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الإنسانية) وتكون اختصاصات المحكمة واختصاصات الأجهزة المكملة لعملها وفقا لا حكام هذا القانون وتتمتع المحكمة بالاستقلال التام ولا ترتبط بأي جهة كانت"[18]، وتختص المحكمة في جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية ،وجرائم الحرب، وبعد ذلك ألغيت هذه المحكمة[19]، لتحل محلها المحكمة الجنائية العراقية العليا بموجب القانون رقم (10) لسنة 2005م، ونصت المادة (1) منه على "أولا:- تؤسس محكمة تسمى (المحكمة الجنائية العراقية العليا) وتعرف فيما بعد بـ(المحكمة)، وتتمتع بالاستقلال التام. ثانياً- "تسري ولاية المحكمة على كل شخص طبيعي سواء أكان عراقياً أو غير عراقي مقيم في العراق ومتهم في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المواد (11) و(12) و(13) و(14) من هذا القانون والمرتكبة من تاريخ 1968/7/17م ولغاية2003/5/1م في جمهورية العراق أو أي مكان أخر... وتشمل الجرائم الآتية:

أ- جريمة الإبادة الجماعية.

ب- الجرائم ضد الإنسانية.

ج- جرائم الحرب.

د-انتهاكات القوانين العراقية المنصوص عليها في المادة (14)"[20].

ويخضع تنظيم إجراءات المحكمة إلى قانون الإجراءات الجزائية رقم (23) لسنة1971م، وقانون العقوبات العراقي رقم (111) سنة 1969م المعدل، ومن اهم القضايا التي أوكلت للنظر فيها في بداية عملها، والتي بدأت في 2005/10/19م، محاكمة الدجيل، وبعدها بدأت محاكمة الأنفال، وقمع انتفاضة سنة 1991م، وتصفية وقتل رجال الدين، والشخصيات المستقلة، والقتل والنقل القسري في الأهوار، تهجير الكرد الفيليين، وهدر أموال الدولة، قضية حلبجه، التطهير العرقي للأكراد والتركمان في كركوك، وانتهاكات حقوق الأنسان المتفرقة...[21].

يتضح مما سبق أن التشريع القضائي للمحكمة الجنائية العراقية العليا قد اخذ تعريف جريمة الإبادة الجماعية منقول حرفيا من نص المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وكذلك الجرائم ضد الإنسانية اذ لم يغير منه ألا جريمة الفصل العنصري وعدم الإشارة لمعنى الحمل القسري في نص المادة (7) من النظام الأساسي، بينما نقل تعريف جرائم الحرب من نص المادة (8) من النظام الأساسي مع تغيير بعض الألفاظ وبذلك فان المشرع العراقي قد كان مصيباً عندما ساير المشرع الدولي في المحكمة الدولية في وصف الجرائم الدولية.

ثانياً-الجرائم الدولية في العراق:

بدأت المحكمة الجنائية العراقية العليا في محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية من النظام البائد بعد عام 2003م، ومن تلك الجرائم جريمة الأنفال، وتتلخص وقائع القضية بتاريخ 2006/8/21م، وقد وجهت المحكمة تهم ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب إلى(223) شخص أبرزهم كل من المجرم/ صدام حسين رئيس جمهورية العراق سابقاً، والمجرم/علي حسن المجيد (أمين عام مكتب حزب البعث في المنطقة الشمالية) والملقب علي الكيمياوي، والمجرم/سلطان هاشم احمد الطائي القائد السابق للجيش، والمجرم/صابر عبد العزيز الدوري مدير عام المخابرات العسكرية سابقاً، والمجرم/حسين رشيد التكريتي نائب رئيس أركان الجيش لشؤون العمليات سابقاً[22]، وتتلخص وقائع القضية في أن حملة الأنفال قد تم تقسيمها على أساس المناطق والزمن معاً إلى ثمانية حملات وسنبين بشكل مختصر تفاصيل كل مرحلة:

حملة الأنفال الأولى: بدأت يوم 1988/2/22م بشن مجموعة من الهجمات التقليدية، والكيمياوية بواسطة السلاح البري والجوي معاً في وادي (جافا تي) في محافظة سليمانية مما أدى إلى وفاة الألاف من المواطنين المدنيين، وشن هجمات برية وحصار

على قرى (برطلو، سرطلو) وان القوات المهاجمة احتجزت عدد من المدنيين وان هدف الحملة هو القضاء على المقاومة الكردية وقد انتهت الحملة يوم 1988/3/19م[23].

حملة الأنفال الثانية: بدأت بتاريخ1988/3/22م، بهجوم شنته الطائرات العسكرية على المناطق الكردية بالقنابل الكيمياوية وشاركت كذلك القوات البرية بأطلاق قذائف مدفعية وقد تم قصف منطقة حلبجة في محافظة سليمانية بأكثر من عشرين مرة بقنابل كيمياوية إضافة إلى القنابل العنقودية، وقدر عدد المدنيين القتلى بالهجوم بين 70_90 ألف قتيلاً، وقد شمل القصف الكيمياوي قرى دوكان ومرسبوبي، وبلكجار، وجافه ران، وقد توفى عدد من الشباب المدنيين كما اختفت عدد من العوائل الذين تم نقلهم فيما بعد إلى معتقل في صحراء محافظة السماوة قرب الحدود السعودية في منطقة نقرة السلمان وقد انتهت الحملة بتاريخ1988/4/1م[24].

حملة الأنفال الثالثة: بتاريخ 1988/4/7م شنت القوات العسكرية هجوما كبيرا على سهل طرميان واستخدمت القوات المهاجمة السلاح الكيمياوي والتقليدي على قرية تازة شار، وتم اعتقال العديد من الرجال والنساء المسنين ونقلهم إلى مواقع اعتقال في معتقلات طوبزاوا، والدبس، ونقرة السلمان وانتهت عملية الأنفال الثالثة بتاريخ 1988/4/20م.

حملة الأنفال الرابعة: بدأت الحملة بشن هجوم عنيف من قبل القوات العسكرية في وادي الزاب بتاريخ 1988/5/3م، وقد قامت القوات بتدمير المباني وقرى دوغرت، وقايا، وقزلر وغيرها وحجز كثير عوائلها ونقلهم إلى معتقلات في الدبس) ونقرة السلمان، وانتهت الحملة في 1988/5/8[25].

حملة الأنفال الخامسة والسادسة والسابعة: بدأت بتاريخ 1988/5/15م وانتهت في 1988/8/28م، وخلال تلك الحملات شنت القوات العسكرية المهاجمة هجوم بواسطة سلاح الجو العراقي على قرية دارا، وقرية راوند وز، ووادي شقلا وه، وكذلك شنت هجمات كيمياوية يوم23/من الشهر الخامس على قرى سيران، وجيران، وبالسيان، وسماء قولي، وقامت القوات المسلحة البرية بألقاء القبض على الرجال ونقلهم إلى مصير مجهول، والنساء، والأطفال تم نقلهم بالشاحنات إلى المعتقلات في الدبس، ونقرة السلمان، وطوبزاوا.

حملة الأنفال الثامنة: بعد انتهاك الحرب العراقية الإيرانية في 1988/8/8م، وبتاريخ 1988/8/28م شنت القوات العسكرية المهاجمة وبالأسلحة الكيمياوية والتقليدية هجوماً على قرية تيكا، وبلجيني في محافظة دهوك ونتيجة هذا القصف فر العديد من القرويين متجهين إلى الحدود التركية وأعالي الجبال والوديان كما تم القبض على العديد من الأهالي المدنيين وتم نقلهم إلى مراكز الاعتقال ولم يعرف عدد كبير منهم بعد ذلك [26].

بدأت محاكمة المجرمين بتاريخ 2006/8/21م، في داخل قاعة المحكمة الجنائية العراقية العليا، وقد ادلى (67) من المشتكين بشهاداتهم عن تجاربهم المروعة خلال حملات الأنفال، وتحدثوا عن رائحة الأسلحة الكيمياوية التي تشبه رائحة التفاح، والعفن وما يعقبها من شعور بالاختناق، والعمى، والموت، وقد نجى بعضهم من الهجمات التي شنت على بعض القرى الكردية[27].

وبعد أن استمعت المحكمة إلى شهادات الشهود خصصت الجلسة رقم (61) في تاريخ 2007/6/24م، إلى النطق بالحكم، وطياً ملخص بحكم المحكمة:

المجرم/ صدام حسين- تم وقف الإجراءات القانونية بحقه في 2007/1/8 لثبوت وفاته وذلك لتنفيذ عقوبة الإعدام بحقه لأدانته في قضية الدجيل استناداً لأحكام المادتين 304/300 من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) سنة 1971م المعدل[28].

المجرم/ علي حسن مجيد – قيامة بإصدار الأوامر إلى القطعات العسكرية وأجهزة الاستخبارات ومنظمات حزب البعث المنحل لقتل مواطنين الكرد والحاق الضرر الجسدي والعقلي الجسيم بهم وإخضاعهم لظروف معيشية قاسية، وهو الذي أمر باستخدام الأسلحة الكيمياوية على نطاق واسع وبذلك قد ارتكب جريمة الإبادة الجماعية، وان الأدلة المتوفرة ضده كافية لأدانته وتجريمه لارتكابه جرائم ضد الإنسانية من خلال قتل الألاف بإعطاء الأوامر باستخدام الأسلحة الكيماوية، والتقليدية من قبل الجيش على القرويين المدنيين، وحرق، وتدمير قراهم، وترحيلهم، وأبعادهم قسراً من مناطق سكناهم، وتعرضهم للتعذيب الجسدي والنفسي، واحتجاز الألاف منهم بقصد إهلاكهم، وارتكابه جرائم حرب من خلال إصداره الأوامر والتوجيهات إلى القطعات العسكرية، وأجهزة الأمن والاستخبارات بشن هجمات واسعة بالأسلحة التقليدية والكيمياوية، وتدمير القرى ومساكن الكرد ونهب ممتلكاتهم، و صدر علية قرار بالإعدام شنقاً حتى الموت ثلاث مرات عن اشتراكه في جريمة الإبادة الجماعية، وجرائم ضد الإنسانية ،وجرائم الحرب[29].

المجرم/ سلطان هاشم محمد- لاشتراكه في عمليات الأنفال الأولى، الثانية، الرابعة، والثامنة، وقيامه بإصدار الأوامر إلى القطعات العسكرية للفيلق الاول الذي تحت امرته بشن هجوم واسع باستخدام الأسلحة الكيمياوية والتقليدية بواسطة الطائرات والمدفعية والراجمات، وأدى استعمال تلك الأسلحة إلى القتل الجماعي للسكان المدنيين الكرد ،وقتل مواشيهم وأحراق محاصيلهم الزراعية، والحاق ضرر جسدي، وعقلي جسيم بهم ،لذا تكون الأدلة كافية لأدانته بارتكابه جريمة الإبادة الجماعية، وإصداره الأوامر من قبله باعتقال الألاف من المدنيين الكرد ونقلهم بواسطة السيارات إلى مراكز الاعتقال واختفاء الألاف اللذين لم يعرف مصيرهم كل ذلك بقصد إهلاكهم وبذلك يكون قد ارتكب جرائم ضد الإنسانية، وقيامه بإصدار الأوامر إلى القطعات

العسكرية بأمرته بتهديم المباني المحمية كالمساجد، والمدارس، والمستوصفات، وقيام القطعات العسكرية بنهب ممتلكات المواطنين والاستيلاء عليها وترحيل الناجين من الموت عن قراهم قسراً وبدون إي ضرورة عسكرية وتم ذلك على علم ودراية منه بتلك الأفعال الإجرامية، وبذلك قد ارتكبت جرائم الحرب، و صدرت علية ثلاث عقوبات تتمثل بالإعدام شنقا حتى الموت بتهمة الاشتراك في جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب[30].

المجرم/ صابر عبد العزيز الدوري- لاشتراكه في العمليات العسكرية عندما كان عضواً في القيادة العامة للقوات المسلحة ومدير لجهاز الاستخبارات وكانت المهمة الموكلة له متابعه الأجهزة التابعة له وجمع المعلومات الاستخبارية، واقتراحه قيام الوحدات العسكرية باستخدام الأسلحة الكيمياوية ضد الكرد في شمال العراق، والتي استخدمت فيما بعد من خلال القطعات العسكرية في هجمات واسعة على المدنيين الكرد في شمال العراق، ونتج عن ذلك موت الألاف من المدنيين، وتهجير الألاف أخرى من المدنيين ممن نجو، وتهديم قراهم كل ذلك أدى إلى ارتكابه جريمة الإبادة الجماعية، ومشاركته من خلال مقترحة باستخدام الأسلحة الكيمياوية ضد المدنيين حيث نتج عن استخدامها موت جماعي للأشخاص الأبرياء، وتشريد من نجى من الموت أو القبض عليم، وإرسالهم إلى مراكز الاعتقال لذا تجد المحكمة الأدلة كافية لأدانته بالجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب ،وقد حكمت المحكمة علية ثلاث عقوبات بالسجن المؤبد بتهمة الإبادة الجماعية، والسجن مدى الحياة لاشتراكه بارتكاب جريمة القتل العمد كجريمة ضد الإنسانية والحكم بالسجن مدى الحياة لاشتراكه في الأعمال الحربية كجريمة من جرائم الحرب[31].

المجرم/ حسين رشيد محمد التكريتي - حيث كان يعمل معاون لرئيس أركان الجيش وقد ثبت للمحكمة من خلال سير المحاكمة ومن المستندات والوثائق وأقوال الشهود انه قام بالاشتراك والمساهمة مع المجرم سلطان هاشم احمد في مهاجمه القوى الكردية في شمال العراق، لذا فقد أدانته المحكمة بانه قد ساهم متعمدا خلال عمليات الأنفال بقتل المدنيين الكرد، والحاق الضرر الجسدي باستخدام كافة أنواع الأسلحة التقليدية بقصد إهلاك القرى كلياً أو جزئياً، ومساهمته متعمداً في شن هجوم واسع النطاق ضد السكان الكرد مما أدى إلى قتل السكان المدنيين، وحرق قراهم، وتدميرها، وإخفاء الكثير منهم كل ذلك تم عن علم ودراية من خلال وضع الخطط العسكرية، ومتابعتها وتنفيذها، وبذلك يكون قد ارتكب جرائم الإبادة الجماعية، ومساهمته بالتخطيط لاستخدام الأسلحة الكيمياوية في شمال العراق ضد المعارضة، والقوات المدنية غير المشاركين في القتال ضد السلطة مما أدى قتلهم كما استهدف الهجوم المباني المحمية كالمستوصفات، والمدارس وبذلك يكون قد ارتكب جرائم حرب ،وقد حكمت المحكمة علية بالإعدام شنقا حتى الموت لارتكابه جريمة الإبادة الجماعية، والإعدام شنقاً حتى الموت لارتكابه جريمة ضد الإنسانية، وأيضا الإعدام شنقاً حتى الموت لاشتراكه بارتكاب

جريمة توجيه هجمات ضد السكان المدنيين كجريمة حرب، وكذلك حكمت المحكمة للمدعين بالحق المدني مراجعة المحاكم المختصة بشان الأضرار التي لحقت بهم وقد تمت الأحكام استناداً إلى قانون المحكمة الجنائية العراقية رقم (10) سنة 2005م وقانون العقوبات العراقي رقم (111) سنة 1969م المعدل ،وصدر القرار بتاريخ 2010/6/24، وقد صادقت محكمة الاستئناف العراقية العليا بتاريخ 2007/9/4 على الحكم بالإعدام شنقاً حتى الموت على كل من علي حسن المجيد، وسلطان هاشم احمد، بعد أدانتهم بتهم تتعلق بجرائم خلال حملات الأنفال ضد الأكراد في شمال العراق في سنة 1988م[32].

ومن الجدير بالذكر أن أحكام الإعدام الصادرة بحق المجرمين سلطان هاشم وحسين رشيد محمد، لم تنفذ وقال وكيل وزارة العدل إن تنفيذ أي حكم إعدام مرهون ليس بإصدار الحكم من المحكمة فقط وإنما بإصدار مرسوم جمهوري للتنفيذ مبيناً أن وزارة العدل جهة تنفيذية وفي حال صدور مرسوم جمهوري من قبل رئيس الجمهورية بحق أي مدان فإننا نقوم بتنفيذه فوراً، وان المجرمين حالياًموجودين في سجن الحوت في محافظة الناصرية في جنوب العراق[33].

وأسفرت حملات الأنفال قتل اكثر من (180) الف كردي قضوا فيها وان كثير منهم قد دفنوا أحياء في (نقرة السلمان) في محافظة السماوة، وكذلك تهديم وإزالة العديد من القرى الكردية في كل من محافظة كركوك، سليمانية، أربيل، دهوك[34]، ومن الجدير بالذكر أن مجلس النواب قد عدل قانون المحكمة بموجب قانون تعديل المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (35) سنة 2011 والحقها في مجلس القضاء الأعلى، ومن الأسباب الموجبة لصدور القانون أنجازها اغلبيه القضايا الخاصة بجرائم النظام الدكتاتوري البائد ورموزه[35].

نستخلص مما تقدم أن من أسباب اختيار هذه القضية احتوائها أفعال المجرمين فيها على صور الجرائم الدولية المتمثلة بجريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وأن المحكمة تمثل اهم الجهود التي بذلت في العراق لمحاسبة مرتكبي الجرائم الدولية وتقديمهم للعدالة ومعاقبتهم والتي فيها إشارة واضحة تفيد بأن مرتكبي تلك الجرائم لن يكونوا بمنأى عن أيادي العدالة.

الفرع الثاني

تطبيقات قانون مكافحة الإرهاب على جرائم (كيان داعش الإرهابي)

شكلت أغلب جرائم كيان داعش الإرهابي في العراق جرائم ضد الإنسانية وجرائم أبادة جماعية أبان فترة سيطرة هذا الكيان على مناطق واسعة من شمال وغرب العراق، وفي هذا الصدد كان للقضاء العراقي دوراً بارزاً في التصدي لمحاكمة مرتكبي هذه الجرائم استنادا إلى قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) سنة 2005، وقد

أصدر مجلس الأمن الدولي قرارات باعتبار جرائمهم جرائم دولية، وهذا ما سنحاول بيان في هذا الفرع من خلال أولاً: قانون مكافحة الإرهاب العراقي ثم نبين ثانيا: جرائم (كيان داعش الإرهابي) في العراق، على وفق الآتي:

أولاً- قانون مكافحة الإرهاب العراقي:

أن الإرهاب يعد عملاً من أعمال العنف يتسم بالوحشية المفرطة والرعب في النفوس يتعدى حدود رقعه جغرافية معينة أو حدود إقليم دولة محددة، وقد تفاقمت ظاهره ارتكاب الأعمال الإرهابية على نحو مختلف متخذه أشكال وصور متعددة كالقتل بأبشع صورة وغيرها من الجرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب بوسائل وبأدوات مختلفة[36].

بعد سنة 2003م تصاعدت جرائم العنف والخطف واستهداف الأبرياء الأمر الذي دفع بالمشرع العراقي إلى إصدار قانون أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) بتاريخ 2004/3/7[37]، ولزيادة حجم الجرائم الإرهابية، والتصدي لقصور المنظومة القانونية العراقية في مواكبة الأحداث وتوصيفها للجرائم الإرهابية كجريمة يعاقب عليها القانون العراقي صدر قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (13) سنة 2005م، والذي عرف الإرهاب في المادة الأولى، والتي نصت على "كل فعل إجرامي يقوم به فرد أو جماعة منظمة استهدفت فرداً أو مجموعة أفراد أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو غير رسمية أو وقع الضرر بالممتلكات العامة أو الخاصة بغية الإخلال بالوضع الأمني أو الاستقرار والوحدة الوطنية أو إدخال الرعب أو الخوف والفزع بين الناس أو إثارة الفوضى تحقيقا لغايات إرهابية"[38].

وقد ذكر قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (13) لسنة 2005م بعض الوسائل في تنفيذ الجريمة الإرهابية، ومن بين تلك الوسائل المادية التي تشمل التفجير، والهجوم، اختطاف الطائرات، اختطاف الأفراد، والاغتيالات، تخريب وتدمير المنشاة المهمة، استخدام الأسلحة، أو إي وسيلة إرهابية أو إي عمل إرهابي أخر، وكذلك الوسائل غير المادية التي يحقق فيها الإرهابيون غاياتهم منها الأعلام من خلال الأفكار الإرهابية والقيام بنشر المعلومات الكاذبة لغرض أثارة الرعب في المجتمع، وخلق حالة من الفزع لدى المواطنين، وكذلك استخدام وسائل الاتصال التي في مقدمتها شبكة الأنترنت في نشر أفكارهم، والترويج لها و التجسس في عملياتهم الإرهابية[39].

وبعد أن بينا قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (13) سنة2005م لابد أن نذكر اهم القرارات الدولية التي اعتبرت ممارسات (كيان داعش الإرهابي) جرائم دولية بالاستناد إلى أفعالهم في العراق بعد سيطرة هذا الكيان على مناطق واسعة في شمال وغرب العراق فقد أصدر مجلس الأمن الدولي العديد من القرارات التي أدانت فيها ممارسات التنظيم الإرهابي ومنها القرار المرقم (2199) المؤرخ في 12/شباط/2015م، بجلسته المرقمة (7379) المعقودة في 12/شباط/2015م،

وتضمن القرار تأكيد المجلس على حفظ السلم والأمن الدوليين، وفقاً لميثاق الأمم المتحدة، ويدين المجلس بأشد العبارات اختطاف الرجال، النساء، الأطفال، وما يتعرضون له من استغلال، واعتداء من قبل تنظيم داعش الإرهابي[40].

وفي جلسة مجلس الأمن الدولي المعقودة في 29/تموز/2015م، أصدر قراره المرقم (7495)، وإذ يعرب عن قلقلة البالغ إزاء الحالة الأمنية الراهنة في العراق الناتجة عن هجوم واسع النطاق شنه تنظيم داعش الإرهابي في سوريا والعراق الذي أسفر عن وقوع خسائر فادحة في صفوف المدنيين بما في ذلك النساء والأطفال وتشريد أكثر من ثلاثة ملايين من المدنيين العراقيين وتوجيهه تهديدات إلى جميع الطوائف الدينية والعرقية وهذه الأفعال تشكل انتهاكات للقانون الدولي الإنساني[41]، كما اصدر مجلس الأمن الدولي مجددا القرار المرقم (2249) لسنة(2015م) الذي اتخذه في جلسته المعقودة في 20/تشرين الثاني/2015م، وإذ يقرر إن (كيان داعش الإرهابي) يشكل خطراً عالمياً لم يسبق له مثيل يهدد السلام والأمن الدوليين بسبب عقيدته المتطرفة العنيفة وأعماله الإرهابية[42].

كذلك اصدر مجلس الأمن الدولي أيضا قراره المرقم (2367) سنة 2017م، والذي اتخذه في جلسته رقم (8039) المعقودة في 14 /تموز/ 2017م، وتضمن القرار التأكيد على أن الأفعال التي يمارسها التنظيم الإرهابي في العراق تشكل انتهاكات للقانون الدولي الإنساني، وضرورة تكفل جميع الدول إن تقدم للعدالة إي شخص يمول أو يشارك أو يخطط أو ينفذ في تلك الأفعال الإجرامية، ويطلب إلى الأمين العام إنشاء فريق تحقيق برئاسة مستشار خاص لدعم الجهود الرامية إلى مسائلة (كيان داعش الإرهابي) عن طريق جمع وحفظ وتخزين الأدلة في العراق لضمان استخدام تلك الأدلة على أوسع نطاق ممكن أمام المحاكم الوطنية والدولية، ويشجع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة على تقديم المساعدة القانونية المناسبة إلى حكومة العراق وبناء قدراتها من اجل تعزيز محاكمها ونظامها القضائي[44].

واستنادا إلى القرار رقم (2379) سنة 2017م، تم تكليف السيد كريم اسعد احمد خان مستشاراً خاص ورئيس فريق التحقيق التابع للأمم المتحدة لتعزيز المسائلة عن الجرائم المرتكبة من قبل تنظيم داعش الإرهابي في العراق والشام، وفي إطار التعاون الدولي مع العراق قدم مكتب الأمم المتحدة لمساعدة العراق (يونامي) مشروع قانون خاص بالجرائم الدولية يسري على جرائم (كيان داعش الإرهابي) أعده خبراء لديها لإنشاء محكمة مختصة تسمى (المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ذات الطابع الدولي) وشارك في مناقشته ممثلو المؤسسات الحكومية، ومجلس القضاء ومنظمات المجتمع المدني ومفوضية حقوق الإنسان[45].

وفي رسالة موجهة إلى رئيس مجلس الأمن من قبل المستشار الخاص المؤرخة في 17/أيار/2019م أكد فيها الطلب من الأمم المتحدة على تقديم الدعم لمساعدة العراق

من اجل تعزيز قدرة الأدلة التي جمعها فريق التحقيق على الإسهام في الإجراءات المحلية في العراق، وذلك وفق مقتضيات الاختصاصات الموكلة للفريق الدولي مع إعطاء الأولوية للحرص على وجود الأطر الإجرائية والموضوعية التي تسمح بملاحقة مرتكبي جرائم الحرب، والجرائم ضد الإنسانية، والإبادة الجماعية، ومقاضاتهم وفق أحكام القانون الوطني [46].

يستنتج مما تقدم أن القضاء العراقي يحاكم جرائم (كيان داعش الإرهابي) جرائم إرهابية بينما قرارات مجلس الأمن الدولي قد بينت أن تلك الجرائم هي جرائم دولية تتمثل في جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب التي تعد انتهاكاً جسيماً لحقوق الإنسان وللقانون الدولي الإنساني والذي يتطلب تكييف التشريع العراقي مع التشريع الدولي في سبيل محاسبة ومعاقبة مرتكبي الجرائم الذين ينتمون إلى التنظيم الإرهابي.

ثانياً -جرائم (كيان داعش الإرهابي) في العراق:

من خلال البحث والتقصي عن بعض التطبيقات قضائية الخاصة ببعض المجرمين ممن انتموا إلى (كيان داعش الإرهابي) الأجانب والعراقيين في العراق وجدنا القضايا الجنائية الخاصة بالمجرمين الأجانب، ومنها قضية المجرم فهد خلف مفضي (سعودي الجنسية)، وتتلخص وقائع القضية عندما أحال قاضي محكمة التحقيق المركزية بموجب قرار الإحالة المرقمة 661 المؤرخ في 2014/1/2 المتهم موقوفاً إلى محكمة الجنايات المركزية لأجراء محاكمته بدعوى غير موجزة والتي إحالته إلى محكمة جنايات ذي قار بتاريخ 2015/2/22م وفق أحكام المادة (الرابعة/1) بدلالة المادة (ثانياً/1، 2، 3، 7، 4، 5) من قانون مكافحة الإرهاب رقم(13) لسنة2005م عن التهمة المسندة إليه لقيامه بالانتماء إلى تنظيم داعش الإرهابي ودخوله عن طريق الأراضي السورية قادماً من السعودية وقيامة باستهداف القوات العراقية، وكذلك زرع العبوات الناسفة في منطقة الدايني وقيامه بزعزع الأمن والاستقرار في المنطقة وتهجير ساكنيها لأسباب، ودوافع طائفية ودينية واستمرار عمله في التنظيم الإرهابي وانتقاله إلى أكثر منطقة في العراق، لذا قررت المحكمة التمييز الاتحادية تصديق عقوبة الإعدام شنقاً حتى الموت والتي جاءت منسجمة ومتناسبة مع الجريمة وخطورة المجرم الإرهابية، صدر القرار بتاريخ 2017/11/28م[47].

وفي قضية أخرى بالمجرمة مليكا عبد الحميد نورمات جان (قرغستانية الجنسية) أحال قاضي تحقيق المحكمة بموجب قرار الإحالة المرقم بالدعوى المرقمة (221) في 2019/1/30م إلى محكمة الجنايات المركزية لأجراء محاكمتها وفق أحكام المادة (الرابعة/1) وبدلالة المادة (ثانياً/1-3) من قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة2005م، وبعد التدقيق والمداولة تبين أنها بتاريخ 2018/2/22م ألقت القوات الأمنية القبض عليها في محافظة الموصلحيث اعترفت بانها دخلت إلى العراق بطريقة

غير مشروعة عن مروراً بسوريا مع زوجها أكرام جمال الدين (تركي الجنسية) وولدها عبد العزيز البالغ من العمر 22 سنة، للالتحاق في تنظيم داعش الإرهابي، أذا تم إسكانهم في دار في تلعفر بعد أن قام التنظيم بتهجير سكان منطقة تلعفر وقد قتل زوجها وابنها في المعارك مع القوات الحكومية وكان تقوم بمساعدة التنظيم على أجبار النساء من الطائفة اليزيدية، والمسيحية ، وإرغامهم من خلال التهديد والوعيد والمعاملة القاسية على العمل مع التنظيم الإرهابي، وحكمت المحكمة عليها بالسجن لمدة خمسة عشر سنة، وإبعاد المحكومة خارج القطر عن طريق مديرية الإقامة بعد انقضاء مدة محكوميتها، ونظرت محكمة التمييز الاتحادية في القضية وللأسباب التي استندت إليها المحكمة فان قراراتها الصادرة في الدعوى صحيحة قرر تصديقها لموافقتها القانون استنادا لإحكام المادة(259/أ-1) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وصدر القرار بالاتفاق بتاريخ 2019/7/22م [48].

يتضح مما سبق أن المحاكم العراقية قد حاكمت مجرمي التنظيم الإرهابي وفق قانون مكافحة الإرهاب وهناك نقطتين مهمين الأولى أنها لم تحقق في الجرائم المرتكبة خارج العراق من قبل المجرمين إي أنها لم تعمل بعالمية العقاب والثانية تمت محاكمتهم وفق الاختصاص الإقليمي على الرغم من انهم أجانب يشملهم ذلك الاختصاص لكون الجرائم ارتكبت داخل العراق .

وفي قضايا أخرى تخص محاكمة أشخاص عراقيين فقد قضت محكمة جنايات ذي قار بالدعوى المرقمة 161/ه/ج ه/2015 المرسلة إليها من محكمة جنايات الرصافة لسرعة حسمها، والخاصة بالمجرم (ص،ح،ح) وفق المادة (الرابعة/1) وبدلالة (المادة/الثانية/1،2،3،7) من قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005م ، وذلك لقيامه مع متهمين آخرين مفرقة قضاياهم بعمليات تهجير واستهداف الكفاءات العلمية لأسباب طائفية وبواعث إرهابية وتهديدهم لأسباب عرقية وقيامة بالقتل العمد للمجني علية (ك،ط،ح) معاون عميد كلية التربية الأساسية/ جامعة بغداد وقتل حمايته (ج،ب،س) وإصابة الآخرين (م،م،ج) و(ح،م،ج) وحكمت المحكمة علية بالإعدام شنقاً حتى الموت وان الحادث يتلخص في يوم 2005/11/23 عندما كان المجني علية خارج من الكلية قاصدا دارة وإثناء سير سيارته في منطقة سبع بكار تعرض إلى هجوم مسلح من أشخاص مجهولين وأمطروه بوابل من النيران أدت إلى قتلة وقتل احد إفراد حمايته وإصابة اثنين منهم، ولدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية وجدت إن كافة القرارات صحيحة والحكم علية بعقوبة الإعدام شنقاً حتى الموت بحقه متناسبة مع خطورة الجريمة التي ارتكبها لذا قررت محكمة التمييز الاتحادية المصادقة على الحكم بتاريخ 2017/12/25م[49].

وفيحكم آخر قررت محكمة جنايات صلاح الدين بتاريخ 2019/5/26م بالدعوى المرقمة (511/ج-2019/2) الخاصة بالمتهم (ب،ج،ي) عن التهمتين الموجهتين له وفق أحكام المادة (الرابعة/1) وبدلالة المادة الثانية (1،3،8) من قانون مكافحة

الإرهاب رقم (13) لسنة 2005م، وذلك عن جريمته الأولى سنة2014م بإعمال سلب والنهب للممتلكات العامة وانتهاك الكرامة الشخصية والمعاملة المهينة للمواطنين وتهجير المواطنين في قضاء بيجي لأسباب طائفية، وخطف المجني عليه (خ،م،ج) أثناء مروره من جسر الفتحة التابعة لقضاء بيجي واقتياده إلى جهة مجهولة ولم يعرف مصيره لحد ألان وكان ذلك تحقيقا لغايات إرهابية، والتهمة الثانية قيامه في نفس العام مع متهمين آخرين بخطف المجني عليه (م،خ،ع) من قرية البوجواري التابعة لقضاء بيجي/محافظة صلاح الدين واقتياده إلى جهة مجهولة ولم يعرف مصيره لحد الآن، وقد حكمت المحكمة عليه بالسجن (المؤبد) والاحتفاظ المدعين بالحق الشخصي (ورثت المجني عليهم أعلاه) بحق التعويض أمام المحاكم المدنية، صدر القرار بالاتفاق وصادقت محكمة التمييز الاتحادية على الحكم في 2019/7/22م [50].

وفي حكم آخر أيضا قررت محكمة جنايات الانبار بتاريخ2019/5/28م وعدد1014/ج/2019م تجريم كل من (ط،ع،أ)و(ن،ح،ع) وفق أحكام المادة الرابعة/1 بدلالة المادة ثانيا/8,3 من قانون مكافحة الإرهاب رقم 13 لسنة 2005م وذلك لكفاية الأدلة ضد جريمتهما بالانتماء لتنظيم داعش الإرهابي وقيامهما بنشر فكر التنظيم الإرهابي والقيام بتهديد وبث الرعب في نفوس السكان المحليين وعلى اثر ذلك تم تهجير العديد من المواطنين، وقيامهم بإخفاء معلومات عن حادث خطف المجني علية (ع،م،ح)، وحكمت على كل منهم بالسجن خمسة عشر سنة وقد تم تمييز الحكم وظهر إن قرار المحكمة قرار صحيح لذا قرر تصديقه وصدر القرار بالاتفاق في 2019/7/30م [51].

نستخلص مما تقدم أن الأفعال التي يقوم بها أفراد التنظيم الإرهابي هي جريمة الخطف وجريمة القتل العمد وجريمة التهجير لأسباب طائفية ودينية وهذه من الجرائم الدولية وفقاً لقرارات مجلس الأمن الدولي والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في حين أن القضاء العراقي يعتبرها جرائم إرهابية وتطبق عليها وفقاً لمشروعية الجرائم والعقوبات قانون مكافحة الإرهاب في حين أنها تختلف عنها وهذا يتطلب أن يكون الوصف القضائي لها جرائم دولية.

يتضح مما سبق أن تطبيق عالمية العقاب تتطلب الالتزام الدولي للدول بإدراج تجريم الجرائم الدولية من خلال تشريعاتها الوطنية والتي تتمثل في أدراجها في قانون خاص كالقضاء البلجيكي أو الإحالة على الاتفاقات الدولية كالقضاء الفرنسي، أما في العراق فلا يمكن ذلك ألا طبقاً للاختصاص الشامل، ولم توجد تطبيقات عالمية العقاب في القضاء العراقي بخصوص محاسبة مرتكبي الجرائم الدولية الأجانب الذين ارتكبوا جرائم دولية استنادا إلى عالمية العقاب، وبعد سنة 2003م صدر قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا لمحاكمة رموز النظام البائد في (قضية الأنفال) باعتبار جرائمهم جرائم دولية، وتمت محاكمتهم ومعاقبتهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام شنقاً

حتى الموت، والسجن المؤبد، وبعد تعديل قانون المحكمة لإنجازها اغلب القضايا الخاصة بجرائم النظام البائد، فان القضاء العراقي بحكم تقيده بمبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات، يتم محاكمة مجرمي (كيان داعش الإرهابي) وفق قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (13) لسنة 2005م،وتوصيفها بأنها جرائم إرهابية وإضفاء الوصف القانوني لوقائع هزمت ضمير البشرية وأدميته،من حيث قتل العمد، والخطف، والتهجير لأسباب عرقية ودينية، بينما هي جرائم دولية تضمنت صورها في المواد (7،6،8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لذا فأن تلك الأفعال تتطابق مع قرارات مجلس الأمن الدولي بكونها جرائم دولية، وتختلف في التطبيق القانوني في العراق، الأمر الذي أدى إن يساعد مكتب الأمم المتحدة في العراق الإعداد لمشروع محكمة مختصة تسمى (المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ذات الطابع الدولي) الذي لحد الأن لم يصدر قانون خاص بها.

النتائج :

1- أن عالمية العقاب خطوة على الطريق الصحيح يمكن أن تشمل جميع المجرمين من الأشخاص دون تمييز بينهما ويتميز كذلك بأنه اختصاص أصيل يجد أساسه في التشريع الوطني من خلال الالتزام بإدراج قواعد القانون الدولي العام في النظم القضائية الوطنية.
2- عدم تحديد الجرائم التي تدخل في إطار عالمية العقاب لأنها قائمة على طبيعة الجريمة بغض النظر عن مكان ارتكابها أو جنسية الجاني، حيث أكدت العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بتجريم الأفعال الماسة بحقوق الإنسان الأساسية إلى جانب إسناد عالمية العقاب للمحاكم الداخلية بإدراج تلك الأفعال في المنظومة القانونية الوطنية.
3- اتضح جلياً إن محاسبة مرتكبي الجرائم الدولية ومعاقبتهم من قبل القضاء الوطني لا بد إن تحدث بعض النظر عن المكان والزمان، وتجلى ذلك في محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية ومعاقبتهم كما في حالتي القضاء البلجيكي والفرنسي.
4- تطبيقاً لمبدأ مشروعة الجرائم والعقوبات فإن تطبيق المحكمة الجنائية العراقية العليا في (قضية الأنفال) بوصفها جرائم دولية وفق المواثيق الدولية الوصف الصحيح والواضح في محاكمة رموز النظام البائد.
5- إن الجرائم التي ارتكبها (كيان داعش الإرهابي) هي جريمة إبادة جماعية وجرائم ضد الإنسانية ، وهذا ما تضمنته قرارات مجلس الأمن الدولي التي وصفت تلك الأفعال بأنها جرائم دولية يتطلب من المجتمع الدولي متابعة ومحاسبة ومعاقبة مرتكبيها، والتعاون بينهما في ذلك .
6- يطبق القضاء العراقي على جرائم (كيان داعش الإرهابي) قانون مكافحة الإرهاب العراقي، مع إن تلك الجرائم ترتقي إلى جرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية وهي احد صور الجرائم الدولية.

المقترحات:

1- نقترح تعديل نص المادة (13) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969م المعدل ليكون نصها المعدل كما يلي" في غير الأحوال المنصوص عليها في المواد (9و10و11) تسري إحكام هذا القانون على كل من وجد في العراق بعد إن ارتكب في الخارج بوصفة فاعلاً أو شريكاً أو مساهماً جريمة من الجرائم التالية – تخريب أو تعطيل وسائل المخابرات والمواصلات الدولية وجرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم العدوان".

2- نقترح الموافقة على المشروع الذي تقدم به مكتب الأمم المتحدة لمساعدة العراق (يونامي) الخاص بإنشاء محكمة مختصة (المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ذات الطابع الدولي) والتي تختص بالنظر بالجرائم الدولية التي ارتكبها كيان داعش الإرهابي خلال سيطرته سابقاً على مناطق في العراق، والقيام بإصدار قانون بالمحكمة المذكورة.

3- نقترح الدول في إن تتعاون وتتضامن فيما بينها في تبني عالمية العقاب وخاصة العراق لكي يمكن مقاضاة مجرمي كيان داعش الإرهابي من جميع الدول. مما يحكم القبضة على الجناة ويضمن ملاحقتهم وعدم إفلاتهم من العقاب. بحيث يكون واجب على كل دول تطبيق ذلك.

4- نقترح بضرورة تفعيل دور وسائل الإعلام المختلفة التي تبرز دور القضاء الوطني والدولي في محاسبة ومعاقبة مرتكبي الجرائم الدولية مهما طال الزمن ومهما كانت مناصبهم ولابد لهم من الوقوف إمام القضاء ومحاسبتهم على تلك الجرائم، مع وجود قاعدة بيانات تتضمن الأحكام الجنائية الصادرة من المحكمة الجنائية العراقية، وجعلها متاحة بصورة سهلة على المواقع الإلكترونية الخاصة بها ليتسنى للباحثين الاستفادة منها.

5- نقترح تعزيز التعاون الدولي بين جمهورية العراق والدول الأخرى بخصوص مجرمي التنظيم الإرهابي الذين غادروا العراق واستقروا في دول مختلفة بصفة لاجئين أو مقيمين مع المطالبة بتسليمهم للقضاء العراقي لينالوا جرائهم لما اقترفوه من جرائم دولية بحق المجتمع العراقي.

المصادر

1- رابية نادية، مبدأ الاختصاص العالمي في تشريعات الدول، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2011م، ص 105.

2- د. تافكة عباس توفيق، مصدر سابق، ص 278-279.

3- وقعت بلجيكا على نظام روما بتاريخ 1998/9/10م وصادقت عليه في 2000/6/28م، ينظر: د. رشا فاروق، مصدر سابق، ص570.

4- تمثلت الضغوط الأمريكية في التهديد بنقل مقر حلف الأطلسي في بروكسل من بلجيكا إلى مكان أخر، وكذلك ممارسة الضغوطات السياسية والإعلامية، نتيجة لرفع دعوى في بلجيكا ضد وزير الخارجية الأمريكي (كولن باور) والرئيس الأمريكي (جورج بوش الأب)

لاتهامهم بالحرب على العراق في حرب الخليج الثانية سنة 1991م، أما الضغوطات الصهيونية فتمثلت باستدعاء سفيرها في بلجيكا، وشن حملة إعلامية ضدها نتيجة لرفع دعوى في المحاكم البلجيكية ضد رئيس الوزراء الصهيوني (أرييل شارون) لارتكابه جرائم الإبادة الجماعية في لبنان في صبرا وشاتيلا. ينظر: د. تافكة عباس توفيق، المصدر سابق، ص 278.

5- أيلينا بيجيتش، المسائلة عن الجرائم الدولية من التخمين إلى الواقع، مجلة الصليب الأحمر الدولية، 2002م، ص196.

6- رابية نادية، مصدر سابق، ص 106-108.

7- دخلافي سفيان، الاختصاص العالمي للمحاكم الجنائية الداخلية بجرائم الحرب وجرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معري، تيزي وزو، الجزائر، 2014م، ص 307-308.

8- منصوري صونية، الإطار القانوني الدولي لمكافحة الإفلات من العقاب عن انتهاكات حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2018م، ص 195.

9- دخلاني سيفان،مبدأ الاختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي، مصدر سابق، ص 327-328.

10-رنا إبراهيم سليمان العطور، البعد المكاني لقانون العقوبات الأردني (دراسة مقارنة) مع التشريع الفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) مجلد 25، 2011 م، الأردن، ص 1844.

11- دخلاني سيفان، مبدأ الاختصاص العالمي في القانون الجنائي الدولي، المصدر السابق، ص 330-331، وقعت فرنسا على نظام روما بتاريخ 1998/7/18م وصادقت عليه في 2000/7/9م، د. رشا فاروق، مصدر سابق، ص570.

12- الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان (قضية خالد بن سعيد) أول محاكمة في فرنسا لموظف دولة تونسي متهم في التعذيب، ص2-4، الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان هي منظمة دولية غير حكومية معنية بحقوق الإنسان تدخل تحت مظلتها 192 منظمة من 117 دولة، منذ عام 1922، دأبت الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان على الدفاع عن جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية كما وردت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.مقر الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان يقع في باريس، ولها مكاتب إقليمية في بريتوريا في جنوب أفريقيا، وفي تونس العاصمة بتونس. كما أن للفدرالية الدولية عدة مكاتب مشتركة (بالاشتراك مع منظمات عضوة في الفدرالية) في غينيا وساحل العاج ومالي، كما أن لها وفود دائمة في جنيف (الأمم المتحدة) ونيويورك (الأمم المتحدة) وبروكسل (الاتحاد الأوروبي) ولاهاي (المحكمة الجنائية الدولية) الموقع الإلكتروني www.fidh.org. تاريخ الدخول 2019/11/20م.

13- الفدرالية الدولية لحقوق الإنسان (فريق العمل القضائي للفدرالية الدولية لحقوق الإنسان، قضية بن سعيد)، ص6. الموقع الإلكتروني www.fidh.org تاريخ الدخول 2019/11/25م.

14- صحيفة القدس العربي، تونس تنفي الاتهامات في محاكمة قنصل سابق لها في فرنسا بتهمه التعذيب، تاريخ الصدور 29/ شباط/ 2008. الموقع الإلكتروني www.alquds.co.uk تاريخ الدخول 2019/11/26م.

15- صحيفة الاتحاد (فرنسا تحاكم دبلوماسي تونسي سابق بتهمة التعذيب) بتاريخ 13/كانون الأول/2008م. الموقع الإلكتروني www.qlittihad.ae/article تاريخ الدخول 2019/11/29م.
16- صابر المكشر، (12) سنة سجن لنائب القنصل التونسي سابقا بستراسبورغ من اجل التعذيب، www.turess/assabah/ar تاريخ الدخول 2019/12/3م.
17- فتحي عبد الرضا الجواري، تطور القضاء الجنائي العراقي، منشورات مركز البحوث القانونية (12)، وزارة العدل، بغداد، 1986م، ص 74-75.
18- ينظر: المادة (1) من قانون المحكمة الجنائية العراقية المختصة في الجرائم ضد الإنسانية رقم (1) سنة 2003م والمنشور في جريدة الوقائع العراقية، رقم 3980 بتاريخ 2003/12/10م.
19-ينظر: المادة (37) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (10) سنة 2005م.
20- ينظر: المادة (1) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (10) سنة 2005م.
21- المركز الدولي العدالة الانتقالية (أنشاء المحكمة الجنائية العليا وأولى محاكماتها) رقم الوثيقة 10006، نيويورك، 2005م، ص4_5.
22- المركز الدولي العدالة الانتقالية (محاكمة الأنفال والمحكمة العراقية العليا) نيويورك، رقم الوثيقة 10004، الموقع الإلكتروني http;//www.ictg.org تاريخ الدخول 2019/12/20م.
23- د. جبار قادر، قضايا كردية معاصرة (كركوك- الأنفال- الكرد وتركيا)، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، العراق، 2006م، ص 124.
24- د. احمد أبو مطر، سقوط دكتاتور(دراسات/تقارير/وثائق)، مطبعة الأنصار الإسلامية، 2002م، العراق، ص165.
25-الإبادة الجماعية في العراق _ حملة الأنفال ضد الكرد، منظمة حقوق الأنسان، تقرير مراقبة الشرق الأوسط " هيومن رايتس ووتش " نيويورك، 1993م باللغة الإنكليزية، ترجمة الأستاذ جمال ميرزا عزيز، دار نشر مركز هافي بون للدراسات والنشر الكردية، برلين، 2002م، ص178.
26- انتصار رشيد زوير، جرائم الإبادة الجماعية العالمية (العراق نموذجاً) مجلة كلية التربية، جامعة واسط، العدد31، 2018، ص 720-721.
27- د. جبار قادر، مصدر سابق، ص 125.
28- د. يوسف حسن يوسف، المسؤولية الجنائية لرئيس الدولة عن الجرائم الدولية، مركز الكتاب الاكاديمي، القاهرة، 2017، ص 278.
29- مجلس القضاء الأعلى، قرار حكم المحكمة الجنائية العراقية العليا (قضية الأنفال) المرقم 1/ج/2006 منشور على الموقع الإلكتروني www.hjc.iq. تاريخ الدخول 2019/12/27م.
30- تقرير خاص (الأنفال)، ص 7-8. بحث منشور على الموقع الإلكتروني www.pukcc.net./arتاريخ الدخول 2020/1/2م.
31- قرار حكم المحكمة الجنائية العراقية العليا (قضية الأنفال) المرقم 1/ج/2006.
32- تقرير خاص (الأنفال)، مصدر سابق، ص 3.
33- جريدة الناصرية الإلكترونية، الكشف عن حقيقة وفاة سلطان هاشم بسجن الحوت في الناصرية، https://www.nasiriaelc.com/2019/01/155713 تاريخ الدخول 2020/1/8م.
34- د. احمد أبو مطر، مصدر سابق، ص 164.

35- ينظر: قانون تعديل المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (35) سنة 2011م، منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 4227 في 23/ ك2/2012م.
36- د. حمدان رمضان محمد، الإرهاب الدولي وتداعياته على الأمن والسلم المحلي والعالمي، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 11، العدد 1، جامعة الموصل، 2011م، ص 283.
37- ينظر: قانون أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم 1 في2004/3/7م، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (3978) في 2004/1/9م.
38- ينظر: المادة (1) من قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (13) سنة 2005م.
39- سالم روضان الموسوي، تعريف الجريمة الإرهابية، مجلس القضاء العراقي للتوثيق والدراسات، مجلة القضاء والتشريع، العدد 1، بغداد، 2009م، ص 22-25.
40- الأمم المتحدة مجلس الأمن القرار رقم 2199(2015) رقم الوثيقة S/RES/2199(2015).
41- الأمم المتحدة مجلس الأمن الجلسة رقم (7495) في 29/تموز/2015م، رقم الوثيقة S/RES/2233(2015)
42- الأمم المتحدة مجلس الأمن القرار رقم 2249(2015) رقم الوثيقة S/RES/2249 (2015)
43- الأمم المتحدة مجلس الأمن القرار رقم (2379) سنة 2017م رقم الوثيقة S/RES/2379 (2017).
44- الأمم المتحدة الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة (38) 25/أيار / 2018رقم الوثيقة A/HRC/38/44.
45- الأمم المتحدة مجلس الأمن، رسالة موجهة إلى رئيس مجلس الأمن من المستشار الخاص ورئيس فريق التحقيق، بتاريخ17/أيار/2019م، رقم الوثيقةS/2019/407.
46- جمهورية العراق، مجلس القضاء الأعلى، محكمة التمييز الاتحادية، العدد (844)، الهيئة الموسعة الجزائية /2017م، ت/915 (حكم غير منشور).
47- جمهورية العراق، مجلس القضاء الأعلى، محكمة التمييز الاتحادية، العدد (12612)، الهيئة الجزائية /2019م، ت/8803 (حكم غير منشور).
48- جمهورية العراق، مجلس القضاء الأعلى، محكمة التمييز الاتحادية، العدد (1023)، الهيئة الجزائية/2017م، ت/1000 (حكم غير منشور).
49- جمهورية العراق، مجلس القضاء الأعلى، محكمة التمييز الاتحادية، العدد (12410)، الهيئة الجزائية/2019م، ت/8773 (حكم غير منشور).
50- جمهورية العراق,مجلس القضاء الأعلى ,محكمة التمييز الاتحادية ,العدد13172,الهيئة الجزائية /2019م ,ت/9101 (حكم غير منشور)

قراءات في بعض نصوص قانون الجنسية العراقي النافذ

Readings in some provisions of the in force Iraqi nationality law

م.د. إسراء عبد الزهرة كاطع
كلية الإمام الكاظم(ع) للعلوم الإسلامية الجامعة / قسم القانون
Dr. Esraa Abdulzahra Gatelmam
Al-Kadhim College of Islamic Sciences Universitylaw Department

الخلاصة:

أهتمت قوانين الجنسية العراقية بحالات متعددةلاكتساب الجنسية وفقدها واستردادها ، وقد جرى تطبيقها في العراق منذ تأسيس الدولة العراقية ولا زالت بعض هذه النصوص قابلة للتطبيق حتى هذه اللحظة ، فقد جاء قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006 بأحكام تنظيم مسائل الجنسية العراقية للفرد ، فالبعض من أحكامه جاءت منصفة هدفها في ذلك إعادة الحقوق إلى أصحابها منها إعادة الجنسية العراقية لفاقديها ظلماً ، كما قرر عدم تجريده منها حتى وأن أكتسب جنسية دولة أخرى إلا إذا عبر عن رغبته في التخلي عنها ، لأجل الحفاظ على عراقية الشخص وتعلقه ببلده رغم انتمائه إلى دولة أخرى ، ولأول مرة قرر أن يكون هنالك قضاء ينظر بالدعاوى الناشئة عن منازعات الجنسية ضماناً للحقوق ، إلا أن هذهالضمانات وجدت في ظل دستور عام 2005 وقانون الجنسية العراقية النافذ عن طريق منح المحاكم الإدارية اختصاص النظر في الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون مع أمكانية الطعن في القرار الصادر منها لدى المحكمة الاتحادية العليا ، وهذه المزايا التي جاء بها القانون المذكور مفتقرة إلى الصياغة الرصينة ، لذا ينبغي إعادة النظر فيه لكي تصان حقوق الأشخاص في كل زمان ومكان .

Abstract:

Iraqi nationality laws have been concerned with various cases of acquiring, losing, and recovering nationality. They have been applied in Iraq since the establishment of the Iraqi state and some of these provisions are still applicable at this moment. His judgments were fair, with the aim of restoring the rights to their owners, including the return of Iraqi citizenship to those who were unjustly lost. For the first time, it decided that there would be a court to hear cases arising out of nationality disputes as a guarantee of rights. In its decision before the Federal Supreme Court, these advantages provided by the said law are lacking in sound wording and should therefore be reviewed in order to safeguard the rights of persons at all times and places .

المقدمة:

تعد الجنسية الأداة التي تحدد الهوية الدولية للأفراد، وهي من الحقوق التي لا يمكن تجاهلها، لأنها تحدد المركز القانوني للفرد في الدولة والمجتمع الدولي بوصفها الوسيلة المثلى التي تتمكن فيها غالبية الدول من تحديد الأفراد الذين يكونون عنصر السكان فيها، وهذه الأهمية دفعت جانباً من الفقه إلى التسليم بأن حياة الفرد لا تستقيم ما لم يكن منتمياً إلى دولة ما منذ ولادته وحتى وفاته، لذا فأن تشريعات الدول في الوقت الحالي حرصت على تنظيم وضبط أحكام الجنسية، لتكون ملائمة لظروف كل دولة وتنسجم مع التطورات السريعة التي نادت بمراعاتها أحكام الاتفاقيات الدولية ومنها ما نصت عليه المادة (الخامسة) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1] بنصها "1- لكل فرد حق التمتع بجنسية ما . 2- لا يجوز حرمان الشخص من جنسيته تعسفاً ولا من حق تغييرها دون مسوغ قانوني ." .

أن قانون الجنسية في كل دول العالم المعاصر يعتبر من أهم القوانين وأبعدها أثراً ، لأن قانون الجنسية هو الذي يرسم حدود البلاد ويميز بين الوطنيين والأجانب ، وعليه فالبلد الذي لا قانون جنسية له يعوزه مقوم من المقومات ، فقانون الجنسية الحالي في العراق قد تعرض لتنظيم الجنسية تنظيماً مفصلاً، وقد راعى الظروف المحلية مع التزام المبادئ العامة المعترف بها في قوانين الجنسية في الدول الأخرى ، مما دعانا إلى النظر في القانون النافذ من أجل بيان الأسس التي بموجبها يتم اكتساب الجنسية وفقدها واستردادها وردها ، وبما أن الجنسية بصفتها رابطة قانونية وسياسية بين الفرد

والدولة وتعبر عن انتماء الفرد للدولة وتميزه عن الأجنبي المقيم معه في الدولة ذاتها، فقد تضمن الدستور العراقي النافذ لعام 2005 نصوص عدة عبرت عن توجهات تشريعية ودستورية مستحدثة في النظام الدستوري الذي عرفه العراق وكانت بعض هذه النصوص الجديدة على قدر كبير من الأهمية عبرت عن توجهات لم تكن معروفه في النظام القانوني العراقي السابق[2]، لهذا ارتأينا توضيح القواعد العامة المنظمة لأحكام الجنسية العراقية في ظل القانون النافذ والتعليمات الصادرة بموجبه تحت عنوان (قراءات في بعض نصوص قانون الجنسية العراقية النافذ) في ثلاث مباحث متتالية وعلى النحو الآتي :-

المبحث الأول:- التعريف بالجنسية وأنواعها .

المبحث الثاني:- حالات فقد الجنسية .

المبحث الثالث:- حالات استرداد الجنسية المفقودة .

ثم ننهي بحثنا بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها .

المبحث الأول / التعريف بالجنسية وأنواعها

للتعريف بالجنسية وبيان أنواعها نفرد لكلاً منهما مطلباً مستقلاً ، وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول:- التعريف بالجنسية .

المطلب الثاني:- أنواع الجنسية .

المطلب الأول /التعريف بالجنسية

للجنسية مبادئ عامة يستمد منها القانون الوطني بعض أحكامه في كل دولة ، لذا يتعين علينا أن لا نخلط بين فكرة الجنسية بمعناها الحديث وبين فكرة الدين ، حيث مازال للدين تأثير على منح الجنسية في قانون واحد فقط من بين قوانين العالم وهو قانون الجنسية الإسرائيلية إذ يجعل من اليهودية كديانة أساساً لمنح الجنسية اليهودية[3] ، أما المفهوم القانوني الحديث فقد أختلف الفقه في تحديد معناها فمنهم من عرف الجنسية بأنها (رابطة قانونية وسياسية تربط الفرد بالدولة) [4]، تتمثل بولاء الفرد وإخلاصه إلى الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وبالمقابل يتعين على الدولة حمايته إذا ما تعرض في دولة أخرى لأي خطر ، لذا فأن الجنسية باعتبارها رابطة قانونية وسياسية في الوقت ذاته تنشأ حقوق وواجبات في ذمة كلاً منهما تجاه الأخر .يتضح مما تقدم أن الجنسية لها ثلاثة أركان هي (الدولة ، الفرد ، الرابطة القانونية والسياسية) [5]، فالدولة هي الطرف المهم في رابطة الجنسية لأنها الوحيدة التي يحق لها أنتنظم جنسية رعاياها وهذا الحق خالص لها لا يشاركها فيه أحد ولا تملكه منظمة دولية أو قومية أو دين معين أو جماعة مهما كثر عدد أتباعها ولا فرق أن كانت الدولة كبيرة أو صغيرة

حكمها ملكي أو جمهوري أو أن كانت مستقلة أو أن استقلالها غير كامل وتتمتع في سبيل ذلك بحرية واسعة ، أما الطرف الثاني وهو الفرد الطبيعي الذي يحق له وحده التمتع بالجنسية سواء كان صغيراً أو كبيراً لأن أي قاعدة تنظم الجنسية تخاطب من تنطبق عليه من الأفراد ، وأخيراً لا تمنح الجنسية لأي فرد دون وجود صلة حقيقة بينه وبين الدولة كالولادة من أب وطني أو تقديم طلب لاكتساب الجنسية وغير ذلك .

المطلب الثاني /أنـواع الجنـسيـة

من أجل مراعاة الاعتبارات الإنسانية والاجتماعية التي حددتها الاتفاقيات الدولية فأن الجنسية على نوعين (الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة)، وهذا ما سنبحثه في فرعين متتاليين وعلى النحو الآني:

الفرع الأول:الجنسية الأصلية.

الفرع الثاني:الجنسية المكتسبة.

الفرع الأول /الجنسية الأصلية

الجنسية الأصلية هي التي يحصل عليها الشخص الطبيعي بقوة القانون دون حاجة إلى تقديم طلب أو موافقة الدولة، وهي الأساس لجنسية معظم العراقيين ومعظم الدول العربية من أجل انتقالها من جيل إلى أخر[6]، وتفرض هذه الجنسية في حالتين هما:-

أولاً: حـق الـدم

أن للدولة سيادة على إقليمها وهي دون غيرها لها حق منح الجنسية عن طريق تنظيم أحكامها وفقاً لمصالحها العليا وظروفها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، لذا نلاحظ أن الأساس في فرض هذه الجنسية هو الأب أو الأم ، حيث نصت المادة (الثالثة / أ) [7] على أنه "يعتبر عراقياً : أ- من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية ." ، نستخلص من نص هذه المادة أنه جاء مطلقاً ، وعليه فأن من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية يعتبر (عراقياً) سواء ولد داخل العراق أو خارجه ، ويشترط لتطبيق نص المادة (الثالثة / أ) على أبناء المولودين من الأب العراقي ثبوت نسبهم له بوثائق رسمية حتى وأن وقع ذلك في فترة لاحقة على ولادة الابن ولا يشترط أن يكون الأب حياً لحظة الولادة لأن وفاته وهو يحمل الجنسية العراقية قرينة على استمرار تمتع الأب بالجنسية العراقية حتى وفاته ، أما الأبناء من الأم العراقية يشترط لتطبيق النص عليهم أن تكون الأم عراقية لحظة الولادة وأن لا يكون الأب عراقي الجنسية وإنما أجنبياً من رعايا دولة واحدة أو أكثر ويجب أن تثبت ولادة المولود من الأم العراقية بالوثائق الرسمية ويشترط أن تكون واقعة الولادة في تاريخ (2006/3/7) أو بعد هذا التاريخ.

وتجدر الإشارة إلى أن الدول الحديثة تأخذ بمبدأ منح الجنسية على أساس حق الدم على قرينة مفادها أن التربية الوطنية التي تتربى عليها أفراد الأسرة الواحدة تؤدي بالنتيجة إلى حبهم لوطنهم والولاء له[8].

ثانياً: حق الإقليم المطلق

قامت هذه الحالة لاعتبارات إنسانية وبسبب حق الولادة أو الإقليم لوحده لأن هذا المولود يكون ارتباطه في العراق بسبب أن العراق يمثل مكان مسقط رأسه وهو حق الإقليم أو حق الولادة ، لذا نصت المادة (الثالثة / ب) من قانون الجنسية النافذ على أنه "يعتبر عراقياً : ب- من ولد في العراق من أبوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك ." ، وعليه إذا ولد مجهول الأبوين أو اللقيط في العراق حقيقةً أو حكماً فهو عراقي استناداً إلى نص المادة أعلاه ومن أجل أن لا يكون عديم الجنسية أخذ المشرع بحق الإقليم المطلق كوسيلة تؤهل المولود في العراق من أبويين مجهولين أو اللقيط الذي يعثر عليه بغض النظر عن عمره من الحصول على الجنسية الأصلية بقوة القانون ما لم يثبت بالدليل عكس ذلك، وهنا قصد المشرع تجنب حالة الوقوع في حالة اللاجنسية لاعتبارات إنسانية بحتة الغرض منها تحقيق حياة اجتماعية اعتيادية خاصة لهم لأن الإنسان كائن اجتماعي يتأثر بالبيئة التي يعيش فيها ويندمج مع الجماعة ويتولد لديه الشعور بالانتماء لهذا الموطن والولاء والإخلاص له ، وينبغي الإشارة إلى أن مجهول الأبوين تكون الجنسية ثابتة له لأن واقعة الميلاد أكيدة في العراق ، أما اللقيط فقد يكون مولوداً في العراق أو في خارجه والعبرة في العثور عليه في العراق فهو عراقي بقوة القانون ما لم يقم الدليل على عكس ذلك عندها تسحب منه الجنسية وبأثر رجعي إلى يوم فرضها[9].

الفرع الثاني /الجنسية المكتسبة

يراد بالجنسية المكتسبة إعطاء الجنسية لشخص أجنبي بعد توفر الشروط القانونية المطلوبة فيه وموافقة السلطة المختصة بناءً على طلبه[10] ، وأن مبدأ تمكين الفرد من التخلي عن جنسيته الأصلية واكتسابه جنسية أخرى ، أي حق الفرد في تغيير جنسيته تقره قوانين الجنسية في العالم ويؤيده الفقه[11]، وعليه فإن التجنس يتطلب وجود طرفين (الفرد) الذي يعبر عن إرادته في اكتساب جنسية دولة غير الدولة التي يحمل جنسيتها ، والطرف الثاني (الدولة) التي تضع شروط الدخول في جنسيتها وتتحكم في الموافقة أو الرفض لطلبات الدخول في هذه الجنسية من خلال قانون الجنسية وجهة تنفيذ القانون ، ويؤثر في سياسة الدولة في هذا الشأن ضمان مصالحها وظروفها السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، لذا سنحاول بحث الجنسية المكتسبة (التجنس) في ظل قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006 والتعليمات الصادرة بموجبه رقم 3 لسنة 2014 في ستة نقاط وعلى النحو الآتي :-

أولاً: حالة الولادة خارج العراق

نصت المادة (الرابعة) من قانون الجنسية العراقية النافذ على أنه "للوزير أن يعتبر من ولد خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له عراقي الجنسية إذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد إلا إذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك" ، يلاحظ من نص المادة أعلاه أن يكون طالب التجنس مولوداً من الأم العراقية أي أنها متمتعة بالجنسية العراقية وأن يكون الأب مجهولاً أو لا جنسية له ، كما تشترط أن تكون واقعة الولادة خارج العراق ، ومن ثم يقدم المولود خلال سنة واحدة بعد بلوغه سن الرشد طلباً إلى وزير الداخلية وهو مقيم في العراق أثناء تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية دون تحديد مدة معينة للإقامة فقد تكون (أسبوع أو شهر...) ، وعليه إذا توافرت الشروط المتقدمة يكون للوزير سلطة تقديرية واسعة بالموافقة أو الرفض ، فإذا وافق على الطلب يقوم مدير الجنسية بتعميم قرار التجنس ويوقع من المدير العام أو من يخوله ويسجل في سجلات التجنس بحسب الأحوال[12]، ومن ثم يقوم مدير الجنسية أو من يخوله بتسجيل قرار التجنس في سجل إصدار قرار تجنس الأجانب ويستدعى الشخص لأداء يمين الإخلاص أمام مدير الجنسية خلال (تسعين يوماً) من تاريخ التبليغ ومن ثم يثبت تاريخ أداء اليمين في قرار التجنس ، أما صيغة اليمين فهي كالآتي :- "أقسم بالله العلي العظيم أن أصون العراق وسيادته وأن التزم بشروط المواطنة الصالحة وأن أتقيد بأحكام الدستور والقوانين النافذة والله على ما أقول شهيد"، أما إذا كان دين طالب التجنس يمنعه من تأدية اليمين فتكون الصيغة كالآتي :- "أني ... أقسم بمعتقداتي أن أصون العراق وسيادته وأن التزم بشروط المواطنة الصالحة وأن أتقيد بأحكام الدستور والقوانين النافذة" ، ويترتب على ذلك قيام مدير الجنسية بإرسال نسخة من قرار التجنس إلى مديرية الأحوال المدنية لغرض تسجيله في سجلات الأحوال المدنية لعام 1957 ومنحه البطاقة الشخصية[13]، هذا كله في حالة حضوره لأداء اليمين أما إذا لم يحضر خلال المدة المحددة تعرض القضية مجدداً على الوزير ليقرر أما إبطال القرار أو تجديده[14]، وأخيراً يعتبر الشخص عراقياً من تاريخ أدائه اليمين[15].

ثانياً: حالة الولادة المضاعفة

نصت المادة (الخامسة) [16] على أنه "للوزير أن يعتبر عراقيا من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضاً وكان مقيماً فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده ،بشرط أن يقدم الولد طلباً بمنحه الجنسية العراقية" ، أن هذا النص قد مر بتطورات تاريخية حيث كان سابقاً يأخذ (بالولادة الثلاثية) أي ولادة الحفيد والأب والجد الصحيح ثم أخذ لاحقاً (بالولادة المضاعفة) والتي تعني ولادة جيلين متعاقبين أي الأب والأبن وأن يقيم كليهما مدة لا تقل عن (40 – 45) سنة في العراق ، وهذا النص يطبق في 2006/3/7 أو بعد هذا التاريخ وهو تاريخ نفاذ قانون الجنسية العراقية ومن ثم تتبع ذات الإجراءات المذكورة في الحالة الأولى أنفة الذكر .

ثالثاً: حالة التجنس العادي

نصت المادة (السادسة)[17] على أنه **"أولا:** للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي عند توافر الشروط الآتية**:أ-** أن يكون بالغاً سن الرشد . **ب-**دخل العراق بصورة مشروعة ومقيماً فيه عند تقديم طلب التجنس ويستثنى من ذلك المولودون في العراق والمقيمون فيه والحاصلون على دفتر الأحوال المدنية ولم يحصلوا على شهادة الجنسية . **ج-** أقام في العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية سابقة على تقديم الطلب . **د-**أن يكون حسن السلوك والسمعة ولم يحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف. **هـ-**أن يكون له وسيلة جلية للتعيش. **و-** أن يكون سالماً من الإمراض الانتقالية .

ثانيا: لا يجوز منح الجنسية العراقية للفلسطينيين ضمانا لحق عودتهم إلى وطنهم .

ثالثا: لا تمنح الجنسية العراقية لأغراض سياسة التوطين السكاني المخل بالتركيبة السكانية في العراق ." ، ويستفيد من هذا النص الأجنبي الذي لا تتوفر فيه ميزة أو ظرف أو صفة تسهل له اكتساب الجنسية العراقية لأن الإقامة الطويلة في العراق والتي تكون مشروعة تعطي الحق لهذا الأجنبي أن يندمج مع المجتمع العراقي وبالتالي يستطيع الحصول على الجنسية العراقية عن طريق تقديم طلب إلى وزير الداخلية بعد بلوغه سن الرشد ولوزير الداخلية سلطة تقديرية واسعة في القبول أو الرفض وتتبع ذات الإجراءات التي أشرنا إليها في الحالات أنفة الذكر .

رابعاً: حالة التبعية

نصت المادة (الرابعة عشر / أولاً)[18]على أنه "أولاً: إذا اكتسب غير العراقي الجنسية العراقية يصبح أولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين بشرط أن يكونوا مقيمين معه في العراق" ، يشترط لتطبيق هذا النص حصول الأجنبي على الجنسية العراقية فعلاً وأن يكون أولاده عند حصوله على شهادة التجنس بالجنسية العراقية دون سن الرشد وأن يثبت نسبهم إليه بالوثائق الرسمية وأيضاً إقامتهم مع والدهم في العراق إقامة اعتيادية مشروعة (مسجلين معه في سجلات مديرية الإقامة) ومن تنطبق عليه الشروط السابقة يصبح عراقياً بقوة القانون أي أن مديرية الجنسية تمنح مثل هؤلاء الجنسية العراقية بعد إجراءات محددة .

خامساً:- حالة الزواج المختلط

يراد بالزواج المختلط هو زواج العراقي من غير العراقية والعكس غير صحيح ، لذا نصت المادة (الحادية عشر)[19]على أنه "للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الآتية :- أ- تقديم طلب إلى الوزير . ب- مضي مدة خمس سنوات على زواجها وإقامتها في العراق . ج- استمرار قيام الرابطة الزوجية حتى تاريخ تقديم الطلب ويستثنى من ذلك من كانت مطلقة أو توفى عنها زوجها وكان

لها من مطلقها أو زوجها المتوفى ولد" ، من خلال ملاحظتنا لمراحل تطور الجنسية في العراق وجدنا أن المشرع العراقي قد أسترشد بأن ما أخذ به في الماضي لا ينسجم مع ما للمرأة من حق في المساواة وأن في إجبارها على اكتساب جنسية الزوج فيه انتهاك لإرادتها كما أن إجبار المرأة في الدخول في جنسية الزوج سواء أكان ذلك بطريقة مباشرة أم غير مباشرة يتعارض مع المصلحة العامة للدولة عندما تفرض الجنسية بشكل تلقائي أو بمجرد إتمام الزواج ودون التأكد من سلوك وأهداف الزوجة من وراء اكتسابها الجنسية[20]، لكل هذه الأسباب وغيرها ووفقاً لما تقتضيه الدواعي الأمنية ووفقاً لما تقدره السلطة المختصة بنظر مثل هذه القضايا عدل المشرع العراقي عن مبدأ وحدة الجنسية في العائلة وخرج بموجب أحكام قانون الجنسية العراقية النافذ .

سادساً:- حالة اكتساب الأجنبي للجنسية العراقية .

نصت المادة (السابعة) من قانون الجنسية العراقية النافذ على أنه "للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الجنسية إذا توافرت فيه الشروط الواردة في المادة (6) من هذا القانون . على أن لا تقل مدة الإقامة المنصوص عليها في الفقرة (ج) من البند (أولاً) من المادة (6) من هذا القانون عن خمس سنوات مع بقاء الرابطة الزوجية" ، يفهم من هذا النص أن تأثير جنسية كل زوج على الزوج الأخر مسألة ينظمها المشرع من أجل وحدة الجنسية في العائلة أو احترام حرية كل زوج في الاحتفاظ بجنسيته ، لهذا نلاحظ أن لجنسية الزوجة العراقية تأثير على الزوج الأجنبي ، حيث أن التشريع النافذ أتاح الفرصة أمام الزوج الأجنبي للدخول في جنسية زوجته الوطنية بشروط أسهل من شروط حالة التجنس العادي في المادة (السادسة) بأن قلل مدة الإقامة إلى (خمسة سنوات)[21] مع بقاء الرابطة الزوجية مستمرة ويعامل الأجنبي الذي حصل على شهادة التجنس بالجنسية العراقية مثل معاملة العراقي فيما يتعلق بالحقوق كما لا يشترط تخليه عن جنسيته الأجنبية عند حصوله على الجنسية العراقية.

المبحث الثاني / حالات فقد الجنسية العراقية

أن القاعدة العامة في قانون الجنسية في العراق وفي غيره من الدول أن تبقى الجنسية مادام الوطني على قيد الحياة إلا أنه ليس من الضروري دائماً أن تبقى الجنسية إلى الأبد كما كان عليه الحال في العهود الإقطاعية والولاء الدائم، لهذا فإن الجنسية اعتبرت من حقوق الإنسان ولهذا يكون ممكناً تغييرها أو زوالها نتيجة لإرادة الوطني وعدم رغبته في الاستمرار بالجنسية العراقية ، لهذا تسمح الاتفاقيات الدولية وأيضاً القانون الوطني في كل دولة بأن يغير الفرد جنسيته على أن تجري موازنة ما بين المصالح العامة والخاصة ويجوز أحياناً للدولة حرمان العراقي المتجنس من جنسيته نتيجة الأفعال التي يقوم بها تجاه الدولة التي منحته جنسيتها، لذا نلاحظ أن الفقدان قد

يكون اختيارياً وقد يكون إلزامياً[22]، ومن كل ما تقدم يمكن إجمال حالات فقد الجنسية في ثلاث مطالب وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول : حالة التخلي عن الجنسية العراقية

المطلب الثاني : حالة فقد المرأة لجنسيتها العراقية

المطلب الثالث : حالة فقد الجنسية العراقية بالتبعية

المطلب الرابع : حالة التجريد من الجنسية العراقية

المطلب الأول /حالة التخلي عن الجنسية العراقية

أن دستور جمهورية العراق لسنة 2005 [23]منع إسقاط الجنسية العراقية عن العراقي بالولادة لأي سبب من الأسباب ويحق لمن أسقطت عنه الجنسية طلب استعادتها ، وبهذا الحكم أخذ قانون الجنسية العراقية النافذ عن طريق حصره موضوع سحب وإسقاط الجنسية بالمتجنس فقط في حالات معينة بإرادة الدولة، لهذا يجوز للعراقي أن يفقد جنسيته بنوعيها (الأصلية أو المكتسبة) باختياره ، لهذا نصت المادة (العاشرة) على أنه "أولاً: يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريرياً عن تخليه عن الجنسية العراقية" ، ولتطبيق النص المذكور لابد من الإعلان عن الرغبة بالتخلي عن الجنسية بصورة تحريرية وذلك بعد اكتساب الجنسية الأجنبية فعلاً وينبغي أن تصل الرغبة بالتخلي عن الجنسية العراقية إلى الجهات المختصة لكي تتخذ الإجراءات وتثبيت ذلك في إضبارة الجنسية الخاصة به والتي تحمل ذات الرقم المثبت في شهادة الجنسية وهذه الإجراءات أوضحتها المادة (الحادية عشر) من التعليمات النافذة [24] التي نصت على أنه **"أولاً:** يصدر المدير العام قرار التخلي عن الجنسية العراقية لمن اكتسب جنسية أجنبية وطلب التخلي عن الجنسية العراقية ويعد مقدم الطلب متخلياً عن جنسيته العراقية من تاريخ صدور القرار. **ثانياً:** يفقد أولاد المتخلي القاصرين الجنسية العراقية تبعاً لوالدهم. **ثالثاً:** يرقن قيد المتخلي وقيود أولاده القاصرين في سجلات الأحوال المدنية لعام 1957. **رابعاً:** تنقل إضبارة الجنسية العراقية الخاصة بالمتخلي إلى شعبة الأجانب في مديرية الجنسية ويؤشر ذلك في سجلات الدليل"

المطلب الثاني / حالة فقد المرأة لجنسيتها العراقية

جاء القانون العراقي في هذه الحالة منسجماً مع الاتجاهات الحديثة التي تساوي بين الرجل والمرأة في اختيار جنسيتها ومع ما جاء به الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في (القضاء على التمييز ضد المرأة) الذي نشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة[25]، لهذا نصت المادة (الثانية عشر) من قانون الجنسية العراقية النافذ على أنه

"إذا تزوجت المرأة العراقية من غير العراقي واكتسبت جنسية زوجها فأنها لا تفقد جنسيتها العراقية ما لم تعلن تحريرياً تخليها عن الجنسية العراقية" ، يتضح من نص المادة أعلاه ضرورة أن تكون المرأة العراقية عند انعقاد زواجها متمتعة بجنسيتها العراقية سواء كانت أصلية أو مكتسبه ، ويشترط أن يكون الزوج غير عراقي عند انعقاد الزواج وبعدها تكتسب العراقية باختيارها جنسية زوجها بصورة فعلية لمنع وقوعها في حالة اللاجنسية ، وأخيراً عليها أن تعلن تحريرياً عن رغبتها بالتخلي عن جنسيتها العراقية، نلاحظ مما تقدم اختلاف الحكم في قانون الجنسية السابق [26] فكانت المرأة العراقية تفقد جنسيتها العراقية بقوة القانون بمجرد تجنسها بجنسية زوجها الأجنبي أو كانت متزوجة من عراقي اكتسب جنسية أجنبية بعد تاريخ الزواج.

المطلب الثالث /حالة فقد الجنسية العراقية بالتبعية

استقر العمل في اغلب التشريعات على فسح المجال لأولاد المتجنس الصغار بالدخول بجنسية الأب بالتبعية إلا أنهم يفقدونها إذا ما فقدها الأب مهما كانت الأسباب ويتم ذلك تلقائياً وبقوة القانون وهو ما نصت عليه المادة (الرابعة عشر / ثانياً) من قانون الجنسية العراقية النافذ بقولها "ثانياً:- إذا فقد عراقي الجنسية العراقية ، يفقدها تبعاً لذلك أولاده غير البالغين سن الرشد ..." ، ولتطبيق هذا النص يشترط أن يفقد الشخص حامل الجنسية العراقية المكتسبة هذه الجنسية بسحبها منه طبقاً لأحكام القانون العراقي النافذ ، أما إذا كان الشخص يحمل الجنسية العراقية الأصلية فلا يجوز إسقاطها عنه لأي سبب من الأسباب طبقاً لنص المادة (الحادية عشر / ب) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية[27]، والمادة (الثامنة عشر / ثالثاً) من دستور العراق لسنة 2005 وهذا يعني أن أبناء العراقي بالولادة غير البالغين لسن الرشد لا مجال لفقدهم الجنسية العراقية على أساس التبعية ، أما إذا كان الأب أجنبياً ثم اكتسب الجنسية العراقية ورزق بأطفال فأنهم يعتبرون عراقيين بالولادة لا يجوز إسقاط الجنسية العراقية عنهم في حالة فقدان الأب لجنسيته العراقية ، وعليه فأن هذا النص يطبق على الأولاد غير البالغين لسن الرشد من الأب الأجنبي الذي اكتسب الجنسية العراقية فأنهم يصبحون عراقيين بشرط إقامتهم معه في العراق وإذا فقد الأب الجنسية العراقية بعد فترة معينة وبقي هؤلاء الأولاد دون سن الرشد فسوف يفقدونها بالتبعية لأنهم حصلوا عليها بالتبعية وهي بذلك (جنسية مكتسبة) في حين لا يتحقق هذا الفرض لأولاده الآخرين الذين ولدوا بعد حصول والدهم على الجنسية العراقية لأنهم سيعتبرون عراقيين بالولادة أي أن جنسيتهم تكون أصلية لا يجوز فقدها بالتبعية ، وهذا الحكم واضح من نص المادة (الثامنة عشر / ثالثاً) من الدستور الحالي ونص المادة (الرابعة عشر / ثانياً) من قانون الجنسية النافذ ، وبهذا يكون المشرع قد قلل من حالات فقد الجنسية العراقية على أساس التبعية ، ويشترط كذلك أن يكون الصغير غير البالغ سن الرشد (المولود قبل اكتساب الأب للجنسية العراقية) ثابت النسب لأبيه الأجنبي المتجنس بالجنسية العراقية قبل فقد الأب للجنسية العراقية أو في تاريخ لاحق

قبل بلوغه سن الرشد ، أما إذا ثبت نسبه بعد بلوغه سن الرشد وفقد الأب المتجنس الجنسية العراقية فلا يفقد الابن لجنسيته العراقية تبعاً لوالده لأنه سيكون بالغاً ومدركاً ومؤهلاً بحيث يستقل في أمور جنسيته .

المطلب الرابع /حالة التجريد من الجنسية العراقية

كان نظام التجريد من الجنسية يؤخذ به كعقوبة بسبب ارتكاب بعض الجرائم ، ثم شاع التجريد بعد ذلك كوسيلة عامة للتخلص من الأشخاص الذين يبدوا منهم ما يدل على عدم الولاء أو ما يمس كيان الدولة وسلامتها، وتوسعت الدول في الحالات المؤدية إلى التجريد من الجنسية ، فقد تجرد الدولة الوطني من جنسيته وهذا ما يطلق عليه مصطلح (الإسقاط) ، وقد يشمل التجريد الشخص الذي اكتسب الجنسية بشكل لاحق أي عن طريق التجنس وهنا يعتبر التجريد رجوعاً من الدولة في منح جنسيتها للمتجنس ويطلق على التجريد في هذه الحالة مصطلح (السحب)[28]، وفي الجانب العملي والإنساني يعتبر إسقاط الجنسية غير مرغوب فيه وذلك بسبب المشاكل الناجمة من هذا الإجراء ، ورغم ذلك أقر بعض الفقهاء مشروعية التجريد من الجنسية وأجازوا الأخذ به في حدود ضيقة ويقع التجريد من الجنسية بسحبها أو إسقاطها لاختلاف كل منهما من حيث الأشخاص والأسباب المبررة لإيقاعه ، ويتفق السحب والإسقاط في أنهما يؤديان إلى فقد الجنسية[29]، وفي العراق تفقد الجنسية بقرار يصدر من الجهات المختصة (وزارة الداخلية) على سبيل العقوبة فقد نصت المادة (الخامسة عشر)[30] على أنه "للوزير سحب الجنسية العراقية من غير العراقي التي اكتسبها إذا ثبت قيامه أو حاول القيام بعمل يعد خطراً على أمن الدولة وسلامتها . أو قدم معلومات خاطئة عنه أو عن عائلته عند تقديم الطلب أثر صدور حكم قضائي بحقه مكتسب لدرجة البتات" ، نلاحظ على هذا النص أن المشرع العراقي فرق بين حالتين يتم من خلالها سحب الجنسية العراقية من غير العراقي الذي أكتسب الجنسية العراقية وهما (حالة القيام أو محاولة القيام بعمل يهدد أمن الدولة وسلامتها ، وحالة تقديم معلومات خاطئة عنه أو عن عائلته عند تقديم الطلب) ، لهذا سنبحث الجهة التي تتولى عملية السحب والآثار المترتبة على السحب في كل حالة من خلال ما يأتي :-

أولاً: حالة القيام أو محاولة القيام بعمل يهدد أمن الدولة وسلامتها.

يقتصر الأجراء في هذه الحالة على من تجنس بالجنسية العراقية ويقوم فعلاً بعمل أو نشاط يهدد أمن الدولة وسلامتها فتقوم الجهات الأمنية المختصة بالتحقيق وأشعار وزير الداخلية بنتائج هذا التحقيق ويترك له الخيار بين سحب الجنسية العراقية منه أو الاكتفاء بما يقع على هذا الشخص من عقوبات جزائية ، فإذا ما قرر وزير الداخلية سحب الجنسية العراقية يقوم بإصدار القرار الإداري بسحب الجنسية العراقية من غير العراقي (المتجنس) وإعادته إلى وضعه السابق من تاريخ قرار السحب ويتأثر بقرار السحب أولاده غير البالغين سن الرشد فيفقدون جنسيتهم بالتبعية.

ثانياً: حالة تقديم معلومات خاطئة عنه أو عن عائلته.

أن إجراء سحب الجنسية العراقية يقتصر أيضاً على من تجنس بالجنسية العراقية سواء كان تجنساً عادياً أو بالولادة المضاعفة ... الخ ويقوم الشخص فعلاً بتقديم معلومات خاطئة عنه أو عن عائلته لكي يحصل على الجنسية العراقية وتكون هذه المعلومات الخاطئة سبباً في حصوله على الجنسية العراقية وفي هذه الحالة تتم إحالته إلى القضاء المختص ليصدر حكم قضائي بحقه مكتسب لدرجة البتات ويترتب على قرار سحب الجنسية منه إعادته إلى وضعه السابق وبأثر رجعي من تاريخ منح شهادة الجنسية العراقية ويتأثر بقرار السحب كل من حصل على الجنسية العراقية بالتبعية وأيضاً الزوجة الأجنبية التي تكتسب جنسية زوجها المتجنس بالجنسية العراقية عن طريق تقديمه معلومات خاطئة أو كاذبة عنه أو عن عائلته.

وفي كلتا الحالتين تقوم مديرية الجنسية بإبطال شهادة الجنسية استناداً إلى أحكام المادة (الرابعة عشر) من التعليمات رقم 3 لسنة 2014 الخاصة بتسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 النافذة [31]والتي نصت على أنه **"أولاً:** تلغى الجنسية العراقية ببيان يصدره وزير الداخلية عن كل شخص حصل عليها بناءً على تقديمه أوراقاً ومعلومات غير صحيحة أو إدلائه بأقوال كاذبة . **ثانياً:** يسري حكم البند (أولاً) من هذه المادة على غير العراقي في حال قيامه بعمل يعد خطراً على أمن الدولة وسلامتها.

المبحث الثالث/ حالات استرداد الجنسية العراقية المفقودة وردها

الاسترداد هو العودة إلى الجنسية المفقودة والتمتع بالحقوق المتولدة عنها من جديد[32]، وأن تشريعات الجنسية المقارنة تسمح في حالات متعددة لمن خرج عن جنسيته أن يعود أليها متى مازالت علة فقد الجنسية أو إذا أصيب الشخص بخيبة أمل في جنسيته الجديدة لسبب أو لأخر ، ففي الحالات التي يمكن للشخص أن يسترد جنسيته سواء كان ذلك بقوة القانون أو بناءً على قرار من قبل الدولة وطلب من المسترد، والغالب أن يعود الشخص إلى جنسيته القديمة دون اشتراط خروجه من جنسيته التي كان قد أكتسبها عند خروجه من جنسيته الأولى[33]، ولابد من ملاحظة الاختلاف بين الاسترداد والرد للجنسية المفقودة على سبيل العقوبة ، ففي العراق سنتناول موضوع استرداد الجنسية العراقية وفقاً لأحكام القانون الجديد لسنة 2006 في أربعة مطالب وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول /الاسترداد بالاختيار

يتيح القانون النافذ لمن فقد جنسيته بسبب اكتسابه جنسية أخرى باختياره استرداد الجنسية التي فقدها إذا عاد إلى دولته الأصلية للإقامة في إقليمها وإعادة الارتباط بها ،

لهذا تنص المادة (العاشرة) من قانون الجنسية العراقية الجديد على أنه "أولاً: يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريرياً عن تخليه عن الجنسية العراقية . ثانياً: تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية . ثالثاً: للعراقي الذي تخلى عن جنسيته العراقية أن يستردها إذا عاد إلى العراق بطريقة مشروعة وأقام فيه ما لا يقل عن سنة واحدة . وللوزير أن يعتبر بعد انقضائها مكتسباً للجنسية العراقية من تاريخ عودته . وإذا قدم طلباً لاسترداد الجنسية العراقية قبل انتهاء المدة المذكورة . ولا يستفيد من هذا الحق ألا مرة واحدة" ، لقد تضمنت المادة أعلاه ثلاث فقرات وهي أن من حق العراقي الذي يتجنس بجنسية أجنبية أن يحتفظ بجنسيته العراقية ، أي لا يجرد منها تلقائياً ، أما إذا رغب بالتخلي عن هذه الجنسية لحصوله على جنسية أجنبية فأنه يستطيع ذلك بتقديم طلب تحريري باسترداد الجنسية العراقية بشرط دخوله العراق بصورة مشروعة وإقامته في العراق (سنة) واحدة ويقدم الطلب خلال المدة المذكورة ، ومن ثم يصدر المدير العام قرار استرداد الجنسية العراقية بعد صدور موافقة وزير الداخلية على طلب الاسترداد ويعتبر طالب الاسترداد مكتسباً للجنسية العراقية من تاريخ عودته ويترتب على هذا القرار شمول أولاده (غير البالغين سن الرشد) لهذا القرار ، وعلى المدير العام أو من يخوله إعادة تسجيل المسترد للجنسية العراقية وأولاده القاصرين إلى سجلات الأحوال المدنية لعام 1957 [34].

المطلب الثاني /استرداد الصغير جنسيته التي فقدها تبعاً للأب

جاء في المادة (الرابعة عشر/ثانياً) من قانون الجنسية أنه "ثانياً: إذا فقد عراقي الجنسية العراقية، يفقدها تبعاً لذلك أولاده غير البالغين سن الرشد، ويجوز لهم أن يستردوا الجنسية العراقية بناءً على طلبهم، إذا عادوا إلى العراق وأقاموا فيه سنة واحدة. ويعتبرون عراقيين من تاريخ عودتهم" ، نلاحظ من هذا النص أن المشرع العراقي أشار إلى فقد الصغير جنسيته العراقية تبعاً لفقد الأب لجنسيته العراقية وذلك بسبب اكتساب جنسية أجنبية باختياره لأن الصغار غير البالغين لسن الرشد يحتاجون إلى رعاية الأب والمشرع العراقي جعل زوال الجنسية العراقية عن الصغير تبعاً لوالده حالة مؤقتة تحصل دون إرادة الصغير ، ولهذا أعطى المشرع للصغير بعد بلوغه سن الرشد حق اختيار الجنسية العراقية وفقاً لأحكام القانون العراقي والاسترداد في هذه الحالة يعتبر حقاً قانونياً لا منحة خاصة تتوقف على السلطة التقديرية للجهات المختصة وكل هذا يتحقق بتوافر الشروط الآتية :-

أ- أن يفقد العراقي القاصر الجنسية العراقية تبعاً لوالده .

ب-بلوغ القاصر سن الرشد وفقاً للقانون العراقي .

ج- أن يقدم طلباً باسترداد الجنسية العراقية التي فقدها خلال سنة واحدة من عودته إلى العراق بصورة مشروعة وأن يقيم في العراق إقامة مشروعة ، وبعد التحقق من صحة الطلب يعتبر عراقياً بأثر رجعي وليس من تاريخ إعلان الرغبة في الاسترداد .

المطلب الثالث /استرداد المرأة جنسيتها المفقودة

أن المرأة العراقية التي تخلت عن جنسيتها العراقية بسبب زواجها من أجنبي واكتسبت جنسيته لها أن تطلب استرداد الجنسية العراقية مع استمرار رابطة الزوجية بالأجنبي استناداً إلى نص المادة (الثالثة عشر) من قانون الجنسية الجديد التي نصت على أنه "إذا تخلت المرأة العراقية عن جنسيتها العراقية وفقاً لأحكام البند (ثالثاً) من المادة (10) من هذا القانون ، حق لها أن تسترد جنسيتها العراقية بالشروط الآتية :-

أولاً: إذا منح زوجها غير العراقي الجنسية العراقية، أو إذا تزوجت هي من شخص يتمتع بالجنسية العراقية . وترجع إليها الجنسية من تاريخ تقديمها طلباً بذلك .

ثانياً: إذا توفى عنها زوجها أو طلقها او فسخ عقد الزواج، ترجع إليها الجنسية من تاريخ تقديمها طلباً بذلك . على أن تكون موجودة في العراق عند تقديمها الطلب" ، وعليه عند تحقق شروط المادة أعلاه تسترد المرأة جنسيتها العراقية اعتباراً من تاريخ تقديمها الطلب بقوة القانون ولا يخضع طلبها للسلطة التقديرية للإدارة وهذا الاسترداد لا يرتب أثراً رجعياً لأن النص واضح وصريح من خلال عبارة (... ترجع إليها الجنسية من تاريخ تقديم الطلب ...) فهي أجنبية طيلة فترة فقدانها للجنسية العراقية إلى حين استردادها للجنسية العراقية وتقديم الطلب وليس من تاريخ عودتها إلى العراق، ولابد من الإشارة أيضاً إلى حالة المرأة العراقية التي فقدت جنسيتها العراقية بسبب زواجها من أجنبي واكتسبت جنسيته لها أن تطلب استرداد جنسيتها العراقية مع استمرار رابطة الزوجية بالأجنبي استناداً إلى أحكام البند (ثالثاً) من المادة (العاشرة) والذي جاء مطلقاً ليشمل كل عراقي (ذكر أو أنثى) تخلى عن جنسيته العراقية ففي هذه الحالة عليها أن تقدم طلباً تحريرياً لاسترداد جنسيتها خلال سنة من الإقامة المشروعة وتكون للوزير السلطة التقديرية الواسعة بالقبول أو الرفض لأنها ليست من الحالات الواردة في المادة (الثالثة عشر) من قانون الجنسية العراقية النافذ وتعتبر عراقية من تاريخ عودتها ولا تستفيد من هذا الحق إلا مرة واحدة .

وتجدر الإشارة إلى أنه لولا نص (الثالثة عشر) لما منحت المرأة الجنسية العراقية إلا عن طريق حالة الزواج المختلط بصفتها أجنبية متزوجة من عراقي رغم أنها عراقية بالأصل[35].

المطلب الرابع /إعادة (رد) الجنسية العراقية المفقودة على سبيل العقوبة

نصت المادة (السابعة عشر) من قانون الجنسية الجديد[36] على أنه "يلغى قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم 666 لسنة 1980 وتعاد الجنسية العراقية لكل عراقي

أسقطت عنه الجنسية العراقية بموجب القرار المذكور وجميع القرارات الجائرة الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) بهذا الخصوص"، نلاحظ مما تقدم أن المشرع العراقي أعتمد جملة من المبادئ الأساسية الضرورية لإصلاح الآثار السلبية المترتبة على إسقاط الجنسية على سبيل العقوبة وجاءت منسجمة مع ما نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (الخامسة عشر) منه والتي نصت على أنه "لا يجوز التحكم في تجريد الشخص من جنسيته تعسفاً ..)، ولهذا قررت المادة (السابعة عشر) إعادة الجنسية العراقية إلى من أسقطت عنه بقوة القانون بعد أجراء التحقيقات اللازمة، أما المادة (الثامنة عشر) فقد نصت على "أولاً:-لكل عراقي أسقطت عنه الجنسية العراقية لأسباب سياسية أو عنصرية أو طائفية أن يستردها بتقديم طلب بذلك وفي حالة وفاته يحق لأولاده الذين فقدوا الجنسية العراقية تبعاً لوالدهم أو والدتهم أن يتقدموا بطلب لاسترداد الجنسية العراقية . ثانياً:- لا يستفيد من حكم البند (أولاً) من هذه المادة العراقي الذي زالت عنه الجنسية بموجب أحكام القانون رقم (1) لسنة 1950 والقانون رقم (12) لسنة 1951"، فقد اشترطت المادة أعلاه تقديم طلب لاسترداد الجنسية العراقية لأنها لا تعاد بصوره تلقائية، ولم يحدد المشرع العراقي فترة زمنية معينة لتقديم الطلب ولم يشترط وجودهم في العراق أثناء تقديم الطلب، ولابد من ملاحظة أن المشرع العراقي قد استثنى من هذا الحكم العراقي الذي زالت عنه الجنسية العراقية بموجب أحكام القانون رقم 1 لسنة 1950 والقانون رقم 12 لسنة 1950 والخاصة باليهود العراقيين الذين أسقطوا جنسيتهم وتركوا العراق إلى فلسطين، ويتم تطبيق هذه النصوص بتعليمات خاصة يصدرها وزير الداخلية وقد صدرت التعليمات رقم 3 لسنة 2014 التي نصت في المادة (الثالثة عشر) على أنه"

أولاً: يعد عراقي الجنسية ومتمتعاً بها وفقاً لأحكام الفقرة(أ) من المادة (3) من قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 من كان من أفراد عشائر الكرد الفيلين ومسجلاً في سجلات الأحوال المدنية لعام 1957 أو أي تعداد سابق له بعد ملئ الاستمارة المعدة لهذا الغرض .

ثانياً: تلغى جميع قرارات وزارة الداخلية التي تمنع استعادة الكرد الفيلين للجنسية العراقية أو منحها إليهم بأثر رجعي من تاريخ صدورها ، وبما يكفل لهم حقوق المواطنة الكاملة .

ثالثاً: ترفع جميع شارات الإلغاء والإسقاط والترقين والتجميد والتجنس والاكتساب والأصل الأجنبي المثبتة لأسباب سياسية أو قومية أو عرقية أو مذهبية أو عنصرية أينما وردت في قيود سجلات الجنسية والأحوال المدنية .

رابعاً: تسري أحكام البنود (أولاً) و(ثانياً) و(ثالثاً) من هذه المادة على أفراد عشائر (الاركوازية، الزركوش، ملك شاهي ، الكركش ، القره لوس ، الكاكانية ، السميلية ، ألسوره ميري).

خامساً: تلتزم الجهات المختصة متابعة تنفيذ التعليمات ورفع الشارات المنصوص عليها في البند (ثالثاً) من هذه المادة وتأشير ذلك في القيود وسجلات الجنسية والأحوال المدنية بما فيها إلغاء صفة الأجنبي عن أفراد العشائر المذكورة في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 180 لسنة 1980 (الملغى) وابتداءً من تاريخ نفاذ هذه التعليمات .

الخاتمة:

نظم التشريع العراقي فكرة الجنسية منذ صدور أول قانون للجنسية العراقية لسنة 1924 الذي تضمن أحكام الجنسية الأصلية وفق ثلاث معايير هي معيار (الرعوية العثمانية ،وحق الدم،وحق الإقليم) وتناول مسألة دخول الأجنبي في الجنسية العراقية واستمر الحال على هذا المنوال حتى صدور قانون الجنسية السابق لسنة 1963 ولا زالت هذه النصوص قابلة للتطبيق حتى هذه اللحظة في ظل دستور عام 2005 الذي تضمن مبادئ تتعلق بفكرة الجنسية ووضع الضمانات الخاصة لها ووجود مثل هذه النصوص يؤدي إلى حماية المصلحة العليا للدولة وبالتالي المحافظة على أمنها العام، وتزداد أهمية هذا البحث في القانون العراقي بعد صدور قانون الجنسية النافذ رقم 26 لسنة 2006 والذي جاء بأحكام جديدة تنظم قضايا الجنسية في حالات اكتساب الجنسية وفقدها واستردادهاومنهامبدأ تعدد الجنسيات ومبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في حالة الجنسية المفروضة على أساس حق الدم وأيضاً قلص من حالات التجريد من الجنسية وفي الوقت ذاته جعل سحب الجنسية من المتجنس فقط ولم يسمح بإسقاطها من العراقي الذي يمتلك الجنسية الأصلية وسمح باسترداد الجنسية وفق شروط معينة وكل هذه الأحكام نظمتها التعليمات رقم 3 لسنة 2014 الخاصةبتسهيل تنفيذ قانون الجنسية العراقية ، إلا أن هذا التنظيم يحتاج إلى إعادة النظر في بعض الأمور ومنها جعل أثر قانون الجنسية النافذ رجعياً في حالة استرداد المرأة العراقية المتزوجة من أجنبي واكتسبت جنسيته وسحبت منها الجنسية العراقية وفقاً لقانون 1963 لأن الأثر الفوري للقانون الجديد يجعل الاسترداد فقط للمرأة المتزوجة من أجنبي في تاريخ 2006/3/7 أو بعد هذا التاريخ ، ومن الأمور الأخرى التي تحتاج إلى إعادة النظر ما يتعلق بالصياغة القانونية الدقيقة للنصوص حيث أنه لاحظنا من خلال نص المادة (الرابعة عشر /ثانياً) أنه اشترط على الصغير الذي فقد جنسيته تبعاً لوالده تقديم طلب لاسترداد الجنسية العراقية لكنه لم يحدد الجهة المختصة وأيضاً لم يذكر المشرع بلوغ الصغير لسن الرشد بالنسبة لمقدم الطلب ولم يحدد كون الإقامة في العراق بصورة مشروعة لكي لا يكون للإقامة غير المشروعة مكاناً في العراق، وهنالك تناقضات في بعض النصوص ومنها نص المادة (الثالثة /أ) حيث أنه جاء مطلقاً بنصها "يعتبر عراقياً: أ- من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية"، وجاء نص المادة (السادسة /ثانياً) بنصها "ثانياً:- لا يجوز منح الجنسية العراقية للفلسطينيين ضماناً لحق عودتهم إلى وطنهم" ، وبناءً عليه فأن أبناء الأم العراقية من الأب الفلسطيني سوف يحصلون على

الجنسية العراقية على أساس حق الدم من جهة الأم وهذا ما يناقض نص المادة (السادسة/ثانياً) سالفة الذكر ، ومن الملاحظ أيضاً أن القرار رقم 666 لسنة 1980 قد تكرر إلغائه في قانون الجنسية النافذ وقانون إدارة الدولة العراقية فمن الأفضل أن يعدل نص المادة (السابعة عشر) بأن يكون مقتصراً على العبارة الأخيرة منها والتي نصها "تلغى جميع القرارات الجائرة الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) التي سقطت بموجبها الجنسية العراقية عن كل عراقي" مع ذكر رقم تلك القرارات وسنتها ، لهذا ندعو المشرع العراقي في التشريعات اللاحقة أن يعالج هذه النصوص من أجل تجنب الوقوع في الأخطاء وأن يكون دقيقاً في صياغته للنصوص التشريعية .

قائمة المراجع:

1- **ثامر داود عبود الشافعي ، تعدد جنسية الفرد وأثاره القانونية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بغداد .**
2- **د. حيدر أدهم عبد الهادي ، النصوص المنظمة للتجريد من الجنسية في ضوء قانون الجنسية العراقي رقم 26 لسنة 2006 ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين ، المجلد 12 ، العدد (1) ، 1431هـ - 2010م .**
3- **د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، ط 1 ، الإسكندرية ، 1964 .**
4- **د. عبد الحميد عمر وشاحي ، القانون الدولي الخاص في العراق ، بلا مكان طبع ، 1940 – 1941 .**
5- **د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية ، ط1 ، مطبعة أسعد ، بغداد ، 1974 .**
6- **د. غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج 1 ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1982.**
7- **د. محمد اللافي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي - دراسة مقارنة ، الكتاب ألأول ، منشورات مجمع الفاتح للجامعات ، 1989 .**
8- **د. ممدوح عبدالكريم الحافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ، بغداد ، 1972 .**
9- **ياسين السيد طاهر الياسري ، الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي ، ط 4 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2011 .**
10- **الوقائع العراقية ، العدد 3981 ، مايس (آذار) ، 2004 .**
11- **الوقائع العراقية ، العدد 4334 ، تاريخ 2014/9/8 .**
12- **دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .**
13- **قانون التعديل الأول لقانون الأحداث رقم 64 لسنة 1972 .**
14- **قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006 .**
15- **تعليمات رقم 3 لسنة 2014 الخاصة بتسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006 .**

16- Batiffol et Lagarde, Droit international prive`,1981, p. 60 .

17- Niboyer,Cours de droit international prive` francais, 1947, p.47

قـائـمــة الهـوامــش

1- المادة (الخامسة) من لإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 .

2- نصت المادة (الثامنة عشر) من الدستور العراقي النافذ لعام 2005 على أنه "أولاً - الجنسية العراقية حق لكل عراقي وهي أساس مواطنته . ثانياً - يعد عراقياً هو كل من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية ، وينظم ذلك بقانون . ثالثاً - أ - يحظر إسقاط الجنسية عن العراقي بالولادة لأي سبب من الأسباب ، ويحق لمن أسقطت عنه طلب استعادتها ، وينظم ذلك بقانون. ب - تسحب الجنسية العراقية من المتجنس بها في الحالات التي ينص عليها القانون . رابعاً - يجوز تعدد الجنسية العراقية ، وعلى من يتولى منصباً سياسياً أو امنياً رفيعاً ، التخلي عن أية جنسيةٍ أخرى مكتسبة ، وينظم ذلك بقانون . خامساً - لا تمنح الجنسية العراقية لأغراض سياسة التوطين السكاني المخل بالتركيبة السكانية في العراق . سادساً - تنظم أحكام الجنسية بقانونٍ، وينظر في الدعاوى الناشئة عنها من قبل المحاكم المختصة ." .

3- د. حيدر أدهم عبد الهادي ، النصوص المنظمة للتجريد من الجنسية في ضوء قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهرين ، المجلد (12) ، العدد (1) ، 1431هـ - 2010م ، ص43 .

4- Niboyer, Cours de droit international prive` francais, 1947, p. 47 . الجنسية رابطة سياسية

5- Batiffol et Lagarde, Droit international prive`,1981, p. 60 . الجنسية رابطة قانونية

6- د. غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج 1 ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 1982 ، ص 29 .

7- ياسين السيد طاهر الياسري ، الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي ، ط 4 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2011 ، ص 104 .

8- المادة (الثالثة / أ) من قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006.

9- د. عبد الحميد عمر وشاحي ، القانون الدولي الخاص في العراق ، بلا مكان طبع ، 1940 - 1941 ، ص580 .

10- أطلق المشرع العراقي على اللقيط لفظ (الطفل مجهول النسب) في المادة (الخامسة) من قانون التعديل الأول لقانون الأحداث رقم 64 لسنة 1972.

11- ثامر داود عبود الشافعي ، تعدد جنسية الفرد وأثاره القانونية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة بغداد ، ص 59 .

12- د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص101.

13- المادة (السادسة / ثالثاً) من تعليمات تسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية رقم 3 لسنة 2014 ، الوقائع العراقية ، العدد (4334) ، تاريخ 2014/9/8 ، ص 5 .

14- المادة (السادسة / رابعاً وخامساً وسادساً) من تعليمات تسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية رقم 3 لسنة 2014 .

15- المادة (السابعة) من التعليمات أعلاه .

16- المادة (الثامنة) من التعليمات أعلاه .

17- المادة (الخامسة) من قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006.

18- المادة (السادسة) من قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006.

19- المادة (الرابعة عشر / أولاً) من القانون المذكور .

20- المادة (الحادية عشر) من قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006 .

21- د. محمد اللافي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي - دراسة مقارنة، الكتاب الأول ، منشورات مجمع الفاتح للجامعات ، 1989 ، ص 238 .

22- المادة (العاشرة / ثانياً) من تعليمات رقم 3 لسنة 2014 الخاصة بتسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006 .

23- د. ممدوح عبدالكريم الحافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ، بغداد ، 1972 ، ص 155 .

24- المادة (الثامنة عشر / ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

25- المادة (الحادة عشر) من التعليمات رقم 3 لسنة 2014 تعليمات تسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 .

26- المادة (الخامسة) من قرار الأمم المتحدة في 7/ تشرين الثاني /1967 ، والذي نص على أنه "يكون للمرأة ذات الحقوق التي للرجل في ما يتعلق باكتساب الجنسية أو تغييرها أو الاحتفاظ بها ولا يترتب على الزواج من أجنبي أي مساس بجنسية الزوجة يجعلها عديمة الجنسية أو يلزمها باكتساب جنسية زوجها" .

27- المادة (الثانية عشر / 2) من قانون الجنسية العراقية الملغي رقم 43 لسنة 1963 .

28- قانون إدارة دولة العراق للمرحلة الانتقالية ، نشر في جريدة الوقائع العراقية ، العدد 3981 ، مايس (آذار) ، 2004 .

29- د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ، ط 1 ، الإسكندرية ، 1964 ، ص 211 .

30- د. محمد اللافي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي ، مرجع سابق ، ص 171 .

31- المادة (الخامسة عشر) من قانون الجنسية العراقية الجديد رقم 26 لسنة 2006 .

32- قبل صدور تعليمات سنة 2014 كان يعمل بأحكام الفقرة (سابعاً) من التعليمات رقم 1 لسنة 1965 النافذة استناداً لنص المادة (الحادية والعشرين / أولاً) من قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 حيث نصت على أنه "أولاً: يلغى قانون الجنسية العراقية رقم (43) لسنة 1963 وتبقى التعليمات الصادرة بموجبه نافذة بما لا يتعارض وأحكام هذا القانون لحين صدور ما يحل محلها أو يلغيها" .

33- د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية ، ط1 ، مطبعة أسعد ، بغداد ، 1974 ، ص121 .

34- ثامر داود عبود الشافعي ، مرجع سابق ، ص26 .

35- المادة (الثانية عشر / أشولاً وثانياً وثالثاً) من تعليمات رقم 3 لسنة 2014 تعليمات تسهيل تنفيذ أحكام قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 .

36- **د. غالب علي الداودي ، د. حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ، ص 125 .**

37- **المادة (السابعة عشر) من هذا القانون يعاب عليها أن هذا القرار الغي بموجب نص المادة (الحادية عشر / هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية، ولهذا يجب عدم تكرار إلغائه مرة أخرى في هذا القانون .**

الحماية القانونية لعقود الادارة الدولية

Legal Protection of international management contracts

م.د يسار عطيه تويه

م.د يسار عطيه تويه
كلية القانون/ جامعة ميسان
Dr .Inst. Yassar Atiyah Itwayya
Misan University/ College of Law
yassar20210@gmail.com

المستخلص :

ان التطـور المسـتمر فـي عقـود الادارة الدوليـة والظـروف والأحداث التي قد تعيق تنفيذها أدت الى ظهور مفاهيم جديدة كشفت النقاب عن عدم ملاءمة القواعد الواردة في التشريعات الوطنية لمسايرة التطورات الحاصلة على مستوى التجارة الدولية . فالحلول التي تتضمنها القوانين الداخلية حلولٌ متشددة لا يمكن تطبيقها على عقود الادارة الدولية إلا في أضيق الحدود. لهذا اخذ المتعـاملون فـي ميـدان العقـود الدوليـة بـالتخفيف مـن المفـاهيم المتشددة وابتدعوا مفهوماً أكثر مرونـة معتمدين في ذلك على الحرية الواسعة على نحوٍ يستجيب لمتطلبات وضرورات العمل الدولي. لذلك تسعى الدول إلى توفير الحماية الدولية بوسائل مختلفـة منهـا الدوليـة ومنهـا المحليـة لغـرض تـوفير الحمايـة والتشجيع على ابرام العقود الدولية مع الادارة لما له من أهمية كبيرة في تنمية الاقتصاد المحلي للدولة وتطوير مرافقها العامة . فعندما ترغب الدولة في إبرام عقد يكون الطرف الأخر أجنبياً سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً يكتسب العقد الصفة الدولية . ويترتب على ذلك عدة آثار من حيث ما يضمنه الطرفان من شروط تتعلق بالقانون الواجب التطبيق وما يتصل بتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقد ،وقد تتضمنه هذه الوسائل أساليب جديدة لحسم تلك المنازعات بعيداً عن ساحات القضاء وتوفيراً للوقت .

Abstract:

The continuing development of international management contracts and the circumstances and events that may impede their implementation have led to the emergence of new concepts that have revealed the inadequacy of the rules contained in national legislation to keep pace with developments in international trade. The solutions contained in domestic laws are strict and can only be applied to international management contracts to a minimum. Therefore, dealers in the field of international contracts began to soften hard-line concepts and devised a more flexible concept, relying on broad freedom in a way that responds to the requirements and imperatives of international action. Therefore, States seek to provide international protection through various means, including international and domestic, for the purpose of providing protection and encouraging the conclusion of international contracts with the administration because of its great importance in the development of the local economy of the State and the development of public facilities. When the State wishes to conclude a contract, the other party shall be an alien, whether a natural or legal person

المقدمـة

إن عقود الإدارة الدولية ليست على نمط واحد، بل انها تتعدد وتتنوع بتعدد وتنوع مواضيعها. فالتطور الصناعي والتكنولوجي وتعاظم وتشعب حاجات المجتمع وظهور قوانين الاستثمار والتنمية الاقتصادية أدى الى ظهور عقود جديدة لها أهميتها وثقلها الاقتصادي والقانوني واختلاف مضمونها ، كعقود الإنشاء الدولية وعقود الاشغال – مثل عقود التنقيب عن النفط والمعادن- كان لزاماً إيجاد معيار يتم اعتماده للتعرف على طبيعة العقد إذا كان دولياً ام داخلياً. حيث يتوقف ذلك على تحديد النظام القانوني الذي يحكم العقد . اذ يحاط العقد الاداري الدولي بتنظيم قانوني متميز يجسد خليطاً من القوانين الوطنية والأتفاقيات التجارية الدولية والشروط العامة والنموذجية التي تقوم بصياغتها لجان دولية متخصصة بالإضافة الى ما اعتاد تطبيقه من عادات وأعراف تجارية.

فالتطور المستمر في عقود الادارة الدولية والظروف والأحداث التي قد تعيق تنفيذها أدت الى ظهور مفاهيم جديدة كشفت النقاب عن عدم ملائمة القواعد الواردة في التشريعات الوطنية لمسايرة التطورات الحاصلة على مستوى التجارة الدولية . فالحلول التي تتضمنها القوانين الداخلية حلولٌ متشددة توجه بالدرجة الأولى الى المشكلات والصعوبات الناجمة عن تنفيذ العقود الداخلية ، ولا يمكن تطبيقها على عقود الادارة الدولية إلا في أضيق الحدود. وإزاء هذا التنوع من العقود قد اخذ المتعاملون في ميدان العقود الدولية بالتخفيف من المفاهيم المتشددة وابتدعوا مفهوماً أكثر مرونة معتمدين في ذلك على الحرية الواسعة على نحوٍ يستجيب لمتطلبات وضرورات العمل الدولي . فتضمن شروطاً تهدف في مجموعها، الى مراجعة احكام العقد على أثر تعرضه لمخاطر تجارية او غير تجارية لتحقيق الضمان الامثل لكل الاطراف وفق قوانين واتفاقيات دولية متفق عليها محلياً ودولياً.

اولاً: مشكلة البحث:-

أن الدولة على الرغم من انها مجرد طرف متعاقد إلا أنها تعد طرفاً غيرعادي لكونها تتمتع بالمزايا السيادية في مواجهة المتعاقد معها مما يمكنها من إلاخلال بالحياد الذي يجب أن يتوافر للقضاء الوطني ، فيتمسك الطرف المتعاقد مع الدولة بالتحكيم ليحميه من المثول أمام هذا القضاء ، لضعف ثقته في حياد القاضي الوطني فهو ينظر إليه بعين الشك والريبة وبالتالي لابد من اللجوء إلى جهة أخرى لفض الخلافات الناشئة عن تلك العقود لدرء ذلك الشك. فالحماية الدولي تبدو أكثر أهمية في نطاق عقود الادارة الدولية، لأن النظام القانوني الداخلي يوفر الحماية الكافية للحقوق ووسائل تحقيقها بدقة بدأً من تفاصيل إجراءات التقاضي وانتهاءً بإجراءات التنفيذ. أما على المستوى الدولي فتحصيل تلك الحقوق يبدو أكثر صعوبة في نطاق القانون الداخلي لذلك يلجئ الكثير الى وسائل التحكيم بدلاً من القضاء الوطني.

ثانياً : أهمية البحث:-

لقد شهدت التطورات الاقتصادية للدول في جعل انتاجها الوطني يزدهر، نتيجة عوامل متعددة، لعل أبرزها تحقيق التقدم الهائل في وسائل الإنتاج ، ووسائل النقل والاتصال، وتشابك المصالح والمعاملات بين دول التي يفصل بينها مجال جغرافي دولي . فان النشاط الذي يعمل على تطوير المرافق العامة تلك التي تمنح اهمية خاصة لإبرام عقود الإدارية الدولية لغرض استثمار مواردها الوطنية. والمسار الذي يتخذه نمو العلاقات الدولية ينبئ بوضوح مدى أهمية تنظيم وضمان عقود الادارة الدولية في مجال الاستثمارات الاجنبية المباشرة الذي يساعد في بناء المرافق العامة واستمرار تطورها. لهذا لم يعد النشاط الدولي وخاصة في الميدان الاقتصادي منوطاً بالدول فحسب ، وانما امتد ليشمل وحدات جديدة اخرى وخاصة الشركات متعددة الجنسية.

ثالثاً :هيكلية البحث:-

أن عنوان البحث يتعلق بالدراسة القانونية الدولية لإدارة العقود الادارية الدولية. فالمبحث الاول قد تناول ماهية العقود الأدارية الدولية. بغية التعرف على حقيقة هذه العقود من خلال اساسها ومفهومها القانوني، وطبيعة نظامها القانوني الذي ينظمها. وفي المبحث الثاني جرى الحديث عن الحرية القانونية لضمان إبرام عقود الإدارة الدولية . والمخاطر التي تهدد تلك العقود والتي قد تكون تجارية او غير تجارية (تشريعية – ادارية – سياسية). وإجراءات القضاء والتحكيم المتبعة لتنفيذ عقود الادارة الدولية وتسوية النزاعات التي تدور بين اطرافها.

رابعاً : منهجية البحث:-

للخوض في إشكالية البحث وإثبات فرضيته وتحقيق أهدافة يتم إستخدام منهج التحليل الواقعي والقانوني في تسوية النزاعات التي تنشأ نتيجة تنفيذ عقود الادارة الدولية من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق امام الجهة القانونية التي يحددها العقد وفق القواعد القانونية الوطنية والدولية.

خامساً :هدف البحث:-

إن الغاية من البحث التعرف على دور عقود الادارة الدولية في مجال تطوير المؤسسات العلمية ومرافق الدولة العامة لغرض استغلال الثروات الطبيعية من خلال المساعدة على توسيع نطاق التجارة الدولية. ومعالجة التعارض من خلال قضاء التحكيم كطريق لفض المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، وكذلك بسبب قبول الدول لهذا الإسلوب في حسم الخلافات العقدية مع الأشخاص الطبيعية أوالمعنوية الأجنبية كون صعوبة قبول خضوع الدولة لقضاء دولة أخرى للفصل في هذه المنازعات. فضلاً عن رغبة الدولة الوطنية بتشجيع الإستثمار وجذب رؤوس الأموال الأجنبية. وفض المنازعات بصورة سرية للحفاظ على أسرارالإنتاج والتجارة ، وهو ما تحرص على تحقيقه الشركات الكبرى.

المبحث الأول/ ماهية عقود الإدارة الدولية

أن الادارة تسعى من خلال ابرامها للعقود في جميع الحالات تحقيق مصلحة المرافق العامة ، وتحقيق النفع العام بصفة عامة . وبما ان القانون العام يرمي الى حماية المصالح العامة لذلك وجب القول بأن جميع عقود الادارة هي بطبيعتها ادارية ما لم يثبت العكس بوجود قرائن او عناصر تدل على ان الإدارة قصدت ابرام العقد وفقاً

لقواعد القانون الخاص[1]. وهنا نتناول في الحديث ماهية العقود الادارية والمفهوم القانوني لها. وكذلك نبين طبيعة النظام القانوني للعقود الادارية الدولية في مطالب وفروع سوف نبحثها.

المطلب الأول/ المفهوم القانوني للعقود الادارية الدولية

تعتبر الادارة طرفاً في العقد عندما يكتسب العقد الصفة الادارية. اذ يرى أن كل عقد تبرمه الإدارة يعد عقداً إدارياً ما لم يثبت العكس فأن الاشخاص الادارية تخضع في علاقتها مع بعضها البعض ومع الافراد لإحكام القانون العام بصورة عامة ولإحكام القانون الاداري بصورة خاصة ، فالإدارة عندما تكون طرفاً في العقد تعمل بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها الافراد . لهذا يعتبر اتصال العقد بنشاط مرفق عام يعد امراً ضرورياً لإضفاء الطبيعية الادارية على العقد ، وأن اتصال العقد بنشاط المرفق العام هو مسألة موضوعية يقدرها القضاء الاداري في كل حالة على حده بحيث اذا انتفت صلة العقد بالمرفق العام فان القضاء الاداري يعد العقد مدنياً وبالتالي يخرج من دائرة اختصاصه .أي ان القضاء هو من يحدد اذا كان العقد دولياً ام اداريا فقد ينتهي بأعتباره عقداً دولياً، عندما يقوم القاضي او المحكم بتطبيق القانون الذي تشير إليه قواعد الاسناد المختصة في قانونه او القاعدة الموضوعية المباشرة الواجبة التطبيق. وفي هذا السياق، يذهب الفقه التقليدي إلى ان العقد يعد دولياً اذا اشتمل على عنصر أجنبي[2]، مفاد هذا يعني ان الصفة الدولية تتطرق إلى العقد اذا كان احد طرفيه أجنبياً او ان ابرامه كان خارج حدود الدولة ، او ان يتم تنفيذه في غيرالدولة التي ابرم فيها لكن بعضهم يذهب إلى انه ليس حتماً ان نكون بصدد عقد دولي لمجرد توافر(عنصر اجنبي ما) فالعنصر الاجنبي قد يكون سلبياً غير مؤثر في طبيعة العقد، بالتالي يبقى العقد عقداً وطنياً[3].

اما الحماية الدولية فيجب ان توفرها الدولة لضمان تحقيق المنفعة العامة .وهي عبارة عن قاعدة قانونية أساسية نابعة عن تصميم المجتمع الدولي على منح الطرف الاخر عدداً من الضمانات ، كما تعني القواعد التي تقر مساعدة الشخص بوقايته من الاعتداء أو سوء المعاملة أو الخطر، أو إحباط محاولات النيل من سلامته أو التسبب في اختفائه،ثم تلبية حاجته إلى الأمان والحفاظ عليه والدفاع عنه في زمن الحرب[4].ومن هنا نتحدث عن تعريف العقد الاداري الدولي وعن تعريف الحماية القانونية لتلك العقود الإدارية.

الفرع الأول/ تعريف العقود الإدارية الدولية

يُثار التساؤل حول العقود التي تبرمها المؤسسات الادارية مع المؤسسات الأجنبية، فهل تعتبر عقود دولية ام عقود ادارية خاضعة للقوانين الداخلية؟ وما هي المعايير التي تؤدي إلى اسباغ الصفة الدولية عليها؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من تعريف العقد الدولي ، بعد ان اجمع معظم الفقهاء على تعريف العقد الدولي بأنه(العقد الذي يتضمن عنصراً اجنبيا مؤثرا سواء تعلق هذا العنصر بمحل ابرامه او مكان تنفيذه او بموضوعه او بإطرافه)[5]. وقد اختلف الفقهاء حول المعيار الواجب الاتباع لتحديد دولية العقد فبينما استقر الفقه التقليدي على اعتناق المعيار القانوني حيث يرى انصار هذا المعيار ان العقد الدولي هو الذي تتطرق الصفة الاجنبية لاي عنصر من عناصره المختلفة - سببه، محله، مكان التنفيذ ، الهدف او الغاية - على اعتبار العنصر الاجنبي هو العنصر الوحيد لإسباغ الصفة الدولية على العقد . في حين يفضل جانب من الفقه الحديث على التركيز على المعيار الاقتصادي الذي يعبر عن مدى اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية[6].

وعلى هذا الاساس ، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ان العقد الدولي هو ذلك العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية ، وبعبارة اخرى فان العقد الدولي هو العقد الذي يتعلق بتبادل تجاري يتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة . بان تتضمن مثلا استيراد البضائع من الخارج او تصدير منتجات وطنية إلى دولة اخرى أي يترتب على ذلك دخول وخروج للبضائع عبر الدول [7]. في حين يرى اخرون بضرورة توافر المعيارين وهما المعيار القانوني أي تضمه لعنصر اجنبي والمعيار الاقتصادي أي تضمنه لحركة دخول وخروج البضائع عبر الدول [8]. وخير مثال على ذلك عقد البيع الذي يكون فيه المصدر مقيما في دولة مختلفة عن الدولة التي يقيم فيها المستورد ، فأختلاف محل الاقامة على هذا النحو ، يحقق المعيار القانوني لتوفر العنصر الاجنبي، والذي يترتب على هذا العقد ان يتم تسليم البضاعة ودفع الثمن في دولة مختلفة . وهو ما يترتب عليه ايضاً انتقال للبضائع والأموال عبر الدول. مما يحقق المعيار الاقتصادي والقانوني لدولية العقد في نفس الوقت[9].

ولكن يذهب جانب من الفقه المعاصر إلى التفرقة بين العناصر المؤثرة والعناصر غير المؤثرة ، فاذا توفرت الصفة الاجنبية لعنصر غير فعال من عناصر العقد ، أي لعنصر محايد لا يؤثر في شأن الرابطة العقدية فان ذلك لا يكفي لاسباغ الصفة الدولية لهذه الرابطة ، فلا يعقل ان يعد العقد دولياً لمجرد انه حرر على ورق مصنوع من دولة اجنبية[10]. لذلك نجد ان بعض الفقهاء قد عرف العقد الدولي بأنه العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبيا مؤثراً بأحد عناصره الفعالة [11].

ومن المستقر عليها فقهاً وقضاءً أن العقد الإداري لايخرج عن كونه يبرم من قبل شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بوسائل القانون العام، أي أن يتضمن شروطاً إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام[12]. وهو ما أخذ بهِ القضاء الاداري الفرنسي إذ تبنى فكرة المنفعة العامة في تحديد صفة العقد الاداري وكان ذلك في قرار لمجلس الدولة الفرنسي بقضية (monsequr) والتي تتلخص وقائعها بإصابة شخص متواجد في كنيسة بضرر نتيجة لأعمال الصيانة التي

كانت تجري فيها ، فاعتبر القضاء إلاداري هذه الاعمال أشغالاً عامة إستناداً إلى فكرة المنفعة العامة على الرغم من ان الكنيسة لا تعد مرفق عام[13]. وابعد من ذلك اتجهت المحكمة المذكورة الى اعتماد قواعد العقود الادارية لاتصال العقد بدائرة رسمية من دوائر الدولة [14].

بناءً على ما تقدم أن عقود الإدارة تكتسب الصفة الدولية إذا ترتب عليها إنتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود. وبالمقابل يصطبغ العقد الدولي بالصبغة الإدارية اذا ما تضمن الشروط التي تسبغ عليه هذه الصفة ، فيغدو عقداً إدارياً دولياً . وبما أن العقد الإداري الدولي يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليه الشخص المعنوي العام الطرف في العقد فأنه ينتج عن ذلك قيام هذا العقد على الأركان نفسها التي يقوم عليها العقد الاداري الوطني كما يكون خاضعاً لذات النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية الوطنية.

الفرع الثاني/ تعريف الحماية القانونية للعقود الإدارية

أن الدول تسعى إلى توفير الحماية الدولية بوسائل مختلفة منها الدولية ومنها المحلية لغرض توفير الحماية والتشجيع على ابرام العقود الدولية مع الادارة لما له من أهمية كبيرة في تنمية الاقتصاد المحلي للدولة لتطوير المرافق العامة . فمفهوم الحماية الدولية بأنها إجراءات متخذة لوقاية فئات معينة من الأشخاص والممتلكات من أي اعتداء او تجاوز على حقها وغير ذلك من الأعمال الضارة ، ويشمل مفهوم الحماية كل الأنشطة الرامية إلى الحصول على الاحترام التام لحقوق الفرد وفقاً للقانون[15]. وقد عرفت بأنها (مجموعة القواعد القانونية الدولية الرامية إلى ضمان أحترام الحقوق الأساسية للفرد أثناء النزاعات المسلحة كما هو محدد في الصكوك القانونية الدولية ذات الصلة)[16]. ومن الناحية التاريخية يعد شرط الدفع بعملة اجنبية هو القاعدة التي ظهرت اولاً وهدفها تأمين وحماية العلاقات الاقتصادية الدولية من مخاطر التعديل التشريعي لقيمة العملة التي يتم الدفع بموجبها ولهذا فأن هذه القاعدة قد أوجدتها ضرورات التجارة الدولية . فأتفاقات الإعفاء من المسؤولية تُعرف بأنها اتفاقات يقصد بها تنظيم آثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون لغرض تعديل أحكام المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالعقد أو المتولدة على اتيان فعلٍ غير مشروع[17]. فالأصل أنه يجوز لأطراف العقد الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية من خلال اتفاقات الإعفاء من المسؤولية في حدود القانون[18].واتفاقات الإعفاء من المسؤولية سواء انطوت على الإعفاء كلياً من المسؤولية أو اقتصرت على التخفيف منها تعتبر صحيحة ففي ظل القانون المدني العراق لقد جاء في الفقرة الثانية من المادة(259)التي تتضمن جواز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي،إلا تلك التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم،ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الواقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه[19].

فعندما ترغب الدولة إبرام عقد ويكون المتعاقد معها أجنبياً سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً يكتسب العقد الصفة الدولية . ويترتب على ذلك عدة آثار من حيث مايضمنه الطرفان من شروط تتعلق بالقانون الواجب التطبيق وما يتصل بتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير العقد ، وما قد تتضمنه هذه الوسائل من أساليب جديدة على فقه القانون العام ، وذلك لحسم تلك المنازعات بعيداً عن ساحات القضاء توفيراً للوقت. إلا أن الامتياز الذي تتمتع به الادارة قد يشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين اطراف العقد، ويتنافى مع احكام القانون الخاص، لذا فأن وجوده في العقد يجعل منه الشرط الاستثنائي النموذجي. بأعتبار أن الإدارة تستطيع أن تفرض إلتزامات وأعباء جديدة على المتعاقد معها وتلزمه بتنفيذها بإرادتها المنفردة من غير حاجة للإلتجاء إلى القضاء[20]. ومن ذلك ايضاً اخضاع الإدارة المتعاقد معها لسلطتها الرقابية والإشرافية اثناء تنفيذ العقد ، كذلك يعد من قبيل الامتيازات التي تتمتع بها الادارة ، سلطة تعديل التزامات المتعاقد معها وحقها في توقيع الجزاءات عليه في حالة اخلاله بالتزاماته العقدية، وفسخ العقد أو انهائه بإرادتها المنفردة. الذي يدخل في عداد الشروط الاستثنائية الاخرى التي تنطبع بطابع السلطة العامة ، حق الادارة بالتدخل في علاقة المتعاقد بالعاملين لديه ، وتنظيم ساعات العمل، وتحديد الأجور الخاصة بهم[21]. فمقابل الشروط التي تعطي للادارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بأرادتها المنفردة توجد نصوص اخرى تنظم طرق مباشرة سلطة توقيع الجزاءات والحماية للطرف الاخر. ومقابل قابلية العقد الاداري للتعديل من قبل الادارة فهناك نصوص تقرر فكرة التوازن المالي للعقد الذي يقرر اختصاص القضاء الاداري بنظر النزاع الناشيء عن العقد ، اما الشروط المستوحاة من اعتبارات الصالح العام فمثالها الشروط التي تتضمنها عقود النقل المبرمة في زمن الحرب بواسطة الادارة طبقاً لأوضاع تقتضيها اعتبارات الدفاع الوطني[22] . كذلك شرط إتصال العقد بمرفق عام يتحقق عندما يكون العقد مرتبطاً بتسيير مرفق عام ومن ثم يعد عقداً إدارياً مثلما هو الحال في عقود الامتياز، أما إذا تعلق العقد بتحقيق أحد أغراض المرفق العام فقد لا يكون بالضرورة عقداً إدارياً. كما ان تضمين العقد شرطاً إستثنائياً لايؤدي بالضرورة الى إسباغ الطبيعة الإدارية عليه، لذا فإن ورود مثل هذا الشرط في العقود الإقتصادية، يُبقي العقد خاضعاً إلى قواعد القانون الخاص. وبالتالي يعد تراجعاً لهذا المبدأ وهو ما يسمى بأزمة الشروط الإستثنائية. فعنصر الشروط الاستثنائية يمثل مركز الثقل أو حجر الزاوية في تمييز العقد الاداري ، ذلك أنه المعيار الوحيد الذي له نتائج قانونية والذي ينال اهتمام القاضي في تحقيق الحماية اللازمة لضمان تنفيذ العقد ، إذ يرتكز هذا المعيار على فكرة السلطة العامة التي تعد الشروط الاستثنائية مظهراً من مظاهرها في مجال العقود الادارية ، إلا أن ذلك لا يعني عدم أهمية العناصر الأخرى . وهذا ما أكد عليه فقهاء القانون العام في مصر[23].

المطلب الثاني/ طبيعة النظام القانونية للعقود الادارية الدولية

إن عقود الادارة الدولية تعتبر وسيلة قانونية مهمة في إدارة وتسيير المرافق العامة ، فلها طبيعة ونظام قانوني خاص، يميزها عن النظام القانوني الذي يحكم العقود الفردية في الدولة التي يبرمها الافراد فيما بينهم داخل الدولة والتي يحكمها القانون المدني او القانون التجاري . فالنظام القانوني الذي يفرضه المشرع على الإدارة من تقييد لحريتها في شأن اختيار المتعاقد معها ، أو من اجراءات إبرام العقد ، يكمن في ما يتمتع به المتعاقد مع الإدارة من حقوق غير مألوفة في علاقات القانون الخاص والتي تجد تبريرها في اعتبار المتعاقد مع الادارة مساهم ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام محل التعاقد ، وفي ما تتمتع به الإدارة من حقوق اوسع مدى من حقوق المتعاقد معها والتي تشكل امتيازات خاصة بالإدارة في مواجهة المتعاقد معها. وسنوضح ذلك من خلال طبيعة العقود الادارية الدولية والنظام القانوني الذي يحكمها.

الفرع الاول/ طبيعة العقود الادارية الدولية

يطلق الفقه على العقود التي تكون الدولة أو أحد اشخاصها العامة طرفاً فيها (عقود الدولة)[24]. فالبعض يرى أن هذه العقود تعد عقوداً ادارية ومن ثم تخضع لأحكام القانون الإداري، ويكون الاختصاص بنظر المنازعات التي تتولد عن هذه العقود للمحاكم الإدارية حصراً ، إذا لم يتفق الأطراف على تطبيق قواعد قانونية واجراءات قضائية أخرى.

ويستند الرأي المتقدم على أن هذه العقود وإن كانت تستهدف من حيث الأصل تحقيق الربح للأطرف الاخر (أجنبياً كان أم وطنياً) ومن ناحية الدولة تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام كالعقود الخاصة بإنشاء القرى السياحية وعقود انشاء الفنادق والمستشفيات. كما أن هذه العقود تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص كالشروط المتعلقة بالمزايا العينية التي تقررها الدولة للمستثمر الأجنبي لا سيما الإعفاء من الضرائب والرسوم الكمركية والتسهيلات الإدارية[25].

في حين يرى البعض الآخر بأن هذه العقود ما هي إلا عقود خاصة، وبالتالي فإنها تخضع لأحكام القانون الخاص. وتكمن العلة بأن حاجة الدول الى تلك العقود نظراً للأهمية التي تتمتع بها تجعلها تتعاقد لا بإعتبارها شخصاً من اشخاص القانون العام، بل بأعتبارها شخصاً من اشخاص القانون الخاص. بعبارةٍ أخرى فإنها تبتعد في تعاقداتها عن اساليب القانون العام لأن تلك الأساليب من شأنها بث الخوف في نفس المتعاقد الأجنبي مما قد يؤدي إلى إحجامه عن التعاقد معها[26]. ولكن بعد تزايد تلك العقود وظهور اشكال عديدة منها واكبت التطورات العلمية والتقنية التي اضحت السمة المميزة لهذا العصر، لذا لابد من الإشارة الى ان هذه العقود لا تعد من قبيل العقود الفورية او قصيرة المدة التي تبرم يومياً وتنفذ بشكلٍ فوري او دوري، بل أنها تبرم لمدة طويلة بقصد المساهمة في عمليات التطوير الاقتصادي والصناعي والنهوض

بمشروعات البنية الأساسية لا سيما في البلدان الآخذة في النمو فضلاً عن انعكاساتها على مختلف الميادين الأخرى[27]. لذلك نرى الفقه الدولي قد اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الشركات متعددة الجنسية مع الدول التي تعمل فيها وخاصة عقود الامتياز البترولية.فجانب من الفقه ذهب الى أعتبار طبيعة تلك العقود هي عقود ادارية[28] ، باعتبار ان أحد أطراف العقد هو سلطة عامة ، وقد دافعت عن وجهة النظر هذه منظمة الدول المصدرة للنفط "اوبك" ، بداعي ان أحد أطراف العقد هو سلطة عامة تعمل نيابة عن الشعب من اجل استغلال الثروات الطبيعية ذات الاهمية الحيوية للدولة، فضلاً عن ان عقود البترول اصبحت تعقد لمدة طويلة الأمد [29].

بيد يظهر إن القاضي(Cavan) المحكم في قضية (سافير-ايران) قد اعترف ضمناً بالطبيعة الإدارية للعقد الذي ابرم بين إيران والشركة الكندية سافير وذلك بقوله ان هذا "العقد يحتوي على عناصر تنتمي الى القانون الاداري"[30] . بينما يرى (د.الغنيمي) ان اتفاقيات الامتياز البترولي هي عمل قانوني ذو طابع مزدوج فهو في جزء منه ، والذي ينشئ حق الملتزم في استغلال البترول ، يعد قراراً ادارياً فردياً منشئاً، اما في الجزء الاخر منه الذي ينظم عملية الاستغلال فأنه يعد عقداً[31]. وهناك من يرى أن الشركات متعددة الجنسية عندما تبرم عقداً مع دولة ما فهي تقدم عروضاً لتلك الدولة وللأخيرة أن ترفض أو تقبل ، أي أن الدولة لا تستطيع التفاوض لاجراء تعديلات حول الشروط المعروضة، وهذا ما يسمى بعقود الاذعان[32].

في حين حاول بعض الفقهاء تدعيم مركز الشركات متعددة الجنسية في القانون الدولي العام من خلال مطالبتهم وإخراج الاتفاقات التي تبرمها هذه الشركات من نطاق القانون الخاص الى نطاق قانون اخر يخضع للمبادئ العامة للقانون التي تقرها الامم المتمدنة ، بل أن من اراد اخضاع هذه الاتفاقات وخاصة اتفاقات الامتياز مباشرة للقانون الدولي العام . فلقد تبنى الفقيه (Verdross) اتجاهاً يقوم على اعتبار ان اتفاقات الاستثمار الاجنبي اتفاقات لها كيان ذاتي خاص ، أي انه يعني استبعاد القواعد القانونية للدولة مانحة الامتياز والاستعاضة عنها بمبادئ وقواعد قانونية اخرى يختارها الاطراف ، بل انه يصنفها ضمن العقود شبه الدولية[33].ومن أأنصار هذا الاتجاه القاضي الامريكي(Jessup) حيث اقترح تسمية القانون الذي يحكم تلك الاتفاقات بـ ((قانون عبر الدول)) إذ أنه أراد أن يحكمها وفقاً لمبادئ القانون العامة للأمم المتمدنة[34]. ويلاحظ بأن الشركات متعددة الجنسية هي التي تملي الشروط وليست الدولة والسبب في ذلك يعود الى ان تلك الشركات تملك مركزاً تفاوضياً أقوى من الدول. لذلك تدعوا هذه الشركات الى فض المنازعات عن طريق التحكيم وليس القضاء، وفقاً للشروط التي تضعها هي وليس الدولة في اغلب البلدان التي تستثمر فيها اموالها لحاجة الدول لها.

الفرع الثاني/ النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية

في الواقع لقد أختلف الفقه بصدد الإجابة عن التساؤل حول النظام القانوني للعقود الادارية ، فمنهم من يذهب إلى وجوب التمييز بين التصرفات التي تقوم بها الدولة بأعتبارها صاحبة سلطة وسيادة ، والتصرفات التي تقوم بها باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الخاص. ففي الحالة الأولى فإن إحدى الوزارات المتعاقدة تستطيع التمسك بالقرار الصادر من وزارة أخرى للتخلص من المسؤولية لأن الدولة عندما تتصرف بأعتبارها ذات سيادة لا تعتبر طرفاً في العقد ، أما في الحالة الثانية فإنها لا تستطيع ان تحتج بأن القرارات الصادرة منها تعتبر أجنبية عنها ويتوافر فيها شرط الاستقلال. وهذه الخاصية المركبة للدولة تمنحها الحق في أن تنفذ أو تلغي تنفيذ العقد عند الضرورة أو عندما تتطلب المصلحة العامة ذلك[35]. في حين من الفقه من يذهب الى ان الدولة تكون مسؤولة في جميع الحالات مادامت طرفاً في العقد سواء تعاقدت بصفتها السيادية أو الإدارية،إذ ان القول خلاف ذلك يكون غير منطقي وسيعرض العقود الادارة الدولية لخطر عدم التنفيذ[36].

ويبدو لنا رجحان الرأي الثاني ، لأن القول به سيوفر الحماية للمتعاقد مع الدولة ، كما انه يضمن ثبات العلاقات التي ترتبط بها الدولة مع المشاريع التابعة لدولة أخرى ، يضاف الى ذلك إن التمييز بين صفات الدولة المتعاقدة واختلاف مسؤولياتها وفقاً لاختلاف تلك الصفات سيؤدي الى احجام المتعاقد الاجنبي عن الاقدام على التعاقد معها، ولا يخفى أثر هذا الإحجام على اقتصاد الدولة خاصة إذا كانت من الدول الآخذة في النمو والتي تتخذ من العقود الدولية وسيلة تتمكن من خلالها من تحسين اقتصادها وهياكل انتاجها. ولعل ما يدعم الرأي المتقدم إن أنصار الرأي الأول والقائلين به انفسهم قد اعترفوا بالنتيجة التي يؤدي اليها هذا الرأي عندما أشاروا الى ان المتعاقد يستطيع ان يحمي نفسه بإدراج بعض الشروط التي تراعي مصالحه ضد تدخلات الدولة ، كالشرط الذي ينص على مسؤولية الدولة في جميع الحالات.

وأمام التطورات الهائلة التي شهدها العالم في مجال تطوير العقود الادارة الدولية لم يعد العقد بحسبانه الأداة الفذة للمبادلات في نطاق التجارة الدولية انعكاساً لظاهرة منعزلة ولم يعد يعيش في كيان مغلق، وإنما أضحى وسيلة هامة تساهم في هذا التطور وفق استراتيجية كل عصر وما تمليه من مبادئ وقواعد. فسوق التجارة الدولية في الوقت الحاضر واقع بالكامل تقريباً تحت سيطرة الدول الرأسمالية الصناعية ، وتحديداً تحت هيمنة الشركات متعددة الجنسية المنتمية الى تلك الدول عموماً ، حيث تدخل تلك الشركات غالباً كطرف في العقد ، لا سيما في العقود ذات الأهمية الكبرى كعقود البحث والتنقيب عن النفط ، وعقود نقل التكنولوجيا ، وانشاء التجهيزات الضخمة ، مروراً بعمليات النقل والتوزيع والحفظ والتسويق للبضائع المختلفة وما يتتبعه من عمليات وسيطة لا سيما في مجال عمليات البنوك[37].

ولكن عقود الادارة الدولية عند البعض تعتبر بمثابة معاهدات دولية، اذ ان تلك العقود بأعتبارها لا تختلف كثيراً عن المعاهدات سواء من حيث الطبيعة او الموضوع ، فالقانون الدولي العام المطبق على هذه العقود هو نفس القانون الدولي الذي يحكم العلاقات بين الدول ، فضلاً عن ذلك فأنه إذا كان القانون الدولي العام ينطبق على المعاهدات التجارية ، فأنه من باب أولى خضوع العقود الادارية التي تبرمها الدول مع الشركات متعددة الجنسية لنفس القانون . والسبب في هذا يعود الى التماثل في موضوع هذه الاتفاقيات[38]. لذلك يرى الأستاذ (Schwarzenberger) إمكانية تطبيق القانون الدولي العام على العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات ، لأن هذه العقود على وفق رأيه لا تخرج تماما من دائرة القانون الدولي العام . ويبرر ذلك بقوله إن أي شخص من اشخاص القانون الدولي يستطيع أن يعترف لأي وحدة بالشخصية الدولية الا ان هذا الاعتراف لا يمتد اثره الى الاشخاص الدولية الاخرى[39]. وهذا ما يؤكد دولية العقود التي تبرمها الشركات متعددة الجنسية مع الدولة التي تطبق مصادر القانون الدولي العام عليها وخاصة المبادئ العامة للقانون التي اقرتها الامم المتمدنة . ولقد جرى العمل في العديد من القضايا المعروضة على التحكيم بتضمينها شرطاً يتضمن تطبيق المبادئ العامة للقانون التي أقرتها الامم المتمدنة وقواعد العدالة والانصاف.

ويؤكد المحكم (دبوى) وجود فرع خاص جديد للقانون الدولي للعقود ويضيف ان المعاهدات الدولية ليست النوع الوحيد من الاتفاقيات التي يحكمها هذا القانون بل ان العقود التي تبرم بين الدول والاشخاص الاجنبية الخاصة والتي ليست معاهدات بين الدول تتبع هذا الجزء من القانون الدولي . ويرى كذلك ان فكرة الاهلية القانونية الدولية لا تقتصر اليوم على الدولة وان القانون الدولي يتضمن اشخاصاً مختلفين واذا كانت الدول وهي الاشخاص الرئيسة للنظام القانوني الدولي تتمتع بكامل الاهليات التي يوفرها النظام القانوني فأن الاشخاص الاخرين لا يتمتعون سوى بأهليات محدودة تستهدف اغراضاً محدودة. ويضيف (دبوي) معتمداً على آراء بعض كتاب القانون الدولي بأن اعلان عقداً ما بين دولة وشخص خاص يقع في النظام القانوني الدولي يعني انه لأغراض تفسير وتنفيذ العقد ، فأن من المناسب الاعتراف للمتعاقد بأهلية دولية خاصة. ولكن خلافاً للدول فأن الشخص ليس له الا اهلية محدودة وصفته كشخص من اشخاص القانون الدولي لا تسمح له الا بالدفاع عن الحقوق التي يستمدها من العقد بالاستناد الى القانون الدولي العام[40] .

الإ إنه يمكن القول بإن التطورات المتسارعة التي شهدها المجتمع الدولي انعكست على الشركات متعددة الجنسية مما أدت الى زيادة أنشطتها وتطور انظمتها القانونية مما انعكس بالمقابل على صعوبة تحديد طبيعة أعمالها التعاقدية، لهذا فإن أقل ما توصف به أعمالها التعاقدية بأنها ترقى فوق مستوى العقود المعروفة في القانون الخاص ودون المعاهدات المعروفة في القانون الدولي العام . أي أنها عقود دولية، غير أن هذا

الوصف القانوني لطبيعة أعمالها يمكن أن يتبدل إذا ما تم الاعتراف لها بالشخصية القانونية الدولية من عقود دولية الى معاهدات دولية.

المبحث الثاني/ الحرية القانونية لضمان إبرام عقود الإدارة الدولية

تعد الحرية التعاقدية من المبادئ التي أسست على وجوب احترام الإرادة الفردية للإنسان وأحاطتها بقدسية هائلة ، فالأصل في إرادة الإنسان أنها حرة غير مقيدة ولا يمكن أن تتوجه إلا لِما فيه مصلحته. وإذا كان هذا المبدأ يحظى بأهمية واحترام كبيرين في المجال القانوني بصفة عامة، فإن تلك الأهمية وذلك الاحترام يَصلان ذروتهما إذا تعلق الأمر بعقود الادارة الدولية ، لاسيما فيما يتعلق بحرية الأطراف في تنظيم شروطها[41]. ومن هنا نحاول توضيح ذلك في مطلبين من خلال بحث حرية الضمان لعقود الإدارة الدولية ، وعن الاجراءات القانونية المتبعة لتنفيذ تلك العقود .

المطلب الأول/ حرية ضمان عقود الادارة الدولية

ان معنى الحرية التعاقدية هو عدم إجبار أحد على التعاقد ، فللجميع قبول التعاقد والإقدام عليه ، أو رفضه . وإذا ما قُبل التعاقد فله الحق أيضاً في مناقشة محتوى العقد ومناقشة الشروط المدرجة فيه سواء ما تعلق منها بالإبرام أو التنفيذ. ونظراً لأهمية ورسوخ مبدأ الحرية التعاقدية، وما يترتب عليه من نتائج، سنتناولها في فرعين للحديث عن حرية التعاقد وفق التشريعات الوطنية والدولية وكذلك ندرس الاثار القانونية والاقتصادية لحرية ابرام عقود الادارة الدولية.

الفرع الاول/حرية التعاقد وفق التشريعات الوطنية والدولية

إن الإرادة هي أساس التصرف القانوني، فهي التي تنشئه ، وهي التي تحدد آثاره ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة[42]، ذلك المبدأ الذي يعبر عنه في ميدان العقود بأستعمال مصطلح الحرية التعاقدية. فالمبدأ المذكور مبدأ يندرج ضمن مبدأ أعلى وأسمى هو مبدأ سلطان الإرادة[43]. ويقوم على أساسين الأول أن كل التصرفات القانونية ترجع في مصدرها الى الإرادة الحرة للأطراف ، والثاني أن دور الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام بل يتعداه الى ما يترتب على هذا الالتزام من آثار، ولذا يراد بمبدأ سلطان الإرادة أن الإرادة قادرة على ان تنشئ التصرف القانوني ، وتحدد الآثار التي تترتب عليه[44].

هذا وقد كان لظهور المبدأ المتقدم ، وما طرأ عليه من تطورات كبيرة ومتعددة ، الأثر البالغ في صياغة شكل العقد وتحديد مضمونه. فمن حيث الشكل أصبحت الإرادة كافية لوحدها لإنشاء التصرف[45]. فكل ما هو مطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة. وهذا التعبير يكون بأية صورة ، فقد يقع باللفظ أو الكتابة أو حتى بالإشارة، ويجوز أن يكون ضمنياً[46]. دون اشتراط أن تنصب تلك الإرادة في شكل معين . وهو ما يعبر عنه

بمبدأ الرضائية. ومن حيث المضمون أصبح الأطراف يتمتعون بحرية تامة في إبرام ما يشاؤون من العقود، وفي تحديد مضمونها. فتستطيع الإرادة، أن تنشئ عقداً لا يعرفه القانون، وإن تتجه إلى ما يخالف أحكام العقود التي نظمها القانون. وأن تختار الشروط التي تلائم الأطراف، وتحدد الالتزامات والحقوق الناشئة عما يبرمونه من عقود[47]. ولا يقيد هذه الحرية إلا أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام[48]. ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة، وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابتاً في النصوص القانونية الوطنية . حيث نجد أن التشريعات المعاصرة أصبحت تعترف، وعلى نطاقٍ واسعٍ ، بالمبدأ المتقدم، لا سيما بعد انهيار النظام الشيوعي في العالم وتبني سياسة الاقتصاد الحر من قبل غالبية الدول. وإذا كانت تشريعات بعض الدول تخلو من الإشارة الصريحة لمبدأ سلطان الإرادة ، فإن ذلك يرجع في الواقع، الى اعتقاد المشرع في تلك الدول أنه لا حاجة لذكر حقيقة لا نقاش ولا نزاع فيها[49].

ومن القوانين التي تتبنى صراحةً مبدأ سلطان الإرادة، القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، حيث يؤكد على أن العقد هو قانون المتعاقدين وشريعتهما، فيجب عندئذٍ تنفيذه كما نلتزم بتنفيذ القانون. وفي هذا المعنى تقضي الفقرة الأولى من المادة (146) من القانون المدني العراقي بأنه "إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي". لذا يمكن القول أن مبدأ الحرية التعاقدية قد تحققت له القدسية الكاملة في نطاق العقود التجارية الدولية،حيث يتمتع أطرافها في الوقت الحاضر بحرية تكاد تكون كاملة.حتى وصل الأمر الى التأكيد على إمكانية أن يتحرر العقد الدولي-في بعض الفروض-من سلطان القانون ليصبح عقداً طليقاً غير خاضع لقانونٍ ما[50].

كما أن مبدأ الحرية التعاقدية، يعد من أهم المبادئ التي ترتكز عليها اتفاقية فينا لعام 1980وذلك لأن الاتفاقية جعلت لإرادة المتعاقدين الغلبة في التطبيق على نصوص الاتفاقية ذاتها. فقد نصت المادة (6) من الاتفاقية على أنه(يجوز للطرفين استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما، فيما عدا الأحكام المنصوص عليها في المادة 12، مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره).فقد أتاحت المادة المذكورة من الاتفاقية الحرية للمتعاقدين في اختيار القواعد القانونية التي تحكم الرابطة العقدية، واستبعاد أحكام الاتفاقية من التطبيق على العقد حتى ولو كانت أحكامها واجبة التطبيق في الدولة التي ينتمي لها أحد طرفي العقد. مما يعني أن نصوص الاتفاقية ليست نصوصاً آمره ، بل هي نصوص مكملة لإرادة المتعاقدين ، ويجوز لهما الاتفاق على استبعاد أحكامها من التطبيق على الرابطة العقدية أو تعديل بعض آثارها. أو الاتفاق على ما يخالفها كلياً[51].

كما أن مبدأ الحرية التعاقدية في اتفاقية فينا ، يسمو على كل المبادئ الأخرى التي تقوم عليها الاتفاقية، حيث تكون له الغلبة إذا وقع تعارض بينه وبين تلك المبادئ . ومع ذلك فإن هذا المبدأ مقيد بنص المادة (12) من الاتفاقية وفقاً لصريح نص المادة السادسة

منها، وبأحترام حسن النية في التعامل ، وفقاً للرأي الراجح من الفقه حيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالف مبدأ حسن النية . وفيما عدا ذلك، يكون للمتعاقدين الحق في اختيار القواعد التي تسري على عقدهم سواء أكانت من عقد نموذجي، ام من شروط عامة ، أم من قانون وطني كما يكون لهم ابتكار قواعد خاصة بهم[52].

هذا وقد اخذ القانون الموحد الملحق بأتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للبضائع، بمبدأ الحرية التعاقدية، فقد نصت المادة (الثالثة) منه على أنه (لأطراف عقد البيع الحرية في استبعاد تطبيق هذا القانون كلياً أو جزئياً ويجوز أن يكون هذا الاستبعاد صريحاً او ضمنياً). كما نصت المادة الرابعة منه على أن (يكون هذا القانون واجب التطبيق أيضاً إذا اختاره المتعاقدون ليكون قانون العقد ، وسواء في ذلك أكان مركز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهم العادية في دولة واحدة أم في دول مختلفة، وسواء أكانت هذه الدول طرفاً في الاتفاقية أم غير طرف فيها). كما نصت المادة الخامسة من الاتفاقية على أنه: (يجوز لكل دولة أن تقرر عند إيداع وثائق التصديق أو الانضمام أنها سوف لا تطبق القانون الموحد إلا على العقود التي يتفق فيها أطرافها على اختياره ليكون القانون الذي يطبق على العقد الذي يبرمونه)[53]. فالقانون الموحد ، قد حرص على أن يحفظ للمتعاقدين هذا القدر الكبير من الحرية ، لإشاعة الطمأنينة في نفوسهم وعدم إشعارهم بأنهم مكبلون بقانون لا يستطيعون تقدير مدى صلاحيته لهم . كما أن بعض البيوع التجارية تحتاج الى تنظيم خاص وتوجد بشأنها عقود نموذجية أو شروط عامة ، فيكون من الأفضل ترك الحرية للمتعاقدين لأستبعاد القانون الموحد والاستعانة بتلك العقود أو الشروط التي قد تكون أكثر ملائمةً لما يجري بينهم من معاملات.

الفرع الثاني/المخاطر التي تهدد عقود الادارة الدولية

من المخاطر التي تهدد عقود الادارة الدولية المخاطر التجارية التي تتمثل بإفلاس وعجز الطرف الاخر وعدم وفاء بما استحق عليه للدولة رغم قيام الاخير بالوفاء في جميع التزاماته او قد تعجز الدولة عن الوفاء بالالتزامها المالية نتيجة عجز لديها. بالإضافة الى ذلك هنالك المخاطر غير التجارية كالسياسية منها التي تتمثل بإعمال او قرارات تتخذها السلطات العامة في الدولة بشكل مباشر أو غير مباشر فيؤدي الى الحاق ضرر مادي او أذى اقتصادي . مما يتضح ان الخطر السياسي يتحقق عند اتخاذ الادارة اجراءات يترتب عليها عدم حصول الطرف الاخر على مستحقاته ، بأصدار قرار يمنع بموجبه ادخال البضاعة أو فرض ضرائب مفاجئة أو أي اجراء آخر ناجم عن اتخاذ موقف ايجابي أو سلبي من السلطات العامة للدولة[54].وكذلك الاخطار التي تتعلق باتخاذ الاجراءات التعسفية المتمثلة بالمصادرة او التاميم او نزع الملكية والتي يترتب علىها اجراءات انتقال ملكية الاموال الخاصة إلى ملكية الدولة[55].

اذ تعرف المصادرة بوجه عام بأنها(اجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل او بعض الاموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الاشخاص

وذلك دون اداء أي مقابل)[56]. كما عرفها البعض الاخر(بأنها عقوبة توقع في مواجهة شخص أو اشخاص معنيين ، وبمقتضاها تستولي الدولة على كل أو بعض الاموال المملوكة لهؤلاء الاشخاص دون اداء أي تعويض)[57]. ويمكن تقسيم المصادرة إلى نوعين فهي اما ان تكون مصادرة ادارية او مصادرة جنائية. فالمصادرة الادارية تعرف بأنها(اجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الامن والسلامة والصحة العامة)[58]. مثال على ذلك قيام السلطة الادارية بمصادرة الاطعمة او الاغذية الفاسدة وينبغي على تلك السلطة احترام الانظمة والقانون ، ولا يشترط صدور حكم قضائي لمباشرته[59].

اما فيما يتعلق بالمصادرة الجنائية ، يمكن تعريفها(اضافة مال الجاني إلى ملك الدولة دون مقابل)[60]. وتعتبر المصادرة الجنائية عقوبة تكميلية ، أي انها مكملة لعقوبة اصلية دائماً ، لذلك لابد من النطق بها في الحكم القضائي والذي يترتب عليه انتقال ملكية المال المصادر إلى الدولة بمجرد ان يصبح الحكم بها باتاً. حيث تتصرف بها الدولة كيف ما تشاء بالطريقة التي تراها [61]. والمصادرة الجنائية اما ان تكون وجوبية او جوازية، حيث تكون المصادرة وجوبية بالنسبة للأموال المتحصلة عن جريمة وذلك اذا كان صنعها او استعمالها او بيعها او حيازتها يعد جريمة في ذاته [62]، وتكون المصادرة جوازية اذا لم تكن حيازة هذه الاموال أو الاشياء مكوناً لجريمة في ذاتها، وهي تنصب على المنقولات[63]. ويؤكد الفقه الدولي ان المصادرة تتسم بالطابع الجزائي، وان طابعها الجزائي يوجب ان لا تتم ألا بالاستناد إلى نص قانوني انسجاماً مع القاعدة القانونية القائلة بأنه ((لا جريمة ولا عقوبة الا بنص)) وهذا ما يفيد ضمناً عدم اعتبارها خطراً موجباً للتعويض[64]،وذلك بخلاف الحال التي تتم فيها المصادرة بطريقة تعسفية أو غير مشروعة حيث يوجب القانون الدولي التعويض عنها اذا كان صاحب المال اجنبياً.فمؤسسات الضمان الدولية تقوم بتغطية جميع حالات نزع الملكية الفعلي - بأستثناء المصادرة - التي تمت بموجب حكم قضائي اتبعت فيه الاجراءات القانونية المعتادة وذلك دون البحث عن الوصف القانوني للتصرف من الدولة ، والذي ادى إلى حرمان صاحب المال من حقوقه[65]. وعلى هذا النحو فأن ضمان المؤسسة يمتد للمصادرة الادارية وهي التي تقوم بها جهة ادارية مختصة دون حكم قضائي ، كما ان ضمان مؤسسة الضمان يمتد ايضا للمصادرة التي تتم بموجب حكم قضائي لم تتبع فيه الاجراءات القانونية المعتادة في الدول المستوردة .

ومن المخاطر الاخرى التي تلحق بالطرف الثاني أضرار كبيرة تلك النزاعات المسلحة سواء كانت داخلية أم دولية ، فأستعمال القوة العسكرية لها أثر واضح على النمو الأقتصادي بكاملهِ وخاصة الأستثمارات الأجنبية المباشرة ، إذ تنعكس الحرب سلباً على أستثمارات البلد بسبب تدهور الاوضاع الأمنية والعلاقات الدولية بأزدياد البطالة والتضخم التي تؤثر بشكل كبير على مستوى سياسة البلد الأقتصادية المحلية والدولية. فالنزاع المسلح يتسع نطاقه ليدمر المجال الأقتصادي بالنهب والأبتزاز والعنف المتعمد للسيطرة على الممتلكات والمنشآت والتجارة وأستغلال العمالة وإلحاق الإضرار

المادية والمعنوية بشركات الأستثمار الاجنبية المباشرة بأستغلال التجارة والموارد المتاحة ، وأزدياد التهريب عبر الحدود بطرق مختلفة وخاصة تهريب الأسلحة والمواد الأساسية والثروات الطبيعية بأعتبارها من العوامل الاقتصادية الأساسية المؤثرة في النزاعات المسلحة[66]. لذلك يسعى المجتمع الدولي الى إرساء قواعد قانونية تنظم ضمان حقوق المستثمرين في وقت النزاعات المسلحة سواء كانت نزاعات مسلحة دولية أم داخلية. فلم يبق مستوى الحماية عند حدود ثابتة ، وإنما شهد أرتفاعاً في مستواه وتوسعاً في مداه. فالقواعد والمعايير الدولية المتبعة للحماية المقررة في القانون الدولي ، ساهمت في توسيع الحماية وتوسيع فئات الاستثمارات المشمولة بالحماية من خلال الاتفاقيات والقوانين الدولية ومؤسسات الضمان للاستثمارات الأجنبية.

المطلب الثاني/ إجراءات القضاء والتحكيم المتبعة لتنفيذ عقود الادارة الدولية

أن بعض العقود الادارية ذات الطابع الدولي ترتبط إرتباطاً وثيقاً بسيادة الدولة على مواردها الطبيعية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في العديد من قراراتها ، لاسيما عقود إمتياز النفط[67]، ومن ثم ينبغي خضوع هذه العقود لنظامها القانوني . بالأضافة الى ذلك فأن عدداً من الدول تتبنى نظام العقود النموذجية في مجالات معينة[68]، وفي ظل هذا النظام فإن العقود التي تبرمها الإدارة تتضمن شروطاً موحدة لا تختلف كثيراً من عقد لآخر ولا يجوز لمفاوض الادارة والطرف الاجنبي الاتفاق على مخالفة القواعد والشروط العامة [69].وسوف نبحث ذلك من خلال اجراءات القضاء والتحكيم لفض الخلافات القانونية بين الاطراف.

الفرع الاول /القضاء الوطني

ان العقد الاداري ذات الصفة الدولية يخضع للنظام القانوني للدولة التي يتبعها الشخص الاعتباري المتعاقد. وإن اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني على أساس أن العلاقة التي ينظمها ليست من قبيل علاقات القانون الخاص ، التي تعد المحور الرئيسي لتنازع القوانين. فأذا كان واقع تشابك العلاقات الدولية ووجود عقود الدولة أدى الى إستعمال المنهج الثنائي - أي منهج قاعدة الإسناد- في أعمال القانون الواجب التطبيق في مجال القانون الإداري ، فإن هذا لايعني عدم خضوع العقد الإداري ذي العنصر الأجنبي لقانون آخر غير القانون الداخلي[70].

كل ما في الأمر أن إعمال قانون المنهج الثنائي في مجال العقود الإدارية ذات الطابع الدولي يؤدي الى تطبيق قانوني آخر أجنبي بجانب القانون الاداري الداخلي الذي يحكم العقد ، وذلك إذا كان تنفيذ العقد يتم في دولة أخرى ، إذ أنه من المستقر عليه وجوب إحترام العقود المتصلة بالنظام العام في البلد الذي يتم فيه تنفيذ العقد.

فمن المعلوم ان دور القضاء الوطني في شأن عقود الادارة الدولية ينحصر بتطبيق القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد الوطنية في قانونه . اذ تكون وظيفته تطبيق ما

يوجد من قواعد قانونية دون أن يتجاوز هذه الوظيفة الى خلق قواعد قانونية جديدة ، ولكن ما الحل لو جوبه القاضي بنزاع لا يجد فيه مخرجاً في نص التشريع القائم، أو كان الحل الذي تشير به قاعدة الاسناد يتعارض مع النظام العام في قانونه الوطني . هنا يؤكده الفقه الى لجوء القاضي الى سد الثغرات ليس في التشريع وحده بل في كل مصادر القانون الوضعي بما في ذلك القضاء المستقر ذاته[71].

ورغم ان هذا الفقه يقرر ان عدَ القضاء مصدراً للقانون ، هو تقرير لأمر واقع أو هو مسالة علمية يتم التحقق منها بالمشاهدة والتجربة أو أية وسيلة أخرى من وسائل القياس في علم الاجتماع القانوني ، ولا يكون تحديد مصادر القانون من المشرع إلا اقراراً بالأمر الواقع وذكراً لحقائق علمية. ونجد مع ذلك من التشريعات من يمنح القاضي سلطة وضع القانون عند الضرورة كما لو انه قد باشر التشريع. اذ تنص المادة (4) من التقنين المدني السويسري الصادر عام 1907 (في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه فأن القاضي يحكم بمقتضى القانون العرفي ، فأن لم يوجد عرف ، فبحسب القواعد التي كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع) وفي الاتجاه ذاته نجد المشرع الفرنسي ينص في المادة الرابعة من التقنين المدني (أن القاضي الذي يرفض الحكم تحت إدعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه اليه اتهام بأرتكاب جريمة انكار العدالة). ويقرر المشرع المصري في القانون المدني نصاً يماثل ذلك الموجود في القانون المدني العراقي في المادة الاولى التي يأمر فيها القاضي بالرجوع عند نقص التشريع ، الى العرف لتكملة هذا النقص ، فأن لم يجد فيرجع الى مبادئ الشريعة الاسلامية ، ويقرر المشرع المصري عند عدم وجود حل للنزاع في التشريع او العرف او الشريعة الاسلامية الرجوع الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة، في حين يقرر التقنين المدني العراقي عند عدم كفاية المصادر السابقة رجوع القاضي الى قواعد العدالة. وهذه النصوص وغيرها يشير اليها الفقه كسند في تقرير حرية القضاء في الاجتهاد للوصول الى حل عادل يكون فيه القضاء مصدراً أخير للقاعدة القانونية[72]. ويقرر الفقيه الفرنسي (MORI) بعدم وجود تعارض بين المبادئ العامة، كمبدأ الفصل بين السلطات وبين الاعتراف للقضاء بصفته مصدر رسمي من مصادر القانون. وتبعاً لذلك يعد القضاء مصدراً من مصادر القانون الوضعي اذا كان يخلق من حيث الواقع قواعد قانونية وضعية[73].

ولكن القاعدة القانونية لا يخلقها احد الاحكام بالذات ، بل القضاء في مجموعة ، حتى لو عدَ أحد الاحكام كافياً لتكوين قاعدة قانونية قضائية فأن ذلك يكون مشروطاً بأن يكون الحكم معبراً عن القضاء في مجموعة. فالمهم اذاً ان يكون الحكم مقبولاً بحسبانه قاعدة قضائية ، وهو يكون كذلك متى عبر عن جوهر القانون واستجاب لحاجات المجتمع ، اما اذا لم يكن كذلك فأنه يلقى مقاومه شديدة حتى وان كانت المحكمة العليا هي التي اقرته[74]. والوسائل التي يتبعها القضاء في هذا الشأن هي أما لجوؤه الى تفسير النص القانوني المعني الى الحد الذي يعدل فيه بعض آثاره ، وهذا ما اتبعته

محكمة النقض الفرنسية عندما أيدت قضاة الموضوع في تفسير نص المادتين (83و1004) من تقنين الاجراءات في قرارها الصادر في النزاع (Galakis) بتاريخ1966/5/2 فقيدت من نطاق سريان المادتين مؤكدة حق الدولة الفرنسية وهيئاتها العامة في الخضوع للتحكيم الدولي ومقررة لقاعدة مادية في القانون الدولي الخاص ، خرجت بها على نص التشريع القائم تحت ستار التفسير ويؤكد البعض في هذا الشأن ان محكمة النقض ذاتها لو سُئلت عن حدود اختصاصها لما ترددت في تحديد هذا الاختصاص في حدود التطبيق والتفسير، ولكنها تمارس في الواقع دوراً حقيقياً قاسمت فيه الشارع اختصاصه[75]. وقد تجد المحكمة ان القانون الاجنبي الواجب التطبيق يتفق مع القاعدة المادية التي قررتها فتلجأ عندئذ الى منهج التنازع وهذا تماما ما قامت به المحكمة في القرار الصادر في نزاع (San Carlo) بتاريخ 1964/4/14، حينما عدَت ان الاتفاق المبرم في اطار القانون الخاص يخضع للقانون الاجنبي الذي يقر صحة شرط التحكيم ، متى اكتسب العقد طبيعة العقد الدولي[76].

الفرع الثاني/ التحكيم الدولي

يعرف التحكيم بأنه نظام قضائي خاص، يختار فيه الاطراف قضاتهم ويعهدون اليهم بمقتضى اتفاق او شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ او نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية ذات الطابع الدولي، والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم بأنزال حكم القانون عليها واصدار قرار قضائي ملزم لهم[77] . وتكمن اهمية التمييز بين التحكيم والقضاء في شأن تقرير فصل المحكم في اختصاصه عند الفصل بوجود قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص تقضي بأستقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلي وهو ما يمكن المحكم من النظر في نزاع بناءً على شرط وارد في العقد[78] . وهذه القاعدة لها اهمية كبيرة في افساح المجال أمام المحكم في اضفاء القيمة القاعدية على القواعد المادية العابرة للدول ، فأذا كان الفقه التجاري يقرر بأن أصل شرعية التحكيم هو إعتاق التجارة الدولية من قيد القوانين الداخلية ، فأن هذا الاعتاق يبقى مهدداً لولا هذه القاعدة بسبب ما قد يكون من سوء نية أحد الاطراف أو مخالفته لأحكام القوانين الوطنية لدولته. لهذا يساعد المحكم على ترسيخ وخلق القواعد المادية لعدم وجود قانون اختصاص خاص للمحكم فهو يستمد اختصاصه من ارادة الاطراف ، وفي هذا الصدد يقول العميد(PATIFULL) في النطاق الذي يكون فيه هذا الوسط متماسكاً بصورة كافية فأنه يشبه شركة تحت التكوين . ويمكن ان نتصور بأن هذه الشركة تطور قانونها الخاص على النطاق الدولي من خلال التحكيم[79].

ويشير الفقية (GOLDMAN) الى دور التحكيم في إرساء قواعد جديدة في القانون التجاري الدولي. والقول بأن تأكيد التصنيف الصريح والعام لأمكانية تطبيق هذه القواعد ومضمونها يبقى منعزلاً امام قضاء التحكيم[80]. ولكن ذلك لا يمنع من تحول هذه السوابق الفردية الى قواعد تتسم بالعموم والتجريد اذا ما تواتر العمل بها على

اعتبار ان التحكيم يمتاز بالسرعة والسرية فضلاً عن انخفاض التكاليف وعدم المساس بالعلاقات التجارية بين الاطراف أو الاخلال بها كما يدعي جانب من الفقه ، كل ذلك يجعل من التحكيم الوسيلة المثلى لتسوية منازعات التجارة الدولية الى جانب الاسباب التي تجعل من بعض الانظمة القضائية خطراً يهدد التجار والشركات على السواء.

فالفقية (BONNELL) يشير الى ان اهم دوافع الشركات اليابانية في اللجوء الى التحكيم هو خشيتها من القانون الامريكي ومحاكم المحلفين والاضرار العقابية والتعويضات المترتبة عليهما[81].

اما الميدان الذي يخلق فيه المحكمون قواعد قانونية مادية ذات قيمة دولية حقيقية فهو التحكيم مع التفويض بالصلح ، وهو نوع من التحكيم يماثل التحكيم بالقانون ، بأستثناء ان المحكم يمكنه ان يحسم النزاع بقرار ملزم على وفق قواعد العدالة دون التقيد بأحكام القانون. وهذا النظام تأخذ به أغلب اتفاقيات وقوانين التحكيم[82].

وبما ان المحكم ليس له نظام قانوني بالمعنى المعروف في القانون الدولي الخاص والمناظر لقانون القاضي بل ان نظامه يتشكل من مجموعة العادات والاعراف التجارية والمبادئ العامة للقانون ولهذا فهو يلتزم بتطبيقها مباشرة على المنازعات المعروضة أمامه. وللسبب ذاته تكون جميع القوانين الوطنية امامه بمثابة قوانين أجنبية، وله عندئذ ان يستبعد منها ما يتعارض مع المبادئ الاساسية لقانون التجارة الدولية وهذه المبادئ تشكل نظام عام دولي حقيقي أمامه[83].

ولهذا السبب يعد التحكيم البيئة الخصبة لنمو وانتشار القواعد المادية العابرة للدول خلافاً للقضاء الداخلي الذي مازال متمسكاً بضرورة الاسناد الى تنظيم قانوني كامل وهو ما يعد متحققاً على وفق هذا الاتجاه في القوانين الداخلية مستبعداً اي نظم قانونية عابرة للدول من نطاق القانون الواجب التطبيق بصورة مطلقة. وان هذا النوع من القواعد يراها جانب من الفقه ذات طبيعة سلبية كونها نشأت وتطبق وتنفذ خارج نطاق السلطات الوطنية للدول بين مجموعة انسانية واسعة ومتنوعة جدا في الوقت ذاته ولكنها لاتشكل شعباً، وانما وسطاً مهنياً من المؤسسات تشكل مجتمع دولي للتجار.

وفي النطاق ذاته يؤكد الاستاذ(KAN) وجود هذا القانون الحقيقي المتكون خارج القواعد القانونية الوطنية من خلال وجود ممارسي التجارة الدولية الذين تربطهم الضرورات الخاصة بهم بشكل تجمعات مهنية تميل أكثر فأكثر الى تشكيل تجمع دولي حقيقي ، له استقلاليته المرتبطة بالتضامن بين اعضائه عبر الحدود من خلال رفضهم الخضوع لقوانين وطنية يعدها غير ملائمة لحاجات التجارة الدولية. ولكن هذا الاستبعاد للقوانين الوطنية لايمكن ان يكون تاماً على الاخص عند وجود تنظيم اقتصادي امر او عند عدم وجود قاعدة دولية واضحة، لهذا يتم استبعاد ما سمته الجمعية الامريكية للحرير بالتقنينات القانونية (legal Technicalities)[84] . وفي أحكام حديثة لمحكمة النقض الفرنسية،اقرت امكانية المحكم تطبيق قواعد القانون

التجاري الدولي دون موافقة الاطراف ودون امكانية الادعاء بأن المحكم لايستند الى قانون. ولكن الفقه يؤكد ندرة اللجوء الى قواعد القانون التجاري الدولي لأن الاطراف يفضلون اللجوء الى قواعد كاملة وسهلة للحكم بمقتضى قانون دولة محددة[85].

الخاتمة:-

لقد بينا من خلال البحث اهمية عقود الإدارة الدولية ودورها في بناء اقتصاديات المرافق العامة للدولة. متوخين في ذلك العرض والتحليل اهم القواعد القانونية التي تحكم تلك العقود، مستندين في ذلك على أحكام القضاء، وما تقتضيه النصوص القانونية الوطنية والدولية وأحكام التحكيم والاتفاقيات التجارية الدولية.دون اهمال في عرض الاتجاهات الفقهية المختلفة التي طرحت في هذا الصدد،وترجيح ما نراه ملائماً. حيث تمثل ذلك بنتائج معينة ، لا بد من بيانها وتوصيات نرى ضرورة الأخذ بها. وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: النتائـــج:-

1- إن طبيعة الأعمال التعاقدية التي تقوم بها الدولة والإفراد والشركات متعددة الجنسية هي ليست عقوداً تدخل نطاق القانون الخاص وهي كذلك ليست معاهدات وفقاً للقانون الدولي العام انما يمكن تصنيفها بأنها عقود دولية تخضع لنظام قانوني خاص بها ، غير أنه اذا تم الأعتراف لها بالشخصية القانونية الدولية فإن وصف أعمالها التعاقدية ينقلب من عقود دولية الى معاهدات دولية.

2- أن عقد الأدارة الدولية يستمد صفته من الطبيعة الدولية لنظم الضمان مما يترتب على ذلك ضرورة التصدي لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

3- ان الضمانات التقليدية لم تكن ملائمة في مجال التجارة الدولية وذلك لأن التجارة الخارجية تتطلب السرعة في إبرام العقود وإتمام الصفقات التجارية .

ثانياً: التوصيـــات:-

1- بإمكان سائر أشخاص القانون العام الإتفاق على فض المنازعات الناشئة عن عقودها الإدارية الدولية بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها. ولكن هنالك بعض القيود التي وضعها المشرع الوطني التي قد لا تتفق مع الاطار العام لفض هكذا منازعات فالمشرع الفرنسي اكد على التحكيم في عقود الإدارة الدولية حصراً اذا كان العقد مبرماً مع شركة أجنبية ، وأن يكون هذا العقد ذا نفع قومي . أما المشرع العراقي فقد سمح للإدارة بالإتفاق على اللجوء للتحكيم في عقودها الدولية والداخلية بصورة ضمنية مطلقة عن أي قيد ، وهذا نقص تشريعي ينبغي أن يتلافاه المشرع من خلال النص صراحةً على إجازة التحكيم في عقود الإدارة الدولية والداخلية و يحيطه بشروط وقيود معينة تكفل عدم الإسراف في اللجوء إليه وتحقيق الفائدة المرجوة منه وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة .

2- يجب التميز بين العقود الإدارية والعقود المدنية على موضوع المنازعة ، والتمسك بضرورة أن يكون التحكيم داخلياً في منازعات عقود الإدارة الدولية التي تتعلق بالثروات الطبيعية إعمالاً لمبدأ سيادة الدولة وضماناً لتطبيق القانون الداخلي الذي يحكم هذه العقود.

3- يجب تشريع قوانين تختص بتنظيم عقود الإدارة الدولية تنص فيها الفصل في منازعات عقود الإدارة الدولية التي تثور حول تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي إلى القضاء الإداري المختص أصلاً بالمنازعة محل التحكيم . ذلك أن نظرية العقود الإدارية قضائية النشأة أرسى قواعدها الأساسية مجلس الدولة في فرنسا .

الهوامش:-

1- د. شابا توما منصور،القانون الاداري،الكتاب الثاني،مطبعة دارالعراق- بغداد،ط1، 1980، ص453 .

2- د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي ، منشأة المعارف، الإسكندرية، دار الكتب والوثائق القومية 1995،ص63.

3- د.احمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي العدد (21)، 1965، ص73-76.

4- د.عمر سعد الله ، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني،دار الغرب الإسلامي،بيروت،ط1، 1997، ص 190 .

5- د. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني (تنازع القوانين) منشأة العارف ، الاسكندرية ، 1999، ص337.

6- د.هشام علي صادق، ،مصدر سابق،ص58.

7- Andre De Laubadere, F. Modern and P.Delvolve, "Contratsadministrative" , L.G.D.J. paris , 1984, 2 ed T.II.p.27.

8- هشام محمد احمد خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق-جامعة القاهرة ،1986،ص56.

9- د.هشام علي صادق ،المصدر اعلاه ، ص92 .

10- Andre De Laubadere, F. Op.Cit,p.89.

11-د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الأسس العامة للعقود الإدارية،دارالكتب القانونية،القاهرة ،2005،ص8.

12-د.سليمان محمد الطماوي،الاسس العامة للعقود الإدارية ،ط4،مطبعة جامعة عين الشمس،القاهرة،1984، ص52.

13-Jean Robert, "Arbitrage civil et commercial, en droit interne et international prive",4 iemeedition ,Dalloz , paris , 1967p.95.

14- قرار محكمة التمييز المرقم349/ مدنية966/1،في1976/7/28،مجلة ديوان التدوين القانوني،العدد(3)، 1977، ص 93.

15-د.محمد حسام محمود لطفي ،الحماية القانونية للبيئة المصرية دراسة للقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية النافذة ، القاهرة، 2001،ص120.

16-د.نبيل أحمد حلمي، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص132.

17-د.عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، 1997، ص2.

18-د.محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزام، ج2، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، 1999،ص74.

19-أنظر:المادة (2/217) مدني مصري.والمادة (103) من القانون التجاري الفرنسي.

20- د.ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر ـ القاهرة ، 1976،ص100.

21- د.فاروق احمد خماس ، محمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل،1992، ص43.

22- د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دارالنهضة العربية ، مصر ـ القاهرة ، 1973،ص83.

23- Jean Robert. Op.Cit,p.47.

24- د. صلاح الدين جمال الدين ، عقود نقل التكنولوجيا- دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص40.

25-د.عبد المنعم محفوظ،قضاء المشروعيةوفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر،ط1،عالم الكتب،القاهرة،1984، ص412.

26-د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق ، ص463.

27-د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن ألاقتصادي، القاهرة، 2000، ص130.

28-Panayotis Glavins,"International Construction Contract",paris,GLN JOLY,Edition,1993. P67.

29-د.محمد يوسف علوان ، النظام القانوني لأستغلال النفط في الاقطار العربية - دراسة في العقود الاقتصادية الدولية-، ط1، الكويت، 1982، ، ص5.

30-PanayotisGlavins. Op.Cit,p.53.

31-د.محمدطلعت الغنيمي،شرط التحكيم في اتفاقيات البترول،بحث مقدم لمؤتمرالبترول العربي الثالث،اسكندرية،1961،ص3

32-حسن زكريا ، السيادة على المصادر الطبيعية والسعي لنظام إقتصادي عالمي جديد ، مجلة النفط والتعاون العربي ، المجلد السادس، العدد (3)، منظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط ، 1980، ص190 .

33-PanayotisGlavins. Op.Cit,p.149.

34-د.عبد الباري احمد عبد الباري ، اتفاقيات الامتياز البترولي بين القانون الدولي والقوانين الداخلية ، مجلة الادارة والاقتصاد، العدد (6) ، تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، 1978، ص109.

35-صبري أحمد محسن،إجراءات التحكيم التجاري الدولي،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة،2004،ص42.

36-علي محمد عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة عين شمس ، 1991،ص241.

37-د.يحيى عبد الرحمن رضا، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية ، دارالنهضة العربية، القاهرة،1994،ص45.

38-Jean R., "Administrative Law", Fourth Edition, Paris, 1970.p217.

39-د.يحيى عبد الرحمن رضا، مصدر اعلاه،ص56.

40-Jean R. Op.Cit,p.121.

41-د.أبو زيد رضوان،قانون التجارة الدولية،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،العدد(1)،السنة (35)،1993، ص4.

42-د.عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،ج1،نظرية العقد،مطبوعات المجتمع العلمي العربي الإسلامي، القاهرة،1982،ص153.

43-G HassiereJ., "Industrial Construction Contracts Complex", Strasbourg , 1979.p23.

44- د.عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986،ص42.

45-د.محمود محمد ياقوت،حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي،منشأة المعارف،الإسكندرية،2000،ص17.

46- المادة (79) من القانون المدني العراقي تنص (كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة، وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي) تقابلها المادة (90) من القانون المدني المصري.

47-د.محيي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي،مطابع العناني،القاهرة،1986،ص80.

48- د.محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص12.

49-د.محسن شفيق،نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، مطبعة دارالإسراء،عمان-الأردن، 1998، ص7.

50- د.أحمد عبد الكريم سلامة،العقد الدولي الطليق في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص35.

51-د.حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001،ص149.

52- د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد،ط5، 1977،ص389.

53-يعرف هذا التحفظ بإسم: (التحفظ الإنجليزي) وقد استخدمته كل من إنكلترا وبلجيكا عند التصديق على الاتفاقية: Tunc: les convention de la haye du ler juillet 1964, protant loi uniforme sur la vente internationale, Rev, Int, Dr, Comp. 1964. P.35.

54-د.احمد عبد الحميد عشوش ، النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية في مصر ، دار النهضة العربية، 1988، ص133.

55- د. سامي عفيفي حاتم ، مركز الشركات متعددة الجنسية في الاقتصاد العالمي والاخطار السياسية التي تتعرض لها في الدول النامية، مجلة النفط والتعاون العربي، المجلد (12)، العدد (2)، الكويت، 1986، ص224.

56-Jean R. Op.Cit,p.47.

57-د.احمد عبد الحميد عشوش، المصدر اعلاه،ص63.

58-HassiereJ. Op.Cit,p.135.

59-د. هشام محمد احمد خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، مصدر سابق ، ص123.

60-د. رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، ط3 ، منشاة المعارف اللاسكندرية ،1997 ،ص142 .

61-د.محمد إبراهيم علي محمد، مصدر سابق ،ص78.

62- نص المادة (117) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 .

63-د.هشام علي صادق، المصدر اعلاه ، ص65.

64-د.هشام محمد احمد خالد ،مصدر سابق ،ص106 .

65-د.ابراهيم شحاته ، أهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية لضمان الاستثمارات الأجنبية، مجلة العلوم القانونية ،جامعة عين شمس،القاهرة، العدد الثاني ، 1970.ص25-26.

66- يسار عطية توية،الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية المباشرة اثناء النزاعات المسلحة، اطروحة دكتوراه ،كلية القانون-جامعة بابل، 2017، ص63-65.

67-قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 1962/12/14 وقرارها المرقم 3281 الصادر في 1974/12/12 . أنظر: د.محمد مغربي، السيادة الدائمة على مصادر النفط، دراسة في الامتيازات النفطية بالشرق الاوسط والتغيير القانوني، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1973، ص 21.

68-Andre De Laubadere, F. Op.Cit,p.112.

69-د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، القانون والسيادة وامتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان – بيروت،ط1، 1996، ص 143.

70-Andre De Laubadere, F. Op.Cit,p.178.

71-د.سمير عبد السيد تناغوا، النظرية العامة للقانون، منشأ المعارف بالإسكندرية، بلا تاريخ نشر،ص498 .

72-د.ابراهيم شحاته،اجتهاد القاضي ، مصدر سابق ، ص418.

73-د.رياض القيسي ، علم اصول القانون ، بيت الحكمة بغداد،2002، ص203.

74-Jean Robert. Op.Cit,p.257.

75-د.ابراهيم شحاته، مصدر سابق، ص419.

76-د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص154.

77-د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص211.

78-د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان- الاردن، 1997، ص160.

79-د. احمد سلامة، المصدر اعلاه ، ص231.

80-د. محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، منشأة المعارف، 2000 ، ص353.

81-د.ابراهيم شحاته، مصدر سابق، ص325.

82-الاتفاقية الاوربية،جنيف1961(م7 فقرة 2)واتفاقية واشنطن1965الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين دولة ورعاياها.

83-د. طالب حسن موسى، المصدر السابق، ص187.

84-PanayotisGlavins. Op.Cit,p.42.

85-Jean Robert. Op.Cit,p.145.

المصادر:-

***الكتب العربية :-**

اولاً: - الكتب القانونية.

1. **د.أحمد عبد الحميد عشوش،النظام القانوني للاستثمارات الاجنبية في مصر،دار النهضة العربية، 1988.**
2. **د.أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، القانون والسيادة وامتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية) ، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان – بيروت،ط1، 1996**
3. **د.أحمد عبد الكريم سلامة،العقد الدولي الطليق في القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.**
4. **د.احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دارالنهضة العربية،القاهرة ،1973.**
5. **د.ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، مصر ـ القاهرة ، 1976.**
6. **د.حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين) منشأة العارف،الاسكندرية، 1999.**
7. **د.حسام الدين عبد الغني، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.**
8. **د. سامي عفيفي حاتم ، مركز الشركات متعددة الجنسية في الاقتصاد العالمي والاخطار السياسية التي تتعرض لها في الدول النامية، مجلة النفط والتعاون العربي، المجلد (12)، العدد (2)، الكويت، 1986.**
9. **د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال التوازن ألاقتصادي، القاهرة، 2000.**
10. **د.سليمان محمد الطماوي،الاسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة،ط4،مطبعة جامعة عين الشمس،القاهرة1984**
11. **د.سمير عبد السيد تناغوا، النظرية العامة للقانون، منشأ المعارف بالإسكندرية، بلا تاريخ نشر.**
12. **د. شابا توما منصور،القانون الاداري،الكتاب الثاني،مطبعة دارالعراق- بغداد،ط1، 1980.**
13. **د.رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، ط3 ، منشاة المعارف اللاسكندرية ،1997.**
14. **د.رياض القيسي، علم اصول القانون، بيت الحكمة بغداد،2002.**
15. **د. صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا- دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.**
16. **د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة، عمان- الاردن، 1997.**

17. د.طرح البحور علي حسن، تدويل العقد، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما19يونيو 1980، منشاة المعارف بالاسكندرية ،2000.

18. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،ج1،نظرية العقد،مطبوعات المجتمع العلمي العربي الإسلامي، القاهرة،1982.

19. د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الأسس العامة للعقود الإدارية،دارالكتب القانونية،القاهرة ،2005.

20. د.عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، 1997.

21. د.عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،ج1،مصادرالالتزام، ط5،مطبعة نديم،بغداد،1977.

22. د.عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

23. د.عبد المنعم محفوظ ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر،ط1،عالم الكتب،القاهرة،1984.

24. د.عمر سعد الله ، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني،دار الغرب الإسلامي،بيروت،ط1، 1997.

25. د.فاروق احمد خماس ، محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل،1992.

26. د.محمد إبراهيم علي محمد ، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

27. د.محسن شفيق، نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، دار الإسراء للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1998.

28. د.محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، النظرية العامة للالتزام، ج2، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، 1999.

29. د.محمد حسام محمود لطفي ،الحماية القانونية للبيئة المصرية دراسة للقوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية النافذة ، القاهرة،2001.

30. د.محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول ،بحث مقدم الى مؤتمر البترول العربي الثالث، الاسكندرية، 1961.

31. د.محمد مغربي، السيادة الدائمة على مصادر النفط، دراسة في الامتيازات النفطية بالشرق الاوسط والتغيير القانوني، دار الطليعة للطباعة والنشر، لبنان – بيروت، ط1، 1973.

32. د.محمد يوسف علوان، النظام القانوني لأستغلال النفط في الاقطار العربية - دراسة في العقود الاقتصادية الدولية-، ط1، الكويت، 1982.

33. د.محمود محمد ياقوت،حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، منشأة المعارف،الإسكندرية،2000.

34. د. محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي ، منشأة المعارف، 2000.

35. د.محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي،مطابع العناني،القاهرة،1986.

36. د.نبيل أحمد حلمي ، التوفيق كوسيلة سلمية لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي العام ، ط 1 ، دار النهضة العربية للنشر ـ القاهرة ، 1983 .

37. د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ـ دراسة تحليلية للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي ، منشأة المعارف، الإسكندرية، دار الكتب والوثائق القومية ، 1995.

38. د.يحيى عبد الرحمن رضا، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية ، دارالنهضة العربية، القاهرة،1994.

ثانياً : المجلات والبحوث :-

1. د.أبو زيد رضوان،قانون التجارة الدولية،مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،العدد(1)،السنة (35)،1993.

2. د.ابراهيم شحاته ، أهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية لضمان الاستثمارات الأجنبية، مجلة العلوم القانونية ،جامعة عين شمس،القاهرة، العدد الثاني ، 1970.

3. د.احمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي العدد (21)، 1965.

4. حسن زكريا، السيادة على المصادر الطبيعية والسعي لنظام إقتصادي عالمي جديد، مجلة النفط والتعاون العربي، المجلد السادس، العدد (3)، منظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط ، 1980 .

5. د.عبد الباري احمد عبد الباري، اتفاقيات الامتياز البترولي بين القانون الدولي والقوانين الداخلية، مجلة الادارة والاقتصاد، العدد (6)، تصدرها جامعة الملك عبد العزيز، 1978.

6. قرارمحكمةالتمييزالمرقم349/مدني1/966في1976/7/28،مجلة ديوان التدوين القانوني،العدد1977،3

ثالثاً - الرسائل والأطاريح:-

1. صبري أحمد محسن،إجراءات التحكيم التجاري الدولي،طروحة دكتوراه،كلية لحقوق-جامعة القاهرة،2004

2. علي محمد عبد المولى،الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد،اطروحة دكتوراه،كلية الحقوق-جامعة عين شمس ،1991.

3. هشام محمد احمد خالد ، عقد ضمان الاستثمار ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق-جامعة القاهرة ،1986.

4. يسار عطية توية،الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية المباشرة اثناء النزاعات المسلحة، اطروحة دكتوراه،كلية القانون- جامعة بابل، 2017.

رابعاً: القوانين الوطنية:-

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951. (2)قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 .

2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.(4)القانون المدني الفرنسي رقم (43) لسنة 1976.

***الكتب الأجنبية :-**

1- **Andre De Laubadere, F. Modern and P.Delvolve, "Contratsadministrative" , L.G.D.J. paris , 1984, 2 ed T.II.**
2- **Jean Robert, "Arbitrage civil et commercial, en droit interne et international prive",4 iemeedition ,Dalloz , paris , 1967.**
3- **Jean R., "Administrative Law", Fourth Edition, Paris, 1970.**
4- **PanayotisGlavins, "International Construction Contract", paris, GLN JOLY, Edition,1993.**
5- **HassiereJ., "Industrial Construction Contracts Complex", Strasbourg , 1979 .**

Continty

1-Legal protection for the minority shareholders in the combined company (a comparative study) **Hassan Alwan lifatih** **University of Misan College of Law**	*p-9*
2- The role of the General Authority to monitor the allocation of federal imports in ensuring the local government's collection of financial revenues in Iraq **Muhammad Star Jabbar** **Prof: Rahim Hussein Musa** **University of Misan College of Law**	*p-37*
3- Administrative tutelagecontrol and its impact on the independence of localAuthorities. A comparative study (French, Jordanian) **Dr Abdel Rahman Sa'ed Al ali Alarman** **Associate Professor Faculty of Law, Jerash University** **Dr Boukortt Rabia** **Professor at Faculty of Law, Chlef University, Algeria**	*p-49*
4- National judicial applications to international crimes **Najam Abdul Azab** **Sadiq Zughair Muhaisen : Prof** **University of Misan College of Law**	*p-69*
5- Readings in some provisions of the in force Iraqi nationality law **Dr. Esraa Abdulzahra Gatelmam** **Al-Kadhim College of Islamic Sciences Universitylaw Department**	*p-93*
6- Legal Protection of international management contracts **Dr .Inst. Yassar Atiyah Itwayya** **Misan University/ College of Law**	*p-113*

ISSN2518-0606
Impact Factor ISI 0.922
INTERNATIONAL
Scientific Indexing
الاطروحة
Al-utroha
First issued in August 2002 Refereed Journal
www.alutroha.com
Published on Dar Al-urtroha for publication of scientific

StuTies Legality

ISSN2518-0606

Impact Factor ISI 0.922

INTERNATIONAL Scientific Indexing

الاطروحة

Al-utroha

Refereed Journal

First issued in August 2002

www.alutroha.com

Published on Dar Al-utroha for publication of scientific

Member of the Crossref Doi

Studies Legality

- *Legal protection for the minority shareholders in the combined company* (a comparative study)

Hassan Alwan lifatih

- *The role of the General Authority to monitor the allocation of federal imports in ensuring the local government's collection of financial revenues in Iraq*

Muhammad Star Jabbar

- *Administrative tutelagecontrol and its impact on the independence of localAuthorities.*
  A comparative study (French, Jordanian)

Dr Abdel Rahman Sa'ed

- *National judicial applications to international crimes*

Najam Abdul Azab

Readings in some provisions of in the force Iraqi nationality law

The ten \ the forth year \ November \ 2019