

MLR



Medeniyet Law Review

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını

Publication of İstanbul Medeniyet University Faculty of Law

Yıl 2018 Cilt 3 Sayı 5

Year 2018 Volume 3 Issue 5

2018 DÖNEMİ

MANİFESTO

Aksan Akademi, geleceęi şekillendirecek kuşakların başarısında en önemli yapı taşı olan eğitimi odak noktası alan bir girişimdir. Akademinin öncelikli hedefi, hukuk öğrencilerine yönelik ufuk açıcı, multidisipliner ve bütüncül eğitim programlarını herhangi bir karşılık beklemezsizin sunmaktır.

Akademi Komitesi, bu yıl da Aksan Hukuk Bürosu'nun 34 yıllık birikiminden ve geniş iş ağından faydalanarak, alanındaki en iyi akademisyenleri, iş insanı ve düşünürleri, programa kabul edilen seçkin öğrenciler ile buluşturmayı temel alan bir etkinlik içeriğini kaleme almaktadır.

Akademi çalışmaları, bireysel perspektifte, öğrencilerin üniversitelerde aldıkları kuramsal ve teorik hukuk eğitimine ek olarak, iş ve sosyal hayatlarında ihtiyaç duyacakları birçok önemli yetkinliği kazandırmayı ve

katılımcıların entelektüel derinliklerine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.

Toplumsal perspektifte ise, her türlü ideolojik kamplaşmadan ve ayrımcılıktan uzak bir seçim süreci yürütülmekte ve eğitim programının sonunda, başta ülkemize ve tüm dünyaya değer katan, yeni fikirler üreten, araştıran, sorgulayan ve bu şekilde fark yaratabilen bağımsız ve erdemli bireylerin gelecekteki meslektaşlar olarak kazanılması ümit edilmektedir.

Toplum içerisinde bir bütün olarak bireylerin birbirine destek vermesini sağlamak, önce insan ilkesini gözetmek ve gelişimi sürdürülebilir kılmak ülkülerini benimseyen Aksan Akademi, bünyesine katılan geleceğin meslektaşları ile birlikte yorulmadan çalışmaya ve gelişmeye devam edecektir.

Aksan Akademi Komitesi

Medeniyet Law Review

Yıl 2018 Cilt 3 Sayı 5 / Year 2018 Volume 3 Issue 5

Hakemli Dergidir / Peer Reviewed Journal

Yayın Sahibi Publisher	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Dekan Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz On behalf of Istanbul Medeniyet University Faculty of Law, Dean Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Responsible Manager	Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Editör Editor	Yrd. Doç. Dr. Tülay Yıldırım
Yayımcının Adı Name of Publishing Company	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İstanbul Medeniyet University Faculty of Law
Basımcının Adı Printed by	Renk Matbaası
Basıldığı Yer Place of Publication	Mevlevihane yolu No:2 Davutpaşa Fatih/İstanbul
Basım Tarihi Publication Date	Temmuz 2018
Yönetim Yeri Place of Management	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. NO:44, 34865 Kartal/İstanbul
E-mail	lawreview@medeniyet.edu.tr
URL	hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/yayinlar/medeniyet-law- review
Yayın Türü Type of Publication	Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, süreli, hakemli bir hukuk dergisidir Medeniyet Law Review is an academic refereed journal, published bi-annually.
ISSN	2458-7958

Dergiye yapılan atıflarda "MLR" kısaltması kullanılmalıdır.
"MLR" abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.

Copyright © 2018

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. M. Refik Korkusuz'un yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copie, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. M. Refik Korkusuz. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

DANIŐMA KURULU / REFEREE LIST

	Name Surname	Affiliation	Country
1	Prof. Dr. Nurően Canikliođlu	Marmara Őniversitesi	TŐrkiye
2	Prof. Dr. Talat Canbolat	Marmara Őniversitesi	TŐrkiye
3	Prof. Dr. Abdurrahman Eren	Haliç Őniversitesi	TŐrkiye
4	Prof. Dr. Ali Nazım SŐzer	Yaőar Őniversitesi	TŐrkiye
5	Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaőar Őniversitesi	TŐrkiye
6	Prof. Dr. Costea Claudia Anna	University of Bucharest	Romanya
7	Prof. Dr. Lacrech Assaad Elmahacen	Faculty of Law Djelfa University	Cezayir
8	Prof. Dr. Taha H. Hasan AL- Anbagy	University Mustansiriya	Irak
9	Prof. Dr. Attar Nassima	Abubakar Belcaid University of Telemen	Cezayir
10	Prof. Dr. Salaheldin Abdelrahman Eldoma	Omdurman Islamic University	Sudan
11	Prof. Dr. Abderrahmane Hazerchi	Ziane Achour University Djelfa Algeria	Cezayir
12	Prof. Dr. Hadi Shalluf	(Former Counsel for the Defence of Darfur Cases at the International Criminal Court) Kuweyt University	Fransa
13	Prof. Dr. Brahim Bendaoud	Djelfa Universite / College of Law	Cezayir
14	Prof. Dr. Yettou Fatiha	University Djilali Liabes of Sidi Bellabes	Cezayir
16	Prof. Dr. Gulio Cesare Giorgini	University Nice Sophia Antipolis	Fransa
17	Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Őniversitesi	TŐrkiye
18	Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Őniversitesi	TŐrkiye
19	Prof. Dr. Melikőah Yasin	İstanbul Őniversitesi	TŐrkiye
20	Prof. Dr. Mariam Jikia	Georgian Technical University	GŐrcistan
21	Prof. Dr. Muhammed Shukry	University of Duhok	Irak
22	Prof. Dr. Wady Suleyman	University of Duhok	Irak
23	Prof. Dr. Abdullah Abalkhay	Riyad Imam University	Suudi Arabistan
24	Prof. Dr. Ahmet Bilgin	Kırkkale Őniversitesi	TŐrkiye
25	Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın	İstanbul Medipol Őniversitesi	TŐrkiye

26	Prof. Dr. Hakan Hakeri	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
27	Prof. Dr. Cevdet İlhan Günay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi	Türkiye
28	Prof. Dr. Ahmet Gürbüz	Bingöl Üniversitesi	Türkiye
29	Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi	Türkiye
31	Prof. Dr. Ümit Gezder	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
32	Prof. Dr. Ali Kashan	Qudus University	Filistin
33	Prof. Dr. Abdessalam Herfane	Muhammad University	Fas
34	Prof. Dr. F. Hüsni Erdem	Dicle Üniversitesi	Türkiye
35	Prof. Dr. Yavuz Atar	İbn Haldun Üniversitesi	Türkiye
36	Prof. Dr. Paula Todini	Campus University	İTALYA
37	Prof. Dr. Fazıl Yıldırım	Gazi Üniversitesi	Türkiye
38	Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu	Hacettepe Üniversitesi	Türkiye
39	Prof. Dr. Mahmut Koca	Şehir Üniversitesi	Türkiye
40	Prof. Nasir Khalil Jalal	Bahreyn University	Bahreyn
41	Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz	Aydın Üniversitesi	Türkiye
42	Doç. Dr. Fena İpek Kayalı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
43	Doç. Dr. M. Barış Günay	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
44	Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
45	Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal	İstanbul Medipol Üniversitesi	Türkiye
46	Doç. Dr. Abdurrahman Savaş	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
47	Doç. Dr. Walid Elgohary	The Accountability State Authority	Mısır
48	Yrd. Doç. Dr. Murat Tümay	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	
49	Yrd. Doç. Dr. Saliha Okur Gümrukçuoğlu	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
50	Yrd. Doç. Tülay Mat Yıldırım	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
51	Yrd. Doç. Dr. Cemil Tekeli	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
52	Yrd. Doç. Dr. Özgür Arıkan	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
53	Yrd. Doç. Dr. Abdullah İslamoğlu	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
54	Assoc. Prof. Hani Albasoos	Sultan Qaboos University	Umman
55	Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi	Türkiye
56	Yrd. Doç. Dr. Mehtap Civir	Yeni Yüzyıl Üniversitesi	Türkiye

57	Assist. Prof. Dr. Muhamed Ali	International University of Sarajevo	Bosna Hersek
58	Prof. Nasir Khalil Jalal	Bahreyn University	Bahreyn
59	Dr. Aveen Khaled Abdurrahman	University of Duhok	Irak
60	Dr. Azzam Tamimi	The Chairman of Alhiwar TV Channel and its Editor in Chief	Birleşik Krallık
61	Dr. Tarek Chindeb	Beyrut Barosu- UHUB Yönetim Kurulu Üyesi	Lübnan
62	Prof. Dr. Sad Beshir	Jordan Albalqa University	Ürdün
63	Mahmud Al-Rashid	Chair of the Islamic Society of Britain's Shura Council	Birleşik Krallık
64	Prof. Dr. Yücel Oğurlu	İstanbul Ticaret Üniversitesi	Türkiye
65	Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz	Atatürk Üniversitesi	Türkiye
66	Prof. Dr. Abdulhamed Mohammed	Fayoum University	Mısır
67	Yrd. Doç. Dr. Akif Tögel	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi	Türkiye
68	Yrd. Doç. Dr. Yusuf İleri	Yeni Yüzyıl Üniversitesi	Türkiye
69	Dr. Halil Altındağ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
70	Dr. Merve Ürem Çetinel	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
71	Dr. Derya Tekin	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
72	Dr. Aissa Maiza	University of Djelfa	Cezayir

YAYIN İLKELERİ

1. Medeniyet Law Review Dergisi (MLR), hakemli dergi statüsünde, Ocak-Temmuz aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

3. Derginin dili İngilizce olmakla birlikte, Türkçe, Arapça, Almanca ve Fransızca makalelere yer verilmektedir.

4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan öz, özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir.

5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.

6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.

7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.

8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.

11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.

12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**

Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

a. Kitap atıflarında:

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.

bb. Sonraki atıflarda:

ŞANLI, s. 24.

b. Editörlü Kitap atıflarında:

KARA, Hacı, "Turkish Maritime Law", **Introduction to Turkish Law**, Ed. M. Refik KORKUSUZ, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 309.

c. Makale atıflarında:

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

TOPUZ, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)" **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.

bb. Sonraki atıflarda:

TOPUZ, s. 298.

d. Elektronik kaynakların atıflarında:

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

GÖZLER, Kemal, "Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar", (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.

bb. Sonraki atıflarda:

BAŞÖZEN, s. 8.

e. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

GÖZLER, **Anayasa Hukukunun...**, s. 76.

f. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

g. Süreli yayında elektronik kaynağa atıf:

BERRY, John N. , "Educate Library Leaders," **Library Journal**, (Çevrimiçi) <http://www.epnet.com/ehost>, E.T: 3 Nisan 2000.

h. Ansiklopediye atıf:

BOHANNAN, Paul, "Law and Legal Institutions", **International Encyclopedia of Social Sciences**, Vol. IX, Ed. by., David L. Shils, w. Place, McMillan and Free Press, 1968, pp. 73-77.

i. Klasik eserlere atıf:

ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, s. 22-23.

j. Kutsal kitaplara atıf:

Kur'an-ı Kerim, 49/12.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a new academic refereed journal, published bi-annually, in January and July, by the Istanbul Medeniyet University Law School.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. The Journal is published in English; however, papers submitted in Turkish, Arabic, French and German of academic value are also published.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation and e mail adress.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.
9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with The Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**

Footnotes should be arranged as follows:

- a. **For books:**
 - aa. For the first footnote:
BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
 - bb. For following footnotes of the same work:
BORN, p. 62.

- b. For papers:**
aa. For the first footnote:
WRIGHT, David, “Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust“, **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
- bb. For following footnotes of the same work:
WRIGHT, p. 298.
- c. For web pages:**
aa. For the first footnote:
LÖRCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”, https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.
- bb. For following footnotes of the same work:
LÖRCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author’s other studies.**
CHEMERINSKY, **Constitutional Law...** p. 76.
CHEMERINSKY, **Criminal Procedure...**, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**
aa. For the first footnote:
MILLER, Angharad/OATS, lynne, **Principles of International Taxation**, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
- bb. For following footnotes of the same work:
MILLER/OATS, s. 145.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Özel Hukuk /Private Law

Kısmi Bölünme İşlemleriyle İlgili 13 Sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ Taslağı Hakkında Düşünceler.....	1
---	----------

Doç. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Ahmet Emrah GEÇER

The Termination of the Management Consulting Contract Under Turkish Law.....	51
---	-----------

Kazım ÇINAR

Kamu Hukuku /Public Law

A Critical Analysis of Auditor Independence Under the New Audit Regulations in the Eu.....	85
---	-----------

Dr. Ekrem SOLAK

NOT: Dergimizin bu sayısında dört arapça makale bulunmaktadır. Bu makalelere arapça okumaya uygun olarak derginin arka kapağından başlayarak yer verilmiştir.

NOTE: In this issue of our journal there are four Arabic articles. These articles are arranged according to arabic reading by starting from the back cover of the journal.

**KISMİ BÖLÜNME İŞLEMLERİYLE İLGİLİ 13 SAYILI
KURUMLAR VERGİSİ GENEL TEBLİĞ TASLAĞI
HAKKINDA DÜŞÜNCELER**

Doç. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Ahmet Emrah GEÇER²

ÖZ

Kısmi bölünmede bir şirketin bir veya birden fazla bölümü mevcut veya yeni kurulacak şirketlere devredilmektedir. Kısmi bölünme müessesinin esas ve usule ilişkin hükümleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yeniden yapılandırma modeli olarak düzenlenmiştir. Ancak kısmi bölünme işleminin vergi hukuku bakımından da sonuçları mevcuttur. Kısmi bölünmenin vergisel sonuçları 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda öngörülmüştür. Mali idare, kısmi bölünme işleminin vergisel sonuçlarını ayrıntılı olarak Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde (Seri No:1)

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi, ferna.kayali@medeniyet.edu.tr

² İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilimdalı Araştırma Görevlisi, ahmet.gecer@medeniyet.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.06.2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11.09.2018

düzenlemiştir. Öte yandan, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde (Seri No:1) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Taslağı'nda kısmi bölünme müessesesine ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Bu çalışmamızda, adı geçen Taslak'ta yer alan kısmi bölünmeye ilişkin düzenlemeler hakkındaki görüşlerimiz açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Yeniden Yapılandırma, Kısmi Bölünme, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1), Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Taslağı.*

ABSTRACT

In spin-off transactions, one or more divisions of a company are transferred to existing or newly established companies. The substantive and procedural provisions of spin-offs are regulated as a corporate restructuring model in the Turkish Commercial Code No. 6102. Nonetheless, spin-offs also have consequences in terms of tax law. The tax-law consequences of spin-offs are provided in the Corporate Tax Code No. 5520. The fiscal authority regulates in detail the tax-law consequences of spin-offs in the Corporate Tax General Communiqué (Serial No: 1). On the other hand, provisions regarding spin-offs have been set forth in the Draft Communiqué on the Amendment to the Corporate Tax General Communiqué (Serial

No: 1). This article expresses our views as to the provisions relating to spin-offs contained in the said Draft.

Key words: *Reorganization, Spin-off Transaction, Turkish Commercial Code No. 6102, Corporate Tax Code No. 5520, The General Communiqué of the Corporate Tax (Serial No: 1), The Draft Communiqué on the Amendment to the General Communiqué on Corporate Tax (Serial No: 1).*

I-Giriş

Bölünme bir bütünden tam olarak ayrılmayı veya belirli bölümlere, parçalara ayrılmayı ifade etmektedir³. Bölünme büyük, bir bakıma hantallaşmış bir anonim veya limited ortaklığa ya da bir kooperatife uygulanacak basit bir parçalama işlemi olmayıp, bir toplulukta veya bağımsız bir sermaye ortaklığında değişik yapılanma planlarının yapılmasına ve yeni oluşumlara olanak sağlayan hukuki bir araçtır⁴. Bölünme bir yandan çekirdek işletme konusundan uzaklaşan şirketlerin ana konularına dönebilmelerine ve/veya hantallaşan verimsiz yapılarını iyileştirmelerine olanak sağlayan bir yeniden yapılandırma modeli olduğu gibi, aile ortaklıklarında, mirasın

³ **Hasan Pulaşlı**, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Ankara 2016, § 6, N 121.

⁴ **Ünal Tekinalp**, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, - Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme*, İstanbul 2015, s. 724, N 25-01.

paylaşımında, iki veya üç gruplu ortaklıklarda sorunları aşmak için ya da holding sistemine geçişin bir aracı olarak da kullanılabilir⁵. Keza ticaret şirketleri daha etkin, verimli ve kârlı işleyişin sağlanması, vergi kolaylıklarından yararlanılması, uzmanlaşma alanları belirlemesi, zarar edilen veya verim alınamayan alanlardan çıkma isteği gibi sebeplerle de bölünme yoluna başvurabilir⁶. Şirketlerin bölünmesi birleşmeye nazaran daha yeni bir yol olup, özellikle şirketlerin kısmi bölünmesi 2003-2004 yıllarından beri uygulanmaktadır⁷.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁸ ("TTK") 134 ila 194. maddeleri arasında ticaret şirketlerinin yeniden yapılandırılmasına yönelik üç ayrı yöntem öngörülmüş olup, bunlar sırasıyla birleşme,

⁵ Bkz. Bölünme Düzenlemesinin Genel Gerekçesi. Ayrıca bkz. **Mehmet Helvacı**, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme)*, İstanbul 2004, s. 9-14; **Mehmet Akugur**, *Türk Hukukunda Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, İstanbul 2005, s. 13-17; **Esin Taboğlu/Sezer Çalışkan**, "Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılanmada Son Adım: Bölünme", *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*, Ankara 2006, s. 565; **Hakan Çebi**, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, İstanbul 2010, s. 8-13.

⁶ **N. Ayşe Odman Boztosun**, "Ticaret Ortaklıklarının Bölünerek Ve/Veya Birleşerek Yeniden Yapılandırılması", *40. Yılında Türk Ticaret Kanunu*, İstanbul 1997, s. 49; **Büyükyaka**, s. 138. Başka sebepler için bkz. **Fatma Akgün**, *Şirket Bölünmeleri*, SP Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara, Ekim 2001, s. 3-4. Kısmi bölünmenin sebepleri için ayrıca bkz. **Mutlu Kağıtçıoğlu**, *Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme*, İstanbul 2012, s. 51-63.

⁷ **Cüneyt Büyükyaka**, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü", *Regesta*, S:1, Kasım 2011, s. 83.

⁸ RG Tarih: 14/2/2011 Sayı: 27846.

bölünme ve tür deęiřtirmedi⁹. İnceleme konumuz olan bölünme de -
tıpkı birleşme ve tür deęiřtirme gibi - bir yeniden yapılandırma
modelidir. Ancak dięer yeniden yapılandırma yöntemlerinden farklı
olarak kanun koyucu, TTK'daki bölünme hükümleri yoluyla pay
sahipliklerinin şekillendirilmesi konusunda bir serbestlik yaratmaya
çalışmıştır. Gerçekten bölünme yoluyla bir ortağın payları
azaltılabileceęi veya artırılabilceęi gibi şirketten tamamen
çıkartılması da mümkündür. Bu sebeple burada gerçek bir yeniden
yapılandırmanın söz konusu olduęundan bahsedilmektedir¹⁰.

Türk Hukukunda bölünmeye iliřkin genel nitelikteki ilk düzenleme
5422 sayılı (mülga) Kurumlar Vergisi Kanunu'nda¹¹ yer almıř¹²,

⁹ Genel olarak yeniden yapılandırmalarla ilgili geniş bilgi için bkz. **Tekinalp**, § 24, N 24-01-26-35; **Pulařlı**, § 6, N 1-272; **Necla Ağdağ Güney**, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İliřkin Düzenlemeler Hakkında Genel Deęerlendirme*, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (YÜHFD) 2005, C. II, S. 1, s. 499-509; **Mustafa Çeker**, "Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları (Birleşme, Bölünme ve Tür Deęiřtirme) (m.124-194)", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (EÜHFD), C. XVI, S. 3-4 (2012), s. 99-120; **Hülya Çořtan**, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Yeniden Yapılanması", *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Makaleler, Teblięler) TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 255-291; **Ahmet Keřli**, "Birleşme, Bölünme ve Tür Deęiřtirme", içinde: Sami Karahan, *Şirketler Hukuku*, 1. Baskı, Konya 2012, s. 157-244.

¹⁰ **Ercüment Erdem**, "Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Deęiřiklięi", *Bankacılar Dergisi*, S. 79, Y. 2011, s. 81.

¹¹ 3/6/1949 tarih ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (RG Tarih: 10.06.1949, Sayı: 7229).

¹² Bu Kanunun (20.06.2001 tarih ve 4684 sayılı kanunun 18. maddesi ile deęiřik) 38. maddesinin 1. fıkrasının 2 numaralı bendi uyarınca kısmi bölünme "Tam mükellef bir sermaye şirketinin veya bu mahiyetteki bir yabancı kurumun Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcisinin bilançosunda yer alan gayrimenkuller ve iřtirak hisseleri ile üretim tesisleri, hizmet işletmeleri ve bu tesis ve işletmelerle

akabinde 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 38. maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹³ 274. ve 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 33. maddelerine istinaden, anonim ve limited ortaklıkların kısmi bölünmesi Maliye Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ortaklaşa yayınladıkları "Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Ortak Tebliğ"¹⁴ ile belirlenmiştir¹⁵. Ancak gerek 5422 sayılı (mülga) Kurumlar Vergisi Kanununda gerekse 5520 sayılı (yeni) Kurumlar Vergisi Kanununda ("KVK")¹⁶ bölünmenin sadece vergisel sonuçları öngörülmüştür.

Bölünmenin maddi hukuk (ortaklıklar hukuku) boyutu ilk defa 6102

bağlı gayrimaddi haklar, hammadde, yarı mamul ve mamul malların, mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine, bu değerleri devreden şirketin ortaklarına verilmek veya devreden şirkette kalmak üzere, devralan şirketin iştirak hisseleri karşılığında aynı sermaye olarak konulması"dır. Aynı Kanununun 39. maddesinin (D) fıkrası hükmü uyarınca ise kısmi bölünme işlemlerinden doğan karların hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği, ayrıca bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumların müteselsilen sorumlu olacakları ifade edilmiştir.

¹³ RG Tarih: 9.7.1956 Sayı:9353.

¹⁴ RG Tarih: 16.09.2003, Sayı: 25231.

¹⁵ Bu Tebliğ hükümleri hakkında bkz. **Mehmet Helvacı**, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme)*, İstanbul 2004, s. 25-29. Yazar bu Tebliğin kanuni düzenlemesi olmadan çıkarıldığını, bu sebeple kanuni düzenlemeye uygun olmayan bir tebliğ olduğunu ve usuli işlemler dahilinde iptali gerektiğini ifade etmiştir; s. 26.

¹⁶ 13/6/2006 tarih ve 5520 sayılı (yeni) Kurumlar Vergisi Kanunu da (RG 21.6.2006, Sayı: 26205) benzer bir hükmü içermektedir

sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹⁷ (TTK) 159 ile 179. maddeleri arasında düzenlenmiştir¹⁸. Böylece TTK bugüne kadar KVK ve ilgili tebliğlerle düzenlenen bölünme kurumuna hukuki bir temel kazandırmıştır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki halka açık anonim ortaklıkların bölünmesi 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun¹⁹ 23. maddesine istinaden Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan 28.12.2013 tarih ve II.23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliğinde²⁰, bankaların bölünmesi ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda²¹ (md. 19) ve bu kanuna istinaden Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından yayımlanan Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmeliği'nde²² düzenlenmiştir.

TTK'nın bölünme (daha doğrusu yeniden yapılandırma) hükümleri İsviçre Hukukunda tüm yeniden yapılandırma modellerini düzenleyen Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve Malvarlığı Devrine İlişkin Federal Kanun (*Fusiongesetz; Loi de Fusion*)²³ ile Avrupa Birliği'nin bölünme işlemlerine ilişkin 82/891/EEC sayılı

¹⁷ RG Tarih: 14.2.2011, Sayı: 27846.

¹⁸ Gerçi Ortak Tebliğ aracılığıyla KVK'daki hükümlere dayanarak sadece kısmi bölünmenin maddi hukuk cephesi düzenlenmiştir.

¹⁹ RG 30.12.2012, S. 28513.

²⁰ RG 28.12.2013, S. 28865.

²¹ RG 01.11.2005, S. 25983 mükerrer.

²² RG 01.11.2006, S. 26333.

²³ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz)/Loi Fédérale sur la Fusion, la Scission, la Transformation et le Transfert de Patrimoine (LFus). Bundan böyle "İsviçre Birleşme Kanunu" olarak anılacaktır.

Altıncı Yönergesi'ni temel almaktadır²⁴.

Türk Hukukunda sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler (TTK md. 160); buna karşılık şahıs şirketleri bölünemezler. Bir başka deyişle şahıs şirketleri bölünmeye katılamazlar²⁵. Buna karşılık tek kişilik anonim ve limited şirketlerin bölünmeye taraf olarak katılmalarında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böylece kanun koyucu geçerli bölünmeler bakımından sınırlı sayı ilkesi getirmiştir.

Bölünmenin temel ayrımlarından biri tam bölünme ve kısmi bölünmedir. Tam bölünmede, bir şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılıp mevcut veya yeni kurulacak diğer şirketlere devredilmekte ve bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap etmektedir. Öte yandan tam bölünüp devrolunan şirket sona ermekte ve unvanı ticaret sicilinden silinmektedir.

Kısmi bölünmede ise, tam bölünmeden farklı olarak, bir şirketin malvarlığının tamamı değil, bir veya birden fazla bölümü²⁶ mevcut

²⁴ Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982. Yönerge metninin Türkçe tercümesi için bkz. **Helvacı**, s. 204-213.

²⁵ Bunun eleştirisi için bkz. **Erdoğan Moroğlu**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler, 7. Bası, İstanbul 2012, s. 92; **Ağdağ Güney**, s. 502.

²⁶ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, tam bölünmeden farklı olarak, kısmi bölünen ortaklık en az iki bölümü kendisinden ayırmak zorunda değildir; sadece bir bölüm malvarlığını kendisinden ayırmakla yetinebilir. Dolayısıyla kısmi bölünen ortaklık, ayırdığı parçayı sadece bir ortaklığa devretmekle yetinebilir. Yoksa tam

veya yeni kurulacak diğerk şirketlere devredilmektedir²⁷. Belirtmek gerekir ki, kısmi bölünme iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten TTK md. 159’da “Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur” denmektedir. İlk halde bölünen şirketin ortakları devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap etmekte iken, ikinci halde bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturmaktadır. TTK md. 159 gerekçesinde, bu ikinci hale “bölünmenin üçüncü şekli” de denilebileceği ifade edilmiştir²⁸. Tam bölünmeden farklı olarak, kısmi bölünmenin her iki türünde de kısmi bölünen ortaklık sona ermemekte, kendisinde kalan malvarlığıyla varlığını sürdürmektedir.

Öte yandan bölünme, bölünme sonucu elde edilen payların bölünen şirketteki eski paylara eşdeğer olup olmamasına göre “oranların

bölünmede olduğu gibi en az iki ortaklığa devretmek zorunda değildir; **Tekinalp**, s. 726, N 25-07.

²⁷ **Tekinalp**, s. 726, N 25-07; **Hülya Çoştan**, *Anonim Ortaklıklarda Bölünme*, Ankara 2004, s. 26; **Helvacı**, s. 21; **Sevgi Epçeli**, “Ticaret Kanunu Tasarısının Bölünmeye İlişkin 159, 160 ve 161. Maddeleri Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 84, S. 1, Yıl 2010, s. 195.

²⁸ *Yasaman* bu türü “ayırma sureti ile bölünme” olarak nitelendirmektedir; **Hamdi Yasaman**, *Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C.I, İstanbul 2003, s. 706. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından uygulama alanı bulan II.23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği’nde ise bu tür “iştirak modeliyle kısmi bölünme” olarak adlandırılmaktadır.

korunduđu bölünme” (“eşdeđer bölünme”, “simetrik bölünme”) ve “oranların korunmadığı bölünme” (“eşdeđer olmayan bölünme”, “asimetrik bölünme”) olarak da ikiye ayrılmaktadır. İlk halde devreden şirketin ortaklarına, bölünmeye katılan tüm şirketlerde, mevcut payları oranında şirket payları tahsis edilmektedir. İkinci halde ise devreden şirketin ortaklarına, bölünmeye katılan bazı veya tüm şirketlerde, mevcut paylarının oranına göre deđişik oranda şirket payları tahsis edilmektedir²⁹. Belirtmek gerekir ki oranların korunmadığı bölünme, yeniden yapılanmalardaki pay sahipliğinin devamı ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır³⁰.

Kısmi bölünme mehz İsviçre Hukukunun Almanca metinlerinde ve Alman Hukukunda *Abstaltung* terimiyle ifade edilmektedir. İsviçre Hukukunun Fransızca metinlerinde ise *séparation* terimi kullanılmaktadır. Fransız Hukukunda kısmi bölünme *apport-attribution* ya da *scission partielle* olarak anılmakla birlikte kanunda düzenlenmemiştir. Amerikan Hukukunda ise *spin-off* ve *split-off* terimleri ile ifade edilmektedir³¹. Bu çalışmamızda, konunun daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla öncelikle kısmi bölünme

²⁹ Bölünme başka ayrımlara da tabi tutulabilir. Bunlar arasında “devralma yoluyla bölünme”, “yeni kuruluş yoluyla bölünme”, “yatay bölünme”, “dikey bölünme”, “işletme bölünmesi” sayılabilir; bkz. **Mehmet Helvacı**, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme)*, İstanbul 2004, s. 17-18; **Hakan Çebi**, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, İstanbul 2010, s. 27-30.

³⁰ **Büyükyaka**, s. 108.

³¹ Bkz. **Helvacı**, s. 21-22; **Akuğur**, s. 6-10; **Çebi**, s. 40-46.

işlemlerine ilişkin temel bilgi verilecek ve TTK ile KVK'daki kısmi bölünme düzenlemelerine değinilecektir. Akabinde ise kısmi bölünme müessesesi vergi hukuku bakımından incelenecek ve kısmi bölünme müessesesine ilişkin uygulamada ortaya çıkan hukuki tartışmalar değerlendirilecektir. Özellikle Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Taslağı'nda³² yer alan kısmi bölünme müessesesine ilişkin düzenlemeler hakkındaki görüşlerimiz açıklanacaktır.

II- Kısmi Bölünme İşlemleri

1- Tanım

Kısmi bölünme, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümünün, bölünen şirketten ayrılarak diğer şirketlere devrolunmasıdır. - tam bölünmeden farklı olarak - kısmi bölünmede bölünen şirketin tüm malvarlığı değil, sadece bir kısmı bölünmektedir³³.

Kısmi bölünme neticesinde, devredilen malvarlığı karşılığında

³²RG Tarih: 3/4/2007 Sayı: 26482 <http://www.gib.gov.tr/node/87461>. (Çevrimiçi) 7 Eylül 2018

³³ Ancak “yavru şirket kurma yoluyla kısmi bölünme”de, bölünen şirket malvarlığının bir parçasını ayırarak devredebileceği gibi, tamamını parçalara ayırarak da devredebilir. Bu son halde, devreden (bölünen) şirket sadece devralan şirketlerin paylarına sahip olmakta ve holding olarak yapılanmaktadır; Durgut, s. 6.

bölünen şirketin ortakları veya bizzat bölünen şirket, devralan şirketin ortaklık paylarını iktisap etmektedir. Böylece TTK'da kısmi bölünmenin iki türü bulunmaktadır. Gerçekten TTK md. 159'da da belirtildiği üzere, kısmi bölünme, devralan şirketin paylarının bölünen (devreden) şirkete tahsisi yoluyla yani bir yavru şirket kurulması yoluyla da gerçekleştirilebilir. Esasen KVK'nın 19. maddesinde “yavru şirket kurma yoluyla kısmi bölünme” esas tür olarak düzenlenmiştir³⁴. “Yavru şirket kurma yoluyla kısmi bölünme”de devralan şirket tarafından tahsis edilen paylar, bölünen şirketin ortakları tarafından değil de bizzat bölünen şirket tarafından iktisap edildiğinden, bölünen şirketin malvarlığında bir azalma meydana gelmez. Ancak bu durumda bölünen şirketin malvarlığı durumunda değişim olur ve bölünme karşılığı iktisap edilen paylar şirket malvarlığının bir parçası haline gelir³⁵.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, yavru şirket kurma yoluyla bölünme hukuk sistemlerinin sadece bazılarında düzenlenmiştir. Mehaz İsviçre Birleşme Kanunu'nda düzenlenmemiş olan bu model³⁶, Alman Hukukunda *Ausgliederung*³⁷ adı altında

³⁴ Bu model “Birleşme ve Bölünme Tebliği”nin (Seri II-23.2) 4/1-(ı). hükmünde, “iştirak modeliyle kısmi bölünme” şeklinde adlandırılmakta ve “*bölünen şirketin, bölünmeye konu malvarlığının başka bir şirkete aynı sermaye olarak konulduğu ve devrin karşılığında bölünen şirketin devralan şirket sermayesinde pay sahibi olduğu kısmi bölünme*” ifade ettiği belirtilmektedir.

³⁵ Durgut, s. 7.

³⁶ İsviçre Birleşme Kanunu'nun Kasım 1997 tarihli Ön Tasarısının 39/c maddesi hükmü de bölünme yoluyla yavru şirket kurma türüne yer vermişti. Kanunlaşma

düzenlenmiştir.

2- Türk Hukukunda Kısmi Bölünmenin Düzenlendiği Mevzuat

a- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Kısmi bölünme TTK'nın 159. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre “*Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur.*

b- Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Ortak Tebliğ³⁸ (“Ortak Tebliğ”)

sürecinde, anılan türü bölünmenin sıkı hükümlerine tâbi tutmanın doğru olmadığı eleştirisi yapıldı. Öntasarıya malvarlığı devrine ilişkin hüküm de eklenince yavru şirket kurmayı bölünmenin bir türü olarak düzenlemeye gerek kalmadı. Bugün İsviçre doktrininde bölünmeye ilişkin Kanun hükümlerinin bu yönden önleyici nitelik taşıyıp taşımadıkları tartışmalıdır; TTK md. 159 Gerekçesi.

³⁷ Bkz. Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428) (UmwG) § 123/3, N. 2. Bundan böyle Alman Nev’i Değişirme Kanunu olarak anılacaktır.

³⁸ RG Tarih: 16/9/2003 Sayı: 25231.

Ortak Tebliğ aracılığıyla, KVK'daki hükümlere dayanarak, kısmi bölünmenin maddi hukuk cephesi düzenlenmiştir. Ancak TTK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte gerek tam gerek kısmi bölünmenin maddi hukuk cephesi ayrıntılı olarak düzenlendiğinden, Ortak Tebliğ uygulanmamaktadır.

c- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu

Kısmi bölünme KVK'nın 19. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Tam mükellef bir sermaye şirketinin veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye'deki iş yeri veya daimî temsilcisinin bilançosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim veya hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynî sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devretmesi, bu Kanunun uygulanmasında kısmî bölünme hükmündedir. Ancak, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur. Kısmî bölünmede devredilen varlıklara karşılık edinilen devralan şirket hisseleri, devreden şirkette kalabileceği gibi doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilir.*

Taşınmaz ve iştirak hisselerinin bu bent kapsamında devrinde, devralan şirketin hisselerinin devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde, devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur.” Görüldüğü üzere, kısmi bölünme vergisiz aynı sermaye koyma modelidir³⁹.

3- Kısmi Bölünme İşlemlerinin Uygulama Alanı

a- 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından

Kısmi bölünmede şirket, bir veya birkaç kısma bölünmekte ve bölünen kısım/kısımlar (kısımî küllî halefiyet yolu ile) yeni kurulacak veya mevcut bir şirkete intikal etmektedir⁴⁰. Malvarlığının geçişi kısmi külli halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşmektedir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, (tam veya kısmi) bölünmede külli halefiyet ilkesi kendini kısmi külli halefiyet ilkesi olarak göstermektedir. Nitekim bu husus TTK md. 159 Gereğesinde de *“Hem tam hem kısımî bölünmede devredilen malvarlığı bölünme sonucunda kısımî küllî halefiyet yolu ile devralan şirketlere geçer; aynı sermaye konulması söz konusu değildir”* ifadesiyle

³⁹ **Büyükyaka**, s. 83.

⁴⁰ Bu bağlamda belirtmek gerekir ki bölünen kısımların bağımsız birer işletme seviyesinde olması gerekmez. Önemli olan, ekonomik değeri olan, iktisadi değeri olan bir bağımsız malvarlığı grubunun bölünmesidir; **Erdem**, s. 81.

vurgulanmıştır⁴¹. Böylece (yavru şirket yoluyla bölünme hariç) kısmî bölünmede aynı sermaye konulması söz konusu değildir.

Tam bölünmeden farklı olarak kısmi bölünmede bölünen şirket sona ermemekte, varlığını devam ettirmekte, bölünen şirketin ortakları ise kısmen bölünen şirkette, kısmen yeni kurulan şirkette ortak olabilmektedir. Hatta bölünen şirketin ortaklarının bölünen şirketten çıkmaları da gündeme gelebilmektedir.

Bölünme sözleşmesinde veya bölünme planında tahsisi yapılmayan

⁴¹ Gerekçe, s. 461. *Kendigelen*, her ne kadar madde gerekçesinde bölünme konusu malvarlığının bölünmenin tescili ile birlikte başkaca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden devralan şirkete geçişinin kısmi külli halefiyet yolu ile gerçekleşeceği açıkça belirtilmişse de, madde metninde kısmi külli halefiyet kavramının doğrudan veya dolaylı olarak yollama yapan bir ifadeye yer verilmediğini, oysa tıpkı birleşmede olduğu gibi (TTK md. 136/4) ilkeyi belirleyen maddede açıkça öngörülmesinin isabetli olacağını, bununla birlikte ilkenin bölünme kararının tescilinin sonuçlarını düzenleyen TTK md. 179/4'te vurgulandığını ifade etmektedir; **Abuzer Kendigelen**, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 148-149. Aynı yönde bkz. **Ağdağ Güney**, s. 505. Buna karşılık *Helvacı* kısmi külli halefiyet kavramına ihtiyaç olmadığı çünkü bu terimin malvarlığının intikali bakımından külli halefiyete nazaran farklı bir hukuki sonuca işaret etmediği görüşündedir; **Helvacı**, s. 108. *Epçeli* de, TTK md. 179/4'te bölünmenin tescili anında envanterde yer alan bütün aktifler ve pasiflerin devralan şirketlere geçeceğinin hüküm altına alındığını, dolayısıyla "külli halefiyet" ilkesinin TTK'da bölünme bakımından da kabul edilmiş olduğunun açık olduğunu, adı geçen ilkeye bölünmenin türlerinin tanımlandığı 159. maddede ayrıca vurgu yapılmasının da esasen gereksiz olduğunu, nitekim özellikle mülkiyetin nakli biçiminin tanımsal bir özellik olarak değerlendirilmediğini, bundan başka külli halefiyet ilkesinin TTK md. 159'da belirtilen yavru şirket kurma yoluyla kısmi bölünme bakımından uygulanması söz konusu olmadığından genel olarak bölünme türlerini düzenleyen bu maddede adı geçen ilkeye yer verilmemiş olmasının yerinde olduğunu ifade etmektedir; **Epçeli**, s. 196. Aynı yönde bkz. **Kağıtçıoğlu**, s. 143.

yani bölünmenin dışında kalan malvarlığını düzenleyen TTK'nın 168. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca “*Kısmi bölünmede söz konusu malvarlığı, devreden şirkette kalır.*”

“Ticaret siciline tescil ve geçerlilik” kenar başlığını taşıyan TTK md. 179/2 uyarınca “*Kısmi bölünme sebebiyle devreden şirketin sermayesinin azaltılması gerekiyorsa buna ilişkin esas sözleşme değişikliği de tescil ettirilir.*”

b- 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından

Yukarıda ifade edildiği üzere KVK anlamında kısmi bölünme vergisiz aynı sermaye koyma modelidir. Kısmi bölünme halinde vergilendirmenin nasıl yapılacağı da kanunda düzenlenmiştir. Buna göre, kısmi bölünme işlemlerinden doğan kârların hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumların, devraldıkları varlıkların emsal bedeli ile sınırlı olarak müteselsilen sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır (KVK md. 20/3)⁴².

c- Aralarındaki Farklılıklar

⁴² Bu bağlamda belirtmek gerekir ki mevcut Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu'nu tek kanun olarak birleştiren ve halihazırda TBMM gündeminde bulunan (yeni) Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı'nda bölünme ve bunun vergilendirilmesine ilişkin olarak 5520 sayılı KVK'daki hükümler korunmuştur.

TTK uyarınca kısmi bölünmede aynı sermaye konulması söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle, bölünen (devredilen) kısım yeni kurulan şirkete veya mevcut şirkete aynı sermaye olarak konulmaz. Bu nedenle TTK'nın sistemi KVK'daki sistemden ayrılmaktadır⁴³. Zira KVK aynı sermaye konulmasına dayanan bir rejimi kabul etmiş iken, TTK, kısmi külli halefiyete dayalı, aynı sermaye konulmasını ve sermaye azaltılmasını zorunlu kılmayan malvarlığı geçişi modeline göre şirketin ve ortak durumunun yeniden yapılandırılması yaklaşımını getirmektedir⁴⁴. Bir başka deyişle TTK'da kısmi bölünme (yavru şirket kurma yoluyla bölünme hariç), aynı sermaye konulması ön kabulüne değil, kısmi külli halefiyete dayalı bir yeniden yapılandırma modeli olarak ele alınıp düzenlenmişken⁴⁵, KVK'da bölünme, aynı sermaye temelinde ve cüz'i halefiyet ilkesi uyarınca gerçekleşmektedir⁴⁶.

Ancak belirtmek gerekir ki kısmi bölünme türlerinden olan “yavru şirket kurma yoluyla kısmi bölünme”de bölünen (devredilen) malvarlığı başka bir şirkete aynı sermaye olarak konulmakta, söz konusu devrin karşılığında devralan şirketin payları bölünen

⁴³ **Erdem**, s. 81.

⁴⁴ Bkz. Bölünme Düzenlemesinin Genel Gereğesi.

⁴⁵ **Kendigelen**, s. 148; **Büyükyaka**, s. 136; **Ramazan Durgut**, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketlerin Bölünmesi ve Bölünmeye Hakim İlkeler”, e-akademi, Ağustos 2012, S. 126, s. 2.

⁴⁶ **Durgut**, s. 3, dpn 11.

(devreden) şirkete tahsis edilmektedir. Nitekim TTK md. 159 Gereğesinde de “*Bu türde, bölünen şirket bölünen malvarlığı parçasını başka şirkete aynî sermaye olarak koyar; yani geçiş, küllî halefiyet yolu ile gerçekleşmez.*” ifade edilmiştir. Görüleceği üzere, “yavru şirket kurma yoluyla kısmi bölünme”de, tıpkı KVK’da olduğu gibi, aynı sermaye konulması söz konusudur⁴⁷. Gerçekten de yavru şirket kurma yoluyla bölünmede aynı sermaye konulması söz konusu olduğu için küllî halefiyet ilkesi uygulanmamaktadır. Nitekim TTK md. 159 Gereğesinde de “*Bu türde, bölünen şirket bölünen malvarlığı parçasını başka şirkete aynî sermaye olarak koyar; yani geçiş, küllî halefiyet yolu ile gerçekleşmez.*” denilmiştir.

III- Vergi Hukukunda Kısmi Bölünme Müessesesi

1- Genel Olarak

Kısmi bölünme müessesesi, -KVK 19. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde “*Tam mükellef bir sermaye şirketinin veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurumun Türkiye’deki işyeri veya daimi temsilcisinin bilançosunda yer alan taşınmazlar ile en az iki tam yıl*

⁴⁷ Aksi görüş için bkz. **Durgut**, s. 6, dpn 28. Yazar bu halde de bölünen şirketin malvarlığının devralan şirkete kısmi küllî halefiyet yoluyla geçeceğini, aksini kabul bakımından gerekçenin yeterli olmayıp, bu hususta açık bir düzenleme olması gerektiğini, ayrıca bölünmenin temel ilkelerinden biri olan kısmi küllî halefiyetin ayırma halinde geçerli olmayacağını kabul durumunda, bunun bir bölünme türü olarak kanunda düzenlenmesinden beklenen yararı (ve kolaylıkları) sağlamayacağını ifade etmektedir.

süreyle elde tutulan iştirak hisseleri ya da sahip oldukları üretim ve hizmet işletmelerinin bir veya birkaçını kayıtlı değerleri üzerinden aynı sermaye olarak mevcut veya yeni kurulacak tam mükellef bir sermaye şirketine devretmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Kısmi bölünmenin vergi hukuku alanında sonuçları mevcuttur. Bu bağlamda kısmi bölünmenin KVK’da öngörülen şartlar çerçevesinde gerçekleşmesi halinde kısmi bölünme işlemi vergiye tabi olmayacaktır⁴⁸. Ancak, bölünen şirketin bölünme tarihine kadar elde ettiği kazançlar vergilendirilecektir. Vergisiz şekilde kısmi bölünmenin gerçekleşebilmesi aşağıda sıralanan şartların sağlanmasına bağlıdır.

2- Kısmi Bölünmenin Şartları

a- Bölünen Kurum, Tam Mükellef Sermaye Şirketi ya da Sermaye Şirketi Niteliğindeki Yabancı Kurum Olmalıdır.

Kanun hükmünden anlaşılacağı üzere kısmi bölünme sonucu bölünen şirketin tam mükellef bir sermaye şirketi veya sermaye şirketi niteliğindeki bir yabancı kurum olması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu sermaye şirketi niteliğindeki yabancı kurumların sadece Türkiye’deki işyeri veya daimî temsilcisi bilançosunda yer

⁴⁸ **Doğın Şenyüz/Mehmet Yüce/Adnan Gerçek**, *Türk Vergi Sistemi*, 11. Bası, Bursa 2014, s. 227-228.

alan varlıkları ile sınırlı olmak üzere kısmi bölünme müessesinden yararlanabilmelerine izin vermiştir.

- KVK 2/1 1. fıkrasında: “9/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı *Türk Ticaret Kanunu*” hükümlerine göre kurulmuş olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumlar sermaye şirkettir. Bu Kanunun uygulanmasında, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenleme ve denetimine tâbi fonlar ile bu fonlara benzer yabancı fonlar sermaye şirketi sayılır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumlar ve Sermaye Piyasası Kurulu’nun düzenleme ve denetimine tabi fonlar ile benzer yabancı fonlar sermaye şirketi sayılmaktadır.

Kanunun açık hükmü gereğince şahıs şirketlerinin kısmi bölünmede bölünen kurum olmalarının imkânı yoktur. Ayrıca KVK’da düzenlenen kısmi bölünme müessesesinde, TTK’da olduğu gibi sermaye şirketleri ve kooperatiflerin sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilmesine izin vermemiştir.

b- Devralan Kurum ya da Kurumların Tam Mükellef Sermaye Şirketi Olmaları Gerekmemektedir.

* Bu Kanun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla, buradaki atfın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun ilgili hükümlerine yapıldığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Kısmi bölünme sonucunda bölünen kurumun varlıklarını devralan kurum ya da kurumların, tam mükellef sermaye şirketi olmaları gerekmektedir. Başka bir ifade ile, kanun koyucu sermaye şirketi niteliğindeki yabancı kurumların kısmi bölünmede devralan kurum olmalarına cevaz vermemiştir. Şahıs şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler ile iş ortaklıklarının kısmi bölünmede bölünen kurum olmalarına izin verilmediği gibi devralan kurum olmalarına da izin verilmemiştir.

c- Kısmi Bölünme Konusu Kanunda Belirtilen Varlıklar Olmalıdır.

KVK'da kısmi bölünmeye konu edilebilecek varlıklar sınırlı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmazlar, aktifte en az iki tam yıl kalan iştirak hisseleri ile üretim işletmeleri ve hizmet işletmeleri dışındaki varlıklar kısmi bölünme kapsamı dışında bırakılmıştır. Başka bir ifade ile, ticari işletmeye ilişkin şirket aktifine kayıtlı ticari mallar, yarı mamuller ve mamuller ile demirbaşlar, gayri maddi haklar, alacak ve borçların KVK kapsamında vergisiz şekilde kısmi bölünmeye konu edilmesi mümkün değildir.

KVK, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif

kalemlerin tümünün devredilmesini emretmiştir⁵⁰. Zira kısmi bölünme sonucu hem bölünen hem de bölünme sonucunda varlıkları devralan şirketin faaliyetine devam etmesi esastır. Bu bağlamda, üretim veya hizmet işletmelerinin devri ile gerçekleşen kısmi bölünme sonucunda, devredilen işletmenin faaliyetinin devamı için gerekli olan her türlü makine, teçhizat, demirbaş, gayri maddi hak, mamul, yarı mamul gibi aktif kalemlerin yanında pasiflerin de⁵¹devredilmesi gerekmektedir. Ayrıca kanun hükmü işletmenin bütünlüğünün korunmasını emrettiğinden, bölünen kurum bilançosunda yer alan ve doğrudan ilgili üretim veya hizmet işletmesi ile ilgili nakit, alacak, menkul kıymet ve borçların da devralan devri zorunludur. İlâveten, birikmiş amortismanlar, itfa payları, tükenme payları, karşılıklar, alacak senetleri reeskontu,

⁵⁰ Kanunun açık hükmü gereğince üretim ve hizmet işletmelerinin belli bir kısmının kısmi bölünmeye söz konusu olması mümkün değildir. Örneğin iplik üretiminde tarak ve cer bölümleri tek başına kısmi bölünmeye konu olamazlar. Diğer yandan, bir şirket bünyesinde faaliyet gösteren iki veya daha fazla hizmet ve/veya üretim işletmesinin kısmi bölünmeye konu olması mümkündür. İdarenin görüşü de bu yöndedir. “Şirketinizin, kısmi bölünme sonucu faaliyetine devam etmesi esas olduğundan, mukavva ambalaj üretim tesisi ile tutkal üretim tesislerinden başka bir üretim tesisi de bulunması durumunda, söz konusu tesislerin her ikisinin kısmi bölünme kapsamında devredilmesi mümkündür.” İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı 20.7.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.35.16.01-125-697 sayılı Özelgesi <http://www.gib.gov.tr/node/92973> (Erişim Tarihi: 29.5.2018 saat 18:56); “Şirketinizin aktifinde kayıtlı bulunan ve depolama ve terminal alanı olarak kullanılan taşınmazların, taşımacılık ve lojistik faaliyetlerinizi sona erdirmeyecek şekilde 5520 sayılı Kanunun 19 uncu maddesi ve Tebliğde yapılan açıklamalar çerçevesinde kısmi bölünmeye konu edilmesi mümkündür.” Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı 30.5.2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.99.16.02-KVK/19-3-123 sayılı Özelgesi <http://www.gib.gov.tr/node/91776> (Erişim Tarihi: 29.5.2018 saat 19:05).

⁵¹ Akif Akarca/Mehmet Şafak, “Sermaye Şirketlerinde Kısmi Bölünme ve Vergileme”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sermaye-sirketlerinde-kismi-bolunme-ve-vergileme/18271> (Erişim Tarihi: 29.5.2018 saat 16:30)

ödenmemiş sermaye, borç senetleri reeskontu, zararlar gibi aktif ve pasifi düzenleyen bilanço kalemlerinin bütüncül bir anlayış çerçevesinde bölünen şirketin bilançosundan çıkartılarak devralan şirketin bilançosuna aktarılması gerekmektedir⁵².

Kısmi bölünmede, devredilen varlıklara karşı edinilen devralan şirket hisseleri, devreden şirkette kalabileceği gibi doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilir. Devralan şirketin hisselerinin doğrudan devreden şirketin ortaklarına verilmesi halinde devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların da devri zorunludur.⁵³ Diğer yandan, devralan şirketin hisselerinin devreden şirkette kalması durumunda devredilen taşınmaz ve iştirak hisselerine ilişkin borçların devri ihtiyaridir.

d- Bölünen Şirketin Kısmi Bölünmeye Konu Olan Kısmı, Kayıtlı Değer Üzerinden Devralan Şirkete Aktarılmalıdır.

Bölünen şirketin kısmi bölünmeye konu olan kısmı, kayıtlı değer⁵⁴

⁵² **Sakıp Şeker**, “Kısmi Bölünmede Doğrular ve Yanlışlar II”, *Yaklaşım Dergisi*, Şubat 2007, S. 170 <https://www.kanitymm.com.tr/makale/2007-02%20YAKLASIM%20-%20KISMI%20BOLUNMEDE%20DOGRULAR%20VE%20YANLISLAR-II.pdf> (Erişim Tarihi: 29.5.2018 saat 17:28)

⁵³ **Abdurrahman Akdoğan**, “*Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*”, 11. Bası, Ankara 2013, s.439.

⁵⁴ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 265. maddesinde kayıtlı değer, bir iktisadi kıymetin muhasebe kayıtlarında yer alan hesap değeri olarak tanımlanmıştır.

üzerinden devralan şirkete aktarılmalıdır. Varlıkları devralan şirketin ileriki bir tarihte devralınan varlıkları elden çıkarması halinde satış bedeliyle kayıtlı değer arasındaki müspet fark devralan şirket kazancına dâhil edilecektir. Kayıtlı değer üzerinden aktarımın yapılması halinde, kısmi bölünmeye konu olan varlıklar kolay şekilde takip edilebilecek ve devralan şirket tarafından elden çıkarılması halinde vergilendirilebilecektir. Bu perspektiften bakıldığında kısmi bölünme müessesesinin aslında vergi erteleme müessesesi olduğu sonucuna varılabilir.

Diğer yandan, kanun hükmü incelendiğinde, kayıtlı değer üzerinden devredilen varlıklara karşılık bölünen şirket veya ortaklarına verilmesi gereken hisselerin kayıtlı değer üzerinden tespit edilmesine gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, değiştirme oranının bölünen ve devralan kurum hisselerinin gerçek değeri üzerinden belirlenmesi esas alınmıştır.⁵⁵

Varlıkların kayıtlı değer üzerinden devralan şirkete aktarılmaması KVK'da düzenlenen kısmi bölünme hükümlerinin ihlali anlamına gelmektedir ve bu şekilde bir bölünme vergilendirmeye tabi olacaktır.

⁵⁵ **Mutlu Kağıtçıoğlu**, *Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme*, 1. Bası, İstanbul 2012, s.193.

e- Devredilen Varlıklara Karşılık Edinilen Devralan Şirket Hisseleri, Bölünen Şirkete veya Bu Şirketin Ortaklarına Verilmelidir.

Devredilen varlıklara karşı edinilen devralan şirketin hisseleri, bölünen şirkette kalabileceği gibi doğrudan bu şirketin ortaklarına da verilebilecektir. Kanun koyucu burada ilgililere seçim hakkı tanımıştır.⁵⁶ Devredilen varlıklara karşı edinilen devralan şirketin hisselerinin bölünen şirkete verilmesi halinde bölünen şirketin sermayesinde bir azalma söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple, sermaye azaltımına gidilmesine gerek yoktur. Ancak devredilen varlıklara karşı edinilen devralan şirket hisselerinin doğrudan bölünen şirketin ortaklarına verilmesi halinde bölünen şirkette sermaye azaltımına gidilmesi gerekmektedir⁵⁷.

3- Kısmi Bölünmenin KVK Bakımından Sonuçları

KVK'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında, *“Bu Kanununun 19 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde belirtilen*

⁵⁶ **Hikmet Ulusan/Murat Koçsoy**, “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Kısmi Bölünme İşlemi: Kurumlar Vergisi Kanunu ile Karşılaştırılması ve Muhasebeleştirilmesi”, *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, Cilt:9, Sayı:18, 2013, 259.

⁵⁷ Sermayenin azaltılması, TTK'nın ilgili hükümleri nazara alınarak yapılacaktır. Kısmi bölünme dolayısıyla yapılan sermaye azaltılması sonucunda devreden şirketin sermayesi kanuni asgari sermaye sınırının altına inmiş ise sermaye artırımının yapılması gerekmektedir.

işlemlerden doğan kârlar hesaplanmaz ve vergilendirilmez. 19 uncu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendine göre gerçekleştirilen kısmî bölünme işlemlerinde, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar, devraldıkları varlıkların emsal bedeli ile sınırlı olarak müteselsilen sorumlu olurlar.” hükmüne yer verilmiştir. Kısmi bölünme işleminin, KVK'nın 19. maddesinde yer alan şartlar çerçevesinde gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan kazanç vergilendirilmeyecektir.⁵⁸ Kural olarak kısmi bölünmede tüzel kişiliği devam eden bölünen kurum, bölünme tarihine kadar doğan kazançta ait vergilerden sorumludur. Ancak Kanun, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar olan vergi borçlarından, bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumların devralınan varlıkların emsal bedeli⁵⁹ ile sınırlı olmak üzere müteselsilen sorumlu olduklarını düzenlemiştir. Bu kural ile vergi alacağının tahsilinin güvence altına alınması amaçlanmıştır.

KVK'da düzenlenen devir ve tam bölünme müesseselerinde kanun hükmünde belirlenen sınırlar dahilinde devralınan kurumların zararları indirim olarak kabul edilmiştir. Ancak kanun koyucu kısmi

⁵⁸ **Zübeyir Bakmaz**, “Kısmi Bölünmenin Sağladığı Vergisel Avantajlardan Yararlanabilmenin Şartları ve Özellikli Hususlar”, *Mali Çözüm Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2015, s.151.

⁵⁹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 267. maddesinde, emsal bedeli, gerçek bedeli olmayan veya bilinmeyen veyahut doğru olarak tespit edilemeyen bir malın, değerlendirme gününde satılması halinde emsaline nazaran haiz olacağı değerdir. Emsal bedel tespiti, aynı maddede geçen esaslar dâhilinde yapılır.

bölünmede, bölünen kurumdan devralan kuruma zarar intikalini düzenlememiştir. Dolayısıyla, kısmi bölünmede geçmiş yıl zararlarının devralan şirkete aktarılması mümkün gözükmemektedir.

Bölünen şirketin veya devralan bölünme nedeniyle herhangi bir vergi beyannamesi vermesi söz konusu olmayacaktır. Başka bir ifade ile, tam bölünmeden farklı olarak, kısmi bölünme sonucunda bölünen kurumun tüzel kişiliği devam ettiği için bölünme tarihine kadar olan kıst dönem için kurumlar vergisi beyannamesi verilmesi gerekmemektedir.

Kısmi bölünme nedeniyle şirket genel kurul toplantıları için yapılan giderler KVK'nın 8. maddesinin 1. fıkrasının c bendi gereğince indirilecek giderlerdendir.⁶⁰ Bu kapsamda yapılan harcamaların mükerrer olmamak şartıyla bölünen ve devralan kurum kazancından indirilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun⁶¹ 80. maddesinin 1. fıkrasının 1.

⁶⁰ “Madde 8- (1) Ticarî kazanç gibi hesaplanan kurum kazancının tespitinde, mükellefler aşağıdaki giderleri de ayrıca hasılatından indirebilirler: a) Menkul kıymet ihraç giderleri. b) Kuruluş ve örgütlenme giderleri. c) Genel kurul toplantıları için yapılan giderler ile birleşme, devir, bölünme, fesih ve tasfiye giderleri. ç) Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde komandite ortağın kâr payı. d) Katılım bankalarının katılma hesabı karşılığında ödenen kâr payları, e) Sigorta ve reasürans şirketlerinde bilanço gününde hükmü devam eden sigorta sözleşmelerine ait olup, aşağıda belirtilen teknik karşılıklar...”

⁶¹ RG Tarih: 6/1/1961 Sayı: 10700.

bendinde, ivazsız olarak iktisap edilenler ile tam mükellef kurumlara ait olan ve iki yıldan fazla süreyle elde tutulan hisse senetleri hariç, menkul kıymetlerin veya diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından sağlanan kazançların değer artış kazancı olarak vergilendirileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda kısmi bölünme yolu ile edinilen hisselerin iktisap tarihinin belirlenmesi gerekmektedir. 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde⁶², “*Kurumlar Vergisi Kanununun 19 ve 20 nci maddeleri kapsamında gerçekleştirilen devir ve bölünme (kısmi bölünme dahil) hallerinde, devir olan veya bölünen şirketin ortaklarına verilen hisselerin iktisap tarihi olarak, bu yeni hisselerin verilmesine neden olan devir olan veya bölünen şirketin hisselerinin iktisap edildiği tarihin esas alınması gerekmektedir.*” hükmü yer almaktadır. Bu durumda, kısmi bölünme suretiyle elde edilen hisselerin iktisap tarihi, bu yeni hisselerin verilmesine neden olan bölünen şirketin hisselerinin iktisap tarihi olmalıdır. Nitekim vergi idaresinin uygulaması da bu yöndedir⁶³.

4- Kısmi Bölünmenin Diğer Vergi Kanunları Bakımından Sonuçları

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun⁶⁴ 17. maddesinin 4. fıkrasının c alt bendine göre KVK’ya göre yapılan devir ve bölünme

⁶² RG 03.04.2007, S. 26482.

⁶³ Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı 10.11.2010 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.16.01-2010-KVK-19-1-699 sayılı Özelgesi <http://www.gib.gov.tr/node/91705> (Erişim Tarihi: 29.5.2018 saat:17:54).

⁶⁴ RG Tarih: 2/11/1984 Sayı: 18563.

işlemlerinde KDV istisnası düzenlenmiştir. Devir ve bölünme işlemleri sonucunda devralan şirkete aktarılan varlıklar KDV bakımından teslim sayılmaktadır. Ancak kanun bu işlemleri vergi dışında tutmuştur⁶⁵. Kısmi bölünme yoluyla devredilen varlıklarla ilgili olan ve bölünen şirkette indirim konusu edilmeyen KDV'nin devralan şirkette mükerrer indirim yol açmayacak şekilde indirim konusu edilmesi mümkündür.

6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu'nun⁶⁶ 29. maddesinin s bendi gereğince KVK'ya göre yapılan birleşme, devir, bölünme ve hisse değişimi işlemlerinden doğan kazançlar, banka ve sigorta muameleleri vergisinden istisna edilmiştir. Bu hükme göre, kısmi bölünme işlemi nedeniyle ortaya çıkan kazançlar üzerinden banka ve sigorta muameleleri vergisi alınmayacaktır.

488 sayılı Damga Vergisi Kanununun⁶⁷ 2 sayılı Tablosu'nun "Ticari ve Medeni İşlerle İlgili Kağıtlar" başlığını taşıyan IV-17. maddesinde KVK'ya göre yapılan birleşme, devir ve bölünmeler nedeniyle düzenlenen kağıtların damga vergisinden istisna olduğu düzenlenmiştir.

⁶⁵ **Yılmaz Özbacı**, *Son Yasal Değişiklikleri ile Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara 2005, s.503.

⁶⁶ RG Tarih: 23/7/1956 Sayı: 9362.

⁶⁷ RG Tarih: 11/7/1964 Sayı: 11751.

492 sayılı Harçlar Kanununun⁶⁸ 123. maddesinin 3. fıkrasında, anonim, eshamlı komandit, limited şirket ve kooperatiflerin kuruluş, pay devri, sermaye artırımı, birleşme, devir, bölünme ve nev'i değişiklikleri nedeniyle yapılacak işlemlerin harçtan müstesna olduğu belirtilmiştir.

IV- 13 Sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ Taslağı'nın Değerlendirilmesi

KVK kapsamında kısmi bölünme iki türlü gerçekleşebilir. İlk halde, yavru şirket kurma yönteminde, devralan şirkete intikal eden varlıkların karşılığında oluşan hisse, bölünen şirket tarafından iktisap edilmektedir. Bu durumda, bölünen şirketin malvarlığında herhangi bir azalma söz konusu değildir.

İkinci durumda ise, , devredilen varlıklara karşı edinilen devralan şirket hisselerinin doğrudan bölünen şirketin ortaklarına verilmesisözkonusudur. Bu halde, bölünen şirkette sermaye azaltımına gidilmesi gerekmektedir. Kısmi bölünme sonucu elde edilen devralan şirketin iştirak hisselerinin şirket ortaklarına verilmesi sebebiyle bölünen şirkette yapılan sermaye azaltımı işleminde daha önceki bir tarihte sermayeye ilave edilmiş olan enflasyon düzeltmesi olumlu farklarının, gayrimenkul satış kazancından kaynaklanan fonların ve dağıtılmamış geçmiş yıl

⁶⁸ RG Tarih: 17/7/1964 Sayı: 11756.

kârlarının işletmeden çekiş olarak değerlendirilip kurumlar vergisine ve kâr dağıtımına bağlı stopaja tabi tutulup tutulmayacağı konusu uygulamada tartışmalıdır. Bu konu ile ilgili olarak Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ Taslağı'nda da ("Tebliğ Taslağı") düzenleme mevcuttur⁶⁹ Taslakta yer alan düzenlemeyi incelemeyi incelemeyi önce, bu konuda iki farklı görüşü içeren özelgelere yer verilecektir.

Konu ile ilgili, Kısmi bölünme öncesi sermayeye ilave edilmiş olan enflasyon düzeltmesi olumlu farklarının, gayrimenkul satış kazancından kaynaklanan fonların ve dağıtılmamış geçmiş yıl kârlarının, sermaye azaltımı durumunda işletmeden çekiş olarak değerlendirilip kurumlar vergisine ve kâr dağıtımına bağlı vergi kesintisine tabi tutulup tutulmayacağı hakkında Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'ndan görüş talep edilmiştir. Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı 23.7.2013 tarihli özelgesinde⁷⁰ özetle şu görüşe yer verilmiştir:

“Kısmî bölünme sonucunda aynî sermaye konulan şirketten alınan hisse senetlerinin ortaklara verilmesi nedeniyle şirket sermayesinin azaltılması ve daha önce sermayeye eklenmiş olan, enflasyon

⁶⁹ https://www.verginet.net/Dokumanlar/2017/13_serno_kvgen teb_taslak.pdf (Çevrimiçi) 7 Eylül 2018.

⁷⁰ Gelir İdaresi Başkanlığı Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Grup Müdürlüğü Sayı: 64597866-125[19-2013]-107 Tarih: 23.7.2013 <http://www.gib.gov.tr/node/91374> (Erişim Tarihi: 19.5.2018 Saat 16:33)

düzeltilmesi fark hesapları ile geçmiş yıl kârlarının da bulunması durumunda; devralan şirkette yapılacak sermaye artışında enflasyon düzeltilmesi fark hesaplarının ve geçmiş yıl kârlarının sermayenin bir unsuru olarak yer alması ve ayrı şekilde görülmesi şartıyla bu işlem işletmeden çekiş olarak değerlendirilmeyecek ve vergiye tabi tutulmayacaktır.

Ancak, devralan şirkette sermayenin bir unsuru olarak yer alan enflasyon düzeltilmesi farklarının ve geçmiş yıl karlarının, devralan şirkette bir başka hesaba nakledilmesi veya işletmeden çekilmesi ya da sermaye azaltımına gidilmesi halinde, enflasyon düzeltilmesi farkları ile ilgili işletmeden çekilen tutarların öncelikle işletmeden çekildiği dönemin kazancı ile ilişkilendirilmeksizin kurumlar vergisine tabi tutulması, vergi sonrası dağıtılan kazancın ve geçmiş yıl kârları ile ilgili tutarların da kâr dağıtımına bağlı tevkifata tabi tutulması gerekmektedir.”

Özelgeye göre, kısmi bölünmede vergilendirme yapılmamasını sağlayan nokta, devralan şirkette yapılacak sermaye artışında enflasyon düzeltilmesi fark hesaplarının ve geçmiş yıl kârlarının sermayenin bir unsuru olarak yer alması ve ayrı şekilde görülmesidir. Bu şekilde, bölünen şirkette, sermaye azaltımı yapılması durumunda vergilendirilmesi gereken sermaye kalemleri devralan şirkette de izlenebilecektir. Böylece, devralan şirkete aktarılan bu hesapların ileriki bir tarihte devralan şirket bünyesinde sermaye azaltımı yapılması durumunda izlenmesi ve

vergilendirilmesi mümkün hale gelecektir. Bu sebeple, görüşümüze göre, özelgede belirtilen şartları taşıyan kısmi bölünme işleminin işletmeden çekiş olarak değerlendirilmemesi ve vergiye tabi olmaması gerekmektedir.

Yapılacak kısmi bölünmede şirketin aktifinde kayıtlı iştirak hisselerinin sermaye olarak devredilmesiyle yeni bir şirket kurulacağı, bu bölünmenin gereği olarak yeni kurulacak şirketin hisselerinin bölünen şirketin ortaklarına verilmesi durumunda aktiften çıkan hisseler tutarında bölünen şirketin sermayesinin azaltılacağı belirtilerek, azaltılacak sermaye tutarının olağanüstü yedekleri de ihtiva etmesi sebebiyle, sermayeye eklenmiş olan olağanüstü yedeklerin ortaklarca işletmeden çekiş olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'ndan görüş talep edilmiştir. Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı bu talebe yönelik 24.9.2013 tarihli özelgesinde⁷¹:

“...yapılacak sermaye azaltımının; öncelikle kurumlar vergisine ve vergi sonrası dağıtılan kazancın ise kâr dağıtımına bağlı vergi kesintisine tabi tutulacak hesaplardan karşılanması sonra sadece kâr dağıtımına bağlı vergi kesintisine tabi tutulacak hesapların

⁷¹ Gelir İdaresi Başkanlığı Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Grup Müdürlüğü Sayı: 64597866-125[19-2013]-155 Tarih: 24.9.2013 <http://www.gib.gov.tr/node/100938> (Erişim Tarihi: 19.5.2018 Saat 16:48)

kullanılması, son olarak ise işletmeden çekilmesi halinde vergilendirilmeyecek aynı ve nakdi sermayenin işletmeden çekildiğinin kabulü gerekmektedir.”

demek suretiyle daha önceki görüşünün tam tersi bir görüş benimsemiştir.

Kanaatimizce bu görüşün hukuki dayanağı mevcut değildir. Zira devredilen varlıklara karşı edinilen devralan şirket hisselerinin doğrudan bölünen şirketin ortaklarına verilerek yapılan kısmi bölünmede şirket fon hesapları, enflasyon düzeltilmesi olumlu farkları, geçmiş yıl kârlarını da içermesi muhtemel olan bölünen şirket sermayesinde azaltıma gidilmesi gerekmektedir. Bölünen şirkette yapılan sermaye azaltımı kadar devralan şirkette sermaye artırımı yapılmaktadır. Başka bir ifade ile, kısmi bölünme sonucunda şirket ortaklarına aktarılan kazanç söz konusu değildir. Zira kısmi bölünme ile birlikte bölünen şirket bilançosunda duran varlık kayıtlı değer üzerinden devralan şirket bilançosuna aktarılmaktadır. Bu devredilen varlığın ileride elden çıkarılması halinde elde edilen kazancın vergilendirileceği açıktır. Burada kanun gereği bir vergi erteleme müessesesi oluşturulmuştur. Bu açıklamalar ışığında, kısmi bölünme işleminin vergilendirilmeye tabi olduğunu ifade eden bu özelgenin, kısmi bölünme müessesesini düzenleyen kanun hükümlerinin lafzına ve amacına aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 21.2.2017 tarihli özelgesinde⁷² ise Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 23.7.2013 tarihli özelgesine benzer şekilde aşağıdaki görüş bildirilmiştir:

“Kısmî bölünme sonucunda aynî sermaye konulan şirketten alınan hisse senetlerinin ortaklara verilmesi nedeniyle şirket sermayesinin azaltılması ve daha önce sermayeye eklenmiş olan, enflasyon düzeltmesi fark hesapları ile geçmiş yıl kârlarının da bulunması durumunda; devralan şirkette yapılacak sermaye artışında enflasyon düzeltmesi fark hesaplarının ve geçmiş yıl kârlarının sermayenin bir unsuru olarak yer alması ve ayrı şekilde görülmesi şartıyla bu işlem işletmeden çekiş olarak değerlendirilmeyecek ve vergiye tabi tutulmayacaktır.

Ancak, devralan şirkette sermayenin bir unsuru olarak yer alan enflasyon düzeltmesi farklarının ve geçmiş yıl karlarının, devralan şirkette bir başka hesaba nakledilmesi veya işletmeden çekilmesi ya da sermaye azaltımına gidilmesi halinde, enflasyon düzeltmesi farkları ile ilgili işletmeden çekilen tutarların öncelikle işletmeden çekildiği dönemin kazancı ile ilişkilendirilmeksizin kurumlar vergisine tabi tutulması, vergi sonrası dağıtılan kazancın ve geçmiş

⁷² Gelir İdaresi Başkanlığı Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü Sayı: 38418978-120[19-17/15]-56449 Tarih: 21.2.2017

yıl kârları ile ilgili tutarların da kâr dağıtımına bağlı tevkifata tabi tutulması gerekmektedir.”

Tebliğ Taslağı'nın 4. maddesinde yukarıda bahsi geçen konu hakkında bir düzenleme yer almaktadır:

“Kısmi bölünme işlemlerinde devralan şirket hisselerinin devreden şirket ortaklarına verilmesi halinde, devreden şirket nezdinde sermaye azaltımına gidilmesi gerekeceğinden, devreden şirketin sermayesini oluşturan unsurlara göre sermaye azaltımı dolayısıyla vergilendirme yapılması söz konusu olabilecektir.

Yapılacak sermaye azaltımında;

- Öncelikle, işletmeden çekilmesi halinde kurumlar vergisine ve kâr dağıtımına bağlı vergi kesintisine tabi tutulacak hesapların (pasif kalemlere ait enflasyon fark hesapları, yeniden değerlendirme değer artış fonu, iştirakler yeniden değerlendirme değer artış fonu, maliyet artış fonu vb.),

- Sonra, sadece kâr dağıtımına bağlı vergi kesintisine tabi tutulacak hesapların (geçmiş yıl kârları, olağüstü yedekler vb.),

- Son olarak ise işletmeden çekilmesi halinde vergilendirilmeyecek olan aynı ve nakdi sermayenin işletmeden çekildiği kabul edilecektir.”

Kısmi bölünme müessesesine ilişkin kanun hükümleri açık olduğu halde, Tebliğ Taslağı'nın bu düzenlemesinde öngörüldüğü gibi

kısmi bölünmede zorunlu olarak sermaye azaltımı yapılması halinde, geçmişte sermayeye ilave edilen fonların işletmeden çekildiğinin kabulü ile vergilendirme yapılmasının hiçbir kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Zira kısmi bölünme yoluyla bölünen şirket fon hesapları, enflasyon düzeltmesi olumlu farkları, geçmiş yıl kârlarını da içeren sermayenin azaltımı ve bu miktarın devralan şirkete aktarımı sonucunda bölünen şirket ortaklarına hisse verilmesi, şirket ortaklarının varlıklarında artışa neden olmamakta ve şirket ortaklarına kanun hükmünün öngördüğünün dışında herhangi bir vergisel avantaj sağlamamaktadır. Keza bölünen şirkette özsermayede gerçekleşen azalma kadar devralan şirkette sermaye artırımı eş zamanlı olarak yapılmaktadır. Bölünen şirketin sermaye azaltımında kullanılan bölünen şirket fon hesapları, enflasyon düzeltmesi olumlu farkları, geçmiş yıl kârları, bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketteki sermaye tutarlarını ifade etmektedir. Başka bir ifade ile, bölünen şirkette sermayeye eklenmiş bu hesaplar, kısmi bölünme ile esasen devralan şirket sermayesinin içinde varlıklarını sürdürmektedir. Bu sebeplerden dolayı, mevcut kanun hükümleri nazara alındığında bölünen şirkette gerçekleşen sermaye azaltımının şirket fonları, enflasyon düzeltmesi olumlu farkları, geçmiş yıl kârları ile yapılması ve bu hesapların devralan şirketin bilançosuna aynı şekilde aktarılması durumunda işletmeden çekilmiş olarak değerlendirilerek bölünen şirket ortakları yönünden kâr dağıtımının yapıldığını varsaymak ve vergiye tabi tutmak

hukuken mümkün değildir.

Tebliğ Taslağında öngörülen bu düzenleme ile devredilen varlıklara karşı edinilen devralan şirket hisselerinin doğrudan bölünen şirketin ortaklarına verilmesi yöntemi ile gerçekleştirilen kısmi bölünmenin vergiye tabi olmaksızın uygulanma imkânı kalmamaktadır. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, kanunla düzenlenme zorunluluğu olan vergilendirmenin esasına ilişkin bir konunun idarenin düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ve 73. maddesinde yer alan verginin kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Aynı şekilde, kanunda açıkça düzenlenen hükümleri işlemez hale getiren idarenin düzenleyici işlemleri de Anayasanın yukarıda belirtilen ilgileri maddelerine aykırı olacaktır. Bu sebeple, Tebliğ Taslağı'nda yer verilen bu düzenlemenin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, yapılacak sermaye azaltımında hangi hesabın önce çekilmesi gerektiğine ilişkin sıralamanın idarenin düzenleyici işlemi ile düzenlenmesi hukuka aykırıdır. Böyle bir düzenlemenin de kanunda açık olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Tebliğ Taslağı'nın 2. maddesinde “*Üretim ve hizmet işletmeleri ile fiziki ve teknik bütünlük arz eden, dolayısıyla bu işletmelerden ayrılması mümkün olmayan bina, arsa ve arazi gibi üretim ve hizmet işletmelerinin faaliyetlerinin yürütülmesinde kullanılan*

taşınmazların bu işletmelerden ayrı olarak kısmi bölünmeye konu edilmesi mümkün bulunmamaktadır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde, üretim ya da hizmet işletmesine yönelik kısmi bölünme yapılıyorsa bu işletmelerden ayrılması mümkün olmayan ve faaliyetlerin yürütülmesinde kullanılan bina, arsa ve arazi niteliğindeki taşınmazların kısmi bölünmeye konu edilmesi gerektiği, sadece üretim ya da hizmet işletmesine ait bina, arsa ve arazinin ayrıştırılarak kısmi bölünmeye tabi tutulamayacağı öngörülmektedir. Diğer yandan KVK'nın 19. maddesinde düzenlenen kısmi bölünme müessesesi hükümlerine bakıldığında, taşınmazların, en az iki yıl aktifte yer almış iştirak hisselerinin, üretim işletmelerinin ve hizmet işletmelerinin kısmi bölünmeye tabi olabilecekleri düzenlenmiştir. Kanunun açık hükmünden anlaşılacağı üzere, işletmeye dahil olan varlıklardan taşınmazlar da tek başına kısmi bölünmeye konu edilebilir. Maddenin devamında yer alan *“Ancak, üretim veya hizmet işletmelerinin devrinde, işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için gerekli aktif ve pasif kalemlerin tümünün devredilmesi zorunludur.”* hükmü taşınmazların tek başına kısmi bölünmeye konu edilmesini yasaklamamaktadır. Zira işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için üretim ya da hizmet işletmesinin sürdürüldüğü taşınmazın mülkiyetinin ilgili işletmenin mülkiyetinde olması zorunluluk arz etmemektedir. Taşınmazın kiralanması yolu ile de işletme bütünlük arz edecek şekilde faaliyetlerine devam edebilir.

Bu sebeplerden dolayı, Tebliğ Taslağı düzenlemesi kısmi bölünme müessesesini düzenleyen kanun hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple, ilgili düzenlemenin gözden geçirilmesi ve kanun hükümleri ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Yabancı sermayenin taşınmaza değil doğrudan üretim veya hizmet işletmesine yatırım yapmayı tercih ettiği bilinmektedir. Öte yandan, günümüzde üretim veya hizmet işletmesine yatırım yapan yerli sermaye sahiplerinin de taşınmaza yatırım yapmama eğiliminin olduğu da bir gerçektir. Bu durumda, Tebliğ Taslağı düzenlemesinin, üretim veya hizmet işletmelerinde kullanılan taşınmazların kısmi bölünme ile işletme dışına vergisiz çıkarılmasını olanaksız kılmakta ve yatırım maliyetlerini artırmaktadır. Dolayısıyla, bu şekilde bir düzenlemenin ticari hayatı olumsuz etkileyeceği açıktır. Bu perspektiften bakıldığında, Tebliğ Taslağı'nda yer alan bu düzenlemenin, temel amacı şirketlerin verimliliklerinin ve kârlılıklarının artmasına ortam hazırlamak olan kısmi bölünme müessesesi ile uyumlu olmadığı düşünülmektedir.

IV- Sonuç

Büyüyen sermaye ortaklıklarında, uzmanlaşmaya gitmek, verimliliği artırmak, kârı maksimize etmek ve rekabet gücünü sürdürülebilir hale getirmek amacıyla bölünme müessesesine başvurulabilmektedir. Bu perspektiften bakıldığında, bölünmenin,

zaman içerisinde büyüyen sermaye ortaklığında günün şartlarının gerektirdiği yapılanma planlarının yapılmasına olanak sağlamayı amaçlayan bir hukuki araç olduğu ifade edilebilir. Bölünme, tam bölünme ve kısmi bölünme olmak üzere iki türe ayrılmaktadır. Türk hukukunda bölünmenin maddi hukuk boyutu TTK'da düzenlenmiştir. Ancak bölünmenin vergisel sonuçları KVK'da ve diğer ilgili vergi kanunlarında yer almaktadır.

Vergi hukukunda kısmi bölünme, KVK'nın 19. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde tanımlanmıştır. Kısmi bölünmenin KVK hükümlerine göre gerçekleşmesi halinde bölünen ve devralan şirketin kısmi bölünmeden dolayı vergiye tabi tutulması söz konusu değildir. KVK anlamında kısmi bölünmenin gerçekleşmesi için bölünen kurum, tam mükellef sermaye şirketi ya da sermaye şirketi niteliğindeki yabancı kurum ve devralan kurum sermaye şirketi olmalı, devralan kurumun tam mükellef sermaye şirketi olmalı, kısmi bölünme konusu kanunda belirtilen varlıklar olmalı, bölünen şirketin kısmi bölünmeye konu olan kısmı kayıtlı değer üzerinden devralan şirkete aktarılmalı ve devredilen varlıklara karşılık edinilen devralan şirket hisseleri, bölünen şirkete veya bu şirketin ortaklarına verilmelidir.

Tebliğ Taslağı'nın kısmi bölünme ile ilgili düzenlemeleri yukarıda değerlendirilmiş ve bu değerlendirme neticesinde aşağıdaki

sonuçlara ulaşılmıştır.

1- Tebliğ Taslağı'nın 4. maddesinde yer alan “*Kısmi bölünme işlemlerinde devralan şirket hisselerinin devreden şirket ortaklarına verilmesi halinde, devreden şirket nezdinde sermaye azaltımına gidilmesi gerekeceğinden, devreden şirketin sermayesini oluşturan unsurlara göre sermaye azaltımı dolayısıyla vergilendirme yapılması söz konusu olabilecektir.*” hükmü KVK'da yer alan kısmi bölünme hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira kısmi bölünme yoluyla bölünen şirket fon hesapları, enflasyon düzeltmesi olumlu farkları, geçmiş yıl kârlarını da içeren sermayenin azaltımı ve bu miktarın devralan şirkete aktarımı sonucunda bölünen şirket ortaklarına hisse verilmesi, şirket ortaklarının varlıklarında artışa neden olmamakta ve şirket ortaklarına kanun hükmünün öngördüğünün dışında herhangi bir vergisel avantaj sağlamamakta ve bölünen şirkette sermayeye eklenmiş bu hesaplar, kısmi bölünme ile esasen devralan şirket sermayesinin içinde varlıklarını sürdürmektedir. Dolayısıyla, kısmi bölünme işlemlerinde devralan şirket hisselerinin bölünen şirket ortaklarına verilmesi halinde bölünen şirket nezdinde sermaye azaltımına gidilmesinin vergiye tabi tutulmasını öngören bu düzenlemenin kanuni dayanağı mevcut değildir. Bu sebeple, taslakta öngörülen bu düzenleme verginin yasallığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

2- Tebliğ Taslağı'nın 4. maddesinde:

“Yapılacak sermaye azaltımında;

- Öncelikle, işletmeden çekilmesi halinde kurumlar vergisine ve kâr dağıtımına bağlı vergi kesintisine tabi tutulacak hesapların (pasif kalemlere ait enflasyon fark hesapları, yeniden değerlendirme değer artış fonu, iştirakler yeniden değerlendirme değer artış fonu, maliyet artış fonu vb.),

- Sonra, sadece kâr dağıtımına bağlı vergi kesintisine tabi tutulacak hesapların (geçmiş yıl kârları, olağanüstü yedekler vb.),

- Son olarak ise işletmeden çekilmesi halinde vergilendirilmeyecek olan aynı ve nakdi sermayenin işletmeden çekildiği kabul edilecektir.”

hükmü yer almaktadır. Yapılacak sermaye azaltımında hangi hesabın önce çekilmesi gerektiğine ilişkin sıralamanın idarenin düzenleyici işlemi ile düzenlenmesi mümkün değildir; böyle bir düzenlemenin verginin yasallığı ilkesi uyarınca kanunda açıkça öngörülmesi gerekmektedir.

3- Tebliğ Taslağı'nın 2. maddesinde, *“Üretim ve hizmet işletmeleri ile fiziki ve teknik bütünlük arz eden, dolayısıyla bu işletmelerden ayrılması mümkün olmayan bina, arsa ve arazi gibi üretim ve hizmet işletmelerinin faaliyetlerinin yürütülmesinde kullanılan taşınmazların bu işletmelerden ayrı olarak kısmi bölünmeye konu*

edilmesi mümkün bulunmamaktadır.” düzenlemesi yer almaktadır. KVK'nın 19. maddesinde, taşınmazların, en az iki yıl aktifte yer almış iştirak hisselerinin, üretim işletmelerinin ve hizmet işletmelerinin kısmi bölünmeye tabi olabilecekleri düzenlenmiştir. Kanunun açık hükmünden anlaşılacağı üzere, işletmeye dahil olan varlıklardan taşınmazlar da tek başına kısmi bölünmeye konu edilebilir. Ancak Tebliğ Taslağında öngörülen düzenleme incelendiğinde, kanuni düzenlemenin sınırlandırıldığı açık şekilde anlaşılmaktadır. Zira işletme bütünlüğü korunacak şekilde faaliyetin devamı için üretim ya da hizmet işletmesinin sürdürüldüğü taşınmazın mülkiyetinin ilgili işletmenin mülkiyetinde olması zorunluluk arz etmemektedir. Taşınmazın kiralanması yolu ile de işletme bütünlük arz edecek şekilde faaliyetlerine devam edebilir. Bu sebeplerden dolayı, Tebliğ Taslağı'nın bu düzenlemesi de kısmi bölünme müessesesini düzenleyen kanun hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

AKARCA, Akif/ŞAFAK, Mehmet, “Sermaye Şirketlerinde Kısmi Bölünme ve Vergileme”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/sermaye-sirketlerinde-kismi-bolunme-ve-vergileme/18271>
(Erişim Tarihi: 29.5.2018 saat 16:30)

AKDAĞ GÜNEY, Necla, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketlerin Yeniden Yapılanmasına İlişkin Düzenlemeler Hakkında Genel Değerlendirme*, YÜHFD 2005, C. II, S. 1, s. 499-509.

AKDOĞAN, Abdurrahman, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 11. Bası, Ankara 2013.

AKGÜN, Fatma, *Şirket Bölünmeleri*, SP Kurulu Yeterlik Etüdü, Ankara, Ekim 2001.

AKUĞUR, Mehmet, *Türk Hukukunda Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, İstanbul 2005.

BAKMAZ, Zübeyir, “Kısmi Bölünmenin Sağladığı Vergisel Avantajlardan Yararlanabilmenin Şartları ve Özellikli Hususlar”, *Mali Çözüm Dergisi*, Temmuz- Ağustos 2015.

BÜYÜKYAKA, Cüneyt, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Şirketlerin Bölünme ve Birleşme İşlemlerinin Hukuki Prosedürü”, *Regesta*, S:1, Kasım 2011, s. 79-138.

ÇEBİ, Hakan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, İstanbul 2010.

ÇEKER, Mustafa, “Ticaret Şirketlerinin Genel Hükümleri ve Yeniden Yapılandırılmaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 3-4 (2012), s. 99-120.

ÇOŞTAN, Hülya, *Anonim Ortaklıklarda Bölünme*, Ankara 2004.

ÇOŞTAN, Hülya, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Yeniden Yapılanması”, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu* (Makaleler, Tebliğler) TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013, s. 255-291.

DURGUT, Ramazan, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketlerin Bölünmesi ve Bölünmeye Hakim İlkeler”, e-akademi, Ağustos 2012, S. 126.

EPÇELİ, Sevgi, “Ticaret Kanunu Tasarısının Bölünmeye İlişkin 159, 160 ve 161. Maddeleri Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 84, S. 1, Yıl 2010, s. 193-216.

ERDEM, Ercüment, “Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi-Tür Değişikliği”, *Bankacılar Dergisi*, S. 79, Y. 2011, s. 80-89.

HELVACI, Mehmet, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesi (Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme)*, İstanbul 2004.

KAĞITÇIOĞLU, Mutlu, *Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme*, XII. Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

KENDİGELEN, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Bası, İstanbul 2012.

KEŞLİ, Ahmet, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değişirme”, içinde: Sami Karahan, *Şirketler Hukuku*, 1. Baskı, Konya 2012, s. 157-244.

ODMAN BOZTOSUN, N. Ayşe, “Ticaret Ortaklıklarının Bölünerek Ve/Veya Birleşerek Yeniden Yapılandırılması”, *40. Yılında Türk Ticaret Kanunu*, İstanbul 1997.

ÖZBALCI, Yılmaz, *Son Yasal Değişiklikleri ile Katma Değer Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara 2005.

MOROĞLU, Erdoğan, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu: Değerlendirme ve Öneriler*, 7. Bası, İstanbul 2012.

PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Ankara 2016.

ŞEKER, Sakıp, “Kısmi Bölünmede Doğrular ve Yanlışlar II, *Yaklaşım Dergisi*, Şubat 2007, S. 170
<https://www.kanitymm.com.tr/makale/2007-02%20YAKLASIM%20-%20KISMI%20BOLUNMEDE%20DOGRULAR%20VE%20YANLISLAR-II.pdf> (Erişim Tarihi: 29.5.2018 saat 17:28)

ŞENYÜZ, Doğan /YÜCE, Mehmet/GERÇEK, *Türk Vergi Sistemi*, 11. Bası, Bursa 2014.

TABOĞLU, Esin/ÇALIŞKAN, Sezer, “Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılanmada Son Adım: Bölünme”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 565-574.

TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, - Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme*, İstanbul 2015.

ULUSAN, Hikmet /KOÇSOY, Murat, “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Kısmi Bölünme İşlemi: Kurumlar Vergisi Kanunu ile Karşılaştırılması ve Muhasebeleştirilmesi”, *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, Cilt:9, Sayı:18, 2013.

YASAMAN, Hamdi, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 695-712.

**THE TERMINATION OF THE MANAGEMENT
CONSULTING CONTRACT UNDER
TURKISH LAW**

Kazım ÇINAR¹

ABSTRACT

Globalization and industrialization has features the professionalism and the latter increased the demand for contribution from third parties outside the business, which has increased the legal visibility of the consulting process over decades. Today consulting is a huge sector in total. This study focuses on the reasons for ending management consulting agreements. In order to make the conclusion clear, first the legal aspect of the management consulting contract and the obligations of the parties are discussed, and then the reasons for the termination of the management consulting agreement are be examined without making a distinction on the general provisions or special provisions of Turkish Code of Obligations, No.6098. In this regard, performance, impossibility of performance, expiration of the

¹ Istanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim dalı Araştırma Görevlisi, kazimcinar2@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 07.08.2018
Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26.10.2018

contract period, death, incapacity or bankruptcy of the parties, cancellation contract and acquittance, rescission of contract involving dismissal and resignation are deliberated.

Keywords: *management consulting contract, termination of contract, consultant, end of contractual relationship, Turkish Code of Obligations*

ÖZ

Küreselleşme ve sanayileşme uzmanlaşmayı ön plana çıkarmış, bu da zaman içerisinde işletme dışından üçüncü kişilerin yardımına olan talebini artırmış, bu da danışmanlık işlemlerinin hukuki görünürlüğüne çoğaltmıştır. Bugün danışmanlık mesleği devasa bir sektör olmuştur. Bu çalışma, yönetim danışmanlığı sözleşmelerini sona erdiren sebeplere odaklanmaktadır. Konuyu anlaşılır kılmak için öncelikle yönetim danışmanlığı sözleşmesinin hukuki niteliği ile sözleşme taraflarının borçları/yükümlülükleri konusu üzerinde durulacak, sonrasında ise Türk Borçlar Kanunu sistematüğinde genel hüküm ya da özel hüküm ayırımına gidilmeksizin yönetim danışmanlığı sözleşmesinin sona ermesi sebepleri irdelenecektir. Bu çerçevede ifa, ifa imkânsızlığı, sözleşme süresinin dolması, bir tarafın ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası, bozma sözleşmesi ve ibra, azil ve istifa yolu ile sözleşmenin feshi değerlendirme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *yönetim danışmanlığı sözleşmesi, sözleşmenin sona ermesi, danışman, borç ilişkisinin sona ermesi, Türk Borçlar Kanunu.*

Introduction

With the development of information and communication technology, 20th century has been the peak of globalization. In this framework, global economic activities have become more frequent and complicated beside the number of global cooperation have increased. Due to the tight competition environment, players in many sectors have increased the demand for contribution from third parties outside the business, which has increased the legal visibility of the consulting process.

It might be said that consulting in the professional sense as it is today has first emerged in the 1920s. While the first generation of consultants concentrated on the production phase, in the 1930s, the second generation consultants also handled procurement, sales, releases and accounting issues. In Europe, the consulting sector has grown rapidly since the 1950s, when the business economy turned to American examples. The consulting services requested today include two different trends. The first one is the individual services, which require expertise for individual problems; and the second is a comprehensive consulting service that provides surveillance at all stages of the business activity.

The widespread use of consulting services is an appearance of the interest taken in the solutions offered for business-to-business / technical problems. Today, consulting activities are no longer the only services demanded by large firms or major countries. It appears that many smaller companies as well as state-owned enterprises, receive consulting services. The widespread use of this type of contract, of course, increases the number of disputes that stem from the contract.

If the possibilities of different combinations are aside, two basic types of consulting can be mentioned, which are management consulting and engineering consulting. Although the management consulting contract was mainly dealt with in this study, many of the issues discussed also concern other consulting contracts.

This study focuses on the reasons for ending management consulting agreements. In order to make the conclusion clear, firstly the legal aspect of the management consulting contract and the obligations of the parties will be discussed, and then the reasons for the termination of the management consulting agreement will be examined without making a distinction on the general provisions or special provisions of Turkish Code of Obligations, No.6098.

I. Management Consulting Contract in General

A. Legal Nature of the Contract

As in German law, consulting contract in Turkey is not

regulated as a separate type of contract. Therefore, in order to determine the provisions to be applied to this type of contract, it is necessary to determine what contract type under Turkish Code of Obligation²(hereinafter referred as TCO) should be evaluated. However, it is argued that this is not so important in practice, because the parties determine many details in the contract.³ The performance of the consultant against the consulting fee is to identify problems in the operating environment, to propose solutions and sometimes to overcome the problem by applying the solutions. In other words, the consultant's primary obligation is work or service, so it should be evaluated as a mandate contract.

In this context, the features of service contracts, contracts of work and mandate contracts might be examined.⁴ On the service contract, the worker undertakes to work within a certain or indefinite period, and the party ordering work undertakes to pay a fee. The time, dependency relation, and liability emerges as the important elements of service agreements.⁵ On the other hand, in the management

² OJ 04.02.2011, N.27836.

³ **ALTOP**, Atilla; Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi (*Management Consulting Contracts*), İstanbul, 2003, p.65.

⁴ For more comparison with reserach&development, know-how, franchise and management contracts please see **ALTOP**, p.72-77.

⁵ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler (**Law of Obligations - Specific Contractual Provisions**), Volume 1, İstanbul, 2013, p.382-384; **YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak; Hukuku Özel Hükümler (**Law of Obligations - Specific Contractual Provisions**), İstanbul, 2014, p.870-881; **EREN**, Fikret; Hukuku Özel Hükümler (**Law of Obligations - Specific Contractual Provisions**), Ankara, 2012, p.314-322.

consulting contract, there is not a dependency of consultants, in other words, consultants do not have to do their jobs under the instructions of the job owner personally or on an operator basis and for a period of time. The management consulting contract hence cannot be considered as a service contract.

Within the contracts of work contract, the contractor owes the manufacturing of something in return for the price. Mutual responsibility and an outcome commitment are two distinctive features of this contract.⁶ A work contract could be mentioned if an action is taken to achieve results of work that create value as a success, such as the preparation of a written organization plan or the preparation of a computer software. However, in many respects the management consulting contracts in question are distinguished from the typical work contracts. For example, in the contract of work, unless the work is completed, the worker may return at any time, giving the cost of the part made or fully compensating the contractor for damage and loss. However such a unilateral right of return is not under management consulting contract without a justifiable reason.

A mandate contract is such a contract in which the performance of a job or service is carried out independently and without time limits, the risk of result is on the mandator and the fee is not requested in principle.⁷ Both parties in a mandate contract have a

⁶ EREN, p.581; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.984-999.

⁷ EREN, p.698; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1153-1154.

right to terminate the contractual relationship with a unilateral declaration. A compensation obligation arises only if the said right is used at an improper time. This is also an important point for management consulting contracts. Apart from this, even if the result is not obligatory, it is under the agent's obligation to perform well under the responsibility of care and loyalty. The agent has to act in accordance with the expertise expected from his / her profession. These features accord with management consulting contracts, unless the objectification of the results is clearly obliged.⁸

In the light of these evaluations it is possible to consider the management consultation contract as an atypical or anonymous contract.⁹ Although the management consulting agreement is in conformity with the mandate contract in most parts, it is stated that it is possible to apply the provisions of contract of work for the defects of materialized results. However, it may be a different legal characterization including a mixed contract or a *sui generis* contract, taking the diversity of the acts the consultant undertakes into consideration.

⁸ ALTOP, p.99-104.

⁹ ALTOP argues that it is an "atypical mandate contract". See p.81. However, we argue that this evaluation is not convenient because it is not appropriate to place a typical contract name beside the 'atypical' statement instead of an atypical or anonymous contract, If it is mentioned about a contract that does not fit the legal type. This conclusion does not change in the management consulting contract though the provisions of the mandate contract are applicable considering Article 502/2 of the Turkish Code of Obligations.

B. The Obligations of the Parties

1. The Parties

The parties in the management consulting contract are the consultant who provides consulting services and the client who requests consulting services. The demand of the client emerges anywhere operational know-how requirements arise. The consulting showed up in the free market economy system, but then the public institutions started to demand. Consultancy therefore might be requested from geographies with different economic and political systems.

The environment that provides consulting services is also quite broad including individual consultants, consulting firms, research institutes, government departments and international organizations. Consulting service providers might be tax advisors, lawyers, architects, engineers, etc. who are experts in their fields. However, unlike others, for business consultants, a number of conditions are not considered, but the experience and skills of the persons are taken into account.¹⁰ National and international organizations have been established to protect the reputation of consultants and they have set up professional guidelines for minimum

¹⁰ ALTOP, p.39.

standards for their members.¹¹ The Federation of Association of Management Consultants (FEACO)¹² and the Association of Consulting Management Engineers (ACME) are two of them.

2. The Obligations of the Consultant

a. The Performance of Consultancy

The consultant's principal obligation is the act of counseling activities freely determined by the parties. The scope of the latter can be broadly grouped in general as follows¹³:

Making preliminary investigations (feasibility studies): In this framework, it is necessary to collect all information and data on the basis of the examination of the files for the specific problem posed by the customer who is requesting consultancy or negotiations with employees and so on. Subsequently, these data should be temporarily evaluated for the preparation of the first amendment proposals, and the results should be embodied in an analysis report.

Preparing a solution proposal or plan: It is necessary to work on the analysis made to present the best solution proposal or alternative for the problem the operator is facing.

Implementation of the solution proposal: It may be demanded

¹¹ As a rule, professional directives are only legally binding if they are used in individual contracts. However, it might be significant for the interpretation of contracts because membership of an organization may guarantee his/her qualification.

¹² For the background of the foundation please see <http://www.feaco.org/aboutfeaco/history>.

¹³ ALTOP, p.86-90.

to determine the new workflow, to train the personnel, to determine and implement mandatory organizational measures, and to undertake administrative tasks on the client's behalf within the context of the consulting.

b. Other Responsibilities

Management consultants also have other responsibilities when dealing with counseling. These responsibilities are primarily related to the effectiveness of the consulting activity and the respect of the rights of the person receiving the consulting service.

First of all, loyalty is a characteristic obligation of every contract of employment.¹⁴ This is also dominant in business consulting contracts, because of close working and personal confidence during the consulting period.¹⁵ The loyalty obligation does not prevent the consultant from taking the job elsewhere because knowledge and experience accumulation is inherent in consulting.¹⁶ However, at the same time, it may be decided not to provide consultancy to competing enterprises in the same sector, unless approval is obtained from the customer.¹⁷ Apart from this, it is argued that employees of the

¹⁴ In the doctrine, the obligation to act in the interest of the assignor, informing the attorney-related relationship, presenting advice, promptly notifying the client about any conflicts of interest, was also considered as part of the loyalty obligation. See YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1205.

¹⁵ ALTOP, p.91.

¹⁶ ALTOP, p.94.

¹⁷ According to Article 37/e of the Attorneyship Law, which has a special provision in this framework, a lawyer has to refuse the work proposed to him if he is a lawyer of the other party on the same dispute or a judge to a party.

consultancy firm and the firm taking the consultancy service are unable to hire each other's employees without the consent of the other party, otherwise it will be incompatible with the obligation of loyalty.¹⁸

In order to get the desired benefit from the consultancy, the consultant is obliged to keep the confidential information about the operation, so the information that is given to him and the information he has learned during the consulting activity ca not be transferred to a third person without the customer's permission. This obligation is also often stated in writing in the contracts because of its importance. Some writers evaluate the obligation of confidentiality under loyalty obligation.¹⁹

Another duty of the consultant is the obligation to act diligently, otherwise he/she will be liable to compensate. However, the damage must be proved by the customer and it is hard to prove.²⁰ Unlike an architect or an engineer, the correctness of the actions of a business consultant cannot be controlled in accordance with the rules of predetermined techniques, which makes it determined considering the concrete situation.²¹

Finally, it should be noted that the parties agree on some

¹⁸ ALTOP, p.94.

¹⁹ EREN, 725-726; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1205.

²⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1195.

²¹ ALTOP argues that compensation is determined considering a) Minimum level of education and professional knowledge that the management consultant should have; b) the requirements of a concrete contractual relationship; c) personal abilities and characteristics that the counselor should be known or known to the client seeking counseling. See p.97-98.

secondary obligations. For example, in long-term consulting contracts, it is mostly envisaged that the consultant will periodically or on demand inform the client about the progress of the work. Again, in know-how, consultancy institutions are obliged to provide training and to undertake special training programs or to work with selected personnel of the client to provide transfer of know-how.

3. The Obligation of the Client

a. Price

The main performance of the client company who requests consultancy is to pay the fee.²² First of all, the agreed fee is paid on the consulting contract. Otherwise, according to the legal nature of the concrete contract, the remuneration is determined within the framework of legal provisions. It is accepted that the price is agreed impliedly in accordance with the conditions. If the client claims that the consultant will perform the action without charge, he/she must prove it. In case there is an official charge rates for the wage it is determined within the rates, otherwise the usual agreed wage is paid. If there is no such thing, the court determines.

Different methods have been developed for calculating the wage. In the first method, it is determined considering the number of

²² As is known, the wage is not a mandatory component of the mandate contract in the Turkish Code of Obligations. It is considered among elements that vary according to whether mandate is compulsory or not. See YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1165-1168.

people employed and the time spent, in which the work done is in the forefront. Secondly, the fixed (lump-sum) method of payment is the determination of the cost results as a total cost independent of the time spent. It is heavily used in the industrial and construction sectors, i.e. areas where the value of the object related to the consultancy activity can be fully determined. Another method is to determine the cost of a given project by adding a surplus value for profit and risk on the expenditure made for a specific project where the scope of the undertakings cannot be fully determined at the beginning.²³

Regardless of which method is used, it is necessary to take into account the imperative provisions of the national laws. This is because the contrary provision of national law may be invalid such as anti-moral determinations or provisions constituting lesion beyond moiety. It may also not be possible to set a remuneration, in which some parts of the assets will belong to the other party, as in the case of Art.164/3 of Attorneyship Law.

Even if the consulting fee is decided on a foreign currency, this must be clearly indicated if the payment is to be made in that currency. Otherwise, a Turkish Lira equivalent at the date of payment can be executed according to Art.99 of Turkish Code of Obligations. In practice, payment is made in pieces, not in one go, which varies according to the sector in the manner in which the fee is set.

²³ Consulting Success, "How Consultants Get Paid?" Available at <https://www.consultingsuccess.com/how-consultants-get-paid> (Last accessed on 23 September 2018)

b. Other Obligations

Apart from the wage, the doctrine mentions the obligation to cooperate, keep secrets and take delivery in terms of receiving counseling services.²⁴ In this respect, the party requesting consultancy is obliged to communicate to the consultant the information (business documents, balance sheets) requested by the consultant within the scope of the obligation to cooperate. Failure of the consultant to perform his/her duties as required due to the fact that the customer does not give him the necessary information does not prevent him from receiving the consulting fee. In addition, the client must cooperate in the field, equipment, transport, visa, residence permit and similar procedures necessary for the consultant to perform his / her duties. Within the framework of the obligation to keep confidentiality, the client needs to keep confidential the information and documents about the know-how disclosed by the consultation.

II. Termination of the Contracts and Its Results

As stated, mandate contract provisions are also applicable in the management consulting agreements to a certain extent considering Art. 502/2 TCO.²⁵ So, the provisions of Art.512-514 TCO,

²⁴ ALTOP, p.124-128. The author claims that if the materialization of the work results are obliged, the provisions of default for work contracts should be applied.

²⁵ "Provisions relating to the mandate shall also apply to other contracts of work (work, service and etc) not regulated in this Law to the extent that they fall in accordance with their qualifications"

which regulate the end of the mandate contract, cannot be ignored in terms of the management consulting contract. Besides, the general provisions of the contract should also be considered. However, not all of the reasons to terminate contracts in general comply with the management consulting contract. For example, the combination of the creditor and debtor titles, renewal and cancellation of contract *ex tunc* are either reasonably inconvenient or unlikely to be used in practice for management consulting contracts. Below, the reasons for termination of the management consulting agreements are examined as a whole, without distinction as to the general provisions or according to the provisions pertaining to the mandate contracts.

A. Performance

The usual reason for the end of contracts is performance or fulfillment.²⁶ In terms of the general use of the concept, performance does not put an end to the debt relationship, rather the individual debts included in that relationship. Because debt in broad sense refers to the creditor-debtor relationship and generally includes more than one

²⁶ The legal nature of the performance is controversial in the doctrine. It is possible to talk about three main ideas. In an opinion, the performance is a contract, because the debtor offers the creditor a performance, and the contract is completed with the acceptance of the creditor. According to the second view, it is a material act that ends the debt. Since fulfillment is not a legal transaction, no legal action is necessary; the important point is that the result aimed in the debt relationship is materially realized. The other view accepts the act as a matter of fact depending on the nature of the act. Murat İNCEOĞLU, “ The Legal Nature of Performance and the Problematic of Whether the Debtor's Appropriate Act Constitutes Performance” Ankara University Faculty of Law Journal, V.54, N.4, 2006, Ankara, p.149 ff.

act.²⁷ But if the obligatio consists of a single act, it ends in narrow sense with the performance. In addition, the fulfillment of all the actions in a debt relationship also ends the relationship at all because the relationship remains substanceless.²⁸

As was stated above, the obligation of the consultant is not result-based in principle. Therefore, if the act determined by the contract is performed with the necessary attention and dedication, it will be regarded as having fulfilled the obligation. As a rule, even if an outcome which is contrary to what is expected is not a corrupt. In case the consultant has more than one outstanding obligation and that some of them are performed, the obligatio relationship continues. In other words, it is necessary to look at the content of the contract to confirm the termination of contract.

As a rule, the debtor must perform his/her obligation in personal in the context of Art. 506 TCO. As a matter of fact, the main purpose of consulting is to make use of the consultant's personal and organizational knowledge and experience. The work of consultant can be performed by another one exceptionally. These exceptions are

²⁷ **ANTALYA**, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler(**Law of Obligations – General Provisions**) Vol.1, İstanbul, 2015, p.10; **NOMER**, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler(**Law of Obligations – General Provisions**), İstanbul, 2012, p.7; **OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler(**Law of Obligations – General Provisions**), İstanbul, 2012, p.3; **TEKİNAY**, Selahattin / **AKMAN**, Servet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler(**Law of Obligations – General Provisions**), İstanbul, 1993, p.5-6.

²⁸ **AKINCI**, Şahin; Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi (**The Termination of Mandate Contracts**), Konya, 2004, p.37.

expressed in the law as 'cases where the agent is authorized or the situation is compulsory or customized'.

In order for a contract to end, it is imperative to be performed in the right place and right time in principle. Otherwise, it will not be performed as expected and responsibility will arise. For the place and time of fulfillment, it is first necessary to look at the agreements of the parties. If there is no consensus on this, the performance must be made according to Art. 89 TCO.²⁹ Where there is no agreement between the parties, at the time of performance, each debt is due at the time of birth and can be requested immediately.³⁰

B. Impossibility of Performance

One of the general causes to end the debt is impossibility (Art.136 TCO). However, should be noted that the impossibility considered here is the impossibility that emerges after the agreement because, in the course of the establishment of the contract, this act is not valid in accordance with Article 27 TCO. In this situation, which is also referred to as impossibility in the beginning, the objective impossibility is sought for absolute nullification, that is to say, is

²⁹ One argues that if there is no provision in the contract, the nature of the work should be examined to determine the place of performance. But if it is not possible to determine the place of performance according to the nature of the work, then Art.89 applies. AKINCI, p.43; SEROZAN, Rona; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (**Performance, Performance Obstacles, Unjust Enrichment**), İstanbul, 2016, p.36-37.

³⁰ SEROZAN, p.9; OĞUZMAN/ÖZ, p.248.

impossible for everybody.³¹ If the obligation can be fulfilled by third parties, impossibility will not be objective in principle. However, in contracts where the person of the debtor is vital, it will be necessary to consider this as an objective impossibility.

In the context of the TCO, the impossibility must happen within the reasons the debtor cannot be held responsible for it to end the debt. Otherwise, compensation shall be the issue under Art.112 TCO.

C. The Expiration of the Contract

In the case of management consulting contracts, if the parties decide on a certain period of contract, the contract ends as a rule. Whether the actions born out of the contract are complete and fulfilled as required does not matter for the said termination.³² This period can be determined as a certain date or the moment of realization of an event as it is in other continuous obligatio relations.³³ If the start date is not clearly set, the day on which the contract is established is accepted as the start date of the benefit.³⁴

In practice, either party to the management consulting contracts may be granted a right to extend the contract for a period of time. If the parties agree on this, the contract shall be terminated only if the party to which the contract is entitled does not request to extend

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, p.76-78; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, p.404, NOMER, p.59.

³² ALTOP, p.177.

³³ AKINCI, p.48.

³⁴ ALTOP, p.178.

the contract within the prescribed period of time.³⁵ There is no provision in the TCO for the extension of the contract by keeping silent after the expiration of the contract, as in the case of a rent or service contract, in the case of a termination clause. So there is no implied renewal for management consulting contracts.

D. The Death, Incapacity or Bankruptcy of the Parties

Another mandate contract provision that can be applied to management consulting agreements is Art.513 of TCO. According the first paragraph of the article, “*Unless otherwise understood from the contract or from its nature, the contract is automatically terminated by the death, losing his/her capacity and going bankrupt of the agent or the client. This provision shall also apply at the end of legal entity if one of the parties is a legal entity.*” In that case management consulting contracts are terminated in case of one party’s death, becoming incapable and going bankrupt.

It is stated that relationship based on the mutual trust of the parties and that the rights and obligations of these associations are tightly attached to the person create the above mentioned provision’s ground³⁶ because the client chooses a trustworthy agent and the agent has to act personally as a rule. In case of the death of the client, the inherent occupation and benefits of the contract shall disappear, and

³⁵ ALTOP, p.178.

³⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1221; AKINCI, p.70; TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Law of Obligations – Specific Obligation Relations), Ankara, 1989, p.646.

in the case of death of the agent it is impossible to perform personally. That one of the parties is decided to be absent or terminating the legal entity has the abovementioned results.³⁷

As a rule, the death directly terminates the contract, but the parties can decide the mandate to continue after the death.³⁸ Apart from this, it is accepted that a mandate contract can be concluded for it to be effective after the death.³⁹ However, in practice, it can be stated that if the management consulting contracts are mostly concluded between legal entities, the importance of discussions about the end of consulting by death decreases.

A management consulting contract is directly terminated when one party loses his/her capacity to act, for instance the necessary authorization or licences to perform management consultancy is canceled. In the event a party falls into a limited capacity whether the mandate ends will be determined within the general provisions, which depends on whether the legal representative shall allow or deny the continuation of the consultancy.⁴⁰ If the legal representative does not give the necessary approval, the consulting contract will also end.

Unless otherwise stated or implied by the nature of the contract, with the bankruptcy of one of the parties, the management consulting agreement shall be terminated. Bankruptcy essentially

³⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1221.

³⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1223; AKINCI, 71.

³⁹ AKINCI, p.71.

⁴⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1222; ALTOP, p.178.

does not remove one's rights and the capacity to act, but with the opening of the bankruptcy, the power of appointment on the goods and rights is restricted.⁴¹ The insolvent person cannot make a transaction on goods until they are sold. However, the insolvent was not prevented from doing promissory transactions. In this case, the mandate contract would not end but the dispositive transactions made could be deemed invalid to the extent that it negatively affected the bankruptcy table if Art.513 TCO does not exist.⁴²

It is argued that if the subject matter of mandate is an act on a material outcome such a contract continues despite the bankruptcy of the client because the performance of the work liability does not have a negative effect on the bankruptcy desk.⁴³ On the other hand, a mandate contract, which deals with legal proceedings, must be terminated by the client's bankruptcy because it is not possible for the legal agent to do something that the client cannot do on his own.⁴⁴ In a management consultancy contract, the parties might agree on contracts in which a debt of legal transactions as well as material acts are incurred, in case the act of consultant is deemed to be the determination and providing solution offers for managerial problems. It will then be necessary to look at the content of the contract to assess

⁴¹ **ASLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder /**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema; İcra ve İflas Hukuku (**Execution and Bankruptcy Law**), Ankara, 2016, p.476 ff.; **ALTAY**, Sümer; Türk İflas Hukuku (**Turkish Bankruptcy Law**) – Vol.1, İstanbul, 2004, p.649 ff.

⁴² **AKINCI**, p.80.

⁴³ **TANDOĞAN**, p.471-472; **AKINCI**, p.81.

⁴⁴ **TANDOĞAN**, p.472; **AKINCI**, p.82.

whether the contracting party will automatically terminate if the contracting party goes bankrupt.

Similarly it is stated that the bankruptcy of the agent, who is obliged to see a material business, will not end the mandate contract.⁴⁵ Since that an agent incurred a debt to perform a material act is not related with assets, bankruptcy should not affect the contract due to the nature of the business.⁴⁶ In this case, if the trust of the client is disturbed, the way of discharge can already be applied.

In the case of contracts for the execution of legal transaction, one argues⁴⁷ that if there is a power of attorney that gives the authority of direct representation the bankruptcy of the agent ends the contract, whereas another author argues⁴⁸ it is not necessary for the contracting party to automatically terminate the contract due to the bankruptcy of the agent because the actions taken by the agent affect its own assets. In fact if the client is not immediately dismissed, it means that he/she does not find the situation contrary to his/her own interests. It is then necessary to accept that the contract continues in accordance with the nature of the job. However, it is inevitable to accept the termination of the contract if the bankruptcy of the agent prevents him from fulfilling his obligations arising from the contract. Within the framework of the above-mentioned explanations, the bankruptcy of

⁴⁵ TANDOĞAN, p.475; AKINCI, p.83.

⁴⁶ TANDOĞAN, p.475; AKINCI, p.83.

⁴⁷ TANDOĞAN, p.475.

⁴⁸ AKINCI, p.84-85.

the consulting firm, in terms of management consulting contracts should not automatically terminate the contract as a rule.

As a matter of fact, the profit of the bankrupted company doing its jobs is also to bankruptcy table creditors' benefit. However, the contract may be terminated if the bankruptcy and consulting firm is deprived of certain possibilities and cannot perform the consultancy activity in this framework. For example, if the relation of consulting firm with some information technology companies is interrupted, it may be determined that the contract has been terminated by considering the difficulty of transferring the necessary know-how. In such a case, the consulting firm already has the right to unilaterally terminate the contract by dismissal/discharge.

It has been stated that the mandate contract can be decided by the contract not to end by bankruptcy or incapacity as in death.⁴⁹ In this case, the bankruptcy desk or legal representative, who takes the place of the insolvent or incompetent party, may exercise his right of discharge or resignation. However, it is possible to find opinions that rejected the latter result.⁵⁰ In terms of the management consulting contract, there is no risk for the agreement's continuity after the bankruptcy. The party that thinks that the other party cannot fulfill the contractual obligations because of restriction with the bankruptcy, may always apply to the remedy or resignation, and the bankruptcy of

⁴⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1223.

⁵⁰ AKINCI, p.82.

the other party consists a justifiable reason.

Finally Art.513/2 TCO is worth underlining. According to the Article, *if the termination of the mandate endanger the interests of the client, the agent or his/her successors or their legal representatives are obliged to continue to perform the mandate until the client or his/her successors or their legal representatives can do the works by themselves.* Although death, incompetence or bankruptcy therefore discontinues, contractual obligations may have to be fulfilled for a while according to the conditions of the concrete case. However, it should be noted that the non-binding nature of consulting practice makes it difficult to mention such a necessity. On the other hand, if a certain period of time has passed since the implementation of the management consultation agreement and a small amount of time remains for final report, the fulfillment of the contractual acts required by Article 513/2 may appear as a debt and liability for the parties for a certain period of time.

E. Cancellation Contract and Acquittance

The cancellation contract is a new agreement between the parties to end the contractual relationship between them.⁵¹ Parties are giving up their receivables and debts by means of a cancellation contract. In this context, it is a dispositive transaction.⁵² The

⁵¹ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (**Law of Obligations- General Provisions**), Ankara, 2017, p.284.

⁵² Ibid.

cancellation contract is not an institution organized in the TCO but it is accepted that such a contract can be made within the framework of the notion of party autonomy.⁵³ Within the framework of the provisions on the mandate contract, the parties can always terminate the contract by a unilateral declaration in management consulting contracts, but this does not constitute an obstacle to the acceptance of a cancellation contract.⁵⁴

Cancellation contracts in principle lead to retroactive results.⁵⁵ The parties wish to move to the situation before the contract is completed.⁵⁶ Therefore, the parties must return the executed acts. However, since the agent is obliged to work on some tasks, there is no such thing as a return of the fulfilled actions. In that case, it will be necessary to recognize that cancellation agreements in the management consultation contracts will be effective for the future. The consultant in this framework does not refund part of the wage corresponding to the performance of the work at that time.

An agreement on acquittance regarding a debt between the creditor and the debtor in order to partially or completely remove it is another way to end the consulting contracts. (Art.132 TCO) The distinction between an acquittance agreement and a cancellation agreement is that the former terminated contract in narrower sense.⁵⁷

⁵³ Ibid.

⁵⁴ For the same approach, see AKINCI, p.36.

⁵⁵ EREN, p.1285.

⁵⁶ AKINCI, p.36.

⁵⁷ AKINCI, p.47.

However, if the obligatio relationship consists of a single debt, then the contract will also be terminated.

F. Rescission of the Contract

The concepts of return and rescission of the contract generally mean that a valid contractual party terminates the contractual relation with a unilateral declaration.⁵⁸ Although the term of rescission has not been fully rooted yet in Turkish law, it is often used to express the right to terminate contracts with an *ex nunc* effect. In that case, in the management consulting contracts, one party will be able to terminate the contract by a formative declaration with respect to the general provisions and the discharge and resignation provision of mandate contracts.

1. Discharge and Resignation

Discharge and resignation that ends the contractual relation is the most common ways to terminate the mandate contracts.⁵⁹ Discharge is to end the mandate relation by a unilateral declaration of intention of the client, which is necessary to reach the other, whereas the intention of resignation is given by the agent himself/herself.⁶⁰ Regarding regulation is as follows: "*The agent or the client can always end the contract unilaterally. However, the party ending the*

⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, p.381; NOMER, p.279-281.

⁵⁹ AKINCI, p.35.

⁶⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1220. In this regard, the right to take the contract intent back was seen a disruptive formative right. EREN, p.708.

contract in an improper time obliges to compensate the other party's damages from it." The first sentence of this judgment is accepted as an imperative provision.⁶¹ Both the agent and the client hence cannot give up enjoying their rights at any time.⁶²

Resignation and dismissal have *ex nunc* consequences.⁶³ That's why the actions to not be fulfilled after taking the contractual intent back cannot be recovered whereas those who have been executed may be requested to return with an unjust enrichment claim.⁶⁴

One author has not seen the use of rescission with regard to the right of resignation and discharge given to the parties by the Law, as accurate.⁶⁵ It is argued as the rationale that the rescission removes the permanent contractual relation, and that the contract is terminated with the passing of a certain period of time after the use of this right whereas the agents does not need to wait or have certain reasons to terminate the contract.

The use of the right to resign and discharge, which is described as a disruptive formative right, has not been bound by any

⁶¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1220.

⁶² This has also been subjected to some decisions of the Court of Cassation of Turkey. In one of them it is stated that "*The agents in all mandate forms can always dismiss, and the deputy may always resign from the deputies. This is the legal right of the agent and the client. These rights cannot be renounced in advance. The agent must be paid in proportion to the labor they spend in discharge and resignation. Negotiations and penal clauses involving the adverse are invalid.*" 3.Circle of Civil Disputes, The Number of Case:1997/11339. Accessed in www.kazanci.com. Last accessed in August 6,2018.

⁶³ TANDOĞAN, p.620-621.

⁶⁴ SEROZAN, p.131-132.

⁶⁵ AKINCI, p.57.

circumstance. It should then be possible to end the contract at any time without any obligation to justify it. That the parties are given such a wide mandate in this respect is based on the fact that the mandate is directly related with the personality of the debtor and the contract is based on a special trust relationship.⁶⁶ However, in accordance with Article 512c, the party that ends the contract in an improper time is obliged to compensate. The latter damage is called in the group of negative damages.⁶⁷

The above-mentioned provision also suits the interest of the parties in terms of the management consulting contract because trust relationship and professional ethics, which are important for consulting service, makes the return of the mandate compulsory if the assignment cannot be performed.⁶⁸ In addition, the interest regarding the wage and follow-up contracts enforce the management consultant not to discharge whereas that the client waits for the final consultant makes him/her to be bound to the contract in practice. In other words, the parties do not have an interest in dismissal or resignation unnecessarily.⁶⁹

⁶⁶ TANDOĞAN, p.420. Since it is no longer possible for the author to say that all kinds of proxy contracts are based on a special trust, the contract can not be terminated by resignation or resignation has been put forward without justifiable reasons in some kinds of mandate contracts, according to him. AKINCI denies this idea. See p.61.

⁶⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, p.1220; TANDOĞAN, p.623.

⁶⁸ ALTOP, p.181.

⁶⁹ ALTOP, p.181.

2. Breach of the Contract

In the framework of the general provisions of the TCO, some optional rights were granted to the creditor in case of default of the debtor. In this case, the creditor may demand performance and delay compensation as well as terminate the contract and demand the damages that the contractor has suffered due to the end of the contract before the agreed. (Art.126 TCO) So the client in case the management consultant does not perform his/her obligation with the care and free from defect, and the agent in case the client breaches the obligation to pay fee, should be able to terminate the contract based on the default of the debtor.

III. Conclusion

The management consulting contract having a wide a range of applications is an unnamed contract. The provisions regarding mandate contracts shall be applied to a certain extent in respect of Article 502/2 TCO. Therefore, the provisions of Art.512 to 514 TCO should be taken into account for the termination of the management consulting agreements. The latter, however, do not constitute an obstacle to the termination of the management consulting agreement under the general provisions. But, in general, some of the reasons for the end of the debt or contract may not be appropriate due to the nature of the contract, or almost impossible to be practiced.

The most common reasons for termination of management

consulting contracts is, as examined, completion of performance, subsequent failure of the performance, expiration of contract period, death, incapacity or bankruptcy of one of the parties, cancellation contract or unilateral declaration for the termination. There is no doubt that the terms and consequences of the termination will vary depending on the reason. Especially the termination of the contract according to the general provisions or according to the provisions of the mandate may have different legal consequences.

The basic end for all contracts is performance of parties. Besides, impossibility of performance that emerges after the agreement, the expiration of contract duration, cancellation contract and acquittance should be considered all contracts including consulting management contract. On the other hand, death, incapacity and bankruptcy of the parties are significant and specific reasons to end the consulting management contract in regard to mandate contract provisions in TCO. Finally rescission of contract by way of discharge and resignation is fully in compatible with the nature of consulting management agreements.

The consequences of ending are also briefly mentioned in the section of the reasons of ending. However according to the provision of Art.514 TCO, 'The client or his heirs are responsible for the work the agent has done before he/she has learned that the contract has ended.' This provision is related with the termination of the contract by the unilateral will of the parties, the death, the incapacity or the

bankruptcy. In case of non-authorized representation of the legal proceedings, provisions of agency without authority and *negotiorum gestio* should apply about legal actions made after the end of the mandate authority in principle. However with the above-mentioned legal provision, in order the termination to be able to produce the said result, it is expected from the agent to learn this. But in management consulting contracts, it is generally obliged to perform a material act, not a legal transaction.

BIBLIOGRAPHY

AKINCI, Şahin; Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi (The Termination of Mandate Contracts), Konya, 2004.

ALTAY, Sümer; Türk İflas Hukuku (Turkish Bankruptcy Law) – Vol.1, İstanbul, 2004.

ALTOP, Atilla; Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi (*Management Consulting Contracts*), İstanbul, 2003.

ASLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder /TAŞPINAR AYVAZ, Sema; İcra ve İflas Hukuku (Execution and Bankruptcy Law), Ankara, 2016.

ANTALYA, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler(Law of Obligations – General Provisions) Vol.1, İstanbul, 2015.

ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Law of Obligations – Specific Obligations), Ankara,

2012.

Consulting Success, “How Consultants Get Paid?” Available at <https://www.consultingsuccess.com/how-consultants-get-paid>.

(Last accessed on 23 September 2018)

ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema; “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk” (The Applicable Law for The Concultancy Contracts) Gazi University Faculty of Law Journal, C. XI, N.1-2, 2007.

DAYINLARLI, İnşaat Sektöründe Mali Müşavirlik Sözleşmesi (Public Accountancy in the Construction Sector), Ankara, 1998.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Law of Obligations - Specific Contractual Provisions), Volume 1, İstanbul, 2013.

EREN, Fikret; Hukuku Özel Hükümler (Law of Obligations - Specific Contractual Provisions), Ankara, 2012.

EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Law of Obligations- General Provisions), Ankara, 2017.

İNCEOĞLU, Murat; “ The Legal Nature of Performance and the Problematic of Whether the Debtor's Appropriate Act Constitutes Performance” Ankara University Facult of Law Journal, V.54, N.4, 2006.

OZANOĞLU, Hasan; Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi (Management Consulting Contract, BATİDER, 2000, V.20, N.4.

MOORE, Gerald; The Politics of Management Consulting, New York, 1984.

NOMER, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler(Law of Obligations – General Provisions), İstanbul, 2012.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler(Law of Obligations – General Provisions), İstanbul, 2012.

SEROZAN, Rona; İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (Performance, Performance Obstacles, Unjust Enrichment), İstanbul, 2016.

TEKİNAY, Selahattin / AKMAN, Servet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler(Law of Obligations – General Provisions), İstanbul, 1993.

TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Law of Obligations – Specific Obligation Relations), Ankara, 1989.

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak; Hukuku Özel Hükümler (Law of Obligations - Specific Contractual Provisions), İstanbul, 2014.

**A CRITICAL ANALYSIS OF AUDITOR INDEPENDENCE
UNDER THE NEW AUDIT REGULATIONS
IN THE EU**

*Dr. Ekrem SOLAK**

ABSTRACT

The subject of this article is the need for total independence of the auditors of annual company accounts, so that the companies' investors and shareholders, actual and potential, can place informed and well-founded trust in its official financial statements. This study sets out the various incentives a hired firm of auditors may have for adopting a subjective and unduly favourable stance towards its employers and explains the nature of the risks thereby entailed to the company's investors and shareholders, and indeed to the wider general public. It analyses the various legislative safeguards already adopted and the formal recommendations or proposed directives, made by the EU and US legislatures in recent years, to minimise or eliminate such risks, and assesses whether these regulations could

* PhD, University of Edinburgh.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27.08.2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11.09.2018

ensure auditor independence.

Keywords: *auditor, auditor independence, the role of auditors in corporate governance, audit regulations*

ÖZET

Şirketlerin mevcut pay sahiplerinin ve muhtemel yatırımcılarının, şirket finansal mali durum tablolarına bilinçli ve tam olarak güvenmelerine hizmet eden, ‘şirketlerin yıllık hesap denetçilerinin tam bağımsızlığının gerekliliği’ hususu bu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Bu çalışma, şirketleri denetleyen denetim şirketlerinin subjektif ve haksız bir şekilde şirketler lehine tutum almasına neden olan muhtelif saikleri ortaya koymakta ve dolayısıyla bu yanlı tutumun yatırımcılar ile pay sahipleri ve kamu bakımından teşkil ettiği risklerin niteliğini açıklamaktadır. Makale bu riskleri azaltmak için Amerika Birleşik Devletleri’nde ve Avrupa’da kabul edilmiş çeşitli yasal düzenlemeleri incelemekte ve bu düzenlemelerin şirket denetçilerinin bağımsızlığını sağlayıp sağlayamadığını değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Denetçi, denetçi bağımsızlığı, denetçilerin kurumsal yönetimdeki rolü, bağımsız denetim düzenlemeleri*

I- INTRODUCTION

Auditing and audit reports are essential tools for a functioning capital market and a corporate governance system.¹ An effective, strong audit system is essential to create market trust and confidence because it provides a fair and true picture of the companies, which are audited, and minimises the cost of capital for those commercial entities in a healthy financial position.² Audit reports provide a powerful tool for shareholders and other constituencies to monitor how a company is managed, and in this way they enhance the corporate governance system, and companies' businesses and affairs.³

The past audit failures⁴ - Enron, WorldCom, Independent

¹ EBKE, Werner, "Accounting, Auditing, and Global Capital Markets" **Corporations, Capital Markets and Business in the Law** Ed. BAUMS, Theodor/HOPT, Klaus/ HORN, Norbert, Kluwer Law, 2000, p. 113; The High Level Group of Company Law Experts, "Report on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe", 2002, p. 70.

² European Commission, *Green Paper: Audit Policy – Lessons from the Crisis* COM(2010) p. 3-6.

³ EBKE, Werner, "Corporate Governance and Auditor Independence" **Reforming Company and Takeover Law in Europe**, Ed., FERRARINI, Guido, Oxford University Press, 2004, p. 508.

⁴ See, COFFEE, John, "What Caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990's" **Cornell Law Review**, Vol. 89, Issue 4, pp. 269-284, 269-272; MELIS, Andrea "Corporate Governance Failures: To What Extent Is Parmalat

Insurance, Lernout & Hauspie, Vivendi and Parmalat in Italy - have demonstrated the need for legal reform to provide an effective audit system.⁵ These collapses were usually associated with the lack of auditor independence.⁶

The independence of audit firms is a prerequisite for an objective, true and fair report as to a company's financial situation. Where there is an absence of impartiality, the audit firms provide biased reports and overlook significant errors or misrepresentations in a company's financial statements; consequently, the audit reports lose their reliability, which in turn creates an overall decline in confidence in the capital market. In that event, investors will be unable to analyse the financial situation of their company satisfactorily, and thus the cost of capital will increase.

In the past, it had been argued that the reputational cost was a sufficient incentive for an auditor to carry out an independent and objective audit.⁷ However, mere reputational constraint is no longer enough to ensure auditor independence. *John Coffee* put forward a

a Particularly Italian Case?" **Corporate Governance: An International Review**, 2005, Vol. 13, pp 478-488.

⁵ FLORES, Cláudio, "New Trends in Auditor Liability" **European Business Organization Law Review**, 2011, Vol 6, pp. 415-436, p. 416.

⁶ DAVIES, Paul, and WORTHINGTON, Sarah, **Gower's Principles of Modern Company Law**, 8th edition, Sweet&Maxwell, 2009, p. 767; COFFEE, John, **Gatekeepers: the Professions and Corporate Governance**, Oxford University Press, 2006, ch 5.

⁷ COFFEE, (n. 4) p. 279-280.

general deterrence theory, which is that the costs of compromising auditor independence and the benefits of acquiescence auditing must be in stable equilibrium.⁸ He observed that the change in financial benefits obtained from the companies and the diminution in the costs of market deterrents impaired auditor independence. According to this theory, the role of audit regulation is to ensure that the incentives to maintain independence are not outweighed by the incentives to compromise. If the balance tilts towards compromise, audit firms are more likely to fail to provide a reliable and transparent report.

Following the Enron failure, the European Council issued a Directive⁹ and the European Commission prepared a recommendation¹⁰ to limit the liability of auditors to protect them from catastrophic losses, so as to retain a competitive audit market. The US responded to the Enron failure by enacting the Sarbanes-Oxley Act (SOX) in 2002.¹¹ The same pattern repeated itself after the 2007-8 financial crisis, in the wake of which it was wondered how these

⁸ COFFEE, (n. 4), p. 288-293.

⁹ Council Directive (EC), 2006/43 concerning statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC [2006] OJL-157 (hereinafter referred to as the Directive of 2006).

¹⁰ Commission Recommendation concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms [2008] OJL 162/39 (hereinafter referred to as 'Recommendation').

¹¹ Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002, Public Law 107-204, 116 Stat. 745.

financial institutions obtained clean audit reports just before they collapsed. The credibility of the auditors was challenged on account of these clean reports.¹² Subsequently, the EC engaged in a broad audit reform. First, it published a Green Paper¹³ and later announced a proposal¹⁴ on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities. These consultation papers finally resulted in the publication of the Directive¹⁵ on statutory audits of annual accounts, and the EU Regulation¹⁶ on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities. It is evident that the EU aims to enhance audit independence by adopting the Directive and the Regulation.

This paper aims to assess the current state of auditor independence under the new directive and regulation, with a reference to US audit regulation. It first defines the auditor's role; secondly it analyses the factors affecting the auditing system; and finally, it

¹² SIKKA, Prem, "Financial Crisis and the Silence of the Auditors" **Accounting, Organisation and Society**, 2009, Vol. 34, pp. 868-873, 869; House of Commons Treasury Committee, 'Banking Crisis: Reforming Corporate Governance and Pay in the City' (Ninth Report of Session 2008-9) 5, 74.

¹³ European Commission, *Audit Policy: Lessons from the Crisis* COM(2010) (hereinafter referred to as 'Green Paper').

¹⁴ European Commission, Proposal for a Regulation on Specific Requirements regarding Statutory Audit of Public Interest Entities, COM(2011) 2011/0359 (hereinafter referred to as 'Proposed Directive').

¹⁵ Council Directive 2014/56/EU Amending Directive 2006/43/EC on Statutory audits of Annual Accounts and Consolidated Accounts [2014] OJ L 158/196 (hereinafter referred to as 'the Directive of 2014').

¹⁶ Council Regulation No 537/2014 on Specific Requirements Regarding Statutory Audit of Public- Interest Entities [2014] OJ L 158/1 (hereinafter referred to as 'the Regulation of 2014').

addresses the question of whether the regulatory steps are sufficient to guarantee the impartiality of auditors in the EU.

II- THE INDEPENDENCE OF AUDITOR

1- The Role of Auditor

In the context of corporate law, one of the most important developments is the separation of ownership and control.¹⁷ This concept means that the management of a company is independent from its shareholders, but the separation of ownership and control causes the agency problems according to the literature because managers could seek to maximise their own interests. Therefore, the interests of managers and shareholders might diverge. The costs arising from managers acting opportunistically, the costs of monitoring them and the costs of aligning the interests of managers and shareholders are called 'agency costs'.¹⁸

Agency costs are the inevitable consequence where decision-

¹⁷ See BERLE, Adolf and Means, Gardiner, **The Modern Corporation and Private Property**, Transaction Publishers, London, 1991.

¹⁸ JENSEN, Michael and MECKLING, William, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure" **Journal of Financial Economics**, 1976, Vol. 3, pp. 305-360, p. 308.

making is delegated to individuals who do not bear the financial outcome of their decisions. The primary reason for the monitoring cost is the information asymmetry between the principal and the agent; the principals do not have the same level of knowledge about the company as their agents.¹⁹ These are often specifically referred to as ‘vertical agency costs’. Agency problems might occur between majority and minority shareholders. This type of agency problems are called ‘horizontal agency problems’.²⁰ They usually exist in closely-held companies and large companies with a controlling shareholder. Agency problems might arise even in a sole proprietorship between the shareholder and the creditor when the company decides to bring in additional capital in the form of debt.²¹ The sole shareholder has incentive to take greater risks because the creditor is at risk in the case of the failure of the company. The creditor carries the risk of failure and suffers agency cost because of the decreased value of the loan. This last type of agency problem is based on the fact that corporate decisions primarily aim to maximise shareholders’ value, even to the detriment of creditors.

¹⁹ ARMOUR, John/ HANSMANN, Henry/ KRAAKMAN, Reiner ‘Agency Problems and Legal Strategies’ **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**, Eds, Reiner Kraakman et al., 3rd edition, OUP, 2017, p. 29.

²⁰ See, ROE, Mark ‘The Institutions of Corporate Governance’, **Handbook of New Institutional Economics**, eds, MÉNARD, Claude/ SHIRLEY, Mary, Springer, 2008 p. 371.

²¹ COLBERT, Janet/JAHERA, John, “The Role Of The Audit And Agency Theory” **The Journal of Applied Business Research**, 1988, Vol. 4, pp 7-12, p. 8.

To mitigate agency problems, shareholders, creditors, future investors, and other related parties could look into the financial statements of the company to obtain more information regarding the real position and performance of the company, but the reliability of company accounts is only guaranteed if an independent person or firm controls the financial statements of the company.²² Auditing enters into the picture as an independent check and control on the accuracy of the financial statements.

In essence, ‘audit is a control mechanism to monitor conduct and performance, and to secure or enforce accountability’.²³ Auditors are natural gatekeepers who aim to detect fraudulent transactions in the market.²⁴ The classic definition of an auditor is that he is a reputational intermediary²⁵ who verifies the financial statements of a company to investors by lending its reputation²⁶ to the investor to make

²² QUICK, Reiner/ WARMING-RASMUSSEN, Bent, “Auditor Independence and the Provision of NASs Perception by German Investors” **International Journal of Auditing**, 2009, Vol. 13, pp. 141-162.

²³ David Flint, **Philosophy and Principles of Auditing**, Macmillan, 1988, p. 12.

²⁴ KRAAKMAN, Reiner, “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy” **Journal of Law, Economics, and Organisation**, 1986, Vol. 2, pp. 53-104, p. 54.

²⁵ COFFEE (n 4) p. 280; In *Dileo v Ernst&Young*, 901 F.2d 624, 629 (7th Cir. 1990), Judge Frank Easterbrook concluded that ‘...an accountant’s greatest asset is its reputation for honesty, followed closely by its reputation for careful work...’.

²⁶ They are repeat players in the market who police the players in order to protect their reputations, see KRAAKMAN (n 24) p. 94.

it trust the company's disclosures.²⁷ In the context of corporate governance, auditors carry out this role by checking the financial statements of companies and monitoring the activities and performance of management for the benefit of shareholders, creditors, and other related parties. As a result of audit, shareholders and other parties are more confident that company accounts represent the true and fair view of the financial condition and performance of the company.

The US-American Center for Audit Quality defines the role of auditors in corporate governance, as follows:

‘An independent financial statement audit is conducted by a registered public accounting firm. It includes examining, on a test basis, evidence supporting the amounts and disclosures in the company's financial statements, an assessment of the accounting principles used, and significant estimates made by management, as well as evaluating the overall financial statement presentation to form an opinion on whether the financial statements taken as a whole are free from material misstatement’.²⁸

²⁷ CUNNINGHAM, Lawrence, “Beyond Liability: Rewarding Effective Gatekeepers” *Minnesota Law Review*, 2008, Vol. 92, pp. 323-386, p. 328.

²⁸ Center For Audit Quality, ‘In-Depth Guide to Public Company Auditing’, (2011) 3 available at http://www.thecaq.org/publications/In-Depth_GuidetoPublicCompanyAuditing.pdf accessed 07.08.2013.

Auditors provide reasonable assurance to the capital market.²⁹ In this regard, this additional assurance provides a disincentive to management to follow their own interests and gives more confidence to shareholders and the future investors, thereby increasing the liquidity of the markets.

As audit reports provide transparency in the capital market by enabling stakeholders to perceive the condition of the company, the auditor also carries out a ‘public watchdog function’. Likewise, the American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) stated that independent auditors carry out a public trust role. If the public do not trust audit firms, it will not rely on the audit reports and will be less likely to invest in that company, which in turn will cause an increase of the capital. The public trust role of auditors is described in *United States v. Arthur Young & Co* as follows:

‘By certifying the public reports that collectively depict a corporation’s financial status, the independent auditor assumes a public responsibility transcending any employment relationship with the client. The independent public accountant performing this special function owes ultimate allegiance to the

²⁹ MOORE Don/ TETLOCK, Philip/ TANLU Lloyd/ BAZERMAN Max, “Conflicts of Interest and The Case of Auditor Independence: Moral Seduction and Strategic Issue Cycling” *Academy of Management Review*, 2006, Vol. 31, pp. 10-29, p. 13.

corporation's creditors and stockholders, as well as to the investing public. This "public watchdog" function demands that the accountant maintain total independence from the client at all times and requires complete fidelity to the public trust'.

A similar approach is acknowledged in the Directive of 2006: 'the public-interest function of statutory auditors means that a broader community of people and institutions rely on the quality of a statutory auditor's work. Good quality contributes to the orderly functioning of markets by enhancing the integrity and efficiency of financial statements.'³⁰

As a result, auditors are part of checks and balances of corporate governance. They exist to address agency problems in corporate governance and to monitor activities of management, and in some cases the majority shareholders in the company, and to attest to company's performance for the benefit of shareholders, creditors, and other related parties. The role of auditors is to provide some assurance that managers or dominant shareholders are not seeking to maximise their own interests to the detriment of other constituencies. By ensuring that the annual reports of the company demonstrate a true and fair view of the company's financial position and performance, it also carries out a public watchdog role in the capital market.³¹

³⁰ Paragraph 8 of the Directive of 2006.

³¹ KRAAKMAN (n 24) 54; see DOPUCHA, Nicholas/ KINGA, Ronald/ SCHWARTZ Rachel, "Contingent Rents and Auditors' Independence: Appearance

2- The Independence of Auditors

The role of auditors is easy to state, but it is very difficult to achieve. On the one hand the role of auditors in corporate governance requires auditors to be challenging, independent and sceptical regarding the management of the company. On the other hand, the management of the company has strong incentives to present the company's position in the best light, even if the real position of the company is not close to what has been presented in the audit report. Hence, both EU and US law require both public interest entities (PIEs)³² and listed companies to be checked by an independent auditor or audit firm at the said entities'/companies' expense.³³ From the point of view of shareholders, creditors and other related parties, audit reports are only valuable and reliable when they are appropriately prepared by independent auditors. Otherwise, there would be no reason to require a company to be audited by an external auditor.³⁴ If the public no longer trust the audit report, then the costs of capital might increase

vs Fact" **Asia-Pacific Journal of Accounting & Economics**, 2004, Vol. 11, pp. 47-70.

³² Article 2/13 of the Directive of 2006.

³³ EBKE, Werner, 'In Search of Alternatives: Comparative Reflections on Corporate Governance and the Independent Auditor's Responsibilities' **Northwestern University Law Review**, 1984, Vol. 79, p. 665, p. 672.

³⁴ Moore et al (n 29) 13.

and the market collapse might follow.³⁵ From the collapse of the City of Glasgow in 1878 to the Enron failure in 2001 and the 2007-8 financial crisis, these failures were partially associated with audit failures and subsequent reform attempts intended to enhance the auditor independence.³⁶

The concept of independence comprises the concepts of “auditor in mind” and “auditor in appearance”.³⁷ The first refers to ‘the state of mind that permits the expression of a conclusion without being affected by influences that compromise professional judgment, thereby allowing an individual to act with integrity and exercise objectivity and professional scepticism’. The latter means that ‘the avoidance of facts and circumstances that are so significant that a reasonable and informed third party would be likely to conclude, weighing all the specific facts and circumstances, that the integrity, objectivity or professional scepticism of a firm or a member of the audit team has been compromised’.³⁸ An auditor must satisfy both requirements in order to be deemed independent.

Until the Enron crisis, the field of auditor independence had

³⁵ Max Planck Institute “Working Group on Auditor Independence - Comments on the European Commission Green Paper: Audit Policy – Lessons from the Crisis” **Max Planck Private Law Research Paper No. 10/24**, 2011, p. 4.

³⁶ MENNICKEN, Andrea/ POWER, Michael, ‘Auditing and Corporate Governance’ **The Oxford Handbook of Corporate Governance**, Ed. WRIGHT, Mike/ SIEGEL, Donald/ KEASEY, Kevin/ FILATOTCHEV, Igor Oxford University Press, 2013, p. 313.

³⁷ International Federation of Accountants (IFAC) Code of Ethics s 290.6.

³⁸ IFAC Code of Ethics s 290.6.

not been regulated by legislatures on both sides of the Atlantic. However, following the Enron crisis, the EU and US initiated a reform process and imposed requirements on auditors to enhance their independence. According to *Coffee*, the role of audit regulation is to provide that the incentives to maintain independence overwhelm the incentive to acquiesce. This theory focuses on the costs and benefits to auditors when they compromise their independence by **acquiescing** to the management's demands as to the financial statements.

The task of auditor regulation is complicated by the structural feature of auditing market.³⁹ While audit regulation requires auditor independence and objectivity, auditing market causes the auditors to have conflicts of interests which bind them to the company rather than shareholders, creditors, and other constituencies.⁴⁰

Firstly, the major primary challenge to the independence of the auditor lies in the structure of the auditing system whereby an auditor is appointed and dismissed by the companies it audits.⁴¹ The

³⁹ See O'CONNOR, Sean 'The Inevitability of Enron And Impossibility of Auditor Independence Under Current Audit System' **Working Paper** < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=303181> accessed 12 July 2012.

⁴⁰ KERSHAW David, 'Waiting for Enron: The Unstable Equilibrium of Auditor Independence Regulation', **Journal of Law and Society**, 2006, Vol. 33, pp. 388-420, p. 390-1.

⁴¹ DAVIES, Paul, 'Enron and Corporate Governance Reform in the UK and the EC' **After Enron Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US**, Ed., ARMOUR, John/ MCCAHERY, Joseph, Hart Publishing, 2006 p. 430.

auditor is naturally concerned with continuing its relationship with its clients. The financial dependence of the auditor on its client creates a conflict of interest between the role of auditor and the interests of the auditing firm. Secondly, the revenue from consulting services constituted more than two-thirds of the total revenue of the audit firms by 2000.⁴² The audit firms may compromise with their client's demands in order to sell more non-audit services (NASs). Thirdly, the long term contracts may inherently impair the independence of auditors because the auditor could become too sympathetic and too accepting of the client's work.

As a result, a number of factors can be said to have a crucial impact on auditor independence. Even a pro-independence equilibrium setting could not ensure an independence-compromising decision or vice versa, depending on auditors' organisational culture, confidence, or even how they feel on a particular day.⁴³ The important point is that this array of considerations makes a considerable contribution to understanding accounting decisions and to assess whether the new EU audit regulation could achieve auditor independence.

III- The EU Regulation on Auditor Independence

The primary role of auditor independence regulation is to limit the

⁴² BYRNES, Nanette 'Where Have all the Accountants Gone?' *Businessweek* (Newyork 27 March 2000) http://www.businessweek.com/2000/00_13/b3674173.htm accessed 16 July 2012.

⁴³ KERSHAW (n 40) p. 393.

possibility that auditors will succumb to the pressure from the company for an acquiescent audit. Acquiescent incentives are primarily related to the audit revenue and the threat of losing audit and consultancy contracts. In addition, behavioural psychology has showed us that actors can depart from objective rational assessments, and cognitive biases could cause auditors to make an acquiescent audit.⁴⁴ The expected legal liability from the acquiescent audit and lost revenue from reputational damage constitute the primary deterrent to auditor acquiescence. Hence, audit regulation should establish a balance between acquiescent incentives and acquiescent deterrents by taking into consideration the realm of audit market. This section briefly discusses whether the major regulatory innovations in the EU relating to auditors could ensure auditor independence without damaging the dynamics of the audit market.

1- Regulating Non-Auditing Services and Audit Fees

Audit firms are appointed and paid by the client companies which they audit. Many authorities believe that the bargaining power of the client often outweighs the duties of the auditor because the management of the company is aware of its bargaining power. The management have an incentive to employ that bargaining power to

⁴⁴ SUNSTEIN, Cass, 'Behavioural Analysis of Law' **University of Chicago Law Review**, 1997, Vol. 64, p. 1175.

manipulate the audit reports in order to make the company look healthier than it is in reality for the purpose of maximising its own short-term interest. Therefore, there is an inherent conflict of interests between the role of auditors and the interests of auditor.

This conflict of interest is complicated by the features and types of the income of audit firms. The revenue streams of an audit firm consist of the audit fee and fees from non-audit services (NASs). The NASs include tax planning, corporate finance, information technology, and human resources. In the past, the audit firms experienced a rapid increase in the revenue from their consulting services departments in the 1980s and 1990s while that from the audit section was stagnating.⁴⁵ In the 1990s the revenue of big auditing firms from consulting services increased from 12 per cent to 50 per cent of the total revenue of the auditing firms⁴⁶, and in 2000 the income from the auditing service constituted less than one-third of the total revenue of the auditing firms.⁴⁷

The cross-selling of consulting service threatened the independence of the auditor⁴⁸ because the auditors would lose the significant amount of consulting revenue if they were to terminate their relationship with their client, and the auditor would thus be

⁴⁵ BYRNES, Nanette, 'Where Have all the Accountants Gone?' *Businessweek* (Newyork 27 March 2000) http://www.businessweek.com/2000/00_13/b3674173.htm accessed 16 July 2012.

⁴⁶ EBKE (n 3) 520-522.

⁴⁷ See BYRNES (n 45).

⁴⁸ COFFEE (n 4) 291-302; CUNNINGHAM (n 27) 344.

motivated to continue this relationship as long as possible. Because of the increased income from the provision of NASs, the consulting divisions of the auditing firms became more important and powerful.⁴⁹ They were able to exert pressure on the statutory audit team to please their clients. In order to sell more consulting services, the audit firms developed a marketing strategy that sells auditing service below cost ('low-balling').⁵⁰ The idea behind the strategy is that the auditing service is a kind of investment for lucrative consulting services. In other words, the auditing services became a portal to lucrative consulting services for the auditor.⁵¹ This causes a situation in which the audit firm is dependent to its client due to the 'low-balling' strategy.

There is also a concern that the provision of NASs to the same company creates a conflict of interest which inherently reduces the scepticism of auditor because of the self-interest threat and financial

⁴⁹ PARTNOY, Frank, 'Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime' **Washington University Law Review**, 2001, Vol. 79, pp. 491-548; TROMPETER, Greg, 'The Effect of Partner Compensation Schemes and Generally Accepted Accounting Principles on Audit Partner Judgment' **Auditing: Journal of Practice and Theory**, 1994, Vol. 13, pp. 56-76 p 63.

⁵⁰ Coffee (n 4) 291.

⁵¹ LAI, Kam/ YIM, Andrew, 'NASs and Big 5 Auditor Independence: Evidence from Audit Pricing and Audit Opinion of Initial Engagement' http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=340000 accessed 21 July 2012 p. 5.

dependence on the client,⁵² because the audit firms might be willing to please their clients in order to provide lucrative NASs. It is likely that the management of company which is aware of its bargaining power may put pressure on audit firm for an overlooked audit, by threatening to dismiss NASs. An example from the UK Committee on Economic Affairs UK market supports the foregoing arguments:

*‘In addition to auditing Northern Rock, PwC received some £700,000 in 2006 in consultancy income from Northern Rock. The House of Common Treasury Select Committee referred to this as an apparent conflict of interest’.*⁵³

From another perspective, the provision of NASs might also create a self-review threat to the auditor independence. An auditor providing consulting services to its client may lose its independence, objectivity and independence because eventually it would have to check a number of accounts which are prepared by it.⁵⁴ It may create a situation in which the auditor ignores misstatements.⁵⁵ As a result, consulting services may affect the auditor independence, objectivity

⁵² FERREIRA-GOMES, Jose Joao Montes, ‘Auditors as Gatekeepers: The European Reform of Auditors’ Legal Regime and the American Influence’ **Columbia Law Journal**, 2005, Vol. 11, pp. 665, p. 687; KINNEY, William/ PALMROSE, Zoey-Vonna/ Scholz, SUSAN, ‘Auditor Independence, NASs, and Restatements: Was the U.S. Government Right?’ **Journal of Accounting Research**, 2004, Vol. 42, pp. 561-588, p. 565.

⁵³ Committee on Economic Affairs, *Auditors: Market Concentration and Their Role* (HL 2011-01) a 24.

⁵⁴ QUICK AND WARNING-RASMUSSEN (n 22) p. 145.

⁵⁵ BARTLETT, Roger ‘A Heretical Challenge to the Invention of Auditor Independence’ **Accounting Horizons**, 1991, Vol. 5, pp. 11, p. 13.

and quality because the interest in providing consulting services impairs the auditor independence and objectivity.

There are, however, some empirical researches which could not find an association between the auditor independence in fact (and in mind) and non-audit fees.⁵⁶ Nevertheless, in terms of independence in appearance, empirical studies have revealed that consulting services have a negative impact on independence in appearance.⁵⁷ As article 22 of Directive of 2006 and Article 290.8 of the International Federation of Accountants of the Code of Ethical Standards 2011 stated, the view of an objective, reasonable and informed third party with regard to auditor independence is of equal importance with the independence in fact in determining whether an auditor is independent. Since NASs have a negative impact on auditor independence in the eyes of an objective and reasonable third party, the NASs could jeopardise that auditor independence. As a result, NASs should be regulated and restricted in order to promote public

⁵⁶ JOE, Jennifer/ VANDERVELDE, Scott 'Do Auditor-Provided Non-audit Services Improve Audit Effectiveness?' **Contemporary Accounting Research**, 2007, Vol. 24, Issue 2, pp. 467–487; DEE, Carol/ LULSEGED, Ayalew/ NOWLIN, Tanya 'Prominent Audit Clients And The Relation Between Discretionary Accruals And Non-Audit Service Fees' **Advances in Accounting**, 2006, Vol. 22, pp. 123–148.

⁵⁷ CHIEN, Shu-Hua/ CHEN, Yahn-Shir 'The Provision of NASs by Accounting Firms after the Enron Bankruptcy in the United States' **International Journal of Management**, 2000, Vol. 22, pp. 300-308; KRISHNAN, Jayanthi/ SAMI, Heibatollah/ ZHANG, Yinqi 'Does the Provision of Non-audit Services Affect Investor Perceptions of Auditor Independence?' **Auditing: A Journal of Practice & Theory**, 2005, Vol. 24, pp. 111-135.

confidence in the capital markets.

Following the Enron crisis, US has prohibited nine types of NASs.⁵⁸ However, the Directive of 2006 preferred not to provide a black list for the NASs.⁵⁹ Article 22 of the Directive of 2006 merely set out a principle that an auditor should not provide auditing service where ‘an objective, reasonable and informed third party would conclude that statutory auditor’s or audit firms’ independence is compromised’. Without a definite list of the banned NASs, auditors and companies need to make a case by case examination where NASs lead to a conflict of interest. Therefore, the Directive of 2006 leaves a broad discretionary power to the auditors. Moreover, as SEC stated in 2001, ‘certain NASs inherently impair independence’.⁶⁰ Likewise, the Treasury Select Committee of the House of Commons stated in 2009 that ‘we strongly believe that investor confidence, and trust in audit would be enhanced by a prohibition on audit firms conducting non-audit work for the same company, and recommend that the Financial Reporting Council consult on this proposal at the earliest

⁵⁸ Section 201 of the Sarbanes-Oxley Act.

⁵⁹ European Commission, *Staff Working Paper Impact Assessment Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2006/43/EC on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts and a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities* (2011) COM(2011)779.

⁶⁰ Securities Exchange Office (SEC) ‘Final Rule: Revision of the Commission’s Auditor Independence Requirements’ <http://www.sec.gov/rules/final/33-7919.htm> accessed 17 July 2012.

opportunity'.⁶¹ However, a significant number of professionals disagree with the idea of prohibition of NASs.⁶² It is not known how the matter should be resolved. There are three alternative ways discussed by the EU to regulate NASs: prohibition of any NASs to the same client, pure audit firms, and prohibition on certain NASs.⁶³

The first option is to ban an auditor from providing all kind of NASs. Under this option, the audit firm is banned from providing NASs to a client to which it already provides statutory audit. A complete ban seems an easily enforceable rule; however, it would be a disproportionate solution to impose complete prohibition on all NASs.⁶⁴ Enhancing auditor independence could be achieved by a less restrictive method. In addition, a complete ban on provision of any NASs would offend the principle of proportionality. Another significant drawback is that if an audit firm provides statutory audit services, it cannot provide NASs to the same client; hence, after audit firm rotation, the company has very limited choice as to audit firms

⁶¹ House of Commons Treasury Committee, 'Banking Crisis: Reforming Corporate Governance and Pay in the City' (2009) 84.

⁶² European Commission 'Summary Of Responses Green Paper Audit Policy: Lessons From The Crisis' (2011) http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/audit/summary_responses_en.pdf accessed 12 July 2012.

⁶³ IMPACT ASSESSMENT (n 59) 34.

⁶⁴ Max Planck Institute Working Group on Auditor Independence, 'Auditor Independence at the Crossroads-Regulation and Incentives' **EBOLR**, 2011, Vol. 13, pp. 89-103, p. 94.

on the international level under the current auditing market features.

The second option is to prohibit an audit firm to provide NASs to its clients. In other words, an audit firm is allowed to provide only statutory audits under this option. If this succeeded, the problems of the independence in mind and appearance could be resolved, because it would remove the source of conflict of interests. The auditor's credibility would eventually increase due to the perception that the conflict of interest is removed permanently. However, it has significant drawbacks.⁶⁵ Firstly, current audit firms would need to split into audit and consulting companies. Secondly, audit firms would not be able to understand the nature of their client's operations. Thirdly, 'pure audit' firms may prevent the growth of small audit firms. As a result, it is not an effective solution for the independence issue.

The final option is that if an audit firm provides statutory and financial audit services to a particular client, it would not provide certain kind of NASs. This final method has clear advantages: First, allowing limited number of NASs means that the self-interest threat will no longer be a threat in terms of auditor independence; secondly, creating a blacklist helps to harmonise audit policy at the EU level and create a level playing field for the audit firms in the EU; thirdly, it removes legal uncertainties as to NASs across the EU; finally, this option is a more proportionate solution to NASs when compared with

⁶⁵ IMPACT ASSESSMENT (n 59), 167.

other options.⁶⁶ The House of Lords Select Committee on Economic Affairs, which also supported this solution, stated:

*‘We are not convinced that a complete ban on audit firms carrying out non-audit work for clients whose accounts they audit is justified. But we recommend that a firm’s external auditors should be banned from providing internal audit, tax advisory services and advice to the risk committee for that firm’.*⁶⁷

Likewise, the SEC claims that certain types of NASs inherently jeopardise the independence of the auditors regardless of the magnitude of the fees generated from them.⁶⁸ The SEC sets out three criteria with regard to how to determine which kind of NASs should be banned:

‘(1) an auditor cannot function in the role of management,
(2) An auditor cannot audit his or her own work, and
(3) An auditor cannot serve in an advocacy role for his or her client’.⁶⁹

According to the above principles, first of all, the provision of bookkeeping services and the preparation of accounting records and

⁶⁶ Impact Assessment (n 59), p. 164.

⁶⁷ Committee (n 61) p. 24.

⁶⁸ SEC (n 60).

⁶⁹ SEC Proposed Rule, *Strengthening the Commission’s Requirements Regarding Auditor Independence* (2002) SEC Release 33-8154.

financial statements inherently impair the auditor's independence; accordingly, these kinds of services should be banned. The idea behind the prohibition is that where an auditor provides bookkeeping services, the auditor might later be in a position to check its own work. Nevertheless, the audit firm may not be able to adequately assess its previous work (self-review threat)⁷⁰ because if it finds an error in the bookkeeping, it will probably not raise the issue on account of its contract with its client or litigation risk. Similarly, designing a hardware or software which stores the financial information might impair the auditor's independence.⁷¹ Nonetheless, it does not mean that an audit firm should be precluded from preparing all kind of computer tools or programs for its clients, provided that the audit committee approves these tools or programs. Secondly, the appraisal, valuation services or other kind of contribution to those services and fairness opinions might inherently jeopardise the independence of auditors because there is a probability of self-review threat. If appraisal or valuation contains expectations in regard to future cash flow, the auditor might not be sufficiently sceptical as to a future project because it is already involved with the preparation stage of the project.⁷² As a result, an auditor should not become involved in the appraisal or valuation services. Thirdly, an external auditor should not be involved in the internal audit stage because, where the auditor

⁷⁰ See 100.12 Of The Code Of Ethics For Professional Accountants.

⁷¹ SEC (n. 60) B.I.7.2.2.

⁷² Ebke (n 3) p. 529.

conducts the statutory audit, it will depend on the internal audit system and thus will need to control its previous work.⁷³ From another perspective, if the company hires an external auditor to carry out an internal audit, the external auditor becomes an arm of management and the auditor tenders internal auditing reports to help management of the company and fix problems. In this situation, there is a possibility of inherent conflict of interest and ‘auditor integrity is greatest’.⁷⁴ Therefore, as Dr. *Sarah Blackburn* of the Chartered Institute of Internal Auditors has stated, ‘*internal audit should not come from the external auditors of the company*’ and that ‘*it is useful to have more than one source of assurance and more than one point of view*’.⁷⁵ Thirdly, legal services fundamentally impair the independence of the auditor. An auditor is not independent from its client where it is also the attorney of the client. An attorney’s main duty is to protect the interest of its client; however, the auditor must be independent and objective in order to serve the public. Hence a person cannot be at the same time both a lawyer and the auditor of the same client. In *United States v Arthur Young*, the court stated that ‘*if investors were to review the auditor as an advocate for the corporate client, the value of the audit function itself might well be lost*’.⁷⁶

⁷³ SEC (n. 60) at II.B.4.

⁷⁴ SEC (n. 60) at II.B.4.

⁷⁵ Committee (n 61) p. 24.

⁷⁶ *United States v Arthur Young* 465 US 805, 819-20 (1984).

Likewise, the other expert services with regard to regulatory or administrative bodies impair auditor independence for the very reasons mentioned above. Finally, tax consultancy is a dubious issue in terms of impartiality of the auditors. SOX does not regard tax consultancy as a NAS which inherently impairs auditor independence; thus, it allows the auditors to engage in tax consultancy as long as this service is pre-approved by the audit committee. However, tax consultancy is banned in the Regulation of 2014. It is an effective step to enhance auditor independence because revenue from tax consultancy constitutes a high proportion in relation to the revenue from the consulting services.⁷⁷ Since the EU consists of an enormous number and variety of legal systems, prohibitions on the provision of tax consultancy will have a positive impact on the independence of auditor at EU level.

This final approach is now adopted by the EU. Article 4 of the Regulation of 2014 stipulates that the statutory auditors shall not, directly or indirectly, provide to the audited companies: any tax services; services that involve playing any part in the management or decision-making of the audited company; bookkeeping and preparing accounting records and financial statements, payroll services, designing and implementing internal control or risk management procedures related to the preparation to the preparation and/or control

⁷⁷ BARRETT, Matthew 'Tax Services as A Trojan Horse in The Auditor Independence Provisions Of Sarbanes-Oxley' **Michigan State Law Review**, 2004, Vol. 2004, pp. 463-504, p. 476.

of financial information or designing and implementing financial information technology systems; legal services, services related to the audited entity's internal audit function; services linked to the financing, capital structure and allocation, and investment strategy of the audited entity; except providing assurance services in relation to the financial statements, such as the issuing of comfort letters in connection with prospectuses issued by the audited entity, promoting, dealing in, or underwriting shares in the audited entity; or human resources services.

Prohibiting certain NASs reduces but does not eliminate the general conflict of interest between the role of auditors in corporate governance and financial incentives provided by NASs where the auditors receive considerably higher fees from the NASs. This conflict and the problem of 'low-balling' were not satisfactorily addressed in the Directive of 2006. Article 25 of the latter only prohibited contingency fees and avoided regulating this conflict of interest in detail. Article 4/2 of the Regulation of 2014 sets out that when the statutory auditor provides to the company, for a period of three years or more consecutive years, the allowed NASs, the total fees for such services shall be limited to no more than 70 of the average of the fees paid in the last three consecutive financial years. According to Article 4/3 of the Regulation of 2014, when the total fees received from a public-interest entity in each of the last three

years exceed 15% of the total fees received by the auditor, the auditor shall disclose that fact to the audit committee and discuss its impacts on the independence. These thresholds could mitigate the general conflict and the problem of ‘low-balling’ because they limit the financial incentives for auditors to use the statutory audit service as a door to lucrative consulting services.

Taken together, the prohibition of certain types of NASs, and regulating audit fees might mitigate the conflict of interests between the role of auditors in corporate governance and the financial incentives provided by the NASs. Therefore, Article 4 of the Regulation of 2014 positively contributes to enhancing auditor independence at the EU level, and helps the EU to overcome legal uncertainties and to create a level playing field.

2- Regulating the Length of Auditing Services (Audit Firm Rotation)

Since audit firms are profit-making enterprises, they wish to maintain their commercial relationships for as long as possible.⁷⁸ Therefore, auditors are often motivated to please the management of the company, so as to ensure their re-appointment as auditors, and this

⁷⁸ Average auditor tenure at Fortune 1000 public companies was 22 years see, RAIBORN, Cecily/ SCHORG, Chandra/ MASSOUD, Marcos ‘Should Auditor Rotation Be Mandatory’ **Journal of Corporate Accounting and Finance**, 2006, Vol. 17, pp. 37-49, p. 40.

motivation creates conscious or unconscious bias.⁷⁹ From another perspective, the fact that auditors are paid and dismissed by the companies they audit places considerable pressure on them, and thus they may be motivated to approve the company's financial statements. Moreover, as noted above, after the 1990s, auditing has come to be seen as the ticket to lucrative consulting services. Therefore, the auditors make an investment in the company, expecting to make profit in the long- term. Thus, a threat of termination of contract by the company might serve as an incentive for an auditing firm to distort numbers and conceal the true situation of the company,⁸⁰ or not to report the breach in order to retain their audit and lucrative non-audit work, or to avoid issuing critical reports for the fear of

⁷⁹ WATTS, Ross/ ZIMMERMAN, Jerold, 'Agency Problems, Auditing, and the Theory of the Firm: Some Evidence" **Journal of Law and Economics**, 1983, Vol. 26, Issue 3, 613-633, p. 617-620; Netherland Authority for the Financial Markets, 'Report on general findings regarding audit quality and quality control monitoring' (2012) <<http://www.afm.nl/layouts/afm/default.aspx~/media/files/rapport/2010/report-regarding-audit-quality-quality-control-monitoring.ashx>> accessed 17 July 2018; Australian Securities and Investment Commission, 'Audit Inspection Program Public Report 2009-2010' (2010) [http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/rep242-published-29-June-2011.pdf/\\$file/rep242-published-29-June-2011.pdf](http://www.asic.gov.au/asic/pdflib.nsf/LookupByFileName/rep242-published-29-June-2011.pdf/$file/rep242-published-29-June-2011.pdf) accessed 17 June 2018; Canadian Public Accountability Board, 'Enhancing Audit Quality: Report on the 2010 Inspections of the Quality of Audits Conducted by Public Accounting Firms' (2011) <http://www.cpab-ccrc.ca/en/content/Public_Report_2009_Eng.pdf> accessed 17 June 2018.

⁸⁰ QUICK and WARNING-RASMUSSEN (n 22) p. 146.

losing the client and other short-term drawbacks.⁸¹

Providing auditing services from the same audit firm for a lengthy period of time may create a troublesome degree of closeness between the firm and the company, and auditor independence, objectivity and scepticism may be adversely affected. This may cause the ‘familiarity threat’, which is ‘the threat that due to a long or close relationship with a client or employer, a professional accountant will be too sympathetic to their interests or too accepting of their work’.⁸² Actually, a close relationship between auditors and their clients is inherent in the nature of the work, which requires the auditor and the client to be in close interaction.⁸³ Behavioural psychology provides a further explanation for the root of bias through the concept of ‘self-serving bias’.⁸⁴ In accordance with this approach, ‘our desires powerfully influence the way we interpret information, even when we’re trying to be objective and impartial’.⁸⁵ Much research revealed that self-serving bias could also impair the independence of auditors.⁸⁶ For example, Enron gave a permanent office to Arthur Anderson; the auditors dressed like the employees of Enron and participated in the

⁸¹ See BAZERMAN, Max/ LOWENSTEIN, George/ MOORE, Don, ‘Why Good Accountants Do Bad Audits’ **Harvard Business Review**, 2002, Vol. 80, p. 97.

⁸² 100.12 of The Code Of Ethics For Professional Accountants.

⁸³ MOORE (29) p. 15-29.

⁸⁴ CUNNINGHAM (n 27) p. 345-50.

⁸⁵ BAZERMAN (n. 81) p. 99.

⁸⁶ See Babcock, Linda/ Loewenstein, George ‘Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases’ **Journal of Economic Perspectives**, 1997, Vol. 11, p. 109.

social activities of Enron's workers. *Kevin Jolly*, a former employee of Enron in the finance department, recalled, 'people just thought they were Enron employees'.⁸⁷

Studies on the familiarity threat and self-serving bias show that people tend to select and highlight reasons which are in their favour, without taking into account the overall situation,⁸⁸ and this has a significant impact upon the executive decisions.⁸⁹ In such a situation, when the auditors obtain information about irregularities in the company, they are no longer in a position to evaluate the position objectively. *Dopuch, King and Schwartz* have found that the highest rate of biased audit reports occurred in places where there was no mandatory rotation.⁹⁰

The idea of mandatory rotation is not new.⁹¹ The European Parliament (EP), as well as some legal and accounting experts and auditing professionals, have not supported the change. The EP posits that '*the existing partner rotation arrangements provide the*

⁸⁷ HERRICK, Thaddeus/ BARRIONUEVO, Alexei 'Were Enron, Anderson Too Close to Allow Auditor to Do Its Job' *The Wall Street Journal* (New York January 21, 2002) accessed 25 June 2012.

⁸⁸ See, DIEKMANN, Kristina 'Implicit Justifications' And Self-Serving Group Allocations' (1997) 18 *Journal of Organizational Behaviour* 3.

⁸⁹ Babcock and Loewenstein (n 86) p. 115-126.

⁹⁰ See, BABCOCK, Linda/ LOEWENSTEIN, George/ ISSACHAROFF, Samuel/ Camerer, Colin 'Biased Judgments of Fairness in Bargaining' **American Economic Law Review**, 1995, Vol. 85, p. 1337.

⁹¹ ZEFF, Stephen 'How the U.S. accounting profession got where it is today' **Accounting Horizons**, 2003, Vol. 17, pp. 189-205, p. 200.

independence necessary for audits to be effective'.⁹² In the first instance, the opponents of forced rotation contend that there are numerous factors playing a role in the quality of audit statements, such as the experience and specialisation of the auditor, and the auditor's knowledge and understanding of the company as well as the sector in which it operates. The new audit firm's lack of knowledge regarding the operations of the company will not only result in lower quality audit reports but also lead to the loss of the valuable experience and knowledge acquired by the previous audit firm.⁹³ Secondly, it is stated that at least a two or three year training period is required for an audit firm fully to understand the client and its business, and issue quality reports.⁹⁴ Some researches indicate that, since the new audit firm will not have sufficient knowledge and experience of the company, the probability of audit failure in the learning period will be higher.⁹⁵ In addition, during this period, costs for both the audit firm and the client increase by about 20%.⁹⁶

⁹² European Parliament, 'Report on audit policy: lessons from the crisis' (2011) 2011, INI/2011/2037 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2011-359> accessed 13 June 2018.

⁹³ Deloitte: 'Response to European Green Paper' (2010) <http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Global/Local%20Assets/Documents/Press/Response%20to%20EC%20GP_Audit_Itrandresponse.pdf> accessed 18 June 2018.

⁹⁴ RAIBORN, SCHORG, and MASSOUD (n 78), 40.

⁹⁵ U.S. General Accounting Office, 'Required Study on the Potential Effects of Mandatory Audit Firm Rotation' (2003) <<http://www.gao.gov/assets/250/240736.pdf>> accessed 17 June 2018 p. 6.

⁹⁶ U.S. General Accounting Office (n 95) p. 6.

The objections raised by academics and audit professionals against mandatory rotation seem convincing; however, they focus on the secondary impacts of mandatory rotation and ignore its primary aim, which is to enhance the independence and improve the scepticism of auditors. Italy is the only Member State which has mandatory rotation. A survey conducted in Italy indicates that 69% of managers of listed companies and the association of Italian listed companies agreed that mandatory rotation enhances and guarantees the independence of the auditor.⁹⁷ The mandatory rotation system will limit the tenure of the service contract. When the audit firm knows that the tenure of the service contract is limited, it will be able to resist pressures from the company and will no longer need to please its management.⁹⁸

This is the first point that key audit partner rotation could not resolve. Under the internal rotation system, the audit firm feels itself under pressure not to lose the client. Moreover, compulsory rotation will introduce a new firm following the expiry of each tenure, thereby automatically providing for a fresh look at the financial statements of the company. As *Hoyle* stated, the present auditor will be aware that

⁹⁷ CAMERAN, Mara 'A Survey of the Impact of Mandatory Rotation Rule on Audit Quality and Audit Pricing in Italy' (2003) **Manchester University Symposium Paper**, 6-7 <https://www.uam.es/otros/catedracc/docs/prncipe.pdf> accessed 17 June 2018 .

⁹⁸ RAIBORN, SCHORG, and MASSOUD (n 78) 39.

the new audit firm may identify its acts of misconduct, and this will reduce the possibility of audit failures, since firms will act with greater caution.⁹⁹ Moreover, the additional costs generated as a result of mandatory rotation will be lower than the additional costs associated with audit failures. The estimated cost of mandatory rotation is \$1.2 billion per year, while the failures of Enron, Quest, Tyco and Worldcom caused a loss of \$460 billion in the market.¹⁰⁰ With respect to high rates of failures during the learning period, a handover requirement will significantly shorten the learning period and diminish the number of failures within it. Finally, since audit contract terms will be limited to a certain time period, the familiarity threat will be minimised, a point which an internal rotation system could not adequately cover. In addition, the possibility of unconscious bias arising out of long-term relations will be significantly reduced with mandatory rotation.

Despite the initial reluctance of the EU regarding mandatory rotation, Article 17 of the Regulation of 2014 now sets out that the duration of the audit engagement should not exceed 10 years. However, it also allows members to extend the maximum period to 20 years in the case of the public tendering process or to 24 years in the case of joint audits. It is clear that mandatory rotation will have a positive effect on auditor independence at the EU level. However,

⁹⁹ HOYLE, Joe 'Mandatory Audit Rotation: The Arguments and An Alternative' *The Journal of Accountancy*, 1978, Vol. 145, Issue, 5, pp. 69-89 p. 72.

¹⁰⁰ RAIBORN, SCHORG, and MASSOUD (n 78) p. 39.

some necessary modifications regarding termination of contract, justifiable grounds for termination, and groups of companies are missing in the regulation. An eight-year period would balance the interests of the audit firm and the risks and costs of the acquiescent audit. Therefore, it seems better to reduce the duration of the service contract to eight years. The initial appointment could be made for four years and renewed at the expiry of that period, subject to the change of audit partner. This must be complemented by a system of protection that would remove the client's ability to dismiss the auditor, except on strong and justifiable grounds to terminate the contract, and the parties would be unable to change the terms and conditions of the contracts during the fixed term tenure.¹⁰¹ The guaranteed period will enable the audit firm to balance additional costs incurred as a result of mandatory rotation.

To conclude, the EU's reform in the rotation system is timely and appropriate. However, it must consider some necessary modifications regarding the tenure and termination of contracts to minimise the negative impact of mandatory rotation and balance the interests of the audit firm.

¹⁰¹ MOORE (n 29) 24.

3- Auditor Liability

The primary deterrents for the acquiescent auditing in the market is the expected financial costs arising from civil liability and lost revenue resulting from reputational damage. Until Enron, it was often argued that a reputational cost provides sufficient deterrence for an auditor to preserve its independence, objectivity and scepticism.¹⁰² The rationale behind the reputation theory was explained by *Adam Smith* as:

*‘A person engaging a substantial number of repeated transactions with neighbours cannot cheat because of the reputational consequences, while a person dealing with strangers is disposed to cheat because of the lack of reputational consequences’.*¹⁰³

It is argued that the most valuable asset of the auditor is its reputation,¹⁰⁴ since the auditor pledges its own reputation to its client in order to make the client use its trust to reduce the transaction costs.¹⁰⁵ The assumption is that it is irrational for an audit firm to sacrifice its reputational capital for short- term gain because the truth will eventually be discovered and ultimately the audit firm will suffer

¹⁰² GOLDBERG, Victor, ‘Accountable Accountants: Is Third-Party Liability Necessary?’ **Journal of Legal Studies**, 1988, Vol. 17, pp. 295-312, p. 302.

¹⁰³ PARTNOY, Frank ‘Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime’ **Washington University Law Review**, 2001, Vol. 79, pp 490, 495.

¹⁰⁴ *Dileo v Ernst&Young* 901 F. 2nd 624, 629 (7th cir 1990).

¹⁰⁵ GILSON, Ronald/ KRAAKMAN, Reiner ‘The Mechanisms of Market Efficiency’ **Virginia Law Review**, 1984, Vol. 70, pp. 549-644, p. 604-605, p. 613-622.

long-term losses due to the decline in reputation, given the investors' noticing, sooner or later, that the auditor overstates the strength of the company based upon its financial statements.¹⁰⁶ Likewise, *Coffee* states that '*at least in theory, a gatekeeper would not rationally sacrifice this reputational capital for a single client who accounts for only a small portion of its revenues*'.¹⁰⁷ In *DiLeo v. Ernst&Young*, the court acknowledged the foregoing theory:

'The complaint does not allege that the auditor had anything to gain from any fraud by its client. An accountant's greatest asset is its reputation for honesty, closely followed by its reputation for careful work. Fees for two years' audits could not approach the losses that the auditor would suffer from a perception that it would muffle a client's fraud...The auditor's partners shared none of the gain from any fraud and were exposed to a large fraction of the loss. It would have been irrational for any of them to have joined cause with the client'.¹⁰⁸

The past audit failures - Enron, Worldcom, Independent Insurance, Lernout &Hauspie, Vivendi and Parmalat in Italy - have showed that

¹⁰⁶ PARTNOY (n 103) p. 104.

¹⁰⁷ COFFEE, John 'The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC' **Columbia Law Review**, 2003, Vol. 103, pp. 1293-1316, p 1299.

¹⁰⁸ *Dileo v Ernst&Young* 901 F. 2nd 624, 629 (7th cir 1990).

mere reputation is no longer an effective constraint for the auditor to protect its independence and provide quality audit reports where the benefits of acquiescence more than counterbalance the value of its reputation.¹⁰⁹

The threat of legal liability is considered as a potential deterrent for an auditor, to protect its independence and to ensure effective and fair audit service.¹¹⁰ From this perspective, the logical response to a crisis is to strengthen the liability and to encourage audit firm to take reasonable care. For example, in the case of misstatement or omission, section 11 of the Securities Exchange Act imposes strict liability on the issuer. However neither SOX nor the Directives of 2006 and 2014 adopted a similar approach. Nevertheless, the judicial tendency moves towards imposing greater liability on auditors in the U.S.¹¹¹ To illustrate, in *Re Enron Corporation Securities, Derivative & Erisa Litigation*, the court decided that anyone who aids materially for the preparation of the misleading documents could be primarily liable for the damages.¹¹² In addition, the *Lernout* constitutes an example for this tendency.¹¹³ It might seem reasonable that if joint and

¹⁰⁹ HAMDANI, Assaf 'Gatekeeper Liability' **Southern California Law Review**, 2003, Vol. 77, pp. 53-122, p. 53-7.

¹¹⁰ KERSHAW (n 40) 388-392.

¹¹¹ COFFEE, John 'Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms' **Boston University Law Review**, 2004, Vol. 84, pp. 301-364, 353.

¹¹² *Re Enron Corporation Securities, Derivative & Erisa Litigation* 235 F. Supp. 2d 549 (S.D Tex. 2002) 580-594.

¹¹³ *In Re Lernout & Hauspie Securities Litigation* 286 B.R. 33 (2002); *In Re Lernout & Hauspie Securities Litigation* 236 F. Supp. 2d 161 (2003).

several liability for the auditor had been accepted, the auditor would pay the maximum attention to auditing due to the threat of litigation, and the failure of the auditors would be minimal. Likewise, *Assaf Hamdani* stated that ‘*First, it (strict liability) would provide wrongdoers with optimal incentives to exercise precautions while relieving courts from entering the thicket of determining what constitutes ‘reasonable care’ in a given set of circumstances. Second, strict liability compels wrongdoers to adopt an optimal level of activity*’.¹¹⁴

That would be, however, contrary to the realm of the highly concentrated auditing market since under strict liability, an auditor might face a situation in which it has to pay all damages which its client or a third party incurred. The damages might include increased capital costs, unfair paid dividends, and compensation to the directors of the company. For example, the failure of Enron roughly costs \$ 87 billion in the capital markets.¹¹⁵ Thus, an auditor might simply go bankrupt or leave following the failure of its client by virtue of the great amount of losses.

With the collapse of one of the big audit firms, it will be almost impossible to meet the demand of the auditing service of international

¹¹⁴ HAMDANI (n 109) 58.

¹¹⁵ Coffee (n 111) 68.

companies.¹¹⁶ In addition, since the auditor is liable with its client, the plaintiffs may prefer to bring an action against any of the joint debtors. Thus, the chosen party has to compensate the whole amount of losses. Frequently, the auditor is chosen by the plaintiff because the collapse of the companies is realized after the insolvency of the companies, the auditors will then sit in the spotlight as party with ‘deep pockets’ and the auditors will probably not be able to recover catastrophic losses and the firms will most likely collapse because of the great amount of damages. As said, the demise of one of the big auditing firm might cause the unavailability of the auditing service in the market.¹¹⁷ Moreover, under strict liability regimes, the statutory auditors are not able to access adequate insurance coverage because the extent of liability is not clear.¹¹⁸ According to a recent study, current insurance coverage would recover less than 5% of damages suffered by the auditors.¹¹⁹

As mentioned above, the strict liability, at least in theory, provides optimal incentives for an auditor to pay attention to auditing service and to prevent the auditor from acquiescent auditing.

¹¹⁶ Flores (n 5) 427

¹¹⁷ Doralt, Walter, ‘Auditors’ Liability And Its Impact On The European Financial Markets’ **The Cambridge Law Journal**, 2008, Vol. 67, Issue 01, pp. 62-68.

¹¹⁸ European Commission, *Accompanying Document to the Commission Recommendation Concerning The Limitation of the Civil Liability of Statutory Auditors and Audit Firms*.

¹¹⁹ London Economics, ‘Study on the Economic Impact of Auditors Liability Regimes’ (2006) <
http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditors-final-report_en.pdf> accessed 24 April 2018 21.

However, the theory is not consistent with the realm of the commercial life. It might lead to the collapse of the audit market. In short, the strict liability for negligence can cause more than good.¹²⁰

A balance must be provided between inadequate deterrence of the legal liability and excessive litigation risk. The legal liability rules must carry these characteristic features: first, they should be able to punish the acquiescent audit and deter an auditor from acquiescent audit; secondly, there should not be an overwhelming level of deterrence.

As a result, the limitation of liability is a necessity for a well-functioning audit market. Otherwise, there could be no auditor to check the financial statements of the companies. However, the limitation should not significantly decrease the deterrence effect of the threat of the legal liability at the same time. The EC published a recommendation¹²¹ as to the limitation of the auditor liability. It seems that the EC tends to limit the auditor's liability to the extent where liability still functions as a deterrent and a lawsuit does not cause a collapse of the audit firms due to the foregoing reasons. Nevertheless, the EC needs to strike a balance between excessive litigation risk and

¹²⁰ Commission of the European Communities, 'The Role, the Position and the Liability of the Statutory Auditor within the European Union' (1996) 198.

¹²¹ Commission Recommendation concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms [2008] OJL 162/39.

inadequate deterrent for an effective auditing market.¹²²

A harmonised legal liability regime does not exist at the EU level; on the contrary, there are various differing legal liability regimes within the EU and primarily it is argued that the regulation of liability issues should be left to the Member States.¹²³ However, the legal liability regime should be regulated at the EU level for a well-functioning integrated market. There are three alternative ways to balance inadequate litigation risk and excessive litigation risk at the EU level: a fixed monetary cap or a formula to calculate the maximum limit of the liability, proportionate liability and limiting liability by agreement between the auditor and its client.

Capping liability includes two methods: a fixed monetary cap and a method to calculate a cap in cases of lawsuits arising out of breach of duty, excluding intentional breaches.¹²⁴

The first method is the fixed monetary cap at the EU level. However, it would be very difficult for all Member States to set a limit providing fair protection for damaged parties, due to different economic conditions and legal systems within the EU.¹²⁵ Liability caps exist in Germany, Austria and Belgium: Belgium implemented €3 million for non-listed companies and €12 million for listed companies; Germany implemented €1 million for non-listed

¹²² European Commission (n 120) 198.

¹²³ European Commission (n 120) 200.

¹²⁴ FLORES (n 5) 421.

¹²⁵ European Commission (n 118) 31.

companies and €4 million for listed companies and Austria implemented cap ranges of between €2 million and €12 million, depending on the size of the auditors' client.¹²⁶ Largely, the cap is seen as being inconsistent with fundamental principles of civil liability.¹²⁷ Controversy and injustice are caused by the fact that the damage might not be covered by the cap and the victim would be most likely to turn to officers of the audited company, which would in turn probably increase D&O insurance cost at the EU level.¹²⁸ Furthermore, the cap would constitute the extent of damages, regardless of the size of the auditing work or company. If the cap were set too low, that would be an ineffective deterrent for an economically large company, as the cap might well be too far small for this kind of situation. In the case of an excessively high cap, the smaller audit firm might exit the market due to excessive litigation risk. Moreover, it is not stated that the cap constitutes a maximum limit for all claims or each separate claim. In our view, the single monetary cap is not an efficient and effective way to limit liability due to the different economic conditions and legal systems within the EU. It would dilute the deterrent effect of threat of legal liability for a big audited entity,

¹²⁶ European Commission (n 118) p. 37-39.

¹²⁷ DORALT (n 117) p. 64.

¹²⁸ Insurance and Reinsurance Federation 'CEA Response to the EC Consultation on auditors' liability and its impact on the European Capital Markets' (2007) <<http://www.insuranceeurope.eu/uploads/Modules/Publications/position324.pdf>> accessed 10 June 2012 at 2.

which more likely pays audit fees above the cap, and fail to enhance the auditor independence or constitute over-deterrent effect for a small audited entity, which pays audit fees significantly below the cap. In short, a fixed monetary cap does not fit all.

The second method is to establish a formula to calculate the maximum limit of the liability. There are several ways to create a formula for capping liability. The first way is to establish a cap based on the company size. Austria applies this method of limitation. Nevertheless, it seems that it is less likely to suit the EU. A method depending on the company size requires a formula to estimate the size of the company. Once again, it is difficult to establish a formula which is applicable in all Member States. The second possibility is the cap based on the audit fees. *Coffee* revises the strict liability due to the foregoing arguments and argues that the maximum limit of the auditor liability should be based on a multiple of the audit fees.¹²⁹ According to *Coffee*, ‘the gatekeeper’s liability would be divorced from any showing of fault, but would also be limited to a level that achieves adequate deterrence without causing the market for gatekeeping services to unravel’.¹³⁰ For example, if an auditor receives € 2 million audit fees from a client, it will be liable up to € 20 or 30 million. An example from real life is that *Anderson* received \$ 52 million in the last year.¹³¹ *Anderson* would be liable up to \$ 520 million. Under this

¹²⁹ COFFEE (n 111) p. 69

¹³⁰ COFFEE, (n 111) p. 68.

¹³¹ COFFEE, (n 111) p. 68.

system, as the auditor knows the maximum limit of its liability, it could buy insurance to cover potential damages. However, it is not a realistic approach because, as said above, the audit fees are mostly below the costs (low-balling); thus, the limitation could not reach the goal.

As a result, due to the problems of a fixed cap at the EU level or a formula to calculate the maximum limit of liability, it seems that establishing a cap at the EU level is not appropriate for a competitive market and the auditor independence.

The second method is the limitation of the auditor's liability by agreement. It allows the parties to restrict the amount of the liability owed by the auditor to its client. This system has been introduced in the UK by the Companies Act 2006.¹³² The UK system allows the parties to introduce the proportionate liability by agreement. The limitation of liability by an agreement is possible in the UK as a result of the *Caparo Industries Plc v Dickman*.¹³³ In the UK, the limited liability agreements are valid for one year, need to be approved by members at a meeting, and must be 'fair and reasonable'

¹³² Companies Act 2006 (CA 2006), s 532 to 538.

¹³³ *Caparo Industries v. Dickman* [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.); more recently, in *Moore Stephens v. Stone&Rolls* (2009) UK HL 39 case, The House of Lords applied the Capora Rule.

according to circumstances.¹³⁴ Hence, the limitation of liability by agreement might achieve the goals of limitation in those legal regimes where the auditors are not liable to third parties as in the UK. On the contrary, since the auditor would continue to be liable to an unlimited extent to third parties outside the contract in other jurisdictions, the limitation of liability might not be effective. In addition, where concentrated ownership exists, the limitation by agreement could be abused by holding shareholders. Thus, the limitation by agreement does not seem the correct solution for the balance.

The third method is the proportionate liability which stipulates that an auditor is not liable beyond its contribution to the loss suffered by victims.¹³⁵ In fact, it is not a limitation of liability since, under this regime, an auditor is still liable for the damages to the extent of its contribution to the loss.¹³⁶ Thus, the auditor would be no longer liable for the whole amount of damages suffered by victims. It is argued that the proportionate liability reduces the deterrent effect of the litigation. However, the opponents of the proportionate liability ignore the fact that proportionate liability does not limit the damages caused by the auditor. It merely limits auditor liability to the extent of the auditor's negligence.¹³⁷ Thus, it provides an adequate incentive for the auditor to

¹³⁴ DAVIES, Paul/ RICKFORD, Jonathan, 'An Introduction to the New UK Companies Act: Part II', **European Company and Financial Law Review**, 2008, Vol. 3, p. 258.

¹³⁵ European Commission (n 120) p. 204.

¹³⁶ FLORES (n 5) p. 424.

¹³⁷ European Commission (n 120) 204.

enhance its independence. Despite the fact that the duty of care to the client is mostly recognised in the Member States, the duty of care to the third party varies greatly among the Member States. For example, in the UK, the auditor does not owe a duty of care to third parties unless there are special circumstances.¹³⁸ The House of Lords concluded that in order for the auditor to owe a duty of care to a third party, the plaintiff must demonstrate that the auditor is aware of the fact that the report will be used by him (i.e special relationship must be established). Thus, it is almost impossible for a third party to bring a successful claim under the common law system. It is worth noting that the decision does not provide an incentive for the auditor to improve audit quality and enhance the independence of the auditor and ignores the role of auditors against the public at large. The EU must set out the rules of third-party claims against the statutory auditor in order to achieve the auditor independence at the EU level. The rules shall require an auditor to owe a duty of care to third parties who have relied on the audit reports. This does not lead to indeterminate consequences because the auditor would be liable only if he had acted negligently. From another perspective, a manufacturer is expected to owe a duty of care to each consumer.¹³⁹ Why would an

¹³⁸ *Caparo Industries Plc v Dickman* [1990] 2 A. C. 605, H.L.

¹³⁹ COUSIN, Jim/ MITCHELL, Austin/ SIKKA, Prem 'Auditor Liability: The Other Side of the Debate' **Critical Perspective on Accounting**, 1999, Vol. 10, p. 305.

auditor be different? Otherwise, the auditor liability will mainly be possible for its client. In this case, it does not provide enough incentives for auditors because the managers of the company would primarily be able to bring an action against the auditor and they would mostly not prefer this option due to the relation between them and the auditor. Further, another point which should be mentioned is the viewpoint of the insurers. The concerns of insurers are not satisfied in terms of predictability and amount of the claims,¹⁴⁰ as under that system the amount of liability is not known prior to the court decision or settlement. However, insurance companies are able to determine their insurance policies by investigating the history of each auditing firm, as in other sectors such as car or life insurance.

In negligence-based systems, the burden of proof is on the plaintiff. Therefore, since the plaintiff has to prove the negligence of the auditor, the number of cases brought against auditors will decrease and frivolous litigation risk will be minimised.¹⁴¹ Since the auditing service is extremely technical, the conduct of the auditor must be analysed and penalised commensurate with its negligence, so as to prevent auditors voluntarily declining their engagement when they feel they will be under heavier litigation risk.¹⁴² Moreover, the proportional liability protects the auditor in the event of insolvency of

¹⁴⁰ European Commission (n 118) p. 32.

¹⁴¹ FLORES (n 5) p. 425.

¹⁴² KRISHAN, Jagan/ KRISHAN, Jayanthi 'Litigation Risk and Auditor Resignations' *The Accounting Review*, 1997, Vol. 72, pp. 539-560, p. 558.

other defendants, since in unlimited liability regimes, the auditor has to provide compensation in the entire amount of damages, regardless of its own degree of negligence, in the event of the insolvency of other debtors. From this perspective, the proportionate regime creates fairness.¹⁴³ It also limits deep pocket syndrome. Furthermore, the auditor is still liable to the plaintiffs in its full assets; thus, it ensures the significant level of deterrence and provides incentives for the auditor to retain its independence.

Since the proportionate liability system mitigates the negative effects of joint and several liability and still provides the deterrent effect for the auditor, it seems that proportionate liability is the best way to strike a balance between the needs of the auditing market and the interests of investors. This method has two clear advantages: First, it provides adequate threat of legal liability because the liability of the auditor is not limited to a fixed cap, but it is limited to the extent of the auditor's own negligence in the failure. Secondly, it does prevent and balance the excessive and frivolous litigations. The proportionate liability mitigates the negative effects of joint and several liability and it still provides the deterrent effect for the auditor and enhances the auditor independence at the EU level. Nevertheless, the third-party claims should be regulated in the Directive. Otherwise, if discretion

¹⁴³ FLORES (n 5) p. 426.

is recognised to national courts, the deterrent effect of legal liability could significantly be diluted at the EU level. Under this system, it is reasonable to require an auditor to owe a duty of care to third parties because it will be liable only if it is negligent. Moreover, the view that allows third party claims against the auditor fits the public role of auditors.

IV- CONCLUSION

It has been clearly demonstrated above how serious and all-pervading the problem of achieving total auditor independence is, as there are so many human and psychological factors militating against this and working in the opposite direction. There has always been a challenge to the independence of the auditor from the basic fact that an auditing firm is appointed and dismissed by the companies that it audits. This alone creates a situation where pressure can potentially be brought to bear on the auditor to acquiesce in the manipulation of audit reports to make the company look healthier than it is, or at least to be insufficiently sceptical about the information under review. The possibility of profitable consultancy work being available to the auditing firm from the company is an added incentive.

There was a loss of equilibrium in which the scales tipped towards acquiescence as the more beneficial course for an auditing firm to take; the consulting divisions of the auditing firms became more powerful and the statutory auditing teams found themselves under pressure to do whatever was necessary to increase the flow of

business from the client company. A further element that added to this imbalance was the existence of long-term contracts, during which auditors became over-familiar with the client company and over-sympathetic to its interests.

The Regulation of 2014 and the Directive of 2014 seek to regulate and restrict the length of audit contracts, the audit fees, and the provision of NASs to audited companies on the basis of conflict of interest. These reforms enhance the auditor independence at the EU level and rebalance the incentive equilibrium of auditor independence. Therefore, it is hard to see how further ‘Enron-type’ disasters could recur in the future. However, there is also a need to harmonise legal liability so that auditors can be held to account without the existence of the firm being threatened.

BIBLIOGRAPHY

AREL, Barbara/ BRODY, Richard/ PANY Kurt, “Audit Firm Rotation and Audit Quality” **The CPA Journal**, 2005, Vol. 75, Issue 1, 36-42.

BABCOCK, Linda/ LOEWENSTEIN George, “Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases” **Journal of Economic Perspectives**, 1997, Vol. 11, pp 109-126.

BABCOCK, Linda/ LOEWENSTEIN George/ ISSACHAROFF, Samuel “Biased Judgments of Fairness in Bargaining” **American Economic Law Review**, 1995, Vol. 85 1337-1343.

BARTLETT Roger, “A Heretical Challenge to the Invention of Auditor Independence” **Accounting Horizons**, 1991, Vol. 5, pp. 11-21.

BARRETT Matthew, “Tax Services As A Trojan Horse In The Auditor Independence Provisions Of Sarbanes-Oxley” **Michigan State Law Review**, 2004, Vol. 2004, pp. 463-504.

BAZERMAN Max/ MORGAN, Kimberly/ LOEWENSTEIN George, “The Impossibility of Auditor Independence” **Sloan Management Review**, 1997, Vol. 38, pp. 89-94.

BAZERMAN Max/ LOEWENSTEIN George/ MOORE, Don, “Why Good Accountants Do Bad Audits” **Harvard Business Review**, 2002, Vol. 80, pp. 102-134

BYRNES, Nanette ‘Where Have all the Accountants Gone?’
Businessweek (Newyork 27 March 2000)
http://www.businessweek.com/2000/00_13/b3674173.htm
[accessed 16 July 2012.](#)

Canadian Public Accountability Board “Enhancing Audit Quality: Report on the 2010 Inspections of the Quality of Audits Conducted by Public Accounting Firms” (2011)

CARCELLO, Joseph/ NEAL Terry, “Audit Committee Characteristics and Auditor Dismissals following ‘New’ Going-Concern Reports” **The Accounting Review**, 2003, Vol. 78, pp. 95-117.

CHUNG, Janne/ PURI, Poonam/ FARRAR, Jonathan/ THORNE, Linda, “Auditor liability to third parties after Sarbanes-Oxley: An international comparison of regulatory and legal reforms”

Journal of International Accounting, Auditing and Taxation, 2010, Vol. 19, 66-78

COFFEE, John, “What Caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990’s” **Cornell Law Review**, Vol. 89, Issue 4, pp. 269-309

COFFEE, John ‘Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms’ **Boston University Law Review**, 2004, Vol. 84, pp. 301-364

COFFEE, John ‘The Attorney as Gatekeeper: An Agenda for the SEC’ **Columbia Law Review**, 2003, Vol. 103, pp. 1293-1316

COFFEE, John, **Gatekeepers: the Professions and Corporate Governance**, Oxford, 2006

European Commission, “The Role, the Position and the Liability of the Statutory Auditor within the European Union” (1996)

European Commission Recommendation of 16 May 2002 on Statutory Auditors' Independence in the EU: A Set of Fundamental Principles [2002/590/EC] OJL 191/2

European Commission Recommendation of 5 June 2008 concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms [2008] L 162/39

European Commission Working Document, *Accompanying Document to the Commission Recommendation Concerning The Limitation of the Civil Liability of Statutory Auditors and Audit Firms* SEC (2008) 1975

European Commission “*Green Paper: Audit Policy: Lessons from the Crisis*” COM(2010) 561 final

European Commission Proposal for a Regulation on specific requirements regarding statutory audit of public-interest entities, COM (2011) 779/3, 2011/0359 (COD)

European Commission Staff Working Paper Impact Assessment (2011) COM(2011)779, SEC(2011) 1384 < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2011:1384:FIN:EN:PDF>> accessed 15 June 2012

European Commission “Summary of Responses Green Paper Audit Policy: Lessons from the Crisis” (2011) http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/audit/summary_responses_en.pdf accessed 12 July 2012

Committee on Economic Affairs *Auditors: Market Concentration and Their Role* (HL 2011-01)

CONNER, Sean ‘The Inevitability of Enron And Impossibility of Auditor Independence Under Current Audit System’ Working Paper <
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=303181>
accessed 12 July 2012

Council Directive 2006/43/Ec Of 17 May 2006 On Statutory Audits Of Annual Accounts And Consolidated Accounts, Amending Council Directives 78/ 660/Eec And 83/349/Eec And Repealing Council Directive 84/253/Eec [2006] OJ L 157/87

CUNNINGHAM, Lawrence, “Beyond Liability: Rewarding Effective Gatekeepers” **Minnesota Law Review**, 2008, Vol. 92, pp. 323-386

DAVIES, Paul, ‘Enron and Corporate Governance Reform in the UK and the EC’ **After Enron Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US**, Ed., ARMOUR, John/ MCCAHERY, Joseph, Hart Publishing, 2006

DAVIES, Paul/ RICKFORD, Jonathan, ‘An Introduction to the New UK Companies Act: Part II’, **European Company and Financial Law Review**, 2008, Vol. 3, p. 239-279

DEE, Carol/ LULSEGED, Ayalew/ NOWLIN, Tanya ‘Prominent Audit Clients And The Relation Between Discretionary Accruals And Non-Audit Service Fees’ **Advances in Accounting**, 2006, Vol. 22, pp. 123–148

DOPUCHA, Nicholas/ KINGA, Ronald/ SCHWARTZ Rachel, “Contingent Rents and Auditors’ Independence: Appearance vs Fact” **Asia-Pacific Journal of Accounting & Economics**, 2004, Vol. 11, pp. 47-70

Doralt, Walter, ‘Auditors’ Liability And Its Impact On The European Financial Markets’ **The Cambridge Law Journal**, 2008, Vol. 67, Issue 01, pp. 62-68

EBKE, Werner, ‘In Search of Alternatives: Comparative Reflections on Corporate Governance and the Independent Auditor’s Responsibilities’ **Northwestern University Law Review**, 1984, Vol. 79, p. 665

EBKE, Werner, “Accounting, Auditing, and Global Capital Markets” **Corporations, Capital Markets and Business in the Law** Ed. BAUMS, Theodor/ HOPT, Klaus/ HORN, Norbert,

Kluwer Law, 2000,

EBKE, Werner, “Corporate Governance and Auditor Independence” **Reforming Company and Takeover Law in Europe**, Ed., FERRARINI, Guido, Oxford, 2004

European Confederation of Directors’ Associations (ECODA)
“Audit Committee Guidance for European Companies” (2011)

FERREIRA-GOMES, Jose Joao Montes, ‘Auditors as Gatekeepers: The European Reform of Auditors’ Legal Regime and the American Influence’ **Columbia Law Journal**, 2005, Vol. 11, pp. 665

FLORES, Cláudio, "New Trends in Auditor Liability" **European Business Organization Law Review**, 2011, Vol 6, pp. 415

FSA “Implementation of the 8th Company Law Directive” Policy Statement 08/06

Report of The High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (2002)

GOLDBERG, Victor, ‘Accountable Accountants: Is Third-Party Liability Necessary?’ **Journal of Legal Studies**, 1988, Vol. 17, pp. 295-312.

GILSON, Ronald/ KRAAKMAN, Reiner ‘The Mechanisms of Market Efficiency’ **Virginia Law Review**, 1984, Vol. 70, pp. 549-644

AVIES, Paul, and WORTHINGTON, Sarah, **Gower’s Principles of Modern Company Law**, 8th edition, Sweet&Maxwell, 2009

HAMDANI, Assaf ‘Gatekeeper Liability’ **Southern California Law Review**, 2003, Vol. 77, pp. 53-122

HERRICK, Thaddeus/ BARRIONUEVO, Alexei ‘Were Enron, Anderson Too Close to Allow Auditor to Do Its Job’ *The Wall Street Journal* (New York January 21, 2002) accessed 25 June 2012

HOYLE, Joe ‘Mandatory Audit Rotation: The Arguments and An Alternative’ **The Journal of Accountancy**, 1978, Vol. 145/5, pp. 69-89.

House of Commons Treasury Committee “Banking Crisis: Reforming Corporate Governance and Pay in the City” (2009) the Stationary Office

Insurance and Reinsurance Federation “CEA Response to the EC Consultation on auditors’ liability and its impact on the European Capital Markets” (2007)
<<http://www.insuranceeurope.eu/uploads/Modules/Publications/position324.pdf>> accessed 10 June 2012

JOE, Jennifer/ VANDERVELDE, Scott ‘Do Auditor-Provided Non-audit Services Improve Audit Effectiveness?’ **Contemporary Accounting Research**, 2007, Vol. 24, Issue 2, pp. 467–487

KERSHAW David, ‘Waiting for Enron: The Unstable Equilibrium of Auditor Independence Regulation’, **Journal of Law and Society**, 2006, Vol. 33, pp. 388-420

KINNEY, William/ PALMROSE, Zoey-Vonna/ Scholz, SUSAN, ‘Auditor Independence, NASs, and Restatements: Was the U.S. Government Right?’ **Journal of Accounting Research**, 2004, Vol. 42, pp. 561-588

KRAAKMAN, Reiner, “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy” **Journal of Law, Economics, and Organisation**, 1986, Vol. 2, pp. 53-104

KRISHAN, Jagan/ KRISHAN, Jayanthi ‘Litigation Risk and Auditor Resignations’ **The Accounting Review**, 1997, Vol. 72, pp. 539-560

KRISHNAN, Jayanthi/ SAMI, Heibatollah/ ZHANG, Yinqi ‘Does the Provision of Non-audit Services Affect Investor Perceptions of Auditor Independence?’ **Auditing: A Journal of Practice & Theory**, 2005, Vol. 24, pp. 111-135

LAI, Kam/ YIM, Andrew, ‘NASs and Big 5 Auditor Independence: Evidence from Audit Pricing and Audit Opinion of Initial Engagement’
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=340000
accessed 21 July 2012

London Economics, “Study on the Economic Impact of Auditors Liability Regimes” (2006) <
http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditors-final-report_en.pdf> accessed 24 April 2012

Max Planck Institute Working Group on Auditor Independence -
*Comments on the European Commission Green Paper: Audit
Policy – Lessons from the Crisis* **Private Law Research Paper**
No. 10/24

Max Planck Institute Working Group on Auditor Independence
“Auditor Independence at the Crossroads-Regulation and
Incentives” (2011) 13 **EBOLR** 89

MELIS, Andrea "Corporate Governance Failures: To What Extent
Is Parmalat a Particularly Italian Case?" **Corporate Governance:
An International Review**, 2005, Vol. 13, pp 478-488.

MOORE Don/ TETLOCK, Philip/ TANLU Lloyd/ BAZERMAN
Max, “Conflicts of Interest and The Case of Auditor
Independence: Moral Seduction and Strategic Issue Cycling”
Academy of Management Review, 2006, Vol. 31, pp. 10-29

PARTNOY, Frank, ‘Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal
for a Modified Strict Liability Regime’ **Washington University
Law Review**, 2001, Vol. 79, pp. 491-548

Public Company Accounting Oversight Body (PCAOB), “Concept Release on Auditor Independence and Audit Firm Rotation” (2011) PCAOB Release No. 2011-006

QUICK, Reiner/ WARMING-RASMUSSEN, Bent, “Auditor Independence and the Provision of NASs Perception by German Investors” **International Journal of Auditing**, 2009, Vol. 13, pp. 141-162

RAIBORN, Cecily/ SCHORG, Chandra/ MASSOUD, Marcos ‘Should Auditor Rotation Be Mandatory’ **Journal of Corporate Accounting and Finance**, 2006, Vol. 17, pp. 37-49

Securities and Exchange Commission (SEC) “Final Rule: Revision of the Commission's Auditor Independence Requirements” http://www.sec.gov/rules/final/33-7919.htm#P788_320598 12 July 2012

Securities and Exchange Commission (SEC) “Proposed Rule, *Strengthening the Commission's Requirements Regarding Auditor Independence* (2002) SEC Release 33-8154

SIKKA, Prem, “Financial Crisis and the Silence of the Auditors” **Accounting, Organisation and Society**, 2009, Vol. 34, pp. 868-873

The High Level Group of Company Law Experts, “Report on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe” (2002)

TROMPETER, Greg, ‘The Effect of Partner Compensation Schemes and Generally Accepted Accounting Principles on Audit Partner Judgment’ **Auditing: Journal of Practice and Theory**, 1994, Vol. 13, pp. 56-76

UK FRC, “Response to Green Paper: ‘Audit Policy: Lessons from The Crisis’” (2010)

U.S. General Accounting Office, “Required Study on the Potential Effects of Mandatory Audit Firm Rotation” (2003)

WATTS, Ross/ ZIMMERMAN, Jerold, ‘Agency Problems, Auditing, and the Theory of the Firm: Some Evidence’ **Journal of Law and Economics**, 1983, Vol. 26, Issue 3, 613-633

ZEFF, Stephen ‘How the U.S. accounting profession got where it is today’ **Accounting Horizons**, 2003, Vol. 17, pp. 189-205

والديموغرافيا، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية جامعة سكيكدة، 04-

2007 / 12 / 05

مواقع الكترونية:

صفحات من تاريخ الشرطة الجزائرية،

<http://www.dgsn.dz/?صفحات-من-تاريخ-الشرطة>

<http://dzayerinfo.com/ar/36484>

التقرير السنوي للإنترنت 006-006 C:/Users/wintm/Downloads/006-

[.2016Annual%20report%202016_AR_web.pdf](#)

https://www.numbeo.com/crime/rankings_by_country.jsp

قوية ومنتينة بين المؤسسة الأمنية والمجتمع لمنع الانحراف والجريمة والمشاركة سويافي مكافحتها .

BIBLIOGRAPHY / قائمة المراجع:

كتب:

1. إبراهيم زكريا، الجريمة والمجتمع، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1958
2. بربر كمال، ادارة الموارد البشرية وكفاءة الأداء التنظيمي، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000
3. جلال ثروت، الظاهرة الإجرامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1979
4. سليمان عبد المنعم، أصول علم الإجرام والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 1996
5. السيد علي شحاتة، علم اجتماع الجنائي، مكتبة الاشعاع الفنية، 1997
6. شوقي عبد الكريم، صفحات من تاريخ الشرطة الجزائرية، المتحف المركزي للشرطة، 2018
7. عبود السراج، علم الإجرام وعلم العقاب، جامعة الكويت، ط2، الكويت، 1984
8. علي محمد منصور، تأليف مبادئ الإدارة: أسس ومفاهيم، ط1، مجموعة النيل العربية، القاهرة، 1999
9. محمد الفاتح محمد البشير المغربي، أصول الإدارة و التنظيم، دار الجنان، عمان، 2016
10. محمد شفيف، الجريمة و المجتمع: محاضرات في الاجتماع الجنائي و الدفاع الاجتماعي. الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث
11. نوار الطيب، عوامل تطور السلوك الإجرامي في الجزائر، الملتقى الوطني الأول حول الظاهرة الإجرامية في الجزائر، قسم علم الاجتماع

الإصلاحات على الساحة التقليدية التي تؤدي فيها واجباتها، لذلك نرى أنه من الضروري الخروج عن نطاقها التقليدي و الدخول في الخدمات الاجتماعية حتى تتقرب بها أكثر إلى مكونات المجتمع ، لأنه و أمام هذه المسؤولية الكبيرة تجد أن الشرطة بمفردها حتما عاجزة إلى حد ما عن تحقيق رسالتها لأنها محدودة العدد بالنسبة لأفراد المجتمع ... ومن هنا بات لزاما على الشرطة أن تعمل على توطيد الدور الاجتماعي لها من خلال بناء جسور الثقة والتعاون بينها وبين الجمهور فهي لا تستطيع – وحدها وإن وكانت هي الجهاز المتصل اتصالاً مباشراً بأنواع السلوك المنحرف – أن تقي المجتمع من الجريمة، وتحقق له الأمن بدون تلك الثقة للمشاركة في تحمل المسؤولية الأمنية بمفهومها العام، ومن خلال ما لاحظناه يتضح لنا ما يلي:

- امتلاك رجال الامن الوطني لمستوى تعليمي يليق بالهام المنوطة إليهم.
- العلاقات السائدة بين أفراد الامن الوطني جيدة ومرنة ما يفسر الانتظام بين أفراد الجهاز
- تستند أعمال رجال الأمن الوطني على خطط مدروسة.
- استفادة جهاز الامن الوطني من اليات متطورة للكشف عن الجرائم.
- تحسن ظروف العمل بعد الإصلاحات التي قام بها المدير العام للأمن الوطني اللواء عبد الغاني الهامل منذ قدمه سنة 2010.
- استفادة جهاز الشرطة من مرافق صحية واجتماعية مما يحمسهم أثناء تأدية واجبهم.

خاتمة:

إذا كانت مسألة تحقيق الأمن والعمل على استتبابه تقع في الأساس على عاتق جهاز الشرطة بالدرجة الأولى كمؤسسة أمنية في المجتمع على اعتبار أنه وظيفتها الأساسية ، فإن توفير الأمن يبقى مسؤولية كافة الأجهزة والمؤسسات الحكومية وكل أفراد المجتمع، لذلك من الضروري وجود علاقة

- (7) الممنوع والمحظور السابع ينفذ فقط في ساعات الدوام ونصت المادة 32 من القانون على أن الشرطي وأثناء ساعات الدوام مجبر على العناية بشكله الخارجي و يجب على موظف الشرطة خلال الساعات العادية للعمل، الاعتناء بالهندام والنظافة الجسدية مع قص الشعر وحلق الذقن وتسوية الشوارب، كما يلزم العنصر النسوي بارتداء بذلة تتناسب مع القامة والجسامة، بتسريحة شعر قصيرة أو ململمة واستعمال معتدل لمساحيق التجميل والحلي..
- (8) الممنوع الثامن طبقا للمادة 33 يمنع الشرطي من التدخين والأكل وارتداء المواقع المشبوهة والاستعمال المفرط للهاتف النقال والتسوق وهو بالزي الرسمي
- (9) الممنوع التاسع يتعلق بسلامة السلاح الذي يتسلمه الشرطي كعهدة شخصية وعلى الشرطي احترام القواعد الأمنية الخاصة بحمل السلاح واستعماله واتخاذ كل الحيطة والحذر للمحافظة عليه من الضياع أو تعرضه للإتلاف، وهو ملزم بتنفيذ تعليمات وتوجيهات قيادته حسب المادة 34.

7. الاستنتاج العام

ان وظيفة جهاز الشرطة في الدول المتقدمة تتمثل في منع الجريمة والوقاية منها، أما في الدول النامية فهي أداة للتغير الاجتماعي والتنمية، وهذا ما يجعل مجالات الاحتكاك أكثر، و بالتالي تزداد العلاقات مع المواطنين تعكيراً. كما ان وظيفة الشرطة التقليدية و واجبها هي منع الجريمة، واكتشافها، والقبض على مرتكبيها ، و تنفيذ العقوبة الصادرة بحقهم، و المحافظة على الأمن العام و الآداب ، لذلك فإن أهم الواجبات الوظيفية للشرطة هي تحقيق الأمن والاستقرار لأفراد المجتمع، و لكي تؤدي هذه المؤسسة الأمنية واجباتها المهنية لا بد أن تكون مقبولة لدى المجتمع حتى تظفر بمساعدته ، لأنه ربما لن تكون مقبولة و هي تنفذ القوانين التي تتعارض مع بعض أهواء و رغبات أفراد المجتمع، ولكن ستتغير الصورة إذا أدخلت هذه المؤسسة الأمنية بعض

- التي يخضع لها ولا يجوز له باي حال من الأحوال الإخلال بواجب الطاعة، تحت طائلة التعرض للعقوبة
- (3) الممنوع الثالث هو عدم الاساءة للجهاز وعدم نشر اي مادة اعلامية أو صورة تسيئ للجهاز الأمني الذي يتبعه رجل الشرطة الجزائري ، وطبقا للمادة 18 من القانون فإن الشرطي ملزم بـ “الامتناع عن كل فعل أو قول أو صورة تسيئ لجهاز الأمن الوطني أو من شأنه أن يشوه لسمعة مستخدميه، ولا سيما من خلال الإشاعات المغرضة والهدامة، وذلك تحت طائلة العقوبات الجزائية والإدارية
- (4) والممنوع الرابع هو وطبقا للمادة 20 من هذا القانون لا يجوز للشرطي باي حال من الأحوال الاساءة للحريات الفردية أو الجماعية واحترام حقوق الانسان في اطار القانون ، وجاء في معنى المادة أن الشرطي ملزم بتطبيق قوانين حقوق الانسان الجزائرية والدولية التي صادقت عليها الجزائر
- (5) الممنوع الخامس الشرطي طبقا للمواد رقم 24 و 25 ملزم بالنقيد باللوائح التنظيمية الداخلية للأمن الوطني التي تحكم استعمال السلاح الناري ، والتي يخضع الشرطي للتدريب بشأنها ، وهو ملزم قبل استعمال القوة لاستنفاد وسائل الاقناع والحوار وهو ملزم بعدم استعمال القوة ووسائل الإكراه أو استعمال الأسلحة النارية إلا في حالات الضرورة القصوى أو أثناء تنفيذ بعض المهام المأمور بها من طرف السلطة السلمية، في حدود ما يقتضيه أداء الواجب المهني
- (6) الممنوع السادس الشرطي وبطبيعة انتماءه لهيئة نظامية مجبر على عدم الانجرار نحو الاستفزازات، وعدم والقوع في الممنوع المتعلق بالإساءة للأشخاص أو الهيئات وهو مجبر طبقا لنص المادة 26 بالتحفظ في سلوكياته وأقواله والامتناع عن كل تصرف عدائي أو مستفز أو ساخر ومهين ونبذ كل الحركات والألفاظ غير اللائقة والتعامل مع الغير بأدب ولطف وضبط النفس، خاصة في الحالات المتوترة

جدول يبين عدد القضايا المعالجة من طرف مصالح التحقيق عبر 48 ولاية.²⁸

التاريخ	عدد القضايا المعالجة من طرف مصالح التحقيق 48 ولاية	عدد القضايا المعالجة من قبل نظام AFIS فقط
2016-12	/	228 من أصل 229
2014-12	107	50
2017-04	107	111

نلاحظ من خلال الجدول أعلاه أن أغلب الجرائم يتم حلها عبر جهاز AFIS البصمة الوراثية مقارنة بفرق التحقيق على مستوى 48 ولاية.

6. بعض القوانين الوجوب على جهاز الأمن احترامها:

تضمن قانون أخلاقيات الشرطة الجديد، الصادر في العدد الأخير من الجريدة الرسمية والذي اصدرته وزارة الداخلية باعتبارها الجهة الوصية مباشرة التي تتبعها المديرية العامة للأمن الوطني 9 ممنوعات لا يجوز للشرطة أو مستخدم الأمن العمومي اقترافها مهما كانت طبيعة مهمته أو رتبته²⁹

(1) وقال القانون في مداته الرابعة إن رجل الشرطة ملزم بصفته رجل قانون ، ومخول تطبيق وتنفيذ التشريعات والأوامر الصادرة عن الجهات التشريعية والتنفيذية في الدولة، ملزم أولاً باحترام القانون، وعدم مخالفته في أي من الأحوال، و عدم تنفيذ تعليمات تتنافى مع طبيعة مهمته القانونية

(2) أما الممنوع أو المحظور رقم 2 طبقاً للمادة رقم 12 من القانون ذاته فإن رجل الشرطة واطار الأمن الوطني ملزم باحترام السلطة المباشرة

DGSN, s.d²⁸

<http://dzayerinfo.com/ar/36484>²⁹

المخطط الخماسي لتطوير الأمن الوطني 2010-2014

الرقم	تحدد الأهداف	عدد الإنجازات
01	إنجاز مقرات لأمن الولائية	10
02	إنجاز مقرات لأمن الحائرة	60
03	دراسة و إنجاز مقرات لأمن الحضري	150
04	إنجاز الوحدة الجمهورية للأمن	12
05	إنجاز قطاعات شرطة الحدود	16
06	إنجاز مراكز حدودية (فرقة شرطة الحدود البرية و قاعدة حياة)	12
07	إنجاز فرقة متنقلة للشرطة القضائية	80
08	إنجاز فرق البحث و التحري	10
09	إنجاز مراكز مرورية	05
10	إنجاز مراكز الشرطة	05
11	مؤسسات إدارية	58
12	إنجاز مرافق	150
13	إنجاز قاعدة حياة	20
14	مراكز حماية الأمومة و الطفولة	05
15	إنجاز مراكز طبية اجتماعية	15
16	إنجاز قاعة الرماية + و قاعة للرياضات	10
17	مركز الأنشطة الثقافية ، الرياضية و الترفيهية	06
18	قاعة جهوية متعددة الرياضات	05
19	إنجاز فنادق الشرطة	05
20	إنجاز ملاعب رياضية تحوي على ميدان للألعاب القوى.	07
21	قاعدة حياة للاستقبال و الاسترجاع	06
22	مركز جهوي للخبرة الطبية و التفتيشية للأمن الوطني	06
23	إنجاز مستشفيات جهوية للأمن الوطني	03
24	مركز جهوي لتصفية الدم للأمن الوطني.	03
25	إنجاز مراكز جهوية لإعادة التأهيل و التكيف الوظيفي و مراكز الراحة لفائدة المعاقين، ضحايا المصالح الشبهة للأمن الوطني.	03
26	إنجاز ميادين جهوية للرماية	06
27	مشاريع السكنات الوظيفية	600 مسكن
28	مشاريع السكنات الحديثة	300 مسكن

يتضح لنا من الشكل أعلاه بأن المديرية العامة للأمن الوطني رسمت استراتيجية خاصة للتطوير المنظومة الأمنية خاصة فيما تعلق بالجانب التقني والاجتماعي.

كما مثلت الرقيب الحساس في جهاز المخابرات المنظم تنظيماً محكماً، فاستطاعت الثورة بفضلها أن تتعرف عن الخونة وتؤدبهم، وكشفت الكثير من الخطط العسكرية للعدو قبل تنفيذها، كما حافظت الشرطة الحربية على الأمن في المدن والقرى والمناطق الذي يسيطر عليها جيش التحرير الوطني، وتتولى أيضاً تنفيذ الأحكام بين المدنيين.

وللإشارة فإن الثورة التحريرية الجزائرية، قد شرعت في إعداد إطارات لجهاز الشرطة الجزائرية لمرحلة ما بعد الاستقلال منذ نهاية الخمسينات، ابتداءً من عام 1958م، وبالضبط بتكوين أربع دفعات من الضباط في كلية الشرطة بمصر

ترتب عن اتفاقيات إيفيان إنشاء هيئة تنفيذية مؤقتة تحت رئاسة السيد عبد الرحمان فارس، توكل إليها مهمة تسيير الجزائر في الفترة الانتقالية، التي بدأت منذ وقف إطلاق النار في 19 مارس 1962، وكذا التحضير لإجراء الاستفتاء الخاص باستقلال الجزائر، الذي تم الإعلان عنه في 05 جويلية 1962، وقد تكونت هذه الهيئة من عدة لجان ومندوبيات، منها المندوبية المكلفة بالأمن العام برئاسة السيد عبد القادر حصار، حيث أوكلت لها مهام حفظ الأمن العام، ووضعت تحت سلطتها قوات الأمن والشرطة. وسعت هذه المندوبية إلى العمل على توفير الأمن والاستقرار في الجزائر إلى غاية الإعلان عن نتائج الاستفتاء.

وقد تم تسليم مهام المندوبية السالفة الذكر إلى أول مدير عام للأمن الوطني السيد مجاد محمد، في حفل رسمي أقيم بقصر الحكومة، في تاريخ 22 جويلية 1962، وتشكلت بذلك المديرية العامة للأمن الوطني، التي اتخذت من الطابق السفلي لقصر را لها إلى غاية الحكومة الحالي مقاً عام 1965، أين تم تحويله إلى ثكنة "بيليسي" أو "البرج الجديد" سابقاً، بباب الوادي الجزائر العاصمة، والتي لا تزال تشغله إلى يومنا هذا.

- مصلحة الحدود .
- المركز الإداري والتقني .
- مصلحة المواصلات—تابعة لوزارة الداخلية ورؤساء الشرطة على مستوى الدوائر .
- الوحدات الجمهورية لأمن يتمتعون بهيئة خاصة منفصلة عن جهاز الشرطة وتابعة لحاكم الجزائر

ذكر الأستاذ محمد قنطاري في كتابه تحت عنوان: “التنظيم السياسي والإداري والعسكري للثورة الجزائرية” بأن القيادة أثناء الثورة، قد أمنياً يعمل ليل نهار ضمن كل وضعت نظاماً الهياكل السياسية والتنظيمية للثورة، وقد هيكلت مصلحة المخابرات السرية فعليا بعد تأسيس الحكومة المؤقتة للجمهورية، الجزائرية سنة 1958، وسميت بمصلحة الاتصالات العامة والأخبار، التي تخصص في البحث عن الأخبار والمعلومات من كل نوع، ومصلحة الاتصالات العامة ومحاربة الجوسسة، التي تقوم بمهام محاربة الخونة وكل النشاطات المتعلقة بالجوسسة، كما تعمل على حماية الثورة في الداخل والخارج، ومن هاتين المصلحتين تكونت مديرتان كبيرتان هما مديرية الوثائق والأخبار، مديرية اليقظة ومحاربة الجوسسة اللتان استمرتتا في العمل حتى الاستقلال التام للبلاد، هذا فيما يخص الجانب التنظيمي الهيكلي لرجال الثورة الذين كانوا يخوضون الكفاح المسلح ضد المستعمر، وفي المقابل كان هناك جزائريون آخرون مخلصون لقضيتهم، يعملون ضمن مصالح دورا كبيراً في تدعيم الشرطة الفرنسية، لعبوا الثورة، وساهموا بعد ذلك في بناء المديرية العامة لأمن الوطني، غداة الاستقلال، وشاركوا أيضا في الحفاظ على بعض الوثائق والملفات عندما هدم المستعمر المنظمة السرية المسلحة (S.A.O) بحرقها، ولقد أكد الأستاذ إبراهيم العسكري في كتابه لمحات من مسيرة الثورة التحريرية الجزائرية ودور القاعدة الشرقية، أن الشرطة الحربية كانت تمثل أدق أجهزة جيش التحرير وأنشطها، بحيث لم يقتصر نشاطها على الميدان العسكري فحسب، بل امتد إلى خارجه بمراقبة تحركات كل الجنود في إجازتهم.

للتبغ، عرفت رجال يتركون عائلاتهم في عوز وفقير مدقع فيبيعون ملابسهم من أجل إرضاء رغباتهم ونشوة الإدمان على التدخين"

وعلى ال رغم من بساطة عدتهم وعتادهم، إلا أنهم عرفوا كيف يؤدون واجبهم المهني في صورة مثالية عالية، تلق بهم أثارت استحسان، وإعجاب من الأجانب، حيث يقول في حقهم "الكولونيل سكوت" الإنجليزي مادحا : الذي أدلى سنة 1838 الأمير جاء فيه أن من الممكن، وللإنسان أن يسافر في أية منطقة في مملكته، وعلى ظهره كيس من الذهب دون أن يتعرض للسرقة، أو السطو عليه، تصريح صادق، وصحيح تماما"

بعد احتلال مدينة الجزائر في 05 جويلية عام 1830، عملت السلطات الفرنسية على تعيين أول إطار للشرطة الاستعمارية بالجزائر في 11 أوت 1830، ويتعلق الأمر بالمحافظ العام السيد رولاندبوسي DEBUSSY ROLAND غير أن الوضع الأمني آنذاك عرف انتشاراً مرعباً للفوضى والإجرام والتجاوزات، التي انعكست سلبا على حياة أبناء الجزائر، الذين أصبحوا يعانون من ويلاتالاستعمار وسياسته القمعية، بالإضافة لتفاقم مجموعة المشاكل الأمنية والاجتماعية...الخ.

إن الشرطة الاستعمارية كانت شرطة قمعية وهياكلها تخدم وضعية المحتل ال غير، بحيث كانت عبارة عن مصالح متخصصة منفصلة الواحدة عن الأخرى، ومغلقة بحكمة وموجهة لقمع الشعب الجزائري مهيكلة على الشكل التالي:

- مصلحة حماية الإقليم DST تابعة لحاكم الجزائر ولباريس .
- مصلحة الشرطة القضائية .
- مصلحة الاستعلامات العامة
- مصلحة الأمن العمومي .
- مصلحة الشرطة العامة .
- مصلحة تحقيق الشخصية .

س ماها "بالمجلس الشوري الأميري العالي". قوامها أحد عشر عضواً من كبار العلماء وأخلص أعيان البلاد.

هذا على ال صعيد المركزي للدولة، أما ي فقد عمد إلى تقسيم على ال صعيد المحل الت الوطني إلى جملة من المقاطعات الإدارية، سماها كما هو الحال عليه اليوم بالولايات، حيث كان يحكمها نيابة عليه، حاكم ، أي خليفة الأمير في ت دبر بلقب "الخليفة" مختلف شؤون الإقليم بما فيها حفظ النظام العام، وتوفير الأمن والطمأنينة للرعية وأمالكها .كما قام بتشكيل شرطة خاصة كانت موزعة على مختلف شوارع وأحياء المدن، حيث كان وحتى معسكرات جيشه المتنقل، يستخدمونها متى استدعت الحاجة إلى تأديب المنحرفين والمخل بضوابط النظام العام.

وبذلك أولى أهمية كبيرة للأمن وتدابيره، التي اعتمدت على جملة من الإجراءات، حيث قال في هذا الخصوص: "بفضل يقظة الخلفاء، والقياد، وكوني كنت أتحكم في رؤساء القبائل لمنع تفشي الجريمة والسرقعة في ربوع هذه الأراضي، مكن ذلك من استتباب الأمن والسكينة في الشوارع، إن يقظة رجال الشرطة وحسهم المهني كان دائماً بالمرصاد، رغم الصعوبات نظراً لشساعة الأراضي وتمركز سكان البدو في الخيم، بالرغم من هذا تمكنت من محو ظاهرة سرقعة الفرس، وأصبح من الممكن للمرأة التجوال بكل حرية وحدها دون تخوف أو تحرش... ..كانت من بين التدابير التي اتخذتها ترمي إلى غرس وترسيخ آداب والأخلاق لكافة السكان ومنعت استعمال الذهب والفضة في الملابس الرجالية إلا فيما يخص الأسلحة ولوازمها، لم يكن ذلك ممنوعاً على النساء، وكنت أول من أعطى مثال على ذلك بارتداء ملابس عادية مثلي مثل أدنى جندي عندي...لم أكن أطلب بأي شيء سوى حث الرعية على التسلح واكتساب الذخيرة تأهباً لحرب طارئة عوض صرف الأموال الباهظة في الألبسة الفاخرة غير المجدية...هذا حسب ما نصت عليه تعاليم الشريعة الإسلامية، بالنسبة للخمر ولعب القمار كانت محرمة تحريماً مطلقاً كذلك الشأن بالنسبة

التقليد. فأغراء الشخص مثلا يعلمه السلوك الإجرامي عن طريق الاتصال ولكن هذه العملية لا توصف عادة بأنها تقليد.

5. جهاز الأمن الوطني من الخلافة العثمانية إلى اليوم:²⁷

بعد انضواء الجزائر تحت راية الخالفة العثمانية عام 1519م، أصبحت تشكل إيالة ذات نظام إداري وقضائي ومالي وعسكري خاص، تمتعت من خلاله باستقلال شبه تام، خاصة في عهد الدايات 1671 - 1830. ومن بين الجوانب التي اهتمت بها الدولة آنذاك، الجانب الأمني، الذي أوجدت له نوعين من الشرطة، حيث وجدت شرطة خاصة بالأتراك وأخرى بالأهالي، وكان من بين ضباط الشرطة، المكلف بالفصل في التركية "الباش جراح" الخلافات بين الأتراك، "إذا سال فيها دم وكان فيها جراح."

لقد اتسم جهاز الشرطة خلال العهد العثماني بالصرامة والحزم ولعل شهادة القنصل الأمريكي بالجزائر وليام شالر (1816/1824) الذي يقول في مذكراته "وأنا اعتقد انه ال توجد مدينة أخرى في العالم يبدي فيها البوليس نشاطا أكبر مما تبديه الشرطة الجزائرية التي ال تكاد جريمة تفلت من رقابتها، كما انه ال يوجد بلد آخر يتمتع فيه المواطن وممتلكاته بأمن أكبر" وهذه الشهادة خير دليل على استتباب الأمن وأمان بالجزائر في تلك المرحلة.

وبعد مبايعة الأمير عبد القادر (1808-1883)، من طرف مشايخ وأعيان قبائل البلاد في 13 رجب 1248هـ، الموافق ليوم 28 نوفمبر قب منذ ذلك الحين بأمر 1832م، وتل المؤمنين، وشرع في إرساء دعائم حكومة ظ دولته الفتية على نمط م ن ال دول الغربية²⁸ المعاصرة له. حيث أنشأ على ال صعيد ع² المركزي هيئة تنفيذية، قوامها سب ن أو وزارات بتعبيرنا الحالي، كان نظارات، من جملتها نظارة، أو وزارة ال داخلية وهيئة استشارية سامية،

²⁷ صفحات من تاريخ الشرطة الجزائرية، <http://www.dgsn.dz/?صفحات=من-تاريخ-الشرطة>

الاجتماعية في تفسير السلوك الإجرامي، فكان من بين النظريات الاجتماعية الأساسية التي اهتمت بموضوع الجريمة والسلوك الإجرامي، وتمثل الاتجاهات الكبرى في المدرسة الاجتماعية هي حسب تسلسلها التاريخي: النظرية الاقتصادية، النظرية اللامعيارية دوركايم في الانحراف والجريمة، نظرية التقليد والمحاكاة لتارد، ونظرية الاختلاط التفاضلي لسذرلاند، وترجع عوامل الجريمة وانتشارها في المجتمعات البشرية حسب هذه التوجهات النظرية إلى²⁶.

- العوامل الاقتصادية كالفقر وانخفاض الدخل والأزمات الاقتصادية التي تطرأ على المجتمع وغير ذلك... حيث تلعب هذه الظروف الاقتصادية تحديدا دورا هاما في تشكيل الجريمة، رغم تدخل عوامل أخرى غير اقتصادية كالمناخ والسن والجنس والأسرة، والدين والثقافة... ومن المؤمنين بهذه العوامل بقوة العالم "كينتليتة" Quetlet
- الأسبقية، فيفترض أن تكون هامة بمعنى أن السلوك القويم الذي يكتسب في الطفولة المبكرة قد يستمر بدوره طول الحياة. علي أن هذا الاتجاه بالنسبة للأسبقية لم يثبت وجوده بشكل واضح وإنما تبدو أهمية الأسبقية أساسا من خلال تأثيرها على الشخص عندما يقف موقف الاختيار
- عمق العلاقة، وتتعلق بأمور معينة مثل: مكانة مصدر النموذج الإجرامي أو المقاوم للإجرام، ورد الفعل العاطفي الذي تحدثه العلاقات... الخ. إن تكرار واستمرار وأسبقية وعمق العلاقات يجب أن يحدد بشكل كمي في حالة الوصف الدقيق للسلوك الإجرامي لدى شخص ما
- تعلم السلوك الإجرامي عن طريق الاتصال بالنماذج الإجرامية والمعادية للإجرام يتضمن كل من الآليات التي يتضمنها أي تعلم آخر: وهذا يعني بطريق النفي أن تعلم السلوك الإجرامي لا يقف عند حد

²⁶ نوار الطيب، عوامل تطور السلوك الإجرامي في الجزائر، الملتقى الوطني الأول حول الظاهرة الإجرامية في الجزائر، قسم علم الاجتماع والديموغرافيا، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية جامعة سكيكدة، 04- 05 2007 / 12/

يحتاج التعرف على هذا السلوك إلى دراسة الحقائق الاجتماعية الموضوعية، التي تربط بينه وبين التنظيم والبناء الاجتماعي، ومختلف عمليات التفاعل والتغير الاجتماعي، باختصار، هي دراسة ذات الطابع الاجتماعي للجريمة والعمليات أو التغييرات الاجتماعية التي يتكون منها السلوك الإجرامي²²، وهدف علماء الاجتماع إلى كشف العلاقة القائمة بين الجريمة ومختلف عناصر البيئة الاجتماعية كالظروف الاقتصادية والسياسية والإيكولوجية، والبناء الطبقي للمجتمع، والتعليم، والثقافة، ووسائل الإعلام، والدين، والأسرة، والبعاء، والهجرة، والحروب، والانقلابات، والثورات، وغيرها من الظروف التي كان لها بالغ الأثر في ارتكاب الجريمة من وجهة نظر المفكرين في علم اجتماع، نتيجة لذلك نشأت المدرسة الاجتماعية التي انتهت إلأن المجرم ليس ظاهرة فردية منعزلة، وإنما هو نتاج مجتمعه، فهو عضو في جماعة وجريمته فعل مخالف لقوانين هذه الجماعة، ولمعرفة سبب ارتكاب المجرم لهذا الفعل، لا بد من دراسة العلاقة بينه وبين بيئته الاجتماعية، وتحليل طبيعة السلوك الإجرامي الذي يتكون من خلال هذه العلاقة²³ و"يحمل المجتمع في ذاته بذرة كل جريمة تقع في المستقبل، فهو الذي يحضرها، والمجرم ليس سوى أداة في يده لتنفيذها"²⁴ "فالبيئة الاجتماعية هي الوسط الذي يستخدم لاستنبات المجرمين، والمجرم جرثوم اجتماعي، لا تظهر أهميته، إلا من يوم التقائه بهذا الوسط الذي يتولى مهمة إنمائه، فللمجتمعات مجرميها الذين تستحقهم"²⁵

انطلاقاً من هذه النظريات والاتجاهات ظهر اتجاه آخر عمل على تفسير الجريمة والسلوك الإجرامي من خلال الربط بين الجانب البيولوجي والاجتماعي والنفسي، فالعالم الإيطالي أنريكو فيري أخضع السلوك الإجرامي لمبدأ الحتمية، ورأى أنه ينشأ تبعاً لوجود الحالات التي تتوفر فيها شروط طبيعية وشخصية واجتماعية بعضها مع بعض، مع إعطاء الأولوية للدور الذي تلعبه العوامل الاجتماعية في تكوين السلوك الإجرامي وسار كثير من ذوي النظرة

²² السيد علي شحاتة، علم اجتماع الجنائي، مكتبة الإشعاع الفنية، 1997، ص 39

²³ إبراهيم زكريا، الجريمة والمجتمع، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1958، ص 112

²⁴ نفس المرجع، ص 113

²⁵ السيد علي شحاتة، مرجع سابق، ص 47

أما النظريات التي ركزت على الجانب النفسي في دراسة الجريمة، فقد ربطت بين الجريمة والحالة النفسية والعقلية للمجرم، ومدد القدم ورد هذا التفسير حيث ينظر للمجرم على أنه غير عاقل، ويفسر إجرامه بالجنون أو تفحص الشياطين لجسده، أو إحلال طائفة من الجن لروحه¹⁷، وقد ساد هذا الاعتقاد إلى غاية القرن 19، وعندما ظهر علم النفس، والطب العقلي، والتحليل النفسي، فوجد المهتمون بدراسة الجريمة صياغة لتفسيرها من خلال "الربط بين الجريمة والحالة العقلية والنفسية للمجرم¹⁸، أين يكون المجرم ضعيف العقل عاجزا عن إدراك القواعد التي تنظم المجتمع، أو أن إدراكه ضعيف، وإرادته ضعيفة لا تسمح له بالسيطرة على رغباته، ولا تمنعه من القيام بالأفعال اللااجتماعية¹⁹، أو قد يكون المجرم مصابا بأمراض عقلية، يمكنها أن تفقد صاحبها إلى الجريمة بمختلف أنواعها من قتل وعنف، إلى السرقات والجرائم الأخلاقية، وانحراف الأحداث المتمثل في أبسط الأفعال المخالفة لقواعد المجتمع كالهروب من البيت والمدرسة²⁰، وقد ترجع الجريمة إلى ضعف الأنا عند الفرد، فيعبر بطريقة مباشرة، عن دوافعه الغريزية ومتطلبات "الهو" لديه، أو يعبر بطريقة رمزية تلك الدوافع والمتطلبات القابعة في لا شعوره، وفي كلتا الحالتين يوجد "أنا" ضعيف غير قادر على التوفيق بين القوى المتصارعة "الهو والأنا الأعلى، والواقع"²¹

في حين تذهب النظريات التي ركزت على الجانب الاجتماعي في تفسير الجريمة

فهدفت إلى دراسة الظاهرة الاجتماعية كحقيقة مستقلة عن الظواهر الطبيعية والبيولوجية والنفسية، دراسة علمية وصفية تحليلية بغية الوصول إلى القوانين الاجتماعية، وقد اهتم علم الاجتماع بالجريمة واعتبرها ظاهرة اجتماعية، تحدث داخل المجتمع أو داخل جماعة من الناس، ويرتبط بها ارتباطا وثيقا،

¹⁷ عبود السراج، علم الإجرام وعلم العقاب، جامعة الكويت، ط2، الكويت، 1984، ص 247

¹⁸ نفس المرجع، ص 248

¹⁹ نفس المرجع، ص 250

²⁰ نفس المرجع، ص 256

²¹ نفس المرجع، ص 255

- التحري ومعاينة المخالفات الجزائية وكذا البحث وإلقاء القبض على مرتكبيها.
- الحفاظ واسترجاع الأمن العمومي.
- البحث عن المعلومات لفائدة السلطات المختصة.
- الوقاية من الجريمة والانحراف.
- المشاركة في العمليات الكبرى للدولة في إطار المهام المنوطة بها.

4. تفسير الجريمة على ضوء النظريات الحديثة:

فسرت بعض النظريات السلوك الاجرامي استنادا على عدة منطلقات ومرجعيات منها البيولوجية، ومنها النفسية، والاجتماعية، فالنظريات التي ركزت على الجانب البيولوجي في الانسان تقوم على أساس الربط بين السلوك الإجرامي لدى الفرد وتكوينه البيولوجي، وقد يتعلق الأمر بمعاينة الشخص من السلوك الإجرامي الموروث كما يسميه لمبروزو بالمجرم بالفطرة أو المجرم المطبوع¹⁴، فيولد الشخص المجرم مستعدا طبيعيا لارتكاب الجرائم، لأنه يحمل صورة الإنسان البدائي المتوحش وسماته الانحطاطية، فالسلوك الإجرامي لديه إنما هو "ارتداد إلى حالة البذاءة الأولى"¹⁵، أو قد يرجع الإجرام إلى تكوين الشخص ذاته، فيشكل عاملا للانحراف والجريمة، كأن يكون لديه خلل أو تشوهات في مخه أو غدده، أو جهازه العصبي، مما يعطيه "استعدادا إجراميا" أو "تكويناً إجرامياً" يفضي إلى الجريمة إذا وجدت ظروف أخرى مشجعة على ذلك، في البيئة الاجتماعية المحيطة¹⁶، كما قد يعود إجرام الفرد عامل وراثي انتقلت إليه خصائص السلف، لحظة تكوينه، كما يفسر بعض بيولوجيين الإجرام على أساس أن العديد من المجرمين يحملون كروموسوما زائدا يساهم في انخفاض مستوى الذكاء والميل للسلوك العدواني .

¹⁴ جلال ثروت، الظاهرة الإجرامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1979، ص 64

¹⁵ نفس المرجع، ص 62

¹⁶ نفس المرجع، ص 83

إلى أشخاص¹¹. في حين يعرف محمود البشير المغربي التنظيم بأنه: " تجميع الأنشطة و الموارد لتسهيل إمكانية إنجاز الأهداف"¹²

يبدو أن أقرب تعريف يمكن استخلاصه لمصطلح التنظيم هو: أنه ذلك المركب الذي يجيد الربط بين الموارد البشرية (الأفراد) و الموارد المادية (الألات، الأموال، التقنيات، إلخ...) فيسهل الوصول إلى أسرع و أقرب الأهداف و النتائج المسطرة.

ج. الأجهزة الأمنية

الشرطة لغة تعني المختار من كل شيء، و قد سموا بذلك لأنهم أشرطوا أنفسهم بأشرطة وعلامات خاصة يعرفون بها، و غالبا ما يكون لونها أحمرًا على شكل عصائب للرأس أو الذراع، أما اصطلاحا: فالشرطة هم الجند الذي يعتمد عليهم الخليفة أو الولي في استتباب الأمن و حفظ النظام، و القبض على الجناة و المفسدين، و ما إلى ذلك من الأعمال التي تكفل أمن الجمهور طمأنينته.¹³

أما في هذه الدراسة الشرطة هم أعوان مكلفين بحفظ الأمن العام القومي، و السهر على حماية ممتلكات الدولة و المواطنين، عبر آليات و وسائل و تقنيات تحددها القوانين و الهيئة الوصية.

ومن أهم المهام الموكلة إلى الشرطة:

- ضمان حماية الأشخاص و الممتلكات .

¹¹ علي محمد منصور، تأليف مبادئ الإدارة: أسس ومفاهيم، ط1، مجموعة النيل العربية، القاهرة، 1999، ص145

¹² محمد الفاتح محمد البشير المغربي، أصول الإدارة و التنظيم، دار الجنان، عمان، 2016، ص16

1. شوقي عبد الكريم. صفحات من تاريخ الشرطة الجزائرية. المتحف المركزي للشرطة، 2018، صفحة 20 .

2. نفس المرجع، ص 21.

القضائية بصفة أساسية، أو عن طريق سلطة الاتهام بصفة استثنائية، فلا بد إذن لثبوت صفة المجرم من صدور حكم بالإدانة⁸

أما علماء النفس يرون الجريمة على أنها سلوك معاد للمجتمع و في نفس الوقت إشباع لغريزة إنسانية بطريقة لا اجتماعية، ويقول في هذا الصدد "Alexander" : أن السلوك الإجرامي هو نتيجة للاضطراب في قوى الشخصية الثلاث في تكيفها مع القانون الأخلاقي السائد في المجتمع.⁹

إذا الجريمة هي فعل إنساني غير مرغوب فيه، ينتهك القيم والرموز المصادق عليها من قبل أفراد المجتمع، بغية الوصول إلى أهداف شخصية، مقابل إلحاق الضرر بالآخر .

ب. التنظيم:

لقد تعددت تعاريف التنظيم بقدر عدد الباحثين في هذا الموضوع، نذكر من بينها التعاريف التالية:

عرف هنري فايول (Henry Fayol) بأنه "إمداد المنظمة بكل مايساعدها على تأدية مهامها من المواد الأولية، الآلات والأفراد، ويتوجب على المدير إقامة نوع من العلاقات بين الأفراد بعضهم ببعض، وبين الأشياء بعضها ببعض"¹⁰.

كما عرفه ليندال إيرويك (LyndelUrwick) بأنه " تحديد أوجه النشاط اللازمة لتحقيق أي هدف، وترتيبها في مجموعات بحيث يمكن إسنادها

⁸ نفس المرجع، ص 120

⁹ محمد شفيق، الجريمة و المجتمع: محاضرات في الاجتماع الجنائي و الدفاع الاجتماعي. الاسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، ص 18، 19.

¹⁰ بربير كمال، ادارة الموارد البشرية وكفاءة الاداء التنظيمي، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000، ص 25

سلوك آخر، نتيجة لوجود الفرد داخل الجماعة التي تتولى تنشئته طبقا لسياستها التربوية، ولهذا يكون تفسير الجريمة والسلوك الإجرامي مرتبطا بالظروف الاجتماعية والاقتصادية التي يعيش فيها الفرد دون اهمال حالته النفسية العقلية.

وبحسب علم القانون الجريمة هي "فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيرا احترازيا⁴، وهي "كل سلوك إنساني معاقب عليه بوصفه خرقا أو تهديدا لقيم المجتمع أو لمصالح أفراده الأساسية، أو لما يعتبره المشرع كذلك ووسيلته في ذلك النص الجنائي"⁵، ركز هنا التعريفين على الجانب الشكلي للجريمة، وأهمل بالمقابل مضمونها الذي يعتبرها واقعة إنسانية اجتماعية كما يصرح به علم الاجتماع بأنه "كل سلوك إنساني معاقب عليه بوصفه خرقا لقيم المجتمع أو لمصالح أفراده الأساسية، متى كان هذا السلوك كاشفا عن نفسية منحرفة أو عن تكوين إجرامي"⁶

المجرم في لغة القانون هو فاعل الجريمة أو الجاني. ولا يعد الشخص مجرما من منظور قانون العقوبات إلا إذا توافر في حقه أركان الجريمة الثلاثة: المادي، والمعنوي، والشرعي، ثم تسند الجريمة بأركانها الثلاثة إلى الفاعل الذي يجب أن يكون أهلا لتحمل المسؤولية الجنائية، بمعنى هو كل شخص صدر في حقه حكم بإدانته عن ارتكاب جريمة من طرف القضاء متى صار هذا الحكم نهائيا غير قابل للطعن فيه⁷، أما بلغة علم الاجرام لا يعتبر كل مجرم مسؤولا عن جنايته، إلا إذا كان شخصا سويا، ولا تجوز مساءلته الجنائية إذا كان يشكو من خلل عقلي، لذا عرف المجرم في علم الاجرام بأنه "الشخص الذي يثبت ارتكابه للفعل الإجرامي بمقتضى حكم صادر عن طريق السلطة

⁴سليمان عبد المنعم، أصول علم الإجرام والجزاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،

ط1، 1996، ص.24

⁵ نفس المرجع، ص 24

⁶ نفس المرجع، ص 25

⁷ نفس المرجع، ص 27

كما وتختلف حدة الجريمة من بلد لآخر، فنجد بعض الدول يرتفع فيها مؤشر الجريمة مثل فينزيويلا، واخرى تكاد تنعدم مثل اليابان، وتصنف الجزائر في ضمن الدول الأكثر ارتفاعا للجريمة على المستوى العالمي، فهي في المرتبة 33 عالميا.³

أمام هذا الارتفاع لمؤشر الجريمة بالجزائر استلزم على الأجهزة الأمنية تحديث نفسها وإعادة هيكلتها وتنظيمها لمواكبة تحديات العصر، ولمعرفة علاقة هذه التغيرات التي مست بالأجهزة الأمنية، ارتأينا النزول إلى إحدى هذه الآليات، والمتمثلة في جهاز الشرطة، أين سنحاول إبراز العلاقة بين التنظيم الحديث بمكافحة الجريمة، فما هو دور التنظيم الحديث في مكافحة أشكال الجريمة؟ وماهي الآليات الممنوحة لرجال الشرطة ضمن قانون الإجراءات الجزائية للتحري والبحث عن الجريمة المنظمة؟ كيف ساهمت هذه التغيرات في الحد من الجريمة؟

2. فرضية الدراسة :

عصرنة جهاز الأمن سهل من عملية مكافحة الجريمة.

3. تحديد المفاهيم:

أ. الجريمة:

تعد الجريمة فعلا اجتماعيا صاحب الإنسان منذ بدء الخليقة، مما أعطى للفعل الإجرامي أبعاده التاريخية والدينية والتشريعية والعلمية، وعليه فإن تفسيرات متنوعة شملت مفهوم الإجرام على مر العصور، فاعتبر المجرم إنسان غير عادي في العصور القديمة، وفسر سلوكه بالسلوك الشيطاني أو الجنوني، وفي العصور الوسطى وصف بأنه من أعمال الشيطان، ولكن هو مسؤول أمام الله والمجتمع عن إجرامه، أما في العصر الحديث فقد أصبحت الجريمة ظاهرة اجتماعية انسانية، حيث يكتسب السلوك الإجرامي مثل أي

conventions against terrorism and the embodiment of its international obligations.

Key Words: *Fight Against Crime, Security, Modern Theories*

أهمية وأهداف الدراسة:

- تهدف الدراسة إلى الكشف عن دور جهاز الأمن في المجتمع الجزائري.
- إبراز دور الجهاز الأمني في حفظ الأمن العام و السلم و تحقيق الاستقرار.
- إبراز دور التنظيم و التسيير المحكم في محاربة مختلف الجرائم.
- التعرف على الظروف المهنية و الاجتماعية لأفراد الأمن الوطني.

1. الإشكالية :

يشهد العالم في أيامنا هذه ارتفاع مخيفا للجريمة بمختلف أنواعها وطرقها سواء في مجتمعات دول العالم الأول، أو دول العالم الثالث، وهذه الظواهر غير الطبيعية الإنسانية الصنوعي نفس الوقت تهدد استقرار المجتمعات وسيورتها ديمومتها، ويعتبر جهاز الأمن بمختلف فروعها (شرطة، درك وطني، مخابرات) من أبرز الأجهزة الناجعة في محاربة الجريمة والقضاء عليها، والحد منها سواء من حيث تفكيك الشبكات الإجرامية، أو إعداد مخططات مسبقة للحد من خطورة هذه الظاهرة قبل وقوعها، بفضل التنظيم المحكم والجيد في التعامل وتسيير جميع الموارد المادية والبشرية، أين تختلف طرق القضاء الجريمة ومداومة أوكارها من بلد لبلد لآخر، فنجد ارتفاع مؤشر الجريمة في دول أمريكا الشمالية والجنوبية خصوصا، وإفريقيا وأسيا عموما.²

² التقرير السنوي للإنترنت،

file:///C:/Users/wintm/Downloads/006-2016Annual%20report%202016_AR_web.pdf

غير المشروعة في المخدرات والمؤثرات العقلية، وتقرير مبدأ عدم تقادم هذه الجرائم الخطيرة، والمؤسسات الأمنية واحدة من أهم الأجهزة التي تعمل على تجسيد هذه القوانين، على أرض الواقع، وجاءت هذه الدراسة لعرض دور التنظيم الحديث للمؤسسة الأمنية بالجزائر، بقوانينه ونشاطاته، في محاربة الجريمة والمحافظة على استقرار المجتمع.

الكلمات المفتاحية: مكافحة الجريمة, الأمن, النظريات الحديثة

THE ROLE OF MODERN ORGANIZATION OF SECURITY APPARATUS IN THE FIGHT AGAINST CRIME

Yamina Mokhtar

Idris Sufyan

Abstract

The crime began with the beginning of life itself and developed with it, taking new dimensions in its forms, sizes and method of committing. In its contemporary dimension, it relates closely to the world's tremendous development in the movement of manufacturing, technology and rapid transport as well as freedom of movement of people and money. Has added to the crime a cross-border character until organized crime in all its forms has become an obsession that haunts all countries of the world, directly or indirectly.

In this regard, Algeria has taken a number of measures to combat crime of various kinds by joining and ratifying international conventions such as the United Nations conventions against transnational organized crime, the Convention against Corruption, the

دور التنظيم الحديث لجهاز الأمن في مكافحة الجريمة — دراسة حالة الشرطة الجزائرية —

اد. دريس سفيان
د. يمينة مختار،

الملخص

بدأت الجريمة مع بداية الحياة نفسها و تطورت معها، متخذة أبعادا جديدة في صورها وأحجامها و أسلوب ارتكابها، وهي تتصل في بعدها المعاصر اتصالا وثيقا بما يشهده العالم من تطور هائل في حركة التصنيع، والتكنولوجيا، ووسائل النقل السريع وكذلك حرية انتقال الأشخاص والأموال، وهذه العوامل أضفت على الجريمة طابعا عابرا للحدود حتى أصبحت الجريمة المنظمة بشتى صورها تشكل هاجسا يطار د جميع دول العالم بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

من هذا المنطلق اتخذت الجزائر جملة من الإجراءات لمحاربة الجريمة بمختلف أنواعها وذلك من خلال انضمامها ومصادقتها على الاتفاقيات الدولية، كاتفاقيات الأمم المتحدة لمكافحة الإجرام المنظم العابر للأوطان، اتفاقية مكافحة الفساد، والاتفاقيات المانعة والمكافحة للإرهاب و تجسيديا لالتزاماتها الدولية فإنها تعمل تدريجيا على تجريم عدة ظواهر متفق على خطورتها في هدم المجتمعات وتدمير الشعوب، مثل تبييض الأموال، تمويل الإرهاب، المتاجرة

¹ تاريخ ارسال البحث: 11.07.2018، تاريخ قبول البحث: 25.10.2018

John J. Mearsheimer, *The Tragedy Of Great Power Politics*, New York, London: W. W. Norton & Company, 2003. .12

Brian Riply, "Cognition, Culture, and Bureaucratic Politics," in *Foreign Policy Analysis: Continuity and Changing in Its Second Generation*, ed. Laura Neack, Jeanne A. K. Hey, and Patrick J. Haney (New Jersey : Prentice Hall, Englewood Cliffs. .13

Charles W. Kegley, Jr. And Eugene R. Wittkopf, *American Foreign Policy: Pattern and Process*, 4th ed. ,New York: St. Martin's Press, 1991. .14

أبي عبد الله القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، اختصره وخرّج أحاديثه عرفان حسونة (بيروت: دار الكتب العلمية، 2001. .15

Abraham Maslow, « Humanistic Theory of Personality,» In *Personality Theories: Basic Assumption, Research, and Applications*, ed. Larry A. Hjelle and Daniel J. Ziegler ,New York: McGraw-Hill International Editions .16

Robert A. Baron and Donn Byrne, *Social Psychology: Understanding Human Interaction*, 4th ed. ,Boston, London, Sydney, Toronto: Allyn and Bacon, INC., 1984. .17

النووي أبي زكريا يحيى بن شرف، رياض الصالحين. الجزائر: مطبوعات ميموني للنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ النشر .18

Duffield, «The New Developing-Security Terrain,» in *Perspective on World Politics*, 3rd ed., ed. Richard Little and Michael Smith, London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2006. .19

عامر مصباح، خصائص القيادة عند الرسول صلى الله عليه وسلم: دراسة من وجهة نظر علم النفس الاجتماعي (الجزائر: دار هومة، 2003. .20

- Introduction to International Relations, ed. John Baylis and Steve Smith, 2nd ,New York: Oxford University Press, 2001.
- Jan Aart Scholte, «Global Civil Society,» in Perspective on World .5
Politics, 3rd ed., ed. Richard Little and Michael Smith ,London
and New york: Routledge Taylor & Francis Group, 2006.
- Kenneth N. Waltz, “Explaining War,” In: International Relations .6
Theory: Realism, Pluralism, Globalism, ed. by Paul R. Viotti &
Mark V. Kauppi, New York: Mac Millan Publishing Company,
1993.
- Zbigniew Brzezinski, The Choice : Global Domination or Global .7
Leadership New York: A Member of the Perseus Books Group,
2004.
- Barry Buzan, People, States, and Fear: The National Security .8
Problem in International Relations ,London: A Member of The
Harvester Press Group, 1982.
- Hans Mouritzen, “Kenneth Waltz: a critical rationalist between .9
international politics and foreign policy,” in The Future of
International Relations Masters in the Making?, ed. Iver
B. Neumann and Ole Wæver, London, New York: Routledge,
1997.
10. جاكلين ديفس، شارلز بيرري، وجمال سند السويدي (أبو ظبي: مركز الإمارات
للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2000).
- Barry Buzan and Ole Wæver, Regions and Powers: The Structure .11
of International Security, Cambridge, New York: Cambridge
University Press, 2003.

1-1- المقاربة الإسلامية تركز على الجوانب المعنوية في المقام الأول ثم المادية.

2-1- تركز المدرسة الواقعية/ الواقعية الجديدة على المستوى المادي للأمن.

1-2- تُعطي المقاربة الإسلامية قيمة كبيرة للمعتقدات التي تحوي الأمن.

2-2- تُعطي الواقعية (التقليدية و الجديدة) القيمة الأكبر للمصالح المادية

3-يختلفان في تصنيف أولويات المصالح الأمنية، فالنظرية الإسلامية تعطي الأولوية لأمن الإنسان في حين تعطي الواقعية الأولوية لأمن الدولة.

BIBLIOGRAPHY / قائمة المراجع:

1. Hans Joackim Morgenthau, Politics Among Nations: The Struggle For Power and Peace, 5th ed. (New York: Alfred A Knof, 1978.

2. جيمس دورتي وروبرت بالاستغراف، النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية، تر. وليد عبد الحي، م.: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1985.

3. Barry Buzan, "The Level of Analysis Problem in International Relations Reconsidered," In International Relations Theory Today, ed. Ken Booth and Steves Smith (Cambridge: Cambridge Polity Press, 1995.

4. Steve Smith, "Reflectivist and Constructivist Approaches to International Theory," In The Globalization of World Politics : An 102
Medeniyet Law Review, Vol.3, Y.2018, Issue.5

- 3- الحاجة إلى التقدير والاحترام.
- 4- الحاجة إلى الحب والانتماء.
- 5- الحاجة إلى الأمن.
- 6- الحاجة إلى تحقيق الذات.⁴²

بصفة عامة، تركز النظرية الإسلامية في مفهمتها "للحق في الأمن" على الأمن المجتمعي في أبعاده الإيمانية والرمزية بشكل عام قبل الحديث عن الجوانب المادية الخالصة. وحتى هذه الأخيرة تربط دائماً بالمسألة الإيمانية مثل الإنفاق في سبيل الله وإطعام الطعام وتفريج كرب الآخرين. كما تركز النظرية الإسلامية الأمنية على الصياغة المفاهيمية المركبة والمتعددة القطاعات لمفهوم الأمن.

نتائج الدراسة:

من خلال دراستنا الخاصة بالمقارنة بين كل من الأطروحات النظرية الأمنية (الواقعية/الواقعية الجديدة، إعادة مفهمة الأمن)، و بين المنظور الإسلامي لحقّ الأمن، توصلنا إلى أهم النتائج الخاصة بأوجه التشابه و الاختلاف بين الطّرحين كما يلي:

أ- أوجه التشابه:

1- يشتركان في أهمية أن الأمن يحقق المصالح العامة.

2- الأمن حقّ كل المجتمعات.

ب- أوجه الاختلاف:

⁴² عامر مصباح، خصائص القيادة عند الرسول صلى الله عليه وسلم: دراسة من وجهة نظر علم النفس الاجتماعي (الجزائر: دار هومة، 2003)، ص. 165.
Medeniyet Law Review, Vol.3, Y.2018, Issue.5 101

ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله {صلى الله عليه وسلم} قال: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرّج عن مسلم كربة فرّج الله عنها بها كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة". وعن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي {صلى الله عليه وسلم} أنه قال: "من نفّس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا، نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسّر على معسر يسّر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه".⁴⁰

ولكي يؤكد النبي {صلى الله عليه وسلم} نمط الاهتمام بالأفراد ورعاية مصالحهم، ربط بين خدمتهم والجزاء في الآخرة، وهذا ليحفز الأتباع على خدمة بعضهم البعض دون انتظار مقابل في الدنيا. ويؤكد هذا المعنى نتائج تحليل المضمون لأحاديث مختصر صحيح البخاري في الدراسة التي قام بها الباحث، إذ بلغت تكرارات هذا النمط 1247 تكراراً، أي بنسبة 95,86% بالنسبة للأبعاد الأخرى، وهي أعلى نسبة. بالإضافة إلى أنه يفوق كثيراً تكرارات نمط الشورى. مما يشير إلى أن الممارسة القيادية للنبي {صلى الله عليه وسلم} كانت مركزة على خدمة الأفراد ورعاية شؤونهم، وإشباع حاجاتهم، التي في النهاية هي مكونات أساسية لمبدأ "الحق في الأمن" بمفهومه الواسع كما هو مؤكد عليه في الأطروحات النظرية الأمنية الجديدة أيضاً.⁴¹ من خلال الدراسة المشار إليها سابقاً، لاحظ الباحث أن الرسول {صلى الله عليه وسلم} ركز على إشباع حاجات الأفراد وفق الترتيب التالي:

- 1- الحاجات الفسيولوجية.
- 2- الحاجة إلى الفهم والمعلومات.

⁴⁰ النووي أبي زكريا يحيى بن شرف، رياض الصالحين. الجزائر: مطبوعات ميموني للنشر والتوزيع، دون ذكر تاريخ النشر، ص: 96.

⁴¹ Mark Duffield, «The New Developing-Security Terrain,» in Perspective on World Politics, 3rd ed., ed. Richard Little and Michael Smith (London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2006), pp. 3325-3326.

عن اعتباراته السماوية وعلاقته بالله والاعتقاد بما هو مادي مجسم فحسب، فهذا مناقض للطبيعة الإنسانية المركب عليها. ومن ثم فالإنسان هو ذلك التركيب المؤلف من روح ومادة، والمكرّم عن جميع الكائنات الحية الأخرى والموجودات الطبيعية. وقد قرر القرآن الكريم هذه المعاني، عندما قال الله تعالى: "وإذ قال ربك للملائكة إني خالق بشرا من صلصال من حمأ مسنون، فإذا سوّيته ونفخت فيه من روحي فقعوا له ساجدين...".³⁶ وقال الله عز وجل: "ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً...".³⁷

أحد المظاهر العملية لمركزية الإنسان في الكون وتكريم الله له ومحوريته في التفاعل الاجتماعي الحاصل في العالم، هي تسخير الله عز وجل كل شيء في الكون له، قال الله تعالى: "وسخّر لكم الليل والنهار والشمس والقمر والنجوم مسخّرات بأمره، إن في ذلك لآيات لقوم يعقلون. وما ذرأ لكم في الأرض مختلفاً ألوانه، إن في ذلك لآية لقوم يذكرّون. وهو الذي سخّر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً وتستخرجوا منه حلية تلبسونها، وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون".³⁸ وقال الله تعالى: "هو الذي جعل لكم الأرض ذلولاً فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور".³⁹ كما أن السلوك النبوي قد ركّز - في جانب كبير منه - اهتمامه على الإنسان، "فقد ميّز العلاقة بين الرسول {صلى الله عليه وسلم} القائد وجماعته نمط الاهتمام بالأفراد الذي هو أحد أنماط القيادة، وذلك من خلال رعاية مصالحهم وخدمتهم والحرص على راحتهم، والعمل على تحقيق حاجاتهم وإشباعها، وذلك إدراكاً منه أن الفرد هو العنصر الأساسي في أي تنظيم. وإذا لم يحض هذا الفرد من قبل القائد باهتمام ورعاية، فإن هذا يؤثر على معنوياته ونفسيته، كما يؤثر أيضاً على علاقته بقائده وجماعته، وينعكس كل هذا على أداء الفرد داخل الجماعة. ولذلك روي عن

³⁶ سورة الحجر، الآية: 29، 28.

³⁷ سورة الإسراء، الآية: 70.

³⁸ سورة النحل، الآية: 12 - 14.

³⁹ سورة الملك، الآية: 15.

الجانب الذي يبرز العلاقة الوثيقة بين الجماعة والأمن هو بيان القرآن الكريم كيف أن تفكيك الجماعة وسلوك النزاع والصراع الداخلي هو سبب رئيسي في شيوع حالة عدم الأمن، قال الله عز وجل في شأن ذلك: "ولقد صدقكم الله وعده إذ تحسونهم بإذنه، حتى إذا فشلتم وتنازعتم في الأمر وعصيتهم من بعد ما أراكم ما تحبون، منكم من يريد الدنيا ومنكم من يريد الآخرة، ثم صرفكم عنهم ليبتليكم ولقد عفا عنكم والله ذو فضل على المؤمنين"³⁵. فكل أشكال النزاع والخلاف والفرقة هي مفاهيم مرفوضة في عدد كثير من الأحاديث النبوية إلى درجة أن في بعض الأحيان ربط النبي صلى الله عليه وسلم بين تقويض الجماعة والكفر؛ وهكذا أخذت العملية بعدا عقديا وروحيا. والسبب الرئيسي في ذلك هو آثار عدم الأمن القاسية المترتبة عن الفرقة والنزاع والشقاق التي من الممكن أن تخرق جميع حدود المجتمع وتكون كلفتها قاسية في الأرواح والأموال، كأن تنشب حروب أهلية أو أن تكون الفرقة والنزاع ثغرتان أمنيتان للأعداء. وهذا ما هو مفهوم من حديث النبي صلى الله عليه وسلم عندما قال: "عليكم بالجماعة، فإنما يأكل الذئب من الغنم القاصية". وقال: "أن تلزم جماعة المسلمين وإمامهم". فأحدى النتائج الفورية والمباشرة لتمزق الجماعة هي انهيار وتلاشي "الحق في الأمن" الذي هو إحدى المكونات الأساسية لمضمون حقوق الإنسان في منظور الإسلام.

iii. لماذا الحق في الأمن؟

الإنسان هو مركز الكون، وكل عناصر الوجود تدور حوله ومسخرة له، بواسطة تفوقه على هذه الموجودات بالعقل الذي هو مبرر التكليف الشرعي وحمل المسؤولية والأهلية للتعاقد. فالإنسان مكوّن من قسمين: الروح: وهي شيء غير مرئي مصدره الله، وقسم مادي مصدره الأرض مما يشير إلى معنى الحياة الاجتماعية التي هي موزعة بين معاني روحية سماوية واعتبارات أرضية مرتبطة بالأولى. أي أن الإنسان لا يستطيع أن يعيش بالانفصال عن الأرض والاستغناء عنها ويعتزل كل ما هو مادي، كما أنه لا يستطيع أن يفصل

³⁵ سورة آل عمران، الآية: 152.

بالتي هي أحسن، إلا الذين ظلموا منهم، وقلوا أمانا بالذي أنزل إلينا وأنزل إليكم وإلهنا وإلهكم واحد ونحن له مسلمون".³¹ يجب أن يركز المسلمون في حوارهم مع الآخر على نقاط التقاطع التي تجمعهم مع الآخرين، مثل (الإيمان بالكتب التي عند اليهود والنصارى)، (ووحدة الإله)، (والرسل) (وحدة الوطن)، (وفرص التعايش).

➤ الأمن من إنتاج الجماعة

المكوّن الآخر لمفهوم "الحق في الأمن" هو "الجماعة" باعتبارها المحيط المنتج للاستقرار الأمني على كل المستويات. لقد ظهر هذا المفهوم كمحور أساسي في بناء العلاقات الاجتماعية المختلفة في الإسلام عبر النصوص القرآنية والسنة النبوية؛ بحيث أن كل نداءات القرآن الكريم كانت باسم الجماعة. فعندما يخاطب القرآن المؤمنين أو الإنسان بصفة عامة، يكون بصفة الجمع "يا أيها الذين آمنوا"، "يا أيها الناس"؛ في إشارة منه إلى التأكيد على مفهوم الجماعة باعتبارها مصدرا للسلوك الاجتماعي الآمن، وعكسه التمزق والتشتت المنتجان لبيئة عدم الأمن. فقد قال الله عز وجل: "واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا، واذكروا نعمة الله عليكم إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخوانا".³² ثم ذمّ القرآن الكريم تفويض أركان الجماعة وتمزيق وحدتها عندما قال: "ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءتهم البينات وأولئك لهم عذاب عظيم".³³ لقد حث القرآن الكريم على ضرورة لزوم الجماعة والارتباط بها خلال الظروف الأمنية القاسية، باعتبارها سببا ضروريا لتحقيق الأمن؛ عندما قال: "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا، إن الله مع الصابرين"³⁴

³¹سورة العنكبوت، الآية: 46.

³²سورة آل عمران، الآية: 103.

³³سورة آل عمران، الآية: 105.

³⁴سورة الأنفال، الآية: 46.

بسبب الاختلاف في الدين (الحرب الدينية أو الطائفية). قال الله تعالى: "اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا أنتموهن أجورهن".²⁸ قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية "يعني ذبيحة اليهودي والنصراني؛ وذلك لأنهم يذبحون على الملة... لأن الله عز وجل قد أباح ذبائحهم، وقد علم ما يقولون".²⁹ يأخذ الأمن في هذا المستوى شكل التلاحم الاجتماعي والتفاعل اليومي المستمر، اللذان بدورهما يعملان بطريقة آلية على تبييد التحفظات وتلطيف العلاقات كما أكد عليه أيضا علماء النفس الاجتماعي³⁰، وخلق الحاجة للوجود المتبادل بسبب تنامي الوظائف بحكم التفاعل الاجتماعي اليومي. بمعنى آخر، التأكيد على الربط الوثيق بين الاستقرار الأمني والقاعدة الاجتماعية للمجتمع المبنية على قبول الآخر الذي يختلف عنا في الدين أو المذهب طالما أنه أعطانا السلم، والذي يصبح يعمل كمصدر منتج للأمن والرغبة في استمرار العلاقات لا انقطاعها.

وحتى في حالات الخلاف مع غير المسلمين، يجب أن تكون الأداة المفضلة في معالجة الخلافات أو سوء الفهم هي الحوار والتي هي أحسن وليس مجرد الحوار وتمهيد المناخ المناسب لنجاحه، على افتراض أن الحوار والتي هي أحسن سوف يعزز من عملية التفاعل البيئي ويصحح الأفكار الخاطئة ويلطف حالات التعصب والتطرف في العقائد ويعدّل سوء الإدراكات ويبدد مشاعر الكراهية. إنه يخلق مناخ التفاوض حول سلسلة غير متناهية من القضايا والموضوعات المطروحة في المجتمع، وبهذه الطريقة يتم التصحيح الذاتي لسوء الإدراكات والصور المعرفية المشوهة حول الآخر ويتم التأكيد تجريبيا من نيات الآخر وطريقة تفكيره. قال الله عز وجل في ذلك موجهها المسلمين نحو الحوار مع الآخر بأفضل الطرق والإستراتيجيات: "ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا

²⁸سورة المائدة، الآية:05.

²⁹أبي عبد الله القرطبي، مرجع سبق ذكره، ج. 2، ص. 17.

³⁰ Robert A. Baron and Donn Byrne, Social Psychology: Understanding Human Interaction, 4th ed. (Boston, London, Sydney, Toronto: Allyn and Bacon, INC., 1984), pp. 321-56.

➤ رفع الإكراه المعنوي والمادي

المكوّن الأول في مفهوم الأمن من منظور النظرية الإسلامية هو إبطال الإكراه النفسي والمعرفي على الأفراد والجماعات والشعوب في اعتناق الإسلام، كطريقة للشعور بالأمن حتى في المسائل الاعتقادية الخاصة. إذ لم يفرض الله عز وجل بالإكراه الإيمان على الناس—وهو قادر على ذلك—وتركهم أحرارا ليعتقدوا طواعية، فقال الله عز وجل في ذلك: "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي".²⁶ كما لم يعط حق الإكراه في الاعتقاد للنبي صلى الله عليه وسلم عندما قال القرآن الكريم يخاطبه: "ولو شاء ربك لأمّن من في الأرض كلهم جميعا، أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين".²⁷ بمعنى آخر، أن من مقتضيات الأمن ألا تمارس أشكال القمع والإكراه على العقول والمشاعر من أجل فرض أي عقيدة أو إيديولوجية على الناس. وهي المعاني الرمزية للأمن التي تنتج حالة القابلية للتعايش بين الأديان والاعتقادات والثقافات والعرقيات داخل المجتمعات الإسلامية، وفي نفس الوقت لا يكون التباين في العقيدة سببا ومبررا كافيا لشن الحرب أو انتهاك كرامة الآخرين أو تقيوض الاستقرار القائم. تشكل كل هذه المعاني جوهر الحق في الأمن من منظور النظرية الإسلامية.

➤ العلاقات عبر التباين السوسولوجي

زيادة في بناء التلاحم السوسولوجي والاجتماعي بين مكونات المجتمع المتباينة على أساس ديني، أباح الإسلام بناء الأسر بين المسلمين وغير المسلمين من اليهود والنصارى بشكل يثبت استقرار وأمن النسيج الاجتماعي أكثر، وأباح تواصل العلاقات الاجتماعية المختلفة في الحياة اليومية مثل الأكل في مطاعم غير المسلمين من اليهود والنصارى. وهذا يعني تعميق أسس الأمن عبر الأبنية الاجتماعية التحتية منعا لاحتمال حدوث أي تمزقات اجتماعية

²⁶ سورة البقرة، الآية: 256.

²⁷ سورة يونس، الآية: 99.

الأمن والغذاء، من غير إشارة إلى تعطيل للأسباب والمصادر المادية؛ بل حضور شروط فعلية في البيئة الواقعية للناس، يكون مصدرا مهما لاشتقاق معنى الأمن من الخوف والجوع.

➤ **يتمثل المعنى الرابع** لمفهوم "الأمن" في النظرية الإسلامية الأمنية في العلاقة بين التوحيد والشعور بالأمن، ويعني التوحيد التزام "لا إله إلا الله" قولاً وفعلاً. وليبيان أن هذه العلاقة تعكس الخاصية العامة المتحكمة في الوجود الاجتماعي للأمن للناس، ذكر القرآن الكريم على لسان سيدنا إبراهيم عليه السلام، أن الإشراف بالله والكفر هما مصدران لعدم الأمن؛ قال الله تعالى: "وكيف أخاف ما أشركتم ولا تخافون أنكم أشركتم بالله ما لم ينزل به عليكم سلطاناً، فأي الفريقين أحق بالأمن إن كنتم تعلمون".²⁴ يدل سياق الآية على أن مفهوم الأمن في المنظور الإبراهيمي مرتبط بالخوف من عواقب مخالفة أمر الله وطاعة الآلهة، بما يعني أن مصدر اشتقاق الأمن وتبديد الخوف هو توحيد الله في ألوهيته وربوبيته، وعدم الأمن هو مشتق من الشرك. على افتراض أن الخوف من الأشياء الغيبية هو جزء من مضمون الأمن في الإسلام، والذي هو بدوره مرتبط بالأمن في البيئة الفيزيائية التي تحيط الفرد. وهو المعنى الذي أظهره القرآن الكريم وهو يتحدث عن أهل مكة ويذكرهم بنعمة الأمن مقارنة بالمناطق الأخرى حولهم التي تعاني من حالة عدم الأمن؛ وأن هذه النعمة هي مستمرة لأسباب روحية إيمانية (وجود الكعبة أو الحرم)، قال الله عز وجل في ذلك: "أو لم يروا أننا جعلنا لهم حرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم، أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله يكفرون".²⁵

ب- مكونات الأمن في الإسلام

²⁴ سورة الأنعام، الآية: 81.

²⁵ سورة العنكبوت، الآية: 67.

كنتيجة لأهميتها في الحياة الاجتماعية والسياسية للناس. فقال الله عز وجل في شأن أهل مكة والعبدة موجهة لجميع بني البشر، "الذي أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف".²¹ ذكر الجوع والخوف على وجه التحديد بسبب العلاقة الوثيقة وحالة الاعتماد المتبادل بينهما، بحيث أن الجوع ينتج عدم الأمن وعدم الأمن أيضا ينتج الجوع. فعندما تكون ندرة قاسية في الأكل، يلجأ الناس إلى أعمال الشغب والنهب بشكل تتحول الحياة إلى حالة من عدم الأمن؛ في نفس الوقت عدم الأمن يجعل الكثير من الناس في حالة التشرد وبدون أكل ومأوى كما هي حالة الحروب الأهلية اليوم في العلاقات الدولية التي تدفع بملايين البشر ترك بيوتهم وأوطانهم والعيش في أقاليم أجنبية كلاجئين؛ وفقدان امتيازات تعليم الأطفال والرعاية الصحية وغيرها من أشكال الحياة الكريمة. الفكرة الأخرى التي يتضمنها الربط بين الجوع والخوف، هي أن الناس عادة يبحثون في المقام الأول عن إشباع الحاجة للأكل ثم يليها البحث عن الحاجة للأمن، كما جاء أيضا في نظرية الحاجات لإبراهام ماسلو.²²

➤ يتضمن المعنى الثالث لمفهوم "الأمن" في الإسلام العلاقة بين الإيمان والأمان من الخوف والجوع، بحيث أن من مصادر اشتقاق الأمن شيوع الإيمان بين الناس؛ وهذا ما جاء في القرآن الكريم عندما قال الله عز وجل: "وقالوا إن نتبع الهدى معك نُتخطف من أرضنا، أو لم نمكّن لهم حرما آمنا نُجبي إليه ثمرات كل شيء رزقا من لدنا ولكن أكثرهم لا يعلمون. وكم أهلكنا من قرية بطرت معيشتها، فتلك مساكنهم لم تسكن من بعدهم إلا قليلا، وكنا نحن الوارثين".²³ تتضمن هذه الآية علاقة ذات معنى روعي يربط بين الإيمان بالله وتأمين حاجات

²¹ سورة قريش، الآية: 04.

²² Abraham Maslow, « Humanistic Theory of Personality,» In *Personality Theories: Basic Assumption, Research, and Applications*, ed. Larry A. Hjelte and Daniel J. Ziegler (New York: McGraw-Hill International Editions), pp. 440- 84.
²³ سورة القصص، الآية: 57-58.

السياسة الخارجية، لكن بطريقة أخرى. فقد ربط القرآن الكريم بين ذكر الله عز وجل والأمن النفسي والاستقرار العاطفي. قال الله عز وجل: "الذين آمنوا وتطمئن قلوبهم بذكر الله ألا بذكر الله تطمئن قلوبهم".¹⁸ قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية: "أي تسكن وتساكن بتوحيد الله فتطمئن؛ قال: أي وهم تطمئن قلوبهم على الدوام بذكر الله بألسنتهم... أو تطمئن بذكر فضله وإنعامه؛ كما توجه بذكر عدله وانتقامه وقضائه".¹⁹ فالاطمئنان هنا يعني الاستقرار النفسي والتماسك الانفعالي اللذين عادة يتقوضان بواسطة الخوف والهلع في ظروف عدم الأمن. بل إن جوهر الأمن النفسي والروحي مشتق من ذكر الله عز وجل، يبين ذلك القرآن الكريم عندما قال: "فاصبر على ما يقولون وسبح بحمد وربك قبل طلوع الشمس وقبل غروبها، ومن آناء الليل فسبح وأطراف النهار لعلك ترضى".²⁰ النتيجة المترتبة عن سلسلة من التسبيح في أوقات مختلفة هي الأمن النفسي (لعلك ترضى)، بمعنى الاستقرار الوجداني والتماسك الانفعالي أين يستطيع العقل المحافظة على توازنه في الإدراك الجيد للأشياء. ويعني هذا من جهة أخرى، أن هناك علاقة اعتماد متبادل بين الأمن النفسي والأمن الروحي التي تجعل الأفراد (صناع قرار أو أفراد عاديين) يعملون بطريقة ملائمة في ترتيب الأشياء وإنتاج التقييمات المناسبة والصحيحة. إن مفهوم الأمن بهذه الطريقة، يعمل باتجاه المساعدة على تكيف الفرد مع ظروف البيئة تحت الظروف القاسية (الأزمات أو الحروب مثلاً)، والاستمرار في التفكير العقلاني طالما أن هناك شعور بالأمن النفسي.

➤ **المعنى الثاني لمفهوم "الأمن" في الإسلام هو تبيد أسباب وظروف ومناخ الخوف، وهي النعمة التي أشاد بها الله عز وجل على عباده**

¹⁸ سورة الرعد، الآية: 28.

¹⁹ أبي عبد الله القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، اختصره وخرّج أحاديثه عرفان حسونة (بيروت: دار الكتب العلمية، 2001)، ص. 519.

²⁰ سورة طه، الآية: 130.

هشاشة وأقل استقرارا وأكثر انتهاكا لحقوق الإنسان وعلى رأسها الحق في الأمن.¹⁴

طرحت كل المفاهيم الأمنية السابقة من أجل تحقيق أمن الدولة في المقام الأول الذي عادة يصطلح عليه في أدبيات الدراسات الأمنية "بالأمن الوطني أو القومي"، ومركزا على الجانب المادي؛ سواء تعلق الأمر بالمسائل العسكرية البحتة أو الاقتصادية أو البيئية، إلا أنه لا يتضمن الجوانب الرمزية والثقافية التي هي أكثر أهمية في المفهمة الإسلامية لموضوع الأمن. لقد اصطلح جون ميرشيمر¹⁵ على سلسلة الفعل الأمني ورد الفعل بمصطلح "المنافسة الأمنية"، المسئولة بدورها عن ظاهرة أخرى وهي "المأزق الأمني"؛ ينتج كلاهما عدم الأمن وليس العكس.

ii. الحق في الأمن: مقارنة النظرية الإسلامية

أ- معاني الأمن في الإسلام

المتمعن في عدد من النصوص القرآنية والسنة النبوية، يجد أن مفهوم "الأمن" يأخذ عددا من المعاني

➤ يأتي على رأسها المعنى الروحي المتعلق باستقرار الذات وتماسك الانفعالات بطريقة يصبح الفرد أكثر قدرة على الإدراك الصحيح والتقييم العقلاني للأشياء حوله. وهي المعاني التي أبرزت أهميتها أيضا المقاربة المعرفية¹⁶ والمقاربة النفسية¹⁷ في صناعة قرارات

¹⁴Ibid, pp. 252-2

John J. Mearsheimer, The Tragedy Of Great Power Politics (New York,¹⁵ London: W. W. Norton & Company, 2003), pp. 43-40.

¹⁶ Brian Riply, "Cognition, Culture, and Bureaucratic Politics," in Foreign Policy Analysis: Continuity and Changing in Its Second Generation, ed. Laura Neack, Jeanne A. K. Hey, and Patrick J. Haney (New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, n. d.), pp. 99-89.

Charles W. Kegley, Jr. and Eugene R. Wittkopf, American Foreign Policy:¹⁷ Pattern and Process, 4th ed. (New York: St. Martin's Press, 1991), pp. 99-494.

التقنية وفهم النواحي التكتيكية وتطوير المهارات الفردية التي تجعل المجموعات غير المتماثلة، تعمل بشكل جماعي والاتصال مع بعضها البعض بشكل فعال؛ إن هذا العمل المشترك هو الأساس لتفعيل إستراتيجية الردع الصاروخي والتي تعني مفهوم "الأمن المشترك" بالمعنى المحترف.¹² المشكلة في المضمون النظري لهذا المفهوم هي إعطاء أولوية لأمن الدولة ولا يول اهتماما إلى النتائج الأمنية الناتجة عن القصف الصاروخي، الذي عادة يخلف وراءه ضحايا كثر في صفوف المدنيين وينتهك حقوق الإنسان أو على وجه التحديد يقوّض أمن الأفراد بشكل قاس ومؤلم. تكمن الخلفية الإستراتيجية لهذا المفهوم في اتخاذ الدولة كمرجع نهائي للتحليل، وبذلك تكون الأولوية للسيطرة الأمنية حتى ولو كان نتائجها ضحايا بشكل شامل في صفوف المدنيين الأبرياء.

➤ الأمن الإقليمي

يرجع الفضل في طرح هذا المصطلح إلى باري بوزان في كتابه "الشعب، الدول، والخوف: مشكلة الأمن القومي في العلاقات الدولية، People, States and Fear: The National Security Problem in International Relations"¹³، وكانت إشارة منه إلى بداية التحول في مضمون المفاهيم التقليدية لقضية الأمن في تحليل العلاقات الدولية؛ لتنتقل من المستوى الوطني إلى المستوى الإقليمي. لا شك أن هذا المفهوم لم يتصل تماما من الأساس الواقعي في اعتبار الدول أطرافا أساسية أو أحادية في العلاقات الدولية؛ لكن يركز في المقام الأول على الديناميكيات الأمنية التي تخترق الحدود الوطنية للدولة بحيث يصبح الاستقرار الأمني المحلي محددا بما يحدث في المنطقة الإقليمية التي تحيط بالدولة. فالدول الضعيفة أو التي تعاني من انقسامات قومية حادة أو صراعات داخلية، تكون فضاءً لتنافس القوى الخارجية المختلفة والمجاورة لها على وجه الخصوص؛ وتكون أقل تشبهاً بالسيادة وأكثر عرضة للعطب بواسطة التهديدات الخارجية. وبشكل عام، تكون بينتها الأمنية أكثر

¹² ريتشارد ريتز وديفيد مارتين، مرجع سبق ذكره، ص 115-18.

¹³ Barry Buzan and Ole Waever, *Regions and Powers: The Structure of International Security* (Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2003), pp. 73-75.

العالمية. وذلك بسبب خاصية المجتمعات الحديثة التي تحدث عنها زيبجينو بريزنسكي⁸ وهي "القابلية العالية للعطب"⁹.

➤ الأمن المشترك

يصطدم مفهوم الأمن المشترك مع كثير من العوائق التي على رأسها حساسية الدول نحو القضايا الأمنية الوطنية وكذا مسائل الريبة وفوضى النظام الدولي والمساعدة الذاتية والمأزق الأمنية، وهي القضايا التي أثارها الواقعيون الجدد¹⁰. يضاف إليها المشاكل الفنية المتعلقة بالأعباء المالية وتكاليف الدفاع وحساسية انتقال التكنولوجيا عالية التعقيد إلى الدول الأخرى وحقوق الملكية ومخاوف وقوع مثل هذه التكنولوجيا في يد العدو، وكذا مسألة توحيد العقيدة العسكرية.

استكمال الشروط السابقة هو خطوة ممهدة لمرحلة جعل مفهوم "الأمن المشترك يعمل بنفسه"، أي التفاعل بشكل ذاتي دون العبور على القيود والرسميات الوطنية، أو ما سماه ريتشارد ريتز وديفيد مارتين "بقابلية العمل المشترك Interoperability". ولقد عرّف هذا المفهوم بأنه: "قدرة الناس والمنتجين والمعدات والأجهزة على العمل معا بفاعلية وكفاءة في ظروف المعركة كافة"¹¹. من خلال هذا التعريف، يتبين أن الأمن المشترك ضمن إستراتيجية الردع الصاروخي في بناء الأمن يتجاوز مستويات التنسيق والتعاون بالمفهوم التقليدي، بحيث يشمل عمليات التدريب على تشغيل الأنظمة الدفاعية عالية

⁸ Zbigniew Brzezinski, *The Choice : Global Domination or Global Leadership*

(New York: A Member of the Perseus Books Group, 2004), pp. 40-47.

⁹ Barry Buzan, *People, States, and Fear: The National Security Problem in International Relations* (London: A Member of The Harvester Press Group, 1982), pp. 45-52.

¹⁰ Hans Mouritzen, "Kenneth Waltz: a critical rationalist between international politics and foreign policy," in *The Future of International Relations Masters in the Making?*, ed. Iver B. Neumann and Ole Wæver (London, New York: Routledge, 1997), pp. 71- 90.

¹¹ ريتشارد ريتز وديفيد مارتين، "الدفاع الصاروخي الإقليمي في منطقة الخليج العربي: الاعتبارات المتعلقة بالإنذار المبكر والاستطلاع وإدارة المعارك والقيادة والسيطرة والاتصالات والحواشيب والاستخبارات"، في الدفاع الجوي الصاروخي ومواجهة انتشار أسلحة الدمار الشامل وتخطيط السياسة الأمنية، تج. جاكلين ديفيس، شارلز بيرري، وجمال سند السويدي (أبو ظبي: مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2000)، ص ص. 118- 19.

جميعا وليس فقط البحث عن حلول لمشاكل التسلح وآثار الحروب والنظرة الذاتية الأنانية المركزة على المصلحة الوطنية والنزعة المادية للأمن المجردة من الأخلاق المطروحة بشكل خاص من قبل هانس مورجنتو وكنيث ولترز⁷ كما سبق الإشارة إليه.

تعني فكرة المجتمع المدني الكوني بالضرورة إعادة مفهومة قضية "الحق في الأمن"، من خلال التأكيد على معنى أن الأمن الوطني قضية غير معزولة أو قابلة للتقسيم وليست خاصة بطرف دون آخر؛ وإنما هي قضية متكاملة تبدأ من الجماعة المحلية ثم الوطنية ثم الإقليمية ثم العالمية. وعند اقتراح أن الأمن قضية غير قابلة للتقسيم فهذا يعني من الناحية العملية أن أمن الدولة هو جزء من القضية وليس كلها، وأن اعتبارات سيادة الدولة الصارمة غير مفيدة في توفير بنية آمنة فعالة في تثبيت الاستقرار العالمي؛ وتصبح هناك ضرورة متزايدة لخلق آليات جديدة للتفاعل بين الأطراف الدولية، قائمة على خاصية العلاقات "ما فوق قومية Transnational" أو "ما فوق عالمية Trans-World"، خاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان. على افتراض أن هناك تغير في شكل العلاقات الدولية المعاصرة، إحدى تجليات هذا التغير، أنه أصبح من الممكن أن تجد قوة عظمى مهيمنة على العلاقات الدولية نفسها بحاجة إلى دولة ضعيفة لمساعدتها على احتواء تهديدات معينة داخل أراضيها، ربما ناجمة عن انتهاك مريع لحقوق الإنسان (تطهير عرقي أو مذهبي مثلا). بل إن التغير قد امتد حتى إلى أدوات الأمن وعدم الاستقرار، بحيث لم يعد هدف الإضرار بالخصم يحتاج إلى أسلحة ضخمة أو جيوش أو ما إلى ذلك، وإنما تكفي أجهزة تفجير تحمل في حقيبة صغيرة، يتم تفجيرها في ساحات عامة التي ترتادها وسائل الإعلام

Kenneth N. Waltz, "Explaining War," In: International Relations Theory: 7 Realism, Pluralism, Globalism, ed. by Paul R. Viotti & Mark V. Kauppi (New York: Mac Millan Publishing Company, 1993), pp. 123-40.

كوكب الأرض. بحيث أن القضايا التي كانت تعتبر في السابق شأنًا داخليًا (انتهاكات حقوق الإنسان مثلًا) للدولة والمجتمع ولا تترتب آثارها على المجتمعات والدول الأخرى البعيدة عنها؛ أصبحت في العالم المعاصر ذات صلة وثيقة بالحياة الخاصة للمجتمعات والدول الأخرى وليست متعلقة فقط بالشكل العام للعلاقات الدولية. لا يتعلق الأمر فقط بالمسائل العسكرية والأمنية التقليدية فحسب، وإنما ينسحب أيضًا على القضايا الأمنية الجديدة مثل انتهاكات حقوق الإنسان والتطهير العرقي والنزاعات المذهبية والطائفة العابرة للحدود. فالتهديدات اللينة أو الهادئة التي تواجه المجتمعات مثل المخدرات وغسل الأموال والجريمة والحرب المذهبية والإرهاب هي ممتدة عبر عدد من الدول بحيث أصبحت فواعلها بإمكانها تنظيم نشاطها عبر العالم بواسطة تسهيلات تكنولوجيا الاتصال، دون الحاجة لتنقل الأشخاص وإمكانية التعرض لكشف الهوية أو الاعتقال من قبل قوات الأمن.

➤ الأمن المنظم

طرح مصطلح "الأمن المنظم" كبديل عن مصطلح "الأمن الوطني"، على خلفية توسيع مفهوم الأمن ليشمل صفا من الأجندة والاهتمامات الأمنية.

يعمل طرح مفهوم "الأمن المنظم" باتجاه إثراء التحليل الأمني بما يجعله أكثر تنظيمًا وأكثر عمومية وقابلية للتطبيق؛ ويجعل الاقتراحات الإستراتيجية في بناء الأمن وتثبيت الاستقرار أكثر قبولًا وإقناعًا لمعظم صناعات القرار عبر العالم، سواء في حكومات القوى العظمى أو حكومات العالم النامي التي تشكل معظم العالم. العامل الأساسي الذي عزز تماسك مفهوم "الأمن المنظم" في التحليل هو ظهور ما يسمى "بالمجتمع المدني العالمي Global Civic Society"،⁶ الذي ينظر لقضية الأمن بعيون مغايرة لما هو مطروح لدى الواقعيين الجدد. إن هناك تركيزًا متزايد على القضايا التي تهم سكان العالم

Jan Aart Scholte, «Global Civil Society,» in *Perspective on World Politics*, 3rd 6 ed., ed. Richard Little and Michael Smith (London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2006), pp. 237-44.

كسب زائد في القوة سوف يكون على حساب الآخرين أو تهديد أمن واستقرار الآخرين مما يعني الاستعداد المستمر للحرب الذي بالضرورة سوف يكون على حساب الجوانب الإنسانية والاجتماعية للشعوب والأفراد.

ب- إعادة مفهومة الأمن و المصطلحات الجديدة

ظهر عدد من المراجعات النظرية⁴ لمفهوم الأمن مع نهاية الحرب الباردة في تسعينيات القرن العشرين التي طالبت "بإعادة مفهومة الأمن Reconceptualization of Security"⁵ عن طريق توسيع مجاله ليشمل القضايا غير العسكرية. في سياق إعادة مفهومة الأمن، تم طرح عدد من المصطلحات الجديدة التي توسع مجال مفهومة الأمن كحق موجه للسلوك في العلاقات الاجتماعية والسياسية ما بين الشعوب وبين المجتمعات والدول، والتي منها:

➤ الأمن الكوني

تكمن الخلفية الإمبريقية لهذا المفهوم في التطورات المأساوية في أدوات الاتصال وتراجع أبعاد الجغرافيا أمام التقنية والتكنولوجيا المعقدة، سواء تعلق الأمر بالأدوات اللينة (اتصالات، مواصلات..) أو الأدوات الصلبة (أسلحة وأدوات تدمير)؛ التي غيرت نمط العلاقات الاجتماعية داخل المجتمع الدولي وعلى وجه أدق غيرت نمط العلاقات المختلفة بين الشعوب والجماعات على

Barry Buzan, "The Level of Analysis Problem in International Relations⁴ Reconsidered," In International Relations Theory Today, ed. Ken Booth and Steves Smith (Cambridge: Cambridge Polity Press, 1995), pp. 12-205.

Steve Smith, "Reflectivist and Constructivist Approaches to International⁵ Theory," In The Globalization of World Politics : An Introduction to International Relations, ed. John Baylis and Steve Smith, 2nd (New York: Oxford University Press, 2001), pp 38.312.

الأدوات اللازمة لتحقيقها. يلخص هذا المنظور مضمون "حق الأمن" في مفهوم "المصلحة الوطنية" التي إحدى مكوناتها الأساسية، البقاء القومي للدولة.

يعتبر هانس مورغنتو Hans Morgenthau من أكثر الباحثين الذين طوّروا مفهوم المصلحة الوطنية كمحدد حاسم للأمن كحق للدولة، واعتباره كأداة تحليل لفهم وتفسير السلوك الدولي و مخرجات عمليات صناعة القرار، على افتراض أنه موجه أساسي لإدراكات وسياسات الدول. يتعلق هذا المفهوم بتوفر الحد الأدنى من المحافظة على البقاء القومي وحماية الحدود الإقليمية والنظام السياسي والهوية الثقافية من الاعتداءات الخارجية². لم يبق مورغنتو مفهوم "المصلحة الوطنية" مبهما وعاما وإنما لخصه في كسب القوة وزيادتها والاحتفاظ بها، والتي تعني على وجه الدقة القوة العسكرية (الأدوات المادية) على افتراض أنه كلما كدست الدولة القوة العسكرية فهي آمنة من الاعتداء عليها وأن الذي يتهاون في ذلك يكون ضحية للاعتداء. بصفة عامة، تسعى الدول للحفاظ على بقائها القومي، واستمرار كيانها الذاتي عن طريق الحصول على القوة العسكرية وبذلك تكون المصلحة الوطنية المحددة في القوة هي جوهر السياسة الخارجية³ وهذا يعني من جانب آخر، التركيز المفرط على الجانب المادي في تحديد مفهوم الأمن من جهة، والتضحية بكل شيء من أجل أمن واستمرار الدولة من جهة ثانية وإهمال المكوّن الأخلاقي كلية في تحقيق الأمن؛ بحيث يمكن استباحة كل المحرمات وسفك الدماء تحت مبرر أمن الدولة. فبسبب تأثير المفهمة المادية المجردة من البعد الأخلاقي "حق الأمن"، استباح صناع القرار كل الحدود واستخدموا كل الإمكانيات من أجل تثبيت أمن الدولة.

المشكلة الأخرى في هذا التحديد المفاهيمي المادي للأمن المجرد من الأخلاق هي كثرة الحروب في العلاقات الدولية تحت ذريعة البحث عن المصالح الوطنية المحددة في كسب القوة على حساب الآخرين، على اعتبار أن

Hans Joackim Morgenthau, Politics Among Nations: The Struggle For²

Power And Peace, 5th ed. (New York: Alfred A Knof, 1978), p. 9.

³ جيمس دورتي وروبرت بالاستغراف، النظريات المتضاربة في العلاقات الدولية، تر. وليد عبد الحي (د.م.: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1985)، ص. 68 - 75.

و قد بُنيت دراستنا على الخطة التالية:

- I. **الحق في الأمن: مقارنة الأطروحات النظرية الأمنية الجديدة**
 - أ- النزعة المادية للأمن: المفاهيم والآثار
 - ب- إعادة مفهمة الأمن و المصطلحات الجديدة
- II. **الحق في الأمن: مقارنة النظرية الإسلامية**
 - أ- معاني الأمن في الإسلام
 - ب- مكونات الأمن في الإسلام
- III. **لماذا الحق في الأمن؟**

● هدف الدراسة:

تهدف دراستنا إلى تسليط الضوء حول موضوع الأمن و الحق فيه، على أن الإسلام كان على الدوام و مازال السبّاق للأمن و الاعتراف به كحق مُطلق لكافة المخلوقات التي كرمها الله تعالى، بتقديم البراهين و الدلائل العلمية و المرجعية القرآنية كأساس لبناء المجتمعات، حيث ينطلق أمن المجتمع من نفس و أمن الإنسان ذاته بعيدا عن الأشياء المادية كما هي من منظور المقاربات الغربية، " لا يُغَيِّرُ اللهُ ما يقوم، حتّى يغيروا ما بأنفسهم".

● الكلمات المفتاحية:

الأمن، الواقعية/الواقعية الجديدة، الإسلام، المصلحة الوطنية، أمن الدولة و الفرد.

i. **الحق في الأمن: مقارنة الأطروحات النظرية الأمنية الجديدة**

أ- النزعة المادية للأمن: المفاهيم والآثار

أكثر النظريات شهرة في مناقشة قضية الأمن هي النظرية الواقعية/الواقعية الجديدة التي تتخذ من الدولة المرجع النهائي في صياغة الأجندة الأمنية وتحديد

spiritual, in the same time it reform several levels (local, regional, and global ones); it became key issue for all approaches, which vary in foundations, concepts, and methods.

We try throughout this study for “the right for security” idea, to clarify the different among new security theories in one hand, and Islamic theory on other hand. We discuss such problematic by put principle question: how the theoretic dissertations and Islamic theory has contributed to elaborate the content of security? some sub-questions as follow: 1) what are the main concepts that include the materialism security in the different theories? How traditional approaches analysis security levels and the concepts? What are the norms to built the security in fragile environments around the world? What are the meanings of security in Islam? What is the security component from Islamic perspective?

These questions can be explained and analyses by key points as follow:

- The Right for security: the new security approaches.
- The right for security: the Islamic theory
- Why the right for security?

Key Words: *Security, Realism/New Realism, Al-Islam, National Interest*

- و للإحاطة بالموضوع اتبعنا المنهج المقارن الذي يعتمد على المقارنة في دراسة الظاهرة حيث يُبرز أوجه التشابه و الاختلاف فيما بين ظاهرتين أو أكثر، حيث اعتمدنا من خلال ذلك على عرض مجموع المعلومات و الطُرح عبر خطوات (محددة في خطة الدراسة) من أجل الوصول إلى الحقيقة العلمية المتعلقة بموضوع دراستنا هذا.

كيف ساهمت كل من الأطروحات النظرية الأمنية الجديدة والنظرية الإسلامية في الإقرار بأسس ومبادئ أحقيّة الأمن لدى المجتمعات والدول؟

• للإجابة على هذا التساؤل العام، يُمكننا طرح جُملة من التساؤلات الفرعية:

1. ما هي مفاهيم و آثار النزعة المادية للأمن لدى الأطروحات النظرية الأمنية؟
2. كيف رسمت المقاربات التقليدية لتحليل الأمني مستويات ومفاهيم الأمن؟
3. ما هي معايير البناء الأمني بعد إعادة مفهمته ؟
4. ما هي معاني الأمن في الإسلام؟
5. ما هي أهم مكونات الأمن من المنظور الإسلامي؟

الكلمات المفتاحية: الأمن، الواقعية/الواقعية الجديدة، الإسلام، المصلحة الوطنية.

RIGHT TO SECURITY: A COMPARATIVE LEGAL APPROACH BETWEEN THE THESES OF SECURITY THEORY AND ISLAMIC THEORY

Dr.Soraya Zaouchi

Dr. Younes Ajal

Abstract

The primary purpose for human and beings on the planate is the “Security”, with different kinds and components, physical and

الحق في الأمن: مقارنة قانونية مقارنة بين أطروحات النظرية الأمنية والنظرية الإسلامية

أ.د.صورية زاوشي
أ. يونس عجال

الغاية الأولية التي يسعى إليها الإنسان وسائر المخلوقات فوق وجه الأرض هي "الأمن"، بمختلف حاجات تحقيقه، سواء أكانت فيزيقية أو روحانية، يعتبر هاجس كل التصورات والوقائع في حقل العلاقات الدولية بتعدد مستوياتها (المحلية، الإقليمية والعالمية)، ولهذا بات الأمن حقًا للجميع، إلا أن المقاربات تختلف في تحديد الأسس والمعالم وحتى المفاهيم المتعلقة به.

من خلال هذه الدراسة نسعى إلى الإيحاء عبر مقارنة مقارنة حول فكرة "الحق في الأمن"، بين الأطروحات النظرية الأمنية الجديدة من جهة، والنظرية الإسلامية من جهة أخرى.

● في هذا الصدد يمكننا طرح التساؤل العام للإشكالية البحثية على النحو التالي:

¹ تاريخ ارسال البحث: 08.07.2018، تاريخ قبول البحث: 25.10.2018

- الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر، الأجزاء 39 - 45: الطبعة الثانية، طبع الوزارة.
60. موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، محمد نعيم محمد هاني ساعي، الطبعة الثانية، الناشر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، سنة الطبع 1428 هـ - 2007 م.
61. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: 762هـ)، قدم للكتاب: محمد يوسف البُتُوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، المحقق: محمد عوامة، الطبعة: الأولى، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة - السعودية، 1418هـ/1997م.
62. النهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت 1005هـ)، المحقق: أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة الطبع 1422 هـ - 2002م.
63. فقه السنة، سيد سابق (المتوفى: 1420هـ)، الطبعة الثالثة، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، سنة الطبع 1397 هـ - 1977

أبو غدة، الطبعة الثانية، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب، سنة
الطبع 1406 – 1986.

51. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد
بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: 1078هـ)،
الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

52. المجموع شرح المذهب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، أبو زكريا
محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، الناشر: دار الفكر،
دون رقم سنة الطبع.

53. مختصر تفسير ابن كثير، (اختصار وتحقيق) محمد علي الصابوني،
الناشر: دار القرآن الكريم، بيروت – لبنان.

54. المراسيل لأبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير
بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى: 275هـ)، المحقق: شعيب
الأرنؤوط، الطبعة: الأولى، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت، سنة الطبع
1408.

55. مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، علي بن (سلطان) محمد، أبو
الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: 1014هـ)، الطبعة الأولى،
الناشر: دار الفكر، بيروت – لبنان، سنة الطبع 1422هـ - 2002م.

56. المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد
بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي
(المتوفى: 620هـ)، دون رقم الطبعة، الناشر: مكتبة القاهرة، تاريخ النشر:
1388هـ - 1968م.

57. منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، المؤلف: حمزة محمد
قاسم، راجعه: الشيخ عبد القادر الأرنؤوط، عني بتصحيحه ونشره: بشير محمد
عيون، الناشر: مكتبة دار البيان، دمشق - الجمهورية العربية السورية، مكتبة
المؤيد، الطائف - المملكة العربية السعودية، عام النشر: 1410 هـ - 1990 م.

58. موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري،
الطبعة الأولى، الناشر: بيت الأفكار الدولية، سنة الطبع 1430 هـ - 2009 م.

59. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية –
الكويت، عدد الأجزاء: 45 جزءاً، سنوات الطبع (1404 - 1427 هـ)، الأجزاء
1 - 23: الطبعة الثانية، دار السلاسل – الكويت، الأجزاء 24 - 38: الطبعة

- وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.
43. الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، الطبعة: الحادية عشرة، دار أصداء المجتمع، المملكة العربية السعودية، سنة 1431 هـ - 2010 م.
44. الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، أ. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلامي وأصوله بجامعة دمشق - كلية الشريعة، الناشر: دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة: الرابعة المنقحة المعدلة بالنسبة لما سبقها (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة).
45. الفقه الميسر، أ. د. عبد الله بن محمد الطيار، أ. د. عبد الله بن محمد المطلق، د. محمد بن إبراهيم الموسى، الناشر: مدار الوطن للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية، ج7 و11-13 الطبعة الأولى سنة 2011، وباقي الأجزاء الطبعة الثانية سنة 2012.
46. الفقه على المذاهب الأربعة، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (المتوفى: 1360هـ)، الطبعة الثانية، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، سنة الطبع 1424 هـ - 2003 م.
47. كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصري، تقي الدين الشافعي (المتوفى: 829هـ)، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، الطبعة الأولى، الناشر: دار الخير - دمشق، سنة الطبع 1994.
48. اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي (المتوفى: 686هـ)، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، الطبعة الثانية، الناشر: دار القلم - الدار الشامية - سوريا / دمشق - لبنان / بيروت، سنة الطبع 1414 هـ - 1994 م.
49. لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي (المتوفى: 711هـ)، الطبعة الثالثة، الناشر: دار صادر - بيروت، سنة الطبع 1414 هـ، الكتاب مذيّل بحواشي اليازجي وجماعة من اللغويين].
50. المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: عبد الفتاح

34. شرح مسند أبي حنيفة، علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: 1014هـ)، المحقق: الشيخ خليل محيي الدين الميس، الطبعة: الأولى، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، سنة الطبع 1405 هـ - 1985 م.
35. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422هـ.
36. صحيح الجامع الصغير وزياداته، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: 1420هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، دون رقم سنة الطبع ج 2 ص 1133.
37. صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، أبو مالك كمال بن السيد سالم، مع تعليقات فقهية معاصرة: فضيلة الشيخ/ ناصر الدين الألباني وفضيلة الشيخ/ عبد العزيز بن باز وفضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين، الناشر: المكتبة التوفيقية، القاهرة - مصر، عام النشر: 2003 م.
38. صحيح مسلم "المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم" مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، دون سنة الطبع.
39. صحيح وضعيف سنن الترمذي، المؤلف: محمد ناصر الدين الألباني (المتوفى: 1420هـ)، مصدر الكتاب: برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية، [الكتاب مرقم آلياً].
40. عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
41. العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي (المتوفى: 786هـ)، الناشر: دار الفكر، دون طبعة وبدون تاريخ.
42. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دون رقم الطبعة، الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1379، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه

26. سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: 273هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
27. الجامع الكبير - سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، المحقق: بشار عواد معروف، دون رقم الطبعة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، سنة النشر: 1998 م
28. سنن الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني (المتوفى: 385هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الطبعة: الأولى، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2004 م.
29. السنن الصغير للبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، المحقق: عبد المعطي أمين قلججي، الطبعة الأولى، دار النشر: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان، سنة الطبع 1410 هـ - 1989 م.
30. السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجْردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م.
31. الشامل في فقه الإمام مالك، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَمِيرِي الدَمِيَّاطِي المالكِي (المتوفى: 805هـ)، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الطبعة الأولى، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 1429 هـ - 2008 م.
32. شرح السنة، محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (المتوفى: 516هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط-محمد زهير الشاويش، الطبعة الثانية، الناشر: المكتب الإسلامي - دمشق، بيروت، سنة الطبع 1403 هـ - 1983 م.
33. شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبي في شرح المجتبي»، محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الوَلَوِي، الطبعة الأولى، الناشر: دار آل بروم للنشر والتوزيع [ج 6 - 40].

18. توضيح الأحكام من بلوغ المرام، أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد بن إبراهيم البسام التميمي (المتوفى: 1423هـ)، الطبعة الخامسة مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، سنة الطبع 1423 هـ - 2003 م.
19. جامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة: الأولى، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، 1422هـ، مع الكتاب: شرح وتعليق د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق.
20. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني.
21. الخلع في قانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منال محمود المشني، دار الثقافة، عمان الأردن، ط 1، 2008.
22. الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد الجصني المعروف بعلاء الدين الحصفي الحنفي (المتوفى: 1088هـ)، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة: الأولى، الناشر: دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2002م.
23. الروضة الندية (ومعها: التعليقات الرضية على «الروضة الندية»)، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي (المتوفى: 1307هـ)، التعليقات بقلم: العلامة المحدث الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، ضبط نصّه، وحقّقه، وقام على نشره: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثري، الطبعة: الأولى، الناشر: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، دار ابن عفاً للنشر والتوزيع، القاهرة - جمهورية مصر العربية، سنة الطبع 1423 هـ - 2003 م.
24. درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، (المتوفى: 885هـ)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ.
25. الروض المربع شرح زاد المستنقع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الدهوتى الحنبلي (المتوفى: 1051هـ)، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، الناشر: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.

10. البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: 558هـ)، المحقق: قاسم محمد النوري، الطبعة الأولى، الناشر: دار المنهاج – جدة، سنة الطبع 1421 هـ - 2000 م.
11. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشَّيْبِيِّ، المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ)، الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس، الشَّيْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ)، الطبعة الأولى، الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، سنة الطبع 1313 هـ.
12. التَّحْبِيرُ لِإِيضَاحِ مَعَانِي التَّيْسِيرِ، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: 1182هـ)، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه وضبط نصه: مُحَمَّدٌ صُبْحِي بن حَسَنٍ حَلَّاقٌ أبو مصعب، الطبعة الأولى، الناشر: مَكْتَبَةُ الرُّشْدِ، الرياض - المملكة العَرَبِيَّةُ السُّعُودِيَّةُ، سنة الطبع 1433 هـ - 2012 م.
13. تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (المتوفى: نحو 540هـ)، الطبعة الثانية، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، سنة الطبع 1414 هـ - 1994 م.
14. التحقيق في مسائل الخلاف، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: 597هـ)، المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، الطبعة الأولى، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، سنة الطبع 1415 هـ.
15. تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف للزمخشري، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: 762هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد الرحمن السعد، الطبعة الأولى، الناشر: دار ابن خزيمة – الرياض، سنة الطبع 1414 هـ.
16. تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَائِمَازِ الذهبي (المتوفى: 748هـ)، المحقق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عقيب، الطبعة الأولى، الناشر: دار الوطن – الرياض، سنة الطبع 1421 هـ - 2000 م.
17. تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الطبعة الأولى، الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، سنة الطبع 2001 م.

2. اختلاف الأئمة العلماء، يحيى بن (هَبَيْرَة بن) محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، أبو المظفر، عون الدين (المتوفى: 560هـ)، المحقق: السيد يوسف أحمد، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، 1423هـ - 2002م.
3. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ)، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)، تاريخ النشر: 1356 هـ - 1937 م.
4. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية - 1405 - 1985.
5. الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن ابن القطان (المتوفى: 628هـ)، المحقق: حسن فوزي الصعدي، الطبعة الأولى، الناشر: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، سنة الطبع 1424 هـ - 2004 م.
6. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرदाوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، ط2، الناشر: دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ سنة الطبع.
7. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: 970هـ) وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري (ت بعد 1138 هـ)، وبالْحاشية: منحة الخالق لابن عابدين، الطبعة الثانية، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، دون تاريخ سنة الطبع.
8. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ)، الطبعة الثانية، الناشر: دار الكتب العلمية، سنة الطبع 1406هـ - 1986م.
9. بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار، أبو عبد الله، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله بن ناصر بن حمد آل سعدي (المتوفى: 1376هـ)، المحقق: عبد الكريم بن رسمي آل الدريني، الطبعة الأولى، دار النشر: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، سنة الطبع 1422هـ - 2002م.

1. الخلع جائز وهو مشروع شرعا وقانون ومشروعيته ثابتة بالقرآن والسنة النبوية الشريفة.
2. حكم الخلع في الأصل هو حكم الطلاق، إذ الأصل فيه الحضر لا الإباحة، وحكمه يتغير حسب ظروف الزوجين ومبررات الخلع.
3. للخلع أهمية بالغة جدا ولهذا شرعه الإسلام واستقر عليه القانون، شرط أن يتم تطبيقه وممارسته بالصورة الصحية وفق ما شرعه الله في القرآن والسنة النبوية.
4. للخلع أركان وشروط، وهي مختلف فيها بين الفقهاء، ولكن من الناحية العملية فإن أركان الخلع هي الصيغة والزوجان والعوض، ولكل واحد من هذه الأركان شروط لا بد وأن تتوفر كي يتم الخلع.
5. اختلف الفقهاء في صفة الخلع هل هو طلاق أم فسخ، وكلا الرأيين قويان من حيث الأدلة، فالتداخل بينهما قوي جدا، لذا كان ترجيح أحد القولين على الآخر صعبا، ولكن مع ذلك فإن قوة الأدلة تتجه نحو الرأي القائل بأنه فسخ لا طلاق. وقلنا أيضا بأنه إن قال قائل بأنه طلاق فهو رأي قوي.
6. عدة المختلعة مسألة مختلف فيها، والأدلة وإن كانت تتجه بقوة نحو الرأي القائل بأن عدة المختلعة حيضة واحدة، وهو ما رجحه شيخ الإسلام كثيرون، إلا أن القول بكون عدة المختلعة عدة المطلقة قوي جدا أيضا وفيه من الاحتياط ما ليس بخاف.
7. التعديلات التي أجراها المشرع في إقليم كردستان على المواد الخاصة بالخلع لم تكن دقيقة في البعض منها، وعلى المشرع مراجعتها وخاصة فيما يتعلق بمقدار العوض في الخلع، وكذا رضا الزوج بالخلع في حالة عدم قدرة الزوجة على العيش مع زوجها.

BIBLIOGRAPHY / المصادر بعد القرآن الكريم

1. الإحكام شرح أصول الأحكام، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني الحنبلي النجدي (المتوفى: 1392هـ)، الطبعة: الثانية، 1406 هـ.

ابن عفراء إلى عثمان رضي الله عنه فقال: إن ابنة معوذ قد اختلعت من زوجها اليوم أفنتقل؟ فقال عثمان رضي الله عنه: " تنتقل وليس عليها عدة، أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة واحدة "، فقال عبد الله: " عثمان أكبرنا وأعلمنا " (100).

ويجاب عن هذا: بأن هذه الرواية تصرح بأن عثمان رضي الله عنه هو الذي أمرها بذلك. وظاهر الكتاب في عدة المطلقات يتناول المختلعة وغيرها فهو أولى والله أعلم.

وعلى ما يبدو فإن ابن عمر يمكن أن يكون له رأيين أحدهما قديم والآخر جديد والظاهر أن ابن عمر قد استقر على قول عثمان في رأيه الجديد والله أعلم.

وأما الترجيح فعلى ما يبدو أن كلا الرأيين قويان وأن الأدلة من حيث القوة ترجح الرأي القائل بكون العدة حيضة واحدة، لذا قال ابن إسحاق «وإن ذهب ذاهب إلى هذا فهو مذهب قوي»⁽¹⁰¹⁾. وفي الجهة المقابلة يمكن القول بأن قال قائل بالرأي الأول واستقر عليه فهو أيضا بالرأي القوي والله أعلم.

وأما موقف القانون فهو واضح جدا حيث اعتبر الخلع طلاقا فيجب في عدة الفراق في الخلع ما يجب في عدة الفراق في الطلاق.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث أود أن أخص في هذه الخاتمة أهم النتائج التي توصلت إليها:

(100) السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجَرْدِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، المحقق:

محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م، ج 7 ص 741.

(101) سنن الترمذي ت شاكر (3/ 484).

وغيرهم (94). وبه قال عثمان بن عفان وابن عباس والربيع بنت معوذ (95). وابن عمر، وإسحاق وابن المنذر، وهو اختيار شيخ الإسلام (96). واستدل أصحاب هذا الرأي بعدة روايات منها

عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم «فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة». " هذا حديث حسن غريب،.... قال إسحاق: «وإن ذهب ذاهب إلى هذا فهو مذهب قوي» (97).

وروي عن عكرمة، عن النبي صلى الله عليه وسلم أن «امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل عدتها حيضة» وهذا منقطع والذي وصله غلط في وصله (98).

عن عبادة بن الصامت، عن الربيع بنت معوذ ابن عفراء، قال: قلت لها: حدثيني حديثك، قالت: اختلعت من زوجي، ثم جئت عثمان، فسألت: ماذا علي من العدة؟ فقال: «لا عدة عليك، إلا أن يكون حديث عهد بك، فتمكثين عنده حتى تحيضين حيضة»، قالت: "وإنما تبع في ذلك قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في مريم المغالية، وكانت تحت ثابت بن قيس، فاختلعت منه" (99). قال عنه الألباني بأنه: حسن صحيح.

ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أخبره أن ربيع بنت معوذ ابن عفراء اختلعت من زوجها على عهد عثمان رضي الله عنه فذهب عمها معاذ

(94) سنن الترمذي ت شاكر (3/ 483).

(95) المجتبى من السنن = السنن الصغرى للنسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، الطبعة: الثانية، 1406 - 1986، ج 6 ص 186.

(96) ينظر سنن الترمذي ت شاكر (3/ 483). صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مآله (3/ 359).

(97) سنن الترمذي ت شاكر (3/ 483-484).

(98) السنن الصغرى للبيهقي (3/ 173).

(99) سنن ابن ماجه ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ومآجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: 273هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ج 1 ص 663.

وتدخل في عموم قوله تعالى {والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء} (90)..
ولا تخرج المختلعة من عموم هذه الآية إلا بنص قوي ولا يوجد.

وقد أوجب عن هذا بأن اعتبار الخلع طلاقاً والمختلعة مطلقة أمر مختلف
فيه، بل إن الإمام احمد بن حنبل الذي يرى بأن عدة المختلعة هي نفسها عدة
المطلقة يقول بأن الخلع فسخ، لذا فإن هذا الدليل لا يصلح للاحتجاج به.

ولكن أوجب بأنه على فرض اعتبار الخلع طلاقاً، فإن تخصيص
المختلعة بحيضة واحدة في عدتها أمر ليس مستبعداً، وخاصة إذا عرفنا بأن
هناك صنف من النساء تختلف عدتهن عن سائر النساء كالأمهات فإن عدتها
مختلفة، وغيرها ممن يفارقها زوجها كالحامل وغير المدخول بها وكذا الأيسة
والتي لم تحض.

واستدلوا أيضاً بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " عدة المختلعة
عدة المطلقات ". فدل على أن الخلع طلاق (91).

فإن قيل: فقد روي: " أن امرأة ثابت بن قيس اُختلعت منه، فأمرها النبي صلى
الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة ". قيل له: كان هذا أول خلع وقع في الإسلام،
فيحتمل أن يكون منسوخاً بقوله تعالى: {والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة
قروء} (92). (93).

الرأي الثاني: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن عدة المختلعة هي حيضة
واحدة فقط وهو قول بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم

(90) [النساء: 4]..

(91) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي
(المتوفى: 686هـ)، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، الناشر: دار القلم - الدار الشامية - سوريا / دمشق - لبنان / بيروت،
الطبعة: الثانية، 1414هـ - 1994م، ج 2 ص 684-685.

(92) [النساء: 4]..

(93) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، جمال الدين أبو محمد علي بن أبي يحيى زكريا بن مسعود الأنصاري الخزرجي المنبجي
(المتوفى: 686هـ)، المحقق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، الناشر: دار القلم - الدار الشامية - سوريا / دمشق - لبنان / بيروت،
الطبعة: الثانية، 1414هـ - 1994م، ج 2 ص 684-685.

فالطلاق له عدد مختلفة حسب أحوال المرأة المطلقة بنص القرآن، والسنة النبوية حددت عدة المطلقة بالخلع حيضة واحدة والله أعلم.

ومن خلال النظر إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي نرى بأنه اعتبر الخلع طلاقاً باننا ورتب عليه ما يترتب على الطلاق البائن من أحكام، فقد نص المشرع في المادة السادسة والأربعون على "ويقع بالخلع طلاقاً بائناً".

وأما المشرع في إقليم كردستان فقد سار على نهج المشرع في العراقي ولم يرقم بأي تعديل على هذه المسألة، لذا فهو طلاق بائن باتفاق المشرع العراقي والمشرع في إقليم كردستان.

عدة المختلعة

الذي عليه جمهور الفقهاء بأن عدة المختلعة هي نفسها عدة المطلقة، فهي ثلاثة قروء للمدخول بها، وهي تختلف باختلاف المرأة المطلقة، وهو قول الأئمة الأربعة وكثير من الصحابة والتابعين، جاء في المغني "وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق، سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع، أو فسخ بعيب، أو إفسار، أو إعتاق، أو اختلاف دين، أو غيره، في قول أكثر أهل العلم.... وأكثر أهل العلم يقولون: عدة المختلعة عدة المطلقة؛ منهم سعيد بن المسيب، وسالم بن عبد الله، وعروة، وسليمان بن يسار، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، والشعبي، والنخعي، والزهرري، وقتادة وخلاس بن عمرو، وأبو عياض ومالك، والليث، والأوزاعي، والشافعي⁽⁸⁹⁾.

وأهم ما استدلل به أصحاب هذا القول يكمن في اعتبارهم الخلع طلاقاً، وأن الطلاق من حيث العموم عدته ثلاثة قروء للمدخول بها إن كانت من نوات القروء، وهي تختلف باختلاف وضع المرأة المطلقة، وأن المختلعة امرأة مطلقة

(89)المغني لابن قدامة(97/ 8)

وقد استند أصحاب هذا الرأي أيضا إلى ما روي من أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «جَعَلَ الْخُلْعَ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً»⁽⁸⁶⁾.

ويفهم هذا من قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس، أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ أَنْتِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ، مَا أَعْتَبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقِي وَلَا دِينِي، وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟» قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَقْبِلِ الْحَدِيثَةَ وَطَلِّقِيهَا تَطْلِيقَةً"⁽⁸⁷⁾. فالرسول عليه السلام والسلم أمره بتطليقه.

وفائدة الخلاف بين اعتبار الخلع فسحًا أو طلاقًا تظهر في أننا: إن اعتبرناه طلاقًا، فهو من الطلاقات الثلاث، وإن كان فسحًا، فإنه لا ينقص من عدد الطلاق⁽⁸⁸⁾.

ومن الصعب ترجيح أحد الرأيين على الآخر، وإن كانت الأدلة من السنة تشير بقوة أدلة الرأي القائل بأنه فسح، إلا أن توجيه الرسول عليه الصلاة والسلام لثابت في الخلع بقوله له "وطلقها تطليقة" يقوي الرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسح، وليس في كون عدة المختلعة حيضة واحدة دليل على أنه فسح،

(86) سنن الدار قطني (5/ 83). الحديث رواه الدار قطني، ثم البيهقي في "سننهما" 2 من حديث عباد بن كثير عن أبيوب عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة، انتهى. ورواه ابن عدي في "الكامل"، وأعله بعباد بن كثير النخعي، وأسند عن البخاري، قال: تركوه، وعن النسائي، قال: متروك الحديث، وعن شعبة قال: احذروا حديثه، وسكت عنه الدار قطني، إلا أنه أخرج عن ابن عباس خلافه من رواية طاووس عنه، قال: الخلع فرقة، وليس بطلاق. ينظر نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأمل في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: 762هـ)، قدم للكتاب: محمد يوسف البتوري، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، إلى كتاب الحج، ثم أكملها محمد يوسف الكاملفوري، المحقق: محمد عوامة، الناشر: مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت/ لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة - السعودية، الطبعة: الأولى، 1418هـ/1997م، ج 3 ص 243.

(87) صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق

النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة: الأولى، 1422هـ، ج 7 ص 47.

(88) توضيح الأحكام من بلوغ المرام (5/ 474).

صحيحة، ولم يكن عندهم من نقد الآثار والتمييز بين صحيحها وضعيفها ما عند أحمد وأمثاله من أهل المعرفة بذلك⁽⁸⁴⁾.

واستدل القائلون بأنه طلاق وليس فسحا بآيات قرآنية وأحاديث نبوية، قال صاحب الدرر البهية: وهذا هو الحق؛ (أي اعتبار الخلع طلاق) لأن الله سبحانه ذكر أحكام الخلع بعد قوله: {الطلاق مرتان}، والضمان من آيات الاختلاع راجعة إلى ذلك؛ كقوله: {إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله}، وقوله: {فلا جناح عليهما فيما افتدت به}، وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم طلاقاً؛ كما في "صحيح البخاري وغيره؛ فإنه قال لثابت بن قيس: "اقبل الحقيقة وطلقها تطليقة" ولا يعارضه ما روي في "سنن النسائي": أنه - صلى الله عليه وسلم - أمرها أن تعتد بحيضة، وكذلك في "سنن أبي داود": لأنه لا ملازمة بين الاعتداد بحيضة وبين الفسخ؛ بل إذا ورد في بعض المطلقات ما يدل على مخالفة عدتها لعدة سائر المطلقات المصرح بها في القرآن؛ كان ذلك مخصصاً لعموم العدة، وقد أطال ابن القيم الكلام على ذلك، ورجح أن الخلع فسخ، ولم يأت ببرهان يشفى سوى ما ذكرنا من أمره - صلى الله عليه وسلم - لها أن تعتد بحيضة، وهو في غير محل النزاع كما عرفت⁽⁸⁵⁾.

(84) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (144 / 3) . وينظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 2 ص 268. توضيح الأحكام من بلوغ

الغرام، أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن إبراهيم البسام التميمي (المتوفى: 1423 هـ)،

مكتبة الأسد، مكة المكرمة، الطبعة: الخامسة، 1423 هـ - 2003 م، ج 5 ص 473.

(85) الدرر البهية والروضة الندية والتعليقات الرضية (273 / 2) . الروضة الندية (ومعها: التعليقات الرضية على «الروضة الندية»)،

المؤلف: أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي (المتوفى: 1307 هـ)، التعليقات بقلم:

العلامة المحيّد الشيخ محمد ناصر الدين الألباني

ضبط نصّه، وحققه، وقام على نشره: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الخليلي الأثري، الناشر: دار ابن القيم للنشر والتوزيع،

الرياض - المملكة العربية السعودية، دار ابن عثان للنشر والتوزيع، القاهرة - جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، 1423 هـ -

2003 م.

عبد الرحمن السعدي، وذهب إليه جماعة من السلف، منهم ابن عباس، وطاووس، وعكرمة، وإسحاق، وأبو ثور (80).

واستدل القائلون بأن الخلع فسخ بقوله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ} (81). فهاتان طلقتان فيهما الرجعة، ثم قال تعالى عن الطلقة الثالثة: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ} (82). وبين الطلقتين الأوليين، وبين الطلقة الثالثة قوله تعالى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} (83). وهذا هو الخلع، فلو كان طلاقاً لكان هو الطلقة الثالثة، فلما صار بين الأوليين وبين الثالثة، ولم يعتبر في العدد، علمنا أنه مجرد فسخ.

وقال شيخ الإسلام مؤيداً القول الأول: ظاهر مذهب أحمد وأصحابه، أنه فرقة بائنة، وفسخ للنكاح، وليس من الطلاق الثلاث، وما علمت أحداً من أهل العلم بالنقل صحح ما نُقل عن الصحابة من أنه طلاق بائنٌ محسوبٌ من الثلاث. والنقل عن علي وابن مسعود ضعيف جداً، وأما النقل عن ابن عباس أنه فرقة وليس بطلاق فمن أصح النقل الثابت باتفاق أهل العلم بالأثار. والذين استدلوا بما نقل عن الصحابة من أنه طلقة بائنة من الفقهاء ظنوا تلك نقولاً

(80) ينظر اختلاف الأئمة العلماء، يحيى بن (هَبِيرَةَ بن) محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، أبو المظفر، عون الدين (المتوفى:

560هـ)، المحقق: السيد يوسف أحمد، الناشر: دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، الطبعة: الأولى، 1423هـ - 2002م، ج 2

ص 162. وينظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (3/ 144) وينظر توضيح الأحكام من بلوغ المرام، أبو عبد الرحمن عبد الله بن

عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد بن إبراهيم البسام التميمي (المتوفى: 1423هـ)، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة،

الطبعة: الخامسة، 1423 هـ - 2003 م، ج 5 ص 473.

(81) [البقرة: 229]

(82) [البقرة: 230]

(83) [البقرة: 229]

على ما يبدو إجحاف وعدم إنصاف بحق الزوج . لذا كان اتجاه المشرع العراقي في هذه المسألة دقيقاً.

وأما المشرع في إقليم كردستان فقد اتجه اتجاهها مخالفاً للمشرع العراقي ولما سار عليه جمهور الفقهاء، فلم يجرز للزوج أن يأخذ أكثر من المهر المسمى في عوض الخلع، فقد نص في المادة 21 من التعديلات على : "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ أو ما في معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى" وهنا يثار التساؤل السابق ما الحكم في حالة ما إذا تعدت الزوجة اللجوء إلى الخلع بعد أن تكون قد حصلت على العطايا من زوجها عدا المهر؟ وهناك الكثير من التساؤلات في مثل هذه الحالة، وينبغي للمشرع أن يكون دقيقاً في معالجتها. ولا يوجد في القانون ما يشير إلى ترك المجال والسلطة للقاضي لتدارك مثل هذه الحالات، بل القاضي ملزم بأن لا يسمح بأية زيادة عن المهر المسمى والذي تكون قد قبضته فعلاً.

ويبقى التساؤل قائماً ماذا سيكون مصير المهر المؤجل الذي لم تقبضه الزوجة؟ هل تبقى ذمة الزوج مشغولة به أم أنه يسقط بالخلع وفقاً للرأي القائل بأن الخلع يسقط كل الحقوق المتقابلة؟

صفة الخلع

الذي عليه جمهور الفقهاء أن الخلع طلاق وليس فسخاً، وهو قول عامة الصحابة رضوان الله عليهم ... وذهب إليه من السلف سعيد المسيب، وعطاء، والحسن، ومجاهد، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، والنَّخعي، والشعبي، والزهرى، ومكحول، وهو مروى عن عثمان، وعلي، وابن مسعود.

وفي قول للإمام الشافعي: إلى أنه فسخ لا طلاق، وهو رواية عن أحمد... اختار هذا الرواية شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، وكثير من المحققين، ومن متأخري الأصحاب ذهب إليها الشيخ محمد بن إبراهيم، والشيخ

الإجماع بعده على اعتباره، وأن آية النساء مخصوصة بآية البقرة، وبآيتي النساء الآخرتين⁽⁷⁸⁾.

وعلى ما يبدو فإن سبب اختلافهم هو اختلافهم في مدى تخصيص عام القرآن بحديث الأحاد، فمن رأى أن عام القرآن يخص بحديث الأحاد لم يجز أخذ الزيادة على المهر المسمى. ومن لم يجز تخصيص عام القرآن بحديث الأحاد قال بجواز أخذ الزيادة في عوض الخلع. هذا من جهة ومن جهة أخرى فمن عد الخلع معاوضة مالية وشبهه بها أجاز أخذ العوض بغض النظر عن مقداره قل عن المهر المسمى أو كثر، ومن نظر إلى الحديث وأخذ بظاهره لم يقبل آية زيادة عن المهر المسمى التزاماً بالحديث النبوي الشريف⁽⁷⁹⁾.

والمشرع العراقي في المادة السادسة والأربعون قد أخذ بالرأي القائل بجواز أن يأخذ الزوج من زوجته أكثر من المهر المسمى في الخلع، فقد نص على "للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهره". فجعل الرضا والاتفاق بين الطرفين في عوض الخلع هو الأساس بغض النظر عن مقداره، وكأن المشرع العراقي قدر الظروف ورأى أن تحديد عوض الخلع بمقدار المهر المسمى لا أكثر في بعض الحالات قد يكون مضراً بالزوج، فلربما توجد حالات يكون الزوج قد كلفه الزواج الكثير من التكاليف، ولربما وبطريقة أو أخرى استطاعت الزوجة الحصول منه على بعض من العطايا خارج مسميات المهر، فإذا لم يسمح له أن يأخذ أكثر من المهر نكون قد حملناه أكثر من طاقته ولم ننصفه، بل ربما تتعمد بعض من النساء ذلك، إذ بعد حصولهن على بعض من العطايا من الزوج عدا المهر سواء أكان بيتاً أم سيارة أو غير ذلك من الهدايا قد يلجأن إلى الخلع، بحجة أنهن لا يطقن العيش مع أزواجهن، وهن يدركن مسبقاً أنه ليس للزوج أن يخالع على أكثر من المهر المسمى، وهذا

(78) ينظر شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبى في شرح المجتبى»، المؤلف: محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي

الوَلَوِي، الناشر: دار آل بروم للنشر والتوزيع [ج 6 - 40]، الطبعة: الأولى، ج 29 ص 73.

(79) ينظر بشيء من التصرف فقه السنة، سيد سابق، 2- 292.

أكثر مما أعطها⁽⁷¹⁾. وفي رواية أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «نَهَى أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمُخْتَلَعَةِ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا» قَالَ أَبُو دَاوُدَ: قَالَ: وَكَيْفَ: سَأَلْتُ ابْنَ جُرَيْجٍ عَنْهُ فَأَنْكَرَهُ وَلَمْ يَعْرِفُهُ⁽⁷²⁾.

وهناك رأي آخر شاذ لا يعتد به يرى بأنه ليس للزوج أن يأخذ أي شيء من زوجته عوضاً عن الخلع، بحجة أن الآية التي شرعت أخذ العوض في الخلع " قد نسخت بقول الله عز وجل {وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا }⁽⁷³⁾. وهو قول بكر بن عبد الله المزني النَّابِعِي الْمَشْهُور، حَكَاهُ ابْنُ عَبْدِ الْبُرِّ فِي (الْتَّمْهِيد) قَالَ عَقَبَةُ بْنُ أَبِي الصَّهْبَاءِ: سَأَلْتُ بَكْرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ الْمُزَنِيَّ عَنِ الرَّجُلِ يُرِيدُ أَنْ يَخَالَعَ امْرَأَتَهُ، فَقَالَ: لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا. قُلْتُ: فَأَيُّ قَوْلِهِ تَعَالَى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدتْ }⁽⁷⁴⁾. قَالَ: هِيَ مَنْسُوخَةٌ. قُلْتُ: وَمَا نَسَخَهَا؟ قَالَ: مَا فِي سُورَةِ النِّسَاءِ، قَوْلُهُ تَعَالَى: {وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا }⁽⁷⁵⁾. قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبُرِّ: قَوْلُ بَكْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ هَذَا خِلَافَ السَّنَةِ الثَّابِتَةِ فِي قِصَّةِ ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ وَحَبِيبَةَ بِنْتِ سَهْلِ⁽⁷⁶⁾. وَتُعْتَبَرُ مَعَ شَذُوذِهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى فِي النِّسَاءِ أَيْضًا: {وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا }⁽⁷⁷⁾. وَانْعَقِدْ

(71) شرح مسند أبي حنيفة، علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى: 1014هـ)، المحقق: الشيخ خليل محيي الدين الميسر، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1405 هـ - 1985 م، ج 1 ص 578. وهذا من المراسيل ينظر تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي (المتوفى: 748هـ)، المحقق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، الناشر: دار الوطن - الرياض، الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2000 م، ج 2 ص 202.

(72) المراسيل لأبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي الميِّسْتَانِي (المتوفى: 275هـ)، المحقق: شعيب الأرنؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة: الأولى سنة 1408 (ص: 201)،

(73) [النساء: 20، 21]

(74) (البقرة: 922).

(75) (النساء: 02)

(76) عمدة القاري شرح صحيح البخاري، أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ج 20 ص 260.

(77) [النساء: 4]..

أقل حسب الاتفاق⁽⁶⁶⁾. وهذا هو المفهوم من قوله تعالى " { وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ سُبُيًّا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا }"⁽⁶⁷⁾. وروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: كانت أختي تحت رجل من الأنصار تزوجها على حديقة، فكان بينهما كلام، فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (تردين عليه حديقته ويطلقك)؟ قالت: نعم، وأزیده. قال: (ردي عليه حديقته وزيديه)⁽⁶⁸⁾. وفي حديث ابن عباس: (وإن شاء زدته ففرق بينهما)⁽⁶⁹⁾.

وأما من قال بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ منها أكثر من مهرها المسمى فقد استند إلى تلك الرواية التي تثبت بأن الرسول عليه الصلاة والسلام لم يقبل الزيادة من زوجة ثابت فقد ورد أن: ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقة فكرهته، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (أما الزيادة فلا ولكن حديقته)، فقالت: نعم. فأخذها له وخلي سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽⁷⁰⁾. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (لا يأخذ من المختلعة

(66) الإحكام شرح أصول الأحكام، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني الحنبلي النجدي (المتوفى: 1392هـ)، الطبعة: الثانية، 1406 هـ، (103/ 4). روي ذلك عن عثمان وابن عمرو وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي. وهو مذهب أحمد. ويروي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً. وقال عطاء وطاووس والزهرى وعمرو بن شعيب: لا يأخذ أكثر مما أعطاه. قال الموفق: وروي ذلك عن علي بن إسناد منقطع واختاره أبو بكر قال: (يعني أبو بكر الحنبلي). ينظر موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي (2/ 717).

(67) البقرة 229.

(68) سنن الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدار قطني (المتوفى: 385هـ)، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م، ج 4 ص 375. هذا إسناد لا يصح، ينظر التحقيق في مسائل الخلاف، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي (المتوفى: 597هـ)، المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1415، ج 2 ص 288.

(69) فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الصقلاني الشافعي، الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1379، رقم كتيبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ج 9 ص 400.

(70) سنن الدار قطني، الدار قطني، ج 4 ص 376. وإسناده جيد ينظر تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، الذهبي، ج 2 ص 202.

النظر إلى الأسباب التي دفعت بالزوجة إلى الخلع والزوج إلى قبول التعويض. فلا يشترط لصحة الخلع قانونا وجود أي شقاق أو نزاع أو نشوز، فالمشرع تطرق إلى الخلع مطلقا مما يعني أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل التقييد.

وأما المشرع في إقليم كوردستان فعلى ما يبدو لم يشترط هو أيضا وجود الشقاق أو النزاع أو النشوز لصحة الخلع، وهذا واضح من خلال النظر إلى المادة 21 من التعديلات، ولكن كما أشرنا إلى أن نفور الزوجة من زوجها والذي يجعلها غير قادرة على الاستمرار مع زوجها يعطي الحق للقاضي في التعديلات الجديدة إجبار الزوج على قبول الخلع.

مقدار العوض

كما هو معلوم الرضا من الطرفين ودفع التعويض للزوج من قبل الزوجة هو أساس الخلع، وهذا ما هو متفق عليه شرعا وقانونا، ولا خلاف في أن ما صلح أن يكون مهرا صلح أن يكون عوضا في الخلع، فضابط العوض في الخلع هو نفسه الضابط في المهر، لذا يجب في عوض أن يكون معلوما خاليا من الجهالة، وأن يكون متقوما شرعا.

ويبقى السؤال هل هناك مقدار محدد في التعويض بحيث لا يجوز للزوج أن يأخذ أكثر منه؟ أم أن الأمر يعتمد على رغبة الطرفين وهو مرهون باتفاقهما بغض النظر عن مقدار التعويض قل أو أكثر؟ وهل له علاقة بالمهر المسمى؟ بمعنى هل يتقيد الطرفان بالمهر المسمى المتفق عليه، فلا يحل لهما أن يتفقا على أكثر مما تم تسميته من المهر المسمى في العقد؟

إن مسألة مقدار العوض في الخلع مختلف فيها، فالذي عليه الجمهور من الفقهاء أنه يجوز لهما الاتفاق على العوض الذي يريانهويرغبان به دون أن يكون له مقدار معين، قل العوض أو أكثر ودون أن يكون مقيدا بالمهر المسمى، وإن كانت الزيادة لا تعد من مكارم الأخلاق إلا أنه يجوز أن يكون أكثر منه أو

وإذا الحبيب أتى بذنب واحدٍ ... جاءت محاسنُه بألف شفيح⁽⁶²⁾.

لما مر يمكن القول بأن الخلع يكون محرماً في حالات منها:

الأولى: إذا كانت حالة الزوجين مستقيماً وليس هناك أية حاجة أو ضرورة تدعو إليه؛ لما ورد من أحاديث تنهى صراحة عن الخلع والتفريق دون سبب وحاجة تدعو إليه.

الثانية: إذا عضل الزوج زوجته ليحملها على طلبه؛ لقوله تعالى: {وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا} (63)، والقول بتحريم الأخذ من المرأة بالعضل هو قول الجمهور، بل نقل الإجماع فيه ولم يخالف في ذلك إلا الحنفية حيث قالوا يكره عليه الأخذ في هذه الحال ديانة، فإن أخذ جاز ذلك حكماً ولزم قضاء ولا تملك استرداده⁽⁶⁴⁾.

ويكون الخلع مستحباً في حالات منها إذا كان الزوج مفرطاً في حقوق الله تعالى عموماً، وقد يكون واجباً في حالات أخرى لها علاقة بالتقصير في حقوق الله وحقوق الأدميين في ذات الوقت ولها تأثير على العلاقة الزوجية خاصة والأسرة عموماً كما لو كان مدمناً لتعاطي المخدرات أو مرتكباً للكبائر، أو كان يأمرها بالمحرمات ونحوها⁽⁶⁵⁾.

وأما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد سار على الرأي القائل بجواز الخلع وشرعه دون أن يشير إلى الحالات التي يجوز فيها الخلع دون غيرها، مما يعني أن الخلع يجوز بمجرد أن يتم الاتفاق عليه بين الطرفين دون

(62) التحرير لإيضاح معاني التيسير (6/ 481).

(63) [النساء: 19]

(64) ينظر لفقهُ الميسر، أ. د. عبد الله بن محمد الطيار، أ. د. عبد الله بن محمد المطلق، د. محمد بن إبراهيم الموسى، الناشر: مدار الوطن للنشر، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى، ج 7 و 11 - 13: الطبعة الأولى 1432/ 2011، وباقي الأجزاء: الطبعة الثانية، 1433 هـ - 2012 م، ح 5 ص 79. وينظر مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، دار أصداء المجتمع، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الحادية عشرة، 1431 هـ - 2010 م، ج 1 ص 844.

(65) ينظر صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة (3/ 343).

فقد ورد بأن زوجة ثابت قالت "لا أطيقه بغضا"⁽⁵⁶⁾. بل وصل بها الحال إلى أن قالت: "والله لولا مخافة الله إذا دخل علي لبصقت في وجهه"⁽⁵⁷⁾. لذلك قال طائفة كبيرة من العلماء بأنه لا يجوز الخلع إلا مع النشوز والشقاق⁽⁵⁸⁾.

نعم إن الأصل أن لا يلجأ أي واحد من الزوجين إلى الطلاق أو الخلع، فالتفريق بين الزوجين عموماً أمر غير محبذ في شريعة الإسلام، فالصبر وتحمل أحد الطرفين للآخر من الأمور التي ينبغي مراعاتها في العلاقة الزوجية وداخل الأسرة عموماً، يقول الله تعالى {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا} ⁽⁵⁹⁾. وقد ورد عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه قال: «لَا يَفْرَكُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً، إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقًا رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ»⁽⁶⁰⁾. فهذا هو الإرشاد النبوي للزوج في معايشة زوجته الداعي إلى حسن العشرة بالمعروف، فنهى المؤمن عن سوء عشرته لزوجته. والنهي عن الشيء أمر بضده. وأرشد النبي عليه الصلاة والسلام الزوج إلى أن يلحظ ما في زوجته من الأخلاق الجميلة، وأن يجعلها مقابل ما كره من أخلاقها؛ فإن الزوج إذا تأمل ما في زوجته من الأخلاق الجميلة، والمحاسن التي يجلبها، ونظر إلى السبب الذي دعاه إلى التضجر منها وسوء عشرتها، رآه شيئاً قليلاً. فإذا كان منصفاً غض عن مساوئها لقلتها أمام محاسنها لكثرتها. وهذا الأدب الذي أرشد إليه صلى الله عليه وسلم، ينبغي اتباعه مع الجميع؛ فإن نفعه الديني والدنيوي كثير وصاحبه قد سعى في راحة قلبه، وفي السبب الذي يدرك به القيام بالحقوق الواجبة والمستحبة؛ لأن الكمال في الناس متعذر. وحسب الفاضل أن تعدّ معايبه⁽⁶¹⁾. ومن ذلك قول الشاعر

(56) سنن ابن ماجه، ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (المتوفى: 273 هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ج 1 ص 663.

(57) سنن ابن ماجه، ج 1 ص 663. ينظر جميع الروايات السابقة فيفتح الباري لابن حجر (400/9).

(58) مختصر تفسير ابن كثير، (اختصار وتحقيق) محمد علي الصابوني، الناشر: دار القرآن الكريم، بيروت - لبنان الطبعة: السابعة، 1402 هـ - 1981 م، ج 1 ص 204.

(59) [النساء: 19].

(60) صحيح مسلم (2/1091).

(61) ينظر بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار ط الرشد (ص: 122-123) بشيء من الاختصار والتصرف.

جاء في عمدة القاري شرح صحيح البخاري " وأما إذا لم يكن لها عذر وسألت الافتداء منه فقد دخلت في قوله أيما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة⁽⁵³⁾. فالمختلعات هن المنافقات أي " العاصيات باطنا والمطيعات ظاهر⁽⁵⁴⁾.

ورب قائل لماذا سمح الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت وزوجته بالخلع؟ هل كان هناك ثمة سبب ما يدعو لذلك؟ وهل أجاز الرسول عليه الصلاة والسلام الخلع لوجود مبرر جعله أولى من الاستمرار في العلاقة والحياة الزوجية؟ والجواب على ذلك يتضح من خلال جمع الروايات التي تتحدث عن تفاصيل الخلع وما سبقته من ظروف دعت الزوجة إلى المطالبة بالخلع، وجعلت الرسول عليه الصلاة والسلام يحث ثابتا على الخلع إن لم نقل يأمره بذلك، فقد روي عن عكرمة عن بن عباس "أول خلع كان في الإسلام امرأة ثابت بن قيس أنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبدا إني رفعت جانب الخباء فرأيتته أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها، فقال: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم وإن شاء زدته ففرق بينهما⁽⁵⁵⁾. وورد في بعض الروايات أنه "ضربها" بل وقع التصريح بسبب آخر وهو أنه "كان دميم الخلق" وأنها كانت في غاية الجمال ... فقد أخرج عبد الرزاق عن معمر قال "أنها قالت يا رسول الله بي من الجمال ما ترى وثابت رجل دميم" لذا قال العلماء مستنبطين أحكام الخلع من هذه الروايات بأن الظروف بين ثابت وزوجته كانت قد وصلت إلى حالة من الشقاق والنزاع الذي لا تطيق الزوجة العيش بها مع زوجها، فكانت هناك مجموعة من الأسباب أدت إلى عدم قدرة زوجة ثابت على العيش مع زوجها فأوجدت تلك الأسباب النفور والتباعد وعدم الانسجام والبغض الشديد من قبل الزوجة تجاهه،

(53)(30/134)؛

(54)مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح (10/234) .

(55) منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري، المؤلف: حمزة محمد قاسم، راجعه: الشيخ عبد القادر الأرناؤوط، عني بتصحيحه ونشره: بشير محمد عيون، الناشر: مكتبة دار البيان، دمشق - الجمهورية العربية السورية، مكتبة المؤيد، الطائف - المملكة العربية السعودية، عام النشر: 1410 هـ - 1990 م، ج 5 ص 132. تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في تفسير الكشاف للزمخشري، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي (المتوفى: 762هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد الرحمن السعد، الناشر: دار ابن خزيمة - الرياض، الطبعة: الأولى، 1414هـ، ج 1 ص 144.

بنعمة الزواج. فكذلك حكم الخلع فان الأصل فيه هو الحظر لا الإباحة، فهو في أبسط حالاته قطع لنعمة الزواج الذي حث عليه الرسول عليه الصلاة والسلام.

لا خلاف في أن الأصل أن لا يكون هناك خلع وإزالة لقيود الزواج دون سبب أو مبرر شرعي يقتضي ذلك. فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "المختلعات هن المنافقات"⁽⁴⁹⁾. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة" الحديث صححه الألباني⁽⁵⁰⁾. وحكم الخلع كما وضحنا تابع لحكم الطلاق وحاله حال الطلاق في الغالب، وحكم الطلاق كما وضحه الرسول عليه الصلاة والسلام دونما سبب الحظر والمنع، فقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁽⁵¹⁾. عليه يمكن القول دون أي تردد بأن طلب الزوجة الخلع دون مبرر شرعي ليس جائزاً، وتدخل المرأة بذلك في دائرة الحراموتكون بذلك قد أقدمت على هدم مؤسسة الأسرة دونما سبب.

إن الخلع وإن كان محظوراً إلا أنه إن وجد مبرر وسبب يدعو إليه فلا بأس به كالطلاق، فحكم الطلاق إما إمساك بالمعروف أو تسريح بالإحسان، والخلع كذلك فيما أن تعيش المرأة مع زوجها تؤدي حقوقه دون تقصير منها وضرب تلحقها بزوجها، ففي هذه الحالة لا يجوز الخلع ولا يجوز للزوج أن يجبرها على الخلع بسوء العشرة منه، يقول الإمام البغوي: "فيضارها بسوء المعاشرة ليضطرها إلى الافتداء... والخلع المباح بلا كراهية: أن تكره المرأة صحبة الزوج، ولا يمكنها القيام بأداء حقوقه، فتتخرج، فتختلع نفسها. ولو اختلعت، نفسها بلا سبب، فجائز مع الكراهية لما فيه من قطع سبب الوصل"⁽⁵²⁾.

(49) حكم الألباني بصحة الحديث ينظر صحيح الجامع الصغير وزياداته، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني (المتوفى: 1420هـ)، الناشر: المكتب الإسلامي، دون رقم وسنة الطبع ج 2 ص 1133.

(50) قال الألباني عنه بأنه صحيح، صحيح وضعيف سنن الترمذي، الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، ج 3 ص 186.

(51) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية -

1405 - 1985، ج 7 ص 100.

(52) شرح السنة - للإمام البغوي متنا وشرحا (9/ 195).

يُؤيد ذلك قوله وتعالى (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قَنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا) (47).. ثم ذكرت الآية الأزواج ونبهتهم إلى ذلك الميثاق العظيم الذي كان بينهما فقال عز وجل: (وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) (48).

وأما فيما يتعلق بركن العوض قانونا فالمشرع في العراق قد أشار إلى مشروعية العوض في الخلع في المادة 46 على اعتبار أن الزوج له أن يأخذ من زوجته العوض مقابل الخلع، ولكنه لم يجعله الأساس في الخلع، ولم يجعل دفع العوض إلزاميا للزوج، وعلى ما يبدو فإن المشرع قد ترك تفاصيل ذلك إلحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلأن المعلوم في الخلع أنه لا يكون إلا بعوض تدفعه الزوجة إلى الزوج.

وأما المشرع في إقليم كردستان فقد نص على مشروعية العوض في الخلع وجعله الأساس فيه، فقد نص على أن الخلع هو إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى". فالمشرع هنا عد الخلع ما يكون مقابل عوض.

حكم الخلع

تحدثنا بأن الخلع مشروع ولا خلاف في ذلك لثبوته بنص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع العلماء على ذلك. ولكن مع ذلك يبقى السؤال هنا ما هو حكم الخلع من حيث الحكم التكليفي؟ هل هو مباح أم مكروه أم له حالات خاصة؟

إن الأساس في حكم الخلع على ما يبدو هو تابع لحكم الطلاق في الغالب، فحكم الطلاق في الأصل هو الحظر لا الإباحة كما هو مأخوذ من قواعد الشريعة وفلسفة الإسلام في نظره إلى الرابطة الزوجية وما يجب أن تكون عليه من حيث الديمومة والاستمرار، فالطلاق هو هدم لتلك الرابطة وكفران

(47)النساء 20.

(48)النساء 21.

عليه فلا يجوز الخلع على محرم، ولا على ما فيه غرر كالمجهول، ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه، لأنه عقد معاوضة فلم يجز كالبيع والنكاح⁽⁴⁵⁾.

ويصلح في العوض ما يصلح صداقاً، فيجوز أن يكون ما لا معيناً أو موصوفاً، أو ديناً للمرأة على الزوج تفتدي به نفسها، أو منفعة كأن يخالعه على إرضاع ولده منها، أو من غيرها مدة معلومة معينة، كما ذكر المالكية والشافعية، أو مطلقة كما ذكر الحنابلة، ولا يجوز أن يكون العوض في الخلع إخراج المرأة من مسكنها الذي طلقت فيه لأن سكنها فيه إلى انقضاء العدة حق للهناء يجوز لأحد إسقاطه لا بعوض ولا بغيره، كما ذكر المالكية. وإذا فسد العوض باختلال شرط من شروطه، كاختلال شرط العلم، أو المالية، أو القدرة على التسليم، فإن الخلع يعتبر فاسداً⁽⁴⁶⁾. وقد ذكرنا أنه لا يحق للزوج أخذ أي شيء من زوجته إن كان التصدير من جهته، وكذا إن كانت الزوجة تريد أن تتخلص من هذه الحياة الزوجية لأن زوجها قد أثقل عليها كاهلها بما هو غير شرعي، فالزوجة لا تدفع أي تعويض إن كانت تنهرب من الحياة الزوجية بحق ولمبرر شرعي ولسبب راجع إلى جهة الزوج كسوء الخلق منه أو لتعامله السيء وممارسته كل أنواع العنف معها، من حيث الضرب أو الشتم أو التحقير والإهانة وكذا الإقصاء والتهميش. بل الزوجة هي صاحبة الحق، وتستحق كل حقوقها بالاتفاق.

وكذا لو كان الزوج يرغب في إنهاء العلاقة الزوجية، وهو الذي يضيق على زوجته كي تلجأ إلى الخلع ويسد عليها أبواب المصالحة لا لشيء إلا لكي يجبرها على الخلع رغبة منه في طلاقها، فالزوج في هذه الحالة لن يأخذ شيئاً من زوجته، وما يأخذه حرام بالاتفاق.

فالزوج لا يستحق العوض في الخلع وليس له الحق في ذلك إلا إذا كانت رغبة الزوجة هي المنصرف إلى الطلاق دونه، وليس له اليد في ذلك.

المثل فإن لم يكن في كفها شيء ففي الوسيط أنه يقع الطلاق رجعيًا والذي نقله غيره أنه يقع باننا بمهر المثل قال الرافعي ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالماً بالحال والثاني فيما إذا ظن أن في كفها شيئاً قال النووي المعروف الذي أطلقه الجمهور وقوعه باننا بمهر المثل " والله أعلم. ينظر ج 1 ص 389.

(45) ينظر بشيء من التصرف والاختصار المجموع شرح المهذب (25/17)

(46) ينظر الموسوعة الفقهية الكويتية (19/254) (19/255). بشيء من الاختصار والتصنيف.

غير المحجور عليه (من زوجة وأجنبي صح بذله لعوضه) ومن لا فلا؛ لأنه بذل مال في مقابلة ما ليس بمال ولا منفعة، فصار كالمبتدع"⁽⁴²⁾.

وأما فيما يتعلق بقانون الأحوال الشخصية العراقي فإنه نص على الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الزوج والزوجة في المادة 46 من القانون المذكور حيث نص على " يشترط لصحة الخلعان يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلاً له" لذا فإن المشرع العراقي والمشرع في إقليم كوردستان لم يحد عما سار عليه الفقهاء من اشتراطهم للشروط المطلوبة في الزوج والزوجة المتخالعين.

الركن الرابع: العوض:

العوض هو أساس الخلع، وهو ما يتم الاتفاق عليه بين الزوجين مقابل طلاق الزوج لزوجته، وقد فصل الفقهاء الكلام في ذلك، ولكن الذي يمكن قوله أن الذي عليه أكثر الفقهاء هو أن ضابط العوض هو ضابط المهر، فما صلح أن يكون مهراً صلح أن يكون عوضاً في الخلع، جاء في درر الحكام "وما صلح مهراً صلح بدل الخلع ... لأن ما يكون عوضاً للمتقوم أولى أن يكون عوضاً لغير المتقوم"⁽⁴³⁾. وقال الشافعية في شرط العوض "ويشترط في عوض الخلع أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعراس كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغير ذلك؛ لأن الخلع عقد معاوضة فأشبهه البيع والصداق"⁽⁴⁴⁾.

(42) الروض المربع شرح زاد المستتقع، المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي

(المتوفى: 1051هـ)، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، الناشر: دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ص53.

(43) درر الحكام شرح غرر الأحكام (1/ 389)

(44) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار " وجاء فيه أيضاً " وهذا صحيح في الخلع الصحيح، أما الخلع الفاسد فلا يشترط العلم به فلو خالعه على مجهول ككاتب غير معين أو على حمل هذه الدابة أو خالعه بشرط فاسد كشرط أن لا ينفق عليها وهي حامل أو لا سكنى لها أو خالعه بألف إلى أجل مجهول ونحو ذلك بانت منه في هذه الصورة بمهر المثل أما حصول الفرقة فلأن الخلع إما فسخ أو طلاق إن كان فسحاً فالنكاح لا يفسد بفساد العوض فكذا فسحه إذ الفسوخ تحكي العقود وإن كان طلاقاً فالطلاق يحصل بلا عوض وماله حصول بلا عوض فيحصل مع فساد العوض كالنكاح بل أولى لقوة الطلاق وسيراته وأما الرجوع إلى مهر المثل فلأن قضية فساد العوض ارتداد العوض الآخر والبضع لا يرتد بعد حصول الفرقة فوجب رد بذله كما مر في فساد الصداق ويقاس بما ذكرنا ما يشبهه لأن ما لم يكن ركناً في شيء لا يضر الجهل به كالصداق ومن صور ذلك ما لو خالعه على ما في كفها ولم يعلمه فإنها تبين منه بمهر
Medeniyet Law Review, Vol.3, Y.2018, Issue.5 53

شَرْطُهُ لِأَنَّ شَرْطَهُ شَرْطُ الطَّلَاقِ"⁽³⁸⁾. فالزوج هو أحد أركان الخلع، ولكن يبقى السؤال هل يجوز للولي أن يطلق زوجة ابنه الصغير؟ فيهخلاف فالذي عليه الشافعية أنه لا يجوز للأب أن يطلق امرأة ابنه الصغير أو المجنون بعوض ولا بغير عوض. وقال الحسن وعطاء وأحمد: (له أن يطلقها بعوض وبغير عوض. وقال مالك: (له أن يطلقها بعوض، ولا يصح بغير عوض)⁽³⁹⁾. وقال مالك: له أن يطلقها بعوض، ولا يصح أن يطلقها بغير عوض والصواب هو قول الشافعية بدليل قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"⁽⁴⁰⁾. عليه ولما مر يمكن القول بأن من صح طلاقه صح منه الخلع ويشترط في المخالعة ما يشترط في المطلق.

الركن الثالث: الزوجة

وتعد الزوجة الركن الآخر في الخلع، ويطلق عليه أيضا عند بعض الفقهاء "بالبيع" ويشترط فيها أن يكون مملوكا للزوج، أي أن تكون الزوجة زوجة حقيقة أو حكما، لذا فالمرأة البائن من زوجها بأية صورة لا يصح خلعه، ولا يقع عليها الخلع؛ لأنه لم يصادف محلا. لذا فالفقهاء متفقون على أن الخلع لا يصح إلا مع الزوجة التي في عصمة زوجها حقيقة، وهي التي لم تفارق زوجها بطلاق ونحوه، كاللعان مثلا، أو من كانت هي زوجة حكما، وهي التي طلقها زوجها طلاقا رجعيًا ولم تنقض عدتها، إذ أنها زوجة والنكاح بينهما قائم، وتسري عليها الأحكام الخاصة بالزوجات⁽⁴¹⁾.

يضاف لذلك الشرط كونها أهلا للتبرع، فالخلع هو بذل منها للزوج مقابل طلاقها، فلا بد أن تكون أهلا لهذا التصرف، وقد صرح الفقهاء بأن الزوجة لا بد وان تكون أهلا للتبرعات حتى يصح منها بذلها. فقد جاء في كتاب الروض المربع شراح زاد المستنقع : "(من صح تبرعه) وهو الحر الرشيد

(38) البحر الرائق 4/ 78. وأجاز المالكية خلع غير الزوج كالأب والحاكم في حالات معينة ينظر الشامل في فقه الإمام مالك، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدميري الذمياطِي المالكي (المتوفى: 805هـ)، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، 1429هـ - 2008م، ج 1 ص 387.

(39) البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 10 ص 10.

(40) المجموع شرح المهذب (10/ 17). والحديث هذا قال عنه الألباني بأنه حسن انظر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة: الثانية - 1405 - 1985، ج 7 ص 108.

(41) ينظر بشيء من التصرف الموسوعة الفقهية الكويتية (19/ 253)

وسار عليه المشرع في إقليم كوردستان أحاديث رويت عن النبي عليه الصلاة والسلام في تفاصيل واقعة الخلع. ومن تلك الروايات التي استند إليها المشرع ما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لثابت: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة⁽³⁵⁾. ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول عليه الصلاة والسلام أمر ثابتاً بتطبيق زوجته بقوله له: وطلقها تطليقة. وعلى ما يبدو فإن حالة كهذه تحتاج إلى بيينة وإثبات فلا يكتفي القاضي بمجرد ادعاء الزوجة، فهنا يترك تقدير ذلك للسلطة القضائية، والرسول عليه الصلاة والسلام يمكن أن يكون قد عاين الواقعة فعلاً، أو أن يكون قد اشتهر حالهما بين الناس، ولا يستبعد أن يكون قد أطلع الله على حال زوجة ثابت وعدم قدرتها على تحمل العيش مع زوجها. يؤكد ذلك أن زوجة ثابت قد بلغت مبلغاً لا يطاق فقد روي عنها أنها قالت عن زوجها ثابت "لولا مخافة الله لبصقت في وجهه" وهذا الكلام يشكل مفارقة خطيرة وصلت إليه حالتها وخاصة الحالة النفسية التي كانت تعيشها زوجة ثابت لأسباب عديدة بلغت مرحلة تجرأت فيها على القول بأن زوجها قد يلقي منها لم تقم به زوجة في حينه.

ومما هو جدير بالإشارة إليه أن العديد من الفقهاء قالوا بأن أمر الرسول عليه الصلاة والسلام لثابت بتطبيق زوجته "كان أمر إرشاد وإصلاح لا أمر إيجاب والإزام"⁽³⁶⁾، بمعنى أنه صلى الله عليه وسلم وجهه إلى إيقاع الطلاق ولم يأمره بذلك.

الركن الثاني: الزوج

الذي اتفق عليه الفقهاء هو أن من صح طلاقه صح الخلع منه، لذا قال الفقهاء بأن "شرط الخلع هو شرط الطلاق نفسه"⁽³⁷⁾. بل إن الكثير من الفقهاء لم يتطرقوا إلى ذكر شروط الخلع وأركانه مبررين ذلك بأن أركان وشروط الخلع هي ذاتها أركان وشروط الطلاق، فقد جاء في البحر الرائق "ولم يذكر

(35) صحيح البخاري - م (7/ 46).

(36) منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري (5/ 132).

(37) العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابر تي (المتوفى: 786هـ)، الناشر: دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ⁽³⁴⁾ فالزوج هنا يجبر على اللجوء إلى القضاء، لبيان المقصر من الزوجين، فالزوج الذي يريد الإمساك لا لنية حسنة بل لنية سيئة هو زوج سيء، وقد يكشف القضاء في هذه الحالة شقاقا ونزاعا متبادلين بين الزوجين وكل واحد منهما سبب في حدوثه، فعلى القاضي أن يحكم في هذه الحالة بدفع التعويض على درجة التقصير.

ويبقى السؤال ما الضرر إذاترك الخيار للزوج فلا يطلق زوجته حتى يبدي رغبته في الخلع؟ وذلك بأن يمسك زوجته في عصمته ولا يقبل الخلع حتى يحصل من زوجته على حقه الذي يعتقد أنه قد خسره ويخسره في طلاقه لها؟ فهو لا يقبل بالخلع إلا بعد أن توافق هي على رد ما دفعه إليها وصرفه على زواجه منها؟ فليس له يد في الطلاق ولا رغبة له فيه؟ بل هي الراغبة في كل ذلك، هل يكون الزوج في هذه الحالة مقصرا؟ وهل يعد الزوج ممسكا لزوجته إضرارا بها؟ فعلى ما يبدو فلا حرج في أن يترك أمر رضا الزوج بالخلع بيد الزوج نفسه وخاصة إذا تبين للقاضي أن الزوج ليس سيء النية.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هناك العديد من التساؤلات التي تتعلق بعدم قدرة الزوجة على العيش مع الزوج وهي: كيف يمكن لنا أن نثبت عدم قدرة الزوجة على العيش مع الزوج؟ هل مجرد الادعاء كاف في ذلك؟ وهل كل نوع من أنواع عدم القدرة على العيش مبرر لعدم اشتراط رضا الزوج؟ فربما توجد حالات يمكن حلها، ومن الممكن أن توجد حالات تعود لنفسية الزوجة ولها علاقة بمرض نفسي، فهذا يمكن حله ومعالجته؟ لذا يمكن القول بأن عدم اشتراط رضا الزوج أمر يتعارض مع أصل الخلع.

ولكن مع ذلك فإن المشرع في إقليم كوردستان لم يأت بهذا النص عبثا، بل استند هو أيضا إلى أدلة الفقهاء القائلين بعد اشتراط رضا الزوج، فالبعض من الفقهاء ينصون على أن الخلع رضائي بين الزوجين في حال اتفاقهما على ذلك، وقد يجبر القاضي الزوج على قبول الخلع، في حالة استحالة استمرار الحياة الزوجية بينهما وعدم قدرة الزوجة على تحمل العلاقة الزوجية مع زوجها لبغض أو كره منها تجاه يدفعاها إلى عدم قيامها بأداء واجباتها الزوجية، أو قد يدفعاها إلى خرق مبادئ مؤسسة الأسرة. والأدلة التي استند إليها الفقهاء

(34) [البقرة: 231]

يستطيع أن يحكم بالتفريق بين الزوجين دون رضا أحدهما. فالخلع كما يقرر جمهور الفقهاء أساسه "الرضا من الطرفين".

وقد سار المشرع العراقي على ما سار عليه الفقهاء، حيث عد الخلع اتفاقاً بين الزوج والزوجة عن طريقاً يوجب من طرف وقبول من الطرف الآخر. إذ نص المشرع في قانون الأحوال الشخصية في المادة السادسة والأربعين على أن "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي".

إلا أن المشرع في إقليم كردستان قد اتجه منحى آخر، بحيث لم يعط أية أهمية لرضا الزوج في حالة ما إذا كانت الزوجة غير قادرة ولا تطيق العيش مع زوجها. ولكن هناك عدة تساؤلات تثير نفسها في هذا المجال، وهل أن المشرع في إقليم كردستان كان مصيباً أم لا؟

فالمراة إذا لم تكن قادرة على العيش مع زوجها لسبب راجع إلى جهة الزوج فإن الزوجة لها الحق في أن تطلب التفريق القضائي، وهنا تستحق المرأة كامل حقوقها، ولا تضطر إلى دفع أي شيء للزوج، وهذا هو عين الصواب، وأما أن يجبر الزوج على الخلع وتلزم الزوجة بدفع تعويض للزوج فهذا هو الإجحاف بحق الزوجة.

وأما إذا كانت الزوجة لا تطيق العيش مع الزوج لسبب راجع إلى جهة الزوج فنكون أمام حالتين: أحدهما يجب أن يترك الخيار إلى الزوج، فربما يريد بعدم رضاه على الخلع أن يترك مجالاً لزوجته للتفكير والمراجعة، وقد تغيرت الزوجة رأيها بعد أن يرى أن الزوج مغرم بها، ولا يريد طلاقها حبا لها، وهذا هو المطلوب في مؤسسة الأسرة، فلا يجوز أن نلجأ إلى الطلاق بمجرد نزوة أو رغبة قد تكون طارئة، أو لسبب هش يزول لمحاولات متكررة من الزوج أو من أهل الصلاح من طرفي الزوجين.

وأما الحالة الثانية فهي إذا ما كان الزوج لا يريد طلاق الزوجة لا لرغبة منه في الصلاح بل لمجرد الإيذاء، فهنا تنكشف نية الزوج السيئة، وهو مأمور بتجنب ذلك، يقول الله تعالى {وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ

خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل، كما ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية.⁽³⁰⁾

وأما المشرع العراقي فقد تحدث عن الصيغة بقوله إن الخلع لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، أي أنه أيضا عد الصيغة ركنا من أركان الخلع إذ نص في البند 1 من المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي". فالمشرع أشار إلى اللفظ الذي ينعقد به الخلع وهو "الخلع" ثم وسع المشرع ألفاظ الخلع فجعل الخلع ينعقد بأي لفظ يتضمن معنى الخلع، وهو على ما يبدو يشير بذلك إلى الطلاق على مال، أو الخلع بلفظ الافتداء وما شابه.

إن موافقة القبول للإيجابتني أن إرادة الطرفين ورغبتهما يجب أن تتوجه إلى إجراء الخلع، مما يدل على أنه لا يجوز بأي حال أن يجبر الزوج زوجته وبأية وسيلة أو حيلة كانت على اللجوء إلى الخلع، فالزوج في هذه الحالة يكون أثما، وهذا هو المأخوذ من قوله تعالى {وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنِ خِفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا} ⁽³¹⁾. فالآية واضحة في عدم جواز أخذ أي شيء من الزوجة في الحالات الطبيعية والعادية، فلا يحل مال امرئ إلا بطيب من نفسه، ويؤيد حرمة ذلك قوله تعالى {أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ} ⁽³²⁾. وقوله تعالى {وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} ⁽³³⁾.

إن هذا يعني رضا الطرفين شرط في صحة الخلع، فيجب أن تلجأ الزوجة إلى الخلع عن رضا وأن يقبل الزوج عرضها عن رضا، فلا يجبر أي واحد منها على الخلع، إذ إجبار أحد الطرفين على الخلع يخرج من دائرة الخلع إلى دائرة التفريق القضائي، فالقاضي والسبب ما ولمبرر قانوني وشرعي

(30) ينظر بشيء من التصرف الموسوعة الفقهية الكويتية (19/ 246)

(31) البقرة: 229

(32) الطلاق: 6

(33) النساء: 19

للخلع أركان وشروط وهي مختلف فيها بين الفقهاء، ولأن الخلع يختلف عن الطلاق فإن الآثار المترتبة على الخلع تختلف عن الآثار المترتبة على الطلاق، عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى أركان الخلع وما ينبغي أن تتوفر فيه من شروط في الفقرات التالية.

أركان الخلع

ومن خلال النظر إلى تعريفات الفقهاء والقانون للخلع يتضح لنا بأن للخلع أركاناً لا بد من توفرها كي يصح الخلع ويتم على صورته الشرعية والقانونية، ومن خلال ما تقدم نستطيع القول بأن أركان الخلع هي: الزوج والزوجة والصيغة والعوض هذا عند جمهور الفقهاء وأما الأحناف الذين اعتبروا الخلع معاوضة فهم عدوا للخلع ركناً واحداً فقط وهو الصيغة أي "الإيجاب والقبول". على اعتبار أن الخلع إذا كان نظير عوض⁽²⁸⁾، فإن ركنه هو الإيجاب والقبول، فإن كان الزوج قد بدأ بالخلع، كما إذا قال لها: خالعتك على ذلك كانت المرأة قابلة، وإذا كانت المرأة مبتدئة كان الزوج قابلاً، أما إذا لم يكن في نظير عوض وكان طلاقاً، كان ركنه ركن الطلاق⁽²⁹⁾. وعلى أية حال فإن الخلع إذا تحقق فإنه يتطلب هذه الأركان الخمسة لا محالة ولأركان الخلع شروط لا بد من توفرها حتى يصح الخلع، والشروط هي:

أولاً: الصيغة

أما فيما يتعلق بركن الصيغة "الإيجاب والقبول" فكما هو معلوم بأن الصيغة لا بد لها من موجب وقابل، والموافقة بين الإيجاب والقبول، وغيره من الشروط التي ينبغي توفرها في الصيغة على تفصيل في المذاهب. فالموجب "سواء أكان هو الزوج أم الزوجة: فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط فيه أن يكون ممن يملك التطليق. وأما القابل في الخلع فسواء أكان من الزوجة نفسها أم من أجنبي فيشترط فيه أن يكون مطلق التصرف في المال صحيح الالتزام. فلو

(28) الفقه على المذاهب الأربعة (4/ 352). وينظر الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9 ص 457.

(29) الفقه على المذاهب الأربعة (4/ 352).

3 – إذا كان الخلع معاوضة فإنه لا يجوز تعليقه على شرط ولا إضافته إلى زمان حتى وإن كان الزمان معلوما والشرط محدودا.

4 – إذا كان الخلع معاوضة في جانب الزوجة فإنه كأى معاوضة يحق لها أن تشتت الخيار لنفسها، فجواز اشتراط الخيار معروف في المعاوضات، ويشترط في شرط الخيار هذا أن يكون الشرط معلوما منقيا عنه الجهالة في المدة كأن تكون لثلاثة أيام لا أكثر⁽²⁷⁾.

وعلى ما يبدو فإن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية عد الخلع معاوضة إذ نص في المادة 46 منه على " 1-الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون 3- .للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها". فالفقرة من المادة أعلاه تحدثت عن الخلع وكيفية وقوعه وأنه يقع بإيجاب وقبول أمام القاضي، أي في مجلس القاضي وكأنه يشير إلى اتحاد مجلس الإيجاب والقبول الذي هو شرط في المعاوضة، ثم أنه ينص صراحة في الفقرة 3 من نفس المادة على العوض في الخلع مما يعني أن الخلع هو معاوضة وأن المشرع سار على رأي الإمام أبي حنيفة واعتبر الخلع معاوضة فيشترط فيه ما يشترط في المعاوضة.

وسار المشرع في إقليم كردستان على نفس نهج المشرع العراقي حيث اعتبر الخلع معاوضة، بل إن المشرع في إقليم كردستان كان أوضح في النص على اعتبار الخلع معاوضة فقد نص في المادة 21 من القانون رقم 15 لسنة 2008 على أن الخلع هو " إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض " فالمشرع هنا عرف الخلع بأنه إزالة قيد مقابل عوض، فتترتب أحكام المعاوضة وآثارها على الزوجين.

المبحث الثاني

أحكام الخلع

(27) ينظر درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بـملا - أو منلا أو المولى - خسرو ، (1/ 389). وينظر مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر(1/ 763) . الفقه الإسلامي وأدلته ج9 ص 460- 461.

1 – ليس للزوج الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة أو رفضها.

2- ليس للزوج أن يشترط الخيار لنفسه.

3 – ينطبق على الخلع في حق الزوج عموماً ما يطبق في اليمين من أحكام، فيجوز له تعليق الخلع على شرط صحيح أو أن يضيفه إلى وقت معلوم.

4 – لا يشترط في الخلع كونه يمينا في حق الزوج الاقتصار على مجلس الإيجاب والقبول، فلو صدر الإيجاب من الزوج وصدر منه ما هو مبطل لاتحاد مجلس الإيجاب والقبول فلا عبرة بذلك الإبطال ويظل الإيجاب صحيحا نافذا إلى أن يصدر القبول أو الرفض من الزوجة على أن يكون القبول أو الرفض في مجلس علم الزوجة⁽²⁵⁾.

وإذا كان الخلع معاوضة في حق الزوجة "لِأَنَّهَا تَبْدُلُ مَالًا لِئَسَلَّمَ لَهَا نَفْسَهَا" ⁽²⁶⁾ فإنه يشترط فيها ما يشترط في المعاوضات ويترتب على ذلك أحكام منها:

1 – للزوجة الرجوع عن الإيجاب في المجلس قبل الرد من الزوج سواء أكان رده بالقبول أم بالرفض.

2 – كي يصح الخلع ويتحقق الإيجاب والقبول فإنه يجب على الزوجة قبول الخلع في مجلس الإيجاب إن كانت حاضرة فيه ومجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة إذا ما تم الخلع عن طريق الرسول أو الكتابة. فبمجرد وصول الخبر إليها يجب أن يصدر منها الرد إما بالقول أو بالرفض.

(25) ينظر بشيء من التصرف الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المؤلف: محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (المتوفى: 1088هـ)، المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1423هـ-2002م، ص234. وينظر أيضا بشيء من التصرف مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: 1078هـ)، الناشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ص763. وينظر تحفة الفقهاء (2/ 199-200)، وينظر الاختيار لتعليل المختار (3/ 157). وينظر الفقه الإسلامي وأدلته، ج9 ص460-461.

(26) درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو ، (المتوفى: 885هـ)، الناشر: دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون تاريخ، (389/1).

اللائقة به كزوج أو رب أسرة والتي تحط من قدره وقيمته الاجتماعية قد تكون سببا وجيها لشرعنة الخلع للزوجة.

4- إذا كانت هناك ثمة أسباب خاصة وشرعية للطلاق إلا أن الزوجة لا ترغب في الكشف عن تلك الأسباب وترغب في أن تنتهي هذه العلاقة الزوجية بعيدة عن النزاعات والمقاضاة والشكاوى، فهنا لا بأس من أن تلجأ إلى الخلع، وقد تكسب الزوجة بذلك أجرا حيث في ذلك الستر لكلا الطرفين وهو أمر محبذ ومأمور به في شريعة الإسلام.

5- ولو حاولنا البحث عن أسباب الخلع في قانون الأحوال الشخصية العراقي فإننا لن نجد أية إشارة إلى تلك الأسباب في المواد الخاصة بالخلع، ولا في غيرها من المواد القانونية التي تتحدث عن الطلاق، إلا أن المشرع في إقليم كوردستان قد تطرق إلى أسباب لحالة خاصة تدفع القاضي إلى الحكم بالخلع، وتلك الحالة أشار إليها المشرع في المادة 21 من القانون رقم 15 لسنة 2008 حيث نص المشرع على أنه "لا يشترط رضی الزوج في الخلع إذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم أن الزوجة لا تطيق العيش معه". فالمادة هنا نصت على حالة خاصة وهي عدم اشتراط رضا الزوج بالخلع في حالة عدم طاقة وقدرة الزوجة على العيش مع الزوج، فكأن المشرع يريد أن يوضح أن عدم قدرة الزوجة على العيش مع الزوج سبب وجيه من أسباب الخلع.

التكليف الشرعي للخلع

هناك خلاف فقهي بين الفقهاء حول التكليف الشرعي للخلع، هل هو يمين أم معاوضة؟ إذ يختلفان في ترتب الأحكام عليهما، فالإمام أبو حنيفة يعتبر الخلع معاوضة من جانب الزوجة ويمينا من جانب الزوج، ويذهب صاحبان إلى القول بأن الخلع يمين من جهة الزوجين⁽²⁴⁾.

والفرق بين كون الخلع يمينا أم معاوضة يكمن في الآثار المترتبة عليه، فالخلع إذا كان يمينا من جانب الزوج ترتبت عليه الآثار التالية:

(24) ينظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (2/ 267). ينظر النهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت 1005هـ)، المحقق: أحمد عزو عناية، الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1422هـ - 2002م، ج 2 ص 443.

8- نظرا لأن المرأة هي من تدفع التعويض في الخلع لزوجها وليس هناك مقدار محدد شرعا عند بعض الفقهاء فإن الخسارة التي تتعرض لها المرأة في بعض من الأحيان قد يكون شاقا عليها جدا، وأنها قد تتنازل عن العديد من حقوقها كالمهر المؤخر وغير ذلك⁽²³⁾.

9- إن القول بأن المرأة قد تتضرر من المخالعة لا يعني بحال أن الزوج هو المستفيد من المخالعة، فالزوج هو أيضا الطرف الخاسر، وهو المتضرر من الخلع "الطلاق" كالمراة فما أنفقه من أموال سواء لإبرام عقد الزواج أو الزفاف أو ما قدمه من هدايا للزوجة أثناء فترة الخطوبة، أو ما أنفقه على زوجته من نفقة زوجية بعد الزواج وما يكون قد قام به لإنشاء أسرة، وخاصة إذا عرفنا بأن هناك العديد من الفقهاء من لا يرون شرعا أخذ عوض أكثر مما أعطاه الزوج لزوجته، يضاف إلى ذلك التشتت الفكري والعقلي الذي سيواجهه نتيجة رفض زوجته العيش معه، بل قد يكون هو الطرف الأكثر تضررا، حيث ثمة تساؤلات عديدة قد تطرح نفسها حو الأسباب التي دفعت الزوجة إلى الخلع، مما تثير شكوكا عديدة حول أهلية هذا الشخص للزواج وإنشاء أسرة جديدة، وربما يكون هذا سببا وعائقا كبيرا له للبدء بحياة أسرية جديدة.

أسباب الخلع

هناك عدة أسباب تدفع بالزوجة إلى المطالبة بالخلع، وهي التي تضيف عليه صفة الجواز والمشروعية وتخرجه من دائرة الحرمة ومن تلك الأسباب:

1- عدم التزام الرجل بالأحكام الشرعية بصورة صحيحة، بمعنى أن الزوجة إن تضررت من عدم التزام زوجها بالأحكام والقيم فلا حرج عليها في مطالبتها بالخلع.

2- إذا أدركت الزوجة أو غلب على ظنها بأنها ونتيجة لعدم انسجامها مع الزوج لن تقوم بأداء واجباتها الزوجية، فيلحقها بذلك الإثم وتكون صاحبة معصية.

3- إذا كان هناك ثمة عدم انسجام روحي وعاطفي بين الزوجين لوجود أسباب ظاهرة وواضحة غير مفتعلة، فسلوكه العصبي الزائد وربما تصرفاته غير

(23) ينظر الخلع في قانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منال محمود المشني، دار الثقافة، عمان الأردن،

أن جنوح الأطفال والأحداث وانجرافهم نحو الجريمة أكثر لدى الأسر المتشتتة منها في الأسر المترابطة.

2- شعور لدى المرأة بثمة قيود إضافية اجتماعية عليها وعلى تصرفاتها وخاصة بعد أن تعرف ويشاع عنها بأنها هي من تخلصت من العلاقة الزوجية، حيث تثار هناك العديد من التساؤلات التي قد تطرح نفسها تجاه المرأة المخالعة وخاصة في مجتمع لا يعرف ضوابط التعامل مع الغير وعدم حقه في التدخل في شؤون الآخرين.

3- قد تكون أسرة الزوجة عاملا مهما في إحباط الزوجة المخالعة، إذ يعتبرون تخلص ابنتهم من العلاقة الزوجية وصمة عار في جبين الأسرة، وأن المرأة هي المتسببة في ذلك، وهذا يشكل عائقا وعاملا نفسيا سيئا وسلبيا للمرأة المخالعة.

4- صعوبة تأقلم المرأة المخالعة مع عائلتها بعد عودتها إلى بيت أهلها خاصة بعد أن تشعر بأنها سبب لخلق مشكلة جديدة وأنها قد تكون عبئا ثقيلا على الأسرة ككل، مما يسبب هذا وضعا نفسيا حرجا لها.

5- شعور تام لدى المرأة وأهلها في العديد من حالات الخلع " الطلاق " بأنها غير قادرة على تحمل المسؤولية وأنها ليست امرأة ناجحة في الحياة الزوجية بل فاشلة وأنها من الممكن أن تفشل في كافة مجالات حياتها. وأن الفشل سيلاحقها في كل حياة زوجية جديدة مما يحرمها هذا من بناء علاقة زوجية جديدة.

6- في الكثير من الحالات التي ترغب الزوجة في التخلص من العلاقة الزوجية لقصور من الزوج أو ضرر صادر منه تجاهها، أي لسبب يعود إلى الزوج لا الزوجة فإن الزوجة قد تلجأ إلى الخلع تخلصا من الإجراءات القضائية الطويلة وتجنبنا من الوقوف أمام القضاء في شد وجذب أمام الزوج، فإن الزوجة هنا ونتيجة اللجوء إلى الخلع قد تتضرر من ذلك، ففي الخلع تتنازل الزوجة عن بعض من حقوقها وقد تكون في حقيقة الأمر مستحقة كل حقوقها فهي المتضررة لا الزوج.

7- ربما يكون في تسرع الزوجة اتخاذ قرار الخلع الكثير من الندم خاصة بعد أن تتنازل الزوجة عن شيء من حقوقها، وتقوم في بعض الأحيان بدفع الكثير من أجل الحصول على موافقة الزوج على الخلع، إذ ترى الزوجة نفسها بعض الأحيان بعد الخلع فارغة اليدين، وغير قادرة على العيش وإعالة أولادها، مما تقع في مشكلات مادية تصعب الحياة معها.

يكون ملزماً بدفع كل مستحقات الزوجة من مهر مؤخر وغير ذلك، وكذا تلزم المرأة بدفع التعويض للزوج إذا أقدمته على الخلع.

5- في تشريع نظام الخلع تجنّب لكلا الزوجين وخاصة الزوجة من الوقوع في الإثم والخطأ تجاه الزوج، فالمرأة غير الراغبة في استمرار علاقتها الزوجية مع زوجها لا تطيق العيش معه وتكون مقصرة في حق زوجها، ولا تلتزم بأداء واجباتها الزوجية بصورة جيدة وتكون بعيدة كل البعد عن العشرة بالمعروف مع الزوج، وهذا كله بدوره يشكل دائرة من الإثم تدور فيها الزوجة غير الراغبة في استمرار علاقتها الزوجية مع زوجها، وهذا ما أشارت إليه امرأة ثابت حينما قالت للرسول عليه الصلاة والسلام " اني اكره الكفر في الإسلام" والمعنى: وأخشى أن يؤدي بي هذا النفور الطبيعي منه إلى كفران العشير، والتقصير في حق الزوج، والإساءة إليه، وارتكاب الأفعال التي تنافي الإسلام من الشقاق والخصومة والنشوز ونحوه، فسَمّت المعاملة السيئة للزوج كفرةً لما فيها من الاستهانة بالعلاقة الزوجية⁽²²⁾. إذ بالخلع تتحلل المرأة من ذلك العبء الثقيل من الإثم وتكون بذلك قد أراحت نفسها وزوجها في ذات الوقت من ذلك الظرف الشاق عليهما معاً. لذا كان أولى لهما وخاصة الزوجة اللجوء إلى الخلع أولاً للتخلص من الحياة الزوجية غير المرغوب فيها، وثانياً للنجاة من الوقوع فيما حرمه الله عز وجل.

أضرار الخلع

إننا قد تطرقنا إلى مزايا الخلع وإيجابياته، إلا أن ذلك لا يعني أن الخلع لا يخلو من أضرار، فالخلع في محصلته النهائية ينهي العلاقة الزوجية، وهو يتضمن أضراراً عديدة إذا مورس بصورة غير صحيحة واستغلّت مشروعيته وجوازه من قبل الرجل، ويمكن الإشارة إلى بعض من تلك الأضرار في النقاط التالية:

1- بما أن النتيجة النهائية للخلع هي التفريق بين الزوجين، فلا شك أن هناك الكثير من الآثار السلبية المترتبة على التفريق بينهما سواء أكانت تلك الآثار تصيب الزوجين أنفسهم مباشرة أم أنها تصيب الأولاد، فالدراسات تشير إلى

(22) ينظر منار القاري شرح مختصر صحيح البخاري (5/ 131).

صورته الصحيحة والمشروعة، وأدناه بعض من تلك المزايا التي تعطي للخلع أهمية:

1- النزاع في الخلع أقل بكثير من النزاع في غيره من حالات التفريق، فالطلاق الذي يوقعه الزوج لا يكون إلا برضاه وحده، والطلاق الذي يستند إلى ضرر يكون بإرادة المتضرر الذي لا يستطيع العيش مع الطرف الآخر، بينما التفريق الذي يكون عن طريق الخلع يكون بإرادة الطرفين واتفقهما، فما يصاحب غير الخلع في حالات التفريق من كراهية وحقد واستمرار النزاع لا يوجد في التفريق بالخلع. وعلى ما يبدو فإن التسريح بالإحسان حينما يتعذر الإمساك بالمعروف يتحقق في التفريق بالخلع، وهو تطبيق لقوله تعالى {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} (21). ففي الخلع قد تبقى بعض من أواصر القربى بين الزوجين.

2- نظرا لأن الخلع يتم باتفاق الطرفين فإن التفريق به يكون أسهل بكثير من التفريق بغيره، فما يجده الخصوم وكذا القاضي في التفريق للضرر أو الخيانة الزوجية من صعوبة في الإثبات لا يوجد في الخلع البتة، فالتفريق بغير الخلع يستنزف طاقات القضاء وكذا طاقات الخصوم ووكيليهما.

3- ربما يصاحب التفريق بغير الخلع شيء من التعسف، وسوء استخدام الحق، وترجيح كفة أحد الطرفين على حساب الطرف الآخر، بحيث يلزم أحد الطرفين بدفع التعويض عن شيء قد لا يكون حقا إما لعدم قدرته على الإثبات أو لأي سبب آخر، بينما التفريق بالخلع يكون على عوض يتفق عليه كلا الطرفين، فالعوض هنا يكون بعيدا عن تجاذبات الخصوم هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن العوض في الخلع هو قريب من باب إحقاق العدل، فالزوج الذي أنفق واثقل كاهله بالمهر وتكاليف الزفاف يعوض عن ذلك بما يأخذه من الزوجة من باب العدالة ورفع الظلم عنه والتخفيف من معاناته بسبب التفريق الذي قد لا يرتضيه هو من حيث الأساس.

4- لا شك بأن المرأة قد منحت حقا بالغ الأهمية في الخلع تضاهي حق الزوج في الطلاق، فكما أن الرجل له الحق في استخدام حقه في الطلاق للتخلص من حياة زوجية غير مقتنع بها لأسباب خاصة به، فكذا في الخلع تستطيع المرأة أن تتخلص من العلاقة الزوجية التي لا ترغب هي فيها لأسباب خاصة بها. فكل واحد منهما يتحمل مسؤولية قراره في إنهاء الحياة الزوجية فالزوج بالطلاق

(21) [البقرة: 229].

ثالثاً: الإجماع

أجمع الفقهاء على أن الخلع والفدية والصلح جائز بين الزوجين في قطع العصمة بينهما، وأن ما أعطته على ذلك حلال إذا كان على مقدار الصداق فما دونه، وكان من غير إضرار منه بها ولا إساءة إليها، إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه شذ فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً على حال⁽¹⁷⁾.

رابعاً: العقل

إن الإسلام قد شرع الخلع " لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين، فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية خَلْقِيَّة، أو خَلْقِيَّة أو دينية، أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك، وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقاً للخلاص من الزوجية، لدفع الحرج عنها ورفع الضرر عنها، ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج، وتعوض الزوج ما أنفق في سبيل الزواج بها⁽¹⁸⁾. لذا فإن الإجماع منعقد على مشروعية الخلع إذا ما كانت هناك ثمة أسباب تدعو إلى الخلع كالشقاق وعدم قدرة الزوجة على العيش مع الزوج وخافت أن لا توفي الزوج حقه⁽¹⁹⁾. وهذا تطبيق لقوله تعالى: (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُؤْتِيَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)⁽²⁰⁾.

مزايا الخلع وأهميته

الخلع وإن كان ينتهي بالتفريق بين الزوجين وفي إنهاء للعلاقة الزوجية إلا أنه يحمل في ثناياه بعضاً من الأهمية والإيجابيات إذا ما مورس الخلع على

محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة: الأولى، 1422هـ، مع الكتاب: شرح وتعليق د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق، ج 7 ص 47.

(17) الإقناع في مسائل الإجماع (2/ 37).

(18) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (9/ 7009).

(19) ينظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 2 ص 268.

(20) البقرة: [229].

عليه في أية فترة شاء سواء أكانت في فترة الطهر أم الحيض، لأن الضرر الذي في الطلاق ينتفي في فترة الحيض.

سابعاً: للطلاق ألفاظ مخصوصة وهي إما صريحة أو كناية كالطلاق والفرار والسراح، وغيرها إذا كان ينوي بذلك الطلاق. وأما الخلع فله ألفاظ مخصوصة أيضاً ولكنها مغايرة كالخلع والمبارأة والمفاداة. وهذا ما نص عليه المشرع في القانون رقم 15 في المادة 21 منه على أن الخلع يكون "بلفظ الخلع أو أي لفظ أفاد معناه".

مشروعية الخلع

النصوص من الكتاب والسنة واضحة في الدلالة على مشروعية الخلع وهذا ما تدل عليه الحكمة والعقل⁽¹⁴⁾. ومن الأدلة على مشروعية الخلع:

أولاً: قوله تعالى {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } (15).

ثانياً: ورد في صحيح البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق، إلا أنني أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فتردين عليه حديقته؟» فقالت: نعم، فردت عليه، وأمره ففارقها⁽¹⁶⁾.

(14) من العلماء من قال بعدم مشروعيته أصلاً ومُنْهَمُ من قَدَّه بما إذا كَرِهَتْهُ وَخَافَ أَنْ لَا يُؤْفِقَهَا حَقًّا وَأَنْ لَا تُؤْفِقِيَهُ وَمِنْهُمْ من قَالَ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِ السُّلْطَانِ الْجَرِّ الرَّاقِ (78/4).

(15) البقرة 229.

(16) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم

اختلف الفقهاء فيها، فهناك من قائل يرى بأن العدة في الخلع شهر واحد " أي حيضة واحدة " على اعتبار أنه فسخ لا طلاق.

ثالثاً: يستطيع الزوج إيقاع الطلاق متفرقات، أي استخدام حقه في إيقاع الطلاق ثلاث مرات متفرقات، ويكون الطلاق رجعياً في المرة الأولى والثانية إن كان بعد الدخول، إذ يستطيع الزوج إرجاع زوجته دون مهر وعقد جديدين ولا يشترط فيه رضا الزوجة شرعاً، استناداً لقوله تعالى {وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا} (12)، وأما الخلع فان التفريق به يكون بائناً ولا رجعة فيه إلا بعد عقد ومهر جديدين ورضا الزوجة، إذ بالخلع تنقطع العلاقة الزوجية بين الزوجين فوراً على عكس الطلاق الرجعي.

رابعاً: يصدر الطلاق من الزوج برغبة منفردة منه، ويقع بمجرد صدوره منه إذا كان أهلاً لإيقاع الطلاق، فالزوج هو الذي يوقع الطلاق وينهي العلاقة الزوجية برغبة منه، بينما الخلع على العكس من ذلك إذ المرأة هي التي تطلب الخلع، ورغبتها وإرادتها هي المتوجهة نحو إنهاء العلاقة الزوجية.

خامساً: الطلاق يقع بمجرد صدوره من الزوج، ولا يشترط لقوعه رضا الزوجة، فالزوج هو الذي يمسك عصمة الطلاق، وأما الخلع فإنه وإن كان برغبة من الزوجة وبذلها لشيء من مالها إلا أن الخلع لا يقع عند أكثر الفقهاء إذا لم يرض به الزوج، فالخلع في أصله رغبة من الزوجة ورضا من الزوج به. فالخلع هو تفريق اتفاقي بين الزوجين.

سادساً: إذا طلق الرجل زوجته وهي حائض فإنه يكون قد خالف السنة، فالطلاق في فترة الحيض محرم ومنهي عنه لقوله تعالى {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ} (13)، لذا قال البعض من الفقهاء بعدم وقوعه لمخالفته السنة. وأما الخلع فيجوز للزوجين أن يتخالعا ويتفقا

(12) البقرة: [228].

(13) الطلاق: [1].

عوض، وهنا يبدو أن المشرع في قانون الأحوال الشخصية قد أخذ بمذهب الأحناف الذي يجيز الخلع بكل لفظ يفيد ويدل على الخلع.

الفرق بين الخلع وبين الطلاق

يتفق الخلع مع الطلاق في حالات منها:

أولاً: يتفق الخلع مع الطلاق العادي في نواحي عديدة منها، أن كل واحد منهما ينتهي بإزالة عقد الزواج والتفريق بين الزوجين، وأن كل واحد منهما تتبعها أحكام شرعية متشابهة كالعدة مثلا حسب حالات الزوجة الخاصة من حيث كونها حاملا أم غير حامل.

ثانياً: يضاف إلى ذلك فإن الخلع يشبه الطلاق البائن بينونة صغرى في انقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين فوراً " أي مباشرة "، بحيث لا يمكن للزوج مراجعة زوجته المختلعة إلا بعد عقد ومهر جديدين وبرضا الزوجة.

وأما الاختلاف بين الخلع والطلاق فيكون في عدة نواحي منها:

أولاً: تستحق الزوجة العوض في الطلاق، فالزوج هو الذي يدفع التعويض لها المتمثل في المهر المؤخر وما عليه من حقوق مالية أخرى، على العكس من الخلع فإن الزوجة هي من تدفع العوض إلى زوجها مقابل تنازله عن الطلاق ورضاه به.

ثانياً: إن عدة المرأة المطلقة إذا لم تكن حاملا بإجماع الفقهاء هي ثلاثة قروء إن كانت المرأة من ذوات الحيض استنادا إلى قوله تعالى {وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} (10). أو ثلاثة أشهر إن كانت صغيرة لم تحض أو آيسة أنقطع عنها الحيض لقوله تعالى {وَاللَّائِي يَيْسَسْنَ مِنَ الْمُحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ} (11)، وأعادة المختلعة فقد

(10) [البقرة: 228].

(11) [الطلاق: 4].

لِيَأْسُ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَأْسُ لِهِنَّ⁽³⁾. فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه "ليطلقها" فأجابها إلى ذلك فقد باننت منه⁽⁴⁾.

الخلع اصطلاحاً:

عرف الحنفية الخلع بأنه: "عِبَارَةٌ عَنْ أَخْذِ الْمَالِ بِإِزَاءِ مَلِكِ النِّكَاحِ بِلَفْظِ الْخُلْعِ"⁽⁵⁾. وعرف الشافعية الخلع بأنه: فرقة على عوض راجع إلى الزَّوْجِ⁽⁶⁾. وأما المالكية فقد عرفوا الخلع بأنه: إِزَالَةُ الْعَصْمَةِ بِعَوَضٍ مِنَ الزَّوْجَةِ أَوْ غَيْرِهَا⁽⁷⁾. وأما الحنابلة فقد عرفوا الخلع في ضوء مذهبهم بأنه: فِرَاقُ الزَّوْجِ امْرَأَتَهُ بِعَوَضٍ أَلْفَافٍ مَخْصُوصَةٍ⁽⁸⁾.

فالخلع إذن هو: فراق الزوج زوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها، بألفاظ مخصوصة⁽⁹⁾.

وقد عرف المشرع الخلع في قانون الأحوال الشخصية العراقي ذي الرقم 188 لسنة 1959 في المادة 46 منه بأنه "إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي".

وأما المشرع في إقليم كوردستان فقد عرف الخلع في المادة 21 من القانون رقم 15 لسنة 2008 بأنه "إزالة قيد الزواج بلفظ أو ما في معناه مقابل عوض" ويبدو أن هذا التعريف هو نفس مفهوم قانون الأحوال الشخصية العراقي للخلع، فيدل علأن الخلع هو: إنهاء للزواج بلفظ الخلع أو ما يشابههمقابل

(3) سورة البقرة 187.

(4) تهنيد اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، المحقق: محمد عوض مرعب، الناشر: دار

إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة: الأولى، 2001م، ج 1 ص 141.

(5) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي (2/ 267)

(6) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ص: 383).

(7) حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (2/ 85)

(8) ينظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (8/ 382).

(9) موسوعة الفقه الإسلامي (4/ 226).

them. "Those who transgress God's limits are the unjust" (Al Baqara 229).

Alkhula in general is in circumstances and family situation based on absence love, especially by the wife towards her husband, then Islamic law and personal status law allowed for wife to demand divorce in special circumstances. Because divorce is better to family who based on a bad marital relationship, "And if they separate, God will enrich each from His abundance. God is Bounteous and Wise." (Al- Nisa: 130)

Key Words: *Judicial Divorce, Alkhula*

المبحث الأول

ماهية الخلع

للقوف على ماهية الخلع فإن البحث يتطلب منا التطرق إلى تعريفه ومشروعيته وأهم الأسباب الداعية إليه، وكذا التكييف الشرعي له وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث

تعريف الخلع

الخلع لغة: مصدر من خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه كنزعه، وتخالع القوم نقضوا الحلف والعهد بينهم، وفي الحديث "من خلع يدا من طاعة لقي الله لا حجة له" أي من خرج من طاعة سلطانه وعدا عليه بالشر⁽²⁾. وخلع امرأته وخالعها، إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه. وسمي ذلك الفراق خُلْعاً لأن الله جل وعز جعل النساء لباساً للرجل والرجال لباساً لهن، فقال تعالى (هُنَّ

(2) لسان العرب (76 /8)

لقناعة تامة من أن الأسر التي تقوم على الكره وعدم المودة والاحترام هي أسر في محصلتها النهائية عالية على المجتمع وهي في ذات الوقت عبء على الزوجين وعلى جميع أفراد الأسرة، ولن تقوم أسرة هكذا روفها ووضعها بمهامها على الوجه الصحيح تجاه أفرادها وتجاه المجتمع. فالأسرة التي تقوم على علاقة زوجية يكون هكذا حالها يقول الله عز وجل عنها {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا} [النساء: 130].

الكلمات المفتاحية: الخلع , الطلاق

PROVISIONS OF ALKHULA THROUGH SHARIA AND LAW

Ismael Ababakr Bamarni

Abstract

Alkhula is different of divorce and judicial divorce. There is no physical harm between spouses, alkhula is not ' , such as the use of a man's right of divorce. Rather, it is a special case that the wife cannot live with her husband and continue with him in a married life for reasons of her own. and she resort to akhula to save herself from A married life that she does not want to continue because she will suffer a lot, the wife in this case shall give compensation to her husband in exchange for divorce. Then alkhula is a divorce in exchange for compensation. As the saying of the Almighty {Divorce is allowed twice. Then, either honorable retention or setting free kindly. It is not lawful for you to take back anything you have given them, unless they fear that they cannot maintain God's limits. If you fear that they cannot maintain God's limits, then there is no blame on them if she sacrifices something for her release. These are God's limits, so do not transgress

بفعالية وحكمة، إذ قدرتهما على حل المشاكل بينهما ومعالجتها بصورة صحيحة تعد أحد أهم عوامل بقاء الأسرة وديمومتها.

فالمشاكل والنزاعات الزوجية هي التي تزعزع الاستقرار الأسري وتهدد العلاقة الزوجية بالزوال، وقدرة الزوجين على حلها ينجيهما من الوقوع في مأزق الطلاق، ولكن على الرغم من ذلك فقد توجد مشاكل "أضرار" مادية ومعنوية تلحق الضرر بالطرفين أو أحدهما بحيث لا يمكن الاستمرار معها في حياة زوجية سليمة، وهنا يلجأ الطرفان أو أحدهما إلى المطالبة بالتفريق عن طريق القضاء. وهذا ما يسمى بالتفريق القضائي وقد يلجأ الزوج إلى استخدام حقه في الطلاق لأسباب خاصة يكشف عنها أثناء الدعوى والمرافعة وهذا ما يسمى بالطلاق العادي، فالحياة الزوجية يجب أن تقوم على المعاملة بالمعروف أو أن يحل الطلاق محلها ولكن بالمعروف أيضا لقوله تعالى {فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارُقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} [سورة الطلاق، الآية 2].

وأما الخلع فيختلف عن الطلاق وعن التفريق القضائي، فليس هناك ضرر مادي بين الطرفين بحيث يجبر أحد الطرفين إلى المطالبة بالقضاء كما في التفريق القضائي، وليس الخلع كاستخدام الرجل حقه في الطلاق، بل هو حالة خاصة لا تستطيع الزوجة العيش مع زوجها والاستمرار معه في حياة زوجية لأسباب خاصة بها، فتلجأ هي إلى الخلع كي تنفذ نفسها من حياة زوجية لا ترغب بالاستمرار فيها على قناعة منها بأن البقاء والاستمرار في هذه العلاقة أضر بكثير عليها وعلى الأسرة من الطلاق، فتقوم الزوجة في هذه الحالة بإعطاء مال لزوجها مقابل طلاقه لها، فهو طلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها.

فالخلع من حيث العموم يكون في ظروف وحالة أسرية تقوم على عدم الوئام والحب وخاصة من جانب الزوجة تجاه زوجها، فلا توجد هناك أحاسيس ومشاعر وعاطفة قوية تجذب المرأة إلى زوجها وتجعلها قادرة على تحمله وتحمل واقعه، وهنا جاءت الشريعة الإسلامية فأباححت للزوجة المطالبة بالخلع، ونظم قانون الأحوال الشخصية ذلك أيضا فأجازته في هكذا حالات وظروف،

أحكام الخلع في ضوء

الشريعة والقانون

1إسماعيل أبابكر علي البامرني

الملخص

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الاستقرار الأسري يقوم على المودة والحب والمسؤولية المشتركة بين الزوجين خصوصاً وكافة أفراد الأسرة على وجه العموم، والاستقرار الأسري والعيش في حياة أسرية سعيدة هو ما نهدف إليه في حياتنا الزوجية.

والحياة الزوجية التي تقوم على التفاهم والتقارب بين الزوجين في الرؤى هي التي تمد العلاقة الزوجية بعمر سرمدي لا يقطعه إلا الموت، والمتتبع لقضايا الأسرة يدرك جيداً أن الحياة الزوجية ينبغي أن تسير في مسارها الصحيح من حيث قيام كل واحد من أفراد الأسرة بمسؤولياته وأداء واجباته كي تعيش الأسرة ككل في حياة محاطة بكثير من الاحترام. وهذا ما أشار إليه القرآن الكريم في قوله تعالى {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)} [الروم: 21].

إن الأسرة السليمة هي التي تستطيع أن تخرج الأجيال القادرة على تحمل مسؤولياتها في كل الظروف والأوقات مهما كانت الظروف صعبة والأوقات حرجية. والحياة الزوجية قد تواجه عدداً من الصعاب، ومجموعة من العراقيل، لذا ينبغي على الزوجين أن يكونا قادرين على مواجهتها ومعالجتها

¹ تاريخ ارسال البحث: 08.07.2018، تاريخ قبول البحث: 17.09.2018؛ الأستاذ المساعد الدكتور، جامعة دهوك – كلية القانون والعلوم السياسية

11. عصام سليمان، الأنظمة الانتخابية بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
12. أياد البرغوثي وآخرون، النظم الانتخابية في العالم، تحرير نظام رفيق عباس، مركز عمان لحقوق الإنسان، عمان، 2007.
13. رياض غازي البدران، سوسيولوجيا السلوك الانتخابي في العراق دراسة في الانتخابات النيابية 2014، مؤسسة ثائر العصامي، بغداد، 2016.
14. ستار جبار الجابري، صياغة قانون جديد للانتخابات ضرورة لتعديل مسارات العملية السياسية في العراق، نشرة قضايا سياسية، مركز الدراسات الإستراتيجية والدولية، العددان الرابع والخامس، نيسان/أيلول 2017.

وعلى الرغم من كثرة ما طرحناه وغيرنا من الأكاديميين وقادة الرأي في البلد، إلا أن مجلس النواب لم يأخذ بكل ذلك، وشرع قانون يتوافق مع مصالحه الحزبية الضيقة، مما أدخل البلد في متاهة سياسية معقدة بعد الانتخابات .

BIBLIOGRAPHY / قائمة المراجع:

1. عبد الرزاق الحسني، تاريخ العراق السياسي الحديث، ج 3، ط 7، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1989.
2. وليد كاصد الزيدي، الأطر القانونية للانتخابات في العراق 1924-2014، دار السنهوري، بيروت، 2018.
3. عبد الأمير هادي العكام، الحركة الوطنية في العراق 1921-1933، مطبعة الآداب، النجف، 1975.
4. ستار جبار الجابري، سعد صالح ودوره السياسي في العراق، مطبعة المشرق، بغداد، 1997.
5. جعفر عباس حميدي، التطورات والاتجاهات السياسية الداخلية في العراق 1953-1958، بغداد، 1980.
6. زكي صالح، مقدمة في دراسة العراق المعاصر، مطبعة الرابطة، بغداد، 1953.
7. Khadduri, Majid. Independent Iraq 1932-1958, Second Edition, Oxford University Press, 1960.
8. جعفر عباس حميدي، تاريخ الوزارات العراقية في العهد الجمهوري 1958-1968، بيت الحكمة، بغداد، 2004.
9. عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
10. رياض غازي البدران، النظام الانتخابي في العراق وأثره في عملية التحول الديمقراطي، مؤسسة نائر العصامي، بغداد، 2016.

عمله إلى تعديل قانون الانتخابات من جديد وسحب يد المفوضية، وتكليف مجلس القضاء الأعلى بتشكيل مفوضية جديدة من القضاة تكون مؤلفة من تسعة قضاة، واعتماد الفرز والعد اليدوي، وقد أيدت المحكمة الاتحادية دستورية ذلك التعديل .

وبالفعل تم سحب يد أعضاء المفوضية المستقلة للانتخابات، وتم تشكيل مفوضية جديدة من القضاة، وتم إلغاء اعتماد النتائج المعلنة، واللجوء إلى العد والفرز اليدوي بدلاً عن الالكتروني المقرر وفق قانون الانتخابات.

الخاتمة :

إن صياغة قانون انتخابي عادل يعدّ من أهم متطلبات تحقيق نظام ديمقراطي مُعَبَّر، على الرغم من أنه ليس هناك نظام انتخابي مثالي لا يخلو من العيوب والهنات، وتطبيق أي نظام انتخابي لا يكون بوصفه النظام الأمثل، ولكن الأنسب والأكثر قابلية للتطبيق .

وعلى الرغم من كثرة المطالبات بإجراء إصلاح حقيقي على العملية السياسية في العراق، وكثرة أدعاء الإصلاح، إلا إننا نجد أن الغالبية العظمى منهم متمسكون بمسارات العملية السياسية الحالية ومكتسباتها الشخصية والحزبية لهم وحسب، ولا يهيمه إجراء إصلاح حقيقي على أرض الواقع، خشية أن يزيحهم ذلك الإصلاح والتغيير .

لذلك اعتقد أن الحل الأمثل، إذا ما شاءت الطبقة السياسية بإصلاح العملية السياسية يتمثل بتشريع قانون انتخاب معبّر عن الإرادة الشعبية، وأن يتم إقرار مبدأ الانتخاب الفردي، وتصغير الدائرة الانتخابية على مستوى الناحية والقضاء .

وما تقدم هو مقترح لقانون انتخابي استلهمناه من تجارب تاريخ العراق المعاصر، ومن لا يستفد من تجاربه التاريخية فلا خير فيه، فالشعوب الحية تبني تجاربها الحضارية والسياسية من خلال تراكم البناء، واستلهاهم التجارب السابقة لبناء مستقبل أفضل .

سكاني، حتى يمكن فرز الدوائر الانتخابية بشكل دقيق وليس تقريبي على أساس مائة ألف ناخب لكل منطقة انتخابية .

وكان يجب أن يتضمن أي قانون انتخابي تحقيقاً دقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص، ولاسيما في الحملات الانتخابية، والصرف على تلك الحملات، إذ أثبتت التجارب السابقة أن هناك من يمتلك المال من خلال إفادته من مواقعه في السلطة، ويصرف المليارات من الدنانير على حملاته الانتخابية الباذخة، مقابل أحزاب وأشخاص لا يمتلكون المال، مما لا يوفر مبدأ تكافؤ الفرص، لذا يجب تحديد سقف أعلى للصرف على الحملات الانتخابية، فضلاً عن معرفة مصادر ذلك التمويل، والتحقق من عدم وجود دعم خارجي .

الانتخابات النيابية لعام 2018

جرت الانتخابات البرلمانية العراقية في 12 مايس 2018، على وفق القانون الذي أصدره مجلس النواب العراقي في 22 كانون الثاني 2018، والقانون هو بمثابة تعديل لقانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم (45) لسنة 2013، وأضاف القانون الجديد مقعداً برلمانياً للکرد الفيليين في محافظة واسط، ليصبح عدد أعضاء مجلس النواب العراقي (329) نائباً، أما أهم تعديل فكان في المادة (4) التي عدلت البند (أولاً) من المادة (14) التي قررت اعتماد نظام سانت ليغو المعدل بنسبة (1,7) ، وهو التعديل الذي أثار كثير من اللغط والاعتراضات الشعبية، لأنه لن يحقق العدالة بين الأحزاب السياسية المتنافسة، وسيخدم الأحزاب الكبيرة والمتهمة أصلاً بالفساد والاستحواذ على السلطة . فضلاً عن المادة (5) التي ألغت المادة (38) وأحلت محلها أن عملية الفرز والعد تجري باستخدام جهاز تسريع النتائج الإلكتروني .

وبعد أن أجريت العملية الانتخابية وإعلان نتائجها حدثت إشكالات قانونية وسياسية كبيرة جداً نتيجة القصور الواضح في القانون والذي نبهنا عنه، وتم الطعن بنزاهة المفوضية المستقلة للانتخابات، فضلاً عن الطعن بنزاهة العملية الانتخابية برمتها، لذلك لجأ مجلس النواب في أيامه الأخيرة، وقبل انتهاء مدة

وليس أعلى الكيانات السياسية، وبذلك سيكون المواطن هو المسؤول عن اختيار أعضاء مجلس النواب، أما الآن فالكثير يلقي باللائمة على المواطن لأنه هو من ذهب لصناديق الانتخاب واختار هؤلاء النواب، وفي حقيقة الأمر أن من أوصل هذا المجلس وما سبقه من مجالس هو النظام الانتخابي الذي صممه الكتل الكبيرة ببراعة لكي يخدم مصالحها، وليس الناخب، على الرغم من أن الناخب هو من وضع صوته في صندوق الانتخاب .

إن الباحث كان واثقاً أن أغلب الأحزاب والكتل السياسية ستقف بقوة بوجه مثل هكذا اقتراحات، لأنها ستسلبها امتيازاتها، وستكشف زيف تمثيلها للشارع العراقي، وقد تتبنى المقترح كتلة واحدة أو كتلتين لها ثقة برصيدها الجماهيري، ولكن لا بد من وضع الكتل السياسية في مواجهة مكشوفة أمام الرأي العام لكي تعرف كل كتلة سياسية حجمها الحقيقي .

وقد تحجبت الحكومة ومجلس النواب أن ذلك المقترح سيحتاج لتعداد سكاني يتعذر إجراءه في الوقت الحاضر بسبب ظروف البلد الأمنية، لكن رأي الباحث أنه من الممكن اتباع الطريقة نفسها المتبعة في كل التجارب الانتخابية السابقة بعد العام 2003 من خلال اعتماد سجلات وزارة التجارة، فالسجلات نفسها تحدد عدد سكان المحافظة، والقضاء والناحية وحتى القرية، فإذا كانت معتمدة هناك، لم لا تعتمد هنا ؟

وقد طرح مقترح من قبل البعض، وهو تقسيم العراق إلى (328) دائرة انتخابية، أي أن تُخرج كل دائرة انتخابية نائب واحد، وهذا الأمر بتقديري هو خيار ممتاز لو توفرت مستلزمات نجاحه، لأنه سيضع النائب في مواجهة مباشرة مع ناخبيه، ويمكن أن يتم محاسبته، لاسيما إذا ما أتاح قانون الانتخابات إمكانية ناخبي كل منطقة بسحب الثقة من نائبيهم إذا لم يكن بمستوى طموحاتهم .

بيد أن تحقيق هذا المقترح باعتقادي صعب للغاية في الوقت الحاضر، ذلك أنه يحتاج إلى مستلزمات كثيرة، أولها وأهمها ضرورة وجود تعداد

لذلك لا بد هنا من استعادة ذلك المكسب الآن وبأسرع وقت ممكن، لأنه كما أرى ومن خلال رؤية إكاديمية محايدة أنه سيتمنح للشعب العراقي وحده إمكانية إعادة تشكيل العملية السياسية، بشكل سليم، وسلمي، وبدون عنف .

لقد بدأت التجربة الانتخابية في العراق بعد التغيير في 2003 بأن جعلت العراق منطقة انتخابية واحدة، وعلى الرغم من التبريرات التي قدمت في حينها، إلا أن ما جرى كان خطأ لا يغتفر . وبعدها تم عدّ كل محافظة منطقة انتخابية، فضلاً عن أن القانون صمم بطريقة بارعة لخدمة مصالح الكتل الكبيرة لكي تبتلع الكتل الصغيرة، وذلك القانون، أي قانون الانتخابات، أنتج لنا عملية سياسية عرجاء لم ولن تنفع معها أي إجراءات لتعديل مساراتها، إلا بإعادة تصميم النظام الانتخابي لكي ينتج نتاجاً معبراً عن رغبات وطموحات الناخب العراقي³⁸.

لذلك فقد اقترح الباحث على السادة أعضاء مجلس النواب أن يسعوا لتشريع قانون انتخابات جديد يصغر الدائرة الانتخابية إلى مستوى القضاء والناحية، وأن يعطى لكل قضاء أو ناحية عدد من النواب يوازي عدد سكان ذلك القضاء وفق القانون .

إن ذلك الإجراء سيسهل على الناخب اختيار الأفضل والأصلح، فبالأكيد إن الناخب في مدينة الصدر أو الأعظمية أو الشرطة أو غماس أو المقدادية أو هيت أو تكريت أو الموصل أو جمجمال أو دهوك أو الحمدانية أو الزبير أو غيرها من مدن العراق وقصباته، لن ينتخب إلا المرشح المعروف لديه، والذي يعتقد أنه سيمثله أحسن تمثيل، ولن ينتخب شخصاً لا يعرفه وليس من مدينته، لاسيما وأن بعض المرشحين في الدورات السابقة ترشحوا عن محافظات لم يزوروا بحياتهم .

ويتم حساب الفائز في كل دائرة انتخابية لمن يحصل على أعلى الأصوات في تلك الدائرة، فإذا كانت تلك الدائرة تنتج نائبين، يتم أخذ أعلى مرشحين،

³⁸ المصدر نفسه، ص 8 .

العراقي، ولكنها تمثل التناقضاً واضحاً على إرادة الشعب عموماً، والمتظاهرين والمعتصمين خصوصاً³⁷.

ولكن يبقى السؤال الأهم هو : هل أن الإصلاح الحقيقي يتمثل بتغيير هذا الوزير أو ذاك ؟ أو تغيير الكابينة الوزارية بكاملها والمجيء بوزراء تكنوقراط حقيقيين ؟ أو حتى تغيير رئيس الوزراء بشخصية أخرى ؟

بالتأكيد إن كل تلك الخيارات هي حلول غير عملية، وغير منطقية، ولن تنتج تغييراً حقيقياً، أو إصلاحاً منشوداً من قبل الشعب العراقي الذي ذاق الأمرين منذ عقود عدة .

باعقادي المتواضع إن هناك حلاً أساسياً يمكن به إصلاح العملية السياسية برمتها، وبشكل سلمي يبعد عن البلد شبح الفوضى الذي أخذ يلوح في الأفق بقوة في عديد من الأيام خلال الأشهر الماضية، ويتمثل ذلك بوقف حقيقة لممثلي الشعب العراقي في مجلس النواب، وأن يقدموا مصلحة البلد فوق مصالحهم الحزبية والفئوية والشخصية، من خلال تشريع قانون جديد للانتخابات القادمة ويدرس بعناية فائقة، ولكن خلال مدة زمنية محددة، لكي لا تطول ونعود للمماثلة مرة أخرى .

ولابد من التذكير بأن الحركة الوطنية في العراق ناضلت أكثر من عقدين من الزمن بعد تأسيس الدولة العراقية الحديثة في عام 1921 ، ومنذ عام 1925 ولغاية 1946 ، لكي تستحصل أهم مكسب لها وللشعب العراقي، والمتمثل بقانون الانتخابات الذي غير كثيراً من شكل العملية السياسية في العراق الملكي، وتمثل ذلك المكسب بتصغير الدوائر الانتخابية، وسن قانون أكثر تعبيراً عن إرادة الناخب .

³⁷ ستار جبار الجابري، صياغة قانون جديد للانتخابات ضرورة لتعديل مسارات العملية السياسية في العراق، نشرة قضايا سياسية، مركز الدراسات الإستراتيجية والدولية، العددان الرابع والخامس، نيسان/ أيلول 2017 ، ص 7 .

ثالثاً: ضرورة صياغة قانون جديد للانتخابات لتعديل مسارات العملية السياسية

منذ مدة ليست بالقصيرة نادى وتنادى أصوات كثيرة بضرورة الإصلاح السياسي في العراق، ابتدأت من شرائح اجتماعية مختلفة، ونخب أكاديمية وسياسية، حتى تلتفتها أحزاب وحركات وكتل سياسية نادى بالإصلاح السياسي

ولكن أغلب تلك الدعوات وكحلول جزئية وترقيعية ارتأت بأن يكون الإصلاح بتغيير هذا الوزير أو ذاك، ووصل الأمر بالبعض للدعوة بتغيير الكابينة الوزارية لحكومة الدكتور حيدر العبادي، وكأن المشكلة بشخص الوزير، وليس في أصل العملية التي جاءت بالوزير، وجعلته أداة طيعة بيد رئيس الحزب أو الكيان السياسي الذي جاء به .

إن الفساد الموجود في العراق تحول إلى آفة تحاصر العملية السياسية برمتها، ولم يعد الفساد مالياً أو إدارياً فحسب، وإنما شمل جميع مناحي الحياة، لذلك نجد أحياناً من يدافع عن هذا الفساد ويبرره .

وبعد أن أخذت الاحتجاجات مديات غير متوقعة للطبقة السياسية من خلال دعم السيد مقتدى الصدر لها أولاً، ومن ثم اعتصامه داخل المنطقة الخضراء، تلك الخطوة التي فاجأت القائمين على العملية السياسية، ووضعتهم في خانق ضيق، تظاهر الجميع بأنهم مع الإصلاح، والتغيير الجذري، في محاولة لالتقاط الانفاس .

وفي رد فعل متوقع من الطبقة السياسية، وقع بعض من قادة الكتل برعاية الرئاسات الثلاث ما أسموه بـ (وثيقة الشرف)، في محاولة لتهدئة الشارع

أولاً: إذا حصل مرشحان أو أكثر من القوائم المختلفة على أصوات صحيحة متساوية وكان ترتيبهما الأخير ضمن الدائرة الانتخابية تقوم المفوضية بإجراء القرعة بينهم ويعتبر فائزاً من تحدده و القرعة .

ثانياً: إذا حصل مرشحان أو أكثر في ذات القائمة الانتخابية على أصوات صحيحة متساوية وكان ترتيبهما الأخير ضمن الدائرة الانتخابية فيتم اعتماد التسلسل المعتمد من قبل الكيان السياسي في القائمة الانتخابية لتحديد الفائز بالمقعد الانتخابي .

بينما تضمنت المادة (15):

أولاً: إذا فقد عضو المجلس مقعده لأي سبب كان يحل محله المرشح التالي له في عدد الأصوات الحاصل عليها في قائمته وإذا كان العضو ضمن قائمة مفردة يصار إلى انتخابات تكميلية ضمن الدائرة الانتخابية ذاتها .

ثانياً: إذا كان المقعد الشاغر يخص امرأة فلا يشترط أن تحل محلها امرأة أخرى إلا إذا كان ذلك مؤثراً على نسبة تمثيل النساء .

وبذلك منح القانون هيمنة القائمة التي تمثل الأحزاب على القائمة المنفردة ولاحظنا كيف أن بعض القوائم المنفردة وبعض الأحزاب حصل بعض المرشحين فيها على أصوات كبيرة إلا أنه لم يوفق ليكون نائباً لعدم حصول قائمته على القاسم الانتخابي، وبرزت كذلك مشكلة المقاعد التعويضية التي طبقت للنظام الانتخابي أضيفت إلى القوائم الفائزة الكبيرة، وفي كثير منها منحت لمرشحين لم يحصلوا على أصوات كافية تؤهلهم ليكونوا في البرلمان³⁶.

إن التجارب الانتخابية تؤكد تعديل النظام الانتخابي بما يحقق العدالة ويزيل الهيمنة الواضحة لقوائم الأحزاب، وان يعتمد نظام انتخابي يحقق العدالة .

³⁶ينظر: رياض غازي البدران، سوسيولوجيا السلوك الانتخابي في العراق، ص 312 .

"يسمح للناخب بالتصويت للقائمة المفتوحة أو لأحد المرشحين من القوائم المفتوحة المطروحة ضمن دائرته الانتخابية"³⁵.

وجاء في المادة (13) :

أولاً: تجمع الأصوات الصحيحة التي حصلت عليها القائمة المفتوحة في الدائرة الانتخابية وتقسّم على القاسم الانتخابي لتحديد عدد المقاعد المخصصة لتلك القائمة.

ثانياً: توزع المقاعد على مرشحي القائمة المفتوحة ويعاد ترتيب تسلسل المرشحين استناداً إلى عدد الأصوات التي حصل عليها المرشح ويكون الفائز الأول هو من يحصل على أعلى عدد من الأصوات ضمن القائمة المفتوحة وهكذا بالنسبة لبقية المرشحين على أن تكون امرأة في نهاية كل ثلاثة فائزين بغض النظر عن الفائزين الرجال .

ثالثاً: توزع الأصوات التي حصلت عليها القائمة على مرشحي القائمة وفق
الفقرة ثانياً أعلاه .

رابعاً: يجب أن يحصل مرشحو القوائم المنفردة على ما يعادل القاسم الانتخابي في الأقل للحصول على المقعد و تهمل أصوات مرشحي القوائم المنفردة الزائدة على القاسم الانتخابي .

خامساً: تمنح المقاعد الشاغرة عند وجودها للقوائم المفتوحة الفائزة التي حصلت على أعلى عدد من الأصوات بحسب نسبة ما حصلت عليه من المقاعد لاستكمال جميع المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية .

أما المادة (14)، فجاء فيها :

³⁵لمزيد من التفاصيل، ينظر: رياض غازي البدران، النظام الانتخابي في العراق، ص 49

ذاتها للنظم الانتخابية قانون انتخاب رقم (53) لسنة 1956، وقانون انتخاب اعضاء مجلس الأمة رقم (7) لسنة 1967، وقانون المجلس الوطني رقم (55) لسنة 1980، وقانون المجلس الوطني رقم (26) لسنة 1995، وبعد سقوط النظام صدر الامر رقم (96) الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة قانون الانتخابات والذي جاء فيه في القسم (3) نظام التمثيل وفي الفقرة (3) عدّ العراق دائرة انتخابية واحدة، وتم توزيع مقاعد المجلس على الكيانات السياسية ووفق نظام التمثيل النسبي، وجاء في الفقرة (4) تعتمد الصيغة المستخدمة لتوزيع المقاعد في المجلس على أعضائه على حساب أولي يستخدم الحصص البسيطة وعلى حسابات أخرى تالية تستخدم أكبر المتبقي . ويكون الحد الطبيعي، ويحسب بقسمة إجمالي عدد الأصوات السليمة والصالحة على 275، وقد تم اعتماد القائمة المغلقة في الانتخابات، وتم التوزيع حسب التسلسل في القائمة، والتي أوجبت فيها الفقرة (3) من القسم (4) أن يكون اسم إمراة على الأقل ضمن أول ثلاث أسماء، وفي انتخابات عام 2005 تم اصدار النظام رقم 8 لسنة 2004، والذي تم الإشارة فيه إلى تشكيل المفوضية العليا المستقلة للانتخابات بموجب الأمر رقم (92) في 31 أيار 2004 لتكون السلطة الوحيدة حصرياً بشؤون الانتخابات، وأشار النظام إلى عدّ انتخابات مجالس المحافظات والجمعية الوطنية في يوم واحد، كما اعتبر النظام في الفقرة (4) "تعتبر كل محافظة منطقة انتخابية واحدة لغرض انتخاب مجلس المحافظة فيها. وتوزع المقاعد في كل مجلس محافظة على الكيانات السياسية الفائزة وفق نظام التمثيل النسبي. وتوزع المقاعد بالطريقة نفسها التي اعتمدت لتوزيع المقاعد في انتخاب الجمعية الوطنية، وتخصص المقاعد على المرشحين الفائزين وليس على الكيانات السياسية التي ينتمون إليها"، وبعد أن أثبت النظام الانتخابي ولاسيما القائمة المغلقة التي دفعت لمجلس النواب مرشحين لا يعرفهم الناخب ، صار التعديل الانتخابي ليتم اعتماد القائمة المفتوحة، إذ تضمن الفصل الثالث المادة(9) يكون الترشيح وفق القائمة المفتوحة كما جاء في ثالثا من المادة (12) من قانون انتخاب مجالس المحافظات رقم 36 لسنة 2008 المعدل، إذ تضمنت

4- الأنظمة الانتخابية المتوازنة

هي الأنظمة التي يتم فيها انتخاب المجلس النيابي عن طريق الأغلبية وبدور واحد في المناطق الصغيرة، وبنظام التمثيل النسبي على مستوى الولاية والمقاطعة. ويمتلك الناخب بطاقتين انتخابيتين يستخدم أحدها في المنطقة الانتخابية الصغيرة والأخرى في المنطقة الانتخابية الكبيرة.

أما في العراق فقد شهد انتخابات مجلس المبعوثان العثماني لسنة 1908 والذي اعتمد عضو لكل خمسين ألف نسمة وفقاً لنص المادة (65) من الدستور العثماني، ثم النظام المؤقت لانتخاب أعضاء المجلس التأسيسي العراقي. وقد اعتمد هذا القانون على نظام الانتخابات الاقتراع المقيد، إذ كان الانتخاب حكراً على الذكور، والاقتراع تم بطريقة الاقتراع غير المباشر، وهو أن يقوم الناخب بانتخاب المنتخب الأول، والمنتخب الثاني ينتخبه الناخبون الأوائل، والانتخاب يتم عبر انتخاب المنطقة الانتخابية الواحدة. بعدها قانون انتخاب النواب لسنة 1924 والذي اعتمد نظام الأغلبية ذو الدور الأول للمرشح الذي يحصل على الأغلبية سيكون عضواً في المجلس، وقانون الانتخاب رقم 11 لسنة 1946، وبحسب لهذا القانون انه شهد تمثيلاً للأقليات واعتمد ذات التوزيع في الانتخابات التي سبقته ومرسوم الانتخاب رقم 6 لسنة 1952 وقد اعتمد هذا القانون نظاماً مزدوجاً بين نظام الأغلبية والتمثيل النسبي، إذ نصت المادة (الثانية والخمسون) (1): "يكون نائباً المرشح الذي نال العدد الأكبر من آراء الناخبين الذين أبدوا آراءهم، بشرط أن لا يقل هذا العدد عن أربعين بالمائة من الآراء الصحيحة، فإذا لم يحصل أحد المرشحين في المرة الأولى، يعاد الانتخاب في المنطقة خلال مدة سبعة أيام بين المرشحين الذين حصلوا على ما لا يقل عن عشرة بالمائة من آراء الناخبين، وفي المرة الثانية يكون نائباً المرشح الذي يحصل على العدد الأكبر من الآراء الصحيحة"³⁴، وجاء بالأحكام

³⁴حول تلك التجارب الانتخابية، ينظر: جعفر عباس حميدي، التطورات السياسية، ص 77

المعتمدة في الحساب هي عدد المصوتين داخل المنطقة الانتخابية مقسوماً على عدد المقاعد المخصصة حين ذاك سيكون ناتج هذه القسمة هو العدد المطلوب للمقعد النيابي، ويتم اعتماد ذلك بطرق متعددة، أهمها طريق الباقي الأقوى التي تعتمد قسمة عدد الأصوات المسجلة للقائمة على قسمة الناتج من قسمة عدد الأصوات الكلية مقسومة على عدد المقاعد المخصصة للمنطقة الانتخابية وحصيلة ذلك يكون عدد المقاعد الانتخابية، وعند وجود مقاعد لم تصل أعداد الأصوات المتبقية إليها يصار إلى الباقي الأقوى وبالتسلسل في حالة وجود مقعد آخر. أما طريقة حساب المعدل الأقوى فهي طريقة تنصب على المقاعد المتبقية بعد العملية بنظام التمثيل النسبي التقريبي أو الباقي الأقوى، ففي نظام المعدل الأقوى تتم إضافة مقعد واحد إلى عدد المقاعد التي حصل عليها بموجب التقسيم الأول (خارج القسمة الانتخابية) وتقوم بقسمة عدد الأصوات على عدد المقاعد مضافاً إليها مقعد واحد، ويظل خارج القسمة هو المعدل وتتم العملية حتى يتم توزيع المقاعد .

أما كيفية توزيع المقاعد على المرشحين فهو أمر يخضع إلى نوع القائمة، فإذا كان التصويت لعموم القائمة فتكون الاستحقاق لتسلسل القائمة، أما إذا كانت مفتوحة فيتم انتخاب القائمة والمرشح ضمن القائمة وهو أمر واضح³³.

3- الانظمة الانتخابية المختلطة

وهي أنظمة انتخابية اعتمدت عليها الدول للجمع بين مزايا النظامين، الأغلبية والتمثيل النسبي، فأخذت من كلا النظامين، إلا أن اتجاهات الدول كانت في الأنظمة الانتخابية ميالة إلى نظام الأغلبية، وبعضها يميل إلى نظام التمثيل النسبي .

³³لمزيد من التفاصيل ينظر : رياض غازي البدران، سوسولوجيا السلوك الانتخابي في العراق دراسة في الانتخابات النيابية 2014، مؤسسة نائر العصامي، بغداد، 2016، ص 310 .

2- نظام التمثيل النسبي :

إن هذا النظام يطبق على أساس القائمة، ويعني منح كل حزب أو كتلة سياسية عدد من المقاعد يتناسب وقوته العددية، ونظام القائمة ينقسم إلى القائمة المغلقة والتي يصوت عليها الناخب على مجمل القائمة كما هي، والقائمة المفتوحة والتي يتمتع فيها الناخب باختيار الأسماء من بين القوائم المتنافسة، ويكون قائمته التي يختارها، وفي النظام النسبي تكون الدوائر الانتخابية كبيرة بعكس نظام الأغلبية الذي يرتبط بدائرة انتخابية صغيرة وبتصويت فردي³².

وفي توزيع المقاعد النيابية حسب نظام التمثيل النسبي التي يتكون منها البرلمان، يتم اعتماد آلية محددة في حساب المقعد النيابي وتتمثل باحتساب جميع أصوات الناخبين المشاركين في الانتخابات وتقسيم على عدد مقاعد المجلس النيابي ومن مجموع هذه القسمة يقابل المقعد النيابي للمجلس، والقائمة الانتخابية التي تحصل على ناتج القسمة ستحصل على المقعد وكلما تم مضاعفة عدد المقعد تحصل على مقعد اخر ضمن المنطقة الانتخابية، فإذا كان هناك اصوات لم تبلغ العدد المطلوب للحصول على المقعد تبقى لحين تقسيم المقاعد على عدد الأصوات المتحققة في المناطق الانتخابية، بعدها يتم حساب أصوات الناخبين المتفرقة للقوائم الانتخابية وفي المناطق الانتخابية المتعددة، فإذا حصلت القائمة على العدد المطلوب للمقعد النيابي ستمنح مقعداً إضافياً، مع الملاحظة أن التوزيع يركز على عدد الأصوات في المنطقة الواحدة، ويتسع الفائض ليضاف إلى الأصوات الأخرى في المناطق المحسوبة للقائمة .

لوحظ أثناء تطبيق نظام التمثيل النسبي أن هناك عيوب تتمثل بفوز أشخاص غير منتخبين بالاسم وحصلوا على مقاعد نيابية في القائمة الوطنية، عليه تم اعتماد توزيع المقاعد النيابية على الصعيد المحلي، فالألية

³² رياض غازي البدان، المصدر السابق، ص 48 .

التصويت على نظام القائمة التي تكون دوائرها الانتخابية كبيرة . ونظام الأغلبية على نوعين هما³⁰:

أ) نظام الأغلبية ذو الدور الواحد: واستناداً لهذا النظام فإن الفائز في العملية الانتخابية هو من يحصل أكثر الأصوات في الدائرة الانتخابية على جميع منافسيه المرشحين، حتى وإن لم يحصل على أغلب الأصوات وهو ما يسمى (بالأغلبية النسبية) . هذا وقد أخذت بهذا النظام الدول الانكلو سكسونية (بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية)، وقد اعتمده العراق بقانون الانتخاب لعام 1924، وقانون انتخابات مجلس النواب عام 1946.

ب) نظام الأغلبية ذو الدورين : والمقصود بهذا النظام أن يحصل المرشح على الأغلبية المطلقة من الأصوات، أي أكثر من نصف الأصوات، فإن لم يصل المرشح إلى الأغلبية المطلقة حتى وإن حصل على أعلى الأصوات مقارنة بمنافسيه فلا يعدّ فائزاً، إلا بعد تحقيق الأغلبية المطلقة لأصوات الناخبين المشاركين في الانتخابات، عند ذلك تجرى انتخابات جديدة وهو ما يسمى بالدور الثاني، وعند إجراء الانتخابات مجدداً فسيكون فائزاً من يحصل على العدد الأكثر من أصوات الناخبين، هذا وقد أخذت بنظام الأغلبية ذو الدورين الدول الاشتراكية وفرنسا منذ قيام الثورة وحتى انتخابات 1988 .

ومن ايجابيات نظام الأغلبية أنه نظام بسيط لا يحتوي على التعقيد، ويؤدي إلى استقرار الحكومات وتكون الدوائر الصغيرة مما يوفر للناخب المعرفة الحقيقية والفاحصة للمرشح . ومن أهم الانتقادات التي أفرزتها الأنظمة الانتخابية المعتمدة على الأغلبية النسبية والمطلقة، أنها لاتمثل تكويناً متعددًا متنوعاً في إدارة الدولة، وهو أمر يقود إلى أمور خطيرة، وتبقى الإدارة حكراً على الأغلبية³¹.

³⁰ أياد البرغوثي وآخرون، النظم الانتخابية في العالم، تحرير نظام رفيق عباس، مركز عمان لحقوق الإنسان، عمان، 2007، ص 169-174 .

³¹ المصدر نفسه .

- 2- جعل الانتخابات سهلة وذات معنى، وتمثل سهولة الاقتراع بدرجة تعقيد ورقة الاقتراع، وسهولة وصول المقترع إلى المركز الانتخابي، وتحديث سجل الناخبين، ومدى ثقة المقترع بسرية الاقتراع .
- 3- تسهيل وجود حكومة مستقرة وفعالة، وذلك لا يقرره النظام الانتخابي وحده، وإنما النتائج التي يفرزها النظام تسهم في الاستقرار .
- 4- مساءلة الحكومة، وهي إحدى القواعد الصلبة للحكومة التمثيلية، وغيابها يؤدي بالضرورة إلى عدم الاستقرار على المدى البعيد .
- 5- مساءلة النواب، إذ يفضل أن يشجع النظام الانتخابي مساءلة النائب من قبل المقترعين بعد فوزه على برنامجه ووعوده الانتخابية .
- 6- تشجيع المراقبة أو المعارضة التشريعية، إذ لا يعتمد النظام السياسي الناجح على السلطة فقط، وإنما على المعارضة التي تراقب عمل الحكومة .
- 7- استدامة العملية الانتخابية .
- 8- أخذ المقاييس الدولية في مجال الانتخابات بالحسبان .

ثالثاً: أنواع النظم الانتخابية

تشكل النظم الانتخابية خارطة الطريق التي تصل بالمرشح إلى سدة البرلمان بالاعتماد على ما تؤول إليه نتائج الانتخابات، وتكون على عدة أنواع وطرق، وهي:

1- نظام الاغلبية

وهو النوع التقليدي للنظم الانتخابية والذي يعني بأن من يحصل على أعلى الاصوات الانتخابية يفوق أصوات المرشحين الآخرين يعدّ فائزاً، والنظام يمكن تطبيقه في حالة التصويت الفردي أو التصويت عن طريق القائمة، والدوائر الانتخابية طبقاً لنظام التصويت الفردي تكون صغيرة، بعكس

تصل أحياناً إلى العنف . فضلاً عن ذلك فقد تؤثر النظم الانتخابية في أسلوب الحملات السياسية ومسلك النخب الحاكمة²⁶.

إن نتائج النظام الانتخابي تعتمد على عدة عوامل، منها بنية المجتمع والانقسامات الإيديولوجية أو الدينية أو العرقية أو اللغوية أو الطبقية، وما إذا كان البلد من الديمقراطيات الراسخة، أو الانتقالية، أو الناشئة، فضلاً عن النظام الحزبي كان راسخاً أو جديداً أو غير موجود من الأصل، وعدد الأحزاب، والتوزيع الجغرافي لنشاطها²⁷.

ولكي يكون النظام الانتخابي عادلاً ينبغي أن تتوافر فيه الشروط الآتية²⁸:

- 1- أن يتمتع جميع المواطنين بحق الاقتراع (الانتخاب والترشيح) .
 - 2- أن تضمن إجراءات الاقتراع حرية الاختيار وسرية التصويت وصحة فرز البطاقات .
 - 3- أن تراقب العملية الانتخابية هيئة انتخابية مستقلة عن بقية سلطات الدولة .
- ولابد من مراعاة عدد من الأهداف عند اعتماد أي نظام انتخابي، ومنها²⁹:

- 1- ضمان قيام برلمان ذي صفة تمثيلية سواء من الناحية الجغرافية، أو الأيديولوجية، أو السياسية والحزبية .

²⁶ المصدر نفسه، ص 30-31 .
²⁷ عصام سليمان، الأنظمة الانتخابية بين النظرية والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 79 .
²⁸ رياض غازي البدران، المصدر السابق، ص 32 .
²⁹ المصدر نفسه، ص 33-36 .

ثانياً : أهمية النظام الانتخابي

يعد اختيار النظام الانتخابي من أهم القرارات في الحياة الديمقراطية لأي دولة من دول العالم، وعلى الرغم من الأهمية المشار إليها، فإنه في أغلب الأحوال لا يتم اختيار النظام الانتخابي وفقاً لمدى توافقه مع الواقع المجتمعي والسياسي للدولة، وإنما هناك عدة عوامل تؤدي إلى الاختيار، سواء كانت من أجل تأمين نجاح تيار سياسي بعينه، أو الضغوطات الدولية والإقليمية، أو غيرها من الأسباب²⁴.

إن لاختيار النظام الانتخابي تأثير عميق في الحياة السياسية ومستقبل البلاد، واستقرار النظام السياسي رهن بالنظام الانتخابي المطبق، لذلك يتأثر النظام الانتخابي بالآتي²⁵:

1- جهل الممثلين السياسيين بالأنظمة الانتخابية والتميز بينها، وتحديد الآليات التي تتناسب وواقع البلد السياسي والاجتماعي .

2- اختيار الممثلين السياسيين للأنظمة الانتخابية التي تعود بالفائدة عليهم وعلى أحزابهم السياسية .

وربما يؤدي سوء اختيار النظام الانتخابي إلى عواقب وخيمة على البلد، فضلاً عن أن النظام الانتخابي غير العادل من شأنه أن يحض الخاسرين على العمل خارج النظام السياسي، واللجوء إلى الوسائل غير الديمقراطية، والتي

²⁴ عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص 16.

²⁵ رياض غازي البدران، النظام الانتخابي في العراق وأثره في عملية التحول الديمقراطي، مؤسسة تائر العصامي، بغداد، 2016، ص 30 .

1- قانون رقم (16) لسنة 2005 : ونص على انتخاب (275) عضواً، يوزع (230) منها على (18) محافظة وفقاً لعدد الناخبين المسجلين، ويتم تخصص (45) مقعداً كمقاعد وطنية تعويضية تخصص أولاً للكيانات السياسية التي لم تحصل على مقعد في واحدة من المحافظات الثماني عشرة، أما المقاعد المتبقية فتوزع على الكتل والأحزاب السياسية وفق حسابات المتبقي الأكبر، وتم اعتماد عدة نقاط في هذا القانون، أهمها: الانتخاب بالقائمة المغلقة، وأن العراق منطقة انتخابية واحدة، واعتماد نظام التمثيل النسبي، فضلاً عن توزيع المتبقي بطريق الباقي الأكبر²¹.

2- قانون رقم (26) لسنة 2009 : وهو تعديل للقانون السابق (قانون رقم 16 لسنة 2005)، وصوت عليه مجلس النواب في (23 تشرين الثاني 2009)، وصدر في التاسع من كانون الأول، واختلف هذا القانون عن سابقه بعد التعديل بأن تم اعتماد نظام القائمة شبه المفتوحة (التمثيل النسبي)، من دون عتبة، إذ تم توزيع حصص المقاعد في الدوائر الانتخابية على الكيانات السياسية بما يتناسب مع حجم التمثيل، وسمح القانون للعراقيين المقيمين في الخارج بالتصويت لقوائم مرشحي محافظاتهم، وتم إضافة نسبة النمو السكاني بمعدل (2.8) لكل محافظة، وأصبح عدد أعضاء مجلس النواب (325) عضواً²² .

3- قانون الانتخابات رقم (45) لسنة 2013 : صدر في (25 تشرين الثاني 2013) وأهم ما جاء في القانون أنه ألغى القاسم الانتخابي المعتمد في الانتخابات السابقة، واعتمد نظام سانت ليغو المعدل²³ .

²¹ المصدر نفسه، ص 232 .

²² ينظر : المصدر نفسه ، ص 237-246 .

²³ اعتمدت آلية توزيع المقاعد على القوائم المتنافسة في الدائرة الانتخابية بالشكل الآتي :

(أ) تقسيم الأصوات الصحيحة للقوائم المتنافسة على الأعداد التسلسلية

(11،9،7،5،3،1.6،17،15،.... الخ) وبعدها المقاعد المخصصة للدائرة الانتخابية .

(ب) توزع المقاعد داخل القائمة بإعادة ترتيب تسلسل المرشحين استناداً إلى عدد

الأصوات التي حصل عليها كل مرشح، ويكون الفائز من يحصل على أعلى الأصوات .

(ج) في حالة تساوي أصوات المرشحين لنيل المقعد الأخير يتم اللجوء إلى القرعة

بحضور المرشحين أو ممثلي الكتل المعنية .

العهد الجديد على إلغاء قانون المجلس الوطني الذي صدر سنة 1970 ذي الرقم (228)، و صدر القانون رقم (55) لسنة 1980 الذي دمج فيه قانون الانتخاب وقانون المجلس الوطني، وقد بين القانون الصلاحيات المناطة بالمجلس منها تشريع القوانين، أما كيفية اختيار أعضاء المجلس فيتم عن طريق الانتخاب الحر المباشر، إلا أن الملاحظ على هذه الحقبة أن حزب البعث قد هيمن على المجلس الوطني، لكون معظم أعضائه يتم انتخابهم من أعضاء حزب البعث، فضلاً عن الأوضاع الاستثنائية التي تم على أساسها تمديد عمل الدورة إلى أجل تحدده الحكومة وفقاً لما تترأى، فضلاً عن أن أغلب المراقبين للعملية التشريعية في العراق خلال الحقبة آنفة الذكر قد أوضحوا أن هذه العملية صورية لكونها مهيمناً عليها من قبل الحزب الحاكم، فالنتيجة المستخلصة أن العراق لم يشهد خلال تلك الحقبة أي عملية ديمقراطية بالمعنى الصحيح لها.

بيد أن التغييرات الكبيرة التي طرأت على قانون المجلس الوطني رقم (55) لسنة 1980، أدت إلى العمل على إلغائه وإصدار قانون جديد عرف بقانون المجلس الوطني رقم (26) لسنة 1995، وجاء هذا القانون بمبدأ جديد، وهو إجراء الانتخابات التكميلية، إذ قررت المادة (50) منه إجراء الانتخابات لمرة واحدة في السنة في المناطق الانتخابية لإشغال المقاعد التي حصلت فيها شواغر، على أن لا تقل المدة المتبقية من عمل المجلس عن ستة أشهر²⁰.

- عهد ما بعد (2003): شهدت الساحة العراقية تحولاً عنيفاً، إذ تم احتلال العراق من قبل قوات أجنبية، تزامن معها ولادة نظام سياسي جديد مبني في إطاره العام على الديمقراطية واختيار ممثلين عن الشعب، تكون لهم سلطة تشريع القوانين ومراقبة ومحاسبة الحكومة في عملها، وقد مر العراق بعد 2003 بثلاث تجارب انتخابية برلمانية، نتجت عن ثلاثة قوانين انتخابية، وهي :

²⁰ المصدر نفسه، ص 166 .

لقياد الثورة ومجلس الوزراء السلطة التشريعية، ولقد اصدر تعديل على المادة (62) لكي تتضمن تشكيل مجلس شوري تكون له صلاحية ممارسة السلطة التشريعية، على أن يتم تعيين أعضائه وتوضيح صلاحياتهم وشروط تعيينهم ومخصصاتهم وكيفية ممارستهم لها بقانون، إلا أن الملاحظ أن هذا التعديل لم يطبق، ولم تمارس الحياة النيابية في العهد الجمهوري الثاني.

- العهد الثالث (الجمهورية الثالثة): تزعم العراق خلال تلكالحقبة عبد الرحمن محمد عارف الذي حكم العراق للمدة ما بين (1966-1968)، ولم يتغير الدستور ولم تمارس أية حياة برلمانية في العراق¹⁸. وعلى الرغم من صدور قانون انتخاب مجلس الأمة لسنة 1967، بيد أن هذا القانون بقي حبرا على ورق لعدم قدرة النظام السياسي على إجراء الانتخابات، وتغيير النظام في (17 تموز 1968)¹⁹.

- العهد الرابع (الجمهورية الرابعة): تزعم العراق خلال تلكالحقبة أحمد حسن البكر للمدة الواقعة بين (1968-1979)، اذ صدر الدستور المؤقت لعام 1968 وفي الباب الرابع/ الفصل الأول (نظام الحكم) حدد فيها واجبات مجلس قيادة الثورة بإقرار القوانين والأنظمة والمعاهدات والاتفاقات الدولية، فضلاً عن إصدار قرارات لها قوة الإلزام، كذلك حول إصدار القوانين التي لها قوة القانون، وقد وعدت الديباجة للدستور المؤقت بإعداد الدستور الدائم وتشكيل المجلس الوطني الذي يمثل القطاعات الوطنية كافة، ولم يصدر الدستور الدائم ولم تنظم أحكام المجلس الوطني.

- العهد الخامس (الجمهورية الخامسة): تزعم العراق خلال تلكالحقبة صدام حسين للمدة الواقعة بين (1979-2003)، وتعدّ هذه الحقبة امتداداً للحقبة التي سبقتها، لكون حزب البعث هو المسيطر على مقاليد الحكم في العراق منذ حكم أحمد حسن البكر، ومن ثم تولي صدام حسين للحكم فيه، إذ عمل العراق في

¹⁸ ينظر: جعفر عباس حميدي، تاريخ الوزارات العراقية في العهد الجمهوري 1958-1968، بيت الحكمة، بغداد، 2004.

¹⁹ وليد كاصد الزبيدي، المصدر السابق، ص 165.

حقيقياً . وباشرت حكومة نور الدين محمود بتأليف لجنة في (25 تشرين الثاني 1952) لإعداد لائحة قانون انتخاب النواب على أساس الانتخاب المباشر . وقد صدر بعد هذا المرسوم قانون الانتخاب رقم (53) لسنة 1953، وهو صورة مماثلة لمرسوم 1952¹⁶ .

وأخيراً صدر خلال العهد الملكي قانون انتخابات النواب رقم (53) لسنة 1956، ويعد صورة مطابقة تقريباً لمرسوم انتخاب النواب رقم (6) لسنة 1952، بعد أن خضع إلى الإجراءات التشريعية التي نص عليها القانون الأساسي، واختلافات بسيطة جداً عن المرسوم أعلاه¹⁷ .

وبعد التحول الذي شهده العراق من النظام الملكي إلى الجمهوري مر العراق بخمسة عهود تحت النظام الجمهوري امتدت منذ عام 1958 ولغاية 2003 ، أما فيما يخص الحياة البرلمانية خلال هذه العهود الخمس فهي كما يأتي:

- العهد الأول (الجمهورية الأولى): تزعم العراق خلال تلك الحقبة عبد الكريم قاسم للمدة ما بين (1958-1963)، إذ لم تكن هنالك انتخابات يخرج منها سلطة تشريعية تمثل الشعب، بل نرى أن دستور عام 1958 أوكل مهمة السلطة التشريعية إلى مجلس الوزراء بموجب المادة (21) والتي نص على أن يتولى مجلس الوزراء السلطة التشريعية، بتصديق مجلس السيادة، ومجلس السيادة يتكون من رئاسة الجمهورية والذي يتألف من رئيس ونائبين المادة (2) .

- العهد الثاني (الجمهورية الثانية): تزعم العراق خلال تلك المرحلة عبد السلام محمد عارف للمدة ما بين (1963-1967)، ونص دستور 1963 في المادة (61) منه على الآتي "مجلس الأمة هو الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية" . أما كيفية تأليف مجلس الأمة وعدد أعضائه وطريقة انتخابه ودعوة الناخبين فقد رسمتها المادة (62) من الدستور، وتم اقتراح أن يمارس المجلس الوطني

¹⁶ وليد كاصد الزبيدي، المصدر السابق، ص 133-134 .

¹⁷ المصدر نفسه، ص 136 .

أهمها تقسيم الدوائر الانتخابية إلى وحدات أصغر على مستوى القضاء، وجعل الإعلان المسبق شرطاً للترشيح، إلا أنه لم يستجب للمطلب الأساسي وهو الأخذ بنظام الانتخاب المباشر¹².

وكان وزير الداخلية سعد صالح من أكثر دعاة تصغير الدوائر الانتخابية أثناء مناقشة المجلس النيابي للقانون، وعداً أن ذلك يحقق عدالة أكبر بالنسبة للمرشحين¹³. ودام النقاش في المجلس النيابي لأربع جلسات، وكانت في أغلبها هجوم على وسائل وطرق تطبيق النظام القديم أكثر مما هو حول القانون الجديد¹⁴، ذلك أن القانون الجديد هو بالأصل من مطالب الحركة الوطنية العراقية .

وجاء بعد هذا القانون مرسوم انتخاب النواب¹⁵ رقم (6) لسنة 1952، وصدر المرسوم بعد أن تقدم مجموعة من النواب بطلب إلى الحكومة في (26 شباط 1951) لوضع تشريع جديد يأخذ بمبدأ الانتخاب المباشر في دوائر انتخابية فردية، لكون هذه الطريقة هي الوحيدة الناجحة لتمثيل الشعب تمثيلاً

القضيتين من غموض وكنمان إلى يوم الانتخاب، مما يفسح المجال أمام التدخل الحكومي، أما المسألة الثالثة فهي تصغير الدوائر الانتخابية، وما أن أعدت وزارة السعيد اللائحة حتى نتحت عن الحكم، فأهملت اللائحة خلال عهد وزارتي حمدي الباجه جي الأولى والثانية، حتى جاءت وزارة توفيق السويدي الثانية التي أحييت اللائحة .
ينظر : زكي صالح، مقدمة في دراسة العراق المعاصر، مطبعة الرابطة، بغداد، 1953، ص 119-120 .

¹² لمزيد من التفاصيل ينظر: توفيق السويدي، مذكراتي : نصف قرن من تاريخ العراق والقضية العربية، دار الكاتب العربي، بيروت، 1969، ص 441 ؛ عادل غفوري خليل، أحزاب المعارضة العلنية في العراق 1947-1954، المؤسسة العراقية للدراسات والنشر، بغداد، 1984، ص 220 ؛ ستيفن همسلي لونكريك، العراق الحديث من سنة 1900-1950، ترجمة سليم طه التكريتي، دار الفجر للنشر والتوزيع، بغداد، 1988، ج 2، ص 545 .
¹³ دار الكتب والوثائق، محاضر مجلس النواب، الدورة الانتخابية العاشرة، الاجتماع الاعتيادي لسنة 1945، الجلسة السادسة والثلاثون، 13 آذار 1946، ص 356 .

¹⁴ Khadduri, Majid. Independent Iraq 1932-1958, Second Edition, Oxford University Press, 1960, p. 304 .

¹⁵ صدر بصفة مرسوم وليس قانون لأنه صدر فقط بموافقة الملك بإرادة ملكية من دون تشريعه في مجلس الأمة (النواب والأعيان)، لكون الدورة الانتخابية لمجلس النواب كانت قد انتهت .

أما قانون انتخاب النواب رقم (11) لسنة 1946 فهو يعدّ من أهم المتغيرات التي طرأت على مسار العملية الانتخابية في العراق، وجاء بعد نضال مرير للحركة الوطنية العراقية طوال أكثر من عقدين من الزمن، ولم تتمكن مختلف الحكومات العراقية المتوالية حتى العام 1946 من تحقيق تلك الطموحات، حتى جاءت حكومة توفيق السويدي الثانية (23 شباط 1946) والتي ضمت العديد من زعماء الحركة الوطنية المعارضة ومن أبرزهم سعد صالح الذي أنيطت به مسؤولية وزارة الداخلية لتنفيذ المطالب التي كثيراً ما نادى بها عندما كان معارضاً وعضواً في المجلس النيابي من إطلاق للحريات وإلغاء للأحكام العرفية وتعديل قانون الانتخاب، ولكونه يحظى بثقة الحركة الوطنية⁹.

شرعت الوزارة منذ أيامها الأولى بتنفيذ برنامجها الوزاري، فأصدر سعد صالح وزير الداخلية أمراً في (2 آذار 1946) بإلغاء الرقابة على الصحف والمراسلات، وفي اليوم نفسه أصدر أمراً بالإفراج عن المعتقلين على خلفيات سياسية، وأمر بإغلاق المعتقل نهائياً، فضلاً عن ذلك فقد صدرت في (3 حزيران 1946) الإرادة الملكية بإلغاء الأحكام العرفية، وأقر المجلس مقترحات وزير الداخلية الخاصة باتخاذ التدابير اللازمة لعودة الأكراد البارزانيين إلى العراق¹⁰.

أما أهم أعمال الوزارة فهو قانون انتخاب النواب رقم (11) لسنة 1946 والذي كان يجري إعداده منذ مدة طويلة¹¹، وأدخلت عليه تعديلات جوهرية،

⁹ مقابلة شخصية للباحث مع المؤرخ السيد عبد الرزاق الحسني في داره ببغداد في 11 أيار 1996.

¹⁰ ستار جبار الجابري، المصدر السابق، ص 127.

¹¹ بعد تعديل الدستور عام 1943، أبدت وزارة نوري السعيد السابعة استعدادها لإصلاح قانون الانتخاب لسنة 1942، فشكّلت لجنة برئاسة توفيق السويدي وعضوية كل من نصرت الفارسي ومحمد رضا الشيببي وكامل الجادرجي ومصطفى العمري وصادق البصام ومعهم البريطانيون إدوارد وإدموندس، فعقدت اللجنة أربعة عشر اجتماعاً ما بين (20 تشرين الثاني 1943 و 30 حزيران 1944)، فتابنت آراء الأعضاء، ولم يتم الاتفاق إلا على ثلاثة أمور، وهي تحديد موعد الانتخابات، وإعلان أسماء المرشحين سلفاً، وذلك لما يكتنف هاتين

المبعوثان العثماني . واعتمد النظام الانتخابي على الاقتراع المقيد، إذ كان الانتخاب حكراً على الذكور، وجرى التصويت بطريقة الاقتراع غير المباشر، وهو أن يقوم الناخب بانتخاب المنتخب الأول، والمنتخب الثاني ينتخبه الناخبون الأوائل، وتم الانتخاب عبر المنطقة الانتخابية الواحدة⁶.

وقد صدرت أربعة قوانين تنظم عملية انتخاب أعضاء مجلس النواب، أولها قانون انتخاب النواب لعام 1924، ثم صدر قانون انتخاب النواب رقم (11) لسنة 1946، وبعده مرسوم انتخاب النواب رقم (6) لسنة 1952، وأخيراً قانون انتخاب النواب رقم (53) لسنة 1956، وهذا القانون بقي نافذاً لغاية تغيير النظام الملكي إلى جمهوري⁷.

وأهم ما جاء في قانون انتخاب النواب لسنة 1924 أن الانتخاب يتم على أساس الدرجتين، أي الانتخاب غير المباشر، فينتخب النائب ليمثل (29) ألفاً من السكان، ويجب أن يكون قد بلغ الثلاثين من عمره، وأن يكون من دافعي الضرائب . أما المنتخب الأول فيجب أن يكون من الذكور ممن بلغ الحادية والعشرين من العمر ومن دافعي الضرائب، وينتخب كل مائتان وخمسون منتخباً أولياً منتخباً ثانوياً، ويجب أن يكون المنتخب الثاني قد بلغ الخامسة والعشرين ومن دافعي الضرائب .

فضلاً عن ذلك ينتخب نواب إضافيون يمثلون الطائفتين المسيحية واليهودية في ألوية بغداد والموصل والبصرة . وتم تقسيم العراق على ثلاث مناطق انتخابية، وكل لواء عدّة دائرة انتخابية، والانتخاب تم بالتصويت السري . وكانت صياغة القانون قد تمت بعد الإفادة من قانون انتخاب مجلس المبعوثان العثماني، والنظام المؤقت لانتخاب أعضاء المجلس التأسيسي العراقي لسنة 1922⁸.

⁶ وليد كاصد الزبيدي، المصدر السابق، ص 108-109 .
⁷ جعفر عباس حميدي، التطورات والاتجاهات السياسية الداخلية في العراق 1953-1958، بغداد، 1980، ص 78-79 .
⁸ وليد كاصد الزبيدي، المصدر السابق، ص 112 .

أما البرلمان، فهو مجلس الأمة الذي يتألف من مجلسي الأعيان والنواب (المادة 28)، إذ يتكون مجلس الأعيان من عدد من الأعضاء المعيّنين لا يتجاوز عددهم ربع أعضاء مجلس النواب، أما مجلس النواب فيتكون من عدد الأعضاء المنتخبين يكون عددهم نائباً واحداً لكل (20.000) نسمة، من الذكور (المادة 36). أما الاختصاصات فهي مشتركة بين الملك والبرلمان كما وضحتها المادة (28) إذ ذكرت: يختص مجلس الأمة مع الملك بوضع القوانين وتعديلها وإلغائها⁴.

إلا أن المنتبع للعملية التشريعية في العراق خلال العهد الملكي سيرى أن مجلس الأمة ليس له من القوة الشيء الذي يخوله توجيه الأسئلة والاستيضاح على الرغم من نص الدستور على ذلك (المادة 54) وحق حجب الثقة عن الوزارة (المادة 66)، ويمكن إرجاع ذلك إلى هيمنة الملك وحقه في إقالة الوزارة والتصديق على قرارات مجلس الوزراء، كما إن الملك يعين أعضاء مجلس الأعيان (ذي الصلاحيات الواسعة)، كما يملك حق حل البرلمان⁵.

ومن المهم بمكان العمل على ذكر بعض تفاصيل الحياة السياسية العراقية في حقبة العهد الملكي، إذ امتد العمل بالقانون الأساسي العراقي لعام 1925 لغاية 14 تموز 1958، وخلالها تعاقب على عرش العراق الملك فيصل الأول (1921-1933)، والملك غازي (1933-1939) والوصي على العرش عبد الإله (1939-1953)، والملك فيصل الثاني (1953-1958)، وتعاقب على العراق خلال الحقبة المذكورة (53) وزارة.

قبل صدور القوانين الانتخابية، صدر أولاً النظام المؤقت لانتخاب أعضاء المجلس التأسيسي العراقي لسنة 1922، إذ تم تشكيل لجنة مؤقتة لإدارة عملية انتخابات المجلس التأسيسي، وتم الإفادة من مواد قانون انتخاب مجلس

⁴ عبد الأمير هادي العكام، الحركة الوطنية في العراق 1921-1933، مطبعة الآداب، النجف، 1975، ص 43.

⁵ ستار جبار الجابري، سعد صالح ودوره السياسي في العراق، مطبعة المشرق، بغداد، 1997، ص 63.

أولاً : إطلالة على تطور النظم الانتخابية في العراق

عرف العراق في بواكيره الأولى الانتخابات التشريعية وتشكيل البرلمان، فمنذ خضوعه إلى الاحتلال البريطاني، تم تشكيل الدولة العراقية الحديثة في عام 1921 على أساس نظام الحكم الملكي، وفي يوم 21 تشرين الأول 1922 أصدر الملك فيصل إرادة ملكية بالشروع في الانتخاب لغرض جمع المجلس التأسيسي الذي كانت أمامه ثلاث مهام أساسية هي¹:

- 1- البت في المعاهدة العراقية - البريطانية لتثبيت حدود العراق الخارجية.
- 2- سن الدستور العراقي لتأمين حقوق الأفراد والجماعات وتثبيت سياسة العراق الداخلية.
- 3- سن قانون الانتخاب للمجلس النسابي الذي يجتمع لينوب عن الأمة ويراقب سياسة الحكومة وأعمالها .

وقد صدر أول دستور عراقي تحت مُسمى (القانون الأساسي العراقي) في 21 آذار 1925، ومن خلال الاطلاع على هذا الدستور بالإمكان القول أنه أوجد نوعاً من النظام البرلماني في العراق. فقد حددت المادة(2) من القانون أن العراق دولة ذات سيادة .. وحكومة ملكية وراثية وشكلها نيابي وأن "سيادة المملكة العراقية للأمة"².

وحدد القانون الأساسي في الفقرة (ثانياً) من المادة السادسة والعشرين بأن " الملك يصدر الأوامر بإجراء الانتخاب العام لمجلس النواب "، لذلك فالانتخاب لا يتم إلا بصدور الإرادة الملكية بإجرائه³.

¹ عبد الرزاق الحسني، تاريخ العراق السياسي الحديث، ج 3، ط 7، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1989، ص 272-273 .

² المصدر نفسه، ص 273 .

³ وليد كاصد الزبيدي، الأطر القانونية للانتخابات في العراق 1924-2014، دار السنهوري، بيروت، 2018، ص 107 .

democratic and electoral process is leading reform, we have initiated this research from our conviction that reform of the political system requires attention to the reform of the electoral system. Elections are tightly associated with democracy. In order to determine the nature of election and electoral systems, we discussed the historical development of democracy in Iraq and the types of electoral systems adopted, in order to attain the proposal that we have adopted in this research, Finally the Election of 2018.

Key Words : *Election Laws, Iraqi Parliament, Democracy*

المقدمة :

تقترن فكرة الانتخابات بالديمقراطية اقتراناً وشيخاً، وللوقوف على طبيعة الانتخاب والأنظمة الانتخابية لابد أن نمر بعجالة على التطور التاريخي للممارسة الديمقراطية في العراق، ومن ثم أنواع النظم الانتخابية المعتمدة .

وبالنظر لدعوات الاصلاح العديدة التي صدرت عن مختلف الفعاليات الرسمية والشعبية في العراق، وترسيخاً للفكرة التي تقول بأن العملية الديمقراطية والانتخابية السليمة هي من تقود للإصلاح، فقد ارتأينا أن نكتب في هذا الموضوع، وقناعتنا أن اصلاح النظام السياسي يتطلب الاهتمام بإصلاح النظام الانتخابي، الذي سقود بالضرورة لتعديل مسارات العملية السياسية .

إن قوانين الانتخابات البرلمانية في العراق أخذت مساراً متصاعداً في جودتها، وصياغاتها، وتعبيرها عن طموحات أبناء الشعب العراقي منذ تأسيس الدولة العراقية، ولكنها أصيب بنكوص بعد الاحتلال الأمريكي للعراق، فعلى الرغم من تشدق سلطات الاحتلال بإحلال النظام الديمقراطي في العراق، إلا أن القوانين التي نظمت العمليات الانتخابية المتعاقبة منذ ذلك التاريخ، كانت كاجاً أمام تحقيق الديمقراطية والتمثيل الحقيقي، وكانت أداة بيد الأحزاب المنتفذة لتحقيق مصالحها الحزبية الضيقة .

قوانين الانتخابات البرلمانية العراقية

دراسة سياسية

أ.د. ستار جبار الجابري

الملخص

تتصاعد في العراق دعوات للإصلاح السياسي تبنّتها مختلف الفعاليات الرسمية و الشعبية، وترسيخاً للفكرة القائلة بأن العملية الديمقراطية و الانتخابية السليمة هي من تقود للإصلاح، فقد شرعنا بهذا البحث من قناعتنا بأن اصلاح النظام السياسي يتطلب الاهتمام بإصلاح النظام الانتخابي. فالانتخابات تُفترَن بالديمقراطية اقتراناً وشيخاً، وللوقوف على طبيعة الانتخاب والأنظمة الانتخابية تناولنا التطور التاريخي للممارسة الديمقراطية في العراق، ومن ثم أنواع النظم الانتخابية المعتمدة، وصولاً للمقترح الذي تبنيناه في هذا البحث، وأخيراً انتخابات عام 2018 .

الكلمات المفتاحية: قوانين الانتخابات، البرلمانية العراقية، ديمقراطية

LAWS OF THE IRAQI PARLIAMENTARY ELECTIONS POLITICAL STUDY

Prof. Dr. Sattar Jabbar Al-Jaberi

Abstract

In Iraq, calls for political reform are being raised, adopted by various official and popular activities. In support of the idea that a healthy

مركز الدراسات الإستراتيجية، 05.09.2018: تاريخ قبول البحث، 10.07.2018: تاريخ ارسال البحث
والدولية جامعة بغداد

فهرس المصؤعت

قوانين الانتخابات البرلمانية العراقية دراسة سياسية.....1

أ.د. ستار جبار الجابري

أحكام الخلع في ضوء الشريعة والقانون.....31

د. إسماعيل أبابكر علي البامرني

الحق في الأمن: مقارنة قانونية مقارنة بين أطروحات

النظرية الأمنية والنظرية الإسلامية.....81

د.صورية زاوشي

أ. يونس عجال

دور التنظيم الحديث لجهاز الأمن في مكافحة الجريمة

دراسة حالة الشرطة الجزائرية.....105

د. دريس سفيان

د. يمينة مختار

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.

2. الهامش التالي لذات العمل:

BORN, p. 62.

ب. الأوراق البحثية:
1. الهامش الأول:

WRIGHT, David, “Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust”, **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.

2. الهامش التالي لذات العمل:

WRIGHT, p. 298.

ج. الصفحات الإلكترونية:

1. الهامش الأول:

LÖRCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”,
https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.

2. الهامش التالي لذات العمل:

LÖRCHER, p. 9.

د. إذا تم الإشارة إلى عملين لمؤلف واحد في ذات الصفحة، فيجب اختصار اسم العمل بحيث يمكن التمييز بينه و بين الدراسات الأخرى لذات المؤلف.

CHEMERINSKY, **Constitutional Law**, p. 76.

CHEMERINSKY, **Criminal Procedure**, p. 35.

هـ. الدراسات التي يعدها أكثر من مؤلف، فيتم الإشارة إليها بإيراد أسماء و ألقاب كافة المؤلفين.

1. الهامش الأول:

MILLER, Angharad/OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.

2. الهامش التالي لذات العمل.: MILLER/OATS, s. 145.

السياسة التحريرية

1. مجلة "مدنية للقانون" هي مجلة أكاديمية محكمة نصف سنوية، تصدر في مايو و نوفمبر، من خلال كلية الحقوق جامعة مدنية باسطنبول.
2. الأوراق المقدمة للمجلة يجب ألا يكون قد سبق نشرها أو قيد التقييم للنشر في أي مكان آخر. و يلتزم المؤلف بذلك عندما تقدم المقالات إلى المجلة.
3. تنشر المجلة بالإنجليزية، و مع ذلك تنشر أيضاً الأبحاث ذات القيمة المقدمة باللغات التركية، العربية، الفرنسية و الألمانية.
4. يجب أن تتضمن الأبحاث المقدمة للمجلة ملخص من 200 – 250 كلمة على الأقل، بالإضافة إلى 5 كلمات بحث في بداية الورقة. و بالإضافة إلى ملخصات الأبحاث في اللغات المكتوب بها البحث، فيجب أيضاً تقديم ملخص لها باللغة الإنجليزية.
5. يجب أن تقدم كل الأبحاث إلى المحرر في صيغة ملف "وورد" بواسطة إسطوانة مدمجة أو البريد الإلكتروني. و يجب أن تكتب الأبحاث وفقاً للإرشادات التنسيقات التالية:
مقاس الورق: A4، **الأعلى:** 4 سم؛ **الأسفل:** 3 سم؛ **اليسار:** 4 سم؛ **يمين:** 3 سم.
بيانات المتن: نوع الخط: Times New Roman، مقاس 12 ، 1.5 تباعد الأسطر، متساوي.
الحواشي: Times New Roman، مقاس 10، تباعد أسطر 1، متساوي
6. يجب أن يكتب عنوان الأبحاث بالأحرف الكبيرة السوداء. و يكتب اسم المؤلف تحت العنوان مباشرة، على أن توضع علامة في نهاية الاسم الأخير، لتحديد لقب الكاتب، و المؤسسة التي يتبعها و عنوانها البريدي.
7. يجب أيضاً أن تذكر تفاصيل المؤسسة التابع لها المؤلف، العنوان بالكامل، و أي بيانات أخرى للتواصل.
8. كافة الأوراق المقدمة من المفترض أنها معدة للنشر، و تم تدقيقها من خلال المؤلف/ة. و سيتم التقييم المسبق من خلال مجلس تحرير المجلة، و فيما يتعلق بالأبحاث المقدمة التي تم رفضها وفقاً للأسس العامة سيعاد إرسالها إلى المؤلف لتصحيحها وفقاً لمبادئ النشر.
9. ترسل الأوراق الموافق عليها من خلال التقييم الأول إلى اثنين من المحكمين، بعد حذف اسم الناشر من النص وفقاً لقواعد مراجعة الأقران غير المنظور، و لا ينشر البحث إلا بموافقتهم. و إذا أبدى أي من المحكمين رأياً سلبياً، فيتم الاستعانة بمحكم ثالث، ليصبح رأياً حاسماً. و لن يكشف شخصية المؤلف(ون) و المحكم(ون) لبعضهم البعض.
10. سيتم اتخاذ القرار بنشر أو رفض الورقة البحثية، وفقاً للتقرير النهائي للمحكمين، أو طلب تصحيحات من المؤلف، و سيتم إبلاغ المؤلف بالموقف في أقرب وقت ممكن.
11. يجب أن يوضع في نهاية البحث قائمة مراجع، مرتبة ترتيباً أبجدياً وفقاً للقب الكاتب. و يجب أن ترتب قائمة المراجع وفقاً لأول إشارة إلى الأعمال. و تضاف الإشارات المرجعية بالهوامش في نهاية كل صفحة.
ترتب الهوامش على النحو التالي:

أ. الكتب:

1. الهامش الأول:



مجلة المدنية للبحوث القانونية

صادرة عن جامعة إسطنبول المدنية كلية الحقوق

مجلة قانونية فصلية محكمة

السنة الثالثة – العدد الخامس

تموز 2018 م