

(وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)

مجلة الحقوق

مجلة علمية محكمة تصدرها
كلية الحقوق جامعة النهرين

المجلد الثامن - العدد ١٣
جمادي الأول ١٤٢٦ هـ
حزيران ٢٠٠٥ م

للمراسلات

سكرتير التحرير
العراق - بغداد - الكاظمية
كلية الحقوق - جامعة
النهرين

ص.ب: ٩٠٧٢

البريد الالكتروني

E-mail
JOURNAL_INF@YAHOO.COM

الاشتراك السنوي

١٢٠٠ - دينار - للمؤسسات
الحكومية والأشخاص داخل
العراق

١٠٠ - دولار - للمؤسسات
الحكومية والأشخاص خارج
العراق

هيئة تحرير

المجلة

رئيس التحرير

أ.د. عدنان العابد

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أعضاء هيئة التحرير

أ.د. محي هلال السرحان

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.د. عوض فاضل إسماعيل

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.د. إبراهيم طه الفياض

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.د. زهير سعيد طه البشير

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.م.د. عادل ناصر حسين

كلية الحقوق/جامعة النهرين

مدير التحرير

أ.م.د. لطيفة حميد

كلية الحقوق/جامعة النهرين

الهيئة الاستشارية

للمجلة

رئيس الهيئة

أ.د. غازي فيصل مهدي

عميد

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أعضاء هيئة

أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.د. سعد عبد الجبار العلوش

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.م.د. ممدوح عبدالكريم

حافظ

متعاقد مع

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.م.د. طه نوري الملا حويش

متعاقد مع

كلية الحقوق/جامعة النهرين

أ.م.د. محمد علي جواد

عميد

كلية القانون/الجامعة

المستتصية

(وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ)

المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	❖ قاعدة الحضور الشخصي للمشتكى عليه (الظنين أو المتهم) لإجراءات المحاكمة وأثر غيابه على الأحكام الجزائية.
٧٣	• المشارك. نظام توفيق المجالي ❖ التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت.
١١٦	• أ.م. سعد حسين عبد ملحم ❖ استقالة رئيس الدولة في بعض الدساتير المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي.
١٤٨	• م.د. ساجد محمد كاظم ❖ التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت .B.O.T
١٦٣	• م.د. مازن ليلو راضي ❖ مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية.
١٩٨	• م.د. آلاء يعقوب يوسف ❖ حقوق عمال المقاول الثانوي (دراسة مقارنة).
٣٣٣	• م.د. صبا نعمان رشيد الويسي ❖ مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية دراسة على صعيد القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية.
٢٦٦	• م.د. عثمان سلمان غيلان م.د. نجيب خلف أحمد ❖ مفهوم الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع وطبيعته القانونية.
	• م.د. سلام منعم مشعل

تعليمات النشر:

١- يقدم الأصل مطبوعات على الحاسبة الإلكترونية ومعه نسختين وتكون الكتابة بمسافات مزدوجة بين الأسطر وعلى وجه واحد من ورق مقاس A4 (29.7*21CM).

٢- لا يزيد حجم البحث المقدم عن 25 صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية.

٣- يجب أن يتضمن البحث: عنوان البحث، خلاصة، مقدمة، منهج البحث، النتائج، المناقشة، الاستنتاجات، قائمة المراجع، خلاصة بلغة عالمية حية.

٤- لا تزيد عدد كلمات الملخص عن (200) مئتي كلمة، ويوضح في رأس الملخص (العربي أو غير العربي)، عنوان البحث، اسم الباحث، مكان العمل (والمراسلة إن كان مختلفاً عن مكان العمل)، مع وضع رقم أو رمز بشكل نجمة (*)، التي تربط بين الاسم ومكان العمل.

٥- الجداول والمواد التوضيحية، جيدة الأعداد، على ورق ملائم، مصقول أو شفاف، وبحجم مناسب لمساحة الطبع بصفحة المجلة، أي بحد أقصى 12*16 سم للصفحة الواحدة، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والأشكال.

٦- ترقيم الجداول والأشكال على التوالي حسب ورودها في البحث، وتزود بعناوين، ويشار إلى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم بأوراق منفصلة.

٧- تستعمل دائماً وحدات القياس الخاصة بالنظام الدولي فقط.

STANDARD INTERNATIONAL UNITS, SI
UNTITS.

٨- لا تستخدم الاختصارات في عنوان البحث، أو في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بوحدات القياس.

٩- تستخدم الاختصارات في عناوين الدوريات المتفق عليها عالمياً الموجودة في:

LEWIS & CO., PERIODICALS, SCIENTIFIC OF
LIST WORLD THE LONDON.

- ١٠- تستخدم الاختصارات المقننة دولياً، سواء لوحادات القياس أو لغيرها من الاختصارات الشائعة.
- ١١- لا تقبل المراجع غير المنشورة، ويمكن قبول المراجع المقبولة للنشر، المحدد لها رقم المجلد الذي ستظهر به.
- ١٢- يستخدم في كتابة المراجع، سواء في النص أو في قائمة المراجع، أسلوب هارفارد، الذي يربط فيه اسم المؤلف بسنة النشر، حسب CBE,STYLE MANUAL COMMITTEE, 1983.
- ١٣- يشار إلى المصادر حسب ورودها في متن البحث بأرقام متسلسلة توضع بين قوسين.
- ١٤- ترتب المراجع في قائمة المراجع، ترتيباً "أبجدياً"، حسب أسماء المؤلفين، وسنوات النشر.
- ١٥- بالنسبة للمراجع المأخوذة من دوريات يجب أن يحدد رقم المجلد، ورقم العدد وأرقام صفحات بداية ونهاية البحث.
- ١٦- بالنسبة للمراجع المأخوذة، من كتب ورسائل علمية، تحدد أرقام الصفحات المستخدمة كمرجع.
- ١٧- قد تستخدم التذاويل لتوضيح المعلومة، وفي هذه الحالة، ترقم التذاويل لكل صفحة على حدة بأرقام متسلسلة.

قاعدة الحضور الشخصي للمشتكى عليه (الظنين أو المتهم) لإجراءات المحاكمة وأثر غيابه على الأحكام الجزائية (دراسة مقارنة).

د. نظام توفيق المجالي

أستاذ القانون المشارك

قسم القانون العام

كلية الحقوق / جامعة مؤتة

من المسلم به أن الخصومة الجزائية في الدعوى المنظورة أمام قضاء الحكم تنشأ كأصل عام بين طرفين: النيابة العامة، والذي تمثل الإدعاء بالاثام، ومن تقام عليه دعوى الحق من قبل النيابة العامة ويطلق عليه في التشريع الأردني المشتكى عليه في البداية، وإذا ظن عليه بجنحة يسمى ظنيًا، وإذا أتهم بجنابة يسمى متهمًا. والأصل أن حضور النيابة العامة يعد جزءاً لا يتجزأ من تشكيل المحكمة، وغيابها يبطل تشكيل المحكمة. أما المشتكى عليه فالأصل حضوره الشخصي لإجراءات المحاكمة. وفي حالة تغيبه بدون عذر مشروع يتدخل المشرع ليقرر له جزاءً محدداً يتفق ونطاق نوع الغياب، فيما إذا كان عمدياً أم جهلاً منه بموعد الجلسة وأما لعذر قهري.

وخطة التشريعات المقارنة تنطلق من تقرير قاعدة الحضور الشخصي للمشتكى عليه إذا أعلن بموعد الجلسة إعلاناً صحيحاً، ولكنها في ذات الوقت تحتاط في تقرير جزاءات على الغياب العمدي ويختلف نطاقها من تشريع لآخر ويعد التشريعين الفرنسي والمصري في مقدمة التشريعات التي تأخذ بالمنهاج الموسع في تقرير الجزاءات المقررة للغياب العمدي، في حين يضيق المشرع الأردني من نطاق الجزاء المقرر على الغياب العمدي وقسمت خطة البحث إلى ثلاثة فصول، خصص الأول في قاعدة أن حضور المشتكى عليه لإجراءات المحاكمة يتطلب إعلاناً بموعد الجلسة إعلاناً صحيحاً والثاني لموضوع نطاق حضور المشتكى عليه لإجراءات

المحاكمة، أما الفصل الثالث فتناول الجزاء المترتب على غياب المشتكى عليه عن إجراءات المحاكمة.

The rule of the personal presence of a defendant since the trial procedure and the affect of his absence on criminal judgments

(Comparative study)

The criminal arguments arise between two parties. The original party as represented by the public prosecution and the person who raises the lawsuit against him, as represented by the defendant.

Originally, the presence of public prosecution is a part of the forming of the court and its absence voids it. While the defendant must attain the session of the trial, and his INTENTIONALLY, absence without legal excuse made him subject to sanction. The scope of this sanction differs from statutes to another. The French and Egyptian legislature expand the scope of the sanction that applied to the scope of the sanction that applied to the intentionally absence, while the Jordanian legislature limit the scope of the sanction.

This research aims to explain the rule of the defendant attain at the trial, and the sanction that will be applied for his absence.

المقدمة

أهمية موضوع البحث:

من المسلم به أن الخصومة الجزائية في الدعوى المنظورة أمام الحكم تنشأ كأصل عام بين طرفين: النيابة العامة باعتبارها الخصم الأصيل والذي يمثل الإدعاء بالاتهام على الخصم الآخر وهو المشتكى عليه (أو الظنين أو المتهم). والطرف الثاني من تقام عليه دعوى الحق العام من قبل النيابة العامة وهو الشخص الذي تحرك في مواجهته دعوى الحق العام سواء بوصفه فاعلاً أم متدخلاً أم محرضاً.

ويطلق عليه في التشريع الأردني المشتكى عليه في البداية. وإذا ظن عليه بجنة فيسمى ظنياً، وإذا اتهم بجناية يسمى متهماً (المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني).

والأصل أن النيابة العامة في مواجهتها للمشتكى عليه أمام قاضي الحكم تتوجه بما تحمله من أدلة إدعاء واتهام على المشتكى عليه وحضورها كأصل عام هو جزء لا يتجزأ من تشكيل المحكمة لأنه بغيابها يبطل تشكيل المحكمة مما يحول دون السير في إجراءات المحاكمة وبالتالي أصدر أحكام الجزائية. أما المشتكى عليه (من تقام عليه دعوى الحق العام)، فالأصل هو حضوره الشخصي لإجراءات المحاكمة، لأنه بهذا الحضور يتحقق هدفين رئيسيين: الأول أنه ضماناً لدفاع للمشتكى عليه في مواجهة الأدلة القائمة ضده، وثانيهما أن الحضور يسهل على المحكمة الوصول للحقيقة أو على الأقل الاقتراب منها. وذلك من خلال سماع أقواله ومناقشته للأدلة القائمة ضده.

ولكن المشتكى عليه قد يتغيب عن جلسات المحاكمة. والغياب قد لا يرتب أي أثر إذ كان بمعذرة مشرعة، وفي مفترضات أخرى قد يرتب أثراً إجرائياً يتمثل في تقرير جزاء محدد يتفق ونطاق نوع الغياب، فيما إذا كانت عمدياً أم جهلاً منه بموعد الجلسة وأما لعذر قهري.

والغياب الذي يستلزم تدخل المشرع ليقرر له جزاء محدد، هو الغياب الذي يمثل الإخلال بالالتزام المفروض على الشخص المعلن إليه والذي يفترض سبق إعلانه بالجلسة إعلاناً صحيحاً، لأنه إذا ثبت علم المشتكى عليه بواقعة الإدعاء الجنائي سواء بإعلانه شخصياً بمذكرة الدعوى، أو بوسيلة أخرى يستنتج منها العلم اليقيني بواقعة الإدعاء الجنائي، مثل هذا العلم ينشئ عليه التزاماً بالمثول إلى القضاء.

ولكن عدم امتثال المشتكى عليه لأمر القضاء وامتناعه عن الحضور وبدون معذرة مشروعة، يستلزم من المشرع التدخل ليقرر للغياب جزاء يكون رداً على قصد السيئ لأن الغياب العمدي عن جلسات المحاكمة من شأنه أن يعطل وقت القاضي

ويشغله بطعون هي نتاج المماثلة والتسويق من شخص يقصد من شخص يقصد عدم الامتثال لأمر القضاء والاستهتار بمذكرات الدعوى بالحضور.

وخطة التشريعات المقارنة تنطلق من تقرير قاعدة الحضور الشخصي للمشتكى عليه (الظنين أو المتهم) إذا أعلن بموعد الجلسة إعلاناً صحيحاً. ولكنها في الوقت تحتاط في تقرير جزاءات على الغياب العمدي، ويختلف نطاقها من تشريع إلى آخر. ومن هنا جاءت أهمية دراسة قاعدة الحضور للمشتكى عليه لإجراءات المحاكمة وأثر غيابه على الأحكام الجزائية، وهذا الدراسة تنطبق من خلال استعراض المناهج التشريعية في تقرير الجزاء المترتب على الغياب العمدي للمشتكى عليه، فبعضها يوسع في دائرة الأجزاء المقررة العمدي، والبعض الآخر يضيق من نطاق تلك الأجزاء.

ويعد التشريعين الفرنسي والمصري في مقدمة التشريعات التي تأخذ بالمنهج الموسع من جهة تقرير الجزاءات المقررة للغياب العمدي، وضمن محددات بعضها يتعلق بالأثر المترتب على الإعلان للمشتكى عليه، وبعضها يتعلق بطبيعة حضور أو غياب المشتكى عليه لجلسات المحاكمة.

والمشرع الأردني، يسير في نهج التشريعات التي تضيق من نطاق الجزاء المقرر على الغياب العمدي، ولا يتقرر إلا في حالات محددة ومتعلقة بطبيعة حضور أو غياب المشتكى عليه لجلسات المحاكمة.

خطة البحث:

ونخصص لهذا الموضوع ثلاثة فصول: الأول تخصصه في قاعدة أن حضور المشتكى عليه لإجراءات المحاكمة يتطلب إعلاناً صحيحاً. والجلسة إعلاناً صحيحاً. والفصل الثاني نخصصه لموضوع نطاق حضور المشتكى عليه لإجراءات المحاكمة. أما الفصل الثالث فنخصصه في الجزاء المترتب على غياب المشتكى عليه عن إجراءات المحاكمة.

الفصل الأول

حضور المشتكى عليه لإجراءات المحاكمة يتطلب إعلانه بموعد الجلسة إعلاناً صحيحاً

أهمية الإعلان المسبق بموعد جلسة المحاكمة:

يعد الإعلان الصحيح بموعد جلسة المحاكمة إلى الخصوم هو السبب المنشئ للالتزام المعلن إليه بالحضور في الموعد المحدد لجلسة المحاكمة. ويتم ذلك بتبليغ المراد إعلانه بمذكرة الدعوى أو ما يطلق عليه اصطلاحاً في التشريعين المصري والفرنسي "بورقة التكليف بالحضور".

والإعلان هو إعلام المشتكى عليه بالإدعاء الجنائي المقام ضده أمام قضاء الحكم المختص. ويتعين أن تكون وسيلة الإعلان وفق الطرق المقررة قانونياً، حتى يكتسب الصحة، وبالتالي ينتج آثاره القانونية. وفي مقدمة هذه الآثار أن الإعلان الصحيح هو شرط اتصال ودخول الدعوى في حوزة المحكمة. كما أنه يترتب على ثبوت صحة الإعلان هو نشوء الصلاحية للمحكمة في إجبار المشتكى عليه بالحضور عن طريق إصدار مذكرات الإحضار والقبض.

كما أن هناك من التشريعات ما ترتب على صحة الإعلان للشخص المراد تبليغه، سواء بلغ بشخصه أو ثبت علمه اليقيني بموعد الجلسة، إن الحكم الصادر في غيبته يكون حكماً حضورياً اعتبارياً لا حكماً غيابياً وهو المنهج الذي يقره التشريعين المصري والفرنسي.

وبالنظر إلى أهمية النتائج المترتبة على الإعلان المسبق للشخص المراد تبليغه بحضور الجلسة في موعدها، وجدنا من الأهمية دراسة هذا الموضوع بصورة مستقلة لارتباطه بصورة وثيقة بقاعدة حضور المشتكى عليه، لأنه وفق حضور المشتكى عليه أو غيابه عن جلسات المحكمة يتحدد النطاق التشريعي لمنهج التشريعات المقارنة في تحديد نطاق الآثار الإجرائية المترتبة على ذلك.

تقسيم:

سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، الأول نخصه في طرق إعلانه المشتكى عليه بمذكرة الدعوى. والمبحث الثاني نخصه لميعاد الحضور

ومشتملات مذكرة الدعوى. أما المبحث الثالث فنخصصه لموضوع نطاق بطلان
مذكرة الدعوى وأحوال الاستغناء عنها.

المبحث الأول

طرق إعلان مذكرة الدعوى

- استخلاص طرق إعلان مذكرة الدعوى:

تنص المادة ١٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنية، على أنه "تبلى الأوراق القضائية بمعرفة محضر أو أحد أفراد الشرطة أو الدرك وفقاً للأصول المعينة في قانون أصول المحاكمات الحقوقية مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في هذا القانون".

وحددت المواد ٨٠٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وسائل وطرق الإعلان للشخص المراد إعلانه وفي مقدمتها الإعلان للشخص المراد إعلانه أم في محل إقامته أم في محل عمله.

وتتفق في هذا المنهج مع المقرر في التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي، مع اختلاف في بيان الأثر المترتب على الغياب رغم إعلان المشتكى عليه لشخصه أو إعلانه بطريقة يستنتج منها العلم اليقيني بموعد الجلسة.

وعليه يتعين أن يتم الإعلان لورقة التكليف بالحضور وفق الطرق والترتيب الذي حدده المشرع وعلى النحو المبين أدناه.

- وجد، الإعلان لورقة التكليف بالحضور وفق الترتيب الذي حدده المشرع

ونهج التشريعات المقارنة في تحديد وسائل الإعلان بمذكرة الدعوى يتفق على ضرورة أن يكون الإعلان لشخص المراد تبليغه إن وجد، وإن تعذر ذلك، فيكون في موطنه أو محل إقامته ثم الإعلان في مكان العمل.

وعليه يتعين على المحضر (المكلف بالتبليغ) أن يسعى ابتداءً نحو البحث عن الشخص المراد تبليغه لإعلانه بذاته، وإذا تعذر ذلك فيتم طبقاً لوسائل الإعلان الأخرى ووفق الترتيب الذي حدده التشريع المقارن، وعلى النحو الذي نبينه تباعاً في البنود التالية:

أولاً: الإعلان لشخص المشتكى عليه (الظنين أو المتهم):

يعد الإعلان لشخص المشتكى عليه (الظنين أو المتهم) أقوى صور الإعلان فعالية في تحقيق علم المراد تبليغه بالإعلان الجنائي المقام ضده أمام القضاء

الجنائي فتسليم مذكرة الدعوى إلى المشتكى عليه شخصياً وتوقيعه باستلامها معناه ثبوت علمه اليقيني بواقعة الدعوى القائمة ضده وبالتالي لا يصح له الاحتجاج بعدم علمه بالإدعاء المقام ضده. والإعلان لشخص المشتكى عليه ينشئ عليه الالتزام بالامتنال إلى أمر القضاء لحضور الجلسة المحددة لنظر الدعوى إلا إذا تقدم بمعذرة مشروعة حالت دون حضوره الجلسة وقبلت المحكمة تلك المعذرة.

وتتفق خطة التشريعات المقارنة على اعتبار الإعلان لشخص المشتكى عليه من أقوى وسائل الإعلان لمذكرة التكليف بالحضور، ونصت على تلك المادة السابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية والتي جاء فيها "يتم تبليغ الأوراق القضائية بتسليم نسخة منها إلى المطلوب تبليغه أينما وجد ما لم يرد نص بخلاف ذلك" وهذا معناه أنه يتعين على المحضر أن يبذل ما في وسعه كي يوصل الإعلان إلى الشخص المعلن عليه، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١/٥٥٥ من قانون الإجراءات الفرنسي وهو يستلزم السعي الحثيث من قبل المحضر لتسليم ورقة الإعلان إلى شخص المراد تبليغه ولكن بشرط معرفة المحضر لهذا الشخص والاستدلال عليه، فضلاً عن ضرورة تحقق المحضر من شخصية المراد تبليغه وبالتالي بطلان الإعلان إذا سلم لشخص غير المراد تبليغه^(١).

والإعلان لشخص المشتكى عليه وفقاً لما ذكر، يجوز أن يتم في أي مكان يجده فيه المحضر ولو في غير موطنه، فيمكن إجراء الإعلان لهذا الشخص إذا تصادف وجوده في الطريق العام، أو في مقر عمله طالما هذا المكان يدخل في نطاق الاختصاص المحلي للمحضر^(٢).

(١) د. محمد زكي أبو عامر: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٩٧، د. محمد جابر جبرة: غياب المتهم في مرحلة المحاكمة في قانون الإجراءات الجنائية المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٥٣-٥٨.

(٢) د. عاشور السيد مبروك: نظرات في طرق تسليم الإعلان، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٨٨، ص ٥١-٥٣.

ثانياً: الإعلان في محل الإقامة أو للوكيل:

إذا لم يتيسر للمحضر إعلان المشتكى عليه بشخصه في موطنه أو محل عمله بسبب عدم معرفة المحضر به أو لعدم تواجده في محل إقامته أو عمله، فإنه يتعين أن يتم تسليم الورقة إلى وكيله أو مستخدمه أو لمن يكون ساكناً معه من الأصول أو الفروع أو الأزواج أو الأخوات ممن يدل ظاهراً على أنهم أتموا الثامنة عشرة من عمرهم، على أن لا تكون مصلحة المطلوب تبليغه متعارضة مع مصلحتهم (م ٨ أصول محاكمات حقوقية)^(١).

وهذا النص يفترض أنه لم يتيسر الإعلان لشخص المراد تبليغه، فإذا وجد وكيلاً له فيتم إعلانه بمذكرة الدعوى، وبدلالة الفقرة الثانية من المادة السابعة من نفس القانون، والتي جاء فيها "يجوز لأي شخص أن يعين آخر يقيم في دائرة اختصاص المحكمة وكيلاً عنه لقبول تبليغ الأوراق القضائية"^(٢).

كما يجيز المشرع أن يتم الإعلان إلى مستخدم المراد تبليغه، لأن المشرع هذا يفترض أن يقوم المستخدم بتسليم ورقة التبليغ إلى المراد تبليغه. كما أن المشرع أجاز أن يتم التبليغ لأي شخص ممن يكون ساكناً مع المراد تبليغه سواء من الأصول أو الفروع أو الأزواج أو الأخوة أو الأخوات، ولكن شريطة الاستدلال من ظاهراً أنهم أتموا الثامنة عشرة من العمر^(٣)، وأن لا تكون مصلحة المراد تبليغه متعارضة مع مصلحتهم.

(١) ويقترب من هذا المنهج: خطة المشرع الفرنسي (م ٥٥٦ إجراءات جزائية)، وخطة المشرع المصري (م ١٠ من قانون المرافعات)، أنظر: د. حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، ١٩٨٣، رقم ٢٧١، ص ٦٠٦.

(٢) والتوكيل لقبول التبليغ من الموكل قد يكون بتوكيل عام أو توكيل خاص شريطة أن يتم بصك كتابي ويضم إلى ملف الدعوى حسب الفقرة الثالثة من المادة السابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(٣) ولا يشترط المشرع الفرنسي أن يكون متسلم الإعلان كامل الأهلية، فيكفي أن يكون مميزاً ومدرراً لأهمية الورقة المراد تبليغها.

والمشرع الفرنسي طبقاً للمادة ٥٥٦ يجيز تسليم ورقة الإعلان إلى أحد الأقارب أو الأصهار دون اشتراط الإقامة مع المراد تبليغه، كما يجيز المشرع الفرنسي تسليم ورقة الإعلان لأي شخص يقيم مع المراد تبليغه ولو لم يكن بينهم صلة قرابة أو نسب، لأن إقامة متسلم الإعلان مع المراد تبليغه تضمن وصول الإعلان إلى الشخص المراد تبليغه. وكل ما يشترطه المشرع الفرنسي في هذا الشأن أن يتعين على المحضر أن يثبت في أصل ورقة الإعلان الصفة التي تبرر تسلمها إلى غير المراد تبليغه واسم صورة الإعلان. لاسيما إذا كانت صفته لكونه مقيماً مع المراد تبليغه.

ويضيف المشرع الفرنسي قيداً آخر عند إعلان المتهم في موطنه ولغير شخصه، وهو وجوب إرسال خطاب مسجل مصحوباً بعلم الوصول إلى المعلن إليه يخبره فيه بواقعة تسليم ورقة الإعلان في موطنه فإذا تسلم المعلن إليه هذا الخطاب ووقع الاستلام للخطاب المسجل فإن الإعلان في محل الإقامة ينتج ذات الأثر التي ينتجها الإعلان لشخص المعلن إليه^(١).

ثالثاً: الإعلان عن طريق إلصاق الورقة القضائية:

نصت على هذه الطريقة من طرق الإعلان المادة التاسعة من قانون أصول المحاكمات المدنية (المعدلة بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١)، وجاء فيها أنه "إذا لم يجد المحضر من يصح تسليم الورقة إليه طبقاً لما هو مذكور في المادة (٨) من هذا القانون، أو امتنع من وجده من المذكورين فيها (غير المطلوب تبليغه) عن التوقيع على ورقة التبليغ بالتسليم، وجب على المحضر أن يلصق نسخة من الورقة القضائية المراد تبليغها على الباب الخارجي، أو على جانب ظاهر للعيان من المكان الذي يقع فيه موطن الشخص المطلوب تبليغه أو في محل عمله، ولكن بشروط

(1) Pradel: L', AUDENCE en l'accuse en droit francais, 1980p.135.

حضور شاهد واحد على الأقل ثم يعيد النسخة من ورقة التبليغ إلى المحكمة التي أصدرتها مع شرح بوقع الحال عليها^(١).

وأضاف المشرع الأردني على أنه "إذا كان هناك مستندات مرفقة بالورقة القضائية المراد تبليغها، فعلى المحضر أن يدون فيها بياناً بضرورة مراجعة المطلوب تبليغه لقلم المحكمة من أجل تسلم تلك المستندات".

وقرر المشرع صراحة في عجز المادة التاسعة على أن "إلصاق الأوراق على الوجه المذكور يعد تبليغاً قانونياً".

رابعاً: الإعلان في الصحف المحلية:

من طرق الإعلان طبقاً لخطة المشرع الأردني أنه يجوز إعلان ورقة التكليف بالحضور (مذكرة الدعوى) عن طريق نشر الإعلان في صحيفتين محليتين يوميتين. ونص المشرع على هذا الوسيلة إذا تم استنفاد طرق الإعلان السابق، أو تعذر التبليغ بأحد الطرق المذكورة ونصت على ذلك صراحة المادة ١٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية، وجاء في فقراتها الأولى (والمعدلة بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١) على أنه "إذا وجدت المحكمة أنه يتعذر إجراء التبليغ بنشر إعلان في صحيفتين محليتين يوميتين، على أن يتضمن الإعلان ضرورة مراجعة المطلوب تبليغه قلم المحكمة لتسلم المستندات إن وجدت ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه يجب أن يعين في قرار الإعلان المذكور موعداً لحضور المطلوب تبليغه أمام المحكمة.

خامساً: الإعلان في مقر العمدية أو البلدية طبقاً للتشريعين الفرنسي والمصري:

من المقرر في التشريع الفرنسي، أنه إذا لم يجد المحضر المتهم نفسه أو لم يجد من يصح تسليم ورقة الدعوى إليه، أو امتنع من وجده من المذكورين في المادة ٥٥٦ عن التوقيع على الأصل بالاستلام أو استلام الصورة وجب على المحضر التحقق فوراً من صحة محل إقامة المراد تبليغه وأنه خاص به وبعد التثبت من ذلك

(١) وتنص هذه الوسيلة من وسائل الإعلان المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

يثبت ذلك في أصل ورقة الإعلان، ثم تسلم صورة الإعلان في مقر العمدية أو إلى نائبه (المادة ٥٥٨ إجراءات فرنسي) أو إلى عضو المجلس البلدي المفوض أو إلى سكرتير البلدية^(١).

ونصت على الحكم تقريباً المادة ١١ من قانون المرافعات المدنية المصري، ولكن يشترط التشريعين الفرنسي والمصري قيد آخر وهو ضرورة إرسال المحضر خطاباً مسجلاً إلى المعلن إليه في موطنه، وخلال مدة ٢٤ ساعة (طبقاً للمشرع المصري) ويتضمن إخباره عن تسليم صورة الإعلان إلى مقر العمدية أو البلدية أي إعلامه بأنه أعلن في جهة الإجازة وإذا ما وقع المعلن إليه باستلام الخطاب المسجل بعلم الوصول فإن الإعلان لجهة الإدارة بهذه الطريقة ينتج آثاره القانونية ويصبح له قوة الإعلان لشخص المتهم ذاته.

وما ينبغي الإشارة إليه إن المشرع الفرنسي في المادة ١/٥٦٠ من قانون الإجراءات الجزائية ينص على أنه "إذا لم يكن للمعلن إليه محل إقامة أو كان له محل إقامة غير معلوم يقوم المحضر بتسليم ورقة الإعلان إلى النيابة العامة بالمحكمة المختصة ثم يقوم مأمور الضبط القضائي بالبحث عن مكان إقامة المعلن إليه فإذا وجده يخطر بالإعلان الذي وجه إليه في محل إقامته أو في مقر العمدية أو لدى النيابة العامة"^(٢).

ويقترّب من ذلك المشرع المصري حيث نصت المادة ٢/١٣ من قانون المرافعات المدنية المصري وجاء فيها "إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن له في مصر أو في الخارج وتسلم صورتها للنيابة العامة"^(٣).

(1) David (p) hussier de justice, repertone, Dalloz, 1987, no.28.

(2) David: OP. cit, NO.33.

(3) د.حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٦٠٨.

سادساً: كيفية تبليغ السجين أو إذا كان المراد تبليغه مقيم في الخارج:

كما يتعين الإشارة إلى انه إذا كان المراد تبليغه بمذكرة الدعوى سجيناً فإنه تسلم مذكرة الدعوى لمدير السجن والأخير بدوره يتولى تبليغها له (م ١٠/٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية).

وإذا كان المطلوب تبليغه مقيماً في بلد أجنبي وكان موطنه فيه معروفاً تسلم الأوراق لوزارة العدل لتبليغها إليه بالطرق الدبلوماسية ما لم يرد نص على خلاف ذلك في البلد المقيم فيها (م ١٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية والمعدلة بقانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠١).

المبحث الثاني

ميعاد الحضور و مشتملات ورقة الإعلان بالحضور
أولاً: ميعاد الحضور:

لم يرد نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني يحدد ميعاد للحضور، سيما في الجرائم الجنحية والمخالفات التي تدخل في اختصاص محكمة الصلح فقد ورد نص في قانون محاكم الصلح يوجب أن يكون بين اليوم الذي يحضرون فيه للمحكمة مهلة ٢٤ ساعة على الأقل مع مراعاة مواعيد المسافة والعطل الرسمية.

وبالتالي فإن ميعاد التكليف في الجنب الداخلية في اختصاص محكمة البداية يترك لتقدير محكمة الموضوع مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمسافة وامتداد الميعاد إذا صادف الميعاد عطلة رسمية^(١).

أما في مواد الجنايات، فقد ورد النص صراحة في المادة ٢٠٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه "يبلغ المدعي العام صورة عن قرار الاتهام

(١) ومن المقرر في التشريع الأردني إن اليوم الذي يجري فيه التبليغ لا يدخل في احتساب الميعاد كما لا يحسب اليوم الذي حدث فيه الأمر المعتبر في نظر القانون مجزياً للميعاد (م ٢٣ من أصول المحاكمات الحقوقية).

ولائحة الاتهام وقائمة بأسماء الشهود قبل يوم المحاكمة بسبعة أيام على الأقل مع مراعاة مواعيد المسافة حسب القواعد المقررة".

أما المشرع المصري، فقد نص على ميعاد الحضور في صلب قانون الإجراءات الجزائية، وحدده بأن لا يقل عن يوم كامل في مواد المخالفات، وثلاثة أيام كاملة في مواد الجرح (م ٢٣ إجراءات جنائية)، وثمانية أيام في الجنايات، وإذا كان المتهم مقيماً خارج أراضي الدولة المصرية فيتم تبليغه بالحضور قبل الجلسة لنظر الدعوى بشهر على الأقل.

أما المشرع الفرنسي، فيحدد ميعاد الحضور حسب محل إقامة المتهم وهي تتراوح بين عشرة أيام وشهر وشهرين حسب الأحوال فإذا كان المكلف الحضور مقيم في احد مقاطعات الأقاليم فميعاد تبليغه بالحضور يكون عشرة أيام قبل الجلسة المحددة أمام نفس المحكمة في ذات الإقليم وتزداد المدة إلى شهر إذا كان المكلف بالحضور مقيم في مقاطعة أخرى غير التي تقع بها المحكمة المكلف للمثول أمامها وتزداد المدة إلى شهرين إذا كان المكلف بالحضور يقيم في الخارج^(١).

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو حكم المسألة إذا أعلن المتهم للحضور بميعاد أقل من الميعاد المقرر قانوناً.

من المتفق عليه أن ذلك لا يؤثر على صحة الإعلان كأصل عام ولكن يتعين التفريق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا غاب المتهم ولم يحضر في الميعاد المحدد له بورقة الحضور **والفرض الثاني:** إذا حضر المتهم في الميعاد المحدد له في ورقة الإعلان وكان أقل من الميعاد المقرر قانوناً.

لا تبدو أية صعوبة في الإجابة على الفرضين: فإذا غاب المتهم أو الظنين عن الموعد المحدد للجلسة فإنه يتعين على المحكمة أن تؤجل الدعوى وتعيد إعلانه (وفق ميعاد الحضور) كما يحدده القانون أما في الفرض الثاني إذا حضر الظنين

(١) انظر د. محمد جابر جبرة: غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، المرجع السابق، ص ١٩٥.

في الميعاد المحدد له في ورقة التبليغ فإن طلب التأجيل وجب على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه وتمنحه فترة جديدة لا تقل عن الميعاد المقرر قانوناً^(١).

ثانياً: مشتملات ورقة تبليغ الدعوى:

يتعين أن تشتمل ورقة إعلان الدعوى إلى الخصم على بيانات أساسية وذات صلة بالوقائع المنسوبة إلى المشتكى عليه فبالإضافة إلى البيانات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الحقوقية، فإنه يتعين اشتمال ورقة التبليغ على التهمة المنسوبة إلى الظنين ومواد القانون واجبة التطبيق على الواقعة وهذا ما نقسمه إلى فئتين من البيانات: العامة منها ثم الخاصة.

أ- البيانات العامة:

وقد حددت المادة ٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية البيانات اللازمة لتوافرها في ورقة التبليغ وهي:

- تاريخ اليوم والشهر والسنة والساعة التي حصل فيها التبليغ.
- اسم طالب التبليغ بالكامل وعنوانه واسم من يمثله إن وجد.
- اسم المحكمة أو الجهة التي يجري التبليغ بأمرها.
- اسم المبلغ إليه بالكامل وعنوانه أو من يمثله إن وجد.
- اسم المحضر بالكامل وتوقيعه على كل من الأصل والصورة.
- موضوع التبليغ.
- اسم من سلم التبليغ وتوقيعه على الأصل بالاستلام أو إثبات امتناعه وسببه.

ب- البيانات الخاصة:

وهي البيانات المتعلقة بالوقائع الجرمية المنسوبة إلى المشتكى عليه (الظنين أو المتهم).

(١) ونص على ذلك المادة ٥٥٣ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي: وطلب التأجيل من الخصم يتعين أن يكون قبل الخوض في موضوع الدعوى، أو قبل إيداع الدفاع انظر: د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ١٩٧.

ففي مواد الجرح والمخالفات يتعين أن تشمل ورقة الإعلان على الجرح أو المخالفة المنسوبة إلى المشتكى عليه ومواد القانون واجبة التطبيق على الواقعة. أما في مواد الجنايات فإن المشرع استلزم تبليغ المتهم بمذكرة الحضور مع إعلامه بقرار الاتهام ولائحة الاتهام ونصت على ذلك المادة ٢٠٣ (أصول جزائية)، وجاء فيها: يجب على المدعي العام حالما يصدر قرار الاتهام أن يصرف اهتمامه بتنظيم لائحة الاتهام وقائمة بأسماء الشهود ويقوم بتبليغها مع قرار الاتهام إلى المتهم بعد أن يودع اضبارة الدعوات إلى المحاكمة ويقوم بإتمام المعاملات الأولية واتخاذ الوسائل اللازمة لإجراء المحاكمة في الموعد المعين لها^(١).

ثالثاً: آلية تبليغ مذكرات الدعوى:

الأصل أن يتم تبليغ مذكرة الدعوى (أو ورقة التكليف بالحضور) عن طريق ما يطلق عليهم بالمحضرين: ولكن لا يوجد ما يمنع أن يتم التبليغ بمعرفة أحد أفراد الشرطة أو الدرك ونصت على ذلك المادة ١٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية وجاء فيها "تبلغ الأوراق القضائية بمعرفة محضر أو أحد أفراد الشرطة أو الدرك...."^(٢). ولكن المشرع الأردني أجاز في قانون أصول المحاكمات المدنية المعدل بقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠١ أن يتم التبليغ بواسطة شركة خاصة واحدة أو أكثر يعتمدها مجلس الوزراء بناء على تنسيب وزير العدل ويصدر لهذا الغرض نظام خاص لتمكين تلك الشركة من القيام بإعمالها وفق أحكام هذا القانون (م ١/٣/٦ معدل بقانون ١٤ لسنة ٢٠٠١)^(٣).

ونصت الفقرة (ب) من البند الثالث من المادة السادسة منها أنه "يعتبر محضراً بالمعنى المقصود من هذا القانون موظف الشركة الذي يتولى عملية التبليغ".

(١) ويقابل ذلك نصوص المواد ٥٥٠، ٥٥١ إجراءات جزائية فرنسي، و ٢٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على إن "كل تبليغ يكون بواسطة محضرين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(٣) وصدر النظام الخاص للتبليغ بواسطة الشركات بموجب نظام رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠١.

المبحث الثالث

نطاق بطلان مذكرة الدعوى وأحوال الاستغناء عنها

أولاً: بطلان مذكرة تبليغ الدعوى:

من المستقر عليه أن تبليغ مذكرة الدعوى للمشتكى عليه خلافاً للقواعد والأصول المحدد قانوناً يترتب عليه بطلان التبليغ وبالتالي بطلان التبليغ وبالتالي بطلان إجراءات رفع الدعوى المبنية على التبليغ الباطل.

ونصت على ذلك صراحة المادة ١٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والتي جاء فيها يترتب البطلان على عدم مراعاة مواعيد وإجراءات التبليغ وشروطه المنصوص عليها في المواد السابقة (وهي المواد الواردة بشأن تبليغ مذكرة الحضور ٧-٨-٩).

ولكن البطلان المترتب على مخالفة أصول وقواعد تبليغ مذكرة الدعوى هو بطلان نسبي وذلك لتعلقه بمصلحة المراد تبليغه ولا يمس النظام العام^(١). وهو ما يخضع لحكم المادة السابعة من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والمعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ في فقرتها الثالثة والتي نصت على أنه "يزول البطلان إذا تنازل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً".

وبالتالي إذا شاب العيب أحد طرق إعلان مذكرة التبليغ للمشتكى عليه فإنه يترتب على هذا العيب هو بطلان التبليغ وبالتالي عدم صحة مباشرة إجراءات المحاكمة ولكن هذا العيب يمكن تصحيحه إذا حضر المشتكى عليه لجلسة المحاكمة وطلب قبل الخوض في موضوع الدعوى إعادة إعلانه وتكليف بالحضور أو إعطائه ميعةً جديدةً لتحضير دفاعه فإنه ينبغي على المحكمة إجابة طلبه وإعادة تبليغه وفق الأصول المقررة قانوناً.

والتمسك بالبطلان لا يكون بطلب تقرير بطلان ورقة الإعلان إنما يكون تصحيح التكليف وإعادة أو استيفاء أي نقص فيه^(٢). وطبقاً لخطة المشرع الفرنسي

(١) ونصت على ذلك المادة ٣٣٤ من قانون الإجراءات المصري.

(٢) حسن صادق المرصفاوي: المرجع السابق، ص ٢٧٢، ص ٦٠٩.

فان ورقة التكليف بالحضور تبطل طبقاً لنص المادة ٥٥٣ من قانون الإجراءات الجنائية إذا لم تراعى المواعيد المقررة بالمادة ٥٥٢ من ذات القانون ولم يحضر المتهم الجلسة أما إذا حضر فان التكليف بالحضور لا يقع باطلاً ولكن تقضي المحكمة بتأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية بناء على طلب المتهم وقبل إبداء أي دفاع في الموضوع...^(١). ومن تطبيقات بطلان ورقة التكليف بالحضور إذا أغفلت المحكمة بيان جوهري تعلق بموضوع الاتهام وعلى النحو الذي يخل بحق الدفاع^(٢)، أو إغفال القانوني المنطبق على الواقعة الإجرامية^(٣)، أو إغفال اسم المحكمة التي يتعين على المتهم المثول أمامها^(٤).

ثانياً: نطاق الاستغناء عن تبليغ مذكرة الدعوى بالحضور التلقائي للمشتكى عليه:

ورد النص صراحة في المادة ٢/٢٣٢ من قانون الإجراءات المصري على أنه "يجوز الاستغناء عن تكليف المتهم بالحضور إذا حضر الجلسة ووجهت إليه التهمة النيابة العامة وقبل المحاكمة". وهذا التطبيق قاصر على مواد الجرح والمخالفات. ويتحقق هذا الافتراض في حالتين فيما لو تبين للنيابة العامة في جلسة المحاكمة إن أحد الشهود قد ساهم مع المتهم في ارتكاب الجريمة ثم رأت النيابة العامة رفع الدعوى عليه، فإن قبل ذلك تصبح إجراءات المحاكمة صحيحة وبدون تكليف سابق بالحضور. كما يتحقق هذا الافتراض في أحوال رفع النيابة العامة الدعوى على المتهم في تهمة أخرى لم ترد في ورقة التكليف بالحضور المبلغ إليه وقبل المتهم ومحاكمته عن تلك الواقعة تصبح المحاكمة صحيحة طالما قبل المتهم بذلك وتصبح الدعوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة. وغاية الأمر أنه ينبغي على القاضي أن يمنح المتهم أجلاً للإطلاع على التهمة، وإعداد دفاعه وألاً يقل هذا الأجل عن ثلاثة أيام كاملة في الجرح، ويوم كامل المخالفات.

(1) Stefani et levasseur, et Bouloc: procedure penal, t.11. Dalloz. 1980, no.445, p.557.

(2) Pradel: PROCEDURE penal. Cujas. 1990, no.362, p.356.

(3) Pradel: op.cit., p.356.

(4) Stefani et levasseur, bouloc: procedure penal. 1980, no.447, p.570.

ويأخذ المشرع الفرنسي بهذا النهج في مواد المخالفات والجنح البسيطة فقد ينعقد الاختصاص للمحكمة بنظر الدعوى المرفوعة على المتهم في الجرائم المذكورة، طالما حضر الجلسة باختياره وبدون تبليغ سابق بمذكرة الدعوى. غاية ما في الأمر أنه أخطر بموعد الجلسة من النيابة العامة دون إصدار مذكرة بالحضور^(١).
وقنن المشرع الفرنسي هذا المنهج في المادة ٣٥٢ بشأن المخالفات والمادة ٣٩٨ بشأن الجنح.

وبكن يشترط لدخول الدعوى في حوزة المحكمة حضور المتهم بشخصه أمام المحكمة أو عن طريق وكيله في الأحوال التي يجوز فيها الحضور التمثيلي طبقاً لخطة المشرع الفرنسي. وعليه إذا أخطر المتهم بالحضور ولم يحضر فعلياً بعد الإخطار، فلا ينعقد الاختصاص للمحكمة ولا تملك إصدار حكماً غيابياً، إنما ينبغي على النيابة العامة تكليفه بالحضور لجلسة تالية طبقاً لقواعد التبليغ المقررة قانوناً^(٢).
ومن التطبيقات الأخرى للاستغناء عن التكليف بالحضور طبقاً لخطة المشرع الفرنسي وبدون إخطار سابق من النيابة العامة، هو الحضور الاختياري للمتهم جلسة المحاكمة في مواد الجنح والمخالفات وعدم اعتراضه على قبول محاكمته فإذا قبل صراحة المحاكمة تدخل الدعوى في حوزة المحكمة. ولو لم يكن هناك إخطار سابق بالحضور من النيابة العامة. ويتحقق ذلك عندما يكون المتهم مفرجاً عنه وحضر الجلسة باختياره. أما إذا حضر الجلسة جبراً لكونه محبوساً احتياطياً، فقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٨ من قانون الإجراءات الفرنسي أنه يتعين على المحكمة أن تتحقق من قبول المتهم صراحة للمحاكمة وأن يثبت القاضي ذلك بالحكم.
كما يعرف المشرع الفرنسي الحضور التلقائي للمتهم لجلسة المحاكمة في حالتين: حالة التلبس بالجريمة، وحالة تأجيل النطق بالعقوبة.

فإذا ضبط المتهم متلبساً بجريمة يخطره نائب الجمهورية (في حالة عدم تقرير حبسه) بمكان وساعة وتاريخ انعقاد الجلسة، وثبت ذلك في محضر الاستجواب عند

(1) Stefani et levasseur, bouloc: op.cit.,no.115, p.111.

(2) Pradel: procedure penal: op. cit., no.415, p.519.

إثبات حالة التلبس. ونصت على ذلك المادة ٧١ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ٧٠١ لسنة ١٩٧٥^(١).

كما يتحقق الحضور التلقائي للمتهم دون تكليف سابق بالحضور عند تأجيل النطق بالعقوبة. ونصت على ذلك المادة ٤٦٩ في فقرتها الأولى (معدلة بالقانون رقم ٩٣-٩١٣ الصادر عام ١٩٩٣) والتي تتضمن بأن محكمة الجench والمخالفات تستطيع أن تؤجل النطق بالعقوبة، وإذا قررت ذلك فإنها تحدد موعد آخر للجلسة وتعلن للمتهم. والتأجيل يجب أن يتم بحضور المتهم شخصياً وإعلانه بموعد الجلسة التالية يعد بمثابة تكليف بالحضور.

(١) وألغيت المادة ٧١ بالقانون رقم ٨١-٨٢ الصادر سنة ١٩٨١، وحل محلها المادة ٤٧ من القانون المذكور.

الفصل الثاني

نطاق حضور المشتكى عليه (الظنين أو المتهم) لإجراءات المحاكمة

- استخلاص حالات الحضور الوجوبي لإجراءات المحاكمة:

يتفق منهج التشريعات المقارنة على وجوب حضور المتهم في جناية لإجراءات المحاكمة، ويحضر عليه أن ينيب وكيلًا عنه في إجراءات المحاكمة. أما في مواد الجرح، فأغلب التشريعات المقارنة توجب حضوره كأصل عام سيما الجرح المعاقب عليها بالحبس مع اختلاف واضح في مناهجها سواء من جهة الجرح المعاقب عليه بالحبس لمدة معينة أو الجرح المعاقب عليها بالحبس إذا كان الحكم فيها واجب النفاذ فوراً (كما هو مقرر في التشريع المصري).

وفي مواد المخالفات تتفق أغلب التشريعات المقارنة على جواز الحضور التمثيلي للمشتكى عليه أي بواسطة وكيل عنه فلا يكون المشتكى عليه ملزماً بالحضور شخصياً.

تقسيم:

وتأسيساً على ما سبق يتحدد النطاق التشريعي لحضور المشتكى عليه (الظنين أو المتهم) لإجراءات المحاكمة في محورين: الأول في إطار الحضور الشخصي الوجوبي للمشتكى عليه (الظنين أو المتهم) لإجراءات المحاكمة. والثاني في إطار الحضور التمثيلي للمشتكى عليه لإجراءات المحاكمة. وخصصنا لكل منهما مبحثاً مستقلاً: الأول في الحضور الشخصي الوجوبي للظنين أو المتهم. أما المبحث الثاني فنخصصه في الحضور التمثيلي للمشتكى عليه (الظنين أو المتهم) لإجراءات المحاكمة.

المبحث الأول

الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم (أو الظنين) في مرحلة المحاكمة

- النطاق التشريعي في الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم (أو الظنين) لإجراءات المحاكمة:

يستقر منهج التشريعات المقارنة على وجوب الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم في مواد الجنايات وحضوره يكون بأمر القانون، ويحظر عليه توكيل غيره لحضور جلسات المحاكمة.

أما في مواد الجنح، فيختلف منهج التشريعات بخصوص الجنح المعاقب عليها بالحبس، فبعضها تأخذ بوجوب الحضور الشخصي للظنين في جنحة طالما معاقباً عليها بالحبس وبصورة مطلقة. والبعض الآخر تضيق من نطاق الحضور الشخصي، بحيث تجيز الحضور التمثيلي في الجنح المعاقب عليها بالحبس إذا كانت العقوبة تقل عن مقدار معين (كالتشريع الفرنسي)، أو كانت العقوبة المقررة للجنحة عي الحبس، ولا يكون واجب النفاذ فور صدور الحكم فيها (كالتشريع المصري).

وحرصاً من التشريعات المقارنة في تقرير الأصل العام من حضور المشتكى عليه لإجراءات المحاكمة فإنها حتى في حالات الحضور التمثيلي للمشتكى عليه (بواسطة وكيل) فإنها تقيد الحضور التمثيلي على موافقة المحكمة في ذلك، وجاء هذا القيد بعبارة (مع عدم الإخلال بما للمحكمة من حق طلب حضوره شخصياً).

وعليه فإن الحضور الوجوبي للمتهم أو الظنين. إما أن يكون بأمر القانون، وقد يكون مصدره السلطة التقديرية للمحكمة النازرة في الدعوى الجزائية.

التقسيم:

سوف نعالج نطاق الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم أو للظنين في مطلبين: الأول نخصه لحالات الحضور الشخصي الوجوبي بأمر القانون. والثاني نخصه لحالات الحضور الشخصي الوجوبي للظنين أو المشتكى عليه بأمر المحكمة.

المطلب الأول

الحضور الوجوبي للمتهم أو الظنين بأمر القانون

- استخلاص حالات الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم أو الظنين بأمر القانون: تكاد تعتمد التشريعات المقارنة معيار تقسيم الجرائم إلى جنايات أو جنح أو مخالفات أساساً في تحديد نطاق الحضور الشخصي للمتهم أو الظنين لإجراءات المحاكمة. إذ تتفق على قاعدة الحضور الوجوبي للمتهم في مواد الجنايات بدون أي استثناء.

أما في مواد الجنح لا سيما المعاقب عليها بالحبس، فبعضها تأخذ بقاعدة الحضور الوجوبي الشخصي للظنين، والبعض الآخر منها تضيق من قاعدة الحضور الشخصي ولحساب قاعدة الحضور التمثيلي. وسوف نخصص لذلك فرعين: الأول في الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم في مواد الجنايات. والثاني نخصصه لحالات الحضور الوجوبي للظنين في مواد الجنح.

الفرع الأول

الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم في مواد الجنايات

- استقرار المناهج التشريعية على قاعدة الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم في جناية:

من المستقر عليه في التشريعات المقارنة هو وجوب حضور المتهم شخصياً لجميع جسدت المحاكمة أمام محكمة الجنايات. ولا يقبل عنه وكيلاً للترافع في الدعوى عند غيبته. والمتهم في جناية هو من يسند إليه الادعاء العام تهمة أو اشتراكه لجريمة ذات وصف جنائي. وإحالاته إلى المحكمة الجنائية المختصة يكون بأمر اتهام من النائب العام أو من يقوم مكانه (م ٢٠٦ أصول جزائية أردني). كما يتعين على المدعي العام المختص أن يبلغ المتهم صورة عن قرار الاتهام ولائحة الاتهام وقائمة بأسماء الشهود للتهمة قبل يوم المحاكمة بسبعة أيام على الأقل (م ٢٠٧ أصول جزائية أردني).

والمتهم الذي يبلغ بلائحة الاتهام عليه واجب الحضور أمام المحكمة المختصة والمحاكمة التي تجري في مواجهته تكون حضوري. أما إذا تغيب ولم يحضر أمام المحكمة فلا يجوز حضور وكيل عنه. وبدلالة المادة ٢٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء نصها "لا يقبل وكيل عن المتهم في المحاكمة الغيابية". كما أن المشرع أفرد إجراءات دقيقة في تبليغ والتأكيد على تبليغ المتهم الغائب، حرصاً منه على وجوب الحضور الشخصي الوجوبي لإجراءات المحاكمة^(١).

فإذا لم يحضر بعد استنفاد إجراءات التبليغ المقررة في المواد ٢٤٣-٢٤٤ فيتقرر إجراء محاكمته غيابياً وتتجلى قاعدة الحضور الشخصي للمتهم في مواد الجنايات إن الحكم الغيابي الصادر بإدانة المتهم الغائب يسقط إذا سلم المتهم نفسه إلى الحكومة أو حال القبض عليه (م ٢٥٤ أصول جزائية).

وبناء عليه يتعين التقرير بأن الحضور الشخصي للمتهم في جناية يكون وجوبياً في جميع الأحوال ولا محل للأخذ بقاعدة الحضور التمثيلي للمتهم في الجنايات، وهذا يستخلص من عدة مؤيدات في مقدمتها جسامه الجريمة وعقوبتها التي تستلزم سماع دفاع المتهم وعلى النحو الذي يتعين المحكمة في معرفة الحقيقة، فضلاً عن إجراءات الخاصة بإعلان المتهم الغائب وقبل تقرير إجراء محاكمته كما تستخلص هذه القاعدة من تقرير التشريعات المقارنة في عدم قبول وكيل عن المتهم في جناية عند تقرير المحاكمة الغيابية، وأخيراً يتأيد هذا الحضور الشخصي في تقرير قاعدة السقوط التلقائي للحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب عند حضوره أو القبض عليه.

وعليه حرصت التشريعات المقارنة على إفرد قواعد إجرائية خاصة في تبليغ المتهم وإعلانه بموعد جلسة المحاكمة فالمشرع المصري أفرد نصاً خاصاً بإعلان المتهم في جناية ولم يكتف بالنص العام الوارد في المادة ٢٣٨ من قانون الإجراءات الجنائية في باب الأحكام العامة. إنما استلزم من المحكمة التثبت من صحة إعلان

(١) وتقابلها المادة ٢٣٨ من قانون الإجراءات المصري، و ٦٣٩ من قانون الإجراءات الفرنسي.

المتهم الغائب بجلسة المحاكمة ويستفاد من مفهوم المخالفة من نص المادة ٣٨٤ والذي ورد ضمن الباب الخاص بإجراءات المحاكمة أمام محكمة الجنايات. وجاء نصها "إذا صدر أمر بإحالة المتهم إلى محكمة الجنايات ولم يحضر الجلسة بعد إعلانه قانوناً بأمر الإحالة وورقة التكليف بالحضور للمحكمة أن تحكم في غيبته ويجوز لها أن تؤجل الدعوى وتأمر بإعادة تكليفه بالحضور^(١)."

ويرى جانب من الفقه المصري أن نص المادة ٣٨٤ من قانون الإجراءات بحاجة إلى إعادة نظر إذ يتعين ألا يكتفي بأن يتم إعلان المتهم في جناية بموجب القواعد العامة الواردة بشأن قواعد الإعلان المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون المرافعات المدنية، بل يتعين على المشرع أن يفرد نصاً خاصاً بحيث يوجب إعلان المتهم شخصياً بحيث لا يتقرر إجراء محاكمة المتهم في جناية غيابياً إلا إذا ثبت أنه تم إعلانه شخصياً بأمر الاتهام وورقة التكليف بالحضور^(٢).

أما التشريعين الأردني والفرنسي، فقد أفردا نصوصاً خاصة بإعلان المتهم في جناية وعلى النحو الذي يبين حرصها على وجوب الحضور الشخصي للمتهم أمام محكمة الجنايات.

ونظم المشرع الأردني إجراءات دقيقة لإعلان المتهم في جناية، وأوردها في الباب السابع من الكتاب الثاني من قانون أصول المحاكمات الجزائية وتحت عنوان (محاكمة المتهم الفار من وجه العدالة وفي المواد من ٢٤٣-٢٤٤ من نفس القانون). كما نظمها المشرع الفرنسي في المادتين ٦٢٧ و ٦٢٨ من قانون الإجراءات وتحت عنوان (أمر الغياب) وعلى النحو الذي سنبينه تفصيلاً.

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية: المرجع السابق، ص ٨٦٩؛ د. جلال ثروت: نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٧، رقم ٥٥٠، ص ٥٥٤.

(٢) أنظر في هذا الرأي: د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ٣٦٣.

الفرع الثاني

الحضور الشخصي الوجوبي للظنين في مواد الجنح

تباين منهج التشريعات المقارنة حول الحضور الشخصي للمشتكى عليه (أو الظنين) في مواد الجنح:

يختلف منهج التشريعات المقارنة في تطلب وجوب حضور المشتكى عليه (أو الظنين) إذا ظن عليه بجرمة تستوجب عقوبة جنحوية، لاسيما إذا كانت العقوبة المقررة للجنحة هي الحبس. وهذا ما نوضحه طبقاً لخطة التشريع الأردني، والتشريع الفرنسي، ثم التشريع المصري.

أولاً: الحضور الشخصي الوجوبي للمشتكى عليه (أو الظنين) طبقاً لخطة المشرع الأردني:

المشتكى عليه في مواد الجنح هو من يسند إليه واقعة ارتكابه لجرمة تستوجب عقوبة جنحوية أو اشتراكه فيها، والجنحة وفق خطة المشرع الأردني هي الجريمة المعاقب عليها بالحبس من أسبوع إلى ثلاث سنوات والغرامة من خمسة دنانير إلى مائتي دينار (م ٢٢/٢١ عقوبات أردني).

وفي مجال الاختصاص القضائي فقد جعل المشرع الاختصاص بنظر الدعاوى الناشئة سنتين. جنحة من اختصاص محاكم الصلح تنتظر في الجنح التي لا يتجاوز أقصى العقوبة فيها الحبس مدة سنتين^(١). أما الجنح التي تزيد فيها عقوبة الحبس عن سنتين فتدخل في اختصاص محكمة البداية ولا تدخل الدعاوى في حوزة المحكمة إلا بقرار ظن يصدر المدعي العام (م ١٦٦ أصول جزائية) وعندها يعتبر المشتكى عليه ظنياً (م ٤ أصول المحاكمات الجزائية)^(٢).

وفي المحاكمات التي تتم أمام محكمة البداية بوصفها محكمة جنح، وبعد استنفاد إجراءات تبليغ الظنين بموعد جلسة المحاكمة وبعد التثبت من حصول التبليغ

(١) أنظر صفحة () من البحث.

(٢) وجاء نص المادة ١٦٦ من قانون المحاكمات الجزائية على أنه "لا يقدم شخص للمحاكمة أمام محكمة بدائية من أجل الجرائم التي يخرج حق النظر فيها عن قضاة الصلح أو الجرائم المتلازمة لها، ما لم يصدر بحقه المدعي العام قرار ظن من أجل محاكمته بتلك الجريمة".

وفق الأصول المقررة قانوناً فإنه إذا كانت العقوبة المقررة للجنحة هو الحبس فإنه يتعين على الظنين الحضور الشخصي أمام المحكمة ويمنع حضور وكيل عنه لإجراءات المحاكمة.

وقاعدة الحضور الشخصي الوجوبي للظنين في مواد الجنب أمام محكمة البداية يستخلص من مفهوم المخالفة لنص المادة ١٦٨ في فقرتها الأولى والمعدلة بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١ وجاء فيها "يسوغ للظنين في دعاوى الجنحة غير المعاقب عليها بالحبس أن ينيب عنه وكيلاً ما لم تقرر المحكمة حضوره بالذات"^(١). وهذا النص واضح الدلالة على أن الظنين يجب عليه حضور إجراءات المحاكمة بشخصه أمام محكمة البداية في الجنب المعاقب عليها بالحبس: أي الجنب المعاقب عليها بالغرامة.

أما الجنب الداخلة في اختصاص محكمة الصلح فالأصل أن تخضع لقاعدة الحضور الشخصي الوجوبي طالما العقوبة المقررة لها هي عقوبة الحبس. ويحضر على المشتكى عليه أن ينيب عنه وكيلاً^(٢).

ولكن المشرع الأردني أحدث تعديلاً جوهرياً على نص المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح (المعدلة بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١). وجاء في فقرتها الأولى أنه "إذا لم يحضر المشتكى عليه المتبلغ ووكيله موعد المحاكمة للقاضي أن يحاكمه غيابياً". وأضف المشرع في تعديل ٢٠٠١ عبارة (أو وكيله) والتي لم تكن واردة قبل تعديل المادة المذكورة في قانون ٢٠٠١. أما بعد التعديل المذكور. يبدو أن المشرع

(١) ونصت الفقر الثانية من المادة ١٦٨ على أنه "على الرغم مما ورد في الفقرة ١ من هذه المادة إذا كان الظنين شخصاً معنوياً يسوغ له في الدعاوى الجنحية أن ينيب عنه وكيلاً من المحامين ما لم تقرر المحكمة حضور ممثله بالذات.

(٢) ويقترح منهج المشرع الأردني ما ورد النص عليه في المادة ١٦٠ من قانون الإجراءات الاتحادي لدولة الإمارات العربية. فقد نصت على أنه "يجب على المتهم في الجنب المعاقب عليها بالحبس أن يحضر بنفسه. أما في الجنب الأخرى وفي المخالفات فيجوز له أن ينيب عنه وكيلاً، ما لم تقرر المحكمة غير ذلك".

يجب من حيث المبدأ حضور وكيل عن المشتكى عليه في الجرح الداخلة في اختصاص محكمة الصلح، سواء كانت العقوبة المقرر لها هو الحبس أم الغرامة.

وفي تقديري أنه يتعين تفسير عبارة (أو وكيله) الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح، في حدود نص المادة ١٦٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية. لاسيما أن المادتين واردة بشأن الجرح المعاقب عليها بالحبس والتي تتشاطر الاختصاص بنظرها كل من محاكم الصلح ومحاكم البداية.

فضلاً عن أن نص المادة ١٦٨ جاء بصورة واضحة حول قاعدة تطلب الحضور الشخصي الوجوبي للظنين أمام محكمة البداية في الجرح المعاقب عليها بالحبس. ولا يستقيم الأمر في تقديري أن يقبل وكيل عن المشتكى عليه في الجرح المعاقب عليها بالحبس والتي تدخل في اختصاص محاكم الصلح.

وبالتالي يتعين تفسير عبارة (أو وكيله) كما هو وارد في المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح، هو في الحالات التي يجوز فيها حضور وكيل عن المشتكى عليه سواء في المخالفات عموماً، أو الجرح المعاقب عليها بالغرامة، لأن الأخيرة حتى إذا كانت من اختصاص محكمة البداية فإنه يجوز حضور من ينوب عن الظنين وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادة ١٦٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

والتفسير السابق لا يحول دون تدخل المشرع صراحة ليحدد موقفه من قاعدة قاعدة الحضور الشخصي للمشتكى عليه أمام محاكم الصلح. وذلك بإيراد نص صريح بحيث يجب للمشتكى عليه أن ينوب عنه وكيل في الجرح المنظورة أمام محاكم الصلح ما لم تقرر المحكمة حضوره شخصياً. وهذا المنهج هو الأدق في تقديري.

وقاعدة الحضور الشخصي للمشتكى عليه (أو الظنين) في الجرح المعاقب عليها بالحبس، يعمل بها أمام محاكم الصلح ومحكمة البداية. كما يتعين اتباعها في المرحلة الاستئنافية، سواء كان الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بالحبس في الجرح منظوراً أمام محكمة البداية بوصفها جهة استئناف لأحكام محكمة الصلح^(١)،

(١) وأحكام محكمة الصلح في المخالفات تستأنف أمام محكمة البداية، ما لم يكن الحكم في

أو كان الاستئناف منظوراً أمام محكمة الاستئناف.

ويعمل بقاعدة الحضور الشخصي للمشتكى عليه (أو الظنين) في الجرح المعاقب عليها بالحبس حتى لو كان الحكم صادراً غيابياً سواء عن محكمة الصلح أم محكمة البداية فإذا طعن بالمعارضة في الحكم الغيابي الصادر في جنحة تستوجب عقوبة الحبس، فإنه يتعين على المحكوم عليه غيابياً في جنحة أن يحضر شخصياً إلى الجلسة الاعتراضية أمام المحكمة المختصة بنظر الاعتراض.

ثانياً: الحضور الشخصي للمتهم في مواد الجرح طبقاً للتشريع الفرنسي:

من المقرر في قانون الإجراءات الفرنسي هو وجوب الحضور الشخصي للمتهم في الجرح المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تقل عن سنتين. وتستخلص هذه القاعدة من المادتين ٤١٠ و ٤١١ من نفس القانون.

وتنص المادة ٤١٠ من قانون الإجراءات الجنائية على قاعدة الحضور الوجوبي للمتهم في مواد الجرح وجاء فيها "المتهم الذي كلف بالحضور لشخصه يجب عليه أن يحضر". ثم نصت المادة ٤١١ من نفس القانون على أنه "المتهم المكلف بالحضور من أجل جريمة تستوجب عقوبة الغرامة أو الحبس الذي يقل عن سنتين يستطيع أن يطلب محاكمته في غيابه عن طريق خطاب يرسله إلى رئيس المحكمة وبضم هذا الخطاب إلى ملف الدعوى.

ومفهوم المخالفة لنص ٤١١ من قانون الإجراءات الفرنسي أنه يتعين على المتهم بجنحة عقوبتها الحبس لمدة سنتين فأكثر أن يحضر بنفسه ولا يجوز أن يطلب من المحكمة محاكمته في غيابه، أو أن يرسل وكيلاً عنه يمثل أمام المحكمة. فالغياب برغبة قاصراً على الجرح المقرر لها عقوبة الحبس لمدة تقل عن سنتين.

أما في مواد المخالفات، فقد اتبع المشرع الفرنسي منهجاً مغايراً، إذ أحالة المادة ١/٥٤٤ والواردة بشأن المخالفات إلى قواعد الحضور المنصوص عليها في المواد

المخالفة صادراً بالغرامة، فإنه يكون قطعياً أما أحكام محكمة الصلح في الجرح فالأصل أن تستأنف أمام محكمة الاستئناف. إلا إذا كان الحكم صادراً بالحبس لمدة لا تزيد عن شهر والغرامة ثلاثين ديناراً فتستأنف أمام محكمة البداية ونصت على ذلك المادة ٢٨ في فقرتها أ، ب والمعدلة بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١.

٤١١ ولغاية المادة ٤١٥ من القانون فقد نصت المادة ٥٤٤ على أنه "يطبق أمام محاكم البوليس الأحكام الواردة بالمواد ٤١١، ٤١٥ فيما يتعلق بالحضور الشخصي والتمثيلي للمتهم".

وعليه تشير خطة المشرع الفرنسي على جواز الحضور التمثيلي للمشتكى عليه في مواد المخالفات والتي لا تستوجب عقوبة الغرامة. أما المخالفات التي تستوجب عقوبة الغرامة أو الحبس فلا يجوز له الغياب عن الجلسات إلا بخطاب يرسله إلى المحكمة يطلب فيه إعفائه من الحضور وحضور من ينوبه فإذا وافقت المحكمة على الطلب فتتم إجراء محاكمته ويصدر الحكم في مواجهته اعتبارياً أما في المخالفات التي تستوجب عقوبة الغرامة فيجوز أن ينوب عنه وكيلًا وبدون طلب الإعفاء من المحكمة بذلك^(١).

ثالثاً: الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم في مواد الجرح طبقاً لخطة التشريع المصري:

المشرع المصري يوجب الحضور الشخصي للمتهم في مواد الجرح شخصياً المعاقب عليها بالحبس إذا كان الحبس واجب النفاذ فور صدور الحكم به. ونصت على ذلك صراحة المادة ٣٢٧ من قانون الإجراءات الجنائية، وجاء فيها "يجب على المتهم في جنحة معاقب عليها بالحبس الذي يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به أن يحضر بنفسه. أما في الجرح الأخرى وفي المخالفات فيجوز له أن ينوب عنه وكيلًا لتقديم دفاعه. مع عدم الإخلال بما للمحكمة من الحق في أن تأمره بحضوره شخصياً"^(٢).

(١)g. Levsseur: 1 juridiction correction correctionelle, de puis, 1 application de code procedure penal, rev., sc., crim. 1959, and no. 14, P.584.

(٢) وهذه المادة معدلة بالقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٨١ علماً أنه قبل هذا التعديل كان المشرع المصري يوجب الحضور الشخصي في المتهم في الجرح المعاقب عليها بالحبس سواء كان واجب النفاذ فور صدور الحكم به، أم لم يكن واجب النفاذ.

والحضور الوجوبي للمتهم في مواد الجرح في التشريع المصري قاصر على الجرح المعاقب عليها بالحبس والذي يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به. ووفقاً لخطة المشرع المصري فإن حالات النفاذ الوجوبي والفوري لعقوبة الحبس في الجرح والتي تستلزم الحضور الوجوبي للمتهم هي:

أ. الحالات التي تحكم فيها محكمة الدرجة الأولى بالحبس في جنحة ويكون هذا الحكم واجب النفاذ فور صدوره ولو مع حصول استئنافه وهي الحالات التي يحاكم فيها متهماً بسرقة، أو متهماً عائداً أو ليس له محل إقامة معروف في مصر (م ٤٦٣) كما يكون الحضور وجوبي للمتهم إذا كان الحكم قد صدر غيابياً وطعن فيه بالمعارضة، فيجب حضور المحكوم عليه جلسة المعارضة لأن الحكم فيها يكون واجب النفاذ فور صدوره.

أما إذا كانت الجريمة المرتكبة عقوبتها الغرامة أو الحبس وهو غير واجب النفاذ فيجوز للمتهم إنابة وكيل عنه، حتى في أحوال صدور الحكم غيابياً وطعن بالحكم بالمعارضة، فيجوز التوكيل في هذا النوع من القضايا.

أ. كما يجب على المتهم أن يحضر بنفسه أمام محكمة الجنايات عند النظر في الجرح التي تختص بها استثناء كجرح الصحافة والنشر. وكذلك في الجرح المنظورة أمام محكمة الجنايات وتكون متلازمة مع الجنايات إذا كان الحكم في تلك الجرح واجب النفاذ فوراً.

ب. جميع الحالات التي يجوز فيها للمحكمة الاستئنافية أن تحكم بالحبس، لأن جميع الأحكام الصادرة بالحبس من محكمة ثاني درجة تكون مشمولة بالنفاذ فور صدورها طبقاً لنص المادتين ٤٦٠، ٤٦٩ من قانون الإجراءات المصري^(١).

رابعاً: الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم أمام محكمة النقض طبقاً لخطة للتشريع المصري:

(١) أنظر أكثر تفصيلاً: د. مصطفى فهمي الجوهري: الحضور الوجوبي للمتهم أمام القضاء الجنائي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ١٩٩٢، ص ٣٩؛ د. جلال ثروت: المرجع السابق، رقم ٥٨٤، ص ٥٩٩.

من المقرر في التشريع المصري طبقاً للمادة ٤١ من قانون النقض رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ على أنه "يسقط الطعن المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا لم تتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة، ويجوز للمحكمة إخلاء سبيله". ووفقاً لهذا النص فإنه يتعين على المتهم المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية أن يكون ماثلاً بشخصه أمام القضاء ومستعداً للتنفيذ قبل يوم الجلسة المحددة لنظر الطعن بالنقض المقدم منه وإلا سقط الطعن. وعلة ذلك هو رغبة المشرع في منع هروب المحكوم عليهم من تنفيذ الأحكام الجنائية الصادرة ضدهم (والسالبة للحرية) إذ سمح لهم بتقديم الطعن بالتوكيل دون التقدم لتنفيذ العقوبة المقيدة لتنفيذ الأحكام واجبة التنفيذ^(١). مع أنه لا يجوز الحكم بسقوط الطعن بالنقض إذا كان المتهم قد استشكل في تنفيذ العقوبة وكانت النيابة العامة قد أمرت بإيقاف تنفيذ الحكم مؤقتاً لحين الفصل في الاستشكال.

- الأثر المرتب على حضور وكيل عن الظنين (أو المتهم) عندما يستوجب القانون حضوره شخصياً:

حددنا حالات الحضور الشخصي الوجوبى للظنين أو المتهم أمام المحكمة الجزائية المختصة، ويختلف نطاق هذا الحضور طبقاً لخطة كل تشريع حده. والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هو الأثر المترتب على قبول المحكمة لحضور ممثل عن المتهم في إجراءات المحكمة في جنحة يمنع فيها المشرع حضور من ينيب عن الظنين لإجراءات المحاكمة.

وإذا كان حضور وكيل عن الظنين أو المتهم هو لتقديم معذرة عن غياب الظنين أو طلب التأجيل فلا يثير ذلك أية صعوبة. أما إذا قبلت المحكمة حضور ممثل عن الظنين وسمحت له بالدفاع عن الظنين وتقديم مرافعات فقد اختلف الرأي في ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي^(٢) إلى القول بأن مرافعة الوكيل لا تعد

(١) د. إبراهيم عيد نايل: الطعن بالنقض في قانون الإجراءات الجنائية المصري، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ١١٦.

(٢) p. Chambon: LE defant en matiere corretionnelle.J.C.P., 1953, 1-1118.

باطلة؛ لأن الحضور الشخصي تقرر لمصلحة المتهم ذاته، فإذا لم يحضر وأرسل وكيلاً عنه لتقديم دفاعه وقبلت المحكمة فتكون المرافعة صحيحة.

والرأي الراجح في الفقه المصري^(١)، بأن مرافعة الوكيل في الافتراض السابق تكون باطلة وغير صحيحة. وكان يتوجب على المحكمة عدم قبول مرافعة الوكيل فإن أخطأت وسمعت مرافعة الوكيل، فتكون المرافعة والإجراءات التالية باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، وذلك لارتباط قاعدة الحضور الوجوبي للمتهم بالنظام العام. ويكون الحكم المصادر في هذا الافتراض حكماً غائبياً ولكن حكم باطل حتى ولو اعتبرته المحكمة أنه حكماً حضورياً اعتبارياً. والرأي الثاني هو الأولى بالإتباع في تقديره.

المطلب الثاني

الحضور الشخصي للمشتكى عليه (الظنين) بناءً على أمر المحكمة

أولاً- نطاق سلطة المحكمة في إلزام المشتكى عليه بالحضور

بيننا سابقاً حالات الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم أو الظنين بأمر القانون، وهي وجوبية في الجنايات عموماً، وفي مواد الجرح المعاقب عليها بالحبس وفقاً لتقديرات كل مشرع في هذا الشأن وعلى النحو السابق بيانه. وفي المجال المذكور لا تملك المحكمة أية سلطة تقريرية في إعفاء الظنين أو المتهم من عدم الحضور وقبول حضور وكيل عنه.

وفي خارج نطاق الحالات السابقة، نجد أن منهج التشريعات المقارنة تجيز الحضور التمثيلي (أي عن طريق وكيل) المشتكى عليه أو الظنين، بحيث له أن ينيب عنه وكيلاً للترافع عنه في الدعوى وتقديم الدفاع، وغالباً ما يتحدد النطاق التشريعي لهذا المجال في مواد المخالفات عموماً وفي مواد الجرح غير المعاقب عليها بالحبس. وكل ذلك مع عدم الإخلال بما للمحكمة الحق في أن تأمر بحضوره

(١) د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ١٩٨٩، ص ٨٧١،

د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٦، ص ٨٨٢؛ د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ١٠٦.

شخصياً.

ومن تطبيقات ذلك في التشريع الأردني ما ورد النص عليه في الفقرة الأولى من المادة ١٦٨ في قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء فيها "يسوغ للظنين في دعاوى الجنحة غير المعاقب عليها بالحبس أن ينيب عنه وكيلاً ما لم تقرر المحكمة حضوره بالذات. كما نصت الفقرة الثانية على ذات الحكم إن كان الظنين شخصاً معنوياً وجاء فيها "على الرغم مما ورد في الفقرة (١) من هذه المادة، إذا كان الظنين شخصاً معنوياً يسوغ له في الدعوى الجنحية أن ينيب عنه وكيلاً من المحامين ما لم تقرر المحكمة حضور ممثله بالذات". أما من مواد المخالفات عموماً والجنح التي تدخل في اختصاص محاكم الصلح، فحسب ظاهر نص المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح في فقرتها الأولى فإنه الحضور التمثيلي للمشتكى عليه عن طريق الوكيل جائز وهذا ما يستنتج من دلالة الفقرة الأولى من ذات المادة والتي جاء فيها "إذا لم يحضر المشتكى عليه المتبلغ أو وكيله موعد المحاكمة للقاضي أن يحاكمه غيابياً" ورغم أن المشرع لم ينص على صلاحية المحكمة في طلب حضور المشتكى عليه شخصياً إلا أن القواعد العامة تسمح بمنح محكمة الصلح مثل هذه الصلاحية إذا رأت أهمية حضور المشتكى عليه بذاته.

ويقترّب من ذلك منهج المشرع الفرنسي فهو يجيز الحضور التمثيلي للمتهم في مواد الجنح المعاقب بالغرامة أو الحبس لمدة تقل عن سنتين وفي مواد المخالفات التي لا تستوجب عقوبة الغرامة. ونصت على ذلك المواد ٤١١ و ٥٤٤ من قانون الإجراءات الفرنسي. وجاء في الفقرة الأولى من المادة ٤١١ على أنه "المتهم المكلف بالحضور من أجل جنحة تستوجب عقوبة الغرامة أو الحبس الذي يقل عن سنتين يستطيع أن يطلب محاكمته في غياب عن طريق خطاب يرسله إلى رئيس المحكمة، ويضم هذا الخطاب إلى ملف القضية ثم نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة الثالثة على ضرورة موافقة المحكمة على هذا الطلب كي يعفى من الحضور ويسمح بحضور وكيل عنه وجاء في الفقرة المذكورة على أنه "إذا قررت المحكمة ضرورة حضور المتهم بشخصه فإنها يقوم بإعادة إعلان المتهم بناء على طلب النيابة العامة

بالحضور لجلسة قادمة يحدد له تاريخها^(١).

أما إذا كانت الجريمة التي اقترفها المتهم (المشتكى عليه) مجرد مخالفة تستوجب عقوبة الغرامة فقط، فلم يمنح المشرع الفرنسي السلطة التقريرية في الأمر بحضور المتهم شخصياً. إذ الأخير يستطيع أن ينيب عنه وكيلاً يمثل أمام المحكمة وتقديم الدفاع نيابة عنه. ونصت على ذلك المادة ٢/٥٤٤ من قانون الإجراءات الجنائية. أما في المخالفات التي لا تستوجب عقوبة الغرامة، فيجوز فيها للمتهم إعفائه من الحضور بطلب يتقدم به إلى المحكمة إلا إذا رأت المحكمة حضوره شخصياً.

وفي التشريع المصري يتحدد نطاق الحضور التمثيلي للمتهم في مواد المخالفات عموماً، وفي الجرائم الجنحية المعاقب عليها بالحبس والتي لا يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به. وفي هذا النطاق تملك المحكمة رغم ذلك أن تأمر بحضوره شخصياً. ونصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات المصري، وجاء فيها "أما في الجناح الأخرى وفي المخالفات يجوز للمتهم ينيب عنه وكيلاً لتقدير دفاعه وهذا مع عدم الإخلال بما للمحكمة من الحق في أن تأمر بحضوره شخصياً"^(٢).

(١) أنظر

mer/eet Vitu: Traité de droit criminel: T.2. Procedure: Penal-Gujas, 1989,p.611.

(٢) مع ملاحظة أن هذا القيد منصوص عليه في الأحوال التي يجوز فيها رفع الدعوى على الموظفين عن طريق الإدعاء المباشر وبخصوص الجرائم المنصوص عليه في المادة ٦٢٣ من قانون العقوبات المصري. ونصت على ذلك المادة ٤/٦٣ من قانون الإجراءات وجاء فيها "استثناء من حكم المادة ٢٣٧ من القانون يجوز للمتهم في الجرائم المشار إليها في المادة ١٢٣ من قانون العقوبات عند رفع الدعوى مباشرة أن ينيب عنه وكيلاً لتقديم دفاعه مع عدم الإخلال بما للمحكمة من حق في أن تأمر بحضوره شخصياً" نظر في الموضوع: د. عبد العظيم مرسي وزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين والقائمين بأعباء السلطة العامة، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص ٤٧٤؛ د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ١٢٠.

ثانياً: طبيعة الحكم الصادر في مواجهة الوكيل إذا أمرت المحكمة بحضور المشتكى عليه أو الظنين شخصياً:

يطرح التساؤل عن طبيعة الحكم الصادر في الدعوى التي يحضر فيها وكيل عن المشتكى عليه أو الظنين في الأحوال التي يرخص له القانون أن ينيب عنه وكيلاً فيها، ولكن المحكمة طبقاً لسلطتها التقديرية المقررة قانوناً تقرر حضور الظنين شخصياً. إلا أن الظنين أو المشتكى عليه لم ينصاع لأمرها وتغيب عن الحضور مكتئباً بحضور من ينيب عنه. فهل الحكم الصادر في مواجهة الوكيل حضورياً أم غيابياً؟

اختلف الفقه في رأيين: الأول يرى إن الحكم الصادر في هذه الحالة يعد حكماً حضورياً، وحجتهم في ذلك إن مجرد حضور محام عن المشتكى عليه هو حضوراً صحيحاً وموافقاً للقانون، وهو يوازي حضور الظنين نفسه من الناحية القانونية^(١). والرأي الثاني يرى إن الحكم الصادر في مواجهة الوكيل وبالتالي المشتكى عليه الغائب هو حكماً غيابياً في مواجهة الوكيل. وحجتهم في ذلك إن أمر المحكمة بطلب حضور المشتكى عليه شخصياً وعدم قبول وكيل عنه هو أمر صحيح وموازي لحالات تطلب القانون حضوره شخصياً. وعندها يكون حضور المشتكى عليه واجباً بأمر المحكمة والمطابق لأمر القانون^(٢).

وفي تقديري أن الرأي الثاني هو الأولى بالإتباع. وإلا ما علة تحويل المشرع السلطة التقديرية للمحكمة في طلب حضور المشتكى عليه شخصياً. فالمحكمة هي التي تقدر أحوال حضور المشتكى عليه شخصياً. فإذا قدرت ذلك في دعوى ما فيكون حضوره وجوبياً. ولا يقبل عندئذ وكيل عنه. وإذا حضر الوكيل وصدر الحكم غيابياً لا حضورياً.

(١) أنظر: د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٩٣، ص ٤٨٨؛ د. محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، ١٩٨٤، ص ١٠٥؛ د. أحمد شوقي أبو خطوة: الأحكام الجنائية الغيابية، ١٩٨٧، ص ٥٦.

(٢) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص ٤٨٨؛ د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص ٨٤٤؛ د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ١١٢.

المبحث الثاني

الحضور التمثيلي للمشتكى عليه (أو الظنين) في مرحلة المحاكمة

- استخلاص نطاق الحضور التمثيلي للمشتكى عليه في مرحلة المحاكمة:

تسير خطة التشريعات المقارنة في تحديد أحوال الحضور التمثيلي للمشتكى عليه في مرحلة المحاكمة في منهجين: الأول ويعتمد معيار الجريمة والعقوبة المقررة أساساً في تحديد أحوال الحضور التمثيلي للمشتكى عليه. والمنهج الثاني وهو ما يتبعه المشرع الفرنسي في توسيع حالات الحضور التمثيلي للمشتكى عليه دون النظر في طبيعة الجريمة المرتكبة أو جسامة العقوبة المقررة. ويحددها المشرع الفرنسي ضمن حالات وقيود واضحة جديرة بالإتباع في التشريعات المقارنة كالأردني والمصري.

تقسيم:

سوف نقسم نطاق الحضور التمثيلي للمشتكى عليه في مطلبين: الأول نخصه للحضور التمثيلي للمشتكى عليه طبقاً لمعيار طبيعة الجريمة وجسامة العقوبة المقررة للجريمة. أما المطلب الثاني فنخصصه في الحضور التمثيلي للمشتكى عليه طبقاً للأوضاع المقررة في التشريع الفرنسي.

المطلب الأول

الحضور التمثيلي للمشتكى عليه طبقاً لمعيار طبيعة الجريمة وجسامة العقوبة

المقررة لها

المعيار التشريعي المعتمد في الحضور التمثيلي للمشتكى عليه:

تكاد تتفق خطة التشريعات المقارنة على جواز حضور من ينيب عن المشتكى عليه في مرحلة المحاكمة سواء في مواد المخالفات أم في الجرائم الجنحية المعاقب عليها بالحبس. كما نجد تطبيقاً للحضور التمثيلي للمشتكى عليه طبقاً لتشريعات (القصر) وعلى النحو المقرر في التشريعات الخاصة بالأحداث.

وسوف نبين ذلك في البنود التالية:

أولاً: الحضور التمثيلي في مواد المخالفات:

ذكرنا سابقاً إن التشريعات المقارنة تتفق على جواز حضور وكيل عن المشتكى

عليه في مواد المخالفات، سواء كانت العقوبة المقررة للجريمة الغرامة فقط (كما في التشريع المصري)^(١). أم كانت العقوبة المقررة للمخالفة هو الحبس أم الغرامة كما في التشريع الأردني^(٢).

ويقترّب من ذلك المنهج في التشريع الفرنسي إذ يجيز المشرع للمشتكى عليه في مواد المخالفات أن يطلب من المحكمة إعفاءه من الحضور وإنابة وكيل عنه إذا كانت المخالفة لا تستوجب عقوبة الغرامة. أما إذا كانت العقوبة المقررة للمخالفة هو الغرامة فقط فعندها يجوز للمشتكى عليه أن ينيب عنه وكيلاً دون أخذ موافقة المحكمة بذلك مسبقاً (م ٢/٥٤٤ من قانون الإجراءات الفرنسي).

والمشرع الأردني يقرر قاعدة جواز الحضور التمثيلي للمشتكى عليه، أي حضوره عن طريق إنابة وكيل عنه بمقتضى المادة ٣٢ من قانون محاكم الصلح والمعدل بقانون رقم ٦٣ لسنة ٢٠٠١، وجاء في فقرتها الأولى "إذا لم يحضر المشتكى عليه المتبلغ أو وكيله موعد المحاكمة للقاضي أن يحاكم غيابياً..." ومطلق هذا النص إن حضور وكيل عن المشتكى عليه في مواد المخالفات أمام محاكم الصلح هو أمر متروك للمشتكى عليه وسواء كانت العقوبة المقررة للمخالفة هي الحبس فقط أم الحبس والغرامة أم الغرامة.

ويتعين إعادة النظر في النص المذكور بحيث يترك المشرع للمحكمة السلطة التقديرية في طلب حضور المشتكى عليه شخصياً في المخالفات التي تستوجب عقوبة الحبس إذا رأت المحكمة ضرورة حضوره شخصياً وعلى غرار المقرر في التشريع الفرنسي.

والمشرع المصري يقرر للمخالفات عقوبة الغرامة فقط (م ١٢ عقوبات). ويجيز فيها الحضور التمثيلي للمشتكى عليه، وذلك عن طريق أن ينيب عنه وكيلاً وكل ذلك مع عدم الإخلال بما للمحكمة من حق طلب حضوره شخصياً (م ٢٣٧ من

(١) والعقوبة المقررة للمخالفات في التشريع المصري حدّها الأقصى مائة جنيه مصري (م ١٢ عقوبات).

(٢) ونصّت المادة ٢٣٦ من قانون العقوبات الأردني على أن مدة الحبس التقديري في المخالفات يتراوح بين أربع وعشرين ساعة وأسبوع. والغرامة تتراوح بين دينارين وعشرة دنانير.

قانون الإجراءات الجنائية).

ثانياً: نطاق الحضور التمثيلي في مواد الجنج:

من المقرر في التشريع الأردني إن الحضور التمثيلي جائز للظنين في مواد الجنج التي تدخل في اختصاص محاكم الصلح وعلى نحو ما سبق ذكره^(١). وسواء كانت العقوبة المقررة للجنحة الصلحية هو الحبس أم الغرامة أم كليهما. وذلك طبقاً لإطلاق نص المادة (١/٣١) من قانون محاكم الصلح الأردني.

أما التي تدخل في اختصاص محكمة البداية، فالحضور التمثيلي للمشتكى عليه قاصر على الجنج غير المعاقب عليها بالحبس. وذلك بدلالة نص المادة ١٦٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، والتي جاء في فقرتها الأولى "يسوغ للظنين في دعاوى الجنحة غير المعاقب عليها بالحبس أن ينيب عنه وكيلاً ما لم تقرر المحكمة حضوره بالذات. ومفهوم المخالفة لهذا النص، إن الحضور التمثيلي جائز في الجنج البدائية أو المعاقب عليها بالغرامة فقط؛ لأن الجنج المعاقب عليها بالحبس لا يجوز فيها حضور من ينيب عن الظنين.

وفي تقديري يقال الأمر نفسه في الجنج المعاقب عليها بالحبس والغرامة، أو الجنج المعاقب عليها بالحبس أو الغرامة. وذلك بدلالة مفهوم النص المذكور والذي جاء فيه "يسوغ للظنين في دعاوى الجنحة غير المعاقب عليها بالحبس". وعليه إذا كانت الجنحة مقرر لها عقوبة الحبس سواء في صورة وجوبية كالحبس فقط أو في صورة اختيارية "كالحبس أو الغرامة". فهي تكون في حكم الجنحة المعاقب عليها بالحبس.

ومن المقرر في التشريع الفرنسي، إن الحضور التمثيلي جائز في حدود الحالات المقررة في المواد ٤١١، ٤١٤، ٤١٦ من قانون الإجراءات الفرنسي. والحالة الأولى تتمثل في الجنج التي تستوجب عقوبة الغرامة فقط أو عقوبة الحبس أقل من سنتين. وفي هذا الإطار يتعين على المتهم الحصول على موافقة المحكمة بعد أن يخطرها في خطاب مسجل لإعفائه من الحضور وتوكيل محام عنه. أما

(١) أنظر ص () من البحث.

الحالة المنصوص عليها في المادة ٤١٤ فهي تتعلق في الدعاوى التي تكون المرافعات فيها في غير موضوع الاتهام وجاء نص المادة المذكورة على أنه "تسري أحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤١٤ في الحالة التي لا تجري فيه المرافعات في موضوع الاتهام وخاصة عندما تتعلق في التعويضات المدنية ولكن بشرط أن يطلب المتهم من المحكمة إعفائه من الحضور وقبول وكيل عنه وموافقة المحكمة على ذلك^(١).

أما الحالة الثانية، والتي يجيز فيها المشرع الحضور التمثيلي للمشتكى عليه، وهي الحالة التي نصت عليها المادة ٤١٦ من قانون الإجراءات الخاصة بالتهم المريض وتعد من الحالات التي ينفرد بها المشرع الفرنسي عن غيره من التشريعات المقارنة. وأفردنا لها دراسة مستقلة^(٢). وطبقاً للمقرر في التشريع المصري، فإن الحضور التمثيلي جائز في الجنب المعاقب عليها بالغرامة، أو الجنب المعاقب عليها بالحبس والذي لا يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به. وتتمثل هذه الحالات في الفروض التالية:

- إذا كانت الجنبه معاقباً عليها بالغرامة فقط، ومن تطبيقات الجنب الواردة في المادة ١٥٧ من قانون العقوبات المصري (مثل جنبه تقليد النيشانين)، أو الجنبه المنصوص عليها في المادة ١٥٨ (تقليد نيشان أجنبي)، أو الجنب المنصوص عليها في المادة ٢٢٩ عقوبات مكرر^(٣).

- إذا كانت الجنبه معاقباً عليها بالحبس الذي لا يوجب القانون تنفيذه فور صدور الحكم به مثل جنبه القتل والإيذاء الخطأ المنصوص عليها في المادتين ٢٤٤، ٢٣٨ من قانون العقوبات المصري.

- كما يجوز الحضور التمثيلي للمتهم أمام المحكمة الاستئنافية إذا كانت المحكمة لا

(١) chambon: le defant en matiere cirretionnelle j.c.p., 1953-1-1118; LEVASSEUR: OP.CIT. NO.11.P584.

(٢) أنظر ص () من البحث.

(٣) وتعلق في جنبه من يطبع أو يدير أو يعرض كتب متعلقة بالمناهج المدرسية المقررة دون ترخيص من الجهة المختصة.

يجوز لها الحكم بالحبس ويكون ذلك إذا كان الحكم المستأنف صادراً بالحبس أو الحبس مع وقف التنفيذ أو الحكم الصادر بالغرامة وكان يجوز الحكم بالحبس ولو لم يكن المتهم هو الطاعن وحده لأن الحكم الابتدائي إذا كان صادراً بالغرامة أو الحبس مع وقف التنفيذ وكان المتهم هو وحده المستأنف فإن محكمة الاستئناف لا تستطيع أن تحكم بالحبس إعمالاً لقاعدة أنه لا يجوز تسوية مركز المتهم طبقاً لقاعدة إن الطاعن لا يضار بطعنه. ففي مثل هذه الأحوال يجوز للمتهم أن ينيب عنه وكيلًا أمام المحكمة الاستئنافية.

أما إذا كان الحكم الابتدائي الصادر بالغرامة أو بالحبس مع وقف التنفيذ قد طعن أيضاً من النيابة العامة فإنه يتعين حضور المتهم شخصياً لاحتمال أن تقضي المحكمة بالحبس مع التنفيذ ويكون الحكم واجب النفاذ فور صدوره مما يستلزم حضور المتهم شخصياً. ويعمل بذات القاعدة في المعارضة الاستئنافية، وفيها يجوز للمتهم أن ينيب عنه وكيلًا إذا كان الحكم الغيابي المستأنف صادراً بالغرامة أو الحبس مع وقف التنفيذ؛ لأن المحكمة الاستئنافية لا تستطيع الإساءة إلى موقف الطاعن إعمالاً لقاعدة عدم جواز أن يضار الطاعن بناء على المعارضة المرفوعة منه (م ١/٤٠١) من قانون الإجراءات المصري.

ثالثاً: الحضور التمثيلي للمشتكى عليه الحدث طبقاً لتشريعات الأحداث:

كما تتفق التشريعات الجنائية الخاصة بالأحداث على إعفاء المشتكى عليه أو الظنين) الحدث من حضور جلسات المحاكمة حكماً اقتضت مصلحته ذلك. والأصل حضور المشتكى عليه لجميع جلسات المحاكمة أمام المحكمة المختصة في نظر الدعاوى المرفوعة عليه، ولكن تتجه بعض التشريعات المقارنة إلى تقرير قاعدة إعفاء الحدث من الحضور إذا كان ذلك من مصلحته. ونصت على ذلك صراحة المادة ١٣ من القانون الخاص بالطفولة الصادر في فرنسا عام ١٩٤٥ وجاء فيها "الرئيس المحكمة إعفاء الحدث من الحضور لجلسات المحاكمة إذا اقتضت مصلحته ذلك كما نصت هذه القاعدة المادة ٣٤ من قانون الأحداث المصري لسنة ١٩٧٤. وكل اشترطته هذه المادة أنه لا يجوز للمحكمة الحكم بإدانة الحدث إلا بعد إفهامه ما تم في غيبته من إجراءات وقد ورد ذات الحكم في قانون

الطفولة المصري الصادر لسنة ١٩٩٦.

وقانون الأحداث الأردني الصادر لسنة ١٩٦٨ والمعدل بقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمعدل بقانون رقم (٥٢) لسنة ٢٠٠٢ ضم فيه نص يخول محكمة الأحداث إعفائه من الحضور لجلسات المحاكمة إذا اقتضت مصلحته ذلك وهو منهج في غير محله، ويتعين على المشرع الأردني تقرير هذه القاعدة بما يحقق مصلحة الحدث في ذلك.

وما ينبغي الإشارة إليه إن الحكم الصادر في غيبة المشتكى عليه الحدث والذي تم بقرار المحكمة يعد حكماً حضورياً في مواجهته ومواجهة من حضر بالإنابة عنه سواء محاميه أو وليه أو ممثله القانوني. وبالتالي لا يجوز الطعن فيه بالمعارضة^(١)؛ لأن غياب المشتكى عليه الحدث كان بأمر المحكمة وهو في مصلحة الحدث ذاته. ونص على ذلك صراحة المواد ٣٤ من قانون الأحداث المصري، والمادتين ٣/١٣ و ٢٤ من قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٤٥ في فرنسا.

والحكم في غيبة المشتكى عليه الحدث يكون قابلاً للطعن بالاستئناف والأصل إن ميعاد الطعن بالاستئناف يبدأ من يوم صدور الحكم؛ لأنه صدر حضورياً. ولكن محكمة النقض الفرنسية تتجه في بعض أحكامها إن ميعاد الطعن بالاستئناف يبدأ من تاريخ إعلانه إلى المتهم الحدث لا من يوم صدوره^(٢). ويرى بعض الفقه أن هذا الاتجاه لمحكمة النقض الفرنسية يمثل أقصى درجات استخدام الرأفة مع المتهم الحدث^(٣)، وهو رأي في محله حسب تقديره.

(1) stefani et levasseur, bouloc. procedure penal. op. cit., no.644, P681.

(2) css, 12 JUILL, 1973, d. 1973, p.227.

(3) stefani et levasseur, bouloc. no.588. p.621

المطلب الثاني

الحضور التمثيلي للمتهم المريض طبقاً للتشريع الفرنسي

أولاً: المنهج الموسع في الحضور التمثيلي للمتهم طبقاً لخطة المشروع الفرنسي:

ينفرد التشريع الفرنسي في تقريره لحالة أخرى من حالات الحضور التمثيلي للمتهم المريض إذا كانت حالته الصحية لا تسمح له بحضور جلسة أو جلسات المحاكمة، وذلك بالسماح بحضور من ينيب عنه لتقديم دفاعه، وذلك كله طبقاً للشروط الواردة في المادة ٤١٦ من قانون الإجراءات الفرنسي.

والحضور التمثيلي للمتهم المريض يكون في خارج حالات الحضور التمثيلي كما هي مقررة في المادة ٤١١، والتي يطلق عليها الغياب برغبة، والتي تكون في المخالفات أو الجنح المعاقب عليها بالحبس أقل من سنتين أي إن المشرع الفرنسي يوسع من نطاق الحضور التمثيلي، وذلك في الجنح المعاقب عليها بالحبس أكثر من سنتين. والتي حسب خطة المشرع الفرنسي لا يجوز فيها الحضور التمثيلي.

والعلة التي توخاها المشرع الفرنسي في هذا المجال، هو رغبة منه في تسهيل الإجراءات وتجنب صدور الأحكام الغيابية في مواجهة المتهم المريض وذلك عندما تستلزم الدعوى سرعة البت فيها دون تأخير. وقد نظم المشرع هذه القاعدة في المادة ٤١٦ من قانون الإجراءات والمعدلة بقانون رقم ٩٣-٢ الصادر في يونيو لسنة ١٩٩٣.

ثانياً: شروط تطبيق الحضور التمثيلي للمريض طبقاً للمادة ٤١٦ من قانون الإجراءات الفرنسي:

نصت المادة ٤١٦ من قانون الإجراءات الفرنسي، على أنه "إذا لم يستطيع المتهم الحضور أمام المحكمة بسبب حالته الصحية وكان هناك أسباب قوية تقتضي عدم تأجيل الحكم في الدعوى فإن المحكمة تصدر قراراً خاصاً ومسبباً بأن يسمع المتهم في حضور محاميه - عند الاقتضاء - في محل إقامته أو في السجن الذي يحتجز فيه ويعهد بذلك إلى أحد القضاة ومعه كاتب ويدون استجواب المتهم بمحضر ثم تستأنف المرافعة سيرها بعد تكليف جديد بالحضور يوجه إلى المتهم، ويسري في هذه الحالة نصا الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤١١ أياً كان مقدار العقوبة

المقررة للجريمة، وفي جميع الأحوال يقضي على المتهم حضورياً.
وطبقاً للنص المستحدث في التشريع الفرنسي، فإنه يجوز إعفاء المتهم من
الحضور بشخصه والاكتفاء بحضور وكيل عنه لتقديم دفاعه أمام المحكمة وذلك في
حالة ثبوت مرضه ولكن ضمن الشروط والقيود التالية:

١- أن تحول ظروف المتهم المرضية دون استطاعته من الحضور أمام
المحكمة بنفسه^(١). وللمحكمة أن تتأكد من ذلك عن طريق الأمر بفحص حالته
الصحية وعرضه على أهل الخبرة من الأطباء.

٢- أن توجد أسباباً قوية تمنع تأجيل الحكم في الدعوى فإذا لم تتوافر تلك
الأسباب فإنه يتعين على المحكمة تأجيل نظر الدعوى لحين شفاء المتهم
الغائب، ويترك ذلك لتقدير المحكمة.

٣- أن تكون العقوبة المقررة قانوناً للجريمة هي الحبس أقل من سنتين، فإنه
يجوز للمتهم أن يطلب من المحكمة إعفائه من الحضور وتوكيل آخر عنه
طبقاً لنص المادة ٤١١ من قانون الإجراءات الفرنسي.

وإذا توافرت الشروط السابقة، تصدر المحكمة المختصة قراراً خاصاً ومسبباً بأن
يسمع المتهم في محل إقامته أو في السجن الذي يوجد فيه بحضور محاميه إن وجد،
ويعهد بذلك إلى أحد القضاة وبصحبة كاتب يدون استجواب المتهم المريض في
محضر مكتوب، ولا تستأنف المرافعة سيرها بعدئذ إلا بتكليف جديد يوجه إلى المتهم.
ويرى بعض الفقه الفرنسي على إن الإجراء الأخير جوهرى وإهماله يؤدي إلى
الإخلال بحق الدفاع. إذ يتم تكليفه طبقاً لقواعد التكليف المقررة في المادة ٤١١ من
قانون الإجراءات وعلى النحو السابق بيانه. وذلك أنه بعد تكليفه إذا كان مريضاً
يطلب إعفائه من الحضور لمرضه ويضم هذا الخطاب إلى ملف الدعوى ثم يشرع
في السير في إجراءات المحكمة ويكون محام المتهم هو الذي يمثل في مرافعاته

(١) yves lassalle: LA comparntion du prevenu. rev., sc., crim.,
1981, NO.74, P.572.

ودفاعه أمام المحكمة ويصدر الحكم حضورياً في جميع الأحوال^(١).

والمشرع الفرنسي بهذا المنهج يكون قد قنن حلاً متوازنة تجمع بين مصلحة المتهم المريض ومصلحة العدالة، فضلاً عن حرصه في تجنب صدور الأحكام الجنائية ضد المتهم المريض لما يحمله الحكم الغيابي من مساوئ وعيوب ولكن في ذات الوقت حرص حتى بعد الحكم حضورياً في مواجهة المريض هو سماع أقواله بمعرفة قاض، وحضور محاميه سواء في منزله أم محل السجن الموقوف فيه ويدون هذا الاستجواب في محضر مكتوب ويضم في ملف الدعوى ثم حرص المشرع على ضرورة إعادة تكليف المتهم بالحضور للجلسة التالية قبل أن تستأنف المرافعات سيرها لعل المتهم المريض حالته الصحية تسمح له بالحضور.

ولكن المشرع الفرنسي قيد هذه الإجراءات بقيد جوهري مؤداه إن طبيعة الدعوى المنظورة تتطلب سرعة البت والفصل فيها والحالة المرضية لا تسمح له بالحضور الشخصي وفي ضوء هذين الاعتبارين يصار إلى تطبيق الحكم الوارد في المادة ٤١٦ من قانون الإجراءات الفرنسي.

والأولى في التشريع الأردني والتشريعات الأخرى المقارنة أن تأخذ بالمنهج المقرر في التشريع الفرنسي والخاص بالمتهم المريض والذي ينسب إليه جريمة جنحية لا يجوز فيها حضور من ينيب عنه عن طريق تدخل المشرع بنص خاص يقرر فيه الخاصة بالظنين المتهم بحيث يسمح له بالحضور التمثيلي طالما حالته الصحية لا تسمح له بالحضور، وطبيعة القضية تستلزم سرعة البت فيها، وعلى غرار المقرر في التشريع الفرنسي^(٢).

الفصل الثالث

جزاء غياب المشتكى عليه (الظنين أو المتهم) في مرحلة المحكمة

- نطاق الجزاء المترتب على المشتكى عليه:

من المستقر عليه في التشريعات الجزائية المقارنة، أن أثر غياب المشتكى عليه

(١) pradel: J.:l'accuse en droit frances.1980, P.144.

(٢) أنظر د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ١٢٦.

أو حضوره على الأحكام الصادرة في الدعوى الجزائية (بالمعنى السابق) قاصر على إجراءات المحاكمة في المواد المخالفة والجنح بصفة عامة.

أما في مواد الجنايات فقد أفردت التشريعات الجزائية أحكاماً خاصة حول أثر غياب المتهم على إجراءات المحاكمة أمام محكمة الجنايات فغياب المتهم عن جلسات المحاكمة يجعل الحكم الصادر في غيبته حكماً غيبياً ولكن ليس هو الحكم الغيابي الوارد في مواد الجنح والمخالفات إنما هو حكم تهديدي للضغط على المتهم الغائب بالحضور لأنه بحضوره أو القبض عليه يعتبر الحكم الغيابي كأن لم يكن ولكن التشريعات المقارنة وإن سلمت بحقيقة إن الحكم الغيابي الصادر على المتهم الغائب بأنه حكم تهديدي يسقط بحضور المتهم أو القبض عليه، إلا أنها قررت جزاء من نوع خاص يتفق وغاية المشرع في ضمان حضور المتهم لإجراءات المحاكمة الجزائية في الجنايات عموماً^(١).

تقسيم:

سوف نقسم هذا الموضوع إلى مبحثين: الأول نخصه في جزاء الغياب العمدى في مواد المخالفات والجنح والمبحث الثاني نخصه في جزاء الغياب العمدى عن جلسات المحاكمة في مواد الجنايات.

(١) أنظر د. محمد زكي أبو عمر: شائبة الخطأ في الحكم القضائي، المرجع السابق، ص ٥١؛ أحمد شوقي أبو خطوة: الأحكام الجنائية الغيابية، المرجع السابق، ص ٦٢.

المبحث الأول

جزاء الغياب العمدي عن جلسات المحاكمة في مواد المخالفات والجنح
- استخلاص صور الجزاء على الغياب العمدي عن جلسات المحاكمة في مواد المخالفات والجنح:

خلصنا إلى القول بأن عدم حضور المشتكى عليه (أو الظنين) لجلسة المحاكمة وبدون معذرة مشروعة وبعد إعلانه بالموعد إعلاناً صحيحاً، يعد إخلالاً بالتزام مفروض عليه وهو وجوب طاعة أمر القانون والامتثال لدعوة القضاء لأن الغياب بدون عذر يمثل الاستخفاف بدعوة القضاء ويتعين أن يعامل الغائب بنقيض مقصورة وهو يأخذ عدة صور للجزاءات على مثل هذا الغياب.

وقد تفاوتت الجزاء المقرر لغائب العمد في مواد الجنايات عنه في مواد الجنح والمخالفات فنصت في مواد الجنح والمخالفات على الحكم والمشتكى عليه الغائب معاً وذلك بصور الحكم حضورياً اعتبارياً (أي بمثابة الوجاهي). وإذا كان الغياب أثر الطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي وتم تحديد موعد لجلسة الاعتراض وتغيب الطاعن بدون عذر فيجازى باعتباره معارضته كأن لم تكن.

وسوف نخصص لذلك مطلبين: الأول المتمثل في صدور الحكم الحضورى الاعتبارى. والمطلب الثانى نخصصه فى الجزاء المتمثل فى اعتبار المعارضة كأن لم تكن.

المطلب الأول

الحكم الحضورى الاعتبارى (الحكم بمثابة الوجاهي)

- استخلاص حالات صدور الحكم حضورياً اعتبارياً:

من صور الجزاء المقررة في التشريعات المقارنة على الغياب العمد عن جلسة أو جلسات المحاكمة في مواد الجنح والمخالفات هو صدور الحكم في مواجهة المشتكى عليه (أو الظنين) الغائب حضورياً اعتبارياً. فالحكم في حقيقته هو حكم غيابي، ولكن المشرع وفقاً لظروف معينة وفروض قانونية يعتبره كأنه حضوري، وكجزاء بحق الغائب المبلغ قانوناً بموعد الجلسة لم يحضر ودون أن يقدم معذرة

مشروعة. وهذا ما انتهجه المشرعين الفرنسي والمصري في فروض متعددة وجميعها تستند إلى قاعدة التبليغ الصحيح للمشتكى عليه (المتهم) بموعد الجلسة سواء بلغ لشخصه أو في موطنه مع إعلانه بخطاب مسجل بعلم الوصول، حيث يفترض المشرع بثبوت العلم اليقيني بواقعة الادعاء الجنائي عن طريق تبليغه الفعلي بورقة التكليف بالحضور.

كما يقرر هذا الجزاء في فروض أخرى وتعتمد على قاعدة العلم اليقيني بموعد الجلسة، كما لو حضر المشتكى عليه جلسة من جلسات المحاكمة وتغيب عن الجلسات الأخرى، أو حضر في بداية الجلسة وغادرها بعد ذلك.

والمشرع الأردني يضيق من نطاق إصدار الأحكام الحضورية الاعتبارية ولحساب إدار الأحكام الغيابية، وبحكم إن المشرع لا يرتب آثاراً تذكر على ثبوت العلم اليقيني بموعد الجلسة الذي بلغ بها المشتكى عليه تبليغاً صحيحاً بمذكرة الدعوى، وعلى خلاف المقرر في التشريعات المقارنة كالفرنسي والمصري.

وعليه يكون معيار صدور الحكم الحضورى الاعتباري هو معياراً تشريعياً يجد مصدره في منهج التشريع الوضعي من تحديد أثر الغياب المتعمد عن جلسات المحاكمة ونطاق أثر العلم اليقيني بموعد الجلسة على إجراءات المحاكمة والأحكام الصادرة في غيبته. كما تقرر التشريعات المقارنة الأصول والإجراءات اللازم إتباعها في حال تقرير إجراء المحاكمة بمثابة الوجهي، أو اعتبار المحاكمة حضورية اعتبارياً.

تقسيم:

سوف نقسم الموضوع إلى فرعين: الأول نخصه لحالات صدور الحكم الحضورى الاعتباري. والفرع الثاني نخصه في القواعد الخاصة اللازم إتباعها عند تقرير المحاكمة الحضورية الاعتبارية.

الفرع الأول

نطاق صدور الحكم الحضورى الاعتبارى (الحكم المعتبر وجاهياً)

- المعيار التشريعى فى تحديد نطاق صدور الحكم بمثابة الواجهى (الحضورى الاعتبارى):

يسير المشرع الأردنى فى المنهج المضيق من نطاق تقرير إصدار الأحكام بمثابة الواجهى ويقصرها على حالات محددة على سبيل المثال.

ونصت المادة ١/٣١ من قانون محاكم الصلح بخصوص المخالفات والجنح الداخلة فى اختصاص محكمة الصلح والمادة ١٧٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية بخصوص الجنب المنظورة أمام محكمة البداية.

ونصت المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح فى فقرتها الأولى على أنه "إذا حضر المشتكى عليه (أو وكيله) أحد الجلسات، وتخلف بعد ذلك تجرى المحاكمة بحقه بمثابة الواجهى، ويكون الحكم الصادر بهذه الصفة قابلاً للاستئناف". ونصت على ذات القاعدة المادة ١٧٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردنى، وجاء فيها "إذا حضر المدعى بالحق الشخصى أو الظنين ثم انسحب فيها لأي سبب كان، أو إذا غاب عن المحاكمة بعد حضوره إحدى جلساتها تعتبر المحاكمة وجاهية بحقه وتبدأ مدة الاستئناف من تاريخ تبليغه الحكم".

والمعيار التشريعى الذى يقرره المشرع الأردنى يعتمد بصفة أساسية لتقرير المحاكمة الواجهية هو حضور المشتكى عليه (أو الظنين) للجلسة والغياب عن الجلسات التالية أو حضوره للجلسة ثم انسحابه منها لأي سبب. وفى هذه الحدود، يقرر المشرع إن الجزاء المترتب على الانسحاب هو صدور الحكم بحق المشتكى عليه (أو الظنين) بمثابة الواجهى. ولا يعمل بهذا الأثر بشأن المشتكى عليه المتبلغ وفق الأصول وتغيب عن جلسة المحاكمة حتى ولو ثبت علمه اليقيني بموعد الجلسة ولو لم يقدم أية معذرة فالغائب يملك وفق خطة المشرع الأردنى فى الفرض الأخير الطعن بالمعارضة لكون الحكم قد صدر غيابياً بحقه.

والأمر خلاف ذلك فى التشريعين الفرنسى والمصرى وتشير خطة التشريعين فى التوسيع من نطاق تقرير الجزاء فى صورة صدور الحكم حضورياً اعتبارياً سواء

لحضور الجلسة ثم انسحاب المتهم منها أم لحضوره جلسة وتغيبه عن الجلسات الأخرى فضلاً عن اعتماد التشريعين من واقعة ثبوت العلم اليقيني سواء بالإعلان لشخصه أو ثبوت علمه بالادعاء إذا أعلن لغير شخصه. فالإعلان في جميع هذه الفروض تكون قرينة على علمه بواقعة الادعاء الجنائي، فإذا بلغ حسب الأصول وتغيب بدون معذرة تجري المحاكمة في مواجهته حضورية اعتبارية وكجزاء على غيابه المتعمد.

- الفروض التشريعية في صدور الحكم الحضورى الاعتبارى:

نعرض تباعاً التطبيقات لأحوال صدور الحكم الحضورى الاعتبارى وعلى النحو المقرر فى التشريعات المقارنة كالفرنسى والمصرى والأردنى:

أولاً: تخلف المشتكى عليه (المتهم) عن الحضور إذا أعلن شخصياً بورقة التكليف بالحضور:

تفترض هذه الحالة أن يكون المتهم قد أعلن شخصياً بورقة التكليف بالحضور وكان إعلانه صحيحاً، وتغيب عن الحضور وبدون عذر رغم إعلانه الشخصى والتوقيع على أصل ورقة الإعلان وصورتها التى سلمت إليه، وإذا اكتملت هذه القيود ولم يحضر المتهم المتبلغ ولم يقدم عذراً مقبولاً يصدر الحكم عليه.

ونصت على ذلك المادة ٤١٠ من قانون الإجراءات الفرنسى فى فقرتها الأولى والثانية^(١). كما نصت على ذلك المادة ٢٣٨ من قانون الإجراءات المصرى وجاء نصها "إذا لم يحضر الخصم المكلف بالحضور شخصياً حسب القانون فى اليوم المبين بورقة التكليف ولم يرسل وكيلاً فى الأحوال التى يسوغ فيها ذلك يجوز الحكم فى غيبته"، إلا إذا كانت ورقة التكليف بالحضور قد سلمت لشخصه وتبين للمحكمة إنه لا مبرر لعدم حضوره فيعتبر الحكم حضورياً". وإذا اكتملت الشروط المبينة لهذا

(١) وقضت محكمة النقض الفرنسية فى إن المادة ٤١٠ من قانون الإجراءات لا تتعارض مع المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فالمتهم المكلف بالحضور قانونياً لشخصه إذا لم يحضر ولم يقدم عذراً مقبولاً يقضى عليه حضورياً فى جناية أنظر:

Cass crim.21 juin 1995. Semaine juridique 1995-2347P cass, crim.10mail 1995. Semaine juridique 1995-2000.

الفرض يصدر الحكم حضورياً اعتبارياً وبقوة القانون دون أية سلطة تقديرية للمحكمة في ذلك.

ثانياً: تخلف المتهم عن الحضور رغم علمه بالتكليف بالحضور علماً يقيناً:

ينفرد المشرع الفرنسي في تقرير هذه الحالة من حالات صدور الحكم الحضورى الاعتبارى وذلك عند ثبوت الغياب المتعمد للمتهم إذا تبين علمه اليقيني بموعد الجلسة عن طريق تكليفه بالحضور وإعلانه بورقة التكليف بالحضور طبقاً لطرق الإعلان المبينة في المواد ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

ويوجد لهذا الافتراض صورتين: الأولى نصت عليها المادة ٥٥٧ من قانون الإجراءات الفرنسي، وجاء فيها "إذا سلمت صورة الإعلان إلى أحد الأشخاص المقيمين في موطن الموجه إليه الإعلان فإنه يجب على المحضر أن يخطر المعلن إليه على وجه السرعة بواقعة التسليم عن طريق مسجل بعلم الوصول. فإذا ما وقع المعلن إليه باستلام هذا الخطاب فإن الإعلان لمحل الإقامة ينتج نفس آثار الإعلان لشخص المعلن إليه لأن التوقيع على الخطاب المسجل بعلم الوصول قرينة على العلم اليقيني فإن تخلف عن الحضور بدون عذر اعتبر الحكم الصادر في حقه حكماً حضورياً.

والحالة الثانية نصت عليها المادة ٥٥٨ من نفس القانون وتكون في حالة حصول الإعلان إلى الفرد المراد تبليغه بمقر العمدية وذلك إذا لم يجد المحضر أحد في محل إقامة المعلن إليه فإنه يتأكد من صحة محل الإقامة ثم يقوم بتسليم صورة الإعلان إلى مقر العمدية (أو البلدية). ويتعين على المحضر أن يقوم على وجه السرعة بإخبار المعلن إليه بواقعة تسليم ورقة الإعلان في مقر العمدية عن طريق خطاب مسجل بعلم الوصول إليه يرسله إليه ويخطر فيه بأنه يجب عليه أن يتسلم ورقة التكليف بالحضور فإذا ما وقع المعلن إليه بالاستلام على هذا الخطاب فان تسلم ورقة الإعلان لشخص المعلن.

ويأخذ حكم الحالات السابقة إذا تم تسليم ورقة الإعلان إلى النيابة العامة والتي تقوم بدورها في البحث عن محل إقامة المعلن إليه وإذا أسفر البحث العثور على

محل الإقامة يقوم مأمور الضبط القضائي بإخطاره بالإعلان الذي وجه إليه في محل الإقامة أو مقر العمدية أو لدى النيابة العامة، ويؤدي هذا الإخطار نفس الأثر فيما لو أعلن لشخصه، ونصت على ذلك المادة ٥٦٠ من قانون الإجراءات الفرنسي^(١). وإذا اكتملت شروط الفروض السابقة، فإن المتهم الذي لم يحض ولم يقدم عذراً مقبولاً يحكم عليه حضورياً. ويتم ذلك بقوة القانون دون أدنى سلطة تقديرية للمحكمة في ذلك.

ثالثاً: تخلف المتهم عن الحضور رغم إعادة إعلانه في موطنه طبقاً لخطة المشروع المصري:

ينفرد المشرع المصري في تقرير هذه الصورة من صور صدور الحكم الحضورى الاعتباري، ونصت عليها المادة ٢٣٨ من قانون الإجراءات المصري والتي جاء في فقرتها الثانية "الخصم المكلف بالحضور عليه أن يحضر فإذا لم يحضر بدون عذر مقبول للمحكمة أن تحاكمه غيابياً أو تؤجل الدعوى إلى موعد آخر، وتأمّر بإعادة إعلان الخصم في موطنه مع تنبيهه إلى أنه إذا لم يحضر وتخلّف عن الحضور بدون عذر يعتبر الحكم الصادر حضورياً".

وتستلزم هذه الحالة أن يكون الإعلان قد تم صحيحاً للمتهم ولم يعلن لشخصه، إنما تم الإعلان في موطنه، ولم يحضر في اليوم المحدد للجلسة، وعندها يترك المشرع الأمر لسلطة المحكمة، فأما أن تقرر محاكمته غيابياً أو تؤجل نظر الدعوى إلى جلسة تالية، وتأمّر بإعادة إعلان المتهم في موطنه مع تنبيهه إلى أنه إذا تخلّف عن الحضور في الجلسة المحددة يكون الحكم الصادر في مواجهته حكماً حضورياً، وبالتالي إذا لم يحضر بالفعل وتبين للمحكمة أن لا مبرر لعدم حضوره يكون الحكم الصادر في غيبته حكماً حضورياً^(٢).

(١) أنظر:

David (P.) Huisier de Jusice, reparatior. Dalloz, 1987, No.32. J.Lassale: op. cit., No. 49, P.562.

(٢) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ص ٨٢٢، د. حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص ٧١٤.

ومتى توافرت تلك الشروط يكون الحكم حضورياً اعتبارياً وبقوة القانون ولا سلطة للمحكمة في القول بغير ذلك.

رابعاً: حضور المشتكى عليه (أو الظنين) للجلسة والانسحاب منها أو الحضور لجلسة دون الجلسات التالية:

نصت على هذه الصورة المواد: ١/٣١ من قانون محاكم الصلح الأردني، و ١٧٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، كما ورد عليها النص في المادة ٢٣٩ من قانون الإجراءات المصري.

وتفترض هذه الصورة أن يكون المشتكى عليه (أو الظنين) قد سبق إعلانه إعلاناً صحيحاً بموعد الجلسة وبمقتضى ورقة تبليغ الدعوى فحضر في موعد الجلسة ثم تغيب بعد ذلك أما في صورة انسحابه من الجلسة أو حضوره كامل الجلسة وتغيب عن الجلسات التالية لأنه في جميع الفروض السابقة افترض المشرع العلم اليقيني للمشتكى عليه بموعد الجلسة المحدد من قبل المحكمة.

ونصت المادة ١٧٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني على أنه "إذا حضر المدعى بالحق الشخصي (أو الظنين) ثم انسحب منها لأي سبب كان، أو غاب عن المحاكمة بعد حضوره إحدى جلساتها تعتبر المحاكمة وجاهية بحقه". ومنهج المشرع المصري قبولاً مما يقرره الأردني، فقد قيد المشرع المصري إصدار الحكم الحضورى الاعتباري وفق هذا الافتراض إلا يتوافر عذر للمتهم في مغادرة الجلسة بعد حضورها ولم يتوافر ذات العذر إذا حضر جلسة وتغيب عن الجلسات التالية. ونصت على ذلك المادة ٢٣٩ من قانون الإجراءات المصري، وجاء فيها "يعتبر الحكم حضورياً بالنسبة إلى كل من يحضر من الخصوم عند النداء على الدعوى ولو غادر الجلسة بعد ذلك أو تخلف عن الحضور في الجلسات التي تؤجل إليها الدعوى بدون أن يقدم عذراً مقبولاً".

وإذا كان انسحاب الظنين من الجلسة بعد حضورها لمعذرة مشروعة، فالأصل تأجيل الدعوى إلى جلسة تالية وإلا صدر الحكم في غيبته غيابياً طالما كان هناك عذر للانسحاب لأن تقرير الحكم الاعتباري في حال توافر المعذرة يتناقض مع اعتبار هذا الحكم جزاء الغياب المتعمد من المشتكى عليه.

أما إذا حضر الظنين جلسة وتغيب عن الجلسات التالية، فالأصل افتراض علمه بموعد الجلسة التالية، ويقع عليه الالتزام بالحضور طالما كانت الجلسات التالية متلاحقة ومتتالية. أما إذا انقطعت حلقة الاتصال بين الجلسات بسقوط إحداها، ينقطع التتابع ويكون إلزاماً إعلان الظنين إعلاناً صحيحاً بموعد الجلسة المحددة، فإذا لم يعلن الظنين بموعد الجلسة الجديدة بعد انقطاع الجلسة الأخيرة، فلا يكون الحكم الصادر في مواجهته اعتبارياً بل يكون حكماً غيابياً قابلاً للطعن بالمعارضة.

كما يشترط في تطبيق الحالة السابقة ألا يبدي المتهم عذراً مقبولاً يبرر مغادرته للجلسة ضمن شروط الحالة السابقة يصدر حضورياً اعتبارياً وبقوة القانون دون أن يكون للمحكمة سلطة تقديرية في ذلك^(١).

خامساً: تعدد المتهمين وحضور بعضهم وتخلف البعض الآخر (طبقاً للتشريع المصري):

تنص على هذه الحالة المادة ٢٤٠ من قانون الإجراءات المصري، وجاء نصها "إذا رفعت الدعوى على عدة أشخاص عن واقعة واحدة وحضر بعضهم وتخلف البعض الآخر، رغم تكليفهم بالحضور حسب القانون، فعلى المحكمة أن تؤجل الدعوى إلى جلسة تالية وتأمر بإعادة إعلان من تخلف في موطنه مع تنبيههم إلى أنه إذا تخلفوا عن الحضور في هذه الجلسة يعتبر الحكم الذي يصدر حضورياً. فإذا لم يحضروا وتبين للمحكمة لا مبرر لعدم حضورهم يعتبر الحكم حضورياً بالنسبة لهم^(٢).

وطبقاً للنص المذكور، فإنه يتعين توافر الشروط التالية حتى يصدر الحكم حضوري اعتباري في حالة تعدد المتهمين وحضور بعضهم وتخلف البعض الآخر:

أ- أن يتعدد المدعى عليهم في واقعة واحدة سواء كانوا متهمين أو مسئولين عن الحقوق المدنية.

(١) د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ٢٣٤، د. كامل السعيد: المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) ويقابلها نص المادة ٢/١٨٩ من قانون الإجراءات الجزائية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

ب- أن يثبت تكليفهم بالحضور تكليفاً صحيحاً وأن يحضر بعضهم ويتخلف البعض الآخر.

ج- أن تؤجل المحكمة إلى جلسة تالية وتأمر بإعادة إعلان من تخلف عن الحضور وتنبيههم إلى أنه إذا تخلفوا عن الحضور للمرة الثانية يعتبر الحكم الصادر في غيبتهم حضورياً بالنسبة لهم. والمحكمة ملزمة بصريح النص بتأجيل الدعوى وإعادة الإعلان.

د- إلاّ يقدم المتخلف عن الحضور عذراً مقبولاً يبرر غيابه.

والعلة في تأجيل الدعوى إلى جلسة تالية وإعادة إعلان من لم يحضر من المدعى عليهم هو لتحاشي تعارض الأحكام فيما لو تقم المحكمة بتأجيل الدعوى، فضلاً عن هدف المشرع التقليل من إصدار الأحكام الغيابية التي تقبل الطعن بالمعارضة، لأنه إذا لم تأمر المحكمة بتأجيل الدعوى وإعادة إعلان من لم يحضر، فتكون الأحكام حضورية لمن حضر، وغيابية لمن لم يحضر، ويكون للفئة الأخيرة حق الطعن بالمعارضة، فإذا استعملوا هذا الحق فربما يعدل الحكم بناءً على طعنهم، في حين يبقى الحكم كما هو لمن ليس له حق الطعن من الحاضرين، مما يقود إلى القول باحتمال تناقض الأحكام بالنسبة للواقعة الواحدة^(١).

والتشريعين الأردني والفرنسي لا يعرفان مثل هذه الصورة من صور صدور الأحكام المعتبرة حضورياً كجزاء على غياب بعض المتهمين دون البعض الآخر في حال تعددهم في الواقعة الواحدة المرفوع عنها دعوى جزائية.

الفرع الثاني

القواعد الإجرائية الخاصة بالحكم الحضورى الاعتباري

الطبيعة الخاصة لقواعد إصدار الأحكام الحضورية الاعتبارية:

وتفرد عدد من التشريعات المقارنة قواعد إجرائية خاصة بالحكم الحضورى

(١) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص ٤٩١، د. حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص ٥٦٧، د. محمد زكي أبو عامر: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، المرجع السابق، ص ٩٣، د. جلال ثروت، المرجع السابق، ص ٥٩٦.

الاعتباري، تتلاءم مع طبيعته الخاصة والمستقلة، لأن الحكم الحضوري الاعتباري (وفق الصور السابقة) يصدر حضورياً بحق المشتكى عليه أو الظنين رغم غيبته عن جلسات المحاكمة كلها أو بعضها وبالتالي فهذا الحكم لا هو غيابي يقبل الطعن بالمعارضة دون شرط، ولا هو حضوري بحيث يكون مشتملاً على ضمانات المحاكمة الحضرية كالمواجهة بين الخصوم وحق الدفاع، ويتبع ذلك أن يحاط هذا النوع من الأحكام بعدد من القواعد الإجرائية وعلى النحو الذي يميزه عن الأحكام الحضرية والأحكام الغيابية.

أولاً: قاعدة وجوب تحقيق الدعوى كما لو كان الخصم حاضراً:

ونصت على هذه القاعدة المادة ١/٢٤١ من قانون الإجراءات المصري والتي جاء فيها "في أحوال صدور الحكم حضورياً اعتبارياً يجب على المحكمة أن تحقق في الدعوى كما لو كان الخصم حاضراً. وهذه القاعدة تميز الحكم الحضوري الاعتباري عن الحكم الغيابي وهي في وجوب تحقيق الدعوى في حالة الحكم الحضوري الاعتباري كما لو كان الخصم حاضراً، ومعنى ذلك أن المحكمة لا تستطيع أن تصدر الحكم حضورياً اعتبارياً إلا إذا كانت قد حققت الدعوى تحقيقاً وافياً فتسمع الشهود وتتدب الخبراء وتجري المعاينة وتجتهد في البحث عن الحقيقة. أما في حالة الحكم الغيابي فهي غير ملزمة بذلك فلها أن تصدر الحكم مكتفية بالإطلاع على الأوراق، وفي ذلك مصلحة للمتهم الذي يحكم عليه حضورياً رغم غيبته وعدم تقديمه لدفاعه.

ومثل هذه القاعدة تضمن إلى حد ما سلامة الحكم من الخطأ وتضمن حقوق المتهم الغائب في نفس الوقت. (وتقابل ذلك المادة ١٩١ إجراءات اتحادي في دولة الإمارات)، والأولى بالمشعر الأردني أن يقرر قاعدة وجوب تحقيق الدعوى في أحوال صدور الأحكام بمثابة الوجاهي^(١).

ثانياً: عدم جواز الطعن بالمعارضة في الحكم الحضوري الاعتباري:

(١) د. كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة ٢٠٠١، ص ٢٠.

وقد ورد النص على هذه القاعدة في المادة ٢/٢٤١ من قانون الإجراءات المصري والتي جاء فيها: لا تقبل المعارضة في الحكم الصادر في حالات الحكم الصادر حضورياً.

وتستنتج هذه القاعدة من دلالة المادة ٢٣٥ من قانون الإجراءات الاتحادي في دولة الإمارات العربية والتي جاء فيها "الأحكام المعتبرة حضورياً طبقاً للمادتين ١٨٩، ١٩٠ يبدأ ميعاد استئنافها بالنسبة للخصم الذي صدر الحكم في غيبته من تاريخ إعلانها". وهنا المشرع الاتحادي قصر الطعن في الأحكام الحضورية الاعتبارية على طريق الطعن بالاستئناف، ومفهوم المخالفة لهذا النص أن هذه الأحكام لا تقبل الطعن بالمعارضة، وقررت ذات القاعدة المادة ١٧٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والسائد في فرنسا أنه لا يقبل الطعن بالمعارضة في الأحكام التي تصدر بصورة حضوري اعتباري.

وينفرد المشرع المصري دون غيره من التشريعات بالخروج على القاعدة المذكورة ويجيز بصورة استثنائية الطعن بالمعارضة في الحكم الحضورى الاعتباري ضمن ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يتوافر لدى المحكوم عليه عذر - كالمرض منعه من الحضور، **والشرط الثاني:** أن لا يستطيع المتهم تقديم هذا العذر قبل صدور الحكم (م ٣/٢٤١ إجراءات مصري).

والشرط الثالث: أن يكون الحكم غير قابل للطعن.

ووفقاً لقيود الطعن بالمعارضة في الحكم الحضورى الاعتباري (وفق خطة المشرع المصري) فإنه إذا قبلت المعارضة، من حيث قبول المحكمة للمعذرة التي تقدم بها، تعيد المحكمة التحقيق في مواجهة المتهم وتسمع دفاعه ثم تصدر حكماً جديداً، أما إذا لم تقبل المعارضة كما لم يتقدم المتهم بعذر أو قدم عذر ولم تقبله المحكمة، تقضي المحكمة بعدم جواز المعارضة، ويعامل الحكم الحضورى الاعتباري معاملة الحكم الحضورى منذ صدوره من حيث الطعن فيه بالاستئناف.

المطلب الثاني

اعتبار المعارضة كأن لم تكن (الحكم برد الاعتراض)

أولاً: نطاق تطبيق قاعدة اعتبار المعارضة كأن لم تكن:

قاعدة المعارضة كأن لم تكن، أو الحكم الصادر برد الاعتراض، يفترض سبق صدور حكم غيابي بحق المشتكى عليه (أو الظنين)، وأعلن بهذا الحكم وفق طرق الإعلان المحددة قانوناً، فتقدم بطلب (لائحة) للطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي، تحدد موعد للنظر في اعتراضه، إلا أن المحكوم عليه غيابياً، والمعتراض قد تغيب بدون معذرة مشروعة عن الجلسة الاعتراضية، فإذا ثبت للمحكمة هذا الغياب المعتمد، عندها تقرر رد الاعتراض، أو اعتبار المعارضة كأن لم تكن.

وقاعدة اعتبار المعارضة كأن لم تكن، هو جزاء الغياب المعتمد عن الجلسة المحددة لنظر المعارضة، وهو يفيد حرمان المحكوم عليه غيابياً (والمعارض) من نظر قضيته أمام المحكمة التي أدانته غيابياً، وهذا القاعدة تطبق بشأن الأحكام الغيابية الصادرة في مواد الجرح والمخالفات، سواء صادرة من محاكم الصلح أم محكمة البداية في المواد الجنحية، أم من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية في أحكام محكمة الصلح.

ونصت على هذه القاعدة نصوص المواد ١٨٦ و ٢٥٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني. وجاء بنص المادة ١٨٦ على أنه "يرد الاعتراض إذا لم يحضر المحكوم عليه الجلسة الأولى للمحاكمة الاعتراضية، أو تغيب قبل أن يتقرر قبول اعتراضه شكلاً. كما نصت على ذلك المادة ٣/٣١ من قانون محاكم الصلح.

وتطبق ذات القاعدة في حال الاعتراض على الحكم الغيابي الصادر عن المحكمة البدائية بصفتها البدائية إذا جرت المحاكمة أمامها مرافعة وفقاً للأصول وفي الميعاد المنصوص عليه للاعتراض على الحكم الغيابي الصادر عن المحكمة البدائية^(١). وتفترض المادة ٢٥٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية "إن المحكوم عليه من محاكم الصلح إذا طعن بالاستئناف أمام محكمة البداية بصفتها جهة

(١) وميعاد الاعتراض على الحكم الغيابي الصادر عن محكمة البداية عشرة أيام من اليوم الذي يلي تاريخ تبليغ الحكم (م ١٨٤ أصول جزائية).

استئنافية لأحكام محاكم الصلح^(١). وقبل الاستئناف (إذا كان الطعن بالاستئناف) وحدد جلسة لنظر استئنائه إلا أنه تغيب عن الموعد المحدد للجلسة الاستئنافية. فيصدر الحكم من الهيئة الاستئنافية حكماً غيابياً. وعندها يجوز للمحكوم عليه الاعتراض على الحكم الغيابي الصادر من محكمة البداية بصفتها الاستئنافية، وعندما تحدد المحكمة موعداً لنظر معارضته ويتخلف بدون عذر عن الجلسة الاعتراضية، فعندها يتعين على المحكمة أن تصدر قراراً برد الاعتراض، أو اعتبار المعارضة كأن لم تكن.

وذات القاعدة تنص عليه المواد ٢/٤٠١ من قانون الإجراءات المصري، و٤٩٤ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي. وجاء في الفقرة الأولى من المادة ٤٩٤ من قانون الإجراءات الفرنسي "تصبح المعارضة كأن لم تكن إذا لم يحضر المعارض في الموعد المحدد للمعارضة".

ومن دلالات القاعدة السابقة إن المعارضة في الحكم الغيابي لا تنتج أثرها القانوني من حيث إعادة النظر في الدعوى الصادر فيها الحكم الغيابي لمجرد التقرير بالمعارضة، أو تقديم الاستدعاء بالاعتراض على الحكم الغيابي من قبل صاحب المصلحة. فالتقرير بالمعارضة أو الإخطار بها ليس سوى إخطار للسلطة القضائية بعدم قبول الحكم القضائي من صاحب المصلحة في الطعن. ولكي ينتج هذا الإخطار أثره القانوني من حيث إعادة نظر الدعوى من جديد أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي المطعون فيه لابد من قبول الاعتراض شكلاً، وحضور المحكوم عليه غيابياً الجلسة الأولى المحددة لنظر المعارضة. فإذا تخلف المحكوم عليه غيابياً وبدون عذر عن الجلسة المحددة لنظر المعارضة، تقرر المحكمة رد الاعتراض واعتبار معارضته كأن لم تكن. وهو ما يعني بطلان إجراءات المعارضة بما فيها التقرير بها وتعتبر لاغية.

(١) وأحكام محاكم الصلح التي تقبل الاستئناف أمام محكمة البداية هي: أحكام محاكم الصلح في مواد المخالفات (م/٢٨أ) ما لم يكن الحكم صادر بالغرامة فيكون قطعياً. ثم حكم محكمة الصلح في مواد الجنح إذا كانت العقوبة للمحكوم بها لا تتجاوز الحبس مدة شهر و الغرامة ثلاثين ديناراً (م/٢٨أ) معدلة بقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠١.

والمشروع يقرر مثل هذا الجزاء رغبة منه في عدم تعطيل وقت القضاء بطعون غير جدية يقدمها أشخاص غير مبالين ولا هدف لهم سوى المماطلة والتسويق طالما غيابه عن الجلسة الاعتراضية بدون معذرة مشروعة. كما يعمل بذات القاعدة في الأحكام الغيابية الصادرة عن محكمة الاستئناف عند الطعن أمامها في أحكام محاكم الصلح ومحكمة البداية في مواد الجرح. فإذا طعن بالاستئناف في أحد هذه الأحكام، وصدر الحكم غيابياً، فيجوز للمحكوم عليه (الطاعن بالاستئناف) أن يعترض على الحكم. ونصت على ذلك المادة ٢٦٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وجاء فيها "تجري في المحاكمة الاستئنافية أحكام المواد السابقة بعلائية المحاكمة وإجراءاتها وبصيغة الحكم النهائي ... وبالاعتراض على الحكم الغيابي" فإذا اعترض المحكوم عليه على حكم محكمة الاستئناف ولم يحضر الجلسة الاعتراضية بدون عذر، للمحكمة أن تعتبر معارضته كأن لم تكن.

ثانياً: شروط إصدار الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن:

وللحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن، يتعين أن يتوافر عدة شروط، لأنه بتوافرها يتعين تطبيق هذه القاعدة بقوة القانون، ويتعين على المحكمة المعارض في حكمها أن تحكم بذلك من تلقاء نفسها دون التوقف على طلب من أحد الخصوم. وهذه الشروط هي:

١- أن يكون المعارض قد أعلن بموعد الجلسة المحددة لنظر المعارضة ولم يحدد المشروع الأردني وسيلة إعلان المعارض بالجلسة المحددة لنظر معارضته، ولكن بحكم أن المعارضة تتم باستدعاء أو تقرير يتقدم به المعارض إلى حكم المحكمة المختصة، فالأصل أن يكون علم الظنين أو المشتكى عليه المعارض قد تحقق طالما أخطر به من حكم المحكمة وحددت الجلسة بمعرفته أو معرفة وكيله.

والمشروع المصري حسم هذه المسألة صراحة، حيث نصت المادة ٤٠٠ من قانون الإجراءات المصري (معدلة بقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١) على أنه "تحصل المعارضة بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم يثبت فيه تاريخ الجلسة التي حددت لنظرها ويعتبر ذلك إعلاناً لها ولو كان التقرير من

وكيل^(١). ورغم عدم ورود نص صريح بذلك في التشريع الأردني، فإنه يتعين على المحكمة المختصة بنظر المعارضة أن تثبت ابتداء من صحة علم المعارض بجلسة المعارضة، سواء كان العلم بذلك عن طريق علمه بذلك عند تقريره للطعن في قلم المحكمة المختصة بنظر المعارضة، أو عن أي وسيلة أخرى من وسائل الإعلان، فإذا ثبت علمه بموعد الجلسة الاعتراضية وكان لديه معذرة مشروعة، فإن المعذرة المشروعة لا تنشئ عليه الالتزام بالحضور، ويتعين تحديد موعد آخر للجلسة الاعتراضية على اعتبار أن المعذرة المشروعة تنفي صفة العمد والاستهتار بأمر المثل أمام القضاء، مما يستلزم ألا يجازى الغائب بنقيض مقصوده عن طريق اعتبار المعارضة كأن لم تكن.

والمشرع الأردني حرص على التبليغ بالذات للمحكوم عليه غيابياً، لأنه إذا لم يثبت تبليغه بالذات ولم يستدل من معاملات إنفاذ الحكم أنه بلغ به يبقى الاعتراض مقبلاً حتى سقوط العقوبة بالتقادم. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، وجاء فيها "أما إذا لم يبلغ المحكوم عليه بالذات، أو لم يستدل من معاملات أنفاذه إن المحكوم عليه علم بصدوره يبقى الاعتراض مقبلاً حتى سقوط العقوبة بالتقادم".

٢- أن يتخلف المشتكى عليه أو الظنين (المتبلغ) عن حضور الجلسة المحددة بنظر المعارضة. كما يتعين لإصدار الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن أن يتخلف المشتكى عليه أو الظنين (الطاعن بالمعارضة) عن حضور الجلسة الأولى الاعتراضية والمحددة لنظر المعارضة. فإذا حضر بنفسه أو بوكيل عنه، حيث يسوغ قانوناً الحضور بوكيل، فعلى المحكمة أن تقرر أحد أمرين: أما عدم قبول الاعتراض شكلاً لعدم توافر شروط قبول الاعتراض كما لو قدم من وكيل لا يسوغ فيه الاعتراض بواسطته كالجنح المعاقب عليها بالحبس والتي تدخل في اختصاص محكمة البداية، فعندها تقرر المحكمة رد

(١) أنظر: د. أحمد شوقي أبو خطوة: المرجع السابق، ص ١٥٧، عبد الفتاح السعيد: الطعن في الأحكام الغيابية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٥، ص ٢٧٨.

الاعتراض. كما يتحقق هذا الافتراض كما لو تبين للمحكمة أن الاعتراض قدم بعد انقضاء الميعاد المحدد لموعد المعارضة.

أما إذا قبل الاعتراض شكلاً فمعناه قبول المعارضة في الحكم الغيابي واعتبار هذا الحكم كأن لم يكن. ونصت على ذلك صراحة المادة ١٨٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وجاء فيها "إذا قبل الاعتراض شكلاً اعتبر الحكم الغيابي كأن لم يكن. كما نصت على ذلك الفقرة الرابعة من المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح الأردني، وجاء فيها "إذا حضر المعارض عند النظر في دعوى الاعتراض تقرر المحكمة السير في الدعوى وقبول الاعتراض إذا ظهر أنه قدم ضمن المدة القانونية (معدلة بقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠١).

٣- أن يكون تخلف الظنين أو المشتكى عليه عن الحضور بسبب أو معذرة غير مشروعة:

ولم يرد نص صريح على هذا القيد في التشريع الأردني. في حين نص على ذلك صراحة المشرع المصري. فإذا قدم المعارض في الحكم الغيابي عذراً يبرر غيابه عن حضور الجلسة الاعتراضية فللمحكمة السلطة التقديرية في فحص مشروعية هذا العذر من عدم مشروعيته، وبالتالي لا تستطيع أن تصدر حكماً باعتبار المعارضة كأن لم تكن إلا بعد الفصل في صحة العذر ومدى قبولها لهذا العذر أم عدم قبوله^(١).

ومما ينبغي الإشارة إليه أن الحضور الشخصي للمحكوم عليه غيابياً والمعارض في الحكم الغيابي يتعين تفسيره بدلالة حضور المعارض لجلسة المعارضة في موعدها المقرر سواء في بداية الجلسة أو أثنائها ما لم يتقرر انقضاء الجلسة. وعليه إذا حضر الجلسة وقبل انقضاءها ولكن بعد صدور الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن يتعين على المحكمة اعتبار حضوره صحيحاً والنظر في معارضته شكلاً، فإن قبلت شكلاً يعتبر الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن في غير محله.

(١) د. كامل السعيد: المرجع السابق، ص ١٦٢.

وعليه فإن الحكم الصادر باعتبار المعارضة كأن لم تكن هو حكم غيابي لا يصح الاحتجاج به (ووفق خطة المشرع المصري) إلا بعد انقضاء الجلسة التي فيها الحكم بذلك (م ٢٤٢ إجراءات مصري). وهذا المعنى مستفاد من دلالة منطوق المادة ١٨٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني والتي جاء فيها "يرد الاعتراض إذا لم يحضر المحكوم عليه الجلسة الأولى الاعتراضية ... وذات المعنى نص عليه الفقرة الثالثة من المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح والتي جاء فيها "إذا تخلف المعارض عن الحضور إلى المحكمة في الوقت المعين لسماع الاعتراض ترد المحكمة الاعتراض".

فعبارة الشارع "إذا لم يحضر المحكوم عليه الجلسة الأولى الاعتراضية" ... وعبارة (تخلف المعارض عن الحضور إلى المحكمة في الوقت المعين لسماع الاعتراض): معناه عدم حضوره في الوقت المحدد للجلسة الاعتراضية. فإذا حضر في أي وقت من الجلسة ولو بعد التقرير فيها باعتبار المعارضة كأن لم تكن فيعدّ حضوره صحيحاً، وبعد الحكم الصادر باعتبار المعارضة كأن لم تكن في غير محله ولاغياً.

ثالثاً: طبيعة الحكم الصادر باعتبار المعارضة كأن لم تكن (الحكم الصادر برد الاعتراض):

الحكم الصادر من المحكمة برد الاعتراض أو اعتبار المعارضة كأن لم تكن عند تغيب المعارض عن الجلسات المحددة لنظر معارضته، معناه أن الحكم الغيابي المطعون فيه بالمعارضة يستعيد قوته مرة أخرى، وإن المعارضة ملغاة بقوة القانون. كما إن الحكم الصادر برد الاعتراض هو حكماً غيابياً في حقيقته، ولكن لا يقبل الاعتراض عليه. ونصت على ذلك صراحة المادة ١٨٨/١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، وجاء فيها "لا يسوغ الاعتراض على الغيابي الصادر برد الاعتراض، وإنما يسوغ استئنائه وفقاً للأصول المبينة". كما نصت على ذلك

الفقرة الخامسة من المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح الأردني^(١). كما نصت على قاعدة أن لا يجوز المعارضة على المعارضة المادة ٣/٤٠١ من قانون الإجراءات المصري تكن فيها "لا يقبل من المعارض بأي حال المعارضة في الحكم الغيابي الصادر في غيبته".

والعلة من تقرير قاعدة أنه لا يجوز المعارضة في الحكم الغيابي الصادر باعتبار المعارضة كأن لم تكن، هو للحيلولة دون تعطيل سير العدالة والاستمرار في نظر معارضات متتالية للغياب المتعمد من الطاعن بالمعارضة ولم يحضر جلسة المعارض وإلى ما لا نهاية.

ولكن الحكم الصادر برد الاعتراض وإن لم يقبل الطعن بالمعارضة، إلا أنه يقبل الطعن بالاستئناف (م ١/١٨٨ أصول جزائية) واستئناف الحكم القاضي برد الاعتراض يكون شاملاً الحكم الغيابي الأول (محل المعارضة). ونصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٨٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء فيها "وبشمل هذا الاستئناف الحكم الغيابي الأول".

وميعاد الاستئناف في الحكم الغيابي الصادر برد الاعتراض للأصول المبينة في المادة ٢/١٨٩ من نفس القانون، والتي جاء فيها "... ويبقى للمحكوم عليه استئناف الحكم خلال المدة القانونية وتبتدئ من اليوم الذي يلي صدور قرار الرد أو تبليغه إذا كان غائباً. ثم نصت المادة ١٩١ من ذات القانون على أنه يقبل الطعن بطريق الاستئناف في الأحكام الجنوحية ويجري وفقاً للقواعد والأصول المنصوص عليها في باب الاستئناف.

(١) مع العلم بأن المقرر في المادة ٣١ من قانون محاكم الصلح الأردني أنه إذا حضر المعارض الجلسة الاعتراضية تقرر المحكمة السير في الدعوى وقبول الاعتراض، ثم تنظر في أسباب الاعتراض وتصدر قرارها برد الاعتراض أو فسخ الحكم الغيابي وإبطاله أو تعديله ثم نصت الفقرة الخامسة من هذه المادة على أن الحكم بنتيجة الاعتراض في أي من الحالات السابقة قابل للاستئناف.

والميعاد المحدد للاستئناف وفق الفصل الخاص بالاستئناف في المادة ٢٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية هو خمسة عشر يوماً من اليوم الذي يلي تاريخ صدور الحكم إن كان وجاهياً وتاريخ تبليغه إن كان غيبياً.

وكون الحكم الصادر برد الاعتراض هو في حقيقته حكماً غيبياً، فأن ميعاد استئنافه من المحكوم عليه المعارض يبدأ من تاريخ تبليغه وتحسب له مهلة خمسة عشر يوماً لجريان ميعاد الاستئناف، ويبقى هذا الحكم غيبياً وقابلاً للاستئناف حتى لو قررت المحكمة أنه قابل للاعتراض. وقررت ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٨٩ من التشريع الأردني والتي جاء فيها "إذا تضمن الحكم الغيابي أنه قابل للاعتراض ولم يكن كذلك، قررت المحكمة رد الاعتراض، ويبقى للمحكوم عليه المعارض استئناف الحكم خلال المدة القانونية".

المبحث الثالث

جزاء الغياب العمدي في مواد الجنايات

طبيعة الأجزية المقررة عن غياب المتهم في جناية:

المتهم في جناية هو من ينسب له في قرار الاتهام ارتكابه أو اشتراكه في جريمة تستوجب عقوبة جنائية. والأصل المقرر في التشريعات الجزائية هو وجوب حضوره شخصياً لإجراءات المحاكمة الجزائية أمام المحاكم المختصة. ولكن إذا تغيب وثبت إصراره في عدم المثل أمام المحكمة وإفلاته من العدالة، فيعد من وجهة نظر الشارع فارقاً من وجه العدالة، وشخص خارج القانون كما يسميه الفرنسي.

وترتب التشريعات الإجرائية الجزائية مجموعة من الجزاءات على الغياب المتعمد للمتهم الغائب في جناية، وهذه الأجزية محلها المتهم ذاته دون ورودها على الحكم الغيابي، وبعبارة الأجزية المقررة للغياب في مواد الجنايات، وهي تنصب على المتهم الغائب ذاته، إذ الأخير ورغم وصفه بأنه حكماً غائباً، إلا أنه يبقى مجرد إجراء تهديدي للضغط على المتهم الفار في حضور إجراءات المحاكمة، بحيث يعتبر هذا الحكم كأن لم يكن لمجرد حضور المتهم أو القبض عليه (م ٢٥٤ أصول جزائية أردني).

والأجزية المقررة عند غياب المتهم في جناية تقسم إلى طائفتين: الأولى متصلة في الانتقاص من ضمانات المحاكمة الحضورية، والطائفة الثانية ترد في صورة القيود الواردة على جوانب من حقوقه الشخصية، وسوف نبحت ذلك تفصيلاً في مطلبين مستقلين: الأول نخصه في جزاء الانتقاص من ضمانات المحاكمة الحضورية، والمطلب الثاني نخصه في الجزاء المتمثل في فرض قيود على جوانب من الحقوق الشخصية للمتهم الغائب في جناية.

المطلب الأول

الانتقاص من ضمانات المحاكمة الحضورية والحقوق الإجرائية الأخرى
استخلاص الأجزية على الغياب المتعمد في مواد الجنايات في صورة الانتقاص من
ضمانات المحاكمة الحضورية:

ترتب التشريعات المقارنة على الغياب المتعمد من المتهم في جناية عن جلسات المحاكمة حرمانه من عدد من ضمانات المحاكم الحضورية. وهي تستهدف في مجموعها الضغط على المتهم للحضور حتى يتسنى للمحكمة كشف الحقيقة أو على الأقل الاقتراب من هذه الحقيقة والتي قد يفصح عنها المتهم بحضوره لإجراءات المحاكمة.

كما أن المشرع جعل الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب يسقط بحضور المتهم أو القبض عليه، ولكن هذا السقوط وإعادة السير بإجراءات المحاكمة لا تطبق بشأنها قاعدة الطاعن لا يضار لظعن.

كما تتفق خطة التشريعات المقارنة على أن العقوبة المقضي بها في الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب تتقادم بالتقادم المقرر للعقوبات لا التقادم الخاص بالدعوى الجزائية.

وسوف نعرض لهذه الأجزية تباعاً في البنود التالية:

أولاً: حرمان المتهم الغائب في جناية من ضمانات الاستعانة بمحام للدفاع في غيبته:

من المقرر في التشريعات الإجرائية المقارنة هو حرمان المتهم الغائب في جناية من حق توكيل محام للدفاع عنه في غيبته. ونصت على ذلك صراحة المادة ٢٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، وجاء في فقرتها الأولى "لا يقبل وكيل عن المتهم في المحاكمة الغيابية". ونصت على ذلك المواد: ٣٨٨ من قانون الإجراءات المصري، و ٦٣٠ من قانون الإجراءات الفرنسي^(١).

(1) Pradel: procedure penal, op. cit. No. 506, p. 508.

وعلة حرمان المتهم من توكيل محام للدفاع عنه في المحاكمة الغيابية، هو للغايات التي يستلزمها المشرع من قاعدة الحضور الشخصي للمتهم في إجراءات المحاكمة لاسيما في أخطر أنواع الجرائم وهي الجنايات. وتحقيقاً للأهداف المقصودة من الحضور الشخصي، حرصت أغلب التشريعات على تقرير قاعدة له لا يقبل وكيل عن المتهم في المحاكمة الغيابية، وسبق بيان ذلك تفصيلاً.

ثانياً: إهدار مبدأ شفوية إجراءات المحاكمة:

من القواعد المستقرة في إجراءات المحاكمة الحضورية هو ضرورة توفر ضمانات شفوية لإجراءات المحاكمة، إذ تعد قاعدة الشفوية الوسيلة التي يستطيع من خلالها الخصم مناقشة أدلة خصمه وتنفيذها وتقديم عكسها إن وجد ذلك. ولكن في المحاكمة الغيابية لاسيما في مواد الجنايات، وكجزء على الغياب المتعمد من قبل المتهم، تتفق خطة التشريعات المقارنة على حرمان المتهم الغائب من تطبيق قاعدة شفوية إجراءات المحاكمة. حيث تتم إجراءات المحاكمة اعتماداً على جانب الإدعاء العام والاتهام دون التعويل بصفة أساسية على جانب الدفاع. ولكن إجراءات المحاكمة تبقى محكومة بمبدأ العدالة، إذ يمكن للمحكمة في المحاكمة الغيابية أن تصدر القرار العادل كالبراءة أو عدم المسؤولية رغم غياب المتهم عن إجراءات المحاكمة.

وتطبيقاً لذلك، تنص الفقرة الأولى من المادة ١/٢٤٨ من التشريع الأردني على أنه "... بعد التثبت من تبليغ ونشر قرار الاتهام تقرر المحكمة إجراء المحاكمة غيابياً". ثم نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "يتلو الكاتب قرار الاتهام ولائحة الاتهام وقائمة أسماء الشهود وقرار الطعن والوثائق الأخرى، ثم تستمع المحكمة لبينة النيابة العامة والمدعي الشخصي بهذا الصدد وتقضي في الدعوى

على الوجه الذي تراه عادلاً". ويقابلها في ذلك نصوص المواد ٣٨٦ من قانون الإجراءات المصري^(١)، و ٦٣٢ من قانون الإجراءات الفرنسي^(٢).

أما بخصوص سماع الشهود عند مباشرة إجراءات المحاكمة الغيابية في مواد الجنايات، فمن المقرر في التشريع الفرنسي أنه لا يجوز سماع الشهود في المحاكمات الغيابية في مواد الجنايات. فالمحكمة تقضي في الدعوى بناءً على الأوراق التي تتلى في الجلسة وبينات الإدعاء العام^(٣).

أما في التشريعين الأردني والمصري، فيجوز للمحكمة تقرير سماع الشهود في المحاكمة الغيابية في مواد الجنايات، إذا رأت المحكمة ضرورة، أو تيسر ذلك وبدلالة الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من قانون أصول المحاكمات الأردني التي جاء فيها "إذا تعذر سماع بعض الشهود فتتلى إفادتهم السابقة وأجوبة شركاء المتهم في الجريمة". ونصت المادة ٣٨٦ من قانون الإجراءات المصري على أنه "وتسمع المحكمة الشهود إذا رأت ضرورة لذلك...".

ثالثاً: الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب يصدر غيابياً ولا يقبل أي طريق للطعن فيه من المحكوم عليه:

الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في مواد الجنايات، يفتقر لمقومات الحكم الجزائي إذا كانت صادرة بالإدانة في مواد الجنايات والمخالفات وعلى النحو السابق بيانه، فالأخير كما ذكرنا أنه يقبل الطعن بالمعارضة، كما يقبل الطعن بالاستئناف من المحكوم عليه.

(١) وتتص المادة ٣٨٦ إجراءات مصري يتلى في الجلسة أمر الإحالة ثم الأوراق المثبتة لإعلان المتهم وتبدي النيابة العامة والمدعي بالحق الشخصي إن وجد أقوالهما للمحكمة الشهود إذا رأت ضرورة لذلك ثم تفصل في الدعوى.

(٢) وتتص المادة ٦٣٢ من قانون الإجراءات الفرنسي: يتلى في الجلسة قرار الإحالة وتسمع المحكمة أقوال النيابة العامة بعد التنبئ من إعلان المتهم بأمر الإحالة، كما تتلى المحاضر المثبتة لإجراءات النشر والعلانية ثم تقضي بعد ذلك الدعوى.

(٣) Rassat: op. cit., No. 338, p. 609.

أما إذا كان الحكم الغيابي صادر بالإدانة وفي مواد الجنايات، فإن هذا الحكم لا يقبل أي طريق للطعن فيه من المحكوم عليه بالإدانة. فلا يجوز للأخير الطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف، ويعد ذلك صورة من صور الجزاء على فراره وغيباه المتعمد عن إجراءات المحاكمة.

وبالتالي، فالحكم الغيابي الصادر بالإدانة في مواد الجنايات، يوصف بأنه دائماً غيابياً ولا يصدر في صورة الحكم الحضورى أو بمثابة الوجاهي، لأنه بمجرد حضوره يشرع بإجراءات محاكمة جديدة كما يوصف هذا الحكم بأنه يصدر دائماً غيابياً ولا يقبل أي طريق للمراجعة من المحكوم عليه، لأن طبيعة هذا الحكم أنه يصدر كحكم تهديدي ومعلق على شرط فاسخ هو حضور المتهم الغائب المحكوم عليه أو القبض عليه، أما من حكم عليه بالبراءة فلا يطلق عليه محكوماً عليه، مما يستلزم ارتباط قاعدة السقوط التلقائي للحكم الغيابي في مواد الجنايات إذا كان الحكم صادراً بالإدانة لا بالبراءة. حيث تنص التشريعات المقارنة على قاعدة السقوط التلقائي بحضور المحكوم عليه أو القبض عليه قبل سقوط العقوبة المقضي بها بالتقادم، لأنه بحضور المحكوم عليه الغائب وقبل انقضاء مدة تقادم العقوبة يسقط الحكم تلقائياً وبقوة القانون وبدون حاجة لطعن من المتهم المحكوم عليه غيابياً بالإدانة.

ورغم أن الحكم الغيابي الصادر بالإدانة يبقى غيابياً ولا يقبل أي طريق للمراجعة من المحكوم عليه، إلا أنه حكم من نوع خاص من حيث أنه حكم موجود وقابل لتحقيق آثاره تجاه المحكوم عليه طيلة فترة التعليق على الشرط الفاسخ، فهو يرتب آثاره من حيث القيود الواردة على الحقوق الشخصية للمحكوم عليه غيابياً وعلى النحو الذي نوضحه في المبحث الثاني^(١). ولكن هذا الحكم يجوز الطعن فيه من الخصوم الآخرين كالنيابة العامة، أو المدعي بالحق الشخصي، وسواء الطعن بالاستئناف، أم بالتمييز وحسب أحوال الطعن المقرر في التشريع الوطني.

(١) أنظر، ص ٤٤-٤٥ من البحث.. مع ملاحظة أن المحكوم عليه بالإدانة إذا توفى، فعندها يصبح الحكم باتاً وعلى نحو يسمح الطعن به بإعادة المحاكمة كما لو تقدم بالطلب أحد أقاربه أو ورثته وذلك إنصافاً لذكراه: أنظر: د. محمد جابر جبرة، المرجع السابق، ص ٤١٥، د. إدوار غالي الذهبي، إعادة النظر في.

كما يتعين ملاحظة أن الحكم الغيابي بالإدانة في جناية الغائب لا يقبل الطعن بالتماس إعادة النظر أو إعادة المحاكمة كما تقررها المواد ٢٩٢-٢٩٨ من قانون أصول المحاكمات الأردني، لأن الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب يفقد أحد شروط الطعن فيه بإعادة المحاكمة وهو أن يكون حكماً باتاً. وهذا الشرط لا يتحقق في الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب، إذ لا يصبح الحكم باتاً مادامت المدة المقررة لتقادم العقوبة لم تنقضي بعد، ويسقط هذا الحكم بحضور المحكوم عليه أو القبض عليه قبل انقضاء مدة تقادم العقوبة المقضي بها في الحكم الغيابي، فعندها يصبح حكماً باتاً ويصح الطعن فيه بالتماس إعادة المحاكمة^(١).

أما إذا كان الحكم الغيابي في جناية الغائب صادراً بالبراءة، فيعد من جهة المحكوم له قطعياً ولا يسقط بحضوره أو القبض عليه وبالتالي لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف أو التمييز. ولكن يجوز الطعن فيه من الخصوم الآخرين كالنيابة العامة والمدعي بالحق الشخصي أو المسئول بالمال إذا قضى بشيء رغم حكم البراءة.

ودلالة ذلك، أن سقوط الحكم الغيابي بقوة القانون يكون بحضور المحكوم عليه أو القبض عليه، أما من حكم عليه بالبراءة فلا يطلق محكوماً عليه، مما يستلزم ارتباط قاعدة السقوط التلقائي للحكم الغيابي في مواد الجنايات إذا كان الحكم صادراً بالإدانة لا بالبراءة حيث تنص التشريعات المقارنة على قاعدة السقوط التلقائي بحضور المحكوم عليه أو القبض عليه.

كما أن الحكم الغيابي الصادر ببراءة المتهم الغائب، لا يقبل الطعن بالاستئناف أو التمييز من المتهم المحكوم له، ولا يسقط بحضوره أو القبض عليه. كما لا يقبل طلب إعادة المحاكمة مهما ظهر من وقائع جديدة تثبت ارتكابه للجريمة، لأن الحكم يكون قابلاً للطعن بالاستئناف أو التمييز من النيابة العامة أو المدعي بالحق الشخصي، فإذا استنفذت طرق الطعن، أو فوتت مواعيده، أصبح حكماً باتاً وبالتالي لا يجوز الطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية^(٢).

(١) الأحكام الجنائية، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص ١٠١، ١٠٠.

(٢) د. محمد جابر جبرة، المرجع السابق، ص ٤١٥.

وما ينبغي الإشارة إليه أن قاعدة السقوط التلقائي للحكم الغيابي بالإدانة بحضور المحكوم عليه أو القبض عليه قبل سقوط العقوبة بالتقادم، ينحصر أثرها فيمن يحضر أو يقبض عليه من المتهمين الغائبين في حال تعددهم. وبالتالي إذا كان بعضهم حاضراً وتغيب الآخرون، فيصدر الحكم حضورياً وتكون إجراءات المحاكمة حضورية بالنسبة للحاضر منهم، ويكون الحكم الصادر بحقهم قابل للطعن بالاستئناف أو التمييز حسب الأصول. وإذا حضر أو قبض على بعض المحكوم عليهم غيابياً، فينحصر السقوط التلقائي بالنسبة لمن حضر أو قبض عليه، ولكن يبقى الحكم غيابياً بالنسبة لمن لم يحضر ولم يقبض عليه من المتهمين المحكوم عليهم غيابياً بالإدانة.

ونصت على هذا الحكم الفقرة الأولى من المادة ٢٥٢ من قانون أصول المحاكمات الأردني وجاء فيها "لا يكون غياب أحد المتهمين بحد ذاته سبباً لإرجاء المحاكمة أو تأخير النظر في الدعوى بحق رفاقه من المتهمين". ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة "للمحكمة أن تقرر بعد محاكمة المتهمين الحاضرين تسليم المواد الجرمية المحفوظة في مستودع الأمانات إذا طلبها أصحابها أو مستحقوها ويحق أن تقرر تسليمها بشرط إعادتها إلى المحكمة عند طلبها".

رابعاً: السقوط التلقائي للحكم الغيابي بالإدانة بحضور المحكوم عليه أو القبض عليه لا يخضع لقاعدة أن الطاعن لا يضار بطعنه:

من صور الجزاء المقرر على الغياب المتعمد للمتهم الغائب في جناية، أنه لا يملك الاحتجاج بقاعدة أن الطاعن لا يضار بطعنه عند تطبيق قاعدة السقوط التلقائي للحكم الغيابي الصادر بإدانته عند حضوره أو القبض عليه قبل انقضاء العقوبة المحكوم بها بالتقادم لأنه بحضوره أو القبض عليه قبل سقوط العقوبة المحكوم بها بالتقادم يسقط الحكم الغيابي تلقائياً وبقوة القانون على اعتبار أن الحكم في ذاته ليس سوى مجرد حكم تهديدي يسقط بتوافر واقعة القبض على المحكوم عليه أو حضوره فإذا تحقق لزم إعادة إجراءات المحاكمة مرة أخرى، وتكون محاكمة مبتدئة ووفق الأصول المقررة. وهذا الأثر يترتب بقوة القانون ولا يحول دون تحقيقه رضا المحكوم عليه بما قضى به الحكم الغيابي بالإدانة.

ونصت على هذا الأثر المادة ٢٥٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني وجاء فيها "إذا سلم المتهم الغائب نفسه إلى الحكومة أو قبض عليه سقوط العقوبة المحكمة بها بالتقادم فيعتبر الحكم وسائر المعاملات الجارية اعتباراً من صيرورة صدور مذكرة القبض أو قرار الإمهال ملغاة حكماً وتعاد المحاكمة من جديد وفق الأصول العادية". ويقابل ذلك نص المادة ٢٩٥ من قانون الإجراءات المصري. ويقصد بالسقوط التلقائي للحكم الغيابي الصادر بالإدانة عن حضور المحكوم عليه أو القبض عليه أن المحكمة يجب أن تبدأ بمحاكمة جديدة وبقوة القانون ولا يعني ذلك أنه طعن مقدم من المتهم وتخضع إجراءات المحاكمة للأصول العادية من حيث ضمانات المحاكمة الحضورية كما أن المحكمة لا تتقيد عند الفصل بالدعوى وإصدار الحكم من جديد ما ورد بحكم الإدانة السابق وبالتالي يمكن أن تحكم بالإدانة أو بالبراءة ولا تتقيد بقاعدة أن الطاعن لن يضر بطعنه. وإذا حكمت بالإدانة بناءً على المحاكمة الجديدة فيجوز أن تشدد العقوبة أو تخفّضها وفق ما تتطلبه العدالة^(١).

خامساً: العقوبة المقررة في الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب يتقادم بالتقادم المقرر للعقوبات لا التقادم الخاص في الدعوى الجزائية:

خلصنا إلى أن الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب لا ينهي الدعوى ولا يعد فاصلاً في موضوعها بل هو في حقيقته حكماً تهديدياً ويمثل إجراءً من إجراءات الدعوى والأصل أن يعتبر قاطع لتقادم الدعوى بمجرد صدوره وبحكم أنه مجرد حكم تهديدي معلق على شرط فاسخ هو حضور المحكوم عليه أو القبض عليه وبالنتيجة نفترض هذه الطبيعة أن تخضع لتقادم الدعوى الجزائية ومنذ صدوره. ولكن احتاطت التشريعات الإجرائية لهذا الأمر واختصت تقادم المحكمة الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب بتقادم العقوبات لا تقادم الدعوى. ولعلّ منطوقه

(١) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٤١٧، د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٨٠١، د. محمد جابر جبرة، المرجع السابق، ص ٤١٨.

مؤداها حتى لا يكون المتهم الغائب من بداية المحاكمة ويصدر عليه الحكم غيابياً أحسن حالاً من المتهم الآخر الذي يحضر أمام المحكمة من البداية ويصدر عليه الحكم حضورياً ولكن يفر من التنفيذ بحيث يترتب على ذلك أن يخضع الأول (الغائب) إلى تقادم الدعوى والآخر يخضع لمدة تقادم العقوبة والذي يعد أطول من تقادم الدعوى الجزائية.

ولإزالة هذا التناقض حرصت التشريعات الإجرائية على إحلال تقادم العقوبات محل تقادم الدعاوى فيما يتعلق بالحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب. وسواء المحكمة المصدرة لهذا الحكم هي محكمة الجنايات الكبرى أم محكمة البداية بوصفها محكمة جنايات.

ونصت المادة ٢٥٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني وجاء فيها إذا سلم المتهم نفسه إلى الحكومة أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة المحكوم بها بالتقادم ويقابلها نص المادتين ٣٩٤ من قانون الإجراءات المصري و ٦٣٩ من قانون الإجراءات الفرنسي.

ويبدأ احتساب تقادم العقوبات من وقت صدور الحكم الغيابي طبقاً للمادة ٥٢٩ من قانون الإجراءات المصري وفي التشريعين الأردني والفرنسي يبدأ احتساب التقادم من تاريخ انتهاء إجراءات نشر الحكم الصادر بالإدانة ونصت المادة ٢٥١ من قانون الجزائية والتي جاء فيها يصبح الحكم نافذ من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية. ويسبق ذلك إعلان خلاصة الحكم وخلال مدة عشرة أيام. حيث نصت المادة ٢٥٠ من نفس القانون على أنه "تعلن خلاصة الحكم الصادر على المتهم خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم بمعرفة النيابة العامة، وذلك بنشرها في الجريدة الرسمية وفي إحدى الصحف المحلية وبتعليقها على باب سكن المتهم الأخير وفي ساحة بلدته وعلى باب قاعة محكمة البداية وتبلغ أيضاً إلى مأمور التسجيل المختص.

وعليه يكون خضوع العقوبة المحكوم بها غيابياً على المتهم الغائب لتقادم العقوبة المقرر في القانون لا تقادم الدعوى، هو بمثابة جزاء على الغياب المتعمد وتتفق مع طبيعة الحكم الصادر في غيبته وحتى لا يستفيد من التقادم الصغير

الخاص بالدعوى الجزائية، والذي يكون أكثر توافقاً مع الحكم الصادر في غيبته وباعتبار أن هذا الحكم هو مجرد إجراء تهديدي لا حكماً فاصلاً في الدعوى.

المطلب الثاني

حرمان المتهم الغائب من ممارسة بعض الحقوق الخاصة به كمواطن

نطاق القيود الواردة على ممارسة المتهم الغائب لبعض الحقوق الخاصة به:

من صور الجزاء المقررة في التشريعات المقارنة على المتهم الغائب في جنائية، أنه يحرم من ممارسته لبعض حقوقه الخاصة على اعتبار أنه مواطن خارج عن القانون. وتفرض مجموعة من القيود على ممارسته لبعض حقوقه الخاصة لغاية إجباره على المثل أمام القضاء. وهذه القيود يتحدد نطاقها بما يتلاءم مع طبيعة الحكم الصادر بالإدانة وتكون ذات أثر طالما لم تنقضي العقوبة المقضي بها في الحكم الغيابي بالتقادم.

وتتمثل الجزاءات المقررة على غياب المتهم هو حرمانه من إدارة أمواله والتصرف فيها أثناء فترة غيبته، ثم حرمانه رفع الدعوى باسمه وما يترتب على ذلك من آثار.

أولاً: علة تقرير القيود الواردة على ممارسة المتهم لبعض حقوقه وضابط تطبيقها:

تتجه التشريعات المقارنة إلى فرض عدة قيود على ممارسة المتهم الغائب من ممارسته لجوانب من حقوقه الشخصية، وهدف الشارع في ذلك هو إجباره للمثل أمام العدالة ومحاكمته من جديد، حيث يمنع المتهم الغائب من إدارة أمواله والتصرف فيها، وذلك للحيلولة حتى لا يجعل من أمواله سبيلاً سهلاً للاستمرار في وجه العدالة. كما أن القيد الوارد على منع المتهم من إدارة أمواله والتصرف فيها يقصد منه ضمان تنفيذ العقوبات المالية والتعويضات المحكوم بها غيابياً. سواء التعويضات المقررة لصالح الدولة أو للمتضرر من الجريمة لأنه لو لم تغل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها لما أمكن تنفيذ الغرامات والضمانات المالية.

ورغم اتفاق التشريعات المقارنة على تقرير هذه القيود وفرضها بعد صدور الحكم الغيابي بالإدانة على المتهم الغائب إلا أن هناك بعض التشريعات تقرر فرضها قبل صدور الحكم الغيابي بالإدانة على المتهم الغائب.

ويعد التشريع الفرنسي في مقدمة التشريعات التي تفرض هذه القيود قبل صدور حكم الإدانة، إذ يبدأ بتطبيقها بعد مرور عشرة أيام من إعلان المتهم بأمر الغياب (م ٦٧٢ إجراءات فرنسي). وتبقى هذه القيود طيلة فترة المحاكمة، وإذا أدين المتهم الغائب، فإن الحكم الصادر بالإدانة يؤكدها ويثبتها فقط^(١).

ويقترّب من نهج المشرع الفرنسي المقرر في التشريع الأردني حيث يبدأ تطبيق القيود الواردة على حق المتهم الغائب في ممارسته لحقوقه بانقضاء مهلة عشرة أيام التي يقرها رئيس المحكمة، ونصت على ذلك المادة ٢٤٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء فيها "على الرئيس بعد تسلمه اضبارة الدعوى أن يصدر قراراً بإمهال المتهم مدة عشرة أيام ليسلم نفسه إلى السلطات القضائية خلال هذه المهلة. ثم نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على أنه "إذا لم يسلم المتهم نفسه خلال هذه المهلة يعتبر فاراً من وجه العدالة وتوضع أمواله وأملكه تحت إدارة الخزينة مادام فاراً ويحرم من التصرف بها ويمنع من إقامة أية دعوى، وكل تصرف قام به أو التزم به بعد ذلك يعتبر باطلاً.

وهذا الحرمان من إدارة المتهم لأمواله والتصرف فيها قبل الحكم بالإدانة، يمكن إرجاء تقريرها إذا كان هناك معذرة مشروعة في غياب المتهم (م ٢٤٧ أصول جزائية أردني)^(٢). وإذا حكم على المتهم الغائب بالإدانة، يثبت ويتأكد فرض القيود على إدارة أمواله والتصرف فيها. ونصت على ذلك المادة ٢٤٩ من نفس القانون، وجاء فيها "إذا حكم على المتهم الفار تخضع أمواله اعتباراً من صيرورة الحكم نافذاً للأصول المتبعة في إدارة أموال الغائب ولا تسلم هذه الأموال إليه أو إلى مستحقيها من بعده إلاّ عند سقوط الحكم الغيابي.

(١) أنظر في الفقه الفرنسي:

R.Merle et A. Vitu Traite de droit criminal . T.2.precedure penal. Cujas. 1989. No. 1271, p.1187.

(٢) ونصت المادة ٢٤٧ أصول جزائية "إذا قبلت المحكمة المعذرة (لغيابه) قررت إرجاء محاكمة المتهم ووضع أملكه تحت إدارة الخزينة مدة مناسبة باعتبار ماهية المعذرة وبعد المسافة.

والقيد المفروض على ممارسة المتهم لحقوقه يثبت بنفاذ الحكم الغيابي الصادر بالإدانة^(١). بحيث يكون هذا الجزاء ثابتاً وتستمر الحراسة على أموال المحكوم عليه الغائب حتى سقوط الحكم الغيابي بالإدانة، سواء كان السقوط بحضور المحكوم عليه أو القبض عليه قبل سقوط العقوبة بالتقادم، أو بانقضاء العقوبة المحكوم بها غيابياً بالتقادم أو بوفاة المحكوم عليه غيابياً أيّاً كان وقت حصول الوفاة. وإذا سقط الحكم الغيابي الصادر بالإدانة بحضور المحكوم عليه أو تسليم نفسه إلى القضاء قبل سقوط العقوبة بالتقادم، يسقط الحكم بقوة القانون وسائر المعاملات الجارية اعتباراً من صدور مذكرة إلقاء القبض أو قرار الإمهال، وينتهي إجراء الحراسة على أمواله والتي كانت مفروضة قبل السقوط التلقائي للحكم. وجاء النص على هذا الأثر بدلالة قول الشارع في المادة ٢٤٥ "إذا سلم المتهم نفسه ... فيعتبر الحكم وسائر المعاملات الجارية اعتباراً من صدور مذكرة القبض أو قرار الإمهال ملغاة حكماً".

ثانياً: نطاق الحقوق التي يمنع المتهم الغائب من ممارستها:

تتفق خطة التشريعات المقارنة على منع المتهم الغائب من ممارسة مجموعة من الحقوق الشخصية الخاصة به، وباعتباره فاراً من وجه العدالة ومواطن خارج عن القانون بحكم أنه لم يحضر ولم يمتثل لأمر القضاء بالحضور إلى جلسات المحاكمة المبلغ بها حسب الأصول.

والحقوق التي يمنع من ممارستها (ووفق القيود السابق ذكرها) تتمثل في التالي:

- أ- حرمان المتهم الفار من وجه العدالة من إدارة أمواله.
- ب- حرمان المتهم الفار من وجه العدالة من التصرف في أمواله.
- ج- حرمان المتهم الفار من وجه العدالة من رفع دعوى باسمه.
- د- باعتبار كل تصرف قام به أو التزم به بعد اعتباره فاراً من وجه العدالة باطلاً.

(١) وتتص المادة ٢٥١ أصول جزائية" يعد الحكم نافذاً من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية".

وحددت هذه الآثار نصوص المواد: ٤/٢٤٣ و ٢٤٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني ويقابلها نصوص المواد ٣٩٠ من قانون الإجراءات المصري، و٦٢٧، ٦٣٣ من قانون الإجراءات الفرنسي. ومن المقرر في التشريع المصري أنه عند الحكم بإدانة المتهم الغائب في جناية، توضع أموال الغائب - العقارية أو لمنقولة - بإدارة حارس يعين لهذه الغاية. والحارس هو الذي يتولى إدارة أموال المحكوم عليه وتحصيل ريعها، وتقديم حساب عنها، وقبض ما للغائب من حقوق، ودفع ما عليه من التزامات وديون. ويتبع الحارس رقابة المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها أموال وأمالك المحكوم عليه.

أما في التشريعين الأردني والفرنسي، فإن إدارة أمالك المتهم الفار من وجه العدالة والحلول محل الغائب توضع تحت إشراف الحكومة والإدارة الخاصة بحراسة أموال الغائب.

وبخصوص الأموال العقارية العائدة للمتهم الفار من وجه العدالة، فعند تقرير وضعها تحت إدارة الحكومة، فإنه يتعين على المدعي العام المختص تبليغ مأمور التسجيل المختص لوضع إشارة الحجز على عقارات المتهم (م ٢/٢٤٤٤ أصول جزائية). وإذا أدين المتهم الغائب بالحكم الغيابي، يبلغ هذا الحكم إلى مأمور التسجيل المختص (م ٢٥٠ أصول جزائية).

ومراعاة لمصلحة زوجة المتهم الغائب وأفراد أسرته، فقد انفرد التشريعين الأردني والفرنسي بتقرير حكم خاص بذلك، إذ يتطلب المشرع تأمين المساعدة اللازمة لهم أثناء فترة الحراسة على أموال وأمالك المحكوم عليه بالإدانة. ونصت على ذلك المادة ٦٣٨ من قانون الإجراءات الفرنسي والتي جاء فيها "أثناء فترة الحراسة إذا كانت زوجة المحكوم عليه أو أبناؤه أو أبواه، في حاجة إلى مساعدة فيمكن منحهم تلك المساعدة. ويختص رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها محل إقامة المحكوم عليه بإصدار الأمر بذلك بناء طلبهم بعد إخطار مدير إدارة الأموال العامة^(١). وذات الحكم تقرره المادة ٢٥٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية

(1) Rassat: OP.CIT.No.1271, p.118 Merle et Vitu: op.cit, No. 11877.

الأردني، وجاء فيها "... في مدة وجود أموال المتهم الغائب تحت يد الخزينة تعطي وزوجته وأولاده ووالده ومن يعولهم شرعاً نفقة شهرية من واردات أملاكه تعينه المحكمة المدنية العائد إليها الأمر.

وما ينبغي الإشارة إليه، أنه يجوز للمدعي بالحق الشخصي أن يستصدر من المحكمة المدنية العائد إليها الأمر، قراراً باستيفاء مقدار مؤقت من التعويضات المحكوم له بها في مقابل كفالة أو بدونها (م ٢٥٣ أصول جزائية أردني).

ومن الحقوق الأخرى التي يحرم الفار من وجه العدالة من ممارستها هو منعه من إقامة أية دعوى، وهذا الحرمان طبقاً للتشريع المصري يترتب بعد صدور الحكم الغيابي بالإدانة. أما في التشريعين الأردني والفرنسي فيبدأ بعد مرور مهلة إعلانه بالحضور وقبل صدور حكم الإدانة (م ٢/٢٤٣ أصول جزائية أردني).

والحرمان من ممارسته حقه في رفع الدعاوى يبدأ من الفترة السابق ذكرها ويستمر بعد صدور حكم الإدانة فالأخير هو الذي يؤكد ويثبت هذا القيد.

والمتهم الغائب والفار من وجه العدالة يحرم من إقامة الدعاوى، ولكن يجوز مخاصمته كمدعى عليه، والذي يمثلته في مواجهة المدعين هي الجهة التي تتولى إدارة أمواله وأملاكه. إذ يستطيع دائنو الغائب أن يقاضوا الإدارة أو الحراسة التي تشرف على أموال الغائب^(١).

وحرمان المتهم الغائب في جناية من ممارسة الحقوق المذكورة قاصر على ذات الحقوق المذكورة بالنص. أما الحقوق الأخرى كالزواج أو الطلاق وأية حقوق أخرى لم يرد عليها النص، فيملك المتهم الغائب ممارستها.

وبخصوص أملاكه خارج الدولة، فطبقاً للتشريع الفرنسي يستطيع إدارتها والتصرف فيها^(٢). ولم يرد نص بأنها في التشريع الأردني، ولا يوجد ما يمنع من جواز التصرف فيها وإدارتها طالما تقع خارج إقليم المملكة.

(١) د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ٤٢٢.

(٢) د. محمد جابر جبرة: المرجع السابق، ص ٤٢٢.

ومن صور الجزاء المقررة على المتهم الغائب "إن كل تصرف قام به أو تعهد والترم به سواء بعد صدور الحكم الغيابي بإدانتته، أو بعد التقرير في اعتباره فاراً من وجه العدالة (طبقاً لخطة المشرعين الأردني والفرنسي) يعد مثل هذا التصرف أو التعهد باطلاً" (م ٤/٣٤٣ أصول جزائية أردني).

الخاتمة

وحيث أن الخاتمة تنصب في جوهرها على الهدف من الدراسة وتقديم المقترحات والتوصيات. فإنه في ضوء الدراسة السابقة وبعد الإطلاع على تجربة التشريعات المقارنة (محل الدراسة) فأنتني أخلص إلى التوصيات التالية:

أولاً: نهيب بالمشروع الأردني أن يجعل من الإعلان الشخصي للمشتكى عليه (في مواد الجرح والمخالفات) لحضور إجراءات المحاكمة ذا أثر منتج في إجراءات المحاكمة في حال غيابه العمدي عن إجراءات المحاكمة وبدون عذر، بحيث يصدر الحكم في هذه الحالة بمتابعة الجاهي، لا أن يصدر غيابياً، بحيث يفتح المجال للمحكوم عليه الطعن في الحكم بالمعارضة لأن الغياب العمدي وبدون عذر بعد الإعلان الشخصي للمشتكى عليه يمثل إخلالاً بالالتزام المفروض على المعلن إليه بالحضور، مما يستلزم أن يعامل بنقيض مقصوده ويحرم من طرق الطعن بالمعارضة.

وهذا الاقتراح يستلزم تعديل المادة ١٦٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، بحيث يرد في النص، أنه إذا بلغ الظنين (أو المشتكى) بموعد الجلسة لشخصه ولم يحضر وبدون معذرة فالحكم الصادر في غيبته يكون حكماً بمتابعة الجاهي.

ثانياً: كما نهيب بالمشروع الأردني أن يجعل من إعلان المشتكى عليه (أو الظنين) في موطنه أو محل عمله إذا تم الإعلان لغير شخصه في الموطن أو محل العمل، بمتابعة الإعلان لشخصه من حيث أثر ذلك على إجراءات المحاكمة والحكم الصادر في غيبته، إذا تقرر اتخاذ إجراء تالي على الإعلان في موطن المشتكى عليه أو محل إقامته، بحيث يتم إرسال خطاب مسجل إلى المعلن إليه مصحوباً بعلم الوصول إلى المعلن إليه بواقع تسليم مذكرة الدعوى في موطنه أو محل عمله، فإذا ما تسلم

المعلن إليه هذا الخطاب ووقع عليه بالاستلام، فأن هذا الإعلان بهذه الوسيلة ينتج ذات الأثر كما لو تم الإعلان لشخصه، بحيث يصدر الحكم بمثابة الوجاهي.

والخطاب بهذه الوسيلة يحقق فائدتين: الأولى: ضمان وصول الإعلان إلى علم المشتكى عليه (أو الظنين) فلا يؤخذ على غرة بحكم غيابي أو بمثابة الوجاهي. أما الثانية: فهي الحد من صدور أحكام غيابية لأن توقيع المشتكى عليه (أو الظنين) على هذا الخطاب يفيد العلم اليقيني بالإعلان فيصدر الحكم في حقه بمثابة الوجاهي.

ثالثاً: نهيب بالمشروع الأردني أن يحذو منهج المشرع الفرنسي بشأن إجراءات محاكمة المشتكى عليه (أو الظنين) المريض الذي يتخلف عن حضور جلسات المحاكمة بسبب مرضه، وذلك في مواد الجرح والمخالفات، وعلى النحو المقرر في المادة ٤١١ من قانون الإجراءات الفرنسي (والسابق ذكرها). والأخذ بالإجراءات الخاصة بمحاكمة المشتكى عليه المريض يحقق المواءمة بين ثلاث اعتبارات:

الأولى: تجنب صدور حكم غيابي. والثاني: إتباع إجراءات دقيقة تضمن حق المشتكى عليه في الدفاع عن نفسه حيال الحكم الصادر في غيبته والمعتبر بمثابة الوجاهي. أما الاعتبار الثالث: فهو تجنب تأجيل الفصل في الدعوى وما يسببه من إطالة الإجراءات وتضييع وقت القضاء والخصوم في آن واحد. فإجراءات محاكمة المشتكى عليه المريض (كما في التشريع الفرنسي) ينتج عنها حكم بمثابة الوجاهي لا تطول معه الإجراءات، وفي نفس الوقت مشتمل على كافة الضمانات.

رابعاً: كما نهيب بالمشروع الأردني التوسيع في نطاق الحضور التمثيلي للمشتكى عليه في مواد المخالفات عموماً، وتقييده في مواد الجرح.

حيث تسير التشريعات المقارنة على تقرير الحضور التمثيلي للمشتكى عليه (حضور من يمثله) في إجراءات المحاكمة في مواد المخالفات عموماً بحيث يجوز فيها للمشتكى عليه توكيل غيره لحضور إجراءات المحاكمة، والحكم الصادر في غيبته يكون بمثابة الوجاهي.

أما في مواد الجرح، فيتعين التفرقة بين الجرح المعاقب عليها بالغرامة، والجرح المعاقب عليها بالحبس، فبعد منهج التشريع الفرنسي الأولى بالإتباع بحيث تقرر

قاعدة الحضور التمثيلي للمشتكى عليه بالحبس لمدة تقل عن سنتين. أما في الجنب المعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على سنتين فلا يقبل فيها الحضور التمثيلي. وتطبيقاً لذلك يتعين تقنين الاقتراح المذكور في صلب المادة ١٦٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والمادة ٣١ من قانون محاكم الصلح بحيث تقرر قاعدة جواز الحضور التمثيلي للمشتكى عليه في مواد الجنب المعاقب عليها بالحبس لمدة تقل عن سنتين.

مع تقييد الحضور التمثيلي للمشتكى عليه في الجنب المذكورة، بضرورة موافقة المحكمة على ذلك وبصياغة "مع عدم الإخلال بما للمحكمة من حق طلب حضوره شخصياً".

خامساً: أما بشأن الجوانب المقررة على الغياب العمدي للمتهم في مواد الجنائيات، سواء من حيث حرمانه من التمتع بجوانب من حقوقه الشخصية (كإدارة أمواله، أو التصرف فيها)، أو حقوقه الإجرائية (كحرمانه من رفع الدعوى باسمه)، فيعد منهج التشريعين: الأردني والفرنسي الأكثر انسجاماً مع طبيعة المحاكمة الغيابية للمتهم الغائب في جنابة والفرار من وجه العدالة. حيث يبدأ الجزاء من لحظة عدم امتثال المتهم الغائب في جنابة لأمر الغياب في التشريع الفرنسي (المادتان ٦٢٧، ٦٢٨ إجراءات فرنسية)، ومن لحظة إعلان المتهم بقرار الإمهال طبقاً لنص المادة ٢٤٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

وإعلان المتهم بقرار الإمهال قبل تقرير إجراءات المحاكمة الغيابية من شأنه تبصير المتهم بعواقب المحاكمة الغيابية مما يدفعه في المثل أمام القضاء طوعية واختياراً لتحاشي صدور الأحكام الغيابية في مواد الجنائيات، والتي بمقتضاها يتم تثبيت القيود الواردة على جوانب من حقوقه الشخصية وبعض الحقوق الإجرائية الخاصة به وعلى النحو السابق بيانه.

سادساً: ونرى إضافة فقرة أخرى إلى نص المادة ٢٥٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية ومفادها "ولا يجوز أن تشدد المحكمة العقوبة عن تلك الواردة في الحكم الغيابي الصادر بالإدانة والساقط إذا كانت إعادة إجراءات المحاكمة قد تمت بناءً على استسلام المتهم اختياراً للعدالة.

وتظهر هذه التوصية أهمية خاصة من أنها قد تدفع كثيراً من المحكوم عليهم غيابياً في مواد الجنايات إلى أن يسلموا أنفسهم طواعية واختياراً لتعاد محاكمتهم ذلك لأنهم لن يضاروا من إعادة المحاكمة.

وبهذا الإضافة تتحقق فائدة الحضور التلقائي والاختياري للمتهم الغائب في جناية وهي بمثابة مكافأة للمتهم الفار من وجه العدالة إذا سلم نفسه طواعية للعدالة لأنه بهذا الحضور التلقائي تتحقق الغاية التي ابتغاها المشرع من تطلب الحضور الشخصي للمتهم كأصل عام، وتبدو أهميته في أخطر أنواع الجرائم وهي الجنايات.

والله الموفق ،،،

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

أ- المراجع العامة:

- د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط٧، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- د. جلال ثروت: نظم الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٧.
- د. حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، ١٩٨٣.
- د. كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دراسة مقارنة، ٢٠٠١.
- د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط٧، ١٩٨٩.
- د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٨.
- د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ٣، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

ب- المراجع الخاصة:

- د. إبراهيم عيد نائل: الطعن بالنقض في قانون الإجراءات الجنائية المصري، ط١، ١٩٩٣.
- د. أحمد شوقي أبو خطوة: الأحكام الجنائية الغيابية، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.
- د. جميل عبد الباقي الصغير: طرق الطعن في الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

- د. عاشور السيد مبروك: نظرات في طرق الطعن في الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- د. عبد العظيم مرسي الوزير: الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين والقائمين بأعباء السلطة العامة، دراسة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.
- د. محمد زكي أبو عامر: شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥.
- د. محمد جابر جبرة: غياب المتهم في مرحلة المحاكمة في قانون الإجراءات الجنائية المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

أ- المراجع العامة

- G. STEFANI, G.LEVASSEUR, B.BOULOC: procedure penal, 11, ed. Dalloz.
- J.LARGUIER: droit PENAL. T.2 procedure penal, 5, ed., Cujas, 1990.
- M.LAURE RASSAT: procedure penal, 1992, presses universitaires de france.
- R.MERLE: et AVITU: traite de droit criminal, T.2, procedure penal, GUJAS, PARIS, 1989.

-

- A. VITU: La reglementation de l'appel et de, l'opposition dans le code de procedure penal, J.C.P, 1959-1-1986.
- G. LEVASSEAR: la juridiction correctionnelle depuis l'application de code de procedure penal. Rev, sc, crim. 1959.
- G. STEFANI : revision, repertoire. Dalloz, 1987.
- J. PANATAL: la rapports de la perssonalite et du crim. Rev. Sc., crim. 1995.
- J.PRADEL: l'audience en l'absence de l'accuse en droit francais. Archives de politique criminlle, 1980, p. 129.

- I. YVES LASSALLE: la commpartution de prevenu. Rev. Sc, crim. 1981, p. 541.
-O.B. DELACOSTE. Art 464 a 472. J.C de procedure penal.
-P. CHAMBON. Le défaut en matiere correctionnells, S.C.P. 1953-1-1118.
-P. DAVID: huissier de Justice. Repertoire, Dalloz, 1987,T.11.

الفهرس

المقدمة

أهمية موضوع البحث

خطة الدراسة

الفصل الأول: حضور المشتكى عليه لإجراءات المحاكمة يتطلب إعلانه بموعد الجلسة إعلاناً صحيحاً.

المبحث الأول: طرق إعلان مذكرة الدعوى

- استخلاص طرق إعلان مذكرة الدعوى

أولاً: الإعلان لشخص المشتكى عليه (الظنين أو المتهم)

ثانياً: الإعلان في محل الإقامة أو للوكيل

ثالثاً: الإعلان عن طريق إصاق الورقة القضائية

رابعاً: الإعلان في الصحف المحلية

خامساً: الإعلان في مقر العمدية أو البلدية طبقاً للتشريعين الفرنسي والمصري

سادساً: كيفية تبليغ السجين أو إذا كان المراد تبليغه مقيم في الخارج

المبحث الثاني: ميعاد الحضور ومشتملات ورقة الإعلان بالحضور

أولاً: ميعاد الحضور

ثانياً: مشتملات ورقة تبليغ الدعوى

ثالثاً: آلية تبليغ مذكرة الدعوى

المبحث الثالث: نطاق بطلان مذكرة الدعوى وأحوال الاستغناء عنها

أولاً: بطلان مذكرة تبليغ الدعوى

ثانياً: نطاق الاستغناء عن تبليغ مذكرة الدعوى وأحوال الاستغناء عنها

الفصل الثاني: نطاق حضور المشتكى عليه (الظنين أو المتهم) في مرحلة المحاكمة
المبحث الأول: الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم (الظنين) في مرحلة المحاكمة
- النطاق التشريعي في الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم (أو الظنين) لإجراءات
المحاكمة

المطلب الأول: الحضور الوجوبي للمتهم أو الظنين بأمر القانون
الفرع الأول: الحضور الشخصي الوجوبي للمتهم في مواد الجنايات
الفرع الثاني: الحضور الشخصي الوجوبي للظنين في مواد الجنح
المطلب الثاني: الحضور الشخصي للمشتكى عليه (أو الظنين) بناءً على أمر
المحكمة

أولاً: نطاق سلطة المحكمة في إلزام المشتكى عليه بالحضور
ثانياً: طبيعة الحكم الصادر في مواجهة الوكيل إذا أمرت المحكمة بحضور المشتكى
عليه أو الظنين شخصياً

المبحث الثاني: الحضور التمثيلي للمشتكى عليه (أو الظنين) في مرحلة المحاكمة
- استخلاص نطاق الحضور التمثيلي للمشتكى عليه
المطلب الأول: الحضور التمثيلي للمشتكى عليه طبقاً لمعيار طبيعة الجريمة
وجسامة العقوبة المقررة لها

أولاً: الحضور التمثيلي في مواد المخالفات
ثانياً: نطاق الحضور التمثيلي في مواد الجنح
ثالثاً: نطاق الحضور التمثيلي للمشتكى عليه الحدث طبقاً لتشريعات الأحداث
المطلب الثاني: الحضور التمثيلي للمتهم المريض طبقاً للتشريع الفرنسي
ثانياً: شروط تطبيق الحضور التمثيلي للمتهم المريض طبقاً للمادة ٤١٦ من قانون
الإجراءات الفرنسي

الفصل الثالث: جزاء غياب المشتكى عليه (الظنين أو المتهم) في مرحلة المحاكمة
- استخلاص الجزاء من طبيعة غياب المشتكى عليه
المبحث الأول: جزاء الغياب العمدي عن جلسات المحاكمة في مواد المخالفات
والجنح

- استخلاص صور الجزاء على الغياب العمدي عن جلسات المحاكمة في مواد المخالفات والجنح

المطلب الأول: الحكم الحضورى والاعتبارى (الحكم بمثابة الوجاهى)

- استخلاص حالات صدور الحكم حضورياً اعتبارياً

الفرع الأول: نطاق صدور الحكم الحضورى الاعتبارى

- الفروض التشريعية فى صدور الحكم الحضورى الاعتبارى

أولاً: تخلف المشتكى عليه من الحضور إذا أعلن شخصياً بورقة التكليف بالحضور

ثانياً: تخلف المتهم عن الحضور رغم علمه بالتكليف بالحضور علماً يقيناً

ثالثاً: تخلف المتهم عن الحضور رغم إعادة إعلانه فى موطنه طبقاً لخطة المشرع

المصرى

رابعاً: حضور المشتكى عليه (أو الظنين) والانسحاب منها لجلسة دون الجلسات

التالية

خامساً: تعدد المتهمين وحضور بعضهم وتخلف البعض الآخر

الفرع الثانى: القواعد الإجرائية الخاصة بالحكم الحضورى الاعتبارى

- الطبيعة الخاصة لقواعد إصدار الأحكام الحضورية الاعتبارية

أولاً: قاعدة وجوب تحقيق الدعوى كما لو كان الخصم حاضراً

ثانياً: عدم جواز الطعن بالمعارضة فى الحكم الحضورى الاعتبارى

ثالثاً: طبيعة الحكم الصادر باعتبار المعارضة كأن لم تكن

المبحث الثالث: جزاء الغياب العمدي فى مواد الجنائيات

- طبيعة الأجزاء المقررة عن غياب المتهم فى جنابة

المطلب الأول: الانتقاص من ضمانات المحاكمة الحضورية والحقوق الإجرائية

الأخرى

أولاً: حرمان المتهم الغائب فى جنابة من ضمانات الاستعانة بمحام للدفاع عنه فى

غيبته

ثانياً: إهدار مبدأ شفوية إجراءات المحاكمة

ثالثاً: الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في جناية الغائب يصدر غيابياً ولا يقبل أي طريق للطعن فيه

رابعاً: السقوط التلقائي للحكم الغيابي بالإدانة بحضور المحكوم عليه أو القبض عليه لا يخضع لقاعدة رد الطاعن لا يضار بطعنه

خامساً: العقوبة المقررة بها بالإدانة في الحكم الصادر بالإدانة في جناية الغائب يتقادم بتقادم العقوبات لا التقادم الخاص في الدعوى الجزائية

المطلب الثاني: حرمان المتهم الغائب في جناية من ممارسة بعض الحقوق الخاصة به كمواطن

أولاً: علة تقرير القيود الواردة على ممارسة المتهم لبعض حقوقه وضابط تطبيقها

ثانياً: نطاق الحقوق التي يمنع المتهم الغائب من ممارستها

الخاتمة

قائمة المراجع

الفهرس

التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت

الدكتور سعد حسين عبد ملحم

أستاذ مساعد/كلية الحقوق

جامعة النهرين

التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت

أ.م.د. سعد حسين عبد ملحم

كلية الحقوق

جامعة النهرين

الخلاصة:

لم يضع المشرع العراقي قانوناً ينظم التعاقد عبر شبكة الانترنت بما في ذلك مرحلة التفاوض. الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى القواعد التقليدية في نظرية الالتزام لتطبيقها على هذا النوع من التعاقد.

ويحاول هذا البحث الإجابة عن السؤال الآتي: هل تكفي هذه القواعد التقليدية لاحتواء هذا النشاط القانوني أم لابد من استحداث بعض القواعد القانونية التي تتناسب مع الوسائل الإلكترونية مع تطويع بعض القواعد العامة للعقد حتى لا تتعارض مع طبيعة شبكة الإنترنت التي يتم من خلالها التفاوض.

Abstract:

Negotiation in contracts through the internet the legislature didn't lay out a law to regulate contracting through the internet including the step of negotiation. This requires going back to the classical rules in obligation theory to apply it on this kind of contract. This research tries to answer the following question: Are these classical rules enough to comprise this kind of legal activity, or it is necessary to create some legal rules which suit the electronic devices keeping in mind subduing some general rules of the contract so that they don't oppose the nature of the internet through which negotiation is going be done.

المقدمة:

تعني التجارة الإلكترونية جميع المعاملات التي ينطبق عليها الوصف التجاري، حسب المعيار الذي اعتمدته القانون^(١). والتي تتم عبر شبكة الإنترنت فأهم ما يميز التجارة الإلكترونية عن التجارة العادية هو أسلوب انعقادها وطريقة تنفيذها، فالعمليات

(١) اعتمد قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ معيار المضاربة (قصد الربح) لإضفاء الصفة التجارية على الأعمال التي عددها في المادة (٥) منه. أنظر في شرح هذا المعيار، د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٢٨.

الداخلية تحت هذا الوصف تتعقد وتنفذ من خلال وسط إلكتروني يركز على استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. إذ يمثل هذا الوسط وسيلة اتصال سمعية وبصرية مفتوحة أمام الجميع لإبرام العقود وتنفيذها. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال لا الحصر نماذج للعمليات التجارية التي تعقد وتنفذ من خلال شبكة الإنترنت وذلك بأن يعرض التاجر (شركة أو فرد) بضائعه وخدماته من خلال موقعه على الإنترنت وقد يتضمن العرض بيان أو صاف المبيع وشروط البيع من حيث مقدار الثمن وطريقة دفعه (الدفع بالبطاقة الإلكترونية) وكيفية التسليم أي يتضمن العرض العناصر الجوهرية لعقد البيع فيكون إيجاباً باتاً. وإذا قبل المشتري هذا العرض فإنه يرسل موافقته إلى موقع البائع باستمارة من أهم بنودها رقم حساب المشتري أو رقم البطاقة الائتمانية لدفع الثمن، وترسل هذه الاستمارة بالبريد الإلكتروني إلى البائع (الموجب)، وبمجرد تسلم هذه الاستمارة (القبول) من قبل التاجر الموجب يعد العقد مبرماً^(١). وهكذا الحال بالنسبة للعقود الأخرى غير البيع كعقد النقل وعقود الوكالات

(١) أخذ القانون المدني العراقي في المادة (٨٧) في تحديد مكان وزمان انعقاد بين الغائبين بنظرية العلم بالقبول وجعل وصول القبول قرينة على العلم. وقد عالج القاننون النموذجي للتجارة الإلكترونية، المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (١٦٢/٥١) في ١٦/١٢/١٩٩٦، موضوع زمان ومكان انعقاد العقد التجاري المبرم عبر الأجهزة الإلكترونية، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١٥) منه على (ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك. يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ، ونصت الفقرة من هذه المادة بخصوص تعيين زمان انعقاد العقد على (ما لم يتفق على خلاف ذلك يتحدد وقت استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين. أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام المعلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه). يتبين من هذا النص أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات غير الخاضع لسيطرة المنشئ أو نائبه والذي دخلت فيه رسالة البيانات التي هي وسيلة التعبير عن إرادة القبول في العقود الإلكترونية. أما زمان انعقاد العقد فيحدد بوقت دخول رسالة البيانات لنظام المعلومات الذي عينه المرسل إليه (الموجب) لاستلام القبول (رسالة البيانات) أو بوقت دخولها إلى نظام

التجارية والسياحة والحجز الفندقي التي تتم عبر الانترنت والعقود المصرفية إذ ظهر ما يسمى بالبنوك الإلكترونية.

لقد تنامي حجم التجارة الإلكترونية بنسب تصاعدية فحسب الإحصائيات المختصة بلغت قيمة التجارة الإلكترونية في العالم في عام ١٩٩٦ (٢,٦) بليون دولار منها (٥١٨) مليون دولار في الولايات المتحدة الأمريكية. وبلغت هذه القيمة ٨ بليون دولار عام ١٩٩٧ و ٢٠ بليون دولار عام ١٩٩٨ ووصلت قيمة التجارة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى ما يزيد عن ٦٠٠ مليون دولار خلال عام ٢٠٠١^(١). وإن السبب الأساسي لهذا التوسع الهائل الذي حدث في هذا النوع من التجارة، والذي تشير له هذه الإحصائيات، هو الإيجابيات التي تمتاز بها التجارة الإلكترونية والمتمثلة بسهولة إنجاز العملية التجارية بأقل جهد وتكاليف وأقصر وقت. فلقد أصبح بمقدور المتعاملين عبر الانترنت تبادل الإيجاب والقبول بأسرع وقت

معلومات تابع للمرسل إليه وإن لم يكن هو النظام المعين لاستلامها. وحسب نص المادة (٢) من القانون المدني النموذجي الخاص بتعريف المصطلحات الواردة في القانون النموذجي، فإن رسالة البيانات هي المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية. وحسب نص المادة (١١) من القانون النموذجي فإنه يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض (الإيجاب) وقبوله العرض في مجال تكوين العقود. ويراد بمنشئ رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر إن إرسال أو إنتاج رسالة البيانات عند تخزينها تم على يديه أو نيابة عنه، والذي يستخدم رسالة البيانات كوسيلة للتعبير عن القبول في مجال العقود الإلكترونية. ويراد بالمرسل إليه الشخص الذي يقوم بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات فهو في مجال العقود الإلكترونية الشخص الذي صدر منه الإيجاب ابتداءً. أما نظام المعلومات فيراد به النظام الذي يستخدم بإنتاج رسائل البيانات أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر.

(١) صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود التجارية الإلكترونية، بحث منشور في موقع منتدى المحامين على شبكة الانترنت، منتدى المحامين، تاريخ النشر ٢٠٠٢/٢/٤، ص ٥.

<http://www.mahmoon.com>

د. فائق الشماع، التجارة الإلكترونية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد ٤، السنة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٣٨.

ممکن. وفي حالة توافق الإرادتين وإبرام العقد يمكن تصور التنفيذ الإلكتروني الفوري للعقد وخاصة فيما يتعلق بالوفاء حيث يصار إلى الشيك الإلكتروني أو التحويل الإلكتروني للأموال. كما أن للتعاقد عبر الانترنت إيجابية أخرى هي أنه خفف إلى حد كبير من مشكلة تعدد من أهم مشاكل العصر هي مشكلة خزن الأوراق المكتوبة التي تظهر في ميدان السندات التقليدية، حيث بلغت كمية الوثائق إلى حد أنها أصبحت أحياناً توزن وزناً ولا تعد عدداً، إذ في ظل التجارة الإلكترونية استبدلت السندات التقليدية بسندات الكترونية. وأيضاً تميزت التجارة الإلكترونية بميزة أخرى هي توسيع نطاق الأسواق التجارية، إذ أنها ألغت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية، فقد أصبحت جميع أسواق العالم بفضل شبكة الانترنت مفتوحة أمام المستهلك بغض النظر عن موقع الدولة التي يوجد فيها البائع والمشتري وكأن العالم أصبح بفضل هذه الشبكة قرية كونية، ولهذا لم يتردد الكثير في وصف شبكة الانترنت بأنه إخطبوط إلكتروني مد أذرعه إلى أكثر من ثلاثة أرباع العالم^(١).

وإذا كانت الإحصائيات المتقدمة الذكر تبرز التوسع الهائل في هذا النوع من التجارة، فإنها تبرز في ذات الوقت ضرورة توفير البيئة القانونية الملائمة للطبيعة الخاصة التي يتسم بها هذا النوع من النشاط التجاري، مما يقتضي الإجابة عن السؤال الآتي: هل تكفي الأنظمة القانونية القائمة لاحتواء هذا النوع من النشاط أم لابد من استحداث بعض القواعد القانونية التي تتناسب مع الوسائل الإلكترونية في التعاقد مع تطويع بعض القواعد العامة للعقد حتى لا تتعارض مع طبيعة شبكة الانترنت التي يتم من خلالها التعاقد. وي طرح هذا السؤال نفسه في الدول التي لا يوجد فيها تشريع خاص بالتجارة الإلكترونية ومنها العراق.

وتشير فكرة التجارة الإلكترونية كثير من المسائل القانونية منها: الرضا والأهلية المطلوبة لإبرام العقد، كيفية إثبات العقد إذ حلت البيانات الإلكترونية محل الوسائل التقليدية المتمثلة بالمستند المادي الورقي المكتوب المذيل بالتوقيع اليدوي وذلك كوسيلة للتعبير عن الإرادة مما أثار التساؤل عن القيمة القانونية للبيانات الإلكترونية

(١) د. فائق الشماخ، المرجع السابق، ص ٣٨-٣٩.

في إثبات العقود وعن إمكانية توافر التوقيع الذي تشترطه القواعد العامة من خلال هذه البيانات، تحديد مكان وزمان انعقاد العقد المبرم عبر شبكة الانترنت لأن مثل هذه العقود هي حالة من حالات التعاقد بين غائبين مع اختلاف جوهري يتمثل في أن الطرفين يتبادلان إرادتهما ليس بالوسائل التقليدية (رسول أو مراسلة بريدية أو الهاتف) إنما عن طريق رسائل البيانات الإلكترونية التي تصدر من موقع كل منهما على شبكة الانترنت، تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنور بشأن عقود التجارة الإلكترونية وتعيين القضاء المختص بنظر هذه المنازعات إذ غالباً ما يعتري العلاقة التعاقدية المبرمة عبر شبكة الانترنت عنصر أجنبي يتمثل بمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو جنسية أحد أطرافه.

وسنقف في بحثنا هذا الموضوع في ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: تعريف المفاوضات وبيان أهميتها.
- المبحث الثاني: طبيعة المفاوضات والالتزامات الناشئة عنها.
- المبحث الثالث: الجزاء القانوني في مرحلة المفاوضات.

المبحث الأول

تعريف المفاوضات وبيان أهميتها

تكتسب المفاوضات أهمية خاصة في عقود التجارة الإلكترونية لأن هذا النوع من التعاقد هو تعاقد عن بعد، لذا لا يستطيع كل واحد من أطراف التفاوض التحقق من شخصية الطرف الآخر أو أهليته للتعاقد أو سلامة المستندات التي يقدمها. كذلك لا يستطيع التحقق من السلعة أو الخدمة المباعة بشكل ينفي الجهالة أي كيف يتأكد الراغب بالشراء أو طالب الخدمة من مصداقية العرض الإلكتروني ومشروعيته من حيث وجود البضاعة أو طالب الخدمة التي عرضها أحد الأشخاص من خلال موقعه أو ما يسمى بمتجره الافتراضي على شبكة الانترنت. وإذا كانت السلعة أو الخدمة موجودة، تثور مسألة التأكد من ملكيتها للعارض حتى يكون عرضه مشروعاً وذلك حماية للمستهلك من الاحتيال والأنشطة الوهمية^(١).

إن تفتقر عقود التجارة الإلكترونية ببعض المخاطر بالنسبة للمشتري أو متلقي الخدمة ومن شأن المفاوضات أن تقلل إلى حد كبير من هذه المخاطر حيث يستطيع طالب الخدمة أو المشتري من خلال المفاوضات الاتصال بموقع التاجر صاحب العرض ليدرس العرض المقدم منه ويطلب ما يريد من المعلومات التي تساعد على التأكد من جدية ومشروعية العرض. بل تمكنه بعض الأحيان من التجربة الافتراضية للسلعة أو الخدمة التي ستكون في المستقبل محلاً للتعاقد^(٢). فإذا كان هذا هو الدور

(١) د. فائق الشماخ، المرجع السابق، ص ٤١-٤٢.

(٢) لا تقوم المفاوضات في العقود البسيطة قليلة الأهمية حيث تكون فورية الانعقاد وهي العقود المألوفة التي تقتضيها الحياة اليومية للناس كالعقد الذي تشتري بمقتضاه الصحف أو الفاكهة أو الملابس وكعقد النقل بالقطار أو بمصلحة نقل الركاب وكالعقد الذي يتناول بمقتضاه الشخص الشاي في مقهى أو الطعام في مطعم ... الخ حيث أن قلة أهمية مثل هذه العقود تصرف من يريد التعاقد عن التفكير في الالتزامات التي سيتحملها. وأحياناً تكون شروط العقد موضوعة سلفاً من جانب واحد، ولا يرضى أن يناقشها أو يعدل فيها من يريد التعاقد معه وهذا هو مجال عقود الإذعان التي لا توجد فيها مفاوضات. ولكن في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة لا يتحقق التراضي ولا يقوم العقد إلا بعد مفاوضات قد تستغرق فترة طويلة من الزمن. د. عبد الحي

الذي تلعبه المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، فما هي المفاوضات؟ ما هي عناصرها؟ نجيب عن هذا التساؤل في مطلبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف المفاوضات

هي قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما^(١).

وإن أبرز ما يميز المفاوضات أنها تقوم على عنصر الاحتمال والذي يعني أن أياً من المتفاوضين غير متأكد من أن المفاوضات ستسفر عن عقد. فقد تسفر المفاوضات عن إبرام العقد، وبذلك تنتهي مرحلة ما قبل التعاقد، وقد لا تثمر المفاوضات عن شيء، حيث تصل إلى طريق مسدود، ومن ثم يعدل الطرفان عنها دون التوصل إلى اتفاق بشأن العقد محل التفاوض.

إن فترة المفاوضات السابقة على العقد لا تقل أهمية عن ما بعد العقد، إذ أنها فترة إعداد للعقد، كلما كان الإعداد جيداً كلما كان العقد محققاً لمصلحة العاقدين، ومتضمناً الشروط التي تمنع إثارة المنازعات بينهما. وبالتالي لا يمكن أن يوصف وصول المفاوضات المتأنية والدقيقة إلى طريق مسدود، ومن ثم عدم إبرام العقد محل التفاوض، بأنه نهاية غير جيدة أو سلبية، بل يمكن أن يوصف بأنه نهاية جيدة، وذلك لأن عدم التعاقد خير من إبرام عقد يفتح باباً للمنازعات والخلافات القانونية التي تسفر دائماً عن إلحاق ضرر بالعاقدين وتعطل مصالحهما بالإضافة إلى ما

حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٢، ص ٥٩٣.

(١) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عما، ٢٠٠٢، ص ١٩٤.

يتكبدانه من مصاريف وجهد ووقت لتسوية النزاع بينهما^(١). إذن تتأتى أهمية المفاوضات من أن التوازن الاقتصادي للعقد الذي تسفر عنه المفاوضات يعتمد بالأساس على حسن سيرها، فكلما كانت المفاوضات رصينة وفنية ودقيقة كلما ضمنا حسن صياغة نصوص العقد مما يمنع إثارة المشاكل مستقبلاً بشأن الالتزامات المتولدة عنه.

كما إن للمفاوضات تأثير على حياة العقد لأن فيها تقع العوامل والأحداث التي من شأنها أن تعيب رضا أحد الأطراف كالإكراه والغلط والاستغلال. ولذلك يمكن القول بأن المفاوضات تعد بالنسبة للعقد بمثابة الأعمال التحضيرية بالنسبة للتشريع، إذ يرجع في المستقبل إلى إحداث المفاوضات كوسيلة لتفسير العقد إذا ما وجدت ضرورة لتفسيره^(٢).

يتبين مما تقدم أن الهدف الأساسي من المفاوضات هو التقريب بين وجهات نظر أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية التي تكون في الغالب متباينة، إذ يحرص كل طرف على حريته في عدم التعاقد أو التعاقد بشروطه حتى لحظة الاتفاق النهائي.

ويدخل في نطاق المفاوضات: المقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد حتى لو لم تصل الرغبة إلى حد الإيجاب البات، والمقترحات المضادة التي يتقدم بها الطرف الآخر والمناقشات التي تتم بينهما سواء كانت هذه المناقشات مباشرة وجهاً لوجه أو غير مباشرة أي تتم عن طريق وسائل الاتصال كما في حالة عقود التجارة الإلكترونية التي نحن بصدها، إذ يتبادل المتفاوضان وجهات النظر والمناقشة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، فيناقشان ما سيكون أو ما يمكن أن يكون عليه مضمون العقد الذي يراد إبرامه ويقدران مصلحة كل منهما فيما يضعانه من شروط. كذلك يدخل في نطاق

(١) د. ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص ١٩٤-١٩٥.

(٢) د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، ٢٠٠٠، ص ٨٨.

المفاوضات المعلومات والدراسات الفنية والاقتصادية والقانونية التي يتبادلها الطرفان بقصد الوصول إلى أفضل صياغة لعلاقتهم التعاقدية تكفل التحديد الدقيق لحقوق والالتزامات كل منها في المستقبل. لكن يخرج عن نطاق المفاوضات دراسات الجودة التي يقوم بها كل طرف على حدة لتقرير مصلحته في التعاقد، وكذلك الدراسات التي يستهدف أحد الأطراف من ورائها تقوية مركزه في التفاوض أو في التعاقد.

المطلب الثاني

عناصر المفاوضات

تبدأ المفاوضات عادةً بدعوى يوجهها أحد الأشخاص إلى الآخر للتفاوض من أجل إبرام عقد ما، فيلبي المدعو إلى التفاوض هذه الدعوة أو لا يلبي، فهذا أمر متروك لإرادته ولا التزام عليه في ذلك خاصة وإن الاتجاه التقليدي في الفقه، كما سيتبين لنا تفصيلاً، لا يسلم للمفاوضات بأية فاعلية ملزمة. والمهم هو كيف نميز الدعوة إلى التفاوض عن الإيجاب المجرد^(١)، وإذا تمخضت المناقشات التفاوضية عن إيجاب فهل معنى ذلك انتهاء المفاوضات أم إن هذا الإيجاب يعد عنصراً في المفاوضات وبالتالي يظل خاضعاً للمناقشة؟.

إن الدعوة إلى التفاوض باعتبار العنصر الأول في المفاوضات هي عبارة عن عرض يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى الجمهور لأجل الدخول في مناقشات بهدف الوصول إلى إبرام عقد معين، ويحاول كل طرف في هذه المناقشات أن يبذل ما في وسعه من جهد وبراعة ليتحدد مضمون العقد المراد إبرامه من حيث الحقوق والالتزامات وفق ما تقضي به مصلحته. وتتكون من خلال هذه المناقشات عروض يتم التفاهم بشأنها في صورة اتفاقات، ثم يقوم بعد ذلك طرفي التفاوض بجمع ما تم الاتفاق عليه وصياغته من قبل كليهما أو إحداهما في مشروع إيجاب. إذن فالهدف

(١) إذا كان الأصل أن المفاوضات تبدأ بدعوة لا تتضمن نية الالتزام فإنها قد تبدأ بإيجاب بات يوجهه الموجب إلى شخص معين أو غير معين، ثم يرفض هذا الإيجاب وتطور بين الطرفين مناقشات، وتتعاقد العروض بينهما إلى أن يتم الوصول إلى مشروع إيجاب أو الانصراف عن التفاوض. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، مطبعة السلام، شبعا، ١٩٧٣، ص ١٧٣.

من الدعوة إلى التفاوض هو محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك بين طرفي المفاوضات بشأن تثبيت أركان عقدهما المستقبلي وما يريدان تضمينه من شروط، حتى يتسنى لهما صب هذا التفاهم المشترك في قالب إيجاب يتم توجيهه^(١).

إذن قد تسفر المفاوضات التي بدأت بدعوة إلى التفاوض وجهها أحد الطرفين إلى الآخر، عن إيجاب ساهم الطرفين في إعداده، وهذا الإيجاب هو تعبير عن الإرادة المشتركة للطرفين ولهذا يسمى بالإيجاب المشترك.

وقد تتمخض الدعوة إلى التفاوض عن عروض متقابلة بين الطرفين ويتفق الطرفان على نقطة أو عدة نقاط في موضوع هذه العروض، لكن لا يرقى هذا الاتفاق إلى مرتبة العقد لعدم احتوائه على قوة النفاذ، إنما هو مجرد تمهيد للمفاوضات وذلك بتثبيت النقاط التي تصلح أساساً لمشروع العقد وذلك بتثبيت أحد أركان العقد المستقبلي أو شرط في هذه الأركان. وإذا كان هذا الاتفاق لا يعد عقداً فإنه لا يعد أيضاً إيجاباً لأن الإيجاب لا بد أن تجتمع فيه الأركان والشروط الجوهرية كافة لتظهر نية الالتزام بصورة واضحة ومحددة، وحتى إذا اشتملت هذه الاتفاقات عند الجمع بينها على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامهم، فإنها لا تكون عقداً، لأن إرادة الالتزام وإن كان من الجائز أن تتكون على خطوات إلا أنها لكي ترتب أثرها يجب أن تظهر كاملة دفعة واحدة، وهي لا تبدو كذلك إلا عندما تخرج متشحة بالرد الكامل للعقد الذي تستهدفه. إذاً فإن أثر هذه الاتفاقات ينحصر في إمكانية اعتبارها أساساً للتفاوض، كالاتفاق على طبيعة العقد ومدته وكيفية حساب الأسعار. ويكون لها أهمية في مرحلة تنفيذ العقد وذلك عندما يتعذر الوقوف على إرادة

(١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة صدام، الحقوق، المجلد الأول، العدد الثالث، ١٩٩٧، ص ١٢١، د. عباس زبون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤، ص ٦٩-٧٠.

الطرفين بشأن نقطة معينة، فيرجع إلى هذه الاتفاقات لبيان هذه الإرادة وإكمال ما نقص من العقد^(١).

يتبين مما تقدم أن معيار التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب يتمثل في العزم النهائي على إبرام العقد، فكل ما يسبق العزم النهائي ويستهدف مجرد التحضير له أو التمهيد له لا يعتبر من قبيل الإيجاب بل هو من قبيل المفاوضات أو من قبيل الدعوة إلى التفاوض. فإذا اتضح من ظروف الحال أن العرض ينم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرةً أي بمجرد أن يقبله الموجب له، كنا بصدد إيجاب. أما إذا نم العرض مجرد الرغبة في التمهيد أو التحضير للعقد المراد إبرامه، كنا بصدد دعوة إلى التفاوض فقوام هذا المعيار أمران جوهريان: الأول العزم النهائي من قبل مقدم العرض على إبرام العقد فلا يكفي مجرد الرغبة فيه إذا لم تحصل إلى حد البت. الثاني أن يحصل العرض المتضمن العزم النهائي على إبرام العقد في صورة بحيث أن مجرد صدور قبوله من الطرف الآخر يؤدي إلى قيام العقد، ويتطلب هذا الأمر أن يتضمن العرض، لكي يرتقي إلى مرتبة الإيجاب، العناصر الجوهرية للعقد. ولذلك يعد العرض المتضمن الرغبة في إبرام عقد ما دون بيان كل أركانه مجرد دعوة إلى التفاوض (دعوة إلى التعاقد)^(٢).

واستناداً إلى ما تقدم، يعتبر من قبيل الدعوة إلى التفاوض وليس إيجاباً، لأنه لا ينم عن عزم صاحبه على إبرام الصفقة بمجرد أن يصدر القبول ممن وجه إليه العرض، إعلان شخص عبر موقعه على الانترنت عن سلع وخدمات حتى لو كان هذا الإعلان مصحوباً بإرسال الأسعار التي يتعامل بها هذا المتجر الافتراضي الموجود على شبكة الانترنت وسواء كان هذا العرض موجه إلى الجمهور أو إلى

(١) سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٨، ص ٦، صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٨٠.

(٢) د. جميل الشوقوي، النظرية العامة للتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٢٧٢، د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٢٢-١٢٣.

مواقع أفراد معينين على شبكة الانترنت^(١). وأيضاً يعتبر من قبيل الدعوة إلى التفاوض لأنه لا يتضمن العزم النهائي على إبرام العقد العرض الذي يوجه إلى الجمهور إذا اتضح من الظروف أن شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار أساسي في التعاقد، بحيث يكون لصاحب العرض أن يختار من يريده، مثال ذلك أن تعلن شركة عبر موقعها على الانترنت عن حاجتها إلى موظف، فمثل هذا الإعلان لا ينطوي على إيجاب بل على مجرد دعوة للتفاوض حتى لو تضمن هذا الإعلان الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها، كما إذا ذكر في الإعلان المؤهلات المطلوبة في الموظف ومقدار الراتب، والسبب في عدم اعتبار هذا العرض إيجابياً أن الشركة لا تقصد أن تتعاقد مع كل من يتقدم بالرد على عرضها، بل إن الشركة تريد بهذا العرض أن تستحث من تتوفر فيهم الشروط المطلوبة على التقدم إلى التفاوض معها لتتخير من بينهم الشخص الذي تعتقد أن الكفاءة المطلوبة تتوفر فيه.

نخلص مما تقدم إلى أن وجود أو عدم وجود النية الجازمة في إحداث الأثر القانوني هي الحد الفاصل بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التفاوض، فإن وجدت هذه النية تكون أمام إيجاب بات. وتظهر أهمية التمييز بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التفاوض في حالة صدور القبول. إذ أن الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد، لذلك إذا صادف القبول إيجاباً باتاً تم العقد وظهرت الالتزامات على عاتق كل من الطرفين أما إذا صادف القبول مجرد دعوة إلى التفاوض فلا نكون أمام عقد^(٢). بل أن من قبل التفاوض قد يتقدم بإيجابه ليقبله أو يرفضه موجه الدعوة دون أن يكون عليه في ذلك أية مسؤولية، وقد لا يتقدم من قبل الدعوة بأي إيجاب بل فقط يوافق على

(١) نصت المادة (٢/٨٠) من القانون المدني العراقي على (أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض).

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٣٧.

الدخول في مفاوضات مع من يوجه له الدعوة ثم قد تتمخض هذه المفاوضات عن إيجاب ساهم كل من الطرفين في صياغته.

هكذا نجد الدعوة إلى التفاوض خطوة إلى الإيجاب في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد.

يبقى الشق الثاني من السؤال الذي طرحناه في بداية هذا المطلب: إذا تمخضت المفاوضات إن إيجاب، فهل يعني هذا انتهاء المفاوضات أم إن المفاوضات تستمر على هذا الإيجاب باعتباره عنصر في المفاوضات؟.

للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نحدد متى تنتهي المفاوضات، هل تنتهي المفاوضات بصدور أم إنها تنتهي بإبرام العقد؟.

سبق أن بينا أن المفاوضات تهدف إلى تحديد شروط التعاقد وطبيعة العقد المراد إبرامه وصولاً إلى إبرام العقد، وإن كل واحد من المتفاوضين يحرص على حريته في عدم التعاقد حتى يتأكد من أن التعاقد في مصلحته. إذا تنتهي المفاوضات بإبرام العقد وليس بصدور الإيجاب، فرغم أهمية الإيجاب باعتبار تعتبر جازم وبات بالتعاقد لتضمنه العناصر الجوهرية للعقد المستقبلي، إلا أنه يظل إرادة صادرة من جانب واحد هو الموجب، والعقد لا يقوم إلا إذا طابقت هذه الإرادة إرادة أخرى هي القبول الصادر من الموجب له. وهذا ما قضت به المادة (٨٥) من القانون المدني العراقي بنصها على (إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب). إذن ليبرم العقد يجب أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب، ويجب أن يطابق القبول الإيجاب في المسائل الجوهرية للعقد حتى وإن لم يحصل تطابق في المسائل التفصيلية^(١). ويقصد بالمسائل الجوهرية العناصر اللازمة

(١) نصت المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي على (١- يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها أما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة. ٢- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل

لانعقاد كل عقد وكذلك المسائل التي ما كان الطرفان يقبلان للتعاقد دون الاتفاق عليها كالثمن والمبيع بالنسبة للبيع، أي المسائل التي يكون لها وفق النظام الطبيعي للأشياء أثر جدي في تكوين إرادة المتعاقدين، وهذه مسألة وقائع تترك لتقدير قاضي الموضوع^(١).

ويتمتع القاضي في تحديد المسائل الجوهرية وتمييزها عن المسائل الثانوية (التفصيلية) التي لا يتوقف عليها التعاقد بسلطة واسعة لا تخضع لرقابة محكمة التمييز، لكن على القاضي في تحديده للمسائل الجوهرية أن يستدل ويتقيد بإرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية وبما تقرره مبادئ العدالة وعرف التعامل وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن تحديد طريقة دفع الثمن وتاريخ تسليم المبيع هي مسائل تفصيلية، ولكن إذا ثبت للقاضي أنها جوهرية في نظر أحدهما فلا ينعقد العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب. فإذا علق الموجب له قبوله على تحديد طريقة تسديد الثمن وانعدمت المطابقة بشأن هذه المسألة فلا ينعقد العقد. وقضت محكمة استئناف Rouen الفرنسية بأن عدم اتفاق أطراف العقد على تحديد مدة تسليم السيارة المستعملة ووقت دفع الثمن يعد سبباً لعدم انعقاد العقد، لأن تحديد مدة التسليم ودفع الثمن يكونان عنصرين جوهريين في العقود الواردة على السيارات المستعملة حيث جرى العرف وطبيعة التعامل على أن مثل هذه السيارات تتغير حالتها وقيمتها بسرعة^(٢).

إذن ينعقد العقد وتنتهي المفاوضات عندما يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية حتى وإن لم يبحث الطرفان أثناء المفاوضات المسائل التفصيلية أو إنهما بحثا هذه المسائل ولكنهما اتفقا على تركها لاتفاق لاحق في المستقبل، فإذا اتفقا على هذه المسائل التفصيلية في المستقبل كان بها، أما إذا نشب الخلاف بينهما في المستقبل بصدد هذه المسائل فإن القاضي يحسم الخلاف ويحدد هذه المسائل طبقاً

التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

(١) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٦٢٨.

(٢) نقلاً عن د. عدنا إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٦٨.

لطبيعة موضوع العقد وأحكام القانون والعرف والعدالة. وأحياناً يترك طرفا التفاوض بعض المسائل التفصيلية للاتفاق عليها لاحقاً لكنهما يتفقان على أن عدم اتفاقهما مستقبلاً يمنع انعقاد العقد، فهنا إذا لم يتفق الطرفان على هذه المسائل التفصيلية فإن العقد لا ينعقد لأن هذه المسائل تغيرت طبيعتها بإرادة طرفي التفاوض من كونها مسائل ثانوية إلى كونها مسائل جوهرية لا ينعقد العقد بدون الاتفاق عليها.

ورغم أن المشرع العراقي لم يضع قواعد معينة لتنظيم المفاوضات العقدية^(١)، إلا أنه بمقتضى المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي يعترف بها باعتبارها مرحلة قد توصل إلى إبرام العقد النهائي إذا اتفق طرفا التفاوض على المسائل الجوهرية الأساسية وإن لم يتفقا خلال المفاوضات على المسائل التفصيلية الثانوية، إلا إذا علق الطرفان انعقاد العقد على اتفاقهما على المسائل الثانوية أيضاً. ويتفق المشرع العراقي في موقفه هذا مع القضاء الفرنسي إلا أنه يخالف موقف كل من القانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري، حيث لا ينعقد العقد في القانون المدني الألماني إلا عند الاتفاق على المسائل التفصيلية أيضاً، في حين لا يعترف القانون المدني السويسري أصلاً بالمسائل التفصيلية ويكتفي في انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية. وهذا الموقف الوسط الذي يتبناه المشرع العراقي يوازن بين مبدأ احترام إرادة طرفي العقد ومبدأ استقرار المعاملات.

إذن إذا تمخضت المفاوضات عن إيجاب فهذا لا يعني انتهاء المفاوضات، فالمفاوضات تنتهي عند إبرام العقد النهائي بمطابقة القبول لهذا الإيجاب على النحو المتقدم بيناه. ولكن يجب أن نقر بأن الإيجاب وإن لم يصل إلى حد إنهاء المفاوضات إلا أن له أثر كبير في دفع المفاوضات إلى الأمام لأنه تعبير محدد

(١) على الرغم من الأهمية الكبيرة للمفاوضات من الناحية القانونية باعتبار الإطار الذي يحدد ملامح العقد وصياغته ليأتي معبراً بشكل دقيق عن إرادة المتعاقدين، إلا أن أغلبية التقنيات لم تضع قواعد لتنظيم المفاوضات باستثناء التقنين اليوغسلافي.

ودقيق يجعل العقد وشيك الانعقاد إذ لا يبقى لإبرام العقد إلا قبول الموجب له والذي قد يكون بكلمة واحدة، بل إن مجرد السكوت يعتبر قبولاً في بعض الحالات^(١).

يتبين مما تقدم، أنه لا تثار مشكلة إذا أسفرت المفاوضات عن إيجاب بالمعنى القانوني صادفه قبول مطابق، ففي هذه الحالة ينشأ العقد ملزماً لأطرافه، ولا مشكلة أيضاً إذا صادف الإيجاب رفضاً صريحاً، فهذا يعني انتهاء المفاوضات بالفشل. ويمكن أن تستمر المفاوضات على الإيجاب باعتبار عنصرها فيها وذلك عندما لا يقبل المتفاوض الإيجاب لكنه يتقدم بتعديلات جوهرية على هذا الإيجاب تتضمن إضافة شروط وحذف شروط، في هذه الحالة نكون بصدد اقتراح مقابل يسقط الإيجاب الأول ويتضمن في ذات الوقت إيجاب جديد^(٢). وتجري المفاوضات على هذا الإيجاب حتى تنتهي بالتعاقد أو بالفشل. والأصل أن الإيجاب غير ملزم لمن صدر عنه، فيستطيع الموجب أن يرجع عن هذا الإيجاب طالما بقي مجرد إيجاب ولم يقترن به قبول. ويستفاد هذا الحكم عن طريق مفهوم المخالفة من نص المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد) فهذا النص يفرض على الموجب التزاماً

^(١) نصت المادة (٨١) من القانون المدني العراقي على (١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان قبولاً. ٢- ويعتبر قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

^(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة، ص ٢١٩-٢٢٠. نصت بعض القوانين صراحة على أن القبول المعدل للإيجاب يعتبر إيجاب جديد، من ذلك نص المادة (٩٦) من القانون المدني المصري الذي جاء فيه (إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضاً إيجاباً جديداً) وجاء هذا الحكم بنفس الصياغة في المادة (٢/٩٩) من القانون المدني الأردني. ورغم عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يقابل هذه النصوص، فإن الحكم الذي جاءت به يؤخذ به القانون العراقي لأنه لا يحتاج إلى نص.

بالبقاء على إيجابه إذا حدد مدة للطرف الآخر ليقبل في خلالها أو يرفض. مصدر التزام الموجب هذا هو إرادته المنفردة. فهو إذاً لا يلتزم بالبقاء على إيجابه إذا لم يحدد ميعاداً لقبول لقبول إيجابه، ومعنى إن الموجب لا يلتزم بإيجابه إنه يسوغ له أن يرجع عنه قبل أن يقترن به قبول الطرف الآخر^(١).

والسؤال المهم هو: هل يمكن الأخذ بالأفكار المتقدمة جميعاً، وخاصة فكرة الرجوع عن الإيجاب قبل أن يقترن بالقبول بالنسبة إلى التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية؟.

إن عدم اجتماع المتعاقدين في مجلس عقد واحد صورة مألوفة في التعامل يعرفها الفقه وينظمها القانون تحت ما يسمى بالتعاقد بين الغائبين، والذي يتميز بوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به يقتضي تحديد الوقت الذي تم فيه التعاقد، وأيضاً يتميز بوجود فاصل مكاني بين المتعاقدين يقتضي تحديد المكان الذي تم فيه إبرامك العقد.

ويتم تبادل الإيجاب والقبول في هذا النوع من التعاقد عن طريق المراسلة (الرسول الشخصي أو البريد التقليدي) أو عن طريق الهاتف، علماً أنه علم الموجب بالقبول عن طريق الهاتف فإن العقد يعد مبرماً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان. وأقر المشرع العراقي التعاقد عن طريق الهاتف بنصه في المادة (٨٨) من القانون المدني على (يعتبر التعاقد (بالتليفون) أو بأية طريقة مماثلة كأنه يتم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان).

وقد انشغل الفقه بصدد التعاقد بين غائبين يبحث مسألة متى يوجد العقد وأين يوجد العقد؟ فهل يكفي لاقتران الإرادتين ووجود العقد مجرد وجود القبول المطابق للإيجاب (نظرية إعلان القبول)، أم لابد من إرسال القبول إلى الموجب (نظرية تصدير القبول)، أم إن إرسال لا يكفي إنما لابد لكي ينعقد العقد من استلام الموجب للقبول (نظرية استلام القبول)، أم إن العقد لا ينعقد إلا إذا علم الموجب فعلاً بهذا

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١٢٧، د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٤١.

القبول (نظرية العلم بالقبول)؟. ويتحدد في ضوء الإجابة عن هذا السؤال الوقت والمكان اللذان يتم فيهما العقد. وقد حسم المشرع العراقي هذه المسألة بنصه في المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي على (١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما).

نخلص مما تقدم إلى القول بأن البناء القانوني القائم في العراق يسمح بتطبيق الأفكار التي أثرتها على التعاقد عن طريق الانترنت، خاصة وإن مشرع القانون المدني العراقي كما بينا أقر بنص صريح التعاقد عن طريق التليفون، وهذا النص يسري أيضاً على التعاقد بواسطة الانترنت، لأن الاتصال بواسطة الانترنت في الوقت الحاضر لا يختلف عن الاتصال بواسطة التليفون خاصة وإن المشرع العراقي ذكر في المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي التعاقد بالتليفون على سبيل المثال لا الحصر، حيث جاء في صدور هذه المادة (يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة ..) وهذا يعني إن المشرع العراقي يطبق حكم هذا النص على أية وسيلة أو آلة أخرى تشبه التليفون في خصائصها ومن ذلك شبكة الانترنت.

تبقى مسألة الرجوع عن الإيجاب قبل أن يقترن بالقبول، فإذا تمخض التفاوض عبر شبكة الانترنت عن إيجاب، فهل يمكن أن يسحب هذا الإيجاب قبل اقترانه بالقبول؟.

قلنا أن المبدأ العام حسب نص المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي هو: إن الموجب يستطيع الرجوع عن إيجابه قبل أن يقترن به قبول الطرف الآخر طالما أنه لم يعين ميعاداً للقبول، فهل يمكن تطبيق هذا المبدأ على التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية؟.

نرى أن المبدأ المقرر في المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي والقائل بحرية الموجب في الرجوع عن الإيجاب طالما لم يقيد حريته هذه بإرادته المنفردة، لا يطبق على الإيجاب الناتج عن التفاوض عبر شبكة الانترنت، لأن هذا الإيجاب لا ينتج إلا بعد مفاوضات طويلة كما أنه ليس وليد إرادة طرف واحد حتى يستطيع الرجوع

عنه، بل هو وليد الإرادة المشتركة لطرفي التفاوض إذ ساهم كلاهما في إعداده ولهذا يسمى بالإيجاب المشترك، ثم أن صدور الإيجاب يدل على الثقة الكبيرة التي ولدتها المفاوضات لدى طرفيها وبالتالي يقع عليهما التزام بعدم الإخلال بهذه الثقة المتولدة عن سلوكهما. وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في بعض أحكامه فأعطى للإيجاب قيمة قانونية أكبر من مجرد كونه عنصراً بسيطاً في المفاوضات. وذلك لأنه الإيجاب بطبيعته تعبير دقيق عن إرادة محددة، أنه لا بد من حماية العلاقات القانونية عن طريق عدم الإخلال بالثقة المشروعة التي ولدها الإيجاب عند الموجب له^(١).

إذن إذا كان مبدأ حرية التعاقد يرفض أي التزام قانوني قبل قيام العقد، أي على مجرد وجود الإيجاب، إلا أن ضرورات الاستقرار وما يفرضه حسن نية من مراعاة الأمانة والثقة المتولدة من المفاوضات، ترتب جميعاً التزاماً بعدم الرجوع عن الإيجاب الذي تمخضت عنه المفاوضات عبر شبكة الانترنت. ويفرض مبدأ حسن النية على طرفي المفاوضات إضافة إلى التزام بعد الرجوع عن الإيجاب التزامات أخرى سنبحثها في المبحث التالي.

(١) أشار إلى هذا الاتجاه القضائي الدكتور صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٢٧.

المبحث الثاني

طبيعة المفاوضات والالتزامات الناشئة عنها

ترتبط الالتزامات الناشئة عن المفاوضات ارتباط وثيق بتحديد طبيعة المفاوضات، هل هي مجرد وقائع مادية وبالتالي لا تنشأ عنها التزامات إلا الالتزامات التي يقتضيها الواجب العام القاضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو يلحق الضرر بالغير (المسؤولية التقصيرية)، أم إن الإرادة تظهر في المفاوضات فتضفي عليها وصف التصرفات القانونية التي ترتب التزامات على طرفي المفاوضات لتفعيل المفاوضات أو الوصول إلى قناعة تامة بعدم التعاقد لأن مصلحتهما أو مصلحة أحدهما تقتضي ذلك؟.

لو حاولنا الإجابة عن هذا السؤال في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء فسنجد إن هناك اتجاهين: الأول القائل أن المفاوضات عبارة عن وقائع مادية لا تترتب عليها التزامات إرادية، والثاني القائل أن المفاوضات يمكن أن تكون تصرفات قانونية إذا انصرفت إرادة المتفاوضين إلى إبرام عقد (عقد التفاوض) لتنظيم سير المفاوضات بغية تحقيق الهدف المنشود منها وهو السماح لطرفيها بتقدير ظروف الصفقة وفرص الكسب أو احتمالات الخسارة فيها لا طبقاً للحسابات الاقتصادية الدقيقة إنما وفقاً لشعوره الشخصي أيضاً، ليتخذ في نهاية المطاف قراره أما بإبرام العقد أو بالانصراف عن المفاوضات لقناعته بعدم جدوى التفاوض.

وسنبحث في مطلبين هذين الاتجاهين لنحدد في ضوء ذلك الالتزامات الناشئة عن المفاوضات.

- المطلب الأول: المفاوضات وقائع مادية.

- المطلب الثاني: المفاوضات ذات طبيعة عقدية.

المطلب الأول

المفاوضات وقائع مادية

الأصل أنه لا تترتب أية التزامات على طرفي التفاوض قبل إبرام العقد محل التفاوض، فالعقد هو الذي يحدد التزامات طرفيه، والمفاوضات بذاتها لا تقيم رابطة تعاقدية بين الطرفين، إذ إن المفاوضات حسب الفقه التقليدي مجرد عمل مادي يقوم

به كل من الطرفين. وهذا العمل المادي الذي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني لا يترتب عليه أي أثر قانوني، فهو غير ملزم لأي من أطرافه بضرورة التوصل إلى اتفاق. فبحكم المفاوضات باعتبارها وقائع مادية مبدأ حرية التعاقد وتقتضي هذه الحرية عدم إجبار المتفاوض على إبرام العقد، فيستطيع كل واحد من المتفاوضين أن يعدل عن المفاوضات ولا يخشى تحقق مسؤوليته، إذ إن العدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سبباً للمسؤولية، وإمعاناً في الحرية فإن المتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله، لأن الالتزام بتقديم مبرر للعدول يعد من قبيل ترتيب الآثار على المفاوضة، كما أن تقديم المبرر يتعارض مع حرية العدول عن التفاوض لأن المقصود بحرية العدول هو العدول في أي وقت^(١).

وإذا كانت المفاوضات حسب هذا الاتجاه الفقهي لا يترتب عليها أي التزام، وإن المتفاوض يستطيع بحرية تامة العدول عنها، فإن المتفاوض يستطيع من باب أولى العدول عن كل إرادة عبر عنها خلال المفاوضات مادامت لم تصل إلى حد إبرام العقد، فحتى لو صدر من أحد المتفاوضين إيجاب فإنه يستطيع الرجوع عنه مادام باستطاعته أن يعدل نهائياً عن المفاوضات إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد^(٢). لكن إعمال مبدأ حرية التعاقد على إطلاقه قد يفتح الباب لمفاوضات غير جادة تؤدي إلى إضاعة الوقت والجهد والمال أو قد تؤدي إلى كشف أسرار العملاء، ولذلك خفف الفقهاء من صرامة الاتجاه التقليدي بالقول أنه إذا اقترن العدول عن المفاوضات بخطأ ألحق الضرر بالطرف الآخر، ألزم من عدل عن المفاوضات بتعويض هذا الطرف عن الضرر الذي أصابه. ولاشك أن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية مادام العقد لم يبرم بعد، ولذلك يجب على الطرف الذي يدعي تضرره من قطع المفاوضات أن يثبت خطأ الطرف الآخر الذي عدل عن المفاوضات ويثبت وجود ضرر أصابه

(١) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٩٨.

(٢) سبق أن بينّا أن القاعدة التي تقضي بحرية الموجب في الرجوع عما أعلنه من إيجاب لا تطبق على عقود التجارة الإلكترونية، فإذا تمخضت المفاوضات في هذه العقود عن إيجاب فإن مبدأ حسن النية يترتب التزام بعدم الرجوع عن هذا الإيجاب الذي كان وليد الإرادة المشتركة لطرفي التفاوض. أنظر: ص ١٧-١٨ من هذا البحث.

والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر أي كون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة لخطأ المتفاوض الذي قطع المفاوضات، لذلك كي يحصل على التعويض اللازم^(١). إذاً حرية العدول عن المفاوضات لا تبرر الانحراف في السلوك عن سلوك الشخص العادي، والمسؤولية تكون عن السلوك غير المألوف الذي يقتزن بالعدول لا عن العدول في حد ذاته، ومثال الخطأ الذي يقتزن بالعدول عن المفاوضات: إن أحد طرفي المفاوضات لم تكن لديه عند بدء المفاوضات نية حقيقية وجادة يجعل المفاوضات وسيلة للتعاقد بل كانت مجرد مناورات قصد بها معرفة الأسرار الصناعية للمتفاوض معه أو تعطيل إبرام صفقة وشيكة بين من يتفاوض معه والغير، وبعد أن يحقق غرضه السيئ هذا ينهي المفاوضات ويعدل عنها في حين أن الطرف الآخر وثق بهذه المفاوضات واعتقد بجديتها واتخذ من التدابير ما يكفل نجاحها فضاع عليه الوقت والمال^(٢).

وقد تكون المفاوضات عند بدايتها جدية، لكن خطأ من عدل عن المفاوضات تمثل في أنه اتضح له منذ وقت مبكر استحالة التوصل إلى اتفاقاً يرضيه، أو صعوبة ذلك على أحسن الأحوال، ورغم ذلك استمر في التفاوض مع إحياء الآمال لدى الطرف الآخر باحتمال التوصل إلى اتفاق، فحمل المتفاوض الآخر بعمله هذا نفقات لا مبرر لها بالإضافة إلى أنه قد يفوت عليه فرصة للتعاقد مع الغير.

وإذا كان الفقهاء يشترطون اقتران العدول عن المفاوضات بخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، إلا أنهم لا يشترطون أن يكون هذا الخطأ عمدياً أي مشتملاً على قصد

(١) د. رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص ٧٦، د. السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص ٢٠٧، د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المصدر السابق، ص ١٣٥.

(٢) أنظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٢/٤/١٨٧٦، وحكم محكمة استئناف باريس في ١٣/١٢/١٩٨٤، نقلاً عن د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المرجع السابق، ص ٨٩.

الإضرار بالطرف الآخر، فالخطأ غير العمدى يكفي لقيام المسؤولية^(١)، لكنهم يؤكدون على وجوب أن يكون هذا الخطأ واضحاً دون تساهل في تقديره أو تلمس وجوده لأن مثل هذا التساهل يهدد الحريات الفردية ويعبث بالثقة المطلوبة في المعاملات المالية^(٢).

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأي القائل بأن المفاوضات وقائع مادية لا يترتب عليه أي أثر قانوني، إذ قضت (المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حرفي قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطلب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض. وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف. ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوفر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية^(٣)).

ولقد حدث تطور مهم في موقف القضاء، فهو وإن ظل ينظر إلى المفاوضات باعتبارها وقائع مادية إلا أنه بدأ يعتبر العدول عن المفاوضات بحد ذاته خطأ تقصيرياً تقوم معه المسؤولية، إذا لم يكن منسجماً مع متطلبات حسن النية، فالقضاء يؤكد على أن المفاوضات يحكمها مبدأ: يحكمها كأصل عام مبدأ حرية التعاقد

(١) هذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية، إذ قضت (إنه لا تشترط نية الإضرار عن القطع التعسفي غير مقبول، لأن المادتين (١٣٨٢ و ١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي لا تشترطان نية الإضرار). نقلاً عن د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٣٩-١٤٠.

(٣) نقض مدني مصري ١٩٦٧/٣/٩، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية، السنة ١٨، الجزء الأول، ص ٣٣٤.

الذي يجعل لكل واحد من المتفاوضين حرية قطع المفاوضات التي لا تتفق مع مصالحه المشروعة، يحكمها أيضاً مبدأ حسن النية الذي يقتضي التفاوض بشرف وأمانة، الأمر الذي يجعل من مجرد قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، وإن لم تقتن به وقائع أخرى، إخلالاً بهذا المبدأ تقوم به المسؤولية التقصيرية التي تفتح الباب أمام المتفاوض الآخر لمطالبة المتفاوض الذي قطع المفاوضات بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك^(١).

إن خلاصة القول في اتجاه القضاء: إن حرية التعاقد تعد أساساً عاماً والمسؤولية في قطع المفاوضات تعد استثناء لا يجوز التوسع فيه، لأن المفاوضات وإن كانت تقتضي استناداً إلى مبدأ حسن النية إلزام كل متفاوض بالأمانة والاستقامة عند التفاوض، فإن هدفها هو السماح للمتفاوض بأن يقدر في ضوء احتمالات الربح والخسارة هل إن العقد المراد إبرامه في مصلحته؟ وهو بذلك يكون لديه عذر مشروع لقطع المفاوضات إذا قدر، حتى وفقاً لشعوره الشخصي، إن التعاقد ليس في مصلحته. أما إذا قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، فإنه يكون قد أخل بواجب حسن النية، وبالتالي يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر.

^(١) من الأمثلة على هذا الاتجاه القضائي ما يلي: قضت محكمة النقض الفرنسية (إن قطع المفاوضات فجأة دون مبرر مشروع بعد أن بلغت مبلغاً متقدماً، مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية، ويعتبر ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية). نقض مدني فرنسي في ١٩٧٢/٣/٢٠ نقلاً عن صابر محمد عمار، التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية، المصدر السابق، ص ٨. وقضت محكمة النقض الإيطالية (إذا كان أحد الطرفين في أثناء المفاوضة، قد أحدث في نفس الآخر ثقة معقولة في إبرام العقد ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول أو بسوء نية فإنه يكون ملزماً بتعويض الأضرار في حدود المصلحة السلبية، أي المقصورة على المصاريف التي يكون قد أنفقها في سبيل إبرام العقد أو على الخسائر التي تكبدها بسبب فوات فرص أخرى على أثر قطع المفاوضات بدون مبرر). نقض مدني إيطالي ١٩٦٠/٤/٤ نقلاً عن د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصدر السابق، ص ٥٩٥، هامش (٧).

لقد انعكس هذا الاتجاه القضائي في آراء الفقهاء حيث بدأوا يؤكدون على مسألة قطع المفاوضات بدون عذر مشروع، كما إذا كان أحد الأطراف قد بدأ المفاوضات وعنده نية قطعها فكان بذلك يعلم أن المفاوضات لن تنتهي نهاية طيبة، وهو بهذا يقوّض الوظيفة القانونية والاقتصادية للمفاوضات من أساسها باعتبارها وسيلة لإبرام العقد، ويخل بحسن النية الموجود عند المتفاوض الآخر الذي وثق في الدور الوسيلى للمفاوضات، فحق له بذلك أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب قطع المفاوضات مادام استطاع أن يثبت بأنه بسبب وثوقه المشروع في الحالة التي وصلت إليها المفاوضات تكبد مصاريف ما كان ليتكبدها لو كان يتوقع أن العقد لن يبرم^(١).

يتبين مما تقدم أن الالتزام الناشئ عن المفاوضات باعتبارها وقائع مادية هذا الاتجاه الفقهي والقضائي، هو التزام التفاوض بحسن النية وهذا الالتزام مصدره القانون. وإن تقدير مدى تقيد أو إخلال كلا المتفاوضين بهذا الالتزام يكون من خلال فكرة الخطأ التقصيري، المتمثل في الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف، فهذا المسلك المعتاد هو الذي ينسجم مع متطلبا حسن النية، ومقتضياتها، والخروج عليه يعد خطأً تقصيرياً، لأن حسن النية ليس هو مجرد مسألة نفسية بل إنه يعد بذاته سلوكاً سوياً يتفق مع المألوف في التعامل.

نتفق مع هذا الاتجاه في أن هناك التزاماً على طرفي المفاوضات بالتفاوض بحسن النية، إلا أنه لا نتفق معه في النظر إلى المفاوضات على أنها مجرد وقائع مادية، فالواقعة المادية هي كل حدث يقع ويرتب عليه القانون أثر حتى لو لم تتجه الإرادة إلى هذا الأثر، فهل ينطبق هذا الوصف على المفاوضات؟ لا يمكن إنكار أن الأطراف اشتركوا في المفاوضات بإرادتهم، وصحيح أن إرادتهم لم تصل إلى حد إبرام العقد إلا أنها كانت تتوقع إبرام العقد وتعمل على إبرامه^(٢)، لذلك فإن المفاوضات

(١) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٥٩٥، د. محمود جمال الدين زكي، المصدر

السابق، ص ١٤٠-١٤١، د. ياسين محمد الجبوري، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٢) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣١.

وإن لم تكن عقد لأن الإرادة لم تصل إلى إحداث هذا الأثر القانوني (إبرام العقد والتقييد بالالتزامات الناشئة عنه)، لكن لا يمكن اعتبارها مجرد واقعة مادية خالية من إرادة إحداث هذا الأثر القانوني لأن هناك دائماً إرادة تتوقع مثل هذا الأثر (إبرام العقد) بل وتعمل على إحداثه في المستقبل. فإذا لم تكن المفاوضات عقد ولم تكن مجرد وقائع مادية، فما هي؟^(١).

إن المفاوضات نظام قانوني قائم بذاته^(٢)، ومصدر قواعد هذا النظام هو المشرع إذا كان قد وضع قواعد خاصة لتنظيم المفاوضات، كما أن القضاء وهو يواجه خلو التشريع أحياناً من قواعد تنظيم المفاوضات، ساهم في إرساء قواعد هذا النظام بالاستناد إلى مبدأ حسن النية، الذي استلزم القضاء وجوده في مرحلة التفاوض بنفس درجة وجوده في مرحلة تنفيذ العقد.

وبذلك يمكن القول إن الالتزام الأساسي الذي ينشأ عن المفاوضات باعتبار نظام قانوني هو الالتزام بحسن النية، ويتفرع عن الالتزام بحسن النية التزامات ثانوية تستند إليه وتضعه موضع التنفيذ وهي الالتزام بالإدلاء بالبيانات والالتزام بالمحافظة على السرية.

وسنبحث في ثلاث فقرات هذا الالتزام الأساسي والالتزامات الثانوية المكمل له.

أولاً: الالتزام بحسن النية:

إن الدور الذي تلعبه النية في تحركها الإرادي يرتبط بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً، ومن المبادئ العامة التي فرضها تغلغل الأخلاق في مجال الروابط القانونية، مبدأ الغش يفسد كل ما يقوم عليه. ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلة حياة العقد

(١) سنجد أن الطبيعة الخاصة للمفاوضات المتمثلة في أنها ليست عقد كما أنها ليست مجرد وقائع مادية، تنعكس على المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالمفاوضات فتجعلها مسؤولية ذات طبيعة خاصة، وذلك على النحو الذي سنبينه بالتفصيل في المبحث الثالث الخاص بمبحث الجراء القانوني في مرحلة المفاوضات.

(٢) النظام القانوني هو مجموعة من القواعد القانونية المتميزة بالتماسك فيما بينها والثبات في تطبيقها، والتي تهدف إلى تحقيق غرض معين مشترك، ومن أمثلة نظام الزواج ونظام العقد ونضيف إليها نظام المفاوضات.

وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل أنه يهيمن أيضاً على الفترة السابق على التعاقد ومنها مرحلة التفاوض.

ويستلزم مبدأ حسن النية في التفاوض أن تتكون المفاوضات ساحة للأمان والشرف والنزاهة والصدق والتعاون لا للأكاذيب والدسائس والحيل والخداع. ومن هنا يفرض هذا المبدأ على كل واحد من المتفاوضين واجب القيام بعمل إيجابي يتمثل في التعاون مع المتفاوض الآخر والإدلاء له بكافة التفاصيل حول العقد المراد إبرامه بما يكون لدى هذا المتفاوض الرضا المستتير بالتعاقد أو يوصله إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات على اعتبار أن التعاقد ليس في مصلحته. وهكذا نجد بعد أن كان المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية ذو طبيعة سلبية تتمثل في عدم الغش والخداع أو التضليل، فإن هذا المبدأ أصبح في الوقت الحاضر ذو طبيعة إيجابية. وهذا من شأنه أن يخلق أساس قانوني للمسؤولية هو ضرورة استناد المعاملات إلى الأمانة والأخلاق والثقة^(١).

إن سيادة مبدأ حسن النية بهذا المفهوم الإيجابي في مرحلة المفاوضات سيققل من حدوث المنازعات في مرحلة تنفيذ العقد. وإن من مقتضيات الالتزام بحسن النية امتناع طرفي المفاوضات عن قطعها دون مبرر مشروع. إذاً الالتزام بحسن النية قد يتمخض عنه التزام آخر هو التزام الاستمرار بالتفاوض، لكن الاستمرار بالتفاوض لا يعني إلزام المتفاوضين بالوصول إلى إبرام العقد، لأن القول بذلك يعني مصادرة مبدأ حرية التعاقد، إذ قد يجد أحد المتفاوضين إن التعاقد ليس في مصلحته من الناحية الفنية أو الاقتصادية، فالالتزام بالاستمرار بالتفاوض يؤخذ هنا بمعناه السلبي وهو الامتناع عن مخالفة حسن النية في التعامل،، ومنه ذلك الامتناع عن إجراء مفاوضات مع الغير المنافس طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات^(٢).

(١) صابر محمد عمار، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، السعودية، ١٩٩٥، ص ٩٤.

والسؤال الذي يطرح نفسه: إذا كان كل متفاوض يستطيع استناداً لمبدأ حرية التعاقد قطع المفاوضات إن لم تكن متفقة مع مصالحه، فمتى يعتبر هذا القطع غير مشروع يخالف مبدأ حسن النية ومتى لا يعتبر كذلك؟

يمكن الوصول إلى معيار التمييز بين قطع المفاوضات المشروع وغير المشروع من خلال الوقوف عند حقيقة إن المتفاوض لا يسأل عن قطع المفاوضات إنما يسأل عن الإخلال بالثقة التي ولدها في نفس المتفاوض الآخر بما يخالف مقتضيات حسن النية في التعامل. فالمتفاوض الذي يساهم في خلف ظروف توشي إن العقد سيبرم حتماً كتحديد ميعاد للتوقيع على مشروع للاتفاق الذي تم التوصل إليه خلال المفاوضات، ثم يتضح أنه كان سيئ النية لأن دخوله المفاوضات كان يقصد الإضرار بالمتفاوض الآخر أو بقصد تحقيق فائدة له أو لغيره دون اعتبار لهذه الثقة كالإطلاع على أسرار صناعية أو معلومات عن المركز المالي للمتفاوض الآخر، فإن انسحابه من المفاوضات بالتأكيد سيكون غير مشروع. ويمكن تشبيه هذا المتفاوض بالخطيب الذي يتخلف عن حفل زفافه على خطيبته أو يعدل عن الزواج في الوقت الذي تم الاتفاق فيه على جميع إجراءات الزفاف^(١).

ولما كان حسن النية مفترضاً فإن المتفاوض لا يلزم بأن يثبت وجود مبرر مشروع لانسحابه من المفاوضات، وإنما يقع على المتفاوض الآخر المتضرر من قطع المفاوضات عبء إثبات إن قطع المفاوضات كان بسوء نية ويكفي أن يثبت هذا المتفاوض غياب المبرر المقبول للانسحاب من التفاوض ليستخلص القضاء من ذلك دليلاً على سوء نية المتفاوض الذي قطع المفاوضات، وخاصة إذا أثبت المتفاوض الآخر وجود مبرر غير مشروع كان هو السبب الحقيقي للانسحاب من المفاوضات، مثلاً تريد شركة عمل دعاية لمنتجاتها فتدعو عدة شركات إلى الدخول معها في مفاوضات لإبرام عقود توزيع منتجاتها في جميع أنحاء البلاد، وبعد أن تتأكد إن غرضها من المفاوضات المتمثل بالدعاية لمنتجاتها قد تحقق تنسحب من

(١) سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ٥٥. د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المصدر السابق، ص ١٩٧.

المفاوضات، ومن ذلك أن تستهدف شركة ما من الدخول في مفاوضات معرفة مستوى الأسعار وظروف منافسيها وما أن يتحقق هدفها في معرفة الأسعار والمستوى الفني للمتفاوضين معها تنسحب من المفاوضات. وكذلك إذا كانت تكلفة العقد محل التفاوض أكبر من الإمكانيات المالية لأحد المتفاوضين، فإن ذلك يعد قرينة على سوء نية هذا المفاوض وإنه لا يوجد لديه جدية للتعاقد منذ البداية وبالتالي يكون انسحابه من المفاوضات غير مشروع. إذاً يكون قطع المفاوضات غير مشروع إذا كان بسوء نية يستوي في ذلك أن تكون هذه النية السيئة موجودة منذ بداية المفاوضات أو طرأت بعد ذلك^(١).

ثانياً: الالتزام بالإدلاء بالبيانات:

يلتزم كل واحد من المتفاوضين عبر شبكة الانترنت بأن يزود المفاوض الآخر بجميع البيانات المعلومة لديه أو تلك التي كان يجب عليه العلم بها، والتي من شأنها أن تحقق العلم التام لدى المتفاوض بظروف التعاقد من حيث مخاطر التعاقد ومنافعه ليكون رضاه بالتعاقد قائماً على معرفة تامة بالبائع الذي دفعه إلى الموافقة على إبرام العقد. فهذه البيانات دور حول مدى ملائمة العملية التعاقدية المقترحة من كل النواحي خاصة إذا كانت العملية المقترحة تحتاج إلى تخصص فني دقيق غير متوافر في التفاوض. ولذلك إذا صدر رضا من المتفاوض بعد تزويده بهذه البيانات فإن رضاه يوصف بأنه رضا مستتير، وبالتالي لا يستطيع بعد ذلك الاحتجاج بأنه وقع في غلط. إذ قد يؤدي حجب هذه المعلومات عن المتفاوض إلى أن تتولد لديه ثقة غير حقيقية بالمفاوضات، أي إنه يقوم في نفسه وهم بأن المفاوضات ستنتج وتؤدي إلى إبرام العقد، في حين إن الحقيقة خلاف ذلك مما يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والمال.

والبيانات التي يجب على المتفاوض أن يدلي بها للآخر هي البيانات الضرورية للتعاقد، أي التي تؤثر على رأي المتفاوض الآخر بالموافقة على إبرام العقد أو رفض التعاقد. وقاضي الموضوع هو الذي يقدر هل هناك بيانات ضرورية

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص ٩٥.

للتعاقد حجبها المفاوض عن الآخر أم إنه أدلى بجميع البيانات الضرورية للتعاقد وإن البيانات الأخرى التي لم يدلي بها ليست ضرورية للتعاقد وبالتالي لا يشملها هذا الالتزام.

ويجب على كل متفاوض أن يسعى بوسائله إلى معرفة كل ما هو لازم وضروري ومن شأنه التأثير على قراره بالتعاقد أو رفضه. ويتحمل المتفاوض المسؤولية إذا ثبت أنه كان بوسعه الوصول إلى المعلومات الضرورية ببذل جهد معقول، حيث أن المتفاوض الآخر لا يلتزم في مثل هذه الحالة بأن يقدم له هذه المعلومات. فإذا كان كل من المتفاوضين عبر شبكة الانترنت يحترف مهنة معينة وكان التفاوض حول إبرام عقد يرتبط بهذه المهنة، فلن يكون هناك التزام بتقديم المعلومات المرتبطة بالجوانب الفنية لهذا النشاط، لأنه يفترض في كل منهما العلم بهذه المعلومات المتصلة بمهنته، فإذا جهل بها فإن نظيره في التفاوض لا يلتزم بتزويده بها. فمثلاً الشركة التي تحترف التعامل بأجهزة الكمبيوتر يفترض فيها العلم بالموصفات الفنية لهذه الأجهزة ونوعيتها وطرق استخدامها. والمعيار الذي يقاس به مدى مشروعية جهل المتفاوض بالمعلومات هو معيار الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف التي وجد فيها هذا المتفاوض^(١).

إذن يتحمل المتفاوض نتيجة تقصيره في السعي إلى معرفة المعلومات الضرورية، إذا ثبت أن أي متفاوض آخر في نفس ظروفه كان بوسعه الوصول إلى هذه المعلومات الهامة والضرورية لتكوين قناعته حول الصفقة موضوع التفاوض.

وإن مبدأ حسن النية هو مصدر وأساس التزام كل متفاوض بأن يقدم للمتفاوض الآخر المعلومات الضرورية التي يعلم بها أو كان ينبغي عليه العلم بها ما دامت هذه المعلومات مجهولة لدى المتفاوض الآخر، ولا يجب على هذا الأخير العلم بها، إذ يقتضي مبدأ حسن النية كما بينا أن يجري التفاوض بشرف وأمانة، وإن مما يتنافى مع الأمانة وبالتالي يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية كتمان بيانات يعلم من يكتمها

(١) صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد ١١، العدد الأول، ١٩٩٦، ص ١٨١.

أن المتفاوض الآخر لو علم بها سيغير حتماً موقفه في المفاوضات وقراره النهائي بالتعاقد ورضاه بالشروط التي تم التعاقد على أساسها، أي إن المتفاوض الآخر لو علم بهذه المعلومات لقطع المفاوضات ورفض التعاقد أو يستمر في المفاوضات ورضا بالتعاقد ولكن بشروط أخرى غير الشروط التي وافق عليها. ولأهمية هذا الالتزام في عقود نقل التكنولوجيا فإنه يعد التزاماً بتحقيق نتيجة (الترام بغاية)^(١).

وإذا كان ليس من الأمانة والشرف أن يكتم المتفاوض عن المتفاوض الآخر المعلومات الضرورية للتعاقد، فإنه أيضاً مما يخالف الشرف والأمانة أن يقدم المتفاوض إلى الآخر معلومات غير صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى التعاقد. وهذا الأمر له أهميته الخاصة في التعاقد عبر شبكة الانترنت لأن الطرف الذي تلقى المعلومات، وكما هو الحال في وسائل التعاقد بين الغائبين الأخرى، لا يتمكن بسهولة من التحقق من صحة هذه المعلومات إنما حكمه على هذه المعلومات يكون من خلال ثقته بالمتفاوض الذي زوده بهذه المعلومات، هذه الثقة التي تولدت لديه من جراء تقدم المفاوضات.

إذن الوجه السلبي للالتزام بالإدلاء بالبيانات هو الامتناع عن تقديم البيانات التي من شأنها إشاعة آمال كاذبة تبعث الثقة الزائفة لدى المتفاوض الآخر في جدية المفاوضات أو تبعث لديه قناعة غير حقيقية بأن إبرام العقد يعود عليه بالفائدة الاقتصادية وبالتالي فإن رضاه يكون مشوباً بعيب التغرير.

ثالثاً: الالتزام بالمحافظة على السرية:

يعد الالتزام بالمحافظة على السرية من أهم الالتزامات التي يحرص عليها أطراف التفاوض سواء أدت المفاوضات إلى إبرام العقد النهائي أم لا. ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان، بل السرية في المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيماوية التي أتاحت المفاوضات للمتفاوض الاطلاع عليها. ويعني هذا الالتزام امتناع المتفاوض الذي اطلع على هذه المعلومات

(١) د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص ١٧٣.

عن إفشائها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمنفعته، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلقت به هذه المعلومات^(١).

ويكتسب هذا الالتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل المعرفة الفنية (Know – How). ففي هذه العقود يدفع طالب المعرفة ثمناً باهظاً في سبيل الحصول عليها، وهو لا يرضى هذا الثمن الباهظ إلا بعد معرفته بأسرار هذه المعرفة لكي يوازن بين ما يدفعه من ثمن من أجل الحصول عليها وبين المنافع التي تعود عليه، ومدى ملائمة هذه المعرفة للغرض الذي يبيغيه من وراء التعاقد، فيكشف مالك المعرفة بعضاً من أسرارها والتي أفضيت للغير أو استعملها المفاوض لمنفعته، أصيب مالكها بالضرر^(٢).

إن المفاوضات التي تجري في ظل الالتزام بحسن النية والالتزام بالإدلاء بالبيانات تتيح لكل متفاوض الاطلاع على مجموعة من المعلومات. والسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هو مصدر التزام المتفاوض بالحفاظ على سرية هذه المعلومات، هل يلتزم المفاوض بالحفاظ على سرية جميع هذه المعلومات أم إن هذا الالتزام يقتصر على معلومات معينة بذاتها دون المعلومات الأخرى؟.

الأصل حسب القواعد العامة إن الشخص لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها، إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق يلزمه بالمحافظة على سرية هذه المعلومات^(٣). ولا يوجد نص في القانون المدني العراقي يلزم المتفاوض

(١) صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، ص ١٠.

(٢) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦٣.

(٣) من أمثلة النصوص القانونية التي تكون مصدراً لهذا الالتزام: المادة (٩٠٩/هـ) من القانون المدني العراقي التي تلزم العامل بأن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل. ونفس هذا الالتزام قرره المادة (٣٥/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ بنصها على: (يحظر على العامل أن يفشي الأسرار التي يطلع عليها بحكم عمله حتى بعد تركه العمل). كذلك المادة (١/٤٦) من قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ التي نصت

بالمحافظة على سرية المعلومات التي عرفها أثناء المفاوضات. إلا إذا اتفق طرفي المفاوضات على التزام كل منهما بعدم إفشاء المعلومات التي علمها أثناء المفاوضات أو استعمالها لمصلحته، وعندئذ يكون الاتفاق هو مصدر هذا الالتزام وسواء إبرام هذا الاتفاق أثناء المفاوضات أو نص عليه في شكل شرط من شروط العقد النهائي أو أبرم في فترة لاحقة على إبرام العقد النهائي. لكن ما الحكم إذا لم يوجد اتفاق على إنشاء هذا الالتزام، هل يعني هذا عدم إلزام المفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها؟.

إن غياب الاتفاق على هذا الالتزام لا يؤثر على وجوده، فالأساس أو مصدر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية الذي يعد كما بينا الأساس العام الذي تركز عليه كل الأحكام التي تنظم مرحلة المفاوضات. كما إن هذا الالتزام يرتبط ارتباطاً مباشراً بالالتزام بالإدلاء بالبيانات، فحيثما وجد التزام بالإدلاء بالبيانات، وجب أن يقابله التزام بعدم إساءة استعمال المعلومات التي احتوتها هذه البيانات. وإفشاء هذه المعلومات على نحو يلحق الضرر بمن أفضى بها هو إساءة لاستعمالها. ثم إنه بدون فرض هذا الالتزام لن تكون هناك ثقة مشتركة بين المتفاوضين، وبدون هذه الثقة لا يمكن أن تحقق المفاوضات غرضها وهو الوصول إلى إبرام العقد. إذاً الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يجد أساسه في مبدأ حسن النية بغض النظر عن وجود الاتفاق عليه أو عدم وجوده^(١). يبقى الشطر الثاني من السؤال: هل إن جميع المعلومات التي عرفها المتفاوض أثناء المفاوضات تكون محلاً لهذا الالتزام أم إن هذا الالتزام يقتصر على معلومات معينة بذاتها؟. لا يشمل هذا الالتزام جميع المعلومات بل إنه يقتصر على نوعين من المعلومات: النوع الأول هي المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية، والنوع الثاني هي المعلومات التي تكون بطبيعتها غير قابلة للنشر أو للإعلان. فيشمل النوع الأول من

على (لا يجوز للمحامي إفشاء سر أؤتمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته ولو بعد انتهاء وکالته إلا إذا كان من شأنه منع ارتكاب جريمة).

(١) سليمان براك، المصدر السابق، ص ٧٥.

المعلومات المركز المالي للمفاوض، فقد يطلب أحد المتفاوضين تسهيلات ائتمانية أو قرضاً من مصرف أو يسعى للاندماج مع شركة أخرى توكيلاً للانهيال المالي المهمل به، وهو إذ يعلن هذه المعلومات إلى المفاوض معه عبر شبكة الانترنت، فإنه يثق بأن هذا المفاوض لن يستعمل هذه المعلومات ضمه، وبالتالي تأخذ هذه المعلومات طابع السرية. ومن هذا النوع أيضاً المعلومات المرتبطة بالناحية الفنية للنشاط الاقتصادي الذي يقوم به المفاوض، مثال ذلك أن يكون غرض أحد المتفاوضين من العقد موضوع التفاوض هو التغلب على مشكلات فنية في التصنيع أو في الإدارة أو في وسائل الإنتاج، إذ يفهم من الإفصاح عن هذه المشكلات إن من يعانها لا يريد الإعلان عنها. أما النوع الثاني من المعلومات، أي المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها، فيشمل كل المسائل التي يترتب على إعلانها بغير موافقة صاحب الشأن ضرراً مادياً أو أدبياً، فيدخل في ذلك المعلومات ذات الطابع الشخصي التي قد يؤدي إعلانها إلى إيذاء شعور من ارتبطت به هذه المعلومات أو الإضرار بمركزه التجاري. وأيضاً من أمثلة المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها المعلومات الخاصة بأسعار التكلفة ووسائل خفض تكاليف الإنتاج وخطط الإنتاج المستقبلية ووسائل الدعاية غير المباشرة^(١).

ويقدر قاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية هل إن المعلومات التي أعلنها المفاوض هي من نوع المعلومات التي يقتضي مبدأ حسن النية أن يشملها الالتزام بالحفاظ على السرية. ولا بد من التأكيد على هذا الالتزام لا يشمل المسائل غير المشروعة مثل التهريب من الضرائب أو التهريب الكمركي أو الاختكارات المحظورة، إذ يجب على المفاوض أن يبلغ مثل هذه المعلومات إلى السلطات المختصة إذا كانت تشكل جريمة وكان القانون يوجب عليه كمواطن عادي الإبلاغ عنها، أو طلبت السلطات شهادته بشأنها^(٢).

(١) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات، المصدر السابق، ص ٩٨-٩٩.

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص ١٠٠، إن الإخلال بالالتزام بالمحافظة على السرية يكون أحياناً جريمة إفشاء السر التي نصت عليه المادة ٤٣٧ من قانون العقوبات العراقي

ونظراً لأهمية الالتزام بالمحافظة على السرية فقد يطلب المتفاوض في بعض العقود الهامة من المتفاوض الآخر ضمانات لتنفيذ هذا الالتزام كالتعهد الكتابي السابق على دخول المفاوضات، وأحياناً يكتفي بالتعهد الأدبي، وأحياناً يدفع المتفاوض مبلغ من النقود قبل الدخول في المفاوضات كتأمين لعدم إخلاله بهذا الالتزام.

المطلب الثاني

المفاوضات ذات طبيعة عقدية

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المفاوضات تكون ذات طبيعة عقدية لأن هناك تصرفاً قانونياً (ليس هو العقد الذي يجري التفاوض بشأنه) ينشأ بين المتفاوضين يعد هو مصدر الالتزام الناشئة في مرحلة التفاوض: التزام التفاوض بحسن نية وما يقتضيه من استمرار المفاوضات وعدم قطعها بشكل غير مشروع، التزام الإدلاء بالبيانات، التزام الحفاظ على السرية. وبذلك تكون المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية، لكن كيف ينشأ هذا التصرف القانوني (العقد) الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات؟

يوجد رأيان لبيان كيفية نشوء هذا التصرف القانوني (العقد) الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات.

الرأي الأول: قال بهذا الرأي الفقيه الألماني اهرنج، فقد ذهب هذا الفقيه إلى أنه يوجد عقد ضمني بين المتفاوضين، يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين تجاه الآخر بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد موضوع التفاوض وبالامتناع عن أي عمل يعوق إبرام هذا العقد، فإذا قطع المفاوضات دون عذر مشروع، يكون قد

رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو لمنفعة شخص آخر. ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان إفشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها).

أخل بهذا الالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني، وبالتالي يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر^(١).

لكن كيف ينشأ هذا العقد الضمني بين المتفاوضين؟ حسب رأي اهرنج إن الإيجاب الصادر أثناء المفاوضات يتحلل إلى إيجابين: الإيجاب الأول موضوعه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، أما الإيجاب الثاني فموضوعه عدم إعاقة إبرام هذا العقد. ولما كان هذا الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له، فإن مجرد سكوته يعتبر قبولاً يقوم به العقد الضمني الذي يلتزم بمقتضاه كل من المتفاوضين بعدم إعاقة إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه. إذا وفق هذا الرأي لا يوجد قبل صدور الإيجاب هذا العقد الضمني الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات.

ورأي اهرنج القائل بوجود عقد ضمني أثناء المفاوضات منتقد، فهو رأي يقوم على مجرد الافتراض، وإن أي عقد لكي ينشأ لا بد أن تنصرف إليه الإرادة بشكل صريح ويات. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المتفاوض عندما يعلن عن إرادته الباتة بالتعاقد، فهو يستهدف إبرام العقد موضوع التفاوض ولا يخطر في باله إبرام عقد آخر (عقد ضمني يفرضه عليه التزام بعدم إعاقة إبرام العقد). كما لا يمكن القول بأن الإيجاب بعدم إعاقة إبرام العقد هو دائماً في مصلحة الموجب له حتى يعد سكوته قبولاً ضمنيّاً لهذا الإيجاب، لأن إعاقة إبرام العقد (قطع المفاوضات) قد تأتي من هذا الشخص فكيف سيكون هذا الالتزام في مصلحته. ثم إن هذا الرأي يقول بوجود العقد الضمني الذي يترتب التزام بعدم إعاقة إبرام العقد منذ لحظة الإيجاب، ومن ثم فإن المتفاوض قبل توجيه الإيجاب سيكون له الحرية في قطع المفاوضات^(٢).

الرأي الثاني: يفسر هذا الرأي نشوء التصرف القانوني الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات على النحو الآتي: إن المفاوضات تتشابه ابتداءً ببناءً على دعوة يتم قبولها. وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص ١٣٣-١٣٤.

(٢) سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ٤٣-٤٤.

مرحلة المفاوضات. ذلك إنه ينطوي على شرط ضمني يتعهد بمقتضاه كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر في المفاوضات وأن لا يقوم بقطعها تعسفاً حتى يتحقق الغرض النهائي منها وإلا التزم بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض. وبما أن هذا الاتفاق هو مصدر الضمان المتبادل لذا يشترط ألا يكون اتفاقاً باطلاً، وهو يكون باطلاً إذا استهدفت المفاوضات إيجاباً ينصب على تعاقده يخالف النظام العام والآداب إذ لا ضمان بالنسبة إلى نتيجة يحرمها القانون. وقد يكون هذا الاتفاق قابلاً للإبطال كما لو كان أحد طرفيه ناقص الأهلية، فلناقص الأهلية أن يقطع المفاوضات في كل وقت وأن يصل إلى تقرير مبدأ انعدام مسؤوليته بإبطال شرط الضمان. كما أن للمتفاوض حق الانسحاب من المفاوضات بمجرد تبين حالة نقص الأهلية لدى المتفاوض الثاني، لأن من مصلحته عدم الارتباط بالعقد ما دام سيف الإبطال مشهر عليه من قبل المتفاوض ناقص الأهلية الذي يستطيع في كل وقت أن يبطل شرط الضمان المتبادل. ولكن إذا ارتفع سيف الإبطال لبلوغ المتفاوض سن الرشد أثناء المفاوضات، زال حق التفاوض الآخر في قطع المفاوضات دون تعويض^(١).

وهذا الرأي منتقد لأنه أيضاً يغفل حقيقة إن العقد لا يبرم إلا بتلاقي إرادة الأطراف بشكل بات لا لبس فيه، فلا يجوز افتراض قيام العقد أو فرضه، كما أن قبول الدعوة إلى التفاوض لا ينشأ اتفاقاً يكون مصدر للالتزام بالضمان لأن الإرادة لم تنصرف إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني (الالتزام بالضمان)^(٢).

يتبين مما تقدم، إنه لا يمكن قبول الرأيين المتقدمين لإضفاء الطبيعة العقدية على المفاوضات لأنهما يقومان على مجرد افتراض لا يؤيده الواقع في كثير من الأحيان. فلا يوجد تصرف قانوني (عقد) أثناء المفاوضات وبالتالي لا تكون المفاوضات ذات طبيعة عقدية، إلا إذا انصرفت إرادة المتفاوضين بشكل واضح

(١) د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، المصدر السابق، ص ٨٢-

٨٣.

(٢) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٠.

وصريح إلى إنشاء مثل هذا التصرف القانوني. ويكون ذلك عندما يتفق الطرفان على إبرام عقد ينظم سير المفاوضات وذلك قبل انتقالهم إلى إبرام العقد النهائي محل التفاوض.

إذ قد يحرص المفاوضان على وضع تفاوضهما في إطار قانوني يحدده، حصة في ظل العقود التي تحتاج إلى مفاوضات طويلة ومعقدة وتتطلب نفقات باهضة أو إعداد دراسات جدوى أو دراسات مالية، وهو ما يضمن لكل واحد من المتفاوضين مفاوضات جادة مقترنة برغبة حقيقية في التعاقد.

ويعرف هذا الإطار بالعقد التمهيدي أو التحضيري. وبالإضافة إلى استجابة العقد التمهيدي أو التحضيري للاعتبارات النفسية والاقتصادية فإنه يضيف قيمة قانونية على المفاوضات ويزيد بالتالي من فرص إبرام العقد النهائي.

وبالرغم من تعدد أشكال الاتفاقات التمهيدية فإنه يمكن تقسيمها إلى نوعين:

النوع الأول: عقود التفاوض.

النوع الثاني: العقود التمهيدية المنظمة لمراحل التفاوض.

وسنبحث كلا النوعين مع بيان الالتزامات الملقاة على عاتق المتفاوضين في

إطارهما.

أولاً: عقود التفاوض:

عقد التفاوض هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه آخر بالبدء أو بالاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه، وهو ما يسمى في العمل بالاتفاق المبدئي. وهو بذلك يختلف عن الاتفاق المرحلي كما يختلف عن الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل. إن عقد التفاوض يمكن أن يسبق المفاوضات على إبرام إي عقد أياً كان نوعه. وكما يوجد عقد التفاوض مستقلاً فإنه يمكن أن يرد في صورة شرط ضمن شروط عقد معين تم إبرامه، وهذا يحدث في الواقع العملي لمواجهة أثر التقدم العلمي سواء في مجال نقل التكنولوجيا أو غيرها من المجالات^(١). مثلاً يتم إبرام عقد لنقل التكنولوجيا في مجال معين (الاتصالات الهاتفية) ويوضع شرط في هذا العقد

(١) صابر محمد عمار، المفاوضة في عقدة التجارة الإلكترونية، المصدر السابق، ص ١٠.

يلتزم بمقتضاه مورد هذه التكنولوجيا بالتفاوض مع الطرف الآخر للاتفاق على إضافة الأصناف الجديدة من التكنولوجيا التي تظهر في هذا المجال. أو يبرم عقد مع شركة لشراء السلعة التي تنتجها بمواصفات معينة ويرد شرط في هذا العقد تلتزم بمقتضاه الشركة بالتفاوض لأجل الوصول إلى اتفاق مع المشتري على إضافة الأوصاف الجديدة على السلعة. ففي هذه الأمثلة يرد عقد التفاوض في صورة شرط في عقد تم إبرامه.

وعقد التفاوض شأنه شأن أي عقد آخر يلزم لإبرامه توافر الأركان اللازمة لإبرام العقود بصورة عامة من رضا ومحل وسبب. ويحدد عقد التفاوض عادة الهدف الذي يسعى المتفاوضان إلى تحقيقه والموضوع الذي يتم التفاوض بشأنه كما يحدد شروط سير المفاوضات كالمدة التي يجب أن تبدأ فيها المفاوضات والشخص الذي يجب عليه البدء بالتفاوض وشكل أو صيغة النقاش المطروح^(١).

وإذا كان من المؤكد إن عقد التفاوض ليس عقداً نهائياً ولا ينشئ التزاماً بإبرام العقد النهائي، إلا إنه يرتب التزامين رئيسيين: الالتزام بعقد المفاوضات، والالتزام بالسير فيها بحسن نية بهدف الوصول إلى إبرام العقد أو الوصول إلى اتفاق بشأن المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها أو مناقشتها بعد تمهيداً للوصول إلى إبرام العقد النهائي^(٢).

والالتزام بعقد المفاوضات (الالتزام بالتفاوض) هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ يتطلب من الطرفين أو ممن يقع على عاتقه هذا الالتزام القيام بعمل إيجابي هو المبادرة بالبدء في التفاوض في الوقت المتفق عليه، ولذلك فبمجرد الامتناع عن المبادرة بإجراء المفاوضات يعد إخلالاً بهذا الالتزام تقوم معه المسؤولية العقدية. أما الالتزام بالسير في المفاوضات بحسن نية فهو التزام بوسيلة أو ببذل عناية. إذ يفرض هذا الالتزام على كل مفاوض التقدم باقتراحات جدية والتعاون مع المفاوض الآخر

(١) د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٩٠.

(٢) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ٣٠.

من خلال تزويده بكافة المعلومات ذات الصلة الوثيقة بمحل العقد والمنافع التي يمكن أن يحققها والمخاطر التي قد تترتب عليه^(١)، وذلك للوصول إلى إبرام العقد النهائي عن رضا مستنير أو إلى إنهاء المفاوضات عن اقتناع تام بأن التعاقد ليس في مصلحته، إذا فالمفاوض غير ملزم بأن تنتهي المفاوضات بإبرام العقد النهائي. وإذا كان التزام التفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، إلا أنه قد يتفرع عن هذا الالتزام التزامات ثانوية تكون بطبيعتها التزام بتحقيق نتيجة كالالتزام بعد إجراء مفاوضات متزامنة مع الغير بشأن ذات العقد الجاري التفاوض بشأنه والالتزام بعد إفشاء أسرار المعلومات التي تحصل عليها المفاوض أثناء المفاوضات^(٢).

وإذا كان الالتزام بالسير بالمفاوضات بحسن نية هو التزام ببذل عناية، إلا إن مقدار العناية الواجبة على كل متفاوض تكون أكبر نسبياً من تلك العناية الواجبة في إطار النظام القانوني للمفاوضات أي في حالة غياب عقد التفاوض الذي يرتب التزاماً بالسير في المفاوضات بحسن نية، وبالتالي يصبح وصف قطع المفاوضات بالخطأ أيسر عند وجود عقد التفاوض الذي يفرض هذا الالتزام، كما إن هذا الالتزام يعطي للقاضي سلطة واسعة لتقدير ما إذا كانت الشروط التي يطرحها المفاوض معقولة أم لا قياساً بسلوك الرجل المعتاد^(٣).

ثانياً: العقود التمهيدية المنظمة لمراحل التفاوض:

قد يلجأ الأطراف بدافع الحرص إلى تنظيم خطوات المفاوضات وذلك بصياغة وتحديد المسائل التي اتفقوا عليها في كل مرحلة من مراحل المفاوضات وإفراجها في عقد جزئي. وبهذا تتعدد العقود الجزئية بعدد المراحل واختلاف المسائل محل المناقشة. والعقد الجزئي باعتباره عقد يلزم وجوده وصحته الشروط اللازمة لإبرام وصحة العقود عامة. إذاً العقد الجزئي هو اتفاق يبرمه الأطراف أثناء المفاوضات

(١) سبق بحث الالتزام بالإدلاء بالبيانات في ص وما بعدها.

(٢) سبق بحث الالتزام بالمحافظة على السرية في ص وما بعدها.

(٣) صابر محمد عمار، المصدر السابق، ص ١١.

يحددان بمقتضاه المسائل التي تمكنوا من الاتفاق عليها. وهذا الاتفاق إما أن يكون جزء من عقد واحد يسعى الأطراف إلى إبرامه فيقتصر على عناصر هذا العقد فقط، أو إنه يشكل جزء من مجموع عقدي يتألف من عدة عقود تنظم عملية واحدة يسعة الأطراف إلى تحقيقها. وتقوم فكرة العقد الجزئي على أساس نظرية الاتفاق المرحلي، ويعد الاتفاق مرحلياً إذا قرر الأطراف صراحة اعتباره مجرد مشروع للعقد النهائي أو إذا تبين من الظروف إن إرادتهم اتجهت إلى ذلك. ويختلف العقد الجزئي عن الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائي أو الوعد بالنفذ من حيث إن هذه الأخيرة تتضمن العناصر الجوهرية للعقد بينما العقد الجزئي على بعض عناصر العقد النهائي المراد إبرامه. وقد يكون العقد الجزئي عقداً وقتياً إذا ما ارتبط بمسألة وقتية. وقد يستغرق الالتزام الناشئ عن العقد الوقتي زمناً يقل عن مدة المفاوضات وعندئذ ينقضي بحلول الأجل الذي يحدده الأطراف، وقد يطول عن مدة المفاوضات وفي هذه الحالة تكون مدته هي مدة المفاوضات. وقد تفشل المفاوضات ومع ذلك تستمر بعض الالتزامات الناشئة عن العقد الوقتي كالالتزام بعدم إفشاء الأسرار واستغلال المعلومات.

وقد جرى العمل أحياناً على إطلاق مصطلح خطاب النوايا على العقد الجزئي، وهذا إطلاق خاطئ لأن خطاب النوايا في الأصل التزام بالإرادة المنفردة ولا يعبر عن التزام مصدره العقد. فمصطلح خطاب النوايا، الذي يطلق على العديد من المستندات التي تحرر في مرحلة ما قبل توقيع العقد النهائي، يعبر عن المقترحات التي يقدمها أحد الطرفين بشأن عناصر العقد. وتعتمد القيمة القانونية لهذا الخطاب على أسلوب صياغته، وتندرج هذه القيمة من كونه مجرد إعلان عن النوايا إلى كونه تجسيدا لاتفاقات قامت بين طرفي العقد النهائي قبل إبرامه يسمح هذا الخطاب بتنفيذها أو تجسيدا لاتفاقات معلقة لا تصبح عقداً ملزماً إلا بعد تحقق بعض الشروط. إذا تتراوح القيمة القانونية لخطاب النوايا بين القيمة الأدبية وبين الالتزام القانوني اعتماداً على أسلوب صياغة الخطاب التي تؤثر بشكل كبير على تكيفه القانوني من حيث إمكانية اعتبار مصدر للالتزامات تعاقدية يسأل المفاوض الذي صدر عنه الخطاب عن مخالفتها مسؤولية عقدية. وعموماً فإن خطاب النوايا على

الأقل يعتبر دليلاً على جدية المفاوضات وتبدو أهميته عند إبرام العقد النهائي في تفسير هذا العقد^(١).

وقد يؤدي فشل المفاوضات وعدم إبرام العقد النهائي إلى البدء في تنفيذ بعض الالتزامات التي يفرضها العقد التمهيدي الجزئي كالالتزام بسداد جزء من نفقات التفاوض^(٢).

المبحث الثالث

الجزاء القانوني في مرحلة المفاوضات

الأصل أن يقوم المدين بالالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات بتنفيذ هذه الالتزامات طوعاً واختياراً وذلك بغض النظر عن مصدر هذه الالتزامات سواء كان مصدرها مبدأ حسن النية هو المبدأ الأساسي لنظام المفاوضات أو كان مصدرها عقود التفاوض أو العقود التمهيدية التي تنظم مرحلة المفاوضات.

ويكون التنفيذ الاختياري بوفاء المفاوض بما التزم به طبقاً لما هو متفق عليه مع المتفاوض الآخر أو طبقاً لما يفرضه مبدأ حسن النية الذي يسود مرحلة المفاوضات.

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ ما التزم به طوعاً واختياراً فإنه يجبر على التنفيذ. ويكون التنفيذ الجبري بعين ما التزم به المدين، فإن استحال ذلك تم التنفيذ بطريق التعويض أي بمقابل، وهذا ما تقضي به القواعد العامة في الالتزام، فهل يمكن تطبيقه عند امتناع المفاوض عن تنفيذ الالتزامات التفاوضية طوعاً واختياراً؟.

ذهب بعض الفقه إلى إن جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات يمكن أن يكون التنفيذ العيني، في حين عارض البعض الآخر ذلك وقالوا إن الجزاء يقتصر على التعويض (التنفيذ بمقابل).

(١) صابر محمد عمار، المصدر السابق، ص ١١-١٢.

(٢) إذا لم يتفق الطرفان على كيفية تقسيم نفقات المفاوضات، فإنها تقسم على طرفي التفاوض بالتساوي. وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس بقرارها الصادر في ١٩٩١/٩/٢٤ نقلاً عن د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، المصدر السابق، ص ٩١.

وسنفرد مطلباً لبحث كل واحد من هذين الاتجاهين وعلى النحو الآتي:

* **المطلب الأول: التنفيذ العيني.**

* **المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل (التعويض).**

نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي على (يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً ٢- على إنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً). فحسب هذا النص يجوز للدائن أن يطلب عن طريق القضاء إجبار المدين على تنفيذ التزامه بشرط أن يكون هذا التنفيذ ممكناً بأن لا يكون فيه إرهاب للمدين.

وقد نظم القانون المدني العراقي في المادتين (٢٥٣، ٢٥٤) وسيلة مالية هي الغرامات التهديدية لحمل المدين المتعنت على تنفيذ التزامه عندما يكون قادراً عليه، وذلك في الأحوال التي يقتضي التنفيذ العيني فيها تدخلاً شخصياً من المدين ودون إخلال بحق الدائن في الجمع بين التنفيذ العيني وبين التعويض النقدي لجبر ما لحقه من ضرر بسبب التأخير في التنفيذ^(١).

فهل يجوز إجبار المفاوض على التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات عن طريق اللجوء إلى القضاء.

في مجال الالتزام بالاستمرار في التفاوض الذي يفرضه حسن النية، ذهب جانب من الفقه إلى إنه يمكن الحكم بالتنفيذ العيني على المتفاوض الذي قطع المفاوضات وامتنع عن تنفيذ التزامه بالاستمرار في التفاوض. ويتحقق التنفيذ العيني في هذا السياق باعتبار العقد الذي حال قطع المفاوضات دون انعقاده منعقداً جبراً على إرادة المفاوض الذي قطعها. فمثلاً لو قطعت المفاوضات نتيجة رجوع الموجب

(١) أنظر في شروط التنفيذ العيني ووسائل إكراه المدين على التنفيذ العيني (الإكراه البدني والغرامات التهديدية): د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٤٤-٤٧، ص ٥٥-٦٦. د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشري، القانون المدني، الجزء الثاني، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠، ص ١٦-١٩، ص ٢٣-٤١.

عن إيجابه، فإن الموجب إليه يعوض باعتبار العقد منعقداً جبراً على إرادة الموجب الذي نقض الإيجاب. وقد دعم هذا الجانب من الفقه رأيه بحكم للقضاء الفرنسي في قضية قطع فيها أحد المتفاوضين المفاوضات وتعاقد مع الغير بشأن محل المفاوضات، حيث لم تلتفت محكمة الموضوع إلى قطع المفاوضات هذا وقضت بأن العقد أبرم مع المتفاوض الأول الذي كان الإيجاب قد وجه إليه ابتداءً، وذلك بعد أن استبعدت تعاقد المتفاوض مع الغير إذ لم تر ذلك جدياً^(١).

وقد استقر الفقه المصري على استبعاد إجبار المدين على التنفيذ العيني في مجال التفاوض وذلك لأن محل الالتزام هو التفاوض، ومن ثم يستحيل إجبار المدين على التفاوض أو اختيار من يمثله فيه، كما إنه لا يتصور أن يحل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقد. وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية أيضاً^(٢).

والرأي الراجح هو أنه لا يمكن القول بإمكانية إجبار المدين على التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات، ليس فقط بالنسبة للالتزام بالاستمرار في التفاوض بل بالنسبة للالتزامات الأخرى الناشئة خلال مرحلة المفاوضات. وذلك لأن المفاوضات كما بينا يحكمها مبدآن: مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية. ويستطيع المتفاوض استناداً

(١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٣.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي، الجزء الثاني، العقد والإرادة المنفردة، ص ١٧٤. د. محمد لبيب شكب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٨٩، ١٠٣-١٠٤. وقد أكد د. مصطفى محمد الجمل ذلك صراحة بالنسبة للالتزام بالتفاوض بقوله (...) ولذلك لا يتصور أصلاً أن يتمثل جزء الإخلال بهذا الالتزام من قبل أحد الطرفين في اعتبار العقد مبرماً رغماً على إرادة أحد طرفيه، أو أن يقوم حكم القاضي مقام الاتفاق على هذا العقد) د. مصطفى محمد الجمل، السعي إلى التعاقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٦٠. قضت محكمة النقض المصرية (إن مشروع عقد البيع لا يكون ملزماً لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء)، نقض مدني ١٩٧٥/١٢/٩، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية، س ٢٦، الجزء الثاني، ص ١٥٩٣.

لحرية التعاقد وبحسب ما يراه أن يضع حداً لهذه المفاوضات. إذاً إجبار المفاوض من قبل القاضي على تنفيذ التزاماته قد يؤدي بشكل غير مباشر إلى إجباره على إبرام العقد محل التفاوض وهو ما يعني مصادرة مبدأ حرية التعاقد وزعزعت مفهوم العقد من أساسه، إذ يقوم العقد على تلاقي إرادتين تصدر كل منهما من شخص كامل الأهلية، وأن تكون كل منهما سليمة من العيوب أي غير صادرة عن إكراه أو نتيجة غلط أو تغرير. وسلطة القاضي مهما بلغت من القوة لا يمكن أن تحل محل إرادة أحد الطرفين لإبرام عقد لم تلتق الإرادتان على إبرامه، وحتى لو سلم للقاضي بسلطة إجبار الأطراف على إبرام العقد فلا يكون ذلك إلا بعد صدور الإيجاب، لأن القاضي لا يستطيع قبل صدور الإيجاب تحديد شروط العقد المراد إبرامه جبراً على إرادة المتفاوض الذي قطع المفاوضات.

وإن إسناد أصحاب الرأي القائل بجواز التنفيذ العيني في مجال التفاوض إلى إن القضاء الفرنسي أخذ بمبدأ التنفيذ في هذا المجال فذلك غير صحيح، لأن القضاء الفرنسي لا يحكم بالتنفيذ العيني إلا بعد أن يتبين له إن نقص الإيجاب أو رفض التعاقد حصل بعد القبول أي بعد إبرام العقد، وبالتالي فإن الإيجاب يكون على تنفيذ عقد تم إبرامه لا على إبرام عقد لم يرد أحد المتفاوضين إبرامه ولكن القضاء الفرنسي لا يشير أحياناً إلى هذا الأمر صراحة في حيثيات قراراته ولذلك التمس الأمر على هذا الجانب من الفقه فظنوا إن القضاء الفرنسي أخذ بمبدأ التنفيذ العيني في مجال المفاوضات^(١).

المطلب الثاني

التنفيذ بمقابل (التعويض)

بيناً أنه لا يمكن إجبار المتفاوض على تنفيذ الالتزامات في مرحلة المفاوضات، فلذلك إذا أخل المتفاوض بهذه الالتزامات، فلا يبقى أمام الدائن إلا اللجوء إلى التنفيذ بمقابل (التعويض)، باقتضاء مبلغ من النقود لتغطية الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المفاوض الآخر بهذه الالتزامات. ويختلف مدى الضرر الذي يعوّض عنه

(١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٣.

حسب ما إذا كنا أمام مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية. فإذا كان مصدر الالتزامات في مرحلة المفاوضات هو العقود التمهيدية التي يبرمها طرفي التفاوض لتنظيم سير المفاوضات^(١). فإن المفاوض المدين بهذه الالتزامات يسأل عن الإخلال بها مسؤولية عقدية، فيعوض المفاوض الآخر عن الضرر المباشر المتوقع فقط إلا إذا أثبت المفاوض (الدائن بالالتزام) أن المفاوض المدين بالتزام قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فإنه يعرض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع^(٢).

أما إذا لم تكن المفاوضات ذات طبيعة عقدية لغياب اتفاق الطرفين الصريح على تنظيم شروطها وإجراءات سيرها وتوثيق المسائل التي اتفقا عليها خلالها، فإن المفاوضات تبقى حسب رأي معظم الفقهاء محتفظة بطبيعتها الأصلية كونها مجرد وقائع مادية، وبالتالي فإن المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عنها والتي يفرضها مبدأ حسن النية تكون مسؤولية تقصيرية، فيغطي التعويض الضرر المباشر كله متوقعاً كان أم غير متوقع.

لكن هل أن المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات، عندما لا تكون هذه المفاوضات ذات طبيعة عقدية، هي فعلاً مسؤولية تقصيرية وبالتالي فإن التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع؟.

(١) يتعذر تنفيذ الالتزامات التي ترتبها العقود التمهيدية تنفيذاً عينياً لما في ذلك من مساس بحرية المدين الشخصية، فمثلاً إذا ألزم مورد التكنولوجيا بموجب شرط في العقد نفسه بالتفاوض لأجل التوصل إلى اتفاق على إضافة التحسينات الجديدة على هذه التكنولوجيا، فإن الأمر يتعلق بحريته الشخصية على نحو لا يتصور معه إجباره على التفاوض إذا ما رفض التفاوض، لما يعينه ذلك من مصادرة لحريته الشخصية، فضلاً عن إن التنفيذ العيني يفترض وجود إرادة منه في التفاوض وهو ما يستحيل الإجبار عليه، ولذلك فلا يبقى من جزاء سوى التعويض. د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص ١٦٠.

(٢) بينت الفقرتان (٣،٢) من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي ذلك بنصها على (٢)- ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به. ٣- فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً، فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادةً وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

ستكون الإجابة عن هذا السؤال من شقين، سنحدد ابتداء طبيعة المسؤولية عن الإخلال بالمفاوضات لنحدد في ضوء ذلك عناصر التعويض الذي يحكم به القاضي كأثر لهذه المسؤولية.

أولاً: طبيعة المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالمفاوضات:

بيناً عند بحث طبيعة المفاوضات في المبحث الثاني أنه لا يمكن النظر إلى المفاوضات على أنها مجرد أعمال مادية خالية من إرادة الالتزام، لأن مرحلة المفاوضات مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمرحلة التي سوف تؤدي إليها وهي مرحلة التعاقد. فالمفاوضات نظام قانوني يتقرر فيه مصير العقد ووجوده. وأساس هذا النظام العام هو مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتفاوضين التزامات يجب عليها الوفاء بها قبل إبرام العقد لأجل أن تكون المفاوضات بحق وسيلة فعالة لإبرام عقد قائم على الرضا المستتير. وقد قيد مبدأ حسن النية الذي يحكم المفاوضات من إطلاق مبدأ الحرية التعاقدية لصالح حماية الثقة المشروعة الناشئة عن المفاوضات. ولما كانت المفاوضات ذات طبيعة خاصة أيضاً، فهي ليست مسؤولية تقصيرية، صحيح أن العقد النهائي لم يبرم بعد لعدم انصراف إرادة الطرفين إليه حتى تعتبر المسؤولية عقدية، إلاّ فيها لا يمكن إنكار وجود الإرادة خلال مرحلة المفاوضات حيث اشتراك الأطراف بإرادتهم فيها في سبيل إبرام العقد. ولذلك لا بد أن تؤخذ هذه الإرادة بنظر الاعتبار، فهذه الإرادة وإن لم تصل إلى حد إبرام العقد إلاّ أنها تجعل المفاوضات قائمة على توقع إبرام هذا العقد. ومادامت قد وجدت الإرادة المتوقعة لإبرام العقد فلا يمكن القول إن المفاوضات وقائع مادية وإن المسؤولية المترتبة على الإخلال بها مسؤولية تقصيرية. كما لا يمكن القول، عندما لا يوجد عقد ينظم سير المفاوضات ويفرض التزامات معينة على أحد طرفيها أو كلاهما، بأن المسؤولية عن الإخلال بالمفاوضات مسؤولية عقدية لأن العقد محل التفاوض كما بينا لم يتم إبرامه وإن كان يتوقع إبرامه. ومعروف أن المسؤولية العقدية ينحصر نطاقها في معالجة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد صحيح^(١).

(١) د. صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣١.

ولكل ما تقدم مكان لابد أن تكون المسؤولية عن الإخلال بالمفاوضات ذات طبيعة خاصة تتفق مع طبيعة المفاوضات والغرض منها باعتبارها تجري بمناسبة منها باعتبارها تجري بمناسبة إبرام عقد معين ويتوقع أن تؤدي إلى إبرام هذا العقد، وهذه المسؤولية هي المسؤولية ما قبل التعاقد. وتتمثل مسؤولية ما قبل التعاقد في أركانها التي ساهمت أحكام القضاء بشكل واضح في إرساء قواعدها^(١).

فركن الخطأ في هذه المسؤولية يتمثل في الإخلال بالثقة المشروعة الناشئة عن المفاوضات. وتكون الثقة بالمفاوضات مشروعة عندما تستند على عناصر موضوعية واضحة يستخلصها القاضي من الظروف المحيطة بالمفاوضات، من ذلك المؤهلات الفنية التي يتمتع بها أحد المتفاوضين كونه محترف في الموضوع الذي تجري بشأنه المفاوضات وإدراك بحكم خبرته أن المفاوضات ستؤدي إلى إبرام العقد فوثق بها^(٢). ومن ذلك وصول المفاوضات إلى مرحلة متقدمة بحيث حدد ميعاد للتوقيع على مشروع الاتفاق الذي توصل إليه المتفاوضان وبالتالي أصبحت المفاوضات قريبة جداً إلى إبرام العقد مما يبرر ثقة المتفاوض فيها أما ركن الضرر

(١) من ذلك ما قضت به محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في ١٢/٦/١٩٥٩ والذي فيه (لكي تنشأ المسؤولية السابقة على التعاقد يجب توافر ثلاثة شروط: ثقة أحد المتعاقدين في انعقاد العقد، وقطع الطرف الآخر المفاوضات دون سبب معقول، والضرر. وتكون الثقة مشروعة عندما تستند على عناصر موضوعية واضحة توحى أساساً بأن المفاوضات جدية بسبب أهلية الطرفين وتحديد المضمون. ويعتبر قطع المفاوضات بغير حق عندما يكون ناشئاً عن سوء نية ولم يكن سببه مسلك الطرف الآخر الذي وضع شروطاً جديدة وأكثر كلفة. أما الضرر - الذي يتكون في المسؤولية السابقة على التعاقد مما يسمى المصلحة السلبية التي تشمل المصاريف التي في سبيل إبرام العقد، والمزايا التي كان يستطيع أن يحققها بطريق آخر - فيجب أن يكون حقيقياً ومباشراً). وأيضاً في نفس المعنى نقض إيطالي ١٩٦٠/٤/٤ نقلاً عن د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص ٥٩٦.

(٢) قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحرفي ما كان ينبغي عليه أن يستعجل في وضع في المفاوضات، ويتصرف على أساس هذه الثقة إذا كان بإمكانه أن يدرك بما يتمتع به من خبرة إن المفاوضات لن تؤدي إلى إبرام العقد. نقض مدني ١٩٦٤/٣/٢ نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٢٤.

في مسؤولية ما قبل التعاقد فيتميز بخصوصية إنه حدث بمناسبة محاولة إبرام عقد معين والتحضير له وتوقع إبرامه وينعكس الضرر بهذا الوصف على مقدار التعويض الذي سيحكم به القاضي على الطرف الذي أخل بالمفاوضات كما سيتضح ذلك عند بحث عناصر التعويض في الفقرة التالية.

ثانياً: عناصر التعويض:

إن المبدأ الذي يحكم التعويض والمسلم به في كل قوانين العالم، هو مبدأ التعويض الكامل للضرر، والذي مفاده إن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر دون أن يزيد أو ينقص عن هذا المقدار. فالهدف من المسؤولية المدنية هو إعادة المضرور على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان التعويض كاملاً يغطي كل عناصر الضرر الذي أصاب المضرور.

وعناصر الضرر هي: الكسب الفائت والخسارة الحالية.

فهل يطبق مبدأ التعويض الكامل عن الضرر في مسؤولية ما قبل التعاقد، ليشمل التعويض ما أصاب المتفاوض من خسارة وما فاتته من كسب؟. إن الطبيعة لهذه المسؤولية والمرتبطة أصلاً وكما بينا بطبيعة المفاوضات تؤدي إلى القول بأن التعويض حسب الرأي الراجح يشمل فقط الخسارة الحالية (الضرر الذي يصيب المصلحة السلبية)، ولا يغطي الكسب الفائت (الضرر الذي يصيب المصلحة الإيجابية).

وتتحدد الخسارة التي تلحق بالمتفاوض من جراء إخلال المتفاوض الآخر بالمفاوضات (الضرر الذي يصيب المصلحة السلبية) بمقدار النقص المالي الذي لم يكن يصيب المتفاوض لو تولد المفاوضات لديه ثقة بأن العقد سيبرم لا محالة، ويتمثل ذلك في النفقات التي صرفها في سبيل التحضير لإبرام العقد كنفقات إعداد الدراسات وتكاليف استشارة الخبراء وأجرة الخازن وأجرة الوسطاء ومصاريف السفر لمعاينة الأجهزة والآلات التي يجري التفاوض لشرائها... الخ^(١).

(١) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٥٩٦-٥٩٧.

ولا يشترط في الخسارة التي يعرض عنها إن تكون مادية، بل من المتصور أن تكون أدبية كما في حالة أثارت الأقاويل حول السمعة أو المركز المالي للمتفاوض، فمثلاً قد يثق المتفاوض بأن المفاوضات ستؤدي حتماً إلى إبرام العقد فيعتمد على ذلك ويبرم عقد آخر مع الغير ثم لا يستطيع تنفيذ هذا العقد بسبب قطع المفاوضات، فيضعف الثقة والائتمان به وتسوء سمعته التجارية^(١).

ومعروف أن الضرر الذي يعرض عنه في المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر والمتوقع وغير المتوقع، ويعرض في المسؤولية العقدية عن الضرر المتوقع فقط، فهل يعرض في مسؤولية ما قبل التعاقد عن الخسارة الغير متوقعة أم أن التعويض فيها يقتصر عن الخسارة المتوقعة؟

بيناً أن المفاوضات ليست أعمال مادية لأن الإرادة تلعب دور فيها، وإن لم يصل هذا الدور إلى حد العقد موضوع التفاوض إلا أنه يصل إلى حد توقع إبرامه، ولذلك نؤيد الرأي القائل بأن التعويض يقتصر على الخسارة التي توقعها لتوقعه أصلاً إمكانية إبرام العقد على اعتبار أن المفاوضات تمتد للعقد وتسبق إبرامه وتنصب على محاولة تكوينه. لكن لا يوجد مانع من التعويض عن الخسارة غير المتوقعة إذا لم يكن سببها قطع المفاوضات ذاته بل كان سببها خطأً تقصيراً ارتكبه المتفاوض بمناسبة المفاوضات، إذ يخضع هذا الخطأ للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ومنها شمول التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع متى كان نتيجة مباشرة للخطأ^(٢).

قلنا أن طبيعة المفاوضات ومسؤولية ما قبل التعاقد تأبى أن يعرض المتفاوض المتضرر من جراء الإخلال بالمفاوضات عن الكسب الفائت (الضرر الذي يصيب المصلحة الإيجابية). والسؤال هو: كيف تأبى طبيعة المفاوضات التعويض عن الكسب الفائت؟.

(١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٢.

(٢) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٢.

الكسب الفائت هو الربح الذي ضاع على المتفاوض والذي كان سيحصل عليه لو أبرم العقد ولا يحكم بتعويض عن هذا الربح، الحكم بذلك معناه الحكم بإبرام العقد والتعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا يخالف حقيقة إن العقد لم يبرم لعدم تراضي إرادة الطرفين عليه، ولا يجوز مطلقاً أن تحل في ذلك إرادة القاضي محل إرادة الطرفين وهذا ما يتفق مع طبيعة المفاوضات، إذ مهما بلغت الثقة بالمفاوضات بسبب دور إرادة الأطراف فيها والتي أوصلتها إلى مرحلة متقدمة بحيث تكون في أقرب نقطة من إبرام العقد، فإن هذه الإرادة لم تصل إلى حد إبرام العقد وإن كانت قد جعلته وشيك الإبرام وحتى هذه اللحظة هناك احتمال وارد بأن المفاوضات تنتهي دون إبرام العقد.

وإذا كانت الخلاصة التي نخرج بها هي إن التعويض عن الإخلال بالمفاوضات يقتصر على الخسارة التي أصابت المتفاوض دون الكسب الذي كان سيحصل عليه لو أبرم العقد، فهل يجوز التعويض عن فوات فرصة التعاقد مع الغير؟^(١).

ذهب رأي إلى القول بعدم جواز التعويض عن فوات الفرصة لأن المتفاوض عندما تعرض عليه صفقة أفضل من الصفقة التي يجري التفاوض بشأنها أو مماثلة لهذا الصفقة من حيث الفائدة فيكون من حقه الانسحاب من المفاوضات ليستثمر هذه الفرصة ويتعاقد مع الغير وانسحابه هذا مشروع لا يرتب عليه المسؤولية، أما إذا لم يستغل هذه الفرصة واستمر في المفاوضات فمعنى ذلك إنه اعتمد على المفاوضات للوصول إلى إبرام الصفقة التي عرضت عليه، وهو بذلك يضارب فيتحمل وحده مخاطر هذه المضاربة. فإذا خاب ظنه بالمفاوضات لانسحاب المتفاوض الآخر منها، فلا يعوز عن فرصة التعاقد مع الغير التي ضاعت عليه^(٢).

(١) أنظر في التعويض عن تفويت الفرصة أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ١-الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ١٦٤-١٦٩.

(٢) د.صلاح حمد خاطر، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، المصدر السابق، ص ٨٥-

لكن هذا الرأي منتقد فقد سبق أن بينا إنه ليس للمفاوض حرية مطلقة في قطع المفاوضات، إذ قد يفرض عليه حسن النية ونزاهة المعاملات الاستمرار بالمفاوضات خاصة عندما تصل إلى مرحلة متقدمة أن يصدر عن المتفاوضين تعبير يكشف عن نية حقيقية في إبرام العقد، فتوجد بذلك الثقة المشروعة في إبرام العقد. وبذلك يجد المتفاوض نفسه ملزماً بالاستمرار في المفاوضات دون الالتفات إلى فرص التعاقد الأخرى مع الغير التي قد تعرض عليه، فإن قطع المفاوض الآخر المفاوضات دون مبرر مشروع، فإنه يستحق التعويض عما ضاع عليه من فرص التعاقد مع الغير^(١). وقد تبنى القضاء الإيطالي تعويض المتفاوض عن فوات فرصة التعاقد مع الغير^(٢).

الخاتمة

قد يؤخذ على هذا البحث إنه تناول جانب من جوانب موضوع حديث في المجال القانوني، وهو التعاقد عبر شبكة الانترنت في إطار قانوني تقليدي، أي في إطار النظرية العامة للالتزامات، وإنه أسهب أحياناً في عرض وشرح قواعد النظرية العامة للالتزامات المتعلقة بالمفاوضات وما ينشأ عنها من التزامات وما يقوم من مسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات.

(١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٤.

(٢) جاء في حكم محكمة النقض الإيطالية في ١٩٦٠/٤/٤ (إذا كان أحد الطرفين، في أثناء المفاوضة، قد أحدث في نفس الطرف الآخر ثقة معقولة في إبرام العقد ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول أو بسوء نية فإنه يكون ملزماً بتعويض الأضرار في حدود المصلحة السلبية، أي المقصورة على المصاريف التي قد أنفقتها في سبيل إبرام العقد، أو على الخسائر التي تكبدها بسبب فوات فرص أخرى على أثر قطع المفاوضات بدون مبرر). وجاء في حكمها الصادر في ١٩٥٦/٦/٩ (قطع المفاوضات السابقة على التقاعد أو وقفها دون عذر مقبول ينشأ عنه حق للمضرور في تعويض الأضرار، ولكن في حدود ما يسمى المصلحة التعاقدية السلبية، وتتكون هذه من المصاريف التي يكون الطرف غير المخطئ قد تكبدها في سبيل إبرام العقد وكذلك الضرر الناشئ من عدم إبرام عقد مع الغير له نفس محل العقد الذي جرت بشأنه المفاوضات وله نفس مزايا العقد الذي لم يبرم أو كانت له مزايا أكثر). نقلاً عن د. عبد الحي حجازي، النظرية العام للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام الإرادية، ص ٥٩٥، هامش ٧.

لكن العذر في ذلك هو إن المشرع العراقي لم يضع قانون خاص ينظم التعاقد عبر شبكة الانترنت مما اضطر الرجوع إلى القواعد التقليدية للوقوف على مدى إمكانية تطبيقها على هذا النوع من التعاقد، خاصة وإن القواعد التقليدية لا تتناثر من حيث الأساس مع هذا النوع من التعاقد لأنها تقر التعاقد بين الغائبين والتعاقد عبر شبكة الانترنت هو صورة من صور التعاقد بين الغائبين، فهو لا يختلف في شيء عن التعاقد بواسطة التليفون الذي أقره القانون المدني العراقي بنص صريح لكن عند محاولة الرجوع إلى القواعد التي وضعها مشرع القانون المدني لتنظيم المفاوضات في إطار نظرية الالتزامات، وذلك لأجل تطبيقها على المفاوضات في العقود التجارة الالكترونية اصطدما بحقيقة إن القانون المدني العراقي لم يهتم بتنظيم مرحلة التفاوض بشكل كافٍ إذ يكاد يقتصر فقط على وضع معيار التميز بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التفاوض. وحتى عند محاولة تطبيق القواعد التي تحكم الإيجاب في نظرية الالتزام على الإيجاب الذي تمخضت عنه المفاوضات عبر شبكة الانترنت تبين إن الضرورات العملية ودواعي الاستقرار تقتضي أحيانا التخلي عن حكم هذه القواعد فالمبدأ المقرر في المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي والقائل بحرية الموجب في الرجوع عن إيجابية طالما لم يقيد حريته هذه بإرادته المفردة بتحديد ميعاد للقبول، لا يطبق على الإيجاب الناجح عن التفاوض عبر شبكة الانترنت إذ يقتضي حسن النية والضرورة العملية إلزام طرفي التفاوض بعدم الرجوع عن هذا الإيجاب الذي كان وليد إرادتهما المشتركة.

لقد أثارت الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية المتعلقة بآلية تنفيذها، ليس في مجال إبرام العقد فقط بل في مجالات أخرى، أثارت تحديات للنظم القانوني التقليدي. ففي مجال الإثبات نجد إن القواعد العامة تشترك الكتابة المذيلة بالتوقيع اليدوي كدليل لإثبات التصرف القانوني وهذا المفهوم التقليدي للكتابة لا يتسع للبيانات الإلكترونية المتداولة عبر شبكة الانترنت.

ولكل ذلك نرى إن هناك حاجة ملحة لتشريع خاص بتنظيم التعاقد عبر شبكة الانترنت بجميع جوانبه ومراحله ومنها مرحلة المفاوضات، لأجل توفير البيئة والمناخ الذي يساعد على اضطراد التجارة الإلكترونية في إطار قواعد قانونية ثابتة

ومستقرة خاصة في ظل انتشار مراكز خدمات شبكة الانترنت التابعة لوزارة النقل والمواصلات في بغداد والمحافظات بالإضافة إلى توجيه الوزارة إلى تزويد المواطنين بخطوط الانترنت ويمكن للمشروع العراقي أن يستفيد من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم ١٦٢/٥١ في ١٦/١٢/١٩٩٦، وذلك كمصدر لقواعد قانون التجارة الإلكترونية.

وأيضاً يمكن الاستفادة من هذا المجال من الشروط الخاصة بالمراكز التجارية - الافتراضية - على شبكة الانترنت والتي حددها العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية والمعتمد من غرفة التجارة والصناعة في باريس في ٣٠/٤/١٩٩٨ وكذلك اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في ٤/٥/١٩٩٨. ومن هذه الشروط التي نرى إمكانية الاستفادة منها عند وضع التشريع العراقي الخاصة بالتجارة الإلكترونية ما يلي:

١- أن تحدد بوضوح شخصية المتجر وذلك بذكر اسم الشركة وعنوان مقرها وأرقام هواتفها.

٢- يجب أن تكون العروض مفصلة بحيث تعرض بأمانة صفات المنتجات المعروضة من حيث الكم والكيف، وبحيث تحيط العميل علماً بأبعاد المنتجات ووزنها وتسميتها وطبيعتها ودرجة جودتها كلما ذلك ممكناً ويجب أن تكون الصور الفوتوغرافية الإيضاحية أمينة ومتفقة مع حقيقة المنتج.

٣- يجب أن يحدد المتجر الأسعار بطريقة واضحة مصحوبة بوصف المنتج، ويجب أن يكون هذا السعر شاملاً لنفقات التسليم وأية نفقات أخرى إضافية باستثناء الضرائب التي يحتمل أن تقع على عاتق العميل عند استيراد المنتجات.

٤- يجب أن تكون المنتجات متوافرة بناء على طلب العميل وذلك في الظروف العادية للمخزون الخاص بالمتجر.

٥- يجب أن تذكر للعميل المواعيد المعتادة للتسليم.

٦- يجب أن يذكر المتجر أية معلومة أخرى تتطلبها القوانين والأنظمة النافذة تفيد في إعلام المستهلك بظروف استخدام المنتج ومخاطره.

وأخيراً نسأل الله عز وجل أن يحقق هذا البحث الغاية المرجوة منه.

المصادر

أولاً: الكتب:

- ١- د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤
- ٢- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١
- ٣- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ١- الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١
- ٤- د. رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٦
- ٥- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، مطبعة السلام، شبرا، ١٨٧٣
- ٦- د. السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٢
- ٧- صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣
- ٨- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٢
- ٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة، ١٩٥٢
- ١٠- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤

- ١١- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠.
- ١٢- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
- ١٣- د. عدنان إبراهيم السرحان، و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، الطبعة الأولى، مطبعة دار الثقافة والنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، ٢٠٠٠.
- ١٤- د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ١٥- د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، ١٩٨٤.
- ١٦- د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، السعودية، ١٩٩٥.
- ١٧- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٨٩.
- ١٨- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٠.
- ١٩- د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مظاهره وآثاره القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ٢٠- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٢.

ثانياً: الرسائل والبحوث:

١- باسل يوسف، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الانترنت والبريد الإلكتروني، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، السنة الثانية، العدد ٤، ٢٠٠٠.

٢- سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٨.

٣- سليم عبد الله أحمد الناصر، الحماية القانونية لمعلومات شبكة المعلومات الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صدام، ٢٠٠١.

٤- صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود التجارية الإلكترونية، بحث منشور في موقع منتدى المحامين على شبكة الانترنت، منتدى المحامين، تاريخ النشر ٢٠٠٢/٢/٤.

<http://www.mahmoon.com>

٥- د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد لتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد ١١، العدد الأول، ١٩٩٦.

٦- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة صدام، الحقوق، المجلد ١، العدد ٣، ١٩٩٧.

٧- عباس زبون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤.

٨- د. فائق الشماع، التجارة الإلكترونية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، السنة الثانية، العدد ٤، ٢٠٠٠.

استقالة رئيس الدولة في بعض
الدساتير المعاصرة
وفي الفكر السياسي الإسلامي
الدكتور
ساجد محمد كاظم
مدرس في
قسم القانون / جامعة القادسية
استقالة رئيس الدولة في بعض الدساتير
المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي

م. د. ساجد محمد كاظم
قسم القانون / جامعة القادسية

الخلاصة

بحثنا ينصب على موضوع (استقالة رئيس الدولة في بعض الدساتير المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي). وقد قسمنا دراستنا إلى فصلين. تناولنا في الأول استقالة رئيس الدولة في بعض الدساتير المعاصرة، وتضمن هذا الفصل ثلاث مباحث، خصص الأول للتعريف باستقالة رئيس الدولة. بينما انصب الثاني على صور الاستقالة في حين عالجنا في المبحث الثالث آثار الاستقالة. وقد تضمن الفصل الثاني دراسة استقالة رئيس الدولة (ال خليفة) في الفكر السياسي الإسلامي عبر مبحثين. تضمن الأول نزول الخليفة مختاراً عن منصبه. أما الثاني فخصص للنتائج المترتبة على هذا النزول. وقد تضمن بحثنا خاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصلنا إليها وهي إن استقالة رئيس الدولة واحدة من الحالات التي تؤدي إلى إنهاء خدمة الرئيس المستقيل وفقدانه لصلاحيته طوعاً أو قسراً حسب صورة الاستقالة.

Summary

The present study deals with the resignation of the head of the state in the present constitutions and in the Islamic and political

thought. The study divided in to two parts. The first part is devoted to the resignation of the head of the state according to modern constitutions this part contains three chapters. The first two chapters restricted to the definition of the resignation of the head of the state, where as the third chapter deals with the results of the resignation.

The second part is given to the study of the head of the state (Caliph in the Islamic thought). This is fulfilled in two chapters. The first chapter studies the voluntary resignation of the post, the second studies the results that come of this resignation .

The conclusion of the utility contains the most important results of the resignation of the lead of the statue which is on of the cases that lead to the end the survise of the lead noluntary or obligatorily.

المقدمة

يحتل منصب رئيس الدولة مكاناً بارزاً بين موضوعات القانون الدستوري. ورغم التفاوت في السلطات الممنوحة للرئيس طبقاً لاختلاف طبيعة الأنظمة السياسية فإن منصب رئيس الدولة يبقى يحتل قمة الهرم في النظام السياسي، لأنه رمز للدولة وسيادتها ووحدتها. وتختلف الدساتير أيضاً في طريقة اختيار رئيس الدولة، ففي ظل الأنظمة الملكية يتم الوصول إلى منصب الرئاسة عن طريق الوراثة، وفي الأنظمة الجمهورية عن طريق الانتخابات وأحياناً عن طريق القوة والعنف في الدكتاتوريات. وسواء كان ولاية منصب الرئاسة مؤبدة أو مؤقتة فلا بد أن تتصور بأن السلطة والمنصب زائلة يوماً ما، فهناك حالات عديدة اتفقت عليها الدساتير تؤدي إلى انتهاء ولاية منصب الرئاسة كالوفاة والعجز الدائم والاستقالة والإقالة والعزل .. الخ.

وعلى أية حال فإن الاستقالة واحدة من الحالات التي تؤدي إلى إنهاء المنصب الرئاسي للرئيس المستقيل ومن ثم فهي ربما تثير الكثير من المشاكل والقلق، لاسيما في بعض الدساتير التي لم تنظم فيها رئاسة الدولة على أسس قديمة في الاختيار مما يفسح المجال عند حدوث استقالة الرئيس للفوضى والتقاتل خاصة إن الصراع على السلطة متصور في كل زمان ومكان. ورغم ذلك فإن أغلب دساتير الدول لم تعالج موضوع استقالة رئيس الدولة بشكل واضح ودقيق بل على العكس كانت تلك

المعالجات لا تتسجم مع أهمية وخطورة الموضوع وما يترتب عليه من آثار وخيمة على الدولة والمجتمع، والحقيقة الواقعة أن هذا الموضوع لم تتناوله أيدي الباحثين والشرّاح إلّا في حدود ضيقة جداً رغم أهميته وخطورة نتائجه.

وعليه سنتناول بالدراسة موضوع استقالة رئيس الدولة في بعض الدساتير المعاصرة مقارناً بالفكر السياسي الإسلامي خصوصاً وإن رئيس الدولة (ال خليفة) في الإسلام أسوة بالنظم المعاصرة إذ ينظر إلى منصب الخلافة بأنه أسمى منصب بالدولة، وقد اهتم علماء المسلمين بموضوع استقالة الخليفة وكان هذا الموضوع محل خلاف بين الفقهاء المسلمين. فكم من حاكم يستقيل اليوم وتقبل استقالته ولكن هذا التصور صعب جداً في ظل الفكر السياسي الإسلامي كما سنرى.

وفي ضوء ما سبق نقسم دراستنا إلى فصلين نتناول في الأول استقالة رئيس الدولة في بعض الدساتير المعاصرة، بينما نوضح في الفصل الثاني استقالة رئيس الدولة في الفكر السياسي الإسلامي وعلى النحو الآتي:

الفصل الأول

استقالة رئيس الدولة في بعض الدساتير المعاصرة

بغية دراسة التنظيم الدستوري لاستقالة رئيس الدولة لابد من التعريف بالاستقالة ثم بيان صورها ومن ثم إيضاح آثارها ولذلك لابد من تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول: التعريف باستقالة رئيس الدولة.

المبحث الثاني: صور الاستقالة.

المبحث الثالث: آثار الاستقالة.

المبحث الأول

التعريف باستقالة رئيس الدولة

إذا كانت فكرة الاستقالة تنصب على ترك منصب الرئاسة ومن ثم تغيير شخص رئيس الدولة، فإن ترك المنصب لا يستند في كل الأحوال إلى سبب أو أسباب شخصية، فقد تكون دوافع الاستقالة خارجة عن شخص رئيس الدولة وعليه فلا بد من تحديد مفهوم الاستقالة بشكل دقيق ثم بيان أحكامها. ولذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في الأول مفهوم الاستقالة بينما نخصص المطلب الثاني لأحكام الاستقالة.

المطلب الأول

مفهوم الاستقالة

استقالة رئيس الدولة هي العمل الذي بمقتضاه تنتهي ولاية منصب الرئاسة للرئيس المستقيل وقد تكون قبل أجلها إذا كانت الولاية الرئاسية محددة المدة^(١). والواقع أن مفهوم الاستقالة يختلف عن بعض النظم المشابهة. فالاستقالة غير العزل، فقد يؤدي كل من المفهومين إلى نتيجة واحدة وهي انتهاء خدمة الرئيس وتركه للمنصب الرئاسي ولكن إذا كانت الاستقالة من حيث المبدأ العام تقوم على ترك منصب الرئاسة بمحض واختيار إرادة الرئيس فإن العزل لا يكون باختيار الرئيس

(١) تتفاوت الدول في تحديد مدة الولاية الرئاسية وعلى سبيل المثال حددت الولاية الرئاسية بأربع سنوات في دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام ١٧٨٩ وهو الدستور الحالي، وكذلك في دستور رومانيا لعام ١٩٩١، وفي دستور جمهورية إيران الإسلامية لعام ١٩٧٩. بينما حددت مدة الولاية الرئاسية بخمس سنوات في كل من دستور ألمانيا لعام ١٩٤٩ ودستور هايتي لعام ١٩٨٧ ودستور الهند لعام ١٩٤٩ ودستور الجزائر لعام ١٩٨٩ المعدل في عام ١٩٩٦ بينما كانت مدة الولاية الرئاسية هي ست سنوات في دساتير كل من لبنان لعام ١٩٢٦ المعدل في عام ١٩٩٠ والدستور الموريتاني لعام ١٩٩١. وقد حددت بعض الدساتير مدة الولاية الرئاسية بسبع سنوات كما هو حال كل من الدستور الإيطالي لعام ١٩٤٨، والدستور التركي لعام ١٩٨٢، والدستور السوري لعام ١٩٧٣. وأكثر الدساتير لا تسمح بانتخاب الرئيس لأكثر من مدتين اثنتين.

ورغبته بل خارج إرادة الرئيس، ويكون في الغالب في أعقاب ارتكاب الرئيس أعمالاً وتصرفات مخالفة للدستور تؤدي إلى اتهامه أو إدانته ومن ثم عزله عن سدة الحكم. وقد أجازت بعض الدساتير حق عزل رئيسا الدولة قبل انتهاء مدة ولايته بشروط خاصة. وهذا ما أكدته الدستور الأمريكي الحالي على أن يعزل الرئيس من منصبه عند اتهامه وإدانته بعدم الولاء أو الخيانة أو الرشوة أو غير ذلك من الجنايات والجرح الخطيرة ويختص مجلس الشيوخ بمحاكمته وذلك بناءً على اتهام صادر عن مجلس النواب^(١). وقد استعمل الاتهام الجنائي ضد الرئيس (اندريو جونسون) عام ١٨٦٨ إلا أن مجلس الشيوخ قد رفض إدانته بـ ٣٥ صوتاً ضد ١٩ وكان ينقص صوتاً واحداً لعزله^(٢). كما أن للكنيست (البرلمان) الإسرائيلي حق عزل الرئيس إذا ثبت أن سلوكه لا يتناسب مع السلوك الذي يتطلب من رئيس الدولة ويشترط في صدور قرار العزل أغلبية ثلاثة أرباع أصوات الكنيست^(٣). كذلك أوضح الدستور السوداني لعام ١٩٩٨ على أن المجلس الوطني بأغلبية ثلثي أعضائه عزل رئيس الجمهورية في حالة الإدانة بجريمة الخيانة أو بأية جريمة أخرى تمس الشرف أو الأمانة^(٤).

ومن جانب آخر إذا كانت الاستقالة تلتقي مع مفهوم إعفاء أو ترقية الرئيس عن منصبه من ناحية النتيجة وهي إن كلا المفهومين يؤدي إلى إنهاء خدمة الرئيس

(١) المادة (٢/٤).

(٢) فقد اتهم مجلس النواب الرئيس (اندريو جونسون) لأنه خالف قواعد الوظائف المدنية لعام ١٨٦٧ (the civil tenure act) وهو القانون الذي كان يقضي بعدم أحقية رئيس الجمهورية في عزل الوزراء إلا بموافقة مجلس الشيوخ كما هو الشأن عند تعيينهم. إلا أن الرئيس اندريو جونسون قد تجاهل هذا القانون وعزل في السنة التالية بمفرده وزير التربية. فرد البرلمان على ذلك باستعماله حق الاتهام الجنائي ومن ثم محاكمته لمخالفته قانون الوظائف العامة، ولكن لم يدان ولم يعزل لعدم توافر الأغلبية التي قررها الدستور وهي أغلبية الثلثين، راجع: د. عبد الله إبراهيم ناصف، مدى توازن السلطة السياسية مع المسؤولية في الدولة الحديثة، موسوعة الفقه والقضاء، ج ٥١، بيروت، ١٩٨٠، ١٦٣.

(٣) أنظر: د. إلياس شوفاني، إسرائيل في خمسين عاماً، دمشق، ٢٠٠٢، ص ٧٧.

(٤) المادة (٤٥/د).

وفقدانه لمنصبه الرئاسي، إلا أن الفرق هنا أن مفهوم الإعفاء ينصرف إلى وجود جهة أو شخصية ذات نفوذ رفيع بإعفاء أو تنحية رئيس الدولة وتولي سدة الرئاسة مكانه، وغالباً ما يستند في قرار الإعفاء أو التنحية هنا على أسباب أو مسوغات تبرر مثل هذا التصرف أمام الشعب والرأي العام بغية إضفاء الشرعية على مثل هذا القرار. وهذا ما حصل في تونس بالنسبة للرئيس السابق (بورقيبة) الذي انتخب رئيساً مدى الحياة لكنه نحي من الحكم في ١٩٨٧/١١/٦ من قبل زين العابدين بن علي استناداً إلى العجز الصحي الذي أصاب الرئيس (بورقيبة). وقد حصل الرئيس زين العابدين في الاقتراع الرئاسي الذي جرى في ١٩٨٩/٤/٢ على نسبة ٩٩,٢٧٪ من الأصوات^(١).

أخيراً يلاحظ بعض الكتاب الفرنسيين أن الاستقالة تثير مشكلة لأن البعض يميلون إلى تشبيهها بإقرار بمسؤولية سياسية. إذ من المتفق عليه أن الرئيس حر دائماً في الاستقالة في الوقت الذي يحدده هو وحده. ولكن ماذا لو انسحب أثر حملة صحفية أو نزاع مع الجمعية الوطنية التي ترفض التعاون مع رؤساء الوزراء الذين اختارهم هو؟ إن الحديث هنا عن مسؤولية هو تلاعب بمطاطية الكلمة^(٢). فالمسؤولية تتطلب إدانة صادرة عن سلطة مختصة للبت في الأمر والحال أن هذه السلطة ليست سوى الشعب الذي انتخبه والذي ينبغي أن يؤكد بأنه لم يعد يثق به إن الرئيس فقط يملك الحق في اتخاذ قرار فيما إذا كان ينبغي له إخضاع نفسه لاقتراع الشعب أو الانسحاب والإقرار بعدم قدرته على أداء مهامه^(٣).

المطلب الثاني

(١) د. أحمد سرحان، النظم السياسية والدستورية في لبنان وكافة الدول العربية، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٩٠، ص ٤٢٤.

(٢) راجع:

G.Burdeau:droit constitutionnel et institutions
Politiques, Paris, 1974, p.496.

(٣) انظر:

G.Burdeau;op,cit.p 496

أحكام الاستقالة

لاشك في أن استقالة رئيس الدولة تخضع إلى آلية معينة من الضوابط والإجراءات سواء من ناحية تقديم الاستقالة أو النظر فيما يتصل بـ ((مسألة قبولها أو رفضها)) والأحوال الطارئة عليها من سحب أو استرداد، وتختلف الدساتير حول هذه الضوابط وبغية إيضاح تلك الأحكام لابد من دراسة تقديم الاستقالة أولاً وسحب الاستقالة واستردادها ثانياً وعلى النحو الآتي:

أولاً: تقديم الاستقالة: نظمت إلى حد ما بعض الدساتير طريقة تقديم رئيس الدولة استقالته ولكن في الوقت نفسه سكنت دساتير أخرى عن هذا الموضوع وتثير مسألة تقديم الرئيس استقالته عدة تساؤلات منها لمن تقدم الاستقالة وهل من حق هذه الجهة التي تقدم لها الاستقالة القبول أو الرفض؟

في الواقع نصت بعض الدساتير على تقديم الاستقالة إلى رئيس البرلمان بصورة غير مباشرة وأن تكون مكتوبة، وهكذا تضمن الدستور الهندي لعام ١٩٤٩ الذي أعطى رئيس الجمهورية الحق في أن يستقيل من منصبه، باستقالة مكتوبة موقعة منه يوجهها إلى نائب الرئيس ويجب على هذا الأخير إبلاغها فوراً إلى رئيس مجلس الشعب^(١). كذلك بحسب القانون الأساسي: لرئيس الدولة في إسرائيل، للرئيس أن يستقيل من منصبه وعليه في هذه الحالة تقديم استقالته بشكل خطي إلى رئيس الكنيست، ولا يشترط كتابة الاستقالة توقيع الحكومة وتدخل الاستقالة حيز التنفيذ بعد (٤٨) ساعة من تسلم رئيس الكنيست استقالة رئيس الدولة^(٢). بينما نصت دساتير أخرى على رئيس الدولة أن يقدم استقالته إلى البرلمان بصفته الهيئة التشريعية لا إلى رئيس هذه الهيئة، وعلى سبيل المثال أكد الدستور المصري لعام ١٩٧١ على أنه إذا

(١) المادة (٥٦/ف١/أ، ف٢)

(٢) لم تكن هناك نصوص دستورية تحدد المركز القانوني لرئيس الدولة حتى عام ١٩٦٤، ففي ذلك العام صدر القانون الأساسي لرئيس الدولة يشرح انتخاب وتولي رئيس الدولة منصبه وصلاحياته واستقالته.

راجع: د. الياس شوفاني، المرجع السابق، ص ٧٦، كذلك صبري جريس وأحمد خليفة، دليل إسرائيل العام، بيروت، ١٩٩٧، ط ٣، ص ١١٦.

قدم رئيس الجمهورية استقالته من منصبه وجه كتاب الاستقالة إلى مجلس الشعب^(١). فالمجلس هو الجبهة التي تقدم إليها الاستقالة وبإمكان المجلس أن يرفض الاستقالة ويراجع الرئيس فيها فيقنعه بالعدول عنها أما إذا أصر الرئيس عليها فليس هناك وسيلة للتغلب على إصراره^(٢). وأكد الدستور السوري أيضاً لعام ١٩٧٣ على أنه إذا قدم رئيس الجمهورية استقالته من منصبه وجه كتاب الاستقالة إلى مجلس الشعب^(٣). والملاحظ أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية قد أشار إلى أن الجمعية الوطنية هي التي تقوم بانتخاب رئيس للدولة ونائبين له يشكلون مجلس الرئاسة، ويتم انتخاب الرئاسة بقائمة واحدة وبأغلبية ثلثي أصوات أعضاء الجمعية الوطنية وعليه لم يتطرق هذا القانون إلى استقالة مجلس الرئاسة سواء الرئيس أو نائبيه، ولكن تضمن أنه في حالة شغور في منصب الرئاسة تنتخب الجمعية الوطنية بثلثي أعضائها ما يسد هذا الشغور ومن هنا يبدو أن من بين حالات افتراض استقالة أي من مجلس الرئاسة بما فيهم الرئيس يمكن تطبيق ذلك، أي أن تقوم الجمعية الوطنية بثلثي أعضائها بانتخاب أي واحد من مجلس الرئاسة بما فيهم الرئيس^(٤). وعليه تتبادر إلينا بهذا الصدد الكثير من التساؤلات وهي عبارة عن فرغات دستورية كان يجب تلافيتها لمعالجة ذلك وتتمثل بالجهة التي تقدم إليها الاستقالة، ومن الذي يقرر مصيرها^(٥).

(١) المادة (٨٣).

(٢) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ومبادئ الأنظمة السياسية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤، ص ٥٨٢.

(٣) المادة (٨٧).

(٤) راجع المادة (٣٦/أ) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.

(٥) تطرقت بعض الدساتير العراقية لموضوع الجهة التي يقدم الرئيس استقالته لها على الرغم من سكون بعض آخر من هذه الدساتير وعلى سبيل المثال أكد دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت انه في حالة تقديم رئيس الجمهورية استقالته من منصبه عليه أن يوجه كتاب الاستقالة إلى مجلس الوزراء للنظر في هذه الاستقالة في القبول أو الرفض بأغلبية من ثلثي المجموع الكلي للأعضاء كذلك تضمن دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨ المؤقت هو الآخر، بأنه إذا قدم رئيس

ولابد هنا من التذكّر أن دساتير الدول قد أكدت على أن طلب الاستقالة يجب أن يكون مكتوباً، ولعل شرط الكتابة يعد دعوة رئيس الدولة للتحفظ والتبصر في موضوع الاستقالة وموازنة الأمور. وتأسيساً على هذا ففي تقديرنا المتواضع أنه طالما رسم الدستور شكلاً معيناً لتقديم الاستقالة فإنه يجب الالتزام والتمسك به وإلاّ عدّ ذلك العمل باطلاً لمخالفته للدستور. ولكن ما هو الحال في حالة عدم تنظيم الدستور ذاته طريقة تقديم الاستقالة؟ الواقع أننا نرى أن ذلك لا يمنع رئيس الدولة من أن يقدم استقالته شفويّاً أمام البرلمان أو الشعب أو الرأي العام. المهم أن يصل العلم باستقالة رئيس الدولة إلى أي من هذه الجهات، ومن ثم لا يمكن عملياً إجبار الرئيس بالتراجع عن قراره في الاستقالة طالما أنه صمم على ذلك.

وأثار سكوت بعض الدساتير عن الجهة التي تختص بقبول أو رفض الاستقالة بعد تقديم رئيس الدولة استقالته نقاشاً في الفقه الدستوري حول مصير هذه الاستقالة. وهكذا أكد الدستور اللبناني لعام ١٩٢٦ المعدل في عام ١٩٩٠ مثلاً أنه في حالة خلو منصب الرئاسة بسبب استقالة الرئيس يجتمع مجلس النواب فوراً بحكم القانون لانتخاب الخلف. وهنا تساءل جانب من الفقه اللبناني عن مدى سلطة مجلس النواب حيال استقالة رئيس الجمهورية. أي إذا كان لمجلس النواب الحق في مناقشة استقالة الرئيس ليقرر قبولها أو رفضها قبل الشروع في انتخاب الخلف أم يقتصر القانون لانتخاب الخلف. وهنا تساءل جانب من الفقه اللبناني عن مدى سلطة مجلس النواب حيال استقالة رئيس الجمهورية. أي إذا كان لمجلس النواب الحق في مناقشة استقالة الرئيس ليقرر قبولها أو رفضها قبل الشروع في انتخاب الخلف أم يقتصر عمل المجلس على مجرد الإحاطة بالعلم حتى يتمكن من السير في انتخاب الرئيس

الجمهورية استقالته من منصبه عليه أن يوجه كتاب الاستقالة إلى مجلس قيادة الثورة، وعلى هذا الأخير أن يجتمع بكامل أعضائه الباقين للنظر في قبول أو رفض الاستقالة وأشار أيضاً مشروع دستور جمهورية العراق المنشور عام ١٩٩٠ على أن يبلغ رئيس الجمهورية استقالته من منصبه بكتاب يوجهه إلى مجلس الشورى والمجلس الوطني أو إلى أحدهما إن لم يكن الآخر قائماً".

الجديد^(١). ويرى البعض إزاء سكوت الدستور أنه لا يحق لمجلس النواب التعرض لمناقشة استقالة الرئيس وتقدير قبولها أو رفضها، وكل ما يمتلك في هذا الخصوص انتخاب الخلف الجديد بعد مجرد إحاطته علماً بالاستقالة ودليل ذلك إن النظام البرلماني الذي أخذ به الدستور اللبناني يملّي التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية^(٢) فرئيس الجمهورية باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية لا يتبع السلطة التشريعية بل يعد رئيساً لسلطة موازية تماماً للسلطة الأخرى، وهو السبب الذي ينفي عن البرلمان الحق في التدخل في استقالة رئيس السلطة التنفيذية، لما في ذلك إهدار استقلال هذا الأخير بالعمل على إنهاء مدة رئاسته عند قبول استقالته وبالعمل على استمرار رئاسته في حالة الرفض، ولا يخل من مبدأ توازن السلطتين المذكورتين انتخاب البرلمان لرئيس الدولة الجديد، ذلك أن هذا الأمر إنما يتمشى مع مبادئ النظام البرلماني الذي يستوجب التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية دون أدنى تبعية أو طغيان لأحدهما على الأخرى^(٣).

ثانياً: سحب الاستقالة أو استردادها: الأصل في الاستقالة أنها تنجم عن عمل إرادي من جانب رئيس الدولة وهنا يستطيع الرئيس أن يسحب استقالته ويعدل عنها في ضوء تقديراته وما يستجد من أسباب بعد تقديم الاستقالة تدفعه إلى استردادها في أي وقت يشاء طالما لم يبت في الاستقالة من قبل الجهة المخولة بالبت دستورياً. وعلى العكس إذا كانت الاستقالة ناجمة عن إكراه وضغط على رئيس الدولة من قبل جهة ما وربما الشعب فهنا لا يمكن الكلام عن سحب الاستقالة واستردادها لأنها هنا بمثابة إقالة فهي ظاهرياً استقالة ولكن واقعياً إقالة كما سنرى فيما بعد.

ومن جانب آخر إذا لاقت استقالة رئيس الدولة قبولاً من قبل الجهة التي حددها الدستور كأن يكون البرلمان قد اتخذ قراراً بالقبول حيالها أو دخلت الاستقالة حيز التنفيذ طبقاً لنص الدستور فهنا لا يستطيع رئيس الدولة الرجوع عن استقالته وسحبها

(١) راجع: د. محسن خليل، النظم السياسية والدستورية اللبنانية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩، ص ٨٠٧ وما بعدها.

(٢) د. محسن خليل، المرجع السابق، ص ٨٠٨.

(٣) أنظر: د. محسن خليل، المرجع السابق، ص ٨٠٨.

أو استردادها لأنه صادفت قبولاً من الجهة المختصة دستورياً وأسباب عدول الرئيس عن استقالته متفاوتة فبعضها يعود إلى الرئيس ذاته، فهو أدري من غيره بأمر الدولة وانعكاسات ونتائج استقالته على مصلحة البلد، ومن ثم يقدر الأمور بذاته مما قد يدفعه في ضوء اعتبارات يراها جدية ومسوغة لسحب استقالته واستردادها. وربما يكون الدافع لعدول رئيس الدولة عن استقالته ضغط الجماهير والرأي العام عليه من أجل سحب استقالته وإلغائها وإعادته لخدمة البلد، والشعب أدري من غيره برئيس دولته وأهمية مركزه الرئاسي وبقائه أو رحيله عن سدة الحكم والشعب مصدر السلطات كما تنص الدساتير.

وقد أثبت الواقع السياسي دور وأهمية الجماهير وضغطها على رئيس الدولة من أجل سحب استقالته عند تقديمها لسبب أو لآخر، وهذا ما حصل في نكسة حزيران عندما قام الرئيس (جمال عبد الناصر) عقب هزيمته بإعلان استقالته عن السلطة وتولية (زكريا محي الدين) وهي استقالة كان العقل والمنطق يوجب عدم الرجوع فيها حسب تعبير البعض^(١). إلا أن قيام الجماهير في مظاهرات ١٠،٩ حزيران ١٩٦٧ احتجاجاً على تلك الاستقالة مهد الطريق (لعبد الناصر) للعدول عن استقالته، ولاسترداد بعض من مكانته في نفوس الجماهير، بعد تلك الهزيمة المخزية النكراء التي نزلت بالبلاد آنذاك في حرب (٥) حزيران ١٩٦٧. وينتقد جانب من الفقه المصري سرور البعض بعدول (عبد الناصر) عن استقالته^(٢).

(١) د. عبد الله إبراهيم ناصف، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٢) راجع: د. عبد الحميد متولي، نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٤١٥، كذلك د. عبد الله إبراهيم ناصف، المرجع السابق، ص ١٧٨.

المبحث الثاني صور الاستقالة

لم تتطرق الدساتير إلى صور استقالة رئيس الدولة. ولكن من خلال الواقع السياسي يمكن أن نلاحظ أن الاستقالة قد تكون اختيارية بمحض واختيار رئيس الدولة، وربما تكون تحت ضغط ما على إرادة الرئيس فتجبره على الاستقالة، وفي حالات أخرى قد يهدد أو يلّوح الرئيس بتقديم استقالته بغية تحقيق مطالب يرغب الرئيس بتحقيقها فهي استقالة معلقة. وعليه سوف نتناول هذه الصور الثلاث من الاستقالة مخصصين مطلباً لكل نوع من هذا الأنواع وعلى النحو الآتي:

الاستقالة الاختيارية

يقصد بهذه الصورة من الاستقالة إعفاء رئيس الدولة من منصبه نهائياً، بناءً على رغبته ولأسباب يقدرها هو ويرأها جديّة، وتكون قبل انتهاء مدة ولاية الرئيس إذا كان الدستور يحدد مدة زمنية معينة لولايته كما رأينا. والواقع أن الاستقالة الاختيارية نادرة جداً، بل لا يمكن الحديث عنها في ظل الأنظمة الدكتاتورية. لأن هذه الأخيرة غالباً ما تغتصب السلطة بالقوة والعنف ويستمد الدكتاتور السلطة من ذاته لا من الشعب، فهو صاحب السلطة وممثليها، فإن الدكتاتورية تتميز بمبدأ شخصية السلطة السياسية^(١). لذا فإن السلطة في ظل هذه الأنظمة وسيلة لا غاية، فهي وسيلة لتحقيق مصالح الحكام الشخصية، وهي غير مسؤولة وهذا ما يدفع بعض الباحثين على المطالبة بإقرار تحريك المسؤولية ضد الحكام بواسطة الاتهام الجنائي (impeachment) والذي من شأنه أن يؤدي إلى استقالتهم حتى قبل ثبوت إدانتهم جنائياً^(٢). بينما يختلف الأمر في ظل الأنظمة الديمقراطية، فالسلطة تكون ملكاً للدولة وليس للحكام، ولم يعد الحاكمون إلاّ ممثلين للسلطة وممارسين لها باسم الدولة ومن ثم فإن تصرفات الحاكمين باسم الدولة تنسب إليها وتبقى بعد زوال الحاكمين

(١) د. محسن خليل، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٢) د. عبد الله إبراهيم ناصف، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

بالاستقالة أ بالتغيير لأي سبب كان. فالتغيير ينال أشخاصهم وأن السلطة باقية مستمرة لأنها تتعلق بمؤسسة مستمرة هي الدولة^(١).

ويمكن أن نجد أمثلة في الواقع السياسي تؤكد لنا هذه الصورة من الاستقالة فقد استقال ((ميخائيل غورباتشوف)) رئيس الاتحاد السوفييتي السابق من منصبه في ٢٥ كانون الأول عام ١٩٩١ بعد تفكك وانحيار الاتحاد السوفييتي السابق^(٢). إذ أتى غورباتشوف إلى رأس السوفييتية في النصف الثاني من عام ١٩٨٥، وكان الاتحاد يعاني من مشكلات اقتصادية حادة حتى أن أكثر المراقبين السياسيين يتنبأ بأن الوضع آنذاك ربما يؤدي إلى انهيار الدولة اقتصادياً في مدة أقصاها نهاية عام ١٩٩٥. وقد تم بعد ذلك توقيع اتفاقية الاتحاد الجديد لتحل محل الاتحاد السوفييتي، والتي كانت بمثابة رصاصة الرحمة في قلب الدولة العظيمة، التي أدت بعد إلى انهيارها وقيام (١٥) جمهورية على أنقاضها، وتولي السلطة في أقواها وهي روسيا الاتحادية الرجل الذي يسميه الروس ((كلب البيت الأبيض المدلل)) ((بوريس يلتسن))^(٣). واتسمت فترة حكمه التي استمرت (٨) سنوات من ١٩٩٢-١٩٩٩ بصفتين أساسيتين الأولى هي الفساد الإداري وقضايا الخصخصة المشبوهية وضياح

(١) د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٣٢.

(٢) في ١٩ آب ١٩٩١ أعلن نائب الرئيس السوفييتي السابق ((يناف)) بأن ((ميخائيل غورباتشوف)) غير قادر على القيام بمهامه الرئاسية لأسباب صحية معلناً حالة الطوارئ وتكوين لجنة الطوارئ التي يترأسها هو مع وزير الدفاع ((يازوف)) وقد كانت هذه المرحلة الأخيرة في تصور بعض المراقبين السياسيين خطة محاولة الانقلاب في الاتحاد السوفييتي السابق عام ١٩٩١. ولكن بعد مرور أكثر من (١٣) سنة على انهياره، مازال كثير من الأمور التي أدت إلى تفتيت هذا الاتحاد غامضة، وقد عزا البعض سبب ذلك إلى قيام بعض جنرالات (الكي جي بي) جهاز المخابرات السوفييتية بإخفاء الكثير من المستندات وأرشيف وكالة الاستخبارات بعد انهيار الدولة وعدم الكشف عن أمكنتها إلى الوقت الراهن.

راجع: أحمد هزيم، مقالة، الدور المتنامي لروسيا الاتحادية دولياً، الشبكة الدولية

www.aldemokrat.com

(٣) راجع: أحمد هزيم، المرجع نفسه.

الأموال. والثانية تتمثل في حاشية (يلتسن) التي أطلق عليها فيما بعد بـ (العائلة وحيثان المال) ومن ثم أدى الانهيار الذي تعرضت له روسيا في عام ١٩٩٨ إلى استقالة ((يلتسن)) في نهاية ١٩٩٩^(١).

كذلك فإن استقالة الرئيس الإيطالي ((كوسغا جوليو أندريوتي)) في ٢٥ نيسان ١٩٩٢ كانت تجسيد للاستقالة الاختيارية وكانت لأسباب سياسية قدرها الرئيس المذكور تتجسد أساساً في تكاثر الأزمات الوزارية، والكشف عن العديد من الفضائح المالية المنسوبة إلى عدد من السياسيين البارزين وبخاصة رؤساء حكومات ووزراء وقد خلفه ((أوسكار لويجي سكالفارو))^(٢).

وفي ٢٠ تشرين الأول عام ٢٠٠٠ أعلن الرئيس البيروفي ((البرتو فوجيموري)) عن استقالته رسمياً. وكان رئيس الكونغرس البيروفي ((فلنتين بنياغو)) أكد أنه تسلم كتاب استقالة الرئيس فوجيموري ولكن المعارضة وعدداً من البرلمانين المستقلين من الائتلاف الحاكم اعتبروا أن استقالة فوجيموري لن تقبل، وأن الكونغرس سيصوت على خلو منصب الرئاسة (بسبب القصور الأخلاقي) وكان فوجيموري قد اتهم معارضيه والساعين إلى خلافة بشن حملة سياسية ضده استخدموا فيه كل الوسائل ومختلف التبريرات المتناقضة لإزاحته^(٣). وصرّح في مقابلة صحفية (أنا لا أستقيل لأشبع رغبة هؤلاء، وإنما لأجنب اقتصادنا المزدهر بين قلة من اقتصاديات أميركا اللاتينية الاهتزاز أو الزعزعة بفعل الانقسامات في وقت نحن فيه بحاجة إلى الوفاق الوطني)^(٤). وفي الظاهر تبدو أن استقالة الرئيس فوجيموري هي استقالة اختيارية اختارها الرئيس بمحض إرادته. ولكن واقعياً فإن الرئيس المذكور وبعد عقد من الزمن

(١) وتسلم فلاديمير بوتين صلاحيات الرئيس إلى أن حانت انتخابات عام ٢٠٠٠ ليفوز فيها وبعد توليه سدة الرئاسة قام بعدة إصلاحات على المستوى الحكومي وعلى مستوى الحياة السياسية في روسيا الاتحادية، أنظر: أحمد هزيم، المرجع نفسه.

(٢) د. إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، بيروت، ١٩٩٦، ص ٣٩٨.

(٣) راجع:

<http://www.perdident.Gov>

(٤) أنظر: المرجع نفسه.

على وصوله إلى السلطة وأثر فضيحة سياسية - مالية، فقد كانت تفجرت الأزمات في وجهه بعد بث شريط فيديو يظهر مساعده الأقرب ورئيس الاستخبارات آنذاك ((فريدريكو مونتسينيوس)) وهو يدفع رشوة لأحد نواب المعارضة بغية تأييد المواقف الحكومية في البرلمان. وأعلن فوجيموري فور بث الشريط عزمه على إجراء انتخابات مبكرة وتعهد بعدم المشاركة فيها، إلا أن المعارضة بقيت تطالبه بالاستقالة فوراً وبناءً على ذلك اختار الرئيس الاستقالة قبل أن يقيله البرلمان^(١).

ومثال آخر مألوف للاستقالة الاختيارية هي استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد في ١١ كانون الثاني عام ١٩٩٢ في الجزائر، حينما ألغيت نتيجة الاقتراع بعد أسبوعين من الانتخابات البرلمانية عام ١٩٩٢ أدت إلى أن قدم الشاذلي بن جديد استقالته وإعلان الأحكام العرفية وسيطرة الجيش في ١١ كانون الأول ١٩٩٢. وقد كانت ومازالت استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد أحد أهم ألغاز الأزمة الجزائرية على حد تعبير الرئيس الجزائري السابق ((محمد بو ضياف)) لاسيما وإن عدداً غير قليل من المسؤولين السابقين يشكون في الرواية الرسمية التي تقول بأن الشاذلي بن جديد قرر الاستقالة بمحض إرادته واختياره^(٢). ويؤكد البعض بأن جنرالات الجيش هم الذين أجبروه على تقديم استقالته، حيث أصبح أمام خيارين: إما مواجهة الانقلاب العسكري أو تقديم الاستقالة. وبعد استقالة الشاذلي، ألغيت نتائج الانتخابات كما فرضت حالة الطوارئ^(٣).

(١) أنظر:

Perou:Actualites 2000 sur net

(٢) أنظر: محمد بو ضياف، استقالة أم إقالة، مجلة الأهرام العربي، معلق العدد، العدد ٣٢٠ لسنة ٢٠٠٣، ١٢٣، ص ١.

(٣) ذكر الضابط الجزائري المتقاعد (هشام عبود) الذي كان أحد المقربين للجنرال محمد بتشين مستشار الرئيس زروال في كتابه رواية مختلفة يقول فيها: إن الشاذلي فوجئ بالدبابات والمدركات تنزل إلى الشوارع فاتصل بالجنرال ديب مخلوف قائد الحرس الجمهوري .. وأخبره بأنه أصدر قراراً عزل بموجبه الجنرال (نزار) وأنه عينه وزيراً للدفاع عنه وطلب منه إصدار أمر بسحب قوات الجيش إلى الثكنات ... وبمجرد أن وضع قائد الحرس الجمهوري سماعة التالفون اتصل

الملاحظ أن المبدأ العام يستوجب أن تكون الاستقالة الاختيارية بمحض إرادة الرئيس ولكن الواقع السياسي في أغلب الأحيان يعكس أن الاستقالات أعلاه وإن بدت اختيارية ظاهرياً فإنها غالباً ما تستند على أسباب قوية تدفع رئيس الدولة وربما تجبره أحياناً على تقديم استقالته.

الاستقالة القسرية

قد يستقيل رئيس الدولة ولكن ليس بمحض اختياره وإرادته، وإنما نتيجة ضغوط قد تمارس عليه من قبل الشعب أو البرلمان أو الرأي العام، فالبرلمان مثلاً يستطيع من ناحية الواقع أن يجبر الرئيس على الاستقالة، وذلك بأن يقوم البرلمان لخلاف بينه وبين الرئيس بالتضييق عليه، وعدم التعاون معه ورفض منح الثقة للحكومة التي يشكلها حتى يصبح من المستحيل على الرئيس أن يستمر في أداء مهامه. وكان ذلك الأسلوب اتبع في الجمهورية الفرنسية الثالثة. إذ استطاع البرلمان عام ١٨٨٧ أن يجبر الرئيس ((جيل جريفي)) على الاستقالة واستطاع كذلك في عام ١٩٢٤ أن يجبر الرئيس ((الكسندر ميلران)) على الاستقالة^(١). وغالباً ما تحصل مثل هذه الصورة من الاستقالة على أثر فضيحة أو قضية كبيرة تدفع رئيس الدولة إلى تقديم استقالته، وهي بمثابة عقوبة توقع على الرئيس بسبب ارتكابه أعمالاً أو تصرفات يكون فيها الرئيس محل انتقاد وربما يؤدي إلى تحريك مسؤوليته السياسية طبقاً لدستور الدولة، ويكون عندها الرئيس موضوع اتهام فيفضل الاستقالة بدل بقاءه في الحكم تحاشياً للمساءلة القانونية. والواقع أن هذه الصورة من الاستقالة هي استقالة من الناحية الشكلية أما من الناحية الواقعية أي من حيث مضمونها أو جوهرها فهي إقالة للرئيس وليس استقالة، لأن الاستقالة يفترض أن تكون صادرة عن الرئيس و هو

بخالد نزار الذي طلب منه البقاء في مكانه .. وسارع إلى الرئاسة رفقة الجنرالات محمد تواني الذي حرر كتاب الاستقالة ومحمد العماري قائد القوات البرية وقتها، وفي مكتب الرئيس الذي عزل عن حرسه الخاص تم تهديد الشاذلي بكل الوسائل وأجبر على قراءة الاستقالة على الهواء مباشرة وإلا لقي مصير الرئيس الروماني تشاوسيسكو، راجع: محمد بو ضياف، المرجع السابق، ص ١.

(١) أنظر: د. عبد الله إبراهيم ناصف، المرجع السابق، ص ٤٥٥.

بإرادة صحيحة خالية من عيوب الرضا أي يجب أن تصدر بمحض واختيار الرئيس وبناءً على رغبته. هذا هو الأصل في الاستقالة. لاشك في أن الضغط على إرادة الرئيس يعد صورة من الإكراه ومن ثم يعيب إرادة الرئيس. ومع كل ذلك يعتد في نطاق القانون الدستوري بمثل هذه الاستقالة^(١).

ويمكن أن نجد تطبيقات عديدة لهذه الصورة من الاستقالة فقد استقال ((ريتشارد نيكسون)) في ٩ آب عام ١٩٧٤ أثر فضيحة ووترغيت، ويلاحظ أن لجوء مجلس النواب إلى تهديد الرئيس في تصرفاته في قضية ووترغيت كانت دافع ضغط على الرئيس لتقديم استقالته، فهو استقال رغماً لا طوعاً^(٢). وكان أول رئيس يجبر على

(١) لا يعتد باستقالة الموظف في نطاق القانون الإداري إلا إذا كانت صادرة عن إرادة خالية من عيوب الرضا، وبالمفهوم المعاكس إذا شاب مثل هذه الاستقالة عيب الإكراه تكون باطلة ولا يمكن قبول طلب الاستقالة بأي شكل من الأشكال، راجع: د. شاب توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ١٩٨٠، ص ٣٨٤. كذلك، د. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، وزارة التعليم العالي، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٣، ص ٣٧٣.

(٢) سارع الرئيس ريتشارد نيكسون بالاستقالة قبل أن يداهمه مجلس النواب بالاتهام بحجة مسؤوليته في قضية ووترغيت. فمجلس النواب كان قد شكّل في أيار ١٩٧٤ اللجنة القضائية للقيام بإعداد تقرير حول مسؤولية الرئيس في قضية ووترغيت في ٢٤ تموز ١٩٧٤. اتخذت المحكمة العليا قراراً بالإجماع أدانت فيه نظرية الرئيس الذي كان يريد أن يحتمي وراء امتيازات السلطة التنفيذية ليحجب عن القضاء معلومات ووثائق كان يمكن أن تؤدي إلى الإدانة في مخالفات جنائية كبيرة ارتكبت في إطار فضيحة ووترغيت وتتجسد هذه المخالفات في سرقة المقر الانتخابي للحزب الديمقراطي في البناء الفخم لووترغيت إبان انتخابات الرئاسة في عام ١٩٧٤ بواسطة أشخاص ينتمون إلى المنظمة التي تدير الحملة الانتخابية لنيكسون. وكان للحكم الصادر من المحكمة العليا ضد نيكسون أثر حاسم، إذ أدى إلى إدانة الرئيس المذكور ثلاث مرات من قبل اللجنة القضائية التي شكلها مجلس النواب، ففي ٢٧ تموز عام ١٩٧٤ أوصت اللجنة القضائية بالاتهام الجنائي بأغلبية ٢٧ صوت (٢١ ديمقراطي و ٦ جمهوريين) ضد ١١ جمهوري وفي ٢٩ تموز كانت نتيجة التصويت حول الاتهام داخل اللجنة ٢٨ صوتاً ضد ١٠ وفي ٣٠ تموز كانت نتيجة التصويت ٢١ صوتاً ضد ١٧. وهكذا أصبحت مسألة إدانة الرئيس بواسطة المجلسين أمر لا يمكن تفاديه. وفي ٥ آب عام ١٩٧٤ اعترف الرئيس بأخطائه وأكاديبه وبذلك فقد كل سند وفضل الاستقالة.

الاستقالة في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية، هذا وقد أصدر الرئيس اللاحق ((جيرالد فورد) العفو الرئاسي عن المخالفات التي نسبت إلى نيكسون في الفترة من عام ١٩٦٩ - ١٩٧٤ ومن ثم لم يحاكم جنائياً^(١).

وفي هذا المجال أيضاً استقال الرئيس الإسرائيلي ((عيزروايزمن)) في ١٣ تموز عام ٢٠٠٠ على خلفية فضيحة تلقي الرشوة من رجل أعمال فرنسي وقد غادر الرئيس المستقيل (عيزروايزمن) في ١٤ تموز ٢٠٠٠ مقر رؤساء إسرائيل بعد سنوات من منصبه لدى دخول استقالته حيز التنفيذ^(٢).

ونجد أيضاً للاستقالة الإجبارية تطبيقاً في الواقع السياسي في العراق. ففي ١٦ تموز عام ١٩٧٩ فوجئ الشعب العراقي بإعلان استقالة الرئيس البكر، وتولي صدام حسين قيادة الحزب والدولة، إذا أعلن نفسه رئيساً للجمهورية، ورئيساً لمجلس قيادة الثورة، وقائداً عاماً للقوات المسلحة. وتساءل البعض لماذا تم هذا الانتقال للسلطة، من البكر إلى صدام حسين، والمتتبع لتطورات الأوضاع السياسية للعراق، وما أعقبتها من أحداث خطيرة، يستطيع أن يتوصل إلى بعض الخيوط التي حيك بها الانقلاب ومن كان وراءه^(٣). فلم يجر الانقلاب ضد البكر بمعزل عن المخططات الأمريكية، فقد جرى الحديث آنذاك عن زيارة قام بها مساعد وزير الخارجية الأمريكي لبغداد حينها، وأجرى محادثات مطولة مع الرئيس البكر في مقره بالقصر الجمهوري، ولوحظ على الموفد الأمريكي بعد خروجه من الاجتماع كان متجهماً الوجه وقد بدا عليه عدم الارتياح، ثم انتقل إلى مكتب صدام حسين وأجرى محادثات أخرى خرج بعدها وعلامات السرور واضحة على وجهه^(٤). لقد بقي ما دار في الاجتماعين سراً من الأسرار، إلا أن بعض التكهنات والأحاديث التي كانت تدور حول الاجتماعين

(١) د. عبد الله إبراهيم ناصف، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٢) أنظر:

Islam online.net

(٣) راجع: صادق أحمد، العنف والديمقراطية في الحياة السياسية العربية، الشبكة الدولية

www.darislam.com

(٤) أنظر: المرجع نفسه.

تشير إلى أن النقاش دار حول مسألتين أساسيتين: الأولى: حول تطور العلاقات بين العراق وسوريا، وتأثير هذه العلاقات على مجمل الأوضاع في المنطقة وبصورة خاصة على إسرائيل والنقطة الثانية دارت حول الأوضاع في إيران، بعد سقوط نظام الشاه، وتسلم التيار الديني بزعامة الإمام ((الخميني)) السلطة، والأخطار التي يمثلها النظام الجديد على الأوضاع في منطقة الخليج، وضرورة التصدي لتلك الأخطار، وقيل أن الموفد الأمريكي سعى لتحريض حكام العراق على القيام بعمل ما ضد النظام الإسلامي في إيران، بما في ذلك العمل العسكري، وقيل أيضاً بأن الرئيس البكر لم يقتنع بفكرة الموفد الأمريكي، لاسيما وإن البكر رجل عسكري، ويدرك تماماً ما تعنيه الحرب من ويلات ومآسي وتدمير لاقتصاد البلد. وذلك كان الموفد الأمريكي غير مرتاح بلقائه مع البكر بخلاف لقائه لصادم فقد بدا عليه الاطمئنان. ويفسر المراقبون السياسيون ذلك بأن صدام حسين أبدى كامل استعداداته للقيام بهذا الدور المتمثل بتخريب العلاقات مع سوريا من جهة وشن الحرب ضد إيران من جهة ثانية^(١).

ولم تمض إلا فترة قصيرة، حتى جرى إجبار الرئيس البكر بقوة السلاح على تقديم استقالته، حيث أذاع البكر عند الثامنة من مساء يوم ١٦ تموز ١٩٧٩ خطاباً الأخير الذي أعد له من إذاعة بغداد وتلفزيونها، وأعلن استقالته لأسباب صحية مؤكداً أنه طوال حياته كان مستعداً لتحمل المسؤوليات التي كلفته القيادة بها^(٢). غير أن الفترة الأخيرة من حكمه قد رافقتها أزمت مرضية متلاحقة جعلته

(١) أنظر: المرجع نفسه.

(٢) يذكر بأنه في الساعة العاشرة من صباح يوم الاثنين ١٦ تموز ١٩٧٩ اجتمع أحمد حسن البكر، وصدام حسين، وعدنان خير الله، وهيثم الابن الأكبر للبكر، وخير الله طلفاح في مسكن هذا الأخير، لبحث أمر مهم هو استقالة البكر وتحتية عن جميع مناصبه، وإحلال صدام حسين محله في تلك المناصب. واعترض البكر على هذه الطريقة في التعامل، ولم يوافق على الطرح المذكور. فتأزم الموقف، وبقي البكر رافضاً للاستقالة، ولكنه رضح أخيراً بعدما أفهمه صدام أنه لم يعد يمتلك أي سند أو شفيق لا في الجيش، ولا في أجهزة المخابرات، ولا حتى في الحرس الجمهوري، إذا أن كل تلك الأجهزة والتشكيلات كانت قد أفرغت من مؤيدي البكر وأنصاره.

غير قادر على مزاولة العمل اليومي للمناصب التي كان يحتلها، مما دفعه إلى تكليف صدام حسين بها. واستمر البكر مخاطباً الشعب العراقي بأنه أصر على القيادة وعلى ((الرفيق)) صدام لقبوله استقالته. وصدرت عدد من القرارات عن مجلس قيادة الثورة في حينها، أهمها قبول استقالة البكر وتعيين صدام خلفاً له^(١).

وعلى أية حال فإن استقالة الرئيس العراقي السابق (أحمد حسن البكر) في عام ١٩٧٩ كان إقالة واضحة تم إخراجها بالشكل الذي ظهرت فيه، ولاشك في أن انتهاء دور البكر بعد خروجه من القصر الجمهوري مباشرة ثم وفاته الغامضة دليل لا يقبل الشك على أن الانقلابات العسكرية لا تعرف الاستقالة^(٢).

ووجه صدام في اليوم التالي أي في ١٧ تموز ١٩٧٩ خطاباً إلى الشعب يؤكد التزامه بمبدأ القيادة الجماعية في ضمن إطار حزب البعث والدولة، وسوف يحارب الظلم والقهر، ولن يسمح إطلاقاً بالظلم ومحاولات سحق العدالة أو إهدار حقوق المواطنين، أو إهانتهم. وقد كان خطاباً جميلاً وكلمات أجمل تناثرت في سماء العراق مساء السابع عشر من تموز ١٩٧٩ وعم الاستبشار بعهد جديد، ومستقبل عراقي حافل بالعلم والتكنولوجيا المتطورة والحريات التي وعدنا بها صدام^(٣).

المطلب الثالث

الاستقالة المعلقة

قد يلجّ رئيس الدولة استقالته في حالة عدم تحقق بعض المطالبات التي يريد تحقيقها. فالرئيس هنا يهدد بتقديم استقالته عند عدم تلبية بعض الأمور أو عدم تحقق

راجع: جواد هاشم، مذكرات وزير عراقي مع البكر وصدام / ذكريات في السياسة العراقية، ١٩٦٧-٢٠٠٠، بيروت، ٢٠٠٣، ط١، ص٣٨٨.

(١) جواد هاشم، المرجع السابق، ص٣٤٠.

(٢) قام صدام بفرض الإقامة الجبرية على البكر ومنع أصدقائه من زيارته حتى توفي بعد عامين، وقيل أن نقيب الأطباء زرقة حقنة ضاعفت من نسبة السكر في الحال، فعين وزيراً للصحة ثم أبعد عن الوزارة بقرار توبيخ صادر عن صدام حسين، رادع: حسن العلوي، دولة المنظمة السرية، دار الكتاب العربي، بغداد، ١٩٩٠، ص٢٥٨.

(٣) جواد هاشم، المرجع السابق، ص٣٤١-٣٤٢.

بعض الوعود التي وعد بها^(١). وبهذا الصدد قد يتحقق شرط الاستقالة ومن ثم ينبغي على رئيس الدولة الإيفاء بالتزامه بتقديم استقالته، ولكن مع ذلك ربما يتغاضى الرئيس أو يتهرب في تقديم الاستقالة ومن ثم تحلّه من وعده بالاستقالة. كل هذه التوجسات قائمة لاسيما وإن معظم الدساتير جاءت خلواً من أي نص يجبر الرئيس على الاستقالة ومن ثم في استطاعته أن يبقى في سدة الحكم.

ومع ذلك، يمكن أن نجد للاستقالة المعلّقة تطبيقاً في فرنسا في حالتين هما الاستفتاء التشريعي والانتخابات التشريعية. ففي الحالة الأولى كان الرئيس ديغول في كل استفتاء تشريعي عرضه على الشعب كان يطرح معه الثقة بنفسه مؤكداً أنه إذا لم تكن هناك أغلبية صلبة وصريحة صالحة فسوف يستقيل^(٢). وقد حدث ذلك فعلاً في الاستفتاءات الأربعة التي جرت في ٨ كانون الثاني ١٩٦١، ٨ نيسان ١٩٦٢، ٢٨ تشرين الأول ١٩٦٢، ٢٧ نيسان ١٩٦٩^(٣). ويعتقد المؤلفان رينيه كايبتان ومارسيل بريلو أن دستور ١٩٥٨ يسمح بتكوين مسؤولية رئيس الجمهورية من خلال تكتيك الاستقالة القسرية التي كانت قد طبقت قديماً في ظل الجمهورية الثالثة على غريفي وعلى ميلران (لأن مجلس النواب رفض إقامة علاقة مع أي حكومة يختارها هذان الأخيران، لذلك أصبح لا مفر من الاستقالة). ولكن من الواضح بالنسبة لهذا

(١) في نطاق القانون الإداري إن طلب الاستقالة يجب أن يكون خالياً من القيود أو الشروط لأن اقتران طلب الاستقالة يمثل هذه القيود أو الشروط، يثير الشك حول جدية رغبة الموظف في طلب الاستقالة. إذ قد يكون هدفه من طلب الاستقالة حث الإدارة على تحقيق بعض مطالبه، لإنهاء خدمته. عليه يعد طلب الاستقالة المعلق على شرط أو قيد كأن لم يكن، راجع: د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٤٨٢. كذلك د. علي محمد بدير وآخرون، المرجع السابق، ص ٣٧٥.

(٢) أنظر: د. عبد الله إبراهيم ناصف، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٣) راجع:

Constitutionnel. Paris. 1963. P522. M.Duverger. institutions politiques et droit.

A.Hauriou. Droit Constitutionnel et institutions politiques. Paris. 1970.P.773.

الاستفتاء، إن رئيس الجمهورية (وضع نفسه في الخط الأول) فقد تعهد شخصياً بطريقة مباشرة ورسمية^(١). بالمقابل إذا وضع الرئيس نفسه في (الخط الأول) وذلك بربط مصيره بنجاح الاستفتاء فإنه يحدد بنفسه مسؤوليته السياسية. ويرغم نفسه على الاستقالة^(٢).

ومن هنا جاء التعهد الشخصي من الجنرال ديغول الذي أعلن في العاشر وفي الخامس والعشرين من نيسان في كلمتين عبر الإذاعة والتلفزيون (إذا اتصلت على الغالبية من بينكم فإني سأستقيل في الحال). فشل الاستفتاء وجاءت النتيجة كالآتي: ٣٠،١٧٪ من الناخبين قالوا (كلا) و ٤٦،٨٢٪ من الناخبين قالوا (نعم) وفي ليلة ٢٧ على ٢٨ نيسان الساعة ١٢،١١ صدر بيان من كولومبي، حيث يقيم الجنرال، جاء فيه (أوقف عن ممارسة مهام رئيس الجمهورية، يسري هذا القرار عند منتصف نهار اليوم)^(٣).

أما في حالة الانتخابات التشريعية: وهنا تثار هذه المسؤولية عندما يحل رئيس الجمهورية الجمعية الوطنية ويرغب في جمعية وطنية جديدة ذات أغلبية مؤيدة له. وهو ما أعلنه الجنرال ديغول بعد حل الجمعية الوطنية في العاشر من تشرين الأول عام ١٩٦٢ أثر تبنيها مقترح حجب الثقة ضد حكومة السيد بومبيدو.

كان هذا القرار يتطابق مع المبادئ التقليدية للنظام البرلماني، ولكن الجنرال ديغول تدخل شخصياً في الجدل السياسي عندما افتتح الحملة الانتخابية بكلمة عبر الإذاعة والتلفزيون دعا فيها الناخبين إلى أنه ما لم تأتِ الانتخابات الجديدة للجمعية الوطنية بأغلبية مؤيدة وجهات نظره، فإنه سوف يعتبر ذلك بمثابة رفض من الشعب لشخصه^(٤). وهنا أثارت تصريحات ديغول كثيراً من التساؤلات: هل كان الجنرال ديغول سيستقيل فعلاً أم لا؟ خاصة إن أحد لم يعرف ما هي الأغلبية الصريحة والجماعية التي أشار إليها ديغول قبل استفتاء ٢٨ تشرين الأول عام ١٩٦٢، فقد

(1) A.Hauriou. op.cit.P.756.

(2) A.Hauriou. op.cit.P.755.

(3) A.Hauriou. op.cit.P.773.

(4) G.Burdeau.op.cit.P.616.

أفهم الشعب أنه الأغلبية المطلقة للناخبين المقيدين في جداول الانتخاب. ولكن ديغول لم يحصل آنذاك إلاّ على أغلبية الأصوات المقترحة وهي أغلبية أقل بكثير من أغلبية المقيدين. ومع كل ذلك فقد ظل في الحكم^(١).

ويمكن أن نذكر مثالا آخر للاستقالة المعلقة أن الرئيس المصري الراحل محمد أنور السادات على إثر زيارته للقدس صرّح أنه سيستقيل إذا لم تتجح مبادرته في حل مشكلة الشرق الأوسط. وأشار البعض إن علامة استفهام كبيرة تنثور حول من الذي سيجبر الرئيس على الاستقالة؟^(٢).

(١) ولكن تغير هذا الوضع في ظل رؤساء الجمهورية اللاحقون لديغول بأنهم أبدوا تعاونهم وتوافقهم مع أغلبية معارضة لهم داخل الجمعية الوطنية، راجع: د. عبد الله إبراهيم ناصف، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٢) أنظر: د. عبد الله ناصف، المرجع السابق، ص ٤١٤.

المبحث الثالث

آثار الاستقالة

لاشك في أن استقالة رئيس الدولة تؤدي إلى إنهاء ولاية منصبه، أيضاً قد يترتب على هذه الاستقالة التأثير على أعضاء الحكومة القائمة. أو على البرلمان، وبغية إيضاح مدى آثار الاستقالة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول إنهاء ولاية المنصب ونخصص المطلب الثاني لبيان أثر الاستقالة على المؤسسات الدستورية القائمة وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

إنهاء ولاية المنصب

واضح أن استقالة رئيس الدولة تؤدي حتماً إلى إنهاء ولايته الرئاسية سواء كانت هذه الولاية مؤبدة أو مؤقتة. وأغلب الدساتير في العالم تحدد الولاية الرئاسية لمدة معينة قابلة للتجديد في أغلب الأحيان مرة واحدة كما مرّ بنا ذلك. وترسم لنا تلك الدساتير إجراءات معينة عند استقالة رئيس الدولة من ناحية الحلول محله وطريقة من يخلف الرئيس المستقيل سواء بصورة مؤقتة (الرئيس المؤقت) أو إجراء انتخابات لرئيس جديد للدولة وحسب ما ينص عليه دستور كل دولة.

وهكذا يؤكد مثلاً دستور روسيا الاتحادية لعام ١٩٩٣ أنه يتوقف رئيس روسيا الاتحادية عن ممارسة صلاحياته قبل الوقت المقرر في حالة استقالته. وفي هذه الحالة ينبغي انتخاب رئيس جديد في غضون ثلاثة أشهر ابتداءً من الانتهاء المبكر لولايته. وفي جميع الحالات التي لا يستطيع رئيس روسيا الاتحادية ممارسة واجباته، فإن رئيس حكومة روسيا الاتحادية هو الذي يمارسها مؤقتاً^(١).

وبموجب دستور صربيا والجبل الأسود لعام ٢٠٠٣ فإن ولاية الرئيس يمكن أن تنتهي قبل الموعد المحدد لها باستقالته، وإن نائب رئيس الجمعية الوطنية يمارس مؤقتاً مهام الرئيس لحين انتخاب رئيس جديد للدولة^(٢). واستناداً إلى دستور رومانيا

(١) المادة (١٠٢، ٣/٩٢).

(٢) المادتين (٣٢، ٣٠).

لعام ١٩٩١ فإن ولاية الرئيس تنتهي باستقالته، وينبغي في غضون (٣) أشهر ابتداءً من شغور منصب الرئيس أن تنظم الحكومة انتخابات من أجل انتخاب رئيس جديد للبلاد، ويمارس مؤقتاً مهام الرئيس وكالة رئيس مجلس الشيوخ أو رئيس مجلس النواب^(١). وقرر دستور ساحل العاج لعام ١٩٦٠ المعدل عام ١٩٩٥ أنه في حالة شغور منصب رئاسة الجمهورية بسبب الاستقالة، فإن مهام رئيس الجمهورية توكل كاملة إلى رئيس الجمعية الوطنية^(٢). كذلك أوضح دستور الجزائر لعام ١٩٨٩ المعدل عام ١٩٩٦ أنه في حالة استقالة رئيس الجمهورية، فإن المجلس الدستوري يجتمع وجوباً، لإثبات الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية. وتبلغ فوراً شهادة التصريح بالشغور النهائي إلى البرلمان الذي يجتمع وجوباً، ويتولى رئيس مجلس الأمة مهام رئيس الدولة مدة أقصاها (٦٠) يوماً، تنظم خلالها انتخابات رئاسية ولا يحق لرئيس الدولة المعين بهذه الطريقة الترشيح لرئاسة الجمهورية. وأضاف هذا الدستور أنه في حالة اقتران استقالة رئيس الجمهورية بشغور رئاسة مجلس الأمة لأي سبب كان، يجتمع المجلس الدستوري وجوباً، لإثبات الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية وحصول المانع لرئيس مجلس الأمة ويضطلع بمهمة رئيس الدولة^(٣). ويضطلع رئيس الدولة المعين حسب الشروط المبينة أعلاه بمهمة رئيس الدولة طبقاً للشروط المحددة في

(١) المادتين (٩٦، ٩٧).

(٢) المادة (١١) المعدلة بموجب قانون رقم ٤٣٨/٩٤ في ١٦ آب ١٩٩٤، راجع:

Constitution du cote d Ivoire sur net.

(٣) ويذكر جانب من الفقه الدستوري الجزائري أنه في ١١ كانون الثاني ١٩٩٢ بعد تقديم الشاذلي بن جديد استقالته فإن المجلس الدستوري لم تكن له (الشجاعة السياسية) لإقرار هذه الفقرة على أرض الواقع، إذ حل البرلمان آنذاك بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٩٢-١ في ٤ كانون الثاني ١٩٩٢ وفي اعتقادهم أنه لا يمكن الحديث بتاتا عن فراغ دستوري، فكان يفترض في المجلس الدستوري رفض الاستقالة، حتى لا تتهار المؤسسات الدستورية مادام فيه فرصة لإسعاف مؤسسات الدولة، راجع: صديق فوزي، الوافي في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط ١، ج ٣، ١٩٩٤، ص ١١٥، ٣٢٦.

الفقرات السابقة ولا يمكنه أن يترشح لرئاسة الجمهورية^(١). وطبقاً للدستور المصري لعام ١٩٧١ تعد استقالة رئيس الجمهورية واحدة من الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء خدمة الرئيس، ويتولى الرئاسة في هذه الحالة مؤقتاً رئيس مجلس الشعب، وإذا كان المجلس منحلّاً حل محله رئيس المحكمة الدستورية العليا، وذلك بشرط ألا يترشح أيهما لمنصب الرئاسة^(٢). وفي ضوء دستور مدغشقر لعام ١٩٩٢ المعدل عام ١٩٩٨ تنتهي ولاية رئيس الجمهورية بالاستقالة ويمارس مهام رئيس الدولة مؤقتاً لحين مباشرة الرئيس الجديد مهامه رئيس مجلس الشيوخ أو الحكومة بكاملها في حالة شغور منصب رئيس مجلس الشيوخ أو عجزه^(٣).

وقد عبّرت بعض الدساتير عن كلمة الاستقالة بالتخلي عن المنصب أو التخلي عن الولاية. ومن تلك الدساتير الدستور البرتغالي لعام ١٩٧٦^(٤). إذ يأذن لرئيس الجمهورية أن يتخلى عن ولايته برسالة يوجهها إلى جمعية الجمهورية (البرلمان) ويقوم رئيس جمعية الجمهورية بممارسة مهام الرئيس وفي حال وجود مانع يحول دون هذا الأخير ممارسة مهامه يحل محله شخص ينوب عنه (نائب رئيس البرلمان). ويضيف هذا الدستور أنه أثناء ممارسة مهام رئيس الجمهورية وكالة فإن الولاية النيابية لرئيس الجمعية أو نائبه تعلق تلقائياً، وفي كل الأحوال فإن رئيس الجمهورية وكالة يتمتع بكافة امتيازات المنصب^(٥). كذلك فقد تضمن دستور بولندا لعام ١٩٩٧ يمارس رئيس البرلمان صلاحيات رئيس الجمهورية بشكل مؤقت لحين انتخاب رئيس جمهورية جديد في حالات منها تخلي الرئيس عن ممارسة صلاحياته،

(١) المادة (٨٨).

(٢) المادتين (٨٤، ٨٣).

(٣) Empeachment du president de la republique sur net.

(٤) عدل دستور البرتغال الصادر عام ١٩٧٦ في السنوات ١٩٨٢، ١٩٨٩، ١٩٩٢، ١٩٩٧، ٢٠٠١، أن قانون ١٩٩٧ يعد مراجعة شبه شاملة للدستور لأنه أي القانون عدل ١٦٦ مادة وألغى العديد من المواد وتم تغيير أرقام أكثر من ٢٠٠ مادة، راجع:

Constitution du Portugal sur net.

(٥) المادتين (١٣١، ١٣٢).

وإذا كان هناك مانع يحول دون ممارسة رئيس البرلمان لمهام رئيس الجمهورية فإن رئيس مجلس الشيوخ ينوب عنه^(١).

وتأسيساً على ذلك، فإذا كانت استقالة رئيس الدولة تؤدي إلى إنهاء ولاية منصبه الرئاسي فقد يتسائل البعض عن مستقبل مناصبه الأخرى إذا كان الرئيس يتولى أكثر من منصب. كأن يكون رئيساً للدولة ورئيساً للوزراء في آن واحد، فإن استقالته من رئاسة الدولة هل تؤدي إلى إنهاء مناصبه الأخرى أم يبقى محتفظاً بها. والذي أراه في رأيي المتواضع إذا كانت المناصب الأخرى لرئيس الدولة مستمدة من منصبه الأصلي في حالة رئاسة الدولة فهنا يفقد مثل تلك المناصب على أساس أن منصبه الإضافي يستند على أساس منصبه الأصلي فعند فقدانه بالاستقالة لمنصبه الرئاسي سيؤدي هذا تبعاً إلى إنهاء مناصبه الإضافية الأخرى. والعكس يصح تماماً أي إذا كانت المناصب الإضافية غير مستمدة من منصبه الأصلي وهو رئيس الدولة، فلا يمنع من أن يبقى محتفظاً بها، والمسألة في بعض الأحيان تحكمها النصوص الدستورية ولكن الواقع السياسي قد يكون مغايراً لهذه الحقيقة من أن رئيس الدولة عند استقالته قد يقاطع الحياة السياسية في كثير من الأحيان ومن ثم يعتزل العمل السياسي لأسباب يقدرها هو. وكذلك أن المسألة أحياناً تعتمد على مضمون الاستقالة ذاتها فربما تتضمن الاستقالة تنازلاً عن جميع المناصب.

المطلب الثاني

آثار الاستقالة على المؤسسات الدستورية القائمة

يتوقف تأثير استقالة رئيس الدولة على المؤسسات الدستورية القائمة على النظام السياسي والدستوري في الدولة. فقد نصت بعض الدساتير على أن تكون صلاحيات رئيس الدولة بالوكالة أو الرئيس المؤقت في حالة استقالة رئيس الدولة محدودة ومقيدة، ومن ثم لا تأثير على مثل هذه الاستقالة على المؤسسات الدستورية القائمة كالسلطة التشريعية والتنفيذية والمتمثلة برئيس الوزراء والوزراء. إذا حظرت

Constitution du Pologne sur net.

(١) راجع:

بعض الدساتير على الرئيس المؤقت عند استقالة رئيس الدولة حل البرلمان بغية المحافظة على هذه المؤسسة من الانهيار.

وعلى سبيل المثال أكد دستور روسيا الاتحادية الصادر عام ١٩٩٣ بأنه لا يحق لرئيس روسيا الاتحادية وكالة حل مجلس دوما الدولة^(١). كذلك أوضح دستور بولندا الصادر عام ١٩٩٧ بأن الشخص الذي يمارس مهام رئيس الجمهورية بالوكالة لا يمكنه أن يقرر حل البرلمان^(٢). أيضاً تضمن دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية الصادر عام ١٩٩١ بأن رئيس مجلس الشيوخ يتولى نيابة منصب رئيس الجمهورية في حالة شغور أو مانع اعتبره المجلس الدستوري نهائياً، وليس للرئيس بالنيابة أن يحل الجمعية الوطنية^(٣).

أما بخصوص تأثير الاستقالة على الوزارة القائمة سواء رئيس الوزراء أو أي من الوزراء فقد أكد الكثير من الدساتير على عدم المساس بالحكومة القائمة في حالة استقالة رئيس الدولة. وتجسدت هذه الفكرة في الدستور الجزائري الصادر عام ١٩٨٩ المعدل عام ١٩٩٦ عندما صرح بأنه لا يمكن أن تقال أو تعدل الحكومة القائمة إبان استقالة رئيس الجمهورية، حتى يشرع رئيس الجمهورية الجديد في ممارسة مهامه^(٤). كذلك أكد دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية الصادر عام ١٩٩١ على أن ليس للرئيس بالنيابة في حالة استقالة رئيس الدولة على أن ينهي وظائف الوزير الأول وأعضاء الحكومة^(٥).

عليه فإن استقالة رئيس الدولة لا تؤثر على الحكومة القائمة وإن نص بعض الدساتير على ذلك ما هو إلا تأكيد على هذا الأمر، بخلاف الحال في حالة استقالة

(١) المادة (٣/٩٢).

(٢) المادة (٤/١٣١).

(٣) المادة (٤٠).

(٤) المادة (٩٠).

(٥) المادة (٤٠).

رئيس الوزراء فإن هذه الاستقالة كثيراً ما تؤدي إلى استقالة باقي الوزراء حسب اتجاه الكثير من الدساتير^(١).

ولكن إذا كان الواقع الدستوري يؤكد على أن استقالة رئيس الدولة تستوجب بقاء المؤسسات الدستورية على حالها، فإن الواقع السياسي يثبت عكس ذلك في أغلب الأحيان، فـرئيس الدولة المستقيل كثيراً ما تربطه بالحكومة علاقات وثيقة وربما توجهات واحدة في المسار السياسي للدولة، ومن ثم تطرح الحكومة أو بعض أعضائها استقالتهم تضامناً مع الرئيس المستقيل خاصة عندما يجبر الرئيس على تقديم استقالته وهذا ما حصل فعلاً بعد استقالة الرئيس (ادورد شيفاردنادزة) رئيس جمهورية جورجيا في ٢٤ تشرين الثاني عام ٢٠٠٣ الذي اضطر إلى الرحيل عن السلطة بسبب تظاهرات احتجاج شعبية كبيرة وقد أدت استقالته إلى تقديم بعض الوزراء استقالتهم في وقت قريب من استقالة الرئيس وعلى رأسهم وزير الداخلية (كوبانر تشيما شفيلي) وفي هذا السياق أوضح جفانيا السياسي البارز والمعارض في جورجيا أن من الأهم في الوقت الحاضر ضمان استقرار الحكم والدولة وعلى الوزراء أن يعرضوا خطة لتفادي زعزعة الوضع في جورجيا.

(١) على سبيل المثال نصت المادة (٥٠) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية الصادر عام ١٩٥٢ على أن (عند استقالة رئيس الوزراء أو إقالته يعتبر جميع الوزراء مستقيلين أو مقالين بطبيعة الحال). كذلك نصت المادة (٦٤) من دستور الإمارات العربية الصادر عام ١٩٧١ على أن (... تؤدي استقالة رئيس مجلس الوزراء أو إعفاؤه من منصبه ... إلى استقالة الوزارة بكاملها). وهذه النصوص مستمدة من قاعدة التضامن الوزاري.

الفصل الثاني

استقالة رئيس الدولة في الفكر السياسي الإسلامي

أطلق المسلمون على رئيس الدولة ثلاث ألقاب رئيسية هي الخليفة، وتدل على أن منزلة الخليفة من الأمة، إنما هي كمنزلة رسول الله ﷺ وأمير المؤمنين الذي سمي به الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولقب الإمام الذي أطلقه الفقهاء الشيعة على الخليفة الرابع علي بن أبي طالب عليه السلام واشتهر به^(١). عليه أن الخليفة هو رئيس الدولة الإسلامية، وهو بذلك يقابل رؤساء الدول في النظم الدستورية المعاصرة. كالمملك أو رئيس الجمهورية أو مجلس الرئاسة أو نحو ذلك مما تنص عليه الدساتير المختلفة^(٢).

وقد اختلف الدارسون حول ما إذا كانت الخلافة نظام دنيوياً أو نظام دينياً. فمنهم من ذهب إلى أن الطابع الزمني هو الذي يطبع الخلافة بطابعه، ذلك أن الرسول ﷺ باعتباره آخر الأنبياء ما كان لأحد أن يرث دوره الديني. كما أن القرآن الكريم والسنة النبوية لم يحددا نظاماً بعينه في رئاسة المسلمين، اللهم إلا إشارة إلى مبدأ الشورى الذي يمكن تكييفه وفقاً لمقتضيات الحال. بينما ذهب اتجاه آخر إلى أن من واجب الخلافة حماية الدين إلى جانب سياسة الدنيا. ولعل هذا الخلاف هو الذي فجر الصراع الدامي على الحكم طوال عصور التاريخ الإسلامي، حتى ليذكر الشهرستاني: (ما سلَّ سيف في الإسلام كما سلَّ بسبب الخلافة)^(٣).

ويعد منصب الخليفة أعلى منصب في الدولة لذلك لا بد من أن يتوفر في من يشغل هذا المنصب شروط وذلك ليكون أهلاً للقيام بواجبات هذا المنصب الدينية والدنيوية وإن اختلف الفقهاء حول تفاصيل هذه الشروط إلا أنها كلها تلتقي في سلامة المرشح الجسدية وأهليته العلمية والخلقية. وقد جمع الماوردي الشروط المعتمدة

(١) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة، وفي الفكر السياسي الإسلامي، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٧، ص ٢٤٧ وما بعدها.

(٢) د. مصطفى كمال وصفي، النظام الدستوري في الإسلام مقارنة بالنظم المعاصرة، مكتبة وهبة، ١٩٧٤، ط ١، ص ١٠٢.

(٣) د. محمد إسماعيل، تاريخ الحضارة العربية الإسلامية، الكويت، ١٩٩٠، ط ٢، ص ٦٠.

في الخليفة في سبعة شروط (العدالة، العلم، الكفاية، سلامة الأعضاء والحواس، الرأي المفضي إلى سياسة الرعية وتدبير المصالح، أن يكون من أهل الولاية الكاملة، النسب)^(١).

عليه ولما كانت الخلافة في رأي علماء الشريعة الإسلامية عقد يتم بين الأمة والخليفة^(٢). فإذا طرأ على العقد ما يبطله، كان لذلك أثر على منصب الخليفة ومن ثم فإن الخليفة يفقد منصبه في رأي الفقهاء لأسباب وهي وفاته، وتغيير حالة، ونزول الخليفة مختاراً عن منصبه، والحالة الأخيرة هي موضوع دراستنا والتي نريد أن نوضحها وبغية ذلك نقسم هذا الفصل فيخصص للنتائج المترتبة على هذا النزول وعلى النحو الآتي:

(١) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) فهي عقد حقيقي يتم بإيجاب وقبول ويترتب على كل من الطرفين التزامات وحقوق متقابلة، يترتب على الخليفة واجب السير في حكمه وسياسته على مقتضى كتاب الله وسنة رسوله، وإقامة العدل بين الناس ودفع الظلم عنهم، وحراسة الدين وإقامة شعائره وحدوده والدفاع عن دار الإسلام. ويترتب للخليفة على الأمة السمع والطاعة والإخلاص وبذل الجهد في النهوض بأعباء الحكم.

المبحث الأول

نزول الخليفة مختاراً عن منصبه

ليس للخلافة مدة معينة يعزل الخليفة بعدها أو يعاد انتخابه، إنما تتم عملية بيعة الخليفة ليتولى منصبه مدى الحياة وذلك على خلاف رئاسة الجمهورية في الدول المعاصرة، إذا تنتهي مدة رئيس الجمهورية بانتهاء ولايته الرئاسية بعد مدة معينة تحددها الدساتير يعاد انتخابه أو انتخاب غيره بعدها^(١).

وعليه فإن ولاية الخليفة مؤبدة ان صح التعبير أي يمارس منصبه طالما انه على قيد الحياة مالم يعتريه عارض أو سبب من الاسباب التي تؤدي الى انهاء ولايته ويعبر علماء المسلمين عن الاستقالة بعبارة (خلع الخليفة نفسه مختاراً)^(٢) فإذا خلع الخليفة نفسه مستكراً كان مثل هذا الخلع بمثابة استقالة قسرية، عليه يمكن القول أن الاستقالة بنوعيتها الاختيارية والقسرية يمكن تصورها في الفكر السياسي الاسلامي.

وتأسيساً على ذلك لابد من التمييز بين استقالة الخليفة وعزله فقد رأينا أن رئيس الدولة في الدساتير المعاصرة يمكن أن يعزل اذا ارتكب الخيانة العظمى أو خرق الدستور، أو ارتكب الفساد أما في الاسلام، فإن المسألة أثارت الكثير من المجادلات، غير ان ما جرى الاجماع عليه هو أن الخليفة لا يمكن عزله الا بسبب جدي، لان العزل الاعتباري يؤدي الى الاستخفاف بمركزه، كما يترتب عليه عدم الاستقرار، يقول القلقشندي بهذا الصدد: (وإن كان الإمام مستقيماً الحال فليس لهم أهل العقد والحل عزله لان لو جوزنا ذلك لأدى إلى الفساد، لان الادمي ذو بدرات فلا بد من تغير الأحوال في كل وقت، فيعزلون واحداً ويولون آخر، وفي كثرة العزل

(١) د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص ٩٧.

(٢) الماوردي، المرجع السابق، ص ٣٤ كذلك آدم متر الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري أو عصر النهضة في الإسلام نقله إلى العربية محمد عبد الهادي أبو ريده، بيروت، ١٩٦٧، ص ٤٠.

والتولية زوال الهيبة وفوات الغرض من انتظام الأمر^(١) وقد تساءل البعض عن السبب الجدي الذي يوجب عزل الخليفة وقد عزا البعض من علماء المسلمين إلى أن مسألة الخيانة العظمى وخرق الدستور والفساد لم تكن معروفة بوصفها الحالي، إنما المعروف هو الكفر والفسق والظلم والتلاعب بالأموال وهدرها وهي ليست بعيدة عن الأمور الأولى^(٢).

فالكفر موجب للعزل إجماعاً لأنه يؤدي إلى حكم المسلمين من قبل شخص غير مسلم، الأمر الذي يهدد الإسلام نفسه أما الفسق والظلم والتلاعب بالأموال فيرى البعض أنها تؤدي إلى عزل الخليفة فبينما يرى البعض الآخر أنها توجب وعظه وتخويفه وعدم طاعته كلية في مخالفات للشريعة^(٣).

ومن هنا يتأكد أن المجمع عليه أن الخلافة لا تعني الحكم المطلق، ولا تختلط بحق الملوك الالهي الذي استند إليه ملوك أوربا في القرون الوسطى لتبرير سلطاتهم، ولكونها سلطة مصدرها رضا المسلمين الذي يتجسد في صورة عقد وأن الخليفة يمارس سلطاته خاضعاً لرقابة المسلمين ولهم أن يعزلوه إذا فقد المنصب لأسباب جسدية أو خلقية^(٤).

وعليه فالاستقالة تختلف عن العزل من ناحية أن الأولى تحصل بحرية واختيار الخليفة بينما العزل يكون جبراً على الخليفة ولأسباب تسوغ العزل فهي بمثابة عقوبة تفرض على الخليفة بسبب ارتكابه ما يجرحه في عدالته، وجعله فاسقاً ولكن السؤال الذي يطرح هل يستطيع الخليفة الاستقالة؟ والواقع **جوز** الفقهاء المسلمون الاستقالة ومنعوها في حالات أخرى وعلى النحو الآتي:-

(١) د. محمد طي، الإمام علي وشكل نظام الحكم، مركز الغدير للدراسات الإسلامية، ١٩٩٧، ص ٧٩ وما بعدها.

(٢) د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٣) انظر: د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٠.

(٤) راجع: د. محمد سليمان الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

المطلب الأول جواز الاستقالة

جَوَزَ الفقهاء المسلمون الاستقالة إذا كانت بسبب عجز الخليفة عن القيام بالأمر.

يقول التفتازاني (يحل عقد الإمامة بخلعه لنفسه، لعجزه عن القيام بمصالح المسلمين. وأما خلعه لنفسه بلا سبب، ففيه خلاف وكذا بانعزاله بالفسق، والأكثر أن لا ينعزل، وهو المختار من مذهب الشافعي وأبي حنيفة، وإن عزل نفسه، فإن كان لعجزه عن القيام بالأمر انعزل وإلا فلا...)^(١). وهذا رأي القلقشندي وأبي يعلى^(٢). وعليه فعلى الرغم من أن الرأي الراجح أن الفقهاء المسلمين لا يستطيعون نقض عهد الخلافة من جانبهم، ما لم يتغير حال الخليفة كما رأينا^(٣). فأنهم أجازوا للخليفة أن يخلع نفسه مختاراً من المنصب. الأمر الذي يؤدي إلى حسن سير عملية الحكم في الدولة الإسلامية، فللخليفة أن يخلع نفسه، والقول بخلع نفسه أفضل من إلزومه بالبقاء في موطن الخلافة، بل واجب حتى لا تتعطل الدولة بمرافقها وسلطاتها ومؤسساتها^(٤).

ويقول الماوردي بهذا الصدد ((إذا خلع الخليفة نفسه انتقلت إلى ولي عهده وقام خلعه مقام موته))^(٥). ويفهم من هذا أن الاستقالة من المنصب لا لا يترتب عليها أيلولة الخلافة آلياً إلى من عينه الخليفة، ولكن الخلع يقوم مقام الموت، بمعنى أنه يتعين استيفاء إجراءات تعيين الخليفة الجديد، وفقاً للخطوات المقررة شرعاً^(٦).

(١) أنظر: د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٢) د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٣) يقول الخليفة عثمان بن عفان (رض) إن الخلافة (قميص ألبسه الله إياه) لا يحق للمسلمين خلعه أو تنحيته.

أنظر: محمود اسماعيل، المرجع السابق، ص ٦١.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٥) أنظر: الماوردي، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٦) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

وقد تساءل البعض أنه: إذا أراد أن لا يكون خليفة فهل يمكن إجباره؟ وإذا كان الحكم هنا يأتي قياساً على ما حصل مع الخليفة أبي بكر فإنه حكم غير صحيح. فأبو بكر قال بعد نقاشه مع فاطمة الزهراء عليها السلام ((أقيلوني)) ولكن القوم لم يقلوا وهو لم يصر^(١).

ويمكن أن نجد للاستقالة في الفكر الإسلامي تطبيقاً وهكذا على سبيل المثال نجد الخلفاء المتأخرين في العهد العباسي ومنهم الخليفة المطيع الذي خلع نفسه غير مستكره وترك ولاية الخلافة لابنه الطائع، وذلك أن المطيع كان قد ناله فالج قديماً، وكان يستره، فظهر وتعدرت عليه الحركة، وثقل لسانه، فترك ولاية الخلافة لابنه. ثم خلع الطائع بعد ثمان عشرة سنة من حكمه وقبض عليه. واعتقل عند الخليفة القادر مكرماً حتى توفي بعد اثنتي عشرة سنة^(٢).

المطلب الثاني

حظر الاستقالة

في الدساتير المعاصرة يجوز لرئيس الدولة أن يستقيل بسبب أو بدون سبب فلا يجبر على البقاء في المنصب. أما في الفكر الإسلامي فلا بد أن يستند الخليفة في خلعه لنفسه لسبب يبرر تركه للخلافة، وعليه فإذا لم يتوفر السبب في استقالة الخليفة فتمنع، حيث جَوَّز الفقهاء الاستقالة لسبب كما أسلفنا ومنعوها في سائر الأحوال^(٣). وتشخص هنا مسألة فقهية وهي لو أصر الخليفة وترك الخلافة فهل يكون موقفه مخالفاً للشرع؟ وبأي قياس؟

إذا كان بمقياس فسخ العقود، فإن الفسخ هنا يندر أن يرتب عليه ضرر بحق الأمة، وذلك لأن الأمة تجد البديل دون عناء وصعوبة، خصوصاً وإن الخليفة أتى باختيار الأمة ورضاها وكم من حاكم يستقيل اليوم وتقبل استقالته، دون أن يحاسبه أحد عليها^(٤) وإذا كان من الزعماء الشعبيين، فإن الناس تتحرك لرفض الاستقالة ليس

(١) راجع: د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٢) آدم متر، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها.

(٣) د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٤) د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

ليس على أساس أنها فسخ للعقد ينبغي محاسبته عليه، بل على أساس مخاطبة عواطفه وحنانه ورأفته، حتى لا يتركهم لمن لا يمكن إلا أن يكون دونه، وهذه المخاطبة هي نوع من الرجاء والاستعطاف، وليس تنفيذاً لحكم قانوني^(١). أما في الشرع، فإن كانت الخلافة قائمة لمصلحة الخليفة فخلعه إياها لا ضير فيه، بينما إذا كانت لمصلحة الأمة، وتعدّر إيجاد البديل، فلا يحق له ذلك^(٢).

ولهذا عبر البعض أنه يجوز للخليفة أن يعتزل الخلافة وأن ينزل عنها فلا يجبر على البقاء فيها وإنما يؤكد الفقه أن ذلك حرام في وقت الحاجة إليه: لأن الله تعالى عاقب يونس عليه السلام لما ترك قومه والله أعلم بذلك^(٣). وأخيراً يرى الفقهاء أن استقالة الخليفة بهدف أن تتول الخلافة إلى شخص بعينه هو أمر غير مشروع. ذلك لأن الخلافة ليست حقاً أصيلاً للخليفة، وإنما هو منصب تلقاه من الأمة^(٤).

(١) أنظر: د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٢.

(٢) د. محمد طي، المرجع السابق، ص ٨٣.

(٣) د. مصطفى كمال وصفي، المرجع السابق، ص ١١٤.

(٤) د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

المبحث الثاني

النتائج المترتبة على استقالة الخليفة

إن استقالة الخليفة تؤدي بالتأكيد إلى إنهاء ولاية حكمه وإن كانت هذه الولاية غير محددة بمدة معينة بل مؤكدة كما رأينا. كذلك لاحظنا أن استقالة رئيس الدولة في دساتير الدول لا تؤثر على بقية المؤسسات الدستورية القائمة، ولكن من ناحية الواقع السياسي فربما تؤثر استقالة الرئيس على تلك المؤسسات وحسب النظام السياسي السائد في كل دولة. أما في الفكر السياسي الإسلامي فيعتبرون الخلافة نوعاً من الوكالة فتجري فيها أحكام الوكالة^(١) ويترتب على ذلك أنه إذا خلع الخليفة نفسه فلا ينعزل من ولاهم من الأمراء والوزراء. لأن تصرفات الوكيل تنصرف مباشرة إلى الأصيل. والولاة والأمراء والوزراء ليسوا وكلاء الخليفة ولكنهم وكلاء الأمة الإسلامية^(٢).

والثابت أن السلطات التي يستمدّها الخليفة من عقد الخلافة هي سلطات شخصية. أي لا تسمح تلك السلطات بأن ينقل سلطاته إلى أحد بعد وفاته أو استقالته. وكل ما له في هذا المجال ينحصر في ترشيح من يراه صالحاً لهذا المنصب، بشرط أن تكون الكلمة الأخيرة في الاختيار للمسلمين حسب الإجراءات المعروفة شرعاً^(٣).

(١) وعلى خلاف ذلك يرى بعض المحدثين، أن عقد الإمامة ليس من قبيل عقد الوكالة عن الأمة، لأن الروابط التي ينتجها عقد الإمامة تختلف عن الروابط الناجمة عن عقد الوكالة. فالأمة لا تستطيع فسخ عقد الإمامة إلا بكفر الإمام أو فسقه أو عجزه. بينما يستطيع الموكل في عقد الوكالة فسخ العقد والتعويض إذا كان له مقتضى. ثم إن الإمام يلتزم بالمبادئ التي قررها الدين، ولا يستطيع الأمة باعتبارها موكلة أن تلزمه بواجبات تخالف تلك المبادئ، بينما يلتزم الوكيل في عقد الوكالة بتنفيذ تعليمات موكله.

راجع: د. محسن العبودي، رئيس الدولة بين النظم المعاصرة والفكر السياسي الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٤٤.

(٢) د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص ٩٦.

(٣) أنظر: د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص ٢٧١.

والواقع أن استقالة الخليفة ورغم ندرة الموضوع إلا أنه قد يحدث انعكاسات كبيرة لدى المسلمين لصعوبة الشروط التي تتوفر في شخص الخليفة الأمر الذي يجعل إيجاد البديل مسألة تخطيها الصعوبات إن لم تكن متعذرة أحياناً. علاوة على أن استقالة الخليفة ربما تولد فراغاً يصعب سده في خدمة الأمة.

خاتمة

هكذا يتضح لنا أن استقالة رئيس الدولة واحدة من الأسباب التي تؤدي إلى إنهاء سدة الحكم للرئيس المستقيل وتسلم مقاليد السلطة من قبل الرئيس الجديد، ولما كان منصب رئيس الدولة هو أعلى منصب في الدولة أدركنا مدى الخطورة المترتبة على استقالته فقد تؤدي هذه الاستقالة إلى نتائج لا تحمد آثارها خاصة وإن من يتولى مقاليد الحكم قد لا يكون بمواصفات الرئيس المستقيل، مما تكون انعكاسات الاستقالة آثارها السيئة على المجتمع والدولة في آن واحد. والعكس يصح تماماً أي إذا ترتبت على الاستقالة أن يكون الرئيس البديل أفضل من الرئيس المستقيل فهنا تكون الاستقالة ضمان استقرار الحكم والدولة. وهذا ما لاحظناه في مجرى بحثنا من خلال الواقع السياسي لعدد من استقالات رؤساء بعض الدول، كان من ذلك استقالة الرئيس (يلتسن) في روسيا الاتحادية مثلاً وتسلم مقاليد السلطة الرئيس (فلاديمير بوتين) حيث أجرى هذا الأخير إصلاحات كثيرة وفي مختلف المجالات.

والاستقالة كثيراً ما تكون الحل لأزمات سياسية غالباً ما يكون ضحيتها الشعب. ففي العراق لاحظنا إن استقالة الرئيس العراقي السابق أحمد حسن البكر، والتي كانت بمثابة تتحية أكثر من كونها استقالة شكلت كشفاً حقيقياً لمهزلة نظام الحكم ورداعته على مختلف الصعد، مما أدى إلى تدهور الأوضاع في العراق بسبب الظواهر السلبية والأخطاء القاتلة في سياسة الحكم، حتى أعلن غريانتشوف الرئيس السوفيتي السابق في وقت سابق على احتلال العراق أن استقالة صدام حسين تشكل المخرج الوحيد من الوضع القائم آنذاك، وأضاف غريانتشوف إن الحل الوحيد يتمثل في إعلان الرئيس العراقي صدام حسين عن تخليه عن السلطة والابتعاد عن الساحة السياسية وفتح الباب أمام الإصلاحات. أيضاً طرح الرئيس المصري حسني مبارك آنذاك مسألة استقالة الرئيس العراقي مخرجاً للحل.

وأخيراً ومن الضروري أن لا يكون الحاكم عبداً لكرسي السلطة خصوصاً إذا تحرك الشعب وطلب من الرئيس الاستقالة، كان على هذا الأخير تلبية مطالب الشعب بغية تقادي زعزعت الوضع السياسي في الدولة في حالة عدم الاستقالة. ونؤكد هنا القول أن الفكر السياسي الإسلامي أرسى موضوع استقالة رئيس الدولة (الخليفة) وجميع ما يتعلق بها من ضوابط ودفع بها أشواطاً بعيدة في طريق يتجاوز القانون الوضعي.

المصادر

أولاً: باللغة العربية:

١. د. أحمد سرحان، النظم السياسي والدستورية في لبنان وكافة الدول العربية، دار الفكر العربي، بيروت، ط١، ١٩٩٠.
٢. آدم متز، الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري أو عصر النهضة في الإسلام، نقله إلى العربية محمد عبد الهادي أبو ريده، بيروت، ١٩٦٧.
٣. د. إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، بيروت، لبنان، ١٩٩٦.
٤. الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، بغداد، ١٩٨٩.
٥. صديق فوزي، الوافي في شرح القانون الدستوري، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٩٤.
٦. د. إلياس شوفاني، إسرائيل في خمسين عاماً، دمشق، ٢٠٠٢.
٧. جواد هاشم، مذكرات وزير عراقي مع البكر وصادم، ذكريات في السياسة العراقية ١٩٦٧ - ٢٠٠٠، بيروت، ط١، ٢٠٠٣.
٨. د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣.
٩. د. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، معهد الدراسات العربية العالية، ١٩٦٧.
١٠. صبري جريس وأحمد خليفة، دليل إسرائيل العام، بيروت، ١٩٩٧.
١١. د. عبد الحميد متولي، نظرات في أنظمة الحكم في الدول النامية وبوجه خاص في مصر، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

١٢. د. عبد الله إبراهيم ناصف، مدى توازن السلطة مع المسؤولية في الدولة الحديثة، موسوعة الفقه والقضاء، ج ٥١، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ١٩٨٠
١٣. د. محمد طي، الإمام علي ومشكلة نظام الحكم، مركز الغدير للدراسات الإسلامية، ١٩٩٧
١٤. د. محمود حلمي، نظام الحكم الإسلامي مقارناً بالنظم المعاصرة، دار الفكر العربي، ط ١، ١٩٧٠
١٥. د. محمود إسماعيل، تاريخ الحضارة العربية الإسلامية، الكويت، ط ١، ١٩٩٠
١٦. د. مصطفى كمال وصفي، النظام الدستوري في الإسلام، الناشر مكتبة وهبة، مطبعة الأمانة، ط ١، ١٩٧٤
١٧. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ومبادئ الأنظمة السياسية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٤
١٨. د. محسن خليل، النظم السياسية والدستور اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٩
١٩. د. يحيى الجمل، الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- 1- G. Burdean: droit constitutionnel et institutions politiques. Paris. 1974.
- 2- M. duverger: institutions politiques et droit constitutionnel. Paris. 1963.
- 3- A,Hauriou: droit constituionnel dt institutions politiques. Paris. 1970.
- 4- Perou: Actualites 2000 sur net.
- 5- constitue.
- 6- empeachment du president de la republique sur net.
- 7- constitution du Portugal sur net.
- 8- constitution du monde sur net.

التطور الحديث لعقد الالتزام
عقد البناء والتشغيل
ونقل الملكية

B.O.T

الدكتور مازن ليلو راضي

/ جامعة القادسية

التطور الحديث لعقد الالتزام
عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

B.O.T

. . مازن ليلو راضي
ية /

الخلاصة

أفرز الواقع الاقتصادي والقانون نوع جديد من العقود أصبح شائعاً في الوقت الحاضر تسمى عقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية) وتتضمن بعض الأنواع المتشابهة الأخرى وبصورة عامة هذه العقود مهمة جداً في الدول التي تتجه نحو تحويل اقتصادها إلى الاقتصاد الحر وفي الدول التي تسعى إلى التطور ولا تملك ميزانية كاملة ويكون الاعتماد في هذا النوع من العقود على القطاع الخاص الخارجي أو الداخلي.

وقد أثار إتباع هذا الأسلوب نقاش كبير بين الفقهاء القانونيين والاقتصاديين من حيث طبيعتها والآثار المترتبة عليه فمنهم من ذهب إلى أنه شكل من أشكال العقود الإدارية بينما ذهب آخرون إلى أنه نوع من عقود القانون الخاص. وفي هذا البحث الموجز نتطرق إلى التعريف بهذه العقود وطبيعتها القانونية وأطرافها والحقوق والواجبات التي تترتب عليها.

Summary

Buld Operate and Transfer Contracts ((B.O.T))

At first there is a new kind of contract become very popular now or in the last decades, These contracts have been called B.O.T contracts for (construction and operation and to transport). So it has included many of other kind. Generally this kind of contract is very important in country, which go towards transfer its economics to the free economics.

And this kind of contract depends on private sector in the outside and inside. Therefore to raise the followers of this style a great discussion between legal jurisprudence and the economists from the nature of this kind from contracts and the influence which effects on it. So one of them go to the kind of administration contracts kinds while the others go to the kind of the private legal. And in this summary research we deal with definition by these contracts and its legal nature and its parts and the rights and tasks that effects on them.

تمهيد

تعد التنمية الاقتصادية اليوم الهدف الرئيسي الذي تسعى جميع الدول إلى تحقيقه لاسيما تلك الدول التي تعجز إمكانيتها المالية عن النهوض بمشاريع البنية الأساسية.

ولتحقيق هذا الهدف كان لابد للحكومات من الانسحاب من النشاط الاقتصادي لتفصح المجال إلى القطاع الخاص المحلي والأجنبي للقيام بالجزء الأكبر من المهمة. وكانت مشروعات البوت B.O.T الأساس الذي اعتمدته الكثير من الدول للقيام بمثل هذا الدور عن طريق حصول جهات غير حكومية على امتياز حكومي لإنشاء مرفق عام وتشغيله ومن ثم نقل ملكيته للحكومة.

المبحث الأول

ماهية عقود البوت

يقصد بعقود أو مشروعات البوت B.O.T تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية كانت أم أجنبية سواء أكانت من القطاع العام أو القطاع الخاص وذلك لإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة على حساب الشركة وبنفقاتها، وتتولى هذه الشركة تشغيل المشروع وإدارته مدة معينة بشروط معينة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة وأخيراً تنقل الشركة ملكية المشروع في حالة جيدة إلى الدولة أو الجهة المتعاقدة معها^(١).

في حين عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الانسترا) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية امتياز وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناء وتشغيل وإدارة المشروع لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة^(٢).

ومصطلح البوت هو اختصار لثلاث كلمات هي Build وتعني بناء و Operate وتعني تشغيل و Transfer وتعني نقل ملكية.

(١) ينظر: - د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٣٥٦.

- د. محمد محمد بدران، نحو آفاق جديدة للخصخصة، مقالات بمركز الدراسات القانونية، جامعة القاهرة، ص ٢.

- د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٣٨.

- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) د. جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت.

وقد حققت هذه المشاريع نجاحات كبيرة في الدول التي اعتمدتها كونها تقدم حلاً لمشكلة تمويل هذه المشاريع الكبيرة كالمطارات ومحطات الكهرباء والمجمعات الصناعية.

وإذا كان مسمى البوت حديثاً نسبياً فإن مفهومه معروف من فترة طويلة وقد كانت فرنسا رائدة في هذا المجال، ثم تبعتها مصر من الدول العربية ولعل مشروع قناة السويس من أشهر مشروعات البوت في العالم والتي تم افتتاحها عام ١٧٨٢ وكانت مدة الامتياز فيها ٩٩ عاماً، إلا أنه تم إنهاء الامتياز عام ١٩٦٥ بتأميم القناة^(١).

وعقود البوت ليست شكلاً واحداً وإنما تحتوي صوراً متعددة بالإضافة إلى الشكل الرئيس الذي أوضحناه آنفاً.

أولاً: أشكال عقد البوت:

من المهم عدم الخلط بين الشكل الرئيس لعقد البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية) والعقود المشابهة له والتي تتفق معه في كثير من العناصر، ومنها ما يلي:

١- عقد B.O.O.T:

وهو اختصار للكلمات Build - Operate - Ownership - Transfer ويمكن تسميته بعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل. ويتضمن قيام الإدارة بمنح امتياز لشركة المشروع لبناء مرفق وتملكه وتشغيله لمدة معينة وبعد انتهاء هذه المدة يتم نقل ملكية المرفق إلى الجهة مانحة الامتياز بحالة ممتازة وقابلة للاستمرار.

وتتميز هذه الصورة عن الصورة السابقة في أنها تتيح للشركة ملكية المشروع مدة العقد في حين يكون المشروع للجهة الإدارية أثناء البناء والتشغيل في عقد الـ B.O.T.

(١) د. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T، بحث منشور ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، أكاديمية السادات، ٢٠٠١، ص ٨٢.

٢- عقد B.L.T

وهو اختصار للكلمات Build – Lease – Transfer ويمكن تسميته بعقد البناء والإيجار ونقل الملكية. ومضمون هذا العقد أن تقوم الشركة ببناء المشروع وتستأجره من الدولة خلال فترة زمنية معينة تؤول بعدها الملكية إلى الدولة ويحصل المتعاقد خلال فترة العقد على إيرادات المشروع مقابل سداد القيمة الإيجارية المتفق عليها.

٣- عقد M.O.O.T

وهو اختصار للكلمات Modernize – Own – Operate – Transfer ويمكن تسميته بعقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية. ويتضمن هذا العقد اتفاق الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع إحدى شركات القطاع الخاص على تحديث أحد المشروعات مقابل تملك المشروع وتشغيله فترة معينة والحصول على إيرادات المشروع على أن يتم نقل ملكية المشروع في النهاية إلى الدولة أو الشخص المعنوي العام.

٤- عقد B.T.O

وهو اختصار للكلمات Build – Transfer – Operate ويمكن أن نطلق عليه عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل ويعني قيام الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بالاتفاق مع أحد شركات القطاع الخاص على إنشاء أحد المشروعات ثم نقل ملكيته للدولة أو ذلك الشخص المعنوي العام مقابل إبرام عقد جديد يتضمن إدارة وتشغيل هذا المشروع من قبل الشركة خلال المدة المتفق عليها مقابل حصص إيرادات المشروع^(١).

(١) وهذه الصور هي أكثر صور عقد البوت انتشاراً وهناك الكثير من الصور الأخرى والتي يفرزها الواقع يوماً بعد آخر ومنها باختصار:

١- عقد البناء والتملك والتشغيل B.O.O

Build – Own – Operate

٢- عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل D.B.F.O

Design – Build – Finance – Operate

ثانياً: أهمية عقود البوت B.O.T

تتمتع عقود البوت بأهمية كبيرة خاصة في الدول النامية التي تفتقر إلى القدرة على تمويل مشاريعها الاقتصادية وتسعى إلى التخفيف عن كاهل ميزانيتها بإنشاء وتشغيل بعض المرافق من قبل القطاع الخاص ونقل ملكيتها بعد فترة إلى الدولة. كما يحقق نظام البوت المزايا التالية:

- ١- إنها توفر للدولة مصادر تميل إضافية للبنى التحتية من خلال مساهمة القطاع الخاص المحلي أو الأجنبي مما يخفف عن كاهل الدولة ويسمح بتدفق الاستثمارات الأجنبية.
- ٢- تساهم مشروعات البوت في نقل التكنولوجيا والمهارات والخبرات التي يتمتع بها القطاع الخاص خاصة إذا ما كانت الشركة المتعاقدة من شركات القطاع الخاص الأجنبي.
- ٣- تساهم مشروعات البوت في نقل مخاطر العملية الاقتصادية من الدولة إلى القطاع الخاص.
- ٤- تساهم مشروعات البوت في عملية التحول إلى اقتصاد السوق وتقليل الاعتماد على النشاط العام الذي أثبت فشله في الكثير من الدول العربية،

٣- عقد التجديد والتملك والتشغيل R.O.O

Rehabilitate – Own – Operate

٤- عقد البناء والتمويل والتحويل B.F.T

Build – Finance – Transfer

٥- عقد التأجير والتدريب والتحويل L.T.T

Lease – Training – Transfer

للمزيد ينظر:

- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٣٥٦ ما بعدها.

- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٦ وما بعدها.

- د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، أكاديمية السادات، ٢٠٠١، ص ١٢.

ولاشك أن سياسة الخصخصة التي يتبناها العراق اليوم تستدعي الاعتماد على هذه المشاريع خاصة في ضوء قلة الإيرادات وارتفاع مديونية الدولة. على أن هذه المميزات لا تنفي وجود بعض المحاذير التي تكتنف هذه المشاريع والمتمثلة في أنه وبعد إنشاء هذه المشاريع يتم تحويل أرباحها إلى الخارج دون أي قيود^(١).

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقود البوت

ثار بشأن طبيعة عقود البوت خلاف فقهي كبير فقد ذهب البعض إلى نفي الصفة التعاقدية عن مشروعات البوت في الوقت الذي ذهب البعض إلى أنها من قبيل عقود القانون الخاص وذهب آخرون إلى أنها ذات طبيعة خاصة بينما أكد الاتجاه الغالب على أنها عقود إدارية وهي امتداد وتطور لعقد الالتزام أو امتياز المرافق العامة.

أولاً: مشروعات البوت B.O.T هي تنظيم:

ذهب جانب من الفقه إلى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هي في حقيقتها تنظيم اقتصادي وليس اتفاقاً أو عقد ويلزم لتنفيذه العديد من الاتفاقات المتشابهة والمتعددة بين أطراف مختلفة^(٢).

وإذا كانت الاتفاقات الفرعية كثيرة ومتشعبة في عقود البوت كتلك التي تبرمها الشركة صاحبة الامتياز مع الموردين لتوريد الآلات والمعدات ومستلزمات التشغيل

(١) من الجدير بالذكر أن الرسم الذي يتقاضاه الملتزم في عقود البوت في مصر لا يخضع للقواعد التي ينص عليها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بعقود الالتزام وأهمها تلك التي تتعلق بتقييد حق الملتزم في صافي أرباح المرفق بنسبة ١٠٪ فالأصل في عقود البوت هو استثناء الملتزم بكل أرباح المرفق فترة الامتياز. ينظر: د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، ص ٧٢ وما بعدها، جابر نصار، المصدر السابق، ص ٥٩.

(٢) هاني سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٩، ١٩٩٩، ص ٥.

والاحتياجات المختلفة الأخرى. ومع المقاولين والخبراء والبنوك الممولة وشركات التأمين وأصحاب المصالح الخاصة من المساهمين. فإن هذه الاتفاقات ترتبط بالعقد الرئيسي بين الإدارة وشركة المشروع ولا تؤثر في الطبيعة التعاقدية لمشروعات البوت.

ثانياً: عقود البوت B.O.T من عقود القانون الخاص

ذهب الاتجاه الثاني من الفقه إلى أن عقود البوت هي من عقود الاستثمار الأجنبي وهي من عقود القانون الخاص التي تخضع للقانون المدني والتجاري وينعقد الاختصاص في شأنها للقضاء العادي ما لم ينص في العقد على شرط التحكيم^(١). ويعتمد هذا الرأي على أن هذه العقود تقوم في الأساس على وجود حقوق والتزامات متوازنة بين طرفي العقد بحكم أن شركة المشروع غالباً ما تكون من القوة بحيث تفرض شروطها وتكون نداً للدولة خاصة إذا ما كانت تلك الشركة أجنبية وعندئذ يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يحكم عقود القانون الخاص. من جانب آخر فإن فكرة العولمة والخصخصة التي تسود العالم اليوم تفرض على الدولة أن تكون تعاقداتها كالأفراد دون تمييز لها لأنها إن تميزت بسلطاتها الاستثنائية فلن تجد متعاقداً يتعاقد معها ولديه القدرة التكنولوجية^(٢). ويضيف أنصار هذا الاتجاه بأن عقود البوت ما هي في الحقيقة إلا وسيلة للتمويل سواء أكان المرفق عاماً أم خاصاً أكثر منها عقوداً لإدارة المرفق العام كما في عقد الالتزام^(٣).

(١) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، المصدر السابق، ص ٣٨٤.

(٢) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٨١.

(٣) د. محمد محمد بدران، البوت في القانون المصري، مركز البحوث والدراسات القانونية، ٢٠٠١، ص ١١.

ثالثاً: عقد البوت B.O.T ذو طبيعة خاصة

ذهب البعض إلى أن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة رغم أن لها جذور تتمثل في عقود الامتياز فإنها تتميز عنها لأن عقود البوت يتم إبرامها من خلال آليات متعددة ولكل عقد ظروفه الخاصة.

ومن أنصار هذا الاتجاه الدكتور أنس جعفر الذي يذهب إلى أن هذه العقود يتم إبرامها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين وأصبحت مفهوماً جديداً في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها شركة المشروع.

ويضيف أنه لذلك يصعب وضع تكيف محدد ثابت لهذه العقود وإنما يلزم مراجعة كل عقد على حدة وعمماً إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوافر فيه من عدمه فإذا توافرت عناصر العقد الإداري مكتملة كان العقد إدارياً وإلا كان مدنياً^(١).

ويؤيد هذا الاتجاه بمراجعات مجلس الدولة المصري الذي يعد بعض عقود البوت عقوداً إدارية في حين عدّ بعضها الآخر عقوداً مدنية.

رابعاً: عقود البوت B.O.T عقوداً إدارية

ذهب الجانب الغالب من الفقه إلى القول بأن عقود البوت هي عقود إدارية وهي امتداد لعقد الامتياز تحت مسمى جديد.

كون هذا العقد يحتوي على الشروط الواجب توافرها في العقود الإدارية، فالإدارة طرفاً فيه وهو يتصل بنشاط مرفق عام بقصد تنظيمه أو تسييره، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

كما يخضع عقد البوت لمراجعة القضاء الإداري ما لم ينص العقد على شرط اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عنه.

(١) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٨٣.

وإذا كان نؤيد هذا الاتجاه ونسلم بأن عقود البوت B.O.T هي تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة وإن القواعد التي تحكم عقد الالتزام تطبق على هذه العقود بالقدر الذي يتفق مع مضمونها.

فعقد الامتياز وفق المستقر قضاء عقد يتعهد به أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع لها بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح^(١). وفي هذا المعنى هناك الكثير من الاختلافات بين عقد الامتياز وعقود ال-B.O.T يمكن إيجاز بعضها بما يلي:

١- في الوقت الذي يتعلق عقد الامتياز بتقديم خدمة مباشرة للجمهور ويحصل الملتزم على مقابل هذه الخدمة من جمهور المنتفعين، فإن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) ليس بالضرورة أن يتم بتلك الصورة فغالباً ما تلتزم الدولة بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع^(٢).

٢- إن بعض صور عقود البوت B.O.T كعقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T، تمنح الشركة حق تملك المشروع في فترة تشغيلية ملكية تامة، وهذا يتعارض مع مضمون عقد التزام المرافق العامة حيث يبقى المرفق مملوك للدولة.

٣- مع أن عقد البوت صورة متطورة لعقد الالتزام ويتعلق بنشاط مرفق عام، فإنه يتميز عنه في أن الدولة كثيراً ما تفتقد فيه امتيازها كسلطة عامة، وتقرط في منح شركة المشروع الكثير من المزايا التي تضعها في مركز الند من الدولة مما يحملها على الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتقاعدين.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، ٣٢٥ في ١٩٥٦، المجموعة س ١٠، ص ٢٥٩.

(٢) د. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية b.o.o.t، بحث منشور في سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، أكاديمية السادات، ٢٠٠١، ص ٨٨.

وهو ما يفسر خلو الكثير من عقود البوت من الشروط الاستثنائية التي تمثل
العنصر الثالث الذي يضيف الصبغة الإدارية على العقد.

ولعل تلك الطبيعة الخاصة بعقود البوت هي التي حملت المشرع المصري على
النص في أغلب مشروعات البوت على عدم خضوعها لأحكام القانون رقم ١٢٩
لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزام المرافق العامة. ومن ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦
الخاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر
والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العام لإنشاء وإدارة واستغلال
المطارات وأراضي الدولة.

فقد نص القانونين على أن لا تزيد مدة الالتزام على تسعة وتسعون سنة، أي
أنهم لم يقيدا الإدارة بالمدة الواردة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والتي لا تزيد
على الثلاثين عاماً^(١).

-
- (١) أورد قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ العديد من الضمانات والإعفاءات التي
يتمتع بها المتعاقد مع الحكومة في عقود البوت ومن ذلك:
- لا يجوز تأميم شركة المشروع أو مصادرتها، م٨.
 - لا يجوز فرض الحراسة بالطريق الإداري على شركة المشروع أو الحجز على أموالها أو
الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها، م٩.
 - لا يجوز لأي جهة إدارية التدخل في تسعير منتجات الشركة أو تحديد أرباحها، م١٠.
 - لا يجوز لأي جهة إدارية إلغاء أو إيقاف الترخيص بالانتفاع بالعقارات التي رخص الانتفاع
بها للشركة إلا في حالة مخالفة شروط الترخيص، م١١.
 - لشركة المشروع الحق في تملك أراضي البناء والعقارات المبنية اللازمة لمباشرة نشاطها
والتوسع أياً كانت جنسية الشركاء أو محال إقامتهم ونسب مشاركتهم، م١٢.
 - للشركة أن تستورد بذاتها أو عن طريق الغير ما تحتاج إليه في إنشاءها أو التوسع فيها أو
تشغيلها من مستلزمات إنتاج ومواد وآلات ومعدات وقطع غيار ووسائل نقل مناسبة لطبيعة
نشاطها وذلك دون حاجة لقيدتها في سجل المستوردين، م١٣.

المبحث الثالث

أطراف عقد البوت B.O.T

أولاً: الجهة مانحة الالتزام

تقوم مشروعات البوت على طرفين هما الجهة المانحة الالتزام أو الدولة والملتزم أو شركة المشروع.

يتم منح الامتياز في أغلب عقود البوت عن طريق الدولة ممثلة بالوزارات والمؤسسات والهيئات والأشخاص المعنوية العامة الأخرى إقليمية كانت أم مرفقية. وليس في القضاء الإداري الفرنسي والمصري ما يمنع من أن تبرم أشخاص القانون الخاص عقود البوت باسم الإدارة ولحسابها^(١). مع أن هذا الاحتمال قليلاً ما يحصل في هذا النوع من العقود.

وبالنظر لخطورة وأهمية عقود البوت B.O.T فإن إبرامها في مصر يتم بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص^(٢).

ومن المهم الإشارة إلى أن ليس هناك ما يمنع من أن تكون الجهة المانحة للامتياز في عقود البوت شخص من أشخاص القانون الخاص. غير أن هذا العقد يكون حتماً من عقود القانون الخاص ولو أبرم لتحقيق مصلحة عامة.

ثانياً: الملتزم أو صاحب الامتياز

يسمى الملتزم أو صاحب الامتياز في البوت - شركة المشروع - وهي الطرف الذي يلتزم بالبناء والتشغيل ونقل ملكية المشروع.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢٤ مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، السنة العاشرة، ص ٣٠٧.

(٢) من الجدير بالذكر أن قانون التزام المرافق العامة في مصر رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ينص في المادة الأولى على أن (يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الأتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب ويكون تعديل ما عدا ذلك بقرار من الوزير المختص).

وفي عقود البوت B.O.T لا يمكن النظر إلى شركة المشروع دون اعتبارها مجموعة أو اتحاد مالي ناتج عن العديد من التعاقدات التي تبرم في إطار العقد الرئيس مع المتعاقدين الآخرين.

كما تتضمن عقود البوت سلسلة من الإجراءات تتضمن دراسات جدوى وعمل رسومات وتقديم عطاءات وإقامة منشآت وتوريد آلات وأجهزة، ويساهم في تنفيذ هذا العقد الكثير من الخبراء والمستشارين، كما وبسبب ضخامة مشروعات البوت وضرورة توافر هذه الخبرات والأموال في إبرامها وتنفيذها نجد أن شركة المشروع غالباً ما تلجأ إلى التعاقد مع شركات ومنشآت متخصصة لتنفيذ التزاماتها التي يتضمنها العقد الرئيسي^(١).

وهذه التعاقدات أثارت بعض الإشكالات القانونية غير إن الاتجاه الغالب اعتبار هذه الشركات شركة واحدة وفي هذا المجال أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٧٠/١١/١٧ بأن (اتفاق مجموعة الشركات أو الكونسورتيوم يعتبر شركة فعلية وذلك على أساس أن المشروعات الثلاثة المجتمعة أو اتفاق الكونسورتيوم قد تم تكمينه لتحقيق هدف مشترك يتلخص في إنجاز عمل عام ومن ثم فإن كل مشروع من هذه المشروعات الثلاثة يستخدم إمكانياته المتاحة للوصول إلى النتيجة النهائية، هذا فضلاً عن إن كل مشروع من هذه المشروعات يشارك في المكسب أو الخسارة التي قد يتمخض عنها الاتحاد)^(٢).

(١) ينظر:

- د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها، المصدر السابق، ص ٣٠.

- د. حمدي عبد العظيم، المصدر السابق، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) Cass.com.17 November 1970,D.1971,P.206

أشار إليه د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ١٣٨.

المبحث الرابع

الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد البوت B.O.T

إذا أبرم عقد البوت فإنه يرتب جملة من الآثار على طرفي المتعاقدين تتمثل في الحقوق والالتزامات يتمتع بها الإدارة من جهة وما يقابلها من حقوق والالتزامات التي تتمتع بها المتعاقد معها من جهة أخرى.

وعلى عكس ما هو مستقر في العقود الإدارية التقليدية فإن ما تملكه الإدارة من امتيازات ينحسر إلى حد كبير في مقابل ما تتمتع به شركة المشروع من امتيازات وضمانات بتأثير الطبيعة الخاصة لهذه العقود وفق ما تستعرضه باختصار:

أولاً: حقوق الملتزم في عقد البوت B.O.T

يولد عقد البوت مجموعة من الحقوق والالتزامات يمكن إيجازها في ما يلي:

١- الانفراد في استغلال المرفق العام عن طريق الاحتكار أو عن طريق الامتياز فلا يجوز لغير الملتزم أن يستغل هذا المرفق. وهذا ما يطلق عليه بالاحتكار القانوني وهو ما يحصل غالباً في المرافق العامة الاقتصادية التي لا تختمل المنافسة^(١).

٢- إذا كان العقد من قبيل عقود البناء والتملك والتشغيل والتحويل (B.O.O.T)، فإن العقد يقوم على أساس تملك شركة المشروع لأصول المرفق ملكية تامة وخالصة بحيث يمكنها رهن أصول المشروع في هذه الحالة. بغرض تمويله وهو الأمر الذي يتعارض مع مفهوم وجوه عقود التزام المرافق العامة والتي تفترض أن المرفق مملوك ملكية عامة للدولة أو على الأقل خاضع لهيمنة سلطة الإدارة^(٢).

(١) د إبراهيم زكي، نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية، أكاديمية السادات، ٢٠٠١، ص ١٠٢.

(٢) د. جمال عثمان جبريل، المصدر السابق، ص ٨٩.

٣- تمكين الملتزم من أن يقوم بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله ويتضمن هذا الحق التزام الجهة مانحة الالتزام بمنح شركة المشروع التراخيص اللازمة لإنشاء المرفق وإدارته.

٤- للشركة صاحبة الامتياز الحق في تقاضي المقابل المالي والمتمثل في الرسوم والعوائد التي يحصل عليها الملتزم من المنتفعين بخدمات المشروع أو المرفق، ويتم تحديد هذا المقابل بالاتفاق المسبق بين الإدارة وشركة المشروع. وإذا كان هذا المقابل يتم الحصول عليه من جمهور المنتفعين أو المستخدمين في عقود الامتياز فإن الحال ليس كذلك دائماً في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، إذ أن التطبيقات الحديثة قد جرت على قيام الدولة بالالتزام بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع^(١).

٥- ضمان التوازن المالي للعقد. تملك الإدارة سلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو نقصان التزامات شركة المشروع، غير أن الشركة تملك في مقابل ذلك الحق في الحصول على التعويض العادل الذي يغطي ما لحق الشركة من خسارة وما فاتها من كسب.

وإذا كان المستقر في أحكام القضاء والفقه الإداريين أن التوازن المالي لعقد الامتياز لا يعني الجمود الحسابي بين الحقوق والالتزامات، وإنما يقصد به أن مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة^(٢). فإن الرأي الراجح يذهب إلى أن نظرية التوازن المالي للعقد تتخذ بعداً جديداً أكثر تطوراً في عقود البوت وتستهدف ليس فقط ضرورة التوازن بين التزامات الطرفين في العقد الإداري وإنما ضرورة تعادل هذه الالتزامات^(٣).

(١) د. جمال عثمان جبريل، المصدر السابق، ص ٨٨.

(٢) ينظر:

- تقرير مفوض الدولة ليون بلوم leon blum في قضية الشركة الفرنسية العامة للترام، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مارسو تون بروميسير في - جي بريان، ترجمة، د. أحمد يسري، ص ١٢٧.

(٣) د. جابر جاد نصار، المصدر السابق، ص ١٦٢.

ثانياً: واجبات الملتوك في عقد البوت B.O.T

ينشأ عن عقد البوت في مقابل حقوق شركة المشروع واجبات والتزامات يمكن عرض أهمها فيما يلي:

١- **الالتزام بالقيام بإنشاء المشروع:** وهو الالتزام الأصيل على الملتزم والذي دفع الإدارة إلى إبرام العقد لتجنب نفقات إنشائه.

وفي هذه المرحلة يكون للإدارة الحق في الرقابة على إنشاء الشركة للمرفق وتنفيذه وفق الرسومات والمواصفات المنصوص عليها في العقد والوثائق الملحقة به.

٢- **إدارة المرفق:** ويتضمن هذا الالتزام حسن إدارة الشركة للمرفق وتقيدها بالأسعار المتفق عليها مع الجهة مانحة الالتزام والتي تقتضيها المصلحة العامة والمساواة بين جمهور المنتفعين^(١).

٣- **عدم جواز نقل الالتزام:** يتمثل هذا الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد وعدم جواز نقل الالتزام أو النزول عنه لأن عقد الـ B.O.T قائم على الاعتبار الشخصي وأي خروج على هذا الالتزام يبرر لجهة الإدارة إسقاط الامتياز.

٤- **التزام الشركة المتعاقدة بمدد تنفيذ المشروع:** يعد التزام الشركة باحترام مدد التنفيذ من الالتزامات الجوهرية في عقود البوت B.O.T كما في عقود الالتزام عامة لتعليق هذا الالتزام بالمصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة^(٢).

٥- **الالتزام بنقل الملكية:** الالتزام الجوهري الأخير في عقود البوت يتمثل في نقل ملكية المرفق أو المشروع للجهة مانحة الامتياز بعد انتهاء المدة المحددة وأن يكون المشروع بحالة جيدة وقابلة للاستمرار^(٣).

الخاتمة

(١) د. إبراهيم زكي، المصدر السابق، ص ١٠٥.

(٢) د. جيهان حسن سيد أحمد، المصدر السابق، ص ٦٦.

(٣) عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المصدر السابق، ص ١٤٣.

من العرض السابق لموضوع عقد البوت B.O.T يتبين لنا أن هذا العقد يعد صورة متطورة لعقد الامتياز المعروف في نطاق القانون الإداري.

وإن هذه الصورة أملتھا الظروف الاقتصادية التي تمر بها الدول النامية من حيث عدم قدرتها على تمويل المشاريع الكبرى اللازمة للتنمية والتحول إلى اقتصاد السوق. فهو يتيح لشركة من القطاع الخاص القيام بإنشاء المرفق العام وتشغيله مدة العقد ثم تنقل ملكيته إلى الدولة دون أن تتكبد الأخيرة عناء تمويله.

ومما لاشك فيه أن العراق في الوقت الحاضر من أكثر الدول حاجة إلى مثل هذا النوع من العقود التي تضمن مشاركة أوسع للاستثمار الأجنبي الذي يخفف العبء عن كاهل الدولة للنهوض بمشاريع البنية الأساسية مثلما هو في حاجة إلى مساهمة القطاع الخاص المحلي.

وإذا كانت التشريعات العراقية قد نظمت إلى حد كبير الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود الإدارية فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تستلزم إصدار تشريع خاص بها يضمن تحقيق أعظم فائدة منها وبأقل قدر من المخاطر.

ولعل في قانون إدارة الدولة العراقي المؤقت والشريعات الصادرة بشأن الاستثمار الأجنبي الأرضية المناسبة للبدء بهذا التحول الاقتصادي نحو الخصخصة واقتصاد السوق.

المصادر

أولاً: الكتب والمؤلفات

- ١- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣،
- ٢- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣،
- ٣- د. جابر جاد نصار، عقود الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢،
- ٤- د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢،
- ٥- د. جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت، ٢٠٠٢،
- ٦- د. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، العقود الإدارية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٠٢،
- ٧- مارسولون، بروسبيرفي، جي بريان، ترجمة: د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية.

ثانياً: البحوث والمقالات

- ١- إبراهيم زكي، نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، أكاديمية السادات، ٢٠٠١،
- ٢- د. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T، أكاديمية السادات، ٢٠٠١،
- ٣- د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، أكاديمية السادات، ٢٠٠١،
- ٤- د. هاني سري، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٩، ١٩٩٩،

- ٥- د. محمد محمد بدران، البوت في القانون المصري، مركز البحوث والدراسات القانونية، ٢٠٠١
- ٦- د. محمد محمد بدران، نحو آفاق جديدة للخصخصة، مركز الدراسات القانونية، جامعة القاهرة، ١٩٩٩.

مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر

في سوق الأوراق المالية

الدكتورة

آلاء يعقوب يوسف

مدرس في كلية الحقوق

جامعة النهرين

مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر في سوق الأوراق المالية

د. آلاء يعقوب يوسف

كلية الحقوق / جامعة النهرين

ملخص

ينظم المشرع العراقي التعامل في الأوراق المالية في أسواق الأوراق المالية بقواعد خاصة. ومن هذه القواعد تلك التي تمنع أن يتم التعامل بالأوراق المالية مباشرة بين البائع والمشتري، وتفرض أن يتم مثل هذا التعامل بوساطة الوسيط المجازين والمسجلين في سوق الأوراق المالية وبخلافه فإن التعامل يكون باطلاً. وإذا كان المستثمر - بائعاً أو مشترياً - ملزماً بالتعاقد مع وسيط فإن الأمر يتطلب حماية مصالحه في حالة إخلال الوسيط بالتزاماته. وأحد وسائل حماية المستثمر إثارة مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر. وتخضع هذه المسؤولية في كثير من أحكامها إلى القواعد العامة. إلا أن القواعد العامة في المسؤولية المدنية تعجز في كثير من الأحيان عن تحقيق الحماية للمستثمر نظراً لخصوصية المركز القانوني للطرفين. وتحليل هذه القواعد وبيان أوجه النقص فيها واقتراح قواعد خاصة ملائمة بما يعزز ويشجع التعامل في سوق الأوراق المالية هو ما يهدف إليه هذا البحث.

Stock brokers liability towards investor in the bourse

Summery

Iraqi legislator organizes dealing with stocks in bourses by private rules, among them these, which forbid dealing with stocks directly between the seller and purchaser. And impose to deal via authorized and registered broker in the bourse; otherwise the dealing will be invalid. And if the investor has to deal with the broker, then he will need a legal protection to his interests, in the case of misconduct by the broker. And one of the means to protect investor the legal liability of broker towards the investor. This liability subjects mainly to the general rules of civil liability, but these rules are not sufficient in many cases to protect the investor because of the special legal position of both the investor and broker. Elaboration of these rules and revealing its lack and shortage and suggestion of substitute suitable rules is the aim of this research.

المقدمة:

تعد أسواق الأوراق المالية صورة من صور تطور الحياة الاقتصادية إذ لم تظهر هذه الأسواق إلى حيز الوجود حتى بلغت الحياة التجارية والاقتصادية مرحلة معينة من التطور. فقد ساهم ظهور الشركات التجارية الكبرى وخاصة المساهمة منها وما تبعه من إصدار أسهم وسندات لتلك الشركات وغيرها مما يدخل تحت مفهوم الأوراق المالية في خلق سوق جديدة لنوع جديد من السلع هو هذه الأوراق المالية. بيد أن تداول الأوراق المالية في إطار سوق الأوراق المالية لا يمكن أن يتم بموجب ذات القواعد التي تحكم تداول أي سلعة أخرى بيعاً وشراءً. فالأوراق المالية هي سلع ذات طبيعة خاصة إذ أنها ترتبط بالمركز المالي للجهة التي أصدرتها، يستوي في ذلك أن تكون هذه الجهة إذ أنها ترتبط بالمركز المالي للجهة التي أصدرتها، يستوي في ذلك أن تكون هذه الجهة إحدى مؤسسات القانون العام كالدولة ومؤسساتها أو أن تكون جهة تابعة للقانون الخاص كالشركات التجارية بناءً على ذلك فإن المشرع يخصص هذا التداول بقواعد خاصة تضمها قوانين وأنظمة خاصة تحكم هذا التداول وتنظم المراكز القانونية التي تكون طرفاً فيه. وتهدف هذه القواعد بمجملها إلى السيطرة على تداول الأوراق المالية بالشكل الذي يحول دون أي مضاربة غير مشروعة في إطار سوق الأوراق المالية من شأنها الإضرار بالمصلحة

العامة أو بالمصلحة الخاصة. وفي إطار هذا الهدف تمنع القواعد الخاصة تلك أن يتم التعامل بالأوراق المالية بيعاً وشراءً مباشرة. وتفرض أن يتم مثل هذا التعامل بوساطة الوسطاء المجازين والمسجلين في سوق الأوراق المالية. وبخلافه فإن التعامل يكون باطلاً. وإذا كان المستثمر - بائعاً أم مشترياً - ملزماً وفقاً لذلك بالتعاقد مع وسيط يمثله إذا أراد أن يتعامل بالأوراق المالية في السوق، فإن القواعد الخاصة المذكورة تتدخل لحماية مصالح المستثمر، فتعتمد إلى تنظيم مهنة الوسيط، فتحدد التزامات الوسيط تجاه المستثمر. وإذا كان الوسيط - باعتباره طرفاً في العلاقة القانونية مع المستثمر - يحتاج إلى الحماية القانونية وإلى قواعد تحدد وتضمن حقوقه فإن المستثمر أشد حاجة إلى مثل هذه الحماية ذلك أنه في العلاقة مع الوسيط يمثل الطرف الأضعف، كونه لا يملك غالباً من الخبرة في التعامل ما يملكه الوسيط، وكونه أيضاً لا يستطيع التدخل في هذا التعامل مباشرة وملزماً بالتعاقد مع الوسيط. والمشرع إذ يقدر مثل هذا الأمر بفرضه التزامات معينة على الوسيط فإن الوسيط قد يخل مع ذلك بهذه الالتزامات، فتتضرر بذلك مصالح المستثمر. الأمر الذي يتطلب بدوره قواعد قانونية تحمي المصلحة المشروعة للمستثمر في مثل هذا الفرض. وهذا ما لم يغفله المشرع أيضاً إذ تتحقق مثل هذه الحماية بإثارة مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر. إلا أن مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر لم تحظ من القواعد الخاصة إلا بالنزر اليسير. عليه فإنها تخضع في كثير من أحكامها إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية. ولما كان لمسؤولية الوسيط خصوصيتها وأهميتها بالنظر لأهمية المركز القانوني وخصوصيته لطرفيها فإن القواعد العامة تكون في كثير من الأحيان عاجزة عن تحقيق الهدف من إثارتها وهو حماية المستثمر. فضلاً عن ذلك فإن مسؤولية الوسيط تلك تثير العديد من التساؤلات القانونية سواء فيما يتعلق بتطبيق القواعد العامة أو فيما يتعلق بما تختص به من قواعد خاصة. وتبدأ هذه التساؤلات بتكييف هذه المسؤولية وتحديد طبيعتها القانونية، التي تؤسس على تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين الوسيط والمستثمر، وهو ما لم يتفق عليه الفقه ولم يقطع المشرع بحكم فيه. وتمتد التساؤلات لتشمل أركان مسؤولية الوسيط لا بخطوطها العامة بل بتفصيلاتها، فمتى يعد الوسيط مخطئاً؟ وما هو الضرر الذي

يمكن أن يكون ركناً في تلك المسؤولية؟ وكيف يترتب بعدئذ حكم المسؤولية أن ثبتت على عاتق الوسيط؟

إن إحاطة المستثمر بالحماية القانونية بما يعزز ويشجع التعامل في سوق الأوراق المالية بالوقوف على إجابة للتساؤلات القانونية المتقدمة وغيرها هو ما يهدف إليه هذا البحث. ويتوصل للوصول إلى هذا الهدف بإتباع خطة علمية قوامها مبحثان اثنان يتقدمهما تمهيد في التعريف بالوسيط ودوره في سوق الأوراق المالية. فيركز المبحث الأول على التكييف القانوني للعلاقة بين الوسيط والمستثمر في مطالب ثلاثة تبين أهم اتجاهات الفقه في هذا الشأن. وينصب المبحث الثاني على بيان قيام مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر وآثار قيامها في مطلبيين اثنين يخص الأول منهما قيام تلك المسؤولية ويتناول الثاني آثار قيامها.

تمهيد

التعريف بالوسيط ودوره في سوق الأوراق المالية

لا تختلف سوق الأوراق المالية في طبيعتها عن أي سوق منظمة أخرى وإن تأخرت عن سواها في تاريخ نشأتها^(١). فهي لا تعدو كونها مكاناً تتم فيه عمليات بيع وشراء بأسعار يتحكم فيها - كما في غيرها من الأسواق - العرض والطلب بيد أن هذه السوق تتميز عن الأسواق الأخرى في أنها مخصصة للتعامل بنوع محدد من الأموال المعنوية يتمثل بالأوراق المالية على اختلاف أنواعها.

وهذه الميزة هي التي تضي على سوق الأوراق المالية خصوصيتها، وتبرر اتجاه المشرع في الدول على اختلافها إلى تنظيم عمل هذه السوق بقوانين خاصة ذات نصوص آمرة. كما في قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ الذي ينظم عمل سوق بغداد للأوراق المالية. فالمشرع يقدر أن تداول الأوراق المالية وأهمها السندات التي تصدرها الحكومة وأسهم وسندات الشركات المساهمة العراقية وغير العراقية لا يمكن أن يكون عشوائياً. إذ تتعلق بهذا التداول من جانب

(١) تعد الأسواق بشكل عام قديمة قدم المدنية والتجارة ذاتهما، أما أسواق المضاربة والتي تعرف بالبورصة "Bourse" فلم تظهر حتى بلغت التجارة مرحلة معنية من التطور. هذا وقد كان التعامل في هذه الأسواق في بادئ الأمر قاصراً على البضائع دون الأوراق المالية، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم تبلور مفهوم الأوراق المالية في تلك الفترة، لعدم انتشار الشركات المساهمة وقلة أسهمها وسنداتها تبعاً لذلك أولاً، ولقلة القروض الحكومية ثانياً. لذا فقد تأخر ظهور أسواق الأوراق المالية إلى أن انتشرت الشركات المساهمة، وبدأ التعامل في أسهمها وسنداتها يتخذ طابعاً من الأهمية، وبعدما تبين من أهمية قابلية الأسهم للتداول في اجتذاب الإيداع لخدمة المشاريع الكبرى، لذا فإن أول سوق للأوراق المالية ظهرت في مدينة باريس في فرنسا في القرن الثامن عشر وتحديداً عام ١٧٢٤.

أنظر: د. جابر جاد عبد الرحمن، الاقتصاد التجاري ودراسة الأسواق والبضائع في العراق، بغداد، مطبعة التقيض، ١٩٤٧-١٩٤٨، ص ٣١٨.

أنظر أيضاً: يعقوب يوسف صرخوه، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٢٤٣.

د. مقبل جميعي، الأسواق والبورصات، الإسكندرية، مطابع رمسيس، بدون سنة طبع، ص ١٣٩.

المصلحة العامة، فأثر العمليات التي تجري في البورصة لا يتعلق بالمتعاملين وحدهم وإنما يشمل كل من يحمل سنداً من النوع الذي تجري العملية عليه، وينتقل هذا الأثر من خلال هؤلاء إلى الحياة الاقتصادية بمجموعها^(١). وهكذا فإن التداول غير المنظم للأوراق المالية ولاسيما فيما يتعلق بالسندات التي تصدرها الحكومة أو دوائرها من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني. وبالمقابل فإن التداول المنظم والسليم للأوراق المالية يحقق حماية الاقتصاد الوطني بعدة سبل، إذ يمكن من خلال هذه الأسواق جمع وتحليل ونشر الإحصاءات والمعلومات اللازمة والمتعلقة بالنشاط الاقتصادي في الدولة، ومن ثم توجيه هذا النشاط - في ضوء هذه المعلومات - بما يحقق مصلحة الاقتصاد الوطني. فضلاً عن ذلك فإن أحد أهم الأهداف لإنشاء أسواق الأوراق المالية هي "تنمية الادخار وتطوير الوعي الاستثماري عن طريق تشجيع الاستثمار في الأوراق المالية وتوجيه المدخرات لخدمة الاقتصاد الوطني"^(٢).

كما تتعلق بتداول الأوراق المالية من جانب آخر المصلحة الخاصة، وتمثل هذه المصلحة بشكل رئيس بمصلحة أطراف التعامل بالورقة المالية. فمن يتعامل بالأوراق المالية بيعاً وشراءً قد يكون شخصاً يحترف هذا التعامل كشركات الاستثمار المالي^(٣)، وهو بهذه الصفة قد يسعى إلى الحصول على الأرباح بأسرع وقت ممكن، وغياب التنظيم القانوني قد يفسح المجال أمام المضاربين للتحكم غير المشروع في أسعار الأوراق المالية بالشكل الذي يؤدي إلى تقلبها ارتفاعاً وانخفاضاً دون أن يستند

(١) أنظر: رزق الله أنطاكي، نهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج ٢، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢، ص ٢٦١.

(٢) أنظر: المادة (٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ. أنظر أيضاً: حسن العالي، البيان تعيد فتح ملف سوق الأسهم المحلية، مقال منشور في جريدة البيان الصادر يوم ٢١/٨/١٩٩٨، ص ١-٢، متاح على شبكة الانترنت على الموقع: <http://www.albayan.com.ae/albayan/1998/08/21/eqt/7.html>.

(٣) يعد التعامل بالأوراق المالية بيعاً وشراءً أحد الأعمال التي يجيز المشرع لشركة الاستثمار المالي ممارستها بعد الحصول على موافقة البنك المركزي العراقي.

أنظر: المادة (٤/ف أ) من نظام شركات الاستثمار المالي رقم ٥ لسنة ١٩٩٨.

هذا التقلب إلى عوامل اقتصادية تبرره^(١) كما قد يكون المستثمر على النقيض من ذلك شخصاً لا يعدو أن يكون تعامله بالأوراق المالية توظيفاً بسيطاً للمال. فلا يحترف مثل هذا التعامل وليست لديه تبعاً لذلك الخبرة التي يمتلكها من يحترف التعامل المذكور^(٢). وقد يؤدي نقص خبرته وقلة معلوماته عن طبيعة هذا التعامل والجهات والمصدرة للأوراق المالية ولاسيما الشركات المساهمة الخاصة إلى الإضرار بمصلحته^(٣).

ولتلافي مثل هذا الضرر وحماية المصلحتين العامة والخاصة جعل المشرع التعامل بالأوراق المالية المقبولة في سوق الأوراق المالية مقصوراً على من يكتسب صفة الوسيط في السوق^(٤)، وبخلافه فإن التعامل يكون باطلاً^(٥). من هنا تتضح أهمية الدور الذي يؤديه الوسيط في سوق الأوراق المالية^(٦). فمن يرغب بالتعامل بالأوراق المالية في إطار سوق الأوراق المالية يصبح لازماً عليه

(١) أنظر: حسن العالي، مصدر سابق، ص ٥.

(٢) Arun jethmalani, the long and short of investing on the bourses, economic times, January 19, 1997.

<<http://www.valuenotes.com/et97/jan19/asp/writer=&artcd=3>>

(٣) Arun jethmalani, buying stocks? ask yourself why. The economic times online, august 19, 2004.

<<http://www.economictimes.indiatimes.com/articleshow/82121.cms>>

(٤) أنظر: المادة (٤/٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١،

أنظر أيضاً: المادة (٢١) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية. وتعد هذه قاعدة عامة تحكم التعامل بالأوراق المالية في أسواق المال على اختلافها كسوق ناسداك المالي. أنظر:

The right broker, a paper available at www.citibank.com/india/readycash.

(٥) أنظر: المادة (٤/٤) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

(٦) ولعل من أبرز ما يدل على أهمية الدور الذي يؤديه الوسيط في أسواق الأوراق المالية أن كثيراً من الأزمات التي تواجهها الأسواق المالية تعود في أحد أسبابها إلى فقدانها للوسطاء المجازين كعناصر ضرورية في هذا النوع من الأسواق من جانب، وعدم تنظيم عمل هؤلاء الوسطاء بنصوص قانونية بالشكل الذي يحد من المضاربات الغير مشروعة من جانب آخر. من

أن يتعاقد مع وسيط خلافاً للقواعد العامة التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة وتترك لكل فرد الحرية في التعاقد أو عدمه ابتداءً.

وإذا كان التعامل في سوق الأوراق المالية لا يمكن أن يتم إلا من خلال وسيط، فإن الوساطة في الأوراق المالية ليست متاحة لأي شخص، بل هي مقيدة بشرط الحصول على الإجازة اللازمة لممارستها في السوق. ويتضح ذلك من نص الفقرة السابعة من المادة الأولى من قانون سوق بغداد للأوراق المالية. إذ تعرف هذه المادة الوسيط بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يجاز من مجلس إدارة السوق بممارسة الوساطة في بيع وشراء الأوراق المالية".

ويعزز مثل هذا الحكم في الواقع الحماية القانونية التي يهدف إليها المشرع لكلا المصلحتين العامة والخاصة. ذلك إن الإجازة للعمل كوسيط في سوق الأوراق المالية لا تمنح إلا إذا توافرت في طالبها شروط معينة. وتتيح هذه الشروط بمجملها التأكد من صلاحية هذا الشخص وقدرته على ممارسة الوساطة فضلاً عن التأكد من نزاهته وقدرته على الوفاء بأي التزامات مالية قد تترتب في ذمته، في حال تحقق مسؤوليته تجاه من يتعاقد معه وإلزامه تبعاً لذلك بالتعويض. فإذا كان من يتقدم للعمل كوسيط في سوق الأوراق المالية شخصاً طبيعياً، فإن منحه الإجازة يتطلب أن تتوافر فيه ابتداءً الشروط الآتية^(١).

١- أن يكون عراقي الجنسية لا يقل عمره عن خمس وعشرين سنة ومقيماً في العراق.

٢- أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية.

٣- أن لا يكون قد أعلن إفلاسه أو حكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف.

ذلك على سبيل المثال الأزمة التي مر بها سوق الأسهم الخليجية (الذي يعرف بسوق المناخ) عام ١٩٨٢.

أنظر أيضاً: د. صادق محمد البسام، بعض جوانب التنظيم المحاسبي لسوق الأوراق المالية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣، ص ١٣.

(١) أنظر: المادة (١٢/ف ١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

٤- أن يكون حائزاً على شهادة الدراسة الإعدادية أو ما يعادلها في الأقل، أو يجيد القراءة والكتابة وأن تكون لديه خبرة في الأمور المالية والتجارية مدة لا تقل عن خمس سنوات يقبل بها المجلس.

٥- أن يقدم لأمر السوق بعد حصول الموافقة على طلبه، خطاب ضمان، أو أية ضمانات مالية أخرى، بالمبلغ الذي يقرره المجلس على أن لا يقل عن عشرة آلاف دينار.

٦- أن يكون متفرغاً للوساطة في محل خاص به داخل العراق.

ويمكن لمن يحمل صفة وسيط في سوق الأوراق المالية أن يكون شخصاً معنوياً. وهذا الأخير باعتباره وسيطاً أما أن يكون مصرفاً مجازاً في العراق، وإما أن يكون شركة مؤسسة بموجب قانون الشركات، كأن يكون شركة استثمار مالي^(١). فإذا كان مصرفاً مجازاً فإن إجازته تغني عن أي شروط أخرى، أما إذا كان شركة فإن حصولها على إجازة للعمل كوسيط يتطلب أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

١- أن تكون متخصصة في أعمال الوساطة بموجب عقدها.

٢- أن يكون رأسمالها مملوكاً للعراقيين حصراً.

٣- أن تقدم لأمر السوق بعد حصول الموافقة على طلبها الضمانات المنصوص عليها بشأن الشخص الطبيعي.

٤- أن تتوافر في المدير المفوض للشركة الشروط التي ينبغي توافرها في الشخص الطبيعي الراغب في العمل بصفة وسيط.

هذا وإن توافر هذه الشروط - سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو للشخص المعنوي - لا يعني إجازته حتماً للعمل كوسيط في السوق. إذ أن طلب الحصول على الإجازة، يخضع بدوره للدراسة من قبل مجلس إدارة السوق^(٢). فإذا تأكد المجلس من توافر الشروط وصلاحيه الشخص للعمل كوسيط فإنه يصدر قراره بالموافقة على

(١) يمكن لشركة الاستثمار المالي أن تكون وسيطاً مثلما يمكن أن تكون مستثمراً.

(٢) أنظر: المادة (٢٦/ف١/ز) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ والمادة (١٧/ف١، ٢) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

منحه إجازة ممارسة مهنة الوساطة وتسجيله بهذه الصفة في سوق الأوراق المالية. ويعد هذا الأمر في الواقع حلقة أخرى من حلقات الحماية القانونية التي يرغب المشرع في إحكامها لتفادي ما يلحق الضرر بالمصلحة العامة أو بمصالح المستثمر.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فإذا حصل الوسيط على الإجازة التي تمنحه هذه الصفة، فإن المشرع يتدخل مرة أخرى ليفرض، وبموجب نصوص أمرة، واجبات معينة على الوسيط بصيغة أوامر ونواهي تنظم علاقته بسوق الأوراق المالية من جهة وبالمستثمر من جهة أخرى بالشكل الذي يضمن حماية مصالح جميع الأطراف^(١).

وإذا كان الوسيط في علاقة بسوق الأوراق المالية يعد في مركز قانوني تنظيمي فإن مخالفته أياً من الواجبات التي يفرضها عليه القانون يترتب قيام مسؤوليته القانونية وفرض عقوبات انضباطية بحقه تبدأ بعقوبة التنبيه وتصل إلى حد شطب تسجيل الوسيط وحرمانه من هذه الصفة، تبعاً لجسامة المخالفة التي ارتكبتها. بيد أن للوسيط في علاقته بالمستثمر مركزاً قانونياً آخر، فالعلاقة بينهما ليست علاقة قانونية تنظيمية فحسب كما هو الحال في علاقة الوسيط بسوق الأوراق المالية. فالعلاقة بين الوسيط والمستثمر - وإن تدخل القانون في تنظيم بعض جوانبها - لا تعدو كونها علاقة عقدية يحكمها الاتفاق المبرم بينهما. عليه ف'ن إخلال الوسيط بأي من الالتزامات التي يفرضها الاتفاق على عاتقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالمستثمر قد يترتب قيام مسؤولية الوسيط المدنية. ومما لا شك فيه إن أحكام المسؤولية هذه تعد بدورها وسيلة من وسائل الحماية القانونية للمستثمر. إذ أنها تتيح للأخير جبر الضرر الذي قد يلحق به من جراء إخلال الوسيط بالتزاماته، لاسيما وإن المستثمر ملزم بالتعاقد مع وسيط كونه لا يستطيع التعامل بالأوراق المالية في سوقها بنفسه. وإذا كانت العلاقة بين الوسيط والمستثمر علاقة عقدية فإن هذا

(١) أنظر: المواد (١٥، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة

التكييف يحدد طبيعة مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر في حال قيامها. ذلك أن أي إخلال بالتزام ناشئ عن العقد يترتب على المخل المسؤولية العقدية. وإذا كانت أحكام هذه المسؤولية هي محور هذا البحث، فإن التعرف على هذه الأحكام يتطلب التعرف ابتداءً على التكييف القانوني للعقد الذي يربط بين الوسيط والمستثمر. إذ يتوقف على هذا التكييف تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق الوسيط والتي قد يترتب إخلاله بأي منها قيام مسؤوليته العقدية. عليه فإن التكييف القانوني للعلاقة بين الوسيط والمستثمر سيكون الفكرة الرئيسة للمبحث الأول.

حقوق عمال المقاول الثانوي (دراسة مقارنة)

م.د. صبا نعمان رشيد الويسي
كلية القانون - جامعة بغداد

الملخص

يرمي القانون إلى تنظيم الروابط التي تنشأ في المجتمع، فإنه يضمن توازن علاقات العمل باعتماده وسائل غير معتادة لحماية حقوق عمال المقاول الثانوي، فانطباق الوصف القانوني على طرفي علاقة العمل وتعلق هذا العقد بعقد آخر هو عقد مقولة ثانوي يرتب حقوقاً لعمال المقاول الثانوي المتمثلة بالأجر واشتراكات الضمان الاجتماعي وتعويضات المخاطر المهنية، فقد أوجد المشرع وسيلة استثنائية لكي يطالب العمال بحقوقهم المالية من صاحب العمل (المقاول الثانوي) أو بالرجوع على كل من المقاول الأصيل أو صاحب المشروع (رب العمل) عن طريق الدعوى المباشرة.

ABSTRACT

The end of law is to organize the links are issuing in society to equilibrium of relationship at work depending on unusual means that will protect the rights of labours who are employed by secondary Entrepreneur. Whenever the legal description suite sides of work relation which are put into another contract as it's in the secondary Entrepreneur, in the case labours have the right from this Entrepreneur represent by the wage, social security payments & compensation of work risk, the enterprise has found an exceptional way to enable the worker to demand his financial rights from the employer secondary Entrepreneur or suing the Entrepreneur or the employer (how have the enterprise) by the direct action.

يرمي القانون إلى تنظيم الروابط التي تنشأ في المجتمع، فيحمي النشاط الفردي بما يتلاءم مع مصلحة الجماعة، وهو إذ يفعل ذلك لابد أن يبين حقوق الأفراد قبل الغير معيناً ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات ومرجحاً مصلحة لأحد الأطراف على حساب أخرى في مواجهة طرف آخر فيُنشئ لمن رجحت مصلحته مركزاً ممتازاً

ينفرد به عن غيره وفي سبيل حماية هذا المركز أو (الحق) يرتب له القانون وسائل حماية معينة.

إن القانون ما هو لا انعكاساً للظواهر السائدة في المجتمع، لتأتي القاعدة القانونية معالجة ومنظمة لها، وإذ يعد العمل حاجة اقتصادية للفرد، فهو إما أن يلجأ إلى العمل بنفسه أو إلى الآخرين مقابل تقديم ثمن لنتاج عملهم، وتبعاً لما تقدم فإن الالتزامات المتقابلة هذه محمية بنصوص القوانين الخاصة المنظمة لها معنونة (بقانون العمل) والتي قد لا تكفل معالجة جميع هذه الظواهر، ولذلك يلتجأ في سد النواقص منها بالتشريعات المرتبطة بها والمكملة لها كأحكام القواعد العامة (للقانون المدني) وبما لا يتعارض مع الأحكام الخاصة بعلاقة العمل الموجودة في قانون العمل، فيخضع النشاط الاقتصادي لهذا الفرد سواء أكان عاملاً أم صاحب عمل لقواعد تضمن التوازن فيما بينهم وإن أقرت فيها وسائل غير معتادة لحماية حقوق العامل بمطالبة من كان غير ملتزم مباشرة إزائه بالسداد دفعاً لتوازن كفتي ميزان قوة يستأثر بميلانه أقواهما اقتصادياً وهو صاحب العمل، ولأهمية معالجة القوانين المقارنة لحقوق عمال يشتغلون لحساب صاحب عمل كُلفَ بعقد مقالة فرعي (ثانوية) تم التركيز في النقطة الأولى لهذه المعالجة القانونية على عقدي العمل والمقالة وتبيان حدودهما ومن ثم البحث في الحقوق المالية الناشئة لعمال المقاول الثانوي في مبحث ثانٍ وأخيراً كانت دراسة الوسيلة القانونية لحماية هذه الحقوق في مبحث ثالث ملحقه بخاتمة وتوصيات عن هذه الدراسة.

المبحث الأول

عقد العمل

يعد العقد المصدر الرئيس لعلاقة العمل بين العامل وصاحب العمل وهو كذلك منذ الثورة الفرنسية لسيادة مبدأ الحرية الفردية كأساس لعلاقات العمل^(١)، وصولاً إلى القرن الماضي حيث بدأ مبدأ سلطات الإرادة في الاضمحلال مع ازدياد تدخل الدولة للتخفيف من بؤس العمال عن طريق إصدار تشريعات أدت إلى نقل "العلاقة الرضائية" إلى نطاق [الإجبار القانوني الأمر]^(٢)، فعقد العمل «هو عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر، ويكون العامل أجيراً خاصاً^(٣)»، فهذه العلاقة قد تختلط بعقد آخر هو المقاوله والذي له محور في بحثنا، لها طرفان العامل وصاحب العمل.

(١) «اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص بأن يضع نشاطه تحت تصرف شخص آخر وتربطه في هذا المجال علاقة تبعية مقابل أمر».

كاميرلنك وليون كان، الوجيز في قانون العمل، دالوز - باريس، ١٩٧٠، ص ١١٧.

CAMERL YNCK (G.H) ET LYON – CAEN (G), Manuel de droit du Travail, Dalloz, Paris, 1976, P117.

(٢) د. حمدي عبد الرحمن ود. محمد يحيى مطر، قانون العمل، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٧، ص ٤٩.

(٣) مادة (٩٠٠ - ١) قانون مدني عراقي، وقد عرفه قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ بالمادة (٢٩) منه (اتفاق بين العامل وصاحب العمل يلتزم فيه العامل بأداء عمل معين لصاحب العمل تبعاً لتوجيهه وإدارته، ويلتزم فيه صاحب العمل بأداء الأجر المتفق عليه).

في حين عرفه عقد العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ بالمادة (١٢/٢) بأنه «اتفاق شفهي أو كتاب صريح أو ضمني يتعهد العامل بمقتضاه أن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إشرافه أو إدارته مقابل أجر، ويكون عقد العمل لمدة محددة أو غير محددة أو لعمل معين أو غير معين». ومادة (٣١) من قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ (العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر).

المطلب الأول

أطراف العلاقة العقدية

الفرع الأول

العامل

يعد العامل الطرف الأول في العلاقة العقدية القائمة على أساس أداء عمل معين أو قابل للتعيين، وهذا الإنسان الآدمي ذكراً كان أم أنثى^(١)، قد يؤدي عمله بشكل منفرد أو يؤدي عملاً معد جزءاً مكماً من عمل جماعة المشروع، قد ترتفع كفاءته في أدائه للعمل وتختلط بأقدميته في الخدمة فيعد من الكوادر المتقدمة للعمل^(٢). وقد ينخفض كلا الشرطين المتقدمين ليصبح عضواً في أسفل تدرج هيكلية العمل، إلا أنه أياً كان موقعه فيفترض توافر شروط معينة اتفقت عليها التشريعات المقارنة والدراسات الفقهية ناهيك عن تمييز فئات خاصة من العمال.

أولاً: وصف العامل قانوناً

بغض النظر عن احتراف العامل لما يؤديه وسواء كان دائماً أو عرضياً، فقد أدرجت التشريعات شروطاً لانطباق وصف عامل على الشخص مؤدي العمل ويتمثل في الآتي^(٣):

-
- (١) د. محمد ليبب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٦، ص ٣٥.
- (٢) د. محمد جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م، ص ١٤.
- (٣) مادة (٦) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ «كل من يؤدي عملاً لقاء أجر، ويكون تابعاً في عمله لإدارة وتوجيه صاحب العمل».
- مادة (١) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ «كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته وتوجيهه».
- مادة (٦/٢) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ «كل شخص ذكراً كان أم أنثى يؤدي عملاً ويكون تابعاً لصاحب العمل وتحت أمرته ويشمل ذلك الأحداث وإن كان قيد التجربة أو التأهيل».

١. أدائه للعمل

ويتطلب توافر وصف عامل قيام الشخص بمجهود إرادي سواء أكان فكراً أم جسدياً، وسيان كان مجاله زراعياً أو صناعياً أو تجارياً أو خدمياً، هذا وقد يتفق العامل ابتداءً مع صاحب العمل على أن يكون أدائه لعمل معين وقد لا يتفق عليه صراحة وإنما يفهم ضمناً من ظروف وملابسات الحال كتشغيل عامل ذي خبرة في مجال الحاسبات في ورشة لتصليح هذا النوع من الأجهزة الحديثة ودون النص صراحة على إدراجه في فئة المصلحين^(١)، ووفقاً لما تقدم لا يقبل من العامل سوى الأداء الشخصي للعمل المتفق عليه وفق عناية الشخص المعتاد^(٢).

٢. التبعية في الأداء

يقتضي أن يكون هذا المجهود الإداري - الإنساني تحت إشراف أو توجيه صاحب العمل^(٣)، أي بمركز تابع له فيخضع لأوامره وتوجيهه بأدق تفاصيل العمل فتكون تبعيته لصاحب العمل فنية حتى لو كان صاحب العمل متخصصاً بشؤون العمل^(٤)، وقد تقتصر أوامر صاحب العمل على الشؤون الخارجية للعمل لتحديد أيام وأوقات العمل والإجازات^(٥)، إلا أنه في كل الأحوال تثبت له تبعاً لما تقدم سلطة

(١) د. همام محمد محمود، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٢٥١.

(٢) يعد "العمل" محلاً للعقد فيفترض به أن يكون محدداً أو قابلاً للتحديد وأن لا يكون مستحيلاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة أو للقانون، أنظر نص المادتين (١٢٧) و(١٣) قانون مدني عراقي.

(٣) د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٧، ٣٢٧ وما بعدها.

(٤) د. عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، ١٩٦٤، ص ١٢٢.

(٥) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، بغداد، ١٩٨٩، ص ٢٢٧.

التأديب للأجير^(١)، فيتعرض العامل للجزاءات في حال الإهمال والتقصير^(٢)، ويرتبط التبعية القانونية بتبعية العامل الاقتصادية لصاحب العمل برصده عمله على خدمة صاحب العمل أولاً واعتماده في معيشته على أجره باعتباره المصدر الوحيد أو الرئيس له ولعائلته^(٣)، والتبعية الاقتصادية بذاتها غير كافية كمعيار لعدده عاملاً.

٣. أداء العمل بأجر

حيث يلتزم صاحب العمل بدفع أجر العامل كمقابل لأدائه للعمل ويكفي في ذلك مجرد إبداء العامل استعدادده للأداء وإن لم يؤده^(٤)، فإذا اتفق الطرفان مؤدي العمل والطرف الآخر المستفيد منه على عدم دفع الأجر، خرج هذا الأداء من وصف العمل المأجور ليدخل ضمن دائرة بعيدة عنه وهي عقود التفضيل فلا يكون المؤدي عاملاً ولا تنطبق عليه الحماية المقررة في التشريعات^(٥).

ثانياً: فئات خاصة من العمال

قد تضم الجماعة البشرية القائمة بأداء العمل فئات لا تزال في أسفل سلم التدرج في العمل، وهذه الفئات وإن كانت ترتبط بعقود خاصة قد لا تخضع بكليتها لأحكام القواعد العامة بقدر خضوعها لقواعد قانون العمل، إلا أنها تشترك مع بقية فئات العمال بأدائها للعمل تحت إشراف وتوجيه صاحب العمل.

أولاً: الصبيات تحت التمرين

(١) د. محمود سلامة جبر، الوسيط في عقد العمل الفردي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، البحرين، ١٩٩٩، ص ٨٤.

(٢) د. هشام علي صادق، دروس في قانون العمل اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٢، ص ١٤٨.

(٣) د. يوسف إلياس، الوجيز في شرح قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، بغداد، مطابع التعليم العالي، ١٩٨٨ - ١٩٨٩.

(٤) مادة (٣٣) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

و مادة (٣٦) قانون العمل رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١.

(٥) د. يوسف إلياس، قانون العمل العراقي، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٨٠، ص ٦٧.

Cass. Soc, 13. Guin. 1989, T.C.P. ed. GII, 20473, note, BIZIERE (P)2.

وهم في العادة أحداث يحصلون على معلومات نظرية وعملية عند صاحب عمل بموجب عقد تعليم مهنة^(١)، سواء كان في مجال الصناعة أو التجارة أو الزراعة أو في مهنة أخرى^(٢)، ويكون ذلك نظير التزام الصبي تحت التمرين بالعمل بموافقة وليه بعده قاصراً وفق شروط تدرج في عقد محدد المدة بهدف ممارسة هذه المهنة مستقبلاً، وعقد تعليمه مهنة ليس بعقد عمل وإن اشترك معه في أداء المتعلم للعمل ولذلك في الغالب يخضع لأحكام عرف المهنة^(٣)، عدا عن خضوعه لأحكام قانون العمل فيما يتعلق بساعات العمل وأيامه والحدود القصوى لكل منهما، وهذا العقد لا بد أن يكون مأجوراً طبقاً لكون الصبي تحت التمرين يقوم بأداء عمل أثناء تعلمه ويستفيد منه بالتأكيد صاحب العمل^(٤)، وهو غالباً ما يتفق عليه الطرفان أو من يمثلهما عند إبرام العقد على أن لا يقل عن الحد الأدنى للأجور^(٥).

ثانياً: المتدربون مهنيّاً

-
- (١) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص ٥٠.
- (٢) مادة (٩٢٦) قانون مدني عراقي (١). عقد تعليم المهنة، هو أن يتعهد رب مؤسسة صناعية أو تجارية أو زراعية أو صانع بأن يخرج أو يعمل على تخريج شخص في مهنة مقابل التزام هذا الشخص نفسه أو وليه بأن يشتغل لحساب رب العمل على شروط ولمدة يتفق عليها. ٢. وتخضع شروط صحة العقد وأحكامه لعادات المهنة والعرف الجاري فيها، كما تسري النصوص القانونية لعقد العمل على عقد تعليم المهنة بالقدر الذي لا يتعارض مع غرض المهنة).
- (٣) مادة ١٤١ قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣. يلاحظ اتجاه المشرع الفرنسي إلى اعتباره عقد عمل من نوع مخصوص أنظر المادة (١/١١٧) أشار إليها كاميرلنك وليون كان، الوجيز، مصدر سابق، فقرة ٧٦.
- (٤) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٨٠.
- (٥) مادة (١٤٢) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، ويلاحظ أن القانون الفرنسي ينص على أن يتقاضى الصبي تحت التمرين أجراً يتراوح بين (١٥ - ٧٠%) من الحد الأدنى للأجر وبشكل متدرج حتى نهاية العقد، كاميرلنك وج. ليون كان، ف ٧٧.
- وانظر قرار مصري رقم ١٧ بتاريخ ١٩٨٢/١/٦، وقائع مصرية عدد ٣٦ في ١٩٨٢/٢/١٣ (من الطبيعي أن يكون أجر العامل زهيداً بحيث يحمل معنى التشجيع أكثر مما يحمل معنى المقابل ثم يبدأ في الزيادة التدريجية).

وهم المتعاقدون مع جهة معينة خاصة كانت أو عامة بغية ممارسة ما تلقوه مسبقاً من تعليم نظري في مراحل دراسية مختلفة (اعداديات أم معاهد فنية أم كليات)^(١)، أي بوضع النظريات موضع التطبيق والممارسة قبيل تحملهم مسؤولية العمل الفعلي^(٢)، ويرتبط الطرفان بعقد شكلي مكتوب يتضمن مراحل التدريب ومددها وما يترتب للمتدرب من حقوق والتزامات^(٣)، وعقد التدريب هذا ليس بعقد عمل حيث أن التزام المتدرب الرئيس هو تعلم المهنة عملياً ولكنه ينشئ التزامات فرعية تتمثل في أداء المتدرب تحت إشراف وتوجيه الجهة التي تتولى التدريب مع التزامها بدفع أجر متفق عليه مسبقاً^(٤) أو يحال تحديده لجهات إدارية معينة^(٥).

ثالثاً: العمال قيد الاختبار

-
- (١) د. يوسف إلياس، الوجيز، مصدر سابق، ص ١٥٢.
- (٢) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مبادئ في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الإسكندرية، ١٩٧١، ص ٩٥.
- (٣) مادة (٢٧) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.
- وانظر المواد (٣٦ - ٣٨) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.
- يلاحظ أن قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ وبموجب المادة (١٤١) وما بعدها يتولى تنظيم عقد التدريب أو عقد تعلم المهنة، فهو لا يميز بين كلا العقدين بل يعدهما عقداً واحداً، أنظر بذلك د. أحمد السعيد الزقرد، الوجيز في قانون العمل، شرح لقانون العمل الجديد رقم ١٢/٢٠٠٣، المنصورة، ٢٠٠٤، ص ١١٤ - ١٢٢.
- (٤) د. حسن كيرة، أصول قانون العمل، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، ١٩٧٩، ص ٢٤٢.
- (٥) كاللجان التي يتولى وزير القوى العاملة المصري تشكيلها بموجب القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨١، أنظر بذلك د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ١٠٨، وكما تنص المادة (٣٤) قانون (١٢) لسنة ٢٠٠٣ حيث يتولى تحديد الحد الأدنى للأجر المجلس القومي الأعلى للأجور.

قد يفضل صاحب العمل وضع المتقدمين للعمل عنده موضع التجربة للتأكد من مهارتهم وخبرتهم إنجاز العمل المطلوب^(١)، أو حتى لمدى ملائمة وتناسب الأجر المقدر لهم مع ما يقدمونه وفق ظروف العمل لديه^(٢)، وهذا العقد عقد عمل لا يختلف عن عقد العمل الاعتيادي إلا بكونه غير لازم واختياراً للعمال^(٣)، ولذلك يتفق الطرفان على كتابة العقد وتحديد مدته وبشروطه^(٤)، فإذا تحقق لصاحب العمل أن العامل ليس كفوء زال التزامه لتحقيق الشرط الفاسخ^(٥)، وبخلافه فإن العقد يصبح لازماً أي عقد عمل عادي وكفي في ذلك سكوت صاحب العمل^(٦).

الفرع الثاني

صاحب العمل (المقاول الثانوي)

يُنشئ عقد العمل حقوقاً متبادلة يلتزم بتنفيذها صاحب العمل أو الطرف الثاني في علاقة العمل كمقابل لأداء العامل للالتزامه، وفي إطار بحثنا يقتضي الأمر تبيان

(١) مادة (٣١) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (٣٥/أ) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ومادة (٣٣) قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، وانظر في ذلك كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرات ١٢٧ وما بعدها.

- وانظر القرار العراقي ٢٢٥/عليا ثانية/١٩٧٣ (لا يجوز وضع العامل قيد الاختبار أكثر من مرة لدى صاحب عمل واحد)، قرارات محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ١٢٥.

- والقرار ٢٤٥/عليا ثانية/١٩٧٣ (توصية الرئيس المباشر بحق العامل المعين على سبيل التجربة أقوى دلالة على صحة تقدير حقيقة سلوكه لتماسه المباشر)، قرارات محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ص ١٢٣.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٧٦.

(٣) القاهرة الابتدائية، ١/ديسمبر، ١٩٥٦، مدونة الفكهاني. وانظر حول الطبيعة القانونية لعقد العمل قيد الاختبار كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرة ١٢٨ وما بعدها.

(٤) د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٩، ص ١٢٤.

(٥) (ويكون بذلك محكوماً بوجوب تجربة قدرات العامل والحكم عليها لا لعدوله عن إنشاء الوظيفة) نقض فرنسي ٢٣ مارس ١٩٧٢، دالوز، ١٩٧٢، قضاء، ص ٤٦٨.

(٦) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

وصفه القانوني بعده طرفاً في عقد العمل من جهة ومن ثم تبيان علاقته القانونية
إزاء أطراف عقد آخر ألا وهو (عقد المقاول).

أولاً: وصف صاحب العمل قانوناً

حيث يستتبع أو يوصف قانوناً بذلك كل من يشغل لديه عاملاً أو أكثر لعمل
معين في نظير أدائه الأجر^(١)، ويكون بذلك العمال تحت أمرته وتوجيهه سواء
أصدر أوامره إليهم مشافهة وبشكل منفرد^(٢)، أم ظهرت سلطته عليهم وبشكل جماعي
ومكتوب على أن يعلقها في لوحة إعلانات موقع العمل، وموجهاً إياهم في فنيات
وأصول العمل أم يترك ذلك لمن يتولى عنه إدارة هذا الجانب مكتفياً بالإطار
الخارجي^(٣)، حيث يثبت له حق التبعية وإن لم يكن محترفاً أو هادفاً إلى كسب الربح
أو رغباً في العمل إلا لفترة محددة^(٤)، وخلافاً للعامل فقد يكون صاحب العمل
شخصاً معنوياً كالشركة كما يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً^(٥)، وقد تكون هذه الشركة

(١) مادة (٤/٢) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ «كل شخص طبيعي أو معنوي
يستخدم بأي صفة كانت شخص أو أكثر مقابل أجر» مادة (٨) قانون العمل رقم (٧١) لسنة
١٩٨٧ «كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر».

- مادة (١/ت) قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ «كل شخص طبيعي أو معنوي يستخدم
عاملاً أو أكثر لقاء أجر».

(٢) رقم الإضبارة ٣٣/عمل/١٩٩٨، الهيئة المدنية الثالثة، قرار عراقي غير منشور.

(٣) كتركة الإدارة الفنية للهياكل المتقدمة من العمال أو نوابه من المختصين في المشروع. د.
محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٢.

(٤) تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية (دراسة مقارنة) - مكتب العمل العربي،
١٩٩٣، ص ٤٧، والقرار المصري (تسري أحكام قانون العمل على عقود العمل سواء كان
أصحاب العمل يتخذون هذه الأعمال مهنة لهم أم لا) طعن رقم ٧٢٨ السنة ٤٥ ق - الهواري،
ج ٣، ص ٣.

- وانظر في القرار العراقي ١٠/هيئة عامة/١٩٧٣ «... إذا كان العمل قد عهد به إلى مقاول
لأن أعمال المقاولين بطبيعتها هي أعمال مؤقتة» قضاء محكمة العمل العليا المجلد الثالث،
١٩٧٤، بغداد، سنة الطبع ١٩٧٩، ص ١٠٢.

(٥) د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص ١٢١.

الشركة لديها شركة أخرى تابعة تؤدي جزئية من العمل حتى يكون صاحب العمل شخصاً طبيعياً ويحال أو جزء من عمل كبير في إطار «عقد فرعي»^(١)، وبذلك تختلط المعطيات الاقتصادية والقانونية في هذا الافتراض حول تسمية أيّاً منهما بـ «صاحب العمل»، وقد اتجه الفقه المقارن والقضاء إلى وجوب تتبع الجهة التي لها السلطة الحقيقية في الإدارة والإشراف والتأديب على العمال^(٢).

ثانياً: علاقة صاحب العمل (المقاول الثانوي) مع أطراف عقد المقاولة

قد يتولى شخص ما طبيعياً كان أم اعتبارياً إنجاز عمل وبموجب عقد مقاولة، وهو العقد الذي عرفه التشريع بأنه «عقد به يتعهد أحد الطرفين بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر»^(٣)، والأصل أن يتولى هنا الطرف الثاني (المقاول) بنفسه مع عماله إنجاز العمل الموكّل إليهم^(٤)، إلا أن التطورات الاقتصادية التي يشهدها المجتمع وتشعبات العمل الفني والتخصص الدقيق في الأداء دفع إلى أن يتعاقد المقاول الذي أحيل إليه عقد المقاولة مع شخص آخر لإنجاز جزء من العمل الكلي بموجب عقد آخر هو «عقد المقاولة الثانوي»^(٥)، فيعد كذلك كل الاختصاصيين وأصحاب الحرف والتجار والمنفذين لأي عمل أو المدهزين

(١) بإحالة مرحلة من مراحل إنجاز العمل إلى مقاول ثانوي (مقاول المقاول).

(٢) د. حمدي عبد الرحمن ومحمد يحيى مطر، مصدر سابق، ص ١٠٨ - ١٠٩، وانظر في القرار الفرنسي اجتماعي فرنسي ١٦ مايو سنة ١٩٦٢ ذكره كاميرلنك، عقد العمل، دالوز، ١٩٦٨، فقرة ٥١.

Camerlunck (G.H) Traite' de droit du travail, dallo 2, 1968, N51.

(٣) مادة (٨٦٤) قانون مدني عراقي، وتعرف المادة (٧٨٠) قانون مدني عراقي «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر». مادة (٦٤٦) قانون مدني مصري «هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

(٤) د. طه نوري الملا حويش، التزامات المقاول في عقد المقاولة، مجلة العلوم القانونية، العدد، الجزء الثاني، السنة ١٩٩٤، ص ٢٠٧.

(٥) مادة (٤) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة الحديثة ويلاحظ أنه يطلق عليه بمقاول من الباطن أو المقاول الفرعي أحياناً.

لأي بضائع بموجب مستندات عقد المقاولة^(١)، وطبقاً لما تقدم اقتضى الأمر أن نحدد علاقة المقاول الثانوي بكل من المقاول الأصلي وصاحب المشروع (رب العمل).

١. علاقة المقاول الثانوي بالمقاول الأصلي

إن الرابطة العقدية المباشرة بين المقاول الأصلي والمقاول الثانوي بموجب عقد (المقاولة الثانوي) تجعل من الأول (رب عمل) بالنسبة للثاني^(٢)، إلا أن المقاول الثانوي يعمل وبشكل مستقل عن المقاول الأصلي فلا يعد تابعاً له^(٣)، ورغم كون عملية التعاقد هذه تتطوي على تنازل المقاول الأصلي عن حقه في إنجاز العمل الذي أنيط به إلى المقاول الثانوي، إلا أن الأخير يستطيع أن يحصل على استشهاد من (الطرف الأول - رب العمل) في المقاولة الأصلية يتضمن الصفة التي نفذ بها العمل لكل منهما^(٤)، وبخلاف ذلك يلتزم المقاول الثانوي بأن ينجز العمل المناط به ضمن المدة المقدرة أو المدة المعقولة إذا لم تحدد مسبقاً، وفق الشروط المحددة في عقد المقاولة الثانوي مع مراعاة طبيعة العمل ومقدار ما يقتضيه من دقة^(٥)، فإذا

(١) مادة (٦/ف أول) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية.

- ويلاحظ أن المقاول الثانوي قد يحيل جزء من المقاولة إلى مقاول أجر فيصبح هو بمثابة مقاول أصلي والمقاول الآخر هو مقاول ثانوي أما بالنسبة للعلاقة فيما بينهما فيصبح المقاول الثانوي الأول رب العمل للمقاول الثانوي الثاني وهذا الأخير يعد مقاولاً أصلياً.

- د. سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي، وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠، ص ٢٤-٢٥.

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٣) ولاحظ انقطاع الرابطة بين عمال المقاول الثانوي والمقاول الأصلي لكونهم تابعين قانوناً للمقاول الثانوي فقط.

(٤) (أي يلتزم بإنجاز العمل وتسليمه والضمان الخاص) د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ٦٠.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، ١٩٦٤، ص ٧٦-٧٧.

احتاج المقاول الثانوي إلى أيدي عاملة وأدوات وجب أن يأتي بها وعلى نفقته^(١)، فإذا أخل المقاول الثانوي بشروط وعرف الصفة أو المواصفات المتفق عليها جاز للمقاول الأصلي القيام بإنذاره بوجوب تصحيح عمله فإذا لم يقم المقاول الثانوي بذلك يحيل رب العمل الأمر إلى القضاء ويطلب إما الفسخ أو إحالة المقاول إلى مقاول آخر مع احتفاظه بحق المطالبة بالتعويض^(٢).

٢. علاقة المقاول الثانوي مع صاحب المشروع (رب العمل) - الطرف الأول في

عقد المقاول

لا تقوم علاقة مباشرة بين صاحب المشروع والطرف الأول في عقد المقاول الأصلية، وبين المقاول الثانوي لعدم وجود عقد يربط بينهما^(٣)، فالمقاول الثانوي ليس طرفاً في عقد المقاول الأصلية^(٤)، وتبعاً لذلك ليس لصاحب المشروع (رب العمل) الرجوع عليه لمطالبته بأداء التزامه مباشرة^(٥)، ولكن يستطيع مطالبة المقاول الثانوي عن طريق الدعوى غير المباشرة باسم مدينه المقاول الأصلي، بعد أن يثبت أن مدينه لم يستعمل حقه وأن إهماله يسبب إفساره أو زيادة في إفساره^(٦) وكذا الحال بالنسبة للمقاول الثانوي إزاء صاحب المشروع (رب العمل).

(١) د. محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاول، مصر - ١٩٦٥، ص ٩٣، فقرة ٧٥.

(٢) مادة (٨٦٩) قانون مدني عراقي.

- وانظر بذلك د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابت بعد إنجاز العمل وتسليمه (دراسة مقارنة)، بغداد - ١٩٨٥، ص ٢٣٥.

(٣) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٢٢٢، وإذا كانت العلاقة العقدية قد انقطعت مع المقاول الثانوي فبالإكيد فهي منقطعة مع تابعيه من العمال.

(٤) «والحكم يكون كذلك حتى لو تم التعاقد من الباطن بموجب الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ... التي تتطلب الموافقة التحريرية المسبقة من رب العمل أو المهندس قبل تعاقد من الباطن مع المقاول الثانوي ... لا تجعل رب العمل طرفاً في عقد المقاول الثانوي».

د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ٨٣.

(٥) يلاحظ أنه وفقاً للمادة (٨٨٢) قانون مدني عراقي يبقى المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاول الثانوي تجاه رب العمل.

(٦) مادة (٢٦١) قانون مدني عراقي.

المطلب الثاني

تمييز عقد العمل عن عقد المقاولة

إن ورود عقدي العمل والمقاولة على محل واحد وهو إنجاز عمل في مقابل مبلغ من المال يجعل من الصعوبة أحياناً التفريق بين كلا العقدين^(١)، كما أسلفنا فقد يحيل صاحب المشروع أو الشركة كل العمل أو جزئية منه إلى مقاول، حيث تصبح المسألة أكثر دقة عند وجود مقاول ثانوية فيقترب بها مركز بعض صغار المقاولين الثانويين من العمال^(٢)، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى وبفرضية إفسار المقاول الثانوي وحاجة العمال لتتبع حقوقهم^(٣).

الفرع الأول

المعايير المقترحة للتمييز

جرت عدة محاولات لوضع معيار للتمييز بين العقدين فطرح الفقهاء عدداً منها:

المعيار الأول

إن العامل يضع جهده في خدمة صاحب العمل، بتمكين صاحب العمل من قوة العمل ذاتها، بينما ينصرف المقاول إلى تقديم ناتج العمل^(٤)، فيتطابق هذا المعيار مع تقسيم الالتزامات إلى التزام ببذل عناية للعامل بينما يكون التزام المقاول بتحقيق غاية^(٥)، إلا أن هذا المعيار يصعب استخدامه في حالة أن يكون إنتاج العامل على أساس القطعة ويدفع أجره وفقاً لذلك فهو هنا لا ينقلب إلى مقاول^(٦).

(١) د. نوري مزيد، القاضي وقانون الشغل، منظمة العمل العربية - مكتب العمل، ١٩٩٨، ص ٢٤.

(٢) استئناف القاهرة ١٨/٦/١٩٥٣ مجلة المحاماة المصرية، العدد ٣٤، ص ٢٠٣.

(٣) تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية، مصدر سابق، ٥٢.

(٤) د. شاب توما منصور، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

(٥) د. محمد لبيب شنب، قانون العمل، مصدر سابق، ص ٦٢.

(٦) د. حمدي عبد الرحمن ود. محمد عيسى مطر، مصدر سابق، ص ٦٣.

كما أن الطبيب في عيادته لا ينقلب إلى مقاول حيث لا يتعدى التزامه ببذل عناية فلا تتغير رابطة المريض إلى علاقة عمل^(١).

المعيار الثاني

ويقوم هذا المعيار على أساس قيام العامل بنفسه بأداء عمل، حيث أن شخصيته محل اعتبار عند التعاقد ووفاته تؤدي إلى انقضاء العقد^(٢)، بينما يستعين المقاول بعمال لتتضيد العمل، إلا أن هذا المعيار يصعب الاستناد إليه في حالة المقاول الذي يعمل بنفسه دون الاستعانة بعمال آخرين.

المعيار الثالث

المقاول إنما يوجه إيجابه إلى الجمهور كافة، بينما إيجاب العامل غالباً ما يوجه إلى صاحب عمل واحد أو أصحاب عمل معينين^(٣)، ويلاحظ أن هذا المعيار يترك في حالة أن يكون العامل موجهاً إيجابه للكافة كحالة العمال في السوق^(٤).

المعيار الرابع

وقيل كمعيار للفرقة أن أجرة المقولة إنما تكون على الإنتاج بينما يتحدد الأجر في عقد العمل على أساس الزمن المستغرق في الأداء، وهذا المعيار قد يسمح لصاحب العمل التهرب من تطبيق أحكام قانون العمل^(٥).

المعيار الخامس

وقد استقر الفقه والقضاء المقارن على معيار أخير هو معيار تبعية العامل القانونية لصاحب العمل عند أداء العمل^(١)، كمقابل حرية المقاول في إنجاز العمل دون الرقابة والتوجيه من قبل رب العمل^(٢).

(١) استئناف الإسكندرية، ١٠/١/١٩٥٦، الفكهاني، جزء أول، رقم ٧٩.

(٢) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

(٣) د. همام محمد محمود، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٤) وكحالة المقاول الثانوي الذي يوجه إيجابه لشخص واحد وهو مقاول مباني.

- د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٥) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٩٦.

(١) نقض فرنسي ١٩٣٣/٧/٢٣، دالوز ١٩٣٣-١-١٤٥. و١/ديسمبر/١٩٧٦، دالوز، ١٩٧٧، ص٦.

- وانظر كاميرلنك، عقد العمل، مصدر سابق، فقرة ٣١.
- وانظر القرار المصري القاعدة (٨)، المبدأ (١١) (المناطق في تكيف عقد العمل تمييزه عن غيره من العقود هو توافر عنصر التبعية القانونية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف وتوجيه رب العمل ورقابته ويكفي لتحقيقها ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية) الطعن رقم ١٥٢ لسنة ٥٠ق، جلسة ١٩٨١/٢/٨، عصمت الهواري، الجزع الرابع، قرارات النقض من ١٩٧٩ حتى ١٩٨١، ص٧.

- وانظر د. فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، دار الهنا للطباعة، مصر، ١٩٨٥، ص(١٢-١٦).

- وانظر في القرار العراقي الهيئة القضائية الثالثة رقم الإضبارة ٦٤/عليأ/١٩٧٢، بتاريخ ١٩٧٢/٣/٢٢ (التبعية القانونية هي المعيار الذي يميز عقد العمل عن غيره من العقود. ٢. المقابل لا يخضع لأحكام قانون العمل) قضاء محكمة العمل العليا، المجلد الأول.

- وانظر د. يوسف إلياس، قانون العمل العراقي، ص٧٠.
- وانظر القرار الأردني «إن عمل المميز في تنظيم الأعمال المحاسبية للمميز ضدهم غير معتبر بدوام معين وليس لرب العمل أي إشراف عليه، فإن هذا يجعل من العقد المبرم بينه وبينهم عقد مقاوله...». قرار رقم ١٩٩٥/٦٠٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٢٣٩.

- وانظر د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، ص٧٤.
- وانظر القرار الفرنسي نقض اجتماعي ١٩٥٩/٣/١٦، مجلة القانون الاجتماعي ١٩٥٩، ص٥٤١.

(٢) يرى بعض الفقهاء أن معيار التبعية القانونية لا يكفي لسريان قانون العمل، حيث أن لرب العمل اشتراط الرقابة على المقابل عند الأداء أو مراعاة زيادة الاحتياط، كما أنه في أحيان كثيرة لا يقوم صاحب العمل باستخدام سلطته على العامل للتوجيه والإشراف حيث يترك ليعمل دون رقابة.

- د. جلال العدوي، قانون العمل، مصر، ١٩٦٨، ص٤٢.

الفرع الثاني

أهمية التمييز

للتمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة أهمية خاصة تعود بمميزات خاصة تراعى فيها مصلحة العامل بعده طرفاً ضعيفاً في علاقة غير متوازنة القوة، وتتمثل بالآتي:
أولاً: النظام القانوني لأجر العامل

حيث يحيطه المشرع بحماية خاصة لكونه مصدر دخل العامل الوحيد، ولذلك فقد تميز نظام الأجر القانوني بعدة سمات منها:

١. حماية أجر العامل

أ. إزاء صاحب العمل بفرض القوانين الخاصة بالعمل ومواعيد وأماكن محددة للدفع وبموجب العملة والوطنية في أغلب الأحوال لوقاية العامل من الخسارة عند استبدال العملة الأجنبية^(١).

ب. إزاء دائني العامل، حيث لا يمكن الاستقطاع من الأجر غلا بموجب أحكام قضائية وبنسب محددة.

ج. إزاء دائني صاحب العمل، حيث يمنح أجر العامل مرتبة الامتياز على بقية الديون.

٢. تقادم أجر العامل لمدة معينة، بحيث لا يسقط حقه بالمطالبة به إلا بانقضائها^(٢).

٣. لعمال المقاول الثانوي مطالبة المقاول الأصلي أو صاحب المشروع (رب العمل) بما في ذمتهم لمدينتهم عن طريق الدعوى المباشرة^(٣).

٤. لا يجوز أن يقل أجر العامل عن الحد الأدنى للأجور والذي تحدده الدولة عن طريق الجهات الإدارية المختصة^(١)، في حين يتراضى المقاول ورب العمل على أجرة المقاولة أو دون تدخل من قبل الدولة^(٢).

(١) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص ٣٩٨-٣٠١.

(٢) د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص ٧٢.

(٣) سعد حسين الحلبوسي، الدعوى المباشرة دراسة مقارنة في القانون العراقي والفرنسي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية صدام للحقوق - جامعة صدام لنيل درجة الماجستير، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

ثانياً: تبعة الهلاك

لا يقع على العامل تبعة هلاك ما يتم تسليمه إليه من مواد أولية ومنتوج فيستحق أجره رغم ذلك، إلا إذا ثبت أن العامل قد تسبب بالهلاك بخطأ نشأت عنه خسارة لصاحب العمل^(٣)، أما المقاول فإنه يفقد حقه في بدل العمل إذا ثبت أن الهلاك بقوة قاهرة^(٤)، أما إذا ثبت أن الهلاك بخطئه فإنه يلزم بالتعويض^(٥).

ثالثاً: المسؤولية تجاه الغير

وفقاً لتحقيق التبعية القانونية، فإن صاحب العمل يكون مسؤولاً إزاء الغير عن الضرر الذي يحدثه العامل^(٦)، بينما لا يكون المقاول تابعاً لصاحب المشروع (رب العمل) فلا يلزم بتحملة نتائج أعماله بل يسأل المقاول عنها شخصياً^(٧).

رابعاً: تطبيق قانوني العمل والضمان الاجتماعي

(١) تطبيقاً لمبدأ (الطابع الإنساني لأجر العامل).

- يوسف إلياس، الاتجاهات التشريعية لقوانين العمل العربية في التسعينات، منظمة العمل العربية - مكتب العمل العربي، سلسلة البحوث والدراسات، العدد (١٤)، ١٩٩٧، ص ٥١، وانظر الاتفاقية العربية رقم (٦) لسنة ١٩٧٦ بشأن مستويات العمل العربية (معدلة).

(٢) «في حال تحقيق خسارة للمقاول فإنه يتحمل المألوفة منها وما زاد عن ذلك يقسم بين طرفي العقد المقاول ورب العمل» قرار عراقي رقم ١٦٤٩/م/أولي/١٩٩٤، مجلة القضاء - الأعداد ١، ٢، ٣، ٤ لعام ١٩٩٦، السنة ٥١، ص ٢٢.

(٣) أحمد شوقي ومحمد عبد الرحمن، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل، مصر، ١٩٧٩، ص ٣.

(٤) مادة (١٢٣) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (٤٩) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦، ومادة (٦٩) قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

(٥) مادة (٥٦٥) قانون مدني مصري، ومادة (٨٨٧) قانون مدني عراقي ومادة (٧٨٣) و(٧٩٢) و(٨٠٢) مدني أردني.

(٦) مادة (١/١٧٤) مدني مصري، ومادة (٢٨٨) مدني أردني، ومادة (٢١٨) مدني عراقي.

(٧) مادة ٧٨٦ مدني أردني، مادة ٧٨٠ مدني عراقي ومادة ٦٥١ مدني مصري، وانظر بذلك د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول - مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٤٩٨.

تكييف العقد المبرم بين الطرفين على أساس أنه عقد عمل وليس عقد مقاوله ينتج عنه تطبيق أحكام قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي والأنظمة والتعليمات الملحقه لتسهيل تنفيذ القانون، بعدها القواعد الخاصة للتطبيق على علاقة العمل، فينتج عن ذلك ما يأتي:

١. سريان أحكام القواعد القانونية الخاصة بتنظيم أوقات العمل^(١)، كتحديد ساعات العمل والساعات الإضافية، ومنع فئات خاصة (كالأحداث والنساء) من العمل ببعض الأعمال والأوقات كساعات العمل الليلي.
٢. فرض قوانين العمل والضمان الاجتماعي أحكام السلامة العامة في مواقع العمل، وتحميل صاحب العمل مسؤولية حماية عماله عن طريق توفير معدات السلامة وبدلات وواقيات العمل والأنظمة التي تبين مخاطر العمل^(٢).
٣. تختلف أحكام انتهاء عقد المقاوله عن أحكام عقد العمل، بموجب قيام صاحب العمل بإنذار العامل قبل إنهاء عقده وإبطال الفصل التعسفي وإعادة العمل، ناهيك عن حق العامل في مكافأة نهاية الخدمة^(٣).

المبحث الثاني

حقوق عمال المقاول الثانوي

-
- (١) د. فتحي عبد الصبور، مصدر سابق، ص ٦١٠.
 - القرار العراقي ٩١/علي/١٩٧٣ (المقاول الثانوي غير مشمول بقانون العمل)، قرارات محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ص ١٦٥.
 - (٢) د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٥٥.
 - وانظر أحكام قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ وقانون الضمان الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المصري، ومادة (١/١/٧٨) قانون العمل الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٩٦.
 - (٣) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٩٥، ود. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ١٦٤.
 - وانظر القرار العراقي الهيئة القضائية الثالثة رقم الاضبارة ٥٥٩/علي/١٩٧٣ (إن محاكم العمل غير مختصة بالنظر في دعاوى المقاولين الخاصة بإنهاء عقد المقاوله دون إنذار). قرارات محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ص ١٦٧ وما بعدها.

تنشأ لعمال المقاول من الباطن عدد من الحقوق ناتجة عن عقد العمل الذي يربط العمال مع صاحب العمل أو من جراء تطبيق قانوني العمل والضمان الاجتماعي، بشكل طبيعي ومستمر أو بشكل مؤقت نتيجة الالتزام بعقد المقاولة^(١)، إلا أن تركيزنا في البحث هنا سيكون على الحقوق المالية الناشئة عن كل من العقد والقانون سالف الذكر لضعف مركز العامل اقتصادياً.

المطلب الأول

أجور العمال

الأجر أهم الحقوق الناشئة للعامل عن علاقة العمل والتي يترتب بذمة صاحب العمل، ولذلك اقتضى الأمر تبيان بعض عناصره وجوانبه الأساسية.

(١) يلتزم المقاول سواء كان أصلياً أم ثانوياً بالتسوية بين عماله وعمال المقاول الأصلي وعمال مقاول رب العمل طيلة فترة المقاولة خاصة إذا كانوا في منطقة واحدة بمنحهم نفس الحقوق والامتيازات الممنوحة لمن هم بكفاءتهم وخبرتهم من عمال الموقع الأصليين، أنظر بذلك مادة (٥٧) قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١.

- وانظر الطعن رقم ٥٠/٣٧٥ ق - ١٩٨١/٦/٢١، هوارى، الجزء ٤، ص ٧٤.

- وانظر الطعن رقم ١٣١٤ لسنة ٤٧ ق - ١٩٨٢/١١/١٤ (يقصد بالأجر أساساً كل ما يدخل في ذمة العامل مقابل العمل الذي يؤديه تنفيذاً لعقد العمل)، الهوارى، ج ٥، ص ٣٥.

الفرع الأول ماهية الأجر

أولاً: التعريف بالأجر

الأجر أو ثمن العمل هو (المال الذي يلتزم صاحب العمل بدفعه إلى العامل مقابل أدائه للعمل)^(١)، ولذلك عرفه المشرع العراقي في المادة الحادية والأربعين من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ بأنه «كل ما يستحق للعامل على صاحب العمل الذي يستخدمه من مال، أياً كانت طريقة حسابه، لقاء عمله»^(٢).

ثانياً: أنواع الأجر

لم تعد صورة الأجر الخرافي الذي يدفعه صاحب العمل من وجود والذي هو عبارة عن مبلغ معين من المال فقط^(٣)، حيث يتفق الطرفان غالباً على أن تلحقه امتيازات عينية أو مخصصات نقدية (كحصة من الأرباح، أو البدل، أو المخصصات، أو الوهبة أو الحلوان، أو المكافأة)^(٤)، تتنفي عنها صفة التبرع أو كونها من متطلبات طبيعة العمل كمعدات السلامة المهنية ومواد العمل الأولية أو

(١) ميلو، معرفة الأجور، القانون الاجتماعي، ١٩٦٩، ص ٣٥.

- MILHAU (j), L'indexation des Salaires Sur le cout de lavie, Droit Socil, Juillet – aout, 1964, P35.

(٢) وعرفه المشرع الأردني بالمادة (١٣١٢) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ بأن «كل ما يستحقه العامل لقاء عمله نقداً أو عيناً مضافاً إليه سائر الاستحقاقات الأخرى أياً كان نوعها إذا دخل القانون أو عقد العمل أو النظام الداخلي أو استقر التعامل على دفعها باستثناء الأجور المستحقة عن العمل الإضافية».

(٣) د. محمود الهمشري، عنصر الأجر في عقد العمل - معهد الإدارة العامة - إدارة البحوث

والاستثمارات - الرياض ١٣٩٨هـ، ص ١١

(٤) د. عدنان العابد، أجر العامل في قانون العمل والضمان، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الثاني، بغداد، ١٩٧٨، ص ١٤٠. وانظر القرار العراقي رقم ١٦٩/عليا ثانية/١٩٧٣ (يعتبر السرفس من ملحقات الأجر) محكمة العمل العليا، مصدر/مجلد ثاني/ ص ١٠٦.

مصاريف تولى دفعها العامل في نظير استحصالها مستقبلاً^(١)، وتبعاً لذلك تلحق الحماية القانونية التي يقررها المشرع لأجر العامل ملحقات الأجر^(٢).

ثالثاً تحديد الأجر

قد يغفل طرفا علاقة العمل الاتفاق على الأجر في حين تتصرف إرادتهما إلى دفعه، ولذلك يؤخذ عند تحديده بعد المباشرة بالعقد إلى أجر الأعمال المشابهة والتي تحتاج إلى ذات الخبرة والكفاءة (أجر المثل)^(٣)، فإن لم تكن هناك أعمال مماثلة تم الركون إلى عرف المهنة التي ينتمي إليها العامل^(٤). وبخلاف ذلك تحل قضائياً وفقاً لمقتضيات العدالة.

رابعاً: حساب الأجر

حيث يتم حساب أجر العامل وفق إحدى الطرق الثلاث الآتية:

١. حساب الأجر بالزمن حيث يتحدد على أساس الحيز الزمني الذي يستغرقه الإنتاج، فيحدد أجر لكل وحدة زمنية مدفوعة^(٥)، وهذا لا يرتبط بمواعيد دفع الأجور والتي قد تكون يومية، أو أسبوعية، أو شهرية.
٢. حساب الأجر بالقطعة فيدفع للعامل بقدر ما ينتجه لا على أساس الزمن، ليزداد أجر العامل وينخفض بقدر ما ينتج^(٦).

(١) د. حسن كيرة، أصول قانون العمل، مصدر سابق، ص ٥٣٢.

(٢) د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ٣٩٥.

– أنظر القرار المصري الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٥/٤/١٩٧٠ «يشمل الأمر كل ما يستحقه العامل في مقابل أداء العمل أياً كان نوعه وأياً كانت طريقة تحديده وأياً كانت تسميته». عصمت الهواري، الجزء الأول، ص ٨٠.

(٣) مادة (١/٩٠٣) قانون مدني عراقي «يفترض في أداء الخدمة أن يكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملاً ليس بما جرت العادة التبرع به عملاً داخلاً في مهنة من أداء».

(٤) مادة (٦٨٢) قانون مدني مصري، ومادة (٨١٠) مدني أردني و(٤٥) قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

(٥) كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرة ٢٢١.

(٦) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ٣٨٣.

٣. حساب الأجر بالطريحة^(١)، أي بالجمع بين الطرقتين المتقدمتين فيضع أجر للعامل على أساس الحيز الزمني لاستغراق العمل ثم يتم زيادة أجر العامل بزيادة إنتاجه على المقرر مما يعطي العامل استقراراً للدخل ويدفعه لزيادة الإنتاج.

الفرع الثاني

الطابع الحيوي للأجر

سبقت الإشارة إلى أن الأجر عنصر جوهري في علاقة العمل لا قيام لها بدونه وهو الالتزام الرئيس لصاحب العمل تبعاً لما يشكله الأجر من أهمية بالغة للعامل، إذ يعتمد عليه وأسرته في معيشتهم مما يجعله تابعاً اقتصادياً لصاحب العمل^(٢)، وقد أدى ما تقدم إلى إطلاق الفقه المقارن نظرية (الطابع الحيوي) للأجر^(٣)، والذي أخذت به أغلب التشريعات المنظمة لعلاقة العمل^(٤)، وما نجم عن هذه النظرية هو أفراد نظام قانوني خاص لأجر العامل يكفل له قدرًا من الحماية ويتمثل في دورية حصول العامل عليه دون تأخير وبغير نقص^(٥)، وتحريم النزول عن الأجر إلا وفق حدود معينة والحد من المقاصة به لدين على العامل وحصول العامل على أجره بقيمته الحقيقية^(٦)، وأخيراً وهي المسألة الأهم جعل أجر العامل ديناً ممتازاً على بقية ديون صاحب العمل وحق العامل في الحصول عليه عن طريق الدعوى المباشرة تجاه صاحب العمل إذا كان عاملاً لمقاول أو مقاول ثانوي^(٧).

(١) د. حمدي عبد الرحمن ود. محمد يحيى مطر، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

(٢) د. حسن كيرة، دروس في قانون العمل اللبناني - المقارن، بيروت ١٩٧٧، ص ١١٩.

(٣) كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرة ٢١٦.

(٤) أنظر المواد (٥١، ٤٧، ١٥) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

وانظر المواد (١٢، ٤٢، ٥١، ٥٣) قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

والمواد (٣٨، ٤٢، ٤٣، ٤٤) قانون العمل المصري رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣.

(٥) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

(٦) كالمنع من إجبار العامل على الشراء من المحلات التابعة لموقع العمل أو إجباره على ارتياد المشارب والمقاهي وحسمها من الأجر.

(٧) د. شاب توما منصور، مصدر سابق، ص ٤٠٢.

المطلب الثاني

اشتراكات الضمان الاجتماعي

لتخفيف المخاطر الاجتماعية عن العامل التي يواجهها من مجرد معيشتة في المجتمع أو عند ممارسته لعمله فرض المشرع نظاماً إجبارياً تتولى الدولة إدارته يؤمن للعامل المستفيد من درء مخاطر توقفه عن أستحصال ثمن عمله (الأجر)، على أن يدفع العامل وصاحب العمل اشتراكات كمقابل لمنافع نظام الضمان الاجتماعي، وفي إطار بحثنا عن الحقوق المالية لعمال المقاول الثانوي لا بد من تناول مفهوم الاشتراكات ومدى التزام صاحب العمل بها.

الفرع الأول

مفهوم الاشتراك وأسس تحديده

أولاً: تعريف الاشتراك

ويقصد بالاشتراك (المبلغ الواجب دفعه على الجهات التي يحددها القانون لقاء أي من الخدمات أو التعويضات أو المكافآت أو الرواتب التي تقدمها المؤسسة للشخص المضمون وفقاً لأحكام هذا القانون)^(١)، وسواء حدد الاشتراك وفقاً لنظام الاشتراك موحد القيمة أم على أساس المخاطر وفقاً لنسبة مئوية موحدة أو تصاعدية تتناسب مع أجر العامل^(٢)، فقد فرضت قوانين الضمان الاجتماعي على طرفي علاقة العمل دفع نسبة معينة إلى دوائر الضمان الاجتماعي وإن كان في الغالب ما يدفعه العمال من اشتراكات أقل من المبالغ موضع التزام صاحب العمل^(٣)، ويعود

(١) مادة (١) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١.

(٢) د. عادل العلي، التأمينات الاجتماعية. دراسة في جوانبها المالية والاقتصادية مع دراسة خاصة عن العراق، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٠٤.

(٣) ألزمت المادة (٢٧) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ سنة ١٩٧١ بدفع صاحب العمل ١٢% من قيمة أجر العامل في حين يستقطع من العامل ٥% من قيمة أجره.

وانظر الطعون رقم ١٩٧٩/٤٨٧ و ١٩٧٨/٢٨٤ و ١٩٧٨/٢٨٥ و ١٩٧٨/٤٥٩ لسنة ٤٥ ت (لايلزم بأداء الاشتراكات من أصحاب الأعمال إلا أولئك الذين يستخدمون عمالاً يعملون تحت إشرافهم لقاء أجر)، الهواري، ج ٣، ص ٣٨١.

ذلك إلى أن استفادة الأخير من جهد العامل وما يحققه من مكاسب من جراء إنتاجه ووفرة الأرباح ونجاح المشاريع لابد أن يكون له عنها ضريبة يدفعها إلى المجتمع بشكل عام وعلى عماله بشكل خاص.

ثانياً: أسس تحديد الاشتراك

يعد الأجر الأساس الذي بموجبه يتحدد المبلغ الواجب الدفع إلى السلطات المختصة على كل من طرفي عقد العمل، والأجر غالباً ما يكون مبلغاً من المال يضاف إلى ملحقات ومتممات، أي ليس مبلغاً ثابتاً^(١)، بل هو متغير المقدار بقدر ما يلحقه من امتيازات تدفع للعامل بتحقيق مناسبتها، وقد سلكت القوانين المقارنة مسلكاً متبائناً في ذلك، فمنها ما يوسع مفهوم الأجر بحيث يشمل كل الامتيازات والملحقات مرتأين بذلك زيادة رواتب الضمان التي سوف يحصل عليها العامل مستقبلاً كنظير للاشتراكات^(٢)، في حين اتجهت قوانين ضمان أخرى إلى تضيق مفهوم الأجر وحصره بالمقابل النقدي الذي يحصل عليه العامل المؤمن عليه لقاء عمله الأصلي حيث لا تدخل في حساب الأجر الأجور الإضافية والمنح والمكافآت التشجيعية والأرباح^(٣)، في سبيل تبسيط الإجراءات التي تقوم بها سلطات الضمان وإعطاء قدر من الثبات والاستقرار للاشتراك واجب الدفع لذلك تلجأ القوانين إلى اعتماد أجر شهر لشمول العامل بالاشتراك لاحتساب اشتراك سنة كاملة حتى لا يجعل من الاشتراك متغيراً خلال السنة^(٤)، ويلاحظ أن شمول فئات خاصة من المتدربين والصبيان تحت

(١) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون الضمان الاجتماعي، الطبعة الثانية، مزينة ومنقحة، بغداد، ١٩٨٨، ص ٦٩.

(٢) مادة (١٢٠) قانون التأمين الفرنسي لعام ١٩٥٤.

- وهو اتجاه المشرع العراقي إلى شمول كل ما يلحق بالأجر من متممات وعلاوات مهما كان نوعها في وعاء الاشتراك وفقاً للمادة (٤١) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ ومادة (١) قانون التقاعد والضمان رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ ومادة (١) من نظام تسديد الاشتراكات رقم ٣١ لسنة ١٩٧٨.

(٣) مادة (٥/ط) قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المصري.

(٤) مادة (١٣١) قانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥.

التمرين والعمال تحت التجربة يتطلب اعتماد قواعد احتساب اشتراكات العمال البالغين^(١)، ولذلك يرد تساؤل حول إذا ما كان يستحصله هؤلاء وخاصة الصبيان تحت التمرين يقل عن الحد الأدنى لأجور العمال غير الماهرين أو بنسبة قليلة من الأجور والمكافآت التشجيعية المتزايدة بتقدم مراحل التدريب، وكيفية حساب اشتراكهم^(٢)؟ وكيفية دفعها؟.

ثالثاً: التزام المقاول الثانوي وصاحب المشروع (رب العمل) عن الاشتراكات

يتحقق شمول العمال بأحكام قانون الضمان بنص القانون^(٣)، فيتوجب تبعاً لهذا على صاحب العمل أداء التزامه ذي الشقين، الأول منهما هو استقطاع نسب المبلغ المقرر على العامل التابع له شهرياً فيما يتمثل ثانيهما بأداء نسب المبالغ المقررة قانوناً عليه، وهو التزام شخصي بالأداء غالباً ما يفرض عليه القانون جزاء في حال الإخلال به وبالذات الالتزام الثاني يعده مديناً لدائرة الضمان الاجتماعي^(٤)، ولكن يثور التساؤل عن مصير الاشتراكات موضع التزام صاحب العمل فيما لو كان مقاولاً أصلياً أو مقاولاً ثانوياً، وإعسار أي منهما وعدم قدرته على السداد إلى دوائر الضمان؟ فإن أعطى المشرع حكماً صريحاً كما هو الحال بالنسبة للمشرع العراقي،

- ومادة (٦) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(١) لتحديد الاشتراك على أساس الحد الأدنى لأجر عامل بالغ، مادة (٢٦/هـ) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(٢) كالقانون الفرنسي والمصري.

- أنظر بذلك كاميرلنك وليون كان، مصدر سابق، فقرة ٧٧.

- وانظر د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٦٧١.

(٣) في حال توافر الشروط المنصوص عليها بالقانون وهي عدد عمال المشروع الواحد وصناعة العامل، فيعرض قانون الضمان الاجتماعي الأردني اشتغال خمسة عمال في المؤسسة الواحدة للشمول به. أنظر د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٤) مادة (٩٦) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١.

- «إن الالتزام الأول لا يكون فيه صاحب العمل مديناً بل يقع عليه التزام شخصي بالاستقطاع من أجر العامل شهرياً، أنظر بذلك د. يوسف إلياس، الحماية القانونية للأجر في قانون العمل العراقي والمصري، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٤٣٨-٤٣٩».

اعتُبر رب العمل والمقاول والمقاول الثانوي متضامنين ومتكافلين إزاء ديون دائرة الضمان عن اشتراكات المقاول الثانوي عن عماله فيعد رب العمل والمقاول الأصلي مسؤولين معه، وطبقاً لذلك فلدائرة الضمان أن تعود على أكثرهم ملائمة^(١).

المطلب الثالث

تعويضات المخاطر المهنية

تمثل إصابات العمل الناتج المباشر لتطور الصناعة وإدخال المكننة وتطورها، وهي ذات أثر فعال على قدرة العامل على العمل والكسب ولذلك اتجهت التشريعات إلى تحديد المخاطر المعنية التي لا بد أن يتعرض لها العمال مهما اتخذت من تدابير وقائية في موقع العمل وتعويض المصاب من جرائها وفق آلية تحديد المسؤولية.

الفرع الأول

ضمان المخاطر المهنية

تقسم التشريعات المقارنة المخاطر المهنية التي يتعرض لها العمال تقسيماً ثلاثياً يتمثل في الآتي^(٢):

أولاً: إصابة العمل

هي الإصابة بمرض مهني أو الإصابة بعطل عضوي نتيجة حادث وقع أثناء العمل وبسببه^(٣)، وقد اتجه الفقه إلى ضرورة توافر عناصر معينة لتحقيق الإصابة وهب:

١. تحقق ضرر جسماني، لإنسان آدمي سواء كان بسيطاً أم شديداً ابتداءً من الجسد وصولاً للجهاز العصبي والتنفسي له فيمنعه من الكسب^(٤).

(١) ويعدون مدينين للخزانة ولذلك يفترض إثبات براءة ذمتهم بوثيقة رسمية صادرة عن دائرة الضمان وإلا فلائي دائرة رسمية أو شبه رسمية حبس ما للمتعهد أو لصاحب العمل من أموال.

— مادة (٣٣) قانون ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(٢) المواد (٤١٤، ٤١٥، ٤٩٥) قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي لعام ١٩٥٦.

(٣) مادة (١) قانون الضمان رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(٤) د. محمد لبيب شنب، الاتجاهات الحديثة للتفرقة بين حوادث العمل والأمراض المهنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، عين شمس، يناير، ١٩٦٧، ص ١٣.

٢. وقوع الحادث بفعل خارجي وبشكل مباغت.

أي أن الفعل المسبب للإصابة بسبب أجنبي عن التكوين الجسماني أو العضوي للمضرورة^(١)، وهذا الفعل يقع فجأة وينتهي^(٢)، أي لا يوجد فاصل زمني بين بداية الحدث وانتهائه^(٣).

ورغم تحقق عناصر الإصابة السابقة، فإن العامل لا يستحق عنها تعويضاً إلا بوقوعها أثناء العمل أي بمجرد الارتباط الزمني بين الإصابة ووقت العمل^(٤)، أو وقوعها بسبب العمل أي بوجود الرابطة السببية ولو وقعت في غير زمان ومكان العمل^(٥).

ثالثاً: المرض المهني

قد يصاب العامل بعلّة معينة نتيجة من ممارسة مهنية^(٦)، وهي بذلك ترتبط بمهنة العامل وتقع بشكل تدريجي بخلاف إصابة العمل^(١)، حيث غالباً ما تصدر

(١) د. عدنان العابد، شروط تعويض إصابة العمل في القانون العراقي، مجلة القانون المقارن العددان (٨-٩)، السنة السادسة، بغداد، ١٩٧٨، ص ٦٣، والقرار ٣١/هيئة عامة/١٩٧٣ (لا تعويض للعامل إذا لم تكن إصابته من جراء العمل، بل لسبب داخل في جهازه العضوي) قضاء محكمة العمل العليا، مجلد ثالث، ص ٣٤.

(٢) وهو العنصر الفاصل بين إصابة العمل والمرض المهني، د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٤.

(٣) وهناك من يضع عنصر المباغتة لإصابة العمل، كالوقوع أو الاصطدام متناسين أن إصابة العمل ممكن أن تقع دونها، كقرصة الحشرة أو انقطاع الأوكسجين. د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون الضمان، مصدر سابق، ص ١١٣.

(٤) الهيئة القضائية الثالثة، رقم الاضبارة ٣٠٣/عليا/١٩٧٣، تاريخ ٦/٩/١٩٧٣ «يستحق العامل تعويض إصابة العمل إذا حدثت الإصابة أثناء تأدية العمل أو من جرائه». قضاء محكمة العمل العليا المجلد الثاني، ١٣٥.

(٥) مادة (٥) قانون التأمينات الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥. وانظر جيرار ليون كان، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، باريس، ١٩٥٥، ص ٣٣٤.

- LYON – CAEN (G) monuel de droit du travail ET De La Securite Sociale. Paris, 1955, P334.

(٦) مادة (١) قانون الضمان رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

السلطات التنفيذية جداول معينة عن الأعمال المسببة للأمراض المهنية^(٢)، وإن كانت بعض الأحيان ونتيجة من التطور المستمر المرافق للمشاريع وتوسعها يؤدي إلى ظهور أمراض جديدة مما يتطلب معه إحالة العامل إلى جهات طبية مختصة لتبيان وجود رابطة سببية بين العمل والمرض من عدمه^(٣)، وتبعاً لذلك تقيد التشريعات مطالبة العامل لحقوقه عن هذه العلة خلال مدد معينة يستنفذها حقه^(٤).

ثالثاً: إصابة الطريق

تعد بحكم إصابة العمل الإصابة التي تقع للعامل أثناء ذهابه المباشر إلى العمل أو أثناء عودته المباشرة من العمل^(٥)، ويتطلب ذلك تحديد سلوك العامل في طريقه بسلوك الشخص المعتاد من حيث الطريق المتبع والزمان^(٦)، فتعد من قبيل إصابة العمل أن يتعرض العامل المضمون لحادث الطريق الطبيعي، وهو ما يتطلب تحديده بشكل موضوعي لا شخصي^(٧).

التعويضات

-
- (١) د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص ٢١٥.
- (٢) جدول الأمراض الطبية المنشور بالوقائع العراقية رقم ٢٣١٧ في ١/٢/١٩٧٤.
- وانظر مادة ٤٩٥ و ٤٩٦ قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي لعام ١٩٥٦.
- (٣) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، مصدر سابق، ص ١٣٤.
- (٤) لتحديد المشرع العراقي وجوب ظهور المرض خلال خدمة العامل أو خلال سنة من انتهاء خدمته. مادة (٦٦) قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١، والقرار المصري رقم ١١٤٩ لسنة ٤٨ ق/١٩٧٩.
- (٥) مادة (١) قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ (على أن تتوافر في ذلك شروط إصابة العمل). د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، مصدر سابق، ص ٢٣. وانظر قرار الهيئة القضائية الثالثة/علياء/٤٤٢/١٩٧٣ (يستحق ورثة العامل التعويض عن وفاته إذا حصلت في طريق عودته من العمل ويعتبر امتداداً لوقت العمل)، قرارات محكمة العمل العليا/مجلد ثالث/ص ٢٠٣.
- (٦) د. محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابات العمل لحوادث الطريق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تموز - ١٩٦٩، ص ٦٨٣.
- (٧) (يشترط عدم انحراف العامل عن الطريق المعتاد وعدم انقطاع المباشرة في الذهاب) نقض اجتماعي، ٥/تشرين الأول/ ١٩٥٤، دالوز - ١٩٩٥، ص ٨٣.

تتمثل بالرعاية الطبية ابتداءً من وقوع الإصابة لحين اكتمال شفاء العامل مروراً بالعلاج الطبي والتدخلات الجراحية في حين يتحقق للعامل الحق في تعويضات نقدية تتولى دوائر الضمان دفعها له بشكل يتناسب مع درجة إصابته تعويضاً له عن فقد مصدر دخله^(١)، فلو كانت الإصابة بسيطة فغالباً ما تدفع له مكافآت تعويضية وقد يتحقق عن الإصابة عجز فتدفع له رواتب وإعانات عجز جزئي أو كلي بالإمكان تحويله عند وفاته إلى ورثته^(٢).

(١) مادة (٥٦) قانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(٢) د. عدنان العابد ويوسف إلياس، مصدر سابق، ص ١٤٨. وانظر في الطعن المصري رقم ٢٧١ سنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٩/٦/٢ «التعويض عن إصابة العمل وما يتخلف عنها من عاهات مستديمة هو تعويض قانون رسم الشارع معالجة ووضع له معيار يدور ويتحرك مع الأجر ونسبة التعويض» الهواري، ج ١، ص ٥٨٤. وانظر القرار العراقي رقم ٣٢٠/عليا/١٩٧٣ (إذا لم تلحق الإصابة بالمضمون عطلاً فلا يستحق العامل المكافأة التعويضية) محكمة العمل العليا/مجلد ثالث/ص ٢١٩ وكذا القرار رقم ٥٠٠٠/عليا/ثالثة/١٩٧٣ (العامل بالقطعة يستحق عياله التعويض عن وفاته إذا وقعت أثناء العمل أو من جرائه) محكمة العمل العليا/مجلد ثالث/ص ٥١.

الفرع الثالث

مسؤولية المقاول الثانوي وصاحب المشروع (رب العمل) عن التعويض

تتشترك أنواع مخاطر المهنة المضمونة الثلاثة باستحقاق العامل المصاب للامتيازات والتعويضات النقدية والرعاية الطبية المقررة قانوناً، وحيث تتولى دوائر الضمان دفع إعانات الضمان والعلاج وهذا يتطلب مصاريف نقدية تتحملها، فإنها تلجأ لتحديد مسؤولية الإصابة عن طريق لجان خاصة^(١).

أولاً: مسؤولية المقاول الثانوي

إن مسؤوليته بعده صاحب العمل غالباً ما تتحقق بشكليين فأما أن يكون قد تسبب بإصابة العامل (بخطأ غير مقصود) كحالة عدم توفيره وسائل الوقاية والأمان^(٢)، لتعود عليه دائرة الضمان بمبلغ التعويض الكلي عن الضرر وفق قواعد القانون المدني، في حال إثبات تقارير الخبراء مسؤولية صاحب العمل عمدياً عن الإصابة، أي قد قصد عن سوء نية الإضرار بالعامل فتلزمه المحاكم المدنية بتعويض دائرة الضمان لا عن الضرر فقط إنما عن كل الالتزامات المادية التي تتولى دفعها للعامل المصاب^(٣)، يلاحظ عدم حق العامل بالعودة على صاحب العمل بالتعويض حيث يكون هذا لدوائر الضمان، إلا في حالة إصابة العامل بفعل

(١) يسقط حق العامل في التعويض إذا ثبت من خلال التحقيق أنه المتسبب بالإصابة. أنظر حول ذلك مادة (٩٤/أ) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ ومادة (٥٨) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١.

(٢) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص ٢٨١. ود. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٣٦٥.

(٣) د. صادق مهدي السعيد، تنظيم العلاقات الإنتاجية الفردية بين العمال وأصحاب العمل وحقوقها وواجباتها المتبادلة، الكتاب الثاني، بغداد، ١٩٧٥ - ١٩٧٦، ص ٣٥٥.

- ولاحظ اتجاه القضاء المصري بالتعويض في القرار الخاص بالطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق - ١٩٦٤ (التزام رب العمل بتعويض العامل طبقاً لأحكام القانون المدني وإذا وقع بسبب خطئه الجسيم، إلا أن هذين الالتزامين متحدان في الغاية وهي جبر الضرر جبراً مكافئاً له، لا يجوز أن يكون التعويض زائداً عن الضرر، إذ أن كل زيادة تعتبر إثراء على حساب الغير دون سبب) الهواري، ج ١، ص ٥٨٥.

عام آخر تابع لصاحب العمل^(١)، فيستطيع أن يجمع بين تعويض الضمان ومطالبة صاحب العمل بالتعويض عما أصابه من فعل ضار أحدثه تابع لصاحب العمل^(٢).
ثانياً: مسؤولية المقاول الثانوي والمقاول الأصلي وصاحب المشروع (رب العمل) بافتراض إحالة العقد لمقاول ثانوي أصيب عامله بأحد إصابات مخاطر المهنة المضمونة، فيرد التساؤل عن حق دائرة الضمان بالرجوع بالتعويض على أي منهما؟ ورغم عدم إيراد حكم بذلك إلا أننا ننسجم مع رأي أساتذتنا الكريمين بالعودة إلى القواعد العامة للمسؤولية بعد كل من المقاول الثانوي والمقاول الأصلي ورب العمل مسؤولين مسؤولية تضامنية^(٣)، فللدائرة حق العودة على أي منهما إذا كان المقاول الثانوي معسراً وقد تحققت مسؤوليته في الإصابة بخطأ أو إهمال، ثم يعود بعد السداد صاحب المشروع ورب العمل أو المقاول الأصلي على المقاول الثانوي لإيفاء الدين.

(١) تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية، مصدر سابق، ص ٧٠.

(٢) مادة (٢١٩) قانون مدني عراقي ومادة (١٧٤) قانون مدني مصري ومادة (١٣٨٤) مدني فرنسي. أنظر في قرار الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٨١/١/١١ «يكفي في مسائل المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة أن يثبت أن الحادث قد نتج عن خطأ التابع ولو تعذر تعيينه من بين تابعيه».

عصمت هوارى، الجزء الرابع، ص ١٣٤.

(٣) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون الضمان، مصدر سابق، ص ١٣٩.

المبحث الأول

التكييف القانوني للعلاقة بين الوسيط والمستثمر

يحدد التكييف القانوني للعلاقة بين الوسيط والمستثمر طبيعة المسؤولية المدنية التي يتحملها الوسيط في حال إخلاله بأي من التزاماته. وفي هذا الصدد يتفق الفقه ويؤيده في ذلك القضاء على أن العلاقة بين الوسيط والمستثمر علاقة عقدية. فإذا كان القانون قد فرض على المستثمر الراغب في التعامل بالأوراق المالية في سوق الأوراق المالية أن يجري تعامله من خلال وسيط، فإن القانون لم يرغب المستثمر - بائعاً كان أم مشترياً للأوراق المالية - على التعامل مع وسيط بعينه. عليه فإن المستثمر يختار وسيطاً لتبدأ علاقته معه باتفاق بينهما مفاده قيام الوسيط بالتعامل بالأوراق المالية لمصلحة المستثمر. بيد أن الدور الذي يقوم به الوسيط والذي يحدده القانون من جهة ومضمون الاتفاق بينه وبين المستثمر من جهة أخرى يثير في الواقع خلافاً في الفقه حول طبيعة العقد الذي يربط المستثمر بالوسيط لاسيما وأن المشروع في تعريفه للوسيط لا يحدد على وجه الدقة المركز القانوني للوسيط المبني على طبيعة العقد الذي يربطه بالمستثمر. فالوسيط كما يعرفه المشرع^(١) هو "شخص يجاز بممارسة الوساطة في بيع وشراء الأوراق المالية". وهذا التعريف يثير التساؤل والخلاف عن طبيعة العقد الذي سيمارس بمقتضاه الوسيط أعمال الوساطة. ولهذا الخلاف أهميته في تحديد الالتزامات التي تترتب على عاتق الوسيط بموجب العقد المذكور، والتي يترتب على الإخلال بها قيام مسؤوليته العقدية. وفي هذا الصدد ينقسم الفقه إلى اتجاهين رئيسيين نبحث كلا منهما في مطلب مستقل. ونعزز هذين المطلبين بثالث لبيان التكييف الراجح.

(١) أنظر المادة (٧/١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

المطلب الأول

الوسيط يرتبط مع المستثمر بعقد دلالة

يذهب جانب من الفقه^(١) إلى أن العلاقة العقدية بين الوسيط والمستثمر في سوق الأوراق المالية تتمثل بعقد دلالة (أو سمسة على حد تعبير المشرع المصري) وليس أكثر من ذلك.

فالوسيط وفقاً لهذا الرأي الفقهي ليس أكثر من دلال ينطبق عليه تعريف الدلال^(٢) ويلتزم بالتزامات الدلال، وتسري عليه تلك الأحكام القانونية التي يخضع لها الدلال. وينحصر دوره بناء على ذلك في التقريب بين شخصين يكون أولهما بائعاً للأوراق المالية وثانيهما مشترياً لهذه الأوراق لكي يتعاقدا معاً نظير عمولة يقبضها الوسيط من كليهما. وتحدد هذه العمولة بنسبة معينة من قيمة الصفقة يحددها القانون^(٣).

(١) أنظر: د. طعمة الشمري، أحكام تداول الأوراق المالية في القانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣، ص ٦١.

أنظر أيضاً: د. محمد فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، ط ٢، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٥، ص ١٣٠.

د. علي جمال الدين عوض ود. محمود سمير الشرقاوي، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ٧١.

د. محمد كامل أمين ملش، شرح القانون التجاري التكميلي، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، ١٩٥٢، ص ٢٨٥.

(٢) أنظر: المادة (١/ف١) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذة، التي تعرف الدلالة بأنها: "عمل يبتغي القائم به تسهيل إبرام عقد من العقود لقاء أجره".

(٣) أنظر: المادة (١/ف٨) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية التي تحدد عمولة الوسيط في سوق بغداد للأوراق المالية بنسبة ١% من القيمة النقدية لكل عملية بيع وشراء أسهم، وأربعة من الألف من القيمة النقدية لكل عملية بيع وشراء سندات تعقد في القاعة بحد أدنى مقداره مئة دينار لكل عملية وتخصص للسوق حصة نسبتها (٢٠%) من العمولة المتحققة للوسيط.

هذا ويستند أنصار هذا الاتجاه في تبرير مذهبهم إلى حجج عدة، لعل من أهمها ما يأتي:

أولاً: إن الوسيط لا يتعامل بالأوراق المالية باسمه ولا حسابه إذ لا شأن له بالصفقة التي يراد إبرامها، فهو في واقع الحال أجنبي عنها، إذ أنه ليس بائعاً للأوراق المالية مثلما هو ليس مشترياً لتلك الأوراق. كما أنه لا يتعامل بتلك الأوراق المالية باسم من يتعاقد معه - بائعاً كان أو مشترياً - أو لحسابه، بل يقتصر دوره على إرشاد المستثمر إلى شخص آخر يرغب في شراء ما لديه من أوراق مالية أو يرغب ببيع ما يسعى المستثمر المذكور إلى شرائه من تلك الأوراق. وبذلك يكون الوجه الغالب من عمل الوسيط مادياً، يستوي في ذلك أن يقوم الوسيط بهذا العمل بتكليف من أحد الطرفين فقط أو بتكليف من الطرفين معاً. فإذا كان عمل الوسيط مادياً فإن هذا يرجح تكيف عقده مع المستثمر على أنه دلالة وينفي في الوقت ذاته عن الوسيط صفة الوكيل. لأن الأخير إنما يقوم بتصرف قانوني لا بعمل مادي. والوكيل في قيامه بهذا التصرف يقوم به باسم الموكل ولحسابه.

ثانياً: إذا لم يكن الوسيط في تعامله لمصلحة المستثمر وكيلاً عنه، فإنه لا يعد ولذات الأسباب وكيلاً بالعمولة. ففضلاً عن أن الوكيل بالعمولة لا يختلف عن الوكيل التجاري في قيامه بتصرف قانوني لا بعمل مادي، فإن الوكيل بالعمولة حينما يتعاقد لمصلحة موكله إنما يتعاقد باسمه وليس باسم الوكيل. ويترتب على ذلك أنه يعد أصيلاً في علاقته مع الغير الذي يتعاقد معه، ويتحمل تجاهه بكل الالتزامات الناشئة عن العقد، ذلك أن الغير يجهل وجود أصيل في هذا التعامل وهو في كل ذلك يختلف عن الوسيط وعن الدور الذي يقوم به الوسيط في سوق الأوراق المالية. فالوسيط لا يتعامل باسمه ومن يتعاقد معه يعلم حق العلم أنه مجرد وسيط يعمل لمصلحة شخص آخر.

ثالثاً: إن قانون سوق بغداد للأوراق المالية يبين أن الوسيط يتولى في السوق أعمال الوساطة بالعمولة^(١). والوساطة كما يعرفها المشرع العراقي تعني "كل عمل من

(١) أنظر: المادة (١٤/ف١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

أعمال التوسط التي تستهدف التقريب بين طرفين راغبين في التعاقد^(١). وهذا المفهوم للوساطة لا يخرج عن مفهوم عقد الدلالة.

المطلب الثاني

الوسيط يرتبط مع المستثمر بعقد وكالة

لا يتفق بعض من الفقه^(٢) مع من يذهب إلى أن عقد الوسيط مع المستثمر هو عقد دلالة، فالوسيط في سوق الأوراق المالية هو أكثر من دلالة تقتصر مهمته على التقريب بين طرفي عقد بيع الأوراق المالية دون أن يكون له أي دور في هذا العقد الأخير. إذ يفصح مضمون العقد الذي يبرم بين الوسيط والمستثمر على أن الوسيط إنما يمثل هذا الأخير في عقد بيع الأوراق المالية إبراماً وتنفيذاً. عليه فإن الوسيط وبهذه الصفة يكون وكيلاً للمستثمر في سوق الأوراق المالية، والعقد الذي يربطه به ليس إلا عقد وكالة يستوي في ذلك أن تكون هذه الوكالة عادية أو أن تكون وكالة بالعمولة.

إن هذا التصور يجد في أحكام القضاء ما يدعمه^(٣)، كما أنه - كسالفه - يستند في تبريره إلى حجج عدة، يتمثل أهمها بما يأتي:

(١) أنظر: المادة (٢/٣) من قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ الملغي.

(٢) أنظر: محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، ج ١، ط ٣، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٣، ص ٣٤١.

أنظر أيضاً: د. علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، ج ١، ط ١، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٤٧، ص ٦٤٣، رزق الله أنطاكي، نهاد السباعي، مصدر سابق، ص ٢٤٨، د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج ١، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص ٢٧٧.

(٣) أنظر: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/١/٧، ص ٢٦، ص ١٢٤، وفيه تذهب المحكمة إلى أنه: "السمسار هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وكيل يكلفه أحد المتعاقدين بالتوسط لدى العاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه".

أولاً: إن الغرض من وجود وسيط في سوق الأوراق المالية - وهو أمر إلزامي بموجب نصوص القانون الآمرة - يتجاوز مجرد قيام الوسيط بالبحث عن يتعاقد مع المستثمر. فالغرض من وجوده - على النحو المبين سابقاً - أبعد من ذلك ويهدف إلى أن يكون التعاقد والتعامل بالأوراق المالية منظماً وتحت رقابة سوق الأوراق المالية. لذا فإن التعاقد في سوق الأوراق المالية يحصل بين الوسطاء وحدهم ودون تدخل من البائع أو من المشتري. وأكثر من ذلك يقتصر حق الدخول إلى قاعة التعاقد على الوسطاء أنفسهم، وإذا حصل أي تعاقد داخل السوق بدون وسيط مجاز فيها فإن ذلك يؤدي إلى بطلان مثل هذا العقد^(١). وهذا ينفي أن يكون الوسيط دلالاً فحسب ويؤيد أنه وكيل إذ أنه يتدخل في إبرام العقد، وبذا يكون الجانب الأغلب من عمله تصرفاً قانونياً لا عملاً مادياً كما يذهب أنصار الاتجاه السابق.

ثانياً: إن الطريقة التي يبرم فيها الوسيط عقد بيع الأوراق المالية نيابة عن المستثمر تبين أنه ليس مجرد دلال كما أنه لا يعد وكيلاً عادياً بل وكيلاً بالعمولة. فالوسيط عند تعاقد له مصلحة المستثمر لا يذكر اسم هذا الأخير، وإنما يتعاقد باسمه هو وهذا ما يجعل الوسيط مسؤولاً قبل من تعاقد معه فإذا تلقى الوسيط أمراً بالبيع من المستثمر فإنه يعد بالنسبة للمشتري بائعاً. وإذا أمره المستثمر بالشراء فإنه يعد مشترياً بالنسبة للبائع. ويترتب على ذلك أن يكون لكل من وسيط البائع ووسيط المشتري دعوى تجاه الآخر هي دعاوى البائع أو المشتري كما إن الوسيط والمستثمر يكون لكل منهما قبل الآخر دعاوى الوكالة^(٢).

المطلب الثالث

التكييف الراجح للعلاقة بين الوسيط والمستثمر

تبين فيما سبق أن الفقه في تكييفه لعلاقة الوسيط بالمستثمر موزع بين اتجاهين اثنين، أحدهما يذهب إلى أن هذه العلاقة تتمثل بعقد دلالة بينما يذهب الاتجاه الثاني

القرار منشور في: د. أحمد حسني، قضاء النقض التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، ص ٢٢١.

(١) أنظر: د. علي العريف، مصدر سابق، ص ٦٤٣.

(٢) أنظر: محمد صالح، مصدر سابق، ص ٣٤١-٣٤٢.

إلى تكييف هذه العلاقة على أنها عقد وكالة. وإذا كان لكل من الرايين حججه التي تدعمه وتسندة فإن لكل واحد منهما أيضاً مأخذة التي تمنع الأخذ به على إطلاقه. فالوسيط في سوق الأوراق المالية ليس دلالاً فقط كما أنه ليس وكيلاً فحسب. بل أنه يجمع هاتين الصفتين معاً، فهو دلال ووكيل في الآن نفسه. وتصورنا هذا يجد سندده في نصوص القانون التي تنظم التعامل في أسواق الأوراق المالية من جهة وفي الواقع العملي وما يجري عليه العلم في سوق الأوراق المالية من جهة أخرى، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: إن المستثمر ممنوع وبنص القانون^(١) من أن يتعامل بالأوراق المالية مباشرة في إطار سوق الأوراق المالية. إذ يقتصر مثل هذا التعامل على الوسطاء المجازين في السوق. لذا فإنه يتعاقد مع الوسيط إذا رغب في بيع أو شراء أوراق مالية والمستثمر لا يعلم مسبقاً من الذي سيكون الطرف الآخر معه في عقد بيع الأوراق المالية المذكورة، إذ يجري التداول داخل السوق بطريق المزايدة العلنية المكتوبة وذلك بعرض جميع أوامر البيع والشراء على اللوحات المعدة لهذا الغرض^(٢). فالوسيط إذا يتولى مهمة إيجاد من يرغب بشراء أو بيع الأوراق المالية التي يرغب المستثمر بالتعامل بها. والوسيط في دوره هذا يكون في المركز القانوني للدلال. وهذا ما بينه المشرع إذ ينص على أن الوسيط يتولى أعمال الوساطة بالعمولة^(٣). بيد أن مهمته لا تنتهي عند هذا الحد، إذ أن الوسيط وبعد إيجاد راغب في شراء أو بيع الأوراق المالية (وهو لا يعدو كونه وسيطاً آخر يمثل مستثمراً آخر) يقوم بإبرام العقد نيابة عن المستثمر، وأحياناً نيابة عن الطرفين معاً. كما لو فوضه مستثمر ما ببيع أوراق مالية وفوضه مستثمر آخر بشراء الأوراق المالية ذاتها، وهو في عمله هذا يعد وكيلاً عن المستثمر. وليس أدل على ذلك من أن القانون يفرض على الوسيط عند تعامله بالأوراق المالية الاسمية التأكد من حيابة المستثمر الراغب في البيع لشهادة ملكية

(١) أنظر: (المادة ٤/ف٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

(٢) أنظر: المادة (٢٢) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

(٣) أنظر: المادة (١٤/ف١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

الأسهم وإلا فيطلب من ذوي العلاقة تقديم وثيقة تأييد من الجهة التي أصدرت الأسهم تبين عددها وأنها ليست محجوزة أو مرهونة أو مفقودة ولم تصدر شهادة جديدة بدلاً عنها^(١). فإذا تبين أن الأوراق المالية محل التعامل محجوزة أو مفقودة أو أن بائعها ليس مالكا لها وتعذر بسبب ذلك نقل ملكيتها إلى المشتري فإن الوسيط يكون مسؤولاً^(٢). وهذا ما يؤكد أن الوسيط يكون وكيلاً فهو يمثل المستثمر في إبرام العقد وليس بمنأى عن الالتزامات التي تتولد عنه. فإذا كان مجرد دلال تنتهي مهمته بإيجاد من يشتري أو يبيع الأوراق المالية فإن إبرام الصفقة والتحقق من سلامة المبيع المتمثل بالأوراق المالية من العيوب الظاهرة يقع على عاتق طرفي التعاقد. فالدلال لا يطلب منه سوى أن يكون حسن النية ويخطر من يتعاقد معه بالظروف التي يعلمها عن الصفقة دون أن يلزم بأن يتحرى عن الصفقة وصحة المعلومات التي يقدمها الطرف الآخر^(٣). بخلاف الوكيل الذي عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد عند إبرام العقد باسم موكله، وبذل هذه العناية يقتضي منه التأكد من ملائمة من يبرم العقد معه إذا كان مشترياً أو من كونه مالكا لما يرد عليه العقد إن كان بائعاً.

ثانياً: إن قانون سوق الأوراق المالية يبين أن من أبرز ما يقوم به الوسيط في السوق هو أعمال الوساطة بالعمولة^(٤)، ولعل هذا ما دفع بعضاً من الفقه إلى تكييف المركز القانوني للوسيط في السوق على أنه دلال يتوسط بين طرفين من أجل التعامل بالأوراق المالية مقابل أجر، لاسيما وأن قانون تنظيم الوكالة والوساطة التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٨٣ الملغي يعرف الوساطة التجارية بأنها "كل عمل من أعمال التوسط التي تستهدف التقريب بين طرفين راغبين في التعاقد..." إلا أن هذا التصور لا يستقيم إذ يتضمن قانون سوق الأوراق المالية نصوصاً أخرى تؤكد أن الوسيط فضلاً عن كونه دلالاً يقوم بأعمال الوساطة بالعمولة يكون وكيلاً عن المستثمر، ولا يصح

(١) أنظر: المادة (١٧) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١. والمادة

(٢/٢٤) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

(٢) أنظر: المادة (٢/٤٥) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

(٣) أنر: التزامات الدلال التي تحددها المادة (٩) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذ.

(٤) أنظر: المادة (١/٤) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

تحديد المركز القانوني للوسيط بمعزل عن هذه النصوص. من ذلك على سبيل المثال ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة الخامسة عشر من قانون سوق بغداد للأوراق المالية من أن الوسيط يتصرف "بالنيابة عن بائع الأوراق المالية أو مشتريها على وفق تفويض تحريري..." فالوسيط بموجب هذه المادة يعد نائباً والنيابة مصدرها الاتفاق الذي ينبغي أن يكون تحريراً فإذا كانت النيابة اتفاقية فأنها ليست سوى عقد الوكالة. كذلك ما تنص عليه المادة الثانية من ذات القانون في فقراتها الخامسة. إذ تقضي بأنه: "تعفى من رسم الطابع عقود البيع المبرمة في القاعة وعقود تفويض البيع أو الشراء التي تعقد بين المتعاملين والوسطاء...". وليس ثمة أكثر من هذه المادة وضوحاً على أن الوسيط وكيل يتعامل باسم المستثمر ولحسابه، فعقود البيع كما توضح هذه المادة تعقد في القاعة والتعامل في داخل القاعة يجري بين الوسطاء وحدهم بلا تدخل من المستثمر ولا يمكن للوسيط أن يبرم عقد البيع مالم يكن وكيلاً. كما تبين المادة ذاتها أن الوسيط حينما يبيع أو يشتري فإن ذلك يكون بموجب عقد يفوضه فيه المستثمر إجراء مثل هذا التصرف لحسابه.

هذا من جانب، من جانب آخر فإن القانون المذكور يبين بأن الوسيط لا تقتصر مهمته تجاه المستثمر على التعامل بالأوراق المالية بيعاً وشراءً، وإنما تتعدى ذلك إلى إدارة محافظ الأوراق المالية لمصلحة المستثمر كأن يطالب الجهة التي أصدرتها بالأرباح السنوية، وهو في تصرفه هذا يكون وكيلاً عن المستثمر وينبغي في هذه الوكالة - على النحو الذي يتطلبه القانون - أن تكون مصدقة من الكاتب العدل وتحدد فيها صلاحيات الوسيط والتزاماته وحقوقه^(١)؟

ثالثاً: إذا كان التعامل بالأوراق المالية في سوق الأوراق المالية يقتصر على الوسطاء فإن التعامل الذي يتم بوساطتهم يترتب عليه انتقال ملكية هذه الأوراق من البائع إلى المشتري، دون أن يتوقف هذا الأثر على تعاقد لاحق بين المستثمر البائع

(١) أنظر: المادة (١٤/ف٢) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

والمستثمر المشتري^(١). وهذا يدل على أن وسيط كل منهما يعد نائباً عنه ويمثله في هذا التعامل وليس مجرد دلال تنتهي مهمته بإيجاد من سيتعامل معه المستثمر. وأكثر من ذلك يتم استيفاء الإجراءات الشكلية التي يتطلبها قانون الشركات لانتقال ملكية الأسهم في سوق الأوراق المالية ذاتها. إذ يلزم القانون^(٢) جميع الشركات المسجلة في السوق بأن تعين مندوباً عنها في السوق يقوم بتنفيذ أحكام المادة ٦٦ من قانون الشركات النافذ الخاصة بإجراءات انتقال ملكية الأسهم^(٣). ويقوم هذا المندوب بتسجيل انتقال ملكية الأوراق المالية التي يتم تداولها في السوق من البائع إلى المشتري دون أن يتطلب الأمر حضور المستثمر بائع الأوراق المالية أو المستثمر الذي يشتريها ذلك أن حضور وسيط كل منهما - وهو يمثله قانوناً - يعد كافياً لاستيفاء الإجراءات المذكورة^(٤). ويترتب على الوسيط بعد إتمام إجراءات التعاقد تسوية الحسابات المترتبة على هذا التعاقد^(٥).

من كل ما تقدم يتضح أن المركز القانوني للوسيط في علاقته بالمستثمر يتحدد بكونه دلالاً وكيلاً في الوقت ذاته. عليه فإنه يسأل تجاه المستثمر بموجب هاتين الصفتين. وأحكام هذه المسؤولية هي محور المبحث الآتي.

(١) أنظر: فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص ٧٩.

(٢) أنظر: المادة (٤٤/ف ١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

(٣) تنص المادة (٦٦) من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ على أنه: أولاً: يتم بيع الأسهم في الشركة المساهمة والمحدودة في مجلس مؤلف من البائع والمشتري أو من يمثلهما قانوناً، ومندوب من الشركة يعينه المدير المفوض، وينظم عقد يذكر فيه اسم البائع والمشتري وعنوانهما ورقم شهادة الأسهم وتاريخ البيع والتمن وإقرار البائع بقبضه وتعهده المشتري بقبول عقد الشركة، ويسجل عقد البيع في سجل انتقال الأسهم الخاص بالشركة مع توقيع المتعاقدين ومندوب الشركة، ويعتبر باطلاً كل بيع يقع خارج المجلس أو لا يسجل في سجل الشركة. ثانياً: تنتقل ملكية الأسهم في الشركات المساهمة المدرجة في سوق بغداد للأوراق المالية وفق قانونه والتعليمات الصادرة بموجبه.

(٤) أنظر: المادة (٤٥/ف ١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

(٥) أنظر: المادة (٤٤/ف ٤) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

المبحث الثاني

قيام مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر وآثار قيامها

تبين فيما سبق أن العلاقة بين الوسيط والمستثمر إنما هي علاقة عقدية يحكمها الاتفاق المبرم بينهما. وتتحدد التزامات الطرفين تبعاً لذلك بناءً على هذا الاتفاق. فإذا أخل أحدهما بالتزاماته تلك فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الإخلال ومسؤوليته تعد من حيث المبدأ مسؤولية عقدية بالنظر إلى أنها تترتب على الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد. ومع ذلك فإن التزامات الوسيط تجاه المستثمر ليست كلها ناشئة عن العقد، إذ يتدخل المشرع، وفي إطار حمايته لمصالح المستثمر، لفرض التزامات معينة على الوسيط، الأمر الذي يثير التساؤل عن طبيعة هذه الالتزامات وطبيعة مسؤولية الوسيط عنها. كما يطرح التساؤل في السياق ذاته عن آثار قيام مسؤولية الوسيط وهو ما نبخته في الطلبين الآتيين.

من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.

المطلب الأول

قيام مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر

تقوم المسؤولية المدنية بصورة عامة بقيام أركانها وأركان المسؤولية التقليدية ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. ولا تختلف في ذلك بطبيعة الحال مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر. إذ يتطلب قيامها أن ينسب إلى الوسيط خطأ معين بأن يخل بأحد الالتزامات المفروضة عليه، كما ينبغي أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المستثمر فتتحقق بهذه الصورة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. إلا أن الوسيط - كمركز قانوني - تترتب في ذمته التزامات عدة، بالنظر لتعدد الصفات التي يحملها من جهة وبالنظر لتدخل المشرع في تحديد ما يلتزم به الوسيط تجاه المستثمر من جهة أخرى، الأمر الذي يثير التساؤل عن طبيعة التزامات الوسيط المتعددة هذه ومتى يعد مخطئاً بالشكل الذي يترتب قيام مسؤوليته؟ وكيف يعد الضرر متحققاً بالنسبة للمستثمر؟ وإذا كانت هذه التساؤلات لا تتجاوز حدود أركان المسؤولية التقليدية إلا أن لكل منها خصوصية فيما يتعلق بمسؤولية الوسيط لذا فإن البحث في

قيام مسؤولية الوسيط سيكون منصباً على خصوصية كل ركن من أركان قيامها.
وعلى النحو الآتي:
أولاً: خطأ الوسيط:

يعد الوسيط - كما سبق أن بينا - دلالاً ووكيلاً في الآن ذاته. لذا فإنه يلتزم في وقت واحد بالتزامات الدلال والتزامات الوكيل كما تحددها القواعد العامة. هذا فضلاً عن التزامه بما يفرضه عليه المشرع في إطار القواعد الخاصة بالتعامل في سوق الأوراق المالية.

فالوسيط باعتباره دلالاً يلتزم بالقيام بعمل وهو أن يسعى لإيجاد شخص يتعاقد مع المستثمر لشراء أو بيع الأوراق المالية، كما يلتزم بصفته هذه بأن يقوم بإطلاع المستثمر على ظروف التعاقد ومخاطره متى كان يعلم بها، أو كان من السهل عليه العلم بها^(١)، كأن يكون عالماً بأن الشركة التي يسعى المستثمر إلى شراء أسهمها يحتمل إفلاسها بسبب ما تعانيه من مشاكل مالية^(٢).

ويعد التزام الوسيط بصفته وكيلاً التزام بالقيام بعمل أيضاً. وهو ما يعد في الواقع عملاً متمماً لما يقوم به بصفته دلالاً، فبعد أن يجد شخصاً يرغب في التعامل

(١) أنظر: المادة (٩) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذ.

أنظر أيضاً: د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ١٧٣-١٧٤.

Aaron Larson, Fraud & Misconduct by stock brokers & financial planners, Expert law, July 2004, available on <http://www.expertlaw.com/library/pubarticales/consumer-protection/financial-planners.html>

(٢) تجدر الإشارة هنا إلى أن بعض القوانين تلزم الوسيط تحت طائلة العقاب بإبلاغ الجهات الرسمية عن أي معاملة تثير الشكوك، كما لو أن أحد أطرافها كان شخصاً ظاهر الاعتبار. كما في قانون تقارير المعاملات المالية الاسترالي الصادر عام ١٩٨٨.

(The financial transaction reports act.1988)

أنظر:

Austrac (Australian Transaction Reports and Analysis Centre) guide line No.4, Merchant Bankers & stock Brokers suspect transaction reporting available at <http://www.austrac.gov.au/text/guidelines/guidelines/guide/94.html>.

مع المستثمر فإنه يقوم بصفته وكيلاً عن هذا الأخير بإبرام عقد لبيع أو شراء الأوراق المالية نيابة عن المستثمر. وكأي وكيل آخر ينبغي عليه أن يتصرف في حدود وكالته، فيلتزم بأوامر وتوجيهات المستثمر بصفته موكلًا^(١)، والتي تفرض القواعد الخاص بالتعامل في سوق الأوراق المالية أن تكون بصيغة تفويض تحريري ومعتمدة من قبل إدارة السوق^(٢). وليس للوسيط أن يجتهد بخلاف هذه الأوامر إلا إذا كان مخولاً تحريراً من المستثمر بذلك^(٣).

وإذا كان التزام الوسيط بصفته دلالاً وبصفته وكيلاً أيضاً التزاماً بالقيام بعمل فإنه في الحالتين التزم ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، إذ لا يطلب منه إلا أن يقوم بالتصرف بقدر من اليقظة والحرص^(٤). وهكذا فإنه يعد قد نفذ التزامه متى بذل المقدار الواجب بذله من العناية. وبخلافه يتحقق خطؤه العقدي. وفي هذا الصدد يطرح التساؤل عن مقدار العناية الذي ينبغي على الوسيط بذله لينتفي ببذله خطؤه؟ لا خلاف في أن الوسيط سواء في عمله بصفة دلال أو بصفة وكيل عن المستثمر يقوم بعمل تجاري ويعد في الوقت ذاته تاجراً. فعقد الدلالة من أعمال الوساطة التجارية التي تعد عملاً تجارياً بموجب نص الفقرة السادسة عشرة من المادة الخامسة من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ، كما أن الوكالة التي يقوم بها هي وكالة تجارية تخضع بأحكام الوكالة التجارية ولا تتم إلا مقابل أجر يتمثل بالعمولة التي يتقاضاها من المستثمر. بناءً على ذلك يتحدد مقدار العناية الواجب بذله من الوسيط بعناية الرجل المعتاد. وهذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في العقد بصورة عامة^(٥)، وأيضاً القواعد العامة في عقد الوكالة^(٦).

Aaron Larson, Op.Cit

(١) أنظر:

(٢) أنظر: المادة (١٥/٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

(٣) أنظر: المادة (٢٤) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

(٤) أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الأول، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ٤٦٠.

(٥) أنظر: المادة (٢٥١/١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٦) أنظر: المادة (٩٣٤/٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

ومع ذلك فإن اتجاهها في الفقه^(١) يرى بأن من غير المناسب تطبيق القواعد العامة في تحديد مقدار العناية الواجب بذله من قبل شخص مهني كالوسيط. فالوسيط - باعتباره وكيلاً تجارياً وتطبيقاً لما يذهب إليه الاتجاه المذكور - يعد شخصاً مهنيّاً وليس شخصاً عادياً لذا فإن مساءلته ينبغي أن يؤخذ فيها بنظر الاعتبار صفته تلك. فمسؤوليته مسؤولية مهنية وهي لا تقوم إلاّ إذا كان هناك خطأ جسيم في إتباع أصول المهنة يعزى إلى الوسيط وهو ما يطلق عليه الخطأ المهني. وهذا الخطأ يعرف بأنه: "خطأ مقارب للغش فلا يفرق عنه في معظم الأحوال إلاّ فارق ذهني"^(٢).

إلاّ أن الرأي المتقدم يعد في تقديرنا محل نظر إذ لا سند له من نصوص القانون فالمشرع وإن كان قد نظم التعامل بالأوراق المالية في سوق الأوراق المالية بنصوص خاصة إلاّ أنه لم يشر إلى ما يمكن أن يجعل من مسؤولية الوسيط مسؤولية "خاصة" الأمر الذي يعني أنها تخضع إلى أحكام القواعد العامة. وطالما وجد عقد بين الوسيط والمستثمر فإن مسؤولية الوسيط عن الإخلال بالتزاماته العقدية تكون مسؤولية عقدية. هذا وإن التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني تعد بصورة عامة تفرقة منتقدة. فهي كما يذهب أستاذنا د. حسن علي الذنون^(٣) لا تقوم على أي أساس من المنطق أو العدالة. فلماذا يسأل أي متعاقد عن خطئه العقدي أياً كان هذا الخطأ ولا يسأل المتعاقد المهني إلاّ عن خطئه الجسيم فقط. وإذا كان لمثل هذا الحكم تعليل يستند إلى توفير الطمأنينة والحرية في العمل للشخص المهني فإن هذا التعليل ينطوي على تضحية بمصلحة الطرف الآخر الذي تعاقد مع الشخص المهني وأودعه ثقته، وليس هذا الأمر من العدالة في شيء.

(١) أنظر: د. أحمد رفعت خفاجي، تفسير الخطأ المهني الجسيم، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ١٩٥٨-١٩٥٩، ص ٩١.
وفي هذا الرأي أيضاً أنظر: بودان، شرح القانون المدني، العقد والالتزامات، ف ١١٨٧، ديموج، ج ٣، ف ٢٦٤.

(٢) أنظر: د. أحمد رفعت خفاجي، مصدر سابق، ص ٩١.

(٣) أنظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٥١٩.

وأياً كان الأمر فإن معيار الرجل المعتاد إذا طبق على مسؤولية الوسيط فإنه لا يعني أن يقاس تصرف الوسيط على تصرف شخص عادي لا يمت إلى مهنة الوسيط بصلة، بل أن الرجل العادي هو شخص من نفس طائفة من يتم التحقق من خطئه. عليه فإن معيار الرجل العادي بتطبيقه على الوسيط معناه أن يقاس تصرف الوسيط على تصرف وسيط بصير يقظ يوجد في نفس الظروف الخارجية التي يوجد فيها الوسيط المدعى عليه بالمسؤولية. فإذا كان تصرفه مغايراً لتصرف الوسيط الحريص اليقظ بأن كان أقل حرصاً منه عد حينها مخطئاً. ويسأل عن هذا الخطأ بصرف النظر عن درجته جسيماً كان أو يسيراً. من ذلك مثلاً أن يبرم الوسيط عقداً لشراء أسهم دون التأكد من حيابة شهادة ملكية الأسهم من قبل مالكيها. إذ يعد في هذه الحالة مخطئاً، فالوسيط المعتاد الذي يتصرف بحرص ويقظة يتأكد أولاً وقبل كل شيء من أن بائع الأوراق المالية مالكاً لها ولديه ما يثبت ذلك.

بيد أن التزامات الوسيط في إطار علاقته بالمستثمر ليست كلها متفق عليها بين الطرفين. إذ أن المشرع يتدخل - وبنصوص خاصة - ليفرض بدوره على الوسيط التزامات معينة تحدد علاقته بالمستثمر. وهذه الالتزامات لا يعدو بعضها كونه تأكيداً للالتزامات التي تترتب في ذمته بموجب عقد الدلالة أو عقد الوكالة. كالإزام الوسيط بإطلاع المستثمر على جميع البيانات التي يعلمها في الصفقة والظروف الخاصة بها^(١). فمثل هذا الالتزام رئيسياً من التزامات الدلال^(٢). بينما لا يخرج البعض الآخر من هذه الالتزامات عن كونه تطبيقاً للقواعد العامة، كالإزام الوسيط بالاستقامة والنزاهة وتوخي مصلحة المستثمر وحماية حقوقه^(٣). فالقواعد العامة توجب على كل متعاقد - أياً كان العقد الذي أبرمه - بأن ينفذ التزاماته تجاه الطرف الآخر بحسن نية^(٤). والوسيط حسن النية ينبغي أن يعمل على حماية مصالح وحقوق المستثمر لأنه يمثل في التعامل ويتصرف باسمه. وتطبيقاً لذات

(١) أنظر: المادة (١٩/ف٢) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

(٢) أنظر: المادة (١٩/ف١) من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذ.

(٣) أنظر: المادة (١٩/ف٢) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

(٤) أنظر: المادة (١٩/ف٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

المبدأ أيضاً يلزم المشرع الوسيط "بالامتناع عن أي عمل من شأنه ترتيب أو إيجاد معاملات وهمية أو المساهمة فيها لا تؤدي إلى انتقال حقيقي للأوراق المالية محل الصفقة"^(١) فإذا كان على الوسيط بصفته وكيلًا أن يبذل عناية الرجل المعتاد ليتأكد من ملكية بائع الأوراق المالية لهذه الأوراق بالشكل الذي يجعل الوسيط المذكور مخلاً بالتزامه إذا لم يتأكد من هذا الأمر لإهماله وعدم بذله المقدار اللازم من العناية وتعذر بسبب ذلك انتقال الملكية إلى المستثمر، فإنه يعدو - ومن باب أولى - مخطئاً إذا تعمد الإضرار بموكله المستثمر فقام بترتيب معاملات وهمية أو تواطأ مع الغير لترتيبها، إذ يعد في هذه الحالة قد ارتكب غشاً وأخل بمبدأ حسن النية فضلاً عن إخلاله بالتزامه كوكيل.

وإذا كانت هذه الالتزامات القانونية تؤكد مضمون عقد الوكالة أو الدلالة، فإن المشرع يفرض على الوسيط في الوقت ذاته التزامات قد لا يلتزم بها الدلال أو الوكيل. فالوسيط يلتزم بموجب قانون سوق الأوراق المالية بعدم إفشاء أسرار المتعاملين معه أو أسمائهم^(٢). وقد يثير الالتزام بالسرية هذا التساؤل عن مصدره. فهل هو التزام قانوني يخرج عن إطار العقد، بحيث يعد الإخلال به خطأ تقصيرياً يثير المسؤولية التقصيرية؟ أم أنه على النقيض من ذلك يمكن أن يدرج ضمن التزامات الوسيط العقدية، فلا يكون الإخلال به إلا خطأ عقدياً؟

إن الالتزام بالسرية وإن كان مفروضاً على الوسيط بموجب نص قانونين إلا أنه لا يخرج في تقديرنا عن نطاق التزامات الوسيط العقدية، فالالتزام بالسرية يترتب في ذمته بمناسبة العقد أولاً، كما أنه يرتبط بتنفيذ هذا العقد ثانياً. فالوسيط إنما يحصل على ما يحصل عليه من معلومات تخص المستثمر بمناسبة إبرام العقد مع المستثمر وأثناء تنفيذه. ويترتب على هذا التحليل نتيجة قانونية مهمة هي أن هذا الالتزام يترتب في ذمة الوسيط في سوق الأوراق المالية وإن لم ينص عليه القانون أو لم يتم الاتفاق عليه صراحة بين المستثمر والوسيط إذ أن على هذا الأخير بموجب

(١) أنظر: المادة (١٩/ف٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

(٢) أنظر: المادة (١٩/ف١) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

القواعد العامة أن ينفذ التزاماته العقدية بحسن نية^(١)، وحسن النية يفرض عليه أن يتمتع عن كل ما من شأنه الإضرار بالمستثمر. وهكذا فإن عليه أن يتمتع عن إفشاء أسرار المستثمر فهذه الأسرار تخص مركزه المالي الذي يحرص عادة على كتمانها، وأساس التزامه هذا هو مبدأ حسن النية.

ولما كان التزام الوسيط بعدم إفشاء أسرار المستثمر التزاماً بالامتناع عن القيام بعمل فإنه - خلافاً لالتزاماته الأخرى - يعد التزاماً بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية. عليه يتحقق خطؤه العقدي بمجرد إفشاء سر من أسرار المستثمر، إذ تعد النتيجة المرجوة - وهي عدم الإفشاء - قد تخلفت في هذه الحالة.

ثانياً: الضرر

يعد الضرر ركناً أساسياً في المسؤولية المدنية بصورة عامة لا قيام لها بدونه. ولا تختلف مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر باعتبارها مسؤولية مدنية عن ذلك. إذ لا يكفي لقيامها تحقق خطأ الوسيط العقدي بل لا بد فضلاً عن ذلك من أن يصيب المستثمر ضرر معين. وهذا الضرر لا يختلف في مفهومه عن مفهوم الضرر بشكل عام، فهو لا يخرج عن كونه "أذى يصيب حقاً للمستثمر أو مصلحة مشروعة له". والضرر الذي يصيب المستثمر قد يكون ضرراً مادياً مثلما يمكن أن يكون ضرراً أدبياً. فالضرر المادي - باعتباره أذى - يصيب المستثمر في ماله أو في عنصر من عناصر ذمته المالية^(٢). ومثل هذا الضرر تتضح صورته في كثير من الحالات. من ذلك مثلاً أن يفوز المستثمر الوسيط بشراء أسهم معينة بسعر محدد فيقوم الوسيط بشرائها بسعر أعلى^(٣). أو أن يفوضه ببيع أسهم يملكها بسعر معين فيبيعها الوسيط بسعر أقل. فالفرق بين السعيرين في هاتين الحالتين يعد ضرراً مادياً. ذلك أن مخالفة الوسيط لتعليمات المستثمر الموكل تخلف نقصاً في عناصر

(١) أنظر: المادة (١٥٠/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٢) أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ (الضرر)، بغداد: شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، ١٩٩١، ص ١٥٨.

Aaron Larson, Op.Cit

(٣) أنظر:

الذمة المالية للمستثمر. وكذلك الحال إذا كلف الوسيط ببيع أوراق مالية فقام ببيعها لشخص ظاهر الإعسار، فلم يستطع الوفاء بقيمتها للمستثمر. أو أن الوسيط قام بإفشاء أسرار شركة الاستثمار المالي التي وسطته بشراء أسهم معينة لها فسارعت شركة منافسة لها إلى شرائها وتقويت الصفقة عليها.

وبخلاف الضرر المادي فإن الضرر الأدبي لا يصيب الذمة المالية، بل يصيب حقاً من الحقوق غير المالية التي لا تعد عناصر في الذمة المالية ولا يمكن تقييمها بالنقود^(١). كالحق في الحرية أو الشرف أو السمعة أو المركز الاجتماعي أو الاعتبار المالي^(٢). والضرر الأدبي بهذا المفهوم من المتصور أن يصيب المستثمر يستوي في ذلك أن يكون "المستثمر شخصاً طبيعياً أو أن يكون شخصاً معنوياً كإحدى شركات الاستثمار المالي". إفشاء أسرار المستثمر الذي يبيع كل ما لديه من أوراق مالية قد يسبب له ضرراً أدبياً يمس مركزه الاجتماعي أو اعتباره المالي إذ يشيع بين الناس خبر عسره المالية. ولعل مثل هذا الضرر يبدو واضحاً إذا كان المستثمر تاجراً أو شركة تجارية كإحدى شركات الاستثمار المالي، ففي الميدان التجاري تحظى السمعة والاعتبار التجاريان بأهمية كبيرة. إذ أن التجارة تقوم على الثقة والائتمان اللذين تعززهما السمعة التجارية. لذا فإن المساس بهذه السمعة باعتباره ضرراً أدبياً قد يرافقه أو ينتج عنه ضرر مادي كأن يطلب المستثمر في المثال أعلاه ائتماناً تجارياً معيناً ويرفض طلبه بسبب خسائره في سوق الأوراق المالية التي أفشى أمرها الوسيط الذي تعاقد معه.

ومع ذلك فإن التعويض لا يشمل جميع ما يصيب المستثمر من أضرار، بل يقتصر على أضرار معينة نبحثها عند الكلام عن أثر قيام المسؤولية.

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

إذا تحقق خطأ الوسيط العقدي وأصيب المستثمر في الوقت ذاته بضرر ما فإن ذلك لا يعني قيام مسؤولية الوسيط تجاهه حتماً، إذ يتطلب الأمر توافر الركن الثالث

(١) أنظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢١٥.

(٢) أنظر: المادة (٢٠٥/ف١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

من أركان المسؤولية المدنية، وهو العلاقة السببية بين خطأ الوسيط والضرر الذي أصاب المستثمر. فهذا الضرر ينبغي أن يكون نتيجة مباشرة وطبيعية للخطأ الذي ارتكبه الوسيط. بناءً على ذلك لا توم مسؤولية الوسيط عن الأضرار غير المباشرة لانقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وانتفاء أحد أركان المسؤولية تبعاً لذلك^(١). والعلاقة السببية في هذه الحالة تتقي بطريق مباشر، ويمكن للوسيط أن ينفىها - ليتخلص من المسؤولية - بطريق غير مباشر. ويتحقق ذلك بإثبات وجود سبب أجنبي دفع الوسيط إلى الإخلال بتنفيذ التزامه فلحق المستثمر ضرر، أو بإثبات أن الضرر نشأ عن السبب الأجنبي مباشرة. وهذه الأحكام لا تعدو كونها تطبيقاً للقواعد العامة^(٢).

ويتخذ السبب الأجنبي الذي ينفي مسؤولية الوسيط المدنية صوراً ثلاثاً هي ذات الصور التي تحددها القواعد العامة^(٣). إذ يجد السبب الأجنبي بصيغة الثلاث تطبيقاً له في ميدان مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر.

فالسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة كانت السبب وراء عدم قيام الوسيط بتنفيذ التزامه العقدي. كما لو اتفق المستثمر مع الوسيط على شراء أسهم شركة معينة فلا يشتريها بسبب تأميم هذه الشركة. إذ يعد تأميم الشركة قوة قاهرة تتوافر فيه شروطها فهو حادث لا يمكن توقعه ومن المستحيل دفعه، ولا دخل لإرادة الوسيط في وقوعه^(٤).

(١) أنظر: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٢) أنظر: المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٣) أنظر: المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٤) أنظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٢٥٦، سنة ١٩٤٣، جلسة ١١/١/١٩٧٧/ ص ٢٨، ص ٢١١، والطعن رقم ١٨٢ سنة ١٩٣٤، جلسة ٢٦/١٢/١٩٦٨، ص ١٩، ص ١٥٦٥ وفيهما تذهب المحكمة إلى أن: "التأميم يعتبر سبباً أجنبياً يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام". القرار منشور في د. أحمد حسني، مصدر سابق، ص ١٥٧.

وقد يكون الضرر الذي أصاب المستثمر ناشئاً عن فعل الغير. فيعد فعل الغير سبباً أجنبياً يقطع العلاقة السببية وينفي مسؤولية الوسيط، ولا يقصد بالغير هنا أي شخص سوى الوسيط، بل يتحدد مفهومه بمن كان أجنبياً عن الوسيط فلا يكون ممن يستخدمه الوسيط في تنفيذ التزامه، كوكيل الوسيط^(١). فهذا الأخير يسأل الوسيط عن أفعاله كما لو كانت قد صدرت منه هو ويبقى بهذه الصورة مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه المستثمر^(٢).

بناءً على ذلك يعد من الغير وسيط آخر لا تربطه أية علاقة مع الوسيط المدعى عليه بالمسؤولية. فلو أن هذا الوسيط الآخر قدم للوسيط المدعى عليه معلومات كاذبة عن الشركة التي يريد أن يبيعه أسهمها، أو قدم له شهادات مزورة وهي بطبيعة الحال مسؤولية تقصيرية. إذ يكون فعله في هذه الحالة سبباً أجنبياً، ومع ذلك فإن انتفاء مسؤولية الوسيط الذي تعاقد مع المستثمر في هذه الحالة يكون رهناً بعدم صدور خطأ من جانبه، أو بإثباته أن خطأ الغير يستغرق خطاه، بأن يثبت عدم وجود علاقة سببية بين خطئه هو وبين الضرر الذي أصاب المستثمر كما لو أنه لم يقم بالتأكد من الوثائق التي قدمها الوسيط الآخر بما ينبغي من العناية، وتبين أن ما قدمه الوسيط الآخر من وثائق كان مزوراً تزويراً متقناً بحيث لا يمكن اكتشافه ولو بذل الوسيط المدعى عليه عناية الرجل المعتاد في فحص هذه الوثائق.

وعلى النقيض من ذلك لا تنتفي مسؤولية الوسيط المدعى عليه وإن كان هناك فعل ينسب إلى الغير تدخل في إحداث الضرر إذا ساهم خطأ الوسيط أيضاً في إحداث هذا الضرر. ففي هذا الفرض يكون للضرر الذي أصاب المستثمر سببان ويكون الوسيط والغير مسؤولين بالتضامن تجاه المستثمر وتوزع المسؤولية بينهما

(١) يجيز القانون الوسيط أن يعين وكيلاً عنه لتمثيله في السوق، وينص صراحة على أن الوسيط يكون مسؤولاً عما يأتيه الوكيل من تصرفات، أنظر: المادة (١٣) من قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.

(٢) أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ (الضرر)، مصدر سابق،

فيسأل كل منهما عن جزء من التعويض يتناسب وجسامته خطئه^(١). فمثلاً يعد كل منهما مخطئاً ويتم توزيع المسؤولية إذا قدم الغير إلى الوسيط وثائق مزورة تثبت ملكية الأوراق المالية غير أن تزويرها ليس متقناً جداً بحيث كان بإمكان الوسيط كشفه لو أنه بذل في فحصها عناية الوسيط المعتاد.

هذا ويمكن أن يكون السبب الأجنبي في إطار نفي مسؤولية الوسيط متمثلاً بخطأ المستثمر المتضرر نفسه. فهذا الخطأ ينفي مسؤولية الوسيط إذا كان هو السبب الوحيد للضرر، فلم ينسب إلى الوسيط أي خطأ أو لم تثبت علاقة سببية بين خطأ الوسيط والضرر الذي أصاب المستثمر. فالوسيط لا يسأل مثلاً عن الضرر الناجم عن إفشاء أسرار موكله المستثمر إذا كان هذا الأخير هو من قام بإفشاءها. كما تنتفي مسؤولية الوسيط وإن نسب إليه خطأ إذا كان خطأ المستثمر عمدياً أو أن خطأ الوسيط لم يكن إلا نتيجة لخطأ المستثمر. كما لو أن المستثمر أدلى للوسيط ببيانات كاذبة عن الأوراق المالية التي يريد بيعها أو عن الجهة المصدرة لها فتصرف الوسيط بناء على هذه البيانات.

وكما هو الحال في فعل الغير فإن خطأ المتضرر لا ينفي مسؤولية الوسيط متى ساهم خطأ الوسيط أيضاً في إحداث الضرر وثبتت علاقة سببية بين خطأ كل منهما وبين الضرر. فيكون الخطأ في هذه الحالة خطأ مشتركاً وتوزع المسؤولية بينهما بحسب جسامته الخطأ الصادر من كل منهما^(٢).

وإذا كان السبب الأجنبي بصيغته الثلاث ينفي مسؤولية الوسيط بالنظر لأثره في قطع العلاقة السببية وهدم ركن من أركان المسؤولية تبعاً لذلك، فإن أعمال مثل هذا الأثر يتطلب إثبات وجود السبب الأجنبي. ويقع عبء هذا الإثبات على عاتق الوسيط لأنه من يدعي وجود السبب الأجنبي فعليه إثباته، إذ أن البيئة - كما هو معروف - على المدعي.

(١) أنظر: المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٢) أنظر: المادة (٢١٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

فإذا لم يفلح الوسيط في إثبات السبب الأجنبي وتحققت العلاقة السببية بين خطأ الوسيط والضرر الذي أصاب المستثمر، فإن هذا معناه تكامل أركان مسؤولية الوسيط وقيامها تجاه المستثمر وترتب حكمها أثراً لذلك وعلى النحو الآتي.

المطلب الثاني

آثار قيام مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر

يترتب على توافر أركان مسؤولية الوسيط الثلاثة - على النحو السابق بيانه - قيام هذه المسؤولية. ويترتب تبعاً لذلك حكمها والمتمثل بالزام الوسيط بتعويض المستثمر. بيد أن هذا الحكم يتطلب ابتداءً إثبات توافر أركان المسؤولية، ويقع عبء الإثبات - وفي ذلك تطبيق للقواعد العامة - على المستثمر، إذ أن الأخير هو من يدعي قيام مسؤولية الوسيط لذا يتعين عليه إثباتها فالقاعدة تقضي بأن البيئة على المدعي^(١). فإذا أفلح في إثبات توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولم يتمكن الوسيط من نفي مسؤوليته بإثبات وجود سبب أجنبي أو ينفي خطئه فيما يكون من التزاماته التزاماً ببذل عناية فأن الوسيط يكون ملزماً بتعويض ما أصاب المستثمر من ضرر.

والغالب في التعويض أن يكون قضائياً تتولى المحكمة أمر تقديره. والأصل أن التعويض ينبغي أن يتناسب في مقدراه مع مقدار الضرر الذي أصاب المستثمر، إذ أن التعويض ما هو إلا وسيلة لجبر الضرر ومحو آثاره. إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فمسؤولية الوسيط تجاه المستثمر مسؤولية عقدية، وكأي مسؤولية عقدية أخرى يقتصر التعويض على جزء من الضرر فقط يتمثل بالضرر المباشر المادي المتوقع. فهذا ما تقضي به القواعد العامة ممثلة بالمادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي.

وهكذا فإن الوسيط لا يلزم إلا بتعويض الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه، وهو ما يعرف بالضرر المباشر. كأن يخالف الوسيط تعليمات المستثمر الذي أوكله ببيع أسهم معينة بسعر معين فباعها بسعر أقل، فالفرق بين السعيرين - الذي حدده المستثمر والذي باع به الوسيط - يمثل ضرراً مباشراً ونتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الوسيط لالتزامه وليس بإمكان المستثمر أن

(١) أنظر: المادة (٧/ف١) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ.

يتجنب هذا الضرر ببذل جهد معقول، إذ أن التعامل في سوق الأوراق المالية حصر على الوسطاء المجازين فقط.

كما ينبغي في الضرر - لكي يلزم الوسيط بتعويضه - من جانب ثان أن يكون متوقعاً بأن يكون بإمكان الوسيط - وفقاً لمعيار الشخص المعتاد - أن يتنبأ بحدوث الضرر ومقداره وقت إبرام العقد. وعلى هذا يكون الوسيط مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يترتب على تأخره في بيع أوراق مالية وسطه المستثمر بيعها أو شراء أوراق مالية وسطه المستثمر بشرائها، إذا انخفضت أسعار تلك الأوراق في الحالة الأولى أو ارتفعت في الحالة الثانية. إذ يعد تقلب الأسعار في أسواق الأوراق المالية صعوداً وهبوطاً أمراً متوقعاً ولا يسأل الوسيط - طالما أن مسؤوليته عقدية - عن الضرر غير المتوقع عند إبرام العقد. إلا أن هذا الحكم ليس مطلقاً فمتى ما ارتكب الوسيط غشاً أو خطأ جسيماً فإنه يسأل حينها عن تعويض الضرر المباشر كله متوقعاً وغير متوقع^(١). كما لو قام الوسيط المكلف بالبيع دون أن يحدد له المستثمر سعراً معيناً بالتواطؤ مع وسيط خر مكلف بالشراء لبيعها له بغير طريق المزاد العلني الذي يفرضه المشرع^(٢) مقابل عمولة معينة.

وإذا كان من المحتمل أن يكون الضرر الذي يصيب المستثمر أدبياً مثلما يمكن أن يكون مادياً، فإن هذا الأخير وحده هو الذي يسأل الوسيط عن تعويضه ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي وفقاً للقانون العراقي وعلى الرأي الراجح^(٣) قاصر على المسؤولية التقصيرية^(٤). إلا أن هذا الحكم لا يتناسب حسب تقديرنا مع خصوصية مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر وخصوصية الضرر الذي يلحق بهذا

(١) أنظر: المادة (١٦٩/ف٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٢) أنظر: المادة (٢٢) من النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية.

(٣) أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ (الضرر)، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٤) وهذا الموقف هو خلاف موقف معظم قوانين البلاد العربية التي تنطوي على نص صريح بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية كما في المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ.

الأخير. وما قيل من مبررات لتسوية هذا الحكم في إطار المسؤولية العقدية لا بالتعويض عن الضرر الأدبي. ولعل من أهم تلك المبررات أن الضرر الأدبي نادر الوقوع في إطار العقد وإذا وقع فهو أقل أهمية من الضرر المادي^(١). فمثل هذا الأمر لا يصدق تماماً على الضرر الذي يصيب المستثمر، فالمستثمر قد يكون تاجراً وفي هذا الفرض يكون للسمعة والاعتبار التجاريين أهمية كبيرة بالنسبة له. وبالتالي فإن أي مساس بهما وإن لم يترتب عليه ضرر مادي يعد ضرراً لا يستهان به، وقد يكون أكثر أهمية من أي ضرر مادي يلحق المستثمر في الحال، بل أن المساس بهما قد يسبب ضرراً مادياً في المستقبل على النحو السابق بيانه. وبعد هذا في تقديرنا مبرراً لخص مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر بحكم يعطي المستثمر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي فمثل هذا الحكم يكون مدعاة لحمل الوسيط على بذل عناية أكبر في تنفيذه لالتزامه بما يجنب المستثمر مثل هذا الضرر^(٢).

والقضاء إذ يقدر التعويض عن الضرر المادي الذي أصاب المستثمر - وهو الضرر الذي يمكن تعويضه وفقاً للقانون العراقي - يأخذ بنظر الاعتبار عنصرين هما ما لحق المستثمر من خسارة وما فاتته من كسب. وهذا الحكم بدوره لا يخرج عن كونه تطبيقاً للقواعد العامة^(٣).

والأصل في التعويض القضائي أن يكون نقدياً. وهكذا تقدر المحكمة التعويض الذي يستحقه المستثمر بعنصره آنفي الذكر بالنقد. ومع ذلك فإن جبر الضرر قد يتحقق دون إلزام الوسيط بأداء تعويض نقدي، فيكون التعويض في هذه الحالة غير

(١) أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ (الضرر)، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٢) تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع العراقي يقر فكرة التعويض عن الضرر الأدبي في إطار العقود التجارية، رغبة منه في حث المتعاقد على بذل قدر أكبر من الحيطة والحذر. كما هو الحال في إطار عقد النقل، إذ يسأل الناقل عن الضرر الذي يصيب الراكب مادياً كان هذا الضرر أو أدبياً. أنظر المادة (١٠/ف١) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ النافذ.

(٣) أنظر: المادة (١٦٩/ف٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

نقدي أو كما يسميه بعض من الفقه^(١) تعويضاً عينياً. ويأخذ هذا الأخير صوراً عدة أبرزها إعادة الحال إلى مات كان عليه قبل صدور الخطأ من الوسيط المدين. فإذا قام الوسيط المكلف بالشراء بسعر محدد بمخالفة تعليمات المستثمر واشترى بسعر أعلى فإنه يعد تعويضاً عينياً أن يتحمل الوسيط فرق السعر. فيعاد المستثمر إلى الحالة التي كان سيكون عليها لو لم يخالف الوسيط التعليمات. وفي ذات السياق إذا منح الوسيط المكلف ببيع أوراق مالية بثمن معجل اجلاً للوفاء بالثمن الوسيط أو وافق على تقسيطه فإنه يكون كافياً وبمثابة تعويض للمستثمر أن يلزم الوسيط بأداء الثمن إلى المستثمر فوراً أو جملة واحدة دون تقسيط.

وبديهى أن التعويض العيني هذا - باعتباره خلافاً للأصل - لا يكون إلا بناء على طلب من المستثمر المتضرر. فإذا طلبه فإن المحكمة غير ملزمة بالإجابة لهذا الطلب. بل تقدر الأمر وفقاً للظروف وبما تراه أجدى للمستثمر وأقل ضرراً بالوسيط المسؤول. كما أن التعويض العيني ينبغي فيه من جانب ثان أن يكون ممكناً فإن التعويض حينها يكون نقدياً. كما لو أن الوسيط أفشى سراً يتعلق بالمعاملات الخاصة بالمستثمر.

وإذا كان التعويض القضائي يقدر بعد وقوع الضرر وبثبوت مسؤولية الوسيط، فإن بإمكان الوسيط والمستثمر أن يتفقا مقدماً على تحديد قيمة التعويض وإدراجها في العقد المبرم بينهما أو في اتفاق لاحق لإبرام العقد وسابق على وقوع الضرر. فيكون التعويض في هذا الفرض تعويضاً اتفاقياً وهو ما يطلق عليه أيضاً بالشرط الجزائي، وفي هذه الحالة تكون سلطة القاضي في التحكم بمقدار التعويض محدودة. إذ لا يملك أن يعدل من مقدار هذا التعويض متى كان قريباً من مقدار الضرر الذي أصاب المستثمر وإن لم يكن مساوياً له. إلا أن له الحق في التدخل لتعديل مقدار التعويض المتفق عليه بين الوسيط والمستثمر متى تبين له أنه يفوق كثيراً مقدار الضرر الذي أصاب المستثمر، أو أن الوسيط قد نفذ جزءاً من التزاماته تجاه

(١) أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ (الضرر)، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

المستثمر. وقد يبلغ الأمر حد إعفاء الوسيط من هذا التعويض إذا أثبت أن المستثمر لم يلحقه أي ضرر، إذ لا يكون للتعويض - وإن كان اتفاقياً - أي مبرر في هذه الحالة. بخلاف ما إذا تبين أن الضرر الذي لحق المستثمر يفوق في مقداره قيمة التعويض الاتفاقي. إذ ليس للمستثمر هنا أن يطالب بأكثر من التعويض المتفق عليه. ويبرر الفقه^(١) هذا الحكم بأنه من الجائز في إطار المسؤولية العقدية الاتفاق على أن يكون مقدار التعويض أقل من مقدار الضرر. فهذا الاتفاق ليس إلا صورة من صور الاتفاق على التخفيف من المسؤولية وهو ما يجيزه المشرع متى كانت المسؤولية عقدية^(٢). بيد أن مثل هذا الاتفاق لا يكون صحيحاً في حالتي الغش والخطأ الجسيم، لذا فإن المستثمر أن يطالب بزيادة التعويض إذا كان يقل عن الضرر وكان الوسيط قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. وهذه الأحكام ليست قاصرة في الواقع على مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر أو خاصة بها. إذ أنها لا تعدو كونها تطبيقاً للقواعد العامة في الشرط الجزائي^(٣).

الخاتمة

تعد مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر والناشئة عن إخلاله بالتزاماته في إطار التعامل بالأوراق المالية في سوق الأوراق المالية جانباً مهماً من جوانب الحماية القانونية التي يحظى بها المستثمر. وتعد مثل هذه الحماية القانونية بكل جوانبها ضرورة أساسية لا غنى عنها لإدامة وتشجيع التعامل في إطار أسواق الأوراق المالية. فهذا التعامل ليس كسواه إذ أنه - خلافاً لصيغ التعامل الأخرى - لا يمكن أن يتم إلا بتدخل وسيط مجاز. الأمر الذي يتطلب وبالضرورة تنظيم المركز القانوني للوسيط بالشكل الذي يحمي حقوق المستثمر الملزم بالتعامل مع الوسيط. وإذا كان المشرع قد تولى مثل هذا التنظيم في إطار قانون خاص هو قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١، فإن التنظيم القانوني لمسؤولية الوسيط تجاه

(١) أنظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ (الضرر)، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

(٢) أنظر: المادة (٢٥٩/٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٣) أنظر: المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٩ النافذ.

المستثمر - حسبما انتهى إليه هذا البحث - يعد قاصراً. ولعل أهم ما يرد من ملاحظات ومقترحات بهذا الشأن ما يأتي:

أولاً: إن تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين الوسيط والمستثمر وبيان تكييفها يعد أساساً لتحديد الأحكام التي تخضع لها مسؤولية الوسيط. وإذا كانت العلاقة بين الوسيط والمستثمر - ولا خلاف في هذا - عقدية فإن المشرع لم يحدد على وجه الدقة طبيعة العقد المبرم بينهما. الأمر الذي أثار وما يزال يثير خلافاً في الفقه بشأن طبيعة هذا العقد وبشأن الالتزامات التي تترتب على عاتق الوسيط تبعاً لذلك. فمن قائل بأن الوسيط دال يلتزم بالالتزامات الدلال إلى آخر يذهب إلى أن الوسيط وكيل يلتزم بالالتزامات الوكيل. وبديهي أن مثل هذا الخلاف ينعكس على أحكام المسؤولية، فهذه الأخيرة إنما تقوم على الإخلال بالالتزام، لذا فإن الحكم بقيامها يقتضي تحديد الالتزامات المترتبة على عاتق الوسيط تحديداً دقيقاً ببيان طبيعة العقد المبرم بينه وبين المستثمر بشكل صريح.

ثانياً: خلافاً لما يذهب إليه الفقه يرجح البحث أن يكون الوسيط دلالاً ووكيلاً في الوقت نفسه. وهذا التصور يجد سنده في الواقع العملي وفي نصوص القانون وإن لم تكن صريحة بهذا الخصوص. وفي كل الأحوال فإن العقد المبرم بين الوسيط والمستثمر - حتى وإن كان يجمع بين الدلالة والوكالة - هو عقد ذو طبيعة خاصة. ويستمد خصوصيته هذه من خصوصية التعامل في الأوراق المالية الذي أبرم العقد المذكور من أجله. عليه فإنه لا يخضع لأحكام عقدي الدلالة والوكالة كما تنظمها القواعد العامة. بل أنه يخضع إلى تلك الأحكام بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع ما يخضع له من أحكام خاصة تنظمها القوانين الخاصة.

ثالثاً: تخضع مسؤولية الوسيط المدنية تجاه المستثمر من حيث قيامها وآثار قيامها إلى الأحكام المقررة في القواعد العامة. فقيامها يتطلب خطأ عقدياً وضرراً وعلاقة سببية. وحكمها لا يعدو كونه تعويضاً يلتزم به الوسيط تجاه المستثمر. وإذا كانت هذه القواعد العامة هي قوام المسؤولية العقدية أيّاً كان ميدانها، فإن خصوصية بعض العقود تفرض وجود قواعد خاصة تضيق أو توسع من نطاق المسؤولية عنها في القواعد العامة. فتطبيق القواعد العامة بشأن مسؤولية الوسيط تجاه المستثمر يمنع

هذا الأخير من المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبه. فتلك القواعد في القانون العراقي تجعل التعويض في إطار المسؤولية العقدية قاصراً على الضرر المادي دون الضرر الأدبي. وبعد مثل هذا الحكم مجافياً للعدالة. فالمستثمر في الغالب تاجر والتجارة تقوم على السمعة والاعتبار التجاريين، والضرر الذي يمسها - وإن كان ضرراً أدبياً - ضرر لا يستهان به ولا يمكن التجاوز عن تعويضه. وهذا ما يتطلب في هذا الجانب توسيعاً في نطاق مسؤولية الوسيط لتشمل مسؤوليته عن الضرر الأدبي أيضاً.

المصادر

أولاً: باللغة العربية:

أ- الكتب:

- ١- د. جابر جاد عبد الرحمن، الاقتصاد التجاري ودراسة الأسواق والبضائع في العراق، بغداد: مطبعة التقيض، ١٩٤٧ - ١٩٤٨
- ٢- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١ (الضرر)، بغداد: شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، ١٩٩١
- ٣- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢ (الخطأ)، بغداد: مطبعة العزة، ٢٠٠١
- ٤- رزق الله أنطاكي ونهاد السباعي، الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج ٢، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢
- ٥- د. سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٦
- ٦- د. صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، ج ١، ط ٣، بغداد، ١٩٥٣
- ٧- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٧، المجلد الأول، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٦٤

- ٨- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١ (مصادر الالتزام)، الموصل: مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٠
- ٩- د. علي جمال الدين عوض و د. محمود سمير الشرقاوي، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٥
- ١٠- د. علي العريف، شرح القانون التجاري المصري، ج ١، ط ١، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٤٧
- ١١- محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، ج ١، ط ٣، مطبعة الاعتماد، ١٩٣٣
- ١٢- د. محمد فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، ط ٢، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ١٩٨٥
- ١٣- د. محمد كامل أمين ملش، شرح القانون التجاري التكميلي، القاهرة، مطبعة دار الكتاب العربي، ١٩٥٢
- ١٤- مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري، ج ١، الإسكندرية، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.
- ١٥- د. مقبل جميعي، الأسواق والبورصات، الإسكندرية، مطابع رمسيس، بدون سنة طبع.
- ١٦- د. يعقوب يوسف صرخوه، الأسهم وتداولها في الشركات المساهمة في القانون الكويتي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

ب- البحوث والمقالات:

- ١- د. أحمد رفعت خفاجي، تفسير الخطأ المهني الجسيم، مجلة المحاماة المصرية، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ١٩٥٨ - ١٩٥٩
- ٢- حسن العالي، البيان تعيد فتح ملف سوق الأسهم المحلية، مقال منشور في جريدة البيان الصادرة يوم ١٩٩٨/٨/٢١، متاح على شبكة الانترنت على الموقع:

<http://www.albayan.co.ae/albayan/1898/08/21/eqt/7.htm>

- ٣- د. صادق محمد البسام، بعض جوانب التنظيم المحاسبي لسوق الأوراق المالية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣
- ٤- د. طعمة الشمري، أحكام تداول الأوراق المالية في القانون الكويتي، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣
- ٥- د. يعقوب يوسف صرخوه، القيود الواردة على تداول الأسهم وأزمة سوق الأوراق المالية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٨٣.

ج- الرسائل:

- ١- فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركة المساهمة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣.

د- مجموعات الأحكام:

- ١- أحمد حسني، قضاء النقص التجاري، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٢.

هـ- القوانين والأنظمة:

- ١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ.
- ٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ.
- ٣- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ.
- ٤- قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣ النافذ.
- ٥- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ.
- ٦- قانون الدلالة العراقي رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ النافذ.
- ٧- قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ النافذ.
- ٨- قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ.
- ٩- النظام الداخلي لسوق بغداد للأوراق المالية المنشور في الوقائع العراقية العدد (٣٦٥٢) في ١٣/١/١٩٩٧
- ١٠- نظام شركات الاستثمار المالي رقم ٥ لسنة ١٩٩٨.

ثانياً: باللغة الإنكليزية

I:- Papers, articles & researchs:

- 1- Aaron Larson, Fraud and Misconduct by Stock brokers & financial planners, Expertlaw, July, 2004, available at: <http://www.expertlaw.com/Library/pubarticles/consumer-protection/financial-planners.html>
- 2- Arun Jethmalani, Buying Stocks? Ask yourself why, the economic times online, August 19, ,2004, available at: <http://www.economictimes.indiatimes.com/article/show/821212.cms>
- 3- Arun Jethmalani, The Long and short of investing on the bourses, Economic Times online, January 19, 1997, available at: <http://www.valuenotes.com/et97/jan19.asp?writer=&Artcd=3>
- 4- The right broker, a paper available at: <http://www.citibank.com/India/readycash>

II- Documentos:

- 1- Austrac (Australian Transaction Reports & Analysis Centre) Guideline No.4, Merchant Bankers & stock Brokers Suspect transaction Reporting. Available at: <http://www.austrac.gov.au/text/guidelines/guidelines/guid/94.html>

حقوق عمال المقال الثانوي

(دراسة مقارنة)

الدكتورة

صبا نعمان رشيد الويسي

مدرس في

كلية القانون – جامعة بغداد

المبحث الثالث

ضمان حقوق عمال المقال الثانوي

تتعدد أوجه حماية حقوق العمال المالية بالأخص في سبيل ضمان حصولهم على مستحقاتهم، ولذلك تفرض التشريعات للعمال للتقدم على بقية دائني صاحب العمل للحصول على دينهم بمرتبة امتياز عام^(١)، يرد على جميع أمواله المملوكة سواء كانت منقولة أم عقارية، فإذا كان الأمر كذلك مع جميع العمال فإن المشرع المقارن قد أوجد طريقاً خاصاً مستثنياً من القواعد العامة^(٢)، لاستيفاء الديون لحماية

(١) مادة (١/١١٤) مدني مصري، وقد أعطت المادة السابعة من قانون العمل رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣ الامتياز لأجر الستة أشهر الأخيرة ومكافأة نهاية الخدمة والتعويض عن مهلة الأخطار والفصل التعسفي وأي مبلغ ينشأ عن إخلال صاحب العمل بالتزام عقدي.

- وكذا المادة (١٣٧٢) قانون مدني عراقي أعطت الامتياز لأجور الستة أشهر الأخيرة في حين أعطت المادة الثانية عشر من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدلة المبالغ المستحقة للعامل أو من يخلفه في حقوقه الناشئة عن عقد العمل أعلى درجات الامتياز أي يتقدمها على الديون الحكومية والمصاريف القضائية والحفظ والخزن في جميع أموال صاحب العمل المنقولة وغير المنقولة.

- وكذا المادة (٥١/أ) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ التي أعطت لجميع ديون العامل المستحقة عن عقد العمل للعامل أو ورثته أعلى درجات الامتياز، وأنظر: المادة (٦/٢١٠١) قانون مدني فرنسي.

(٢) القاعدة برفع الدعوى غير المباشرة لمطالبة مدين مدينهم باسم مدينهم بالحقوق التي أهمل المدين المطالبة بها إذا كان من شأنه إفسارهم لعدم وجود رابطة مباشرة بين المدين و (مدين

حقوق عمال المقاول الثانوي عن طريق «الدعوى المباشرة» ويحق امتياز ملحقه كوسيلة تنفيذية لاستيفاء حقوقهم.

المطلب الأول

نطاق الدعوى المباشرة لعمال المقاول الثانوي

إن الدعوى المباشرة ما هي إلا الضمان الخاص الذي يمنحه القانون لعمال المقاول الثانوي ويكون محله دين مدينهم الذي في ذمة مدينه بحيث يمكنهم من اقتضاء حقهم من مدين المدين وفي حدود ما للمدين في ذمة مدينه متجنبين خطر إعسار مدينهم^(١)، فأطراف الدعوى المباشرة هم عمال المقاول من الباطن بعدهم الطرف الدائن المدعي^(٢)، في حين يكون الطرف الآخر المدعي عليه هو المقاول الأصلي^(٣)، أو رب العمل (صاحب المشروع)^(٤)، إن هذا النوع من الضمان يقتضي تبيان حدود الحقوق المطالب بها.

المدين). أنظر في ذلك المواد (٢٦١) مدني عراقي ومادة (٢٣٥) مدني مصري ومادة (١١٦٦) مدني فرنسي.

(١) سعد حسين الحلبوسي، مصدر سابق، ص ٧.

(٢) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٣٦١.

(٣) وذلك في حال رفع الدعوى من قبل عمال المقاول الثانوي الثاني.

(٤) هذا الحق يثبت كذلك لكل من (المقاول الثانوي وعمال المقاول الأصلي)، أنظر مادة ٨٨٣ مدني عراقي ومادة (٢/٦٦٢) مدني مصري.

- مع ملاحظة أن القانون المدني الأردني في المادة (٧٩٩) لم يجيز للمقاول الثانوي الرجوع على رب العمل، إلا في حال إحالة الدين من قبل المقاول الأصلي «ولم يمنح القانون المدين الفرنسي حق الدعوى المباشرة إلا لعمال المقاول الأصلي وفقاً للمادة (١٧٩٨) منه إلا أن القضاء الفرنسي توسع في تفسير المادة المذكورة فشمّل عمال المقاول من الباطن يعد الهدف من الدعوى هو أساساً لحماية حق العمال ومع ملاحظة عدم إلحاقها بحق امتياز».

- سعد حسين الحلبوسي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

الفرع الأول

حدود الحق المطالب به

لعمال المقاول الثانوي الذين ساهموا في تنفيذ العمل مطالبة المقاول الأصلي ورب العمل صاحب المشروع بصفقتهم الشخصية لا بالنيابة عن مدينهم المقاول بدفع مستحقاتهم الناشئة عن العمل^(١)، إلا أن هذه (المستحقات) قد اختلف الفقهاء حولها، فمنهم من يرى حق عمال المقاول الثانوي بالرجوع بموجب الدعوى المباشرة لكل الحقوق الناشئة عن عقد العمل (كالأجور) أو أي حقوق أخرى تنشأ بمناسبة العمل كتعويض إصابات العمل المقاوله الثانويه أي على أساس المسؤولية التقصيرية^(٢)، في حين يرى الرأي الغالب من الفقهاء بأحقية العمال بالمطالبة بحقوقهم الناشئة عن عقد العمل الذي يربط العمال بالمقاول الثانوي وبما لا يوجب التوسع في تفسيره^(٣). وتتسجم مع الرأي القائل بحق العمال مطالبة رب العمل والمقاول الأصلي عن تعويض حوادث العمل الناجمة عن تحقق المسؤولية التقصيرية لأي منهما^(٤)، وطبقاً لقواعد مسؤوليهم عن أعمال تابعيهم باستخدام الدعوى المباشرة^(٥).

(١) إذا كان المقاول الثانوي قد أحال المقاوله إلى مقاول ثاني لعماله الرجوع على المقاول الثانوي الأول والمقاول الأصلي فقد دوناً عن رب العمل بعده (مدين مدين مدينهم).

- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، الكويت، ١٩٨٢، ص ٨٩٥.

(٢) باعتبار أن نص المادة (٨٨٣) نص عام لا يجوز تقييده عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل فقط. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاوله، طبعة أولى، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٥٤، هـ ١.

(٣) السنهاوري، مصدر سابق، ص ٢٢٨، هـ ٢، وسعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٠١، و د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٣٦٢.

(٤) مادة (٢٤) الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية.

(٥) أنظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص ١٠١.

الفرع الثاني

الدين المطالب به

يتحدد المبلغ الذي يجب على رب العمل أو المكاول الأصلي أن يدفعه إلى عمال المكاول الثانوي بالقدر الذي يكون فيه مديناً لهذا المكاول وقت رفع الدعوى^(١)، بموجب الدين المتحقق في ذمته عن ذات المكاولة^(٢)، وإذا كان العامل قد استوفى سابقاً جزءاً من أجوره من صاحب العمل (المكاول الثانوي) أو ساهم في جزء من المكاولة الثانوية لا جميعها^(٣)، فلا يستحق إلاّ المبلغ المقدّر له أساساً عنها ولو كان قد ساهم مع صاحب عمله بغيرها من الأعمال وترتبت له في ذمته مبالغ أخرى^(٤). أو للعمال المطالبة بمستحقّاتهم التي يتمثّل أهمّها بالأجور وملحقاتها وبدلات العمل وأجور الساعات الإضافية أو الأعمال الاستثنائية التي أّعدها طيلة فترة المكاولة وحتى التعويضات المترتبة عن الفصل التعسفي.

الفرع الثالث

حقوق فئات خاصة من العمال

إن استخدام المكاول الثانوي في تنفيذ مكاولته لعمال من فئات متدرجة تقتضي منه سداد المبالغ المستحقة لهم في ذمته عن قيامهم بالأعمال المتفق عليها بينهم^(٥)، بينهم^(٥)، إلاّ أن الضمان الممنوح لعمال المكاول الثانوي باستخدام حق «الدعوى المباشر» لمطالبة المكاول الأصلي أو صاحب المشروع (رب العمل) دون حاجة إلى

(١) د. محمد ليبب شنب، مصدر سابق، ص ٣٦١.

(٢) (دوّنًا المبالغ المتحققة عن مناسبة غيرها)، د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

(٣) قرار تمييزي رقم ٤٣/مدنية أولى/١٩٧٦ في ١/٢٧/١٩٧٦، مجموعة الأحكام العدلية، السنة (٧)، العدد (٤)، ١٩٧٦، ص ٧٧.

(٤) كما تترتب للعمال حق المطالبة بأثمان المواد التي قدموها لصاحب العمل.

– د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٧٧٥.

(٥) د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

أن يكون المقاول الثانوي معسراً^(١)، تثبت عن الحقوق المترتبة بموجب عقد العمل، أي أن يقتضي الأمر تكليف العقد المبرم بين صاحب العمل (المقاول الثانوي) ومؤدي العمل بكونه عقد عمل، فإذا تم تكييفه على أنه عقد ذو طبيعة خاصة لم يعد لهذه الفئة حق استخدام الدعوى المباشرة للمطالبة بحقوقهم الناشئة عن تنفيذ العمل في المقابلة الثانوية، لما كان لنصوص القوانين المدنية المقارنة من صراحة ووضوح بذكره^(٢)، تبعاً لما تقدم فإن من بين الفئات الخاصة للعمال المطالبين بحقوقهم المالية استخدام طريق الدعوى المباشرة هم العمال تحت الاختبار دوناً عن الفئتين الآخرين^(٣)، وهم الصبيان تحت التمرين والمتدربون مهنيّاً^(٤)، في حين لهم المطالبة بحقوقهم المالية بالطرق المعتادة لسداد الديون^(٥).

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على الدعوى المباشرة

يترتب على استخدام العمال أسلوب الدعوى المباشرة نتائج معينة تتمثل بنقاط معينة وضعها المشرع كغاية لحقوقهم.

الفرع الأول

امتياز المبالغ المستحقة لعمال المقاول الثانوي

أولاً: حق الامتياز

يثبت حق امتياز لعمال المقاول الثانوي على المبالغ المستحقة للمقاول الثانوي في ذمة المقاول الأصلي أو صاحب المشروع (رب العمل) في حال توقيع الحجز عليه بغية تجنيبهم مزاحمة دائني المقاول ورب العمل وحماية لحقوقهم في حال

(١) سعد حسين، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٢) أنظر مادة (٨٨٣) مدني عراقي و مادة (٢/٦٢٢) مدني مصري و مادة (٢/١٥/هـ) قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

(٣) لكونه عقد عمل غير لازم، أنظر: د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٤) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٥) بعده ديناً عادياً يطالبون به المقاول الثانوي مباشرة لكونه المستفيد من عملهم، أو في حال إفلاسه يطالبون به المقاول الأصلي عن طريق الدعوى غير المباشرة.

تأخرهم عن رفع الدعوى المباشرة حيث لا يبقى أمامهم سوى اقتسام استحقاقاتهم
قسمة الغرماء مع بقية الدائنين^(١)، لكن يصبح العمال بموجب الامتياز لهم حق
الأولوية في التقدم في استيفاء ديونهم على الغير. ويقع الامتياز على المبالغ
المستحقة وقت توقيع الحجز^(٢)، ولا يشترط لوجود الامتياز إيقاع الحجز، فالامتياز
ناشئ عن نص القانون لا عن واقعة الحجز^(٣)، وتعطي القوانين المقارنة حقوقاً لمدين
مدينهم حق القيام بأداء هذه المبالغ إليهم مباشرة دون الرجوع أولاً إلى مدينهم
للسداد^(٤).

ثانياً: اقتسام الدين

عند سداد دين عمال المقاول الثانوي من المبالغ المستحق التي وقع الحجز
عليها، يتم اقتسام الدين قسمة غرماء^(٥) فيكون لكل عامل منهم نسبة حقه^(٦)،
ويلاحظ أن لمقاولهم الثانوي وعمال المقاول الأصلي نفس الحق وبنفس درجة
الامتياز ولذلك يتزاحمون مع عمال المقاول الثانوي بنسبة ما لهم من حقوق في ذمة
المقاول الأصلي وصاحب العمل.

(١) د. توفيق حسن فرج، الدخول للعلوم القانونية، الطبعة الثانية، الإسكندرية، ١٩٨١، ص ٥٢،
ف ٣٠٥.

(٢) مادة (٢/٨٨٣) مدني عراقي ومادة (٢/٦٦٢) مدني مصري.

(٣) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٣٦١.

(٤) د. همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٤٤٧.

(٥) مادة (٢/٨٨٣) مدني عراقي ومادة (٢/٦٦٢) مدني مصري.

(٦) د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، مصدر سابق، ص ١٨٤.

الفرع الثاني

أثر التصرفات القانونية للمقاول الأصلي على الدين

للمقاول الأصلي أي مدين مدين عمال المقاول الثانوي حوالة ما له من حق في ذمة صاحب المشروع (رب العمل) إلى الغير^(١)، إلا أنها ليست ذات أثر على حقوق العمال يعدها ديناً ممتازاً لتقدم على حقوق من يحال له الدين ولو كان تاريخ الإحالة سابقة على تصرف العمال بالحجز^(٢)، وإن كان هناك اتجاه فقهي يرى ضرورة الاحتكام إلى مقتضيات المنطق والعدالة في اعتبار الحوالة مبرئة لذمة رب العمل أو المقاول الأصلي إزاء العمال إذا كانت قد تمت فعلاً قبل إيقاع الحجز، لأن الحوالة متى نفذت بحق الغير (عمال المقاول من الباطن) بقبول المحال له (رب العمل) وعدم إعلان العمال عن رغبتهم الاستفادة من الدعوى المباشرة وطالب المحال له المحال عليه بالوفاء فإن لمحال له يصبح ملزماً بالوفاء ويكون نافذاً في حق عمال المقاول من الباطن^(٣).

يلاحظ أن للمقاول الأصلي أو صاحب المشروع (رب العمل) إثبات إفائه بكل أو جزء من قيمة المقاولة للمقاول الثانوي قبل الدعوى المباشرة^(٤)، كما تسري بحق العمال المقاصة بين الدين المستحق للمقاول الثانوي في ذمة المقاول الأصلي

(١) مادة (٣/٦٦٢) مدني مصري ومادة (٣/٨٨٣) مدني عراقي، وانظر: استئناف فرنسي مختلط ٢٧ مارس ١٩٠١ بيانان ١٣-٢١٦ ذكره د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٣٦٢، هـ(٥).

(٢) (وهذا الرأي في نظرنا محل شك لأن الدعوى المباشرة ضد رب العمل، محددة وفقاً للمادة (١/٦٦٢) على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو المقاول من الباطن وقت توقيع الحجز).

- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٧٧٤.

(٣) سعد حسين عبد، مصدر سابق، ص ١٣٠.

(٤) وإن كان هذا قابلاً لإثبات العكس من قبل العمال عن طريق إثبات الغش أو التواطؤ.

- كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص ٢٠٩، هـ ٢.

بموجب عقد المقاولة بالإبراء^(١)، فإذا ما أعلن العمال عن رغبتهم في استخدام حقهم بالحجز توجب على المقاول الأصلي ورب العمل الامتناع عن السداد.

المقترحات

دراسة لما تقدم نجد إلزاماً من طرح الضمانات التالية كتعديل لقواعد حماية حقوق عمال المقاول الثانوي:

أولاً: ابتداءً وجوب الأخذ بفكرة المساواة بين عمال المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي أو عمال صاحب المشروع الموجودة في قانون العمل المصري رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ في تشريع العمل العراقي فيما يخص الحقوق المالية لعمال مكلفين بأعمال مشابهة من حيث الطبيعة والمشقة، فدفعاً لسير العمل طبيعياً في إطار المشروع الواحد موضوع "المقاولة" يتوجب أن يكون هناك انسجام بين العمال أيّاً كانت تبعيتهم وهذا لا يتحقق إلا بالعدالة والمساواة لأثر ذلك على جودة ووحدة العمل ونقترح أن تكون المساواة في الأجور والمكافآت التشجيعية وأجور ساعات العمل الإضافي وحتى في تحديد ساعات العمل.

ثانياً: النص صراحةً وفي قانون العمل بعده القانون المختص بتنظيم علاقات العمل شمول "المتمرنين" و "المتدربين مهنيّاً" وحتى من كان من العمال تحت الاختبار بحقهم في استخدام طريق الدعوى المباشرة للمطالبة بحقوقهم المالية مستنديين في ذلك إلى استفادة صاحب عملهم (المقاول الثانوي) من جهدهم في إتمام المقاولة.

ثالثاً: شمول تعويض العامل المتحقق عن الإصابة بإحدى المخاطر المهنية بعده من الحقوق المالية الناتج عن عقد مقاولة ثانوية تتأدي بتثبيت نص صريح في قانون الضمان يكون بموجبه لدوائر الضمان الرجوع مباشرة على

(١) (أصبحت الدعوى أو الحجز، بغير محل يرد عليه).

- السنهوري، مصدر سابق، فقرة ١٣٢.

المقاول الأصلي ورب العمل يعدهم متضامنين فعلاً مع المقاول الثانوي
ويكونهم أكثر ملاءة.

المصادر

أولاً: الكتب والرسائل

١. باللغة العربية

١. د. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٩
٢. د. أحمد السعيد زقرد، الوجيز في قانون العمل، شرح لقانون العمل الجديد رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، المنصورة، ٢٠٠٤
٣. د. أحمد شوقي و د. محمد عبد الرحمن، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه في قانون العمل، المنصورة، ١٩٧٩
٤. تشريعات عقد العمل الفردي في الدول العربية (دراسة مقارنة)، مكتب العمل العربي، ١٩٩٣
٥. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨١،
٦. د. جلال العدوي، قانون العمل، مصر، ١٩٦٨،
٧. د. حسن كيرة، دروس في قانون العمل اللبناني والمقارن، بيروت، ١٩٧٧،
٨. د. حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، طبعة ثالثة منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٩،
٩. د. حمدي عبد الرحمن و د. محمد عيسى مطر، قانون العمل، ١٩٨٧،
١٠. سعد حسين الحلبوسي، الدعوى المباشرة (دراسة مقارنة) في القانونين العراقي والفرنسي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٤،

١١. د. سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي، وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٠،
١٢. د. شاب توما منصور، شرح قانون العمل، المدخل لدراسة قانون العمل، التنظيم الاجتماعي للعمل، علاقات العمل الفردية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٧
١٣. د. صادق مهدي السعيد، تنظيم العلاقات الإنتاجية الفردية بين العمال وأصحاب العمل وحقوقها وواجباتها المتبادلة، الكتاب الثاني في اقتصاد وتشريع العمل، مؤسسة الثقافة العمالية - بغداد، ١٩٧٥-١٩٧٦
١٤. د. طه نوري الملا حويش، التزامات المقاول في عقد المقاول، مجلة العلوم القانونية، العدد ٢، الجزء الثاني، ١٩٩٤
١٥. د. عادل العلي، التأمينات - دراسة في جوانبها المالية والاقتصادية مع دراسة خاصة عن العراق، القاهرة، ١٩٧٧
١٦. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، جزء أول - مصادر الالتزام، الكويت - ١٩٨٢
١٧. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، ١٩٦٤
١٨. د. عبد الودود عيسى، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديث - مصر، ١٩٦٤
١٩. د. عدنان العابد، أجر العامل في قانون العمل والضمان، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد الأول، المجلد الثاني، بغداد - ١٩٧٨
٢٠. د. عدنان العابد، شروط تعويض إصابة العمل في القانون العراقي، مجلة القانون المقارن العددان (٨-٩) السنة السادسة، بغداد، ١٩٧٨
٢١. د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون العمل، الطبعة الثانية، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ١٩٨٩
٢٢. د. عدنان العابد ود. يوسف إلياس، قانون الضمان الاجتماعي، الطبعة الثانية، فريدة ومنقحة، بغداد، ١٩٨٨

- ٢٣.د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول - مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١
- ٢٤.د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مبادئ في قانون العمل والتأمينات الاجتماعية دراسة مقارنة، الجزء الأول - الإسكندرية، ١٩٧١
- ٢٥.د. فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، دار الهنا للطباعة، مصر، ١٩٨٥
- ٢٦.كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المفاوضة، طبعة أولى، مطبعة أوفسيت الوسام، بغداد، ١٩٧٦
- ٢٧.د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس عن أعمال البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه (دراسة مقارنة) بغداد - ١٩٨٥
- ٢٨.محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاول، مصر، ١٩٥٦
- ٢٩.محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٦
- ٣٠.محمد لبيب شنب، الاتجاهات الحديثة للفرقة بين حوادث العمل والأمراض المهنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، عين شمس، يناير، ١٩٦٧
- ٣١.محمد لبيب شنب، مدى تغطية تأمين إصابات العمل لحوادث الطريق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مصر، تموز، ١٩٦٩
- ٣٢.د. محمد جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٤٢٠ هـ - ١٩٨٢ م.
- ٣٣.د. محمود سلامة جبر، الوسيط في عقد العمل الفردي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، البحرين، ١٩٩٩
- ٣٤.محمود الهمشري، عنصر الأجر في عقد العمل، معهد الإدارة العامة - دار البحوث والاستشارات، الرياض - ١٢٩٨ هـ.
- ٣٥.د. النوري فريد، القاضي وقانون الشغل، منظمة العمل العربية - مكتبة العمل - ١٩٩٨

٣٦. د. هشام علي صادق، دروس في قانون العمل اللبناني، الدار الجامعية - بيروت، ١٩٨٢

٣٧. د. همام محمد محمود، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المعرفة الجامعية - الإسكندرية، ١٩٨٧

٣٨. د. يوسف إلياس، الحماية القانونية للأجر في قانون العمل العراقي والمصري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٧٧

٣٩. د. يوسف إلياس، قانون العمل المشرع مفصل لأحكام قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ المعدل، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية - الطبعة الثانية، منشورات مكتبة التحرير، ١٩٨٠

٤٠. د. يوسف إلياس، الوجيز في شرح قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، مطابع التعليم العالي، بغداد، ١٩٨٨-١٩٨٩

٤١. د. يوسف إلياس، الاتجاهات التشريعية لقوانين العمل العربية في التسعينات، سلسلة بحوث ودراسات صادرة عن منظمة العمل العربية، العدد الرابع عشر، ١٩٩٧.

ثانياً: المجاميع القضائية

١. باللغة العربية

١. حسن الفكهاني، المدونة العالمية (تشريع فقه، قضاء، فتاوى مجلس الدولة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر.

٢. عصمت الهواري، قضاء النقص في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، ج ٣، ج ٤، ج ٥، القاهرة.

٣. القضاء، مجلة حقوقية فصلية - نقابة المحامين في جمهورية العراق، السنة ٥١، الأعداد ١-٢-٣-٤ للعام ١٩٩٦

٤. قضاء محكمة العمل العليا، المجلد الثاني لعام ١٩٧٣ والمجلد الثالث لعام ١٩٧٤، مطبعة مؤسسة الثقافة العمالية - بغداد، ١٩٧٨-١٩٧٩

٥. المحاماة المصرية، مجلة نقابة المحامين المصرية.

٦. مجلة نقابة المحامين، عمان - الأردن.

٧. مجموعة الأحكام العدلية، السنة ٧ العدد ٤ - ١٩٧٦

٨. الوقائع المصرية، الأعداد ٣٤ للعام ١٩٥٣ و ٣٦ للعام ١٩٨٢

٢. باللغة الفرنسية

1. CAMERLUNCK (G.H). Traite de droit du travail, Contrat de travail, Dalloz, Paris, 1968.
2. CAMERLUNCK (G.H). et LYON-(AENCG), Manuel de droit du travail. Dalloz, Paris, 1970.
3. LYON-CAEN (G), Manuel de droit du travail et de La Securit Sociale, Paris, 1955.
4. MILHAU (J) Lindexation des Salaires Sur le cout de la vie, Droit Social, Juillet. Aout, 1969.

مبدأ سيادة الدولة
على ثرواتها الطبيعية الباطنية
دراسة على صعيد القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية
تقدم به المدرسان
الدكتور عثمان سلمان غيلان
الدكتور نجيب خلف أحمد
الجامعة المستنصرية / كلية القانون

مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية
دراسة على صعيد القوانين الوضعية والشرعية الإسلامية
المدرسان
د. عثمان سلمان غيلان
د. نجيب خلف أحمد
الجامعة المستنصرية
كلية القانون

خلاصة

تعدّ دراستنا لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية دراسة في غاية الأهمية من الناحيتين الأكاديمية والعلمية، كونها تسلط الضوء على هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية والذي بدوره يبسط قاعدة عامة قوامها السيادة التامة التي تملكها الدولة بخصوص الموارد الطبيعية عامة والباطنية على وجه الخصوص عندما تبتغي استعمال تلك الموارد على الوجه الذي يتفق مع المشروعية. لذلك نصت أغلب الدساتير العراقية والمقارنة والقوانين الدولية على هذا المبدأ لكي تضم الموازنة بين متطلبات الحكومة بشأن الحفاظ على تلك الموارد واستعمالها بالطريق الأمثل - والذي يعبر عنه بالسيادة - والملكية الخاصة.

Abstract

Our study about the principle of the sovereignty of state over the natural resources under the ground is very vital study from the academic and practical level, this principle implies the revelation of state supremacy over the natural resources affairs, when the state wants to use these resources to preserve the legitimacy on this filed.

There for, majority of Iraqi-foreign constitutions and international laws stipulated on this principle to achieve the harmony between the government regwerments about keeping and using the natural resources in the true method which express by the sovereignty and the private property.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد بن عبد الله الصادق الأمين وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين وصحبه الغر المحجلين، أما بعد..
توجد الثروات الطبيعية بشكل حر لم يبذل الإنسان أي جهداً في خلقها أو إحرازها إذا كانت نتاجاً للطبيعة تظهر على سطح الأرض أو في باطنها باعتبارها هبة الطبيعة التي سخرها الله سبحانه وتعالى خدمة للبشرية بعد أن يتم استثمارها على النحو الذي يحقق المصلحة العامة لعموم أفراد الشعب.

وإذا كانت تلك الثروات الطبيعية لاسيما الباطنية منها أداة لغنى ورفاهية للدول التي تملكها إلا أنها كانت ذاته مصدراً للشقاء والعناء باعتبارها محلاً لأطماع الدول الاستعمارية التي تكالبت من أجل السيطرة عليها واستغلالها لعهود طويلة اتسمت باستغلال تلك الثروات الطبيعية واستنزافها.

وما أن بدت معالم تحرر الدول النامية من سيطرة الدول المستعمرة حتى عمدت الأولى إلى تأكيد استقلالها السياسي باستقلالها الاقتصادي بإقرار حقها الأصيل في السيادة على ثرواتها الطبيعية باعتبارها حقاً خالصاً وليس لأية دولة سلطة عليها فيما يخص استعمالها واستغلالها والتصرف فيها على النحو الذي يحقق المصلحة الوطنية للدولة مالكة الثروات الطبيعية، وقد تجسد ذلك الأمر جلياً في ثنايا النصوص الدستورية والمواثيق الدولية، حتى استحال إلى مبدأ من مبادئ القانون

الدستوري والقانون الدولي على حد سواء ومن هنا يأتي موضوع بحثنا لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية.

أولاً: أهمية البحث:

١- ندرة الدراسات الأكاديمية التي تبحث في هذا الموضوع في القانون العراقي والمقارن.

٢- الحاجة الماسة إلى تأصيل حق الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية من الناحيتين القانونية والشرعية.

٣- التأكيد على ما للثروات الطبيعية من دور مهم في رفد الخزنة العامة بالموارد المالية اللازمة لمواجهة نفقاتها العامة المتزايدة وتوزيع حصيلة تلك الموارد على أفراد الشعب كافة.

ثانياً: نطاق البحث:

سيحدد نطاق هذا البحث في دراسة مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية على صعيد القوانين الوضعية (العراقي والمقارن) مع تسليط الضوء على المعالم الأساسية لهذا المبدأ في الشريعة الإسلامية بالاعتماد على الأسلوب القانوني البحث في التحليل والاستنتاج.

ثالثاً: فرضية البحث:

تتصب فرضية البحث على تأكيد سلطة الدولة في السيادة التامة على ثرواتها الطبيعية الباطنية وصلاحياتها في التحكم في تلك الثروات استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً لمصلحة أفراد الشعب أصحاب السيادة الحقيقية ومنبعها الأصل وكذلك التأكيد على ضرورة ايلولة موارد تلك الثروات إلى الخزنة العامة للدولة ليتسنى للأخيرة توزيع حصيلتها على أفراد الشعب وتمويل خطط التنمية التي تضطلع بها الدولة من أجل تحقيق الرفاهية والازدهار.

رابعاً: منهج البحث:

سنحاول في هذا البحث الاعتماد على خطة علمية تتوزع على ثلاث مباحث سنتناول في البحث الأول مفهوم مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية، أما البحث الثاني فسوف نخصصه لدراسة التأصيل القانوني لمبدأ سيادة الدولة على

ثرواتها الطبيعية الباطنية، وفي البحث الثالث سنتناول التكييف القانوني لحق الدولة في السيادة على ثرواتها الطبيعية الباطنية، ثم نختم هذه الدراسة بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا إليها والله من وراء القصد.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية

مما لا شك فيه أن الأرض تعد واحدة من أهم العناصر الأساسية التي تقوم عليها الدولة، لكونها الحيز الجغرافي الذي تملك الدولة صلاحية ممارسة سلطتها السيادية ضمن نطاقها على كل من تظله بظلال سيادتها وسواء أكان من الأشياء أم الأشخاص، على نحو باتت معه الأرض عنصراً مهماً في تأكيد فكرة السيادة عليها وعلى كافة الثروات التي تشتمل عليها تلك الأرض وسواء أكانت تلك الثروات الطبيعية ظاهرة على سطحها أم مخفية في باطنها⁽¹⁾.

وعلى ذلك لابد لنا من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما ماهية الثروات الطبيعية الباطنية وفي ثانيهما الثروات الطبيعية الباطنية وفكرة السيادة.

المطلب الأول

ماهية الثروات الطبيعية الباطنية

يختلف مفهوم الثروات الطبيعية الباطنية في القوانين الوضعية عنه في الشريعة الإسلامية ومن ثم بات لزاماً تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نخص أولهما لمعنى الثروات الطبيعية الباطنية في القوانين الوضعية وثانيهما لمعنى الثروات الطبيعية الباطنية في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

معنى الثروات الطبيعية الباطنية في القوانين الوضعية

يراد بالثروات الطبيعية الباطنية بأنها الثروات التي توجد في باطن الأرض على درجات متباينة، فقد استقرت التشريعات الوضعية على اعتبار الثروات الطبيعية

⁽¹⁾ Ingrid Delups, international law and the independent state, first published, Glasgow, the university press, 1974.p-(3).

الباطنية تلك التي تكمن في باطن الأرض^(١)، وأنها ليست من الكنوز بشيء ومن ثم لا تطبق عليها أحكامه بل أن تلك الثروات إذا عثر عليها واكتشفت بمحض الصدفة في باطن الأرض فتعد جزءاً من الأرض التي اكتشفت فيها، مهما كان نوع وشكل المعدن الموجود في قرارها^(٢).

والأرض التي تضم الثروات الطبيعية تمثل الأصل في العقار^(٣)، لذا سميت بالعقار بطبيعته، وتشمل سطحها دونما يقام فوق السطح، وكذلك باطنها بما يتضمنه من ثروات طبيعية من معادن ومواد هيدروكربونية، فكل ذلك يعد مندمجاً في الأرض ويشكل جزءاً لا يتجزأ منها، أي هو بمثابة عقار بطبيعته مادام ثابتاً وملتصقاً بالأرض ذاتها ولم ينفصل عنها، أما إذا انتزع منها كأن تستخرج تلك المعادن من باطن فتصبح منقولةً، فالمحاجر^(٤) والمناجم^(٥) هي أذن جزء من الأرض الموجودة

(١) انظر: علي أحمد النحاس، بعض المظاهر القانونية للتشريع النفطي في الدول المنتجة المستهلكة، ط٢، الكويت، منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول، ١٩٨٥ صفحة ٤٢٠ - وما بعدها.

(٢) انظر: محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، ج٣، ط٢، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥٢، صفحة ١٣.

(٣) عرفت (م/٦٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المعدل، العقار بأنه (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دونه تلف).

(٤) يقصد بالمحاجر القالع، وقد عرفت الفقرة (٦) من (م/١) من قانون تنظيم الاستثمار المدني العراقي رقم ٩١ لسنة ١٩٨٨ المعدل، بأنه (المكمن الطبيعي المستثمر الذي يحتوي على الصخور والمواد المقلعية كالرخام والجبس والحصى والأحجار الكلسية أو الرملية والصوان والطين والرمل والأتربة وسواها من المواد التي تستعمل لأغراض الصناعة أو البناء سواء كانت على سطح الأرض أو في باطنها أو في المياه الإقليمية أو تحتها).

(٥) يراد بالمنجم وفقاً لنص الفقرة (٨) من القانون أعلاه، بأنه (المكمن الطبيعي المستثمر الذي يحتوي على الخامات المعدنية مثل الحديد والفوسفات والأملاح والكبريت والأطيان الصناعية أو أية خامات معدنية تستعمل لأغراض الصناعة سواء كانت على سطح الأرض أو في باطنها أو في المياه الإقليمية أو تحتها).

فيها ومن ثم تعد عقاراً بطبيعته، فإذا استخرجت المعادن من المناجم فإنها تغدو منقولاً^(١).

الفرع الثاني

معنى الثروات الطبيعية الباطنية في الشريعة الإسلامية

توجد الثروات الطبيعية عادة في طبقات الأرض وعلى درجات متباينة، وبناء على ذلك قسّمها فقه الشريعة الإسلامية إلى قسمين من المعادن وهما المعادن الظاهرة والمعادن الباطنية^(٢).

الفرع الأول

الثروات الطبيعية الباطنية وفكرة السيادة

للأرض صلة مباشرة بسيادة الدولة ليست لكونها مستقر الثروات الطبيعية الباطنية ولها أهمية كبيرة في إستراتيجية الدولة الداخلية والخارجية فحسب بل وكذلك لكونها الركن الضروري لوجود الدولة وعليه يقيم أفراد الشعب المكون لها، وتشمل الأرض سطحها وما تحتها من أعماق وما فوقها من أجواء إلى الحدود التي تعينها الاتفاقيات الدولية وأعرافها^(٣).

ولكن ما المقصود بالسيادة؟ وما هي صلتها بالثروات الطبيعية الباطنية؟

(١) فقد استقر القضاء في مصر - قبل صدور القانون الخاص بالمناجم والمحاجر - على اعتبار المناجم والمحاجر من قبيل العقار بطبيعته، وقد ذهب الفقه تبعاً لذلك إلى الإقرار بأن لصاحب المنجم بيعه أو رهنه مستقلاً عن سطح الأرض، ثم صدر قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨، وهو أول قانون للمحاجر والمناجم ونص في (م/١٤) على أن ((تعتبر المناجم أموالاً ثابتة وكذلك تعتبر من الأموال الثابتة الآلات والآبار والحفارات ووسائل النقل والجر وغيرها المخصصة لاستعمال المنجم، على أن المعادن المستخرجة من المناجم تعتبر من المنقولات)).

(٢) انظر: محمد باقر الصدر/اقتصادنا/ج٢/النجم الأشرف - مؤسسة بقية الله لنشر العلوم الإسلامية، ٢٠٠٣، ص ٤٧١-٤٧٢.

(٣) أنظر: د. محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، بيروت، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، ١٩٧٣، صفحة ١٥٣-١٥٤.

في معرض الإجابة عن مضمون السؤال الأول، نقول، يراد بسيادة الدولة السلطة العليا التي لا حدود لها (Souveranty Supreme)، وهي تتطوي على مفردتين، هما:

أ- سلبية، وهي عدم خضوع الدولة لأية قاعدة أو أمر داخلي كان أو خارجي بأن تكون مستقلة بشكل كامل عن أي دولة أخرى.

ب- ايجابية، وهي أن للدولة سلطات لها مكنة القيام بوظائفها الدستورية كافة في المجال التشريعي والتنفيذي والقضائي إزاء رعاياها والأشخاص القاطنين في أرضها وإدارة الدولة على النحو الذي ترتئيه بمعنى أن الدولة بمقدورها أن تمارس الصلاحيات الدستورية في كافة المجالات المقررة قانوناً على صعيد داخلي أو خارجي^(١).

وفي تقديرنا، إن السيادة تأتي بمعنى الاستقلال إذ ليس من صلاحية أي دولة أن تمارس سلطة ما على دولة أخرى بدون رادتها، وإنما إذا ارتأت ذلك على النحو الذي يحقق مصالحها، ومن ثم فإن فكرة السيادة تتماشى مع وجود المجتمع الدولي القائم على أساس المساواة بين الدول واحترام المصالح الدولية المتبادلة بما يسهم في تفعيل دور القانون الدولي وتطوره الذي أخذ في العالم المعاصر يسمو على مجتمع الدولة، وذلك نابع من عدة عوامل كان لها تأثير مباشر على سيادة الدولة الوطنية لاسيما بالنسبة للمنظمات الدولية وشيوع المبادئ الدولية لاسيما مبدأ سيادة الدولة الوطنية لاسيما بالنسبة للمنظمات الدولية وشيوع المبادئ الدولية لاسيما مبدأ سيادة الأمة وإن للشعوب حقاً أصيلاً في تقرير مصيرها بنفسها، على نحو باتت معه الأمة هي صاحبة السيادة ومرجعها الأصل تكون لها الحرية التامة في ممارسة سلطاتها المختلفة واختيار إطارها السياسي والاقتصادي والاجتماعي^(٢).

ومما تقدم يمكن القول كان لذلك المعنى السالف بيانه للسيادة من أثر واضح على الثروات الطبيعية الباطنية، فأصبحت الدولة ذات سيادة تامة واستقلال دستوري

^(١) Ingrid Delupis, op.cit,p- (10-11)

^(٢) Oscar Schachter, sharing the words Resouces, new York columbia Ingrid Delupid, op.cit,p- (14-15) press 1977 p-(124 125) university.

يضمن لها حق التصرف بكامل حريتها في تنظيم أمور سلطتها العامة وحقوق الأفراد وحياتهم في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية واستثمار ثرواتها الطبيعية على النحو الذي تراه مناسباً وليس لأحد أن يتدخل في تلك الشؤون أو أن يفرض عليها نظام معين في إدارتها لتلك الثروات واستثمارها ومن ثم يعد عملاً أدائياً كل تدخل في تلك الأمور التي تعد من صميم سيادة الدولة وسلطتها^(١).

الفرع الثاني

الثروات الطبيعية الباطنية وفكرة السيادة في الشريعة الإسلامية

لبيان هذا الموضوع بشكل دقيق، لا بد لنا من إيضاح ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية ثم نبين صلة الثروات الطبيعية الباطنية بملكية الأرض، ثم نوضح الثروات الطبيعية الباطنية وصلتها بفكرة السيادة. وعلى النحو التالي:

أولاً: ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية:

أرسى الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم قاعدتين لملكية الأرض، أولهما، ترك بعض الأراضي في الجزيرة العربية بيد أصحابها على أن يدفعوا الخراج عنها إلى بيت المال، وثانيهما، نزع ملكية الأراضي التي فتحها المسلمون عنوة في الجزيرة العربية وتوزيعها على المسلمين الغانمين باعتبارها غنيمة حرب^(٢).

ولكن بعد توسع الدولة الإسلامية وفتح بلاد أخرى مجاورة لجزيرة العرب (لاسيما بلاد فارس والشام ومصر والعراق وشمال أفريقيا) تميز تلك البلاد بأراضيها الزراعية الخصبة التي لها أهمية اقتصادية كبيرة، فقد وجد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب

^(١) وقد أيد ميثاق الأمم المتحدة في الفقرة (١) من (م/٢) منه ما يؤكد المساواة في السيادة بين أعضاء الأمم المتحدة، كما نصت الفقرة (٧) من ذات المادة على عدم وجود أي نص في الميثاق يسوغ للأمم المتحدة التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء والتي يعود الاختصاص فيها لتلك الدولة نفسها.

^(٢) أنظر: أبو يوسف، (توفي سنة ١٨٢هـ)، الخراج، ط١، القاهرة، المطبعة السلينية، ١٣٨٢هـ، ص ٦٠.

(رضي الله عنه) بأن لا يطبق القاعدة الثانية التي وضعها الرسول (صلى الله عليه وسلم)^(١)، وإنما ترك تلك الأراضي لأصحابها على أن يدفعوا عنها الخراج إلى بيت المال ونسبة (١٠٪) من غلتها، خلافاً لما وضعه الرسول (صلى الله عليه وسلم) وذهب إليه أغلب الصحابة (رضي الله عنهم)^(٢). وقد استمرت الدولة الإسلامية على هذا النهج كلما توسعت في رقعتها الجغرافية بغية تحقيق مصلحة مالية واجتماعية كبيرة^(٣)، وعلى ذلك قسّمت الأراضي تبعاً لما يدفع عنها إلى بيت المال وتبعاً لطريقة الانتفاع منها إلى أربعة أنواع وهي أراضي محمية وإقطاعية وخراجية وأراضي الاستيلاء^(٤).

(١) وحجة عمر رضي الله عنه في عدم توزيعها هو خوفه أن يهجر أهل الأرض إذا انتزعت منهم زراعتها، وأن المسلمين الغانمين غير مهيين لزراعتها والحلول محل سكان الأرض الأصليين لربما يفسدونها بعدم الزراعة فتقد الأرض خيراتها، لذا ارتأى بقائها بيد أصحابها لتكون مصدر قوة اقتصادية واجتماعية بدلاً من مصدر ضعف، أنظر: د. عبد الحميد الأحمد، النظام القانوني للبتروك في المملكة العربية السعودية، ط، بيروت، مؤسسة نوفل، ١٩٨٢، ص ١١١.

(٢) ذهب أغلب الصحابة إلى وجوب توزيعها على المسلمين كغنائم حرب ومنهم (طلال بن رباح، عبد الرحمن بن عوف)، أنظر: أبو يوسف، مصدر سابق، ص ٣٣-٣٥، الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ١٧٢.

(٣) أنظر: محمود ضياء الدين الرئيس، الخراج والنظم المالية للدول الإسلامية، ط ٢، القاهرة، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٩٦١، ص ١١٤ وما بعدها.

(٤) أ- أراضي محمية وهي الأراضي التي خصصها الخليفة عمر ومن بعده الخلفاء لعامة المسلمين من الفقراء دون الأغنياء.

ب- أراضي إقطاعية وهي التي يمنحها الخليفة لأحد المسلمين ليقوم بإصلاحها والانتفاع منها، فتبقى له طالما مستمر باستثمارها، وتنتزع منه عند نكوته عن ذلك.

ج- أراضي خراجية، وهي الأراضي التي تركت بيد أهلها مع التزامهم بأداء الخراج عنها إلى بيت المال ونسبة (١٠٪) من غلتها، لذ سميت بالأراضي العشرية.

د- أراضي الاستيلاء، وهي امتلاك الأراضي المباحة غير المملوكة لأحد بوضع اليد عليها بدون معارضة من قبل الغير، وذلك لقوله (صلى الله عليه وسلم): - (من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له).

أنظر: د. عبد الحميد الأحمد، مصدر سابق، ص ١١٢.

ثانياً: صلة الثروات الطبيعية الباطنية بملكية الأرض:

سلف القول أن الثروات الطبيعية الباطنية لا توجد بمعزل عن الأرض التي تضمنها لذا يقتضي الأمر البحث في مصادر ملكية الأرض لتحديد مآل ملكية الثروات الطبيعية الباطنية. وبصدد هذه المسألة نقول حدد فقه الشريعة الإسلامية أسباب كسب ملكية الأرض وقد حصرها مرشد الحيران في (م/٧٢) على النحو الآتي (أسباب الملك هي العقود الموجبة لنقل العين من مالك إلى آخر كالبيع أو الهبة أو الوصية أو الميراث ووضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له، والشفعة)^(١). واضح مما تقدم أن أسباب كسب الملكية في الشريعة الإسلامية هي خمس، العقد، الإدارة المنفردة، الميراث والشفعة ووضع اليد على الشيء المباح الذي لا مالك له، وهي ذات المصادر التي تكسب بها الحقوق العينية الأصلية في فقه القانون الوضعي^(٢).

وبذلك فإن ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية أما أن تكون ملكية فردية أو جماعية فكل ما لم يكن مملوكاً من الأراضي لأحد الأفراد أو عليه حق من حقوق التصرف يعد ملكاً لجماعة المسلمين ولا يجوز لأحد أن يستأثر به إلا أن يأذن الحاكم الشرعي، فيتقطعه إياه ليقوم بإحيائه إن كان مواتاً أو باستثماره إن كان عامراً^(٣).

وقد ذهب الفقه الإسلامي، إلى القول بأن المعادن السائلة ليست جزء من الأرض وأنها لا يمكن أن تكون محلاً للملكية الخاصة بل تختص بها الجماعة

(١) أنظر: د. عبد الحميد الأحدب، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٢) إلا أنها ينقصها الحيابة والالتصاق، ومن جهة أخرى يلاحظ أن الفقه الإسلامي يفرق بين حالة نشوء الملكية وحالة انتقالها بعد نشوءها (من خلال العقد والإدارة المنفردة والميراث والشفعة) وهي ذات الحالات المقررة لانتقال الملكية في فقه القانون الوضعي، وعلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية تختلف مع الفقه القانوني فيما يخص نشوء الملكية وتتقارب معه فيما يخص انتقالها.

(٣) أنظر: عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الكويت، جامعة الكويت، ١٩٧٨-١٩٧٩، ص ١٤٣.

الإسلامية بأسرها^(١)، أما ما سواها من المعادن الأخرى التي حددها مرشد الحيران في (م/١٤٨) منه، (وهي معدن الذهب أو الفضة أو الحديد أو النحاس أو ما نحوها من المعادن الصلبة التي تنصهر بالنار) فإذا وجدت في أرض عشيرة أو خراجية مملوكة لشخص معين، فإنه يكون ملكاً لمالك الأرض وعليه الخمس للحاكم الشرعي، أما إذا وجد في أرض مملوكة لغير معين كأراضي الحكومة فتكون كلها للدولة^(٢).

ثالثاً: الثروات الطبيعية الباطنية وفكرة السيادة:

إذا كانت الشريعة الإسلامية تقر بأن الثروات الطبيعية الباطنية هي ملك للأمة بأسرها، وأن لكافة أفراد المجتمع حق الانتفاع منها باعتبارها مملوكة ملكية عامة، فإن الفقه الإسلامي يقرر في الوقت ذاته إمكانية قيام الدولة ممثلة بالحاكم الشرعي صلاحية منح بعض الأشخاص حق استثمارها، وتلك الصلاحية التي تملكها الدولة متأتية من حقها في الإشراف على الثروات الطبيعية في ناحية الإنتاج والتوزيع على أساس العدالة^(٣) فقد ترى الدولة أن من دواعي المصلحة العامة أن تقوم مباشرة باستثمار تلك الثروات من قبلها، وقد تجد أن تلك المسألة تعد أمراً صعباً لأسباب شتى فتلجأ إلى منح بعض الأفراد حق إحياء الثروات الطبيعية بعد أن تضع لهم الأسس العامة للعمل والاستثمار^(٤).

(١) وهو المذهب الحنبلي، أشار إليه:

د. صبحي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بيروت، دار العلم للملايين، بدون سنة، ص ٢١٦.

(٢) أنظر: د. محمد كامل مرسي باشا، ج ٣، ط ٢، مصدر سابق، ص ١٩.

(٣) وقد ذهب الشيخ الطوسي ((إذا أقطع السلطان وجلاً من الرعية قطعة من الموات، صار أحق به من غيره بإقطاع سلطان إياه بلا خوف)). أنظر: الطوسي، المبسوط، ج ٣، ص ٢٧٣. وبالمثل ذهب ابن قدامة (إن من أقطعه الإمام شيئاً من الموات، لم يملكه بذلك لكن يصبح أحق به).

أنظر: ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ١٦٤.

(٤) أنظر: الطوسي، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

بيد أن ذلك الترخيص بالاستثمار لا يعد سبباً من أسباب كسب ملكية الأرض ولا المعادن التي تحتويها بل مجرد استثمارها وبالقدر الذي يستطيع عليه استثمار تلك الثروات^(١).

وعلى ذلك فإن ملكية تلك الثروات الطبيعية الباطنية تبقى للدولة وحدها حتى ولو كانت مستقرة في أرض مملوكة ملكية خاصة إذ أن الأخيرة ليست سبباً كافياً لامتلاك الأفراد تلك الثروات الطبيعية الباطنية وإن جاز لهم حق الانتفاع منها^(٢).

(١) من المعلوم أن الفقه الإسلامي قد أورد سببين لملكية الأرض أولهما الإحياء، ثانيهما دخول الأرض في دار الإسلام مع إسلام صاحبها طوعية، ومن ثم فإن لمالك الأرض سلطة قانونية على أرضه فحسب دون أن تمتد إلى ما تضمنته أرضه من ثروات طبيعية باطنية وأن السند الشرعي المتمثل بقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ((من أحيا أرضاً فهي له، وهو أحق بها وعليه طسقيها)) يقتصر على الأرض ذاتها ولا يمتد إلى ما تحتها من ثروات طبيعية، أما فيما يخص السبب الثاني من أسباب كسب الملكية هو دخول الأرض في دار الإسلام مع إسلام صاحبها طوعية فهو مبدأ يقره الإسلام لحفظ دم من أسلم وماله الذي يملكه قبل دخوله إلى الإسلام (وسواء أكان هذا المال منقولاً أم عقاراً) ولا يقرر ملكية جديدة وإنما يحفظ للشخص الذي دخل الإسلام أمواله فلا تنزع منه. أنظر: ابن قدامة، مصدر سابق، ص ١٦٩.

(٢) أنظر: ابن قدامة، مصدر سابق، ص ١٦٩.

المبحث الثاني

التأصيل القانوني لمبدأ سيادة الدولة على ثرواته الطبيعية الباطنية

يعد حق الملكية من الحقوق الطبيعية التي استقرت ملاصقة للإنسان منذ أن وجدت الخليقة على وجه الأرض إذ أضحت الملكية سلطة مباشرة يخول بمقتضاها المالك مكنة استعمال الشيء المملوك له واستغلاله والتصرف فيه حتى باتت الملكية بمثابة حق طبيعي مقدس يقره القانون للمالك على النحو الذي قدح فيه فكر المذهب الفردي (الرأسمالي)، بيد أن هذا الأمر ما لبث أن تغير تدريجياً وأضحت الملكية مقيدة بالعديد من القيود تتأرجح سعة وضيقاً من نظام قانوني لآخر حتى وسمت ذلك الحق بالوظيفة الاجتماعية على نحو ما ذهب إليه المذهب الاشتراكي^(١).

وعلى أي حال فإن تحديد طبيعة حق الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية لم تكن أمراً مسلماً به من لدن الفقه القانوني، بل تباينت بشأنها الآراء القانونية. حتى استقرت بشكلها النهائي وأضحى لذلك الحق أساس قانوني راسخ لا مرأى فيه. وعلى ذلك لا بد لنا من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما الثروات الطبيعية وحق الملكية العامة، ونخصص ثانيهما، لبحث الأساس القانوني لسيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية.

المطلب الأول

الثروات الطبيعية الباطنية وحق الملكية العامة

لبيان هذا الموضوع بشكل دقيق لا بد لنا من تقسيمه إلى فرعين نخصص الأول لمفهوم الملكية العامة للثروات الطبيعية الباطنية والثاني لطبيعة ملكية الدولة للثروات الطبيعية الباطنية.

Oscar Schachter, op,cit, p-(130)

(١) أنظر:

الفرع الأول

مفهوم الملكية العامة للثروات الطبيعية الباطنية

تملك الدولة شأنها في ذلك شأن سائر الأشخاص المعنوية العامة والخاصة أموالاً بعضها تملكه ملكية عامة فيسمى بالدومين العام (public domain)، والبعض الآخر تملكه ملكية خاصة ويصطلح عليه بالدومين الخاص (private domain)^(١).

وتعد مسألة التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص هي من صميم اختصاص الفقه لذا نرى أن الفقه الفرنسي وعلى رأسهم (Proudhon)، قد تصدى لهذا التمييز وقالوا بالدومين العام الذي يخصص للمنفعة العامة وتحوزه الدولة وتمارس حمايتها عليه دون أن يكون لأي فرد حق تملكه فهي وكيلة عن أفراد الشعب

(١) وترجع الجذور التاريخية للأموال العامة والأموال الخاصة المملوكة للدولة إلى القانون الروماني حيث دأب الأخير على التمييز بين الأموال العامة التي ينتفع بها كافة الأفراد وبين الأموال الخاصة بالإمبراطور، وقد انتقل هذا التمييز إلى القانون المدني الفرنسي القديم فكانت الأموال العامة تشمل أموال الدولة المخصصة للانتفاع بها من قبل أفراد المجتمع مثل البحار والطرق البرية وغيرها، أما الأموال الخاصة فكانت تشمل الأشياء المملوكة وكانت تسمى بالدومين الملكي (royal domain) أو دومين التاج (Della couornne domain) وتشمل الأراضي والقصور وغيرها من الأموال الأخرى التي تشكل جزءاً مهماً من أموال الدولة. وبعد اندلاع الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩، حلت سيادة الأمة محل سيادة المالك وأصبح دومين التاج هو دومين الأمة الوطني (national domain)، بيد أن القانون المدني الفرنسي الجديد (قانون نابليون) خلط بين الدومين الوطني والدومين العام، بأن جعلها شيئاً واحداً فعالجت المواد (٥٣٨-٥٤١) مفردات الدومين الوطني (الخاص) إلى جانب مفردات الدومين العام وجعلت كلها مملوكة بيد الدولة دون التمييز في أحكامها القانونية، أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٩٢ وما بعدها، محمد كامل مرسي باشا، الحقوق العينية الأصلية، ج ٢، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥١، ص ٩٨.

في الحفاظ عليه وصيانته، إلى جانب ذلك يوجد الدومين الخاص، وتملكه الدولة ملكية خاصة ولها أن تتصرف فيه وتنتفع منه وفقاً لقواعد القانون الخاص^(١). وعلى ذلك فللدولة نوعان من الممتلكات، وهما^(٢):

١- الدومين العام، وينتفع به أفراد الشعب بشكل مباشر حيث أنه معد للاستعمال العام من قبل إحدى المرافق العامة لإشباع حاجات المجتمع بقصد تحقيق منفعة عامة دون مقابل أو بمقابل زهيد في بعض الحالات ويخضع لنظام يحدده القانون العام، حيث لا يجوز بيعه أو الحجز عليه أو تملكه بالتقادم، وإن تلك الأحكام ترمي إلى توفير ضمانات قانونية تكفل المحافظة على هذه الأموال واستمرار الانتفاع منها من قبل كافة أفراد المجتمع.

٢- الدومين الخاص، ويقصد به ممتلكات الدولة الخاصة الشبيهة بممتلكات الأفراد من حيث ما تدره من إيراد مداني، وهي غير مخصصة للمنفعة العامة، لكونها مملوكة ملكية عادية لا تختلف إلا في بعض الجوانب القانونية التي تبتغي تحقيق مصلحة مادية للدولة، وإن كانت ثمة أوجه عديدة للالتقاء بينهما وللدومين الخاص أشكال متعددة فهو إما أن يكون دومين عقاري أو صناعي أو تجاري أو مالي.

وإذا تسألنا عن موقع الثروات الطبيعية الباطنية من بين أحكام الدومين العام والخاص، نقول بما أن الثروات الطبيعية توجد عادة مستقرة في باطن الأرض، لذا فهي ملاصقة بحكم الوجود للدومين العقاري، والذي يضم عادة أراضي الدولة سواء

(١) نصت (م/٧٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، المعدل، على أن ((١- تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون، ٢- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم)) وهذا النص يقابل نص (م/٨٧) مدني مصري، (م/٩٠) مدني سوري، (م/٨٧) مدني ليبي.

(٢) أعاد علي حمود القيسي، محاضرات في التشريع المالي والمالية العامة، مجموعة محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثانية في كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، للعام الدراسي ١٩٨٧-١٩٨٨، مطبوعة بالرونو، ص ٦١ وما بعدها.

أكانت مبنية أم غير مبنية، ومناجمها واحتياطياتها النفطية والمعدنية الكامنة في باطن الأرض، وتعتمد أغلب الدول إلى استغلالها من خلال شركات أجنبية تملك خبرات وإمكانيات مادية عالية مقابل أجر أو نسبة سنوية من الأرباح، مع بقاء ملكيتها بيد الدولة لأهميتها ولكونها تشكل مورد عام لكافة أفراد المجتمع^(١)، وفي كل الأحوال فإن ذلك الاستغلال يتوقع على طبيعة النظام الاقتصادي والسياسي السائد في الدولة^(٢) لذا لابد من تنظيمها بشكل يحقق الصالح العام^(٣).

الفرع الثاني

طبيعة ملكية الدولة للثروات الطبيعية الباطنية

انقسم فقه القانون المقارن في معرض إقراره لحق الدولة في ملكية ثرواتها الطبيعية الباطنية، فمنهم من أنكر هذا الحق على الدولة، وإن ليس للدولة على ثرواتها الطبيعية أي حق في الملكية بل هو ولاية إشراف وحفظ وصيانة لمصلحة أفراد المجتمع، وقد اتجه فريق إلى القول بأن للدولة حق ملكية حقيقي على الثروات الطبيعية لا مجرد إشراف وصيانة، ولبيان هذا الموضوع بشكل مفصل لابد من عرض هذين الرأيين على النحو الآتي:

(١) Oscar Schachter, op,cit, p-(130-132).

(٢) وقد استقر مبدأ ملكية الدولة للثروات الطبيعية الباطنية في معظم الأنظمة القانونية، وتعود الجذور التاريخية لهذا المبدأ إلى الأمر الذي أصدره شارل بوربون الثالث سنة ١٧٨٣ الذي نص فيه على أن المعادن ملك للتاج، وقد انتقل هذا المبدأ إلى إسبانيا وطبقته في نظامها القانوني، ثم طبقته الأخيرة على معظم دول أمريكا اللاتينية.

أنظر: علي أحمد النحاس، مصدر سابق، ص ٤٠٩-٤١٠، وانظر أيضاً:

Mary Ann Tetreault, the organization of Arab petroleum exporting countries, first published, London, Green wood press, 1981, p-5.

(٣) وفي العراق توجد مجموعة من القوانين تبتغي المحافظة على الثروات الطبيعية وتنظيم استغلالها، نذكر منها، قانون الحفاظ على الثروة الهيدروكربونية رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٥ المعدل، المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٠٦٨ في ٢١/١٠/١٩٨٥، وكذلك قانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم ٩١ لسنة ١٩٨٨، المعدل، المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٢١٩ في ١٢/٩/١٩٨٨.

الاتجاه الأول: الذي ينفي حق الدولة في ملكيتها للثروات الطبيعية:

ذهب الرأي السائد في فرنسا^(١) ومصر^(٢)، الذي يميز بين الدومين العام والدومين الخاص، إلى إنكار حق الدولة في الملكية للموارد الطبيعية، ذلك لأن الدومين العام هو مخصص للمنفعة العامة وهو في جوهره دومين حماية لا يعد مملوكاً لأحد بل للأمة بأسرها، وتحوزه الدولة باسم المجتمع ولمصلحته وتتوب عنه في حفظه وصيانتته والإشراف عليه فحسب دون أن تكون لها أدنى سلطة في استعماله واستغلاله والتصرف فيه وهي من العناصر الأساسية التي تتصف بها الملكية، وإن تلك العناصر لا تلحق الدومين العام بل الدومين الخاص الذي تملكه ملكية تامة خالصة.

فمن المعلوم أن للملكية عناصر ثلاثة وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف وتلك العناصر غير متوافرة في ملكية الدولة لثرواتها الطبيعية، فأما حق الاستعمال فهو مقرر ليس لدولة بل للناس جميعاً، كما ليس للدولة أن تستعمل الثروات الطبيعية أو أن تتصرف فيها، ومن ثم فإن انعدام تلك العناصر الثلاثة لا يصح معه القول بأن للدولة حق ملكية حقيقية، بل هو حق في الولاية والإشراف والحفظ والصيانة

(١) ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي بيرودون، ديكريك، فديجيه، جيز، برتملي، فقد ذهب بيرودون وديكريك وفديجيه إلى القول بأن للملكية عناصر أساسية وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، وتلك العناصر منعدمة في حق الدولة على المال العقاري العائد لها، ومن ثم تنعدم ملكيتها لتلك الأموال بانعدام عناصر الملكية، أما فديجيه فقد أنكر على الدولة شخصيتها القانونية وأنكر عليها حق الملكية في الدومين العام والخاص، أما جيز فقد أنكر على الدولة حقها في الملكية العامة لما ينطوي ذلك على تعارض مع مقتضيات المصلحة العامة التي تنطوي عليها أموال الدولة. أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه المصري، أحمد فتحي زغلول، الذي عدّ وضع يد الدولة على المال العام بصفقتها حراسة لهذا المال لا بصفقتها مالكة له، وفي ذات الاتجاه ذهب الأستاذ محمد كامل مرسي إلى القول بأن الأموال العامة هي الأموال المخصصة للنفع العام وهي في يد الدولة بصفقتها حراسة عليها لا بصفقتها مالكة لها فالملكية تكون للأمة: أشار إليهما: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣٢-١٣٣.

وهذه الولاية تستمدّها الدولة من سيادتها وتعبّر عن مظهر من مظاهرها فالدولة تحوز الثروات الطبيعية بحكم وجود تلك الثروات، في إقليمها، باعتبارها صاحبة سيادة، وسلطان لا باعتبارها صاحبة حق ملكية^(١) هذا وقد استقر القضاء المصري على ما انتهى إليه الفقه وقد قضى في العديد من أحكامه بأن ليس للدولة حق في ملكية الثروات الطبيعية وما لها إلاّ صلاحية الإشراف والحفظ والصيانة، وهذا ما أكده قرار محكمة المنصورة الكلية الوطنية في ١٣/ديسمبر/١٩٣٧، الذي جاء فيه (أن طبيعة حق ملكية الحكومة للمنافع العامة تخالف طبيعة ملكية الأفراد إذ أن حق الملكية الذي يتكون من ثلاثة عناصر هي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، لا تتوافر عناصره هذه في ملكية الحكومة للمنافع العامة..)^(٢).

الاتجاه الثاني: الذي يقر بحق الدولة في ملكيتها لثرواتها الطبيعية.

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار ملكية الدولة للثروات الطبيعية ملكية حقيقية تشتمل على عناصر الاستعمال والاستغلال والتصرف، دون أن تقتصر صلاحياتها على الإشراف والحفظ والصيانة، الأمر الذي وسم تلك الصلاحية وسمه الملكية الحقيقية للثروات الطبيعية. تلك المقدرة في نطاق القانون الخاص للأشخاص العاديين^(٣)، وذلك للاعتبارات التالية:

١- إن القول بأن للملكية عناصر ثلاثة (الاستعمال والاستغلال والتصرف) ليس بتحليل لحق الملكية بل هو مجرد استقراء للمنافع التي يجنيها المالك من ملكه.

٢- ولو افترض جدلاً أن تلك العناصر هي عناصر أساسية للملكية، فإن القوانين تعمد عادة إلى تقييد تلك العناصر كما هو الحال في حق الارتفاق، ومع ذلك فإن الملكية لا تزال باقية ولم تتلاشى.

(١) أنظر: Shavarsh Toriquian, op, cit, p-(8-9).

(٢) أشار إلى ذلك: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٧٥٤.

(٣) أشار إليه: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ١٣١ وما بعدها.

٣- إن حق الملكية - عند أنصار هذا الاتجاه - يقوم على ركنين رئيسيين، أولهما الحياة وثانيهما مكنة صاحبها على تعيين الأشخاص المنتفعين بها، فإذا أراد المالك قصر الانتفاع بماله على نفسه كنا بصدد الملكية الخاصة، أما إذا جعل هذا الانتفاع شاملاً لغيره مع احتفاظه بحياة المال ولم يتنازل عنه كنا بصدد الملكية الجماعية، وهي ملكية الدولة للثروات الطبيعية وسائر الأموال العامة.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمبدأ السيادة للدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية
إذا كان كلاً من النظامين الرأسمالي والاشتراكي قد أقر بأن للمالك سلطة قانونية إزاء ما يملكه، فإذا كان عقاراً ثبت لمالكه حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وملك بالضرورة ما فوق عقاره وما تحته، إلا إذا وجد نص قانوني يقضي بغير ذلك ويقيد من سلطته في الملكية، باعتبار ما تتضمنه الأرض في باطنها ملكاً لغير المالك وإنما للدولة حصراً، وقد يرد ذلك النص في ثنايا النصوص الدستورية للدولة مالكة الثروات الطبيعية الباطنية، أو في مجموعة من الوثائق والمعاهدات الدولية^(١)، وبذلك يكون لحق الدولة في السيادة على ثرواتها الطبيعية الباطنية أساسان أحدهما دستوري وثانيهما دولي، ولسوق نعني ببيانها تباعاً كلاً في فرع مستقل.

الفرع الأول

الأساس الدستوري لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية
اتجهت أغلب الدساتير العراقية والمقارنة إلى تأكيد ملكية الدولة للثروات الطبيعية الباطنية، وسواء أكانت تلك الثروات مكتشفة من قبل الدولة أو غيرها أم لم تكتشف بعد، وذلك مرده التطور الذي شهده العالم المعاصر في مفهوم الملكية العامة والأفكار الاجتماعية والاقتصادية التي تسود عالم اليوم، فضلاً على ما يتطلبه استغلال تلك الثروات الطبيعية من رؤوس أموال ومعدات وخبرات لا يقوى الأفراد العاديين على الاضطلاع بها، وإن استطاعوا ذلك فمن خلال الاستعانة بالشركات

Mary Ann Tetreault, op,cit,p-6.

(١) أنظر:

الأجنبية بعد منحها الامتياز لاستغلالها وهو أمر لاشك محفوف بمخاطر جمة، مادام أساسه الأسلوب التعاقدى البحت المبرم وفقاً لقواعد القانون الخاص، خلافاً للعقود التي تضطلع الدولة بإبرامها مع تلك الشركات الأجنبية التي أساسه القانون العام والتي تخول الدولة أو هيئاتها العامة صلاحيات قانونية واسعة لا مثيل لها في نطاق القانون الخاص، تمنحها سلطة تعديل تلك العقود أو إنهاؤها أو فرض جزاءات متنوعة لإجبار المتعاقد معها على الوفاء بالتزاماته القانونية، فضلاً عن سلطتها في الرقابة والتوجيه وتحقيق المصلحة العامة، للاعتبارات السالف ذكرها باتت ملكية الثروات الطبيعية الباطنية للدولة أمراً سلمياً به أغلب الأنظمة القانونية المعاصرة على اختلاف مذاهبها^(١).

من ذلك على سبيل المثال نص (م/٦١) من دستور دولة الكويت الصادرة في ١١/١١/١٩٦٢^(٢)، (م/٢٠) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١^(٣)، (م/١) من قانون التعدين السعودي الصادر سنة ١٩٦٣^(٤)، (م/١) من قانون المعادن السوري رقم ٧ لسنة ١٩٥٣^(٥)، (م/١٠) من الدستور الفنزولي لسنة ١٩٦١^(٦).

(١) أنظر: خالد الشاوي، الشكل القانوني لاستغلال المورد الطبيعي، ط٣، الكويت، منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول، ١٩٨٥، ص ٣٧٩.

(٢) نصت على أن (الثروات القومية والموارد الطبيعية ملكاً للدولة).

(٣) وقد نصت على غرار النص أعلاه، وكذلك نجد (م/٣) من قانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦، الخاص بالمناجم والمحاجر في جمهورية مصر العربية، (م/٢) من قانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالمناجم والمحاجر وخدمات الوقود، (م/١) من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ الملغي، الذي أقر ملكية الدولة للثروات الطبيعية الباطنية.

(٤) نصت على أن (تملك الدولة ملكية خالصة كافة الثروات الطبيعية).

(٥) نصت على أن (تعتبر من أملاك الدولة العامة جمع المواد المنجمية التي توجد ضمن حدود الأراضي السورية).

(٦) نصت على أن (حق تملك المحروقات المكتشفة في باطن الأرض تعود للدولة وذلك استثناءً من قاعدة الملكية العقارية).

وكذلك الحال بالنسبة للدساتير العراقية المتعاقبة نذكر منها (م/٩) من دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤^(١)، (م/١٤) من دستور ٢١ أيلول ١٩٦٨^(٢)، (م/١٣) من دستور ١٦ تموز ١٩٧٠^(٣)، (م/٢٩) من مشروع دستور تموز ١٩٩٠^(٤) / الفقرة (هـ) من (م/٢٤) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية^(٥).

الفرع الثاني

الأساس الدولي لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية

وكما إن لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية أساس دستوري فإن لذات المبدأ أساس دولي، مر بتطور طويل في الجمعية العامة للأمم المتحدة، فقد صدر أول قرار لها بهذا الصدد برقم (٥٢٣) في عام ١٩٥٢ ليؤكد حرية الدول في الانتفاع بمواردها الطبيعية طبقاً لمصالحها الوطنية مع مراعاة الاقتصاد الدولي، وقد تؤكد ذات المبدأ في قرارها رقم ٦٢٦ في عام ١٩٥٣، الذي أوصت فيه جميع الدول الأعضاء بممارسة حقها في استخدام واستغلال مواردها الطبيعية و ثرواتها وإن تراعي

(١) نصت على أن (الثروات الطبيعية مواردها وقواها جميعاً ملك للدولة وهي التي تكفل حسن استغلالها).

(٢) نصت على أن (الثروات الطبيعية ملك للدولة وهي التي تكفل حسن استغلالها).

(٣) نصت على أن (الثروات الطبيعية ووسائل الإنتاج الأساسية ملك للشعب تستثمرها السلطة المركزية في جمهورية العراق استثماراً مباشراً وفقاً لمقتضيات التخطيط العام للاقتصاد الوطني).

(٤) نصت على أن (الثروات الطبيعية ملك للشعب تستثمرها الدولة بموجب مقتضيات المصلحة العامة وتتولى السلطة المركزية حصراً استثمار الثروات الطبيعية الأساسية كالنفط والغاز والمعادن استثماراً مباشراً).

(٥) نصت على أن (إدارة الثروات الطبيعية للعراق والتي تعود لجميع أبناء الأقاليم والمحافظات في العراق بالتشاور مع حكومات وإدارات هذه الأقاليم والمحافظات، توزع الواردات الناتجة عن هذه الثروات عن طريق الميزانية العامة وبشكل منصف يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع أنحاء البلاد، مع الأخذ بنظر الاعتبار المناطق التي حرمت منها بصورة مجحفة من قبل النظام السابق، ومعالجة مشاكلها بشكل إيجابي واحتياجاتها ودرجة التطور في المناطق المختلفة من البلاد).

الحاجة لانسياب رأس المال في ظروف تدعو إلى الاطمئنان والثقة المتبادلة والتعاون الاقتصادي الدولي^(١).

وكذلك الحال في قرارها رقم ١٥١٥ الصادر في كانون الأول عام ١٩٦٠، إذا أوصت، الجمعية العامة بضرورة احترام حق كل دولة في التصرف بثرواتها ومواردها الطبيعية، وقد توجب الجمعية العامة للأمم المتحدة تلك التوصيات بقرارها المرقم ١٨٠٣ في ١٤/كانون الأول من عام ١٩٦٢، الذي جاء فيه^(٢):

١. يجب أن يمارس حق الشعوب والدول في السيادة الدائمة على مواردها وثرواتها الطبيعية وفقاً لمصالحها وانتماءها القومي ورفاهية شعب الدولة المعنية.

٢. يجب أن يتم استغلال هذه الموارد وتنميتها والتصرف فيها واستيراد رأس المال الأجنبي الذي تتطلبه هذه الأغراض، طبقاً للقواعد والشروط التي تعتبرها الشعوب والدول ضرورية أو مرغوبة فيها بالنسبة إلى الآخرين.

٣. يسري على رأس المال المستورد وما ينتج عنه من أرباح (في حالة منح الإذن) شروط هذا الإذن وأحكام التشريع الوطني النافذ والقانون الدولي، ويراعى وجوب تقسيم الأرباح المتحققة بالنسب المتفق عليها في كل حالة بين المستثمرين والدول المضيفة.

٤. يراعى وجوب تشجيع الممارسات الحرة وغير المقيدة لسيادة الشعوب والدول على مواردها الطبيعية.

٥. يجب أن يتم التعاون الدولي في ميدان الاتحاد الاقتصادي للدول الآخذة في النمو سواء في صورة استثمارات رؤوس أموال عامة أم خاصة أو تبادل سلع أو خدمات أو مساعدات فنية أو تبادل للمعونات العلمية بصورة تقوي استغلالها الاقتصادي وأن يكون مؤسساً على احترام سيادتها على مواردها وثرواتها الطبيعية.

(١) Mary ann Tetreault, op, cit, p-(125-126), Shavarsh Toriguian, op, cit, p-(199-200).

(٢) أنظر: علي أحمد النحاس، مصدر سابق، ص ٤٢٢-٤٢٣.

ثم تلى ذلك صدور العديد من القرارات عن الجمعية العامة للأمم المتحدة منها قرارها رقم ٣١٧١ في ١٧/ديسمبر ١٩٧٣، وقد نصت فقرته الرابعة على (حق السيادة الدائمة والتامة لكل دولة على ثرواتها الوطنية وعلى جميع النشاطات الاقتصادية ومن أجل الحفاظ على هذه المصادر يحق لكل دولة أن تمارس إشراف فعال عليها واستثمارها بالوسائل الملائمة لوضعها الخاص، بما في ذلك الحق في التأميم أو تحويل الملكية إلى مواطنيها لأن هذا الحق يعبر عن سيادة الدولة الدائمة والتامة، ولا يجوز أن تكون الدول محل إكراه اقتصادي أو سياسي أو أي نوع آخر من الضغط لحرمانها من الممارسة الحرة والكاملة لهذا الحق الذي لا يمكن إنكارها)^(١).

^(١) أشار إليه:

Mary Ann Tetreaanlt, op.cit,p-(35).

المبحث الثالث

التكييف القانوني لحق الدولة في السيادة على ثرواتها الطبيعية الباطنية

سلف القول أن الأنظمة القانونية قد تباينت في معالجتها لمسألة ملكية الدولة للثروات الطبيعية الباطنية وعلى شكل مراحل من التطور بلغت تلك الأنظمة القانونية، وبالمثل أيضاً فإن ملكية الدولة في السيادة على ثرواتها الطبيعية الباطنية مسألة مختلف فيها لدى فقه الشريعة الإسلامية، لذا بات لازماً تقسيم هذا البحث، إلى مطلبين نخصص أولهما للتكييف القانوني لحق الدولة في السيادة على ثرواتها الطبيعية الباطنية في القوانين الوضعية، وثانيهما للتكييف القانوني لذلك الحق في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

التكييف القانوني لحق الدولة في السيادة على ثرواتها الطبيعية الباطنية في

القوانين الوضعية

تناولت مسألة ملكية الدولة للثروات الطبيعية الباطنية أربعة نظريات في فقه القانون الوضعي وهي نظرية عدم الملكية، ونظرية الملكية المقيدة، ونظرية الملكية الخاصة، ونظرية الملكية العامة للثروات الطبيعية الباطنية والملكية الخاصة للطبقات الأرضية. وسوف نخصص لكل منها فرع مستقل.

الفرع الأول

نظرية عدم الملكية

مع إطلالة أول معرفة للإنسان بالثروات الطبيعية الباطنية لم تكن لها أية فائدة اقتصادية أو سياسية، لذا لم تعتمد الأنظمة القانونية إلى تنظيم أحكام تلك الثروات، بل كانت يمة التجاهل هي السائدة حتى مراحل متقدمة بلغت تلك المجتمعات البشرية، ولا أدل على ذلك من أن قانون الولايات المتحدة الأمريكية لم يعالج أحكام الثروات الطبيعية الباطنية⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Campbell, principles of mineral ownership civil law and common law system 3th editions, Tulane, L.Rev, 1956 – p (304-312).

كما أن القضاء وقف صامتاً ولم يبد برأيٍ حاسم إزاء القضايا التي تعرض عليه والتي تنصب حول ملكية الثروات الطبيعية الباطنية^(١)، حتى إذا ما شاعت هذه النظرية تؤكد مسلك المحكمة العليا في نظرتها لملكية الموارد الطبيعية الباطنية باعتبارها ثروات حرة ومباحة لكل من تقع في حيازته، وعدت الثروات الطبيعية الباطنية لاسيما بالنسبة للنفط والغاز في حالة هجرة دائمة وحرّة كما تهاجر الحيوانات البرية أو كما تنتقل المياه الجوفية^(٢)، ومن ثم تطبق عليها مبادئ نظام الاكتشاف وقواعده (the res nullius) والذي بمقتضاه لا تعد الثروات الطبيعية الباطنية ملكاً لأحد (the non ownership theory) حتى يتم اكتشافها وعندئذ فقط تؤول ملكيتها لمكتشفها^(٣)، على نحو ما اتبعته بعض قوانين المناجم والمعادن الحديثة^(٤).

(١) وقد تجسدت تلك المسألة لأول مرة في قرار المحكمة العليا الأمريكية سنة ١٨٥٤ (Hail v. Reed) حيث عرفت النفط بأنه (سائل غريب ليس ضروري ولا يتوافق مع الاستعمال الشائع للإنسان)، أنظر: Oscar Schachter, op.cit, p-(129-130)

(٢) وقد استقر مبدأ التشابه بين الثروات الطبيعية الباطنية (النفط والغاز) مع سائر الموارد الطبيعية الأخرى منذ عام ١٩٠٠ في قضية ohio oil co v the state of idiana فقد اعتبرت المحكمة العليا الأمريكية بأن ليس لأي شخص الحق في أن يمارس حقوق الملكية على الموارد الطبيعية، مستندة إلى استنتاجاتها العامة حول طبيعة الموارد النفطية وهي (وإن بدت ساكنة مستقرة للوهلة الأولى باعتبارها محصورة بين مصائد صغيرة تحت سطح الأرض، إلا أن حقيقة الأمر - من وجهة نظر القضاء - أن تلك الموارد في حالة هجرة دائمة من جهات الضغط العالي إلى جهات الضغط المنخفض أن ينفي مسؤولية مالك الأرض عند حفره لأي بئر ينتج عنه انخفاض في الضغط تجاه جاره الذي يشاركه في ذات الممكن والذي يفقد نتيجة لحفره البئر الأول كل أو جزء من النفط التي تحتويه أرضه، الأمر الذي أثمر عنه بزوغ مبدأ آخر لملكية الثروات الطبيعية الباطنية السائلة وهو مبدأ عدم المسؤولية في سحب النفط من الأرض المجاورة، أنظر: علي أحمد النحاس، مصدر سابق، ص ٤٠٥.

(٣) حيث عدت الموارد النفطية ثروات طبيعية تتحرك في باطن الأرض بشكل تلقائي مما يسمح لأي شخص حيازتها متى ما وجدت في حدود أرضه والحصول على تلك الثروات الحرة أعمالاً بقاعدة الحيازة في المنقولة سند الملكية (Rule of capture)، أنظر: علي أحمد النحاس، مصدر سابق، ص ٤٠٥.

الفرع الثاني

نظرية الملكية المقيدة

على الرغم من تألف مفهوم الملكية الخاصة في أرجاء العالم فإن ذلك الحق الطبيعي المقدس لم ينل بأي حال من الأحوال ملكية الثروات الطبيعية الباطنية التي أضحت مالا مباحاً في الطبيعة لا يمكن أن يكون محلاً للملكية الخاصة إلا بعد أن يتم اكتشافه، فإن هذا الاتجاه الذي مثلته المحكمة العليا الأمريكية لم يلق تأييد سائر المحاكم الأخرى في الولايات المتحدة^(٢) التي أخذت بنظرية الملكية المقيدة (النسبية، أو المميزة)، بأن اتجهت إلى تقييد حقوق مالك الأرض بالانتفاع بملكية أرضه التي تستقر تحتها الثروات الطبيعية وفرضت عليه العديد من الالتزامات التي ابتغت المحافظة على تلك الثروات وعدم تبديدها واستغلالها بما يضر بمصالح ملاك الأراضي المجاورين، وأقرت مسؤولية مالك الأرض وهو بصدد استعمال حقوقه في استثمار واستغلال الثروات الطبيعية الباطنية المستقرة تحت أرضه على النحو لا يضر بالحقوق الجماعية لأصحاب الأراضي المجاورة لأرضه والتي تشترك معه في نفس المكنن النفطي وهو ما يعرف بالحق المشترك (co-equal right)^(٣) وقد ساهم مبدأ الحق المشترك في تنظيم أحكام المكامن التي تضم الثروات الطبيعية الباطنية ووضع أسس عامة تتعلق بكيفية استغلالها من قبل الأفراد على نحو يبتغي تحقيق استغلال جماعي، لاسيما عندما يشترك عدد من الأفراد في مكنن واحد،

(١) وقد أخذت بهذه النظرية العديد من الولايات المتحدة الأمريكية منها ولاية الاياما، كاليفورنيا، انديانا، كان تيكى، لويزيانا، نيويورك، أوهيو، أنظر: د. عبد الحميد الأحذب، مصدر سابق، ص ١٢١.

(٢) وتسمى أيضاً بنظرية الانفصال (the accedian system)

(٣) لاسيما لولاية (أوكلاهوما، Oklahoma) التي قال قضاؤها بمبدأ الملكية المقيدة ولم يعترف بالاتجاه التشبيهي بين المواد الهيدروكربونية والمياه الجوفية والحيوانات البرية ذلك أمر ترفضه الطبيعة الجيولوجية والكيميائية للأولى ثم أن حركة المواد الهيدروكربونية ليست سريعة كما هو الحال بالنسبة للمياه الجوفية بل أنها تستغرق آلاف السنين. أشار إليه: علي أحمد النحاس، مصدر سابق، ص ٤٠٥.

ويتم تحديد نسب ملكية تلك الثروات من قبل مالكي الأراضي التي تعطي تلك المكامن، مما ساعد على وضع قرارات تنظيمية إدارية (لوائح) خاصة بتلك المكامن بهدف حماية المصلحة العامة في الحفاظ على الثروات المعدنية والمواد الهيدروكربونية ومنع تبديدها من جانب أحد المستغلين على حساب الآخرين، وعلى هذا النحو استقر الاجتهاد القضائي الرامي إلى رعاية حق كل مالك في إمكانية استغلال الثروات الطبيعية على نحو يتناسب مع مقدار ملكيته للأرض التي تضم تلك الثروات في باطنها، بغية تحقيق المصلحة الخاصة والعامة على حد سواء بل أن الأخيرة عدت الأساس المعمول عليه في تنظيم استغلال الثروات الطبيعية حتى أن قضاء المحكمة العليا الأمريكية عدّها أساس تنظيم الملكية الخاصة وقد تجسد ذلك جلياً في قراره في قضية (brown v. humble of refining co.) بأن من مقتضيات المصلحة العامة تقييد سلطة المالك في استثماره واستغلاله لثروات الطبيعة الباطنية التي توجد تحت أرضه^(١).

الفرع الثالث

نظريات الملكية الخاصة

بموجب هذه النظرية فأن الثروات الطبيعية الباطنية تعد موضوعاً للملكية الخاصة the ownership place theory إذ يمكن لمالك الأرض التي تقع تلك الثروات تحتها من استثمارها باعتبارها ملكاً خاصاً به دون غيره من الشركاء الآخرين اللذين يشتركون معه في ذات المكنم وعلى ذلك فإن هذا الحق قابل للقسمة^(٢) وقد

(١)

(٢) يتمثل وجه الاختلاف بأن الملكية الشائعة تتكون من اتحاد مالكين أو أكثر في شيء غير مفرز فيه حصة لكل مالك منهم، فهم شركاء فيه على الشيوع بأن تحسب الحصة متساوية ما لم يعم دليل يقضي بغير ذلك ولا تحدد حصة لكل مالك منفصلة عن الأخرى لعدم إمكانية اقتسام الملك المشترك بينما الحق المشترك الذي أقره القضاء الأمريكي يخول كل مالك من مالكي المكنم المشترك الحق في الحصول على حصة من خلال آبار يحفرها في أرضه ومن ثم يكون له سنداً قانونياً في ملكية النفط المستخرج من أرضه من غير أن يؤدي ذلك إلى حرمان الآخرين من فرص استغلالها. أشار إليه: علي أحمد النحاس، المصدر السابق، ص ٤٠٦.

أخذت بهذه النظرية العديد من الولايات الأمريكية^(١)، كما أخذ بها القانون الإنكليزي المسمى بـ (common law) الذي أعطى ملكية الثروات الطبيعية الباطنية الموجودة تحت باطن الأرض لمالك سطح الأرض له صلاحية التصرف فيها باعتبارها ملكاً خاصاً له^(٢).

الفرع الرابع

نظرية الملكية العامة للثروات الطبيعية الباطنية والملكية الخاصة

للطبقات الأرضية

بمقتضى هذه النظرية فإن الثروات الطبيعية الباطنية تكون ملكاً للدولة (the regalia or roalty) بصرف النظر عن ملكية سطح الأرض بمعنى أن مالك سطح الأرض يملك الطبقات الأرضية التي تحتوي على الثروات الطبيعية الباطنية وسواء أكانت معادن صلبة أم سائلة أم غازية - وفي حدود السفل الذي يقع تحت أرضه^(٣) وبهذه النظرية أخذت أغلب الأنظمة القانونية المعاصرة فمنها على سبيل المثال لا الحصر، قانون المناجم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٤٠) في ٥/شباط/١٩٦٣ وقانون التعدين الفرنسي الصادر بالمرسوم (٥٦-٨٣٨) في

(١) مثل أركانساس، كورولادو، كانساس، ميرلاند، ميسيسيبي، مونتانا، نيومكسيكو، داكوتا الشمالية، بنسلفانيا، تيسني، تكساس، واشنطن، فيرجينا الغربية.

Oscar

Sochachter,op.cit,p-(127)

Shavarsh toriquian,op.cit,p-(177)

(٢) هذا وتجدر الإشارة إلى أن الأنظمة التي أخذت بنظرية الملكية الخاصة قد فرضت قيوداً على مالك الأرض التي توجد تحتها الثروات الطبيعية وذلك من أجل الحفاظ على تلك الثروات وعدم تبديدها مما أدى إلى ظهور تداخل بين المعالم الأساسية لنظرية الملكية المقيدة. أنظر: د.

عبد الحميد الأحمد، مصدر سابق، ص ١٢١ وما بعدها.

(٣) أنظر: د. عبد الحميد الأحمد، مصدر سابق، ص ١٢٢.

١٦/آب/١٩٥٦ وكذلك الحال في قانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦، الخاص بالمناجم والمحاجر المصري^(١).

وبموجب القانون الأخير قد فصل بين ملكية سطح الأرض وملكيتها ما يوجد في باطنها من موارد معدنية وخامات إذ جعل الأخيرة ملكاً للدولة ولو كانت في أرض مملوكة ملكية خاصة للأفراد^(٢)، وبالمثل أيضاً في التشريع النفطي البريطاني الصادر سنة ١٩٣٤ petroleum production act of 1934 الذي أمم النفط في المملكة المتحدة وأصبحت ملكية النفط وسائر الثروات الطبيعية الباطنية الأخرى حصراً بالدولة^(٣)، على أن يتم استثمارها بعقود خاصة تحدد شروط ذلك الاستثمار، كما ألغى القانون المذكور حق مالك السطح بالاعتراض على استغلال الدولة لتلك

(١) أذ نصت (م/٢١) على أن (المعادن لا يجوز استثمارها ولا حتى من قبل مالك سطح الأرض إلا بموجب امتياز أو ترخيص بالاستثمار) ونصت (م/٣٦) على أن (منح الامتياز حتى ولو كان لصالح مالك الأرض ينشأ حقاً عقارياً متميزاً عن ملكية السطح).

(٢) إذ نصت (م/٣) منه على أن (تعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم في الأرض المصرية والمياه الإقليمية، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء، الأحجار - الجيرية والرملية والرمال التي توجد في المحاجر التي يثبت ملكيتها للغير)، وقد نصت (م/١٥) من ذات القانون على أن (يعفى مالك السطح الذي يبلغ عن وجود خامات معدنية في أرضه من قيد اسمه في سجل الكاشفين المشار إليه في (م/٧) ويكون له حق الأولوية على الغير في البحث والاستغلال متى طلب ذلك) أشار إلى ذلك، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٢١.

(٣) منح القانون الإنكليزي المعروف بـ (comman law) الحق في ملكية المعادن الموجودة في باطن الأرض لمالك السطح، بيد أن الأمر قد تغير عندما اعتمدت المملكة المتحدة النظام الإسباني الذي كان مطبقاً في دول أمريكا اللاتينية، الذي يحتفظ بملكية المعادن الموجودة في باطن الأرض (للملك) فيما يخص معدني الذهب والفضة أما ما سواهما من المعادن فأنها تكون ملكاً لمالك سطح الأرض، وقد تغير الأمر جذرياً في سنة ١٩١٨ عندما أصدرت المملكة المتحدة تشريعاً نفطياً منع استغلال النفط وسائر المعادن الأخرى من قبل مالكي سطح الأرض من دون أن يحصلوا على ترخيص بذلك من قبل الدولة المالكة الحقيقية لتلك الثروات. أنظر:

Oscar Sohachter, op.cit, p-(125)

الثروات، بمعنى أنه فصل بين حق ملكية الثروات الطبيعية الباطنية الذي هو للدولة وحق ملكية الأرض الذي هو للأفراد^(١).

وعلى هذا المنوال استقر الاجتهاد على اعتبار الثروات الطبيعية الباطنية ملك طبيعي للدولة، باعتبارها ركيزة من ركائز الثروة الطبيعية التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني لأية دولة كانت نامية أو متقدمة، على أن تأخذ بالحسبان الحقوق الخاصة لمالكي الأرض التي تحتويها^(٢).

ذات الأمر نجده في قانون البترول الليبي رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٥، وقانون البترول السوري رقم ٧ لسنة ١٩٥٤، وقانون المناجم والمحاجر المصري رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦، وقانون المعادن اللبناني الصادر في ٩/آب/١٩٣٣ وقانون المحروقات

^(١) وقد تقرر تعميم ذلك المبدأ بالنسبة للمناطق المغمورة بمياه البحار والمحيطات وذلك بصدر قانون سنة ١٩٦٤، حيث أقر حقوقاً للدولة في ملكية الدولة للثروات الطبيعية الموجودة في قاع البحار وباطنها مع التركيز على شروط استغلالها من قبل الدولة. أنظر:

Oscar Sohachter, op.cit, p-(126)

^(٢) إن إقرار ملكية الدولة للثروات الطبيعية الباطنية لا يحول دون حماية أصحاب الملكية الخاصة للأراضي التي توجد فيها تلك الثروات، وذلك من خلال تقرير مبدأ التعويض على أساس قانوني عادل في الحالات التي تتعارض فيها اعتبارات المصلحة العامة مع الملكية الخاصة، وعلة ذلك أن ملكية الدولة تنحصر في المعادن والمواد الهيدروكربونية الموجودة في باطن الأرض فقط دون أن تمتد إلى الأرض ذاتها أو باطنها الذي يبقى حقاً خالصاً لمالكها والذي يمكن له أن يتصرف بها، وبالنظر لكون عمليات اكتشاف تلك الثروات في الأراضي الخاصة واستثمارها يتطلب عمليات كبيرة ومعدات ضخمة تقوم بتنفيذها شركات ضخمة متخصصة وتتبعها إجراءات قانونية تملئها اعتبارات المصلحة العامة يقوم المالك ببيع أرضه أو تأجيرها بمقابل مادي أو نقدي إلى الجهات المستثمرة.

أنظر: علي أحمد النحاس، مصدر سابق، ص ٤٠٩.

الفنزولي لسنة ١٩٤٣^(١)، وقانون تنظيم الاستثمار المعدني العراقي رقم ٩١ لسنة ١٩٨٨ المعدل^(٢).

المطلب الثاني

التكييف القانوني لحق الدولة في السيادة في ثرواتها الطبيعية الباطنية في الشريعة الإسلامية

ذهب فقه الشريعة الإسلامية إلى التمييز بين ثلاثة أنواع من الثروات الطبيعية الباطنية، أولها، طلب قابل للطرق والسحب والانصهار بالنار، كالذهب والفضة والنحاس والحديد، وثانيها صلب يقبل الانصهار بالنار ولا يقبل الطرق والسحب ويتلف به كالماس والياقوت، وثالثهما، سائل كالنفط والزئبق ولكل نوع من هذه الثروات له حكم خاص من حيث ملكيته^(٣)، وبصورة عامة نلاحظ أن النوعين الأول والثاني يعدان من قبيل المعادن الباطنية أما النوع الثالث فيعد من قبيل المعادن الظاهرة، ولسوف نبين حكم كل منها في فرع مستقل وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

حكم المعادن الظاهرة في الشريعة الإسلامية

فقد ذهب فقه الشريعة الإسلامية إلى اعتبارها ملك لجميع المسلمين الذين لهم صلاحية الانتفاع منها على قدم المساواة وعلى سبيل المشاركة الجماعية، فهذه المعادن ليست مباحة ولا يملكها من يستولي عليها أو من توجد في أرضه^(٤)، بل هي ملك للمسلمين وأمرها متروك للإمام يستغلها في مصالحهم الجماعية أو أن يقتضها لمن شاء من المسلمين بمقابل معين يصرف لمصلحة المسلمين أو بدون

(١) حيث أشارت القوانين الليبي والسوري والمصري واللبناني إلى حصر ملكية الثروات الطبيعية الباطنية بالدولة وأياً كان نوع تلك المعادن أو حجمها أو الأرض الموجودة فيها، وإن هذه الملكية تقتصر على ما تضمه الأرض من الثروات طبيعية دون أن تتعداها إلى ملكية الأرض ذاتها.

(٢) حيث نصت الفقرة (١) من (م/٤) على أن (تعتبر المواد المقلعية والمنجمية ملكاً للدولة ويتم استيفاء بدلات الاستثمار عنها من قبل المنشأة).

(٣) أنظر: د. عبد الحميد الأحمد، مصدر سابق، ص ١١٣.

(٤) أنظر: محمد باقر الصدر، مصدر سابق، ص ٤٧٢ وما بعدها.

مقابل متى ارتبط ذلك بالمصلحة العامة، وفي كل الأحوال فإن ذلك الاستثمار يكون على سبيل الانتفاع ولمدة محددة وليس التملك، وسواء أوجدت تلك الثروات في أرض مملوكة ملكية خاصة أم ملكية عامة^(١).

وعلى ذلك يمكن القول أن فقه الشريعة لا يقر بالملكية الخاصة لتلك المعادن الظاهر ويعدها مندرجة ضمن نطاق الملكية العامة مع السماح لأفراد المجتمع بالحصول على كفايتهم من تلك المعادن أن يستأثروا بها أو يمتلكونها ملكية خاصة بل هي ملك لجماعة المسلمين ولولي أمرهم حق استثمارها على النحو الذي يحقق المصلحة العامة.

الفرع الثاني

حكم المعادن الباطنة في الشريعة الإسلامية

وهي تلك المعادن لا تظهر خواصها المعدنية إلا بعمل الإنسان وجهده وإنها قد توجد قريبة من سطح الأرض أو قد توجد بعيدة عنها أي في أعماقها بشكل لا يمكن الوصول إليه إلا بجهد كبير ولكل منها حكمها الخاص^(٢).

١. المعادن الباطنية القريبة من سطح الأرض:

فقد ذهب الفقه إلى القول بعد جواز تملك تلك المعادن بل يحق لأفراد المجتمع الانتفاع بها بمقدار معين وبنسبة معقولة على أن لا يبلغ ذلك الانتفاع حد الاستيلاء الكامل عليها مما يضر بالمصلحة العامة بالتضييق على الآخرين في الانتفاع

^(١) وفي هذا الصدد يقول العلامة الحلي موضحاً الملكية العامة للمعادن الظاهرة بقوله: (إن هذه المعادن لا يملكها أحد بالأحياء والعمارة وإن أراد بها النيل إجماعاً) أنظر: العلامة الحلي: التذكرة، ج ٢، ص ٤٠٣، وفي ذات الاتجاه يذهب الماوردي إلى القول (فأما المعادن الظاهرة فهي، ما كان جوهرها المستودع فيها بارزاً كمعادن المحل والملح والقار والنفط، وهو كالماء الذي لا يجوز اقتطاعه والناس فيه سواء يأخذه من ورد إليه).

^(٢) أنظر محمد باقر الصدر، مصدر سابق، ص ٤٧٦.

منها^(١) وعلة إقرار هذا الحكم هو عدم وجود نص دقيق وواضح في الشريعة الإسلامية يدل على أن الحيازة سبباً من أسباب ملكية الثروات الطبيعية الباطنية دائماً وأبداً ومهما كان حجم تلك الحيازة ومبرراتها^(٢).

٢. المعادن الباطنية البعيدة عن سطح الأرض:

وهي تلك المعادن التي تكمن في أعماق الأرض وتتطلب نوعين من الجهود أولها البحث والتفتيش والحفر لاستخراجها من باطن الأرض وثانيها جهد تطويع تلك المعادن وإبراز خصائصها المعدنية وقد اختلف الفقه بشأن حكمها الشرعي وظهرت بشأنها الاتجاهات الفقهية التالية:

الاتجاه الأول^(٣): وقد ذهب إلى أن تلك المعادن هي ملك الدولة وإن الحاكم الشرعي (الإمام) باعتباره ولي أمر المسلمين حق التصرف فيها بما يحقق المصلحة العامة على اعتبار أن تلك المعادن من الأنفال وأن الأخيرة ملك للدولة^(٤).

الاتجاه الثاني: يؤكد هذا الاتجاه على أن تلك المعادن تعد من الأموال المشتركة بين جميع أفراد الشعب ومملوكة ملكية عامة^(٥).

(١) وقد أيد هذا المعنى العلامة الحلي بقوله: (من المعادن الباطنية إما أن تكون قريبة من سطح الأرض وفي متناول اليد أو لا فإن كانت ظاهرة لم تملك بالأحياء أيضاً كما تقدم في المعادن الظاهرة).

أنظر العلامة الحلي، مصدر سابق، ص ٤٠٣.

(٢) أنظر ابن قدامة، مصدر سابق، ص ١٥٦-١٥٧.

(٣) وهو مذهب الكليني، القمي، المفيد، الديلمي، القاضي، أشار إليهم، محمد باقر بصدد، مصدر سابق، ص ٤٧٨.

(٤) فقد ذهب الماوردي إلى القول (وأما المعادن الباطنة فهي ما كان جوهرها مستكناً في ما لا يصل إليه إلا بالعمل كمعادن الفضة والذهب والصفير والحديد فهذه وما شابهها من المعادن الباطنة وسواء احتاج المأخوذ منها إلى سبك أو تخليص أو لم يحتج في جواز انتفاعها قولان أحدهما لا يجوز كالمعادن الظاهرة وكل الناس فيها على شيوع والثاني يجوز.

أنظر الماوردي، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٥) وهو مذهب الإمام الشافعي والمبلي والحنبلي أنظر ابن قدامة، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

الاتجاه الثالث^(١): ويذهب إلى أن تلك المعادن تملك للفرد المكتشف لها عن طريق الحفر، ويبررون ذلك بأن تلك الوسيلة أي الاكتشاف من خلال الحفر هي لون من ألوان إحياء المواد الطبيعية، فتملك تلك المعادن بإحيائها، على أن تقتزن مسألة اكتشاف تلك المعادن من قبل الفرد بحيازتها والانتفاع منها وأن ملكية الفرد لتلك المعادن تقتصر على ما هو مكتشف منها عند الحفر وبالقدر المحاز، وأن لا تمتد إلى المكامن المعدنية وجذورها والذي يسمى (بحريم المعدن) عند فقه الشريعة الإسلامية.

من كل ما تقدم يتبين لنا مدى براعة فقه الشريعة الإسلامية في تنظيم أحكام الثروات الطبيعية، ولا أول على ذلك من قرار محكمة التحكيم في قضية (Aramco v. Government of Saudi Arabia) الذي أكد على دقة وكمال الشريعة الإسلامية وبراعة فقهها في تنظيم أحكام الثروات الطبيعية الباطنية من حيث ملكيتها وكيفية استغلالها على النحو الذي يحقق المصلحة العامة لعموم أفراد المجتمع، وقد دعت محكمة التحكيم إلى ضرورة الأخذ بمذاهب الفقه الإسلامي بشكل متكامل من أجل تنظيم أحكام الثروات الطبيعية دون التقييد بمذهب معين، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية التي تعتمد على المذهب الحنبلي (Hanbali School) فحسب دون غيره من المذاهب الأخرى^(٢).

الخاتمة

وبعد أن انتهينا من دراستنا لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية على مدى ثلاثة مباحث متتالية، يمكن في خاتمة هذه الدراسة أن نتوصل إلى

(١) فقد ذهب العلامة الحلي إلى القول: (لو حفر فبلغ المعدن لم يكن له منع غيره من الحفر من ناحية أخرى فإذا وصل الغير إلى العرق لم يكن له منعه لأنه يملك المكان الذي حفره لا حريمة..).

أنظر: العلامة الحلي، قواعد الأحكام، ج ١، ص ٢٢٢.

(٢) أشار إليه

مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات التي نرى فيها ما يسهم في تعزيز هذا المبدأ وتوطيد مضامينه في ربوع الدولة القانونية.

أولاً: الاستنتاجات:

١. تعد الثروات الطبيعية الباطنية - وسواء أكانت معدنية أم هيدروكربونية - ملكاً خالصاً للدولة لها صلاحية الاستيلاء عليها في أي أرض توجد فيها على أساس قيمتها السوقية من قبلها ولا يشمل ذلك تلك الثروات وهي في باطن الأرض، لأن ما في باطن الأرض يعد ملكاً أصيلاً للدولة.
٢. إن حق الدولة في ملكية الثروات الطبيعية الباطنية منها والظاهرية متأتي من سيادتها على جميع أرجاء إقليمها الذي تمارس عليه وضمن حدوده حقها في السيادة والسلطان على كل الأراضي التي ستظل بظلالها وبالتالي على كافة الثروات الطبيعية التي تكمن في ذلك الإقليم، مثلما هو عليه الحال بالنسبة للأشياء والأشخاص المتواجدين في رقعتها الجغرافية، ومن ثم فإن للدولة حقوقاً وامتيازات واسعة على ثرواتها الطبيعية التي تكمن في باطن رقعتها الجغرافية.
٣. إن سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية الباطنية كمفهوم قانوني ليست مطلقة بل تحددها العديد من القيود بعضها متأتي من عضوية الدولة في المجتمع الدولي، والبعض الآخر من القيود تقرره الدولة بإرادتها من خلال الاتفاقيات التي ترتب التزامات تعاقدية متبادلة بمقتضى عقود تبرم مع غيرها من الأشخاص العامة أو الخاصة من أجل استثمار تلك الثروات الطبيعية واستغلالها.
٤. إن من حق الدولة في ثرواتها الطبيعية الباطنية هو حق من نوع خاص، يجمع في طياته بعض خصائص حق الملكية العادية، فضلاً عن مظاهر السيادة، فالدولة تمتلك الثروات الطبيعية الباطنية ملكية حقيقية بكل ما تتطوي عليه من عناصر الاستعمال والاستغلال والتصرف، باعتبارها ملكاً تاماً للدولة وتشكل جزءاً لا يتجزأ من أملاكها الخاصة وسواء على صعيد النظام الرأسمالي أو النظام الاشتراكي لذا نجد أن استثمار هذه الموارد لا يتم إلا من قبل الدولة مباشرة أو من خلال منح بعض الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الداخلية أو

الخارجية صلاحية استثمارها على أن ذلك الترخيص بالاستثمار ليس من شأنه أن ينقل ملكية تلك الثروات الطبيعية بل يقتصر ذلك على ما يستخرج منه خارج الأرض، أما ما لم يتم استخراجه فيبقى ملكاً خاصاً للدولة وهو وضعه الطبيعي.

على أنه لما كانت ملكية الدولة ثروات الطبيعة الباطنية وثيقة الصلة بالمصلحة العامة وتحقيق النفع العام من حيث كون عوائدها تؤول إلى الخزنة العامة ومن ثم تصرف لتحقيق النفع العام فضلاً عن أهمية تلك الثروات في الصناعات المختلفة فإن تلك الملكية أضحت مقيدة بالعديد من القيود التي قررت أصلاً رعاية للمصلحة العامة لأفراد المجتمع تمليها قواعد القانون العام ومبادئه حتى إن الأخيرة وسمت تلك الملكية بسمات وخصائص متميزة نعتت بالملكية الإدارية نظراً لما تتوخه من مصلحة عامة في أي تصرف تجريه على تلك الثروات الطبيعية وتفرض على الدولة مسؤولية الحفاظ عليها وصيانتها والرقابة على عقود الترخيص في استثمارها.

ثانياً: التوصيات:

١. نوصي بضرورة تنظيم أحكام الثروات الطبيعية الباطنية في العراق ضمن تشريع موحد يتضمن كافة المبادئ بالثروات الطبيعية من حيث ملكيتها للدولة وكيفية الحفاظ عليها واستثمارها وضوابط وشروط وحالات منحه وسحبه والإيرادات الناتجة من ذلك الاستثمار ... الخ بدلاً من تشتت الأحكام القانونية المنظمة لتلك الثروات في العديد من القوانين والقرارات على النحو الذي استبان من خلال الدراسة.

٢. ضرورة اعتماد مبادئ الشريعة الإسلامية وفقها في تنظيم أحكام الثروات الطبيعية الباطنية بأن يتم الاعتماد على الشريعة الإسلامية كمصدر أصلي لاقتباس الأحكام القانونية وإدراجها في تشريع موحد، دون التقييد بمذهب واحد، وذلك لدقة أحكام الشريعة الإسلامية وكما لها في تنظيم أحكام الثروات الطبيعية ومبادئها على النحو الذي سلف بيانه.

المصادر

أولاً: مصادر القانون

١. د. أعاد علي حمود القيسي، محاضرات في التشريح المالي والمالية العامة، مجموعة محاضرات ملقاة على طلبة السنة الثانية في كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، للعام الدراسي ١٩٨٧ - ١٩٨٨، مطبوعة بالرونيزو.
٢. خالد الشاوي، الشكل القانوني لاستغلال المورد الطبيعي، ط٣، الكويت، منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول، ١٩٨٥.
٣. د. صبحي المحمصاني، أركان حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، بيروت، دار العلم للملايين، بدون سنة.
٤. د. عبد الحميد الأحذب، النظام القانوني للبترول في المملكة العربية السعودية، ط١، بيروت، مؤسسة نوفل، ١٩٨٢.
٥. د. عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الكويت، جامعة الكويت، ١٠٧٨-١٩٧٩.
٦. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٧.
٧. علي أحمد النحاس، بعض المظاهر القانونية للتشريع النفطي في الدول المنتجة و المستهلكة، ط٣، الكويت، منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول، ١٩٨٥.
٨. د. محمد علي آل ياسين، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، بيروت، المكتبة الحديثة للطباعة والنشر، ١٩٧٣.
٩. محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، ج٢، ط٢، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥١.
١٠. محمد كامل مرسي، الحقوق العينية الأصلية، ج٣، ط٢، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥٢.
١١. د. محمد ضياء الدين الرئيس، الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية، ط٢، القاهرة، مطبعة جنة البيان العربي، ١٩٦١.

ثانياً: مصادر الشريعة الإسلامية:

١. أبو يوسف (توفي سنة ١٨٢هـ)، الخراج، ط١، القاهرة، المطبعة السلينة، ١٣٨٢هـ.
٢. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد (توفي سنة ٦٢٠هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، القاهرة، مكتبة الجمهورية الدينية، بدون سنة.
٣. الطوسي، المبسوط، ج٣،
٤. العلامة الحلي، التذكرة، ج٢،
٥. العلامة الحلي، قواعد الأحكام، ج١،
٦. الماوردي، الأحكام السلطانية، ج٢،
٧. محمد باقر الصدر، اقتصادنا، ج٢، النجف الأشرف، مؤسسة بقية الله لنشر العلوم الإسلامية، ٢٠٠٣.

ثالثاً: مصادر اللغة الإنكليزية:

1. Campbell, principles of mineral ownership in the civil law and common law system, 3th editions, Tulane, L.Rev, 1956.
2. Ingrid Delups, international law and the independent state, first published, Glasgow, the university press, 1974.
3. Mary Ann Tetreault, the organization of Aran petroleum exporting countries, first published, London Green wood press, exporting, 1981.
4. Oscar Schachter, Sharing the world's Resources, New York, Columbia university press, 1977.
5. Shavarsh Toriquian. Legal aspects of oil concessions in the middle east, Lebanon, Hamas Kaine press, 1972.

مفهوم الالتزام بتقديم خدمات

ما بعد البيع

وطبيعته القانونية

الدكتور

سلام منعم مشعل

مدرس في

كلية الحقوق / جامعة النهرين

مفهوم الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع وطبيعته القانونية

م.د. سلام منعم مشعل

كلية الحقوق / جامعة النهرين

الخلاصة

الإرادة هي المصدر الأساسي في انعقاد العقد فلها أن تضمنه ما تشاء من شروط إلا ما يخالف منها النظام العام والآداب هذا من ناحية ومن ناحية أخرى شهدت الحياة الاقتصادية والتجارية الكثير من التطورات والتغيرات الأمر الذي أثر على فكرة الإرادة والعقد، حيث ظهرت التزامات وخدمات في بعض أنواع العقود لم تكن معروفة سابقاً، هذه الخدمات دفعت الأشخاص إلى إبرام عقود معينة بالنظر للمزايا التي سوف يحصلون عليها، ومن هنا فإن الخدمات هي التي تميز موضوع البحث كونها شيء غير مادي يرتبط بعقد أو عقود معينة لذلك فإن الصلة واضحة ووثيقة بين تطور الحياة التجارية والخدمات التي يقوم بها بعض أطراف العقود والتي تدفع الزبائن إلى إبرام العقد.

Abstract

This research relates with the subject of ((meaning of vendor obligation of maintenance services and its legal nature)). We divided the research in to two chapter, first chapter is dedicated to the definition of maintenance obligation and its

characteristics, while second chapter details the nature of this obligation, in conclusion the obligation relates with the ((maintenance Agreement)).

يدور موضوع البحث حول فكرة (مفهوم الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع وطبيعته القانونية)، إذ يرتبط هذا الموضوع بعقد البيع ارتباطاً وثيقاً ذلك لأن هذا الأخير يمثل أهم الوسائل التي تؤدي إلى تداول الأموال بين الأشخاص ويلقي التزامات على عاتق طرفي العقد من حيث نقل الملكية ودفع الثمن وغير ذلك من الالتزامات التقليدية، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يشير الواقع العملي إلى تنامي حالة تقديم خدمات ما بعد البيع في بعض عقود البيع في غير بلد ومنها العراق، حيث تعلن الكثير من الشركات والتجار لا بل حتى بعض البائعين الصغار عن تقديم تسهيلات وخدمات معينة في حالة إقدام أشخاص معينين على شراء منتجاتهم^(١).

وإذا كان هذا الموضوع يرتبط بعقد البيع إلا أنه لابد من الإشارة هنا إلى أنه لا يرتبط بكل عقد بيع وإنما يرتبط فقط بذلك النوع من العقود التي فيها إشارة واضحة وصريحة إلى نية البائع بتقديم هذه الخدمات لاسيما إذا ما علمنا أن الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع هو ليس من الالتزامات التقليدية المعروفة ومن هنا تظهر أهميته، بيد أن السؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا المقام هو ما هي الخدمات التي يقدمها البائع لمصلحة المشتري وما هو التكيف القانوني لمثل هذا الالتزام؟

تكمن الإجابة عن هذين التساؤلين في مضمون بحثنا هذا الذي سنقسمه إلى مبحثين نتناول في الأول مفهوم خدمات ما بعد البيع وبيان خصائص هذا الالتزام أما المبحث الثاني فنخصصه إلى مسألة تحديد الطبيعة القانونية لالتزام خدمات ما بعد البيع وأي الأفكار القانونية التي يمكن أن تتواءم وهذا الالتزام.

المبحث الأول

مفهوم خدمات ما بعد البيع

(١) أنظر: نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

يعد عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين^(١) ذلك لأنه يولد التزامات متقابلة تقع على عاتق طرفيه، حيث أن كلاً منهما دائن ومدين للآخر، فالبايع مدين للمشتري بالعين المبيعة ودائن له بالثمن كما أن المشتري دائن بالعين المبيعة ومدين للبايع بالثمن^(٢)، وهذا يعني أن للعقد آثار متبادلة، فالالتزامات البائع تتمثل بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمن المبيع من التعرض والاستحقاق وأخيراً ضمان العيوب الخفية^(٣).

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الواقع العملي يشير إلى أن هناك حالات يعلن فيها البائع عن إرادته للقيام بأعمال معينة تلحق عملية البيع من حيث تقديمه لخدمات معينة إذا ما تعرضت البضاعة إلى أضرار معينة. ومن هذا المنطلق يثور تساؤل عن ماهية هذه الالتزامات التي يقوم بها البائع لمصلحة المشتري وعن خصائص هذه الالتزامات التي يطلق عليها بخدمات ما بعد البيع؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات ستكون من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول التعريف بالتزام خدمات ما بعد البيع أما المطلب الثاني فنخصصه لخصائص هذا الالتزام.

المطلب الأول

التعريف بخدمات ما بعد البيع

لما كان عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين ولما كان البائع يلتزم بالتزامات معينة تجاه المشتري، إلا أن التطور الذي صاحب الحياة أثر بدوره على فكرة عقد البيع وغيره من العقود، وهذا التغيير أدى هو الآخر إلى ظهور التزامات وأعمال

(١) يعرف القانون المدني العراقي عقد البيع في المادة/٥٠٦ منه على أنه "البيع مبادلة مال بمال"، في حين أن المادة/٤١٨ من القانون المدني المصري تعرفه على أنه "عقد يلتزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

(٢) أنظر: د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، بغداد، ١٩٩٣، ص ١٠.

(٣) أنظر: المواد/٥١٣ وما بعدها من القانون المدني العراقي، ونحن إذ نعرف التزامات البائع ذلك لأن موضوع البحث يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالبايع.

معينة يلتزم بها كل طرف تجاه الآخر، فالشركات الصناعية ووكلاء هذه الشركات يقومون بالإعلان من خلال وسائل الإعلام المختلفة عن جملة من الخدمات يقدمونها لمصلحة زبائنهم في حالة قيام شخص معين شراء المنتج الذي تنتجه هذه الشركة أو تلك بصورة مباشرة أو من خلال وكلاء هذه الشركة، لذلك فإن السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو ما معنى الالتزام بتقديم خدمة ما بعد البيع؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات ستكون من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول التعريف بالالتزام بخدمات ما بعد البيع أما المطلب الثاني فنخصصه لخصائص هذا الالتزام.

المطلب الأول

التعريف بخدمات ما بعد البيع

لما كان عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين ولما كان البائع يلتزم بالتزامات معينة تجاه المشتري، إلا أن التطور الذي صاحب الحياة أثر بدوره على فكرة عقد البيع وغيره من العقود، وهذا التغيير أدى هو الآخر إلى ظهور التزامات وأعمال معينة يلتزم بها كل طرف تجاه الآخر، فالشركات الصناعية ووكلاء هذه الشركات يقومون بالإعلان من خلال وسائل الإعلام المختلفة عن جملة من الخدمات يقدمونها لمصلحة زبائنهم في حالة قيام شخص معين شراء المنتج الذي تنتجه هذه الشركة أو تلك بصورة مباشرة أو من خلال وكلاء هذه الشركة، لذلك فإن السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو ما معنى الالتزام بتقديم خدمة ما بعد البيع؟

يذهب رأي في الفقه إلى القول إن الالتزام بتقديم الخدمة يتمثل بالتوريد الصناعي كتوزيع المياه والكهرباء والغاز وخدمات التلفون وغيرها^(١) إلا أننا نضيف

(١) أنظر: د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، بغداد، ١٩٨٧، ص ٦٤، د.

محمود سمير الشرفاوي، القانون التجاري، ج ١، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٦٢-٦٣.

أما قانون تنظيم التجارة العراقي رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠ فإنه يعرف الخدمات وذلك في الفقرة (٨) من المادة ١/ منه والتي تنص على أن (الخدمات - كل شيء غير مادي ذي منافع اقتصادية لسد حاجات الجمهور أو دعم الاقتصاد القومي كالنقل والمواصلات والتخزين أو ما يقدم للأفراد بمقابل أو بدونه كالخدمات التعليمية والصحية).

إلى ما تقدم أن الالتزام بتقديم الخدمة يشمل مجموعة الأعمال التي تلي عملية بيع بضاعة معينة والتي تقع على عاتق البائع لا المشتري ولاتي تتمثل بتقديم البائع تسهيلات إلى المشتري عن طريق القيام بأعمال تصليح وصيانة البضاعة عند تعرضها لضرر معين، هذا وتشير إحدى وثائق الضمان التي تمنحها الشركات لمصلحة مشتري الأجهزة الإلكترونية والكهربائية والميكانيكية إلى أن (تلتزم الشركة بضمان صيانة وتصليح الجهاز...) ^(١)، فهنا نلاحظ أن الشركة حددت طبيعة الأعمال أو الخدمات التي تقدمها لمشتري أجهزتها وهي التزامها بتصليح وتبديل الأجزاء المعطوبة وصيانة الجهاز في حالة تعرضه للعطل وذلك بعد حصول عملية الشراء ^(٢).

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يمكن أن يثور تساؤل عن طبيعة الخدمات والأعمال التي يقدمها البائع وهل هي أعمال مدنية أو تجارية، أي هل تخضع لأحكام القانون المدني أو لأحكام القانون التجاري؟

للإجابة عن هذا التساؤل يلاحظ أن المادة ٥/ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ النافذ تنص على: (تعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ثانياً- توريد البضائع والخدمات).

وتوريد الخدمة هذا هو عبارة عن عمليات متعاقبة ويمكن أن يطبق على الفكرة التي نحن بصددتها ذلك لأن عملية تقديم الخدمة لا تقدم لمشتري واحد أو لمشتري بعينه، بل أنه تقدم لأي مشتر يستطيع الرجوع على البائع بتقديم الخدمة التي أعلن عنها قبل أو عند عملية البيع، وهذه العملية (أي تقديم الخدمة) تلي عملية البيع، فضلاً عن ذلك فإن من يقوم بتقديم الخدمة هو شخص يتخذ صيغة المشروع، إذ أن لكل شركة ورشة تصليح وصيانة وهذه الورشة يعمل فيها أشخاص أصحاب خبرة واختصاص في مجال عملهم، ومشرع قانون التجارة العراقي - على حد قول الفقه -

(١) أنظر: نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

(٢) أنظر: نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

أضفى صفة التجارية على الأعمال التي يقوم بها الأشخاص الذي يتخذون صيغة المشروع في عملهم^(١).

وبهذا فإن الخدمات التي تقدمها الشركات لزمائها والتي تلحق عملية البيع تتواءم وحكم المادة/٥ من قانون التجارة العراقي، وهو أمر يستتبع القول أن جميع أحكام قانون التجارة تطبق على الحالة التي نحن بصدها عند نشوء نزاع بين البائع والمشتري بهذا الخصوص^(٢).

وفوق ذلك لابد من الإشارة إلى أن الالتزام بتقديم الخدمات يرتبط بشكل جوهري بعقد البيع الذي يعلن فيه البائع التزامه بتقديم هذه الخدمات، فهو لا يرتبط بكل عقد بيع وإنما يرتبط بذلك العقد الذي يعلن فيه البائع التزامه بتقديم هذه الخدمات، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فإن البائع لا يلتزم بتقديم الخدمة قبل إبرام العقد بل يلتزم بتقديمها بعد إتمام عملية الإبرام، ففي هذا الوقت يتحقق التزامه ويصبح مدينًا بالقيام بعمل معين لمصلحة المشتري وهو تقديم الخدمة - وذلك عند تحقق أمر معين، كأن يصيب الجهاز الذي اشتراه المشتري عطلاً ما، ومن هنا قلنا إن هذا الالتزام هو عملية تلحق عملية البيع.

من جهة أخرى هل تقديم الخدمة يقتصر فقط على بيع العين بالنقد (وهو ما يسمى بالبيع المطلق) أو يشمل بالإضافة إلى ما تقدم بيع العين بالعين (وهو ما يطلق عليه بالمقايضة)؟

(١) أنظر: د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٦٢.

(٢) يشير الفقه إلى أن أحكام النظام القانوني للعمل التجاري تتمثل بجملة مبادئ وذلك من حيث: أ- الاختصاص القانوني. ب- اكتساب الصفة التجاري. ج- الإفلاس. د- الفوائد. هـ- صفة الاستعجال. و- النفاذ المعجل. ك- التنفيذ. لمباشر. ع- الاختصاص القضائي.

لمزيد من التفصيل أنظر: د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٣٩ وما بعدها؛ د. محمود سمير الشراوي، مصدر سابق، ص ٧١ وما بعدها.

يلاحظ أن المادة/٥٠٦ من القانون المدني العراقي تنص على أنه: (البيع مبادلة مال بمال)^(١)، ومن هنا فإن الفقه يذهب إلى القول أن تعريف المادة أعلاه لا يقتصر فقط على بيع العين بالنقد وإنما يشمل المقايضة أيضاً^(٢) وتقريراً على ما تقدم أن الخدمة التي يلتزم البائع بأدائها قد تبدو للوهلة الأولى أنها تنصرف إلى ذلك النوع من البيع الذي يتمثل ببيع العين بالنقد، إلا أننا مع ذلك نقول أن هذه الخدمة يمكن أن تتحقق حتى في حالة بيع العين بالعين أو ما يطلق عليه بالمقايضة ولكن بشرط أن يكون أحد المتبايعين قد أعلن مسبقاً قبل إجراء عملية البيع عن إمكانية تقديم الخدمة من قبله سواء أكان ذلك عن طريق البيع المطلق أم من خلال بيع العين بحيث يكون مديناً حاله حال البائع في النوع الأول بتقديم الخدمة إلى المتقايض الآخر.

وصفة القول إن الالتزام بتقديم خدمة ما بعد البيع يتمثل بمجموعة الأعمال التي يعلن البائع عن القيام بها في حالة قيام شخص معين بشراء بضاعة معينة منه والتزامه بأداء هذه الأعمال استناداً لإرادته وهي أعمال تلي عملية البيع ولا تقتصر على حالة البيع المطلق وإنما تشمل فوق ذلك حتى حالة بيع المقايضة.

المطلب الثاني

خصائص التزام خدمات ما بعد البيع

يتميز التزام خدمات ما بعد البيع بخصائص تتمثل في أنه التزام عقدي، تبعي، مؤقت وأخيراً أنه التزام بمقابل، وهو ما سنتناوله تباعاً:

أولاً: **التزام عقدي**: هو من العقود المسماة^(٣) وهو يرتب آثار تقع على عاتق طرفيه، لذلك قلنا أنه عقد من العقود الملزمة للجانبين، ومن هنا فإن الالتزام بتقديم الخدمة -

(١) تنص المادة/٥٠٧ من القانون المدني العراقي على: (البيع باعتبار المبيع أما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهي المقايضة).

(٢) أنظر: د. جعفر الفضلي، العقود المسماة، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٩، ص ١٥٠.

(٣) أنظر: الكتاب الثاني من القانون المدني العراقي تحت عنوان "العقود المسماة"، المادة/٥٠٦ وما بعدها.

وقدر تعلق الأمر بهذا الموضوع - لا يمكن أن ينشأ إلا من خلال وجود عقد بيع، فهذا الالتزام بالرغم من أنه ليس من الالتزامات التقليدية التي يربتها عقد البيع^(١)، إلا أنه مع ذلك من غير المتصور أن ينشأ عن فعل ولد المسؤولية التقصيرية، فهو من آثار عقد البيع يلتزم به البائع تجاه المشتري عند تحقق شرط تقديم الخدمة، إذ لا يظهر إلا عن طريق علاقة عقدية سابقة، وهو عملية تلي عملية البيع، ومن هنا فهو التزام عقدي.

ثانياً: التزام تبعي: يرتبط التزام تقديم الخدمة بعقد البيع ارتباطاً وثيقاً، فهو يدور معه وجوداً وعدمًا، فكما أن الحق العيني التبعي يرتبط بالسبب الذي أدى إلى ظهوره وجوداً وعدمًا، فإذا انقضى الدين الأصلي انقضى الحق العيني التبعي^(٢)، أيضاً أن الالتزام بتقديم الخدمة يرتبط بعقد البيع وجوداً وعدمًا، فإذا زال هذا العقد أو بطل أو أبطل أو انقضى لأي سبب كان، انقضى معه التزام تقديم الخدمة، فمن غير المعقول أن يبقى الالتزام بتقديم الخدمة إذا انقضى العقد الذي كان يستند إليه وهو عقد البيع، فكأن الأمر يكون بارتكاز هذا الالتزام على عقد البيع، فإذا انهدم العقد تكون الدعامة التي كان يرتكز عليها قد زالت، الأمر الذي يستتبع بالضرورة زوال هذا الالتزام، لذلك فهو التزام تبعي.

ثالثاً: التزام مؤقت بمدة معينة: للمدة دور مهم في هذا الالتزام، فهو لا يبقى إلى أبد الآبدين، فإذا كان حق الملكية يتميز بخصيصة مقتضاها أنه حق دائم مادام محله باقياً، وأن هذا الحق (أي حق الملكية) لا يصح توقيته^(٣)، إلا أن الأمر ليس كذلك في ظل الالتزام بخدمات ما بعد البيع، فمثل هذا الالتزام مرتبط بمدة معينة، بانقضائها ينقضي الالتزام، فالمدة عنصر جوهري فيه كما هي الحال في عقد

(١) أنظر: المادة/٥٣١ وما بعدها من القانون المدني العراقي.

(٢) أنظر: محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الجزء الثاني، بغداد، ١٩٨٢، ص ٣٥٣.

(٣) أنظر: المادة/١٠٤٨ من القانون المدني العراقي، وأنظر كذلك: محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الجزء الأول، بغداد، ١٩٨٢، ص ٤٣.

الإيجار، حيث أن انتفاع المستأجر بالمال المؤجر يكون لمدة معينة^(١)، وكذا الأمر في ظل الالتزام بتقديم خدمة ما بعد البيع حيث تعد المدة عنصراً جوهرياً. وفي هذا الصدد تشير إحدى بطاقات الضمان التي تقدمها شركات البيع لزبائنها على أن (مدة سريان الضمان هي خمس سنوات تبدأ من تاريخ الشراء)^(٢). والمقصود بمدة الضمان هنا هي المدة التي تلتزم فيها الشركات بتقديم خدمة ما بعد البيع في حالة تعرض الجهاز إلى عطل معين، وإن هذه المدة لها تاريخ محدد تبدأ فيه وهو من تاريخ إتمام عملية الشراء، فإذا انقضت هذه المدة ولم يتعرض فيها المبيع لأي ضرر أو عطل أو تعرض ولم يقيم المشتري بمراجعة البائع، فإن التزام الشركة بالضمان ينقضي وتتقضي معه خدمات ما بعد البيع، ومن هنا قلنا أن هذا الالتزام هو التزام مؤقت بمدة معينة^(٣).

(١) تنص المادة/٧٢٢ من القانون المدني العراقي على ((الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة))، وانظر كذلك: د. كمال قاسم ثروت، شرح أحكام الإيجار، ج ١، بغداد، ١٩٧٦، ص ٨٧.

(٢) أنظر: نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

(٣) وفي هذا الصدد يشير البعض إلى أن التزام البائع بالضمان (تقديم خدمة ما بعد البيع) في حالة تعرض المبيع إلى ضرر معين، هي سنة واحدة من تاريخ تسليم المبيع إلى منزل المشتري أما عن التزام البائع فهو محدد بالتبديل والتصليح فقط من حيث تبديل الأجزاء المتضررة أو توفير عمال للصيانة. وتحدد مدة الضمان من قبل الشخص الذي يقوم بالإنتاج (أو المشتري) بالإضافة إلى ذلك فإن الأجزاء التي سوف يتم تصليحها تحدد في وثيقة الضمان ولا يجوز أن يقوم بعملية الصيانة أو التبديل إلا من قبل البائع أو وكلائه، فضلاً عما تقدم فإن مسؤولية البائع تنتفي في حالة الاستخدام السيئ للمبيع أو الإهمال.

SharkRack parts are under warranty for a period of 1 year from date of delivery to customer premises. Seller's sole obligation under this warranty and the sole and exclusive remedy of the Customer under this warranty is limited to the replacement or repair, at Seller's options, of the defective part(s) or workmanship. The amount of time required to resolve warranted products is determined by the respective manufacturers and/or developers. The repair or replacement of defective part(s) or workmanship is conditioned upon the System not having been altered or repaired by anyone other than Seller, its employees, or agents. Seller shall

رابعاً: **التزام بمقابل:** يمتاز عقد البيع بأنه من عقود المعارضة لأن كلا الطرفين يأخذ مقابلًا لما يعطي فالبائع يأخذ الثمن في حين أن المشتري يأخذ المبيع في مقابل دفع الثمن^(١)، ولعل السؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا السياق هو هل الالتزام الذي يقدمه البائع إلى المشتري في خدمات ما بعد البيع يعد التزاماً مجانياً لا يأخذ فيه البائع أي مقابل، سيما إذا علمنا أن خدمة ما بعد البيع هي خدمة مجانية في حالة تحقق شرط التزام تقديم الخدمة، وهذا ما تشير إليه بطاقات الضمان الذي تقدمه الشركات لزيائنها^(٢) أم أنه يعد التزاماً يأخذ فيه البائع مقابلًا لما يعطيه إلى المشتري من ضمانات تلحق عملية البيع؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن التزام تقديم خدمة ما بعد البيع هو التزام مجاني لا يأخذ فيه البائع أي مقابل من المشتري عند إجرائه لعملية الصيانة أو التصليح لمصلحة هذا الأخير، بيد أننا مع ذلك نعتقد أن الالتزام بخدمة ما بعد البيع ليس التزاماً دون مقابل وإنما هو التزام بمقابل وإن كان هذا المقابل لا يظهر بشكل واضح وإنما يكون بشكل ضمني، والسبب الذي نعتقه وراء ذلك يكمن في أن البائع يقوم بإدراج هذا المقابل مهما كان مقداره ضمن ثمن المبيع، فإذا تعرض المبيع إلى الضرر أو العطل، فإنه (أي البائع) سيلتزم حينذاك بإجراء عملية الصيانة التي قد

not be responsible for any defect resulting from the mishandling, abuse, improper storage, accident, negligence, theft, vandalism, fire, water, acts of GOD, or other peril beyond the control of Seller or because of conditions outside of specifications, including but not limited to wiring, electrical power, temperature, humidity or dust; or by cause other than normal use; or due to improper installation by someone other than Seller, its employees, or agents. SharkRack is not responsible and is not liable for improper cabinet and/or rack mounting which may result in damage or injury. SharkRack may only be held responsible for the replacement of the SharkRack product in accordance with the SharkRack warranty.

أنظر: <http://www.shackrack.com>

(١) أنظر: د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ١٧، د. سليمان مرقس، العقود المسماة، مج ١، عقد البيع، ط ٤، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٩.

(٢) أنظر: نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

تبدو أنها مجانية ولكنها في حقيقة الأمر هي خدمة يأخذ البائع مقابلاً عنها وإن هذا المقابل هو جزء من الثمن الذي يضعه البائع على بضاعته، فالمقابل هنا هو مقابل ضمني غير ظاهر، وهذا يعني أن الخدمة هنا هي ليست مجانية، لذلك فإن هذا الالتزام هو التزام بمقابل^(١).

(١) هذا ويرى البعض أنه بعد مدة سنة من تاريخ البيع فإن جميع الأطراف سوف يكونون غير مسؤولين عن العيوب الموجودة في المبيع أو عن توفير أعمال الصيانة وهذا فإن البائع قد يطلب دليلاً معقولاً من قبل المشتري الذي اشترى المبيع المضمون بخدمة ما بعد البيع من بائع المفرد أو الموزع، لذلك ينبغي على هذا الأخير (أي المشتري) الاحتفاظ بوصل أو قسيمة البيع. هذا الضمان محدد بالتصليح أو تبديل أجزاء المبيع الذي تعرض للضرر ومن جراء الاستعمال العادي. قبل الرجوع على البائع يجب على المشتري الاتصال بقسم خدمات الزبائن باستخدام المعلومات المرفقة بوثيقة الضمان، إذا أكد البائع بعد فحص المبيع أن الخلل مشمول بالضمان فإنه سوف يكون ملزماً بتبديل الأجزاء المعيبة دون مقابل. أما عن نفقات النقل فإن المشتري هو الذي يتحملها.

يلاحظ هنا وجود مصطلحين لمعنى البائع، فالأول هو vendor ويبدو أنه يقصد به بائع الجملة والثاني هو retail ويقصد به بائع المفرد.

("Vendor") warrants to the original retail purchaser of this mosquito elimination device, and to no other person., that if this mosquito elimination device is assembled and operated in accordance with the printed instructions accompanying it, then for a period of one (1) year from the date of purchase, all parts in such mosquito elimination device shall be free from defects in material and workmanship. Vendor may require reasonable proof of your date of purchase from an authorized retailer or distributor. Therefore, you should retain your sales slip or invoice. This Limited Warranty shall be limited to the repair or replacement of parts, which prove defective under normal use and service and which Vendor shall determine in its reasonable discretion upon examination to be defective. Before returning any poarts, you should contact. Vendor's Customer Service Department using the contact information listed below. If Vendor confirms, after examination, a defect covered by this Limited Warranty in any returned part, and if Vendor approves the claim, Vendor will replace such defective part without charge. If you return defective parts, transportation charges must be prepaid by you. Vendor will return replacement parts to the original retail purchaser, freight or postage prepaid. This Limited Warranty does not

وتجدر الإشارة هنا إلى مسألة مهمة تتمثل بالطبيعة الشخصية لالتزام البائع بتقديم الخدمة لمصلحة المشتري، بمعنى هل شخصية المشتري هي محل اعتبار في نظر البائع في التزام هذا الأخير بتقديم خدمة ما بعد البيع أم إن الأمر عكس ذلك، أي إن البائع في حالة تقديم غير المشتري لوثيقة الضمان عند تعرض المبيع المضمون بهذه الخدمة لضرر معين، بإمكانه (أي البائع) التنصل عن التزامه هذا - كما في حالة بيع المشتري للجهاز المضمون لمشتري آخر -، وهذا يعني أن شخصية المشتري هي محل اعتبار في هذا النوع من العقود أم يمكن القول بعكس ذلك ولا أهمية لشخصية المشتري لأي شخص يتقدم للبائع فإن هذا الأخير يلتزم بتقديم الخدمة مادام يحمل وثيقة الضمان وسواء أكان المشتري الأول أم غيره؟

تتفاوت هذه المسألة من بائع إلى بائع آخر، فالبعض ينص في بطاقة الضمان على "بطاقة الضمان غير قابلة للانتقال إلى شخص آخر"^(١) وهذا يعني أن شخصية المشتري هنا هي محل اعتبار، أي في حالة تقدم غير المشتري الأول حتى ولو كان يحمل بطاقة الضمان فإن بإمكان البائع أن يتنصل من التزامه بتقديم خدمة ما بعد البيع مادام هذا الأمر منصوص عليه في بطاقة أو وثيقة الضمان وإن المشتري وحده والمشتري الأول فقط هو صاحب الحق في المطالبة بتقديم هذه الخدمة لمصلحته.

cover any failures or operating difficulties due to accident abuse, misuse, alteration, misapplication, improper installation or improper maintenance or service by you or any third party failure to perform normal and routine maintenance on the mosquito elimination device, shipping damage, normal adjustment to burner, damage or repairs related to insects, birds or animals of any kind, and damage due to weather conditions as set out in this owner's manual. In addition, the Limited Warranty does not cover damage to the finish, such as scratches, dents, discoloration, rust or other weather damage, after purchase.

أنظر:

<http://www.wowshopper.com>

(١) أنظر: نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

في حين أن البعض الآخر من البائعين يدرجون نصاً في بطاقة الضمان على أن "يمنح هذا الضمان لأي شخص يحق له قانوناً امتلاك هذا المبيع خلال فترة الضمان"^(١) ومن هنا نلاحظ أن شخصية المشتري ليست محل اعتبار في هذه الحالة وبالتالي أي شخص يحمل بطاقة الضمان يستطيع المطالبة بتقديم هذه الخدمة لمصلحته مادام امتلاكه للبطاقة كان بطريق قانوني، فعلى سبيل المثال لو باع المشتري الأول المبيع المضمون بتقديم الخدمة لشخص آخر، فإن هذا الأخير يستطيع أن يتقدم إلى البائع لمطالبته بتقديم خدمة ما بعد البيع وليس للبائع التوصل عن هذا الالتزام ذلك لأنه نص على إمكانية تقديم أي شخص يحمل البطاقة للمطالبة بالخدمة.

(١) أنظر: نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

المبحث الثاني

تكييف التزام خدمات ما بعد البيع

تعد مسألة التكييف من المسائل المهمة في النطاق القانوني، فتحديد طبيعة العلاقة القانونية وردها لنظام قانوني معين أمر أساسي يجب الوقوف عنده، لذلك فقد اصطلح على عملية التحديد هذه بـ (التكييف)^(١).

وعلى هذا الأساس فإن الوصف القانوني قد يختلف من مسألة إلى أخرى بل أنه قد يختلف في الحالة الواحدة التي قد تثير العديد من الإشكالات، ومن هذه الحالات التي تحتاج إلى بيان وصفها وطبيعتها القانونية - والتي قد تثير الاختلاف - مسألة الطبيعة القانونية لالتزام خدمات ما بعد البيع، فهل الالتزام يدخل تحت وصف الإرادة المنفردة من حيث أن البائع - وحسبما هو واضح في وثائق الضمان - يلتزم بتقديم الخدمة بإرادته، أم أن التزامه (البائع) معلق على شرط هو تحقق مسألة رجوع المشتري عليه بتعرض المبيع إلى أضرار معينة، أم أن إعلان البائع عن إرادته بتقديم الخدمة يمثل اتفاقاً على تعديل المسؤولية الملقاة على عاتقه من حيث تشديد الضمان الذي يفرضه عليه القانون؟

جميع هذه المسائل سيتم بحثها والوقوف عندها في هذا المبحث الذي سنوزعه على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول علاقة فكرة الإرادة المنفردة بهذا الالتزام، أما المطلب الثاني فنخصصه إلى فكرة الشرط في حين نعالج في المطلب الثالث فكرة تعديل المسؤولية.

(١) أكثر مجال تظهر فيه عملية التكييف هو مجال القانون الدولي الخاص، إذ أن عملية إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون المختص تستلزم قبل كل شيء تكييف العلاقة موضوع النزاع، ومع ذلك فإن الفقه يذهب إلى القول، أن التكييف بحد ذاته لم يكن مسألة خاصة بالقانون الدولي الخاص، بل أن وجوده عام وفي جميع فروع القانون ولاسيما في القانون الداخلي. لمزيد من التفصيل أنظر: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين أحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، ط ٢، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص ٦٣.

المطلب الأول

الإرادة المنفردة

التصرف الانفرادي هو عمل قانوني يتمثل بالتعبير عن الإرادة يتم وينتج أثره بإرادة صاحبه وحدها، وهو في هذا الشأن يختلف عن العقد الذي يتم بإرادتين لا بإرادة واحدة، بمعنى آخر أن التصرف الانفرادي يمتاز بانعقاده بإرادة واحدة دون حاجة إلى قبول وهذا ما يميزه عن العقد الذي لا ينعقد إلا بتبادل الإيجاب والقبول وتوافقهما^(١)، وفي هذا الصدد نجد أن القانون المدني العراقي ينص في المادة/١٨٤ على: (١- لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. ٢- ويسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام).

ومهما يكن من أمر فقد استقر الحال على اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر القانون فقط في الحالات التي نص عليها القانون وهي إنشاء المؤسسات

(١) أنظر: د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الأردن، ١٩٩٧، ص ٣٣٩ وما بعدها. لعل من نافلة القول الإشارة هنا إلى فكرة إنشاء العقد في القانون الإنكليزي ولاسيما في مرحلة الانعقاد، إذ يعد الإيجاب الركن الأول لإنشاء العقد ويصدر عن الموجب offeror وهو عرض صادر عن شخص راغب في الدخول في علاقة عقدية، ويمكن أن يوجه إلى شخص معين أو إلى مجموعة معينة من الأشخاص أو إلى الجمهور كافة، ويكون قبول الإيجاب من قبل اشخص أو المجموعة الذي وجه إليهم الإيجاب أما في الحالة الثالثة فيكون قبول الإيجاب من قبل أي شخص من الجمهور يستجيب لشروط الإيجاب وبذلك ينعقد العقد، وهذا يعني غياب فكرة الإرادة المنفردة في القانون الإنكليزي وقيام فكرة العقد فقط في ظل هذا الاتجاه القانوني الذي يختلف في ذلك عن الاتجاه اللاتيني.

لمزيد من التفصيل أنظر: أستاذنا د. مجيد حميد العنبيكي، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي، بغداد، ٢٠٠١، ص ٧ وما بعدها.

وتحرير المرهون والإيجاب الملزم^(١)، ففي غير هذه الحالات لا يمكن أن تكون الإرادة الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك يحق لنا أن نتساءل هل التزام البائع في حالات خدمة ما بعد البيع التي يقدمها إلى المشتري (أي كانت طبيعة الخدمة) هل يعد التزامه هذا مستنداً إلى تصرف انفرادي أو بمعنى آخر إلى إرادة منفردة لاسيما إذا ما علمنا أن بطاقات الضمان تنص على أنه (تلتزم الشركة "أي البائع") بضمان صيانة (وتصليح...؟)

قد يبدو للوهلة الأولى أن البائع عندما يلتزم بتقديم خدمة ما بعد البيع فإن التزامه هذا يرد إلى إرادته المنفردة ذلك لأنه تعهد وكما تنص بطاقات الضمان على تقديمه هذه الخدمة^(٣) في حالة تعرض المبيع إلى ما يستوجب تقديم هذه الخدمة بعد البيع، أضف إلى ذلك أن المشتري لم يشترط على البائع القيام مثل هذا الأمر، بل إن البائع ومن تلقاء نفسه تعهد بتقديم هذه الخدمة في حالة شراء شخص معين مال معين منه (البائع) ولم تكن لإرادة المشتري أي دخل في ذلك، ولكن ومع ذلك لا يمكن التسليم بمثل هذا الأمر، وبمعنى أدق لا يمكن تفسير التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع بأنه التزام يستند إلى فكرة الإرادة المنفردة وذلك لأن:

١- فكرة الإرادة المنفردة قد حددت في حالات وردت على سبيل الحصر لا القياس^(٤) وبالتالي لا يمكن إعطاء حكم لحالة معينة لحالة أخرى مادامت الحالة الأولى وردت على سبيل الحصر.

٢- ثم إن التزام البائع بتقديم الخدمة هو التزام يلي عملية البيع لا قبلها، ففي حالة غياب عملية البيع لا يمكن أن يلتزم البائع بتقديم هذه الخدمة أو تلك لمصلحة المشتري، في حين أن الإرادة المنفردة لكي تكون مصدراً من مصادر

(١) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، بغداد ١٩٨٦، ص.

(٢) أنظر: المادة/١٨٤ من القانون المدني العراقي.

(٣) أنظر لاحقاً نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

(٤) أنظر: المادة/١٨٤ من القانون المدني العراقي.

الالتزام فإنها تفترض إنشاء الالتزام وقت أو لحظة انعقاده أو نشوئه، أي إن تقديم الخدمة هو عملية لاحقة لنشوء وانعقاد عقد البيع وبالتالي لا يمكن أن تؤسس التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع على فكرة الإرادة المنفردة مادام إن التزامه هذا مرده عقد البيع ونتيجة لوجود عقد البيع ظهر هذا الالتزام فهو يدور وجوداً وعدمًا مع البيع^(١).

٣- فضلاً عن ذلك فإن تحقق البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع متوقف على مسألة خارجة عن إرادته وهي تعرض المبيع المضمون بالخدمة إلى عطل أو ضرر معين يؤدي معه إلى نشوء هذا الالتزام خصوصاً وإن هذا الالتزام - وكما ذكرنا - يرتبط بالالتزام عقدي سابق وهو عقد البيع، فبغير هذا الالتزام العقدي لا يمكن تصور وجود خدمة ما بعد البيع حتى وإن تعلق تحقق الالتزام على تعرض المبيع إلى ضرر أو عطل معين، وهذا الأمر يؤدي إلى عدم إمكانية القول بأن الإرادة هي التي تفسر التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع.

وصفاً من أوصاف الالتزام على أنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يرتبط به وجود الالتزام أو زواله^(٢)، وفي هذا الصدد ينص القانون المدني العراقي في المادة/١٨٦^(٣) على: (١- العقد المعلق هو ما كان معلقاً على شرط ولقف أو فاسخ. ٢- ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدوماً على خطر الوجود لا محققاً ولا مستحيلاً)^(٤).

(١) أنظر سابقاً خصائص التزام خدمات ما بعد البيع.

(٢) أنظر: د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٦١.

(٣) المادة/٢٦٥ من القانون المدني المصري فإنها تنص على: (يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع).

(٤) والشرط باعتباره أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع يترتب عليه أما وجود الالتزام فيكون الشرط شرطاً واقفاً أو يترتب عليه زوال الالتزام فيكون شرطاً فاسخاً، ومثال تعليق الالتزام على شرط واقف أو يعلق الواهب هبته لابنه على شرط نجاحه في الامتحان، أما مثال تعليق الالتزام على شرط فاسخ أن يهب الأب منزلاً على أن تفسخ الهبة إذا أنجب الواهب "وهو الأب" ابناً آخر.

وقدر تعلق الأمر بفكرة تحديد الطبيعة القانونية للالتزام خدمة ما بعد البيع فإنه يمكن القول بأن التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع لمصلحة المشتري يمكن أن يوصف بأنه التزام معلق على شرط، إذ أننا نجد أن بطاقات الضمان تنص على تحقق التزام البائع في حالة إصابة الجهاز "المبيع المشمول بخدمة ما بعد البيع" بضرر^(١)، وهذا يمكن أن يفسر أن التزام البائع هو التزام معلق على شرط^(٢)، فالبائع قبل وقوع الضرر بالمبيع لا يلزم بأي التزام، فالالتزام ينشأ بتقديم الخدمة من وقت إصابة المبيع بأي سبب يؤدي إلى نشوء الالتزام وتحققه وكما هو منصوص عليه في بطاقات الضمان^(٣)، ومع ذلك فإنه لا يمكن التسليم بمثل هذا القول وبالتالي لا يمكن رد التزام البائع هذا إلى فكرة الشرط، فالشرط وكما هو معلوم هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع من جهة وغير مرتبط بمدة معينة من جهة أخرى، في حين إن التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع هو التزام مرتبط بمدة معينة بحيث إن انقضاء هذه المدة دون إصابة المبيع بضرر فإن هذا الأمر يؤدي بالضرورة إلى انقضاء التزام البائع، ولا يمكن وحالتنا هذه تشبيه الضرر أو العطل الذي يمكن أن يصيب المبيع بفكرة الشرط، ذلك لأن التزام المتعاقد في حالة الشرط الواقف هو التزام غير نافذ إلا عند تحقق الشرط، بمعنى أن العقد لا يرتب أي آثار إلا في حالة تحقق الشرط وهو مقتضى نص المادة/٢٨٨، حيث جاء فيها: (العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط)، وهذا يعني أن العقد في هذه الحالة يكون موقوفاً ويحتاج إلى إجازة فإذا لحقته الإجازة نفذ بأثر رجعي إلى حين صدوره وإذا لم تلحقه الإجازة انعدم وأصبح هو والعقد الباطل بمنزلة سواء، أما التزام البائع بالمشتري في العقد المتضمن خدمة ما بعد البيع فهو التزام مبني على عقد نافذ ومرتب لآثاره ولا ينقص من التزام

للمزين من التفصيل أنظر: د. سمير كامل، الأحكام العامة للالتزام، بدون مكان طبع، ١٩٨٧ - ١٩٨٨، ص ١٩٠-١٩١.

(١) أنظر: لاحقاً نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

(٢) وهو هنا يمكن أن يقال بأنه شرط واقف وهو إصابة المبيع بضرر يؤدي معه إلى تحقق التزام البائع بأداء خدمة ما بعد البيع.

(٣) أنظر: لاحقاً نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

الطرفين أي قول يخالف ذلك، فالبايع ملزم بجميع التزامات عقد البيع وكذا الحال بالنسبة للمشتري، ولا يغير من هذه الحقيقة شيئاً تحقق أو عدم تحقق السبب الذي يؤدي إلى نشوء خدمة ما بعد البيع من جانب البائع وهو أمر يخالف فكرة الشرط الواقف التي لا تؤدي إلى نشوء الالتزام إلا عند تحقق الشرط، في حين إن الالتزامات متحققة ومترتبة في عقد البيع المتضمن لخدمة ما بعد البيع، لذلك فلا يمكن رد فكرة الطبيعة القانونية لمثل هذا الالتزام إلى فكرة الشرط وإنما تتعلق هذه المسألة بفكرة قانونية أخرى.

المطلب الثالث

اتفاقيات تعديل المسؤولية العقدية

مادام العقد وليد الإرادة، فلها أن تضمنه ما تشاء من شروط والتزامات إلا ما يخالف منها النظام العام ولآداب العامة، وللعقد من جهة أخرى قوة ملزمة تلزم المدين الوفاء بالتزامه طبقاً لما نص عليه (أي العقد)، فإن قصر أو تعدى قامت مسؤوليته العقدية، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك^(١)، بمعنى أن الأحكام العامة للمسؤولية العقدية ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على التعديل من أحكامها، وتعديل أحكام المسؤولية العقدية يكون بشرط يخفف من مسؤولية المدين أو يشدد به مسؤوليته^(٢)، إذ يجوز التشديد من مسؤولية المدين فيصبح مسؤولاً حتى عن خطئه التافه بل حتى عن السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه^(٣).

هذا ولا يشذ عقد البيع عن القاعدة العامة في نظرية العقد - والتي تجيز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها - في هذا الشأن وذلك من حيث تشديد المسؤولية العقدية الملقاة على عاتق طرفيه، ففي نطاق ضمان التعرض والاستحقاق يلاحظ أن

(١) أنظر: د. عبد المجيد الحكيم - عبد الباقي البكري - محمد طه البشير، الوجيز، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٦٧.

(٢) أنظر: د. عبد المجيد الحكيم - عبد الباقي البكري - محمد طه البشير، الوجيز، ج ١، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٣) وفي هذا الصدد تنص المادة/٢٥٩ من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى على: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة).

أحكام هذا الضمان ليست من النظام العام، لذلك بات من الممكن للمتعاقدین الاتفاق على تعديل على هذه الأحكام بزيادة الضمان أو إنقاصه أو الاتفاق على عدم الضمان^(١)، وكذلك الأمر في نطاق ضمان العيوب الخفية، إذ يجوز باتفاق خاص تعديل أحكام هذا النوع من الضمان^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك فإن التساؤل الذي يمكن أن يطرح في هذا الساق هو هل التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع يمكن أن يرد إلى فكرة تعديل المسؤولية العقدية من عدمه؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول إن القانون المدني العراقي ينص في المادة/ ١٣١ منه على: (١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة)، ومن هذا المنطلق نستطيع القول إن إعلان البائع (أي بائع) عن رغبته بتقديم خدمة ما بعد البيع للأموال التي يقوم أي شخص بشرائها منه هو بمثابة شرط في العقد يؤدي إلى استقطاب أكثر عدد ممكن من المشتريين عندما يعمل هؤلاء أن هذا البائع أو ذاك قد اشترط على نفسه وتعهده بتقديم خدمات معينة تلحق عقد البيع وتترتب عليه تخالف الالتزامات التقليدية التي يربتها عقد البيع^(٣).

صفوة القول إن التزام البائع بتقديم خدمة ما بعد البيع هو التزام مرده اتفاقيات تعديل المسؤولية العقدية وهو الاتفاق الذي يؤدي إلى تشديد مسؤولية البائع وليس مثل هذا الاتفاق ما يخالف القواعد العامة خصوصاً وإن نصوص الضمان في عقد البيع هي من النصوص التفسيرية التي يمكن لإرادة المتعاقدين الاتفاق على مخالفتها، والاتفاق في مثل حالتنا هذه هو اتفاق على تشديد مسؤولية البائع وإن

(١) لمزيد من التفصيل أنظر: د. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) تنص المادة/ ٥٥٦ من القانون المدني العراقي على: (١- يجوز أيضاً للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدها في ضمان الاستحقاق أو أن ينقصها منه أو أن يسقطها هذا الضمان).
أما المادة/ ٥٦٨ من ذات القانون فإنها تنص على: (١- يجوز أيضاً للمتعاقدین باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان).

(٣) بصدد التزامات عقد البيع أنظر المواد/ ٥٣١ وما بعدها والمواد/ ٥٧١ وما بعدها من القانون المدني العراقي.

أعلن هذا الأخير عن ذلك بمفرده، فإن الإرادة الضمنية للمشتري هي التي يمكن أن تفسر انصراف إرادة الطرفين على الاتفاق على مثل هذا الشرط في العقد وهو شرط تقديم خدمة ما بعد البيع، فضلاً عما تقدم فإنه لا يمكن القول بعدم انطباق فكرة اتفاقيات تعديل المسؤولية على هذا الشرط بحجة أن هذا الشرط محصور بفترة زمنية حسبما تنص عليه بطاقات الضمان^(١) لأنه إذا كان ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية محدد بفترة زمنية^(٢) فإن التزام خدمة ما بعد البيع هو الآخر محدد بفترة زمنية شأنه في هذا السياق شأن الالتزامات التي يربتها القانون على عقد البيع، جل ما في الأمر أن هذا الالتزام مرده إرادة المتعاقدين التي اتفقت عليه وحددته بمدة معينة^(٣).

(١) أنظر: نموذج شروط الضمان الملحق بهذا البحث.

(٢) أنظر: المادة ٥٧٠ من القانون المدني العراقي.

(٣) ويلاحظ أن البعض يشير وبصورة صريحة إلى الخدمات التي تقدم ما بعد البيع "في العقود التي تتضمن هذه الخدمات بـ (اتفاقات الصيانة The maintenance Agreement)" حيث تنص هذه الاتفاقات على مسألة اختصاص ومسؤولية البائع من أن "البائع يلتزم بتغطية جميع الأعمال والخدمات التي تم الاتفاق عليها في هذا الاتفاق"، وهذا يعني أن خدمة ما بعد البيع هي إلا مسألة اتفاقية بين طرفين.

The vendors responsibility and competence: The services shall entirely cover the functions and requirement which are specified in this agreement.

لمزيد من التفصيل أنظر:

Jon Blaaid: [gttp://www.statskonsult.com](http://www.statskonsult.com)

الخاتمة:

نستطيع القول من خلال بحثنا لموضوع الطبيعة القانونية للالتزام خدمات ما بعد

البيع:

١- أن هذا الالتزام ليس من الالتزامات التقليدية التي يرتبها عقد البيع وأنه يتمثل بمجموعة الأعمال التي يقوم بها البائع والتي تلي عملية بيع بضاعة معينة من خلال تعرضها لضرر معين.

٢- أن طبيعة الأعمال التي يقوم بها البائع والمتمثلة بخدمات ما بعد البيع تعتبر أعمالاً تجارية لا مدنية وبالتالي فإن أحكام قانون التجارة هي التي تطبق على هذه الأعمال.

٣- أن التزام خدمة ما بعد البيع هو التزام عقدي ينشأ عن عقد البيع ويترتب عليه وهو التزام تبعي محدد بمدة زمنية معينة ينتهي بانتهائها، فضلاً عن ذلك أنه التزام ليس بمجاني وإنما هو التزام بمقابل يأخذ فيه البائع مقابلاً لما يعطيه.

٤- أن فكرة الإرادة المنفردة لا يمكن أن تعطي الوصف الدقيق لمثل هذا الالتزام كما أن فكرة الشرط بعيدة هي الأخرى عن التكييف القانوني لطبيعة العمل الذي يقوم به البائع في تقديمه لخدمة ما بعد البيع، في حين أن أفضل وصف لهذا الالتزام هو أنه يتعلق بفكرة اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية، إذ أنه التزام اتفق عليه الطرفان بموجبه يلتزم البائع بأن يقوم بعمل معين وهو تقديمه خدمة ما بعد البيع لمصلحة المشتري.

- ١- الضمان ضد عيوب الصناعة ولا يشمل عيوب سوء الاستخدام أو العبث بالجهاز أو ارتفاع وانخفاض الجهد الكهربائي أو الكوارث الطبيعية.
- ٢- تعتبر الكفالة ملفات في حالة تصليح الجهاز أو فتحه من قبل أي جهة أخرى.
- ٣- يسري الضمان فقط في حالة تقديم قائمة الشراء الأصلية مع بطاقة الضمان.

شهادة ضمان

يشكركم البائع على شراء منتجات (المبيع المشمول بخدمة ما بعد البيع) وحتى نحقق الفائدة فإننا نوصي بأن تقوموا بتسجيل الرقم المتسلسل الموجود على المنتجات ومعلومات الشراء الأخرى على هذه البطاقة والاحتفاظ بها في سجلاتكم الشخصية كدليل على الشراء ستمكننا هذه المعلومات من أن نلبي حاجتكم.

اسم الموديل:

الرقم التسلسلي:

تاريخ الشراء:

بيانات المشتري:

الاسم:

العنوان:

الشروط

- ١- يعتبر ضمان المبيع صالحاً لفترة عام واحد اعتباراً من تاريخ أول شراء.
- ٢- في حالة لم يعمل هذا المنتج بشكل سليم خلال فترة الضمان سوف يقوم بائع التجزئة أو البائع بجعل هذا المنتج صالحاً للعمل وفق الغرض الذي صمم من أجله دون أجور عمل أو مقابل قطع الغيار.
- ٣- لا يقبل هذا الضمان إلا إذا تم ملئ شهادة الضمان أصولاً من المشتري وتم تقديمها إلى البائع مع إيصال الفاتورة الأصلية.
- ٤- لا يغطي هذا الضمان أجور الشحن أو النقل من قبلكم إلينا.
- ٥- تتحصر التزامات البائع في إصلاح الأجزاء المعطوبة ولا يغطي هذا الضمان تكاليف ومخاطر النقل إلى تجار التجزئة بما فيها تكاليف ومخاطر فك وتركيب المنتجات والتكاليف الأخرى المتعلقة بشكل مباشر أو غير مباشر بإصلاحها.
- ٦- لن يتم التعويض عن كافة الإصلاحات التي تقوم بها محلات التصليح غير المفوضة وإذا أتلّف مثل هذا الإصلاح لهذه المنتجات فلن تتم تغطيته بهذا الضمان.
- ٧- لا يمكن تطبيق هذا الضمان إلا على العيوب في المواد أو في التصنيع وبالأخص لا يغطي هذا الضمان:
 - الفحوصات الدورية أو التعديلات والصيانة أو التغييرات بالإضافة إلى استبدال القطع بسبب التلف أو الاهتراء بسبب الاستخدام العادي.
 - الضرر الناتج عن الحوادث والإهمال والمعالجة واستخدام قطع غير قطع المبيع والاستخدام أو التركيب أو التعبئة السيئة.
 - الضرر الناتج عن الإنارة والماء والحريق وأعمال الحرب والإضرابات العامة والتهوية الرديئة أو أي سبب آخر خارج عن سيطرة الموزع.
 - في حالة إزالة البطاقة التي تحمل رقم المنتج المتسلسل أو تحريفها أو كانت غير مقروءة.
- ٨- يمنح هذا الضمان لأي شخص يحق له قانوناً امتلاك هذا المنتج خلال فترة الضمان.

المصادر

أولاً

- ١- د. باسم محمد صالح. القانون التجاري. القسم الأول. بغداد. ١٩٨٧
- ٢- د. جعفر الفضلي. العقود المسماة. الموصل. ١٩٨٩
- ٣- د. جميل الشرقاوي. النظرية العامة للالتزام. الكتاب الثاني. أحكام الالتزام. القاهرة. ١٩٨١
- ٤- د. حسن الهداوي. تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي. ط-٢- الكويت. ١٩٩٣
- ٥- د. سعيد مبارك - د. طه الملا حويش - صاحب الفتاوى. الموجز في العقود المسماة. بغداد. ١٩٩٣
- ٦- د. سليمان مرقس. شرح القانون المدني. العقود المسماة. مج-١. عقد البيع. ط-٤. القاهرة. ١٩٨٠
- ٧- د. سمير كامل. الأحكام العامة للالتزام. بدون مكان طبع. ١٩٨٧-١٩٨٨
- ٨- د. عبد المجيد الحكيم - عبد الباقي البكري - محمد طه البشير. الوجيز في نظرية الالتزام. ج-١. بغداد. ١٩٨٦
- ٩- د. عبد المجيد الحكيم - عبد الباقي البكري - محمد طه البشير. الوجيز في نظرية الالتزام. ج-٢. بغداد. ١٩٨٦
- ١٠- د. عدنان إبراهيم السرحان - د. نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني. الردينيز مصادر الحقوق الشخصية. الأردن. ١٩٩٧
- ١١- د. كامل قاسم ثروت. شرح أحكام عقد الإيجار. ج-١. بغداد. ١٩٧٦
- ١٢- د. مجيد حميد العنكي. مبادئ العقد في القانون الإنكليزي. بغداد. ٢٠٠١
١٣. محمد طه البشير - د. غني حسون طه. الحقوق العينية. ج-١. بغداد. ١٩٨٢

١٤- محمد طه البشير - د. غني حسون طه. الحقوق العينية. ج-٢-١. بغداد. ١٩٨٢,

١٥- د. محمود سمير الشرقاوي. القانون التجاري. ج-١-١. القاهرة. ١٩٨٢.

ثانياً: المصادر الأجنبية:

1- <http://www.holland+knight.com>

2- <http://www.sharkrack.com>

3- <http://www.atatskonsult.com>

4- <http://www.wowshopper.com>

ثالثاً: القوانين:

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١,

٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩,

٣- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩,

٤- قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠,

٥- قانون التنظيم التجاري العراقي رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠.

Note to contributors

1- The manuscript should be submitted in two copies in addition to the original. Typed with double space on one side of (A4) paper (29.7 * 12 cm).

2- THE MANUSCRIPT SHOULD NOT EXCEED (25) PAGES INCLUDING TABLES AND ILLUSTRATIONS.

3- THE MANUSCRIPT SHOULD INCLUDE: THE TITLE THE ABSTRACT, THE DISCUSSION, THE CONCLUSIONS, THE LIST OF REFERENCE AND SUMMARY IN A LIVING INTERNATIONAL LANGUAGE.

4- THE ABSTRACT SHOULD NOT BE MORE THAN (200) WORDS AND IT SHOULD START (IF ARABIC OR NOT) WITH THE TITLE OF THE MANUSCRIPT AUTHORS NAMES, THE OCCUPATION AND ADDRESS OF BUSINESS (AND CORRESPONDENCE IF DIFFERENT).

SUITABLE NUMBERS OF FIGURES LIKE (*) SHOULD BE PLACED TO CONNECT AUTHORS NAMES AND THEIR POSITION.

5- TABLES AND ILLUSTRATIONS LIKE FIGURES. PHOTOGRAPHS AND LINE DRAWINGS SHOULD BE CLEAR AND WELL PREPARED ON A SUITABLE TRACE PAPER AND IN A FORM SUITABLE REPRODUCTION AS WELL AS SUBMITTING THE ORIGINALS OF THE PHOTOGRAPHS AND FIGURES.

6- TABLES, PLATES, AND FIGURE SHOULD BE NUMBERED, TITLE AND REFERRED TO IN THE TEXT CONSEQUENTLY. THEY SHOULD BE SUBMITTED ON A SEPARATE SHEET.

7- ONLY STANDARD INTERNATIONAL UNITS. SI UNITS, SHOULD BE USED.

8- ABBREVIATIONS SHOULD NOT BE USED IN THE TITLE OF THE MANUSCRIPT OR THE ABSTRACT EXCEPT THAT OF THE MEASUREMENT UNITS.

9- ABBREVIATIONS OF THE TUTLE OF THE PERIODICALS THAT CAN BE USED ARE THE ONES IN THE WORLD LIST OF SCIENTIFIC PERIODICALS, LEWIS & Co., LONDON.

10- ABBREVIATIONS FIXED INTERNATIONALLY SHOULD BE USED WHETHER IN MEASUREMENT UNITS OR OTHER COMMON ONES WHETHER IN MEASUREMENT UNITS OR OTHER COMMON ONES.

11- UNPUBLISHED REFERENCE ARE NOT ACCEPTED FOR PUBLICATION AND HAVE GOT A VOLUME NUMBER TO BE IN .

12- HARVARD'S STYLE SHOULD OR IN THE LIST OF THE REFERENCE IN WHICH AUTHOR'S MANES ARE CONNECTED WITH THE YEAR OF PUBLICATION AS IN CBE, STYLE MANUAL COMMITTEE, 1983.

13- THE REFERENCE SHOULD BE REFERRED TO AS THEY APPEAR IN THE TEXT BY MEANS OF CONSEQUENT IN BRACKETS.

14- THE REFERENCES ARE TO BE ARRANGED IN THE LIST OF REFERENCE ALPHABETICALLY ACCORDING TO THE AUTHOR'S NAMES AND YEAR OF PUBLICATION.

15- VOLUME, ISSUE NUMBER AND PAGES CONCERNING REFERENCES TAKEN FROM PERIODICALS SHOULD GIVEN.

16- IF REFERENCES ARE TAKEN FROM BOOKS OR SCIENTIFIC THESIS; NUMBERS OF PAGES SHOULD BE GIVEN.

17- -SIDE- NOTES CAN BE USED TO CLARIFY INFORMATION AND IN THIS CASE SIDE - NOTES SHOULD BE NUMBERED FOR EACH PAPER SEPARATELY IN CONSEQUENT NUMBERS.

**Journal of the College of
Law**

Scientific Refereed Journal
Published by
College Of Law
- Nahrain University

Volume 8 – Number: 13
Ear: Jumada al-awal/
1426 H
June / 2005

Correspondence
Editorial manager.
Iraq – Baghdad –
Al-Kadhimiya
Journal of the College of Law

E-mail
Journal_inf@yahoo.com

Mmual Membership:
12000 D. For Gov.
Establishments &
Individuals – inside Iraq.
100U.S.D. For Gov.
Establishments &
Individuals – Outside Iraq.

Editorial Board

Chief of editorial board

Professor

Adnan Al-Abid, Ph.D.
College of Law
Members of Editorial Board

Professor

Muhie Hilal Al-Sarhn, Ph.D.
College of Law

Professor

Iwadh Fadhil Asmail, Ph.D.
College of Law

Professor

Ibrahim Taha Al-Fayadh,
Ph.D.
College of Law

Assistant Professor

Zuhair Al-Bushir, LL.M.

Assistant Professor Adel
Nassir, Ph.D.

Editorial Manager

Assistant Professor
Latifa Humeed
Mohammed, Ph.D.

Consultative Board

Chief of the Board

Professor Ghazi
Faisel, Ph.D.
Dean of the College of Law

Members of Board

Professor
Mustafa Ibrahim
Al-alame, Ph.D.
College of Law

Professor

Saad Al-Aloosh, Ph.D.
College of Law

Assistant professor

Mahammed Ali
Jawad, Ph.D.
Dean of the college of Law /
Al-Mustansriya University

Assistant Professor

Mamdooh Abd Al-Karim,
Ph.D.
On a contract with the college
of low

Assistant Professor

Taha Almula – Hwesh, Ph.D.
On a contract with the college
of low