

مجلة

مجلة الحقوق - جامعة النهرين

مجلة علمية محكمة

تصدرها

مجلة الحقوق جامعة النهرين

(المجلد ١٠ / العدد ١٨)

حزيران ٢٠٠٧م

بغداد/ العراق

جمادي الاول ١٤٢٨ هـ

صالح...

﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾

الهيئة الاستشارية للمجلة

رئيس الهيئة

أ.د. غازي فيصل مهدي
عميد

كلية الحقوق / جامعة النهرين

اعضاء الهيئة

أ.د. مصطفى ابراهيم الزلمي
كلية الحقوق / جامعة النهرين
أ.د. محمد علي الطائي
كلية القانون / جامعة النهرين
أ.م.د. محمد علي جواد
عميد كلية القانون
الجامعة المستنصرية

أ.م.د. ممدوح عبد الكريم حافظ
كلية الحقوق / جامعة النهرين

هيئة تحرير المجلة

رئيس التحرير

أ.د. محي هلال السرحان
كلية الحقوق / جامعة النهرين
اعضاء هيئة التحرير

أ.د. عوض فاضل اسماعيل
كلية الحقوق / جامعة النهرين
أ.م. زهير سعيد طه البشير
كلية الحقوق / جامعة النهرين
م.د. عمار فوزي المياحي
كلية الحقوق / جامعة النهرين
م.د. أمل فاضل عنوز
كلية الحقوق / جامعة النهرين
مدير التحرير

د. حيدر ادهم عبد الهادي
كلية الحقوق / جامعة النهرين

مجلة الحقوق

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية الحقوق جامعة النهرين

المجلد العاشر - العدد ١٨

جمادي الاول ١٤٢٨ هـ

حزيران - ٢٠٠٧ م

للمراسلات

سكرتير التحرير

العراق - بغداد - الكاظمية

كلية الحقوق - جامعة النهرين

البريد الالكتروني

JOURNAL_INF@YAHOO.COM

الاشتراك السنوي

١٢٠٠٠ - دينار - للمؤسسات

الحكومية والاشخاص داخل العراق

١٠٠ - دولار - للمؤسسات

الحكومية والاشخاص خارج العراق

﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾

(المحتويات)

رقم الصفحات	اسم البحث
٦٣-١	مهارات التفاوض وكيفية اعداد العاملين في مجال العقود د. عبد المطلب الهاشمي
٨١-٦٤	النظام القانوني المقترح للكفالة المصرفية د. عمار فوزي المياحي
١٠٥-٨٢	القانون الدولي لحقوق الانسان في احكام وفتاوى محكمة العدل الدولية د. حيدر ادهم الطائي
١٤٥-١٠٦	النظام القانوني لبنوك المعلومات د. رافد خلف هاشم
١٦٩-١٤٦	النظام القانوني للطعون الانتخابية للمجالس البرلمانية (دراسة مقارنة) د. علي احمد اللهيبي
١٩٢-١٧٠	مسؤولية المؤجر والمستأجر عن افعال تابعيهم د. عامر غانم علوان
٢١٨-١٩٣	الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني د. عقيل فاضل الدهان
٢٥٠-٢١٩	تحضير الدعوى الادارية وتهيئتها للمرافعة (هيئة مفوضي الدولة) د. حنان محمد القيسي

تعليمات النشر:

١. يقدم الاصل المطبوع على الحاسبة الالكترونية ومعه نسختين وتكون الكتابة بمسافات مزدوجة بين اغلاطر وعلى وجه واحد من ورق مقاس A4 (29.7*21 cm)

٢. لايزيد حجم البحث المقدم عن ٢٥ صفحة بما في ذلك الجداول والمواد التوضيحية.

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

٤. لاتزيد عدد كلمات الملخص عن (٢٠٠) منتي كلمة، ويوضح في رأس الملخص (العربي او غير العربي)، عنوان البحث، اسم الباحث، مكان العمل (والمراسلة ان كان مختلفاً عن مكان العمل)، مع وضع رقم او رمز بشكل نجمة (*)، التي تربط بين الاسم ومكان العمل.

٥. الجداول والمواد التوضيحية، جيدة الاعداد، على ورق ملائم، مصقول، او شفاف، وبحجم مناسب لمساحة الطبع بصفحة المجلد، أي بحد اقصى 12*16 سم للصفحة الواحدة، مع تقديم الأصول الخاصة بالصور والاشكال.

٦. ترقيم الجداول والاشكال على التوالي حسب ورودها في البحث، وتزود بعناوين ويشار الى كل منها بالتسلسل نفسه وتقدم باوراق منفصلة.

٧. تستعمل دائماً وحدات القياس الخاصة بالنظام الدولي فقط.

STANDARD INTERNATINAL UNITS.

٨. لاتستخدم الاختصارات في عنوان البحث، او في الملخص فيما عدا الاختصارات الخاصة بوحدات القياس.

٩. تستخدم الاختصارات في عناوين الدوريات المتفق عليها عالمياً الموجودة في *THE WORLD LIST OF SCIENTIFIC PERIODICALS, LEWIS & CO, LONDON.*

١٠. تستخدم الاختصارات المقننة دولياً، سواء لوحداث القياس او 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 او في قائمة المراجع، اسلوب هارفارد الذي يربط فيه اسم المؤلف بسنة النشر حسب

CBE, STYLE MANUAL COMMITTEE, 1983

١٣. يشار الى المصادر حسب ورودها في متن البحث بأرقام متسلسلة توضع بين قوسين.

١٤. ترتب المراجع في قائمة المراجع، ترتيباً "ابجدياً" حسب اسماء المؤلفين، وسنوات النشر.

١٥. بالنسبة للمراجع المأخوذة من دوريات يجب ان يحدد رقم المجلد، ورقم العدد وارقام صفحات بداية ونهاية البحث.

١٦. بالنسبة للمراجع المأخوذة، من كتب ورسائل علمية، تحدد ارقام الصفحات المستخدمة كمرجع.

١٧. قد تستخدم التذايل لتوضيح المعلومة، وفي هذه الحالة، ترقم التذايل لكل صفحة على حدة بأرقام متسلسلة.

مهارات التفاوض

وكيفية اعداد العاملين في مجال العقود

د. عبد المطلب الخاشمي

كلية الحقوق - جامعة النهرين

ان الهدف من الكتابة في مجال (مهارات التفاوض) ليس باي حال من الاحوال برج من الحلول النظرية والعملية للمشكلات التي تصادفك في حياتك على أي صعيد، ولكن محاولة جادة لتقديم معلومات مهمة وخبرات من الواقع العملي التطبيقي والنظري للمديرين والموظفين والعاملين في مجالات العمل التجاري والعقود... الخ، في ان يطوروا قدراتهم التفاوضية.

بطبيعة الحال مهارة التفاوض^(١) (NEGOTIATION) أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف الوصول الى اتفاق بشأن صفقة معينة. وليست عملية حسابية يمكن الحصول فيها على نتائج سريعة لخطوات او معادلات ثابتة فحسب، ولكنه نشاط ديناميكي يخضع للعديد من المؤثرات النفسية الداخلية والخارجية طبقاً لظروف وطبيعة العمل الوظيفي والدورات والندوات المتخصصة في هذا المجال وعلى نحو تدريجي.

وتأسيساً على ذلك فليس هناك دورة او مناهج او كتاب يمكن ان يجعل المعنيين بهذا الموضوع عديمي الاخطاء اثناء العملية التفاوضية، فالكثير من اصحاب المهارات التفاوضية العالية يرتكبون العديد من الاخطاء في التفاوض، وبالتالي يتعذر ايجاد منهج تطويري متكامل يبعد المعنيين عن الخطأ، ولكن ان تدعم المحاولات تجاه تطوير الاداء التفاوضي بعد اكتساب المعرفة والمهارة في استخدام بعض الاستراتيجيات والتكتيكات التي تمكنه من زيادة التأثير في النشاط التفاوضي^(٢).

(١) تعرف المفاوضات بانها "عملية المفاوضات هي التباحث او الحوار بين طرفين او اكثر متناقضي المصالح على الارجح، او لديهم مصالح متبادلة، حول موضوع او عدد من المواضيع محددة اما مسبقا ضمن جدول اعمال او مثارة آنيا، مما يؤدي الى خلق مايعرف بالموقف التفاوضي، بهدف الاتفاق بين اطراف التفاوض للوصول الى نتيجة مرضية من وجهة نظر أي منهم"... فهي تختلف عن المفاوضات الدبلوماسية من حيث (الواقع والمرونة والكتمان) وان انطوت تلك العناصر في المفاوضات التجارية وغيرها. د. رجب كريم اللاه، التفاوض على عقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٦٣.. انظر د. عبد الحسين القطيفي، دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، ١٤، س ١٩٦٩، ص ٦٦-٦٧.

(٢) د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التفاوض، مهارات تطوير الاداء (٣)، مركز الاداء والتنمية، مصر، ط٣، ٢٠٠١، ص٦.

.....فهو ليس بمقدوره اليوم ان يمتلك المهارة التفاوضية من دون الممارسة والتدريب؟... فاجابة هنا تتعلق بمستوى المهارة التي يمتلكها الشخص، وطبيعة العمل والموقع الذي يشغله في الادارة، وحتى يصل الى درجة عالية من المهارة لابد من التدرج لزيادة القدرة والتأثير في الاخرين بعد الحصول على مايريد، وان التأهيل في فن ومهارة التفاوض ينبغي الدخول في دورات تزيد من القدرة على تكوين منهج يقدم الشخص نفسه للمجتمع بشكل عام وتأثيره في الحياة الوظيفية العملية بشكل خاص، وبالتالي امتلاكه فن ومهارة المفاوضات بأسلوب علمي ناجح يتناسب مع الظروف والتطورات التي تواجهه في العمل.

.....اذاً كيف تبدأ بتمارين صناعة القرار اثناء المفاوضات... التحكم في مفاتيح المفاوضات. هناك عناصر تؤثر في مجرى العملية التفاوضية عليك التقيد بها، وتأتي في مقدمتها التهيؤ والاعداد المسبق للعملية التفاوضية، النفسية منها والمهارة التفاوضية مثل القدرة على ترتيب المشكلات واعادة بناء المواقف بما يتناسب مع الظروف والتطورات وتقييم البدائل وكيفية حكمك على الامور ومدى فعاليتك في مواجهتها^(١). ومن ثم كيف تعيد صيغة مهارتك التفاوضية ؟ وكيف تحسن مقدرتك على طرح الاسئلة ؟.. وغيرها كثير سنأتي اليها عند الكلام تبعاً. واخيراً عليك ان تعلم ليس كل مايتمناه المرء يدركه فسوف تواجه الكثير من المفاوضين يعتمدون اسلوب (الكذب والنفاق والغش والتدليس) للحصول على نتائج في المفاوضات فما منك الا اعتماد على صدق القول والقدرة المهارية ضمن منهج علمي لموجهة مثل هذه الاحوال وغيرها... لذا سنعمل على تقسيم هذا الموضوع الى ثلاث مباحث.

(١) د. صديق محمد عفيف، د. جرمين حزين سعد، التفاوض الفعال في الحياة والاعمال، مكتبة عين الشمس، الاسكندرية، ط٧، ٢٠٠٣، ص ٩٧؛ وانظر ايضا د. محمد سعيد الحلفاوي، استراتيجيات واساليب التفاوض مع الشركات الموردة، مؤتمر نقل التكنولوجيا، اكااديمية البحث العلمي والتكنولوجي، القاهرة، ١٩-٢٥/٢/١٩٨٦، ص٢، وانظر كذلك هشام الشاوي، الوجيه في فن المفاوضات، مطبعة شفيق، ١٩٦٩، ص ٣٩٢.

نكتب في المبحث الاول؛ كيف تتم عملية استثمار الموهبة التفاوضية وتطويرها. اما في المبحث الثاني؛ في كيفية اكتساب المهارات التفاوضية وانماءها، ثم نأتي على المبحث الثالث لنتكلم عن كيف تتم عملية الاعداد والتحضير والتهيئة للمفاوضات^(١).

كيف تتم عملية استثمار الموهبة التفاوضية وتطويرها^(٢)

اولاً: كيفية انماء المهارة التفاوضية بطريقة علمية:

معلوم ان الروح التي تعيش في جسد الانسان منذ الطفولة هي المسؤولة عن سلوك وحركة وتصرفات الانسان من الانفعالات والافرازات اللارادية، وان الانسان بالتالي له تأثيره على البيئة التي تعيش فيها، فالنشاط الذي يصدر عنه اثناء عملية التفاعل هو ما انطلاق عليه (السلوك الفطري) وهذا السلوك الموروث والمتفاعل لايحتاج الى تعليم.. وعليه يمكننا تحديد عدد من المراحل التي يمر فيها الانسان لاستثمار الموهبة وتطويرها وهي:

- مرحلة الطفولة:

نلاحظ ان الخبرة التفاوضية بالفطرة للطفل تتناسب مع نموه العقلي والنفسي والبيئة المحيطة به، حيث تعتمد في المرحلة الاولى على الجانب العاطفي بينه وابيه وتنتقل تدريجياً الى ما يتمتع به من ذكاء وقدرات شخصية، وان التحول من مرحلة عمرية او اجتماعية لآخرى عملية مستمرة وتحتاج كل منها الى تغيير موازٍ لها في المعارف والمهارات العفوية غير المحسوبة حتى يستطيع ان يتجنب

(١) نجدت صبري عقراوي، تنفيذ الشركات الاجنبية لمشاريع التنمية في العراق، دار القادسية، ط ١٩٨٦، ص ٧٠؛ وانظر كذلك د. عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، التفاوض والتعاقد، عقود البيوع الدولية وفقاً لاحكام قواعد الانكوتيرم لعام ١٩٩٠، بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٠. انظر هشام الشاوي، الوجيز في فن المفاوضات، المصدر السابق، ٣٩.

(٢) انظر د. محمد عبد الغني حسن هلاك، مهارات التفاوض، المصدر السابق، ص ٩ ومابعداها.

المشكلات والخلافات وامراض الفشل وعدم الاعتراف بدرجة مناسبة بحجم التغيير وثبات النظرة التقييمية.

- مرحلة النضوج الفطري:

من المعلوم بان الانسان بصورة فطرية يتعلم ويكتسب الخبرات في أي منحى من مناحي الحياة لاسيما في مجال العمل حتى يستمر في الحياة فاوجد لنفسه بعض العادات والتقاليد التي تحكم غرائزه وعلاقاته مع الآخرين، ويتحمل الظروف والعوامل البيئية المحيطة به فالإنسان على نحوٍ دائمٍ في تهيئة وتعديل وتطوير المهارة الفطرية التي اكتسبها بحيث تكون مقبولة من الاشخاص (افراد وعاملين) المحيطين به، فالانسان يولد ولديه دوافعه الفطرية في بداية حياته يؤثر ويتأثر، وبطبيعة الحال تؤثر مرحلة النشأة الاجتماعية والأسرية والبيئة الحاضنة ومراحل التعليم بأشكالها وانواعها المختلفة في سلوكه، قدرة على التعبير عما اكتسبه من معاني او مفاهيم ومايحيط به من ظواهر، وادرك العلاقة بينهما... وبصفة عامة فان السلوك الفطري هو المحدد للاداء الوظيفي للشخص وهو محصلة التفاعل بين طبيعة الشخص ونشأته والموقف الذي يوجد فيه.

وهنا يجب ان نؤكد في هذا المجال ان النمو الكامل للشخص لايشمل جانب واحد فقط، من حياته ولكنه يشمل جوانب متعددة جسمانية وعقلية... الخ، وهي التي تساهم في تكوين الشخصية عنده، وهذا يعني اخضاع جميع المفاهيم المستخدمة لعمليات اجرائية تستطيع ان تحقق لنا صدق وصحة خطى وسير واداء الشخص في موقف معين على سمات هذا الموقف وعلى كيفية فهم الفرد له وعلى المواقف السابقة التي مرت به، فاذا كانت متشابهة او متكررة فانه سوف يتصرف بطريقة ثابتة ومستقرة تجاهها، وذلك بعكس المواقف المتجددة التي يتعرض لها وامكانية معالجة كل مفردة بالطريقة التي يستفاد منها اثناء

مراحل نضوجه... ولكي ننمي القدرات الفطرية لابد من تطوير وتأهيل العوامل الآتية^(١):

١. المهارات الذهنية والعقلية على مواجهة المواقف الصعبة.
٢. القدرة على التحليل والادراك والتكيف للمهارات المعرفية وتنظيمها في معاني واضحة.
٣. توقع النتائج او استنتاج النوايا السابقة والقدرة على التحليل السليم للمشكلات.
٤. القدرة على الاستفادة من الخبرات السابقة وتوظيفها في مواجهة المتغيرات.
٥. تطوير المعرفة وترسيخ الثقافة العامة.

.... وعلى اساس هذه الصفات فقد يعمل الانسان بفطرته على ايجاد حلول وابتكار الوسائل والاساليب في حل المشاكل لصالحه والفريق الذي يعمل معه بطريق الاقناع. ((او مايسمى بالقوة المفقودة... ويعرف بانه عمليات فكرية وشكلية يحاول فيها احد الطرفين التأثير على الآخر واخضاعه لفكر او رأي^(٢))).

ثانياً العوامل المؤثرة لابرار المفاوض:

من خلال العوامل المؤثرة لابرار المفاوض التعرف على العوامل المحركة والدافعة للسلوك الانساني وبصفة خاصة العوامل التي تدفعه الى العمل وماذا يفكر وكيف يتصرف، ولماذا يبذل جهداً متميزاً في اداء عمل معين او اسباب التراخي في اداء عمل آخر، وكيف يمكن للفرد منح نفسه فرصة التطوير والابداع.

فأن ادارة السلوك الانساني تتطلب الفهم الدقيق لهذا السلوك ومحاولة التحكم في العوامل الدافعة والمحركة له وتأثيرات البيئة المحيطة تلعب دوراً مهماً في التأثير

(١) د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات ادارة السلوك الانساني، مركز تطوير الاداء والتنمية، ط١، س٢٠٠٢، ص ٧، ومابعدھا.

(٢) احمد عبد المحسن العساف، الاقناع، القوة المفقودة، موقع منتدى الثقافة، منشور (انترنت) في ٢٥/١١/٢٠٠٥.

وتتامي المعلومات والافكار والثقافات، كما ان الادارة تسهم بفاعلية في عملية التغيير وهي محصلة التفاعل الوراثي الفطري للمهارة مع البيئة المحيطة بكل مقوماتها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

وتبعاً لذلك فإن استثمار الموهبة التفاوضية يتطلب جهد مشترك لصقل واعداد وتدريب الموهبة، بدءاً من تحديد اختيار الشخصية المناسبة لاكتسابها المهارة وتطويرها واستخدامها، للوصول بها الى درجة مناسبة من المهارة ومستوى ابداعي يحتاج هنا الى الشخص الموهوب مهارياً بالفطرة للقيام بهذه المهمة،... واذا سألنا سؤالاً كيف نتمكن من تحديد تلك الشخصية؟... فلاجابة على هذا التساؤل يمكن ايجازه بما يلي^(١):

١. ان السلوك التفاوضي هو اداء انساني بالدرجة الاساس ناتج عن تفاعل الشخصية مع البيئة التفاوضية^(٢).

٢. تكوين الشخصية التفاوضية المناسبة ليس فقط ارتباطه بالوراثة الاجتماعية أي البيئة الاجتماعية التي نشأ فيها الشخص وانما خبراته المتراكمة الناتجة عن تفاعله اليومي على صعيد العمل والاصعدة الاخرى ذات العلاقة بتطوير الاداء.

٣. ماقدمته العمليات التفاوضية بمختلف تنوعها خلال مراحل حياته من اتجاهات ايجابية وسلبية تحدد ملامحه وتوجهاته التفاوضية وقابلياته مدركاً نجاحاته تدريجياً.

٤. درجة الرضا في البيئة التفاوضية لصاحب الموهبة التفاوضية والتي تمثل عنصراً هاماً في ضمان استمرار وانطلاق الموهبة وبالتالي تحديد مميزاتها.

(١) احمد بن عبد المحسن العساف، الاقناع، القوة المفقودة، المصدر السابق؛ وانظر ايضا د. محمد عبد الغني حسين هلال، مهارات ادارة السلوك الانساني، المصدر السابق، ص ٧ ومابعداها.

(٢) يعرف السلوك بانه: (تفاعل الانسان يعتمد على ان البيئة لها تأثيرها عليه وبالتالي له تأثيره على البيئة، والنشاط الذي يصدر منه في اثناء عملية التفاعل هو ما يطلق عليه السلوك)، المصدر السابق، ص ٧.

٥. ان تحقيق نتائج تفاوضية ملموسة في بيئة توفر فيها سمات معينة تمنح الموهبة قدرة على تحقيق ذات النجاحات في بيئة اخرى مما تبرز معه الموهبة التفاوضية.

٦. الثقافة الادبية والمهنية لصاحب الموهبة تجعل منه شخصية يثق بها الآخرون.

٧. تحلي صاحب الموهبة بالصدق والحكمة والصبر يساعد على ابرازه امام الآخرين.

٨. تحقيق الموهبة نتائج تفاوضية على مستوى معين يمنح المسؤولين الفرصة على تحديد شخصية الموهبة.

كيفية اكتساب المهارات التفاوضية واماءها (١)

((انك تعودت ان ترى العالم بنظارتك ولكن عليك الان ان تتعلم كيف ترى العالم بنظارتهم)). مما ينبغي تطوير الامكانيات الذاتية والشخصية وذلك من خلال وضع برنامج لصقل المهارة وانماءها بطريقة علمية، تضع في مقدمة مفرداتها الاتي (٢):

اولاً: اهمية التنظيم:

من اهم ملامح الشخصية التفاوضية انه منظم في كل مفردات عمله، فلا يفوت مجالا من دون ان يكون التنظيم له الدور البارز فيه، مما يدعونا الى ان يكون لنا خط واضح وبارز في الاداء التفاوضي من خلال التنظيم، فعمل من دون تنظيم يؤدي الى الفشل، لذلك نرى ان من اول مفردات اكتساب المهارة هو التنظيم.

ثانياً: الثقافة العامة: ((في الثقافة العامة يبنى المجتمع)):

(١) د. صديق محمد عفيف، د. جرمين حزين سعد، ص ٩؛ وانظر ايضا د. محمد سعيد الحلفاوي، ص ٢٠٢، المصدر السابق.

(٢) د. محمد عبد الغني حسن هلال مهارات، ادارة السلوك الانساني، المصدر السابق، ص ١١. وما بعدها.

كيف تصل المعرفة والثقافة اليك وكيف تحصل عليها؟.. انك لابد من ان تبحث عن وسائل الاعلام الثقافية (السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية) التي تمدك بالمعلومات التي تريدها، وهي بذات الوقت تبحث عنك كي ترسل اليك ماليا من ثقافة. ولكن تريد منك خطوة لتمنحك خطى اكبر. فالانسان بطبيعته يحتاج الى التعرف على مايدور حوله، فالحاجة الى المعرفة الثقافية العامة تتطوي على ما هو اكثر من حب الاستطلاع، فالثقافة تساعد المفاوض على الوقاية من الازمات وتوفر لك الكثير من الجهد والوقت، وبفضل وسائل الاعلام الحديثة اصبح العالم بين يديك تستطيع ان تعرف كل مايدور حولك فتدقق المعلومات عبر وسائل الاعلام المتعددة والانترنت والكتب بكافة علومها كلها في خدمتك وعلى اساس هذا الفهم فانه ينبغي عليك الاسراع بوضع برنامج للاعداد الثقافي كونه السلاح المهم في الاقناع الذي تعتمد عليه في الازمات وادارة عمليات المفاوضات وبدونه تعرض لكثير من المواقف الصعبة المحرجة. فعالم اليوم يعتمد على طريقة الحوار والاسلوب الذي تؤثر فيه على الآخرين.

ثالثاً: الحوار والمناقشة والاقناع: ((اننا نملك الطاقة الانسانية الخلاقة)):

ضرورة اهتمام المفاوض بأساليب واداب ومهارات الحوار والمناقشة، حيث تمثل احدى الادوات الهامة للكادر المفاوض للتقدم، وسنعمد الى عرضها بأسلوب سهل، الغاية منها هو افهام المفاوض الى طريقة التدريب على هذا الاسلوب للوصول الى اداء افضل عند تحققها... وتأتي في التدرج من حيث الاهمية الموضوعات الاتية:

- الاهمية.
- المناقشة.
- الحوار.
- الفرق بين الحوار والمناقشة.
- الاقناع.

أ. الأهمية *IMPORTANCE*: (١)

((الحوار والمناقشة والاقناع)^(٢) هما القنوات الشرعية التي استخدمها الرسل والانبياء في تبليغ رسالتهم، ولم ينجح أولئك الزعماء الذين استخدموا العنف والقوة أرائهم واتجاهاتهم، ولكن ارتبطت حضارات المجتمع وتقدمها بالمساحة التي سمحت للحوار ان يسود فيها)).

بطبيعة الحال التعلم طريق فاعل في عملية توجيه وتطوير لقدرتهم كي يستطيعوا وهم يعيشون مع بعضهم البعض في جماعات او يعملون في فرق ان يكتسبوا المعارف والمهارات والاتجاهات اللازمة من اجل صناعة الاهداف المشتركة وسعيهم من اجل تحقيقها، والانسان بطبيعته يسعى الى حل ما يصادفه من مشكلات من خلال ماتعلمه، ولكن التقدم المطلوب تحقيقه يظل مرتبطاً بتنامي قدراته على مواجهة الاثار الجانبية التي تنتج من حله السابقة للمشكلات.

فغياب الحوار والمناقشة في حل المشكلات تقضي الى التهديم لذلك اصبحت الحاجة الى تعلم مهارات المشاركة في الحوار والمناقشات بصورة ايجابية فعالة برؤيا مشتركة تحقق الاهداف.

.....وتبدو اهمية تعلم الحوار والمناقشات والاقناع للمفاوضين تنطوي على خمسة ابعاد هي:

البعد الاول: هو امداد الناس بالعارف والاتجاهات التي تساعد على التفكير بعمق وبصيرة في الموضوعات التي تشغلهم وبصفة خاصة المعقدة والاكثر صعوبة منها.

(١) انظر د. محمد الغني حسن هلال: مهارات ادارة الحوار والمناقشات مهارات تطوير الاداء، ٢٠، المناقشات الجانعية المركزة (F.G.D)، ط١، ١٩٩٩-٢٠٠٠، ص ١١-١٥؛ وانظر د. حسين الدوري، فن التفاوض اسسه وتطبيقاته، مطبعة الجامعة المستنصرية، بغداد، ١٩٨٤، ص ٢٢.

(٢) يعرف الاقناع بانه: (استخدام المتحدث الالفاظ والاشارات التي يمن ان تؤثر في تغيير الاتجاهات والميول والسلوكيات)، لمزيد نت التفاصيل، د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات النوعية والاقناع، مركز تطوير الاداء والتنمية، مصر، ١٩٩٨، ص ١٢٠ ومابعداها.

البعد الثاني: الحاجة الى الابتكار الدائم لاساليب جديدة، ويتطلب ذلك نوعاً من التفاهم والتعاون المشترك من خلال الحوار الذي يعطي الفرصة للافكار ان تخرج دون قيد عليه من مخزنها في العقود البشرية. وعندما تخرج الافكار بشكل شرعي من خلال الحوار او المناقشة فان ذلك يعني خلق الفرصة ايضا لان يتم نوع من الزواج الشرعي بين هذه الافكار، وفي هذه الحالة سوف تتضمن ولادة افكار ابتكارية جديدة بعضاً من صفات (جينات) الافكار المتزاوجة تمنح الانسان القدرة على التطوير والتحديث.

البعد الثالث: العمل على سيادة الفكر الجماعي؛ والقضاء على الاعتقادات الخاطئة لتمكين الفرد من التعاون والاتصال بالآخرين.

البعد الرابع: اللغة المشتركة واهميتها.

البعد الخامس: تعقيل العاطفة.

ب. المناقشة *DISSCUSSION*:^(١)

((يبدو للوهلة الاولى بان الحديث عن المناقشة يعني انها منفصلة عن لغة الحوار، فالحوار والمناقشة لبعضهما مع انه يصعب على الكثير ادراك ذلك)).
المناقشة:

عملية بحث نحو افضل رؤية لمساندة القرارات التي يحتاجها المفاوض اثناء المفاوضات، حيث تعرض وجهات نظر من الجانب الآخر، وبالتالي فإن المناقشة تتميز بأتاحة الفرصة لتقديم عدة وجهات نظر والدفاع عنها وتؤدي في الغالب الى اتخاذ خطوات عملية في صالح تحقيق الاهداف المطلوبة منها.
... ونختتم قولنا في ان المهارات التي تسمح بالحوار هي نفسها المهارات التي تجعل المناقشة مثمرة وليست هدامة، وهذه المهارات هي مهارات الاستفسار والتفكير والتأمل.

ج. الحوار *DIALOGUE*:^(١)

(١) د. محمد عبد الغني حسن هلال، المصدر السابق، ص ١٥ - ١٦.

الحوار هو: ((كشف حر وابداعي للموضوعات بصفة عامة، والمعقدة الدقيقة بصفة خاصة، ويتطلب الانصات بعمق لكل فرد تجاه الآخر، ولايهدف الحوار الى تحقيق مكاسب، فمن خلاله يستطيع المفاوض ان يكتسب الرؤيا الصحيحة التي لايمكن تحقيقها على نحو فردي)).

وفي الحوار يبدأ الناس في ملاحظة الطبيعة الجماعية للفكرة... فالتفكير في اصله جماعي، وكل فرد له دور فيه، ولكن الفكر عندما يتبلور يكون نتاج جماعي فالفكر مثل اللغة نتاج جماعي وبدون اللغة لا يوجد فكر،... ومن اهم مستلزمات الحوار الانصات الجيد ولكن ماهي الشروط الرئيسية للحوار الناجح:

١. من الضروري ان ينظر المشاركون في الحوار الى بعضهم البعض على انهم زملاء وليسوا متضادين.

٢. لابد من وجود عنصر رئيس بتسهيل وتسيير دفة ادارة الحوار.

٣. ان يقوم كل المشاركين في الحوار بفصل الفرضيات الخاصة بهم عن فكرهم ووضعها امامهم. وان يكون موضوع الحوار هو الهدف دون الخوض بمفردات خارج اطار الموضوع.

....عندما تتطور خبرات ومهارات الفريق بالنسبة للحوار فان من الضروري استبعاد الخوف واصدار الاحكام الصعبة على اصحاب الرأي مهما كان مخالفا.

٤. اذا اراد طاقم الادارة الاستفادة من الحوار فلا بد من ان يكون موضوعيا حرا في الاسلوب اكثر انفتاحا وحوارال لسير المرافق العامة بانتظام من جهة وتطوير اساليب العمل الاداري الفردي والجماعي من جهة اخرى.

٥. الاهتمام باتجاه الحوار ورعايته حتى لايتحول الى حديث هامشي من دون فائدة.

٦. لابد ان يدرك ان حرفية الحوار وفنونه تكمن في الاحساس بتدفق المعنى ورؤية الشيء المفروض الافصاح عنه في حينه.

(١) د. محمد عبد الغني حسن هلال، المصدر السابق، ص ١٥ - ١٦.

٧. مجرد ان يتدرب الاشخاص فسوف يدركون المعنى الصحيح للحوار وماهو مقصود منه.

د. الفرق بين الحوار والمناقشة:

ليس معنى وجود مناقشة لا يكون هناك حوار على العكس، ولكن من المفيد والضروري ان تكون هناك موازنة للحوار مع المناقشة ففي تعلم الفرق نجد ان المناقشة هي نظير الحوار.

ففي المناقشة يتم اصدار القرارات اما في الحوار فيتم كشف الموضوعات المعقدة في حين المناقشة تقدم فيها عدة وجهات نظر والدفاع عنها، وهذا يعطي تحليلاً مفيداً للموقف ككل.. وعندما يكون الفريق في حاجة الى اتفاق وقرارات تكون حاجة فيها للمناقشة، وعندما تكون المناقشات مثمرة فانها تؤدي الى نتيجة يمكن من خلالها اتخاذ خطوات عملية.

في الحوار يحصل البحث عن التنوع ولايهم فيه الاتفاق بقدر مايهم كشف الموضوعات المعقدة والجوانب الخفية منها، ومن الممكن ان يؤدي الى اتخاذ خطوات عملية جديدة تكون هذه الخطوات موضوع المناقشة بينما الخطوات الجديدة هي نتاج مشتق من الحوار.

هـ. الاقناع (يسمى الاقناع بانه لغة الاقوياء وطريق الاسوياء):

يعرف الاقناع بأنه: ((استخدام المتحدث او الكاتبة للالفاظ والاشارات التي يمكن ان تؤثر في تغيير الاتجاهات والميول)). او بعبارة اخرة ((استخدام المفاوض اسلوب استمالة الاقناع باية طريقة فعالة تمنحه القدرة على التأثير المباشر على المستهدف يفضي الى اضعاف قدراته والقبول بالامر الواقع)).

ومن العوامل ذات التأثير الفعال الت تساعد على الاقناع^(١):

١. هل تعتمد العاطفة ام المنطق لتحقيق الاستمالة.
٢. ماهي درجة التخويف المناسبة لتحقيق الاستمالة.
٣. هل تعرض الرأي المؤيد ام المعارض للمفاوضين الاخرين.
٤. هل يفضل استخدام الوضوح ام الغموض في المفاوضات.
٥. هل كل مايقال اولا يكون اكثر فاعلية في الاقناع.
٦. من اين نبدأ رحلة الاقناع بالنسبة لاتجاهات المفاوضين الاخرين.
٧. هل يؤثر التكرار على اقناع المفاوضين الاخرين.

رابعاً: الاستماع والانصات *HEARING & LISTENING*:^(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾

صدق الله العظيم

وهب الله تعالى سبحانه للانسان، الحواس الخمس (السمع والبصر واللمس والشم والذوق) وهي مدخلات المعلومات الى عقل الانسان فان كان السمع والبصر يلعبان الدور الاكبر في استقبال المعلومات، فالحواس الاخرى كلها لا ارادية، أي بمعنى ان ردود افعالها محددة عند اختبارها باي مثير خارجي بحسب طبيعة وقوة رد الفعل لكل مثير، بينما السمع والبصر فهما حاستان اراديتان، ويعني ان ردود فعل الانسان نتيجة استخدام الحواس في الاتصال يختلف بدرجة كبيرة عند الفرد وكذلك بين الافراد.

وترتبط عملية الفهم والادراك عن طريق حاستي السمع والبصر بدرجة كبيرة، بالتركيز اثناء عملية الاتصال وانعدام او ضعف عمليات التشويش الداخلي او الخارجي على العقل البشري له تأثير سلبي على تلك الحاستان، فوضوح الحديث

(١) انظر: د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التوعية والاقناع، الاعلام والتنمية والعالم، مهارات تطوير الاداء، ١٧، ١٩٩٨، ص ٥٩ ومابعدها.

(٢) د. محمد عبد الغني حسن هلال، المصدر السابق، ص ٦١.

ليس كافيا لتحقيق الاتصال الفعال، ولكن لابد من استعداد الطرف الآخر المتلقي للرسالة ذهنيا ونفسيا لاستيعابها.

وبذلك نصل الى نتيجة مفادها ان ثنائية وضوح الحديث والانصات الجيد هما العنصران الاساسيان اللذان يضمنان دخول المعلومات الى ذاكرة الانسان وتفسيره وتوكيده وتخزينها في الذاكرة، لاسيما وان الله سبحانه وتعالى وهب للانسان العقل والحكمة على التفكير، حيث يختزن المعلومات ويسترجعها ويحللها ويستنتج منها مايمكنه من العمل والاداء.

الفرق بين الاستماع والانصات^(١)

* **الاستماع:** يتم عن طريق الأذن، وهو يعتمد على تمييز الكلمات والصوت ومستوى النبرات المستخدمة، أي ان الاستماع لايعني بالضرورة النظر الى المتحدث او متابعة حركاته وانفعالاته من خلال الحواس الاخرى وبصفة خاصة النظر، ينتقل الصوت في موجات خلال اتلهواء، على الأذن كفاءة عملية تسجيل المعلومات تتوقف على كفاءة عملية انتقال الصوت وانعدامه او ضعف التشويش عليه اثناء الانتقالل تؤثر في ذاكرة الانسان.

* **الانصات:** هو تركيز الانتباه لاراء وافكار ومشاعر وتعبيرات الاخريناللغوية والجسدية، وعدم الاعتماد على محتوى الكلمات ولكن الوصول الى اتجاهات المتحدث، ويتم الانصات عن طريق العقل، حيث يقوم الفرد باستقبال الرسالة من العين والاذن ويستخلص ويدرك المعاني التي يقصدها المتحدث او المرسل بعد تحليل العلاقة بين التعبيرات اللفظية وغير اللفظية التي يؤديها المتحدث.

يلاحظ ان المنصت الجيد لا يستطيع تثبيت جميع المعلومات اتلتي يسمعها في ذاكرته حيث انه لايتذكر اكثر من ٢٥% من المعلومات التي انصت اليها، وذلك بعد مضي ستون يوما من سماعها، وعملية تخزين المعلومات تختلف حسب نوعها،

(١) د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التوعية والاقناع، المصدر السابق، ص ٦٤ - ٦٥.

فإذا كانت المعلومات تمثل حقائق وبيانات دقيقة، فمن الضروري ان يعتمد المرسل على الكلمات المكتوبة والمسجلة لتساعد في تثبيت الرسالة في ذاكرة المتلقي.

.... كيف تكون منصتاً جيداً *How to be Good Listener*

تبدأ عملية الانصات منذ خروج الرسالة اللفظية او الحركية من المفاوض الاخر وهي تتأثر في طريقها الى اجهزة استقبال المتلقي بـ:

- الظروف التي يتم فيها الاتصال.

- اتجاهات المتلقي.

.... وعلى هذا الاساس يمكننا ان نضع عدد من التوجيهات بغية ان تتمكن من ان تكون منصتاً جيداً وهي: هيء لنفسك البيئة المناسبة تمنحك التركيز والانصات للمتحدث.

- اجعل مكانك في الجلسة مناسباً لمتابعة المتحدث بعينيك واذنيك وحاول ابعاد كل شيء يعترض قيامه بذلك ((سقوط اشعة الشمس عليك او وجود اجهزة امامك.... الخ ماتفوت عليك الاتصال)).

- لاتسترخي في الجلوس اذ يفقدك فاعليتك في الاتصال، وعليك الجلوس معتدلاً ويقظاً ومركزاً نظرك على كلمات وحركات المتحدث.

- قبل بداية عملية الاتصال لاتترك شيئاً غامضاً يثير فضولك، ماعليك الا ان تسأل وتستفسر لانه سوف يشغلك اثناء عملية الاتصال.

- لاتترك أي شيء يثير الضوضاء حولك من دون ان تتخذ القرار المناسب الحاسم تجاهه.

- ركز هدفك على المتحدث دون ان يجعلك تخطط الاوراق في استقبال المعلومات مما يؤدي الى تشتت افكارك ومعلوماتك.

- استعد لان تكون اكثر شفافية في استقبال المعلومات من المتحدث حتى وان كانت مثيرة بحيث ترفضها على عجل، اترك عملية تقييم المعلومات الى نهاية الحديث بعد ان تتفحصها والمجموع بدقة للاجابة عليها.

- لاتجعل رأيك الشخصي في المفاوض الاخر له تأثير مسيق على استعدادك للانصات اليه سواء اكان ذلك بسبب اتجاهاته الفكرية او لمظهره او للجوانب الشكلية الاخرى.
- استخدم خبرتك ومعلوماتك السابقة المخزونة في الذاكرة في الحكم على صحة وصدق المعلومات المعروضة مع ضرورة الفصل بين الحقائق والاراء.
- لاتستسلم لمواقف الاثارة والحماس التي قد يبذلها المفاوض الاخر دون ان تدقق رد فعله جيدا.
- احترام وجهات النظر اثناء الحوار او النقاش حتى لو كنت مختلفا معهم.
- ارصد كل التعبيرات غير اللفظية والتلميحات، وكذلك اربط بين الامثلة والحكايات وابيات الشعر والاحاديث التي قد تعرض بمناسبة او اخرى وبين مايريد ان يوصله اليك المتحدث.
- عدم مقاطعة المتحدث امنحه الوقت الكافي بالانصات اليه بصورة جيدة.
- تجنب الاسئلة الساذجة او الجدل في المناقشة.
- تحكم في انفعالاتك، فلا تكن سريعا في ابداء الرأي او رد الفعل واجله حتى يكون تقييمك للامور واضحا كاملا.
- اجعل التغذية العكسية الصادرة منك للمفاوض الاخر مشجعة له وصادقة انظر اليه باهتمام، واجعل حركة رأسك ونظرتك معبرة عن مدى تفاعلك مع الحديث.
- تجنب الانشغال بالاشياء الموضوعية امامك او المقاطعة او الحديث الجانبي اثناء تحدث المفاوض الآخر.
- استمع وانصت اكثر ولا تتكلم حتى تكون لديك حصيلة جيدة تساعدك ان تكون متحدثا جيدا من جهة وتكوين معلومات طيبة عند المتحدث.
- فرق بين الاستفسار والتعليق والنقد بصورة تجعل المفاوض الاخر يتقبل ماتقول ولاتخلط بين الامور.

- تذكر انك لاتستطيع ان تنصت اذا كنت تتكلم فجهاز الاتصال لديك لايعمل بكفاءة عند العمل في اتجاهين بوقت واحد.
 - تعقيل وتحكيم العاطفة وعدم الاندفاع من دون فرامل.
- ((تعليق)):

ان الانصات الجيد؛ هو الطريق المناسب للمفكر او القائد او الشخص ذي العلاقات القوية بالآخرين حيث يوفر الكثير من الوقت والجهد في ادارة المشكلات والتفاوض مع المحيطين لتحقيق الاهداف.

نتائج الانصات الجيد:

الانصات الجيد يحقق لك اخي المفاوض الاتي:

١. تؤثر في صحة ودقة القرار المطلوب اتخاذه في المكان والزمان المناسب.
٢. تجعل العلاقات مع الاشخاص والجماعة قوية موثوق بها.
٣. تولد القدرة على التفكير والابتكار والابداع.
٤. تمنحك القدرة على مواجهة المشكلات والازمات بحكمة وروية.
٥. تجعل معايير تقييم الآخرين افرادا وجماعة وعاملين اكثر شفافية وعدلا.
٦. اضافة لقدرة الانسان على الحديث القوي الجيد.
٧. تقتل الخطأ ويمثل مفتاح الامان لنمو الشخص فكريا.
٨. تزيد الشخص ثقافة لتنوع الانصات الى مختلف الطبقات الاجتماعية والثقافية وتمنحه القدرة على التأثير في الآخرين.
٩. تعطي القدرة على التمييز بين المبادئ والاساليب، فالاساليب يمكن التفاوض حولها.
١٠. تمنحك القدرة على تنظيم ماتريد عرضه امام الآخرين بسهولة ويسر.

خامسا: الثقة بالنفس^(١):

(١) د. محمد عبد الغني حسن هلال: التدريب العملي مهارات ادارة السلوك الانساني، ص ٤٣؛
وطذلك د. محمد عبد الغني حسن هلال: مهارات ادارة السلوك الانساني، متطلبات التحديث
المستمر للسلوك، س ٢٠٠٢، ص ٧٣.

كيف تسموا بمستوى ثقتك بنفسك:

- من المعلوم ان كل منا لديه بعض الشعور بالنقص وتختلف درجة ذلك الشعور من شخص لآخر وعلى ذلك فان هناك العديد من الحالات سببا في ذلك منها المظهر الخارجي للشكل او تدني في القدرات او العيوب الجسمانية تؤدي الى الشعور بالنقص ويبدو دائما بالصفات الاتية:

١. الخجل السريع:

٢. الارتباك في بعض المواقف.

٣. التواضع بصورة مبالغ فيها فيها.

٤. الشعور بعدم القيمة.

.... وبغية مقاومة الشعور بالنقص ام بطريقة التكيف مع المجتمع او التعويض بافعال اخرى عن طريق القدرات الجسمانية، مثل ممارسة بعض الهوايات التي تعوض كثيرا من الرضا للانسان او التواصل العلمي المتفوق او البحث عن العمل المفضي او البحث عن العمل المفضي الى النجاح كلها تفيدك في تنمية ثقتك بنفسك، ولمزيد من المعرفة نمحك بعض الافكار التي تعزز من ثقتك بنفسك.

- افكار تفيدك لتنمية ثقتك بنفسك:

١. قبل كل شيء انك مدعو الى البحث عن الاسباب التي ردت الى

الشعور بالنقص، فعند عثورك على الاسباب فانك تصبح قادر على تهيئة الظروف لتنمية الثقة بالنفس.

٢. لكي تتخلص من نقاط الضعف ينبغي عليك ان تحشد كل شجاعتك

لازالة نقاط الضعف بالوسائل والاساليب التي تمنحك ادنى تنمية بمثابة انجاز لك.

٣. حاول دائما تنمية قدراتك الذهنية وامكانياتك العملية اكثر فاكثر وعلى

ذلك يمكن ان تخلق سبل لتعويض نقاط الضعف.

٤. كن معتزًا بنفسك فخورًا على نحو دائم بكل ماتنجزه من أعمال في أي حقل ولا تلتفت إلى ما يقال، فإن تقييمك لمنجزاتك هام جدًا عن رأي الآخرين من شخصك، وبالتالي لا تتصرف أي تصرف ضد قناعاتك الشخصية.

٥. لاتضع في اعتبارك أنك يمكن أن تكون ناجحًا في كل المجالات التي يقوم بها الآخرون فإن كل إنسان خلقه الله سبحانه بقدرات معينة وسمات مخصصة.

٦. إذا كنت تشعر بعدم الرضا عن وظيفتك وترى أنه لا ميل في تنمية قدرتك حاول أن تنمي قدراتك الذهنية بهواية من الهوايات أو الدخول في دورات تأهيل وعلى ذلك تعويض نقاط النقص في عدم الرضا.

٧. إذا ماتطلب عملك عمل مهمة شاقة، حاول أن تقدم من العمل فيها بالتفؤل، أما إذا كنت مذعورًا فإن ذلك يؤثر على قدراتك بثقتك بنفسك تجاه المشاكل الصعبة.

٨. لاتكن طموحًا أكثر مما ينبغي لأن ذلك ينعكس عليك في المفاوضات عملك وإدائك الوظيفي والاجتماعي، فأنت عليك الموازنة بين طموحك واحتياجاتك الشخصية.

٩. لاتحاول مقارنة نفسك بالآخرين، لأنك سوف تجد أن بعضهم يقوم بمهام بصورة أفضل منك، أما إذا قمت بذلك دائمًا فاعتبر أن هذه مخاطرة تضع فيها نفسك في موضع أنت لاتفضله دائمًا.

١٠. لاتعطي لنفسك مجالًا للغرور أو التكبر كونها صفة من صفات عدم الثقة بالنفس.

.... تشاركني الرأي بأنه لا شك في أن الثقة بالنفس هي أساس الأداء الناجح لكل من الطلبة والعاملين والمديرين والرؤساء وهكذا، وليست الثقة بالنفس هي أن يكون

المرء مغرورا او متكبرا، ولن تدفع الثقة بالنفس صاحبها للغرور او التكبر، طالما عرفها معرفة صحيحة.

سادسا: التفويض (علم، فن، اخلاق)^(١):

التفويض علم:

ان الوصول الى نظريات وقوانين علمية واستخدام الحاسوب يمكن تطبيقها في مرحلة حديثة، مما يجب العمل الالمام بها في خدمة الهدف.

التفويض فن:

في استخدام الاللوب والتكتيك والمهارات التي اكتشفها الانسان ومارسها منذ القدم كانت ماثار فن من الفنون الذي ابدع الانسان فيها واصبحت راسخة في ضمير الشعوب.

التفويض اخلاق:

استخدام الكلمة والرمز والعلاقات العامة في التعبير بالصورة التي تخدم الهدف فان على الشخص ان يكون صادقا مع نفسه والآخرين وشفافا معبرا بصراحة وادب وحرقة العمل التفاوضي.

.....التفاوض كما قلنا نشاط اجتماعي يحتاج اليه الشخص في كل زمان ومكان، لذلك كانت المهارات التفاوضية التي استخدمها الشخص عبر مراحل حياته نتاج فنون مارسها وابدع في بعض جوانبها بفطرية وحقق من خلالها الكثير من التقدم والتطور في الحياة.....ومن الطبيعي ان يكون هناك مستفيد وخاسر ولكن الفنون التفاوضية ساهمتا في تقريب المسافة ورسم الحدود الدنيا التي يجب عدم تجاوزها من خلال التفاوض، وقدمت العلاقات والمواقف التفاوضية مايمكننا ان نطلق عليه ادبيات التفاوض، من مقولات وعبارات واقوال مأثورقة مازالت تمثل قاموس التفاوض الرئيسية.

(١) انظر: د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التفاوض، المصدر السابق، ص ١٥.

ونظرا لعقد العلاقات الحياتية نتيجة للتطور والتقدم السريع المكثف في جوانب الحياة المختلفة، وماتج عنها من تعقيدات مع طبيعة المشكلات والازمات والصراعات فان فنون وادبيات التفاوض لم تعد كافية بمفردها..... ولكن ظهرت الحاجة الى البحث والدراسة لتأصيل وتقنين العلاقات والانشطة التفاوضية باساليب عملية وعلمية بحيث تكون هناك النظريات والقواعد العلمية والمنهجية التي تمثل المدخل الصحيح للوظائف التفاوضية، واثبت الواقع الملموس وفي العديد من المواقف التفاوضية في مواجهة الصراعا. ان الاجتهادات والاساليب غير المدروسة وغير المناسبة لم تصلح لتحقيق مكاسب او حلول مناسبة طرف واحد للطرفين لذلك فان التفاوض اصبح علما وفنا وخلقا.

المبحث الثالث: كيف تتم عملية الاعداد والتحضير والتهيئة للمفاوضات^(١)
لما كانت الدولة تمارس فعاليتها المختلفة من خلال ادارتها لكافة القطاعات المتمثلة بمختلف اجهزتها الانتاجية والخدمية، فقد ادى ذلك الى حتمية دخول اعداد كبيرة نسبيا من العاملين في الخدمة العامة في مواقف تفاوضية عديدة مع الاطراف الاخرى، بعد ان كانت عمليات المفاوضات والاتفاقيات والتعاقد على وجه العموم تم من خلال اجهزة مخصصة، يطلق عليها احيانا ((تسميات مختلفة مثلا دوائر العقود او التهيز او المبيعات او التجارية))، اصبحت مثل هذه العمليات تتم بالاضافة الى ذلك من خلال الدوائر والاجهزة المعنية بتنفيذ المشاريع الاستراتيجية ومن ثم نشوء الحاجة الى عمليات التفاوض^(٢).

لذلك تسعى اغلب الدول المتقدمة عند اجراء المفاوضات في مجال العقود او الاتفاقيات بشتى صورها الى التهيئة المسبقة (الاعداد والتحضير) قبل الدخول في

(١) نجدت صبري عقراوي، تنفيذ الشركات الاجنبية لمشاريع التنمية في العراق، دار القادسية، ط ١٩٨٦، ص ٧٠؛ وانظر كذلك: د. عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، التفاوض والتعاقد، عقود البيوع الدولية وفقا لاحكام قواعد الانكوتيرم لعام ١٩٩٠، بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٠
(٢) انظر: هشام الشاوي، الوجيز في فن المفاوضات، المصدر السابق، ص ٣٩٢.

تلك المباحثات والمفاوضات بهدف الوصول الى افضل الشروط لتحقيق الغاية التي يسعى اليها.

وعل هذا الاساس لابد من التذكير بان المفاوضات (*Negotiation*) هي؛ ((عملية تباحث [مخاض] بين طرفين او اكثر متناقضي المصالح على الارجح او قد يكون لديهم مصالح متبادلة حول موضوع او عدد من المواضيع محددة مسبقا بموجب جدول اعمال او آنية التشاور، الامر الذي يجعل منه مايسمى بموقف تفاوضي)).
..... الواقع وقبل كل شيء ان عملية التفاوض لابد ان يرافقها الاعداد والتحضير، وهي من مستلزمات نجاح العملية التفاوضية.

: كيفية الاعداد للمفاوضات:

ذاك لاريب ان التفاوض يعتبر جسرا يسهل من خلاله عبور الكلمات، وما تحدثه من تأثير وصدى لدى المتلقي، عطفاً على سلاسة الاسلوب، مقرونا بقوة الاستناد متمخضا هذا الامر الى انسيابية القبول، من حيث تمرير القنوات بصيغة تؤدي الى بلوغ الهدف، الذي يتم التفاوض من اجله، ولذلك ينبغي التقيد بالاتي^(١):

١. قبل كل شيء ان يكون المفاوض على استعداد نفسي للقيام بالتفاوض.

٢. الرضا لقبول التفاوض كقيمة ايجابية لحل المشكلات.

٣. العمل الدئوب لاكتساب المعارف والمهارات الضرورية.

٤. اجعل من الثقافة ثروة ادبية لغوية لاستخدامها في المواقف التفاوضية.

٥. امتحن نفسك دائما على مهارة التعامل مع الاخرين.

٦. التقدير الصحيح للامور.

٧. التحليل المنطقي للامور وتوليد الافكار والبدائل.

(١) نجدت صبري عقراوي، تنفيذ الشركات الاجنبية لمشاريع التنمية في العراق، دار القادسية، ط ١، ١٩٨٦، ص ٧٠؛ وانظر كذلك: د. عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، التفاوض والتعاقد، عقود البيوع الدولية وفقا لاحكام قواعد الانكو تيرم لعام ١٩٩٠، بغداد، ٢٠٠٠، ص ١٠.

٨. التحكم والسيطرة على الاعصاب والتصرفات اثناء الازمات.
٩. القدرة على حفظ الاسرار والمعلومات الهامة.
١٠. استخدام المعلومات والمهارات بدرجة عالية في الوقت المناسب.
١١. الصبر مع التصميم لبلوغ الهدف، والمحاولة المستمرة وعدم اليأس.
١٢. العمل على تحديد الاهداف التي تسعى اليها بدقة.
١٣. السعي الدائم الى وضع الموقف بالطريقة التي تجعل المفاوضين يقبلون افكارك.
١٤. هل بتقديرك ان تجزئة الهدف في التفاوض الى اهداف هو الطريق الصحيح للوصول الى الهدف.
١٥. تقييد العاطفة وتعليقها تضمن تحقيق الاهداف من دون توضحيات.
١٦. توظيف نقاط الضعف البشري بشكل ايجابي بما يخدم العملية التفاوضية.

((تعليق)):

من خلال تحويل الهدف العام الى مجموعة اغراض كمرحلة وسيطة تفرق فيها بين الجوانب المختلفة المحددة للموضوع التفاوضي وهذه الاغراض التفاوضية يسهل التعامل معها في ظل القوانين والقيم والرغبات العامة ونستطيع من خلالها ان نقيس المدى الذي يمكن ان نصل اليه في كل جانب او مجال، وتقسيم الاغراض الى اهداف محددة (Goals) وهي ماذا تريد بالتحديد في كل جانب طبقاً للعناصر او الظروف التي تحكمه، وهذه الاهداف المحدودة هي التي يقوم المفاوض بالتعامل مع الطرف الاخر من خلالها ويستطيع ان يشعر بنجاحه او فشله من خلال ما يصل اليه في كل هدف محدد طبقاً لما تم تحديده من قبل وماحصل عليه اثناء عملية التفاوض.

١٧. كيف تكشف حقيقة مايريد منك الطرف الاخر بالضبط.

١٨. كيف تجعله او تجبره على الاستماع اليك، وذلك باستخدام اقصى وسائل الاقناع.

١٩. هل تستطيع ان تحدد اهدافك التي تسعى اليها بدقة.

٢٠. انك في حاجة لان تعرف كيف تعطي وتأخذ، وكيف تكسب وتخسر، انك في حاجة لان تعرف كيف تتعامل مع الاخرين ممن تحبهم او تكرههم ومع رؤسائك ومرؤوسيك.

٢١. هل انت تحمل تلك الصفات التي تؤهلك للتميز والتفوق والنجاح ام انك لست كذلك، ان المشكلة الرئيسية التي تواجهك هي انك لاتستطيع ان تسعى للوصول الى ماتريد، وبالتالي ينبغي التدريب والتأهيل للتميز.

٢٢. هل بمقدورك التعامل مع موظفين لم تختارهم للمفاوضات ولكنك مجبر على التعامل معهم للدخول في مفاوضات مهمة.

٢٣. هل تعتمد اثناء المفاوضات على الظروف والعواطف والمفاجأة من دون ان تضع الخطة والاسلوب والمهارة في خدمة العملية التفاوضية.

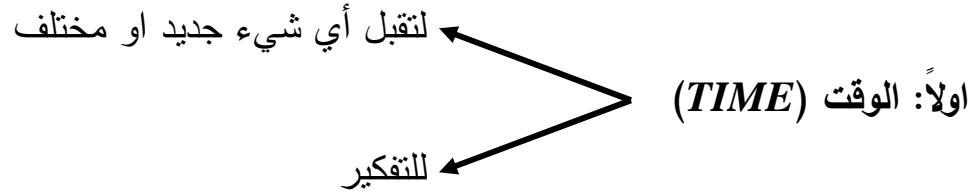
٢٤. هل انك تتحدث عن حاجاتك وامانيك ورغباتك اثناء المفاوضات.

٢٥. تستطيع ان تدعم محاولاتك تجاه تطوير ادائك التفاوضي وبناء شخصيتك من خلال اكتساب المعرفة والمهارة في استخدام بعض الاستراتيجيات التي تمكنك من زيادة تأثيرك في النشاط التفاوضي.

٢٦. انك في حاجة لزيادة لباقتك التفاوضية من خلال البدء بمجموعة من التمرينات التي تساعدك على السعي المتدرج لزيادة قدرتك على التأثير في الاخرين والحصول على ماتريد واصدار القرارات العقلانية فيها.

: المعادلة التفاوضية (القوة التفاوضية) Negotition:

دراسة جدوى العملية التفاوضية... الاطار الحاكم للعملية التفاوضية تتحدد من خلال اربعة عناصر حاكمة تتداخل مع بعضها حتى تعطيك قوتك التفاوضية، القوة التفاوضية تساوي مهارتك في التعامل مع (الوقت + المعلومات + السلطة + الموقف)



- ان المفاوض في حاجة الى الوقت لتقبل أي شيء جديد او مختلف، وان اهمية وقت القبول بالنسبة للمفاوضات يسهم في اضاء المصادقية، لذا ينبغي على المفاوض ان يكون حريصاً عندما يضع ميعاد نهائي يحدد فيه:

١. عرض محدود للوقت.

٢. عرض يعتمد على قرار سريع.

٣. الاشارة الى زيادة الاسعار.

٤. التأكيد على المواصفات الفنية.

- انك تحتاج للوقت في التفكير:

لاتبدأ في المفاوضات بدون النظر بعين الاعتبار الى كيفية قيامك باتاحة الوقت لنفسك للتفكير، او جد حاجزا للتفكير لابعاد نفسك عن ان يدفعك الآخرون لاتخاذ قرار متسرع، والوقت للتفكير يغير من ادراك الامور بعد وقوعها الى ادراك الامور قبل وقوعها وهذا مانطلق عليه البصيرة، لذا نقدم عدد من الوصايا المهمة نأمل التقيد بها في المفاوضات وهي:

١. اجعل الطرف الآخر يعرض موقفه قبل بدء المفاوضات.

٢. عند ترتيب امورك عليك ان تنبه الطرف الآخر بان هناك زيارة

لشخصية هامة بصورة مفاجئة او ترتب اتصال هاتفى بغية منحك

الفرصة الكافية في النقاط الحاسمة من التفاوض.

٣. اذهب الى التواليت او انك بحاجة الى فنجان قهوة او انك عطشان لاسيما في النقاط الحاسمة.
٤. قم بتغيير احد اعضاء فريق المفاوضات.
٥. لاتجعل دليل تأييد كلام المفاوضين اثناء المفاوضات قرار حاسم فطلب الوقت للمناقشة مع مراجعك للموافقة او استثارة الاخرين.
٦. اعلن انك بحاجة الى المزيد من الوقت لدراسة العرض المقدم من الناحية الفنية والمالية.
٧. انقل كاهل الطرف الاخر بالكثير من المستندات والاوراق.
٨. استخدم مترجم او طرف ثالث فانهم يبطئون من سير المفاوضات لغرض اعادة ترتيب الامور التفاوضية والويتها.
٩. ابليح العاملين بقواعد كيفية الاجابة بالموافقة على الاسئلة ويفضل توجيه الاسئلة الى الرئيس فقط.
١٠. انسحب لفترة راحة واطلب عقد الاجتماع في الوقت الذي يناسبك وحسب طبيعة المفاوضات.
١١. ليكن معك ثراثرا في فريقك فهو الشخص الذي تستطيع ان توجهه في الوقت والظرف المناسب.

ثانياً: المعلومات **INFORMATION**:

- يتفق الجميع على ان المعرفة هي القوة، لماذا تفشل معظم شركات التجارة في الاستعانة بمصادر المعلومات العامة والخاصة المتوفرة لهم ؟... لانهم يصعبون الامور على العاملين معهم للحصول على المعرفة، وطبقاً لقاعدة اقل الجهد المبذول ((انه اذا كان صعبا للغاية الحصول على شيء ما فإنه لن يستحصل عليه))، وثمة ثلاث خطوات اساسية لازمة قبل ان يستخدم العاملين المعلومات:

١. يجب عليهم معرفة مكان المعلومات.

٢. لابد ان يتاح لهم الطريق للوصول اليهم.

٣. لابد ان يكونوا منظمين لتلقي هذه المعلومات.

..... ان اول انطباع لك هو ان تقول ان هذا مجرد شيء معروف..... نعم ولكن مثل الكثير من الاشياء المعروفة فانه ينسى بسهولة ولسوء الحظ فانه يتضح ان المعرفة ليست بلا مقابل ابدا.

٤. ان يتاح للمفاوض ملف عن تاريخ الشركة او المؤسسة وانجازاتها والمنتجات التي تنتجها.....الخ.

- حماية المعلومات:

١. اختر الاشخاص الكتومين ذوي المواقف الثابتة واكد على اهمية الهدوء.

٢. استبعد أي شخص لفائدة من معرفته البيانات، وقسم المعلومات على العاملين (الثقة) طبقاً لما هو ضروري بالنسبة لهم.

٣. قدم لخصمك بيانات قليلة بقدر الامكان من ضمن الاسباب التكتيكية في التعامل.

٤. اوجد شبكة اتصالات لتدقيق كل ما هو غريب يدخل على المعلومات في الشركة.

٥. تعامل مع كافة المستندات المؤيدة لمشروع ما بسرية تامة تحت الرقابة دائما.

٦. غير من اسلوب عقد الاجتماعات وحجرات الفنادق التي تتم فيها المفاوضات اذ قد تكون الحجرات تحت التتصت.

٧. ليعلم عديد قليل جدا من العاملين بارقام العطاء النهائي.

٨. احترس على الوثائق والمستندات الخاصة بالمفاوضات ولتكن بين يديك او الافضل بين العاملين المقربين الثقة.

ثالثاً: السلطة *AUTHORITY* ^(١)

- صانعو القرار *DECISION MAKERS*

ان صانعي القرار الحقيقيين نادرا مايكونون هم الجالسين وجها لوجه على موائد التفاوض، اذ يلزم على كل من (المشتري والبائع) ان يتعاملان مع اشخاص اخرين في مؤسساتها وهم الرؤساء اذ تختلف تقيماتهم للعملية التفاوضية عن المفاوضين بطريقة مختلفة.

في حين توجد فرق تفاوضية ان لديها سلطات في اتخاذ القرار المناسب الا ان رئيس الوفد التفاوضي قد لاشارك قد لاشارك اثناء النقاش ودوره فقط يثبت الملاحظات وبعد انتهاء الجلسة يزود المفاوضين بالملاحظات وهذا اسلوب متبع في عدد من الدول لاسيما المانيا واليابان وان بعض من الدول تمنح فرص التدريب والاعداد لعدد اضافي من العاملين ويكون صاحب القرار من بين الاحتياط وهكذا.

اصحاب القرار لابد ان يدعوا احتياطات خاصة اذ يجب ان لايدفعهم الآخرون لاتخاذ قرارات سريعة اذ لابد ان يتخذوا وقتاً كافياً للتخطيط والتفكير واختبار الحقائق للتأكد منهم والاستئثار قبل اصدار القرار الحاسم.

- السلطة المحدودة: *LIMITED AUTHORITY*

ان السلطة المحدودة مصدر قوة للمفاوض بصفة عامة يكون في وضع افضل اذا لم تكن لديه السلطات الكاملة، والمفاوض محدود السلطات يبرهن على انه يصعب التعامل معه، والشخص المقبل على التفاوض عليه ان يسأل نفسه، ماهي القيود التي يريدتها تفرض على سلطاته؟ ان القيود المختارة بعناية يمكن ان تخلق فرقاً كبيراً في المحصلة النهائية، فقد تكون تلك القيود او السلطات المحددة قيود مالية (مثل قيود موافقة الجهات الحكومية، قيود الشراء، قيود الموافقة، قيود الميزانية، تفويض التوقيع...).

(١) د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التفاوض، المصدر السابق، ص ٤٥.

١. قيود المدة المحددة (قيود مبلغ الدفعة المقدمة، قيود الضمان.....الخ).
٢. قيود الاجراءات والسياسات (انواع القيود، مصاريف التحويل الداخلية، التعامل مع المدفوعات والفواتير، تقدير العمالة المطلوبة).
٣. القيود القانونية والتأمينية (قيود المسؤولية القانونية، متطلبات التأمين الابتدائي، وشروطه، حقوق البيانات واستخامها).
٤. القيود الهندسية (القيود على تغيير المواصفات، القيود على المدخلات والمخرجات الافصاح عن الاسرار التي تخدم التفاوض).
٥. قيود اللجان المساعدة (لجنة المشتريات، لجنة الشؤون المالية).
٦. قيود الفحص والمعاينة الهندسية والتقييم.

..... لقد خدمتني القيود تماما اذ اتاح بعضها الوقت لي للتفكير والاثبات على موقف او لمعرفة الحقائق كاملة، واتاح بعضها الفرصة لطرح اسئلة افضل او للرد بصورة افضل... ولعل الشيء الاكثر اهمية هو انها اتاحت الفرصة لي طرقا احفظ بها عن تصرفاتي السابقة.

رابعاً: الموقف التفاوضي *NEGOTIATION*:^(١)

لاشك في ان الظروف التي تحيط بعملية التفاوض والتي تكونت قبل واثناء الجلوس على مائدة المفاوضات تؤثر بشكل او بآخر على كل طرف من العملية التفاوضية او قد تؤدي الى فشل العملية التفاوضية.

مكونات الموقف التفاوضي:

١. نوعية القضية: فكلما كانت المفاوضات ساخنة، اعطت قوة للاطراف على الوصول للنتائج وتبرز المهارات التفاوضية التي يمارسها طرفا التفاوض في كيفية تسخين القضية التفاوضية اذا اصابها البرود او الجمود.

(١) د. امية الدهان، ادارة المفاوضات وتنمية مهاراتها في المنظمة، مجلة دراسات الجامعة الاردنية، مج١٣، ع٣، آذار ١٩٨٦، ص ١٢٣ ومابعدھا؛ وانظر ايضا: د. محسن احمد الخضير، مبادئ المفاوضات، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٢ ومابعدھا.

٢. توازن المصالح التفاوضية: حيث يشجع ذلك على زيادة القوى الدافعة الداخلية لكل طرف نحو الوصول الى اتفاق.

٣. الاتجاهات التفاوضية:

ان عملية تكوين اتجاهات المفاوض تعتمد على ما يحمله من قيم، ويمثل اقتناع المفاوض بأهمية العملية التفاوضية، عاملا هاما في زيادة فرصه في تحقيق نتائج مناسبة، حيث ان ذلك ينعكس على سلوك المفاوض في المحاولة والمثابرة والصبر على بلوغ النتائج مع التصميم على ذلك في نفس الوقت، وكثير ما يندفع المفاوض في قوته البدنية او المالية او الانتاجية ويكون اتجاهات خاطئة تبعده عن الاقتناع بان التفاوض هو الطريق الاكثر قربا وتحقيقا للنتائج.

... وان اهم العناصر في دعم ونجاح العملية التفاوضية هي:

. الاختيار المناسب . التدريب . الانسجام

من هو المفاوض الماهر (Who is a Elever) :

:(Negotiator)

التفاوض من اكثر المهام صعوبة التي يمكن للفرد ان يؤديها فهي تتطلب مزيجا من سمات عديدة لا تتوفر في المهني، وتتطلب عملية التفاوض ليس فقط الحس التجاري السليم، ولك تفهما حادا للطبيعة الشرية ايضا. ان مائدة المساومة هي مركز الدراما العنيفة، ولم ارى مكانا ما في عالم التجارة حيث تجتمع القوة والاقناع والاقتصاد والتحفيز والضغط من الشركاء، حيث يتركز كل ذلك في اسلوب واحد واطار ضيق ولا يوجد في أي مكان احتمال احتمال للحصول على عوائد استثمارية كما في حجرة التفاوض.

وفيما يلي اربعة عشرة سمة تبحث عنها في المفاوض المجيد^(١):

١. القدرة على التفاوض بفاعلية وكسب ثقة الاخرين من رؤساء ومرووسين.

^(١) اوراق بحثية عن التفاوض ١٣١٣ E-Mail:link.net@ecwr - طريق مصر حلوان الزراعي، خلف المحكمة الدستورية العليا، المعادي، مصر.

J & Mcmillan Manging, J. Negotiation, Hutchinson, and Benson Kennedt, G, Business Books Limited, 1987, LONDON,p:150-165.

٢. الاستعداد والالتزام بالتخطيط الدقيق لكل التفاصيل وايجاد البدائل والتأكد من صحة المعلومات.
٣. الحكم السليم للامور، والقدرة على التمييز بين القضايا الحقيقية الاساسية والفرعية.
٤. الشجاعة والالتزام الشخصي بالوصول الى الاهداف.
٥. الحكمة والصبر ومن ثم الانتظار حتى تظهر الرؤيا بأكملها.
٦. الاستعداد للمشاركة مع الخصم ومع الزملاء بفاعلية نحو تحقيق الاهداف.
٧. الالتزام بالنزاهة وارضاء كافة الاطراف.
٨. القدرة على الاستماع والانصات بعقل منفتح.
٩. امتلاك البصيرة على النظر في المفاوضات من وجهة نظر الطرف الاخر بمعنى ان ترى القضايا الشخصية الخفية التي تؤثر على النتائج.
١٠. الثقة بالنفس القائمة على اساس المعرفة والتخطيط والتفاوض بطريقة سليمة.
١١. الاستعداد لاستعانة بخبراء الفريق الذي تعمل معه.
١٢. الشخصية المتوازنة أي الشخص الذي يعرف كيف يتفاوض مع الاخرين.
١٣. عدم التعاطي مع العواطف اثناء المفاوضات ويلتزم الجدية والمصلحة العامة.
١٤. تعقيل العاطفة في الاوقات التي تتطلب موقفا حازما، لاسيما اذا كان الطرف المقابل عنصرا نسبيا.

التهيئة والاعداد للمفاوضات^(١):

- تحديد الهدف العام للتفاوض وفي اطاره يجري تحديد الاهداف التفاوضية الفرعية وتعريفها بوضوح، اما اذا كانت هناك عروض مقدمة مسبقا من الطرف المقابل لابد من تصنيفها من خلال المناقشة الدقيقة والمستفيضة وفق الاتي:

١. نقاط يمكن قبولها.

٢. نقاط يمكن مناقشتها.

٣. نقاط يمكن قبولها بموافقة المراجع المختصة.

٤. نقاط لايمكن قبولها لمخالفتها التعليمات والقانون.

..... وعلى وفق ذلك فان الفريق المفاوض سيتمكن من تقرير الاستراتيجية التي ستعتمد في المفاوضات.....

((تعليق))

(١) د. ناجي معلا، التفاوض الاستراتيجيات والاساليب، مدخل في الحوار الاقناعي، ط٢، عمان، ٢٠٠٠، ص ٩٧ ومابعدھا.

وللمزيد من التفاصيل، انظر كل من: هادي الكليباوي، خصائص وسلوكيات المفاوض العراقي، محاضرات القيت في دورة مهارات التفاوض في الجامعة المستنصرية، كلية الآداب، ١٩٩٣؛ ود. محسن احمد الخضير، المصدر السابق، ص ٢١ ومابعدھا؛ ود. عباس مجيد ابو التمن، مهارات التفاوض في الاعمال، دراسة تطبيقية في مفاوضات التجارة الخارجية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد - جامعة بغداد، ١٩٨٩، ص ٢٧ ومابعدھا؛ ونبيل سعدون العذاري، العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض، دراسة ميدانية في القطاع التجاري العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد - جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٢٣ ومابعدھا.

يلاحظ ان الكثير من المفاوضات تبدأ دون التهيئة اللازمة لها نرى غالبا ما يصاحب هذه المفاوضات التعثر مما يترك أثارا نفسية غير محبذة تعزل التوصل الى اتفاق لاحق فالطرف المفاوض السيء التحضير لايسطيع التصرف بردود افعال تجاه الاحداث بايجابية وتكون النتائج التي تتمخض عن المفاوضات سلبية.

- تحديد عدد واختصاصات وخبرات اعضاء الفريق التفاوضي وتحديد ادوارهم في ضوء المخرجات المتقدمة.

- معرفة صفات واتجاهات المفاوض الخصم لتتمكن من التأثير عليه.

((تعليق))

ان حجم تشكيل الوفد التفاوضي ليست مسألة مكلفة فانها تعتمد على ظروف وطبيعة المفاوضة واهمية الموضوع وبالتالي ينبغي ان يتوفر في الوفد التفاوضي جميع الاختصاصات (التجارية، الفنية، القانونية، وقد تكون اختصاصات اخرى مهمة مثلا الحسابات) واعضاء اخرين يشتركون من ذات الاختصاص (احتياط) لاكسابهم الخبرات والمهارات التفاوضية لاعدادهم (تعاقب الاجيال)

- تقرير الفقرات القابلة لاثارة الاعتراضات.

- تقرير النتائج المحتملة للمفاوضات والاجراءات المترتبة عليها.

- اقتراح اوقات ومكان التفاوض والاسلوب الامثل لبدء المفاوضات.

: خصائص وسلوكيات والمهام الواجب التقيد بها من قبل

()

- التهيئة والاعداد المسبق وجمع المعلومات المطلوبة للمفاوضات قبل الدخول بها.

(¹) انظر: د. ناجي معلا، المصدر السابق، ص ٩٨؛ ود. رجب كريم اللاه، المصدر السابق، ص ٦٥ ومابعدهما؛ وصديق محمد عفيف، المصدر السابق، ص ١٦ ومابعدهما؛ مارك بير، فن التفاوض، شركة الحوار الثقافي ضمن سلسلة هارفارد لاساسيات الاعمال، 12/10/2005 1: 30 PM 17، حمد بن عبد الرحمن المانع، مهارات غائبة في التفاوض؛ وكذلك هادي الكليباوي، خصائص وسلوكيات المفاوض العراقي، مصدر سابق.

- تحديد العناصر الفنية والقانونية والتجارية والاختصاصات الاخرى ذاتت الخبرات في المفاوضات.

- توزيع الادوار بين اعضاء الوفد المفاوض وعم التدخل في الاختصاصات.

- تحديد وتدقيق الملاحظات والصياغات، الاولية المقدمة من الفريق المفاوض المقابل واتاحة الفرصة للدراسة المعمقة التحليلية المستفيضة لكافة الجوانب التي يراد مناقشتها ومنها الفنية والتجارية والقانونية.

- يلتزم المفاوض بالاتي:

١. عدم الميل الى الكلام الجانبي الذي لاعلاقة له بالموضوع.

٢. عدم العصبية والظهور بانفعالات على الوجه والتصرفات.

٣. عدم اثارة موضوعات لها علاقة بعمل الجهة الحكومية المرتبط بها بمناسبة او بدونها.

٤. اعتماد المفاوض اسلوب النفس الطويل.

٥. ينبغي ان يكون المفاوض واضح دائما بصدد طلباته ودقيقا فيها.

٦. عدم المبالغة في المعلومات على اختلافها فانها من اسرار العمل الوظيفي.

٧. الحضور في الموعد والمكان المحدد بالتوقيينات التي تم الاتفاق عليها، والتأخر سيكون عامل سلبي في عدم جدية الفريق المفاوض.

- ضرورة معرفة سلوكية (الحالة النفسية والانفعالية) لاعضاء الفريق المفاوض المقابل وكيفية التعامل معها، والاسلوب الامثل لنقاط الضعف ومكان القوة فيه.

((تعليق))

وجدنا في بعض الادارات تكوين الوفد التفاوضي من الكوادر (التجارية، الفنية، القانونية) والبعض الاعظم يغيب العضو القانوني وتكون مهمته تقتصر فقط في اعداد العقد من دون معرفة تفاصيل المفاوضات التي جرت على الموضوع، واعداد

العقد هو الآخر يكاد ان يكون من اختصاص العضو التجاري او الفني للقيام بهذه المهمة، وهذا يؤدي في الغالب الى اشكالات قانونية كبيرة، قد لاتظهر في وقت التعاقد، انما تنمو وتظهر عند حصول المشاكل في اعمال التوريد (التجهيز) او في المقاولات (الاشغال العامة).

ولهذا من الواجب مشاركة العضو القانوني في المفاوضات واعداد العقود مشتركا مع الجهات المذكورة انفا لكي لاتكون تلك العقود خالية من تفاصيل تضمن حقوق الادارة، مما قد يفقد الدفع القانوني المسوغات التي يمكن من خلالها مواجهة الخصوم.

تشكيل الوفد التفاوضي:

ان من مستلزمات نجاح الوفد التفاوضي اختياره بشكل متجانس من حيث تكامل الاختصاصات ((الفنية والمالية والتجارية والقانونية)) واية اختصاصات اخرى يقتضيها واقع الحال، ولايعلق هذا الامر في الوقت الحرج باي حال من الاحوال ولا مسوغ لاغفاله وبالتالي هذا قد يؤثر على مجرى المفاوضات لان عدم مراعاة تشكيل الوفد على نحو دقيق وفي الوقت المناسب سيؤدي حتما الى اثار سلبية ترافق مراحل سير العملية التفاوضية ويفضي الى هدر في المال العام^(١).
الموقف القانوني من التفاوض^(٢).

من مفيد القول بان المراحل التحضيرية للتفاوض (الابتدائية) لايرتب لها أي اثر من القانون، ذلك بان التفاوض اتصال متبادل يكون فيه للطرفين مصالح واهتمامات مشتركة، وفي بعضها متعارضة حيث يسعى كل منهما الى اتفاق يرضي مصالحه التي يتفاوض من اجلها، وبالتالي فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يترأيه وعند عدم افضاء جهودهم الى اتفاق وعدل احدهم عن اتمام الصفقة التي كان من المؤمل انجازها فلا اثار قانونية على أي منهما ناتج بسبب العدول.

(١) د. عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، التفاوض والتعاقد، المصدر السابق، ص ٧.

(٢) د. محسن احمد الخضير، المصدر السابق، ص ٢٢، ود. رجب كريم عبد اللاه، المصدر السابق، ٦٣، ومابعدھا.

ولايفوتنا ان نذكر انه قد يؤدي عدول احد اطراف التفاوض بسبب خطأ صدر عنه عمدا هادفا المماثلة والتسويق ادى ذلك ال ضياع الوقت والمال مما يستلزم تعويضه بما تعرض له من اضرار نتيجة تصرفات مقصودة الغاية منها عدم الوصول الى اتفاق للاهداف الاخرى^(١).

مهام وواجبات رئيس الوفد واعضائه^(٢)

من دون شك ان هناك مهام وواجبات اساسية يتحملها رئيس الوفد التفاوضي:

١. قيادة عملية التفاوض بنفسه تحقيقا للامانة التي القيت على عاتقه.
٢. اعداد المعلومات الضرورية والاحصائية المتعلقة بالطرف المفاوض الاخر.
٣. تسلم التوجيهات من الجهة المعنية بموضوع التفاوض لمعرفة حدود الصلاحيات الممنوحة له.
٤. تهيئة جدول الاعمال الخاص بالمفاوضات وبالتنسيق مع الطرف الاخر لتنظيم مواعيد الاجتماعات والقضايا التي تتناولها المفاوضات.
٥. ادارة الجلسات والاشراف على اللجان الفرعية والعمل على تذليل المعوقات وتوجيه الملاحظات المناسبة بما يؤمن نجاح المهمة التفاوضية.
٦. التأكيد من تسجيل كافة الملاحظات من قبل المختصين اثناء التفاوض وتدقيق محاضر الاجتماعات بعد انتهاء كل جلسة ومراجعة الملاحظات وتقييم الموقف التفاوضي والتهيؤ والاستعداد مع بقية اعضاء الوفد التفاوضي للجلسة القادمة.
٧. توزيع الادوار كل حسب اختصاصه، مع الاخذ بالاعتبار عدم التصرف الانفرادي من قبل اعضاء الوفد الا من خلال رئيس الوفد.

(١) هادي الكليباوي، خصائص وسلوكيات المفاوض العراقي، محاضرات القيت في دورة مهارات التفاوض في الجامعة المستنصرية - كلية الآداب، ١٩٩٣.

(٢) د. عبد جمعة موسى الربيعي وفواد العلواني، التفاوض والتعاقد، المصدر السابق، ص ١٦.

٨. حضر اتخاذ القرارات النهائية به بعد استطلاع آراء أعضاء الوفد كل في مجال اختصاصه ومن ثم إجراء المناقشة المستفيضة من أجل الوصل بالاتفاق بين الجمع لكل قضية جرت مناقشتها.

٩. التوقيع على جميع محاضر الاجتماعات مع بقية أعضاء الوفد التفاوضي .

الخطأ القاتلة في طريق المفاوضات^(١)

في العادة اننا نرتب العديد او بعض الاخطاء بصورة انفعالية او كما تعودنا في المواقف البسيطة، ولكن علينا ان نكون اكثر حذرا حتى لانخسر كل شيء وعليك ان تضع بعض المحاذير امامك في المواقف البسيطة، ولكن علينا ان نكون اكثر حذرا حتى لانخسر كل شيء وعليك ان تضع بعض المحاذير امامك عند كلب موقف تفاوضي.. وعليك ملاحظة الاخطاء الشائعة التي تواكب العمل التفاوضي وهي:

١. التصعيد غير المنطقي للامور.
٢. التركيز على ان تكسب على حساب الآخرين.
٣. ان تبدأ التفاوض بالموضوعات الصعبة.
٤. ان تحاول ان تكون ثقتك اكثر ثقلا دائما.
٥. الهروب بدلا من التفاوض.
٦. التركيز على المعلومات الرئيسية وتجاهل الفرعية.
٧. اهمال الجانب الآخر وعدم اعطائه التقدير المناسب.
٨. الثقة الزائدة في قدراتك التفاوضية.
٩. لاتدع موضوع يطرح للمناقشة وانت غير مستعد له.
١٠. لاتخف من المفاوضات مهما كانت الفروق شاسعة.
١١. لاتفاوض معك فريق درجة ثانية.

(١) د. عبد جمعة موس الربيعي وفؤاد العلواني، التفاوض والتعاقد، المصدر السابق، ص ١٨-١٩.

هادي الكليباوي، خصائص وسلوكيات المفاوض العراقي، المصدر السابق.

١٢. الشكاوى التي يقدمها خصمك عن فريقك التفاوضي تعني ان كل شيء على مايرام.

١٣. لاتدخل في مفاوضات هامة بدوت تلقين فريقك ماذا سوف يفعل.

١٤. لاتتعرض ان خصمك يعرف مزايا ماتقول.

.... من السهل التعرف على الاخطاء الفنية التي يرتكبها الآخرون اكثر من الاخطاء التي ترتكب من قبلنا، دائما حلل ماذا فعلت بعد كل مفاوضة وارجع الى ملف اخطائك التي تحتفظ بها، وهل اصلحت تلك الاخطاء ومستوى ادائك في المفاوضات، وبذات الوقت قيم وحلل كل ماعرض من الطرف الآخر.

: ستراتيديات وتكتيكات التفاوض

Negotiation Tecties and Strategies

اولاً: ستراتيديات التفاوض *Gotiation Strategies*:^(١)

لاينظر المفاوض المتمرس الى عنصر واحد اثناء عملية التفاوض مثل الوقت والمعلومات والسلطات المخولة له، ولكنه ينظر بصورة شاملة ومتكاملة للموقف حيث علي ان يحدد الاتي:

١. مصادر قوتك التفاوضية.

٢. مصادر قوة الطرف الآخر.

٣. كيف تتفاوض والى أي مدى يقدم التنازلات.

٤. قيم مهارتك وخصائصك وحدد اهدافك الاولى.

٥. تعرف عن قرب على خصائص ومهارات المفاوض الآخر.

..... ما المقصود بستراتيديات التفاوض^(٢):

(١) د. ثابت عبد الرحمن ادريس، التفاوض ستراتيديات وتكتيكات ومهارات تطبيقية، دار الجامعة في الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٧٠ ومابعدھا؛ وانظر: فراس كاظم، المفاوضات، كلية العلوم الادارية، منتديات طلاب وطالبات جامعة الملك سعود.

(٢) د. مصطفى محمود ابو بكر، التفاوض الناجح مدخل ستراتيحي سلوكي، دار الجامعة في الاسكندرية، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥، ص ٣٣٥ ومابعدھا.

يختار المفاوض بعد ان يجمع المعلومات ويحدد موقفه التفاوضي مجموعة اساليب ووسائل يمكن استخدامها في حالة فشل بعض منها لتحقيق اهدافه في ضوء الموقف التفاوضي ويطلق عليها الاستراتيجيات التفاوضية. ويعني ان المفاوض المتمرس هو الذي يستخدم استراتيجية مبنية على العلاقات السابقة والحالية مع الجانب الاخر ويراعي مدى تأثير هذا الاتفاق على العلاقات المستقبلية.

واستراتيجية التفاوض تؤكد انك لاتسعى لكسب معركة فهي ليست كسبا لمعركة او خسارة لحرب ولكنها هي الخروج بافضل النتائج الممكنة للطرفين، فالتفاوض يعني كشف لما لديك من قدرات تستطيع ان تقدمها على مائدة المفاوضات وهي سبع استراتيجيات للتفاوض ينبغي التقيد بها بشكل دقيق.

اهمية استراتيجية التفاوض^(١):

ينبغي على المفاوض صاحب المهارة ان يتقيد بشكل دقيق بالاسس العامة لاستراتيجيات التفاوض على الدوام وهي كما يلي:

١. ركز على قوتك: من اتسهل الا تستطيع ان تعطي التقدير الكافي لقوتك لانك تقلق من تأثير النتائج عليك ولاتتظر كيف تؤثر النتائج على الطرف الآخر، لذلك عليك ان تبرز القوة التي تملكها على مائدة المفاوضات من خلال التركيز على:

١. ايمانك بان الصفقة التي تقدمها هي افضل صفقة.

٢. استعدادك من المعرفة بامتلاك المعلومات الكافية.

٣. الاختيار المطلق.

٢. كن صبوراً: عليك ان تتصرف كما لو كنت تمتلك الوقت كله.

٣. اكتشف الخيارات المطروحة واستقد منها.

(١) د. صديق محمد عفيف، المصدر السابق، ص ٧٢ وما بعدها؛ ود. محمد سعيد الحلفاوي، المصدر السابق، ص ٢٠٣.

٤. ارسـم ملامـح شـخصيتـك: بانـ تجـعل الجـانـب الاخر ينـظرون اليـك بانـك الشـخصية الاولي المهمة في العملية التفاوضية.

٥. بناء جسور قوية مع الطرف الاخر بان تحافظ على وعودك بالتنفيذ.

٦. عليك ان تنتظر بعين الاعتبار الى الآفاق وتقديم تنازلات لتحقيق حل يتسم بالتعاون والكسب ويلبي احتياجات كلا الطرفين من دون خسائر.

٧. عليك ان تتعرف على من بيدهم الامر ومن هم على استعداد للتفاهم.

نصائح للمفاوض^(١)

نحتاج احيانا لان نفاوض للحصول على مانعتقد انه من حقوقنا.

نذكر مثالا على ذلك السعي للحصول على راتب اعلى، التفاوض من اجل خدمات افضل او لحل خلاف تجاري... مايلي بعض النصائح والاستراتيجيات التي قد تساعد المفاوض على النجاح في خوض مفاوضات بشكل فعال يضمن الوصول الى اهدافه، او على الاقل تحقيق نسبة نجاح مقبولة:

١. حدد ماتريده من المفاوضات قبل خوضها:

في باديء الامر، قيم مهارتك وخصائصك، وحدد اطر اهدافك الاولية، فهل: (أ) تسعى الى اتمام المفاوضات باقل وقت ممكن. (ب) ام تريد الانتهاء من الامر فحسب؟

اما اذا كانت النقطة الثانية هي ماتسعى هي ماتسعى اليه بالشكل الاساسي، فان ذلك قد يؤدي الى اتباعك اسلوب هجومي وعدائي يؤدي بدوره الى تدمير علاقاتك مع الطرف الاخر في المفاوضات.

(١) بدون اسم ناشر، جريدة الرياض اليومية، الاحد ١١/محرم/١٤٢٦ هـ - ٢٠/فبراير/٢٠٠٥م، العدد (١٣٣٩٠)؛ وانظر ايضا: فراس كاظم، المفاوض، كلية العلوم الادارية، المصدر السابق.

٢. تعرف على خصائص ومهارات الخصم:

قبل خوض المفاوضات تحرى عن سمعة خصمك من حيث مهاراته في التفاوض وخبرته، وبالتالي تستطيع ان تحكم ان كان خصمك يشكل لك تهديدا خلال المفاوضات، ام انه خصم مساوٍ لك ولا يشكل تهديدا يستحق الذكر.

٣. تنبأ بما قد يدور في ذهن خصمك:

لا يكفي ان تعرف وتحدد ماتريده من خوض المفاوضات، بل عليك ان تحلل وتحاول ان تصل الى مايفكر به ويهدف اليه الطرف الاخر، بهذا انت تفكر عن شخصين وبعقلين، تفكر عن نفسك وتفكر عن خصمك، والافضل من ذلك، هو تطوير قدرتك بحيث تتمكن من التنبؤ بما يتوقع او يعتقد خصمك انك تريده. وهنا انت تفكر بثلاث ادمغة، تعرف ماتريده، وتنبأ بما يريده خصمك، وتنبأ بما يعتقد خصمك انك تريده .

٤. اعمل على بناء الثقة بينك وبين خصمك:

يعتبر التفاوض شكل متطور من اشكال الاتصال، ولكن في غياب الثقة بين طرفي المفاوضات، لن تستند العملية على تبادل ونقل فعال للمعلومات والافكارن بل على العكس، سيحل محل الاسلوب المنهجي والمنظم لتبادل المعلومات اسلوب اخر يعمد الى التلاعب بالمعلومات وبالتالي يصبح الجو العام للمفاوضات مفعما بالشك والارتياب. اكسب ثقة خصمك بان تكون جديرا بهذه الثقة وتصدق القول وتثق بنفسك.

٥. طور مهارات الانصات للآخرين:

معظم الاشخالص يديرون حوارا داخليا مع انفسهم، أي يتحدثون الى انفسهم ضمنيا.وقد يكون لهذا اثار سلبية اثناء المفاوضات ان لم يتمكن المرء من ان يسيطر على الحوار الداخلي وينصت الى مايقوله، بل ويراقب تعابير وجه ونبرات صوت الطرف الاخر، وبالتالي لاتقوته أي رسالة شفوية او تعبيرية مهمة والتي قد تساعده في كشف نقاط ضعف وقوة الخصم.

٦. لا تكشف اوراقك من البداية:

لا تكشف نفسك واهدافك وغاياتك وتضعها بين يدي خصمك بداية المفاوضات، بل استهل بات تصرح عن موقفك الذي تتخذه. عندئذ وبعد ان تتوطد الثقة تدريجيا اثناء المفاوضات، تستطيع انت او الطرف الاخر ان تخاطرا بكشف اوراقكما واهدافكما بتفاصيلها. وتقع على عاتقكم كمفاوض مسؤولية توجيه الاسئلة الذكية والمنتقاة لخصمك والتي هدفها ان تكشف لك عن حاجات واهداف وغايات الطرف الاخر.

٧. استعرض مصادر قوة خصمك:

لا تفترض ان امتلاك خصمك لقوة معينة يعني انه يمتلك كل عناصر القوة الاساسية والتي تجعله يخوض المفاوضات بفعالية او تؤهله للفوز. نأخذ على سبيل المثال، اذا كان خصمك صاحب موقف اولي قوي، على اعتبار هذا عنصرا من عناصر القوة، لا يعني انه يمتلك جميع عناصر القوة الاخرى والمهارات الاساسية للتفاوض. بالنتيجة، ماعليك الا ان توازن القوى وذلك بان تقيم وتحدد مصادر قوة الخصم وكذلك مصادر قوتك. ولتسهيل ذلك، يمكنك تقسيم مصادر القوة الى مصادر داخلية واخرى خارجية. اما المصادر الداخلية فتشمل على خصائص المرء، نأخذ على سبيل المثال: قوة الشخصية واحترام الذات والثقة بالنفس. اما المصادر الخارجية فهي غير ثابتة تتحكم بها امور سير المفاوضات.

٨. استعرض الخيارات والبدائل:

قبل البدء بالمفاوضات، لا يكفي ان تحدد اقصى غاياتك واهدافك فقط، بل عليك ان تضع خيارات وبدائل لهذه الاهداف تقبل بها. وعليك ايضا ان تحدد الحجج المؤيدة وتلك المعارضة للخيارات المقترحة.

٩. متى تعتبر نفسك فائزا ؟

قبل ان تخوض المفاوضات، استعرض كل النتائج المتوقعة منها، واجعل لنفسك مدى للنجاح، وصولك الى نتيجة ماتقع ضمن المدى الذي حددته سابقا، يعني انك قد خضت المفاوضات بنجاح، بينما عدم تمكنك من تحقيق اية نتيجة تقع ضمن هذا المدى، تكون قد احرزت فشلا.

١٠. استمتع اثناء المفاوضات:

التفاوض عبارة عن عملية وليس حدثا فحسب. وهذه العملية تتطوي على خطوات تحضيرية ابتداء من وليس انتهاء بخلق وتهيئة الجو المناسب الذي يتسم بالثقة وتحديد الغايات والاهداف وكذلك النتائج المتوقعة ان تترتب عليك خلال ولدى انتهاء المفاوضات. بالممارسة سوف تتمكن من اكتساب وصقل المهارات التي بدورها سوف تؤهلك للفوز وبالتالي تمكنك من الاستمتاع اثناء عملية المفاوضات.

((تعليق))

وجدنا في بعض الادارات عند تكوين الوفد التفاوضي من الكوادر (التجارية، الفنية، القانونية) والبعض الاعظم يغيب العضو القانوني وتكون مهمته تقتصر فقد على اعداد العقد من دون معرفة تفاصيل المفاوضات التي جرت على الموضوع، واعداد العقد هو الاخر يكاد ان يقوم بع العضو التجاري او الفني للقيام بهذه المهمة، وهذا يؤدي في الغالب الى اشكالات قانونية كبيرة، قد لاتظهر في وقت التعاقد، انما تنمو وتظهر عند حصول المشاكل في اعمال التوريد (التجهيز) او في المقاولات (الاشغال العامة). ولهذا من الواجب مشاركة العضو القانوني في المفاوضات واعداد العقود مشتركا مع الجهات المذكورة آنفا لكي لاتكون تلك العقود خالية من تفاصيل تضمن حقوق الادارة.

ثانياً: تكتيكات التفاوض *Negotiation Tactics*:^(١)

_____:

يحتاج المفاوض الى تحويل المعارف والمعلومات التفاوضية من حيث القواعد والنظريات واساليب الاتصال الى شكل ادائي يتناسب مع امكاناته وظروف الموقف التفاوضي وابرار مهارته التفاوضية وفي نفس الوقت يحقق الهدف من العملية التفاوضية.

ويمتاز التكتيك التفاوضي بالمرونة والتنوع والتقدم والتراجع نحو الهدف ومجموعة التكتيكات المستخدمة في الموقف التفاوضي تخدم الاستراتيجية المخطط لها، والمفاوض لابد ان يضع عدد من التكتيكات التي تناسب الهدف التفاوضي، تستخدم بشكل متتالي وفي الوقت المناسب حسب طبيعة الموقف نفسه والظروف المحيطة. وكل تكتيك تفاوضي يحتاج الى ان نحدد متى وكيف يمكن استخدامه بنجاح، وتحديد التكتيك البديل له في حالة فشله في تحقيق الهدف، واستخدام الطرف الاخر لتكتيك مقابل اقوى منه، مما ينبغي على المفاوض اجراء التكتيك الذي ينسجم مع الطرف الذي خلقه ذلك الطرف.

واليك اخي المفاوض مجموعة من التكتيكات التفاوضية عسى ان تفيدك اثناء المفاوضات، ويمكنك وفقاً لطبيعة المفاوضات من ايجاد تكتيكات اخرى في ضوء التطور والتقدم التقني والعلمي، وقد تجمع عدد من التكتيكات اثناء المفاوضات:

تكتيكات تفاوضية *Negotiation Tactics*:^(٢)

١. الابتعاد والمناورة:

(١) د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التفاوض، المصدر السابق، ص ٨٦.
(٢) د. محمد عبد الغني حسن هلال: مهارات التفاوض، المصدر السابق، ص ٨٦ ومابعداها؛ وكذلك د. محمد سعيد الحلفاوي، المصدر السابق، ص ٢١؛ ود. محسن احمد الخضير، المصدر السابق، ص ١١٤.

يتجنب المفاوض المواقف ويتحاشاها ويفضل ان يتعامل من بعيد ولايتدخل بصورة شخصية، وهذا يصعب الموقف بالنسبة له لانه لايستطيع ان يفهم حقيقة الامور وهو غالبا متيهتم بالسياسات والاجراءات بدلا من حل المشكلات، وهؤلاء يبعدون عن المواجهة لضمان الوصول الى بدائل اكثر قبولا واتفاقا، وهذا الاسلوب قد يكون ناجحا عند التعامل مع قضايا ثانوية او اطراف متصارعة تحتاج الى تهدئة الموقف.

٢. التوافق من دون التنازل:

وهؤلاء الذين يتبعون سياسة التوافق هم اول من يقدمون تنازلات انتظارا للمقابل في المستقبل وهؤلاء يركزون على ايجاد النوايا الطيبة ويقدرّون العلاقات اكثر من المكسب، وشعارهم هو: "اذا احبني الناس وشعروا بارتياح لسير المفاوضات فالنهاية صفقة مربحة بالنسبة لي". وهذه السياسة تتجح عندما يكون هناك قضية تهم جانبا اكثر مما تهم الجانب الاخر، والتوافق وتقديم التنازلات يكون بمثابة سياسة (هات وخذ) لكن الجانب الاخر قد يضغط على من يقدم تنازلات لمزيد من التنازلات دون اية معاملة بالمثل.

٣. التعامل الهاديء قد يفيدك:

اجمع معلوماتك على فترات متباعدة من خلال اسئلة متفرقة مختلفة الاهداف والمعاني، اطرح احيانا اسئلة خارج الموضوع غير ذات معنى حتى تشتت ذهن المفاوض الذي امامك ثم اجمع نتائج اسئلتك الهادفة، ولكن اعمل على الا يكشف ذلك مفاوضاتك حيث ان الحوار لابد ان يكون وديا وجذابا.

٤. الشفاف والقنع:

قد يعتقد المفاوض الاخر بانك شخص طيب او انك لاتستطيع الرد بعنف اذا احتاج الامر لانه لم يشاهدك من قبل في موقف مشابه وعندما تستشعر ذلك عليك ان تجعله يشاهد صورتك المقنعة، اصطنع الموقف مع احد موظفيك او

الساعة او معه ثم ارجع مرة اخرى لوجهك الجميل تشاهد ظهور نتائج الوجه المقنع.

٥. الخيارات المتعددة (القلقة وغير المحسوبة):

التردد والتذبذب بين عدة خيارات او اراء مع العلم بانك متفق مع مفاوضاتك في عملية الاختيار، ولكن مازلت حائرا ومتريدا بحيث تجعل مفاوضاتك يلهث ورائك من اجل هذه الموافقة.

٦. التهويل والتجميل:

تكبير الامور سواء كانت عيوب او مميزات بما يخدم هدفك، ولكن التهويل اكثر من اللازم قد يجعل هذا التكتيك مكشوبا امام مفاوضاتك.

٧. التقيد والالتزام:

الكلمات هي الالتزامات وبمجرد التقوه بها فان الفرد يدافع عنها، ويجب على المشتري ان يحصل على اكبر قدر من الالتزامات من قبل مندوب المبيعات او شركته، والكلمة التي تقال بمثابة التزام جاد وافضل منها الكلمة المكتوبة التي تؤيد وتدعم الكلمة التي تقال، والافضل من هذا كله هي البيانات الشفهية المصحوبة بالكلمات المكتوبة.

٨. الكلام بصوت عالٍ:

يحاول البعض انجاز اعمالهم بتعمد الكلام بصوت عالٍ والشكوى والصياح ويعلمون ان كثيرين يصعب عليهم مواجهة ذلك حيث ينكمش المفاوض الاخر الضحية، وقد يحصل العكس التعامل السليم من قبل المفاوض الاخر مع الصوت هو اظهار عدم الخوف منك واذا احتفظ بهدوئه ورفض قبول الاساءة وتعامل بمنطق يختلف عن الواقع وليس العاطفة ينال رضاك وفي كل الاحوال ان مقدورك الاستفادة من هذا التكتيك لمفاوضين يحتاجون التعامل معهم بصوت عالٍ بهدف الخوف وبالتالي يتحقق التنازل.

٩. سياسة تجميع الاخطاء:

احتفظ لديك بملف عن الاخطاء الغبية التي ارتكبها الطرف الاخر، والاطاء التي ارتكبتها في مجال القدرة على فهم القوى لذلك الطرف، وهذه الاخطاء خطيرة لانها تحدث وتتكرر بالرغم من نية الشخص على ان لايرتكبها. على الاستفادة من اخطاء الطرف الاخر بحكمة وتروي ودقة في اختيار اقواها في اضعاف الطرف الاخر عند استخدامها هو التكتيك السليم للوصول الى الهدف.

١٠. شخص طيب/ شخص شرس:

قد يأتي الجانب الاخر بشخص لم تقابل مثله من قبل (شخص شرس)، وهذا الشخص يمزق كل المساعي والعروض المقدمة ويطالب باشياء غير معقولة ويفاخر بنفسه وبعد ذلك يأتي المفاوض الاصلي (شخص طيب) ويقدم عروض معقولة تبدو اكثر قبولاً من ذي قبل، والفكرة بالطبع اجبارك على تقديم تنازلات عديدة للشخص الشرير لمجرد قبولها مقابل ما قدمه لك الشخص الطيب. وقد يعكس هذا التكتيك كي تستخدمه من قبلك.

١١. الحركة والانسحاب:

يقول المثل القديم: (طالما تحدث الناس فهم لايتشاجرون)... وهذا ليس صحيح، ان اللحديث والشجار يسيران معا. ان القيام بحركة معينة خارج قاعة الاجتماعات يؤكد ويعزز مايقال فهي تصعد من حدة المخاطرة وثمة افعال وحركات تجعل البائعين خائفين.

وثمة افعال وحركات اخرة يقوم بها اتلبائعون لكي يجعلوا المشتريين مستعدين للعمل وانتهاز الفرصة لابرار الصفقة.

وباديء ذي بدء نلقي نظرة على الافعال والحركات التي تضايق ثم تلك التي تقلق المشتريين:

حركات وافعال تقوم بها كي تقلق المفاوض الاخر:

- التباحث مع المنافسين لهم بقصد اثاره بقية المفاوضين.

- ترك المفاوضين الآخرين ينتظرون في قاعة الاستقبال مع المنافسين لهم في نفس المكان.
- ارسال طلبات جديدة لتقديم عروض اسعار امام المفاوضين الآخرين.
- اظهار غضب رئيس المشتريات نتيجة التأخير في ابرام الصفقة.
- رفض شحنة بضائع بينما المحادثات جارية للانفاق على طلبية جديدة.
- الاعلان عن وجود تصميم جديد في المصانع قد يؤدي الى الاستغناء عن المادة.

١٢. الجهل التكتيكي:

اذا كنت قد تفاوضت من قبل مع شخص لا يستطيع ان يفهمك فانت تعرف مدى صعوبة ذلك لان هذا الشخص سوف يرهقك حتى تقرر في النهاية "فلتذهب هذه الصفقة التي لاطائل من ورائها" حيث يصعب التفاوض تجاريا مع الافراد المترددين وغير المنظمين والحمقى او المتشدددين في وجهات نظرهم. والجهل كتكتيك له مزايا عديدة للشخص الشجاع القادر على اللجوء اليه، اذ يتيح له الوقت للتفكير والتشاور مع الخبراء واختيار الافضل. وفي حالة جهل التكاليف لايمكن ان تسأله عنها.

اما الطرف الاخر الذي يقول "لااعرف شيئا عن مشاكلك او كل مااعرفه هو انني استطيع دفع هذا المبلغ ولاشيء اكثر منه" هو شخص يصعب التعامل معه. والجهل قد لا يكون نعمة ولكنه يساعدك على التفاوض واللجوء اليه.

١٣. اسلوب القرار الحاسم:

توجد سبع كلمات سحرية تزعج المفاوض الاخر هي:

(يجب ان تقدم عرضا افضل من ذلك)...

ان اسلوب (القرار الحاسم الذي يتبعه المفاوض لا يستحق ان يكون مفيدا له كما هو معروف عنه). وفي الواقع فان المفاوض الاخر الذي يفهم هذا الاسلوب يمكنه ان يجعله يعمل لصالحه.

وعلى العموم فان طبيعة المفاوض والطرف الاخر يكاد يكون العامل المهم الذي في ضوءه يتخذ القرار، وفي الغالب يقدم الطرف الاخر فعلا اسعار افضل. انه سوف يقدم لاسيما اذا اكد المفاوض بانه "يجب ان يقدم عروضاً افضل مما قدمه" لاثبات حسن النية ودليل استمرار التعامل وان الفرصة الحقيقية لتقديم عروض افضل بالفعل في ضوء ما يملكه وما يحتاجه المفاوض.

١٤. القرش الابيض ينفع لليوم الأسود:

هناك قيمة خفية للأشياء التي قد تحتاجها يوما ما، فالناس اثناء التفاوض يدفعون مقابل الحصول على ميزة استخدام اشياء لم يختاروا او يخططوا للحصول عليها او استخدامها، وهم يقدرّون قيمة بعض المفردات التي تخدم غرضاً لا يمكن ان يظهر الان.

١٥. منح فرصة للتفكير:

لا تبدأ في المفاوضات بدون النظر بعين الاعتبار الى كيفية قيامك باتاحة الوقت لنفسك للتفكير، اوجد حاجزاً للتفكير لابعاد نفسك عن ان يدفعك الآخرون لاتخاذ قرار متسرع. ان مانراه نحن البشر في ادراك طبيعة الحوادث بعد وقوعها يكون لافتاً للنظر واتاحة الفرصة لنفسك والوقت للتفكير يغير من ادراك الامور بعد وقوعها.

١٦. حل قيمة الشيء:

ان تحليل قيمة الاشياء تلقي مزيداً من الضوء على احتياجات الخصم اكثر من الكم الهائل من بيانات التكاليف ويعمل المحاسبون والمتخصصون في التكاليف على تجنب قيمة الاشياء لانه يصعب تحليلها والدفاع عنها، وتجنبهم هذا غير موفق لانه مفتاح تحديد الاهداف المقبولة عقلاً يكمن في ماهية قيمة الشيء اكثر من ماهية تكلفته.

١٧. الاختيارات المتاحة:

يستخدم للحصول على المعلومات التي من الصعب الحصول عليها بالشكل المعتاد، والمشتري الذي يعلم كثيرا عن هيكل وتكاليف الاسعار عن طريق (لو) يكون قادرا على اتخاذ قرارات افضل فيما يتعلق بالاختيارات المتاحة.

١٨. اين نتفاوض:

يقال: ان منزل الفرد هو قاعدته واعظم قوة تفاوض تكمن في منزله، ولكن هناك ظروف معينة يفضل فيها التفاوض بعيدا عن المنزل. وبصورة متوازنة واذا اتيح لي الاختيار فائني افضل مكان العمل غير ان المقاطعات الكثيرة جدا من الزملاء تجعل الميزة هنا تتجه للطرف الاخر.

١٩. اسلوب التعاون:

وهو يعد افضل اسلوب لانه اسلوب نتائجه مرضية لجميع الاطراف وخاصة المفاوضات الكبيرة مع وجود متسع من الوقت، وهذا الاسلوب يبحث عن الحلول العملية التي تلبي القضايا المطروحة وتبني جسورا لعلاقات مستقبلية، وهذا الاسلوب يتشابه مع اسلوب التنافس في السيطرة على المواقف ولكن الدافع ليس السيطرة ولكنه كشف صميم المشكلة بالحلول المتكاملة.

٢٠. طريقة التمثيل:

هناك بعض المفاوضين الذين يمثلون ويدعون الغضب وبوزعون الاتهامات لكن الابحاث اثبتت ان هؤلاء الذين يدعون وتكون انفعالاتهم غير طبيعية تجعل الاطراف الاخرى تبتعد عنهم، اما اذا كان هناك طرفا اخر له نفوذ اكبر فان اللغة القوية والتصرفات الدرامية قد تكون مقنعة.

لاتسمح للممثلين (الطرف التفاوضي الاخر) ان يجعلوك تشعر بالذنب او تقف موقف المتهم وبالتالي افضل رد يكون:

اما: الا تقول أي شيء وتجعلهم يستمروا...

او: انتظر ان تمر اللحظة، ثم اعد صياغة اخر نقطة ذكرتها واطلب من الجانب الاخر ان يوضح القضية التي تم ذكرها.

كذلك تستطيع ان تسأل اذا كان هناك مزيد من الاعتراضات وتطلب التوقف حتى تتم مناقشة الاشياء بهدوء.

اما الاستجابة بنفس طريقة التمثيل فانها تصعد المفاوضات وتؤدي الى اوضاع حرجية واذا هوجمت او قدمت تنازلات فقد سمحت للجانب الاخر ان يسيطر على درجة استجابتك.

٢١. خذها او انسحب:

وهي سياسة تقول ان: هناك منافس سيكمل الصفقة اذا لم تردها، وهذا يقلل من شعورك بالقوة، وعليك ان تعرف حدودك وعليك ان تدرك ان الصفقة غير المناسبة لك هي ايضا غير مناسبة لغيرك، ثن اعد صياغة الفوائد المرجوة من الصفقة واذا لاحظت ان عرض الطرف الاخر لن يكون مربحا او مقبولا وارتدت ان تكون اكثر فعالية في هذه الاستراتيجية، فعليك ان تتسحب.

٢٢. التنازل الحر:

هناك اخطاء يرتكبها تقريبا كل فرد والاسباب كثيرة، من اهمها ان الاخطاء التي تقع على تقديم التنازلات تنتج لان الناس ينسون ما هم بصدد عمله. ويؤسفني ان اقول: انني ارتكب اخطاء اخطاء سوف ارتكبها مرة اخرى اذا لم احسن نفسي ضدها وكان ارتكاب هذه الاخطاء مكلفا للغاية.

لاتبالغ في مستوى طموحك، ولا تقبل العرض الاول، ولاتوافق خصمك على انه يصعب حل المشكلة ولا تقدم التنازل الاول على امور هامة.

٢٣. المنحدر الى الهاوية:

ان الاخطاء التي ترتكب عند نهاية المفاوضات تحدث بسرعة حيث لايتعرف عليها الا بعد انتهاء الجلسة. لاتتجه للطريق المسدود وساعد خصمك على حفظ ماء وجهه ولا تقدم العرض الا بعد تقييم الموقف وعندما تصل الى النقطة التي لاتقودك للطريق المسدود لاتظهر فرحك بذلك بصورة واضحة.

٢٤. قضايا التمويه:

إذا كان الطرف الآخر يبدو متمسكا بقضية واحدة خلال الصفقة، فهذه القضية تكون أشبه بـ (حصان طروادة) للإيقاع بالكل وتقديم مزيد من التنازلات علة أشياء غير ظاهرة ولكنها ذات أهمية أكبر للجانب الآخر، مثلا: إذا ركز الجانب الآخر على السعر فتكون القضية الحقيقية هي الخدمة وإذا ركز على التمويل تكون القضية هي ميعاد التسليم.

عليك ان تأخذ الحيلة نحو القضية الزائفة وتسمع بانصات وحيلة وتسأل نفسك ماهي الأشياء التي تهم الجانب الآخر..! وهنا عليك ان تتحرى البحث وتلتزم بخطة ماقبل المفاوضات، والتزم بمنهج الشك وحاول ان تمنع النظر في الاحتياجات الحقيقية وراء هذه الصفقة ولا تتجرف نحو قضية واحدة وتتسى القضايا الأخرى وتتنازل عن النقاط الثانوية لتهدة المفاوضات الآخر او تتنازل عن قضايا رئيسية ليس عليها تركيز في الوقت الحالي ولا تتحدى الجانب الآخر حتى لاتصعد الصراع وينسحب حفاظا على ماء وجهه.

٢٥. عند التوقيع على العقد (اللحظة الأخيرة):

وهذا الأسلوب يستخدم عند نهاية المفاوضات واجراء التوقيعات على العقود، نجد الجانب الآخر يعطيك العقد موقع ولكن مع حذف احي الفقرات او تغييرها لكي يضغط عليك ان تقبل التغيير بدلا من فتح المفاوضات من جديد، لذلك عليك ان تتقبل هذا التكتيك كجزء من المفاوضات وليس بديلا عنه، واعد النظر في كل العناصر على ضوء المتطلبات الجديدة، لانها قد تدمر توازن هذه العناصر وتعامل مع أي تغيير على انه عرض مضاد وتتصرف كما لو كنت عند بداية المفاوضات.

٢٦. المصادقية لها سعر:

السعر ليس هو المال انه مزيج من المزايا، ان السعر الذي يدفعه المشتري يخفي بين طياته مصادقية البائع، ومن وجهة نظر المشتري فان حقه في الفحص

والتأكد من صحة ما قيل له يعتبر جزءا كبيرا من الصفقة يتمثل في اهمية السلع والخدمات المعروضة للبيع.

ولكي نتفاوض مع الاخرين بفاعلية لابد ان نعطي بعض المعلومات عن انفسنا وهذا هو الطريق الوحيد لعقد صفقة افضل لكل من الطرفين، والمسألة ليست ماننوي فعله ولكن قيمة المبلغ والشئء المقدم، وتتطوي المصادقية على مايقال وكيفية قوله ومتى يقال ومن قاله، وجميعنا يعلم مدى صعوبة التعامل مع الاشخاص الذين لانصدقهم ولانثق بهم.

اجعل امامك وحولك طرق مختلفة يمكنك من خلالها الحصول على وقت اكبر للتفكير والتحليل دونت احراج او مضايقة الطرف الاخر ومثل هذه الطرق:

- . تناول زجاجة المياه والكوب ببطء.

- . ابحث عن نظارتك وامسح زجاجها وضعها على عينيك.

- . ابحث عن قلم او شيء مفقود منك.

- . اتجه الى فتح نافذة او ضبط جهاز التكييف.

٢٧. الراحة والازعاج:

قد تمر باوقات عصيبة في المفاوضات تكون خلالها محاصرا بظروف غير سارة حيث من المرجح انها كانت من فعل الخصم للحد من مقاومتك. واليكم بعض التفاصيل يمكن ان تضايقك على وجه الخصوص:

- ان تجلس على كرسي مواجه الشمس.

- الجلوس على كرسي هزاز (قلق).

- التفاوض في حجرة مليئة بالضوضاء.

- التفاوض بدون وجود تكييف والجو شديد الحرارة.

- العمل طوال الليل بدون نوم.

- تغيير حجرة الاجتماعات بصورة دائمة.....الخ هناك الكثير.

٢٨. عدم اضافة الصفقة:

الشخص الذي انجز كثيرا من العمل لا يرغب في تبديده حتى لا يضيع الصفقة الموعودة ويفضل بعض الاشخاص ان يحصلوا على هامش ربح اقل بدلا من فقدان الصفقة في محاولة منه لنيلها. وهي طريقة تدفع الآخرين الى تقديم الكثير من التنازلات مقابل الحصول على الصفقة.

٢٩. النقطة الحاسمة:

بعض الشركات يستخدمون اسلوب النقطة الحاسمة، حيث يستدعي البائعين المقدمين للعروض الى حضور اجتماع يحضره كافة المتنافسين، حيث يجلسون على مائدة المفاوضات لمناقشة افضل العروض، ثم يتحول كل شيء لعمل شاق حيث تتم مناقشة ادق التفاصيل واثناء الاجتماع يؤكد المشترون ويكررون على احتمال كون (الطلبية) كبيرة، ويستجيب المقدمون بالعروض للمتطلبات الجديدة.

٣٠. اطلاق التصريحات:

هناك قائمة تحوي اساليب اطلاق عبارات بعيدة المدى لكي تفرض جوا هائلا من التصريحات، بحيث لا يمكن لاي شخص ان يتعرف على ماذا يحدث بالضبط ويحتاج ذلك لوقت وتنظيم اكثر مثل تكليف شخص جديد او توسيع المشكلة او توفير كم هائل من المعلومات التفصيلية او ايجاد مشكلة مساوية ومعاكسة او انشاء نظام جديد او عقد لجان وهكذا.

٣١. المفاجأة:

تتطوي على شيء مافي الحروب وربما في المفاوضات بصورة متعادلة ولكن هذا التكتيك مبالغ فيه في عمليات الشراء والبيع، ومع هذا فان الكثيرين من المفاوضين يشعرون ان المفاجأة اسلوب ناجح لابقاء الضغط على الطرف الاخر.

٣٢. القسمة بالتساوي:

ان اقتسام الفرق بالنصف اسلوب سريع للتوصل الى اتفاق فهو يغربنا، وفوق هذا وذاك فان الناس اعتادوا ان يحصلوا على نصيبهم بالتساوي وان يقسموا كل شيء

بالتساوي، وليست القسمة هنا مليئة بالمشاكل بيد انها تطرح سؤالاً صعباً، ان لم يكن في المفاوضات تتم القسمة، فأين ؟ فالاشياء المتساوية ليست بالضرورة عادلة ومنصفة ومع ذلك ان امامك هدف عليك تحقيقه، فقد يكون هذا الاسلوب الطريق الوحيد الموصل الى الصفقة.

٣٣. الاحصاءات:

ان الاحصاءات لها قوة تتوهم الطرف الاخر مغناكيسيا وهي بذاتها ليست جيدة او سلبية وعندما يتم الفحص العميق لها فهنا فقط تظهر على السطح وتحتة مجموعة من الحقائق والتفسيرات والافتراضات والاحكام على القيم وبعض الاخطاء، فعليك ان تكون متشككا في الاحصاءات راجعها اكثر من مرة.

٣٤. المكانة الرفيعة:

ان مكانة الشخص جزء من السعر والناس يتبادلون مكانتهم كما يتبادلون النقود او البضائع، وعندما يتحدث شخص رفيع المكانة الى شخص متواضع في المكانة فانه يمنحه نفس المكانة مقابل الحصول على بعض المزايا ذات الطبيعة النفسية وهنا تحدث المفاوضات بينهم، وبصفة عامة مكانة الشخص ترهب الآخرين والنصيحة لهؤلاء الذين يواجهون اشخاص اعلى مكانة منهم هو ان يتحدوهم بدلا من ان تتملكهم الرهبة.

٣٥. العروض النهائية:

ان افضل اسلوب تعرف من خلاله انك تحصل على سعر مناسب للخدمات هو ان تحصل على عروض نهائية، ومع هذا ففي بعض الاوقات ترى الاشخاص غير مستعدين لتقديم عروض نهائية بسبب وجود كثير من الامور المجهولة في تنفيذ مثل هذه الاعمال.

٣٦. كن شكاكاً:

يجب على المفاوض البارع ان يكون شكاكاً، واسلوب تقييم مايقال له من قبل الطرف الاخر يمكن ان يلخص في اربع مبادئ:

- . اعتمد النفس الطويل للوصول الى الهدف.
- . لاتأخذ أي شيء ابدا على انه مسلم به.
- . التقيد التام بالتكتيك حتى لاينقلب عليك سلبا (التمثيل).
- . ضع كل شيء في نصابه الصحيح.
- . استعد للتكتيك (كن شاكاك) بشكل جيد.
- . ليكن لديك خطأ فاصلا للتمييز بين الحقائق وتفسيرها.
- . اقبل كل شيء في جلسة ورفض كل شيء من جلسة اخرى وهكذا.
- . تمنع عن نفسك قبول أي شيء يعرض.
- . تعتمد من دون تمثّل الى رفض وهمي لقبول الشيء.
- . في كل جلسة من جلسات المفاوضات استعرض الموضوعات التي انتهت وشكك في قبولها او البعض منها.

٣٧. اطلاق ستار الدخان:

يحتاج المفاوض احيانا على اطلاق ستار الدخان حينما يرغب في تغيير الحديث او تأجيل القرار او التقييم على مسألة ما، ولهذا فهم يطلقون ستار الدخان مثل الحديث عن موضوعات خارجية او الخروج لدورة المياه او طلب شاي او كثرة المكالمات التليفونية او تقديم مقترحات بديلة تعيد المفاوضة للبداية او اعطاء اجابات على اسئلة لم يطلب احد منك الاجابة عليها.

٣٨. المعلومات المضللة: (الغوص في مستنقع المستندات والاوراق)

ان الجهد المكثف للخداع يبدأ من اعطاء الخصم الكثير من المعلومات التي تجعله يغوص في مستنقع اوراقه، حيث يأمل الشخص في ذلك ان يتم التفاوض عن البيانات الهامة وان تفوت الفرصة لطرح الاسئلة المفيدة، ولذلك يجب عليك الا تتخدع بالردود الطويلة المملة فالكثير من البيانات مثلا عدم وجودها اذ يكون

بين طيات الكلمات اخطاء متعمدة وافتراضات غير صحيحة وبنود متناقضة ولتكن لديك الشجاعة لطلب براهين وادلة مفصلة.

٣٩. استخدام البيانات:

يتفق الجميع على ان المعرفة هي القوة على استخدام البيانات التي لديك في الوقت المناسب، ومع ذلك تفشل العديد من الشركات في الاستعانة بمصادر المعلومات العامة والخاصة والمتوفرة لهم لانهم يصعبون الامور على العاملين معهم للحصول على المعرفة، وثمة ثلاث خطوات اساسية لازمة قبل ان يستخدم الافراد المعلومات وهي معرفة مكان المعلومات، وطريقة الوصول اليها ويكونوا منظمين لتلقي هذه المعلومات، والامر يتطلب الجهد والمال لتخزين المعلومات وجعلها متاحة للجميع، يجب ان يكون لديك مفهوما صحيحا عن مدى التسوية، فليس هو مجرد الفرق بين اقل مايحصل عليه البائع واكثر مايدفعه المشتري، ولكنه الفرق بين تقدير المشتري للحد الادنى للبائع وتقدير البائع للحد الاقصى للمشتري.

٤٠. الشريك الطعم:

المشترون والبائعون يستخدمون هذا التكتيك في التجارة بدون ان يدركوا ذلك في اغلب الاحيان، فيستعين السماسرة بواحد من الاصدقاء يدخل الى المكتب في نفس وقت دخول المشتري، ويلعب الصديق دور المشتري المنافس لنفس العقار وواقع الامر ان هذا الصديق يتقاضى عمولة في النهاية من البائع وعليك ان تفرق بين المنافس ومساعد السماسر.

٤١. عملية الخداع:

تبدأ المناورة والشخص الملتوي هو الذي يجذب ويبهر الخصم لعقد صفقة ما بتقديم عرض مغرٍ بصفة خاصة وبمجرد التزام الخصم عقليا بالتوصل الى اتفاق تبدأ عملية الخداع طابع الجدية، حيث يقوم الشخص الملتوي بتقديم اتفاقات شفوية وينقضها بعد ذلك.

وتتنوع اساليب العروض ولكنها غالبا ماتشتمل على عدم موافقة السلطات العليا لوجود المشاكل المالية والمشاكل القانونية تحول دون السير بالعملية التفاوضية وهكذا.

٤٢. تحرك مثل الماء:

اجعل مقاومتك في المفاوضات مثل الماء، فعندما توضع الماء تحت ضغط ويتم دفعها لتتدفق في قنوات غير مألوفة فانها تتراجع، ثم تتسرب عندما يحين الوقت المناسب لها وترحف عائدة لمكانها ببطء في البداية ثم تستند قوتها وهكذا.

٤٣. المزاد العكسي: (تعويم الاسعار)

كيف تجعل البائع يعرض اقصى حد من اعماله مقابل اقل حد من المال (المزاد العكسي). وهذا التكتيك هو حلم المشتري الواعي، حيث يهدف الى جعل البائعين المنافسين يعرضون اسعارا اكثر من غيرهم عن طريق عرض اكبر كم من الاعمال مقابل حصولهم على اموال اقل. وكثير من البائعين الذين لايمتازون بكفاءة التفاوض يفسون نتيجة لهذا التكتيك. كيف تحمي نفسك من المزاد العكسي ؟ عندما يدعوك المشتري لحضور مزاد عكسي من المهم ان تتعرف على المشاكل التي يعاني هو منها ولا تتعجل تقديم التنازلات وعرض نقاط القوة لديك، ووضع قيودا على سلطاتك بحيث لاتتعدى رقم صغير واستعن بالخبراء، واذا كانت الامور تبدو على مايرام احتفظ بافكار ابداعية يمكن استخدامها في رأسك.

٤٤. احترس وابحث عن المعنى الخفي:

عندما يقترح خصمك قاعدة ما احترس منه وابحث عن المعنى الخفي من ورائها وافضل سياسة هي ان تتساءل عن سبب اقتراحه لهذه القاعدة وكن حرا في اهمال واغفال قاعدة ما، ليست في صالحك.

٤٥. كسب الرضا:

المفاوضات من اجل كسب ما، وعند بداية التفاوض يكون الهدف كسب الرضا بدلا من المال.

٤٦. تأجيل الصراع:

يفضل معظم الناس تأجيل الصراعات، ويأملون ان تختفي المشاكل، وسيكون من الافضل ان يظهروا بعض التحمل والشجاعة اثناء عملية التفاوض ولايؤجل الصراع، حيث ان التأجيل سيسبب حالة من المعاناة من عدم الرضا في مراحل لاحقة نتيجة توقيع عقد اتفاق ضعيف.

٤٧. اثبت على موقفك:

اذا كانت تتعامل مع مفاوض صعب وعنيد ويتفوق عليك في الالهية داخل نطاق المفاوضات (مثل رئيسك او شخص يشغل منصب اقوى منك) فانت في هذه الحالة تضطر ان تتنازل، ولكن مع هذا تستطيع ان توازن وتحسم الصعوبات التي تواجهك في هذا الموقف من خلال تحليلك الدقيق للاشياء والشخص الذي تتعامل معه، وهناك عديد من الاستراتيجيات تساعدك على ان تحول أي موقف لصالحك. عليك ان تسلك سلوكا يغطي تصرفاتك ولاينم عما بداخلك، فكثير من الناس يعتقد ان المحاسب . مثلا . هو مجرد عداد، والعلماء لايعرفون غير ماتعلموا وان مندوبي المبيعات يسعون لاجراج النقود من جيبك بطريقة غير شرعية، لذلك عليك ان تراقب اثر الاشارات والايماءات التي يراها فيك الخصم وبعد ذلك تصرف معه بطريقة مخالفة تماما لما رآه فيك فهذا يصيب خصمك بعدم التوازن، وكلما كان هناك تناقضا في سلوكياتك كلما زادت فرص نجاحك وتعاملاتك مع هذا المفاوض.

عليك ان تتحكم في سير المفاوضات وذلك بتأكيد ان كل القضايا مفتوحة حتى يتم الاتفاق عليها لانها متداخلة مع بعضها البعض، كذلك تستطيع ان تتحكم في سير المفاوضات من خلال طلب التوقف لرؤية وجهة نظر الطرف الاخر وموقفه وتوجد خيارات جديدة وتتشاور مع من معك داخل نطاق عملك.

٤٨ . التحلي بشفافية:

عليك ان تضفي قليلا من المرح والدعابة فتخفف من حدة الموقف وتغير من الرتابة والملل.

٤٩ . لاتكن الضحية:

لاتجعل من نفسك ضحية لان الطرف الاخر يستفيد من خلال عملك معه، فالذي يجلس على طاولة المفاوضات يقع تحت ضغط، ولكن دائما كن مستعدا ان تتسحب من أي صفقة ليست في صالحك.

٥٠ . العلاقة الدائمة:

اذا كنت ستفاوض مع جانب اخر بصورة غير مباشرة فهيء بعض النقاط التي تساعدك على اقامة علاقة ناجحة طويلة المدى:

- عليك ان تعرف جيدا اسلوبك في التفاوض وتحديد اسلوب الجانب الاخر.
- اطلب من زملائك المزيد من التغذية العكسية الامينة والصريحة والمحددة لتحسين اسلوب التفاوض.
- استغل كل اجتماع فرصة لتوضيح القضايا الاخرى الكبرى للجانب الاخر وكذلك احتياجاته.
- استمع الى الاحتياجات السرية وجدول الاعمال غير الظاهرة.
- التضمينات المبهمة.
- اذا كان هناك جانب يسيطر على دفة الحديث، عليك ان تقول او تفعل شيء حتى تستعيد تبادل الحديث بين الجانبين.
- لاتتخذ موقف المبتدئ بالحديث.
- ركز على القضايا وليس الاشخاص.
- واجه الصراع مباشرة ولكن بصورة بناءة من خلال التركيز على جوهر الصراع وتأثيره.

٥١ . المعلومات القياسية:

ان عملية التفاوض تحدث تأثيرا كبيرا وتزيد من القدرة على توجيه اسئلة تمس الاحتياجات الحقيقية للجانب الاخر بغض النظر عما يظهره، وعليك ان توجه هذه النوعية من الاسئلة: ماذا ؟ واين ؟ ومتى ؟ وكيف ؟ ولماذا ؟ ومن ؟ والى أي مدى ؟ لكشف الترتيبات المبهمة والاحتياجات السرية.

يمكنك الاجابة على هذه الاسئلة من خلال التحدث مع منافسي او زبائن الجانب الاخر او من خلال قراءة تقارير تجارية او مقالات حديثة عن الجانب الاخر او البحث في مراجع المعلومات القياسية.

٥٢. الجمع بين المباديء والامور:

كثير من المفاوضين يخلطون بين المباديء والامور الرئيسية فالمفاوض الناجح يمكنه الفصل بينها من اجل عدم التقيد ببعض الامور التي يمكن التنازل عنها حيث يعتقد انها مباديء، وهي ليست كذلك.

٥٣. المخبرون السريون:

يستخدمون في عمليات التفاوض، وهم يحصلون على معلومات كثيرة جدا والتعرف على شركة الخصم والعاملين فيها يعد من مصادر القوة الشرعية.

٥٤. ممنوع الدخول:

ان تكتيك ممنوع الدخول او التوخي في تقديم التفاصيل يتطلب الشجاعة الطرف الاخر لا يخلو له هذا الاسلوب بيد انه من المرجح انه سيحترم موقفك منه وفي داخل اعماقه، ويعلم انك تحمي حقه في خصوصياته ايضا، ولكن هل هذه السياسة تحميك من ان تفقد عميلا له وزنه ؟

٥٥. احصل على وعد:

التعهد يعتبر التزام بالتنازل لانه يحتوي على خصم او تخفيض، وبعض الوعود لاتساوي شيئا والبعض الاخر يتم تنفيذها اذا كان الشخص الذي قدمها لا يزال على موقفه في وضعها موضع التنفيذ، اذا لم تستطع الحصول على تنازل، احصل على وعد.

٥٦. عقدة الذنب:

اشعره دائما انه كان السبب في عدم اتمام الصفقة.

٥٧. الكر والفر:

استخدم التكرار والدغ واهرب.

٥٨. الفحص المفاجيء:

لجس نبض المفاوض الاخر وتحديد الخطة القادمة.

٥٩. كسب الوقت:

الخروج عن الموضوع او التعطيل لزيادة الوقت.

٦٠. تضخيم الاشياء:

تكبير المميزات وتضخيمها بهدف التأثير والابهار.

٦١. العيوب:

تكبير العيوب وتضخيمها بهدف الحصول على تنازلات.

٦٢. المضحك المبكي:

انت جاد وصعب، ولكنك خفيف الظل.

٦٣. التضامن:

تضامن معه في بعض المواقف التي تجعله يعتقد انه يوجد خلاف.

٦٤. المعلومات المخوذة:

لا تهدد بها ولكن اجعلها معلقة في الهواء اما نظر مفاوضك.

٦٥. الصعقة الكهربائية:

اعطه معلومة او اصطنع موقف لا يقبل المفاوضات.

٦٦. حماسة السلام:

تظاهر بانك تسعى للسلام وتبديد الخلاف.

٦٧. المغريات:

لوح له ببعض المغريات التي يمكن ان ينجذب اليها.

٦٨. ادفع العربون:

عندما تصل الى نقطة اتفاق اكد عليها وسجلها.

٦٩. الطريق الصحيح:

في المرة القادمة التي تكون فيها في موقف تفاوضي تجاري او اجتماعي او سياسي اسأل نفسك ثلاث اسئلة بسيطة لانها ستضع تفكيرك على الطريق الصحيح، والاسئلة التالية نابعة من وجهة نظر الطرف الاخر، بيد انها تنطبق على أي فرد في أي مكان:

- ماهو القرار الذي اريد من الطرف الاخر ان يتخذه في الواقع ؟
 - لماذا لم يقدم الطرف الاخر الى الان على اتخاذ القرار ؟
 - ماهو الشيء الذي يمكنني فعله لتسهيل الامر على الطرف الاخر لكي يتخذ القرار الذي اريد منه ان يتخذه ؟
- ستساعدك هذه الاسئلة على التفكير بصورة اكثر وضوحا فيما تفعله، وكيفية ارتباطه بعملية اتخاذ القرار للطرف الاخر.

٧٠. الاسلوب الهاديء وصاحب الصوت العالي:

كيف يمكننا التعامل مع الطرف الاخر الذي يلجأ لمثل هذه التكتيكات ؟ وهذا سؤال هام لان الكثير منا يضطرون الى التعامل مع اناس يتحدثون بصوت عالٍ اثناء العمل اليومي، وخير وسيلة للدفاع هي عدم اظهار الخوف واذا حافظت على امتلاك قواك العقلية ورفضت قبول الاساءة وتعاملت بمنطق الواقع وليس العاطفة، وتصرفت بكرامة وثبات، فسرعان ماسيتوقف صاحب الصوت العالي، واذا لم يتوقف فمن الحكمة عندئذ ان تأخذ هذا الشخص الى شخص ما له سلطة اعلى مدرب على التعامل مع الذي يصرخ ويتعامل معه باسلوب هاديء وقوي كي يضمن تحقيق الاهداف بهذه الطريقة.

٧١. من الذي يتحدث كثيرا جداً:

المنطق الشائع يقول: كلما قلت بأن الطرف الآخر يعرف عنك كلما كان موقفك معه افضل، والذين يتحدثون كثيرا بدلا من ان ينصتوا تكون نتيجة المفاوضات لصالح الطرف الآخر.

٧٢. الحصول على اشياء صغيرة جدا فوق الصفة:

وهذا الاسلوب يؤتي ثماره. وقد قال احد الاشخاص ذات مرة: "اذا لم تستطع ان تحصل على غذاء احصل على سندويتش". واصحاب هذا الاسلوب يطلبون (السندويتش) وهو قد لايفيد كثيرا لذاتهم، بيد انه بالتأكيد يساعد على عدم الشعور بالجوع وليس الاشباع الكامل. ويتبع الطرف الآخر هذا التكتيك معك، ويجب عليه ان يتفهم كيف ولماذا يفلح هذا الاسلوب ؟ وباستخدام كلمات شفافة فإنه من الافضل بصفة عامة ان يكون في وضع افضل.

لماذا ينجح هذا الاسلوب ؟ ينجح لان غالبية الناس لايتحلون بالصبر، فهم يريدون ان ينتهوا من صفقة ما لكي يتوجهوا الى صفقى اخرى، وان يظهروا لهم انهم عادلون معهم وانهم يريدون بناء علاقات مستقبلية، ويمكن تقديم تنازلات لتحقيق هذه الاهداف.

٧٣. استخدام القصة:

عندما يصعب الرد بصورة مباشرة حيث قد يؤذي ذلك مشاعر مفاوضك او انك لاتستطيع ان تواجه مديرك او رئيسك، احك له قصة توصل اليه المعنى. فمثلا: عندما تريد ان تخبره انك اهملت في كتابة التقرير لانك واثق من انه لن يقرأه فانك تستطيع ان تحكي له قصة ذلك الابن الذي يسأل اباه ماذا يكتب ؟ فقال له الاب: خطاب لعمك. فقال له الابن: ولكنك يا ابي لم تتعلم الكتابة. فقال له الأب: وكذلك عمك لم يتعلم القراءة.

٧٤. التسوية او الصمت المؤقت:

وهي تتضمن الامتناع عن الرد الفوري او تأجيل الاجابة عن سؤال معين بتغيير مجرى الحديث او الرد بسؤال اخر بغرض الاستفادة من الوقت للتفكير ودراسة

مغزى السؤال واهدافه وتقرير مايجب عمله المفاوض الذي يبادر بالاستجابة الى طلبات خصمه وتقديم التنازلات فان الاخير لايتوقف عن طلب المزيد.

٧٥. المفاجأة:

تتضمن التغيير المفاجيء في الاسلوب او طريقة الحديث او التفاوض على الرغم من ان التغيير لم يكن متوقعا في ذلك الوقت وعادة يعكس ذلك هدفا ما او الحصول على تنازلات من الخصم.

٧٦. الامر الواقع:

وتتضمن دفع الطرف الاخر لقبول تصرفك بوضعه امام الامر الواقع ولنجاح هذا التكتيك عمليا يجب توفر عدة شروط من اهمها:
. ان يكون احتمال قبول الطرف المعارض للنتيجة في النهاية احتمالا كبيرا.

. ان تكون خسارة الطرف المعارض من استمرار معارضته اكبر ماديا ومعنويا من الخسارة التي تحدث نتيجة عدم تقبله الامر الواقع.

٧٧. الانسحاب الهاديء:

وهي استعداد المفاوض على الانسحاب والتنازل عن رأيه للطرف الاخر بعد ان يكون قد حصل على بعض المميزات مهما كانت فهو هنا يحاول انقاذ مايمكن انقاذه.

٧٨. الانسحاب الظاهري:

وهنا يعلن احد الاطراف انسحابه في اللحظة الحاسمة فيحصل بذلك على مزيد من التنازلات من خصمه.

٧٩. الكر والفر او التحول:

تعني استعداد المفاوض لتحويل موقفه من الامام الى الخلف او العكس طبقا لظروف التفاوض وملابساته.

٨٠. التقييد:

وهو وضع قيد على الاتصال وذلك لاجبار الطرف الاخر على الوصول الى قرار سريع او للنزول على رغبة معين للتفاوض.

٨١. تحويل النظر عن القضايا الرئيسية لقضايا فرعية (التفتيت):

تستخدم للتشدد في القضايا الرئيسة الهامة وتقديم تنازلات في القضايا الفرعية الاقل اهمية.

٨٢. ادعاء العجز:

أي تبرير موقف المفاوض المتشدد وعدم تقديم تنازلات بسبب الضغوط التي يتعرض لها من الجماعات او الفئات التي يمثلها او محدودية الصلاحية.

٨٣. مفترق الطرق:

أي ان يتبع المفاوض اسلوب التنازل في بعض القضايا ليحصل على اقصى مايمكن الحصول عليه من تنازلات في القضايا الاكثر اهمية مدعيا انه مادام تماشى مع الطرف الاخر فيجب ان يقابله في منتصف الطريق.

٨٤. التدرج او الخطوة خطوة:

حيث تؤخذ القضية جزءا جزءا الى ان تصل الاطراف المفاوضة الى الهدف النهائي وهي تفيد في حالة عدم معرفة الاطراف لبعضها البعض او خبراتهم في التعامل محدودة او لاتوجد ثقة بينهم.

_____:

بحمد الله انهينا هذا البحث، نأمل ان نخدم فيه مجاميع العاملين في مجال الوظيفة، لاسيما من له علاقة في العقود، وكذلك من يعمل في المجال التجاري العام والخاص. ومعلوم لديكم اهمية العمل في مثل هذا القطاع الحيوي الذي يحتاج الى

كادر متخصص في المفاوضات، لابل لديه المهارة العالية. لذلك عملنا الى تقديم هذا الموضوع ليكون معيناً وموجهاً، وبذات الوقت منهاجاً علمياً لمن كان مبتدئاً، وبرنامجاً للتدريب والتأهيل لمن لديه الموهبة والخبرة المتراكمة في مجال المفاوضات كي يكون مساعداً وموجهاً لهم. نأمل ان نكون قد وفقنا لتقديم هذا العمل، مع التنويه الى اننا سنقدم انشاء الله كتاباً تحت عنوان (مهارات التفاوض وأثرها في اختيار المتعاقد)، عسى ان يخدم العاملين في مجال العقود....

_____:

١. احمد بن عبد المحسن العساف، الاقناع، القوة المفقودة، موقع منتدى الثقافة،

منشور (انترنت) في ٢٥/١١/٢٠٠٥.

٢. د. امية الدهان، ادارة المفاوضات وتنمية مهاراتها في المنظمة، مجلة

دراسات الجامعة الاردنية، المجلد الثالث عشر، ع٣، آذار ١٩٨٦.

٣. د. ثابت عبد الرحمن ادريس، التفاوض ستراتيجيات وتكتيكات ومهارات

تطبيقية، دار الجامعة في الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٤. د. حسين الدوري، فن التفاوض اسسه وتطبيقه، مطبعة الجامعة

المستنصرية، بغداد، ١٩٨٤.

٥. حمد بن عبد الرحمن المانع، مهارات غائبة في التفاوض، مقالة عن طريق

الانترنت.

٦. د. صديق محمد عفيف؛ د. جرمين حزين سعد، التفاوض الفعال في الحياة

والاعمال، مكتبة عين الشمس، الاسكندرية، ط٧، ٢٠٠٣.

٧. عبد الحسين القطيفي، دور التحكيم فض المنازعات الدولية، مجلة العلوم

القانونية، ع١، ١٩٦٩.

٨. د. عباس مجيد ابو التمن، مهارات التفاوض في الاعمال، دراسة تطبيقية في

مفاوضات التجارة الخارجية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة

والاقتصاد . جامعة بغداد، ١٩٨٩.

٩. د. عبد جمعة موس الربيعي؛ وفؤاد العلواني، التفاوض والتعاقد، عقود البيع الدولية وفقا لاحكام قواعد الانكوتيرم لعام ١٩٩٠، بغداد، ٢٠٠٠.
١٠. د. ناجي معلا، التفاوض الاستراتيجيات والاساليب، مدخل في الحوار الاقناعي، ط٢، عمان، ٢٠٠٠.
١١. نجدة صبري عقراوي، تنفيذ الشركات الاجنبية لمشاريع التنمية في العراق، دار القادسية، ط ، ١٩٨٦.
١٢. نبيل سعدون العذاري، العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض، دراسة ميدانية في القطاع التجاري الخاص العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد . جامعة بغداد، ٢٠٠١.
١٣. مارك بير، فن التفاوض، شركة الحوار الثقافي، ضمن سلسلة هارفارد لاساسيات الاعمال 12/12/2005 1: 17: 30 PM.
١٤. د. محمد سعيد الحفاوي، استراتيجيات واساليب التفاوض مع الشركات الموردّة، مؤتمر نقل التكنولوجيا، اكااديمية البحث العلمي والتكنولوجي، القاهرة، ١٩٨٦، ٢/٢٥-١٩.
١٥. د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التفاوض، مهارات تطوير الاداء (٣)، مركز تطوير الاداء والتنمية، مصر، ط٣، ٢٠٠١.
١٦. د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات ادارة السلوك الانساني، مركز تطوير الاداء والتنمية، مصر، ط١، ٢٠٠٢.
١٧. د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات ادارة السلوك الانساني، متطلبات التحدث المستمر للسلوك، ٢٠٠٢.
١٨. د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التوعية والاقناع، الاعلام والتنمية والعالم، مهارات تطوير الاداء/١٧، ١٩٩٨.

١٩. د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات ادارة الحوار والمناقشات مهارات تطوير الاداء/٢٠، المناقشات الجماعية المركزة (F.G.D)، ط ١، ١٩٩٩/٢٠٠٠

٢٠. د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات التوعية والاقناع، الاعلام والتنمية والعالم، مهارات تطوير الاداء/١٧، ١٩٩٨.

٢١. د. محمد عبد الغني حسن هلال، مهارات ادارة السلوك الانساني، متطلبات التحدث المستمر للسلوك، ٢٠٠٢.

٢٢. د. محسن احمد الخضير، مبادئ المفاوضات، مجموعة النيل العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٢٣. د. مصطفى محمود ابو بكر، التفاوض الناجح مدخل استراتيجي سلوكي، دار الجامعة في الاسكندرية، ٢٠٠٤/٢٠٠٥.

٢٤. هادي الكليباوي، خصائص وسلوكيات المفاوضات العراقي، محاضرات القيت في دورة مهارات التفاوض في الجامعة المستنصرية . كلية الآداب، ١٩٩٣.

٢٥. فراس كاظم، المفاوضات، كلية العلوم الادارية، منتديات طلاب وطالبات جامعة اتملك سعود.

٢٦. د. رجب كريم اللاه، التفاوض على عقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٢٧. بدون اسم الناشر، جريدة الرياض اليومية، الاحد ١١/محرم/١٤٢٦ هـ . ٢٠/١٠/٢٠٠٥م، العدد (١٣٣٩٠).

٢٨. اوراق بحثية عن التفاوض link.net@ecwr E-Mail، ٥ طريق مصر حلوان الزراعي، خلف المحكمة الدستورية العليا، المعادي، مصر.

29.J & Mcmillan Managing, J. Negotiation, Hutchinson, and Benson Kennedy. G, Business Books, Limited, 1987, LONDON, P:150-165.

النظام القانوني المقترح للكفالة المصرفية

د. عمار فوزي المياحي

كلية الحقوق - جامعة النهرين

_____:

شاع في الآونة الأخيرة وفي أغلب دول العالم، استخدام الكفالة المصرفية في مختلف جوانب الحياة (الاقتصادية والمالية والتجارية... الخ)، كإحدى الوسائل الائتمانية التي يتطلبها التعاقد مع القطاع العام أو القطاع الخاص. وكانت

المصارف الكفيلة هي اللبنة الاولى في هذا المجال، الذي يعد ضروريا لتحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة.

وفي هذا الاطار عانت هذه الدول من عدم وجود قواعد عامة ذات طبيعة خاصة لموضوع الكفالة المصرفية، فتضرر النشاط المصرفي والمتعاملين معه بالكفالة الضامنة جراء ذلك، الامر الذي دعانا الى البحث في هذا الموضوع بوضوح وباسلوب السهل الممتنع الذي لايتحدد بقانون او بنظام معين، بقدر احاطته بالقواعد العامة للكفالات المصرفية.

Concfusion:

Commonly recently in most countries of the world, the use of the bank guarantee in the varios aspects of life (economic and Fnance and Cmmerc...etc), means Kaen credit required by the contract with the public sector and the private sector. And the banks to be the first step along the road in this area, which is necessary to achieve over alleconomic development. In this context, these countries suffered from the lack of general rules is the subject of a special nature and the bank guarantee, crop avtivity banking and client bail guarantor result, which led us to discuss this issue cleary and in a manner easy reluctant deteemined by the law or not a particular system, the a bility of his general rules for bank guarantees.

_____:

لقد انتشر في الوقت الحاضر استخدام الكفالة المصرفية كوسيلة من وسائل الائتمان التعاقدي بين التجار او اربابهم من المتعهدين والمجهزين وبين هؤلاء والدولة، التي باتت جميع مؤسساتها الاقتصادية، تلزمهم بتوفير الضمانات المالية الكافية للتعاقد معهم، ومنها على وجه الخصوص الكفالة المصرفية.

لا بل ان المصارف سواء اكانت حكومية ام خاصة، باتت تعتبر هذا النوع من الكفالات، صورة مهمة من صور مباشرة لمهامها الائتمانية على مدار السنة المالية. ولاهمية هذا الموضوع وحساسيته من الناحية المالية، فلقد ارتأينا تناوله بصورة عامة شاملة لانخصصها لتشريع بعينه، بقدر وضع قواعد عامة موضوعية تساعد المشرع على تلمس مواطن الضعف والقوة في التشريعات المالية الخاصة بعمل المصارف (الحكومية والاهلية) ولجزء محدد يتمثل بالكفالة المصرفية.

وعليه سنعمد الى دراسة هذا الموضوع في المطالب الاربعة القادمة وفقا لما يلي:

: ماهية الكفالة المصرفية:

ان تحديد ماهية الكفالة المصرفية يتطلب منا التعرض بداية الى تعريف هذا الاصطلاح بصورة مبسطة ومن ثم التطرق لاهميته وفقا لما يأتي:
اولاً: تعريف الكفالة المصرفية:

يعرف بعض من الفقه الكفالة المصرفية بانها: ((كتاب رسمي يصدر من المصرف المختص، بناءً على طلب عميله القانوني يتعهد فيه بأن يدفع لحساب المستفيد (الدائن) مبلغاً محدداً خلال مدة محدودة وذلك في حال عدم تنفيذ المدين (عميل المصرف) لالتزاماته التعاقدية))^(١).

من هذا التعريف نجد ان الكفالة المصرفية تتكون من الاركان الاتية:

١. **المكفول:** في القواعد العامة يعتبر المكفول هو عميل المصرف الذي يتقدم الى المصرف طالبا منه اصدار كتاب الكفالة بحدود مبلغ معين ولمدة محددة، يكفله فيها لدى دائنيه.

٢. **الكفيل:** هو المصرف (الحكومي او الاهلي) الذي يصدر كتاب الكفالة، والذي يتضمن الالتزام بسداد التزامات المكفول للمستفيدين من الكفالة المصرفية، عند الاخلال بالتزاماته التعاقدية المتفق عليها مع المستفيد.

(١) انظر: د. شفيق حربا، الكفالة المصرفية، مجلة القانون، دمشق، ١٩٨٢، ص ٨١٢.

٣. **المستفيد:** هو الشخص (الطبيعي او المعنوي) الذائن للمكفول، والذي

صدرت لأمره الكفالة المصرفية، ويكون الكفيل بموجبها ملتزماً قبله.

٤. **القرض:** هو العقد الذي من اجله صدر كتاب الكفالة المصرفية.

٥. **القيمة:** وهو قيمة المبلغ المحدد بالكفالة.

٦. **المدة:** وهي مدة سريان مفعول الكفالة المصرفية.

ثانياً: اهمية الكفالة المصرفية:

تعتبر الكفالة المصرفية اداة اجتماعية واقتصادية ومالية كثيرة الاستعمال وشديدة الاهمية لمختلف جوانب النشاط المصرفي (الحكومي او الاهلي)، وفي هذا الاطار ارتأينا جمع اهم الاهداف العامة لنظام الكفالة المصرفية وفقاً لما يلي:^(١)

١. ان الكفالة المصرفية يستفاد منها المصرف بحصوله على عمولة لقاء

اصدارها ويستفاد منها العميل لانه يعفيه من تقديم مبلغ نقدي قد لايقوى على

تأمينه او قد يوقعه بخسارة نتيجة لتجميد مبلغ كبير ولمدة طويلة، بينما هو

في حاجة ماسة لتأمين السيولة المالية لتنفيذ التزاماته.

٢. ان الكفالة المصرفية بالنسبة للمستفيد تعتبر بمثابة النقود، وذلك لانها

تتضمن تعهداً خطياً واضحاً من الكفيل بضمان المركز المالي للمكفول ودعم

قدرته الائتمانية.

٣. ان للكفالة المصرفية اهمية خاصة على صعيد تنمية الاقتصاد الوطني، تبرز

في النقاط الآتية^(٢):

- **على صعيد التبادل التجاري الدولي:** يترتب على ابرام وتنفيذ عقود

الاستيراد والتصدير من وإلى خارج اقليم الدولة، اصدار المصارف

لكفالات معينة تكفل للمستفيدين منها في الخارج قيام عملائها بسداد

ما بذمتهم من مبالغ لمصلحة او لحساب هذه العقود.

^(١) انظر: د. ماهر شكري، دور الكفالات المصرفية في التبادل التجاري الدولي، القاهرة، ص ١٤ ومابعدها.

^(٢) انظر: د. سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، بيروت، ص ٢٤.

- على صعيد التنمية الوطنية الداخلية: تشترط القوانين السارية في أغلب دول العالم على المتقدمين للمزايدة والمناقصات الحكومية ان يقدموا كفالة مصرفية تمثل نسبة معينة من قيمة العرض، تعاد بعد فض العروض الى العارضين الذين لا ترسو عليهم هذه العقود.
- أن ازدياد اصدار الكفالات المصرفية مرتبط بالتطور الحضاري: اذ اصبحت المصارف تتجه في خدمة المتعاملين معها نحو التسريع في استحصال حقوقهم او تأجيل ديونهم مادامت الضامنة لمراكزهم المالية امام المستفيدين.

: الانواع العامة للكفالات المصرفية:

تقسم الكفالات المصرفية بصورة عامة الى ثلاث اقسام: اولها التقسيم بحسب الوظيفة المرجوة من اصدارها. ام القسم الثاني منها فيختص بانواع الكفالات المصرفية بحسب الجهة المصدرة لها. في حين القسم الثالث من هذه الانواع يتناول الكفالات المصرفية بحسب الشروط المرفقة بها. ولاهمية هذه الانواع، فقد ارتأينا تناولها بالصورة الآتية:

اولاً: الكفالات بحسب وظيفتها:

١. كفالات العقود: واكثر ماتطلب هذه الكفالات في التعليقات مع الحكومة. وتقسم هذه الكفالات الى مايلي:

- كفالات الاشتراك في المناقصات والمزايدات (التأمينات المؤقتة):

وهي الكفالة التي يتعهد بموجبها المصرف بان يدفع مبلغا لايزيد عن حد معين الى المستفيد في حال فوز المتعهد المكفول بالمناقصة، وذلك في حال رفض ذلك المتعهد تنفيذ التعهد الذي رسى عليه بسبب عدم قدرته على ابرام العقد او على تأمين الكفالات المطلوبة بموجب شروط التعهد،

وقد تنص شروط التعهد على ان تكون قيمة الكفالة نسبة مئوية من قيمة التعهد.

- كفالة حسن التنفيذ (التأمينات النهائية):

تشتط معظم المناقصات او التعهدات على المتعهد تقديم كفالة المينات النهائية لضمان حسن التنفيذ حال احالة التعهد عليه وتوقيعه على العقد مع المستفيد، وتحل هذه الكفالة محل كفالة التأمينات المؤقتة والتي ينتهي مفعولها بمجرد تقديم المتعهد تلك الكفالة، ويحق للمستفيد في حال عدم تمكن المتعهد من تقديم هذه الكفالة ان يحجز كفالة التأمينات الاولى.

وبموجب هذه الكفالة يحق للمستفيد ان يطلب من المصرف مصدر الكفالة، بدفع قيمة الكفالة في حال عدم قيام المتعهد بتنفيذ كافة التزاماته الواردة في العقد، وتكون قيمتها نسبة مئوية من اجمالي قيمة العقد، وتبقى هذه الكفالة سارية المفعول طول مدة التعاقد وتمدد بتمديده ولا تخضع للتخفيض بنسبة العمل المنجز، وفي اغلب الاحيان يقوم المصرف بدفع الكفالة عندما يطلب المستفيد ذلك ان ان حصوله على قيمة الكفالة نتيجة لانهاء العقد، يمكنه من احالة التعهد الى متعهد اخر ويغطي بذلك المصاريف البتي تكبدها في الاحالة الاولى والثانية ويعوضه عن التأخير في انجاز المشروع.

ولما كانت كفالة حسن التنفيذ غير مشروطة غالبا ويكون الدفع بموجبها عندما يطلب المستفيد ذلك، فقد تلحق بالمتعهد اضرار جسيمة اذا ما تقدم بالطلب لاسباب لا يوافق عليها المتعهد.

وبناءً على ما تقدم وعندما تكون المشاريع كبيرة ومعقدة، فقد تدرج بعض المصاريف نصا في الكفالة يخضع بموجبها الدفع لحالة عدم انجاز المتعهد لالتزاماته المتعاقد عليها وذلك لحماية المستفيد.

وقد يكون تقييم عدم انجاز المتعهد لالتزاماته من قبل خبراء يعينهم المستفيد، وقد يطلب المتعهد شهادة مجموعة من الخبراء تشمل خبراء حياديين كشرط لدفع قيمة الكفالة.

بقي علينا ان نشير الى انه في حال عجز المتعهد عن تقديم كفالة حسن التنفيذ لاي سبب من الاسباب يحق للمستفيد ان يحجز على كفالة التأمينات المؤقتة^(١)

- كفالة السلف الممنوحة:

ينص العقد غالبا على دفع سلفة مقدما على حساب التعهد، والسلفة هي عبارة عن مبلغ من المال يدفعه المشتري او صاحب التعهد مقدما عند توقيع العقد، وهذا المبلغ تكون قيمته معادلة لنسبة مئوية من قيمة العقد، وذلك بغية اعطائه جزوا من السيولة التي يتطلبها تنفيذ التعهد، كأن يمول تعبئة وتهيئة معداته ويرسلها الى موقع العمل والبدء بالعمل، او ان يمول تصنيع وتجميع الاجهزة المتعاقد عليها، كما تتيح السلفة الممنوحة على حساب التعهد . التي يتم الدفع بموجبها عند الطلب . للمستفيد ان يسترد هذه السلفة عند عدم انجاز العمل الذي دفعت من اجله او على الاقل ان يسترد ذلك الجزء منها والموازي للجزء غير المنفذ من العقد عند عجز المتعهد عن الاستمرار في المضي بتنفيذ عقده.

اما فيما يتعلق بتسديد قيمة السلف الممنوحة على حساب العقد فغالبا ماينص العقد على ان يتم التسديد التدريجي من خلال مستحقات المتعهد المكفول بموجب العقد، وبنسبة مئوية من قيمة هذه المستحقات.

ولما كانت المصاريف ليس لها علاقة بنصوص العقد المبرم بين المتعهد والمستفيد بنصوص تحرره هي في نصوص الكفالات، فانه يترتب على

(١) انظر: د. جميل محمد جميل، الدخل في ظروف التنمية الاقتصادية، مجلة الصناعات الغذائية، بغداد، السنة الاولى، ١٩٨١، ص ٢٤، ومابعدها.

كل من المستفيد من الكفالة والمكفول ان يتوخيا الوضوح وايراد كل التفاصيل وايراد كل التفاصيل عند الاتفاق على نصوص الكفالات المطلوبة والتي تكون عادة غير مشروطة، ويفضل الا تكون مشروطة.

٢. الكفالة الضامنة الفنية:

وهي الكفالة التي يقدمها المتعهد لكي يتمكن من الحصول على كامل مستحقاته من الجزء المنجز من مشروع التعهد، وتمثل عادة نسبة مئوية من قيمة اجمالي المستحقات المقبوضة، وتعد هذه الكفالة بديلا لاقتطاع المستفيد للتوقيفات النهائية والتي يتم ردها الى المتعهد عند الاستلام النهائي للمشروع من قبل المستفيد وفي الموعد المتفق عليه في العقد.

وغالبا ما تكون التوقيفات غير مشروطة، وتدفع لاول طلب يقدمه المستفيد، حالما يكتشف تقصيرا من المتعهد عند استلامه المبدئي للمشروع وقبل ان يتم الاستلام النهائي، وتعوض هذه الكفالة المستفيد عن الخسائر التي قد يتعرض لها نتيجة للتأخير في تنفيذ المشروع من قبل المتعهد.

كما تتيح للمتعهد اقتصاد تكاليف الفائدة التي قد تترتب على اقتراضه بقيمة التوقيفات النهائية من المصارف او لقاءها لدى المستفيد.

ونظرا لاهمية مخاطر التوقيفات النهائية فانه يكون من المفيد للمتعهد ان يعمل على ايجاد رابطة في العقد تربط بين كفالة السلفة وكفالة التوقيفات النهائية بحيث لاتزداد قيمة الثانية الا اذا تم في نفس الوقت تخفيض قيمة الاولى.

كذلك يفضل استعادة الكفالات المتعلقة بكل استلام نهائي اذا كان العقد ينص على امكانية استلام المشروع على مراحل مجزأة، وكفالة التوقيفات النهائية مثلها مثل بقية انواع الكفالات يعتمد نصها على نتائج مفاوضات المتعهد والمستفيد.

ومن الجدير ذكره هنا ان انظمة التعاقد النافذة في العراق لم تنص على امكانية حلول الكفالة المصرفية محل توقيفات الضمان، وعلى هذا فان التوقيفات يجب ان تكون نقودا حتى يمكن الصرف منها على الاصلاحات او غيرها.

٣. كفالة الصيانة:

تطالب هذه الكفالة عادة في عقود الصيانة التي يتعهد فيها البائع باجراء الصيانة الدورية على التجهيزات والمعدات المباعة للمشتري لمدة زمنية محددة قد تمتد لعدة سنوات، فاذا لم يقم البائع (المتعهد) بالتزاماته في الصيانة ترتب على ذلك توقف آلات ومعدات المشتري ومن ثم تعرضه لخسارة مادية، يمكنه تغطيتها بحجزه الكفالة المقدمة.

٤. كفالة الاشياء المعارة للمتعهد:

تطلب هذه الكفالة عندما تعير جهة الادارة المتعاقدة المتعهد بعض المعدات والادوات اللازمة لتنفيذ المشروع، والغرض من هذه الكفالة هو ضمان اعادة هذه المعدات والآلات الى الادارة عند الانتهاء من تنفيذ المشروع.

٥. الكفالات الجمركية:

القاعدة العامة ان الرسوم الجمركية تستحق على السلع والمواد المستوردة بمجرد وصولها الى ارسفة الميناء، ولكن تلافيا لتكديس البضائع في الموانئ او على الارصفة او في المخازن لمدة طويلة، وتسهيلا للمستوردين في حصولهم على بضائعهم قبل دفع الرسوم الجمركية المترتبة، ومن ثم دفعها الى الاسواق لاستهلاك الجمهور، ولحماية حقوق الدولة في الحصول على الرسوم المستحقة، فان الجمارك تطلب تقديم كفالات مصرفية في مقابل تحقيق الاهداف المشار اليها اعلاه، وهذه على عدة انواع هي:

- كفالة التخليص على البضائع:

وتقدم هذه الكفالة لتسديد الرسوم المترتبة على البضائع المستوردة مقابل الافراج عنها، بمجرد وصولها الى الميناء، وقبل تقدير وتسديد قيمة الرسوم الجمركية المترتبة عليها.

- كفالة الترانزيت:

وتطبق هذه الكفالة على البضائع العابرة للقطر عن طريق البر والتي هي في الاساس معفية من الضرائب والرسوم الجمركية. ولكن ضمانا لايصال البضائع الى وجهتها خارج القطر في المدة المحددة ولعدم ايقائها داخل القطر تطلب كفالة بقيمة الرسوم الجمركية والضرائب الاخرى المقررة، ويتم التأكد من وصول البضاعة الى وجهتها في البلاد المرسله اليها بتقديم شهادى جمركية من تلك البلاد باستلامها، وعند اثبات وصول البضاعة الى الجهة الموردة اليها يمكن استرداد الكفالة المقدمة.

- كفالة الايداع:

وتكون هذه الكفالة عندما تمر اسابيع بين وصول البضاعة المستوردة الى مستودعات الجمارك، واعادة تصديرها الى جهة اخرى، لذلك تطلب الجمارك من مالك البضاعة تقديم كفالة تضمن تحصيل الرسوم الجمركية عن المدة التي ستبقى فيها البضائع في المستودعات.

د. كفالة السماح المؤقت:

وهي الكفالة التي تطلب في حال السماح بادخال مواد اولية الى القطر لتصنيعها او التجهيزات لاصلاحها، مع اعفائها من الضرائب والرسوم الجمركية وغيرها بقيمة الضرائب والرسوم الواجبة الاداء على ان يعاد تصديرها خلال فترة زمنية محددة، فاذا لم تصدر خلال المدة الزمنية المحددة تم اسفاء الضرائب والرسوم من الكفالة المقدمة.

والوجه الاخر للسماح المؤقت هو تقديم كفالة مقابل السماح بتصدير بعض السلع والمواد الى الخارج لاستكمال صنعها او تجهيزها، فاذا لم تعد امكن تعويضها بحجز الكفالة المقدمة. ومن صور السماح المؤقت: السماح للسياح بادخال سياراتهم الى القطر، مقابل كفالة باخراجها خلال

مدة زمنية معينة او السماح للمواطنين باخراج مجوهراتهم مقابل كفالة لضمان اعادتها.

٦. الكفالات المهنية:

وتطلب هذه الكفالة في حالة الاشتراط لممارسة مهنة ما تقديم تأمين نقدي او كفالة مصرفية لضمان عدم الاخلال بالتزامات المهنة، ولتحصيل ماقد يترتب من مبالغ نتيجة للمخالفات التي تقع اثناء ممارسة المهنة او الانحراف عن اهدافها.

٧. الكفالات الملاحية:

يلجأ الى الكفالة الملاحية في حال تأخر وصول وثائق ومستندات شحن البضائع المستوردة عن وصول ارسالية البضاعة ذاتها الى الميناء، عندها تتقدم الجهة المستوردة الى وكيل شركة الملاحة بميناء الوصول بكفالة بقيمة الارسالية الواردة كما يمكن تقديم الكفالة بدون تحديد قيمة لها وهو ما يحصل غالبا وبناء على هذه الكفالة يسلم وكيل الشركة ارسالية البضائع الواصلة الى المستودع، وبذا تطمأن شركة الملاحة الى امكانية حصولها على قيمة البضاعة المسلمة من المصرف الكافل في حال عدم وصول مستنداتها.

ثانياً: الكفالات بحسب الجهة المصدرة لها:

تتولى المصارف في شتاتحاء العالم اصدار جميع انواع الكفالات، الا انه في بعض الدول قد لاتجيز القوانين والانظمة النافذة للمصارف ان تتعامل بالكفالات كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية، حيث لاتجيز القوانين والانظمة النافذة هناك للمصارف التي تصدر الكفالات، بل تجيز هذه الانظمة والقوانين ان تصدر على نوعين من الادوات تحل محل الكفالات، وهي [كفالات صادرة عن شركات التأمين] و [كتب اعتمادات خاصة تصدرها المصارف]، ولهية هذه الادوات الائتمانية فلقد ارتأينا عرضها وفقاً لما يلي^(١):

١. كفالات شركات التأمين:

^(١) W.Aschutiger. Economic in Developing Nations U.S.A.,1977,P:28-30.

وتخضع هذه الكفالات لاحكام خاصة في القوانين المدنية والتجارية وهذا بعكس الاحكام التي تخضع لها الكفالات المصرفية العادية، وبموجب هذه الكفالات تتعهد شركات التأمين ان تدفع للمستفيد ما يترتب على المتعهد المكفول من ديون نتيجة تعهده، سواء اكانت هذه الديون ناجمة عن الدخول في المناقصات او السلف الممنوحة على حساب التعهد، لضمان حست التنفيذ او لتوقيات الضمان، وبهذا تصبح شركة التأمين طرفا ثالثا في العقد بين المتعهد والمستفيد، وهذا بعكس الكفالة المصرفية.

ويترتب على كون شركة التأمين طرفا ثالثا في العقد وجوب تحديد وحصر المبالغ التي يترتب دفعها نيابة عن المتعهد المكفول في حال عدم قيامه بتنفيذ التزاماته الواردة في العقد. ولما كان تحديد وحصر هذه المبالغ (الديون) يستلزم قيام لجان تقدير فنية وصدر قرارات محاكم قد تستغرق مدة طويلة، ونظرا لضعف تغطيتها لمخاطر المتعهد، فان المستفيد غالبا ما يرفض قبول الكفالات الصادرة عن شركات التأمين، وفي هذه الحالة لابد للمتعهد من اللجوء الى مصرفه لاستصدار كتب اعتمادات تحت الطلب لتحل محل الكفالات التي يتطلبها العقد.

٢. كتاب الاعتماد تحت الطلب:

وهو [كتاب اعتمادي عادي مماثل لكتب الاعتمادات المستندية، يتعهد المصرف بموجبه بدفع مبالغ لاتزيد قيمتها عن حد معين وضمن مدة محددة الى المستفيد بناء على طلب منه يؤكد فشل المتعهد بتنفيذ التزاماته. ويخضع هذا الاعتماد للاصول والاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية]. ولاشك ان هذا النوع من الكفالات يشكل مصدر قلق وخوف للمتعهدين نظرا لما يمثله من مخاطرة مستمرة اذا ماسحب المستفيد الاعتماد اعتباطيا. وامام هذه المحاذير يعزف الكثير من المتعهدين عن تقديم مثل هذه الكفالات في الولايات المتحدة الامريكية.

ثالثاً: الكفالات المصرفية بحسب شروطها:

يمكن تصنيف الكفالات المصرفية على اساس كونها كفالات مشروطة وكفالات غير مشروطة:

١. كفالات غير مشروطة:

وهي الكفالات التي تدفع بمجرد طلب المستفيد منها ودون ان يخضع هذا الدفع الى أي شرط من أي نوع كان. حيث ان القسم الاكبر من الكفالات التي تصدرها المصارف هي كفالات غير مشروطة، وفي الكفالات التي تكون فيها الحكومة طرفا هي بالضرورة كفالات غير مشروطة باعتبار ان صيغ الكفالات هذه توضح مسبقا من قبل الحكومة، وبحيث يتعين على المتعهد قبولها بنصها المكتوب دون مناقشة.

٢. الكفالات المشروطة:

وهي الكفالات التي يعلق دفعها على تحقق شروط اخرى غير طلب المستفيد، كأن يخضع دفعها لشهادة خبراء او لقرار محكمة، او لقرارات لجان تحكيم. وخير مثال على هذا النوع من الكفالات هي كفالات شركات التأمين. ومن الناحية العلمية اخذت المصارف العالمية تحت عملاتها المتعهدين على التفاوض مع المستفيدين حول حجز الكفالات وتعليق هذا الحجز على تحقيق بعض الشروط، وذلك بسبب تكرار طلبات حجز الكفالات من قبل المستفيدين لاسباب كانت في رأي المصارف غير منطقية وغير منصفة.

: المصرفية

ان غطاء الكفالة المصرفية يتمثل بصورة عامة بالضمانات التي يطلبها المصرف من طالب اصدار الكفالة للحصول على قيمة الكفالة فيما لو اضطر الى تنفيذها، ودفع قيمتها الى المستفيد منها. ولهذه الضمانات صور متعددة كأن يكون المكفول حساب جارٍ لدى المصرف المصدر، يمكن ان يحجز بموافقة المكفول مبلغا يساوي

في الغالب قيمة الكفالة . وضع مبلغ نقدي او اوراق مالية او بضائع لدى المصرف المصدر . وقد تساوي الضمانة قيمة الكفالة، وقد يكتفي المصرف المصدر بضمانة جزئية، وقد تصدر الكفالة مكشوفة بدون ضمانة. وعلى هذا الاساس يجب ان تكون الكفالة الضامنة محددة بمبلغ معين وبعده معينة ومعززة بغطاء معين وبصياغة معينة. ولاهمية هذا الموضوع فقد ارتأينا دراسته وفق الآتي:

اولاً: مبلغ الكفالة:

وهو المبلغ الذي يتحدد به التزام المصرف تجاه المستفيد، فالاصل ان تكون الكفالة محددة القيمة، ولكن يمكن ان تصدر الكفالة بدون تحديد مبلغ لها ويتعهد المصرف بمصدرها بكفالة عملية في كل ما يستحق للمستفيد تجاه العميل نتيجة عملية معينة وهذا ما يطبق في السو مثلاً⁽¹⁾.

ثانياً: مدة الكفالة:

وهي المدة التي تسري خلالها الكفالة من الناحية الموضوعية، فاذا ما انتهت دون ان يصدر عن المستفيد مطالبة ينتهي التزام المصرف المصدر. والاصل في الكفالة ان تصدر لمدة محددة، ولكن قد تصدر الكفالة لمدة غير محددة، وفي هذه الحالة يحق للمصرف ان ينهيها في الي وقت شريطة ابلاغ كل من المستفيد والمكفول بذلك، وتعد الكفالة مستحقة في أي وقت خلال مدة نفاذها كحد اقصى على ان تصل الى المصرف في الموعد المحدد ويسقط التزامه بدفع قيمة الكفالة بحلول موعد انتهائها حتما ودون الحاجة الى اعدار المستفيد او انذاره.

ثالثاً: الصياغة الموضوعية للكفالة المصرفية:

عند اجراء المفاوضة حول صيغة الكفالة النهائية يجب التركيز على استبعاد الكفالات غير المشروطة، كما ينبغي وضع شروط واحكام دفع الكفالة او تخفيضها بشكل واضح وصريح تلافياً للاشكالات التي يمكن ان تحدث في المستقبل، وهنا ننوه لضرورة ان يترك امر مفاوضات الاتفاق على صيغة الكفالة الى المسؤولين الماليين

⁽¹⁾ Hoplin. Financial Managematin Agriculture, 1973 & 285.

والقانونيين باعتبارهم المؤهلين لمثل هذه الاعمال، بدلا من ان تترك للوفود المفاوضة والتي غالبا مايترأسها مهندسون فنيون ليس لهم خبرة باعمال العقود. وبناء على ذلك فاذا قام المختصون بصياغة الكفالة يكون بمقدورهم ادخال نصوص واضحة وصريحة ومحددة لحقوق وواجبات المتعهد والمستفيد والمصرف الذي اصدر الكفالة. وفي هذه الحالة لايتترك أي مجال للتفسير او التأويل لنصوص الكفالة.

وفي كثير من الحالات يكون نص الكفالة محدد سلفا من قبل المستفيد، وخاصة اذا كان هذا المستفيد ادارة عامة. وفي هذا الصدد اصدرت رئاسة مجلس الوزراء السورية مثلا للتعليمات رقم (٣٤/ب/١٩١١/١٥) تاريخ (٣١/١٢/١٩٨١) والتي حددت بموجبها صيغا موحدة للكفالات التي تطلب في معرض الاشتراك في المناقصات او العقود، سواء للدخول في المناقصات وطلبات العروض والعهدات العامة او السلف الممنوحة للمتعهدين او لتوقيفات الضمانات المتقطعة من الكشف الشهرية او لحسن تنفيذ التعهدات العامة^(١).

رابعاً: تعزيز الكفالة:

واكثر مايكون تعزيز الكفالة في الكفالات الصادرة عن المصارف الاجنبية عندما تعوز المستفيد الثقة بالمصرف الاجنبي الكافل، وهنا يتدخل مصرف محلي يثق به المستفيد في العملية ويقدم كفالته كضمان لكفالة المصرف الاجنبي مصدر الكفالة، ويتم ذلك بان يؤكد هذا المصرف للمستفيد من الكفالة التي تعهد بها المصرف المتعهد، بمعنى انه يصبح ملتزما بصورة شخصية اذا لم يقيم مصرف المتعهد بتنفيذ التزامه بالدفع الى المستفيد عند تقديمه طلبا اصوليا بذلك.

خامساً: تمديد الكفالة:

ان الغطاء القانوني والمالي للكفالة المصرفية، يمكن ان يمتد في الحالات التالية:

١. الاصل ان يسقط التزام المصرف المصدر للكفالة نهائيا عندما تنتهي مدتها، وفي هذه الحالة يجوز للمصرف اصدار كفالة جديدة لصالح المستفيد من

(١) المجموعة القانونية لقرارات الرئاسة السورية، ج ١ - ج ٢، مكتبة الاسد، ١٩٨٠.

الكفالة المنتهية وعن نفس العملية التي استدعت اصدارها، ولكنها تكون مستقلة تماما عن الكفالة السابقة.

٢. يجوز تمديد الكفالة قبل انتهاء مدة سريانها ولكن باتفاق كل من المستفيد والمكفول، حيث ان المصرف لا يستطيع تمديد الكفالة الا بموافقة المكفول، واذا فعل فتكون على مسؤوليته. وفي هذه الحالة لا يحق له مطالبة المكفول في حالة استحقاق الكفالة.

٣. والتطبيق العملي للكفالات يقتضي تضمينها نصا قانونيا يعطي الحق للمصرف بتمديد الكفالات باعتبار ان اتمستفيد غالبا مايطلب الى المصرف اما تمديد الكفالة او الدفع، وبموجب هذا النص يكون لدى المصرف السند القانوني الذي يخوله تمديد الكفالة بدلا من دفع قيمتها دون الرجوع الى المكفول لاختذ موافقته.

سادساً: الجوانب القانونية لغطاء الكفالة المصرفية:

ان العلاقة القانونية التي تحكم كلا من العقد والكفالة يختلف بعضها عن البعض الآخر كثيرا فكل منهما: (العقد) و (الكفالة) يعد التزاما قانونيا مستقلا تماما عن الآخر، فالعلاقة بين البائع والمشتري . المتعهد والمستفيد . يحكمها العقد الاساسي المبرم بين الطرفين ولايصح لأي طرف اخر ان يؤثر او يتأثر بهذه العلاقة. اما الكفالة فهي بحد ذاتها تعاقد قانوني بين ثلاثة اطراف: (المكفول، المصرف، المستفيد)، تصدر بناء على طلب وبالنيابة عن المتعهد.

فالطرف الاول (المكفول): تعهد بالدفع الى الطرف الثاني (المصرف) اية مبالغ قد يدفعها الى المستفيد بالاستناد الى الكفالة، وان العلاقة معه تحكمها شروط الاتفاق مع المصرف على اصدار الكفالة.

اما علاقة الطرف الثاني (المصرف) بالمستفيد فتخضع لاحكام القانون العام للكفالة ولا تعد هذه العلاقة بأي حال من الاحوال عقداً بينه وبين المستفيد.

ويتوجب على الطرف ان يدفع المبالغ الواردة في الكفالة فقط الى الطرف الثالث (المستفيد) في حالة تقديمه مكالبة اصولية مستوفية للشروط المنصوص عليها في الكفالة فقط وبغض النظر عن شروط التعاقد بين المتعهد والمستفيد^(١).

سابعاً: طبيعة التزام المصرف بدفع قيمة الكفالة باعتباره غطاءً له:

١. نشير أولاً الى ان الكفالة المصرفية شخصية لايحوز تداولها، وهذا يعني انه لايحوز تظهيرها او التنازل عنها لاي كان، وبالتالي لايحوز دفع قيمتها الا للمستفيد بالذات او وكيله القانوني.

٢. باعتبار ان الكفالة تحل محل النقود فانه يجب ان تتضمن تعهداً من المصرف بشكل نهائي بدفع قيمتها لدى اول طلب يصله في مدة نفاذها، ولو اعترض المكفول (المتعهد).

٣. ان الحصول على قيمة الكفالة لايحتاج الى اثبات حدوث تقصير او اهمال من المتعهد ولا الى أي اجراء قضائي، بل يكفي بمطالبة اصولية وفق شروط الكفالة ليتم الحصول عليها فوراً.

٤. ان طبيعة الكفالة المصرفية تختلف تماماً عن الكفالة التي نظمها القانون المدني والتي عدت فيها التزام الكفيل تابعا لالتزام المدين المكفول من حيث صحته وبطلانه، ذلك ان المصرف يلتزم دائماً في الكفالة بدفع قيمة الكفالة بناء على مطالبة اصولية، ومهما كان وضع المكفول او مصير الاتفاق بينه وبين المصرف.

٥. يتحدد التزام المصرف تجاه المستفيد بالشروط التي صدرت بها الكفالة لا للشروط المتفق عليها بين المكفول والمستفيد او بين المكفول والمصرف.

ثامناً: هل يحوز الحجز او تعيين حارس على قيمة الكفالة المصرفية وغطائها المالي:

(١) انظر: حسن النجفي، بنك الدولة خطوة تقدمية في تطور العراق، مجلة المالية، العدد الثاني، السنة الاولى، ١٩٧٤، ص ٤٢.

١. لايجوز لدائن المكفول ان يحجز على الكفالة لدى المصرف باعتبار ان الكفالة لاتتمثل حقا للمكفول با دينا على المصرف لصالح المستفيد فقط، وبالمقابل لايجوز ايضا لدائن المكفول ان يحجز لدى المستفيد على حق المكفول في الكفالة كون الكفالة هي كفالة المصرف المكفولن وبالتالي لاتتمثل حقا للمكفول لدى المستفيد.

كما انه لايجوز لدائني المستفيد الحجز على قيمة الكفالة لدى المصرف لان المطالبة بتنفيذ حق شخصي تقديري له ولايجوز لدائنيه ان يستعملوه بدلا عنه.

٢. لايجوز تعيين حارس على قيمة الكفالة، ذلك ان محل الحراسة يجب ان يكون مالا متنازعا عليه، بينما المال المدفوع من قبل المكفول الى المصرف مقدما هو مال مرهون لصالح المصرف وبالتالي لايقوم النزاع عليه، كما ان النزاع بين المصرف والمستفيد حكمه مال اخر هو الحق الناجم عن الكفالة.

: ء الكفالة المصرفية:

تتقضي الكفالة المصرفية باحدى الطرق الاتية:

اولاً: انقضاء الكفالة بالوفاء:

تتقضي الكفالة بدفع قيمتها المحددة في صلبها بناء على طلب المستفيد وبالشروط الواردة فيها، ولايجوز للمستفيد اطلاقا المطالبة بقيمة تزيد عن القيمة المحددة في الكفالة حتى ولو كانت خسارته تزيد بأضعاف عنها، ولعله من نافلة القول ان نشير هنا الى ضرورة ان يكون الدفع عن طريق المكفول بالنظر لكون الكفالة مستقلة تماما عن العقد الاساسي المنشيء للالتزام.

ثانياً: الكفالة باعادتها الى المصرف:

تتقضي الكفالة المصرفية باعادتها من قبل المستفيد قبل انتهاء مدتها الى المصرف، لذا يجب على المكفول ان يستمر في مطالبة المستفيد على اعادة كتاب الكفالة الى المصرف الكافل فور ايفائه بالالتزامات التي تغطيها الكفالة قبل المستفيد، وهنا نشير

الى ان اعادة الكفالة ينهي التزام المصرف تجاه المستفيد كما ينهي التزام المكفول تجاه المصرف.

ثالثاً: انقضاء الكفالة باستحالة تنفيذ الالتزام:

تتقضي الكفالة باستحالة تنفيذ المكفول لالتزامه، شريطة ان ترجع استحالة التنفيذ الى اهمال او تقصير المكفول، بل يشترط فيها ان تكون بسبب اجنبي او بسبب الكفيل ذاته، وان يكون الالتزام مشروطاً، اما اذا كان عكس ذلك فأن التزام المصرف لا يتأثر بهذه الاستحالة.

رابعاً: انقضاء الكفالة بانتهاء مدة صلاحيتها:

تنتهي الكفالة بانتهاء مدتها المحددة في متنها، واذا كان انتهاء الكفالة مشروطاً بعمل ما، فان الكفالة تنتهي بانتهاء العمل، وهنا يجب ان يكون ذلك العمل معرفاً بطريقة واضحة ودقيقة وغير قابلة للنقاش.

خامساً: انقضاء الكفالة باعلان بطلان العقد الاساسي من قبل طرفيه:

تعد الكفالة المصرفية ملغاة اذا ما اعلن طرفا العقد (البائع والمشتري) بطلانها، وكذلك في حالة الغاء العقد الاساسي سواء اكان الالغاء بقرار صادر عن محكمة او لجنة تحكيم.

سادساً: انقضاء الكفالة بتضمينها شرطاً يقضي بالغاء او انتهاء مفعولها:

عندما يرد شرط في نص الكفالة يقضي بالغاء الكفالة عند حدوث حادث ما، فان الكفالة تصبح لاغية من تاريخ وقوع الحادث، وهنا تجدر الاشارة الى ان شرط الالغاء هذا يجب ان يذكر بصراحة في نص الكفالة وبدون غموض. ويمكن لنا ان نرد المثال التالي على ذلك:

إذا تضمنت كفالة السلفة نصاً يقضي بتخفيضها بشكل تلقائي وبنسبة الاستحقاق الذي يدفع إلى المتعهد فإن الكفالة تصبح منتهية بمجرد دفع استحقاق المتعهد كاملاً.

سابعاً: انقضاء الكفالة بالتقادم:

ينقضي التزام المصرف بالكفالة المصرفية بالتقادم إذا كانت غير محددة المدة وذلك بمرور خمسة عشر عاماً من تاريخ إصدارها إذا لم تكن موقوفة أو معلقة على شرط، أما إذا كانت موقوفة أو معلقة على شرط فلا يبدأ سريان التقادم من تاريخ تحقق الشرط، وهنا يلاحظ ترتيب عدد من الآثار على انقضاء الكفالة المصرفية لابد أن تراعى في كافة القوانين الوضعية، يمكن إيجازها بما يلي^(١):

١. يترتب على انقضاء الكفالة أن يقوم المصرف المصدر بالغائها من سجلاته الخاضعة لرقابة ديوان المراقبة المالية.

٢. أن تقوم الجهة المستفيدة من الكفالة بردها إلى المصرف المصدر لها.

٣. للمصرف مصدر الكفالة أن يرجع إلى عميله في حالة الوفاء بقيمة الكفالة ولا يحق له الرجوع إليه إلا إذا كان الوفاء مكابفاً لتعليمات المكفول.

٤. أما في الحالة التي يتم فيها انقضاء الكفالة بغير الوفاء، فإنه يترتب أن تبرأ ذمة المصرف المصدر من دفع قيمة الكفالة، كما تبرأ ذمة المكفول من الالتزام بتعويض المصرف عما يدفعه نتيجة الكفالة، وفي هذه الحالة يصبح المصرف مديناً برد غطاء الكفالة التي بحوزته إلى المكفول.

_____:

بعد دراسة موضوع القواعد العامة للكفالات المصرفية، لم يتبق لنا إلا أن نطرح عدداً من التوصيات، التي نجدها ضرورية في تفعيل دور الائتمان المصرفي أمام الجهات

(١) انظر: د. شفيق حربا، المصدر السابق، ص ٨١٠-٨١١.

المستفيدة من هذه الكفالات من جانب ودافعه تشريعيا لاعتمادها في قانون خاص للكفالات المصرفية على الصعيد الوطني وهي كما يلي:

١. ندعوا المشرعين العرب بصورة عامة والمشرعين العراقيين بصورة خاصة الى اعتماد قوانين خاصة (بالكفالات المصرفية)، تراعى فيها الشخصية القانونية للمكفول والكفيل والمستفيد، فيما اذاغ كانت خاضعة للقانون العام ام القانون الخاص.

٢. ان تحديد انواع الكفالات المصرفية وفقا لما جاء في هذه الدراسة لاينفي امكانية ظهور انواع اخرى من الكفالات المصرفية، تتلائم والتطور التكنولوجي الذي يشهده العالم في الآونة الاخيرة وخير مثال على ذلك (كفالات بنوك الانترنت) التي باتت وسيلة ائتمانية خاصة للمتعاملين بالتجارة الالكترونية.

٣. ندعوا في هذا السياق الى تفعيل دور الرقابة على جميع الكفالات المصرفية التي تمنحها البنوك الوطنية الى المستثمرين الاجانب والذين يصعب على ادارت المصارف (التعرف على مصدر اموالهم المكفولة) ولاسيما بعد انتشار ظاهرة غسيل الاموال.

٤. نرجوا من الباحثين في المجال القانوني والمالي الى البحث في تفاصيل هي الجزئية القانونية ووضع المعايير المانعة الجامعة التي تميز بين هذه الكفالات والقانون الذي يحكمها، ولا اوسع مجالا من ذلك رسائل الماجستير واطاريح الدكتوراه.

_____:

_____:

١.د. ماهر شكري، دور الكفالات المصرفية في التبادل التجاري الدولي، القاهرة.

٢.د. سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، بيروت.

3. W.Aschutiger. *Economic in Developing Nations* U.S.A.,1977.
4. Hophin. *Financial Managematin Agriculture*, 1973.

ثانياً: _____:

١. د. شفيق حربا، الكفالة المصرفية، مجلة القانون، دمشق، ١٩٨٢.
٢. د. جميل محمد جميل، الدخل في ظروف التنمية الاقتصادية، مجلة الصناعات الغذائية، بغداد، السنة الاولى، ١٩٨١.
٣. حسن النجفي، بنك الدولة خطوة تقدمية في تطور العراق، مجلة المالية، العدد الثاني، السنة الاولى، ١٩٧٤.

المجاميع القانونية:

١. المجموعة القانونية لقرارات الرئاسة السورية، ج١-ج٢، مكتبة الاسد، دمشق، ١٩٨٠.

القانون الدولي لحقوق الإنسان

فسي

احكام وفتاوى محكمة العدل الدولية

د. جيتار لاهم الملائك

كلية الحقوق / جامعة النهرين

_____:

تعد محكمة العدل الدولية الجهاز القضائي الرئيسي لمنظمة الامم المتحدة وقد ساهمت في التعبير عن الكثير من الآراء ذات الطابع القانوني في فروع القانون الدولي المختلفة اذ ان ماتعبر عنه احكامها واراؤها الاستشارية يعد هو القانون المطبق.

نظرت محكمة العدل الدولية في العديد من القضايا منذ انشائهاات وكان بعض منها يتعلق بحقوق الانسان او هي تعرضت فيها لبعض المسائل المرتبطة بحقوق الانسان كالحكم الصادر عام ١٩٧٠ بخصوص قضية شركة برشلونة تراكشن او الرأي الاستشاري الصادر عام ١٩٩٦ بخصوص مشروعية استخدام الاسلحة النووية او التهديد باستخدامها.

ان هذا البحث يمثل محاولة لتلمس مساهمة محكمة العدل الدولية في مجال ابراز القواع القانونية المتعلقة بحقوق الانسان وتفسيرها.

Summary:

The international court of justice is the main organ judicial for the organization of the united nations. It has participated in expressing much of the opinion with legal opinions in the different branches of the international law. Where it does express the practiced law its consultaive rules and opinions.

The international court of justice looked at in many of the cases since it was issued. Some of these cases were relating to human right or it has referred to some issuse related to human right as

the issued judgment in 1970 related to the case of BARCELONA TRACTION COMPANY, or the advisory opinion relating to the legality of using nuclear weapons or threatening in using them.

This research represents a try to understand the participation of the international court of justice in the field of showing the legal rules related to human right and explaining them.

_____:

إذا كان من الشائع القول ان المجتمع الدولي يفتقد لاجهزة او لسلطة قضائية مركزية بالشكل المعروف على مستوى التنظيم القانوني الداخلي للدول فان هذا الكلام قد عفى عليه الزمن نسبيا. فالاجهزة القضائية الدولية شهدت تطورا ملحوظا ارتبط بظهور المنظمات الدولية وتطور عملها واتساع اختصاصها في مجال العلاقات الدولية، ولعل ابرز محكمة دولية معروفة الى اليوم هي محكمة العدل الدولية الوريث لمحكمة العدل الدولية الدائمة التي كانت قائمة في ظل عصبة الامم، وقد وضع النظام الاساسي لها عن طريق لجنة استشارية من الفقهاء بناءا على تكليف من مجلس عصبة الامم واصبح نظامها الاساسي ساريا اعتبارا من من ١٦ أيلول ١٩٢٠ بعد ان صدقت عليه غالبية الدول الدول الاعضاء في العصبة، وقد لهذه المحكمة ان تبحث خلال فترة عملها التي امتدت لما يقارب الستة عشر عاما (١٩٢٢ - ١٩٣٨) اكثر من خمسين قضية واصدرت اكثر من خمسة وعشرين رأياً استشارياً^(١).

ان تطور المجتمع الدولي قد قاد الى وجود اجهزة قضائية اثرت بدورها على تطور العلاقات الدولية وفهم جوانب متعددة منها بشكل مختلف عن المراحل السابقة، وقد مثل القرن العشرين الحيز او المجال الزمني الذي تحددت فيه مديات هذا التطور، وعلى هذا الاساس فوجود القضاء فوجود القضاء الدولي يعد سبباً ونتيجة لتطور

(١) احمد الوفاء، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، ١٩٨٥ - ١٩٨٦، ص ٤٩٤.

المجتمع الدولي اذ انه ساهم بدوره في تطوير القواعد المنظمة للعلاقات الدولية داخل هذا المجتمع بفروعها المختلفة، فضلا عما تقدم فقد كان لظهور فروع جديدة في القانون الدولي العام بعد انشاء الامم المتحدة ودورها في مجال تطوير وتقنين قواعد هذا القانون، وعلى وجه التحديد فيما يتعلق باحترام وحماية حقوق الانسان، كلها عوامل قادت الى تزايد اهمية القرارات القضائية ومايرد فيها بخصوص تحديد القيمة القانونية لبعض المفاهيم او الافكار، وهل يمكن عدها قواعد قانونية دولية ملزمة. ان هذا الامر قاد الى ظهور اتجاهات تقول ان مستقبل دراسة القانون الدولي العام ستأخذ تفصيلا اكبر على مدى الزمن القادم نتيجة لتنوع فروعها وتطورها المستمر، ون ابرز هذه الفروع الجديدة مايعرف الان بالقانون الدولي لحقوق الانسان^(١). ان البحث في موضوع حقوق الانسان طبقاً لقرارات محكمة العدل الدولية ورائها الاستشارية يستهدف تحديد الدور الذي قامت به المحكمة في مجال بلورة القواعد القانونية المتعلقة بهذا الموضوع على المستوى الدولي، وفي الكشف عن القواعد التي يمكن ان تطبق باعتبارها حائزة لوصف الالتزام، وبالنتيجة في الوصول الى القول بوجود فرع قانوني جديد هو القانون الدولي لحقوق الانسان.

ماهية القانون الدولي لحقوق الانسان

اذا كانت حقوق الانسان وحياته الاساسية تمثل مظهرا جديدا من مظاهر عناية التنظيم القانوني الدولي بالفرد فان هذه الحادثة في ظهور هذا المفهوم يستدعي اولاً تحديد المقصود بالقانون الدولي لحقوق الانسان من خلال اعطاءه تعريفاً جامعاً مانعاً لمعناه مع ذكر مبررات وجوده كفرع مستقل من فروع القانون الدولي العام فضلا عن التطرق للصلة او الاساس القانوني الذي يبرر الدور الذي تلعبه محكمة

(١) احمد الرشيدى، بعض الاتجاهات الحديثة في دراسة القانون الدولي العام، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٩٩، ص ٨٣.

العدل الدولية في مجال حقوق الانسان، وهذا ماسيتم بحثه في المطالب الثلاثة
الاتية:

المطلب الاول: التعريف بالقانون الدولي لحقوق الانسان.

المطلب الثاني: مبررات وجود القانون الدولي لحقوق الانسان.

المطلب الثالث: اهمية دور المحكمة في مجال حقوق الانسان.

المطلب الاول: التعريف بالقانون الدولي لحقوق الانسان:

ان حقوق الانسان تمس العلاقات فيما بين الافراد، وكذلك بين الافراد والدولة، ومن ثم فأن الواجب العملي او الالتزام الحقيقي في توفير الحماية لهذه الحقوق يقع بالدرجة الاولى على السلطات الوطنية داخل كل دولة فهي التي تكون مسؤولة بهذا الخصوص، اما الجهود الدولية فهي تؤكد وتدعم الجهد الوطني الا ان ذلك لايعني باي حال من الاحوال التقليل من شأنها في مجال ضمان نوع الحماية ذات الطبيعة غير الوطنية، ومع تطور الضمانات الدولية لحماية حقوق الانسان ظهر ما يعرف بالقانون الدولي لحقوق الانسان الذي يعرفه احد الكتاب باعتباره احد فروع القانون الدولي العام الذي يعنى بتنظيم كل مايتعلق بقضايا حقوق الانسان وحياته الاساسية في وقت السلم او في غير حالة النزاعات المسلحة^(١).

عليه فان القانون الدولي لحقوق الانسان نظام قانوني يسعى الى حماية الفرد الذي قد يتعرض لتجاوزات او اعتداءات من قبل الدولة التي يوجد في اقليمها بغض النظر عن الجنسية التي يحملها او كان عديم الجنسية وقت السلم، وهذا يعني ان هناك مجموعة من الصكوك او المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان، وهي تتضمن نصوصا تشتمل على احكام يمكن بمقتضاها ان يحال الى محكمة العدل الدولية أي نزاع يقوم بين الاطراف المتعاقدة، ويتعلق تفسير الصك او تطبيقه او تنفيذه وذلك بناء على طلب أي من اطراف النزاع، ومن هذه الصكوك يمكن الاشارة الى اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها لعام ١٩٤٨، واتفاقية حظر الاتجار

(١) احمد الرشيدى، المصدر السابق، ص ٨٣

بالاشخاص واستغلال دعارة الغير لعام ١٩٤٩، والاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لعام ١٩٥١، واتفاقية حقوق المرأة السياسية لعام ١٩٥٢، والاتفاقية الخاصة بالرق لعام ١٩٢٦ والمعدلة ببروتوكول ٢٣ تشرين الاول ١٩٥٣، والاتفاقية المتعلقة بوضع الاشخاص عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤، والاتفاقية التكميلية لابطال الرق وتجارة الرقيق والاعراف والممارسات الشبيهة بالرق لعام ١٩٥٦، واتفاقية اليونسكو الخاصة بمكافحة التمييز في مجال التعليم لعام ١٩٦٠، واتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١، واتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لعام ١٩٦٢، والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥، والاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها لعام ١٩٧٣، واتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٨٩، واتفاقية مناهضة التعيب وغيره من ضروب المعاملة او العقوبة القاسية او اللاانسانية او المهينة لعام ١٩٤٨.

ان التعريف المتقدم يجعلنا نقر بوجود فرق بين مايعرف بالقانون الدولي لحقوق الانسان الذي تسعى قواعده الى توفير نوع من الحماية الدولية لهذه الحقوق وقت السلم وبين القانون الدولي الانساني الذي يستهدف حماية الانسان اثناء فترات النزاعات المسلحة، وقد اكدت محكمة العدل الدولية هذا التعريف للقانون الدولي الانساني في فتاها المتعلقة بمشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها الصادرة بتاريخ ٨ تموز ١٩٩٦ حيث اشارت الى ان هذا الفرع من فروع القانون يتضمن القواعد المتصلة بتسيير الاعمال العدائية فضلا عن القواعد التي تحمي الاشخاص الخاضعين لسلطة الطرف الخصم^(١) او هو مجموعة القواعد التي تسعى لاسباب انسانية للحد من تأثيرات النزاع المسلح وتحمي الاشخاص غير المشاركين او المشاركين او المتوقفين عن المشاركة في الاعمال العدائية ويقيد وسائل واساليب

(١) لويز دوسوالد - بيك، القانون الدولي الانساني وفتوى محكمة العدل الدولية بشأن مشروعية التهديد بالاسلحة النووية او استخدامها، المجلة الدولية للصليب الاحمر، العدد ٥٣، شباط/١٩٩٧، ص ٧٣.

الحرب. وكان للمحكمة دور في تحديد نطاق سريان القانون الدولي لحقوق الانسان ففي رأيها الاستشاري المتعلق بالتبعات القانونية المترتبة على بناء الجدار في الاقليم الفلسطيني المحتل ادعت اسرائيل طبقاً لما ذكر في تقرير الامين العام ان العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦ والمصادق عليها من قبل اسرائيل عام ١٩٩١ لا يمكن ان يكونا مطبقين على الاقليم الفلسطيني بالمحتل، فهي ترى . أي اسرائيل . ان القانون القانون الانساني يتمثل في الحماية الممنوحة في حالة النزاع كما في الضفة الغربية وقطاع غزة في حين ان الهدف من معاهدات حقوق الانسان هو حماية المواطنين من الحكومة اوقات السلم، وردت المحكمة ان قانون حقوق الانسانت يوقف العمل به في اوقات النزاع المسلح الا طبقاً للمادة (٤) من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية^(١). ولاحظت المحكمة بصدد هذه العلاقة وتداخل المواضع بين القانونين المذكورين ان هناك ثلاث حالات ممكنة هي:

١. بعض الحقوق تعد مواضع حصرية بالقانون الدولي الانساني.
٢. مواضع اخرى تعد مواضع حصرية بقانون حقوق الانسان.
٣. مواضع ثالثة تنتمي الى كلا الفرعين المذكورين من فروع القانون الدولي.

(١) تنص المادة (٤) من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية على الآتي:
(١) يجوز للدول الاطراف في العهد الحالي، في اوقات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الامة والتي يعلن عن وجودها بصفة رسمية ان تتخذ من الاجراءات ما يحلها من التزاماتها طبقاً للعهد الحالي الى المدى الذي تقتضيه بدقة متطلبات الوضع، على ان لا تتنافى هذه الاجراءات مع التزاماتها الاخرى بموجب القانون الدولي ودون ان تتضمن تمييزاً على اساس العنصر او اللون او الجنس او اللغة او الديانة او الاصل الاجتماعي فقط.

٢. ليس في هذا مايجوز التحلل من الالتزامات المنصوص عليها في المواد ٦، ٧، ٨ - الفقرات ١-٢، ١١، ١٥، ١٦، ١٨.

٣. على كل دولة طرف في العهد الحالي ان تستعمل حقها في التحلل من التزاماتها ان تبلغ الدول الاخرى الاطراف في العهد الحالي فوراً عن طريق الامين العام للأمم المتحدة، بالنصوص التي احلت منها نفسها والاسباب التي دفعتها الى ذلك وعليها كذلك بالطريقة ذاتها ان تبلغ نفس الدول بتاريخ انهاءها ذلك التحلل)).

وقد خلصت المحكمة الى ان العهدين الدوليين المتعلقين بحقوق الانسان لعام ١٩٦٦ يعدان ساريي المفعول بخصوص تصرفات او اعمال تقوم بها دولة ما في ممارسة سلطتها القضائية خارج اقليمها، وهذا يعني ان اسرائيل ملتزمة بتطبيق هاتين الاتفاقيتين على الاراضي الفلسطينية المحتلة، فضلا عن خضوعها الى التزام يقضي بعدم وضع عراقيل في طريق ممارسة هذه الحقوق في المجالات التي انتقل فيها الاختصاص الى السلطة الفلسطينية^(١).

ومما تقدم يظهر وبشكل واضح ان المحكمة قد اشارت اولاً الى انها اوضحت رأيها بشأن العلاقة بين قانون حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني حيث ان العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يهدف الى حماية حقوق الانسان في وقت السلم بينما يغطي القانون الدولي المطبق في المنازعات المسلحة المسائل المتعلقة بالحرمان غير المشروع من الحياة ابان الاعمال العدائية، غير ان المحكمة استبعدت هذا الموقف واعلنت ان الحماية التي يوفرها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية باستمرار حتى وقت الحرب الا لو كان ذلك اعمالاً للمادة (٤) من العهد المذكور والتي تتمص على جواز وقف العمل ببعض الالتزامات التي ينص عليها هذا الصك في حالة وجود خطر عام..... والحق في عدم الحرمان التعسفي من الحياة يسري من حيث المبدأ اثناء الاعمال العدائية ايضا وفي مثل هذه الحالات يقوم القانون الدولي الانساني بتحديد مايمثل حرمانا تعسفيا من الحياة، وهكذا اثبتت المحكمة ان تطبيق قانون حقوق الانسان يتم في كل الاحوال فضلا عن تطبيقه جنبا الى جنب مع القانون الانساني بشكل مكمل له في حالات النزاع المسلح^(٢).

^(١) www.icj-cij.org. ICJ, Legal Consequences of the Construction of wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for Advisory Opinion) Summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004, p.9.

^(٢) روز ماري ابي صعب، الاثار القانونية لاقامة جدار في الاراضي الفلسطينية المحتلة، بعض الملاحظات الاولى على الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية، ص ٩ - ١٠. متاح على موقع اللجنة الدولية للصليب الاحمر، www.icrc.org.

وصفوة القول ان القانون الدولي الانساني وقانون حقوق الانسان هما مجموعتان من القوانين المتميزة ولكنها متكاملة ويسعى كل من القانونين الى حماية الافراد من الاعمال التعسفية والاساءة، فحقوق الانسان ملازمة للطبيعة البشرية وتحمي الفرد في كل الاوقات.

سواء كان ذلك وقت السلم او الحرب. اما القانون الدولي الانساني فيطبق في حالات النزاع المسلح فقط، ومن ثم فان قانون حقوق الانسان، والقانون الدولي الانساني يطبقان بطريقة متكاملة في حالات النزاع المسلح^(١).

والحقيقة ان هذين الفرعين من فروع القانون الدولي يشتركان في كونهما يستهدفان حماية الشخصية الانسانية مما يجعلهما يرتبطان بروابط مميزة مع بعضهما في نطاق القانون العام، ورغم هذا الترابط بين هذين الفرعين من فروع القانون الدولي فقد بقيت الضمانات الممنوحة لحقوق الانسان وقت السلم معنية بتنظيم العلاقة بين الدولة ومن يوجد على اقليمها حيث ظلت معاملة الافراد من الدول العدو زمن الحرب بعيدة عن مجال انطباقها، واستمر هذا الانفصال حتى صدور الاعلان العالمي لحقوق الانسان عام ١٩٤٨ الذي لم يشر في أي نص من نصوصه الى حقوق الانسان وقت النزاعات المسلحة، ومع ذلك فان هناك علاقة قائمة بين هذين الفرعين، فهناك ذكر لبعض الحقوق الفردية اللصيقة بالاشخاص المحميين بموجب اتفاقيات جنيف الاربعة اذ تلزم المادة (٣) المشتركة من هذه الاتفاقية الاطراف المعنية بوجوب تطبيق اعمال بعض القواعد ذات الصبغة الانسانية كحد ادنى في أي نزاع مسلح ليست له صفة دولية^(٢).

(١) www.icrc.org/web/ara/siterar.a.nsf/html/all/section_and_humman_right.

(٢) تنص المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربعة على: ((في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في اراضي احد الاطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بانطبق كحد ادنى الاحكام التالية:

(١) الاشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الاعمال العدائية بمن فيهم افراد القوات المسلحة الذين القوا عنهم اسلحتهم، والاشخاص عاجزون عن القتل بسبب المرض او الجرح او الاحتجاز او لاي سبب اخر، يعاملون في جميع الاحوال معاملة انسانية، دون أي تمييز ضار

ان هذه المادة تقوم بتحديد او تنظيم جانب جانب من العلاقة بين الدول ورعاياها، وهي تتداخل نتيجة ذلك مع الموضوعات التقليدية لحقوق الانسان. وقد اكد اعلان طهران الصادر عام ١٩٦٨ على ضرورة تغليب المباديء الانسانية بشكل كامل بينما تعد الحرب انكارا لهذه الحقوق^(١).

:

:

من الصعب انكار وجود توسعا افقيا مطردا في قواعد القانون الدولي مع ظهور فروع مختلفة تمثل مجموعات متميزة لم تكن معروفة سابقا، كالقانون الدولي للبيئة والقانون الدولي للتنمية، والقانون الدولي للتنمية، والقانون الدولي للاقتصادي، والقانون الدولي للبحار والقانون الدولي للملائين^(٢).

وهذا التوسع له ما يبرره الا انه بقدر تعلق الامر بالقانون الدولي لحقوق الانسان نستطيع ان نرصد عدة مبررات تدعو الى القول بضرورة وجوده كفرع مستقل من فروع القانون الدولي العام وهذه المبررات هي:

يقوم على العنصر او اللون او الدين او المعتقد او الجنس او المولد او الثروة او أي معيار مماثل اخر.

ولهذا الغرض، تحضر الافعال التالية فيما يتعلق بالاشخاص المذكورين اعلاه وتبقى محظورة في جميع الاوقات والاماكن:

- الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية وبخاصة القتل بجميع اشكاله والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب.

- اخذ الرهان.

- الاعتداء على الكرامة الشخصية وعل الاخص المعاملة المهينة والحاطة للكرامة.

- اصدار الاحكام وتنفيذ العقوبات دون اجراء محاكمة سابقة امام محكمة مشكلة تشكيلا قانونيا وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتقدمة.

(٢) يجمع الجرحى والمرضى ويعتنى بهم.

ويجوز لهيأة انسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الاحمر ان تعرض خدماتها على اطراف النزاع.

وعلى اطراف النزاع ان تعمل وفق ذلك عن طريق اتفاقات خاصة، على تنفيذ كل الاحكام الاخرى من هذه الاتفاقية او بعضها وليس في تطبيق الاحكام المتقدمة ما يؤثر عل الوضع القانوني لاطراف النزاع.

(١) انظر النص الكامل لاعلان طهران لعام ١٩٦٨ منشورا فين محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان مج ١، الوثائق العالمية ط ١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٣٣-٣٦.

(٢) احمد الرشيدى، المصدر السابق، ص ٨٢-٩٠.

أولاً: مبررات ذات طابع تاريخي وأخلاقي تعكس اهتمام القانون الدولي منذ فترة ليست بالقصيرة بمستوى انساني معين واعتبارات مختلفة تعنى بالفرد تقود الى ضرورة احترام المبادئ الانسانية الاساسية في مختلف الظروف عموماً، وعلى سبيل المثال، وفي اثناء مناقشات جمعية عصبة الامم حول تطبيق وتعديل المادة (١٦) من العهد فيما يخص التدابير التي تطبق عند وقوع العدوان تم الاعراب بصورة متكررة عن عدم تعريض العلاقات الانسانية للخطر كما نص قرار معهد القانون الدولي عام ١٩٣٤ في المادة (٤/٦) على انه: يجب على كل دولة عندما تمارس الاعمال الانتقامية ان ((تمتنع عن اتخاذ أي اجراء صارم يكون منافياً للقوانين الانسانية ومتطلبات الضمير العام)). فهذه المبادئ العامة المذكورة آنفاً تعززت وتحددت نتيجة للنشأة الحديثة نسبياً لمجموعة كبيرة من القواعد التي تشكل قانون حقوق الانسان في الوقت الحاضر^(١). على هذا الاساس فقد نصت الفقرة (د) من المادة (٥٠) من مشروع قانون مسؤولية الدول الذي تقوم باعداد لجنة القانون الدولي على: ((هدم جواز اللجوء الى فرض تدابير انتقامية او اجراءات مضادة تعبر عن سلوك يخل بحقوق الانسان الاساسية)). ونقرأ ايضاً في المادة (٥٠) من مشروع مواد مسؤولية الدول عن الافعال غير المشروعة دولياً لعام ٢٠٠١ التالي: ((أ. الالتزامات التي لا تتأثر بالتدابير المضادة. ب. الالتزامات المتعلقة بحماية حقوق الانسان الاساسية. ج. الالتزامات ذات الطابع الانساني التي تمنع الاعمال الانتقامية)).

عليه فان الاعتبارات ذات الطابع التاريخي والاخلاقي تدفع باتجاه وجود نوع من القواعد القانونية المهمة بحقوق الانسان، وقد قاد هذا التطور الى ظهور هذا النوع الجديد من فروع القانون الدولي الذي تتشكل مضامينه واحكامه من مجموعة كبيرة

(١) حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩١، مج ٢، ج ١، وثائق الدورة الثالثة والاربعين، الامم المتحدة، ص ٨٧.

من القواعد القانونية ذات الطابع الاتفاقي، فضلا عن مجموعة من القواعد ذات الاصل العرفي^(١).

والحقيقة ان هذه القواعد تستند الى اعتبارات اخلاقية بالدرجة الاساس ((فهناك رقعة عريضة مشتركة بين القانون والاخلاق وليست بعيدة المنال فكلاهما يعني بفرض مستويات معينة من السلوك من الصعب جدا ان يعيش المجتمع بدونها وفي العديد من هذه المستويات الجوهرية يعزز القانون والاخلاق كل منهما الاخر كجزء من نسيج الحياة الاجتماعية))^(٢).

ومع ذلك فان الاعتبارات الاخلاقية بمفردها لايمكن ان تعد كافية لاسباغ الطابع القانوني على قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان من الناحية الوضعية الا انها تمثل الاساس الفكري والفلسفي لهذه القواعد التي تظهر الان في صيغة قواعد اتفاقية وعرفية ملزمة.

والحقيقة ان القيم الاخلاقية الاساسية تعد مشتركة بين القانون الانساني وقانون حقوق الانسان، وبصرف النظر عن اختلاف الخلفيات التاريخية والخصوصيات المعيارية لفرعي القانون الدولي، تمثل الكرامة الانسانية اهتمامها الاساسي، كما يمكن اعتبار القانون الانساني نوعا من جنس اكثر سعة وشمولا هو قانون حقوق الانسان^(٣).

ثانياً: المبرر الثاني يتمثل بتطور النظرة الى دور الفرد في اطار القانون الدولي الذي اهتم بالافراد سواء بصفاتهم هذه عبر اهتمامه بالحقوق والحريات الاساسية للانسان

(١) راجع بخصوص الوثائق الدولية لحقوق الانسان ذات الطبيعة الملزمة الصادرة بموجب اتفاقيات دولية او تلك الصادرة في اعلانات وتوصيات، محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان، مج ١- مج ٢، ط ١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٣.

(٢) دنيس لويد، ترجمة: سليم الصويص، فكرة القانون، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، ١٩٨١، ص ٤٧-٤٨.

(٣) فانسان شيتاي، مساهمة محكمة العدل الدولية في القانون الدولي الانساني، ص ٣-٤، متاح على الموقع:

او باعتبار الافراد اعضاء في جماعة معينة عندما تطرق منذ عهد عصبة الامم لموضوع حماية الاقليات والسكان الاصليين حيث اعدت منظمة العمل الدولية بعض الاتفاقيات التي تهتم بالسكان الاصليين لتطوير اوضاعهم الانسانية^(١).

ان هذا الاهتمام بالفرد على المستوى الدولي باعتبار ان الانسان هو غاية القانون يدفع باتجاه القول بوجود هذا الفرع المستقل من فروع القانون الدولي بهدف اعطاءه اهمية اكبر وتحقيق غاية القانون المتمثلة بحماية الانسان.

وقد تركز اهتمام القانون الدولي بالفرد من خلال الاعتراف بوجود حقوق للانسان ذات طابع اقتصادي واجتماعي وثقافي ومدني وسياسي وغيرها، فضلا عن العمل الدؤوب على ايجاد آليات قانونية ذات طابع جنائي تمثل رد فعل من قبل المجتمع الدولي لحماية حقوق الانسان عبر اعتراف النظام القانوني الدولي بوجود جرائم دولية، كالجرائم ضد الانسانية، وجرائم الابادة الجماعية، وجرائم الحرب، وجريمة العدوان، وهي جرائم نص عليها قانون المحكمة الاجنائية الدولية باعتبارها الجرائم الاشد خطورة وتشكل موضع اهتمام المجتمع الدولي في المواد (٥) و (٦) و (٧) و (٨)^(٢).

ثالثاً: اعتبارات مستمدة من القناعة بعدم كفاية الضمانات الوطنية التي يوفرها النظام القانوني الداخلي لحماية حقوق الانسان، فضلا عن التطور المطرد لقواعد القانون الدولي لحقوق الانسان بحيث اصبحت هي التي توجه المشرع الوطني باتجاه اعتماد خطوات او تبني سياسات جديدة ومحددة تتعلق بتوفير ضمانات اكثر لحقوق الافراد. عليه فان القواعد المنظمة لحقوق الانسان على المستوى الدولي توفر ضمانات اضافية الى تلك الموجودة على المستوى الداخلي عن طريق توفير اليات قانونية

(١) هما اتفاقية حماية السكان الاصليين والقبليين وادماجهم في المجتمع العام للبلدان المستقلة ١٩٧٥، واتفاقية بشأن الشعوب الاصلية والقبلية في البلدان المستقلة ١٩٨٩.

انظر نص الاتفاقيتين في، محمد شريف بسيوني، المصدر السابق، ص ٢٣٦-٢٥٨.

(٢) انظر بخصوص هذه الجرائم، ضاري خليل محمود، باسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية، هيمنة القانون ام قانون الهيمنة، ط١، بغداد ٢٠٠٣، ص ٧٧-١٢٠.

تسمح للفرد في بعض الاحيان باختصاص دولته التي يحمل جنسيتها، وهو ماتحقق طبقا للتنظيم الاقليمي الاوربي لحقوق الانسان، وعلى وجه التحديد امام المحكمة الاوربية لحقوق الانسان، والحقيقة ان مثل هذه النتيجة من الصعب ان تتحقق بنفس الكفاءة على المستوى الداخلي، كذلك فان التنظيم الدولي لحقوق الانسان قد ساهم في ايجاد حقوق جديدة لم تكن معروفة سابقا في اعلانات الحقوق والدساتير الوطنية.

: اهمية دور المحكمة في مجال حقوق الانسان:

ينشأ جانب من اهمية الدور الذي تقوم به محكمة العدل الدولية في مجال حقوق الانسان من كونها تعد جهازا اساسيا من اجهزة الامم المتحدة، فهي الجهاز القضائي للمنظمة الدولية، ويعد نظامها لالاساسي جزءا لا يتجزأ من ميثاق الامم المتحدة، والحقيقة او الوظيفة القضائية والافتائية هما الجانبان المميزان لعمل المحكمة الا ان هناك مجالا اخر ا يتمثل بالوظيفة التفسيرية التي يقوم بها الجهاز القضائي الرئيسي للامم المتحدة وخاصة فيما يتعلق بتطوير القواعد القانونية الدولية من خلال التفسير الانشائي او من خلال قيامه بارساء السوابق القضائية التي يمكن ان تساهم بدور معين في تكوين العرف الدولي او عند قيام المحكمة بتطبيق مبادئ العدل والانصاف، والحقيقة ان المحاكم الدولية على وجه العموم تساهم بدور فعال في تكوين قواعد العرف الدولي^(١).

وقد نصت المادة (٢/٣٦) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية على: ((للدول التي هسي اطراف في هذا النظام الاساسي ان تصرح، في أي وقت، بانها بذات تصريحها هذا وبدون حاجة الى اتفاق خاص، تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام نفسه، متى كانت هذه المنازعات تتعلق بالمسائل الآتية: أ. تفسير معاهدة من المعاهدات. ب. اية مسألة من مسائل القانون الدولي)).

(١) عصام العطية ، القانون الدولي العام، ط٤، ١٩٨٧، ص ١٦٠-١٦١.
عزيز القاضي، تفسير مقررات المنظمات الدولية، القاهرة، ١٩٧١، ص ١١٠.

وإذا كان القانون الدولي الذي يقوم القضاء الدولي بوظيفته في نطاقه يعتمد أساساً على مجموعة من القواعد القانونية الدولية المنظمة لحقوق وواجبات الدول وغيرها من أشخاص القانون الدولي، وهذا يعني أن طبيعة الدور الذي يقوم به القضاء الدولي في مجال القانون المنظم للعلاقات بين الدول لا يرقى إلى التنظيم والدور الذي يقوم به القضاء الداخلي فضلاً عن عدم وجود مشرع أعلى في القانون الدولي كل هذا ترك أثراً في تحديد طبيعة ومدى دور القضاء الدولي إلا أنه يجب الإقرار بالتطور المستمر لهذا القضاء، وتطور ثقة الدول بمحكمة العدل الدولية، فخلال السنين الأخيرة تزايدت القضايا المعروضة أمام المحكمة للفصل فيها بشكل مطرد، فبينما كان عدد القضايا التي نظرت فيها المحكمة يتراوح بين قضية واحدة أو اثنتين في سبعينيات القرن العشرين، فقد تراوح عددها في الفترة من عام ١٩٩٠ إلى عام ١٩٩٩ بين (٩) و (١٣) قضية، وبلغت (٢٣) قضية في ٣١ تموز عام ٢٠٠١^(١). كذلك يبرز الدور المهم للمحكمة من خلال الأهمية التي أولاها الميثاق لمسائل حقوق الإنسان سواء ماورد في ديباجته^(٢) أو الوظائف والمهام التي تقوم بها الأجهزة الأخرى للمنظمة الدولية طبقاً لنصوص الميثاق، وعلى وجه التحديد المجلس الاقتصادي والاجتماعي^(٣).

(١) تقرير محكمة العدل الدولية ١ آب ١٩٩٩، ٣١ تموز ٢٠٠٠، الأمم المتحدة، نيويورك، ص ١٠٥، من جانب آخر يشير بشير عزيز القاضي في أطروحته للدكتوراه، مطلع السبعينيات إلى محدودية دور المحكمة وضعفه في تلك الفترة، عزيز القاضي، المصدر السابق، ص ٣٠٦-٣٢٢.

(٢) تشير ديباجة ميثاق الأمم المتحدة إلى: ((..... وان تؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية.....)).

(٣) انظر بهذا الشأن بحث محمد السعيد الدقاق، حقوق الإنسان في إطار نظام الأمم المتحدة، المنشور في محمد السعيد الدقاق، محمد شريف بسيوني؛ عبد العظيم وزير، حقوق الإنسان، مج ٢، دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية، ط ١، دار العلم للملايين، بيروت ١٩٨٩، ص ٦٨-٥٧.

مظاهر الدور القضائي للمحكمة في مجال القانون الدولي

ساهمت محكمة العدل الدولية من خلال قيامها بوظيفتها القضائية والافتائية في تطوير قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان عبر مظاهر مختلفة الا ان الحقيقة التي يجب ان تذكر ابتداءا ان المحكمة لم تنظر الا في القليل من الدعاوى الخاصة بمنازعات تتعلق بمسائل حقوق الانسان الا انه يجب ملاحظة تطور هذا الدور باستمرار مع مرور الوقت، وكانت هذه الدعوى تتناول حق اللجوء، وحقوق الاجانب، وحقوق الطفل، ومسألة استمرار وجود الانتداب على جنوب غرب افريقيا، ومسألة اعتقال واحتجاز اعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي للولايات المتحدة كرهائن في ايران، والحقيقة ان الجمعية العامة ومجلس الامن قد طلبا في عدة مناسبات فتاوى من المحكمة تعلقت بالمركز الدولي لجنوب غرب افريقيا وللصحراء الغربية، وبتفسير بعض معاهدات السلم، وبتحفظات تتعلق باتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها، وبالنتائج القانونية المترتبة على استمرار وجود جنوب افريقيا في ناميبيا والفتوى المتعلقة بمشروعية استخدام الاسلحة النووية او التهديد باستخدامها الصادرة عام ١٩٩٦ واخيرا البت في مشروعية الجدار الفاصل في فلسطين المحتلة الصادر عام ٢٠٠٤.

عليه يمكن تناول دور المحكمة عب المطالبين الاتيين مع ملاحظة اننا لم نتطرق للمسائل الخاصة او المباديء المتعلقة بالقانون الدولي الانساني رغم انها تشكل جزءا من قانون حقو الانسان.

المطلب الاول: التأكيد على الطبيعة الآمرة والعرفية لبعض قواعد حقوق الانسان.

المطلب الثاني: المظاهر الاخرى لدور المحكمة.

: التأكيد على الطبيعة الآمرة والعرفية لبعض قواعد حقوق الانسان:

حددت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩ المقصود بالقواعد الآمرة في المادة (٥٣) التي نصت على: ((.....ولاغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة أمرة من

قواعد القانون الدولي العامة القواعد المقبولة والمعترف بها في الجماعة الدولية كقاعدة لايجوز الاخلال بها ولايمكن تغييرها الا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي العامة لها ذات الصلة)).

وقد اعترفت محكمة العدل الدولية بوجود هذا النوع من القواعد في احكام وفتاوى متعددة لعل ابرزها ما اشارت اليه المحكمة في قضية شركة برشلونة تراكشن في حكمها الصادر بتاريخ ٥ شباط ١٩٧٠ بخصوص اعتبار بعض القواعد القانونية الدولية ذات طبيعة آمرة او تشكل التزاما تجاه كافة، وهذه القواعد ذات صلة بحقوق الانسان، فقد ذكرت ان: ((هذه الالتزامات تنبثق ليس فقط من القواعد الدولية المعاصرة التي تحرم اعمال العدوان، وابداء الجنس البشري وانما ايضا من المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق الاساسية للانسان، بما في ذلك حمايته من العبودية والتفرقة العنصرية بل ان بعضا من هذه الحقوق قد اصبحت جزءا من القواعد الدولية العامة طبقا لما جاء في الفتوى الصادرة عن محكمة العدل الدولية عام ١٩٥١ المتعلقة بالتحفظات على معاهدة تحريم اباداء الجنس البشري، كما ان بعضها الاخر قد تم اقراره بواسطة وثائق دولية عالمية او شبه عالمية)).^(١)

فالمحكمة هنا تؤكد وجود مثل هذه القواعد في اطار مايعرف الان بالقانون الدولي لحقوق الانسان، والتي سبق ان اعلن عن هذه الصفة لجانب منها امام المحكمة اثناء الفتوى المتعلقة بالتحفظات بشأن اتفاقية مكافحة جريمة الابادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها التي صدرت بتاريخ ٢٨ آيار ١٩٥١ حيث اشار (السير هارتلي شوكروس) ممثل المملكة المتحدة امام المحكمة الى ان: ((الاتفاقية تتضمن التزامات مطلقة، ولا تخضع قط لاي اعتبار من اعتبارات المعاملة بالمثل)).^(٢)

وهنا يذكر ان الالتزام المتعلق بتحريم الابادة الجماعية يعتبر تعبيرا عن قاعدة آمرة طبقا لما اشار اليه عدد من فقهاء وكتاب القانون الدولي، كالاستاذ الامريكي

I.C.J, Reports (1970), p:32, para.34.^(١)

^(٢) حولية لجنة القانون الدولي ١٩٩٢، مج ٢، ج ١، وثائق الدورة الرابعة والاربعون، الامم المتحدة، ص ٨٤.

(وايتمن)، والالمانى (وانكلر). اذ يعتبر الاول ان تحريم جريمة الابادة من القواعد الآمرة، بينما يشير الثاني الى ان قواعد حقوق الانسان ومنع استخدام القوة يعدان من ضمن قواعد القانون الدولي الآمرة^(١).

وقد اكدت المحكمة ذاتها المعنى المتقدم في القضية الخاصة بتطبيق اتفاقية منع جريمة اباداة الجنس والعقاب عليها بين البوسنة والهرسك من جهة ويوغسلافيا من جهة اخرى (مرحلة الدفع الاولى) حيث اشارت الى ضرورة النظر الى هذه الاتفاقية من حيث موضوعها والغرض منها باعتبارها من الاسس الجوهرية للنظام القانوني الدولي المعاصر اذ انها اتفاقية يجب ان تبقى محفورة في الضمير الانساني العالمي مما يستوجب تطبيقها بصور موضوعية^(٢). ففي الحكم الصادر بتاريخ ١١ تموز ١٩٩٦ ذكرت المحكمة ان: الحقوق والواجبات الواردة في الاتفاقية هي حقوق للجميع والتزامات على الجميع..... وبالتالي، فان التزام كل دولة بمنع جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها ليس محدودا اقليميا بالاتفاقية^(٣).

اما بخصوص مانصت عليه الفقرة السادسة من المادة الثانية من الميثاق التي تلزم الدول النامية على ان: ((تسير الدول غير الاعضاء فيها على هذه المبادئ بقدر ما تقتضيه ضرورة حفظ السلم والأمن الدولي))، فقد اكدت المحكمة في فتاها الصادرة بخصوص قضية ناميبيا حول تفسير قرار مجلس الامن المرقم (٢٧٦) لعام ١٩٧٠ الطبيعة الآمرة لهذا النص حيث ذكرت المحكمة: ((اما بالنسبة للدول غير الاعضاء في المنظمة الدولية، التي لاتخضع لاحكام المادتين ٢٤، ٢٥ من الميثاق فهي مدعوة وفقاً للفقرتين ٢ و ٥ من القرار المرقم ٦٧٦ لعام ١٩٧٠ لتقديم

(١) الحقيقة ان غالبية فقهاء القانون الدولي بعدون القواعد المتعلقة بحقوق الانسان والجرائم المرتبطة بهذا الجانب من القواعد الامرة في اطار النظام القانوني الدولي. انظر بهذا الخصوص: حكمت شبر، القواعد الامرة في القانون الدولي العام (دراسة مقارنة)، مجلة القانون المقارن، تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد (١٠)، السنة ١٩٧٩، ص ٥٣-٥٤.

(٢) احمد ابو الوفا، التعليق على احكام محكمة العدل الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٩٨، ص ٢٠٣.

(٣) فانسان شيتاي، المصدر السابق، ص ٢٣.

المساعدة بخصوص الاجراءات التي اتخذتها الامم المتحدة ازاء ناميبيا. وطبقا لوجهة نظر المحكمة فان انتهاء الانتداب وعلان عدم شرعية وجود جنوب افريقيا في ناميبيا ملزم لجميع الدول بان الانتداب الذي تم عن طريق اعلان قرار المنظمة الدولية والذي احل السلطة الادارية للمنظمة محل السلطة القديمة فانه قد اعتبر وجود جنوب افريقيا في ناميبيا عمل غير شرعي ويشمل باثارة الدول غير الاعضاء في المنظمة لتعمل بموجبه))^(١).

وقبل التاريخ المذكور انفا كان القاضي (جيسوب) قد اعلن في رأيه المعارض الملحق بقرار المحكمة في قضية جنوب غرب افريقيا عام ١٩٦٦: ((ان الاراء الفلسفية العامة السائدة في العالم تشمل بلا شك المواد ١ و ٥٥ و ٧٣ من ميثاق الامم المتحدة وكذلك الاعلان الخاص بالادانة العالمية للفصل العنصري. وان الادانات المتراكمة التي استهدفت الفصل العنصري، وهي ادانات مدونة كما في هذه الحالة، في اجراءات الدعوى ومسجلة على نحو خاص في قرارات الجمعية العامة للامم المتحدة تقيم الدليل على وجود معيار بهذا الشأن للمجتمع الدولي المعاصر)). اما القاضي (تانাকা) فقد اعرب عن رأيه على النحو الاتي: ((تمثل هذه الاشارات المتكررة في الميثاق الى حقوق الانسان والى الحريات الاساسية. واحدا من الاختلافات بين ميثاق الامم المتحدة وعهد عصبة الامم، اذ لم يكن في هذا الاخير ما يشعر بالوضوح، كما هو الحال بالنسبة للاول، بالعلاقة الوثيقة التي تربط بين السلام واحترام حقوق الانسان. بين ان ميثاق الامم المتحدة لم يذهب الى حد تعريف حقوق الانسان والحريات الاساسية ولم ينص كذلك على اية الية محددة لحماية وضمان هذه الحقوق والحريات. ويمكن الاستنتاج من احكام الميثاق التي تذكر بحقوق الانسان وبالحريات الاساسية، بان الالتزام القانوني باحترام هذه الحقوق وتلك الحريات امر يفرض نفسه على الدول الاعضاء. وفيما تعلن الاجهزة المختصة في المجتمع الدولي موقفها، من خلال القرارات المتراكمة والتصريحات والمقررات، وهي

(١) حكمت شبر، المصدر السابق، ص ٧٤-٧٥.

تشكل تفسيرات تعتمد في حجيتها على الميثاق، انما تبرهن بذلك على وجود تقليد دولي بالمعنى المفهوم من مضمون المادة (٣٨) فقرة (١) من النظام الاساسي. ونخلص الى ان القاعدة التي تحظر التمييز او الفصل بسبب الجنس اصبحت قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي^(١).

وفي فتوى المحكمة الصادرة بتاريخ ٨ تموز ١٩٩٦ اشارت المحكمة الى ان المدافعين عن عدم جواز استخدام الاسلحة النووية من الناحية القانونية يقولون ان هذه الاسلحة تنتهك الحق في الحياة الذي نصت عليه المادة (٦) من اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية بينما يذهب اخرون الى ان استخدام الاسلحة النووية لم يشر اليه في هذا الصك، الذي صمم لتطبيقه في زمن السلم.

وقد اكدت المحكمة ان قانون حقوق الانسان يظل واجب التطبيق في وقت الحرب لكنها ذهبت لتبيين اهمية القانون الانساني حيث اشارت المحكمة الى انه: ((من حيث المبدأ ينطبق الحق على عدم الحرمان من الحياة بطريقة تعسفية في الاعمال العدائية ايضا، غير ان اختبار ماهو الحرمان التعسفي من الحياة يتعذر تحديده بواسطة القواعد الخاصة بالمنطقة، وهي القانون المنطبق في النزاع المسلح، المصمم لتنظيم تسيير الاعمال العدائية)).

ويبدو جليا ان المحكمة تربط بين قانون حقوق الانسان والقانون الانساني أي انه من الضروري استخدام القانون الانساني لتفسير نصوص او قواعد حقوق الانسان، وكذلك فهو يعني انه في سياق تسيير الاعمال العدائية، لا يمكن تفسير قانون حقوق الانسان على نحو يخالف القانون الانساني^(٢).

: المظاهر الاخرى لدور المحكمة:

(١) ابريكا - ايرين أ. دايس، واجبات الفردزاء المجتمع والقيود المفروضة على حقوق الانسان وحرياته بمقتضى المادة (٢٩) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٨٢، ص ٦-٥.

(٢) لويز دوسوالد بيك، المصدر السابق، ص ٤٩.

تطرقت المحكمة لمواضيع اخرى متعلقة بحقوق الانسان في الاحكام التي اصدرتها وبشكل خاص مع تزايد الاهتمام الدولي بهذا الجانب مما يعكس تطور المركز القانوني للفرد في القانون الدولي او تزايد اهميته. فاهمية الحقوق التي يجب ان يتمتع بها الانسان برزت في قضايا عديدة وربما في مرحلة مبكرة نسبيا من عمل المحكمة في حكمها الصادر في قضية نوتيبوم بتاريخ ٦ نيسان ١٩٥٥ عالجت المحكمة مسألة الجنسية الفعلية باعتبارها المعيار المفضل في المسألة المطروحة عليها. فقد ذكرت المحكمة انه: ((عندما تمنح دولتان جنسيتها لفرد واحد ولا يعود هذا الوضع قاصرا على حدود الولاية الداخلية لاحد هاتين الدولتين وانما يمتد الى الميدان الدولي، فإن المحكمين الدوليين او محكم الدول الاخرى التي يطلب منها معالجة هذا الوضع من شأنها ان تترك النزاع على حاله ان كانت لتتقيد بوجهة نظر ان الجنسية هي حصرا ضمن الولاية الداخلية للدولة. ولتسوية أي نزاع سعت على خلاف ذلك للتيقن مما اذا كانت الجنسية قد منحت في ظروف ينشأ عنها التزام على الدولة المجيبة على الادعاء بالاعتراف باثر تلك الجنسية. وللبت في هذه المسألة، اقامت بعض المعايير واختصت بتفضيلها الجنسية الحقيقية والفعالة. الجنسية التي تتفق مع الوقائع والتي تقوم على روابط حقيقية بين الشخص المعني واحدى الدولتين اللتين يحمل جنسيتها. وتتخذ مختلف العوامل في الحسبان، وتختلف اهميتها من قضية الى اخرى. فهناك عوامل الإقامة الاعتيادية للفرد المعني ولكن هناك ايضا مركز مصالحه، وروابطه العائلية، ومشاركته في الحياة العامة، والتعلق الذي يبديه ببلد معين وما يغرسه من ذلك التعلق في نفوس ابنائه، وما الى ذلك، والكتاب يتخذون الوجهة نفسها وعلاوة على ذلك فان بعض الدول التي تمتنع عن ممارسة الحماية لصالح شخص متجنس بجنسيتها عندما يكون الاخير قد قطع فعلا روابطه معها مالم يعد يعني بالنسبة له سوى انه بلده اسما، تتجلى في ممارستها وجهة نظر

ان الجنسية كي يحتج بها ضد دولة اخرى يجب ان تكون متفقة مع الوضع الحقيقي^(١).

ومن الجدير بالذكر هنا ان المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في قضية (تاديتش) عام ١٩٩٩ قد تبنت عوامل الولاية الفعالة بديلا عن رابطة الجنسية، حيث: ((نبذت دائرة الاستئناف التفسير الحرفي للأشخاص المحميين بعد الاستئناف المقابل من جانب الادعاء والمقترحات المتعلقة بتكييف التعريف بالأشخاص المحميين بمل يتفق والتحديات الاساسية التي تطرحها النزاعات المعاصرة. لقد اصبح جوهر العلاقات او البديل عن ذلك عوامل الولاء والحماية الفعالة، هو العامل المسيطر وليس الجنسية، وعند الاشارة الى مفهوم طرف ليس من رعاياه قررت المحكمة ن نهجا قانونيا يعتمد على العلاقات الجوهرية اكثر من اعتماده على الروابط الشكلية، يصبح اكثر اهمية في النزاعات المسلحة الدولية الراهنة وعلى حين كانت الحروب سابقا تدور اساسا بين دول راسخة فاننا نجد في النزاعات المسلحة الحديثة بين الاعراق، مثل يوغسلافيا السابقة، ان الدول الجديدة عادة ماتتسأ اثناء النزاع، وقد يصبح الانتماء العرقي وليس الجنسية هو اساس الولاء^(٢).

وبرز تطور النظرة المتقدمة الى هذا الموضوع ولكن من جانب اخر عندما اتهمت الولايات المتحدة نيكاراغوا بانها تقوم باعمال تشكل انتهاكا لهذه الحقوق فوق اراضيها حيث رأت المحكمة في حكمها الصادر عام ١٩٨٦ انه حتى عند عدم وجود تعهد من جانب نيكاراغوا يقضي باحترام حقوق اتلانسان فان هذا لايعني انها تستطيع

(١) موجز الاحكام والفتاوى والاوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية ١٩٤٨-١٩٩١، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٣، ص

انظر حول فكرة الجنسية كحق من حقوق الانسان: فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية كحق من حقوق الانسان، (دراسة مقارنة لبعض ؟؟؟؟ العربية) المنشورة في محمد شريف بسيوني؛ محمد السعيد الدقاق؛ عبد المنعم وزير حقوق الانسان، مج ٣، دراسات تطبيقية في العالم العربي، ط ١، دار العلم للملايين، بيروت، ص ٤٤٩-٤٥٧.

(٢) ناتالي فاغر، تطور نظام المخالفات الجسيمة والمسؤولية الجنائية الفردية لدى المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، ص ٦. متاح على الموقع:

انتهاكها بلا عقاب، وانها مادامت قد عبرت عن التزامها بذلك تجاه منظمة الدول الامريكية فان هذه الاخيرة هي التي لها صفة المطالبة باحترام هذا الالتزام^(١). المبدأ الاخير الذي اشارت اليه المحكمة يخص خلافة الدول الاوتوماتيكي بالنسبة لمعاهدات حقوق الانسان اذ ان هناك مبدأ في نطاق الخلافة الدولية هو مبدأ الاثر الممحي او المعدوم او السلة النظيفة، وقد اختلف طرفي النزاع في القضية المتعلقة بتطبيق اتفاقية منع جريمة ابادة الجنس والعقاب عليها بين البوسنة والهرسك من جانب ويوغسلافيا من جانب اخر (مرحلة الدفوع الاولى). فقد تمسكت البوسنة والهرسك بان اتفاقية ابادة الجنس البشري تنتمي الى طائفة معاهدات حقوق الانسان، وينطبق عليها مبدأ الخلافة التلقائية، وهذا مايجعلها وريثة للاتفاقية منذ حصولها على الاستقلال، بينما انكرت يوغسلافيا أي خلافة اوتوماتيكية للبوسنة والهرسك في هذا الشأن، والحقيقة ان المحكمة لم تحسم هذا الطرح لكنها اكتفت بالقول انها لن تدخل في التفاصيل المتعلقة بها سواء تم اعتبار البوسنة والهرسك طرفا في الاتفاقية اعمالا للخلافة التلقائية وقت استقلالها يوم ٦ آذار ١٩٩٢ او وقت الاخطار الذي ارسلته المحكمة كانت طرفا في الاتفاقية يوم ايداع طلبها برفع الدعوى يوم ٢٠ آذار ١٩٩٢^(٢).

اما القضية المتعلقة بمشروعية استخدام القوة (يوغسلافيا ضد بلجيكا) (طلب الأمر بالاجراءات التحفظية) فقد ادعت يوغسلافيا ان بلجيكا قد قامت بارتكاب جريمة ابادة للجنس لمجموعة اثنية جراء افعال ارتكبتها وهذا ما انكرته بلجيكا نافية توافر اية نية بهذا الخصوص لدول حلف الاطلسي وانما كان هدف هذه الدول هو فقط توجيه ضرباتها الى الآلة الحربية والمنشآت العسكرية اليوغسلافية.

(١) احمد ابو الوفاء، تعليقات على احكام محكمة العدل الدولية في عام ١٩٨٦، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٨٦، ص ٣٧٩.

(٢) احمد ابو الوفاء، التعليق على احكام محكمة العدل الدولية، ١٩٩٨، المصدر السابق، ٢٠٤-٢٠٥.

اما موقف المحكمة، فبعد ان استعرضت تعريف اباداة الجنس الواردة في المادة الثانية من اتفاقية ١٩٤٨ انتهت الى عدم وجود نية لباداة الجنس وان مجرد استخدام القوة ضد دولة لايشكل في ذاته اباداة للجنس بالمعنى الذي جاءت به المادة (٢) من الاتفاقية^(١).

وفي الفتوى المتعلقة بمشروعية استخدام الاسلحة النووية او التهديد بها، تعرضت المحكمة للحق في بيئة نظيفة عندما اقرت وجود القانون البيئي العرفي حيث ذكرت: ((ان وجود التزام عام على الدول بضمان احترام الانشطة الجارية في اطار ولايتها او سيطرتها لبيئة الدول الاخرى او المناطق الواقعة خارج السيطرة الوطنية، يشكل الان جزءا من القانون الدولي المتصل بالبيئة)).

وبخصوص علاقة الالتزام المذكور بالقانون الدولي الانساني اكدت المحكمة ان معاهدات القانون البيئي لايمكن ان يقصد بها حرمان الدول من ممارسة حقها في الدفاع عن النفس، لكن: ((يجب على الدول ان تأخذ الاعتبارات البيئية في الحسبان عند تقييم ما هو ضروري ومناسب في تنفيذ الاغراض العسكرية المشروعة)). وافت المحكمة: ((انها تؤكد وجهة النظر العامة بان تدمير البيئة الذي لاتبرره الضرورة العسكرية والذي تم بصورة متعمدة يتعارض بوضوح مع القانون الدولي القائم)). فالبيئة في حقيقة الامر شيء مدني وانه يجب التخلي عن الهجوم على هدف عسكري طالما كان تأثيره في البيئة يتجاوز قيمة الهدف العسكري^(٢).

والجدير بالذكر ان اشارة المحكمة لمسائل البيئة لم يقتصر على النظر اليها باعتبارها حق فردي بل هو حق جماعي من مصلحة الانسانية جمعاء المحافظة عليها، فقد اشارت الى الطبيعة الدائمة للضرر الذي يصيب البيئة، وهذا مايستلزم المحافظة عليها وحمايتها من اجل الاجيال الحاضرة والقادمة ولاجل الانسانية كلها.

(١) احمد ابو الوفاء، التعليق على قضاء محكمة العدل الدولية ١٩٩٨-٢٠٠٠، المجلة المصرية للقانون الدولي، ٢٠٠١، ص ٤٧٤.

(٢) لويز دوسوالد- بيك، المصدر السابق، ص ٥٠.

والمضمون المتقدم اكدته المحكمة في القضية الخاصة بمشروع (جابسيكوفو . ناجيماروس) بين المجر وسلوفاكيا^(١).

وكانت المحكمة قد لاحظت في هذه القضية انه لم يؤكد ايا من الطرفين ان مبادئ القانون البيئي الباتة كانت قد ظهرت للعيان منذ عقد اتفاقية عام ١٩٩٧ وبناءا على ذلك فانه لم يطلب من المحكمة ان تتفحص مجال المادة (٦٤) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والتي تقضي بانتهاء او الغاء المعاهدة في حالة ظهور مبدأ جديد يشكل قاعدة آمرة في القانون الدولي. ومن ناحية اخرى اشارت المحكمة الى ان مبادئ القانون البيئي المطورة حديثا مرتبطة بتنفيذ المعاهدة وان الاطراف بإمكانها وفقا للاتفاقية ان تجسدها من خلال تطبيق المواد (٥، ١٩، ٢٠) من المعاهدة. ولا تتضمن هذه المواد تعهدات محددة بالانجاز بل هي تتطلب من الاطراف ان تأخذ المبادئ البيئية في نظر الاعتبار عند الاتفاق على الوسائل التي سيتم تحديدها في مجال الالتزام المشترك في الالفاء بتعهداتهم فيما يتعلق بضمان ان لا تكون نوعية الماء في نهر الدانوب فاسدة وان تعمل على ضمان حماية الطبيعة^(٢).

والحقيقة ان هذه القضية قد مثلت الحالة الاولى التي لجأت فيها المحكمة ولاول مرة في تاريخها الى المعاينة باعتبارها وسيلة من وسائل الاثبات، فبعد ان قدمت سلوفاكيا طلبا الى المحكمة في حزيران ١٩٩٥ طلبت فيه ان تقوم المحكمة بزيارة موقع مشروع السد الكهربائي (جابسيكوفو . ناجيماروس) على نهر الدانوب لجمع بعض الادلة عن القضية ووافقت المجر على القيام بهذه الزيارة. فقد قررت المحكمة بموجب الامر الصادر بتاريخ ٥ شباط ١٩٩٧ القيام بوظيفتها فيما يتعلق بالحصول

(١) احمد ابو الوفاء، التعليق على احكام محكمة العدل الدولية، ١٩٩٨، المصدر السابق، ص ٢٤٢.

(٢) انظر خلاصة لهذه القضية متاحة على موقع محكمة العدل الدولية: www.icj.cij.org

على ادلة عن طريق زيارة المكان او البلدة التي ترتبط بالدعوى حيث تمت الزيارة في الفترة ما بين ١-٤ نيسان ١٩٩٧^(١).

وفي رأيها الاستشاري المتعلق بالجدار العازل فقد لاحظت المحكمة ان الالتزامات التي خرقتها اسرائيل تشمل مجموعة من القواعد التي تهم كافة الدول وان جميع الدول لها الحق في حمايتها (erga omnes) ومنها حق الشعب الفلسطيني في تقرير المصير، وهو مبدأ خرخته اسرائيل، وأشارت المحكمة الى ما كانت اكدته سابقا في قضية تيمور الشرقية من ان عدد كبير من احكام القانون الانساني تشكل مبادئ لايمكن تجاوزها من القانون الدولي العرفي وان هذه الاحكام تشكل التزاما تجاه كافة (erga omnes)^(٢).

_____:

اذا كانت محكمة العدل الدولية الدائمة التي ظهرت في اعقاب الحرب العالمية الاولى ومارست نشاطها القضائي في ظل عصبة الامم قد شهد لها بممارستها لدور جيد في تلك الفترة، فان محكمة العدل الدولية التي تمثل امتدادا للمحكمة الاولى قد باشرت نشاطها في ظل الامم المتحدة وبرز دورها بشكل اكبر في المجال القضائي والافتائي ابتداء من عقد الثمانينيات من القرن المنصرم حيث كان لها دور في مجال التعرض لجوانب مختلفة تتعلق بالقواعد القانونية الدولية الخاصة بحقوق الانسان، ومن ثم فانه يمكن الوصول الى الاستنتاجات الاتية في ضوء نشاط المحكمة المتعلقة بقضايا حقوق الانسان، وباعتبارها الجهاز القضائي للامم المتحدة التي تطبق القانون الدولي طبقا لما ورد في المادة (٣٨) من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية:

^(١) تقرير محكمة العدل الدولية، ١ آب ١٩٩٦، ٣١ تموز ١٩٩٧، الامم المتحدة، الجمعية العامة، الوثائق الرسمية، الدورة الثانية والخمسون، الملحق رقم (٤)، ص ٢٨.

^(٢) I.C.J, legal consequences, op.cit, p.13-14.

١. ان تزايد القضايا المطروحة امام محكمة العدل الدولية يعكس زيادة الثقة بهذه الهيئة القضائية الدولية وزوال الكثير من الاعتراضات او الملاحظات التي رافقت عمل هذه المحكمة طيلة مايقارب الثلاثة عقود من عملها.

٢. تطور القانون الدولي لحقوق الانسان حيث ابرمت العديد من الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذا الموضوع على المستوى الجنائي والمدني مما يعكس اهتمام المجتمع الدولي المتزايد بهذا الجانب القانوني المهم، والحقيقة ان هذا العامل قد ساعد بدوره على تفعيل دور المحكمة وبعث الروح فيها وزيادة نشاطها القضائي والافتائي.

٣. بروز الفرد كعامل مهم يعمل النظام القانوني على توفير الحماية له بصفته هذه نتيجة انتشار الوعي باهمية ضمان حقوق الانسان المختلفة، ومعاقبة من يرتكب الجرائم الدولية المرتبطة بهذا الفرع الحديث من فروع القانون الدولي.

٤. بروز فرع جديد من فروع القانون الدولي العام هو القانون الدولي لحقوق الانسان الذي يهتم بالجوانب المختلفة لحقوق الانسان وحياته والضمانات التي تجعل من هذه الحقوق والحريات موضع التطبيق.

النظام القانوني

لبنوك المعلومات

د. رافع علف هاشم

كلية الحقوق / جامعة النهرين

_____:

تعتبر ثورة المعلومات السمة المميزة للقرنين المنصرمين بحيث أصبح يقاس تقدم الدول وفقا لما وصلت اليه من تقدم في مجال المعلومات ولقد تفرع عن هذا

الموضوع ونتج عنه اشكالات قانونية كثيرة تتعلق بتبادل المعلومات وبيع المعلومات ونقلها اضافة الى المشاكل المتعلقة بامن المعلومات والاعتداء عليها ويتناول هذا البحث جانبا مهما من جوانب المعلوماتية والذي يتعلق بالتنظيم القانوني للمؤسسات التي تتولى جمع وتنظيم ومعالجة البيانات والتسمى بنوك المعلومات والاطار القانوني الذي ينظم العلاقة بينهما كشكل من اشكال البنوك المستحدثة بعملائها الى جانب معالجته لاهم الطرق القانونية والوسائل التي يؤدي استخدامها حماية عمل بنوك المعلومات من الناحية القانونية والفنية وهو محاولة لسد الفراغ القانوني من الناحية التنظيمية لمثل هذا الموضوع المهم والحيوي وحاولنا فيه ازالة الغموض الذي يعتري مفهوم هذا النمط من البنوك وآلية عمله آمليين ان نكون قد وفقنا لانجاز ذلك الهدف.

والله من وراء القصد..

Absrract:

The Revolution of information considered as the measurement of development and we must say that mant of subjects are subdivided from this branch of eolfing and it causes many problems concerning the transporting and sealing the information's addede of the problems of the security of information and the crime whit deals with, this research deal with every important side of the subject, it's about the banks of information which collect and organize and seal the information's and the contra which organize the relation between the bank and the agent also the best ways to protect the activite of banks against any abuse of using the information it's a try to deal with and make legal organization in order to adoptee this research as after legislations and I hope it achieve it's aim.

مقدمة وتأصيل:

ان قدرة رجل القانون على التعامل مع تحديات الانماط المستحدثة من المعرفة تعتمد وبشكل اساسي على ما يمتلكه من مرونة في استيعاب التطورات الهائلة والمتسارعة لايقاع الحياة والذي يمثل ضمانا مهمة لنجاحه في مهمته لتحقيق العدالة وحماية حقوق الافراد ووسيلته في ذلك هو الفكر المتطور المتجدد الناتج من وعي قانوني مستتير يرى ان استخدام النماذج الجاهزة والقوالب المعدة من قبل الغير والتي لا تتبع من رحم المشكلة القانونية في بيئتنا العراقية عن طريق استخدام القوانين المنقولة عن الانظمة القانونية للدول المجاورة او اقتباس نصوص جاهزة من الاتفاقات والقوانين الاوربية قد لايفي دائما بالغرض المطلوب لان لكل ساحة قانونية خصوصيتها ولكل دولة اعتباراتها واولوياتها الخاصة التي تعكس الوسط القانوني الذي وجدت فيه. لذا فاذا كان من المهم ان نطلع على تجارب الغير فان الالم من ذلك هو فهم الاحتياجات الداخلية وتحسس المشاكل القانونية عن قرب كي تاتي الحلول موائمة لتلك الاحتياجات لاغربية عنها.

ومن المعروف ان الحضارات لا توجد من العدم بل هي نتيجة جهود متضافرة لمجموعة من العقول والكفاءات التي تسعى الى النهوض بواقع مجتمعاتها ويجب ان نتفق بان معالم التقدم والرقي سوف لن تطرق ابوابنا طالبة الدخول ولن نأخذ باسبابها ما لم نترك موقف المتفرج مما يحدث في الواقع المعاصر من تسارع كبير في ابتكارات وسائل النهوض الجديدة واكتشافات علمية لا بد بنا من الولوج في دخولها كي نتمكن من الاستفادة منها في تطوير مجتمعاتنا.

ولاشك ان المعلومات اصبحت اهم واخطر وسائل التقدم اذ اخذت الدول التي تتسابق فيما بينها في سبيل ان يكون لها قصب السبق في ميدان تقنية المعلومات وليس هناك من الشك في ان سرعة انسياب المعلومات اصبحت تشكل هدفا في حد ذاته بالنسبة لكل دول العالم ولقد كان لاختراع الحاسوب الفضل في تنظيم دور المعلومات التي تمثل نتاج الجنس البشري لما لها من قدر كبير على تخزين ونقل المعلومات وسرعة فائقة في تداولها عبر شبكة الانترنت.

وبالنظر لاهمية عملية التداول وتبادل نقل المعلومات وتدفقها، ارتأينا انه لابد من ايجاد اطار قانوني يحكم هذه العملية لاسيما بعد ظهور مايسمى بـ (بنوك المعلومات) التي هي اشبه بالمستودعات الرقمية الكبيرة وذات القدرة العالية على تخزين المعلومات والقابلية على نقلها بسرعة فائقة، وباقل جهد ممكن.

ولو اردنا ان نؤصل تاريخيا فكرة بنوك المعلومات لقلنا انه بدأ الاهتمام ببنوك المعلومات بشكل حقيقي في اواخر الستينيات في الولايات المتحدة الامريكية ثم استطاعت فرنسا في منتصف السبعينيات ان تأخذ بزمام المبادرة فظهرت عدة بنوك فرنسية للمعلومات القانونية منها ما اقتصر على فرع من الفروع القانونية مثل بنوك (RCCI) ومنها ما شمل كل فروع القانون المتعددة مثل بنك (Jurisdata)^(١) وقد صدر قرار وزاري فرنسي تم بمقتضاها انشاء مركز طبي في مكتب رئيس الوزراء مهمته جمع وبرمجة جميع النصوص ذات الطابع القانوني والزم فيه جميع الجهات الادارية والقانونية بامداد المركز بكل الوثائق والمعلومات القانونية^(٢). وفي الثمانينيات اصبح سوق المعلومات مقسما بين الولايات المتحدة التي تحضى بـ (٧٠%) ومن بعدها اوربا التي تسيطر على (١٥%) منه وتأتي اليابان في المرتبة الثالثة بـ (١٥%) منه ونجد ان فرنسا حاولت اللحاق بالولايات المتحدة اذ زاد ايرادات سوق المعلومات لديها من (٥٠) مليون فرنك في عام ١٩٧٩ الى (٧٥٠) مليون فرنك في عام ١٩٨٤^(٣) في الوقت الذي وصلت فيه ايرادات الولايات المتحدة الى حوالي (١,٦٥) مليار دولار عام ١٩٨٥.

التعريف ببنوك المعلومات

(١) اختصار للكلمات: (Redoc/ Credj/ Cedad/ Ipetij)

انظر في ذلك: د. محمود حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ٨.

(٢) المصدر اعلاه، ص ٨

(٣) انظر في ذلك:

لأشك ان مفهوم بنوك المعلومات يعد من المفاهيم المستحدثة نتيجة لتطور الحياة وتسارع خطى التقدم الامر الذي ادى الى ظهور هذا الضرب من البنوك ان صح التعبير لذا يستلزم بحث ضرورة بيان التعريف العلمي او التقني للبنك الامر الذي يمكن من خلاله رفع الغموض عن الصورة الضبابية لهذا النوع المستحدث من البنوك وهذا ما سنبينه في هذا الفصل متناولين في المبحث الاول منه تعريف بنوك المعلومات وبيان اهميتها على الصعيد العلمي والعملية مبينا فيه الفائدة العملية من ابتكار هذا النوع من المصارف ثم نحاول في المبحث الثاني بيان تمييز هذا البنك عن البنوك الالكترونية والتي قد تثير التباسا حول تقارب المصطلحين كما نسلط الضوء على اختلاف بنك المعلومات عن المواقع التعريفية للمؤسسات التجارية اما في المبحث الثاني فنبين فيه المستلزمات التقنية والقانونية لانشاء بنوك المعلومات الواجب توفرها لاقامة مثل هذه المؤسسة التي تعنى بتوفير المعلومات وذلك فيما يلي:

: تعريف بنوك المعلومات واهميتها:

لأشك ان دراسة الموضوع من الناحية القانونية يستلزم من الناحية المنطقية بيان كنهه وعرض مكنوناته كي يتسنى لنا لاحقا عرض التنظيم القانوني له وهذا ما سنبينه في هذا المبحث في مطلبين متناولين في الاول تعريف بنوك المعلومات اما في المطلب الثاني فنبين الاهمية والفائدة المتحققة من انشاء مثل هذا النوع من البنوك وذلك فيما يلي:

: تعريف بنوك ا :

قد يبدو استخدام مفردة البنك او (المصرف) غريبا بعض الشيء خصوصا واننا الفنا استخدامها في الوسط التجاري عند الحديث عن النواحي الاقتصادية والتعاملات المالية على اعتبار ان المفهوم التقليدي للبنوك يشير الى تلم المؤسسات التي تهدف

الى ممارسة أنشطة اقتصادية متنوعة هدفها الاساسي الربح الى جانب اهداف اخرى كل حسب الغرض الذي انشئ البنك من اجله. فالبنوك التي نتحدث عنها لا تتكون موجوداتها من اموال نقدية او اسهم او حصص او عائدات با تتكون اساسا من مجموعة من الحواسيب الضخمة كموجودات مادية الى جانب مستلزمات اخرى سنتعرض لها عند الكلام عن متطلبات انشاء بنك المعلومات. لقد وردت عدة تعريفات لبنوك المعلومات اذ يعرفها البعض بانها: (النظام الذي تتخذه احدى الهيئات لاختزان البيانات والمعلومات بواسطة الحاسب الالكتروني على الوسائط الملائمة مطبوعة او مشفرة او ممغنطة)^(١).

كما يعرفها البعض الآخر بانها: (عبارة عن قواعد بيانات تتمثل في مجموعة من البيانات المسجلة في ملفات على نحو يحدد الروابط المنطقية بين نوعياتها المختلفة وبفضل هذه القواعد يتم استرجاع مخزون البنك من المعلومات بسهولة ويسر عن طريق الحاسبات)^(٢).

كما اعتبر اخرون بان بنوك المعلومات بشكل عام هي: (عبارة عن مجموعة من الوثائق المتضمنة موضوع معين يتم تخزينها وتنظيمها وفقا لاسس معينة بحيث يمكن للراغب في الحصول على تلك الوثائق او ما تتضمنه من معلومات ببسر وسهولة عند الحاجة اليها)^(٣).

كما يمكن ان تعرف بانها: (كوين قاعدة بيانات تفيد موضوعا معيناً وتهدف لخدمة غرض معين تم فيها معالجة البيانات بواسطة اجهزة الحاسوب لاجراها في صورة معلومات تفيد المستخدمين في اغراض معينة)^(٤).

(١) انظر في ذلك: د. سعد محمد الهجرسي، المكتبات وبنوك المعلومات في مجمع الخالدين وحديث السهرة، البيت العربي للمعلومات، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٧.

(٢) انظر في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٣؛ وانظر كذلك: د. محمد فتحي عبد الهادي، والاستاذ محمد ابراهيم سلمان، والاستاذ ابو السعود ابراهيم، مراكز المعلومات الصحفية، دار المريخ للنشر، الرياض، ١٩٨٦، ص ١٥٩.

(٣) انظر في هذا المعنى: الشبكة القانونية الموحدة لدول مجلس التعاون الخليجي العربي، مقالة

منشورة على شبكة الانترنت على موقع وزارة العدل: www.Ministry of Justice.htm

(٤) انظر في ذلك: الخصوصية ومعالجة البيانات، مقالة منشورة على شبكة الانترنت.

من وجهة نظر الباحث يمكن القول من الناحية الفنية: تمثل بنوك المعلومات حواسيب ذات ساعات تخزينية عالية يتم فيها القيام بالعمليات المختلفة من تسجيل وتصنيف للبيانات وتهيئتها للاسترجاع في أي وقت بفعل الكفاءة العالية لاجهزة الحاسوب مما يرفر للمستخدم او كما يسمى احيانا (العميل) خيارات متنوعة واعمال وافية باقل جهد وكلفة وباسرع وقت ممكن.

: اهمية بنوك المعلومات ومبررات انشاءها:

تلعب بنوك المعلومات دورا فاعلا ومؤثرا في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والعلمية والقانونية بل وحتى السياسية احيانا. ولعل اهميتها تبرز من خلال مايلي:

* ان وجود بنوك المعلومات اصبح ضرورة تفرضها علينا تداعيات الحياة المعاصرة والتقدم العلمي الكبير والمستمر والنتاج الانساني المتسع باضطراد اذ يبلغ عدد الكتب التي تصدر سنويا حوالي (٧٥٠٠٠٠) كتابا وبلغ عدد الدوريات حوالي (٥٠٠٠٠) دورية تنشر اكثر من (٢٥٠) مليون مقال في شتى جوانب المعرفة^(١)، ولاشك ان هذا القدر الكبير من المعلومات سيجعل الانسان يشعر بـ (الضجر) من الاحاطة والاحتفاظ في ذاكرته البسيطة بهذا الكم من المعلومات فيبحث عن وسيلة ممكنة من الاحتفاظ بها والاستفادة منها باسترجاعها عند الحاجة عن طريق بنوك المعلومات.

* تحقق بنوك المعلومات قدرا كبيرا من الاختصار والاقتصاد في الوقت الذي يعد استغلاله مقياسا لدرجة رقي المجتمع لان بنوك المعلومات تستخدم برامج تمكن المستخدم من استرجاع كم هائل من المعلومات بوقت قياسي وبكلفة منخفضة قياسا بالجهد والوقت والمال الذي كان سينفقه لولا هذه التقنية.

* كما تلعب بنوك المعلومات دورا كبيرا على الصعيد القانوني من خلال مايلي:

- انها تقدم خدمة كبيرة للباحثين القانونيين الذين سهلت لهم هذه التقنية الاستفادة من الوقت الكبير الذي كانوا يقضونه في تصفح المجلات والكتب

^(١) لمزيد من التفاصيل حول اعداد المنشورات انظر في ذلك: د. شعبان عبد العزيز خليفة، شبكة المعلومات، دراسة في الحاجة الهدف والاداء، مجلة المكتبات والمعلومات العربية، دار المريخ للنشر، السعودية، السنة الرابعة، العدد الثاني، نيسان ١٩٨٤، ص ١٢.

وادراج المكتبات والاستفادة منه في عملية التفكير والتأمل والتنظير واستخلاص النتائج وتقديم المقترحات والقيام بعمليات المقارنة بين التشريعات خصوصا اذا حصل تعاون بين بنوك المعلومات بين الدول المختلفة.

- كما انها تقدم للمحامين، اذ قدمت بنوك المعلومات في الولايات المتحدة الامريكية للعديد من المحامين خدمات كبيرة اذ استطاع بعضهم من خلال الاتصال بهذه البنوك الوصول الى حلول للكثير من المشكلات القانونية ومكنته من كتابة الشكاوى والعرائض في الشكل القانوني السليم بعد ان يحدد له العميل طبيعة المشكلة عن طريق الاجابة على عدد من الاسئلة^(١)، كما يمكن لهم الاستعانة ببرامج تخص جوانب قانونية معينة كانشاء وصية وفق قانون دولة ما فق الشكالية التي يستلزمها.

- كما انها توفر على القضاة والمستشارين جهدا كبيرا في الدراسة والبحث اذ ثبت ان اكثر من (٦٠%) من وقت القاضي يذهب في البحث عن الادلة والوقائع بدلا من استخدامه في التأمل والتفكير^(٢)، اذ تمكن بنوك المعلومات القضاة الاطلاع على الاحكام القضائية والمباديء القانونية التي تقررها المحاكم المختلفة وفي مختلف دول العالم بخصوص واقعة ما وفي وقت قصير وباقل جهد ممكن.

- كما انها قد تقدم خدمة كبيرة للجهات التشريعية في بلد ما اذ يوفر لهم ذلك الاطلاع على مختلف التشريع الامر الذي يسهل عملية الاستعانة باحكام تشريع اخر في وضع تشريع في جانب قانوني معين كما انها تمكنهم من مواجهة الزيادة المضطردة في انتاج النصوص القانونية.

: تمييز بنوك المعلومات عما يشبهها من اوضاع قانونية:

(١) انظر في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، بنوك المعلومات وحقوق المؤلف، القاهرة، ١٩٩٩، ص٦.

(٢) انظر في ذلك: الشبكة القانونية الموحدة لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي، مقالة منشورة على شبكة الانترنت على موقع وزارة العدل: www.Ministry of Justice/htm

قد يتبادر الى ذهن البعض ابتداء عند قراءة عبارة بنوك المعلومات اننا نتحدث عن بنوك تمارس عمليات الاقراض والمضاربة وغيرها من المعاملات التجارية الكترونيا ولازالة هذا اللبس اقتضى الامر بيان تمييز هذا النوع من البنوك عن البنوك الالكترونية والمواقع التعريفية وذلك فيما يلي:

اولاً: تمييز بنوك المعلومات عن البنوك الالكترونية:

١. كما رأينا ان بنك المعلومات يمثل قاعدة للبيانات او للمعلومات تتيح للمستخدم الوصول الى المعلومة المطلوبة باقل كلفة وباسرع وقت ممكن بينما البنك الالكتروني يمثل النظام الذي يتيح للزبون الوصول الى حساباته او اية معلومة يريدونها والحصول على مختلف الخدمات المصرفية من خلال شبكة معلومات يرتبط بجهاز الحاسوب وبذلك نلاحظ ان الخدمة الاساسية لتلك المعلومات هو توفير المعلومة وفي شتى الاختصاصات بينما الخدمات التي توفرها البنوك الالكترونية تتجاوز حدود المعلومة التي عادة ماتكون معلومة اقتصادية او مالية بل توفر له القيام بالاعمال المصرفية المختلفة كفحص الحسابات وتدقيقها ودفع الفواتير، التعامل في البورصة، فتح الحسابات، منح الاعتمادات... الخ.

٢. ان البنوك الالكترونية اشبه بمركز للاستشارات المالية الى جانب التعامل المصرفي الاساسي بينما تتركز خدمة بنك المعلومات على عملية (التزويد) ويرتبط عادة بعقد تزويد المعلومات وان كان هذا الامر غير مطلق.

٣. ان البنوك الالكترونية ليست ملزمة باصدار اخر الاصدارات الجديدة والمتطورة من البرمجيات للعميل كلما تم تطويرها او تعليمه كيفية استخدام البرامج بل الممكن ان يحيله الى مواقع تعليمية تتولى ذلك بينما نلاحظ ان

الالتزام بالتأهيل الفني هو واحد من الالتزامات الأساسية في مجال عمل بنوك المعلومات التي ترتبط بعملائها بعقد نزويد المعلومات^(١).

ثانياً: تمييز بنوك المعلومات عن المواقع التعريفية:

وتختلف كذلك بنوك المعلومات عن المواقع التعريفية لبعض البنوك خصوصاً فيما يتعلق بالتحديث والشمولية والعموم فالمعلومات التي توفرها بنوك المعلومات تتميز بالجدة والتطور والتحديث المستمر كخاصية أساسية لهذا النوع من البنوك كما تتميز بالشمولية والمصداقية والدقة على خلاف أكثر المواقع التعريفية التي غالباً ماتقتصر على التعريف بالمنشأة أو البنك التابع له وبشكل مختصر وغير متجدد تعبر عن الرغبة في إيجاد مكان لها في شبكة (الويب) للتعريف بالجهة التي انشأت الموقع وللترويج عنها عادة وتقديم معلومات مختصرة حول المنشأة أو المؤسسة أو الشخص صاحب الموقع التعريفي.

: لزمات التقنية والقانونية لانشاء :

ان انشاء بنك للمعلومات يتطلب ابتداء توفر بنية تحتية فنية تمثل المستلزمات التقنية لانشاء البنك وحماية فنية فعالة الى جانب تهيئة مستلزمات قانونية نبينها فيما يأتي:

: المستلزمات التقنية لانشاء بنوك المعلومات:

يقف في مقدمة متطلبات انشاء البنوك المعلوماتية وجود بنية تحتية تتمثل بالبنية التقنية للبنك وتتمثل هذه البنية بما يأتي:

(١) للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، مصدر سابق، ص ٩٠ ومابعداها.

. وجود اجهزة حاسوب متطورة ذات قدرات تخزينية عالية وبمواصفات ممتازة تتمكن من توفير المعلومة المطلوبة بالسرعة الممكنة.

. كما تستلزم وجود قدرة على انشاء قاعدة معلومات تتوفر فيها البرمجيات اللازمة لعمل البنك واهم هذه العمليات: جمع المعلومات وتخزينها ومعالجتها ونشرها وبرمجيات للبحث والاسترجاع الى جانب الادخال والتوثيق⁽¹⁾، الى جانب برامج الحماية التقنية المعروفة كاستخدام كلمة سر المرور. ولاشك ان العمل على هذه البرامجيات يحتاج ابتداء الى الكفاءات البشرية المدربة القادرة على ادارة هذه العمليات ابتداء من تأسيس قاعدة البيانات وانتهاء بعملية تزويد المستخدم بها وهذه الكفاءات تمثل في الواقع دعامة الوجود والاستمرارية والمنافسة فلم يعد المال وحده المتطلب الرئيسي بل اصبحت استراتيجيات التواءم مع متطلبات العصر واعداد الكوادر وسلامة البرامج والنظم المطبقة هي السلاح الجديد في المجال الرقمي.

: المستلزمات القانونية:

اما متطلبات انشاء بنك المعلومات من الناحية القانونية فتتمثل في:

. تنظيم العلاقة وتنظيم الالتزامات بين مقدمي الخدمات والمعلومات (البنوك) وبين المستخدمين (العملاء) في اطار قانوني يحدد الالتزامات المتبادلة مبينا في ذلك مسؤولية كلا طرفي العلاقة وحدود حقوقه وواجباته.

. تحديد اطار عام للحماية القانونية لعمل البنوك تجاه المخاطر التي تعترضها واشكال الاعتداء التي قد تتعرض لها.

⁽¹⁾ انظر لمزيد من التفاصيل: حول اهم البرامج الممكن استخدامها قاعدة معلومات قانونية عربية، مقالة منشورة على شبكة الانترنت على موقع: unpid.

. تحديد نطاق التدخل الحكومي في عمل البنوك ووضع نظام داخلي خاص ينظم عملها يختلف عن النظام الذي يحكم تلك البنوك فيما اذا كانت تابعة للدولة لانها ستكون في هذه الحالة اقرب الى مراكز المعلومات منها الى كونها بنوك قد تمارس نشاطات استثمارية مربحة من وجهة نظر الباحث.

اما وقد بينا ماهو المقصود ببنك المعلومات واهمية وجود هذا النوع من البنوك وتمييزها عن البنوك الالكترونية وكيفية انشاءها من الناحية التقنية والقانونية، فقد بات من الضروري ان نبين ماهو الاطار القانوني الذي يعمل بموجبه البنك وهذا ماسنبينه في الفصل الثاني.

لكي تؤدي بنوك المعلومات الاهداف المبتغاة من وراء انشاءها لابد ان تمارس نشاطها في ضوء اطار عام يرسم القانون ملامحه وتحدد الاتفاقات والعقود دقائقه والواقع ان بنوك المعلومات تفتقر في اغلب دول العالم عدا المتقدمة منها الى نظام قانوني خاص بها الامر الذي جعل من العقد هو الفيصل والمنظم للعلاقة بين الاطراف المتعددة وذلك بموجب نوع من العقود يسمى (عقد تزويد المعلومات) وحاولنا في هذا الفصل التعريف بهذا العقد بشكل مختصر يتناسب مع موضوع البحث فخصصنا المبحث الاول منه لبيان المقصود بهذا العقد. وخصصنا المبحث الثاني لبيان التزامات البنك. بينما خصصنا المبحث الثالث لعرض التزامات العميل وذلك فيما يأتي:

: المقصود بعقد التزويد بالمعلومات:

عقد تزويد المعلومات هو عبارة عن اتفاق بين شخصين طبيعيين كانا ام معنويين يلتزم بمقتضاه احدهما ويسمى المزود او (البنك) كما في موضوع بحثنا بان يزود الطرف الاخر وهو المستفيد او (العميل) بالمعلومات التي يرغبها ايا كانت طريقة التزويد والكيفية التي يتم فيها مقابل اجر يتفقان عليه. وغالبا مايكون المزود على

شكل بنك للمعلومات^(١)، او شركة خاصة تتولى توفير المعلومات الى المستفيد وهذا العقد يبرم عبر شبكة الانترنت ويكون محله المعلومات. والتجديد فيه ان وسيلة التعاقد فيه تختلف عن الوسائل التقليدية في التعاقد من حيث المحل والابرار والتفويض غير ان ذلك لا يمنع من اللجوء الى الوسائل التقليدية لابراره اذ غالبا ما يلجأ الى البنك ويحضر شخصا للتعاقد وللحصول على المعلومات على دعائم مادية كالاوراق او الاقراص الممغنطة بل وحتى شفاهاً^(٢).

واذا كان عقد التوريد من عقود المعاوضة اذ يحصل المستفيد على المعلومات عوضا عن الاجر الذي يدفعه فهو ايضا عقد ملزم للجانبين وتلعب فيه شخصية المتعاقد دورا كبيرا في ابرام العقد لاسيما فيما يتعلق بالبنك اذ يلجأ المستفيد الى بنوك لها سمعتها في الوسط المعلوماتي مراهنات في ذلك على خبرة البنك في هذا المجال ولا بد من الاشارة هنا الى ان هذا العقد بعد العقود غير التقليدية التي ترتب التزامات حديثة كالالتزام بالتعاون بالالتزام بضمان سلامة المعلومات ومشروعها والالتزام بالسرية اعطت له طابعا خاصا اكده عدم تنظيم اغلب التشريعات له ومنها تشريعات العراق فهو يعده من طائفة العقود غير المسماة اذ لا يخضع لنظام قانوني معين اذ يستمد احكامه من بنود العقد المتفق عليها اضافة الى ما يقرره القانون والقواعد العامة في ابرام العقد من مراعاة خصوصيته ويؤثر في ذلك ايضا عائدة البنك كما نرى اذ يختلف النظام القانوني الذي يحكم البنوك التابعة للدولة عن تلك التي تكون تابعة لشركات خاصة او متعددة الجنسيات. فالبنوك التابعة للدولة ستكون اشبه بمراكز حكومية لتجميع المعلومات وستكون بالتأكيد خاضعة لضوابط خاصة تختلف عن غيرها وهنا نسجل وجود فراغ تشريعي يحكم الموضوع الى جانب بروز مشكلة اخرى وهي مشكلة تدفق المعلومات عبر الحدود وبين الدول وكيفية تنظيمها وماهي

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر في ذلك: د. عامر قنديلجي، بنوك المعلومات الالوية، بغداد، دار واسط، ١٩٨٥، ص ٩١ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك: د. حسن البراوي، عقد تقديم المشورة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٤٧.

الضوابط التي تخضع لها ونحن مع وضع نموذج او نظم موحدة لعمل البنوك التي توفر المعلومات بين الدول للحد من التداعيات القانونية التي قد تنشأ عنها. وبالعودة الى العقد لايفوتنا هنا ان نذكر ان عقد التوريد باثلمعلومات من العقود الرضائية التي لاتستلزم شكلية معينة في الابرار، اطرافه اثنان، مزود وهو البنك الذي قد يكون طبيعيا او معنويا يقوم بتجميع المعلومات والقيام بتحليلها وتنظيمها وتنسيقها كي يستطيع نقلها الى الغير من خلال تثبيتها على دعائم مادية سهلة الاستخدام^(١).

وهذا لايعني ان البنك يقوم بكل الجهد لوحده اذ قد يستعين في سبيل اتمام عمله وتوفير المعلومة المطلوبة بعدة اشخاص ومنهم المورد الذي يمد البنك بما يحتاج اليه من معلومات يقدمها البنك الى شخص اخر يسمى منفذ النظام الذي يقوم باعداد نظام المعلومات الذي يمكن اكبر عدد من المستفيدين من الانتفاع من المعلومات ثم ينقلها بدوره الى المبرمج الذي يضع المعلومات في صورة برامج داخل الحاسوب ثم يأتي دور الموزع الذي يقوم باعمال توزيع المعلومات اضافة الى امكانية وجود وسيط بين البنك والمستفيد يكون بمثابة وكيل عن البنك^(٢)، اما الطرف الثاني في العقد هو العميل او كما يسمى احيانا المستخدم النهائي او المستفيد والذي يمثل الشخص الطبيعي او المعنوي المتعاقد مع البنك او من ينوب عنه بهدف الحصول على المعلومات.^(٣)

:

:

لاشك بانه يقع على بنك المعلومات باعتباره الجهة المزودة والممولة للمعلومات مجموعة من الالتزامات او الواجبات تتمثل بالتزام البنك بتزويد العميل بالمعلومة فور طلبها وباستخدام التقنية الامثل للتوصيل وهذا سنبيئه في المطلب الاول. اما المطلب

(١) انظر في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ٤١.

(٢) انظر في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ٤٢ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر في ذلك: حسن البراوي، مصدر سابق، ص ٥٤ وما بعدها.

الثاني فخصصناه للالتزام البنك بضمان صلاحية المعلومة وقابليتها لتحقيق الغرض المطلوب منها. اما المطلب الثالث فبيننا فيه التزام المصرف بالسرية في التعامل مع عملائه وذلك فيما يأتي:

: الالتزام بتزويد المعلومة فور طلبها وباستخدام التقنية الافضل للتوصيل:

يلتزم البنك تجاه العميل بتوفير المعلومة المطلوبة والتزامه هذا يتطلب منه الالتزام بتوفيرها بالسرعة الممكنة وباستخدام افضل تقنية ممكنة لانجاز العمل المطلوب وكما سنوضحه فيما يأتي:

الالتزام بتوفير المعلومة فور طلبها: يلتزم البنك بتوفير المعلومة وتجهيتها للعميل بعد القيام بعملية البحث اللازم لتقديمها. غير ان طبيعة المعلومة المعنوية وبوصفها شيئاً غير مادي يجعل عملية تسليمها للعميل تستلزم وضعها في دعانات مادية كي يتمكن العميل من الاطلاع عليها او حيازتها او ان يتم نقلها الى العميل على شبكة الانترنت وفي الوقت المحدد وحسب وجود الاتفاق على زمن التوريد من عدمه في العقد. فاذا اتفق الطرفان على مدة معينة او حد اقصى لانجاز عملية التوريد فان ذلك يعني عبئاً اضافياً على عاتق البنك لانه يلزمه بالسقف الزمني لاتمام العمل وذلك الامر يتأثر بحسب طبيعة المعلومة المطلوبة اذ ان المعلومات تختلف فيما بينها من حيث المدة اللازمة لتوفيرها والتي قد تستغرقها عملية البحث والجمع والصياغة والتحويل، لذا يلجأ الكثير من البنوك، الى تحديد موعد ارشادي وليس الزامي يمكن البنك من التأخير دون دون ان يجعله تحت طائلة المسؤولية عن التأخير الامر الذي قد يضر بمصلحة العميل وكل ذلك رهن بالاتفاق المبرم بينهما ولاشك ان القاضي سيتدخل لتحديد الدة المعقولة في حالة حصول نزاع على ذلك ويقوم البنك بارسال المعلومات المطلوبة اذا كانت على شبكة الانترنت على الموقع

المحدد بين الطرفين كأن ترسلا الى البريد الالكتروني للعميل او العنوان الذي يحدده^(١):

١. استخدام التقنية الافضل للتوصيل:

يلتزم البنك تجاه العميل بان يقوم باستخدام برامج ذات قدرة وقابلية عالية للعمل يتوافر فيها نظام كلمة المرور Password تمكن العميل المرخص له بموجب العقد الدخول الى مواقع المعلومات للحصول على مبتغاه اذ يقدم البنك لعملية رموز الدخول على شكل شفرات وارقام سرية تمكن العميل لوحده من الوصول للمعلومة دون غيره^(٢)، ولا يقتصر الامر على شفرات الولوج بل يتعداه الى توفير البنك البرامج اللازمة لعملية البحث وتوفير الوصول الآمن للعميل للمعلومة المطلوبة دون التعرض لمخاطر القطع او الفيروسات^(٣)، ويتفرع عن هذا الالتزام واجبين اساسيين هما واجب الاعلام وواجب التأهيل التقني او الفني وسنبينهما فيما يلي:

- واجب الاعلام:

ويقصد به عل البنك تقديم كل ما هو لازم من معلومات عن كيفية الدخول الى قاعدة البيانات وطريقة الحصول على المعلومة بصورة سليمة اذ يجب على البنك ان يقدم للعميل التعليمات والارشادات التي تمكنه من تشغيل البرامج التي تمكنه من الحصول على المعلومة في اقل وقت ممكن وكيفية

(١) انظر في ذلك: د. بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد على الانترنت، اطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٠٣، ص ١٥٦.

(٢) انظر في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، مصدر سابق، ص ٨٦.

(٣) انظر في ذلك: د. فاضل الاباصيري، عقدج الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، القاهرة، دار النهضة، ٢٠٠٣، ص ١٧٩ ومابعداها.

البحث عنها ويكون ذلك اما على شكل دفتر تعليمات (كاتالوك) او
نشرة خاصة بذلك^(١).

- زاتجب التأهيل التقني او الفني:

ويقصد به التزام البنك ومن اجل انجاح عملية التزويد، العمل على تدريب
العميل وتأهيله من قبل خبراء بشكل يمكنه من القيام بعملية التشغيل والدخول
والبحث والاستخراج والحفاظ على امن المعلومات وبشكل مستمر ويكون هذا
الالتزام جزء من الاتفاق الكلي في العقد وقد يكون باجر او بدون اجر^(٢).

: الالتزام بضمان صلاحية المعلومة وقابليتها على تحقيق

:

ان الالتزام بصلاحية المعلومة وقابليتها لتحقيق الغرض المطلوب منها يستلزم ان
تتوافر مجموعة من الخصائص في المعلومة المقدمة من البنك اهمها مشروعية
المعلومة وصحتها ودقتها الى جانب اتسامها بالمصادقية والحدائق ومواكبتها
لتطورات العصر وهذا ماسنبيبه فيما يأتي:

١. ان تكون المعلومة مشروعة: وفقاً لما نراه لكي تكون المعلومة مشروعة يجب
ان لاتكون مخالفة للنظام للنظام العام والاداب العامة وان لاتشكل انتهاك
لخصوصية الافراد وان لاتتمس سرية المعلومات الامنية للدولة وان لاتمثل اعتداء
على حقوق الاخرين ولاتشكل خطورة على الفرد او المجتمع وكما سنبينه فيما يأتي:
- ان لاتكون مخالفة للنظام العام والاداب العامة كأن لاتكون هذه المعلومات
متعلقة بالاتجار بالمخدرات او تجارة الرقيق او لتيسير اقامة علاقات جنسية
غير مشروعة^(٣).

(١) انظر في ذلك: د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٢) ونؤشر هنا اختلاف موقف التشريعات في هذا المجال بين مانع ومجيز، انظر في ذلك: د.
محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٣) انظر في ذلك: د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، ط١، عمان، دار الثقافة، ٢٠٠١،
ص ١٤١.

- ان لاتشكل انتهاكا للحياة الخاصة للأفراد والحياة الخاصة هي امن الفرد وحرماته هو واسرته التي يحرص ان تكون بعيدة عن كافة اشكال وصور تدخل الغير كما يقرر قانون حماية حق المؤلف العراقي^(١)، وقد اكد على هذا الحق الدستور العراقي في قوله: (ان لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية)^(٢)، ولعل التطور التكنولوجي وظهور شبكة الانترنت اصبح واحدا من اكثر المخاطر التي تهدد الحياة الخاصة ويجب في المعلومة التي يوفرها البنك للعميل ان لاتشكل اعتداء على الحياة الخاصة للفرد كأن يكون البنك قد حصل عليها بدون اذن من صاحبها او قد يكون قد حصل عليها باذن منه كأن يكون احد الافراد قد تقدم الى شركة للعمل او مصرف للاقتراض وملء استمارة لبياناته الشخصية فلا يجوز لبنك المعلومات متى ما حصل عليها ان يجعلها محلا لعقد التزويد بالمعلومات وان يرسلها لمن يطلبها وان يجني من وراء ذلك ارباحا مادية على حساب خصوصية الافراد ويتحمل المسؤولية عن ذلك مالم يتوافر الرضا الحر المستتير لصاحب المعلومة الامر الذي يجعل البنك تحت طائلة المسائلة القانونية.

- الا تمس المعلومات التي يوفرها البنك امن الدولة وسرية المعلومات الخاصة بها اذ يجب ان يراعى البنك ان لاتكون المعلومة المقدمة للعميل فيها مساس بامن الدولة او مصالحها السياسية ولعلنا يمكننا الاستفادة من نص المادة (٢٠٨) من قانون العقوبات العراقي التي تجرم نشر وتوزيع معلومات تهدد مصالح الدولة وامنها^(٣)، الا اننا نسجل عدم كفيلة النصوص التشريعية بالشكل الذي يتلاءم ويتواءم مع خطورة المشاكل التي قد تنجم عن هذا التطور التقني وكما سنبين لاحقا.

(١) انظر في ذلك: المادة (٤٣): من قانون حماية المؤلف، رقم (٣) لسنة ١٩٧١.

(٢) انظر المادة (١/١٧)، من الدستور العراقي النافذ، لسنة ٢٠٠٥.

(٣) انظر في ذلك: المادة (٢٠٨) من قانون العقوبات، رقم (١١١)، لسنة ١٩٦٩.

- ان لاتشكل اعتداء على حقوق الافراد، ويقصد بذلك الحقوق المالية والادبية للفرد متى ما كان صاحب حق معتبر قانونا كحق المؤلف دون ترخيص منه بذلك.

- الا تكون المعلومة خطرة بذاتها أي ان تكون هذه المعلومة المقدمة خطرة على الفرد او المجتمع كأن تتعلق بصنع مواد متفجرة او تتحدث عن افضل الطرق للانتحار وتخاطب بذلك عقلية الاطفال او المراهقين غير ان هذا الامر يتأثر بطبيعة ومهنية العميل فاذا كان العميل متخصصا بصناعة المتفجرات او المفرقات فان المعلومات المتعلقة بها ستؤول الى ذوي الاختصاص قد يخفف من عبء المسؤولية التي قد يلقي عليه اذا ماحدث انفجار اما اذا كانت المعلومات ستقدم الى غير ذي اختصاص فانها بلا شك ستزيد من عبء المسؤولية على البنك^(١)

٢. ان تكون المعلومة صحيحة: يجب على بنك المعلومات ان يتحقق من صحة مصدر المعلومات ويعمل على تدقيقها قبل تقديمها للعميل اذ لايجوز تقديم معلومات غير صحيحة او تتناقض مع الاصل^(٢)، فلا بد ان تتميز المعلومة بالمصادقية ولعل هذه الخاصية من الخصائص الجوهرية الواجب توفرها في المعلومة المتفق على توفيرها لما لها من آثار خطيرة على العميل المستفيد اذ يترتب على الخطأ فيها او عدم الدقة نتائج خطيرة قد تؤدي الى خسارة مالية له اذا ما كان يمارس نشاطاً تجارياً معيناً يعتمد على الارقام والاحصاءات التي تستلزم الدقة في اجراء الحسابات.

(١) انظر في ذلك: د. ايمن العشماوي، المسؤولية المدنية عن المعلومات، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٥٨.

(٢) انظر في ذلك: د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية في مجال شبكات الانترنت، ٢٠٠٤، ص ٣ ومابعداها.

٣. ان تكون المعلومة متميزة بالحادثة: اذ لابد ان تكون المعلومة التي يوفرها البنك من الجدة والحداثة بحيث تواكب التطور المتسارع الحاصل في كل جوانب الحياة كي يتمكن العميل من ان يبني قراراته بشكل صائب في ضوء البيانات المقدمة اليه شرط ان تكون اخر بيانات محدثة فلو كان العميل مثلا يعمل في مجال المضاربة بالاسهم وطلب من البنك الاسعار المتداولة هذا اليوم فعلى بنك المعلومات تزويده بآخر المستجدات في اسعار الاسهم صعودا ونزولا اذ ليس من العقول ان يزوده بالاسعار القديمة وبالتأكيد بناء العميل لقرارته في ظل بيانات قديمة سيوقعه في مشاكل كبيرة وقد تحذو به الى خسائر مالية جسيمة.

٤. ان تتسم المعلومة بالشمولية: والمقصود بالشمولية هنا بالتأكيد الشمولية النسبية وليس المطلقة اذ لايمكن للبنك او يوفر كل المعلومات وفي كل الاختصاصات لان هذه العملية مثالية تقريبا^(١)، فلو طلب العميل من المصرف مثلا معلومات عن كل الصفقات التجارية التي جرت في الولايات المتحدة الامريكية عام ٢٠٠٦ كان ذلك ممكنا اما لو طلب معلومات عن كل الصفقات التي جرت في العالم ولمدة غير محدودة فهو امر غير متيسر غير ان على البنك ان يراعى بالدرجة الاولى بنود العقد المبرم في عملية توفير المعلومات كي يكون بمنأى عن المسؤولية فاذا طلب العميل كل المعلومات المتعلقة بمادة كيميائية معينة فعلى البنك تلبية طلبه وتزويده بكل مايتعلق بها من خصائص وتكوين ومخاطر لان تقديم معلومات ناقصة قد يؤدي الى مخاطر جسيمة تجعل المصرف (بنك المعلومات) معرضا للمسؤولية المدنية واحيانا الجنائية.

: الالتزام بالسرية في التعامل مع العملاء:

(١) انظر في ذلك، د. فتحي زيتون، عوامل نجاح، الخدمة الاستشارية، ١٩٨٧، ص ١٩.

ان البنك ملتزم تجاه عملائه بالسرية حول شخص العميل وحول المعلومات التي يستعلم عنها سواء اكانت ارقاما او بيانات وهذا الالتزام من الالتزامات التي يقتضيها تنفيذ العقد بحسن نية^(١)، كما ان عملية افشاء المعلومات المتعلقة بالعمل امر لا يستقيم ومبادئ العرف او العدالة في تنفيذ العقود الا اذا وجد نص في القانون او شرط او بند في العقد يلزم البنك بافشاء مثل هذه المعلومات كأن يأذن صاحب المعلومة بذلك او اذا كان الافشاء مقصوداً به الاخبار عن جناية او جنحة او منع ارتكابها^(٢)، او اذا كانت الجهة المختصة بالشهادة بناء على طلب المحكمة او احد الحضور بالنسبة للموظف او المكلف بخدمة عامة اذا ما كان البنك تابعاً لجهة حكومية^(٣).

: التزامات العميل:

في مقابل التزامات البنك لابد ان يقع على عاتق المتعامل معه التزامات قانونية بموجب العقد المبرم واهم هذه الالتزامات التزامه بتعليمات البنك فيما يتعلق بآلية الحصول على المعلومة وسريتها والتزاهه بالاستخدام الحصري للمعلومة الى جانب التزامه بسداد المقابل المالي للمعلومة وكما سنبينها فيما يأتي:

: الالتزام بتعليمات البنك فيما يتعلق بآلية الحصول على

:

اذا ما اوفى البنك بالتزاماته تجاه العميل وهياً المعلومات المطلوبة وزود بها عميله فعلى العميل الامتثال الى تعليمات التشغيل والتزويد المحددة من قبل بنك المعلومات ويتم تسلم المعلومات من قبل العميل بعد ان يضعها البنك على اقراص ليزيرية او ورق او أي من الوسائط الاخرى لنقلها او ان يتم ارسالها على شبكة الانترنت الى موقع العميل الا انه يجوز للعميل ان يمتنع عن استلامها متى ما كانت مخالفة

(١) كما في الفقرة (٢) من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي.

(٢) كما في الفقرتين (١) و (٢) من المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات.

(٣) انظر في ذلك: المادتين (٨٨) و (٨٩) من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

للشروط المتفق عليها في بنود العقد كما وصلت متأخرة او غير واضحة ويتحمل البنك نفقات الاصلاح اذا ماكانت ممكنة ضمن اجل محدد^(١).

):

ويقصد بذلك ان على العميل احترام الغرض الذي من اجله تم تزويده بالمعلومات بحيث يمنع عليه استخدام تلك المعلومات لاغراض اخرى غير المتفق عليها في العقد وهذا يبرز في ثلاث نواحي وهي:

١. عدم السماح للغير من الاستفادة من معلومات البنك بحيث يساء استخدام تلك المعلومات المساعدة غير المتعاقدين بمقابل او بدونه.

٢. عدم السماح للغير باستعمال البنك لان التعاقد مع البنك يجعل من شخصية العميل محل اعتبار مما يقتضي الاستخدام الحصري مالم يكن العقد مبرم بشكل جماعي لعملاء يعملون في شركة واحدة فيكون العقد جماعيا وعليهم ايضا ان يضيقوا من دائرة التعامل.

٣. عدم استغلال معلومات البنك لانشاء بنك بديل اذ لايجوز للعميل ان يستنزف معلومات البنك الذي يتعامل معه لانشاء بنكه الخاص به والذي قد يمارس بدوره عمل البنك مع اشخاص اخرين وقد يحصل على حماية عن طريق تصنيف المعلومات كمصنف تقني يطلب حماية لحق المؤلف بل عليه ان يحترم الغرض الذي بناءا عليه تم تزويده بالمعلومات فعليه ان يحسن استعمال المعلومة ويحترم حقوق اصحابها فلا يقوم بنسخها مثلا ثم يقوم باعارتها للتداول ويجني ارباحا على حساب البنك.

٤. كما ان عليه ان يلتزم بسرية المعلومات المقدمة اليه والا يقوم بافشاءها لان ذلك يخالف المبادئ القانونية وبنود العقد ومايجري عليه حسن النية في تنفيذ العقود فعليه ان يحتاط ايضا وان يحافظ على الرمز السري للولوج وان

(١) انظر في ذلك: مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، القاهرة، دار النهضة، ٢٠٠١، ص ٧٠.

يوفر انظمة حماية كافية لحاسوبه الشخصي من تلاعب الغير وان يخطر البنك متى ماتم اختراقه او فقدانه لرمز الدخول كي يتخذ البنك الاجراءات اللازمة لمنع استفادة الغير منه^(١).

:

لاشك ان هدف البنوك من عملية جمع وترتيب وتوفير المعلومات هو الربح المادي لذا فانها ستتقاضى عن خدماتها اجرا او مقابلا ماديا للمعلومة وهذا المبلغ يلتزم العميل بادائه حسب طبيعة الاتفاق مع البنك عليه صراحة او قد يتفق عليه ضمنا حسب الاسعار السائدة في السوق او وفقا لنفس الاجر الذي جرى عليه التعامل^(٢) بينهما سابقا وفي كل الاحوال يتأثر مقدار الاجر حسب ظروف التعاقد ومقدار الخدمة التي يقدمها البنك اذ قد يتصاعد الاجر متى ما طلب العميل معلومات او خدمات اضافية او قد يتناقص اذا ما اقتصر على قدر معين اقل من المتفق عليه وفي كل الاحوال يكون العقد هو المرجع الاساس في تحديد مقدار واجل سداده والامتيازات التي قد تمنح للمتعاقد اذا ما اتسع نطاق تعاملاته مع البنك كوسائل تحفيزية لتشجيع واستقطاب اكبر عدد ممكن من العملاء.

الحماية القانونية لبنول المعلومات

يعتبر بنك المعلومات واحدا من القنوات المهمة لنقل التكنولوجيا ولا بد لضمان تقديم البنك لافضل الخدمات لعملائه من وجود بيئة امنة يعمل بها البنك عن طريق توفير حماية قانونية تحمي هذه الجهود بوجه من يحاول الاعتداء عليها فاصبحت الحماية القانونية ضرورة يحتمها واقع الحياة العملية.

(١) انظر في ذلك: محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، مصدر سابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

(٢) لمزيد من التفصيل حول موضوع الاجر انظر في ذلك: د. محمد لبيب شنب، عقد المقاوله، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٦٦.

ولقد حاولنا في هذا الفصل بيان اهم الطرق او الوسائل القانونية لحماية بنك المعلومات من الاعتداءات التي تقع على نشاطاته فخصص المبحث الاول منه لبيان كيفية تطويع دعوى المنافسة غير المشروعة والمنافسة الطفيلية لحماية بنوك المعلومات اما المبحث الثاني فقد خصصناه لمبحث امكانية الاستفادة من الالتزام القانوني بالسرية لحماية بنوك المعلومات من اعتداءات موظفيها السابقين الى جانب حماية بنك المعلومات خلال مرحلة المفاوضات العقدية كما حاولنا توضيف الحماية المقررة لحق المؤلف لحماية بنوك المعلومات في المبحث الثالث وتشكل المباحث الثلاث الحماية القانونية خارج الاطار العقدي اذ مما لاشك فيه ان مسؤولية المعتدي تجاه البنك ستكون مسؤولية تقصيرية تابعة من اخلاله بالالتزام قانوني معين اما الاطار العقدي للحماية فقد تناولناه في المبحث الرابع متمثلا بعدة صور اهمها المسؤولية عن مخالفة التعليمات او رفض العمل لتسلم المعلومة والمسؤولية عن الاخلال بالاستخدام الحصري للمعلومة الى جانب المسؤولية عن الاخلال بالالتزام عن الاخلاب بالالتزام بالسرية.

: تطويع دعوى المنافسة غير المشروعة والمنافسة الطفيلية لحماية بنوك المعلومات:

سنتناول في هذا المبحث بيان مدى امكانية توضيف دعوى المنافسة غير المشروعة لحماية بنوك المعلومات في المطلب الاول اما في المطلب الثاني فنتناول تطويع دعوى المنافسة الطفيلية لحماية بنوك المعلومات وذلك فيما يلي:

: توضيف المسؤولية عن المنافسة غير المشروعة لحماية

المنافسة غير المشروعة تمثل اعمالا لا تتفق مع قواعد ومبادئ النزاهة والشرف والامانة المرعية في الوسط التجاري سواء اكان مرتكب افعالها حسن النية ام سيئها مادام قد ارتكب خطأ يلحق ضررا بمنافس اخر يزاول نشاطا مشابها او قريبا مع عدم اشتراط التماثل او التطابق بينهما وقد لا يكون الهدف منها تحقيق الربح بل قد يكون

الهدف منها الحاق خسارة او ضرر بالمنافس وقد اوردت بعض التشريعات تعريفا لها^(١).

لذا فان فعل يخالف الاصول الشرعية المرعية في المعاملات التجارية بحكم القواعد القانونية او بحكم القواعد المتعارف عليها في الوسط التجاري يعبر من قبيل المنافسة غير المشروعة^(٢).

وتشكل المنافسة غير المشروعة حماية عامة لعمل البنك الى جانب الحماية الخاصة التي يمكن ان تقررها النصوص التشريعية في حال صدورهما ولاشك ان دعوى المنافسة غير المشروعة مقررة لحماية حقوق المتعاملين داخل الوسط التجاري وهي تستلزم وجود عناصر اساسية لتحقيقها وهذه العناصر هي ان يكون هناك منافسة وان يكون فعل المنافسة غير مشروع والمقصود بالمنافسة والتي تمثل العنصر الاول ممارسة المنافس اعمالا تجارية او مهنية من طبيعة واحدة مع المتضرر من المنافسة ولايستلزم التماثل الو التوافق التام بينهما اما العنصر الاخر فهو ان يكون فعل المنافسة غير مشروع أي لايتفق مع قواعد النزاهة والشرف والامانة المرعية في الوسط في الوسط التجاري او ممنوعة اصلا بنص قانوني او بند عقدي، ولعل من اشكال المنافسة غير المشروعة التي قد تواجه عمل بنوك المعلومات هو قيام بنك منافس بسحب المعلومات المتوافرة في البنك الاخر وتوظيفها لمصلحته او قيام شخص معين باستنزاف معلومات البنك وعرضها على موقعه الالكتروني كمزود للمعلومات او قيامه بجذب عملاء البنك الاخر او اغراء موظفيه لترك عملهم والالتحاق بالبنك الاخر وهذه الدعوى هي اقرب لدعوى المسؤولية التقصيرية التي تستلزم لقيامها وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.

وتجد هذه الدعوى اساسها في قواعد المسؤولية التقصيرية والتي تقضي بان كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض متى ماتوافرت شروط الدعوى^(١)، ولكن

(١) انظر في ذلك المادة (٩٨) من قانون التجارة الملغى رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧١.

(٢) انظر في ذلك: د. باسم محمد صالح؛ د. عدنان ولي العزاوي، القانون التجاري والشركات التجارية، الموصل، ١٩٨٩، ص ١٦٩.

دعوى المنافسة غير المشروطة لا يشترط لاقامتها وجود ضرر محقق بل يكفي ان يكون احتماليا اذ يمكن للبنك اقامة الدعوى على بنك اخر يحاول سحب عملائه لاحتمال عزوف العملاء عن ارتياد البنك وهذا يمثل ضررا احتماليا لا محققا من وجهة نظر الباحث كما وقد لايتوافر قصد الاضرار من دعوى المنافسة غير المشروعة فيكون المنافس قد ارتكب خطأ بحسن نية منه لكنه منحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للرجل العادي في الوسط التجاري فتتحقق بذلك ضرر لحق بالبنك من جراء عمله، ولابد من الاشارة هنا انه متى ما فقدت الافعال الصادرة من الغير احد عناصر دعوى المنافسة غير المشروعة سوف لن يتمكن المتضرر من اقامتها على هذا الاساس كأن يكون الغير شخصا عاديا وليس منافسا ولايمارس نشاطا مشابها او مماثلا كقيام شخص بنسخ المعلومات وبيعها للغير.

: تطويع المسؤولية عن المنافسة الطفيلية لحماية بنوك

:

ان نظرية المنافسة الطفيلية قد استحدثت من قبل القضاء الفرنسي لتمكين صاحب الفكرة المتميزة التي يستولي عليها الغير للانتفاع من قيمتها الاقتصادية مستغلا عدم حمايتها بواسطة حق المؤلف لعدم استيفائها لشروط الحماية اللازمة لكونها غير مبتكرة مما يعرض صاحب الحق والجهود التي بذلها والاموال التي انفقها للضياع لعدم شمولها بالحماية فجاءت فكرة النشاطات الطفيلية لتستوعب حماية الحقوق ذات القيم الاقتصادية ومنها المعلومات بحيث يكون عمل البنك مشمولا بالحماية على اساس الخطأ المرتكب من قبل الغير اذ لابد من توسيع نطاق دعوى المنافسة غير المشروعة وعدم حصرها بنطاق اتلاضرار بالتاجر عندما يقوم منافسه باعمال لاجتذاب عملائه بحيث تسحب الحماية الى الجهود التي بذلها البنك في تجميع وترتيب وتبويب المعلومات واعداد البرامج اللازمة سواء وجدت المنافسة ام لم توجد وسواء اكان الهدف منها تحقيق الربح ام لا حيث تتحقق المسؤولية من خلال

(¹) انظر في ذلك مجموعة احكام النقض، السنة الرابعة، ص ٧٤٣، الحكم الصادر في ١٩٥٦/٦/١٤.

الاستعمال غير المشروع باعتبار هذا العمل عمل طفيلي يشكل عنصر الخطأ لاثارة المسؤولية ولايستلزم نية الاضرار او وجود رابطة عقدية كأن يقود احد الاشخاص بنسخ البرنامج الذي يستخدمه بنك المعلومات ويسلمه الى بنك معلومات منافس^(١)، فاذا ما قام شخص ما بنسخ المعلومات التي يسحبها من البنك وبيعها للغير فهذا الفعل لا يعدوا ان يكون مثيرا لدعوى المسؤولية العقدية اذا كان مرتبطا بعقد مع البنك او مثيرا للمسؤولية التقصيرية اذا كان قد حصل على المعلومات بصورة غير مشروعة على شكل منافسة طفيلية يحاول فيها شخص متطفل الاستفادة من جهد الغير لتحقيق كسب غير مشروع بل يمكن ان تقام عليه الدعوى على اساس الكسب دون سبب، ولاشك بأن دعوى المسؤولية بالتقصيرية توفر اطارا عاما وضروريا للحماية متى ما افتقدت النصوص الخاصة التي تحكم الاعمال غير المشروعة التي قد تقع على عمل البنك لقيام شخص بالولوج الى على عمل البنك لقيام شخص بالولوج الى موقع البنك وسحب المعلومات خلسة من خلال (القرصنة) او قيامه بارسال فايروسات مدمرة لانظمة البنك او ضارة بعمله الامر الذي يثير المسؤولية التقصيرية له والتي يمكن فيها الركون الى القواعد العامة للمسؤولية المدنية في المادة (٢٠٤) من القانون المدني الى جانب احتمال تحقق المسؤولية الجنائية في حالة سرقة المعلومات او الاحتيال للحصول عليها وهو امر يتوقف على توافر نصوص للتجريم قابلة لتغطية هذه الافعال الجرمية المستحدثة.

: توظيف الالتزام القانوني بالسرية لحماية بنوك

:

اذ يمكن الاستفادة من الالتزام القانوني بالسرية لحماية بنك المعلومات عن طريق اثارة مسؤولية موظفيه السابقين عن اخلالهم بالالتزام بالسرية وهذا ما سنبينه في المطلب الاول بينما نتناول في المطلب الثاني حماية بنك المعلومات في مرحلة المفاوضات العقدية.

(١) انظر في ذلك: احمد محمود سعد، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٥، ص ٤٤٨ ومابعدھا.

: حماية بنك المعلومات من اعمال موظفيه السابقين:

اذ يمكن القول بقيام المسؤولية التقصيرية للعاملين في بنك المعلومات اذا ما اخلوا باحد الالتزامات القانونية المهمة وهو الالتزام بسرية المعلومات التي حصلوا عليها او اطلعوا عليها اثناء فترة العمل فاذا ما انتهى عقد العمل وانقضت الرابطة التعاقدية بين البنك وموظفيه فلا يجوز للموظف او العامل في البنك افشاء هذه الاسرار او المعلومات التي حصل عليها وقت عمله في البنك ولايستطيع ان يحتج بانتفاء المسؤولية العقدية لانقضاء العقد بل تبقى مسؤوليته القانونية قائمة لاتسوغ له القيام بافشاء اسرار او معلومات عمله السابقة الى شركة او بنك جديد الامر الذي يجعله تحت طائلة المساءلة القانونية^(١).

: بنك المعلومات في مرحلة المفاوضات العقدية:

من الناحية المدنية بل والجنائية ايضا لاتقف المسؤولية التقصيرية عند حدود موظفي بنوك المعلومات بل تمتد الى العملاء الذين يدخلون في مفاوضات عقدية مع البنك للحصول على معلومات معينة الامر الذي يثير مسؤوليتهم التقصيرية عن افشاءهم للمعلومات التي يحصلون عليها خلال فترة المفاوضات العقدية اذ على من يتلقى معلومات بمناسبة المفاوضات المحافظة على سرية المعلومات التي تكون غير قابلة للنشر او للاعلان عنها بطبيعتها^(٢) والتي من شأن الاعلان عنها او افشائها بغير موافقة صاحبها (بنك المعلومات) احداث ضرر مادي او ادبي واساس هذا الالتزام هو القانون والواقع ان القواعد العامة لاتلزم الشخص بالمحافظة على سرية المعلومات الا اذا وجد نص في القانون او شرط في العقد يلزمه بذلك بناء على رغبة صاحبها ومن وجهة نظر بنوك المعلومات عندما تدخل في مفاوضات مع شخص لكسبه كعميل للبنك عليها ان تلزمه بتوقيع وثيقة للالتزام بالسرية كي تتلافى الآثار السلبية والاضرار التي قد تلحق بالبنك اذا ما فشلت المفاوضات ولم يبرم العقد

(١) انظر في ذلك: المادة (٣٥) من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

(٢) انظر في ذلك: د. محمد ابراهيم دسوقي، الاجراءات الادارية للمفاوضات العقدية، جدة، ١٩٩٥- ص ٩٨

لكي تمنع التفاوض مستقبلا من افشاء هذه المعلومات ولكي تفوت عليه فرصة الاستفادة منها والكسب على حساب البنك ولاشك ان هذا الافشاء يمثل في رأينا خطأ تقصيرا لان العقد لم يبرم بعد ويمثل انحرافا في مسلك الرجل العادي عند التعامل مع الغير لان الرجل العادي لايفشي الاسرار التي اطلع عليها بمناسبة المفاوضات اذا كانت تلحق ضررا بالغير كما انه أي (الافشاء) يمثل اخلالا بمبدأ حسن النية واخلالا بالثقة التي يجب ان تسود في اطار التعامل التجاري.

: تطويع الحماية القانونية لحق المؤلف لحماية بنوك

:

قد يطرح التساؤل هل بالامكان حماية عمل البنك ونشاطاته بالاستناد الى الحماية المقررة لحق المؤلف أي هل يمكن عد البنك مؤلفا لمصنف تقني جدير بالحماية وهل يمكن اسباغ هذه الحماية على مايقوم به بنك المعلومات من جهود من اجل جمع وتوثيق وتبويب المعلومات ام لا.

في الواقع من نافلة القول ان نذكر انه يشترط لحماية حقوق المؤلف المالية بان يكون المصنف متميزا بالطابع الابتكاري وغير مستثنى من الحماية بنص تشريعي لذا فان شروط تمتع المصنف بالحماية تتمثل بوجود مصف مبتكر اصيل الى جانب اتباع الاجراءات الشكلية لحماية المصنف الواجي القيام بها والمتمثلة بالاياداع أي ايداع نسخة من المصنف لدى الجهة المختصة وهذه الشروط بصيغتها التقليدية قد تعطي وللوهلة الاولى انطبعا بعدم امكانية حمايو بنك المعلومات بفكرة حق المؤلف لكن سنرى انه من الممكن الاستفادة منها لاعمال الحماية من خلال بيان المقصود بالمصنف وكيف يمكن ادخال آلية عمل البنك ضمن هذا المفهوم كي يكون جديرا بالحماية ومدى استجابة نتائج البنك لشروط الحماية المدنية التي سنبينها في المطلب الاول وسنخصص المطلب الثاني لبيان الحماية الجنائية لحق البنك باعتباره مؤلفا.

: مدى امكانية الاستفادة من الحماية المدنية لحق المؤلف

لحماية بنوك المعلومات:

لابد لتوافر الحماية القانونية من وجود مصنف مبتكر كما ذكرنا الامر الذي يستلزم بيان المقصود به والمقصود بالمصنف كل نتاج فكري او ذهني ايا كان مظهر التعبير عن افكار المؤلف ولا تنصب على الفكرة ذاتها^(١). ايا كانت طريقة التعبير عنه في شكل كتابة او رسم او تصوير او خطوط او اللون او حفر او نحت او عمارة او شفاهاً على شكل محاضرات^(٢).

وقد يكون هذا المصنف فرديا او مصنفا مشتركا اذا تعاون على اخراجه واشترك في ابتكاره اكثر من شخص واحد^(٣)، او قد يكون جماعيا عندما يشترك شخصين او اكثر بوضع المصنف بتوجيه واشراف من شخص طبيعي او معنوي بحيث يوضع المصنف لحسابه ويقوم بنشره على نفقته وباسمه وان يكون من المتعذر فصل نصيب كل المشتركين في العمل وتمييزه على حدة^(٤)، كالمعجم، ودائرة المعارف، والموسوعات، اما بالنسبة للابتكارات في المصنف فيقصد به ان يكون للمؤلف دور يبرز شخصيته سواء من حيث تنظيمه وترتيبه ام من حيث الاسلوب في عرض الافكار^(٥).

اذ يكفي ان يضيف المؤلف على الفكرة طابعا جديدا يميزها عما كانت عليه من قبل سواء اكان هذا التمييز يتعلق بجوهر الفكرة او بطريقة العرض او التعبير او بمجرد الترتيب او التبويب او الاسلوب^(٦).

لو تأملنا في بنك المعلومات وكيفية انشاء وآلية عمله لوجدنا انه يستجيب لشروط الحماية القانونية لحق المؤلف، فلو اخذنا مثلا الكشف^(١)، الذي يعده بنك المعلومات

(١) انظر في ذلك: نواف كنعان، حق المؤلف في الاتفاقيات الدولية، مجلة عالم الكتب، مج ٢، العدد الرابع، ١٩٨٢، ص ١٧٤.

(٢) ينظر في ذلك: المادة (١)، الفقرة (١) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١.

(٣) حسين كيرة، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٤٨٧.

(٤) انظر في ذلك: عبد الرشيد مأمون، ابحاث في حق المؤلف، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٢٧.

(٥) انظر في ذلك: توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج ١، ١٩٧٨، ص ٥٤١.

(٦) د. سليمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٤٩٣.

ليستعين به عملائه يمكن اعتباره مصنفا جماعيا حيث يتولى عملية الاعداد عدة اشخاص تحت اشراف ورقابة شخص واحد طبيعيا كان ام معنويا الذي يقوم بدوره بنشره تحت ادارته وباسم البنك وتتميز هذه المصنفات الجماعية باندماج اسهامات المشتركين فيه بحيث لايمكن معه تمييز عمل كل منهم عن الاخر. اما بالنسبة لشرط الابتكار فيمكن القول ان الجهد متوفر في عمل البنك من خلال تجميع ماورد من معلومات وتنسيقه وترتيبه واخراجه وهي عملية تتضافر فيها جهود المورد والمبرمج والمعد والمسوق لذا فمن وجهة نظر الباحث لا مناص من اعتبار الكشف مصنفا جماعيا جدير بالحماية فمتى ما حاول شخص وقد يكون العميل هنا استغلال هذا الكشف (المصنف) لمنفعته الخاصة دون موافقة البنك وجنى من ذلك ارباحا مادية فعند ذاك من حق المصرف الاستناد الى امتلاكه حق المؤلف على هذا الكشف والدفع بوجه المعندي استنادا الى هذا الحق.

وجدير بالاشارة هنا انه يمكن القول بقيام المسؤولية العقدية للعميل الى جانب حماية حق البنك بواسطة حق المؤلف ونبين بان خطأ العميل يفترض هنا بمجرد وقوع الاعتداء على الحقوق المقررة للبنك بوصفه مؤلفا للكشف لاخلال المتعاقد معه (العميل) بالتزامه التعاقدى فحق العميل هنا هو حق استعمال وارد على البرنامج الذي يمثل الكشف لايتعدى الى اعطائه الحق في استغلاله له لتحقيق منافع مادية من جراء هذا الاستعمال ولايعطيه الحق كذلك بالتصرف به او الترخيص للغير باستعماله بدون موافقة بنك المعلومات الامر الذي يعطي للبنك الحق بالمطالبة عن التعويض عن الاضرار التي لحقت من جراء هذا الاستخدام غير المشروع الذي يقرره القاضي اخذا بنظر الاعتبار الكسب الذي فات البنك والذي كان من الممكن ان يحصل عليه لولا هذا العمل غير المشروع الذي وقع على حقه الى جانب الخسارة

(١) الكشف وسيلة لاعطاء المعلومات عن الكتب بواسطة بيانات ببلوجرافية والكلمات التي توضح محتوى كل مرجع ورد عنه بيان ببلوجرافي؛ انظر في ذلك: محمد حسام محمود لطفي، بنوك المعلومات وحقوق المؤلف، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٥٢.

المتحققة كي لا يثري الغير على حساب البنك دون سبب الى جانب اعطاءه الحق في فسخ العقد متى ما كان المعتدي هو اتلعمل المتعاقد معه.

: مدى امكانية الاستفادة من الحماية الجنائية لحق المؤلف لحماية بنك المعلومات:

ان الحماية القانونية الممنوحة للمصنف تتمثل في ابتكاريته، فمتى ما قام البنك باعداد برامج مبتكرة فانها تكون محلا للحماية القانونية بغض النظر عن اهميتها او اللغة المدونة بها وسواء كان الهدف منه تشغيل الحاسب الآلي او برامج تطبيقية تهدف الى مهام محددة او كانت لتلبية رغبة العميل^(١).

ولاشك ان صيرورة بنك المعلومات واعتباره مؤلفا لمصنف معين بقيام موظفيه بجهود معينة لاعداد برنامج مبتكر تحت اشراف شخص طبيعي او معنوي يجعل البنك مستظل بظلال الحماية القانونية التي يقرها القانون لحق المؤلف في مواجهة أي اعتداء قد يقع من الغير لاسيما الحماية الجنائية التي تحمي حقوق البنك على هذا البرنامج المبتكر باعتباره مصنفا من التقليد او حتى بيع البرنامج المقلد او تداوله، فالتقليد يتحقق بالاتيان بعمل يمس حقوق البنك على البرنامج بحيث يعتبر مرتكبا لجريمة التقليد كل من اعتدى على حقه في تعديل البرنامج او تنقيحه او ادخال ما يراه مناسبا من الاضافات والحذف كأن يقوم المعتدي بتحويل الغرض الاصلي من استخدام البرنامج بهدف استغلاله لنشاط اخر دون اذن البنك ما لم تكن التغييرات التي قام بها هذا الغير المعتدي من قبيل التحويلات الطفيفة اللازمة للاستعمال العادي والمألوف للبرنامج كتصحيح الاخطاء الواردة فيه او تطويره او تطويره ليكون اكثر مواكبة للتطورات العلمية كما يحرم الاعتداء عند قيام الغير بنسخ البرنامج دون رضى البنك (المؤلف) او نسخ عدد اكثر من العدد المتفق عليه في العقد سواء كان النسخ حرفيا ام بطريق الاقتباس كاملا كان ام جزئيا بل حتى بالتشويه وسواء كان

(١) انظر في ذلك: غازي العودات، الحماية القانونية لبرمجيات الحاسوب في التشريع الاردني، رسالة ماجستير، جامعة الحكمة، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٧٨.

البرنامج كبير القيمة ام لا^(١). كما نص المشرع العراقي على افعال اخرى شأنها شأن جريمة التقليد من حيث الوصف والعقوبة وتتمثل بنوعين:

١. التعامل مع المصنفات المقلدة ومنها البرامج المقلدة سقاء بالبيع او العرض للبيع او الايجار او التداول.

٢. ادخال مصنفات مقلدة ومنها البرامج المقلدة الى البلد او اخراجها منها^(٢).

ومن هنا يتبين لنا حجم الحماية الواسعة التي يسبغها المشرع على البرنامج متى ما عد مصنفًا مبتكرًا جديرًا بالحماية الامر الذي يمكن بنك المعلومات من الاستفادة من هذه الحماية الفعالة بوجه من يعتدي على نشاط البنك او يهدد تداول المعلومات وفق القنوات القانونية.

ولايفوتنا ان نذكر ان البرامج التي يعدها البنك لانجاز اعمال متى مالم ترتقي الى مرتبة المصنف فانها لن تكون جديرة بالحماية الجنائية بواسطة الحماية المقررة لحق المؤلف كما لايمكن تجريم الاعتداء على المعلومات الا بنص اذ لايمكن الركون الى نصوص قانون العقوبات لتجريم الاعتداء على المعلومات والبرامج لانه لايمكن استخدام القياس في اطار الاجتهاد للتجريم لذا تبقى الحماية الجنائية في حدود قانون حق المؤلف وندعوا المشرع الى النص على اعتبار المعلومات اشياء قابلة للسرقة كي تشمل بالحماية الجنائية التي يقرها قانون العقوبات بالنسبة لجريمة السرقة.

: حماية بنوك المعلومات في اطارها العقدي:

من المؤكد ان المسؤولية العقدية التي تتحقق نتيجة الاخلال باحد الالتزامات العقدية تمثل وسيلة فاعلة من وسائل الحماية القانونية لعمل بنوك المعلومات والتي تضي شيئا من الامان والطمأنينة لمالكي البنوك او مؤسسيها ان تلزم المخل بالتزامه

(١) انظر في ذلك: د. علي عبد القادر القهوجي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، بيروت، ١٩٩٩، ص ٣٠.

(٢) انظر في ذلك: المادة (٤٥) الفقرتين الثانية والثالثة من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم

(٣) لسنة ١٩٧١.

التعاقدي بالتعويض عن اخلاله بالعقد الا ان الحماية التي يوفرها العقد او توفرها المسؤولية العقدية تتصف بصفات معينة اهمها:

١. ان هذه الحماية محدودة الاثر في نطاقها اذ انتهت تسري في مواجهة اطراف العقد ولا يكون من الميسر التمسك بها في مواجهة الغير.

٢. ان الحماية التي توفرها المسؤولية العقدية حماية علاجية وليست وقائية أي ان هدفها الاساس جبر الضرر ان وقع لاتوقية، فلا توفر حماية استباقية لبنك المعلومات تجعله ينأى عن الخطر من الاعتداء.

ان هذه الحماية لاحقة وليست سابقة أي انها تعقب حدوث الاخلال بالواجبات التعاقدية ولا تسبقها ولا شك ان تنفيذ العقد يجب ان يكون طبق ما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حين النية كما تؤكد ذلك المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي لذا كان لزاما على اطراف العقد ان يوفوا بالتزاماتهم التعاقدية على اكمل وجه ولسنا هنا في معرض الحديث عن اركان المسؤولية العقدية الواجب توفرها لقيام المسؤولية العقدية والمتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية بل سنقتصر في هذا الجانب على بيان اهم اشكال الاخلال بالالتزامات التعاقدية الامر الذي يثير المسؤولية العقدية واهم هذه الاشكال التي تثار فيها مسؤولية البنك:

١. المسؤولية عن التأخير في تزويد المعلومة من قبل البنك.

٢. المسؤولية عن الاخلال بواجب الاعلام والتأهيل الفني.

٣. المسؤولية عن تقديم معلومات غير مشروعة كأن تكون معلومات مخالفة للنظام العام والآداب العامة او تمثل انتهاكا للحياة الخاصة للأفراد.

٤. المسؤولية عن تقديم معلومات خطرة او خاطئة او معيبة او ناقصة.

٥. المسؤولية عن الاخلال بالسرية بالتعامل مع العملاء.

وكما تثار مسؤولية البنك اذا ما اخل باحد الالتزامات التعاقدية كذلك تثار مسؤولية العميل تجاه البنك اذا ما اخل باحد التزاماته التعاقدية وهذا هو الذي يهمننا في بحثنا ولعل هذا اهم صور او اشكال هذه المسؤولية هي مسؤولية العميل عن الاخلال

بتعليمات البنك وتوجيهاته وكذلك مسؤوليته عن الاخلال بالاستخدام المحدد لمعلومة ومسؤوليته عن اخلاله بالسرية، والذي سنعالجه في المطالب الآتية:

: مسؤولية العميل عن الاخلال بتعليمات البنك فيما يتعلق لية الحصول على المعلومة وتسلمها:

اذ ان على العميل ان يلتزم بالتعليمات والتوجيهات التي يبينها البنك فيما يتعلق بكيفية الحصول على المعلومة، فاذا ما اخل العميل بالتزامه هذا كان للبنك ان يدفع عنه المسؤولية عما قد يصيب العميل من اضرار نتيجة لتفذيده غير الصحيح للالتزامه اذ سيتحمل العميل النتيجة المترتبة على التفذيذ المعيب بل يمكن لبنك المعلومات ان يطلب فسخ العقد بسبب عدم تعاون العميل وتفذيذه للالتزامه بشكل صحيح الامر الذي قد يصيب البنك بالاضرار كما لو طلب البنك من العميل تقديم معلومات وافية وكافية عن المكان او الموقع الذي تنقل له المعلومات فيقوم العميل بتزويد البنك بموقع خاطيء او عدة مواقع الامر الذي يؤدي الى تسريب المعلومات لجهات اخرى ليست طرفا في العقد الامر الذي يلحق ضررا مؤكدا في عمل البنك ونشاطاته.

كما تثار مسؤولية العميل اذا مارفض استلام المعلومات المهيأة من قبل المصرف متى ما كانت مطابقة للمواصفات الامر الذي يجعل امتناعه هذا غير مشروع الامر الذي يثير مسؤوليته العقدية الامر الذي يمكن بنك المعلومات من ان يطلب التفذيذ العيني باجبار العميل على التسلم وذلك بانذاره بوجوب الاستلام في مدة مناسبة يحددها البنك في ورقة الانذار فاذا مارفض العميل ذلك فيمكن ان يسعفنا في ذلك نص المادة (٣٨٧) من القانون المدني في فقرتها الثانية التي تمكن البنك من ايداعها على نفقة العميل ويتخلص البنك عند ذاك من نفقات الايداع وتقع تبعة الهلاك على العميل الذي يمثل فقدان المعلومة لقيمتها وفوات الفائدة المرجوة منها. ولاشك ان عملية الايداع هذه امر قد يتناسب مع طبيعة المعلومات واهميتها اذ ان اهمية المعلومات وقيمتها يرجع الى توافرها في الوقت الزمني المحدد الامر الذي قد

يضيع ويفقد هذه المعلومات قيمتها بالايذاء لذا يفضل ان يلجأ البنك الى طلب الفسخ والتعويض عن الاضرار التي لحقت من جراء ذلك^(١).

: المسؤولية عن الاخلال بالاستخدام المحدد او الحصري

:

اذ كما بينا سابقا يلتزم العميل بالاستخدام المحدد والمتفق عليه في العقد فاذا ما اخل بهذا الالتزام كأن يكون قد استخدم المعلومات لاغراض تجارية او شخصية تخالف بنود العقد ونصوصه عند ذلك تثار مسؤوليته العقدية عن الاضرار التي تلحق البنك من هذا الاستعمال غير المشروع لتلك المعلومة ولبنك المعلومات ان يطالب بالتعويض عن الاضرار التي لحقت من جراء فسخ العقد الى جانب التعويض الذي يراعى فيه ما لحق البنك من خسارة وما فاتته من كسبه من جراء هذا الاستعمال غير المشروع وفقا لما يبينه القانون^(٢)، ويتحقق ذلك كأن يقوم العميل بتسريب المعلومات الى اشخاص اخرين او ان يقوم هو بانشاء بنك معلومات خاص به مستنزفا بذلك معلومات البنك الاصلي كما بينا سابقا.

: المسؤولية عن الاخلال بسرية المعلومات:

لقد سبق القول بان يلتزم العميل وتابعوه باتخاذ كافة مايلزم من احتياطات تستوجبها عملية الحفاظ على سرية المعلومات محل التعاقد ولاشك ان هذا الالتزام الى جانب كونه التزام تعاقدى فهو ايضا التزام يستلزمه توافر حسن النية في تنفيذ العقود^(٣). فاذا ما اخل المتعاقد بهذا الالتزام كأن يكون قد افشى طريقة الدخول الى الدخول الى البنك او آلية الحصول على المعلومة او لم يتخذ الاجراءات اللازمة لمنع حصول الغير على هذه المعلومة فهنا تثار مسؤوليته العقدية وتخفف عنه المسؤولية متى مابادر الى القيام باعلام البنك عن حصول هذا الخرق بصورة غير عمدية الامر

(١) انظر في ذلك: الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي.

(٢) انظر في ذلك: المادة (١٦٩)، من القانون المدني العراقي.

(٣) انظر المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

الذي يؤشر حسن النية في تصرفه لكن هذا لايعفيه من المسؤولية المتحققة من اهماله وعدم اخذه الاحتياطات اللازمة لمنع تسريبها.

غير ان هذا الالتزام من وجهة نظر الباحث لايقف عند حدود المتعاقد (العميل) فقط بل يمتد ليشمل العاملين التابعين للبنك وموظفيه اذ ان البنك يحتوي على الكثير من المعلومات والاسرار المهنية والشخصية وينطوي على كم كبير من المعلومات والبرامج التي انفق بنك المعلومات اموالا طائلة في سبيل اعدادها وصيرورتها بالشكل الذي اصبحت عليه الامر الذي يكون فيه لزاما على موظفي البنك الالتزام بسرية تلك المعلومات والبرامجيات وعدم افشاءها الى الغير او المنافس والحفاظ على سريتها وتكون مسؤوليتهم عقدية اساسها عقد العمل المبرم لاعقد التزويد بالمعلومات الى جانب امكانية تحقق المسؤولية الجنائية^(١).

كما لايقف هذا الالتزام من وجهة نظرنا عند حدود مدة عقد العمل المبرم بل يبق موظفو البنك ملتزمين بالحفاظ على سرية المعلومات التي حصلوا عليها حتى لو انتهى عقد العمل.

_____:

من كل ماتقدم تظهر لنا اهمية بنوك المعلومات والدور الفاعل الذي يمكن ان تنهض به في تعزيز عملية التطور التكنولوجي باعتبارها واحدة من اهم قنوات نقل التكنولوجيا على الرغم مما نعانيه من تأخر ان لم نقل تخلف في ميدان المعلوماتية الا ان ذلك لايجب ان يكون عائقاً امام استشراف المستقبل الذي يمكن ان يكون افضل من حاضرننا المؤلم اذ ان بلدنا يزخر بالطاقات المبدعة على الرغم من ظاهرة هجرة الكفاءات العراقية بسبب الظروف التي يمر بها البلد الا ان ذلك ايضا يشكل حافزا يدفعنا الى مزيد من العطاء في كل جوانب الحياة ولاشك ان الاخذ باسباب التقدم يحتاج الى خوض غمار المجالات العلمية كافة وحتى الغامضة منها كي نلحق بركب العالم المتقدم في حياة تتسارع فيها الخطى نحو التطور والرفاهية وهذا لن

(١) انظر في ذلك: المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

يتحقق مالم نكن بمستوى المسؤولية ولقد حاولنا من خلال هذا البحث عرض جانب مهم من جوانب الحياة المتقدمة وهدفنا من ذلك هو وضع اطار عام ينظم عمل تلك المؤسسات المعرفية العملاقة التي نأمل ان نشهد ظهور تجارب فعلية لعملها في المستقبل القريب من خلال وضع نظام قانوني لعمل يتضمن مستلزماتها القانونية والآلية القانونية لعملها ووسائل حمايتها ونرى في ذلك ضرورة الاسراع في تشريع قانون ينظم عمل الجانب المعلوماتي المهم المتمثل ببنوك المعلومات.

وكما رأينا فان بنوك المعلومات تمثل مؤسسات معرفية على شكل حواسيب ذات ساعات تخزينية عالية يتم فيها معالجة المعلومات وتهيئتها كي تكون جاهزة للتعامل وتقديمها للعملاء وتقدم هذه البنوك خدمات كبيرة لاسيما في الجانب القانوني كما بينا.

وتستلزم هذه البنوك مستلزمات فنية الى جانب المستلزمات القانونية المتمثلة بآلية قانونية تنظم عمل البنوك مع العملاء وتحدد التزامات كل من البنك والعميل الى جانب نظام حماية فعال ومؤثر.

والذي نعاني منه هو وجود فراغ تشريعي كبير اذ لا يوجد لدينا نصوص قانونية يمكن الركون اليها لتنظيم هذا الجانب المهم لذا حاولنا بيان مدى امكانية توظيف القواعد القانونية التقليدية لحماية عمل بنوك المعلومات ونقترح في هذا المجال وضع تشريع قانوني متكامل يعنى بهذا النوع من المؤسسات المعرفية المهمة على ان يتضمن:

١. تعريف واضح ومحدد للمعلومة القابلة للتعامل فيها وبيان خصائصها والحدود القانونية لها.

٢. وضع اطار قانوني لعقود المعلوماتية لاسيما عقد تزويد المعلومات بين البنك الى العميل.

٣. وضع نظام قانوني لعمل بنوك المعلومات وفصل القواعد المنظمة لعمل البنوك التابعة للدولة عن البنوك الخاصة.

٤. تحديد القواعد القانونية التي تحكم تنازع القوانين حول المعلومات المتدفقة عبر الحدود بشكل يقطع الطريق على النزاعات المستقبلية.
٥. الاخذ بالوسائل القانونية المطروحة لحماية عمل بنوك المعلومات عن طريق تطويع قواعد المنافسة المشروعة وغير المشروعة والمنافسة الطفيلية والاستفادة من الحماية المقررة لحق المؤلف والالتزام القانوني بالسرية والحماية في اطارها العقدي لحماية بنوك المعلومات.

:

: المصادر العربية:

:

(

١. احمد محمود سعد، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٩٥.
٢. د. ايمن العشماوي، المسؤولية المدنية عن المعلومات، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
٣. د. باسم محمد صالح؛ د. عدنان ولي العزاوي، القانون التجاري والشركات التجارية، الموصل، ١٩٨٩.
٤. د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ج١، ١٩٧٨.
٥. د. حسن البراوي، عقد تقديم المشورة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
٦. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، القاهرة، ١٩٦٤.
٧. د. سعد محمد الهجرسي، المكتبات وبنوك المعلومات في مجمع الخالدين، البيت العربي للمعلومات، القاهرة، ١٩٨٥.

٨. د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٦٧.
 ٩. د. عامر قنديلجي، بنوك المعلومات الآلية، بغداد، دار واسط، ١٩٨٥.
 ١٠. عبد الرشيد مأمون، ابحاث في حق المؤلف، القاهرة، ١٩٨٦.
 ١١. د. علي عبد القادر قهوجي، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي، بيروت، ١٩٩٩.
 ١٢. د. فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
 ١٣. د. فتحي زيتون، عوامل نجاح الخدمة الاستشارية، ١٩٧٨.
 ١٤. د. محمد ابراهيم دسوقي، الاجراءات الادارية للمفاوضات العقدية، جدة، ١٩٩٥.
 ١٥. محمد حسام محمود لطفي، بنوك المعلومات وحقوق المؤلف، القاهرة، ١٩٩٩.
 ١٦. د. محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، القاهرة، ١٩٩٤.
 ١٧. د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، ٢٠٠٤.
 ١٨. د. محمد لبيب شنب، عقد المقولة، القاهرة، ١٩٦٢.
 ١٩. د. محمد فتحي عبد الهادي؛ الاستاذ محمد ابراهيم؛ الاستاذ ابو السعود ابراهيم، مراكز المعلومات الصحفية، دار المريخ للنشر، الرياض، ١٩٨٦.
 ٢٠. مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
 ٢١. د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، ط١، عمان، دار الثقافة، ٢٠٠١.
- (_____) :

١. د. مشعان عبد العزيز خليفة، شبكة المعلومات، دراسة في الحاجة والهدف والاداء، مجلة المكتبات والمعلومات العربية، دار المريخ للنشر، السعودية، السنة الرابعة، العدد الثاني، نيسان ١٩٨٤.

٢. نواف كنعان، حق المؤلف في الاتفاقيات الدولية، مجلة عالم الكتب، المجلد الثاني، العدد الرابع، ١٩٨٢.

(مواقع الانترنت:

١. الشبكة القانونية الموحدة لدول مجلس التعاون الخليجي العربي، مقالة منشورة على شبكة الانترنت على موقع وزارة العدل.

٢. الخصوصية ومعالجة البيانات، مقالة، منشورة على شبكة الانترنت.

٣. اهم البرامج الممكن استخدامها قاعدة معلومات قانونية عرفية، مقالة منشورة على موقع unpd.

(الرسائل الجامعية:

١. إياد البطاينة، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد . كلية القانون، ٢٠٠٢.

٢. بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد على الانترنت، اطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة . كلية الحقوق، ٢٠٠٣.

٣. غازي العودات، الحماية القانونية لبرمجيات الحاسوب في التشريع الاردني، رسالة ماجستير، جامعة الحكمة، بيروت، ٢٠٠٠.

٤. حسن فضالة موسى التميمي، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق . جامعة النهريين، ٢٠٠٦.

* القوانين:

١. الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥.

٢. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٣. قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١.

٤. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
٥. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
٦. قانون التجارة الملغى (١٤٩) لسنة ١٩٧٠.
٧. قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

ثانياً: المصادر الاجنبية:

1. Marie. Gacile, *Typologic des Relations enter Debangues* vol 22, No. 2 Mars 1985.

النظام القانوني للطعون الانتخابية للمجالس البرلمانية (دراسة مقارنة)

د. علي احمد حسن اللهيبي

كلية القانون - الجامعة المسنصرية

_____:

ان فسخ المجال امام المرشحين والناخبين للطعن بصحة الانتخابات يشكل ضماناً مهمة لكفالة التمثيل الحقيقي للارادة الشعبية، فعن طريق التحقيق في الطعن المقدم يكشف ما شاب عملية الانتخاب من اخطاء وعيوب ادت الى فوز المرشح غير المستحق لعضوية البرلمان، ومن ثم استدراك هذه الاخطاء والعيوب بابطال عضوية ذلم المرشح وعلان فوز من يستحق الفوز من المرشحين او اعادة الانتخاب بحسب مايقتضيه قانون البلد الانتخابي.

والطعن بالانتخابات ومسألة البت في هذا الطعن نحكمهما ضوابط قانونية كانت محل دراستنا في هذا البحث الذي وزعناه على مبحثين، الاول خصصناه لدراسة التعريف بالطعون الانتخابية وتضمن مطلبين، الاول تناولنا فيه تعريف الطعون الانتخابية، والآخر افردناه لبحث الجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية. اما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة الاحكام القانونية للطعون اتلانتخابية الذي تضمن، ايضا مطلبين، الاول بحثنا فيه الشروط الشكلية لقبول الطعن الانتخابي، والآخر تناولنا فيه دراسة الاثار القانونية المترتبة على تقديم الطعن الانتخابي.

Abstract:

Giving space for nominators and electors to deny the credibility of elections from an important guarantee of real representation for people will, because through achieving denying presented discover what happened to operation of elections from faults and mistakes led to winning of the nominator not deserved in membership of parliament, then realizing these faults and defects in canceling membership of this nominator and declaring winning of whom deserved winning from nominators or return election according to what required law of country of election.

And denying election and refusing this denial by legal discipline was place of our study in this research which we distributed on two topics the first specialized to study identification of denial of elections and insures two requests the first we handled in it identification of denial in elections, and other we made it to search specialized side in sight of denial of election, while second topic we specialized it to study legal rules for election denial which insure also two requests, the first we search in it the legal conditions for election denial, and other we handle in it study of legal influences that resulted from presenting election denial.

_____:

من المعلوم ان عملية انتخاب اعضاء البرلمان تتألف من مجموعة من الاجراءات تبدأ بدعوة الناخبين مروراً بتسجيل المرشحين و اعلان جداول الناخبين وانتهاء باعلان فوز المرشحين لعضوية البرلمان.

وتحرص التشريعات الانتخابية . بهدف ضمان التمثيل الحقيقي للعضو المنتخب لارادة الناخبين . على كفالة حق الطعن في هذه الاجراءات سواء اكانت سابقة على عملية الانتخاب ام لاحقة، مع تنظيم هذا الحق بالشكل الذي يضمن تحقيق الغاية منه.

اهمية البحث:

يكتسب البحث في النظام القانوني للطعون الانتخابية أهمية خاصة في العراق في الوقت الحاضر، لاسيما بعد التغييرات السياسية التي شهدتها بعد أحداث التاسع من نيسان لعام ٢٠٠٣ واعتماد النظام السياسي فيه مبدأ التعددية الحزبية، وهذا يعني ازدياد المنافسة بين الأحزاب للحصول على أكثر عدد من مقاعد البرلمان مما قد يدفعها إلى الالتفاف على القواعد القانونية المنظمة لعملية انتخاب البرلمان.

ولمواجهة هذه الخروقات يستدعي الأمر توفير الضمانات المختلفة التي تكفل نزاهة الانتخاب وعدالته، ومنها فتح باب الطعن بالاجراءات الانتخابية امام المرشحين والناخبين وذلك بهدف استدراك اية مخالفة تكون قد شابت عملية اختيار ممثلي الشعب في البرلمان هذا من جهة. ومن جهة اخرى فاننا لم نجد اية دراسة متخصصة تناولت هذا الموضوع في العراق مما شجعنا على البحث فيه.

هدف البحث:

ونستطيع تبين هدف البحث من خلال النقاط الآتية:

١. دراسة القواعد الخاصة بالطعن بانتخاب اعضاء البرلمان في القانون العراقي والمقارن.

٢. دراسة الآثار القانونية المترتبة على الطعن بصحة اجراء انتخابي.

٣. تقييم فاعلية النظام القانوني للطعون الانتخابية في العراق في تحقيق الغاية منه.

:

ستتوزع دراستنا هذه على مبحثين، الاول سنتناول فيه التعريف بالطعون الانتخابية، وسيضم مطلبين، سنبحث في الاول تعريف الطعون الانتخابية، والاخر سندرس فيه الجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية. اما المبحث الثاني فسنبحث فيه الاحكام القانونية للطعون الانتخابية، وسيتألف من مطلبين ايضا، سنتناول في الاول الشروط الشكلية لقبول الطعن الانتخابي، والاخر سنبحث فيه الآثار القانونية المترتبة على

تقديم الطعن الانتخابي. وسنضمن بحثنا بخاتمة نبين فيها استنتاجاتنا ومقترحاتنا بخصوص الموضوع.

التعريف بالطعون الانتخابية

سنقسم هذا المبحث على مطلبين، الاول سنبحث فيه تعريف الطعون الانتخابية، والآخر سندرس فيه الجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية.

: تعريف الطعون الانتخابية:

المقصود بالطعون الانتخابية: يتجه الفقه المصري الى تقديم مدولين للطعون الانتخابية احدهما واسع والآخر ضيق. فالمفهوم الواسع للطعون الانتخابية يشتمل على كل ما له صلة بالعملية الانتخابية، أي بمعنى آخر يشتمل الطعن بأي إجراء انتخابي سابق كان لعملية الانتخاب او لاحق مثل الطعن بقرار دعوة الناخبين او الطعن بصحة جداول الناخبين او الطعن في عملية التصويت وفرز الاصوات. اما المفهوم الضيق للطعون الانتخابية فيشير فقط الى الطعن بالعملية الانتخابية بمدلولها الفني التي تقتصر على عملية الادلاء بالاصوات في العملية الانتخابية، ثم فرزها، وعلان نتائجها^(١).

نطاق الطعون الانتخابية: لقد ذكرنا فيما سلف ان الفقه يقدم مدولين للطعون الانتخابية، مدلول ضيق ومدلول واسع، ومرد هذا التصنيف يرجع على ما يبدو الى الوضع السائد في فرنسا، ذلك ان المادة (٥٩) من دستور الجمهورية الخامسة (دستور ١٩٥٨) اسندت الى المجلس الدستوري اختصاص النظر في صحة العضوية في البرلمان اذ نصت على ان: (بيت المجلس الدستوري، في حال النزاع، في قانونية انتخاب النواب والشيوخ)، وكذلك عهدت المادة (٤٤) من القانون الاساسي للمجلس الدستوري رقم (١٥٨/١٠٦٧) الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ الى

(١) د. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعيين، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١١٤٦.

المجلس صلاحية التعرض لكل الدفع المتعلقة بصحة العضوية، اذ على الرغم من ان العبارات التي احتوتها المادتان جاءت مطلقة من كل قيد مما تبرر صلاحية واسعة للمجلس تشمل مراقبة عملية الانتخاب بمراحلها كافة، الا ان المجلس رفض هذا التفسير الواسع واقتصر على تفسير ضيق لهذه النصوص يعطي له الحق بنظر المنازعات التي تنصب على انتخاب اعضاء البرلمان، أي بعد اعلان النتائج، اما قبل ذلك فلا يختص به وانما يقع ضمن اختصاص القضاء الاداري^(١).

ولقد ظل المجلس متمسكا بهذا التفسير الضيق حتى عدل عنه لاحقا اثر صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Delmas) الذي جاء في حيثياته: (حيث انه لايملك تقدير صحة الاجراءات الممهدة للعمليات الانتخابية الا المجلس الدستوري الذي هو بموجب المادة (٥٩) من القانون الدستوري الصادر في ١٩٥٨/١٠/٤ قاضي الانتخابات بالنسبة الى نواب الجمعية الوطنية، فان مجلس الدولة ومنذ ذلك الوقت لا يكون مختصا بالفصل في صحة القرار الصادر في ١٩٨١/٥/٢٢ الخاص بدعوة الناخبين لانتخاب نواب الجمعية الوطنية والمحدد لتاريخ اجراء الانتخاب، وكذلك القرار الصادر في اليوم نفسه بدعوة الناخبين في اقليم توفيل كاليديون لانتخابات ممثلية في الجمعية الوطنية)^(٢).

وقد قبل المجلس الفصل في هذه القضية معللا قبوله في حيثيات الحكم بان: (المطاعن المدعى بها انما تتازع في صحة كل الاجراءات الانتخابية، وان هذا الطعن ليس موجها الى دائرة معينة فيكون من الضروري، في سبيل اداء الرسالة التي تمنحه اياه المادة (٥٩) من الدستور، ان يفصل في الطعن قبل الدور الاول للانتخابات)^(٣). ويشير المجلس في هذا الحكم بوضوح الى المعيار الذي اتخذه وهو

(١) هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة: د. محمد وطفة، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١، ص ١٩١-٢٠٠.

(٢) اورد الحكم: د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١٢٦٥.

(٣) اورد الحكم: د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١٢٦٦.

معيار الطابع العام للانتخابات الذي يقوم على التفرقة بين الاجراءات التي تتعلق بعموم الانتخابات، وبين الاجراءات المرتبطة باحدى الدوائر الانتخابية^(١). وقد انعكس هذا على الوضع في مصر ايضا، فالمادة (٩٣) من دستور مصر لسنة ١٩٧١ تنص على ان: (يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية اعضائه، وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة الى المجلس بعد احالتها اليها من رئيسه.....)، اذ يكاد الرأي يستقر على ان الطعن المتعلق بحصة العضوية يتضمن سلامة عملية الاقتراع والتصويت وفرز الاصوات وعلان نتائج الانتخابات (الاجراءات اللاحقة لعملية الانتخاب)، اما الطعون المتعلقة بالاجراءات السابقة على عملية الانتخابات فيظل الاختصاص بنظرها معقودا لمحاكم مجالس الدولة . بوصفه قاضي المنازعات الادارية طبقا لحكم المادتين (٦٨) و (١٧٢) من دستور مصر لسنة ١٩٧١ والمادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ . لان الطعن يرد على قرار صدر عن جهة الادارة تعبر فيه عن ارادتها كسلطة عامة وهي بصدد الاشراف على العملية الانتخابية وتطبيقها احكام القانون المنظم لها^(٢).

ولقد اختلف الفقه والقضاء في مصر حول المعيار الذي يستند اليه في تمييز الطعون المتعلقة بصحة العضوية التي يناط بمجلس الشعب الفصل فيها من الطعون التي تكون منبئة الصلة بصحة العضوية، فقد استندت المحكمة الادارية العليا الى معيار الارادة الشعبية فقضت في حكمها الصادر في القضية رقم (٢٩٩٧/٣٠٦٩)

^(١) لمزيد من التفاصيل حول هذه المعيار يراجع:

Jean Charnay, Le cntrôle de la régularité des elections parlementaires, L.G.D.J, Parise, 1964, p.89.

^(٢) د. زكي محمد النجار؛ د. حسن محمد هند، الفصل في صحة عضوية البرلمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦١.

ومما تجدر الاشارة اليه ان القضاء الاداري المصري يرفض النظر في الطعون المتعلقة بدعوة الناخبين للانتخاب بحجة انتمائها لاعمال السيادة. للاطلاع على هذه الاحكام يراجع: د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١١٥٩ - ١١٦٢.

بتاريخ ٢٥/٥/١٩٨٠ على ان: (الطعن لا يكون متعلقا بصحة العضوية او بابطال الانتخاب الا اذا كان ينصب اساسا على بطلان عملية الانتخاب ذاتها أي ما يتعلق مباشرة بارادة الناخبين والتعبير عنها بحسب ان كل مايتعلق بالارادة الشعبية في عملية الانتخاب يتعين ان يترك الفصل فيه الى المجلس النيابي الممثل لهذه الارادة وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل بين السلطات، اما حينما يتعلق الطعن في قرار صدر عن جهة الادارة في أي مرحلة من مراحل العملية الانتخابية او بعد انتهائها تعبر فيه عن ارادتها كسلطة ادارية.... فان الاختصاص بنظر هذا الطعن في مثل هذه الحالات يظل معقودا لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري). الا ان المحكمة نفسها عادت في حكم اخر لها صدر في ٤/٢/١٩٩٠ لتوسع من معيار الارادة الشعبية بنصها على ان: (الارادة الشعبية تتجسد في عملية قيام الناخبين باختيار ممثليهم في البرلمان والذين ثبت لهم بصفة العضوية وفقا لما قرره المحكمة من تاريخ وساعة انتهاء عملية التصويت، ومن ثم يختص مجلس الشعب بالفصل في كافة الطعون التي تثار بعد انتهاء عملية الادلاء بالاصوات)^(١).

الا ان هذه التفرقة في مفهوم الطعون الانتخابية ليس لها اساس في بريطانيا اذ يختص البرلمان البريطاني بنظر الطعون المتعلقة باجراءات العملية الانتخابية كافة^(٢)، وهو مانستطيع ان نقول لانه الحال نفسه في العراق اذ اسند دستور ٢٠٠٥ في المادة (٥٢) منه لمجلس النواب صلاحية البت في صحة عضوية اعضائه، وفحص العضوية نراه يشمل فحص الوضع القانوني للنائب منذ تقديمه طلب الترشيح الى اعلان نتيجة الانتخاب.

: الجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية:

(١) اشار الى الحكمين: د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق ص ١١٤٧ - ١١٤٨.

(٢) المرجع السابق، ص ١٢٥١.

تختلف دساتير الدول وقوانين الانتخاب فيها في تعيين الجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية للمجالس البرلمانية، ونستطيع ان نرجعها في ذلك الى خمسة اتجاهات رئيسية هي:

الاتجاه الاول: البرلمان هو المختص بنظر الطعون الانتخابية: يقوم هذا الاتجاه على اسناد مهمة النظر في الطعون الانتخابية للبرلمان نفسه (السلطة التشريعية)، اذ يتم تقديم الطعن الى البرلمان بعد انتخابه ليتولى بنفسه التحقيق في صحة ما ورد في الطعن الانتخابي والبت فيه^(١).

ومن الدول التي تتبنى هذا الاتجاه الولايات المتحدة الامريكية^(٢)، وايطاليا^(٣)، وبنغلاديش^(٤)، والكويت^(٥)، والاردن^(٦)، فضلا عن تنبيه من الدجساتير الفرنسية السابقة للدستور النافذ حاليا (دستور ١٩٥٨)^(٧)، وكذلك تنبيه من المشرع العراقي في ظل القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥، ودستور ١٩٧٠^(٨).

ويبرر جانب من الفقه منح البرلمان صلاحية التثبت من صحة انتخاب اعضائه بدعوى الحرص على استقلال البرلمان بشؤونه الداخلية، والخشية من اعطاء هذا الاختصاص الى جهة حكومية او الى جهة قضائية قد لا تتمتع ازاء السلطة التنفيذية باستقلال حقيقي كامل، سواء من الناحية النظرية ام من الناحية الفعلية^(٩).

(١) نصرت منلا حيدر، الفصل في صحة طعون انتخابات اعضاء السلطة التشريعية، مجلة المحامون السورية، ع ١٤، س ١٩٧٨، ٤٣، ص ١.

(٢) المادة (١) من الدستور الامريكي الصاتدر عام ١٧٧٨.

(٣) نصرت منلا حيدر، المرجع السابق، ص ٢.

(٤) *Article (76), the committee system, Bangladesh Parliament Legislative Information center, %20Center%20(LIC).htm*
<file://Legislative>

(٥) المادة (٤١) من قانون الانتخابات لدولة الكويت لسنة ١٩٦٢.

(٦) المادة (٥٩) من قانون الانتخاب لمجلس النواب لسنة ١٩٨٦ المعدل.

(٧) د. عبد الفتاح حسن، مباديء النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٢٦.

(٨) المادة (٤٣) من القانون الاساسي الملغى، والمادة (٧٧) من قانون المجلس الوطني الملغى رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥.

(٩) المرجع السابق، ص ٢٢٦.

الا ان المسلك . القائم على اسناد البرلمان صلاحية الفصل في الطعون الانتخابية .
لاقى انتقادات من جانب اخر من الفقه فقد قيل انه لا يحقق الحيادة بالنظر الى
ماتخضع اليه المجالس النيابية في كثير من الاحيان للهوى والاعتبارات السياسية
والحزبية^(١)، وكذلك امكانية افتقاد اعضاء البرلمان للدراية القانونية التي تمكنهم من
البت في الطعن لان الفصل في صحة العضوية هو في حقيقته موضوع قانوني، اذ
يتوقف الفصل فيها على تبيان مدى احترام احكام الدستور والقانون بشأن شروط
العضوية ومدى توافرها في العضو^(٢). فضلا عن ان جعل البرلمان وحده المختص
بالفصل في صحة عضوية اعضاءه يشكل خطورة بالنسبة الى المرشح الذي يستبعد
من الترشيح على سبيل الخطأ، اذ سوف لا يكون لديه أي طريق للطعن في قرار
استبعاده من الترشيح^(٣).

الاتجاه الثاني: القضاء هو المختص بنظر الطعون: تنيط الدول التي تتبنى هذا
الاتجاه مهمة النظر في الطعون الانتخابية بالقضاء مثل: انكلترا^(٤)، واليابان^(٥)،
واليونان^(٦)، ويتجه اغلب الفقه الى تفضيل القضاء في نظر الطعون الانتخابية لما

(١) د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف في الاسكندرية،
٢٠٠٥، ص ٢٥٠.

(٢) د. عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف في الاسكندرية،
بلا سنة طبع، ص ٥٨٤.

(٣) د. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص
٤٦٩.

(٤) د. صبري محمد السنوسي، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود
اختصاص مجلس الشعب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٩.

(٥) نصرت منلا حيدر، المرجع السابق، ص ٢.

(٦) المرجع السابق، ص ٢.

ينفرد قانون الانتخابات اليمني رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١ بتوزيع اختصاص النظر في الطعون
الانتخابية بين القضاة والبرلمان اذ طبقا للمادة (١١١) منه تختص المحكمة العليا بنظر الطعون
في عملية الاقتراع والفرز للانتخابات البرلمانية، بينما يختص البرلمان طبقا للمادة (١١٥)
بالفصل في الطعون الاخرى المتعلقة بصحة العضوية في مجلس النواب بعد التحقيق فيها من
جانب المحكمة العليا.

يتسم به من حيده ونزاهة وعدم التأثر بالاعتبارات والمؤثرات السياسية والحزبية^(١)، فضلا عن تكوينه القانوني الخالص الذي يمكنه من انزال حكم القانون على ما يثار امامه من منازعات تتعلق بصحة العضوية والحكم ببطلانها حل تحققه من وجود ما يبرر قانونا القضاء بهذا البطلان^(٢)، ولا خوف من تعارض تقرير اختصاص القضاء بالفصل في صحة الطعون ومبدأ الفصل بين السلطات ذلك ان مهمة القضاء الاصلية هي الفصل في المنازعات^(٣).

الا انه مع ذلك يثير الفقه الفرنسي تحفظين على اختصاص القضاء بنظر الطعون الانتخابية الا وهما بدء اجراءات التقاضي، والخشية من الطبيعة المحافظة لرجال القضاء التي قد تدفعهم الى مناصرة احزاب اليمين على حساب احزاب اليسار^(٤).

الاتجاه الثالث: التوفيق بين اختصاص القضاء واختصاص البرلمان في نظر الطعون الانتخابية: سلكت دساتير بعض الدول طريقا وسطا بين الاتجاهين سأل في الذكر، وذلك من خلال اناطة مهمة التحقيق في الطعون الانتخابية بالقضاء، وجعل سلطة البت بهذه الطعون مهمة البرلمان^(٥)، ومن هذه الدساتير الدستور المصري لسنة ١٩٧١^(٦)، والدستور السوري لسنة ١٩٧٣^(٧).

والملاحظ على دور القضاء هنا انه دور ثانوي اذ يقف عند حد القيام بالتحقيق في الطعن وتقديم تقرير عنه الى البرلمان ومن دون ان يكون لهذا التقرير قوة

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٧٠٩.

(٢) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

(٣) د. ابراهيم عبد العزيز شياح، المرجع السابق، ص ٥٨٢.

(٤) Maurice Duverger, *Institution Politiques et Droit Constitutionnel*, 1960, p.99.

(٥) د. ابراهيم عبد العزيز شياح، المرجع السابق، ص ٥٨٥.

(٦) المادة (٩٣) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١.

(٧) المادة (١٤٤) من الدستور السوري لسنة ١٩٧٣.

ملزمة بالنسبة الى البرلمان، اذ يبقى البرلمان يحتفظ بسلطة الفصل النهائي في صحة العضوية او بطلانها^(١).

تقد لاقى موقف المشرع الدستوري المصري انتقادا حادا من الفقه المصري بدعوى ان اعطاء سلطة الفصل النهائي في صحة العضوية سيؤدي الى اعتبار التحقيق فيها من القضاء مسألة شكلية او ظاهرية طالما كان بإمكان البرلمان (مجلس الشعب) ان يعلي المؤثرات الحزبية والاعتبارات السياسية على حكم القانون^(٢). لذلك يدعو معظم الفقه المصري الى ضرورة اعطاء القضاء وحدة سلطة البت النهائي في صحة العضوية لاعتبارات الحيطة والنزاهة والبعد عن الاعتبارات السياسية^(٣). والنأي والنأي بالمجلس عن شبهة التحيز للاعضاء التابعين لحزب الحكومة او الاضرار بالاعضاء المستقلين او التابعينت لاحزاب المعارضة^(٤).

ويفضل الفقه في هذا اسناد الاختصاص بالفصل في صحة العضوية الى المحكمة الدستورية العليا بالنظر الى ما يتمتع حكمها الصادر في هذا الخصوص بما تتمتع به الاحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية من صفة الالزام بالنسبة الى كافة سلطات عامة وافراد^(٥).

هذا وافصحت محكمة استئناف القاهرة عن هذه الرغبة في احد احكامها بقولها: (ان المحكمة وهي جزء من القضاء ضمير الامة تطالب المسؤولين بان يعملوا على جعل الاختصاص بالفصل في الطعون الانتخابية معقودا لمحكمة النقض قمة السلطة القضائية، وليس قاصرا على تحقيقها وابداء الرأي فقط كما هو معمول به حاليا، ذلك ان اسناد هذه المهمة الى جهة قضائية عليا يوفر ضمانات الحيطة والكفاية القانونية

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٧١٢.

(٢) د. سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٢٠٦.

(٣) د. محمود مصطفى عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الكتاب الاول، ط٢، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٣٥٣.

(٤) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

(٥) المرجع السابق، ص ٢٥٢.

والعدالة، ولو انه سيلقي بعبء اضافي على عاتق القضاء الحالي، الا ان كل مشقة وجهد مضن يهون في سبيل المصلحة العامة^(١).

الاتجاه الرابع: البرلمان هو المختص بنظر الطعون الانتخابية مع امكانية الطعن بالقرار الصادر منه امام القضاء: وهذا النهج تبناه الدستور السوري لسنة ١٩٥٣ الملغى^(٢)، ودستور الغابون لسنة ١٩٦١^(٣)، وكذلك تبناه الدستور العراقي الجديد لسنة ٢٠٠٥ الذي تنص المادة (٥٢) منه على ان: (اولاً: يبت مجلس النواب في صحة عضوية اعضائه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض، باغلبية ثلثي اعضائه. ثانياً: يجوز الطعن في قرار المجلس امام المحكمة الاتحادية العليا، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره)^(٤).

ومن جانبنا نرى ان هذا الاسلوب سيؤدي الى اطالة امد البت بالطعون الانتخابية حتى مع تحديد سقف زمني للفصل فيها لان تجاوز هذا السقف . على ما سنرى لاحقاً . لايثير مسؤولية البرلمان او يؤثر في القرار الصادر في الطعن الانتخابي لذا نرى من الانسب ان تستند الى القضاء ابتداء مهمة الفصل في الطعون الانتخابية للاعتبارات التي اوردها سابقاً.

الاتجاه الخامس: اسناد الفصل في الطعون الانتخابية الى جهى غير قضائية: تتجه عدد من الدول الى اناطة الفصل في الطعون الانتخابية بجهة غير قضائية

(١) اورده المرجع السابق، ص ٢٥٢.

(٢) نصرت منلا حيدر، المرجع السابق، ص ٣.

(٣) المرجع السابق، ص ٣.

(٤) بعد التغيير السياسي الذي شهده العراق بعد التاسع من نيسان عام ٢٠٠٣ اسند امر سلطة الائتلاف المؤقتة المرقم (٩٢) والصادر في ٢٠٠٤/٥/٣١ مهمة النظر بالشكاوى والمنازعات الانتخابية الى مفوضية الانتخابات المستقلة طبقاً للفقرة (٣) من القسم الثالث منه، وهذه المفوضية هي في الوقت نفسه مسؤولة عن ادارة عملية الانتخاب طبقاً للفقرة (٢) من الامر. ولانغالي بالقول ان هذا النهج في تعيين الجهة المختصة كان سيء لانه ادى الى جمع صفة الخصم والحكم في جهة واحدة، وهي مفوضية الانتخابات المستقلة، لذا كان الاخرى بامر سلطة الائتلاف ان يسند مهمة النظر بالشكاوى والمنازعات الانتخابية الى محكمة التمييز وقتها لما تتمتع به من حييدة.

(سياسية)^(١)، ومن هذه الدول: فرنسا^(٢)، والجزائر^(٣)، والمغرب^(٤)، وموريتانيا^(٥)، اذ اسندت هذه الدول صلاحية الفصل في الطعون الانتخابية الى المجلس الدستوري^(٦)، الذي يعد هيئة غير متخصصة، لانه في الاصل يباشر الرقابة على دستورية القوانين فضلا عن اختصاصات اخرى هي في فرنسا على سبيل المثال الاشراف على صحة اجراءات انتخاب رئيس الجمهورية، وعلان النتائج، والاشراف على صحة عمليات الاستفتاء وعلان نتائجه^(٧).

: الاحكام القانونية للطعون الانتخابية:

- (١) نصرت منلا حيدر، المرجع السابق، ص ٢.
- (٢) المادة (٥٦) من دستور عام ١٩٥٨.
- (٣) المادة (٢٢) من مرسوم تنظيم انتخاب اعضاء مجلس الامة رقم (٩٧/٤١٠) الصادر في ١٩٩٧/١١/٩.
- (٤) () من القانون التنظيمي للمجلس الدستوري الصادر بالظهير الشريف رقم () - - .
- (٥) المادة (٨٤) من الدستور الموريتاني لسنة ١٩٩١.
- (٦) اختلف الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري (*Le Conseil Ninstitutionnel*) فذهب غالبية الفقه الى ان المجلس الدستوري يعد هيئة سياسية بالنسبة الى طبيعة اختيار اعضائه، وايضا بالنسبة الى المهام التي يقوم بها ذات الطبيعة السياسية فضلا عن الاجراءات التي يمارسها اعضائه اذ تختلف عن الاجراءات القضائية، فليس لاصحاب الشأن الحضور امامه، ويتولى اعضاءه سلطة التحقيق والحكم.
- ويصف اخرون المجلس بانه قضاء سياسي فهو يمارس وظيفة قضائية في مجال سياسي ولاهداف سياسية، في حين يتجه جانب اخر من الفقه الى الاقرار للمجلس بالطبيعة القضائية وينفي عنه الطبيعة السياسية لانعدام المسؤولية السياسية، ولعدم اشتراكه في التشريع، فضلا عن ان اعضائه يتصرفون مثل القضاة وينزلون حكم القانون على المسائل المعروضة امامهم.
- د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١٢٦١.
- (٧) د. احسان المفرجي واخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٠، ص ١٧٣.
- يشكل المجلس الدستوري في فرنسا من تسعة اعضاء، ولمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ويتجدد ثلث اعضائه كل ثلاث سنوات، ويعين كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ثلاثة اعضاء.
- وزيادة على الاعضاء السابقين يعد رؤساء الجمهورية السابقون اعضاء في المجلس بحكم القانون مدى الحياة، ويتولى رئيس الجمهورية اختيار رئيس المجلس من بين اعضائه، ويكون صوته مرجحا في حال تعادل الاصوات في مسألة معينة.
- د. ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٣٩.

سنوزع هذا المبحث على مطلبين الاول سندرس فيه الشروط الشكلية لقبول الطعن الانتخابي، والاخر سنخصصه لمبحث الاثار القانونية المترتبة على تقديم الطعن الانتخابي.

: الشروط الشكلية لقبول الطعن الانتخابي:

يشترط لقبول نظر الطعن الانتخابي توافر جملة من الشروط الشكلية نتولى دراستها على النحو الاتي:

١. **صفة الطاعن:** طبقا للمادة (٣٣) من القانون الاساسي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ ينبغي ان يكون الطاعن ناخبا في الدائرة الانتخابية محل النزاع او مرشحا في الانتخابات، وذلك بهدف ان يكون للطاعن مصلحة في تقديم طعنه بصحة عضوية نائب برلماني، بينما لم ينص المشروع الفرنسي على حق الجمعيات او الاحزاب في ممارسة حق الطعن^(١).

وفي بريطانيا يشترط في الطاعن ان يكون مقيدا في الجداول الانتخابية للدائرة المطعون في صحة عضوية نائبها، او ان يكون مرشحا للدائرة ذاتها^(٢).
بينما في مصر لم يحدد القانون اصحاب الحق في تقديم الطعن في صحة الانتخاب، في حين اشترطت محكمة النقض المصرية ان يكون للطاعن مصلحة في طعنه^(٣).

(١) د. صبري محمد السنوسي، المرجع السابق، ص ٤١.

(٢) د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١٢٥١.

(٣) جاء في حكم محكمة النقض المصرية الصادر في الطعن الانتخابي رقم (٦٠٣) لسنة ١٩٩٥ ما يأتي (وان كانت المادة (٩٣) من الدستور والمادة (٢) من القانون رقم (٨٣) لسنة ١٩٧٢ قد نصت على حق الطعن بابطال انتخابات مجلس الشعب الا ان احكام الدستور وقانون مجلس الشعب سالف البيان لم يبينوا من له حق الطعن بما يتحتم معه الرجوع الى القواعد العامة في شأن تحديد الشروط اللازمة لاقامة الدعوى والطعون، والتي تستلزم ان يكون لرافع الدعوى او الطعن مصلحة قانونية، وشخصية، ومباشرة في اقامة الدعوى او الطعن والا كانت غير قانونية...)، اشار الى الحكم: د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١٢٨١.

اما في العراق فان قانون المجلس الوطني الملغى رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥ اجاز لكل مواطن عراقي الطعن في صحة عضوية أي عضو من اعضاء المجلس الوطني^(١)، بينما لم يحدد دستور ٢٠٠٥ صفة الطاعن، الامر الذي يدفعنا الى الاعتقاد بصحة الطعن المقدم من أي ناخب بشرط ان تكون له مصلحة في طعنه اتساقا مع حكم المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩^(٢).

ومن الجدير بالذكر هنا ان هنالك جانبا من الفقه يقول بقدرة البرلمان . فيما اذا كان اختصاص البت بصحة الانتخابات البرلمانية معقودا اليه . على مراقبة صحة انتخاب اعضائه للتأكد من تمثيلهم السليم للارادة الشعبية سواء قدم طعن اليه ام لم يقدم^(٣).

٢. **مشمات الطعن الانتخابي:** يتعين لقبول الطعن الانتخابي ان يتضمن الامور الاتية:

- ان يكون الطعن الانتخابي مسببا والا تقرر عدم قبوله من الناحية الشكلية^(٤)، وينبغي ذكر اسباب الطعن الانتخابي بشكل واضح ومحدد، ومن ثم لايقبل من الطاعن ان يأتي . في سوجه اسباب الطعن . بعبارات عامة ومبهمة وغير محددة لايتبين منها العيب الذي يعزوه الى العملية الانتخابية مما يؤدي . في حالة نظره . الى اضاءة وقت

(١) المادة (٧٩) من القانون الملغى.

(٢) تنص المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية على ان: (يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة ممكنة ومحقة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك مايدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن...).

(٣) انور الخطيب، الاصول البرلمانية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦١، ص ١٠١.

(٤) وهذا الشرط نصت عليه المادة (٢٠) من قانون مجلس الشعب المصري رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢، والمادة (٥٩) من قانون انتخاب مجلس النواب الاردني لسنة ١٩٨٦ المعدل، والمادة (١١٥) من قانون الانتخابات العامة والاستفتاء اليمني رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١.

الجهة المختصة بالبت فيه بلغو لايفيد ولايجدي في تبيان عدم صحة عضوية احد النواب مما يستدعي رفض هذا الطعن شكلاً^(١).

- ان يكون الطعن موقعا عليه من الطاعن، ومصدقا عليه من الجهة المعنية قانوناً^(٢). فلا يقبل الطعن اذا قدم من مجهول لكي تضمن الجدية في تقديم الطعون الانتخابية، ولايقبل الطعن ان لم تصدق عليه الجهة المختصة حتى وان كان موقعا عليه^(٣).

- ان يشفع الطاعن طعنه بالاوراق والمستندات التي تؤيد مزاعمه.

٣. ان يقدم الطعن الانتخابي الى الجهة المعنية قانوناً: وهذ الجهة الاصل فيها ان تكون الجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية ففي مصر يقدم الطعن الى مجلس الشعب^(٤)، وفي الاردن يقدم الى مجلس النواب^(٥)، وفي الجزائر يقدم الى المجلس الدستوري^(٦)، وفي العراق يقدم الى مجلس النواب^(١).

(١) د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بان: (...) خلو الطعن من التوقيع عليه يجعله عديم الاثر ومجرد لغوا لقيمة له، وان حمل محضر التصديق فلا محل للاعتذار بهذا اتمحضر طالما ظل خلوا من أي توقيع حتى فترات ميعاد الطعن مما يتعين التقرير بعدم قبوله). طعن انتخابي رقم (٥٩٧) لسنة ١٩٦٥ الصادر في الانتخابات التي اجريت بتاريخ ١١/٢٩/١٩٩٥ اشار اليه: د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١٢٨٤.

(٣) اشترطت المادة (٤١) من قانون انتخاب مجلس الامة الكويتي لسنة ١٩٦٢ المعدل ان يكون مصدقا على التوقيع الوارد في الطلب للامانة العامة لمجلس الامة لدى مختار المنطقة . وكذلك اشترطت المادة (٢٠) من قانون مجلس الشعب المصري لسنة ١٩٧٢ التصديق على توقيع الطالب عليه.

د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

وقد استوجبت المادة (٣٥) من القانون الاساسي للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ ان يتضمن الطعن اسم الطاعن، وصفته، ومن يطعن ضده، واسباب الطعن في نتيجة الانتخابات، والوقائع التي من شأنها ابطال الانتخاب، وغيرها من الامور الجوهرية في الطعن.

د. صبري محمد السنوسي، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٤) المادة (٢٠) من قانون مجلس الشعب المصري رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٢.

(٥) المادة (٥٩) من قانون انتخاب مجلس النواب الاردني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

(٦) المادة (٢٢) من مرسوم تنظيم انتخاب اعضاء مجلس الامة الجزائري رقم (٩٧/٤١٠) في ١٩٩٧/١١/٩.

واستثناء ذلك قد ينص القانون على تقديم الطعن الى جهة غير الجهة المختصة بالفصل في الطعون الانتخابية ففان القانون المجلس الوطني العراقي الملغى رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥ اوجب تقديم الطعن الى رئاسة الادعاء العام التي تقوم بدورها باحالته مع توصيتها الى المجلس الوطني.

٤. ان يقدم الطعن خلال المدة القانونية المعينة: وهذه المدة في فرنسا هي عشرة ايام تحتسب من تاريخ اعلان نتيجة الانتخاب^(٢)، وفي مصر تبلغ المدة خمسة عشر يوما وهي التالية لاعلانت نتيجة الانتخاب^(٣)، وفي الجزائر تبلغ المدة الاربع والعشرين ساعة التي تلي اعلان النتائج النهائية^(٤)، اما في اليمن فقد حدد المشرع فيها مدة (٧٢) ساعة من تاريخ اعلان نتائج الفرز والاقتراع للطعن فيها امام المحكمة العليا، في حين لم يحدد مدة للطعن بصحة العضوية امام مجلس النواب^(٥). وهذا الموقف الاخير للمشرع اليمني هو نفسه موقف الدستور العراقي الجديد لسنة ٢٠٠٥ الذي لم يحدد مدة ينبغي ان يتم من خلالها تقديم الطعن الانتخابي الى مجلس النواب^(٦).

٥. ايداع مبلغ من المال: تتطلب بعض التشريعات الانتخابية لقبول الطعن ايداع مبلغ من المال لدى الجهة التي يجري تقديم الطعن اليها، فاذا نظر في الطعن وثبت صحة ما جاء فيه رد المبلغ الى الطاعن، اما اذا رفض الطعن

^(١) لم ينص دستور ٢٠٠٥ على الجهة التي يقدم اليها الطعن الانتخابي، واكتفى في المادة (٥٢) منه بذكر اختصاص مجلس النواب بالبت في صحة عضوية اعضائه، مما يعني تقديم الطعون الانتخابية الى مجلس النواب مباشرة.

^(٢) Jean Charnay, op.cit, p:118.

^(٣) المادة (٢٠) من قانون مجلس الشعب المصري رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢.

^(٤) المادة (٢٢) من مرسوم تنظيم انتخاب اعضاء مجلس الامة الجزائري رقم (٩٧/٤١٠) في ١٩٧٩/١١/٩.

^(٥) المادة (١١٦) من قانون الانتخابات العامة والاستفتاء اليمني رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١.

^(٦) المادة (٥٢) من الدستور.

ومما تجدر الاشارة اليه ان امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٩٢) والصادر في ١٠٠٤/٥/٣١ لم يحدد هو الاخر في القسم الثالث منه مدة ينبغي ان يتم خلالها تقديم الطعن الانتخابي الى مفوضية الانتخابات المستقلة.

٦. وايد القرار الصادر فيه صحة الانتخاب فيصادر المبلغ لمصلحة الدولة^(١).
والغاية من تطلب هذا الشرط تبدو في الرغبة باضفاء الجدية على تقديم الطعون الانتخابية، وان كنا نرى من جانبنا ان هذا الشرط من شأنه ان يعرقل تقديم الطعون الانتخابية التي هي في حقيقتها وسيلة يمكن عبرها كشف الاخطاء التي شابت العملية الانتخابية واستدراكها بهدف الوصول الى التمثيل الحقيقي لارادة الشعب، ولعل هذا ما يبرر عدم اقتضاء قوانين كثيرة ايداع هذا المبلغ النقدي مثل القانون الفرنسي والقانون المصري والقانون العراقي.

: الآثار القانونية المترتبة على تقديم الطعن

:

سلطات الجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية: اذ ما تأكد للجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية . برلماناً كانت او قضاءً . توافر الشروط الشكلية في الطعن المقدم اليها باشرت نظره من الناحية الموضوعية، والقرار الذي يصدر منها عندئذ لا يخرج عن احدى الحالتين الآتيتين:

١. تقرر الجهة رفض الطعن الانتخابي اذا ما ثبت لديها صحة عملية الانتخاب، وفي هذه الحالة يتأكد مركز النائب بصفة نهائية ما لم يجز القانون الانتخابي الطعن بهذا القرار^(٢).

٢. تقرر الجهة ابطال انتخاب النائب او النواب المطعون في انتخابهم اذا ما تبين ان هنالك عيباً شاب عملية الانتخاب^(٣). وينبغي هنا التفريق بين العيوب التي تصيب العملية الانتخابية فاذا لوحظ ان العيب يمس العملية

^(١) ومن هذه القوانين، قانون الانتخابات العامة والاستفتاء اليمني رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١ الذي نص في الفقرة (ج) من المادة (١١١) على ان: (يرفق بالطعن مبلغاً وقدره (خمس مائة الف) ريال يودع خزينة المحكمة كضمان نقدي، يورد الى خزينة الدولة في حالة عدم صحة الطعن، ويرد الى مقدم الطعن اذا كان الحكم في صالحه).

^(٢) د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

^(٣) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٧٢١.

الانتخابية برمتها بحيث لا يمكن . بالنسبة الى هذه العيوب . التفرقة بين عضو
واخر تقرر الجهة ابطال الانتخاب في الدائرة كلها واجراء انتخابات جديدة
فيها، اما اذا لوحظ ان هنالك عيوباً شابت انتخاب نائب دون غيره تقرر
ابطال انتخاب ذلك النائب وحده^(١).

هذا ويقدم الفقه شرطين لابطال الانتخاب وهما:

- ان يسفر الطعن عن وجود وقائع او اعمال غير قانونية.
 - ان تؤثر هذه الوقائع او الاعمال غير القانونية على نزاهة الانتخابات
بحيث يمكن القول انها افسدت جوهر العملية الانتخابية^(٢).
- ومن الجدير مناقشته هنا هو فيما اذا كانت الجهة المختصة بالبت في الطعون
الانتخابية تملك . فضلا عن ابطال انتخاب النائب . تصحيح النتائج الانتخابية.
تتفاوت نظرة الفقهاء الى هذه المسألة فمنهم من يرى ان سلطة هذه الجهة تكون
قاصرة على تقرير صحة او بطلان الانتخاب^(٣)، ومنهم من يرى مقدرة هذه الجهة
على تصحيح النتائج الانتخابية مادام اجراء ذلك اتلتصيح ممكنا ويبرز ذلك في
حالة وجود اخطاء مادية في احتساب الاصوات سواء اكانت هذه الاخطاء نتيجة
 لعملية حسابية ام لمنح عدد معين من الاصوات بصورة خاطئة الى احد
المرشحين^(٤).

(١) د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

(٢) د. صبري محمد السنوسي، المرجع السابق، ص ٤٦.

(٣) يراجع كل من:

د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٣٠-٢٣١.

د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١٢٦٩.

(٤) هنري روسيون، المرجع السابق، ص ١٢٢.

ونشير هنا الى ان المجلس الدستوري الفرنسي لم يستخدم سلطته في تصحيح النتائج الانتخابية
قط ويرجع الفقهاء سبب ذلك الى تأثر المجلس بما لاقتنه سابقا الجمعية الوطنية من انتقادات لاذعة
عندما اعلنت فوز "المهزومين" وذلك في القضية التي اطلق عليها (البوجاديين)، فضلا عن
قناعة المجلس بان مسألة تحديد نتيجة الانتخاب من مهام لجان الفرز.

راجع بهذا الخصوص كل من:

المرجع السابق، ص ١٢٢.

د. صبري محمد السنوسي، المرجع السابق، ص ٤٦.

وتبنت عدد من التشريعات وجهة النظر الاخيرة، فالمادة (٤١) من القانون التنظيمي للمجلس الدستوري الفرنسي الصاندر في ١٩٥٨/١١/٧ نصت على ان: (... يستطيع تبعا للحالات، ان يبطل الانتخاب موضوع النزاع وان يقوم باصلاح الاعلان الذي قامت به لجنة الفرز، وان يعلن المرشح الذي تم انتخابه بشكل نظامي)^(١)، ونصت المادة (٤٢) من قانون انتخاب مجلس الامة الكويتي الصادر في ١٩٦٢ على ان: (لمجلس الامة اذا ابطل انتخاب عضو او اكثر وتبين وجه الحقيقة في نتيجة الانتخاب ان يعلن فوز من يرى ان انتخابه هو الصحيح)^(٢)، وكذلك نصت المادة (٢٣) من مرسوم تنظيم انتخاب مجلس الامة الجزائري رقم (٩٧/٤١٠) الصادر في ١٩٩٧/١١/٩ على ان: (يبت المجلس الدستوري في الطعون...، واذا اعتبر ان الطعن مؤسس يمكنه بموجب قرار معلل، امان يلغى الانتخاب...، واما ان يعدل محضر النتائج المحرر ويعلن نهائيا على الفائز الشرعي).

التصويب على ابطال الانتخاب:

بالنظر الى خطورة ابطال انتخاب نائب فان التشريعات الانتخابية . وذلك بالنسبة الى الدول التي تسند صلاحية البت في الطعون الانتخابية الى البرلمان . تشترط عادة نسبة معينة من الاصوات لاقرار الابطال فاللائحة الداخلية لقانون مجلس الشعب المصري رقم (٣٨) لسنة ١٩٧٢ اقتضت في المادة (٣٥٥) منها لابطال الانتخاب تصويت ثلثي عدد اعضاء اعضاء المجلس، واشترط قانون المجلس الوطني العراقي الملغى رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٥ في المادة (٨٠) منه للبت في الطعون المقدمة تصويت اغلبية عدد اعضاءه ولا تبطل العضوية الا بقرار يصدر باغلبية ثلثي عدد اعضاء المجلس في حين تطلبت المادة (٥٢) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ من مجلس النواب للبت في صحة عضوية نوابه التصويت باغلبية ثلثي اعضاءه.

تمييز ابطال العضوية من اسقاطها:

(١) عدلت المادة بموجب القانون رقم (١٤) الصادر في ١٩٩٨/٦/٢٩.

(٢) د. عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص ١٢٦٧ - ١٢٦٨.

ومن الضروري التفريق بين ابطال العضوية واسقاطها^(١)، فابطال العضوية يتعلق بالمرحلة السابقة على اعلان فوز النائب بعضوية البرلمان. بمعنى اخر انه يتعلق بصحة الانتخاب فتبطل عضوية النائب اما لعدم توافر شروط الترشيح فيه او لعدم صحة الاجراءات الانتخابية^(٢). بينما اسقاط العضوية هو قرار يتخذ في مرحلة لاحقة على اعلان النتائج الانتخابية ويرجع اتخاذه كاجراء تأديبي ضد العضو لاخلاله بواجبات عضويته، واما لفقده احد شروط العضوية.^(٣)

المدة التي يتم خلالها البت في الطعن الانتخابي:

لم يحدد المشرع الفرنسي في القانون الاساسي للمجلس الدستوري رقم (١٥٨/١٠٦٧) الصادر في ١٩٥٨/١١/٧ مدة زمنية معينة ينبغي بالمجلس الدستوري ان يصدر خلالها قراره بالطعن الانتخابي^(٤)، وهو موقف المشرع الكويتي في قانون انتخاب مجلس الامة لسنة ١٩٦٢^(٥). بينما حددت تشريعات انتخابية لدول اخرى مدة زمنية ينبغي خلالها صدور القرار بالطعن او انتهاء التحقيق فيها، فالدستور المصري لسنة ١٩٧١ حدد في المادة (٩٣) منه مدة تسعين يوما لمحكمة النقض تحسب من تاريخ احالة الطعن اليها، لكي تنهي تحقيقا فيه وترسله الى مجلس الشعب، وينبغي عرض نتيجة التحقيق على نوابه خلال مدة (٦٠) يوما من تاريخ الشعب، وينبغي عرض نتيجة التحقيق على المجلس، وحدد مرسوم تنظيم انتخاب مجلس الامة الجزائري رقم

(١) استعمل المشرع العراقي مصطلح (اقالة العضو) بدل مصطلح (اسقاط العضوية) في المادة (١) من قانون استبدال اعضاء مجلس النواب رقم (٦) لسنة ٢٠٠٦، وينتقد هذا الموقف من ناحية ان الاقالة نظام تتبناه تشريعات بعض الدول ومنها الولايات المتحدة الامريكية وهو يختلف عن اسقاط العضوية، فالاقالة تشير الى حق عدد معين او نسبة معينة من الناخبين - يحددها = الدستور - في طلب اقالة نائبهم، فاذا حصل طلبهم على الاغلبية المطلوبة يقال النائب وتعاد الانتخابات في الدائرة المقال نائبها، اما اذا لم يحصل طلب هذا العدد على الاغلبية المطلوبة فان النائب يعد منتخبا لفترة جديدة.

يراجع: د. جورج شفيق ساري، النظام الانتخابي على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٨٢.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٠٨.

(٣) د. صبري محمد سنوسي، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٤) المرجع السابق، ص ٦.

(٥) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ٧٢٥.

(٩٧/٤١٠) الصادر في ١٩٩٧/١١/٩ في المادة (٢٣) منه مدة ثلاثة ايام للمجلس الدستوري للبت في الطعن الانتخابي المقدم اليه، وكذلك حدد قانونا لانتخابات العامة اليمني لسنة ٢٠٠١ في المادة (١١٦) منه مدة تسعين يوما للمحكمة العليا، تحسب من تاريخ احالة الطعون اليها، لتبدي رأيها فيه وموافاة مجلس النواب بما توصلت اليه. بينما حدد دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٥٢) منه مدة ثلاثين يوما لمجلس النواب ليبت في صحة عضوية نوابه وتحسب من تاريخ تسجيل الاعتراض لديه.

وترى طائفة من الفقهاء ان تحديد مدة للبت في الطعن الانتخابي لا يعدو ان يكون من المواعيد التنظيمية التي لا يترتب جزاء على مخالفتها، اذ ان مخالفة هذه المواعيد لا يوصم القرار الصادر بالطعن الانتخابي او التحقيق بعدم المشروعية ومن ثم لا يمكن عد نيابة المطعون ضده صحيحة^(١).

مع تأكيد الفقه في الوقت نفسه على ضرورة مراعاة هذه المدد حتى تستقر الاوضاع اذ من غير المقبول ان يستمر من شاب انتخابه عيب في التعبير عن ارادة الناخبين لفترة طويلة طويلة بينما في الحقيقة ان هذه الارادة ممنوحة لشخص اخر^(٢).

:

يرى الفقه ان نيابة المرشح الفائز بالانتخاب هي نيابة صحيحة خلال مدة الطعن بسلامتها، فهي معلقة على شرط فاسخ هو ابطالها، ومن ثم يتمتع النائب المطعون في نيابته بجميع الحقوق التي يتمتع بها النواب الآخرون الذين لم يطعن في انتخابهم، فيؤدي اليمين القانوني، وله الاشتراك في المناقشة والتصويت وعضوية اللجان (عدا لجنة الطعون)، والتمتع بالحصانة البرلمانية وعدم المسؤولية، وتقاضي

(١) يراجع كل من:

نصرت منلا حيدر، المرجع السابق، هامش ص ٤.

د. صبري محمد سنوسي، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) د. صبري محمد سنوسي، المرجع السابق، ص ٦٠.

راتبه ومكافأته كاملة، والشيء الوحيد المحظور عليه هو الاشتراك في التصويت على صحة انتخابه^(١).

استقالة النائب او وفاته خلال مدة الطعن:

والتساؤل الذي يثار هنا هو فيما اذا استقال النائب النائب المطعون في انتخابه او توفي هل سيؤدي ذلك الى سقوط الطعن ؟

هنالك اجتهاد في فرنسا . يريده كثير من الفقهاء العرب^(٢) . يذهب الى انه بالنظر الى تعلق الموضوع بالمصلحة العامة، المتمثلة في ضرورة تمثيل ارادة الناخبين بصورة صحيحة، فان النظر في الطعن يستمر لان من واجب المجلس الدستوري، في حال وجود غش او تزوير او اكراه في الانتخاب، ان يفصح هذا الامر، وينذر أولئك الذين ارتكبوه، ويلفت انتباه الناخبين^(٣).

_____:

مما سبق عرضه يمكن استخلاص النتائج الآتية:

١. ان الرقابة على صحة انتخاب نواب البرلمان هي رقابة قانونية وليست سياسية وان بوشرت من البرلمان.

(١) نصرت منلا حيدر، المرجع السابق، ص ٦.

وهذا المبدأ نص عليه صراحة قانون المجلس الدستوري اللبناني رقم (٢٥٠) لسنة ١٩٩٣ في المادة (٢٦) منه التي تنص على ان: (يوقف الطعن نتيجة الانتخاب، ويعتبر المنتخب نائبا ، ويمارس جميع حقوق النيابة منذ اعلان نتيجة الانتخاب).

(٢) يراجع كل من:

انور الخطيب، المرجع السابق، ص ١٠٣.

د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٢.

(٣) نصرت منلا حيدر، المرجع السابق، ص ٦.

وقد ابطلت في فرنسا بتاريخ ١٨٤٨/١٠/٧ نيابة شخص سبق له ان استقال قبل البت في البت في الطعن الموجه الى نيابته، وقد قال العضو المقرر الذي طلب استمرار المجلس بالنظر في الطعن انه: (يجب الا يخفى على الرأي العام مايقدم عليه أي مواطن من مناورات ورشوات واعمال تهديد للفوز بالنيابة، ولايجب ان نشارك باخفاء معايير بمساعدته على تغطيتها بالاستقالة)، المرجع نفسه، ص ٦.

٢. قد يشمل الععن الانتخابي الاعمال الانتخابية السابقة واللاحقة على عملية الاقتراع، وقد يشمل الاعمال اللاحقة على الاقتراع فقط (فرز الاصوات واعلان النتائج)، وذلك بحسب ما يحدده المشرع الانتخابي.
٣. تتفاوت التشريعات الانتخابية للدول في تعيين الجهة المختصة بنظر الطعون الانتخابية فمنها من يجعل البرلمان هو المختص بنظرها، ومنها من يجعل القضاء هو المختص، ومنها من يجمع بين الامرين بحيث يختص القضاء بالتحقيق بالمخالفات المدعى بها في الطعن، ويختص البرلمان بالفصل في صحة الطعن الانتخابي.
٤. يخضع تقديم الطعن الانتخابي والبت فيه لضوابط قانونية تختلف باختلاف تشريعات الدول الانتخابية.
٥. يسري قرار ابطال عضوية النائب بأثر فوري بحيث تعد الاعمال الصادرة منه خلال الفترة السابقة على صدور قرار ابطال عضويته صحيحة منتجة لاثارها.

اما بخصوص مقترحاتنا فنستطيع ان نبينها في الآتي:

١. اقترح انهاء اختصاص البرلمان بالفصل في الطعون الانتخابية الذي منحه اياه المادة (٥٢) من دستور ٢٠٠٥ واناطة هذا الاختصاص بالقضاء وحده لما يتمتع به من حيطة ونزاهة وعدم التأثر بالاعتبارات السياسية، فضلا عن توفير الوقت بدل ان يتولى البرلمان البت في الطعن الانتخابي، ويتولى القضاء النظر في الاعتراض على قرار البرلمان الصادر بالطعن الانتخابي طبقا لما جاءت به المادة (٥٢) من الدستور المذكور.
٢. حتى مع الوضع الحالي، ونحن بانتظار صدور قانون مجلس النواب نرى ضرورة تدخل المشرع لينظم حق الطعن على نحو دقيق فيبين الكيفية التي يقدم فيها الطعن، وممن يقدم، والجهة المختصة بنظره، واجراءات نظره.

_____:

المراجع باللغة العربية:

١. د. ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٢. د. احسان المفرجي وآخرون، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٠.
٣. انور الخطيب، الاصول البرلمانية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦١.
٤. د. جورجى شفيق ساري، النظام الانتخابي على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
٥. د. داود الباز، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٦. د. زكي محمد النجار؛ د. حسن محمد هند، الفصل في صحة عضوية البرلمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٧. د. سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف في الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٨. د. سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
٩. د. صبري محمد السنوسي، الاختصاص بالفصل في صحة العضوية البرلمانية وحدود اختصاص مجلس الشعب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٠. د. عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف في الاسكندرية، بلا سنة طبع.
١١. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، ٢٠٠٤.

١٢. د. عبد الفتاح حسن، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، بلا سنة طبع.
١٣. د. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية، دار الجامعيين، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
١٤. د. محمود مصطفى عفيفي، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الكتب الاول، ط٢، القاهرة، ١٩٨٤.
١٥. نصرت منلا حيدر، الفصل في صحة طعون انتخابات اعضاء السلطة التشريعية، مجلة المحامون السوريون، ع١، س ١٩٨٧، ص ٤٣.
١٦. هنري روسيون، المجلس الدستوري، ترجمة: د. محمد وطفة، المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١.

المراجع باللغات الاجنبية:

1. Jean Charnay, *Le cntrôle de la régularité des elections parlementaires*, L.G.D.J, Parise, 1964, p.89.
2. Maurice Duverger, *Institution Politiques etDroit Constituionnel*, 1960,p,99.

مسؤولية المؤجر والمستأجر عن أفعال تابعيهم

د. هادي هادي هادي

كلية التراث الجامعة

قسم القانون

_____:

مما لاخلاف فيه، هو ان المسؤولية التعاقدية لكي تتحقق يجب ان يكون هناك عقد صحيح بين المتعاقدين اولاً، ويجب ان يحصل اخلال بالتزام ناشيء عن هذا العقد ثانياً. ولاريب ايضاً ان هذا الاخلال اذا حصل من جانب المتعاقد الاصلي فانه يبرر قيام المسؤولية التعاقدية الشخصية المباشرة. وقد يكون هذا الاخلال بصورة عدم تنفيذ للالتزامات عن العقد او تأخر في تنفيذ تلم الالتزامات فيكون المتعاقد مسؤولاً تجاه شريكه في التعاقد عن الاضرار التي سببها للاخير بسبب هذا الاخلال.

غير ان هذا الاخلال بالالتزام التعاقدي قد لايقع من جهة المتعاقد الاصلي، بل يصدر من شخص اخر تدخل في تنفيذ العقد المبرم بين العاقدين. فنحن امام متعاقدين في عقد ايجار اتجهت ارادتهما الى ابرام هذا العقد وارتضوا كل الآثار التي تنشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات متقابلة، واثناء تنفيذ هذا العقد عهد المؤجر الى وكيل او بواب مهمة تنفيذ العقد كبديل عنه، اوكمساعد يعينه في تنفيذ العقد، او قد يعهد المستأجر الى شخص اخر مهمة تنفيذ العقد وهو المستأجر من الباطن او المتنازل اه عن الايجار، غير ان الذي حصل هو ان الضرر الذي لحق احد المتعاقدين كان بسبب اخلال هذا المتدخل (الغير) في تنفيذ العقد. ان المشكلة التي نواجهها هنا هي ان ليست هناك من علاقة مباشرة (علاقة تعاقدية) بين المتعاقد المضرور وبين هذا الغير، فلا يستطيع هذا المضرور بداهة الرجوع عليه بدعوى

المسؤولية التعاقدية فهل يستطيع هذا المضرور ان يقيم الدعوى على اساس قواعد المسؤولية العقدية على شريكه الذي اقحم ذلك الغير في تنفيذ العقد ؟ ثم من هو المتدخل الذي يصح اعتباره غيرا في هذه العلاقة ؟ بمعنى هل يشترط لكي يعتبر ذلك الشخص غيرا ان يكون قد تدخل في تنفيذ العقد بناء على تكليف من المتعاقد الاصلي ام ان القانون هو الذي قد يبرر تدخل هذا الغير ؟

ان السبب الرئيس في اثاره مثل هذه التساؤلات حول تدخل شخص ثالث بتكليف من المؤجر او المستأجر في تنفيذ العقد او من غير تكليف منهما، هو ان الاخلال لم ينسب الى المتعاقد الاصلي نفسه بل صدر من شخص اخر هو ذلك الغير، مما يعني انه ليس هناك من رابطة سببية تمكننا من القول بإمكانية اقامة دعوى المسؤولية العقدية على ذلك المتعاقد لانتفاء اتحد اركانها.

اذ قد يصل تدخل فعل الغير الى درجة من القوة والاهمية بحيث يعتبر سببا اجنبيا تنتفي بوجوده المسؤولية.

ومع ذلك اقرت التشريعات امكانية رجوع المتعاقد المضرور لا على ذلك الغير فحسب بل على المتعاقد الاخر (مؤجرا كان ام مستأجرا).

ولكن ماهي شروط هذه المسؤولية في ضوء تشابك العلاقات الحاصل بين الاطراف ؟ وماهي احكامها ؟

سنتولى الاجابة عن هذه التساؤلات تفصيلا وبحسب الخطة الاتية:

المبحث الاول: وسنحدد فيه مفهوم هؤلاء الاغيار او الاشخاص الذين تدخلوا في تنفيذ العقد.

اما في المبحث الثاني: سنتناول شروط مسؤولية المتعاقد الاصلي في عقد الايجار (مؤجرا كان ام مستأجرا) في ظل تعدد العلاقات وتشابكها.

اما المبحث الثالث: فسننتولى بيان احكام هذه المسؤولية.

_____:

قد لا يكون الضرر الذي اصاب المتعاقد في عقد الايجار مؤجرا كان ام مستأجرا ناشئا عن فعل شريكه المتعاقد الاخر بل يمكن ان يكون هذا الضرر قد نشأ عن فعل شخص ما قد يكون خاضعا لسلطة المتعاقد او لا، له صلة بشريكه تمكنه من الحاق هذا الضرر قد يكون بديلا حل محل المؤجر او المستأجر في تنفيذ الالتزامات او مساعدا استعان به او ممن يشارك المتعاقد السكن بصورة دائمة او حتى عارضة.

Summary:

The damage in hiring contract that happen to here one of the parties in contract, may not arise from the act of his partner, the other contractor but it may also arise from the act of some person who a relation with his partner that enable him to make such damage so the damage marker could be a replacement for one of the parties of the contract in executing the obligations or an assistant for him, or some one who nontribute the contractor in living in a temporary or continuously.

: تحديد مفهوم الغير ا () :

لا ريب ان مصطلح الغير او التابع ليس مصطلحا غريبا في فقه القانون، ولا سيما في موضوعات المسؤولية، اذ نظم القانون امدني العراقي احكام المسؤولية التقصيرية او العمل غير المشروع من المواد (١٨٦) الى المادة (٢٣٢) ةقوت هذه المواعد على فرعين، تضمن الفرع الاول احكام المسؤولية عن الاعمال الشخصية (المادة: ١٨٦ . المادة: ٢١٧) اما الفرع الثاني فقد اشتمل على بياتن احكام المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الاشياء (المادة: ٢١٨ . المادة: ٢٣٢) فنظم مسؤولية الاولياء عمن هم تحت رعايتهم ومسؤولية حارس الحيوان والمسؤولية عما يتساقط من البناء. مسؤولية المتبوع عن افعال تابعه والمسؤولية عن الآلات الميكانيكية.

وواضح ان الغير المقصود في حالات المسؤولية تلك هو شخص اخر (غير المسؤول) يتحمل عنه المسؤول تبعات اعماله غير المشروعة.

اما الغير في موضوع بحثنا، فهو ذو معنى مختلف عن ذلك الغير في المسؤولية التقصيرية، اذ اننا بصدد علاقة تعاقدية بين عاقلين (مؤجر ومستأجر) يفترض فيها ان يتحمل كل متعاقد بتنفيذ التزاماته قبل الطرف الاخر، لو اخل هذا المتعاقد بما تحمله ابتداء (بموجب العقد او القانون) من التزامات حقت مسائلته مسؤولية عقدية قبل المتعاقد الاخر. ولكن المشكلة التي نواجهها في هذا البحث هي ان الاخلال بالالتزام التعاقدي لم يحصل بسبب احد هذين العاقلين، بل حصل من (غير) تدخل في تنفيذ (بتكليف من المتعاقلين او من دون اذنهما) فصدر منه خطأ ألحق بالدائن ضرراً معيناً. والمراد هنا الوقوف على مسؤولية المتعاقد (المدين) عن هذا الاخلال او الخطأ الصادر من الغير، ولكن ينبغي معرفة وتحديد مفهوم الغير هنا أولاً وقبل كل شيء، فنتعرف على هوية هؤلاء الاغيار في العلاقة الايجارية. فمن هو هذا الغير ؟ وهل هو ذاته الغير عن العقد ؟ وبم يختلف مفهومه عن مفهوم التابع في مسؤولية المتبوع عن افعال تابعه ؟

ابتداءً يجب الا ينصرف الذهن الى ان مفهوم الغير هنا الى مفهوم الغير عن العقد بل يتحدد مفهوم الغير في هذا البحث الى الغير في المسؤولية، وبعبارة اخرى، ان المؤجر والمستأجر قد يكون أي منهما مسؤولاً لا عن فعله الشخصي بل عن فعل شخص اخر غيرهما وهذا مانقصده بمصطلح الغير هنا ولانقصده الغير عن العقد الذي لاتربطه بالمتعاقد اية صلة لذا فاننا سنستخدم مصطلح (التابع) بدلا من مصطلح الغير حتى لانتثير مثل هذا اللبس.

ففي عرف مسؤولية المؤجر او المستأجر عن افعال الغير، يعتبر الخلف العام والخلف الخاص (اغياراً) فيها، فبعد ان كان هذا الخلف (عاماً كان أم خاصاً) لايعتبر (غيراً) في عقد الايجار المبرم بين المؤجر والمستأجر وينصرف اثر العقد لهما بالاضافة الى المتعاقلين انفسهم (المادة: ١٤٢)، فان هذا الخلف يعتبر غيراً

إذا ما تدخل في تنفيذ العقد واخل به مما الحق ضررا بالمتعاقد الآخر، فهو إذاً في عرف مسؤولية المؤجر والمستأجر عن غيرهما يعتبر شخصاً اجنبياً ثالثاً تدخل في تنفيذ العقد. فالمستأجر الآخر من المؤجر نفسه والورثة واصحاب حق الانتقال وكل من تلقى حقاً من المؤجر والتزموا نحوه بتعهد لمصلحتهم الشخصية او لحسابهم الخاص. فكل هؤلاء يعتبرون اتباعا للمتعاقد (المؤجر او المستأجر) ويعتبر التعرض الصادر منهم بمثابة التعرض الشخصي الحاصل من المتعاقد ذاته كل ذلك بشرط ان يقع هذا التعرض بما لهم من صلة وارتباط بالمؤجر او المستأجر والا فلا يضمنه المتعاقد^(١)، ولاريب من اهمية هذه الصلة والرابطة بين التابع وبين المؤجر او المستأجر اذ لولا هذه الرابطة لاصبح تدخل الغير هنا سببا اجنبيا يعفي المدين من المسؤولية، فلو ان تدخل خلف المؤجر (عاماً كان او خاصاً) في تنفيذ العقد وبدون تكليف من المؤجر نفسه كان بناءً على صلة تربطه به تبرر هذا التكليف الصادر من المؤجر لاصبح تدخل هذا الخلف سببا لاعفاء المؤجر من مسؤولية الاخلال بالالتزام.

ولكن هل ان مفهوم التبعية هنا يؤخذ من مفهوم التبعية في مسؤولية المتبوع التقصيرية عن افعال تابعه ؟ بمعنى اخر: هل ان للتابع في مسؤولية المؤجر او المستأجر عن اعمال اتباعهما شروطا كذلك التي اشترطها الفقهاء في مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه ؟

للجابة على هذا التساؤل نقول: ان التبعية هنا لاتتحدد في ان يعمل تابع المؤجر او المستأجر تحت اشراف وتوجيه المتعاقد فلا يلزم ان يكون هذا التابع خاضعا لرقابة المؤجر او المستأجر فمناط التبعية هنا هو في مجيء فعل التابع نتيجة تدخل المؤجر بما له من صلة بالمؤجر بحيث انه لولا هذا التدخل او الصلة لما اتحت

(١) د. عباس حسن الصراف، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي، بغداد، مطبعة الاهالي، ١٩٥٦، ص ٣٧٣.

الفرصة للتابع ان يأتي الفعل الذي اخل بانتفاع المستأجر^(١). هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى لا يشترط ان يقع فعل التابع (او الغير) اثناء تأديته وظيفته اذ ان كل عمل يصدر عن التابع ويسبب ضررا بالمؤجر او بالعين المؤجرة يسأل عنها المستأجر مسؤولية عقدية لا يمكن دفعها الا بأثبات السبب الاجنبي، فيسأل عنها المستأجر مسؤولية عقدية عن فعل غيره من الافراد الذين لا يعتبرون اجانب عنه^(٢). من ذلك يتضح ان مسؤولية المؤجر عن افعال اتباعه (خلفه العام او الخاص او البواب او الوكيل) ومسؤولية المستأجر عن افعال تابعيه (كالمستأجر من الباطن) هي اوسع من مسؤولية المتبوع التقصيرية عن افعال تابعيه فلا يشترط صدور فعل التابع (في المسؤولية العقدية للمؤجر والمستأجر) تحت اشراف المتعاقد ولا توجيهه ولا ضرورة لصدور الفعل منه اثناء تأديته وظيفته بخلاف مسؤولية المتبوع التقصيرية^(٣).

من كل ماتقدم، يتضح ان الخلف العام والخاص هم اول من يمكن اعتبارهم (تابعاً) في هذه المسؤولية.

ولكن هناك اشخاص اخرين اجمع الفقه على اعتبارهم من الاتباع، وهو البدلاء والمساعدون وممثلوا الشخص سواء اكانوا ممثلين قانونيين ام اتفاقيين كالولي والوصي والقيم والوكيل. وسنقصر الكلام عن اهم هؤلاء الاتباع وهم البدلاء والمساعدون.

: :

البديل هو الشخص الذي يحله المدين محله في تنفيذ الالتزام ويقع عليه وحده عبء هذا التنفيذ فتقوم مسؤوليته عن افعالهم، او هو من يحل محل المؤجر في مباشرة حقوقه وتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الايجار كالمقاول والمهندس اللذين يقومان

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح احكام عقد الايجار، بغداد، شركة الزاهر، ٢٠٠٢، ص ١٠٠.

(٢) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي، ج ٦، مج ١، ف ٣٨٣، ص ٥٤١؛ د. سليمان مرقس، عقد الايجار، ط ٤، ١٩٨٥، ف ٢١٥.

(٣) المادة (٢١٩)، الفقرة (١)، القانون المدني العراقي.

باجراء الترميمات اللازمة للعين بدلاً من المؤجر نفسه^(١)، او من يحل محل المستأجر كالمستأجر من الباطن^(٢) او المتنازل له عن الايجار، ومن هنا يفهم انه ينفرد بتنفيذ الالتزام الذي القي على عاتق المتعاقد الاصلي. وهو يعمل مستقلاً عنه وليس خاضعاً لرقابته، ولكن يجب الالتفات الى مسألة مهمة وهي ان البديل لا يمكن في كل الاحوال اعتباره تابعاً، اذ قد يمنع الاتفاق او العرف اللجوء الى هذا البديل، فقد نصت (المادة: ٧٧٥) من القانون المدني على انه: (للمستأجر ان يؤجر المأجور كله او بعضه بعد قبضه او قبله في العقار وفي المنقول وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الاجارة كل هذا مالم يقض الاتفاق او العرف بغيره)^(٣).

يتضح من النص اعلاه ان القاعدة العامة في القانون المدني هي ان يجوز للمستأجر ان يتنازل لغيره عن الايجار وله ان يؤجر حقه من الباطن لـ (بديل) وهو المستأجر من الباطن ويثبت هذا الحق للمستأجر من عقد الايجار ذاته ودون حاجة الى اتفاق خاص يقضي بمنحه اياه وسواء ورد التصرف على كل المأجور او بعضه في العقار والمنقول على السواء، ولكن يمكن ان يحرم المستأجر من اللجوء الى هذا البديل اذا ورد شرط مانع من الايجار من الباطن او منع العرف ذلك مع ملاحظة ان القانون هو الذي قد يرتب هذا المنع^(٤) وبالنهاية ليس هناك من شك انه في الحالات التي يتمتع فيها على المستأجر من اللجوء الى البديل (المستأجر من الباطن) بموجب القانون او الاتفاق او العرف فاننا نكون ازاء مسؤولية عقدية مباشرة عن فعله الشخصي، ولايسأل المستأجر عن افعال تابعيه.

هذا وقد اشار القانون المدني العراقي الى هؤلاء البدلاء في عقد الايجار في (المادة: ٧٧٧) و (المادة: ٧٧٨)، حيث نصت (المادة: ٧٧٧) على انه: (في حالة التنازل

(١) كاظم الشيخ جاسم، قواعد ايجار العقار، بغداد، مطبعة الجاحظ ١٩٨٧، ص ٣٣٢؛ السنهاوري، المصدر السابق، ف ٢٥٥.

(٢) د. وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام، دمشق، ١٩٩١، ف ٤٩٦، ص ٣٧٤.

(٣) لاحظ المواد: (٥٩٣/مصري)، (٥٦٠/سوري)، (٥٩٢/ليبي)، (٥٨٤/لبناني).

(٤) (المادة: ١١، الفقرة: ١) من قانون الايجار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩.

عن الايجار يحل المتنازل اليه محل المستأجر في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار ومع ذلك يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل اليه في تنفيذ التزاماته). ومفهوم هذه المادة ان المشرع العراقي اكد على بقاء المستأجر ضامناً للمتنازل اليه قبل المؤجر أي يبقى هذا المستأجر مسؤولاً عن افعال المتنازل اليه الضارة بالعين المؤجرة ومسؤوليته هنا هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير.

اما (المادة: ٧٧٨) فقد نصت على انه: (تبرأ ذمة المستأجر الاول نحو المؤجر سواء فيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الاول من التزامات في حالة الايجار الثاني او فيما يتعلق بضمانة للمتنازل اليه في حالة التنازل عن الايجار:

- اذا صدر من المؤجر قبول صريح بالايجار الثاني او بالتنازل عن الايجار، ودون ان يبدي أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الاول.

- اذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المستأجر الثاني او من المتنازل اليه دون ان يبدي أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الاول).

وتقضي هذه المادة ببقاء المستأجر الاول مسؤولاً عن افعال المستأجر الثاني الا في حالة القبول الصريح الذي يصدر من المؤجر بهذا الايجار او في حالة استيفاء المؤجر الاجرة مباشرة من المستأجر الثاني دون ابداء أي تحفظ بشأن حقوقه قبل المستأجر الاول يبقى ضامناً للافعال الضارة والصادرة عن المستأجر الثاني تجاه المؤجر.

ثانياً:

المساعدون هم الاشخاص الذين يستعين بهم المتعاقد في تنفيذ التزاماته، او هو الشخص الذي يقتصر عمله على معاونة (المؤجر) في حقوقه والتزاماته، كالبوابين والمشرف على زراعة الحديقة ومساعديه وعمال المؤجر وصبياناه في الحرفة والخدم والمستخدمين، والملاحظين، واهل بيته واصدقائه وضيوفه^(١).

(١) د. سعدون العامري، في البيع والايجار، ط٣، ص ٢٥١.

وواضح انه لايشترط ان يكون (المساعد) وهو ينفذ الالتزام الملقى على عاتق المؤجر مأجوراً في عمله هذا.

ولكن.. هل يشترط ان يخضع هذا المعاون او المساعد لسلطة رقابة المؤجر ؟
ارى انه لاحاجة لاشتراط مثل هذا الشرط، فقد يعهد المؤجر بتنفيذ هذا الالتزام الى المعاون بطريق المصادفة فيتدخل هذا المعاون في فعله الخاطيء في إلحاق الضرر بالمستأجر.

ولعل اهم انواع المساعدين الذين اثاروا اهتمام الفقه وشغلت قضاياهم سوح القضاء هم الاشخاص الذين يشاركون المستأجر السكن او من يسمون (افراد المنزل *Personnes de sa maison*).

فقد قضت (المادة:١٧٣٥) من القانون المدني الفرنسي بمسؤولية المستأجر عما يصيب العين المؤجرة من اضرار او نقص او تلف نتيجة افعال اولئك الاشخاص الذين يشاركونه في السكن في هذه العين او نتيجة فعل المستأجر من الباطن، ولكن من هم الاشخاص الذين ينطبق عليهم وصف (افراد المنزل *Personnes de sa maison*) ؟ يجب ان نفهم هذه الطائفة، بمفهوم واسع مرن، فلا يتحدد معناه في اولئك الاشخاص الذين تربطهم به صلة قرابة فحسب، بل المهم ان تكون بينهم وبين المستأجر (صلة ما) من القوة والمتانة بحيث يشاركونه سكنه أولاً، وتمكنهم صلتهم هذه به من إلحاق الضرر بالعين المؤجرة ثانياً.

ولكن قد يثور التساؤل الآتي:

هل يشترط فيمن يحمل صفة (فرد المنزل) ان يكون سكنه مع المستأجر وانتفاعه بالعين المؤجرة بصفة دائمة ومستمرة ؟

يجمع الفقهاء على اعتبار اهل بيت المستأجر من زوجته وابويه واولاده واحفاده واقاربه الذين يسكنون معه واصدقائه وضيوفه وخدمه وعماله ومستخدميه، اقول يجمع الفقهاء على اعتبارهم افراداً للمنزل يساهمون مع المستأجر في الانتفاع بالمأجور ولايخفى ان من بينهم من تكون مشاركته في السكن مشاركة دائمة (الزوجة

والاولاد) ومنهم من يساهم في السكن بصورة (مؤقتة) (الضيوف والاصدقاء) بل حتى لو كانت المشاركة في السكن بصورة عارضة كالخليفة^(١).

واضح مما تقدم، ان كل من يساهم في الانتفاع بالمأجور مع المستأجر، وتربطه به صلة تمكنه من الحاق الضرر بالدائن (المؤجر) وكان سكنه مع المستأجر برضاء الاخير الصريح او الضمني، يلقي عليه التزام المحافظة على المأجور وذلك الالتزام نفسه الذي يتحمله المستأجر، فكأن الاخلال ام الخطأ الصادر منهم هو خطأ صادر من ذات المستأجر.

على ان مسألة اذن المستأجر الصريح او الضمني وقبوله بمشاركة السكن هو شرط يترتب على انتفائه تخلف الحكم، فالابن البالغ الذي طرده ابوه من المنزل وعاد اليه خلصة واشعل النار فيه، لن يكون الاب مسؤولاً عنه قبل المؤجر^(٢)، وواضح مدى اهمية قبول المستأجر بمشاركة السكن.

: شروط المسؤولية:

. في العلاقة بين المتبوع والمضروب:

واضح ان مسؤولية المؤجر والمستأجر عن فعل اتباعهما هي مسؤولية تعاقدية، لذا فان مسؤولية كل منهما بسبب خطأ التابع انما تنهض حيث يوجد عقد صحيح بين الطرفين وحصل اخلال بالتزام ناشيء عن هذا العقد، ولكن المسألة لاتبدأ من هذه النقطة، بل من المؤكد ان هذا العقد قد سبقته مفاوضات ممهدة لابرامه، فماذا لو حصل هذا الاخلال بالالتزام العقدي في مرحلة المفاوضات ؟ بمعنى اخر هل ان لمرحلة المفاوضات هذه طبيعة تعاقدية بحيث يمكن ان نتصور ان يحصل فيها اخلال بالتزام عقدي ؟

ام ان هذا الاخلال ليس سوى خطأ عادياً (عملاً غير مشروع) يؤسس لمسؤولية تقصيرية لاعقدية ؟

(١) د. السنهوري، المصدر السابق، ف ٣٨٣، ص ٥٤١؛ وانظر: هامشه رقم (٣).

(٢) د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٣٦، ص ٤١٤.

لا ريب ان مرحلة المفاوضات بين المؤجر والمستأجر هي مرحلة ممهدة لابرار عقد الايجار، وقد يحصل ان يخول احد طرفي هذا العقد شخصاً تابعاً له لاجراء هذه المفاوضات، وقد يقطع هذا (التابع) المفاوضات باي لحظة مما يلحق بالمتعاقدين الاخر ضرراً ما، ازاء هذه المشكلة يذهب معظم الفقهاء الى القول بأن هذه المفاوضات ليست الا عملاً مادياً لا يرقى الى مصاف التصرف القانوني ولا ينتج اثرًا قانونياً، كل ما هنالك هو انه اذا لحق احد الاطراف ضرراً من جراء قطع المفاوضات وكان قطع المفاوضات بحد ذاته يشكل خطأ، فأئنا نكون امام مسؤولية تقصيرية لاعقدية^(١) فعملية التفاوض بين المؤجر والمستأجر لا تنشئ رابطة تعاقدية بين الطرفين.

وواضح من ذلك ان هؤلاء الفقهاء انما يؤسسون لمسؤولية تقصيرية في مرحلة المفاوضات قد تكون مسؤولية المتبوع عن افعال تابعة اذا تحققت شروطها. ان الاخذ بهذا الرأي يتجاهل كل المحاولات الفقهية في القانونين الالمانى والسويسري التي جهدت لتأسيس مسؤولية عقدية في مرحلة المفاوضات استناداً منها على نظرية الفقه الالمانى (اهرنج) التي تقضي بان كل ايجاب ينطوي على تعهد ضماني بعدم الرجوع عنه خلال مدة معقولة يمكن ان يقترن به القبول. يترتب على ذلك، انه لا يمكن القول بمسؤولية المؤجر او المستأجر العقدية عن افعال (التابع) لهما في مرحلة المفاوضات، اذ لا يمكن الكلام عن المسؤولية العقدية حيث لم تنته المفاوضات لابرار عقد الايجار، فيجب ان يكون العقد قد تم انشاؤه وتكملت اركانه ومن هذه اللحظة يمكن ان تنشأ المسؤولية العقدية اذا قامت اركانها^(٢).

(١) نقض مدني مصري ١٩٦٧/٣/٩، مجموعة المكتب الفني لاحكام محكمة النقض المصرية، السنة ١٨، ج ١، ص ٣٣٤.

(٢) السنهوري، المصدر السابق، ج ١، ص ٦٦.

هذا ولا يكفي ان نكون امام عقد بين المؤجر والمستأجر، بل يلزم ان يكون هذا العقد صحيحاً ومن ثم حصل اخلال باحد الالتزامات الناشئة عنه، وواضح من ذلك ان هذه الشروط هي ليست الا شروط المسؤولية التعاقدية.

يضاف الى ذلك، انه لكي يكون المؤجر او المستأجر مسؤولاً عن افعال تابعيه قبل الاخر، يجب ان يكون تدخل هذا التابع في العلاقة بين المؤجر والمستأجر مبرراً، بمعنى اخر، هل يكون بإمكان المؤجر او المستأجر ادخال طرف اخر من اتباعهما ليتولى هذا الاخير تنفيذ العقد ؟

اقول ان كل عقد من عقود الايجار التي يلتزم فيها طرفاها (المؤجر او المستأجر) بتنفيذ التزامه تنفيذاً مباشراً بنفسه فليس هناك من محل للكلام عن مسؤولية هذا الطرف عن فعل تابعه لانه يتحتم علينا بعد التأكد من قيام العقد بين الطرفين ومن صحة هذا العقد النظر الى طبيعة الالتزام الملقى على عاتق المدين (المؤجر او المستأجر) ومعرفة ما اذا كان هذا المدين ملزماً او غي ملزم بتنفيذ هذا العقد بنفسه (بمعنى ان شخصيته محل اعتبار) فاذا تبين ان الالتزام الملقى على عاتق المدين ليس من الالتزامات التي روعيت فيه شخصية هذا المدين وتبين لنا ان هذا التابع تدخل في تنفيذ العقد فاخل به اخلاً اصاب المتعاقد الاخر بضرر، اصبح تدخل هذا التابع مبرراً اذ لاتعتبر شخصية المتعاقد (المؤجر او المستأجر) محل اعتبار في العقد.

هذا وغالباً ما تكون شخصية المستأجر هي المعتبرة بين طرفي عقد الايجار اذا كانت هناك شخصية محل اعتبار في العقد لا شخصية المؤجر، وقد نصت (المادة: ٧٧٥) من القانون المدني العراقي على انه: (للمستأجر ان يؤجر المأجور كله او بعضه بعد قبضه او قبله في العقار وفي المنقول.....كل هذا مالم يقضي الاتفاق او العرف بغير ذلك).

وواضح انه اذا وجد مثل هذا الشرط المانع من الايجار فانه في حالة الاخلال به جاز للمؤجر الاصلي ان يطلب من المستأجر الاصلي تنفيذ التزامه بعدم التأجير

للغير من الباطن تنفيذاً عينياً وذلك باخراج المستأجر من الباطن من المأجور وذلك على اعتبار انه شغل المأجور خلافاً للشرط المانع، وللمؤجر ايضاً ان يطلب فسخ الايجار الاصلي مع حقه في طلب التعويض عما عسى ان يكون قد لحقه من ضرر بسبب مخالفة المستأجر لالتزاماته^(١).

٢. في العلاقة بين المتبوع والتابع:

ان الشرط الاساس الذي يبرز في هذه العلاقة هو وجوب ان يكون تابع المؤجر (اعوانه وبدلاؤه) او تابع المستأجر (كما المستأجر من الباطن) مكلفاً بتنفيذ التزام كان (المؤجر او المستأجر) هو المكلف اصلاً بتنفيذه، الا ان هذا التابع تدخل في تنفيذ هذا الالتزام بناءً على تكليف من المتبوع (المؤجر او المستأجر) لتنفيذ هذا الالتزام. فلا بد لقيام هذه المسؤولية ان يكون هذا (التابع)، مكلفاً من المدين (متبوعه) بتنفيذ العقد فيصبح المدين بهذا التكليف مسؤولاً عن الغير مسؤولية عقدية^(٢).

ولكن هل يتحتم ان يكون العقد هو مصدر هذا التكليف ؟

عادة ما يكون الجواب بالاجاب، ولكن ليس في كل الحالات فقد يكون القانون هو مصدر هذا التكليف كالولي او الوصي او القيم عندما يقوم هؤلاء بتنفيذ عقد كان الصغير او المحجور احد اطرافه.

من ذلك نرى ان هذا التكليف هو الذي يوجد صفة التابع في هذه المسؤولية، فالمساعدون والبدلاء وممثلو الشخص المؤجر او المستأجر القانونيون والاتفاقيون، ما كانوا ليتمتعوا بهذه الصفة لولا وجود مثل هذا التكليف هذا من جهة، ومن جهة اخرى ماكان المتبوع المؤجر او المستأجر ليسأل عن افعالهم لولا صفاتهم تلك الناشئة من ذلك التكليف، ولوضوح مدى اهمية هذا الشرط فانه (أي هذا الشرط) هو بنفس الوقت يعتبر جزءاً من النطاق الذي يحدد مسؤولية

(١) سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٢٩٦.

(٢) د. محمد حسين منصور، مصادر التزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٣٧٦.

المتعاقد المتبوع العقدية عن افعال تابعيه من البدلاء والمساعدين بالاضافة الى كونه شرطاً لازماً لكي تنهض هذه المسؤولية.

ولكن مامعنى ان شرط وجوب وجود التكليف يعد جزءاً من نطاق يحدد هذه المسؤولية ؟

ان مسؤولية المؤجر او المستأجر العقدية عن افعال اتباعهما يحدها حدان اولهما هو وجود عقد صحيح بين المسؤول المتعاقد (المؤجر او المستأجر) وبين المتعاقد الاخر الذي اشتكى او تضرر من تدخل التابع.

اما حدها الثاني فهو وجوب وجود هذا التكليف الصادر من المتعاقد المتبوع (المؤجر او المستأجر) الى تابعيه (معاونته، بديله،.....) وواضح انه يمكن بحث مسألة التكليف باعتبارها شرطاً لهذه المسؤولية تارة، ونطاقاً محدداً لها تارة اخرى.

ولكن ماذا لو تدخل التابع في تنفيذ العقد من دون تكليف سابق من متبوعه ؟
للإجابة على هذا التساؤل يجب ان نقف أولاً عند طبيعة هذا التدخل الحاصل من التابع للمتعاقد المتبوع، وهل كان هذا التدخل متوقعاً من قبل هذا الاخير ام لا ؟ هل كان بإمكان المتبرع ان يدفع اثار هذا التدخل الضارة ؟

بداية يجب ان نقول ان المدين المتبوع، اذ استطاع ان يثبت شروط السبب الاجنبي (القوة القاهرة، او الحادث الفجائي) في هذا التدخل الذي حال دون امكانية ان ينفذ المدين التزامه، كان هذا التدخل سبباً اجنبياً يعفي المسؤولية، فالقانون يلقي على المؤجر التزاماً بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور وحدث ان تدخل جيران المستأجر بدون تكليف من المؤجر في تنفيذ العقد وكانوا بنفس الوقت مستأجرين من نفس المؤجر، يستطيع المؤجر ان يتخلص من مسؤوليته هو (في هذا المثال تكون المسؤولية مباشرة وشخصية) باثبات ان هذا التدخل الحاصل من قبل الجار هو سبب اجنبي لانه لم يكن متوقعاً من قبله (من قبل

المؤجر)، ومن هنا نعلم ان هذا التدخل اذا وصل الى مصاف السبب الاجنبي فانه يعمل اثره في انتفاء مسؤولية المتعاقد.

ولكن ما الحكم لو لم يستوفِ هذا التدخل شروط السبب الاجنبي ؟
في هذه الحالة لا يمكن القول بانتفاء المسؤولية اصلاً، فالسبب الاجنبي لم يتحقق ولكن من يتحمل اثار التدخل الضارة ؟

بطبيعة الحال لا يمكن القول بتحمل المتدخل التابع هذه المسؤولية لانه ليست هناك من رابطة تجمع بينه وبين المضرور، لذا فان تدخل التابع اذا لم يصل الى حد القوة القاهرة او الحادث الفجائي، فبالنظر لما يفرضه القانون على المدين من واجب العناية والحيطه والحذر، فان على المدين ان يعمل على منع تدخل هذا الشخص فاذا هو لم يفعل ذلك حقت عليه المسؤولية لكنها مسؤولية شخصية مباشرة قائمة على خطأ المدين وتقصيره مادام هذا المدين لم يستطيع اقامة الدليل على ان هذا التدخل كان بمثابة القوة القاهرة او الحادث الفجائي بالنسبة له. ومن هنا كان التزام المؤجر بمنع التعرض الصادر من اتباعه، والتزام المستأجر بالمحافظة على المأجور بفعله او بفعل من يشاركه السكن، التزاما بنتيجة لا مجرد التزام بوسيلة فلا يستطيع ان يتخلص من المسؤولية الا بأثبات السبب الاجنبي.

٣. في العلاقة بين المضرور والتابع:

قلنا سابقاً ان مسؤولية المتعاقد في عقد الايجار عما يصدر من اتباعه، هي مسؤولية عقدية ومما هو لاشك فيه ان احد اركان هذه المسؤولية هو الخطأ، لذا يجب ان تشتمل المسؤولية العقدية عن فعل التابع على ذات الشروط التي تتطلبها الاولى، لان النوع الاول من المسؤولية ما هو الا فرع للثانية، غير انه لاجدال في ان هذا الخطأ اذا صدر من المتعاقد الاصلي فاننا نكون امام مسؤولية عقدية مباشرة وشخصية وليس هناك من داع لمعالجة مسؤوليته عن افعال تابعه، لان الفعل الضار (او الخطأ) الذي ألحق بالمتعاقد الاخر المضرور

قد صدر منه. كذلك يكون الحكم اذا ما اشترك المتعاقد الاصيلي مع بديله او معاونه في تنفيذ الالتزام، واشتركا في الخطأ الذي اضر بالمتعاقد الاخر او ان المتعاقد الاصيلي كانت شخصيته محل اعتبار في العقد ولم يجر له العقد التنازل عنه لغيره، وفعل فانه يكون قد اخل بالعقد وحقت عليه المسؤولية التعاقدية التي اهم ما يميزها هو انها في كل ما سبق من الحالات مسؤولية عقدية ومباشرة وشخصية.

يشترط في علاقة المضرور بالتابع، ان يخل التابع بالالتزام العقدي الذي عهد به اليه من قبل متبوعة المتعاقد الاصيلي، ولكن هل يشترط ان يكون هذا الاخلال يمثل (خطأ) ام انه تتحقق المسؤولية عنه اياً كانت صفته ؟

هناك من يرى وجوب صدور خطأ من قبل هذا (التابع) فيشترط لنشوء مسؤولية المؤجر والمستأجر عن افعال تابعيهم، ان يكون هذا الفعل مكوناً (الخطأ) بالمعنى القانوني فيقول الاستاذ السنهاوري بهذا الصدد (ويجب ان يكون الغير قد احدث الضرر في حال تنفيذ العقد او بسبب تنفيذه على النحو الذي سنراه في مسؤولية المتبوع عن التابع وخطأ الغير في الالتزام بغاية يكون بعدم تحقق الغاية المتفق عليها وفي الالتزام بعناية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة فخطأه هو وخطأ الاصيل سواء^(١)). غير ان هناك رأياً اخرأ يقضي بتحقيق هذه المسؤولية اياً كانت صفة فعل التابع^(٢). ويؤسس هذا الفريق الاخير لرأيه تارة ان المتعاقد الاصيلي قد ضمن افعال التابعين ضمناً اياً كانت هذه الافعال، او ان المدين يتحمل تبعة فعل الغير فيسأل عن جميع افعاله تارة اخرى.

وارى ان الاتجاه الاول هو الاصول لان الفريق الثاني انما يستند على فكرة الضمان الضمني مرة، وعلى نظرية تحمل التبعة مرة اخرى، وهذا غير مقبول، لان القول بان المتعاقد الاصيلي مؤجراً كان ام مستأجراً يضمن افعال تابعيه

(١) د. السنهاوري، المصدر السابق، ج ١، ف ٤٣٣، ص ٦٦٩.

(٢) سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية، ص ٤١٦.

ضمنا هو امر افتراضي ومجرد وهم، كما ان الاستناد الى نظرية تحمل التبعة يثير مشكلة القوانين التي لاتأخذ بهذه النظرية كأساس المسؤولية.

ونخلص من ذلك كله الى وجوب اشتراط صدور خطأ من التابع لكي تتحقق هذه المسؤولية لان مسؤولية المؤجر او المستأجر عن فعل التابع ما هي الا فرع لمسؤولية هذين الشخصين المباشرة والشخصية.

ولاريب ان هذا الخطأ الذي يشترط صدوره من التابع انما يقاس بنفس المقياس الذي يقاس به خطأ متبوعه نفسه لان خطأ التابع هنا يتمثل بالاحلال (عدم تنفيذ) التزام عهد به اليه، لكن ارتبط به المدين المتبوع اصلاً لصالح الدائن المضرور، لذلك اذا ما حصل عدم التنفيذ هذا فقد تحققت شروط الخطأ الذي تنهض به هذه المسؤولية، ولايمكن للمتبوع المؤجر ام المستأجر ان يتخلص من عبء المسؤولية الا اذا اثبت انقطاع السببية بين فعل ذلك التابع وبين الضرر الذي اصاب المدين باثبات السبب الاجنبي.

ونتساءل اخيراً، هل ان لتدخل الدائن المضرور باختيار التابع لتنفيذ العقد اثر على هذه المسؤولية ؟

يشترط البعض الا يكون الدائن قد تدخل في اختيار التابع، لن هذا التدخل انما ينشأ علاقة عقدية مباشرة بينه وبين التابع تختلف عن العلاقة الناشئة بين الدائن والمدين الا صلي، فالمدين (بوجود هذا الشرط) لا يكون مسؤولاً اذا كان الدائن هو الذي اختار التابع او اقر اختيار المدين له عن بينه وبصيرة^(١). ونحن نتفق مع هذا الرأي ولكن يجب ان نشير الى اعتراض يتعلق بأقرار الدائن اختيار هذا التابع من قبل المدين، فلو فرضنا ان مستأجراً في عمارة سكنية لها ابواب، عهد الى بوابها المختار اصلاً من قبل المؤجر، بشراء اشياء معينة من المحلات المجاورة وسلم له مبلغاً من النقود، وبدد هذا البواب المال او سرقة، نقول ان في هذه الحالة عندما يقبل هذا المستأجر بوجود هذا البواب فانه يقبله بلا اختيار،

(١) د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٣٧٦.

بمعنى ان هذا المستأجر ليست له في اعم الاحوال رخصة قبول او رفض تعيين هذا البواب للعمارة من قبل المؤجر بل ان هذه المهمة غالبا ما ينفرد بها المؤجر وحده، وبذلك يطمأن المستأجر لاختيار المؤجر لهذا البواب، فسلمه هذا المال، نقول ان في مثل هذه الحالة يكون المؤجر مسؤولاً عن فعل البواب، وان اقر المستأجر باختياره، لان البواب ارتكب فعله هذا بمناسبة وظيفته ولانقفا عند حدود اشتراط ارتكابه للفعل بسبب وظيفته او اثائها.

بعد الانتهاء من استعراض شروط المسؤولية، اقول ان معظم الفقهاء يذهبون الى ان مسؤولية المؤجر او المستأجر عن افعال هؤلاء الاتباع يشترط فيها ما يلي:

١. ان يقع الاخلال من التابع اثناء اداء مهمته او بسببها.
٢. ان لا يأتي فعل التابع نتيجة لتقصير او اهمال المتعاقد الاخر (مؤجراً كان ام مستأجراً) او ان يشترك هذا الاخير في تقصير التابع الذي ادى الى الاخلال بانتفاعه^(١) ويعتبرون ان خطأ التابع اثناء اداء عمله كتابع او بسبب تأديته لهذا العمل، بمثابة الخطأ الصادر من المتعاقد المتبوع نفسه ويمثلون لهذا باعتداء البواب على المستأجر بالضرب او الالهانة او بالتهديد او امتناعه عن تسليمه البريد او اعطاء بيانات كاذبة لمن يسأل عن المستأجر او اذاعة اسرار المستأجر او منع المستأجر او زائريه من دخول المأجور^(٢) ويذهبون الى المؤجر لا يكون مسؤولاً عن اعمال البواب التي لاتعد داخلة في عمله او تنشأ عن اتفاق خاص بينه وبين المستأجر كأن يعهد المستأجر الى البواب بادارة امواله او اثناء غيابه فألتفها البواب^(٣) ويذهب هؤلاء الفقهاء الى تبرير ذلك بان عمل التابع هنا قد تم بصفته الشخصية وليس بصفته من اعوان او

(١) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة ج ٥ الايجار، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥٣، ص ١٥٤ - ١٥٥؛ د. توفيق حسن فرج، عقد الايجار، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٤، ص ٥٧٠.

(٢) د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٣٢٦.

(٣) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ف ١٧١، ص ٣٧٦؛ محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ١٥٤ - ١٥٥.

اتباع المؤجر في تنفيذ الالتزام^(١) غير اننا نذهب الى انه لا يشترط لقيام هذه المسؤولية ان تكون الاعمال التي ارتكبها تابع المؤجر قد وقعت خلال او اثناء او بسبب هذه الوظيفة بل يكفي لقيامها ان يقع الخطأ (بمناسبة هذه الوظيفة) بان تكون هذه الوظيفة قد ساعدت على ارتكاب هذا الخطأ او هيأت لارتكابه او سهلت للتابع اقترافه لذا فاننا نذهب الى انه اذا سلم احد المستأجرين للبواب مبلغاً من النقود لشراء شيء له فبدد البواب النقود المسلمة اليه كان المؤجر مسؤولاً عن التعويض اذ لولا هذه الوظيفة لما سلم المستأجر للبواب ذلك المبلغ^(٢).

: احكام هذه المسؤولية:

اذا تحققت مسؤولية المؤجر او المستأجر التعاقدية عن فعل تابعيهم، فإنه يجب تطبيق احكام المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي بوجه عام فقيام مسؤولية التابع الذي تدخل في تنفيذ العقد ينطوي بحد ذاته عن قيام مسؤولية المتبوع (المتعاقد الاصيل). وعلى هذا الاساس لا يقبل المدين . بعد ثبوت المسؤولية في جانب التابع . ان يتقدم باي دليل للتخلص من مسؤوليته هو .

وبقي ان اتساءل، هل يمكن للدائن المضرور (المتعاقد الاخر) ان يقيمندعواه المباشرة ضد هذ التابع الذي تدخل في تنفيذ العقد واخل به ؟ ام انه لا يملك هذا الحق وليس له الا اقامة الدعوى ضد من تعاقد معه ؟

الراجح في اتجاهات الفقه والقضاء ان المضرور في نطاق المسؤولية التقصيرية يملك هذه الدعوى المباشرة ضد من يجعله القانون مسؤولاً عن فعل الغير، كما انه يملك هذه الدعوى المباشرة ضد الغير . وباعمال قواعد القياس يذهب معظم الفقهاء الى ضرورة منح الدائن مثل هذه الدعوى ضد التابع الذي صدر منه الخطأ والاخلال منه اذ لا يجوز ان يفلت احد من المسؤولية الناجمة عن الخطأ والتقصير الصادر

(١) محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص ١٥٤ - ١٥٥.

(٢) انظر: مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ص ٢٢٠ وما بعدها.

عنه، وعلى هذا الاساس ينبغي اقرار قيام هذه الدعوى المباشرة لا ضد الشخص الذي حل محل المتعاقد الاصلي ولكن ضد اولئك الاتباع والاعوان والمساعدين كذلك. ويجب ملاحظة ان ليس هناك بين مرتكب الخطأ وبين المتعاقد المضرور اية علاقة عقدية، ومن هنا كانت دعوى المتعاقد المضرور قبل مرتكب الخطأ دعوى مسؤولية تقصيرية لا عقدية، ويلاحظ من التضامن قد انتفى بين المدين المتعاقد وبين هذا التابع الذي تدخل في تنفيذ العقد.

واذا دفع المدين للمتعاقد مبلغ التعويض الذي استحقه عن اخلال او خطأ تابع المدين او من حل محله في التنفيذ كان لهذا المدين حق الرجوع على ذلك التابع او المساعد او البديل الذي كان خطؤه الاساس الذي قامت عليه المسؤولية، هذا ويلاحظ ان رجوع المدين على التابع الذي كان خؤه اساس في المسؤولية قد يستند على عقد يربطه بهذا التابع (المستأجر في الباطن، المتنازل له عن الايجار) وفي هذه الحالة نكون امام دعوى مسؤولية عقدية عادية، وقد تحكم الرجوع على التابع احكام وقواعد المسؤولية التقصيرية في حالة اذا لم يكن هناك بين المدين وبين هذا المساعد (كما في حالة من يشارك المستأجر السكن او اتباع المؤجر)^(١).

_____:

بعد الانتهاء من تفاصيل هذا البحث تبين لنا مايلي:

١. لايشترط في مسؤولية المؤجر او المستأجر عن افعال تابعيهم، ان يعمل هؤلاء الاتباع تحت اشراف وتوجيه المتعاقد ولا خاضعين لرقابة المؤجر او المستأجر فالمهم هنا هو ان يأتي فعل التابع نتيجة تدخل المؤجر وبما له من صلة بالمؤجر بحيث لولا هذا التدخل لما اتاحت الفرصة للتابع ان يأتي بالفعل الذي احل بانتفاع المستأجر.

٢. ان مسؤولية المؤجر عن افعال اتباعه كخلفه العام او الخاص ومسؤولية المستأجر عن افعال اتباعه (كالمستأجر من الباطن) هي اوسع من مسؤولية

(١) د. عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، ١٩٨٦، ف ١١٢.

المتبوع التقصيرية عن افعال تابعيه. فلا يشترط صدور فعل التابع تحت اشراف المتعاقد ولا توجيهه ولا ضرورة لصدور الفعل منه اثناء تأدية وظيفته بخلاف مسؤولية المتبوع التقصيرية.

٣. يعتبر الخلف الخاص والعام للمتعاقد (مؤجراً كان ام مستأجراً)، تابعاً تتحقق مسؤولية المتعاقد عن افعاله، وكذلك بدلاؤه ومساعدوه وممثلوه القانونيون والاتفاقيون، وكل من يساهم مع المستأجر في الانتفاع بالمأجور وتربطه به صلة تمكنه من الحاق الضرر بالدئن (المؤجر) وكان سكنه مع المستأجر برضا الاخير الصريح او الضمني فيلقى عليه التزام بالمحافظة على المأجور وذلك الالتزام نفسه الذي يتحمله المستأجر.

٤. لا يشترط لقيام هذه المسؤولية ان تكون الاعمال التي ارتكبها تابع المؤجر قد وقعت خلال او اثناء او بسبب وظيفته بل يكفي لقيامها ان يقع الخطأ (بماسبة هذه الوظيفة) بان تكون هذه الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب هذا الخطأ.

٥. لا يمكن الخوض في مسؤولية المؤجر او المستأجر التعاقدية عن فعل اتباعهما في مرحلة المفاوضات الممهدة لابرام عقد الايجار فيجب ان تكون هذه المرحلة قد انتهت وتم ابرام العقد وتكاملت اركانه.

٦. ان كل عقد من عقود الايجار التي يلتزم فيها طرفاها (المؤجر او المستأجر) تنفيذ التزامه الناشيء عن هذا العقد تنفيذا مباشرا بنفسه فليس هناك من محل للكلام عن مسؤولية هذا المتعاقد عن اعمال تابعة لانه اذا عمد المتعاقد المدين الى الاستعانة بغيره في تنفيذ التزام كانت فيه شخصيته محل اعتبار فانه يكون قد اخل بتنفيذ التزامه وكانت مسؤوليته مسؤولية مباشرة لا مسؤولية عقدية عن فعل غيره.

٧. اذا تدخل التابع من دون تكليف من المتعاقد في تنفيذ العقد، فان هذه الاخير يستطيع ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت شروط السبب الاجنبي في هذا

الفعل، والا حقت مسؤولية هذا المتعاقد فالتزامه هنا التزام هنا التزام بنتيجة لايتخلص منه الا باثبات السبب الاجنبي.

_____:

١. د. توفيق حسن فرج، عقد الايجار، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٤، ص ٥٧٠.

٢. د. سعدون العامري، البيع والايجار، ط٣،

٣. د. سليمان مرقس، عقد الايجار، ط٤، ١٩٨٤،

٤. د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة القاهرة، ١٩٣٦،

٥. د. عباس الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، بغداد، مطبعة الاهالي، ١٩٥٦،

٦. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي، ج ١. ج ٦،

٧. د. عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، ١٩٨٦،

٨. كاظم الشيخ جاسم، قواعد ايجار العقار، بغداد، مطبعة الجاحظ، ١٩٨٧،

٩. د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والارادة المنفردة، الدار الجامعية، ٢٠٠٠،

١٠. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد العقود المسماة ج ٥ الايجار، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥٣،

١١. د. مصطفى مرعى المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري.

١٢. د. وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام، ١٩٩١.

الهوامش:

١. د. عباس حسن الصراف، شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي، بغداد، مطبعة الاهالي، ١٩٥٦، ص ٣٧٣.

٢. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح احكام عقد الايجار، بغداد، شركة الزاهر، ٢٠٠٢، ص ١٠٠.

٣. د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي، ج ١، مج ١، ف ٣٨٣، ص ٥٤١؛ د. سليمان مرقس، عقد الايجار، ط ٤، ١٩٨٥، ف ٢١٥.

٤. المادة (٢١٩)، الفقرة (١) مدني عراقي.

٥. كاظم الشيخ جاسم، قواعد ايجار العقار، بغداد، مطبعة الجاحظ، ١٩٨٧، ص ٣٣٢؛ د. السنهوري، المصدر السابق، ف ٢٥٥.

٦. د. وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام، دمشق، ١٩٩١، ف ٤٩٦، ص ٣٧٤.

٧. لاحظ المواد: (٥٩٣ مصري)، (٥٦٠ سوري)، (٥٩٢ ليبي)، (٥٨٤ لبناني).

٨. المادة (١١)، الفقرة (١) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩.

٩. د. سعدون العامري، في البيع والايجار، ط ٣، ص ٢٥١.

١٠. د. السنهوري، المصدر السابق، ف ٣٨٣، ص ٥٤١، وانظر هامشه رقم (٣).

١١. د. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة القاهرة، ١٩٣٦، ص ٤١٤.

١٢. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة ج ٥ الايجار، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٥٣، ص ١٥٤ . ١٥٥؛ د. توفيق حسن فرج، عقد الايجار، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٤، ص ٥٧٠.

١٣. د. السنهوري، المصدر السابق، ص ٣٢٦.

١٤. سليمان مرقس، المصدر السابق، ف ١٧١، ص ٣٧٦؛ محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ١٥٤ - ١٥٥.

١٥. محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ١٥٤-، ١٥٥.
١٦. انظر: مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ف ٢٢٠ وما بعدها.
١٧. نقض مدني مصري ١٩٦٧/٣/٩ مجموعة المكتب الفني لاحكام محكمة النقض المصرية السنة (١٨)، الجزء الاول، ص ٣٣٤.
١٨. السنهوري، المصدر السابق، ج ١، ص ٦٦٦.
١٩. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٢٩٦.
٢٠. د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام . العقد والارادة المنفردة . الدار الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٣٧٦.
٢١. د. السنهوري، المصدر السابق، ج ١، ص ٦٦٩، ف ٤٣٣.
٢٢. سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية، ص ٤١٦.
٢٣. د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص ٣٧٦.
٢٤. د. عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، ١٩٨٦، ف ١١٢.

الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

د. مكييل فاضل حميد الكفيلان

كلية القانون / جامعة البصرة

_____:

اثار ظهور العقد الالكتروني العديد من التساؤلات حول مدى ملائمة هذا العقد مع الاحكام الراسخة لنظرية العقد في القانون المدني.

وقد عملنا من خلال هذا البحث بالاجابة على التساؤل عن الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني عن طريق الانترنت.

ان سبب مثل هذا التساؤل هو ان مجلس العقد فكرة اسلامية وله شروطاً واحكاماً وانواعاً معينة والامر يستلزم تحديد الموضع الذي يمكن ان يحتله مجلس العقد الالكتروني في النظرية العامة لمجلس العقد، فهل هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين او هو حاضرين او هو مجلس حكمي بين غائبين.

حاولنا الاجابة على هذه التساؤلات من خلال اعطاء مفهوم لمجلس العقد الالكتروني وبيان شروطه في مبحث اول ثم عملنا في المبحث الثاني على عرض ومناقشة اراء الفقه القانوني بشأن تلك الطبيعة مع بيان نوعي مجلس العقد لتتضح الفكرة اكثر، وفي المبحث الثالث والآخر عملنا على تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني اخذين بنظر الاعتبار الواسطة الالكترونية المستخدمة لابرام العقد الالكتروني.

فهذا المجلس هو مجلس عقد حكمي بين غائبين عند استخدام البريد الالكتروني (e-mail) مع عدم التواصل الاتي بين الطرفين، وهو مجلس عقد مختلط بين حاضرين بالنسبة للزمان وبين غائبين بالنسبة للمكان عند التعاقد عبر الموقع الالكتروني (web-site) او عبر المحادثة (chat) بالكتابة او بالصوت عبر برنامج (Fax-wire) او بالصوت والكتابة والصورة عبر برنامج (multimedia) فالتطبيقات ليست واحدة لكل انواع العقود الالكترونية.

Abstract:

The Legal Nature of Electronic Contract Council

Electronic Contracts has focused upon many questions about the extent of suitability of such this contract to stable provisions of the contract theort in the civil law.

We have dealt with these questions about the natural of the council of electronic contract through internet.

The cause for such question is that the council of the contract is an Islamic idea which has conditions, provisions and contains types. This requires Limitations of the positions occupied by the electronic contract in the general throry of council of the contract, e.g., is it a real council between two presenters or of a symbolic parties absents.

We tried to make an answer for that through giving an understanding to the electronic contract council indicating its conditions in the first part.

Then, we dealt with demonstrating and discussing the views of the legal theology as to that nature in addition to both types of the contract council for more understanding.

In The Third; the last part, we dealt with the legal nature considering the electronic media used top draw any electronic contract.

The council is a making- decision board of contract between two absents when using the electronic mail without continuing timely and simultaneously between two parties, it is a mixed contracting council between two presents timely and absents in regards to the place through contracting via electronic sites (websites) or chatting by writing or voice using Fax-Wire Program or by voice, writing and Video picture using

Multimedia software. Thus, the nature it is not only one for all electronic contracts

_____:

ان ابرام العقود بوسائل الاتصال الحديثة يثير اهتمام رجل القانون ومن اهم تلك العقود واحداثها العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، حيث ظهر الكثير من النقاش بشأن العديد من المبادئ التقليدية الراسخة في القانون المدني والتي اصبحت غير قادرة على تغطية مقتضيات التطور التكنولوجي، لذا احتاج الامر الى اصدار تشريعات جديدة تتلائم مع مرحلة التجارة الالكترونية.

فطرق التعبير عن الارادة اصبحت مختلفة، وكذلك الامر بشأن اقتران الايجاب بالقبول وزمان ومكان انعقاد العقد والوفاء الالكتروني واثار العقد وكيفية تنفيذ الالتزامات المتبادلة كلها اصبحت بصيغ مختلفة. ومن اهم تلك الافكار التي تحتاج الى البحث هي (مجلس العقد الالكتروني).

_____:

تتمثل المشكلة في ان فكرة مجلس العقد هي فكرة اسلامية ترجع الى الفقه الاسلامي وتبنتها عدد من التشريعات العربية كالقانون المصري والعراقي والاردني وغيرها. وان لمجلس العقد في الفقه الاسلامي شروطا واحكاما من الصعوبة ان تتلاءم مع حداثة نشأة العقد الالكتروني، ومن هنا تثار التساؤلات حول وجود او عدم وجود مجلس للعقد في العقد الالكتروني، ثم ما هو مفهوم هذا المجلس للعقد الالكتروني وما شروطه ؟ والاهم من ذلك كله ماهي طبيعته القانونية هل هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين او مجلس عقد حكمي بين غائبين ؟ حيث يترتب على ذلك كله احكاما هامة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد ومايتبعه من آثار.

ثم ان هناك وسائل متعددة في التعاقد الالكتروني ذاته، فقد يتم عن طريق البريد الالكتروني (e-mial) او المحادثة (chat) بالكتابة او بالصوت عن طريق برنامج (Fax-wire) او بالصوت والصورة عن طريق برنامج (Multimedia) والتعاقد

كذلك عن طريق الموقع الالكتروني (web-site) فهل ان الحكم واحد في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني في كل وسائل التعاقد الالكتروني ؟

منهج البحث:

سنقتصر في هذا البحث على بحث الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني، دون التوسع في آثار هذا المجلس، أي زمان ومكان انعقاد العقد وما يرتبط بذلك من احكام حيث انها تحتاج الى دراسة مستقلة، وبهدف تحديد تلك الطبيعة فانه لابد من البدء بتحديد مفهوم مجلس العقد الالكتروني وشروطه ومن ثم تبحث طبيعة مجلس العقد الالكتروني مستعينين برأي الفقه في ذلك عن طريق عرض وتحليل اراء الفقه، وقبل ان نحدد طبيعة مجلس العقد الالكتروني فانه لابد من عرض وسائل التعبير عن الارادة في العقد الالكتروني. لذا سنبحث الموضوع في ثلاثة مباحث نخصص الاول منها لمفهوم مجلس العقد الالكتروني. والمبحث الثاني للراء الفقهية بشأن تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني. والمبحث الثالث والاخير لتحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني بحسب وسائل التعاقد الالكتروني.

: مفهوم مجلس العقد الالكتروني:

سنعمل على تحديد مفهوم مجلس العقد الالكتروني من خلال تعريفه اولا ثم نحدد شروط مجلس العقد الالكتروني، مستعينين في كل ذلك بما ورد من تعاريف وشروط لمجلس العقد العادي للتوصل الى تحديد تعريف وشروط مجلس العقد الالكتروني.

: تعريف مجلس العقد الالكتروني:

ان نظرية مجلس العقد لم تعالج في القوانين الغربية فهي فكرة ترجع في اساسها للفقه الاسلامي، (فلا يطلب من المتعاقد الاخر القبول فورا بل له ان يتدبر بعض الوقت ولكن لايسمح له ان يمعن في تراخيه الى حد الاضرار بالموجب بابقائه معلقا مدة طويلة دون الرد على ايجابه فلا بد من الوسط بين الامرين وعلى هذا الاساس قامت فكرة مجلس العقد^(١).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٢٧٧.

اختلفت اراء الفقهاء المسلمين في تحديد معنى مجلس العقد، فمنهم من يرى ان مجلس العقد هو عبارة عن وحدة مكانية، أي لابد من صدور الايجاب والقبول في مكان واحد^(١).

ومنهم من ذهب الى ان مجلس العقد هو وحدة زمنية، أي الزمن الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالعقد وهو ما اتجه اليه بعض الفقهاء المحدثين اضافة الى القدامى^(٢).

اما د. محمد وحيد الدين سوار فيقول في مجلس العقد: ((اختلفت الانظار الفقهية في تصوير مجلس العقد في الفقه الاسلامي ففي حين ان المذهب الحنفي ينظر الى مجلس العقد على انه وحدة مكانية مادية يتجه المذهب المالكي والحنبلي والاباضي الى النظر الى مجلس العقد على انه وحدة معنوية يظل مجلس العقد فيها مادام الطرفان لم ينشغلا بما يقطعه عرفاً هذا وقد بلغ من أمر بعض القائلين بهذا التصور الاخير انهم جعلوا المجلس قائماً على الرغم من تفرق طرفي العقد^(٣). ولا نريد الخوض في تفاصيل هذه الاتجاهات الواسعة والمتشعبة في الفقه الاسلامي، ولكن نقول ان مجلس العقد لايمكن ان يكون المكان فقط فهو الركن المادي لمجلس العقد ولايمكن ان يكون الزمان فقط فهو الركن المعنوي لمجلس العقد وان اهمال احدهما وعدم الاعتراف به يؤدي الى عدم وجود مجلس العقد اصلاً)).

اما مقال بد. د. سوار، فهو وان حاول الابتعاد عن الانتقادات الموجهة للاتجاه الاول والثاني، فحاول تعريف مجلس العقد بصيغة اخرى وهو انه وحدة معنوية دون الاشارة الى الزمان والمكان الا ان هذا خلاف ما استقر عليه الفقه الاسلامي والفقه القانوني

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، نشر معهد البحوث والدراسات، جامعة الدول العربية، ١٩٦٧، ص ٧ ومابعدها.

(٢) السنهوري، المصدر السابق، ص ١٣؛ د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية، ج ١، مطبعة الاعتماد، مصر، ص ٢٣٨.

(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، مكتبة النهضة المصرية، ص ١٩٦٠، ص ١٣٩.

بشأن، مجلس مجلس العقد^(١)، ثم انه لابد من تحديد وقت بدأ مجلس العقد ووقت انتهائه سواء ادى ذلك الى ابرام العقد او عدم ابرامه^(٢).

ويمكن ان نعرف مجلس العقد بانه: ((المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد والذي يبدأ بالايجاب البات وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد)) اما ما يميز العقد الالكتروني فهو ان وسائط التعبير عن الارادة تتمثل بشكل اخر وبصورة الكترونية، سواء كان عن طريق البريد الالكتروني (e-mial) او عن طريق المحادثة (chaat) بصورها المختلفة، او عن طريق المواقع الالكترونية (Website) وهو ماسنصله لاحقا. ومثل هذه الوسائل الحديثة تختلف بالتأكيد عن الوسائل التقليدية ويختلف تبعاً لذلك طريقة انعقاد العقد وزمان ومكان الانعقاد ومفهوم مجلس العقد اضافة الى آثار العقد.

لذلك يمكن ان نعرف مجلس العقد الالكتروني بانه: ((المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد الكترونيا عبر شبكة الانترنت والذي يبدأ بالايجاب الالكتروني البات، ايا كانت صورته، وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد)).

:

يمكن من خلال التعريف السابق ان نحدد شروط مجلس العقد الالكتروني بشرطين هما:

١. اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي.

٢. الانشغال بصيغة التعاقد وعدم الاعراض عنها.

ويقتررب مجلس العقد الالكتروني من مجلس العقد العادي وان كان مفهوم المكان يختلف في كلا الحالتين وكذلك الامر بشأن الانشغال بالصيغة وعدم الاعراض عنها:

(١) د. جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص ١٢٨؛ وكذلك د. حسن علي الذنون؛ د. محمد سعيد الرحو، النظرية العامة للالتزام، ج ١ (مصادر الالتزام)، دار وائل، عمان، ٢٠٠١، ص ٦٦.

(٢) المصدر السابق نفسه، ص ٦٦.

١. اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي:

من الشروط اللازم توافرها لتكوين مجلس العقد تكويننا فعليا حضور المتعاقدين او احدهما او من ينوب عنهما، مثل الولي والوصي والقيم او من يقوم مقامهما في مكان مجلس العقد، وهذا يرتبط بالركن المكاني لمجلس العقد، وهذا الشرط يجب توافره سواء اكنا بصدد تعاقد يجري بين حاضرين في مجلس عقد حقيقي ام يتم بين غائبين في مجلس حكمي، فالحضور يمكن ان يكون حقيقيا او يكون حكما بحضور الارادة المتمثلة بالكتابة او الرسول لان حضور هذه الارادة هو بمثابة حضور بالنفس^(١).

اما مجلس العقد الالكتروني فانه، وان كان له طبيعته الخاصة، الا انه لا يختلف بشأن هذا الشرط، حيث يشترط اجتماع المتعاقدين في مكان معين او احدهما على الاقل. فعندما. يتم التعاقد عن طريق المحادثة (chat) فان الحضور الافتراضي متحقق في مجلس العقد الالكتروني وهو على شبكة الانترنت.

ان التعاقد الالكتروني عن طريق الانترنت بالضرورة يوضح ان المتعاقدين لايجمعهما مكان حقيقي واحد، فهو من حيث التواجد المكاني الحقيقي تعاقد بين غائبين، لكن المشكلة تثور في تحديد طبيعة التعاقد من حيث الزمان واختلاف المعالجات القانونية والفقهية بهذا الشأن عند الكلام عن التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة كالهاتف وماشابهة فهل ان مثل هذا التعاقد هو بين حاضرين او بين غائبين ؟

هذا ماسنعمل على بحثه في المبحثين الثاني والثالث. المهم انه في حالة اعتبارنا مجلس العقد الالكتروني تعاقد بين حاضرين او بين غائبين فانه لابد من حضور احد المتعاقدين، على الاقل، في كل معين للقول بوجود مجلس العقد الالكتروني ومن ثم نفترض ان الاجتماع حاصل مادام التواصل قائم بصيغة معينة بين

(١) د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ١٥٧.

المتعاقدين سواء اكان العقد تم عن طريق المحادثة او البريد الالكتروني او الموقع الالكتروني.

٢. الانشغال بصيغة التعاقد وعدم الاعراض عنها:

ان بدأ الانشغال بالصيغة هو الذي يبين لنا بداية زمن مجلس العقد، وبذلك فأن هذا الشرط يتعلق بالركن المعنوي لمجلس العقد وهو ركن الزمان وهو لازم كذلك في التعاقد بين حاضرين او في التعاقد بين غائبين.

هناك من يرى من الفقهاء ان مجلس العقد الحقيقي، وهو مجلس التعاقد بين حاضرين يبدأ بصدور الايجاب^(١) في حين يرى البعض الاخر ان مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين يبدأ بالعلم بالايجاب وليس بصدور الايجاب^(٢).

اما اذا كان التعاقد يجري عن طريق مجلس العقد الحكمي في حال التعاقد بين غائبين فان البعض يرى ان مجلس العقد يبدأ بالعلم بالايجاب^(٣). والراجح ان مجلس العقد الحقيقي في التعاقد بين حاضرين يبدأ من تاريخ صدور الايجاب البات من احد الطرفين الى الطرف الاخر، وهذا ما اشرنا اليه صراحة عند تعريفنا لمجلس العقد ومجلس العقد الالكتروني، فما دام الطرف الاخر يسمع الكلام من الاول فلا حاجة الى اشتراط علمه ليبدأ مجلس العقد فهو يعلم بصدور الايجاب من الطرف الاول بالتأكد فصدور الايجاب يكفي للقول ببدأ الانشغال بالتعاقد وبداية مجلس العقد.

اما في مجلس العقد الحكمي في التعاقد بين غائبين فان بدأ الانشغال بالصيغة يبدأ من تاريخ علم الطرف الاخر بالايجاب لانه تعاقد عن بعد حيث لا يجمع الطرفين

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٢) د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، دار النهضة العربية، ص ٢٤، نقلا عن د. جابر الشافعي، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(٣) د. السنهوري، مصادر الحق، ط٢، مصدر سابق، ص ٥٠؛ د. صلاح الدين زكي، مصدر سابق، نقلا عن الشافعي، مصدر سابق، ص ١٥٩.

مكان واحد، ولكي يصدق وجود مجلس عقد فانه لابد من مشاركة الطرف الاخر في ذلك ويكون ذلك بعلم الطرف الثاني بالايجاب الصادر من الطرف الاول.

ومجلس العقد يستمر مادام الطرفان منشغلين بالتعاقد ولم يعرضا عنه ولو نظرنا الى صيغ التعاقد والتعبير عن الارادة في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت فانه يمكن تحديد بداية الانشغال بالتعاقد واستمراره على النحو التالي:

١. اذا كان العقد الالكتروني عبر البريد (e-mial) فان كان الاتصال اللحظي متحقق، أي ان الطرف الاخر موجود على النت وقد فتح بريده وينتظر الرسالة، فان الانشغال بالتعاقد يبدأ من وقت صدور الايجاب لان العلم يكون لحظي من الطرف الاخر.

اما اذا كان الامر خلاف ذلك فان الانشغال بالتعاقد يبدأ من وقت علم الطرف الاخر بما وجه اليه من ايجاب وقراءته للرسالة المرسلة اليه.

ويستمر المجلس مادام المتعاقدان منشغلين بالتعاقد ولم يعرض اياً منهما عنه كأن يرسل رسالة يعرب فيها عن عدم رغبته باتمام العقد او ينتهي الانشغال بالتعاقد بسقوط الايجاب بمضي المدة ان كان الموجب حدد مدة للقبول^(١).

اما اذا كان العقد الالكتروني يتم عبر الموقع الالكتروني (website) سواء كان التعاقد يتم عن طريق الضغط على زر الموافقة (ok-box) او عن طريق التنزيل (Download) بحسب طبيعة المنتج المعروض^(٢).

ففان مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد الى الموقع الالكتروني حيث ان الايجاب مستمر في العرض وبالشروط نفسها من قبل الموقع الالكتروني ويستمر حتى خروج الموجب له من الموقع.

٣. اما اذا كان التعاقد الالكتروني يتم عن طريق المحادثة (Chat) فان التواصل الزمني متحقق سواء بالكتابة او الصوت او بالكتابة والصوت والصورة. ان

(١) انظر: (المادة: ٨٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٨٦.

وجدت كاميرا رقمية مع الميكروفون، فلانشغال بالتعاقد يبدأ من لحظة عرض
الايجاب حيث ان الطرف الاخر على تواصل ويعلم باللحظة ذاتها بذلك
الايجاب.

ويستمر المجلس مادام الانشغال مستمرا الا اذا تم الاعراض عن التعاقد عن
طريق قطع الاتصال او التعبير عن الارادة صراحة بعد الرغبة في اتمام العقد او
الانشغال بامور اخرى تدل على الاعراض عن العقد.

بيعة مجلس

:

:

قبل البحث في الاراء الفقهية المختلفة حول طبيعة مجلس العقد الالكتروني فانه لا بد
من ان نعرض اولاً نوعي مجلس العقد وموقف القانون المدني العراقي من ذلك لكي
نتمكن بعد ذلك من فهم المشكلة وتحديد سبب وطبيعة الاختلاف بين الفقه حول
تحديد تلك الطبيعة.

: مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي وموقف

:

اولاً: مجلس العقد الحقيقي:

الاصل ان يكون مجلس العقد مجلساً حقيقياً، لان الاصل في التعاقد ان يكون بين
حاضرين، ومجلس العقد الحقيقي هو الذي يكون فيه المتعاقدان حاضرين معاً وجهاً
لوجه.

وان اهم شروط مجلس العقد الحقيقي هي^(١):

١. حضور المتعاقدين مجلس العقد حضوراً حقيقياً.

٢. ان يكون صدور الايجاب والعلم به في وقت واحد هو وقت مجلس اتلعهق.

٣. ان يكون صدور الايجاب والعلم به في مكان واحد حيث ان المتعاقدين
حاضران معاً.

(١) انظر للتفصيل: د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

٤. يتم التعبير عن الارادة في مجلس العقد الحقيقي بوسائل تعبير متعددة كاللفظ والاشارة والكتابة.

ثانياً: مجلس العقد الحكمي:

ويقصد به المجلس الذي يكون فيه احد المتعاقدين غير حاضراً وهو ما اصطلح على تسميته بالتعاقد بين غائبين وعادة مايركز على العنصر المكاني لمجلس العقد فكل عقد لايجتمع فيه المتعاقدين في مكان واحد يكون تعاقداً بين غائبين سواء كان التعاقد يتم بالكتابة او الرسول او ما يشبهها^(١).

ويشترط في مجلس العقد الحكمي:

١. ان لايجتمع المتعاقدان في مكان واحد.
٢. ان يتم نقل الايجاب الى مجلس العقد الحكمي بوسيلة من الوسائل كالكتاب والرسالة وما شابه ذلك.
٣. يبدأ مجلس العقد لامن حين صدور الايجاب وانما عند علم الموجب له بذلك الايجاب.
٤. ان يوجد هناك فاصل زمني بين صدور الايجاب والعلم به الى حين نقله من الرسول.

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي:

اخذ المشرع العراقي فكرة مجلس العقد عن الفقه الاسلامي، ولكن ما مدى التزام القانون المدني العراقي باحكام مجلس العقد الواردة في ذلك الفقه ؟
نصت المادة (٨٧) من القانون المدني على: ((١. يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢. ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما)).

(١) انظر: د. محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع في القانون المدني، جامعة الكويت، ١٩٧٤-١٩٧٥، ص ٢٤١؛ د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

في حين نصت المادة (٨٨) من القانون المدني على: ((باعتبر التعاقد (بالتلفون) او باية طريقة مماثلة كانه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان)).

واضح بان المادة (٨٧) تكلمت عن احكام التعاقد بين غائبين في تحديد ومان ومكان انعقاد العقد الا انها لم تحدد معنى التعاقد بين غائبين وماهو المعيار الذي يمكن اعتماده للقول باننا امام تعاقد بين حاضرين او بين غائبين ؟

اما المادة (٨٨) مدني فقد جعلت من التعاقد عن طريق الهاتف او اية وسيلة مماثلة بمثابة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد بين غائبين من حيث المكان. ان ظهور وسائل الاتصال الحديثة، والتي لم تكن موجودة في عصر الفقهاء المسلمين، ادت الى صعوبة في تحديد طبيعة العقد الذي يتم فيه التعاقد عن طريق تلك الوسائل. وامام مثل هذا التطور اتجه الفقه القانوني الى الاخذ بمعيار (الفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به) كاساس بين ما اذا كان التعاقد بين حاضرين او غائبين.

فيقول العلامة السنهاوري: ((وليس الذي يميز ما بين الفرضين (أي التعاقد بين حاضرين او بين غائبين) هو ان يجمع المتعاقدين مجلس العقد او لا يجتمعا في مجلس واحد، بل ان المميز هو ان تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، ففي التعاقد بين حاضرين تتمحي هذه الفترة من الزمن ويعلم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه، اما في التعاقد بين غائبين فان القبول يصدر ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول الى علم الموجب ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به والذي يؤكد ماتقدم اننا نتصور تعاقدنا ما بين غائبين لايفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به كالتعاقد بالتليفون وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين الحاضرين))^(١).

(١) د. السنهاوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص ٢٥٣؛ وانظر في نفس المعنى: د. محمد سعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٨.

فالتعاقد هو اصلا ما بين غائبين لايجمعهما مكان واحد ولكن بسبب انتفاء الفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به نعتبره تعاقدًا ما بين حاضرين ومثل هذا التوجه اخذ به القانون المدني العراقي صراحة وخالف بذلك اغفال القانون المدني المصري الى مثل تلك الاشارة حيث ان المادة (٨٨) جعلت من التعاقد بالهاتف واية وسيلة مماثلة هو خليط بين تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان^(١).

ان هذا التوجه يجعل للعقد مجلسين، مجلس من حيث الزمان واخر من حيث المكان، ومن المعروف في الفقه الاسلامي ان للعقد مجلس واحد يقوم على الركنتين الزماني والمكاني معاً^(٢).

ومهما كانت الانتقادات التي توجه لموقف القانون المدني العراقي الا انه جعل التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة كالهاتف تعاقدًا بين حاضرين الا ما تعلق منها بتحديد الاختصاص المكاني والقانون الواجب التطبيق وما يرتبط بذلك من احكام فانه تعاقد ما بين غائبين أي يتم تحديد مكان انعقاد العقد وفقاً لاحكام المادة (٨٧) من القانون.

: الخلاف الفقهي حول طبيعة مجلس العقد الالكتروني:

اختلفت اتجاهات الفقه القانوني في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني، فهل هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين او مجلس عقد حكمي بين غائبين، او هو خليط بين هذا وذاك ؟ وبالطبع فان تعدد الرأى الفقهية في هذا الاطار انما يعكس اهمية الموضوع من ناحية وصعوبة اعطاء الرأى الحاسم بشأنه مع غياب التنظيم التشريعي الواضح من ناحية اخرى وسنعمل على عرض ومناقشة تلك الاتجاهات الفقهية

(١) المادة (٨٨) عراقي تطابق المادة (١٤٠) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والتي تم حذفها لوضوح حكمها كما ورد في الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري؛ انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٢، مطبعة الكاتب، ص ٥٣.

(٢) د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

وذلك، تمهيداً لاعطاء الرأي الفصل في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني وذلك في المبحث الثالث والاخير.

اولاً: مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين:

ذهب هذا الاتجاه الفقهي الى التركيز في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني الى الفاصل الزمني بين صدور الارادة والعلم بها دون الاخذ بنظر الاعتبار اختلاف المكان بالنسبة للمتعاقدين وهو متأثر بالطبع بما سبق عرضه من اراء فقهية بهذا الشأن وخاصة العلامة السنهاوري والذي اعتبر التعاقد عن طريق العاتف هو تعاقد بين حاضرين.

وهذا ما يحصل في التعاقد الالكتروني عن طريق الانترنت حيث يكون التعاقد بين غائبين مكاناً لكنهم حاضرين من حيث الزمان وهو المهم فالعبرة ليس باتحاد مجلس العقد واختلافه بل بتحلل فترة زمنية بين القبول والعلم به^(١).

بل ان من اصحاب هذا الاتجاه من ذهب الى ابعد من ذلك فجعل المخاطبة الهاتفية المرئية عند (chat) هي تعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً (حيث ان الصورة التي تظهر للمتعاقدين تعد بمثابة التعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً ذلك ان الشخص الذي طلب التعاقد يكون قد انتقل حكماً الى المكان الذي يقيم فيه المتعاقد الاخر لاجراء التصرف القانوني المطلوب)^(٢).

وبالتالي فان أي واسطة الكترونية تحقق الاتصال المباشر يجعل من المتعاقد تعاقدًا بين حاضرين ونطبق عليه احكام التعاقد بين حاضرين.

ان هذا الاتجاه وان كان يساير مقتضيات العصر ويعمل على تحديد طبيعة مجلس العقد على اساس الزمان وليس المكان ويسهل ابرام العقود الالكترونية كما لو كان

(١) سمير عبد السميع لاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٣؛ د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مصدر سابق، ص ٢٩١.

(٢) د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني، دار الثقافة للنشر، الاردن، ١٩٩٧، نقلاً عن د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ٢٨١؛ د. محمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ٥٦.

التعاقد بين شخصين في المكان ذاته. الا انه يبقى غير ملائم لاحكام مجلس العقد المعروفة في الفقه الاسلامي والتي تجعل من حالة عدم اجتماع طرفي العقد في مكان واحد تعاقدًا بين غائبين. ومن جانب اخر لايمكن اهمال الفاصل المكاني بين المتعاقدين والاكتفاء بالعنصر الزماني والا فكيف يتم تحديد مكان العقد دون اللجوء الى احكام مجلس العقد الحكمي خاصة وان تحديد مكان انعقاد العقد يثير العديد من الاشكالات والاحكام التي لابد من بيانها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الشكل والموضوع وغيرها.

ثانياً: مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد حكمي بين غائبين:

ان التعاقد الكترونياً عن طريق الانترنت حسب هذه الاتجاه هو تعاقد بين غائبين، ففي جميع صور التعاقد عن طريق البريد الالكتروني او المحادثة بالكتابة او بالصوت والصورة، يعد التعاقد تعاقدًا بين غائبين كما هو الحال في التعاقد بالكتابة او الرسول او التليفون او الفاكس وما شابه كل ذلك، ومن ثم فان مجلس العقد في حالة التعاقد عن طريق شبكة الانترنت يعد مجلس عقد حكمي تسري عليه احكام مجلس العقد الحكمي بين غائبين وان نقل الشبكة الالكترونية للايجاب باي طريق من الطرق السالفة الذكر ما هو الا نقل عن طريق وسيلة كالرسول او الكتاب كل ما هنالك ان النقل هنا يتم عن طريق آلة الكترونية^(١).

ان سبب القول بهذا الرأي هو التمسك بالمفهوم التقليدي لمجلس العقد في الفقه الاسلامي وان المتعاقدين ماداما في مكانين مختلفين فان التعاقد يتم بين غائبين حتى ولو كان هناك كتابة او سماع اتو مشاهدة انية بين الطرفين وهذا الاتجاه لايقر بفكرة مجلس العقد المختلط حقيقي من حيث الزمان وحكمي من حيث المكان لان هذه الفكرة غريبة عن الفقه الاسلامي.

(١) محمد ابراهيم ابو الهيجا، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت، الدار العلمية، عمان، ٢٠٠٢، ص ٥٣؛ د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

ان هذا الاتجاه وان كان يتمسك بالمفهوم التقليدي لمجلس العقد في الفقه الاسلامي الا انه لايسير التطور الحاصل في وسائل الاتصال وطرق التعبير عن الارادة في العقود والتي تبرم عن بعد عن طريق تلك الوسائل ومايرتبط مع ذلك من سرعة انجاز العقود والمعاملات. ثم انه لايمكن الاخذ بهذا الاتجاه بموجب احكام القانون المدني العراقي والذي جعل التعاقد عن طريق التليفون ووسائل الاتصال الحديثة الاخرى تعاقدًا مختلطاً بين حاضرين وغائبين.

ثم ان وسائل الاتصال الحديثة كالانترنت بالتاكيد ليست كالرسول في الفقه الاسلامي الذي كان يحتاج الى وقت طويل لنقل الرسالة اما في وسائل الاتصال الحديثة فان الاتصال لحظي وليس للزمن أي دور في مثل هذه العقود فالفارق واضح بين الاثنين.

ثالثاً: مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد مختلط:

يقيس هذا الاتجاه التعاقد عن طريق الانترنت بالتعاقد عن طريق الهاتف فهو من حيث الواقع بين غائبين لكن هذا يرتبط بالمكان اما من حيث الزمان فان التواصل يكون آنياً بين المتعاقدين ومن ثم فهو بين حاضرين وقد راجت هذه الفكرة منذ ان تبنتها بعض التشريعات العربية كالقانون المدني الاردني في المادة (١٠٢) والقانون المدني العراقي في الماد (٨٨)^(١).

ان سبب تبني مثل هذه الفكرة الغربية عن قواعد مجلس العقد في الفقه الاسلامي، هو صعوبة التوفيق بين الاتصال الزمني المباشر والتباعد المكاني فلا يمكن وضع هذا النوع من العقد ضمن العقد بين حاضرين، فالمكان متباعد بين المتعاقدين، ولاضمن التعاقد بين غائبين حيث ان التواصل الزمني اني ومباشر فاتخذ مثل هذا الحل الوسط.

وقد انتقد بعض الفقه هذا التوجه لانه يؤدي الى الخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، كما انه لا يوجد في الفقه الاسلامي ما يعرف (بمجلس العقد

(١) نضال اسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ٦٢.

المحتلط) أي مختلط من مجلس عقد حقيقي ومجلس عقد حكومي فالمجلس اما ان يكون حقيقياً واما ان يكون حكيمياً والذي يحدث عندما يكون احد المتعاقدين غير موجود بالمجلس، وان هذا الكلام يؤدي الى تجزئة مجلس العقد عبر طريق تجزئة اركانه^(١). أي يكون مجلس العقد يخضع في شق الزمان لاحكام مجلس العقد الحقيقي ولتحديد المكان يخضع لمجلس العقد الحكومي مع صعوبة التوفيق بين احكام المجلسين حسبما هو وارد في الفقه الاسلامي من شروط سبق بيانها.

رابعاً: مجلس العقد الالكتروني مجلس عقد حكومي ذو طبيعة خاصة:

ذهب البعض الى القول بان مجلس العقد الالكتروني الذي يتم عبر الانترنت هو تعاقد بين غائبين، شأنه في ذلك شأن التعاقد عن طريق التليفون ولكن يكون له طبيعة خاصة^(٢).

فلا يمكن اعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الالكتروني لان اطراف العقد متبايعين بعضهم عن البعض الاخر ولايمكن اعطاء وصف التعاقد بين غائبين بصورة مطلقة لمثل هذا النوع من العقود حيث ان الاتصال المباشر متحقق فهناك نوع من الالتقاء الافتراضي المترامن فلايمكن وصف العقد بالتعاقد بين غائبين والذي يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً في حين ان هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الالكتروني فهو إذاً تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة^(٣).

في الحقيقة من المعروف ان اعطاء عبارة (الطبيعة الخاصة) لكل حالة يتم التهرب فيها من اعطاء الوصف القانوني الدقيق للمسألة المعروضة للنقاش، فا كان مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد حكومي بين غائبين ذو طبيعة خاصة، فهو ليس مجلس عقد بين غائبين فما هو إذاً ؟ لابد من اعطاء الوصف الدقيق لكل حالة

(١) د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٩٦ - ٢٩٧.

(٢) د. فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية (دراسة تطبيقية لعقود الانترنت)، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٦٥.

(٣) د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ٢٩١.

وبحسب وسيلة التعبير عن الارادة الالكترونية دون ترك الامر والتهرب منه باعطاء وصف ذو الطبيعة الخاصة.

خامساً: نفي وجود مجلس العقد الالكتروني:

ان كان وجود مجلس العقد من الامور المسلم بها قبل انتشار الوسائط الالكترونية الحديثة فانه محل شك في الوقت الحاضر، فبعد انتشار تلك الوسائط وتنوعها ايضا بات من الطبيعي ان يتم انعقاد العقد من دون وجود ما كان يسمى بمجلس انعقاد العقد^(١).

حيث ان التعاقد الالكتروني الحديث الذي يتم عبر شبكة الانترنت لا يوجد له ما يسمى بمجلس انعقاد العقد على اعتبار ان التعاقد بالطريقة القديمة له اركان لا بد من توافرها على العكس من التعاقد الالكتروني الذي ليس من ضمن شروطه توافر تلك الاركان ومن ضمنها انعقاد مجلس العقد^(٢).

ان هذا الاتجاه غريب اكثر من سابقه الذي اعطى طبيعة خاصة لمجلس العقد الالكتروني، فهذا الاتجاه يجعل من وسائل الاتصال الحديثة عائقاً بين العقد في الوقت الحاضر واحكام العقود المعروفة في الفقه الاسلامي وهذا مالا يمكن قبوله، فالحل بالطبع لا يكمن في نفي وجود مجلس العقد، حيث ان فكرة مجلس العقد موجودة وراسخة في العديد من التشريعات العربية كالقوانين المدنية (المصري والعراقي والاردني) فلا يمكن نفي وجود مجلس العقد والا فاي قانون يمكن ان نطبقه على مثل تلك العقود خاصة مع عدم صدور تشريعات خاصة بالتجارة الالكترونية في العديد من الدول كالعراق مثلاً ؟

ان الحل بالتأكيد يكمن في الابقاء على فكرة مجلس العقد واعطاء مجلس العقد الالكتروني الوصف القانوني الصحيح وبما يتلائم مع القانون المدني من جهة

(١) منير محمد الجنبهي؛ ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص ١٥٥.

(٢) منير الجنبهي؛ ممدوح الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ١٥٦.

ووسائل الاتصال الالكترونية الحديثة من جهة اخرى وهذا ماسنعمل على بحقه في
المبحث الاخير.

: تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني بحسب

:

لم يضع المشرع العراقي قانوناً خاصاً بالتجارة الالكترونية لحد الان على الرغم من انتشار الانترنت في العراق وبشكل واسع، الا ان العقود الالكترونية تحتاج الى وسائل معينة غير متوفرة في العراق او محدودة كالسداد الالكتروني عن طريق بطاقات الائتمان وهي محدودة الانتشار في العراق في الوقت الحاضر وامام عدم وجود تشريع خاص بالتجارة الالكترونية، كما هو الحال في العديد من الدول العربية^(١)، فان مرجعنا الوحيد في تنظيم مثل تلك العقود هو القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وبالذات نص المادة (٨٨) منه السالفة الذكر. فنشير اولاً الى ان التليفون الذي جاء في المادة اعلاه انما جاء على سبيل المثال لذلك اردف المشرع القول بعبارة (او بأية طريقة مماثلة) وبالطبع فانه عند تشريع القانون المدني في اربعينيات القرن الماضي لم يكن هناك انتشار للانترنت والعقود الالكترونية.

ان مثل هذا النص حدى بالفقه الى القول بان التعاقد عن طريق الانترنت لا يختلف عن التعاقد بالتليفون فهو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان^(٢).

وعلى الرغم من الانتقادات التي عرضناها سابقاً لهذا النوع من التوجه في انه يخلط بين نوعي مجلس العقد، الحقيقي والكمي، وان هذا يتعارض مع فكرة مجلس العقد في الفقه الاسلامي. الا ان هذا الحكم في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني هو

(١) كقانون المبادلات الالكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠، وقانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١، وقانون اماره دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الالكترونية لسنة ٢٠٠٢، وقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤.

(٢) نضال اسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص ٦٢؛ د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

الاقرب الى الصحة مع التطور الحاصل في الاتصالات الالكترونية ومع امكانية التواصل المباشر بالصوت والصورة بين الاطراف الراغبة في التعاقد. فمثل هذا التحديد انما ظهر منذ الاربعينيات لمعالجة الاتصال المباشر بالهاتف وامكانية موافقته مع فكرة مجلس العقد لذا خلصت لجنة التشريع للقانون المدني العراقي الى هذا الرأي والذي ينطبق بالتأكيد على التعاقد الالكتروني مع بعض الخصوصية التي سنلاحظها لاحقاً بحسب الوساطة المستخدمة في التعبير عن الارادة الكترونياً فالامر ليس على اطلاقه حيث يمكن ان يكون مجلس العقد الالكتروني مجلساً حكماً للتعاقد بين غائبين ويمكن ان يكون في حالات اخرى هو الغالب، مجلس عقد مختلط حقيقي وحكمي وحسب الآتي:

١. التعاقد عن طريق البريد الالكتروني (e-mial):

يمثل البريد الالكتروني جانباً مهماً في ارسال الرسائل المتبادلة على الانترنت فهو غالباً مايستخدم لنقل الملفات والنقل الآلي لمختلف انواع العمليات ومن ثم فان الايجاب والقبول يمكن ان يكون الكترونياً عن طريق ارسال الرسائل عبر البريد الالكتروني^(١)

فهي كتابة للرسالة لاتختلف عن الرسالة العادية سوى ان الوسيلة اختلفت فاصبحت بصورة الكترونية. الا ان الرسائل الالكترونية لاتنتقل مباشرة من المرسل الى المرسل اليه وانما يتدخل الوسيط وهو مورد الخدمة الالكترونية سواء للمرسل او للمستهلك وفي هذه الحالة قد تتحقق فروض معينة تجعل مجلس العقد الالكتروني مجلساً للتعاقد بين غائبين.

فعند ارسال الرسالة الالكترونية من القابل الى الموجب مثلاً فانه لايشترط ان يكون الموجب موجوداً عند جهاز الكمبيوتر وانه قام بفتح بريده الالكتروني وينتظر الجواب، حيث قد تصل الرسالة الى الموجب دون ان يطلع عليه لعدة

(١) د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٦٧ ومابعدها.

ساعات او ايام وفي هذه الحالة بالتاكيد نحن امام تعاقد بين غائبين حيث ان المكان متباعد بين الموجب والقابل والزمان غير لحظي، حيث فصلت فترة زمنية بين صدور الارادة والعلم بها، وبالتالي فشبكة الانترنت قامت بدور البريد العادي في نقل الرسالة وبدور الرسول في الفقه الاسلامي ومع اختلاف المكان وعدم لحظية الزمان لانكون امام تعاقد بين غائبين ومجلس عقد حكمي.

ثم ان الوسيط، وهي شبكة الانترنت، قد لايمكن من نقل الارادة بسبب عطل آلي ومن ثم فلا يستقبل احد الطرفين ارادة الطرف الاخر، فلا يمكن الحديث هنا عن تواصل زمني في مجلس العقد فصيغة مجلس العقد الحكمي واردة في مثل هذه الصور.

٢. التعاقد عن طريق المحادثة (Chat):

يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج (Internet Relat Chat) التحدث مع شخص اخر في وقت واحد عن طريق الكتابة حيث تنقسم الشاشة الى جزأين، جزء للارسال واخر للاستقبال وتحقق هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الافكار بين الطرفين^(١).

وقد تتحقق المحادثة عن طريق الصوت عن طريق برنامج (Fax-wire) ان كان المتعاقدين قد وفرا وسيلة الاتصال وهي الميكروفون مع جهاز الكمبيوتر حيث تقوم المحادثة الصوتية بنفس دور الهاتف الاعتيادي، او قد تكون المحادثة ابعد من ذلك فيكون بالصوت والصورة او بالكتابة والصوت والصورة ان كانت هناك كاميرا رقمية متصلة بجهاز الكمبيوتر عن طريق برنامج (مالتى ميديا Multimedia) فيمكن لكل طرف ان يكتب للطرف الاخر ويسمع صوته ويشاهد صورته بصورة مباشرة^(٢).

(١) د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٢) د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص ٦٩.

ان مجلس العقد في مثل هذه الحالة هو مجلس عقد مختلط فهو حقيقي من حيث الزمان، اذ لا يوجد فارق زمني بين صدور الارادة والعلم بها، وهو مجلس عقد حكومي بالنسبة للمكان فالمتعاقدين لا يجمعهما مكان واحد وهذا التباعد المكاني لا يمكن انكاره. ومن ثم فاذا اردنا تحديد زمان انعقاد العقد فاننا نكون امام تعاقد بين حاضرين واذا اردنا تحديد مكان انعقاد العقد كنا امام تعاقد بين غائبين وذلك حسب نص المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي التي تحدثت عن التعاقد بالتليفون واية وسيلة مماثلة والتعاقد عن طريق المحادثة لا تختلف عن الهاتف الا من حيث تطور طريقة الاتصال الالكترونية.

٣. التعاقد عن طريق الموقع الالكتروني (web-site):

شبكة المواقع الالكترونية خليط من المعلومات والصور والبيانات الاخرى والذي يمكن من خلالها ان تجري عقداً مباشراً من صاحب العرض لبيع سلعة معينة او تقديم خدمة معينة كأن يعرض الموجب على الموجب له بيع كتاب مثلاً يقوم الموجب له باعطاء رقم بطاقة الائتمان العائدة له فيتم خصم قيمة الكتاب من رصيده فوراً^(١).

والتعبير الالكتروني عن الارادة عبر مواقع الويب قد يكون عن طريق الكتابة او النقر على زر الموافقة وتسمى هذه الطريقة (Ok.box)^(٢)، ويكون ذلك بشأن التأكد على المنتجات او الخدمات الموجودة على صفحة الويب حيث يختار المستهلك سلعة ويضغط على ايقونة الموافقة فتظهر امامه صفحة اخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي على شروط وبنود التعاقد، والذي يستطيع المستهلك المناقشة بشأنها فان اراد المنتج او الخدمة فليس عليه سوى التعبير عن قبوله

(١) د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ١٣١؛ محمد ابراهيم ابو الهيجا، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) المحامي يونس عرب، التعاقد والدفع الالكتروني وتحديات النظامين الضريبي والكمركي، بحث مقدم الى الندوة المتخصصة حول التجارة الالكترونية معهد التدريب والاصلاح القانوني، الخرطوم، كانون الاول ٢٠٠٢، منشور في الموقع الالكتروني: www.arabl原因.org

لهذا الايجاب بالنقر على ايقونة القبول او كتابة عبارة القبول في الحقل المخصص لها.

ولهذا يميل اتجاه فقهي الى ان هذا الاعداد الساتبق للعقد في الموقع يجعل مثل هذا التعاقد عبر شبكة الانترنت تعاقدًا بين غائبين^(١).

والراجع عندنا حول طبيعة مجلس العقد الالكتروني في هذه الصورة من التعاقد هو انه لا يختلف عن سابقه اذ ان التواصل المباشر قائم بين المستهلك والبائع او مقدم الخدمة والذي يمثله الموقع الالكتروني والايجاب هنا قائم لكل من يدخل الموقع الالكتروني وفق الشروط المحددة سلفاً، فالتزام حاصل على الرغم من اختلاف مكان المنتج والمستهلك فنكون امام مجلس عقد مختلط، فهو حقيقي من حيث الزمان لانتهاء اية فترة زمنية بين صدور الارادة والعلم بها من الطرف الاخر. فالتعاقد هنا بين حاضرين وهو مجلس عقد حكومي أي بين غائبين لان المكان مختلف بالتاكيد بين الطرفين وهذه صورة من صور التعاقد عن بعد.

_____:

عملنا من خلال هذا البحث على تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني. وابتدأنا بوضع تعريف لمجلس العقد الالكتروني حيث عرفناه بأنه: ((المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد الكترونياً عبر شبكة الانترنت والذي يبدأ بالايجاب الالكتروني البات، اياً كانت صورته، وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد)). ثم انتقلنا الى بيان شروط هذا المجلس من ضرورة اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي، يتمثل في شبكة الانترنت، وضرورة الانشغال بالصيغة الخاصة بالتعاقد الالكتروني وعدم الاعراض عنها.

وبينا في المبحث الثاني نوعي مجلس العقد، الحقيقي والحكمي، وشروط كل منهما تمهيداً لعرض ومناقشة اراء الفقه القانوني حول طبيعة مجلس العقد الالكتروني.

(١) محمد ابراهيم ابو الهيجا، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت، مصدر سابق، ص ٢٢-٢٣.

وكان الهدف من هذا العرض والمناقشة الخروج بحصيلة تمكننا من اعطاء القول الفصل بشأن تحديد الطبيعة.

واختتمنا البحث بالمبحث الثالث والذي عملنا على تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني فيه بحسب الوساطة الالكترونية المستخدمة في التعبير عن الارادة وابرار العقد الالكتروني.

وان تلك الطبيعة لمجلس العقد الالكتروني قد تكون مجلس عقد حكومي أي ان التعاقد يتم بين غائبين اذا كانت الوساطة المستخدمة للتعاقد هي البريد الالكتروني (e-mial) مع عدم التواصل الآن بين الطرفين فيقوم الانترنت في هذه الحالة بنفس دور البريد العادي او الرسول في الفقه الاسلامي.

وان هذه الطبيعة تكون مختلفة ان كان العقد يتم بواسطة الموقع الالكتروني (web-site) او المحادثة باشكالها المختلفة، بالكتابة او بالصوت عند وجود مايكروفون عن طريق برنامج (Fax-wire) او بالصوت والصورة عند وجود كاميرا رقمية مرتبطة بالكمبيوتر عن طريق برنامج (multimedia) فان التعاقد بهذه الوسائط يكون بين غائبين بالنسبة للمكان، لاختلاف مكان المتعاقدين وهو بين حاضرين بالنسبة للزمان لان التواصل آني ومباشر بين الطرفين فمجلس العقد في مثل هذه الصور هو مجلس عقد مختلط حقيقي وحكمي.

_____:

١. د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢. د. جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠١.

٣. د. حسن علي ذنون؛ د. محمد سعيد الرحو، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دائر وائل، عمان، ٢٠٠١.
٤. د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
٥. سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٦. د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية، ط١، مطبعة الاعتماد، مصر، بلا سنة.
٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
٨. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج١، نشر معهد البحوث والدراسات في جامعة الدول العربية، ١٩٦٧.
٩. د. فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٠. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، مطبعة دار الكتب، مصر.
١١. د. محمد ابراهيم ابو الهيجا، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت، الدار العلمية، عمان، ٢٠٠٢.
١٢. د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
١٣. د. محمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.
١٤. د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠.

١٥. د. محمود جمال الدين زكي، قانون البيع في القانون المدني، جامعة الكويت، ١٩٧٤-١٩٧٥

١٦. منير محمد الجنبهي؛ ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بلا سنة.

١٧. نضال اسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥،

١٨. المحامي يونس عرب، التعاقد والدفع الالكتروني وتحديات النظامين الضريبي والكمركي، بحث مقدم الى الندوة المتخصصة حول التجارة الالكترونية، الخرطوم، كانون الاول ٢٠٠٢، منشور على الموقع الالكتروني:

www.arablawn.org

تخصير الدعوى الادارية

وتهيئتها للمرافعة

(هيئة مفوضي الدولة)

د. لحنان محمد القيسي

كلية القانون / الجامعة المستنصرية

_____:

إذا كان القضاء الاداري . باعتباره قضاء مستقل . يتفق مع ما تتميز به العلاقات التي تقوم بين الافراد والادارة لابد له من خصوصية تتصل بتشكيلاته واجراءاته ومن

حيث الاختصاص الواسع للقاضي الاداري الذي يؤهله الى تبني دور المشرع من خلال البحث عن القاعدة واجبة التطبيق في حالة فقدان النص والعرف. ومن بين التثكيلات الخاصة التي ارتبطت بالقضاء الاداري هيئة مفوضي الدولة او الحكومة، تلك الهيئة التي ساهمت في توفير الدعم للرقابة القضائية على اعمال الادارة وكان لهذا الجهاز دور كبير في تحقيق السرعة والتيسير في الاجراءات حتى يتم الفصل في الدعاوى في اقل وقت ممكن وباقل جهد ونفقة، اضافة الى مهام اخرى جعلت لهذه الهيئة اهمية كبيرة ودورا مرموقا باعتباره امينا على المنازعة الادارة.

وقد لاحظنا انه رغم اهمية هذه الهيئة الا ان ماكتب عنها لم يكن بالقدر الذي يفيا حقها، من جهة ثانية اردنا ان نؤشر للمشرع ولنظامنا القضائي احدى التجارب القضائية الناجحة التي قد تعينه في طريقة الطويل لوضع نمطه الخاص.

Abstract:

If the administrative judiciary- as an independent judiciary- is agreed with the special relations between the administration and individuals, this judiciary must have privacy related to its organs, procedures and the wide jurisdiction of administrative judge that permits him to adopt the attitude of a legislator, when he searches for the applicable rule if there is no one existed.

And one of the special organs that related to administrative judiciary is the government or state commissioners that participated in supporting judicial control on administrative acts and this organ helped in exceeding and simplifying procedures to resolve lawsuits more speedy and less effort and expenses, in addition to other functions that made the organ the (trustee on the judicial dispute).

We noticed that in spite of the importance of this organ, what was written on it was not enough, and we wanted to point out to the legislator and judicial system one of the successful experiments which may help it in his long way to put its own pattern.

_____:

ان من اهم سمات الدولة الحديثة مبدأ المشروعية الذي يفترض خضوع الحاكم والمحكوم لحكم القانون. وينبغي على ذلك خضوع جميع السلطات العامة في الدولة للقانون. ومن ثم يكون على الادارة العامة واجب العمل في دائرة القانون والالتزام به والخضوع له. فاذا خالفت القانون عد تصرفها غير مشروع، وكان هناك وسائل قانونية للزام الادارة بحكم القانون وضمان عدم خروجها على احكامه. وتتمثل اهم هذه الوسائل بتنظيم رقابة قضائية على اعمالها بحيث يكون لهذا القضاء الحكم بابطال او الغاء تصرفاتها المخالفة للقانون او الحكم بالتعويض عن الاضرار التي تنشأ عن ذلك.

وتعد الرقابة . بحق . اذا ما احسن استخدامها من الوسائل الايجابية الفعالة لتقويم أي انحراف يشوب حسن سير العمل الاداري وانتظامه. ويستلزم ذلك بطبيعة الحال تنظيم للرقابة القضائية والتي لا تقتصر على تطبيق القانون والنطق بحكمه بصدد حالة معينة، بل يتجاوز ذلك في البحث عن القاعدة واجبة التطبيق في حال فقدان النص والعرف فيستخدم القاضي ارادته ويقترّب دوره من دور المشرع الذي يضع القواعد فيجتهّد في ايجاد القاعدة التي يرى فيها تحقيقاً للمصلحة العامة وفصلاً للنزاع. ونيجة لهذه الضرورة استحدثت بعض الدول قضاء اداريا مستقلا يتفق مع ما تتميز به العلاقات التي تقوم بين الادارة والافراد من طبيعة مغايرة لتلك التي تتصل بعلاقات الافراد فيما بينهم.

ذلك ان القضاء الاداري يتميز بانه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الاغلب الاعم قضاء قضاء انشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية

التي تنشأ بين الادارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الافراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص.

ولعل هذا التباين في الروابط بين القانونيين العام والخاص يرجع الى ان روابط القانون الخاص وان تمثلت في خصومة شخصية بين افراد عاديين تتصارع فيها حقوقهم الذاتية، فان روابط القانون العام انما تتمثل على خلاف ذلك في نوع الخصومة العينية او الموضوعية مردها الى مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون متجردة من لدن الخصومة الشخصية التي تهيمن على منازعات القانون الخاص.

ونتيجة لما تقدم فقد استقر العمل على ان الدعوى القائمة على روابط القانون العام يملكها القاضي فهو الذي يوجهها ويكلف الخصوم فيها بما لايراه لازماً لاستيفاء تحضيرها وتحقيقها وتهيتها للفصل فيها، وقد اناط المشرع . في بعض الدول . بهيئة مفوضي الدولة او الحكومة معاونة القضاء الاداري.

وقد ساهمت هيئة المفوضين في توفير الدعم للرقابة القضائية على اعمال الادارة، وكان لهذا الجهاز دور كبير في تحقيق السرعة والتيسير في الاجراءات حتى يتم الفصل في الدعاوى في اقل وقت ممكن، وباقي جهد ونفقة. وقد مارس اضافة الى ماتقدم الى ماتقدم مهام عديدة جعلت اهمية كبيرة ومركزاً مرموقاً باعتباره امينا على المنازعة الادارية . كما سنرى لاحقاً.

ولما كانت المصادر في هذا الموضوع غير متاحة لذا ولشعوري اننا بحاجة الى المزيد من الدراسة والبحث الطويل والتأمل العميق لهذا، سوف نتناول اهم الموضوعات والنواحي التي قد يثيرها هذا النظام بما يمكننا من القاء الضوء عليه ورسم صورة مبسطة له، وكما يأتي:

المبحث الاول: في مفوضي الدولة والحكومة.

المطلب الاول: مفهوم مفوضي الدولة او الحكومة.

اولاً: في فرنسا.

ثانياً: في مصر.

المطلب الثاني: تمييز نظام المفوضين مما قد يختلط به من أنظمة.

أولاً: تمييزه من القاضي.

ثانياً: تمييزه من الفقيه.

ثالثاً: تمييزه من النائب او المدعي العام.

المطلب الثالث: المركز القانوني للمفوض وضماناته.

أولاً: المركز القانوني للمفوض.

ثانياً: ضمانات المفوض.

المبحث الثاني: دور هيئة المفوضين.

المطلب الأول: دور هيئة مفوضي الدولة المصرية في المنازعات الادارية.

المطلب الثاني: دور هيئة مفوضي الحكومة الفرنسية في المنازعات

الادارية.

: مفهوم مفوضي الدولة او الحكومة:

لقد مر نظام المفوضين في كل من فرنسا ومصر بالعديد من المراحل، وللحديث عن هذه المراحل سوف نتناول كل من النموذجين بشكل مستقل وكما يأتي:

:

مر نظام المفوضين (*Commissaires du Gouvernment*) في فرنسا بثلاثة من المراحل، هي:

المرحلة الاولى: وفي هذه المرحلة وجدت بعض المجالس والمحاكم التي كانت تقضي في جانب من المنازعات الادارية كمجلس الملك وديوان الاعانات والضرائب ومحاكم المحاسبة^(١). وكان لمجلس الملك اختصاصات عديدة من بينها النظر في

(١) د. محسن خليل؛ د. سعد عصفور، القضاء الاداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص ١٣٩.

المنازعات الادارية التي ترفع له والذي يقوم باحالتها الى محامي المجلس الذي يعتبر مقررا ليتولى وضع تقرير فيها، ولما كثرت اعباء مجلس الملك وازدادت دقة المنازعات التي تعرض عليه وجد مفوضي المجلس الذين يتولون دراسة المنازعات دراسة دقيقة مستفيضة ويعرضون رأيهم فيها امام مجلس الملك وبذلك عرفت فرنسا لأول مرة في تاريخها نظام المفوضين^(١).

المرحلة الثانية: وفي هذه المرحلة منعت المحاكم القضائية من الفصل في المنازعات الادارية على اعتبار ان خضوع اعمال الادارة لرقابة القضاء ينطوي على اعتداء تقوم به السلطات القضائية على السلطة التنفيذية مما يؤدي الى انتهاك مبدأ الفصل بين السلطات.

وازاء منع المحاكم القضائية من نظر المنازعات الادارية تولت الادارة العامة بنفسها الفصل في المنازعات التي تثار بينها وبين الافراد، وهو مايعرف بنظام الادارة القاضية او الوزير القاضي، حيث اختص الوزير بالنظر في التظلمات المقدمة عن تصرفاته.

وفي عهد نابليون صدر دستور السنة الثامنة ونص فيه على انشاء مجلس الدولة الذي كان له دور في فحص المنازعات الادارية^(٢). الا انه لم يتمتع في هذا الخصوص باختصاص قضائي بالمعنى الحقيقي، ذلك ان مجلس الدولة لم يكن له سلطة اصدار احكام قضائية فيما ينظره من منازعات بين الادارة والافراد بل كان دوره يقتصر على مجرد وضع اقتراحات او مشروعات احكام تتضمن رأيه في هذا النزاع ويقوم برفعها الى رئيس الدولة (الامبراطور) الذي كان له وحده حق الافراده باقرارها والتصديق عليها او رفضها.

(١) احمد كمال الدين عبد اللطيف موسى، نظام مفوضي الدولة، مجلة مجلس الدولة، س١، ١٩٦٢، ص ٢٠١.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٥، ص ٧٩.

وقد صدر في ٢٢ تموز ١٨٠٦ مرسوماً انشئت به لجنة قضائية من ثلاث وظائف لمباشرة وظائف للنياية العامة امام القضاء الاداري. وكان من بين مبررات المرسوم حماية المصلحة العامة ولتجد الادارة والمصالح العامة من يتحدث باسمها ويدافع عنها امام القضاء الاداري على نحو ما هو متبع امام المحاكم المدنية، حتى اطلق عليهم بانهم عيون الحكومة التي لا تنام واطلق عليهم فيما بعد تسمية مفوضي الملك (Commissaires du roi)^(١).

المرحلة الثالثة: وفي هذه المرحلة زالت صفة مفوضي الملك واصبحت مهمة المفوض تمثل القانون وحده والبحث عن الحلول القانونية السليمة التي تتلائم مع الصالح العام. واستطاع هؤلاء المفوضين ان يكونوا لانفسهم شخصية مستقلة بارزة في مجال القضاء الاداري لصالح الحق^(٢). حيث ان المشرع . ومنذ البداية أي عند انشاء هيئة المفوضين عام ١٨٣١ . اراد لهم ان يكونوا مندوبين للحكومة يدافعون عنها في مجلس الدولة، ولكنهم سرعان ما اصبحوا محايدين، يدافعون عن القانون رغم احتفاظهم بتسميتهم القديمة^(٣).

وعليه يختار من بين نواب مجلس الدولة . اليوم . اصلا عدد منهم لتولي مهمة لها شأن كبير، الا وهي مهمة (مفوضو الحكومة) امام القسم القضائي في المجلس ويتم هذا الاختيار بمرسوم. فهم موظفون قضائيون يختارون من بين اعضاء مجلس الدولة وهم لا يمثلون الحكومة كما قد توحى تسميتهم بل هم مستقلون تماما عن جهة الادارة، حتى ذكر البعض بان المفوض لا يمثل الحكومة ولا ينطق باسمها وتتنحصر وظيفته في الدفاع عن القانون وما يعتقد انه للصالح العام وفقا لضميره واقتناعه

(١) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري، ك ١، قضاء الالغاء، المكتبة القانونية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ١٤٧.

(٢) ريمون جيليان، مفوضي الحكومة امام القضاء الاداري وبصفة خاصة امام مجلس الدولة الفرنسي، ترجمة: علي الحمامصي، مجلة مجلس الدولة، س ٥، ١٩٥٤، ص ٣٢٥.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٨٦.

الشخصي فهو قد يتخذ موقفاً ضد الإدارة^(١)، وعليه فهو لا يمثل أي شيء أو أي إنسان سوى القانون.

وإذا كان مفوضو الحكومة أمام القسم القضائي لا يمثلون جهة الإدارة إذ يستقلون عنها تماماً. كما أسلفنا. فهناك من ناحية أخرى من يطلق عليهم ذات اللقب لتمثيلهم جهاتهم الإدارية أمام القسم الإداري للفتوى وأعداد التشريع بمجلس الدولة، ذلك أن الإدارة العاملة تعمل على أن يمثلها بعض موظفيها التابعين لها ويلقب هؤلاء بمفوضي الحكومة لتقديم المشروعات الخاصة بإدارتهم للقسم الإداري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة. ويعتبر هؤلاء بمثابة همزة الوصل بين إداراتهم ومجلس الدولة^(٢).

وعلى ذلك يتعين عدم الخلط بين مفوضي الحكومة أمام القسم القضائي الذين هم من أعضاء المجلس ذاته وبين مفوضي الحكومة التابعين للإدارة العاملة لا لمجلس الدولة الذين يمثلون إداراتهم أمام القسم الإداري للفتوى والتشريع في المجلس، والآخرين هم الذين يستحقون. في واقع الأمر. مثل هذه التسمية ماداموا أنهم يمثلون جهة الإدارة العاملة.

ثانياً:

أزاء النجاح الذي حققه نظام مفوضي الحكومة في فرنسا نصت قوانين مجلس الدولة في مصر منذ سنة ١٩٥٥ على إنشاء هذه الهيئة فقد ورد النص على إنشاء (هيئة مفوضي الدولة) في القانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥، حيث اعتبرت من ضمن هيئات القسم القضائي بمجلس الدولة^(٣).

وقد كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ وكذا المحكمة الإدارية العليا في أحكامها، عن الطبيعة الحقيقية لهيئة مفوضي الدولة بذكرها أن: (من المهام الأساسية التي قام عليها نظام مفوضي الدولة، طبقاً للقانون رقم (١٦٥)

(١) د. سعد عصفور؛ د. محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٥٠.

(٢) د. سعد عصفور؛ د. محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٥١.

(٣) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٨٠.

لسنة ١٩٥٥، تجريد المنازعات الادارية من لدن الخصومات الفردية، باعتبار ان الادارة خصم شريف لا ينبغي الا معاملة الناس جميعا طبقا للقانون على حد سواء، ومعاونة القضاء الاداري معاونة فنية ممتازة تساعد على تمحيص القضايا تمحيصاً يضيء ما اظلم من جوانبها ويجلو ما غمض من وقائعها برأى يتمثل فيه الحيدة لصالح القانون وحده. وبهذه المثابة فان هيئة المفوضين تعتبر امينة على المنازع الادارية وعاملا اساسيا في تحضيرها وتهيئتها للمرافعة، وفي ابداء الرأي القانوني المحايد فيها، سواء في المذكرات التي تقدمها او في الايضاحات التي تطلب اليها في الجلسة العلنية^(١).

اذ ان نظام مفوضي الدولة لم يكن معروفاً في ظل قانون انشاء مجلس الدولة رقم (١١٢) لسنة ١٩٤٦، بل يعتبر البعض^(٢) نظام مفوضي الدولة تطوير لنظام المستشار المقرر المنصوص عليه في القانون (١١٢) السالف الذكر، اذ نصت المادة (٤٢) منه على ان: (يندب رئيس المحكمة احد مستشاريها ليضع تقريراً يشتمل على تحديد الوقائع والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويجوز للمستشار ان يأذن للخصوم بتقديم مذكرات او مستندات تكميلية في الاجل الذي يعينه لذلك، ثم يودع التقرير سكرتارية المحكمة ثم تعين بعد ذلك الجلسة التي تنتظر فيها الدعوى). وتنص المادة (٤٥) من ذات القانون على ان: (تحكم المحكمة في الدعوى بعد ان يتلوا المستشار المقرر تقريره وللرئيس ان يأذن لمحامي الخصوم في تقديم ملاحظاته الشفوية).

فالمستشار المقرر يعتبر الصورة الاولى للمفوض حيث يقتصر عمله على جزء من المهام التي اسندت للمفوض فيما بعد وهو كتابة تقرير الدعوى مع الاختلاف البين بين تقرير هذا وذاك، اذ كان تقرير المستشار المقرر يقتصر على بيان الوقائع والمسائل القانونية دون ابداء الرأي القانوني في الدعوى.

(١) المذكرة الايضاحية للقانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥.

(٢) علي الدين زيدان؛ محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الادارة، ج ١، قانون مجلس الدولة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠٠٦، ص ١٢١ وما بعدها.

وفي ظل القانون رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ وسع المشرع من اختصاصات المستشار المقرر اذ وكل اليه مهمة تحضير الدعوى كمفوض الدولة الحالي وان لم يكن له ابداء الرأي القانوني فيها.

وقد ظهرت نواة هذا النظام عام ١٩٥٢ عندما صدر المرسوم بقانون رقم (١١٥) فاضاف فقرة جديدة الى نص المادة (٤٠) من قانون مجلس الدولة رقم (٩) لسنة ١٩٤٩ يقضي بأن: "يكلف الموظفون الفنيون الملحقون بالمحكمة، باعتبارهم مفوضين بالمجلس، بتقديم تقرير في كل قضية يرى رئيس المحكمة تقديمه وتبين اللائحة الداخلية النظام الذي يسير عليه مفوضو المجلس في اعمالهم". كما اشار اليها القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ قانون مجلس الدولة الحالي وتتألف هذه الهيئة من احد نواب رئيس المجلس ومن عدد كافٍ من المستشارين والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين^(١) ويكون مفوضو الدولة لدى المحكمة الادارية العليا من درجة مستشار مساعد على الاقل.

اما في مصر فقد اسلفنا ان المشرع اطلق على هذه الهيئة حين انشائها تسمية هيئة مفوضي الدولة بدلا من ان يسميها هيئة مفوضي الحكومة كما فعل المشرع الفرنسي قبلاً، وقد اعتبر الفقه المصري هذه التسمية قد جاءت موفقة، وذلك لعدم اثاره اللبس في الدور الذي تقوم به هذه الهيئة، اذ انها تدافع عن القانون الذي تسنه الدولة وليس عن القرار الذي تصدره الحكومة^(٢).

اما في العراق، فلا وجود لمثل هذه الهيئة ضمن تشكيلات مجلس شورى الدولة، اذ يتألف المجلس من رئيس ونائبين للرئيس وعدد من المستشارين لا يقل عن اثني عشر وعدد من المستشارين المساعدين لا يزيد على نصف عدد المستشارين^(٣) وينتظم هؤلاء في عدد من الهيئات التي يمارس من خلالها المجلس دوره في مجالات الفتوى

(١) احمد كمال الدين موسى، المصدر السابق، ص ٢١٧.

(٢) د. ابراهيم طه الفياض، اجراءات وصياغة الاحكام لدى القضاء الاداري، منشورات بيت الحكمة، سلسلة المائدة الحرة، العدد (٤٠)، اذار ١٩٩٩، ص ٨٥.

(٣) المادة (١) من القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.

وابدأ الرأي والمشورة القانونية ودوره في مجال التقنين ودوره أخيراً في مجال القضاء الإداري. وكنا نتمنى لو أن المشرع العراقي التفت إلى هذه الهيئة ونص عليها.

ذاتية نظام مفوضي الدولة أو الحكومة:

للبحث في ذاتية هذا النظام لابد لنا أولاً من تحديد خصائص مفوض الدولة لنبحث من ثم في كيفية تمييز هذا النظام عما قد يختلط به من أنظمة وكما يأتي:

في الحقيقة لقد ساهمت مذكرات مفوضي الحكومة في تكوين الكثير من مبادئ القانون الإداري وتطويره، حتى اعتبرت مذكرات هؤلاء المراجع القيمة التي يرجع إليها كل باحث في القانون الإداري. ولعل مفوضي الدولة يتمتعون بعدة خصائص، يرجع بعضها إلى طبيعة عملهم في محكمة القضاء الإداري باعتبارهم ممثلين للقانون في المنازعات الإدارية وبعضها الآخر يرجع إلى طبيعة المنازعات الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارهم ممثلين للمصلحة العامة، وعليه واستكمالاً للمفهوم نورد هذه الخصائص بشيء من الإيجاز:

- **المفوض رجل وقائع:** تتميز وظيفة المفوض بالجمع بين بحث القانون والوقائع^(١). ذلك أنه مأمون مسألة يتعرض لها المفوض إلا وهي بين دفتي ملف، وهو يعيش الواقع العملي الذي يحيط بالمنازعات حتى يتلمس الحقيقة ويتمكن من إبداء الرأي القانوني الذي يتفق واحتياجات المرافق العامة^(٢).

- **المفوض ملزم بمستلزمات حسن الإدارة:** يجب أن يكون المفوض ملماً . فضلاً عن المبادئ القانونية . بمستلزمات حسن الإدارة وتفاصيل الوسائل والأساليب التي تلجأ إليها الإدارة في مواجهة ما يصادفها من عقبات، إذ أن ذلك ضرورة كبيرة يسهل للمفوض قيامه بإداء وظيفته حتى يتفهم جميع أوجه الدعوى موضوع النزاع أمامه.

(١) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، المصدر السابق، ص ١٨٠.

(٢) أحمد كمال الدين موسى، المصدر السابق، ص ٢١٤.

- **المفوض رجل محايد:** المفوض رجل قانون قبل كل شيء فعندما يقف امامه الطرفان يطبق القانون على تصرفاتهما دون تمييز في المعاملة طبقاً لمبدأ المساواة امام القانون ولعل تلك الصفة هي اهم مايتصف به المفوض من مميزات، فهو لايمثل احد اطراف المنازعة ولايمثل مصلحة شخصية وهمه الوحيد الوحيد هو تحقيق المشروعية ومبدأ سيادة القانون. وقد اوضحت المذكرة التفسيرية للقانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ المصري الاغراض التي من اجلها انشأت هيئة مفوضي الدولة وهي: "تقوم على اغراض شتى منها تجريد النازعة الادارية من لدد الخصومات الشخصية باعتبار ان الادارة خصم شريف لايبغي الا معاملة الناس جميعا طبقا للقانون على حد سواء"^(١).

- **المفوض موجه للخصومة:** المفوض ينير الطريق امام طرفي النزاع ويبصرهم بالادلة التي تفيدهم في دعواهم وقد يكشف لهم عن مصير دعواهم مقدما ويبين لهم مركزهم القانوني فيها، وله بعد استدعاء ذوي الشأن سؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها او يأمر بدخول شخص ثالث في الدعوى وله تكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات او مستندات تكميلية وغير ذلك من امور موجهة في الدعوى^(٢).

على ماتقدم يرى البعض ان هنالك بعض النواحي في عمل هذا المفوض تجعل البعض يخلط بين وظيفته وبعض الوظائف الاخرى، لكن المفوضين وكما وصفهم الفقه^(٣) "لم يكونوا من الضعف بالقدر الذي يدفع بهم الى الا يقبلوا بان يشبهوا باحد، انهم احسوا فقط بالالتزام الملقى على عاتقهم بان يخلقوا مهمة هذه الاداة التي لم

(١) د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص ١٤٩.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٤٨.

(٣) ريموة جيليان، المصدر السابق، ص ١٥٦.

تحدد بعد صفة نهائية، والتي يصعب وصفها الا في حدود بيئتها وزمانها وان يحتفظوا بها ويجددوها".

وفيما يلي تمييز بين مفوضي الحكومة او الدولة مما قد يشتبه بهم:

: :

اذا كان المفوض يقوم بدراسة موضوع الدعوى وتحليله والقاء الضوء على المسائل التي تثيرها الوقائع ويتولى تكييفها واستخلاص حكم القانون فيها، ويقدم كل ذلك بمطالعة او استخلاص يعد بمثابة مشروع حكم كثيرا ما تأخذ به محاكم القضاء رغم كونها غير ملزمة به. فالمحكمة يكون لها وحدها الرأي النهائي في الدعوى، سواء بالاذن بوجهة نظر المفوض او بمخالفة رأيه.

الدور المتقدم للمفوض ادى الى ان يذهب البعض من الفقه الفرنسي الى القول بأن موضوع الدعوى يبحث مرتين متتاليتين، مرة من قبل المفوض واخرى من قبل القاضي، وان الامر على هذه الصورة يبدو وكأن هنالك درجتين من التقاضي داخل مجلس الدولة، حيث تكون مطالعات المفوض الحكم الابتدائي ويكون استئنافه تلقائيا وبصفة مباشرة وينتهي بتحرير الحكم^(١).

وقد لاحظت المحكمة الادارية في مصر ان هيئة مفوضي الدولة امينة على المنازعة الادارية وعامل اساسي في تحضيرها للمرافعة وفي ابداء الرأي القانوني المحايد فيها سواء في المذكرات التي تقدمها ام في الايضاحات التي تطلب اليها في الجلسة العلنية، ويتفرع عن ذلك كله ان لابد من حضور ممثل الهيئة في الجلسة والا وقع بطلان في الحكم. بل ذهب الحكم الى اكثر من ذلك لتأكيد الصفة القضائية لهيئة المفوضين وضرورة توفر الحياد في عملها الى القول: "اذا قام بالمفوض سبب من اسباب عدم الصلاحية او الرد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية... وتحققاً للحيدة التامة بحكم وظيفته في الدعوى، وانه اذا كان المفوض غير صالح لمباشرة مهمته في الدعوى ومع ذلك استمر او حيث يجب عليه التثني منها... كان

(١) ريمون جيليان، المصدر السابق، ص ٣٦٤.

ذلك منظوبا على بطلان في الاجراءات يؤثر في الحكم فيعييه ويبطله ويعتبر باطلا الحكم الذي يصدر من المحكمة دون تمثيل هيئة المفوضين في الجلسة العلنية^(١).
الا ان عمل المفوض مع ذلك يختلف عن عمل القاضي من نواح عديدة، فالقاضي مثلاً . بتقيد والى حد كبير في ادائه لمهمته بما يقدمه الخصوم امامه. وهؤلاء الخصوء من الاشخاص من الاشخاص الطبيعيين الذين يتصرفون في دعاواهم بمليء اراداتهم ويدركون صوالحهم تمام الادراك، ويستطيعون ان يتخذوا في دعاواهم من المواقف مايعبر عن رغبتهم في تركها. اما المفوض فدوره تحضيرياً ايجابياً، حيث يبذل المفوض عنايته للصالح العام ويجبر اطراف النزاع على تقديم الادلة المطلوبة بالغرامات المخول قانونا بفرضها، هذا من جهة ومن جهة اخرى، فالقاضي لايقوم بسائر المهام التي يقوم بها المفوض من استمرار تدخله في الدعوى بعد احالتها الى الجلسة وبعد صدور الحكم فيها بمراجعته للحكم والطعن

فيه^(٢).

ثانياً: المفوض والفقهاء:

لقد اسلفنا دور المفوض والمذكرات التي يقوم بوضعها كما اسلفنا ان هذه المذكرات والمطالعات قد اسهمت في ارساء مبادئ كثيرة وراسخة من مبادئ القانون الاداري الحديث واصبحت اسماء مثل: روميو، وكورناي، وتيسي، وليون بلوم، وتارديلي، وألبير، وأودن، ترد في اية دراسة ادارية، كل هذا جعل البعض يخلط بين عمل المفوض والفقهاء.

(١) د. ابراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٨٧.

(٢) احمد كمال الدين موسى، المصدر السابق، ص ٢١٩.

د. مصطفى كامل وصفي، اصول اجراءات القضاء الاداري، ك١، ١٩٦١، ص ٧٢ ومابعدها.

فإذا كان عمل الاثنان يجتمع في بعض الميادين الا ان هذا العمل وطبيعته والظروف المحيطة بكل منهما تعدهما عن بعض بحيث يصبح لكل منهما ذاتية مستقلة متميزة.

ومما لاشك فيه ان مايكتبه المفوض من مطالعات سواء في مرحلة تحضير الدعوى او بمناسبة التعليق على الاحكام او الطعن فيها امام المحكمة الادارية يختلط بما يسمى بالتعليق على الاحكام وهو مايفعله الفقيه واذا سلمنا بكون مايكتبه المفوض من مطالعات ومذكرات فقهاً، فان هذا سوف يؤدي الى ان يكون لكل مفوض من المفوضين فقهه الخاص به من جهة، ومن جهة اخرى فاذا كان بعض المفوضين هم فقهاء فعلاً مثل "لافاريير"، الا ان البعض الاخر منهم ليسوا فقهاء. من ناحية اخرى، هل يقتصر امر التعليق على الاحكام . ياترى . على الاساتذة (الفقهاء) وحدهم ؟ الاجابة على ذلك تكون من دون ادنى شك بالنفي، فكثير من التعليقات على الاحكام تحمل في ذيلها توقيع اعضاء مجلس الدولة^(١).

واخيرا ان للمفوض وظيفة لايشاركة بها الفقيه وهو تحضير الدعوى بما يستلزمه ذلك من الاتصال بالجهات الحكومية وتوقيع الغرامات والى غير ذلك^(٢)، كما ان الفقيه . من جانب اخر . يتعمق بالبحث والمنطق القانوني السليم، الا انها قد تصطدم بالواقع العملي ولا تراعي مستلزمات حسن الادارة لبعده عنها وانقطاع صلته برجالها.

ثالثاً: المفوض والنائب او المدعي العام:

يختلف النائب العام عن المفوض في كثير من الامور، فالنيابة العامة تعتبر في كثير من الاحيان خصماً حقيقياً، لها ما للخصوم من حقوق وما عليهم من التزامات ولايجوز رد عضو النيابة العامة، اما المفوض وهو كما ذكرنا لا بد ان يبدي رأيه في جميع الدعاوى الادارية ولايعتبر خصماً في الدعوى ولايمثل احد الاطراف بل يبدي

(١) ريمون جيليان، المصدر السابق، ص ٣٦٠.

(٢) احمد كمال الدين موسى، المصدر السابق، ص ٢١٧.

الرأي المحايد، فلا يمثل الحكومة او الفرد او الموظف ويجوز رده اذا توافرت في حقه حالة من الحالات المنصوص عليها في قانون المرافعات.

كما ان حالات تدخل النائب العام في الدعاوى لاتكون الا في حالات ودعاوى نعيينة على سبيل الحصر، وقد يكون ذلك جوازيًا او اجباريًا. اما بالنسبة للمفوض فقد اشترط القانون ان يمثل هيئة المفوضين في جميع الدعاوى الادارية والا اعتبرت الاحكام باطلة. واذا كانت النيابة العامة تشابه هيئة المفوضين من حيث كونهما يمثلان جهازا يتسم عمله بالوحدة وعدم التجزئة، الا ان عضو النيابة العامة يستمد رأيه من رأي النائب العام حيث لاتجوز له مخالفته باعتباره وكيلا عنه في ذلك بخلاف المفوض الذي لا يستمد رأيه من رئيس الهيئة، فلا سلطان على المفوض في ابداء رأيه لغير القانون الذي يمثله.

المركز القانوني للمفوض وضماناته:

مما تقدمتوصلنا الى ان المفوض هو ممثل القانون، فهو عضو المجلس الذي يتولى تحضير الدعوى الادارية وابداء الرأي القانوني فيها ويترتب على اعتبار المفوض الممثل القانوني في المنازعة الادارية اثار ونتائج عديدة يمكن تلخيصها فيما يلي^(١):

اولاً: صفة الحيدة التامة: ويترتب على اعتبار المفوض ممثل القانون او مبعوثه لدى المحكمة الادارية اتصافه بالحيدة التامة لصالح القانون وحده فهو لا يمثل الادارة

(١) علي الدين؛ محمد السيد، المصدر السابق، ص ١٢٣.

كما هو الحال في مفوض الحكومة في القسم الاداري لمجلس الدولة الفرنسي كما انه لايمثل الافراد في المنازعات.

ثانياً: ضرورة تمثيل هيئة المفوضين في الجلسة: سبق ان ذكرنا انه اذا لم يحضر المفوض في الجلسة كان الحكم الصادر في الدعوى باطلا لان المنازعة تتعلق بتطبيق القانون تطبيقاً سليماً وباعتبار المفوض ممثلاً للقانون يجب حضوره في الجلسات لكي يبدي ما يراه مناسباً من اراء وملاحظات^(١).

ثالثاً: للمفوض ان يدفع بكافة مايؤثر في الحكم من دفع: فالمفوض بحكم هيمنته على الدعوى الادارية له الحق في ابداء كافة الدفع التي تؤدي الى مبدأ سيادة القانون في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة امام المحكمة الادارية العليا فله الدفع بعدم الاختصاص وبعدم توافر المصلحة والدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها او الدفع بتقديم الدعوى بعد الميعاد او الدفع بالتقادم.

رابعاً: للمفوض ادخال ما يراه من الخصوم في الدعوى الادارية اذا وجد ذلك ضرورياً.

خامساً: يستتبع قولنا: ان مهمة المفوض هي تمثيله للقانون وحده عدم قدرته على التصرف في الحقوق المتنازع فيها لانه لايمثل احد الاطراف ويظل ذلك شأن الخصوم وحدهم، كذلك ليس له التصرف في الحقوق المنازعة بترك الخصومة اذ يظل مصيرها معلقاً بمشيئة الاطراف وحدهم تفصل فيه المحكمة طبقاً للقانون^(٢).

سادساً: للمفوض الحق في تصفية النزاع ودياً واقتراح الطعن في الاحكام.

ثانياً: ضمانات مفوضي الحكومة والدولة:

كون المفوض عضواً من اعضاء مجلس الدولة، فلا بد له من ضمانات تكفل الحماية اللاتقة لمركزه سواء من نفسه او من غيره او من الظروف التي قد تحيط به، حتى

(١) د. احمد محمود جمعة، اصول اجراءات التقاضي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٢.

(٢) د. احمد محمود جمعة، نفس المصدر، ص ٢١.

يقوم بتأدية وظيفته بالوجه اللائق، ويؤدي رسالته على خير وجه وبحرية تامة وبون ضغوط، وهذه الضمانات هي:

- رد المفوض:

رد المفوض من الضمانات المقررة قانوناً للقضاة بصفة عامة، ولما كان الخصوم مجبرين على الاحتكام الى القاضي المعين سواء كانوا مطمأنين الى عدله ام لا، ولما كان من الشروط الاساسية لسلامة العدل توفر حياد القاضي وتجرده عن كل غرض يزيغ به عن جادة الانصاف ويحمله على المحاباة بين الخصوم واذا لم يكن كذلك جاز لهؤلاء ان يرفضوا النزول على حكمه ويطلبوا استبداله بقاضٍ اخر مجرد عن العوامل التي قد تخرجه عن الحياد.

على انه لايجوز ان يسير القانون مع اوهام الخصم ووساوسه حتى اذا توهم احتمال الانحراف في القاضي بدون سبب ظاهر انقض عليه وطلب رده، لذلك لجأ المشرع الى تعداد الاسباب التي توجب الريبة عند وجودها ببقاء القاضي أي ان يطلب عدم اشتراكه في المحاكمة والحكم.

وقد قرر المشرع المصري انه تسري بشأن مستشاري المحكمة الادارية العليا القواعد المقررة لرد مستشاري محكمة النقض وتسري بشأن رد مستشاري محكمة القضاء الاداري والمحاكم التأديبية للعاملين من مستوى الادارة العليا القواعد المقررة لرد مستشاري محاكم الاستئناف وتسري بشأن رد اعضاء المحاكم الادارية والمحاكم التأديبية الاخرى القواعد المقررة لرد القضاة^(١).

والحكمة من تقرير هذه الضمانة ان المفوض . مهما كان متحلياً بالعدالة والنزاهة . قد تدفعه ميوله ومشاعره للميل الى جانب احد الخصوم في الدعوى، وفي تطبيق قواعد الرد يحمي المشرع المفوض ويصون فيه واجب الحيادة لصالح القانون وحده. وهذه الضمانة في نفس الوقت تعد ضماناً للمتقاضين^(٢).

(١) المادة (٥٣) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢.

(٢) احمد كمال الدين موسى، المصدر السابق، ص ٢٢٩.

وفي هذا الصدد اشير الى حكم للمحكمة الادارية العليا في مصر جاء فيه: "... ان اعضاء هذه الهيئة وهم اعضاء بمجلس الدولة يؤدون واجبهم في هذا الشأن باعتبارهم بمجلس الدولة وتمثل في تشكيل المحاكم المختصة فانهم يخضعون بالحثم والضرورة للمباديء العامة الاساسية التي تحتم استقلال التقاضي وحيدته وتجرده في اداء واجبه وتحقيق رسالته في اقامة العدل واعلاء سيادة القانون، ومن ثم فان اعداد تقرير هيئة مفوضي الدولة في اية دعوى يجعل من يشارك في ذلك من اعضائها غير صالح لنظرها والفصل فيها بذاتها بعد ذلك كقاضٍ جالس في احدى محاكم مجلس الدولة وذلك لفقده الصلاحية لاداء رسالة التقاضي في دعوى ابدى رأيه فيها كمفوض فيها، مثله في ذلك مثل باقي اعضاء المحكمة التي تفصل في الدعوى..."^(١).

- عدم قابلية المفوض للعزل:

اما الضمانة الاخرى التي يتمتع بها المفوض فهي عدم قابليته للعزل، فقد نصت المادة (٩) من قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ على ان اعضاء المجلس من درجة نائب فما فوق غير قابلين للعزل، ويسري بالنسبة لهؤلاء سائر الضمانات التي يتمتع بها القضاة وتكون الهيئة المشكل منها مجلس التأديب هي الجهة المختصة في كل مايتصل بهذا الشأن.

ويتضح مما تقدم ان عدم قابلية العزل مقصورة . بحكم القانون . على مفوضي الدولة من درجة نائب فما فوق ومن ثم لا يتمتع المندوبون بهذه الضمانة. لكن ليس معنى ذلك ان من توافرت له هذه الضمانة سيقى في الخدمة حتى بلوغه سن التقاعد، فلقد اجاز القانون استثناءا في نفس المادة سالفة الذكر انه اذا

عادل عبد الباقي، تقرير حول تنظيم مجلس الدولة في فرنسا، مجلة مجلس الدولة، س ١١، ١٩٦٢، ص ٤٦.

(١)

اتضح ان احدهم فقد الثقة والا اعتبار اللذين تتطلبهما الوظيفة او فقد اسباب الصلاحية لادائها لغير الاسباب الصحيحة احيل على المعاش او نقل الى وظيفة معادلة غير قضائية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس التأديب^(١).

ومن الجدير بالذكر ان مفوضي الحكومة في مجلس الدولة الفرنسي لا يتمتعون بمبدأ عدم القابلية للعزل الا انه بالرغم من ذلك فان مجلس الدولة لم يتعرض لمثل هذا الاجراء في الاوقات العادية. ذلك ان الحكومة لم تستعمل حقها في عزل اعضاء المجلس الا بمناسبة التطهير الذي جرى في فترتين، في عام ١٨٧١ وفي عام ١٩٤٤ وفيما عدا ذلك فان الحكومة لم تستعمل سلاح العزل احتراماً منها لتقاليد هذا المجلس ولما يتمتع به اعضاءه من مكانة كبيرة^(٢).

دور هيئة مفوضي الحكومة او الدولة في المنازعة الادارية

لمفوضي الدولة دور يظهر في كل مراحل الدعوى الادارية تقريباً، كما ان هذا الدور يختلف في فرنسا عنه في مصر، ولما كان دور مفوضي الدولة في مصر اوسع من دور مفوضي الحكومة في فرنسا سنتناول كل منهما على استقلال مبتدئين، بمصر، وكما يأتي:

- دور مفوض الحكومة المصري في المنازعة الادارية:

مهمة هيئة مفوضي الدولة بطبيعتها قضائية تقوم على حكمة تشريعية تستهدف اساساً تجريد المنازعة من لدن الخصومة الفردية باعتبار ان الادارة خصم شريف

(١) الطعن رقم (٢٨٦٤) لسنة ٣٤ قضائية، المحكمة الادارية العليا، جلسة ١٩٩١/٦/٨.

(٢) د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ١٨٢.

عادل عبد الباقي، المصدر السابق، ص ٤٨.

لايبيغي الا معاملة الناس جميعا طبقا للقانون على حد سواء، ومعاونة القضاء الاداري على النحو السالف بيانه.

وبهذه المثابة فان تلك المهمة لاتجعل من الهيئة طرفا ذا مصلحة شخصية في المنازعة تملك بهذه الصفة التصرف في مصيرها او في الحقوق المتنازع فيها، بل يظل امر التصرف في هذه الحقوق وفي مصير المنازعة من شأن الخصوم انفسهم.

هذا ويمارس مفوض الدولة المصري المهام الاتية:

١ . تهيئة الدعوى للمرافعة:

حيث تتمثل مهمة المفوض الاولى في تجريد المنازعات الادارية من مجاهل الخصومات الفردية والنظر اليها نظرة موضوعية. اذ ان الادارة يجب ان تكون خصماً شريفاً لا يبيغي سوى معاملة الناس جميعاً طبقاً للقانون^(١).

وعليه يقوم المفوض ببحث القضية والقاء الضوء على ما اظلم من جوانبها وابرار النقاط القانونية فيها. وهو الذي يتولى تحضير الدعوى واعدادها للمرافعة. مما يخفف عن كاهل القضاة ويسمح لهم بالتفرغ للفصل فيها. وللمفوض في سبيل تهيئة الدعوى الاتصال بالجهات الحكومية ذات الشأن لسؤالهم عن الوقائع التي يرى لزوم تحقيقها او بدخول شخص ثالث في الدعوى او بتكليف ذوي الشأن بتقديم مذكرات او مستندات تكميلية وغير ذلك من اجراءات التحقيق في الاجل الذي يحدده لذلك. كما ان له عقد جلسات التحضير والمناقشة ان رأى ضرورة لذلك فهو يبدأ اولاً بقراءة ملف الدعوى وتحديد الاستيفاءات القاطعة فيها والمستندات الاساسية اللازمة لتهيئة الدعوى ثم يحدد جلسة يحضر فيها ذوي الشأن بالمستندات المطلوبة منهم لتقديمها^(٢).

(١) المذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

(٢) المادة (٢٧) من القانون (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

ولايجوز تكرار التأجيل لسبب واحد الا اذا رأى المفوض منح اجل جديد، وفي هذه الحالة يجوز له ان يحكم على طالب التأجيل بغرامة لاتجاوز عشرة جنيهاات يجوز منحها للطرف الاخر.

الا انه من غير الجائز له اخراج احد اطراف الدعوى من المنازعة لاعتبار ذلك قضاء منه في جزء من موضوع الدعوى وهو متروك للمحكمة ويخرج عن اختصاصه^(١).

وللمفوض باعتباره ممثل القانون في المنازعة الادارية له الدفع بكافة الدفوع التي من شأنها ان تؤثر قانوناً في نتيجة الحكم في الدعوى ولو لم يتمسك به احد الخصوم. وبوجه خاص في امر يخل باستقرار الاوضاع الادارية كالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ولو لم يتمسك به الخصوم، اذ ليس من شك في ان العود الى المنازعة بعد سبق الفصل فيها ينطوي على زعزعة للمراكز القانونية التي انحسرت بأحكام نهائية، الامر الذي يتعارض مع المصلحة العامة التي تقضي باستقرار تلك الاوضاع^(٢).

وتتلخص الملاحظات التي يرى وجوب مراعاتها سواء من الناحية التشريعية او من الناحية العملية بخصوص عمل المفوض في صورة منحه كافة سلطات قاضي التحضير ويجب الا تتجه تقارير المفوض الى التماثل مع الاحكام القضائية بل يجب ان يتناول في تقريره كافة جوانب المنازعة ومختلف الاراء الفقهية والبحوث المتعلقة بالموضوع التي تستفيد بها المحكمة في قضاءها^(٣).

يتضح من المهمة المتقدمة رغبة المشرع في تجريد الخصومات التي تكون الادارة طرفاً فيها من العنت الفردي ووجوب النظر الى النزاع نظرة موضوعية، وكذلك معاونة القضاء الاداري في رفع عبء التحضير والتهيئة للقضايا عن كاهل القضاة لينصرفوا الى الفصل فيها وامكانية تمحيص موضوع الدعوى بعد

(١) علي الدين زيدان؛ محمد السيد، المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٢) د. احمد محمود جمعة، المصدر السابق، ص ٢١.

(٣) علي الدين زيدان؛ محمد السيد، نفس المصدر، ص ١٢٦.

استجلاء الجوانب المتعلقة بوقائع الدعوى ومايحيط بها من امور فنية وكذلك الجوانب القانونية، ذلك ان مهمة المفوض . كما رأينا . مهمة بلا حدود وتشمل كل الجوانب المتاحة في الدعوى.

٢ . محاولة انتهاء النزاع ودياً:

اجاز المشرع المصري على خلاف المشرع الفرنسي ان تعرض هيئة المفوضين على الطرفين في المنازعات التي ترفع الى محكمة القضاء الاداري او المحاكم الادارية . للتخفيف عن كاهل القضاء . حلاً ودياً للنزاع على اساس المباديء القانونية المستقرة للمحكمة الادارية العليا، فان تمت التسوية استبعدت القضية من الجدول لانتهاء النزاع وان لم يتم ذلك جاز للمحكمة عند الفصل في الدعوى ان تحكم على المعارض على التسوية بغرامة مالية^(١).

ويتم اجراء التسوية بان يثبت المفوض في محضر الجلسة انه عرض على طرفي المنازعة المبدأ الذي استقرت عليه المحكمة الادارية العليا مع بيانه وتحديد رقم الدعوى التي صدر فيها حكمها، وانهما قبلا التسوية صلحا على اساسه، بأن تنازل الذي كان سيكسب الدعوى عن الحكم الصادر لصالحه، او بان تصالحاً بتنازل كل منهما عن جزء مما ادعاه في الحدود التي يقررها ذلك المبدأ، وبعد ان يقوم بتوثيق هذا التنازل او الصلح ويوقع عليه هو وكاتب الجلسة واصحاب الشأن، يقوم باصدار قرار استبعاد الدعوى من الجلسة وبذلك تنتهي وتحفظ ولا تعرض على المحكمة ولايتخذ بها اجراء اخر^(٢). ومعنى ذلك انه يتحتم موافقة طرفي النزاع حتى يمكن انهاء بحيث لايمكن لهيئة المفوضين حق التصرف في مصير المنازعة بنفسها دون موافقة اطرافها، وذلك على اعتبار ان هذه الهيئة لاتعتبر طرفاً ذا مصلحة شخصية في المنازعة، فهي ذات مهمة قضائية في طبيعتها وليست شخصية.

(١) المادة (٢٨) من القانون رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

(٢) د. مصطفى كامل وصفي، المصدر السابق، ص ٢٦٥.

ولابد من الاشارة الى ان اعتبار هيئة المفوضين المصرية هيئة قضائية يترتب عليه امتلاكها للصلاحيات الآتية:

عرض الصلح على الطرفين على نحو سالف.

للهيئة ان تبدي من تلقاء نفسها أي دفع من شأنه ان يؤثر قانوناً في نتيجة الحكم في الروابط الادارية، ومن ذلك عدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها بحكمٍ حاز الشيء المقضي به، حتى لو لم يتمسك به الخصوم^(١).

٣. الطعن في الاحكام:

كان القانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥ يقصر حق الطعن في الاحكام الصادرة من المحاكم الادارية ومن محكمة القضاء الاداري امام المحكمة الادارية العليا على رئيس هيئة المفوضين وحده دون غيره، مبررا ذلك بان رأي هيئة المفوضين هو الرأي الذي يتمثل فيه الحيطة لصالح القانون، كما وان قصر حق الطعن على هذه الهيئة يؤدي الى عدم اغراق المحكمة الادارية العليا وهي في مستهل حياتها بطعون غير جدية لاتستند الى اساس سليم من القانون^(٢).

وقد ادى هذا الوضع الى كثير من الانتقادات مما دفع المشرع الى تعديل هذا النظام حيث نصت المادة (١٥) من القانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٥٩ الى انه: (لذوي الشأن ورئيس هيئة مفوضي الدولة ان يطعن امام المحكمة الادارية العليا في الاحكام الصادرة من محكمة القضاء الاداري او من المحاكم التأديبية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم مع مراعاة الاحوال التي يوجب عليه القانون فيها الطعن في الاحكام). ومن امثلتها وجوب الطعن في حكم المحكمة التأديبية بناءً على طلب العامل المفصول في حالات الفصل من الوظيفة.

(١) د. ابراهيم طه الفياض، المصدر السابق، ص ٨٦.

(٢) د. سعد عصفور؛ د. محسن خليل، المصدر السابق، ص ٢٠٠.

اما القانون الحالي رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ فقد فرق بين الاحكام الصادرة من المحاكم التأديبية ومن محكمة القضاء الاداري في الاحوال التي تختص بنظرها ابتداءً، وبين الاحكام التي تصدر من محكمة القضاء الاداري في الطعون المقامة امامها في احكام المحاكم الادارية. فبالنسبة للحالة الاولى يجوز الطعن امام المحكمة الادارية العليا من ذوي الشأن ومن رئيس هيئة المفوضين وذلك مع مراعاة احوال الطعن المنصوص عليها في المادة (٢٣). اما بالنسبة للحالة الثانية فلا يجوز الطعن فيها امام المحكمة الادارية العليا الا من رئيس هيئة المفوضين وحده دون ذوي الشأن وذلك اذا صدر الحكم على خلاف ماجرى عليه قضاء المحكمة الادارية العليا او اذا كان الفصل في الطعن يقتضي تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لهذه المحكمة تقريره^(١).

وعليه فانه ووفقا لقانون مجلس الدولة الحالي يكون المشرع قد قرر حق الطعن لجهتين متميزتين وهما^(٢):

اولاً: رئيس هيئة المفوضين، وذلك في حالتين:

ان يوجب عليه المشرع رفع الطعن وحينئذ تتعدم ارادته في التقدير، مثل الطعن في حالات الفصل من الوظيفة كما بينا سابقاً.

الا يوجب المشرع عليه رفع الطعن وحينئذ تكون لهيئة المفوضين .

ممثلة في رئيسها . حرية التقدير في رفع الطعن لصالح القانون اذا

ماقدرت ان حكماً من الاحكام التي يجوز الطعن فيها قد شابه عيب من

العيوب المنصوص عليها في القانون.

ثانياً: ذوو الشأن:

وهو اصطلاح عام غير منضبط لابد من تحديده في ضوء الاصول العامة التي

تحكم اجراءات التقاضي، ومن ثم فأصحاب الشأن هم^(٣):

(١) المادة (٢٣) من القانون (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

(٢) د. سليمان الطماوي، المصدر السابق، ص ٣٧٤.

(٣) د. محمود حلمي، القضاء الاداري، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٥١٥.

- رئيس الجهاز المركزي للمحاسبات ومدير النيابة الادارية والموظف الصادر ضده الحكم بالنسبة لاحكام المحاكم التأديبية.
- اطراف الخصومة والمتدخلون فيها.
- كل من يمس الحكم مصلحته المشروعة ومع ذلك لم توجه اليه الدعوى ولم يكن في مركز يسمح له بتوقيعها او العلم بها حتى يتدخل فيها في الوقت المناسب.

وطعن هيئة المفوضين ليس طعنا لصالح القانون فحسب، ليس له اثر بالنسبة للخصوم، بل له كل اثاره بالنسبة للخصوم في الحكم المطعون فيه، فاذا الغي الحكم بالقبول ترتب عليه الحكم برفض الدعوى مع تحميل المحكوم لصالحه بالمصروفات بالرغم من كونه ليس طرفا في الطعن وبالرغم من عدم قيام المحكوم عليه بالطعن.

من ناحية ثانية، اذا طعنت هيئة مفوضي الدولة في الحكم تحركت المنازعة واستمرت قائمة، ولا تملك الهيئة التصرف في الحقوق المتنازع عليها فيها او في مصير المنازعة بترك الخصومة في الطعن كما اسلفنا. ولا يملك ذلك الخصوم انفسهم طالما كان الطعن مرفوعا من هيئة المفوضين.

وكذا فان القصد من طعن هيئة المفوضين في الحكم خدمة العدالة بارساء المبادئ القانونية المستقر عليها واصلاح العيوب القانونية التي تصيب الاحكام، حتى لا تتحصن على عيوبها بفوات الطعن فيها دون قيام احد اطراف المنازعة بهذا الطعن^(١).

٤. الفصل في طلبات الاعفاء من الرسوم القضائية:

منح المشرع المصري المفوض مهمة الفصل في طلبات الاعفاء من الرسوم القضائية^(٢). وبداية لابد من الانتباه الى ان طلب الاعفاء من الرسوم لا يعد^(٣):

(١) د. محمود حلمي، المصدر السابق، ص ٥١٤.

(٢) المادة (٢٧) من القانون (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

(٣) علي الدين زيدان؛ محمد السيد، المصدر السابق، ص ١٢٤.

أولاً: رفعاً للدعوى، ذلك ان الدعوى لاتعتبر مرفوعة الا بايداع صحيفةها
سكرتارية المحكمة.

ثانياً: كما ان طلب الاعفاء ليس فيه معنى التكليف بالحضور اما المحكمة التي
ستتولى الفصل في موضوع النزاع.

فما طلب الاعفاء سوى التماس بالاعفاء من الرسوم القضائية ولا اثر له في
اجراءات التقاضي الا من حيث حفظ الميعاد دون ان يؤثر في قواعد
الاختصاص او في قبول الدعوى.

وفي هذا الصدد اشير الى حكم للمحكمة الادارية العليا جاء فيه: "والقرار الصادر
من المفوض في هذا الشأن لايعتبر حكماً قضائياً مكتسباً الدرجة القطعية او
حجية الامر المقضي فيه، فيجوز للمفوض الرجوع في قراره. ولايعتبر تقديم طلب
الاعفاء من الرسوم رفعاً للدعوى وانما هو التماس بالاعفاء من الرسوم القضائية
ولا اثر له في اجراءات التقاضي" (١).

٥. تقديم المفوض لتقريره:

بعد تحضير الدعوى وتهيئتها للفصل فيها تصبح معدة للكتابة الرأي القانوني
الذي يتولاه المفوض، حيث يودع المفوض بعد اتمام تهيئة الدعوى تقريراً يحدد
فيه الوقائع والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويبيدي رأيه مسبباً، ويجوز لذوي
الشأن ان يطلعوا على تقرير المفوض بقلم كاتب المحكمة ولهم ان يطلبوا صورة
منه على نفقتهم (٢).

ويستعرض المفوض في تقريره تطورات البمنازعة الادارية ويحدد نقطة النزاع
الجوهرية ثم ينزل على الوقائع حكم القانون وينتهي في مذكرته الى الرأي الذي
يراه موافقاً للقانون وبذلك يضيء ما اظلم من جوانب المنازعة ويرشد المحكمة

(١) حمن المحمة الاتحادية العليا في ١١ فبراير ١٩٥٦، مجموعة س ١، اشار اليه احمد كمال

الدين موسى، المصدر السابق، ص ٢٣٥.

(٢) المادة (٢٧) من القانون رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

للحكم القانوني فيها^(١). ويسجل المفوض الرأي القانوني مهتديا باحكام المحكمة الادارية العليا والسوابق القضائية ولا سلطان عليه في الرأي لغير القانون. ومن الجدير بالذكر ان مذكرة المفوض لاتلزم هيئة المحكمة التي يكون لها وحدها الرأي النهائي في الدعوى سواء بالاخذ بوجهة نظر المفوض او بخالفته^(٢).

هذا وتعتبر مهمة المفوض بتقديم التقرير واجراء المحكمة بايداع التقرير مع اوراق الدعوى من المهام والاجراءات الاساسية فاذا تخلف وجود التقرير في الدعوى اعتبر ذلك انكارا للحكمة القائمة بوجود هذا النظام كمثل للقانون مما يبطل الحكم الذي صدر في الدعوى التي خلت من التقرير. مع ملاحظة البطلان يترتب على تخلف رأي المفوض سواء اخذت به المحكمة ام لا. ٦. دور هيئة مفوضي الدولة في المنازعة الادارية بشقها المستعجل^(٣):

ونشير اخيرا الى انه اذا كان الاصل انه لايسوغ الحكم في الدعوى الادارية الا بعد ان تقوم هيئة مفوضي الدولة بتحضيرها وابداء رأيها القانوني فيها، وانه يترتب على الاخلال بهذا الاجراء الجوهري بطلان الحكم الذي يصدر في الدعوى، فان هذا الاصل لا يصدق على طلب وقف تنفيذ القرار الاداري المطلوب الغاؤه بالنظر الى طبيعة هذا الطلب وطابع الاستعجال الذي يتسم به ويقوم عليه، ومن ثم كان للمحكمة قبل ان تتصدى لبحث طلب وقف التنفيذ ان تفصل صراحة وعلى وجه قاطع في بعض المسائل الفرعية مثل الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد او لان القرار المطعون فيه ليس نهائيا، ذلك ان الفصل في هذه الدفوع ضروري ولازم قبل التعرض لموضوع طلب وقف التنفيذ، وتتسم مثله بطبيعة خاصة قوامها الاستعجال وحتى لا يحمل قضاؤها في موضوع الطلب المستعجل قبل البت في هذه المسائل الفرعية على

(١) احمد كمال الدين موسى، المصدر السابق، ص ٢٤٠.

(٢) د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، المصدر السابق، ص ١٨١

(٣) د. احمد محمود جمعة، المصدر السابق، ص ٢٢ وما بعدها.

انه قضاء ضمني برفضها، لذلك فان الامر يستوجب النأي بها عن التقيد باجراءات تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة عن طريق هيئة مفوضي الدولة. ومع ذلك فأن هيئة مفوضي الدولة ليست محجوبة عن المنازعة الادارية بشقها المستعجل، فهي تدخل في تشكيل المحكمة وتشترك معها في سماع الملاحظات والمرافعات وتطلع على المذكرات المقدمة فيها، ومن ثم كان يحق لمفوضي الدولة بحكم طبيعة النظام الذي يحكم الدعوى الادارية ان يتقدم برأيه فيما يثار من دفعات سواء كانت مؤثرة في الدعوى الموضوعية او غير مؤثرة فيها، وسواء طلبت منه المحكمة ذلك او لم تطلب اذ لايجوز لاية جهة كانت ان تمنعه من ابداء رأيه سواء شفاهة باثباته في محضر الجلسة او بتقديم تقرير بالرأي في المسائل المثارة، كل ذلك في الحدود التي لاتتعارض مع طبيعة الدعوى المستعجلة وضرورة الفصل فيها بلا تأخير.

من كل ماتقدم يتضح مدى المعونة القيمة التي تقدمها هيئة المفوضين لمحاكم القضاء الاداري، فهي ترفع عن قضاتها عبء تحضير القضايا وتهيئتها للمرافعة، وذلك علاوة على ماتقدمه لهم من معونة فنية خاصة بأبداء الرأي القانوني في الدعوى الذي يعتبر بمثابة مشروع حكم فيها. واذا كان الحال كذلك كنا نتمنى لو ان المشرع العراقي تنبه لهذه الهيئة واهميتها وهو يخطوا اولى الخطوات في مجال القضاء الاداري.

ب. دور مفوض الحكومة الفرنسي في المنازعات الادارية:

بعد استعراض دور مفوض الدولة المصري لايد ان نشير الى دور مفوض الدولة الفرنسي، ذلك ان نظام مفوضي الدولة ليس منقولاً عن نظام مفوضي الحكومة الفرنسي رغم انه جاء متأثراً به، ويبدو ذلك الاختلاف من خلال ملاحظة مراحل الدعوى امام مجلس الدولة الفرنسي.

اذ عند رفع الدعوى في مجلس الدولة الفرنسي يتولى رئيس القسم القضائي احوالها الى الدوائر الفرعية المختصة حيث يقرر رئيسها احوالها الى احد اعضاء الدائرة وهو

المستشار المقرر *reporteur* الذي يتولى فحص الدعوى واقتراح الاجراءات التي تجعلها صالحة للفصل فيها من خلال المناقشات التي تقوم بها هذه الدائرة. وبعد الانتهاء من تحقيق الدعوى وتحضيرها يقوم المستشار بكتابة تقريره فيها، حيث يستعرض فيه وقائع النزاع وما تضمنته مذكرات الاطراف، والثابت في الاوراق، كما يشير الى القواعد التي تحكم النزاع ويدفع من تلقاء نفسه بالدفع الخاصة بالشكل والاختصاص او النظام العم وينتهي في تقريره الى الحل الواجب الاخذ به ويعتبر تقريره هذا بمثابة مشروع حكم^(١).

بعد ذلك يرسل ملف الدعوى الى مفوض الحكومة المختص حيث يبدأ دوره بدراسة كل دعوى قضائية مطروحة امام مجلس الدولة من ناحية الواقع والقانون. ويقدم مذكرة عنها للمحكمة قبل الفصل في هذه الدعوى، بحيث يبرز في هذه المذكرة بعد تحديد الموضوع عقدة المسألة البتي يتوقف على تفهمها الوصول الى الحل السليم.

بمعنى انه يعمل بعد تحديد وقائع الدعوى ابراز النقاط القانونية فيها وبحثها وتكييفها من الناحية القانونية ثم استخلاص الرأي القانوني الذي يكون بمثابة مشروع حمن تهدي به المحكمة قبل الفصل في الدعوى. لذلك اعتبر البعض بان مذكرات المفوض تعتبر كمشروع حكم يسبق الفصل في الدعوى أي بمثابة مشروع حكم ابتدائي يكون استئنافه تلقائيا وبصفة مباشرة وينتهي بتحرير الحكم^(٢).

على انه يجب ملاحظة ان مذكرة مفوض الحكومة لاتلزم هيئة المحكمة التي يكون لها وحدها الرأي النهائي في الدعوى، سواء بالاخذ بوجهة نظر المفوض او بمخالفة رأيه.

ويجب ان يتلو المفوض كلمته وهو واقف، ولايجوز سماع أي من الخصوم بعد تلاوة التقرير، ويجوز للمفوض ان يتلو تقريره في جلسة غير تلك التي سمع فيها الخصوم ولايلزم حضورهم في هذه الجلسة^(٣).

(١) د. سعد عصفور؛ د. محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٢) د. سعد عصفور؛ د. محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٥١.

(٣) د. سعد عصفور؛ د. محسن خليل، نفس المصدر، ص ١٩٩.

مما تقدم يبدو الاختلاف بين النظامين المصري والفرنسي ففي مصر منح المشرع هيئة المفوضين سلطات واسعة زادت في سعتها نظام مفوضي الحكومة امام مجلس الدولة الفرنسي من ناحية تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة.

فقد لاحظنا ان لهذه الهيئة اختصاصت منها انها تقوم بتحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة وتقديم تقرير في كل قضية بحيث يكون ذلك وجوبيا في كل دعوى كما له ان يطعن في الاحكام الصادرة امام المحكمة العليا، في حين يقتصر دور المفوض الفرنسي على ابداء الرأي القانوني في الدعوى دون ان يتولى مهمة تحقيق الدعوى ويتولى هذه المهمة المستشار المقرر والدائرة الفرعية.

ونرى ان في النظام الفرنسي تقسيما افضل للاعباء وتوزيعا للعمل افضل من النظام المصري، لا انكر بطبيعة الحال نجاح المفوض المصري في ادائه لمهمته حتى الان، الا ان التخفيف من الاعباء الملقاة على عاتقه سيدفعه . دون ادنى شك . الى المزيد من النجاح، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، ان الكثير من المهام التي يمارسها المفوض لاتمت بصلة الى المهمة الاساسية الت اناطها المشرع به وهي دراسة الدعوى بعمق وتقديمه لرأيه القانوني فيها.

والملاحظ اخيرا ان تقارير مفوضي الدولة في مصر لاتأتي باسمائهم الشخصية كما هو الحال في فرنسا بل تأتي بأسم هيئة المفوضين، ولاشك ان في ذلك اسدال لستار المجهولية على اعمالهم العظيمة واحباط لجهودهم، ولعل من المناسب اعطائهم الحق في اصدار تقاريرهم باسمائهم الشخصية شأنهم شأن زملائهم في فرنسا، وليصبح . كزميله الفرنسي . نجمة مضيئة في سماء الفقه والقضاء الاداريين.

_____:

بعد هذا الاستعراض الموجز لموضوعنا بفعل قلة المصادر وقلة ماكتب عن هذا الموضوع، لايسعنا الا القول ان عمل هيئة مفوضي الحكومة في فرنسا ومفوضي

الدولة في مصر ضرورة املتها ظروف المنازعات الادارية الممثلة بالفرق الواضح بين امتيازات ووسائل كل من طرفي الدعوى.

فالادارة غالبا الطرف الاقوى الذي يملك جميع وسائل الاثبات المنظمة مما يجعلها مستعدة في كل المناسبات، فلديها سجلات وملفات منظمة تنظيما دقيقا، من جهة ثانية فالادارة تسعى جاهدة وفي كل المناسبات الى منع الافراد من الاطلاع على طريقة ادائها لاعمالها وكيفية اصدارها لقراراتها.

وفي الطرف الاخر نجد ان خصمها . وهو من الافراد الطبيعيين . محروم من الوسائل والامتيازات التي تتمتع بها الادارة ومن ثم فهو في موقف ضعيف دفع المشرع الى ان يسعى الى ايجاد من يلعب دور الوسيط بين الطرفين وليستخرج الاداة اللازمة للدعوى لصالح القانون وحده، وذلك من خلال تتبعه عن كذب الدعوى في كافة مراحلها ويؤدي متطلباتها.

وقد لاحظنا من خلال هذه الدراسة ان لهيئة المفوضين مزايا عديدة تجعلها امنة بالفعل على الدعوى الادارية ومعينا للقاضي الاداري في سيرغور الدعوى الادارية، ولعل هذه المزايا هي التي جعلت المفوضين يتميزون عن سواهم ممن قد يمارس مهامها او يتمتع بصفات تشابه الى حد ما مزايا ومهام المفوض، كالقاضي او الفقيه او النائب العام، واكدنا ان مهمة المفوض مهمة خاصة لايمكن مقارنتها باي من الوظائف السابقة، فهو مدعي عام عندما يطعن لمصلحة القانون، وهو قاضي عندما يفكر كالقاضي ويضع مشروع قرار حكم بصدد المنازعة التي يدرسها وهو فقيه عندما يدرس الوقائع دراسة مستفيضة ليؤسس عليها رأيه.

ولعل المفوض كغيره ممن يمارس دورا في العملية القضائية بحاجة الى ضمانات تكفل الحرية والحيدة والنزاهة، وتجعل الادارة والافراد على حد السواء يتقون بما يصدر عنه من اراء وبمل يقدمه من مطالعات ومذكرات.

وقد بينا خلال البحث اختصاصات هذه الهيئة ودورها في المنازعة الادارية وانتهينا الى تثمين دور المفوض والخدمة الكبيرة التي يقدمها للقاضي الاداري من جهة وللفقه

الاداري من جهة اخرى بما يقدم من مبادئ قانونية، والخدمة الاكبر بطبيعة الحال تذهب للمستفيد المباشر من هيئة المفوضين الا وهو الخصم الذي يقف امام الادارة ضعيف لوحده وقويا باسناد المفوض له.

وازاء النجاح الكبير الذي حققه نظام المفوضين في فرنسا ومصر، ورغم الانتقادات التي لم تستطع النيل من هذه الهيئة العظيمة، نرى ان العراق بحاجة الى هذا النظام خاصة وان قضاؤه الاداري مازال يحبوا، وقد يساهم نظام مفوضي الدولة في استقامته على قدمين ثابتتين وذلك من خلال تسيير اجراءات التقاضي وسرعة الفصل في الدعاوى الادارية ومساعدة القاضي الاداري برفع عبء تحضير الدعوى عنه.

كما وان تقديم البحوث والدراسات القانونية . التي ستغنيها تقارير المفوضين . ستساعد على ايجاد المبادئ القانونية السليمة في سبيل اشاعة روح العدل في قضاؤنا. اننا ومنذ نشأة القضاة الاداري في العراق عام ١٩٨٩ وكلنا نعلق الامل والطموحات على محكمة القضاء الاداري ومما يؤسف له ان هذه المحكمة . رغم كثرة الاصوات التي تنتقد وتفسر وتشير الى التجارب الناجحة في دول العالم . مازالت تعيش في اطر ضيقة، وكأنها تخشى الاقدام على أي جديد، وقد فات القائمين عليها ان من الاخطاء نستفيد ايما استفادة، والكبوة لاتعني التوقف ولاتعني التراجع بل لابد من المحاولة من جديد. وكلنا ثقة من ان الازمة القانونية التي تمر بها البلاد ستجعل محكمة القضاء الاداري تعيد النظر في اوضاعها الحالية، وانها ستتخطى . بعون الله . جميع الصعوبات التي قد تقف في طريقها ولاشك ان نظام مفوضي الدولة سيكون من بين الوسائل التي ستستخدمها في تخطي محنتها وتبعث في نفوسنا الرضا والاطمئنان.

_____:

١. د. محمد محسن خليل؛ د. سعد عصفور، القضاء الاداري، منشأة المعارف بالاسكندرية، الكتاب بدون سنة طبع.

٢. احمد كمال الدين عبد اللطيف موسى، نظام مفوضي الدولة، مجلة مجلس الدولة، س١، ١٩٦٢
٣. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٥،
٤. د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري، ك١، قضاء الالغاء، المكتبة القانونية، القاهرة، ١٩٧٦
٥. ريمون جيليان، مفوضي الحكومة امام القضاء الاداري وبصفة خاصة امام مجلس الدولة الفرنسي، ترجمة: علي الحماصي، مجلة مجلس الدولة، س٥، ١٩٥٤،
٦. د. محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢
٧. علي الدين زيدان؛ محمد السي، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الاداري، ج١، قانون مجلس الدولة، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠٠٦
٨. د. ابراهيم طه الفياض، اجراءات وصياغة الاحكام لدى القضاء الاداري، من منشورات بيت الحكمة، سلسلة المائدة الحرة، العدد ٤٠، اذار، ١٩٩٩
٩. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الاداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٨٥،
١٠. د. مصطفى كامل وصفي، اصول اجراءات القضاء الاداري، ك١، ١٩٦١
١١. د. احمد محمود جمعة، اصول اجراءات التقاضي، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٨٥
١٢. عادل عبد الباقي، تقرير حول تنظيم مجلس الدولة في فرنسا، مجلة مجلس الدولة، س١١، ١٩٦٢.
١٣. د. محمود حلمي، القضاء الاداري، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤.
١٤. المذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢
١٥. المذكرة الايضاحية للقانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥.

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 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 for 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 title 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 references are not accepted for publication and have not a volume number to be in.*
12. *Harvard's style should be in the list of the reference in which author's names 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 be given.*
16. *If references are taken from books or scientific theses; 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.

<p><i>Jornal of the College of Law</i> <i>A Scientific Refereed Journal</i> <i>Published by</i> <i>College of Law</i> <i>Al- Nahrain</i> <i>University</i> <i>Volume 10-Number:</i> <i>18</i> <i>Year: Jamady Alauul/1428</i> <i>H</i> <i>2007</i> <i>Correspondence</i> <i>Editorial manager.</i> <i>Iraq- Baghdad</i> <i>Al- Kadhimiya</i> <i>Journal of the Collrge</i> <i>Of Law</i> <i>E-mial</i> <i><u>journalinfo@yahoo.com</u></i> <i>Annual Membership:</i> <i>12000 D. For Gov.</i> <i>Establishment &</i> <i>Individulas- inside</i> <i><u>Iraq</u></i></p>	<p><i>Editorial Board</i> <i>Chief of editorial board</i> <i>Professor</i> <i>Muhie Hilal Al-</i> <i>Sarhan, Ph.D.</i> <i>College of Law</i> <i>Members of Editorial</i> <i>Board</i> <i>Professor</i> <i>Iwadh Fadhil Asmail</i> <i>Ph.D.</i> <i>College of Law</i> <i>Assistant Professor</i> <i>Zuhair Al- Bushir</i> <i>LL.M</i> <i>Dr. Ammar fawzy, Ph.D.</i> <i>Dr. Amir Al-Kaysi</i> <i>Editorial Manager</i> <i>Haidar A. Abdul</i> <i>Hadi, Ph.D.</i> <i>College of Law</i></p>	<p><i>Consulative</i> <i>Board</i> <i>Chief of the Board</i> <i>Professor Ghazi</i> <i>Faisel, Ph.D.</i> <i>Dean of the</i> <i>College of Law</i> <i>Members of Board</i> <i>Rprofessor</i> <i>Mustafa Ibrahim</i> <i>Al- Zalami, Ph.D.</i> <i>College of Law</i> <i>Professor</i> <i>D. Mohammed Ali</i> <i>Altai, Ph.D.</i> <i>College of Law</i> <i>Universty of Baghdad</i> <i>Mahammed Ali</i> <i>Jawad, Ph.D.</i> <i>Dean of the</i> <i>College of Law</i> <i>Al-Mustansriya</i> <i>University</i> <i>Assistant Professor</i> <i>Mamdooh Abd Al-</i> <i>Karim, Ph.D.</i></p>
---	---	---

<u><i>100 U.S. For Gov. Establishment & Individulas- Outside Iraq</i></u>		<i>College of Law</i>
---	--	-----------------------

*Journal of the
College of Law
Al- Nahrain University*

*A Scientific Refereed Journal
Published by
College of Law/ Al- Nahrain University*

Volume: 10/ Number: 18

Year: Jamady Alauul-1728H/2007

Saleh...